

مصادر الإلتزام

العقد – الإدارة المنفردة – العمل غير المشروع
الإثراء بلا سبب – القانون

مصدران جديدان للإلتزام
الحكم – القرار الإداري

مدونة الكتب الحصرية <https://www.facebook.com/koutoubhasria> <http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

دكتور

سمير عبد السيد تناغو

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

للمزيد من الحصريات زوروا على مدونة الكتب الحصرية

<http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

www.facebook.com/koutoubhasria

الطبعة الأولى

٢٠٠٩ م

الناشر

مكتبة الوفاء القانونية

موبايل ٠٠٢٠١٠٣٧٢٨٨٢٢ - إسكندرية

مصادر الإلتزام

العقد - الإدارة المنفردة - العمل غير المشروع
الإثراء بلا سبب - القانون

مصدران جديدان للإلتزام
الحكم - القرار الإداري

دكتور

سمير عبد السيد تناغو

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الطبعة الأولى

٢٠٠٩ م

الناشر

مكتبة الوفاء القانونية

موبايل ٠٠٢٠١٠٣٧٢٨٨٢٢ - إسكندرية

مصدران جديدان للإلتزام

إذا كانت نظرية الإلتزام هي أهم نظريات القانون ، وهي من القانون ، كما يقول الدكتور السنهوري ، بمثابة العمود الفقري من الجسم ، فإن مصادر الإلتزام هي الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية العريقة . فمصدر الشيء هو سبب وجوده .

ومن المعروف أن الفقيه الروماني « مودستان » ، أضاف القانون ، كمصدر خامس للإلتزام ، إلى المصادر الأربعة المذكورة في موسوعة « جستنيان » : العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة

ومن المعروف أيضاً أن تقنين نابليون نقل عن القانون الروماني ، التقسيم الخماسي ، دون أدنى تغيير .

ومن المعروف كذلك أن الفكر القانوني الحديث أضاف ، الإرادة المنفردة ، كمصدر مستقل للإلتزام ، وأطلق اسماً جديداً على الجريمة وشبه الجريمة هو العمل غير المشروع . كما أطلق اسماً جديداً على شبه العقد ، هو الإثراء بلا سبب . وهكذا أصبحت مصادر الإلتزام في التقنين المدني المصري الجديد هي : العقد ، والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون .

ومن الواضح أن الفكر القانوني الحديث لم يتقدم سوى خطوات محدودة للغاية ، منذ عصر القانون الروماني . فقد عرف الرومان تقريباً كل شيء يمكن معرفته في نظرية الإلتزام . ويترتب على ذلك أمر هام وهو أن التجديد في هذه النظرية ليس بالأمر المرغوب فيه في كثير من الأحيان ، كما أنه محفوف بالمخاطر في جميع الأحوال . وهكذا نجد « جنى » وهو بصدد نقد نظرية « ديجي » في التصرف القانوني ، يؤكد أن نظرية الإلتزام « تستعصى على التجديدات المتهورة » .

ورغم المحاذير والمخاطر ، فقد أتيح لنا في عام ١٩٦٤ أن نبرر بوضوح كامل لا يقبل الشك ، أن حكم القاضي هو المصدر السادس

للإلتزام ، وذلك فى الحالات التى يقوم فيها القاضى بتعديل العقد
تعديلاً إرادياً يخضع لسلطته التقديرية . فإن التعديل فى هذه الحالة
يؤدى إلى انقضاء الإلتزامات العقدية ، ونشأة التزامات قضائية جديدة
تحل محلها . ويكون حكم القاضى فى هذه الحالة مجدداً ومنشئاً
ومصدراً للإلتزام .

ونحن نعتزف أننا عشنا وقت إعداد نظرية الإلتزام القضائى * ،
تجربة نفسية ، يسميها عالم الاجتماع الألمانى ماكس فبر ، التجربة
الحية للعلم ، .

(L'expérience vécu de la science) .

وهى على حد قوله شعور الباحث بالرضا وهو يقول لنفسه ، هذه
المررة صنعت شيئاً سيكتب له الدوام .

وفى عام ١٩٧٢ نشرنا كتاباً عنوانه ، القرار الإدارى مصدر للحق ،
اثبتنا فيه أيضاً بوضوح كامل ، أن القرار الإدارى هو المصدر السابع
للإلتزام .

ونحن ندرك خطورة القول باكتشاف مصدرين جديدين للإلتزام
فى حياة شخص واحد ، بينما لم يقدم الفكر القانونى كله منذ عصر
الرومان إلى يومنا هذا ، غير الإرادة المنفردة كمصدر مستقل للإلتزام
بجانب المصادر التى قال بها فقهاء الرومان .

ونحن إذ نحمد الله على ما ألهمنا به ، لا نستطيع تحت إلحاح أية
رغبة فى التواضع الكاذب ، أن نخفى حقيقة الإنجاز الذى حققناه .
والفضل لله أولاً وأخيراً .

وسنضع فى آخر هذا الكتاب صورة ضوئية لواحد من التعليقات
العديدة التى كتبت عن نظرية الإلتزام القضائى .

* راجع كتابنا بالفرنسية ، الإلتزام القضائى ، وقد تم إعداد النظرية عام ١٩٦٤ ،
ونشر الكتاب فى باريس عام ١٩٦٥ .

مقدمة

١ - تعريف الالتزام :

الالتزام حق من الحقوق المالية ، يطلق عليه أحيانا اصطلاح الحق الشخصي أو حق الدائنيه . فهو إذا نظر إليه من الجانب الإيجابي سمي حقاً وإذا نظر إليه من الجانب السلبي سمي التزاما . وهو يعتبر حقاً شخصياً لأنه حق لشخص في مواجهة شخص آخر ولا يرد على مال خاص من أموال هذا الشخص . وهو يعتبر من حقوق الدائنيه ، لأن العلاقة بين هذين الشخصين هي علاقة دين ، فصاحب الحق هو الدائن والطرف الآخر هو المدين . واصطلاح الالتزام هو أصدق الاصطلاحات في التعبير عن هذه العلاقة . وعلى هذا النحو يمكن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص بأداء معين نحو شخص آخر . وقد أخذنا هذا التعريف عن فقهاء الرومان ، وهو لازال صالحا حتى اليوم .

٢ - محل الالتزام :

محل الالتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين نحو الدائن ، وهذا الأداء قد يكون إعطاء شيء كإعطاء مبلغ من النقود أو نقل ملكية الشيء المبيع . وقد يكون القيام بعمل كإجراء عملية جراحية أو رسم لوحة فنية ، وقد يكون الامتناع عن عمل . كالامتناع عن افتتاح محل تجارى في مكان معين لعدم منافسة تاجر آخر هو الدائن بهذا الالتزام . وفي جميع الأحوال ينبغي أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية . أى يمكن تقويمه بالنقود .

٣ أهمية نظرية الالتزام وتطورها :

نظرية الالتزام هي أهم نظريات القانون ، وهي من القانون ، كما يقول الدكتور السهوري ، بمثابة العمود الفقري من الجسم . وقد استوحيت نظرية الالتزام مبادئها من حاجات العمل ، وعلاقات الأفراد في المجتمع ، واحساس الانسان بالعدل . أما صياغتها فلا ترجع إلى فقيه واحد أو جيل من الفقهاء ، بل هي ثمرة الفكر القانوني كله على مدى الأجيال ومنذ آلاف السنين . وهكذا تبدو نظرية الالتزام راسخة متطورة في نفس الوقت .

والعوامل المؤثرة في تطور نظرية الالتزام هي إما فكر الإنسان أو واقع المجتمع .

وفكر الانسان هو خالق النظم إلى حد كبير . ومن الطبيعي أن تتأثر نظرية الالتزام بالأفكار السائدة في المجتمع . وبالفعل فإن تطور الفكر الإنساني من المبادئ الفردية التي كانت سائدة في بداية القرن التاسع عشر إلى المبادئ الاشتراكية التي تسود في الوقت الحاضر . قد أدى إلى تطور ملحوظ في نظرية الالتزام . فبعد أن كان المبدأ السائد هو مبدأ سلطان الإرادة على أساس أن العقد هو شريعة المتعاقدين وأنه التعبير الوحيد المقبول عن العدل . عفت الآن نظريات أخرى تؤدي إلى التقييد من مبدأ سلطان الإرادة . من هذا نظرية عقود الإذعان ونظرية الغرور والطارئة ونظرية الاضرار وهي تؤدي إلى تعديل العقد على غير ما جاء في شروطه . ومن هذا تدخل المشرع في عقد إيجار الأرض الزراعية وعقد إيجار الأماكن بوضع حد أقصى للأجرة وتقرير الامتداد القانوني لهذا العقد حتى بعد انقضاء مدته . والأمثلة غير ذلك كثيرة لاحصر لها وستضح لنا من خلال دراستنا .

وواقع الحياة أيضا من أهم عناصر التأثير في النظم القانونية وتطورها ، ولذلك ليس غريبا أن تؤدي الثورة الصناعية إلى تطور كبير في نظرية الالتزام وقد ظهر ذلك بوضوح في نطاق المسؤولية ، وعقد العمل وعقد التأمين وغير ذلك .

٤ - تحليل الالتزام :

من الممكن تحليل الالتزام إلى عنصرين ، الأول هو عنصر الواجب أو المديونية ، والثاني هو عنصر الجزاء أو المسؤولية . وبمقتضى العنصر الأول فإن على المدين أن يستجيب من تلقاء نفسه إلى الواجب الذى يفرضه عليه الالتزام فيؤدى للدائن ما يستحقه قبله سواء كان ذلك فى صورة اعطاء أو عمل أو الامتناع عن عمل . فاذا لم يستجب المدين إلى عنصر المديونية فى التزامه ، فإن الدائن يستطيع فى هذه الحالة أن يتحرك العنصر الثانى وهو عنصر المسؤولية أو الجزاء . وهو فى هذا يستعين بالسلطة العامة التى تفهر لإرادة المدين وتجبره على الوفاء بالتزامه للدائن .

٥ - تقسيم

ندرس نظرية الالتزام فى قسمين ، الأول فى مصادر الالتزام ، والثانى فى أحكام الالتزام . وقد نص المشرع على قواعد نذالية الالتزام فى الكتاب الأول من التقنين المدنى ، فى المواد من ٨٩ - ٣٨٨ .

القسم الأول

مصادر الالتزام

٦ - ترتيب مصادر الإلتزام :

مصدر الإلتزام هو السبب المنشئ له طبقاً لقانون السببية .
فالشئ لا يوجد بغير سبب ، والإلتزام لا يوجد بغير مصدر .

ويغير معرفة المصادر الحقيقية للإلتزامات ، لا يمكن أن تقوم
نظرية للإلتزام .

ومصادر الإلتزام التى ينص عليها القانون المدنى هى العقد ،
والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والإرادة المنفردة ، والقانون

فالإلتزام البائع بتسليم الشئ المبيع للمشتري مصدره عقد البيع .
والإلتزام قائد السيارة بتعويض المصاب فى حادث نشأ عن الخطأ فى
قيادة هذه السيارة ، مصدره العمل غير المشروع . والإلتزام من تلقى
مبلغاً من النقود لا حق له فيه فى رد هذا المبلغ إلى صاحبه ، مصدره
الإثراء بلا سبب . والإلتزام من أعلن بإرادته عن جائزة يعطيها لمن يقوم
بعمل معين ، مصدره الإرادة المنفردة لصاحب الإعلان . والإلتزام الزوج
بالنفقة على زوجته مصدره القانون .

وبجانب هذه المصادر الخمسة للإلتزام ، فإننا نعتقد أن حكم
القاضى فى بعض الحالات الخاصة يكون مصدراً للإلتزام ، وهى
حالات تعديل القاضى للعقد على ما سنذكره فيما بعد . وكذلك فإن
القرار الإدارى هو المصدر السابع للإلتزام على النحو الذى أشرنا إليه
فى عاتحة هذا الكتاب . وسنراعى الترتيب السابق ذكره فى دراسنا
لمصادر الإلتزام ، فندرس أولاً العقد ، ثم العمل غير المشروع ، ثم الإثراء
بلا سبب ، ثم الإرادة المنفردة ، ثم القانون ، ثم حكم القاضى ، ثم القرار
الإدارى .

الباب الأول

العقد

٧ - تعريف العقد :

العقد هو اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أو اشخاص في مواجهة شخص أو أشخاص آخرين باعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

ويلاحظ أن اصطلاح الاتفاق أوسع من اصطلاح العقد ، وأن العقد هو نوع من أنواع الاتفاق يتميز بأنه منشئ للالتزامات . أما الإتفاقات الأخرى التي تؤدي إلى حوالة الالتزام أو اعطائه وصفا أو تؤدي إلى انقصائه فيصدق عليها لفظ الاتفاق فقط ولا يصدق عليها اصطلاح العقد . ولكن قد لا تكون هناك أهمية في الواقع للفرقة بين الاتفاق وبين العقد . فكل توافق لإرادتين على إحداث أثر قانوني يمكن أن يسمى عقدا أو يسمى إتفاقا . والعبرة فقط باتجاه الإرادتين إلى إحداث أثر قانوني لاتفاقهما . فإذا لم تتجه الإرادة إلى إحداث هذا الأثر كما هو الشأن في الدعوة إلى وليمة أو التعهد بالقيام بخدمة مجانية نصديق ، فأننا لا نكون بصدد عقد أو اتفاق بالمعنى القانوني لهذا الاصطلاح .

والعقد الذي تعيننا دراسته هو الذي يتم في نطاق العلاقات المدنية بين الأفراد وتكون له قيمة مالية . أما عقود القانون الدولي العام كالمعاهدات بين الدول . وعقود القانون الدستوري كالانتخابات . وعقود القانون الإداري كعقود التزام المرافق العامة . فهي تخرج من نطاق دراستنا . وكذلك تخرج من نطاق دراستنا . عقود القانون الخاص إذا لم تكن لها قيمة مالية كمقد الزواج مثلا .

٨ - مبدأ سلطان الإرادة : فكرته ونتائجه .

١ - نشأ مبدأ سلطان الإرادة في القانون نتيجة لالتقاء الفلسفات الحرة التي سادت القرن الثامن عشر مع مبادئ الحرية الاقتصادية التي سادت القرن التاسع عشر . وكان المحور الذي تدور حوله هذه الفلسفات هو حرية الفرد : وتحريره من كل ضغط خارجي عليه وبصفة خاصة الضغط الصادر من القانون . والوسيلة المثلى لحماية حرية الإنسان هي إرادته بحيث لا يلتزم الإنسان إلا بما يرضاه ، وكل ما يرضى الإنسان للالتزام به هو تعبير عن حريته . وهكذا أصبحت الإرادة هي أساس الالتزام بالعقد ، وأصبح العقد هو التعبير الوحيد عن العبد وعن الحرية . وتفسير ذلك :

أ - مبدأ سلطان الإرادة هو تفسير للالتزام العقدي . فالإنسان قبل التعاقد كان حراً ، وهو بعد العقد أصبح مقيداً به . ومن المتصور أن يكون أساس هذا القيد ناتجاً عن سلطة عليا هي سلطة الدولة أو سلطة القانون . وهذا ما ترفضه نظرية سلطان الإرادة لأن الإنسان حر بطبيعته ، ولا يمكن أن تتقيد حريته إلا عن طريقه هو . فأساس الالتزام هو إرادة الفرد وليس إرادة القانون . والدور الوحيد الذي يقوم به القانون هو ضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن إرادة الأفراد الحرة .

ب - العقد هو أصدق تعبير عن العبد . لأن العقد يتم بين أشخاص أحرار ومتساوين بحكم القانون . والشخص الحر لا يرضى بشيء إلا إذا كان محققاً لمصلحته . فإذا تنقّت إرادة شخص حر مع شخص حر آخر على إبرام عقد بينهما ، فلا شك أن هذا العقد يحقق مصلحتهما معاً ويعبر عن العدالة في العلاقة القائمة بينهما . وبهذا أمكن القول ، أن كل عدالة هي عقد ، وأن من قال عقداً ، قال عدلاً .

وقد ذهبَت نظرية سلطان الإرادة إلى درجة تفسير النظام القانوني كله على أساس العقد . فالجتماع كله يقوم على عقد هو العقد الإجتماعي . والقانون

ليس سوى تعبير عن إرادة الجماعة . والزواج لا يبدو أن يكون عقداً .
والميراث ما هو إلا وصية مفترضة . الخ .

٢ - ونتائج هذا المذهب هي احترام حرية التعاقد من ناحية ، واحترام
الإرادة العقدية من ناحية أخرى .

أ - أما حرية التعاقد فيكون احترامها من ناحية الموضوع ومن ناحية
الشكل ، فمن ناحية الموضوع ينبغي ترك الحرية للمتعاقدين في وضع ما شاءوا
من شروط يرون من المناسب إدخالها في عقودهم . وإذا كان المشرع قد
وضع تنظيمًا نموذجيًا لبعض العقود المعروفة كالبيع والإيجار والوكالة والتأمين
وغير ذلك ، فينبغي أن يظل هذا التنظيم اختياريًا يجوز للمتعاقدين الخروج
عليه طبقاً لمصالحهم . ومن ناحية أخرى تترك الحرية للمتعاقدين في خلق
عقود واتفاقات لم يرد بشأنها تنظيم في القانون وليس لها اسم معروف فيه .
ولا يقيد من حرية المتعاقدين هذه إلا فكرة النظام العام التي يجب أن تكون
محصورة في أضيق الحدود .

ب - ويكون احترام حرية التعاقد من حيث الشكل عن طريق احترام
مبدأ الرضائية في التعاقد ومقتضاه أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان
التعبير عن إرادتين متطابقتين دون حاجة إلى إفراغ هذا التعبير في أي شكل
خاص أو اتباع أية طقوس أو مراسم خاصة .

٩ - انتقاد مبدأ سلطان الإرادة :

١ - يبدو لنا من خلال دراستنا للمشكلة الأخلاقية للعقد ، أن القول
باطلاق الإرادة من كل قيد يؤدي ضرورة إلى إرادة القوة la volonté de
puissance ، ويؤدي بالتالي إلى سحق كل إرادة أخرى . عن طريق
سيطرة شخص أو بعض أشخاص على غيرهم من الناس . وهو مالا يتفق
مع حرية الإنسان أو مع العدالة في المجتمع .

٢ - من الناحية الواقعية أدى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة إلى الكثير من الظلم الاجتماعي . لأنه إذا كان الأفراد متساوون من الناحية القانونية ، إلا أنهم غير متساوين من الناحية الاقتصادية . وليس صحيحاً أن كل شخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد . وعلى سبيل المثال لم يكن العامل في القرن التاسع عشر حراً في أن يتعاقد مع رب العمل أو يرفض ذلك ، بل كان مضطراً إلى قبول العمل بأقل أجر وفي أسوأ الأحوال .

٣ - قد يكون العقد محققاً للعدالة وقت إبرامه ، ثم تطرأ ظروف استثنائية لم يكن في الوسخ توقعها تؤدي إلى اختلال التوازن في العقد ، وتسبب إرهاباً شديداً لأحد الطرفين . وفي هذه الحالة يصعب التسليم بأن اقتضاء تنفيذ العقد بشروطه الأولى يستجيب حقيقة إلى فكرة العدل .

١٠ - إخضاع العقد لمبادئ العدل وأحكام النظام العام .

العدل هو المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه القانون والعقد أيضاً . والعقد ليس هو العدل في ذاته وليس مرادفاً لفكرة العدل . والعقد لا يعدو أن يكون وسيلة لتحقيق العدل في المجتمع . وهي وسيلة ضمن وسائل أخرى منها القانون أو حكم القاضي . ولكن العقد هو لا شك أنسب وسيلة لتحقيق العدل في معاملات الأفراد المالية في نطاق القانون الخاص . وبالفعل فإن الفرد قلما يرضى التعاقد إذا لم يكن في ذلك مصلحة له . فالرضا قرينة على العدل . ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس . فإذا ثبت العكس ، فلا مناص من التسليم بأن العقد في هذه الحالة بالذات لا يتفق على العدل . ويكون من الواجب التدخل بوسيلة أخرى هي القانون أو حكم القاضي لتحقيق العدل الذي أهمله العقد . ومع ذلك فينبغي أن يقال هذا التدخل في أضيق الحدود بحيث لا يحدث إلا في الحالات التي يتأخر فيها بوضوح لا يقبل الشك أن ظلماً كبيراً قد لحق بأحد طرفي العقد لمصلحة الطرف الآخر . وينبغي أن يقال العقد هو المبدأ الأساسي الذي يحكم علاقات الأفراد الخاصة فلا ينبجأ لغيره إلا عند الضرورة القصوى .

ومع التسليم بمبدأ العقد في حدود العدل ، فإن هذا المبدأ يتقيد كذلك بفكرة النظام العام في المجتمع . فالعقد لا يكون صحيحاً إلا في حدود النظام العام والآداب . أى في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت هذه المبادئ اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو دينية . وسنرى تطبيقات عديدة لفكرة النظام العام عند دراستنا لتكوين العقد .

ويخلص من هذا أنه ينبغي الإبقاء على مبدأ العقد باعتباره الوسيلة الأولى لتنظيم العلاقات المالية بين أفراد المجتمع ، على أن يكون ذلك في حدود العدل ، والنظام العام .

١١ - التقسيمات المختلفة للعقود :

تختلف تقسيمات العقود باختلاف الوجهة التي يقوم عليها التقسيم . وندرس فيما يلي أهم تقسيمات العقود من حيث طريقة تنفيذها ، ومن حيث طريقة تكوينها ، ومن حيث أثرها ، ومن حيث كيفية تنفيذها . ومن حيث طبيعتها .

١٢ - العقود المسماة والعقود غير المسماة :

تنقسم العقود من حيث طريقة تنظيمها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة . والعقود المسماة هي التي تستجيب إلى عملية قانونية معروفة لها اسم معروف ، كالبيع أو الإيجار أو غير ذلك ، وهي التي عني المشرع نتيجة لذلك بوضع تنظيم خاص لها في نصوص التقنين . أما العقود غير المسماة فهي عقود لم يضع لها المشرع أى تنظيم خاص لأنها لا تستجيب إلى عملية قانونية معروفة بل تتم حسب إرادة المتعاقدين الحرة طبقاً لمبدأ حرية الإرادة في إبرام أى اتفاق لا يتعارض مع النظام العام .

ولم تعد هناك أهمية كبيرة في التمايز الحديث لتفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة فكلها تخضع للنظرية العامة للالتزام . وعلى العكس من ذلك فقد كانت هذه التقسيمات أهمية بالغة في القانون الروماني حيث كان

من غير الجائر كقاعدة عامة ، ابرام عقد لم يرد له تنظيم في قائمة العقود
المحددة على سبيل الحصر . ومن ناحية أخرى فان كل دعوى أمام القضاء
كان لها اسم مرتبط باسم العقد الذى تحميه ، ولم تكن هناك دعوى أو حماية
لحق ناتج عن اتفاق ليس له اسم أو تنظيم معروف .

أما فى القانون الحديث فان الحق فى التقاضى يقوم على أساس عام .
وليس للدعوى أسماء خاصة مرتبطة بعقود معينة . فالعقد أيا كان اسمه
وأيا كانت شروطه وسواء كان له تنظيم فى القانون أو لم يكن له تنظيم ؛
يحميه الحق فى التقاضى بصفة عامة ، وليس الحق فى رفع دعوى معينة
باسم خاص .

ولكن يلاحظ أنه نتيجة لتقييد مبدأ سلطان الإرادة ، وزيادة تدخل
الدولة فى انعقاد العقود وترتيب آثارها ، فقد عادت لمسألة تنظيم العقود
بعض أهميتها السابقة .

فقد زادت فى تنظيم كل عقد نسبة الأحكام الآمرة المتعلقة بالنظام العام ،
أى التى لا يجوز للمتعاقدين الخروج عليها . ولذلك يكون من المهم معرفة
نوع العقد واسمه لتطبيق هذه الأحكام عليه .

بل أن بعض العقود أصبحت كل الأحكام التى تنظمها أمرة متعلقة
بالنظام العام ، من هذا عقد إيجار الأرض الزراعية ، وعقد إيجار الأماكن .
ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد المعروض أمام القاضى يصدق عليه
وصف « إيجار مكان » أو « إيجار أرض زراعية » . فان الأحكام التى
يطبقها القاضى ستكون هى تلك المنصوص عليها فى القوانين المنظمة لهذين
العقدين بغض النظر عن الشروط الواردة فى هذا العقد ، إذا كانت متعارضة
مع هذه الأحكام .

ومن ناحية أخرى فان وجود تنظيم خاص لبعض العقود له أهمية كبيرة ،
حتى ولو كانت قواعد هذا التنظيم غير متعلقة بالنظام العام ، لأن ذلك

يساعد على تسهيل إبرام العقود ، إذ يكفى الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد ، أما المسائل التفصيلية فيرجع فيها إلى التنفيذ الوارد بالقانون . وهذا التنفيذ هو نفسه مستوحى مما جرى عليه العمل بين الناس في مثل هذا العقد .

١٣ - العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية :

تنقسم العقود من حيث طريقة تكوينها إلى عقود رضائية وعقود شكلية . وعقود عينية .

١ - العقود الرضائية : هي العقود التي لا يشترط لانعقادها أى شكل خاص . وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لانعقاد العقد في القانون المصري . وينص المشرع على ذلك في المادة ٨٩ من التمتين المدنى التي تقرر أنه : يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد . وهذا النص يقرر مبدأ الرضائية ويجعل الخروج على هذا المبدأ استثناء من القاعدة العامة .

٢ - العقود الشكلية : وهي التي لا يكفى في انعقادها تطابق الإرادتين بل يجب فوق ذلك ا فراغ الإرادة في شكل خاص . كورقة رسمية مثلاً . وهو ما يشترطه المشرع في عقد الرهن الرسمى (م ١٠٣١ / مدنى) وفي عقد اذبة (م ٤٨٨ / مدنى) . والشكلية في القانون الحديث المقصود بها تنبيه المتعاقدين إلى خطورة تصرفه . دون أن يطفى الشكل على الإرادة . على خلاف القانون الرومانى الذى كان الشكل فيه هو مصدر الالتزام وكان مجرد الشكل يودى إلى انعقاد العقد ولو كانت الإرادة معيبة بأى عيب .

٣ - العقود العينية : وهي التي لا تنعقد بمجرد التراضى . بل لابد من تسليم العين محل العقد حتى يتم إبرامه . وأهل المثال الوحيد لعقد عيني في القانون المدنى المصرى الجديد هو عقد هبة المنقول ، فهو من الممكن أن

ينعقد بورقة رسمية ويكون شكليا أو ينعقد بالقبض فيعتبر عينيا (م ٤٨٨ ملئى) .

١٤ - العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد .

تنقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد .

والعقود الملزمة للجانبين هي التي تنشئ التزامات على عاتق كل طرف من طرفي العقد . والمثال النموذجي لعقد من هذه العقود . هو عقد البيع ، فهو ينشئ التزاما على عاتق البائع بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري ، وينشئ التزاما على عاتق المشتري بدفع الثمن للبائع .

أما العقود الملزمة لجانب واحد فهي التي لا تنشئ التزامات إلا على عاتق طرف واحد فقط من طرفي العقد . مثال ذلك عقد الهبة . فهو ملزم فقط للواهب دون الموهوب له . على الأقل في الحالات التي لا تقتصر فيها الهبة بأي تكايف على عاتق الموهوب له .

وأهمية التفرقة بين هذين النوعين من العقود تظهر في المسائل الآتية :

١ - في العقد الملزم للجانبين يوجد ترابط بين التزامات كل طرف من طرفي العقد . ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر أن يمتنع هو الآخر عن تنفيذ التزاماته وأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد . أما في العقود الملزمة لجانب واحد فلا محل لطلب الفسخ من الطرف الذي لا يلتزم بشيء أو تمسكه بعدم التنفيذ . لأنه لا يتحمل بأي التزام حتى يتحلل منه بالفسخ أو يتمسك بعدم تنفيذه .

٢ - في العقود الملزمة للجانبين تعتبر التزامات كل من المتعاقدين هي سبب التزامات المتعاقد الآخر طبقاً للذاتية التقليدية في السبب . أما في

العقود الملزمة لحانب واحد . فلا يوجد التزام على عاتق أحد الطرفين يمكن اعتباره سببا لالتزام المتعاقد الآخر .

٣ - في العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين فإنه ينقضى . وينقضى التزام المتعاقد الآخر ، وينسخ العقد . وهذا غير متصور بالنسبة للعقود الملزمة لحانب واحد .

١٥ - عقود المعاوضة وعقود التبرع .

تنقسم العقود من حيث أثرها أيضا إلى عقود معاوضة وعقود تبرع . وعقود المعاوضة هي التي يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما يعطيه مثال ذلك عقد البيع وعقد الإيجار .

أما عقود التبرع فهي التي لا يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما يعطيه . مثال ذلك عقد الهبة وعقد العارية وعقد الوكالة بغير أجر والوديعة بغير أجر .

والعقد الواحد قد يكون من عقود المعاوضة بالنسبة لأحد الطرفين ومن عقود التبرع بالنسبة للطرف الآخر . مثال ذلك عقد الكفالة ، فهو من عقود المعاوضة بالنسبة للدائن لأنه أخذ ضمان الكفيل مقابل إعطاء المدين قرضا أو أجلا للوفاء . فلا يشترط أن يكون المقابل قد أعطى للمتعاقد الآخر .

وعقد الكفالة في نفس الوقت من عقود التبرع بالنسبة للكفيل لأنه أعطى ضمانه للدائن دون أن يأخذ مقابلا على ما أعطاه . ولكن إذا أخذ الكفيل أجرا على الكفالة فإن العقد يكون معاوضة من ناحيته كذلك .

وفي معظم الحالات تكون العقود الملزمة للجانبين من عقود المعاوضة . وتكون العقود الملزمة لحانب واحد من عقود التبرع . ومع ذلك فإن هذا التطابق غير محتم . ومثال عقد الكفالة الذي ذكرناه يوضح ذلك فهو عقد ملزم لحانب واحد هو جانب الكفيل ، ومع ذلك فهو يعتبر من عقود المعاوضة بالنسبة للدائن ويعتبر كذلك من عقود المعاوضة بالنسبة للدائن والكفيل إذا أخذ هذا الأخير أجرا على كفاله .

وتظهر أهمية التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع من نواح كثيرة أهمها الأهلية اللازمة لأبرام العقد والمسئولية الناشئة عن تنفيذه وشروط الغلط الذى يودى إلى إبطاله . وشروط الدعوى البولصية التى تودى إلى عدم نفاذه فى مواجهة الدائنين . وكذلك فإن الصفة التجارية لا تلحق إلا عقود المعاوضة دون عقود التبرع .

١٦ - العقود الفورية والعقود الزمنية

تنقسم العقود من حيث كيفية تنفيذها إلى عقود فورية وعقود زمنية . والعقد الفورى هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، وهو الذى يرد على أداء يمكن تنفيذه فى الحال . مثال ذلك عقد البيع الذى يلتزم البائع فيه بنقل ملكية شيء إلى المشتري . ويظل العقد فورياً حتى ولو أجل تسليم الشيء المبيع . أو حتى لو كان الشيء المبيع شيئاً مستقبلاً كثمار حديقة لم تنضج بعد ، لأن عنصر الزمن فى هذين الفرضين لا يلعب دوراً جوهرياً فى العقد ولا يؤثر بصفة خاصة فى ثمن البيع .

أما العقد الزمنى أو عقد المدة فهو العقد الذى يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه . مثال ذلك عقد الإيجار أو عقد التوريد . والعقد الزمنى من نوعين إما أن يكون مستمر التنفيذ أو أن يكون دورى التنفيذ . ومن أمثلة العقود الزمنية مستمرة التنفيذ . عقد الإيجار ، لأن الانتفاع بالشيء لا يتصور إلا ممتداً فى الزمان ، والأجرة تحسب على أساس المدة . وهو من العقود مستمرة التنفيذ لأن المنفعة تتحقق شيئاً فشيئاً . ومن أمثلة العقود الزمنية دورية التنفيذ . عقد التوريد كالعقد الذى يلتزم به تاجر بتوريد مواد غذائية لمدرسة أو ناد فى فترات دورية منتظمة .

وتظهر أهمية التفرقة بين العقود الفورية والعقود الزمنية فيما يأتى :

١ - الفسخ فى العقود الفورية ينسحب إلى الماضى ويعتبر العقد كأن لم يكن . أما الفسخ فى العقود الزمنية فلا ينسحب إلى الماضى ولذلك فهو يعتبر انهاء للعقد . ليس فسخاً له .

٢ - تنفيذ العقود الزمنية يتعرض نظرا لامتدادها في الزمان . لتقلبات الظروف الاقتصادية . ولذلك فهذه العقود هي التي تثير مشكلة ملائمة العقد للظروف الجديدة . وبصفة خاصة ما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة . وهو ما لا يحدث كثيرا بالنسبة للعقود الفورية .

١٧ - العقود المحددة والعقود الاحتمالية .

تنقسم العقود من حيث طبيعتها إلى عقود محددة وعقود احتمالية .

والعقود المحددة هي التي يستطيع كل من المتعاقدين فيها . وقت إبرام العقد . تحديد الفائدة التي ستعود عليه من إبرامه . ففي عقد البيع مثلا يستطيع كل من البائع والمشتري منذ إبرام العقد . تقدير الفائدة التي ستعود عليه من إبرامه . أما العقود الاحتمالية فهي التي يتوقف تحديد قيمة التزامات كل من طرفيها على شيء احتمالي غير معروف وقت إبرام العقد . من هذا عقد الرهان والمقامرة والتأمين . ومن هذا أيضا عقد الإيراد المرتب مدى الحياة . وهو العقد الذي بمقتضاه ينقل شخص إلى شخص ملكية شيء . ومقابل ذلك يتلقى منه لإيرادا مرتبا مدى حياته . وظاهر أن الفائدة التي ستعود على كل من المتعاقدين من هذا العقد يتوقف تقديرها على المدة التي سيتلقى فيها المتعاقد الأول هذا الإيراد . وهذه المدة هي مدى حياة هذا المتعاقد وهو ما لا يمكن معرفته مقدماً وقت إبرام العقد .

وتبدو أهمية التفرقة بين هذين النوعين من العقود من ناحيتين . الأولى أن الغبن لا يؤثر في صحة العقود الاحتمالية لأنه مفروض فيها احتمال اختلال الالتزامات المتقابلة لكل من المتعاقدين ، أما العقود المحددة فإن الغبن يؤثر في صحتها في بعض الحالات على ما سندرسه فيما بعد .

والناحية الثانية أن المشرع لا ينظر عادة بارتياح إلى العقود الاحتمالية ، ولذلك فهو لا يجيز بعضها ، من هذا ما تقرره المادة ٧٣٩ من القانون المدني « يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان » .

وهذا ننهي من التمهيد لدراسة العقد . وننتقل إلى دراسة قواعده فندرس انعقاد العقد وآثار العقد وانحلال العقد في ثلاثة فصول متتالية

الفصل الأول

انعقاد العقد

ينعقد العقد باتفاق إرادتين على أحداث أثر قانوني . والركن الأساسي للعقد هو الإرادة . والإرادة لا بد أن تتجه إلى هدف مشروع وهو ما يسمى السبب وهو الركن الثاني للعقد . كما أن الالتزامات التي ينشأها العقد لكل منها محل هو محل الالتزام ، وهو ركن في هذا الالتزام ، ولكن أهميته لا تظهر إلا بالنسبة للالتزام العقلي ، لأن محل الالتزام غير العقلي يتولى القانون تحديده . ولذلك يدرس محل الالتزام كركن من أركان العقد . وندرس فيما يلي في خمسة مباحث متتالية ما يتعلق بطرفي العقد والإرادة والمحل والسبب والجزاء على تخلف شرط من شروط انعقاد العقد .

المبحث الأول

طرفا العقد

انعقاد العقد يفترض على الأقل وجود شخصين هما طرفي العقد . ومن الجائز أن يكون هناك أكثر من شخصين بطبيعة الحال .

وأهم المسائل التي تتعلق بطرفي العقد ، هما مسائل النيابة والأهلية .

والمقصود بالنيابة في التعاقد هو إبرام العقد لا بواسطة الأصيل صاحب المصلحة في العقد ، ولكن بواسطة شخص آخر ينوب عنه .

والمقصود بالأهلية هو القدرة على التعبير عن الإرادة تعبيراً متجسداً لآثاره القانونية . وهذه القدرة لا تثبت لكل شخص ، بل لابد من توافر شروط خاصة تتعلق بالادراك والتمييز .

وندرس فيما يلي النيابة والأهلية في مطلبين متتاليين .

المطلب الأول

النيابة في التعاقد

١٨ - فكرة النيابة .

النيابة وسيلة لا غنى عنها في تنظيم علاقات الأفراد في المجتمع . فكثيراً ما يحدث أن يكون صاحب المصلحة في تصرف معين موجوداً في مكان يبعد كثيراً عن مكان إبرام هذا التصرف . فإذا اشترطنا وجود هذا الشخص بنفسه لانعقاد العقد ، لأدى ذلك إلى إرهاقه وتعطيل أعماله وربما إلى عزوفه عن إبرام التصرف . ولذلك يكون من الأسهل والأوفق أن يسمح القانون لصاحب المصلحة في التعاقد أن يوكل شخصاً آخر بحل محله في إبرام هذا العقد .

وفي حالات أخرى يكون صاحب المصلحة شخص عديم التمييز بسبب السن أو الجنون أو العته ، أو أن يكون ناقص التمييز بسبب السن أو السفه أو الغفلة . ومثل هذا الشخص لا يكون أهلاً للتصرف في حقوقه ولذلك لا بد من تعيين نائب له يحل محله في إدارة شئونه .

وفي غير هذه الحالات التي تكون فيها النيابة أمراً محتملاً لا غنى عنه . فإنه في حالات أخرى كثيرة تكون النيابة أمراً ملائماً وعاملاً من عوامل سرعة المعاملات وسهولتها ، وهو أمر لازم للنشاط الاقتصادي في المجتمع .

والنيابة تنقسم من حيث مصدر تعيين شخص النائب إلى نيابة قانونية وقضائية واتفاقية . ومثال النيابة القانونية : نيابة الولي . ومثال النيابة القضائية : نيابة الوصى والقيم ، أما النيابة الاتفاقية فان صورتها الوحيدة هي الوكالة .

والنيابة تنقسم من حيث مصدر تعيين سلطة النائب إلى نيابة قانونية ونيابة اتفاقية . وتعتبر نيابة قانونية بهذا المعنى نيابة الولي والوصى والقيم والسنديك والحارس القضائي . والنيابة الاتفاقية بهذا المعنى صورتها الوحيدة أيضا هي الوكالة .

وبمقابلة هذين التقسيمين نجد أن نيابة الولي هي نيابة قانونية من حيث مصدر تعيين شخص النائب ومن حيث مصدر تعيين سلطة النائب . ونجد أن الوكالة هي نيابة اتفاقية من ناحية مصدر تعيين شخص النائب ومن ناحية مصدر تعيين سلطته أيضا . أما نيابة الوصى أو القيم أو السنديك أو الحارس القضائي فهي قانونية من حيث مصدر تعيين سلطة النائب . ولكنها قضائية من حيث مصدر تعيين شخص النائب .

والفكرة الأساسية في النيابة بكل أنواعها هي أن النائب لا يتقمص شخص الوكيل ولا يتكلم بلسانه كما كان يقال قديماً فهذا يصدق على الرسول وليس على النائب . أما النائب فهو يحل محل الأصيل في ابرام التصرف ، وهو في هذا يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل . ولكن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل .

وندرس فيما يلي شروط النيابة وآثارها ، وكذلك صورة خاصة من صورها وهي عندما يتعاقد النائب مع نفسه باعتباره نائبا عن كل من الطرفين أو نائبا عن أحدهما وأصيلا عن نفسه .

§ - ١ - شروط النيابة

يجب حتى يمكن القول بوجود النيابة توافر ثلاثة شروط : هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، وعدم تجاوز النائب حدود النيابة ، وإبرام العقد باسم الأصيل .

١٩ - ١ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

النائب لما سبق أن ذكرنا يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل . ولذلك فإن إرادة النائب هي التي تكون بحسب الأصل موضع الاعتبار فيما يتعلق بعيوب الإرادة وفيما يتعلق بحسن النية . وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ١٠٤ من القانون المدني التي تقرر أنه : « ١ - إذا تم العقد بطريق النيابة . كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها . ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » .

ويترتب على هذا النص أنه إذا كانت إرادة النائب معيبة بعيب من عيوب الإرادة كغلط أو اكراه أو تدليس ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال ولو كانت إرادة الأصيل سليمة من كل عيب .

ويترتب على هذا النص أيضاً أنه إذا كان النائب سعي النية يعلم أو من المفروض أن يعلم بأن التصرف من شأنه أن يؤدي إلى إفساد التعاقد الآخر أو الزيادة في إفساده ، فإنه يجوز لدائي التعاقد الآخر أن يطعنوا في هذا التصرف بعدم النفاذ طبقاً لنص المادة ٢٣٧ من القانون المدني ، ولو كان الأصيل حسن النية لا يعلم بإفساد التعاقد الآخر .

ومع ذلك فإنه في الحالات التي تكون فيها النيابة اتفاقية ويكون الموكل

قد رسم للوكيل الحدود التي عليه أن يلتزمها وفقا لتعليماته الخاصة ، فان النائب يكرن في هذه الحالة رسولا وليس وكيلًا . ولذلك فان إرادة الأصيل هي التي تكون موضع الاعتبار من حيث سلامة الإرادة ، وكذلك من حيث علم الأصيل بظروف معينة كاعسار المتعاقد الآخر . أو وجود عيب الشيء المبيع .

أما الأهلية فينبغي التفرقة فيها بين النيابة القانونية والنيابة الاتفاقية . فالنائب القانوني هو دائما شخص كامل الأهلية . أما النائب الاتفاقي وهو الوكيل فلا يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية . وكال الأهلية مشروط في الأصيل وحده . أما الوكيل فيكفي أن يكون أهلا للتعاقد أي قادراً على التعبير عن إرادته ولو كان ناقص الأهلية .

٢٠-٢ - عدم تجاوز النائب حدود النيابة.

رغم ان النائب يعبر عن إرادته هو كما ذكرنا في الفقرة السابقة . ويتمتع بناء على ذلك بشيء من الاستقلال ، إلا أنه ينبغي ألا يخرج على حدود النيابة سواء من حيث نوع التصرف المراد ابرامه أو شروط هذا التصرف أو المدة التي يجوز خلالها ابرامه إلى غير ذلك من القيود . فاذا خرج النائب على هذه الحدود فانه يفقد صفته ولا تنصرف آثار العقد إلى الأصيل .

ومن المقرر أنه إذا كانت الوكالة عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل . فانها لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة (م ١/٧٠١ مدني) ، وعلى هذا النحو لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، كالبيع والرهن والصلح والتبرعات - الخ (م ١/٧٠٢ مدني) .

ومع ذلك فقد وضع المشرع استثنائين على هذه القاعدة . الأول راعى فيه مصلحة الأصيل نفسه ، والثاني راعى فيه مصلحة المتعاقد الآخر . فقد نصت المادة ٧٠٣ من القانون المدني على أن ١٠ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة

دون أن يجاوز حدودها المرسومة . ٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة . وظاهر من هذا النص أن المقصود به هو حماية مصلحة الأصيل وحتى لا تضيق عليه فرصة إبرام تصرف ملائم له رغم أنه يتخطى حدود نيابة الوكيل .

وتنص المادة ١٠٧ من القانون المدني على الاستثناء الثاني وهي تقرر أنه « إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » . ومن الحالات التي تنقضي فيها النيابة دون أن يعلم النائب ذلك ، أن يموت الأصيل أو أن يقوم بعزل النائب ، دون أن يعلم النائب بموت الأصيل أو بقيامه بعزله ويبرم العقد معتقداً أنه لا زال نائباً ويشاطره المتعاقد الآخر هذا الاعتقاد . وتسمى هذه النيابة الظاهرة . والمقصود بهذا الاستثناء هو حماية المتعاقد الآخر . وحماية الثقة المشروعة في المعاملات .

وفي غير هذين الاستثنائين فإنه إذا تجاوز النائب حدود النيابة فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل ، إلا إذا أقر الأصيل العقد . فإذا لم يقر الأصيل العقد ، فلا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يرجع على النائب بالتعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية .

٢١ - ٣ - تعاقد النائب باسم الأصيل .

يجب أن يعلن النائب إرادته في أنه يتعاقد باسم الأصيل ، فإذا أغفل ذلك فإن آثار العقد تنصرف إليه لا إلى الأصيل . وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ١٠٦ من القانون المدني وهي تقرر أنه « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً . إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه

النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب .

ويترتب على هذا النص أنه في غير الحالتين الاستثنائيتين المنصوص عليهما فيه وهما أن يكون المتعاقد الآخر يعلم حتماً أو المفروض أن يعلم بأن المتعاقد معه هو نائب عن غيره ، أو أن يستوى لديه أن يتعاقد مع النائب أو مع الأصيل ، فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل . ولا تنشأ علاقة بينه وبين المتعاقد الآخر .

§ ٢ - آثار النيابة

٢٢ - تعدد العلاقات .

تظهر آثار النيابة في عدة علاقات طالما اكتملت شروطها السابق دراستها .

أولاً في العلاقة ما بين النائب والمتعاقد الآخر . وفي هذه العلاقة لا يكتسب النائب أى حق ولا يلتزم بأى التزام في مواجهة المتعاقد الآخر . ولا يجوز له المطالبة بتنفيذ العقد المبرم بينهما إلا إذا كان نائباً في التنفيذ أيضاً .

ثانياً في العلاقة بين النائب والأصيل . وهذه العلاقة يحددها مصدر تعيين سلطة النائب . أى القانون أو الاتفاق بحسب الأحوال .

ثالثاً في العلاقة بين الأصيل والمتعاقد الآخر . والنيابة تؤدي إلى نشأة علاقة مباشرة بين هذين الشخصين فتتصرف كل آثار العقد إلى الأصيل ويصبح هو دائناً للمتعاقد الآخر أو مديناً له بحسب الأحوال . ويجوز لكل منهما أن يطالب الآخر مباشرة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين النائب والمتعاقد الآخر . وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ١٠٥ مدني التي تقرر أنه : إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل . فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل .

§ ٣ تعاقد النائب مع نفسه

٢٣ - الأصل هو المنع والاستثناء هو الإباحة .

تنص المادة ١٠٨ من القانون المدني على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه . سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر . دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

ومن المتصور من الناحية العملية أن يتعاقد النائب مع نفسه سواء باعتباره نائباً عن الطرفين كما لو وكله شخص في شراء منزل ووكله شخص آخر في بيع منزل مملوك له فأبرم عقداً يبيع هذا المنزل من موكله الثاني إلى موكله الأول . أو أن يبرم العقد باعتباره أصيلاً عن نفسه ونائباً عن المتعاقد الآخر كما لو اشترى لنفسه المنزل الموكل في بيعه .

وقد قرر المشرع أن هذا غير جائز بحسب الأصل لأن فيه تجاوز لحدود الوكالة . لأن الموكل عندما اختار وكيله فانما ذلك على أساس أن هذا الوكيل سيمثله هو وحده وسيدافع عن مصلحته هو وحده فإذا تبين أن هذا الوكيل يمثل الطرف الآخر ويدافع عن مصلحة الطرف الآخر في نفس الوقت . فانه يحدث تعارض في المصلحة قد ينتج عنه ضرر للموكل . ويبدو هذا بشكل أوضح عندما يتعاقد الوكيل لنفسه باعتباره طرفاً في العقد .

ولكن نغفراً لأن أساس الحظر هو تجاوز حدود الوكالة . فان التصرف يكون صحيحاً إذا أقره الموكل بعد ذلك .

وبطبيعة الحال فان الإجازة السابقة كالاقرار اللاحق : ولذلك يجوز للموكل أن يأذن للوكيل صراحة في أن يتعاقد مع نفسه .

وكذلك فان المشرع يأذن أحياناً للنائب في أن يتعاقد مع نفسه كما هو

الحكم المقرر في المادة ١٤ من قانون الولاية على المال والذي بمقتضاه يجوز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء كان ذلك لحسابه هو أو لحساب شخص آخر .

وأيضاً فإن أحكام القانون التجارى تسمح للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه وذلك دون حاجة إلى إذن خاص من الموكل .

المطلب الثاني

الأهلية

٢٤ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء .

من الشروط الواجب توافرها في كل من طرفي العقد ، أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لإبرام التصرف . والمقصود بالأهلية بهذا المعنى هو أهلية الأداء وليس أهلية الوجوب .

وأهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية . ومناط هذه القدرة هو تمييز هذا الشخص وإدراكه . ولذلك فلا تثبت أهلية الأداء لكل شخص . فهي تكون منعدمة إذا كان الشخص عديم التمييز وتكون ناقصة إذا كان الشخص ناقص التمييز وتكون كاملة إذا كان الشخص كامل التمييز .

والتصرفات التي تجرى بين الناس تنقسم إلى ثلاثة أنواع . فهناك التصرفات النافعة نفعاً محضاً كال تبرع بالنسبة للمتبرع له . وهناك التصرفات الضارة ضرراً محضاً كال تبرع بالنسبة للمتبرع . وهناك أخيراً التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي عقود المعاوضة كالبيع والإيجار وغير ذلك .

والتصرفات النافعة نفعاً محضاً يكتفى لانعقادها صحيحة أن يكون المتعاقد مميزاً ولو كان ناقص التمييز ، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فيشترط

لانعقادها صحيحة أن يكون المتعاقد كامل التمييز فاذا كان عديم التمييز أو حتى لو كان ناقص التمييز فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا . أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيشترط لانعقادها أن يكون المتعاقد كامل التمييز ، ولكن إذا أبرمها ناقص التمييز . فهي لا تكون باطلة بطلانا مطلقا ، بل باطلة بطلانا نسبيا على ما سندرسه فيما بعد .

هذا عن أهلية الأداء ، أما أهلية الوجوب فهي تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات وهي تترادف بذلك اصطلاح الشخصية القانونية ، وهي تثبت لكل انسان ولا تثير أية مشكلة خاصة بالنسبة لانعقاد العقد ، ولذلك نقتصر على دراسة أهلية الأداء .

ويلاحظ أن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز اعطاء الأهلية لمن لا تتوافر له ، ولا يجوز سلبها ممن يستحقها .

ومن ناحية أخرى فإن الأصل في الانسان هو اكتمال أهليته ، وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت العكس (م ١٠٩ مدني) .

٢٥ - الأهلية تدرج مع سن الانسان .

أهلية الاداء مناطها التمييز . والتمييز يتدرج مع سن الانسان وكذلك أهليته . وقد قسم المشرع عمر الانسان إلى ثلاث مراحل . المرحلة الأولى وتبدأ منذ ولادته إلى سن السابعة ويكون الانسان فيها عديم التمييز وتكون كل العقود التي يبرمها باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو كانت نافعة له نفعا محضا (م ١١٠ مدني) . والمرحلة الثانية تبدأ من سن السابعة إلى سن الواحد والعشرين ، ويكون الانسان فيها مميزا ولكنه ناقص التمييز وبالتالي ناقص الأهلية ، وتكون التصرفات التي يبرمها صحيحة إذا كانت نافعة نفعا محضا . وباطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة ضررا محضا . وباطلة بطلانا نسبيا أي قابلة للإبطال بناء على طلبه إذا كانت دائرة بين النفع والضرر (م ١١١ مدني) .

ومع ذلك فإن القاصر ناقص التمييز إذا بلغ الثامنة عشر من عمره يجوز الإذن له في إدارة أمواله سواء من الولي أو من المحكمة بناء على طلب الوصي ، وتكون عقود الإدارة التي يبرمها صحيحة في حدود هذا الإذن ، (م ١١٢ مملنى) .

والمرحلة الثالثة تبدأ باكمال الانسان الواحد والعشرين من عمره . وفي هذه المرحلة يصبح الانسان رشيدا كاملا الأهلية يجوز له أن يبرم كل العقود ولو كانت ضارة ضررا محضا كالترعات مثلا . ويلاحظ أنه في المرحلة التي يكون فيها الانسان عديم الأهلية أو ناقص الأهلية ، فإن مباشرة حقوقه يتولاها نائب عنه هو الولي أو الوصي . والولي هو الأب أو الجد الصحيح ، أما الوصي فهو من يختاره الأب أو من تعينه المحكمة .

ويلاحظ أخيراً أن الإنسان رغم بلوغه سن الرشد : فقد يعرض له عارض من عوارض الأهلية . يؤدي إلى اعتباره عديم الأهلية أو ناقصها وهو ما ندرسه فيما يلي .

٢٦ - عوارض الأهلية .

وهي الجنون والعتة والسفلة والغفلة (م ١١٣ مملنى) .

١ - والجنون والعتة من عوارض الأهلية التي تؤدي إلى اعتبار المصاب باي منها عديم التمييز كالصبي غير المميز تماما . ويحجر على المجنون أو المعتوه ويعين له قيم يتولى مباشرة شئونه ، والتصرفات التي تصدر من المجنون أو المعتوه بعد توقيع قرار الحجز تكون باطلة بطلانا مطلقا ولو كانت نافعة نفعا محضا . أما التصرفات التي تصدر منه قبل توقيع قرار الحجز فانها لا تكون باطلة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العتة شائعة لدى الناس أو كان المتعاقد الآخر على علم بها ولو لم تكن شائعة . وهذا ما تقرره المادة ١١٤ من القانون المملنى وهي تنص على أنه : (١) يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه . إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجز . (٢) أما إذا

صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

٢ - أما السفه والغفلة فهى من عوارض الأهلية التى تجعل صاحبها ناقص التمييز والأهلية وليس عديمها . والسفيه هو الشخص المبذر فى أمواله . أما ذى الغفلة فهو الشخص الذى لا يدرك وجه المصلحة فى تصرفاته المالية مما يسهل معه غبه فيها . والمحكمة تعين قياً على السفيه أو ذى الغفلة لإدارة أمواله . والتصرفات التى تصدر من أى منهما بعد توقيع قرار الحجر تأخذ حكم التصرفات الصادرة من الصبي المميز ناقص الأهلية . أما التصرفات التى تصدر قبل توقيع قرار الحجر فلا تكون باطلة بطلاناً نسبياً إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ (م ١١٥ مدنى) .

٢٧ - موانع الأهلية .

قد يكون الشخص كامل الأهلية ولم يلم به عارض من عوارضها . ومع ذلك يمنعه مانع من مباشرة شئونه ، مثل هذا الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية والمصاب بعاقتين . وهذه هى موانع الأهلية

١ - الغائب هو الذى لا تعرف حياته من مماته . أو يكون قد تغيب عن وطنه مدة تزيد على سنة ولو كانت حياته محققة . مثل هذا الشخص إذا ترك وكيلاً عاماً عنه فإن المحكمة تثبته إذا توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى (م ٧٥ من قانون الولاية على المال) . وإذا لم يترك وكيلاً عاماً بهذه الشروط فإن المحكمة تعين له وكيلاً . ويسرى على الوكيل ما يسرى على الوصى من أحكام (م ٧٨ من قانون الولاية على المال) .

٢ - والمحكوم عليه بعقوبة جنائية يعتبر بحكم المادة ٢٥ من تقنين العقوبات مجبوراً عليه طوال مدة العقوبة . وهو يختار لنفسه قياً تصدق عليه المحكمة .

٣ - أما « (١) إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعدر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك .
(٢) ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد : إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » . ويلاحظ أن المصاب بعاهتين مما سبق ذكره هو شخص كامل الأهلية ولكن يديه فقط عجز طبيعي في قدرته على التعبير عن إرادته ، وهذا ما يعاونه فيه المساعد القضائي .

وننتقل الآن إلى دراسة المبحث الثاني في انعقاد العقد وهو خاص بالإرادة.

المبحث الثاني

الإرادة أو التراضي

الإرادة هي الركن الأساسي في العقد . والتراضي هو توافق إرادتي طرفي العقد .

والقاعدة في القانون المصري أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد « (م ٨٩ مدني) » .

وندرس فيما يلي في مطلبين متتاليين . تكوين الإرادة . ثم عيوب الإرادة .

المطلب الأول

تكوين الإرادة

ندرس في ثلاثة فروع متتالية . التعبير عن الإرادة ثم توافق الإرادتين ثم الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي والعربون .

الفرع الأول

التعبير عن الإرادة

٢٧ - التعبير الصريح والتعبير الضمني :

التعبير عن الإرادة لما يكون صريحاً يجوز أن يكون ضمنياً . وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ٩٠ من القانون المدني وهي تقرر أن (١) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً . لما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه . (٢) ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً . إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً .

وبلاحظ أن الفقرة الأولى من هذا النص تنصرف إلى التعبير الصريح عن الإرادة . أما الفقرة الثانية فتتنصرف إلى التعبير الضمني .

والتعبير الصريح له مظاهر مختلفة ولكنها تتفق جميعاً في تعارف الناس على استعمالها في التعبير عن الإرادة . من هذا التعبير بالكلام أو التعبير بالكتابة أو التعبير بالإشارة المتعارف عليها كهز الرأس بمعنى الموافقة . وبطبيعة الحال فإن تعبير الأخرس بالإشارة المتعارف عليها هو تعبير صريح من جانبه . ومن وسائل التعبير الصريح اتخاذ موقف معين يؤدي ضرورة إلى معنى المقصود به . مثال ذلك عرض السلع في واجهات المحلات التجارية مع وضع ثمن عليها فهذا إيجاب صريح . ومثال ذلك ركوب أحد الأشخاص في وسيلة من وسائل النقل العام . فهذا تعبير صريح بقبول إبرام عقد النقل

أما التعبير الضمني فهو غير متعارف عليه بين الناس . ولكنه في ظروف العلاقة الخاصة بين الطرفين . لا يمكن تفسيره إلا باعتباره تعبيراً عن

الإرادة . من هذا أن يبيع الشخص شيئا غير مملوك له : ولكن موعود له ببيعه ، فيعتبر تصرفه هذا قبولا منه للوعد بالبيع . ومن هذا أن يقوم الدائن بتسليم سند الدين إلى المدين فيعتبر هذا تعبيراً عن إرادته في انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك . ومن هذا بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انقضاء مدة عقد الإيجار فيعتبر ذلك تعبيراً ضمناً عن الرغبة في تجديد عقد الإيجار .

ويلاحظ أن قاعدة أن التعبير عن الإرادة يكون صريحاً أو ضمناً ترد عليه عدة استثناءات :

١ - إذا اشترط القانون شكلاً خاصاً لبرم العقد كالرسمية في الرهن مثلاً فلا بد من مراعاة هذا الشكل كوسيلة وحيدة للتعبير .

٢ - عندما يشترط القانون الكتابة لاثبات العقد . فإن الكتابة وإن كانت مشرطة لاثبات التعبير لا لوجود التعبير . فانه من الناحية العملية تختلط مشكلة الوجود بمشكلة الاثبات .

٣ - في بعض الحالات يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً . من هذا هو ما هو متفق عليه بين الفقهاء من أن تعبير الكفيل في عقد الكفالة ينبغي أن يكون صريحاً قاطعاً .

٤ - إذا اشترط امتعاقدان أن التعبير عن الإرادة لا يكون إلا صريحاً وفي شكل خاص فإن العقد لا ينعقد إلا إذا روعي هذا الشكل في التعبير عن الإرادة .

٢٨ - الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة :

تمر الإرادة كظاهرة نفسية بعدة مراحل ، هي مرحلة التصور ثم مرحلة التدبر . ثم مرحلة الحسم . وأخيراً مرحلة التعبير . فإذا وصلت الإرادة

إلى هذه المرحلة الأخيرة فإنها تصبح ظاهرة اجتماعية بعد أن كانت ظاهرة نفسية .

وقد يحدث ألا تتطابق الإرادة كظاهرة نفسية وهى الإرادة الباطنة ، مع الإرادة كظاهرة اجتماعية وهى الإرادة الظاهرة . فبأى الإرادتين يعتمد القانون ؟ .

توجد فى هذا الشأن نظريتان أو مدرستان . المدرسة الفرنسية ، وهى تأخذ بالإرادة الباطنة . وذلك لحماية الفرد الذى يخاف التعبير عن إبراز ما أرادته فعلا . وهو ما يتفق مع مبدأ العقد الذى يقوم أساسا على الرضاء الصحيح . أما المدرسة الألمانية فهى تأخذ بالإرادة الظاهرة ، لأن العقد ليس فقط ظاهرة نفسية : بل هو أساسا ظاهرة اجتماعية وهو لا تظهر آثاره إلا فى المجتمع ، ولذلك يجب حماية الثقة المشروعة فى المعاملات عدم الاعتداد بغير الإرادة الظاهرة .

ويبدو أن القانون المصرى يتوسط بين المذهبين . فهو يأخذ بما يسميه البعض بالإرادة المعلنة . وهى أساسا الإرادة الباطنة بالقدر الذى تكون فيه قد اعلنت للناس بما يتفق مع الثقة المشروعة فى المعاملات . وهو ما سيتضح لنا عند دراستنا لتفسير العقد (م ١٥٠ مدنى وما بعدها) .

٢٩ - متى ينتج التعبير عن الارادة أثره :

التعبير عن الإرادة يوجد وجودا ماديا بمجرد صدوره عن صاحبه . ولكنه لا يوجد وجودا قانونيا . أى لا ينتج أثره القانونى إلا بوصوله إلى علم من وجه إليه وقد نصت على هذا الحكم المادة ٩١ التى تقر أن " ينتج أثره عن الإرادة فى الوقت الذى يصل فيه العلم من وجه إليه " ويعتبر وصول التعبير مريئة على العلم به ما لم يتم الدليل على عكس ذلك .

وطبقاً لهذا النص فإن الإيجاب لا ينتج أثره قبل وصوله إلى علم الطرف الآخر ، وقبل ذلك يجوز العدول عنه . وكذلك فإن القبول لا ينتج أثره من حيث إبرام العقد إلا عند وصوله إلى الموجب . وفي هذه اللحظة فقط ينقصد العقد .

ونظراً لأن العلم حالة نفسية لا يمكن التحقق منها بسهولة فقد أقام المشرع قرينة على العلم هي وصول التعبير إلى من وجه إليه : لأنه بحسب المؤلف في الحياة فإن من وصل إليه تعبير عن الإرادة فهو يعلم به . ولكن هذه القرينة القانونية بسيطة تقبل اثبات العكس .

وقد عرض المشرع للحالات التي يموت فيها من صدر منه التعبير أو يفقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره . وقرر حكماً مقتضاه أن التعبير بمجرد انفصاله عن صاحبه فإنه يتوافر له الوجود المادى وهو وجود لا يزول بموت صاحب التعبير أو فقد أهليته . بل أن هذا الوجود المادى يكتمل ويصبح وجوداً قانونياً إذا وصل إلى علم من وجه إليه . وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ٩٢ وهي تقرر أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره : فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

وطبقاً لهذا النص إذا مات المتعاقد الذى قبل الإيجاب الموجه إليه قبل أن يصل قبوله إلى علم الموجب . فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد عند ما يصل القبول إلى علم الموجب بعد ذلك . ولا يسرى هذا الحكم إذا تبين أن العقد لا يمكن تنفيذه بغير الطرف الذى مات أو فقد أهليته ، أو إذا تبين أن هذا الاعتبار الشخصى من شروط العقد ذاته .

الفرع الثاني

توافق الارادتين

ينعقد العقد بصدور إيجاب من أحد الطرفين واقراره بقبول من الطرف الآخر . وقد يحدث ذلك في مجلس واحد هو مجلس العقد . وقد يحدث ذلك في أكثر من مجلس واحد كما يحدث في التعاقد بين الغائبين أو بالمراسلة . وندرس كل ذلك فيما يلي .

٣٠ - الإيجاب :

الإيجاب هو الشرط الأول للعقد . والإيجاب قد تسبقه مفاوضات أو دعوة للتعاقد أو إعلان في الصحف عن سلعة أو بضاعة . وكل هذا لا يعتبر إيجاباً . فالإيجاب ينبغي أن ينطوي على العناصر الأساسية للعقد وأن يكون باتاً . أما ما يسبقه من مفاوضة أو حديث أو دعوة فهو يمهّد له دون أن يختلط به .

وإذا كان الإيجاب باتاً فلا يبقى لانعقاد العقد إلا أن يقرن به القبول . وبطبيعة الحال قد يمر وقت طويل أو قصير بين الإيجاب وبين اقراره بالقبول . فما هو حكم الإيجاب في هذا الوقت ؟

وبتعبير آخر ما هي القوة الملزمة للإيجاب بالنسبة للموجب . لارد على هذا التساؤل تقرر المادة ٩٣ من القانون المدني أنه « (١) إذا عين ميعاد للقبول . التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينتقض هذا الميعاد . (٢) وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » .

وطبقاً لهذا النص فإن الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم وأنه يجوز للموجب العدول عنه في أي وقت ما دام لم يقرن به القبول . وخلافاً لهذا الأصل

فان الإيجاب يكون ملزماً للموجب إذا عين ميعاد للقبول . لأن مقتضى تعيين الميعاد هو رضا الموجب بإرادته أن يبقى ملتزماً بالإيجاب طوال هذه المدة . ولذلك فلا يجوز له أن يرجع في إيجابه خلال هذه المدة . فاذا انقضت هذه المدة دون أن يقترن القبول بالإيجاب ، فان الإيجاب يسقط من تلقاء نفسه . وتعين ميعاد للقبول إما أن يتم بواسطة الموجب نفسه أو أن يستخلص من طبيعة المعاملة لما لو كان التعاقد يتم بين شخصين في غير مجلس واحد ، فان المفروض هو أن يغفل الموجب ملتزماً بإيجابه الوقت الكافي لوصول الإيجاب إلى علم الشخص الموجه له ، ووصول القبول بعد ذلك من هذا الشخص .

وعلى هذا النحو فان الإيجاب الملزم لا يسقط إلا بمضى المدة المحددة دون أن يقترن به القبول ، أو برفض هذا الإيجاب من الشخص الموجه إليه . أما الإيجاب غير الملزم وهو لا يكون إلا بين شخصين في مجلس واحد ، فيسقط إذا انقض المجلس قبل أن يقترن به القبول ، أو إذا رجع فيه الموجب ولو قبل انقضاء المجلس .

٣١ - اقتران الإيجاب بالقبول :

يتم التعاقد إذا اقترن القبول بالإيجاب في نفس مجلس العقد وقبل انقضاؤه . والأصل أن يصدر القبول فوراً . ومع ذلك فالمقصود بالفورية هو ألا يتراخى القبول إلى ما بعد انقضاء مجلس العقد ، أو بعد انصراف الموجب عن إيجابه ولو قبل انقضاء المجلس . وعلى هذا النحو إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد . ولم يقترن به القبول فوراً ، ولكن لم ينقض المجلس . ولم ينصرف أى من المتعاقدين عن إبرام العقد إلى غيره من الأمور ، ثم جاء القبول بعد ذلك ، فان العقد ينعقد . وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية في مسألة اقتران الإيجاب بالقبول . وهو ما طبقه المشرع في المادة ٩٤ من القانون المدني وهي تقرر أنه (١) إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد .

دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً . وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل . (٢) ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول . وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد » .

ويلاحظ أن مجلس العقد طبقاً لهذا النص لما يكون حقيقياً باجماع المتعاقدين في نفس المكان . يكون في بعض الأحيان حكماً . لما في التعاقد بطريق التليفون : أو بأي طريق مماثل .

وحتى يتم العقد ينبغي أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب تمام المطابقة . فإذا اختلف مضمون القبول عن مضمون الإيجاب اعتبر ذلك رفضاً وإيجاباً جديداً . فلا ينقذ العقد إلا إذا قبل الموجب الأول هذا الإيجاب الجديد . مثال ذلك أن يعرض شخص بيع شيء يملكه بعشرة جنيهات فيقول الآخر أنه قبل شراء هذا الشيء بتسعة جنيهات . فلا يعتبر هذا قبولاً بل رفضاً للإيجاب السابق . ويعتبر في نفس الوقت إيجاباً جديداً . والمادة ٩٦ من القانون المدني تقرر هذا الحكم . وهي تنص على أنه « إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يعتبر منه أو يعدل فيه : اعتبر رفضاً تضمن إيجاباً جديداً » .

ويلاحظ أن كل مسألة تعرض في الإيجاب ينبغي أن يكون القبول متطابقاً بشأنها ولو كانت مسألة تفصيلية . مع العلم بأن المسائل التفصيلية لا يمنع عدم ذكرها من انعقاد العقد . والقاضي هو الذي يتولى تحديدها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . ولكن إذا ذكرت مسألة من هذه المسائل فينبغي أن يقترن القبول فيها بالإيجاب ولا ينقذ العقد بغير ذلك . وقد نصت المادة ٩٥ على هذا الحكم وهي تقرر أنه « إذا اتفق الطرفان سر

جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظنا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . ويلاحظ أن القاضي في هذه الحالة الأخيرة يساهم في تكوين العقد على خلاف الأصل في وظيفته التي تقتصر عادة على تفسير العقد فقط .

ومثال ذلك أن يرجى المتعاقدان تحديد مدة عقد الإيجار ، فإن هذا لا يمنع انعقاد العقد ، وتعتبر المدة هي المدة المعينة لدفع الأجرة (م ٥٦٣ مدني) .

٣٢ - متى يكون السكوت قبولا :

تنص المادة ٩٨ من القانون المدني على أنه : (١) يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك . (٢) ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه .

والواقع أن السكوت هو موقف سلبي لا يدل على شيء . ويقال في الشريعة الإسلامية : لا ينسب إلى ساكت قول . وعلى وجه التحقيق فإن السكوت لا يعتبر إيجابا في أي حال من الأحوال . وكذلك فهو لا يعتبر قبولا في معظم الأحوال .

وعلى هذا النحو إذا أرسلت دار نشر صحيفة أو مجلة إلى أحد الأشخاص فلا يعتبر سكوته عن الرد قبولا منه للاشتراك في هذه المجلة أو الصحيفة .

ومع ذلك فهناك حالات خاصة تحيط بها ظروف ملائمة بالسكوت مما يستلزم منه أن السكوت بمثابة قبول للإيجاب . ويسمى السكوت في هذه الحالات بالسكوت الملايس ، نسبة إلى الظروف التي تلابسه وتحيط به . وقد نص المشرع على ثلاث صور للسكوت الملايس .

١ - إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه ، كالمطالبة توجه إلى شخص فيسكت عن الرد ، فيحمل سكوته على أنه قبول لها .

٢ - إذا وجه تعامل سابق بين الطرفين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، فإن السكوت يعتبر في هذه الحالة قبولاً للإيجاب . مثال ذلك تاجر التجزئة الذي يرسل في طلب بضاعة من تاجر الجملة الذي يتعامل معه . ويسكت تاجر الجملة عن الرد فيعتبر هذا قبولاً منه لطلب تاجر التجزئة ويتعقد العقد .

٣ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يجعل السكوت عن الرقص قبولاً ، فإنه يعتبر كذلك في حكم القانون . مثال ذلك عميل البنك الذي يتلقى كشفاً بالحساب من البنك فيسكت عن الاعتراض عليه مدة كافية ، اعتبر ذلك قبولاً منه لهذا الحساب .

٣٣ - القبول في عقود المزايدة :

تنص المادة ٩٩ من القانون المدني على أنه لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً .

والمزايدة قد يكون جبرياً كما في حالة التنفيذ الجبري على أموال المدين . وقد يكون اختيارياً كبيع منقولات مسكن شخص مهاجر أو غير ذلك من الأمثلة . ولا يشترط أن يكون العقد بيعاً ، بل قد يكون إيجاراً أو غير ذلك .

وأهم ما يقرره النص السابق ذكره أن طرح الشيء للمزايدة ليس هو الإيجاب ولكنه دعوة فقط للتعاقد . أما الإيجاب فهو العطاء الذي يقدمه كل متزايد . والقبول هو رسو المزايدة على صاحب هذا العطاء . فقبل رسو المزايدة لا يتعقد العقد .

والعطاء يسقط بكل عطاء يزيد عليه ولو كان العطاء الزائد باطلاً .

ويرتب على ذلك حكم هام هو أنه لا يجوز إرساء المزداد إلا على أعلى عطاء لأن كل عطاء آخر أقل منه قد سقط فلا وجود له .

والعطاء الزائد يسقط العطاءات السابقة ولو كان هو نفسه باطلا لصدوره من شخص عديم الأهلية . أو شخص ممنوع عليه شراء الشيء المعروض على المزايعة . وهو يحدث هذا الأثر باعتباره واقعة قانونية لا باعتباره تصرفا قانونيا .

٣٤ - القبول في عقود الإذعان :

تنص المادة ١٠٠ من القانون المدني على أن « القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة بضمها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » . وهذا النص يجعل المميز الأساسي لعقود الإذعان هو الطريقة التي يتم بها القبول فيها . وهذه العقود منتشرة في الحياة العملية . وهي تتميز بعدة مميزات هي : ١ - تتعلق هذه العقود بخدمة أو سلعة أساسية في حياة الأفراد كالمياه والكهرباء والتليفون والنقل والعمل وغير ذلك . ٢ - يتمتع الموجب في هذه العقود بحالة احتكار قانوني أو فعلي لهذه السلعة . ٣ - يتم الإيجاب في هذه العقود في صورة شروط دائمة ومطبوعة وموصوعة بواسطة الموجب . وعلى الغير أن يقبلها أو يرفضها دون أن يملك المناقشة فيها . وهو غالبا يقبلها لأن هذه العقود تتعلق بسلع أو خدمات لا يمكن الاستغناء عنها في الحياة . وهذه الشروط تكون دائما في مصلحة الموجب .

وحماية للطرف الضعيف في هذه العقود وهو الطرف المذعن قرر المشرع في المادة ١٤٩ مدني على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان . وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة » . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك :

والحكم المقرر في هذا النص يعتبر تطبيقاً لفكرة خضوع العقد لفكرة العدل ، ويعتبر أيضاً مثلاً من أمثلة الاستعانة بالقاضي لتحقيق هذا الهدف ، رغم ما يبدو فيه من خروج على وظيفة القاضي الأساسية التي تقتصر على تفسير العقد دون أن تتخطى ذلك إلى تعديله .

وقد قرر المشرع حماية أخرى للطرف الضعيف في عقود الإذعان من ناحية تفسير العقد أيضاً ، وهو ما تقرره المادة ١٥١ مدني وهي تنص على أنه ، (١) يفسر الشك في مصلحة المدين . (٢) ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى . وطبقاً لهذا النص فإن الشك يفسر دائماً لمصلحة الطرف المدعى سواء كان دائناً أو مديناً . والحكمة من هذا النص أن الطرف القوي هو الذي وضع شروط العقد بنفسه . والمفروض أن يضع شروطاً واضحة . فإذا لم يفعل ذلك فهو وحده الذي يتحمل نتيجة هذا التفسير ، ويفسر الشك لمصلحة الطرف المدعى الذي كان قبوله للعقد مجرد تسليم بالشروط التي وضعها الطرف القوي .

٣٥ - التعاقد فيما بين الغائبين .

كثيراً ما يتم التعاقد بين غائبين ، أي بين شخصين لا يوجدان في مجلس واحد . ويكون ذلك بطريق البريد أو طريق البرق أو بواسطة رسول . وبهذا ينقضي وقت من الزمن بين صدور القبول وبين علم الموجب بالقبول . ويثور التساؤل عن تحديد وقت انعقاد العقد وهل هو وقت صدور القبول أم وقت علم الموجب به أم غير ذلك . وقد عرفت في هذا الشأن أربع نظريات هي :

١ - نظرية الاعلان وبمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب . ففي هذه اللحظة يكون الإيجاب قد اقترن بالقبول وهو كل ما بشرط لانعقاد العقد . ويتفق هذا أيضاً مع التسرعة في

المعاملات وفي التجارة بصفة خاصة . ولكن يعيب هذه النظرية أنها تغفل القواعد العامة في أن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . والقبول باعتباره تعبيراً عن الإرادة لا يحدث أثره إلا من وقت أن يتصل بعلم من وجه إليه لا من وقت اعلانه .

٢ - نظرية التصدير وبمقتضاها ينعقد العقد لا بمجرد إعلان القبول . بل بعد تصديره . أى بعد وضع الخطاب في صندوق البريد أو تسليم البرقية إلى مكتب الإرسال إلى غير ذلك من أمثله . وهذه النظرية لا تزيد عن النظرية السابقة إلا في التأكد من أن القبول قد أصبح باتاً . وبعبارة ما يعيب النظرية السابقة . وكذلك فإنها لا تضمن أن القبول قد أصبح باتاً إذ من الجائز استرداد الرسالة أو البرقية طالما أنها لم تصل إلى المرسل إليه . كما يجرى على ذلك العمل في معظم البلاد .

٣ - نظرية الوصول وبمقتضاها ينعقد العقد بمجرد أن يصل القبول إلى الموجب . بغض النظر عن علمه بالقبول . والوصول حسب هذه النظرية لا يعدو أن يكون قرينة على العلم ولذلك فلا تخرج هذه النظرية على النظرية الرابعة وهي نظرية العلم .

٤ - بمقتضى نظرية العلم فإن العقد لا ينعقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب ، وهذه النظرية تتفق مع القواعد العامة في أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، وهو في هذه الحالة الموجب الذي يوجه إليه القبول . وقد سبق أن ذكرنا ذلك عند دراسة التعبير عن الإرادة . وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ٩٧ مدني التي تقرر أنه (١) يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك . (٢) ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين يصل فيهما هذا القبول .

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام . فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفه . كأن يتفق مثلاً أن العقد يتم بمجرد الاعلان عن القبول وقبل وصوله إلى علم الموجب أو غير ذلك .

وتحديد وقت انعقاد العقد له أهمية من عدة نواح .

١ - إذا أخذنا بنظرية الاعلان عن القبول فإنه لا يجوز للقابل أن يرجع في قبوله ، أما إذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول فإن العقد لا ينعقد إذا رجع القابل في قبوله ووصل الرجوع إلى الموجب قبل أن يصل القبول .

٢ - العقد الذى يبرمه التاجر المفلس يختلف حكمه بحسب ما إذا تم بعد شهر الإفلاس أو قبل شهر الإفلاس . أو قبل الوقوف عن الدفع . وهو ما يختلف بحسب ما إذا أخذنا بنظرية من النظريات الأربع السابق ذكرها .

٣ - طبقاً لقواعد القانون الدولى الخاص فإن العقد يخضع من حيث الموضوع بحسب أحد ضوابط الاسناد المقررة فى المادة ١٩ مدنى . لقانون البلد الذى تم فيه العقد . وهو ما يختلف بحسب ما تأخذ به من النظريات السابقة . وهناك غير هذه الأمثلة نتائج أخرى كثيرة يشار إليها فى كتب الفقهاء . كتحديد وقت انتقال ملكية المنقول المبيع إذا كان معيناً بالذات . والوقت الذى يعتد به فى تحديد قيمة العقار لمعرفة مقدار الغبن فى بيع عقار مملوك لقاصر . . . الى غير ذلك من الأمثلة .

الفرع الثالث

الوعد بالتعاقد والعقد الاجدى والعربون

٣٦ - الوعد بالتعاقد :

الوعد بالتعاقد له تطبيقات كثيرة فى الحياة العملية كالوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالرهن . ومثال الوعد بالبيع أن يحصل صاحب مصنع

على وعد من مالك لقطعة أرض مجاورة للمصنع . يبيع هذه الأرض له إذا رغب في شرائها في خلال مدة معينة مقابل ثمن معين . وتكون مصلحة صاحب المصنع في هذا الاتفاق هي أنه يضمن شراء قطعة الأرض المذكورة إذا أعلن رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها دون أن يضطر إلى شرائها في الحال إذا كان في غير حاجة حاله إليها . أما مصلحة صاحب الأرض في هذا الاتفاق فهي أن يكون ثمن البيع الموعود به مرتفعا . فيعطى هذا الوعد تشجيعا لصاحب المصنع في الشراء . والوعد بالتعاقد هو عقد يتم بإيجاب وقبول . ولكنه ملزم لحانب واحد فقط هو الواعد . أما الموعود له فلا يلتزم بشيء .

ويشترط لإبرام عقد الوعد تعيين جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه . فإذا كان هذا العقد بيعا وجب تعيين الشيء المبيع والثمن . ويجب كذلك تعيين المدة التي يجوز للموعود له أن يعبر فيها عن إرادته بحيث إذا انقضت هذه المدة دون أن يصدر منه تعبير عن الرغبة في تنفيذ الوعد فإن الوعد يعتبر كأن لم يكن . وقد نصت على ذلك المادة ١٠١/١ مدني وهي تقرر أن « الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد » إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه . والمدة التي يجب إبرامه فيها .

ويشترط كذلك في الحالات التي يكون العقد الموعود به شكليا كعقد رهن رسمي أو عقد هبة . أن يتم الوعد في نفس الشكل الذي يطلبه القانون للعقد المراد إبرامه . وهذا ما تقرره المادة ١٠١/٢ مدني وهي تنص على أنه « إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين . فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي تضمن الوعد بإبرام هذا العقد » . وعلى هذا النحو فإن الوعد بإبرام رهن رسمي يجب أن يتم هو أيضا في الشكل الرسمي . والوعد بالهبة يجب أن يتم كذلك في ورقة رسيب . وبعبارة ذلك لا يمكن للأفراد التحايل على شرط الشكل وذلك عن طريق

ابرام عقد وعد لا يراعى فيه الشكل ثم نصطنع خصومه أمام القضاء .
ويصدر فيها حكم يقوم مقام العقد الشكلى المراد ابرامه دون أن يكون قد
دوعى شرط الشكل فعلا .

وعقد الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا التزامات شخصية ، فهو لا ينشئ
حقوقا عينية . حتى ولو كان العقد المراد ابرامه من شأنه أن يودى إلى
انشاء حقوق عينية . فمثلا الوعد بالبيع لا ينشئ للموعد له حقاً عينياً على
الشيء محل الوعد ، ولكنه ينشئ له حقاً شخصياً فى مواجهة الواعد .
وعلى هذا النحو فان الواعد يظل مالكا للشيء ويستطيع التصرف فيه بالبيع
لشخص آخر . وفى هذه الحالة لا يكون للموعد له أن يرجع بشيء على
المتصرف إليه . وكل ما له هو أن يرجع بالتعويض على الواعد .

أما إذا عبر الموعد له عن إرادته فى قبول الوعد فان العقد النهائى يتم .
ويصبح الموعد له بالبيع مالكا منذ ذلك الوقت كما لو كان الشيء الموعد
بيعه منقول معين بالذات . أما إذا كان الشيء الموعد ببيعه عقارا . فان
الملكية فيه لا تنتقل بالعقد وحده بل بتسجيل هذا العقد . وهو ما يقتضى
تدخل الواعد للتصديق على توقيعه بالبيع . فاذا رفض الواعد مساعدة الموعد
له فى اتمام اجراءات التسجيل . فللموعد له أن يلجأ إلى القاضى الذى
يقوم حكمه متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد . ويقوم الموعد له
فى هذه الحالة بتسجيل الحكم ذاته بدلا من تسجيل العقد .

وقد نصت المادة ١٠٢ مدنى على هذا الحكم وهى تقرر أنه « إذا وعد
شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد .
وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة .
قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد »

٣٧ - العقد الابتدائي .

العقد الابتدائي هو وعد ملزم للجانبين لا لجانب واحد . كأن يوجد وعد بالبيع ووعد بالشراء في نفس الوقت . ويشترط لانعقاد العقد الابتدائي تحديد جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي المراد ابرامه وكذلك المدة اللازم ابرامه فيها . وإذا كان العقد النهائي شكليا فتجب مراعاة نفس الشكل في العقد الابتدائي (م ١٠١) .

وآثار العقد الابتدائي هي بذاتها آثار العقد النهائي فيترتب على العقد الابتدائي بالبيع : التزام المشتري بدفع الثمن والتزام البائع بنسليم المبيع . ولكن تنفيذ هذه الالتزامات يكون مؤجلا الى وقت تمام العقد النهائي .

ويتضمن العقد الابتدائي التزاما على عاتق كل من المتعاقدين بابرام العقد النهائي إذا طلب المتعاقد الآخر ذلك . فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن القيام بالاجراءات اللازمة لاتمام العقد النهائي : كما لو تعلق الأمر ببيع عقار يلزم فيه التصديق على توقيع البائع وتسجيل البيع بعد ذلك . فإن نظرف الآخران يلجأ إلى القضاء للحكم له بصحة العقد . ويقوم هذا الحكم مقام العقد ، ويتم تسجيله بدلا من تسجيل العقد . وتنقل الملكية بهذا التسجيل .

ويلاحظ أن العقد النهائي إذا تم فهو يفسخ العقد الابتدائي ويحل محله . وتكون العبرة في العلاقة بين الطرفين بالشروط الواردة في العقد النهائي ولو اختلفت عن الشروط الواردة في العقد الابتدائي . على أنه يشترط لاحداث مثل هذا الاختلاف اتفاق كل من الطرفين على التعديل . أما إذا رفض أحد الطرفين ذلك فإن العقد النهائي يتم بنفس شروط العقد الابتدائي .

٣٨ - العربون .

قد يصاحب إبرام العقد دفع مبلغ من النقود ، كالمشتري يدفع مبلغاً من النقود للبائع ، والمستأجر يدفع مبلغاً من النقود للمؤجر . وقد لا يكون واضحاً المقصود من دفع هذا المبلغ الذى يسمى بالعربون . فهو قد يقصد به أن العقد قد أصبح باتاً . وأن ما دفع هو بداية تنفيذ العقد . وقد يقصد به غير ذلك من أن العقد ليس باتاً وأنه يجوز لأى من المتعاقدين أن يعدل عنه وأن مبلغ العربون هو ثمن العدول . والأصل أن تحديد دلالة العربون ترجع إلى إرادة المتعاقدين ، فإذا لم تكن هناك إرادة واضحة . فقد انحاز المشرع المصرى إلى اعتبار العربون دالاً على الحق فى العدول عن العقد . وقد قرر هذا الحكم فى المادة ١٠٣ التى تنص على أن « (١) دفع العربون وانت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه . إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . (٢) فإذا عدل من دفع العربون فقلده . وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، وهذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر .

وطبقاً لهذا النص إذا عدل من دفع العربون فقلده . وإذا عدل من قبضه وجب عليه رده ومعه مثله . وضياع قيمة العربون فى حالة العدول ليس هو تعويض عن ضرر حتى يجوز تخفيضه أو الغاؤه إذا لم يتحقق الضرر ، ولكنه ثمن حرية العدول عن إبرام العقد ، ولذلك فينبغى دفعه فى جميع الأحوال التى يعدل فيها عن إبرام العقد .

المطلب الثانى

هوب الارادة

حتى يعتقد العقد صحيحاً لا يكفى أن تكون الإرادة موجودة . وأن يتطابق الإيجاب والقبول ، بل يجب فوق ذلك أن تكون الإرادة سابعة

غير معيبة بأى عيب . وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . والإرادة المعيبة هى إرادة موجودة ولكنها غير سليمة . ولهذا ينبغى التفرقة بين عيب يصيب الإرادة وبين انعدام الإرادة أصلا . فما يصدر من المجنون أو المعتوه أو الضبي غير المميز لا يعتبر إرادة ولا ينتج أى أثر ويكون حكمه هو البطلان المطلق . أما الإرادة المعيبة فهى بحسب الأصل صادرة من شخص توافرت لديه أهلية الاداء . ومع ذلك فقد لحق بإرادته عيب يضعف من أثرها ويجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا . وندرس عيوب الإرادة السابق ذكرها فى أربعة فروع متتالية .

الفرع الأول

الغلط

٣٩٠ - تعريف الغلط .

الغلط هو وهم يقوم بنفس المتعاقد يجعله يعتمد خلاف الواقع . والغلط الذى يعتبر عيبا من عيوب الإرادة هو الغلط المؤثر ، وهو حالة وسطى بين الغلط المانع وبين الغلط غير المؤثر .

أما الغلط المانع فهو لا يعيب الإرادة فحسب ولكنه يعدمها ، وهو يتحقق إذا تعلق الاعتقاد الخاطئ بركن من أركان العقد كتطابق الإرادتين أو المحل أو السبب . من هذا أن يعتقد أحد الطرفين أنه يبيع الشيء الذى يملكه والطرف الآخر يعتقد أنه يتأقذ على سبيل الهبة . فهذا غلط مانع يتعلق بتطابق الإرادتين . ومن هذا أن يعتقد أحد الطرفين أنه يبيع المنزل المملوك له فى بلدة معينة ، بينما يعتقد الطرف الآخر أنه يشتري المنزل المملوك للبائع فى بلدة أخرى ، فهذا غلط مانع يتعلق بالمحل . ومن هذا أن يتقاسم الورثة مع الموصى له أموال التركة ثم يتبين أن الوصية باطلة . فهذا غلط مانع يتعلق بسبب عقد القسمة حسب النظرية التقليدية للسبب

على ما ستراه فيما بعد . والغلط المانع ليس هو موضوع دراستنا ، فهو ليس من عيوب الإرادة ولكنه يعدها فلا تقوم أصلا .

وعلى الطرف النقيض من الغلط المانع ، هناك الغلط غير المؤثر ، وهو الذى لا يتعلق بأية صفة جوهرية فى العقد . ولا يؤثر بالتالى فى ابرامه ، فهو ليس من عيوب الإرادة .

أما الغلط الذى ندرسه باعتباره من عيوب الإرادة فهو الغلط الجوهرى .

٤٠ - الغلط الجوهرى .

تنص المادة ١٢١ على أنه « (١) يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد الآخر عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . (٢) ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص . (أ) إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين . أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن نية . (ب) إذا وقع فى ذات التعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » .

وبلاحظ من هذا النص أن معيار الغلط الجوهرى فى القانون المصرى هو معيار شخصى مستمد من احساس المتعاقد الذى وقع فى الغلط . وعلى هذا النحو فإن ما يعتبر غلطا جوهريا بالنسبة لمتعاقد ، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لمتعاقد آخر . والبحث ينبغى ان يتجسه إلى المتعاقد الذى يتمسك بالغلط لمعرفة حالته النفسية وظروفه الخاصة ، فاذا تبين أن الاعتقاد الخاطيء الذى قام فى ذهنه كان هو العامل الحاسم فى ابرام العقد ، بحيث ما كان لبرمه لو لم يقع فى هذا الاعتقاد . فإن العيب يكون جوهريا ، والإرادة تكون معيبة . ومع ذلك فهذا المعيار انشخصى لايد من تدعيمه بمعيار آخر موضوعى .

فالاقتصار على البحث في نفسية التعاقد ليس أمراً سهلاً ولذلك ينبغي الاعتماد أيضاً على عناصر موضوعية مستمدة من ملاسبات العقد وما ينبغي في التعامل من حسن نية بحيث يسهل بعد ذلك افتراض وجود الغلط دون حاجة إلى بحث دقيق في نفسية التعاقد . وهو بحث غير مأمون العاقبة في كثير من الأحيان .

وقد أعطى المشرع مثليين على الغلط الجوهرى بهذا المعنى ، كالغلط في صفة جوهرية في الشيء محل العقد . أو الغلط في شخص التعاقد . ويضيف الفقه الحديث إلى هذين المثالين . الغلط في القيمة والغلط في الباعث . يضاف إلى هذه الأمثلة للغلط في الواقع ، مثال آخر هو الغلط في القانون .

٤١ - الغلط في صفة جوهرية في الشيء .

الغلط في صفة جوهرية في الشيء ، ليس هو الغلط في ذات الشيء ، فهذا هو الغلط المانع الذى يحول دون انعقاد العقد كما سبق أن ذكرنا . وهناك أمثلة كثيرة على غلط في صفة جوهرية للشيء محل العقد مستمدة من القضاء المصرى . من هذا أن بيع أوراق مالية لشركة حكم بطلانها ، يجوز الطعن فيه بالغلط في صفة جوهرية للشيء المبيع . ومن هذا شراء تمثال من محمل للعاديات على أنه تمثال أثري ويتبين أنه تمثال حديث . ومن هذا شراء قمائس على أنه قابل للغسيل ثم يتبين غير ذلك . ومن هذا بيع أرض على أنه يحدها من الناحية البحرية شارع ثم يتبين أن الأرض محصورة من جميع الجهات . وعلى عكس هذه الأمثلة لا يعتبر غلطاً جوهرياً أن يذكر بيان خطأ في حدود الأرض المبيعة ، إذا كانت هذه الأرض قد حددت بطريقة أخرى نافية للجهالة .

٤٢ - الغلط في شخص التعاقد .

قد يكون الغلط في شخص التعاقد أو في صفة من صفاته جوهرياً ، إذا

كان هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وفي كل العقود التي يراعى فيها لاعتبار الشخصى يكون الغلط فى شخص المتعاقد جوهرى . مثال ذلك عقد الشركة أو الوكالة أو الهبة أو المزارعة .

وفى العقود التى لا يكون فيها شخص المتعاقد هو موضع الاعتبار فى العقد قد يكون الغلط فيه مع ذلك جوهرى ، مثال ذلك التعاقد مع أحد الفنين كمهندس أو صانع على أساس أنه يحمل شهادة فنية وأنه خبير فى فنه ، يتضح أنه لا يحمل هذه الشهادة ولا يملك أية مهارة خاصة . ومثال ذلك أيضا تأجير مسكن لامرأة على أنها شريفة فيتبين أنها سيئة السلوك والسمعة ولو كانت لا تبأثر الدعارة فى هذا المسكن . والبحث فيما إذا كان الغلط فى شخص المتعاقد أو صفة من صفاته أمرا جوهرى من مسائل الواقع التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ولا تخضع لرقابة محكمة النقض .

٤٣ - الغلط فى القيمة .

كان الفقه التقليدى فى فرنسا لا يجيز الطعن فى العقد بسبب غلط فى القيمة . ولكن من المتفق عليه فى الفقه الحديث أن الغلط فى القيمة إذا كان جوهرى بالمعنى السابق ذكره فانه يعتبر عيبا من عيوب الإرادة . ومن أمثلة الغلط فى القيمة أن يتفق صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن أجرة الشحن تكون محسوبة إما على أساس الحجم أو على أساس الوزن بحسب ما يختاره صاحب السفينة . واختار هذا الأخير أن يكون حساب الأجرة على أساس الحجم . ثم تبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف ، فان صاحب البضاعة يكون قد وقع فى غلط جوهرى فى القيمة يجوز له على أساسه الطعن فى صحة العقد ، خاصة إذا تبين أنه رفض التعاقد مع صاحب سفينة أخرى على أجرة شحن ثقل كثير عن الأجرة المحسوبة على أساس الحجم .

والفارق بين الغلط في القيمة والغبن ، أن الغبن يتحقق حتى ولو كان المتعاقد المغبون على بينة من قيمة الشيء . بينما يشترط في الغلط ألا يكون المتعاقد على بينة من ذلك بل وقع في غلط بهذا الخصوص .

٤٤ - الغلط في الباعث .

كان الفقه التقليدي في فرنسا لا يعتد كذلك بالغلط في الباعث . على خلاف الفقه الحديث الذي يجعل الغلط في الباعث جوهريا اذا كان هو الذي ادى إلى إبرام العقد . مثال ذلك أن يبيع شخص العقار الذي يملكه وهو مريض مرضا خطيرا اعتقد أنه مرض الموت أى أنه موّد إلى الموت حتما . ثم تبين بعد ذلك أن هذا المرض لم يكن مرض موت بأن شفى المريض من مرضه . في هذه الحالة يكون البائع قد وقع في غلط جوهرى يتعلق بالبائع الدافع إلى التعاقد ويجوز له أن يطلب إبطال العقد على أساسه .

٤٥ - الغلط في الواقع والغلط في القانون .

تنص المادة ١٢٢ مدنى على أنه « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » .

والغلط في القانون ليس هو اعتذار بجهل القانون يقصد به تلافى تطبيقه فهذا غير جائز إذ المبدأ هو عدم جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون . ولكن الغلط في القانون يراد به على العكس من ذلك التمسك بتطبيق القانون الذى لو كان المتعاقد يعلم حكمه لما أبرم العقد . فهو تمسك بالقانون وليس تهرباً منه .

والغلط في القانون لا يعتبر من عيوب الإرادة إلا إذا كان جوهريا بالمعنى السابق ذكره . وهو قد يتعلق بصفة جوهرية في الشيء أو بشخص المتعاقد أو بالقيمة أو بالبائع . ومن الأمثلة على ذلك أن يتعهد شخص بالوفاء بالتزام طبيعى معتقدا أنه التزام مدنى ، فهذا غلط جوهرى في القانون متعلق بصفة جوهرية في الشيء . ومن الأمثلة على ذلك أيضا أن يهب رجل

مالا لمطلقة معتقدا أنها لا زالت في عصمته ، بينما هي في الواقع لم تعد كذلك
باتقضاء فترة العدة وصيرورة الطلاق نائنا ، فهذا غلط جوهري يتعلق
بسنه من صغرات المتعاقدين الآخر .

٤٦ - يجب أن يتصل الغلط بالمتعاقدين الآخر .

إذا كان أحد المتعاقدين قد وقع في غلط جوهري على النحو السابق ذكره ،
فان هذا لا يكفي لإبطال العقد ، بل لابد أن يدخل هذا الغلط منطقة العقد
ولا يكون ذلك إلا إذا كان المتعاقد الآخر مشتركا في نفس الغلط أو على
علم به أو من السهل عليه أن يعلم به . وهذا ما يقرره المشرع في المادة ١٢٠
ملئى التي تنص على أنه : إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز أنه أن
يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ،
أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

وطبقا لهذا النص إذا كان الغلط فرديا وقع فيه أحد المتعاقدين بمفرده
دون أن يدخل ذلك منطقة العقد بأى شكل فانه لا يؤثر في صحة العقد .
وذلك حماية للمتعاقدين الآخر ، وحماية للثقة في المعاملات . وإلا فان كل
متعاقدا يظل مهددا بأن ترفع عليه دعوى إبطال عقد أبرمه بسبب غلط وقع
فيه المتعاقد الآخر ودون أن يعلم هو عن ذلك شيئا .

أما إذا كان الغلط مشتركا أى وقع فيه كل من المتعاقدين . كأن يشتري
شخص تمثالا أثريا ويعتقد البائع أنه كذلك فعلا ، ثم يتبين بعد العقد أنه
تمثال حديث . فان طلب إبطال العقد من المشتري في هذه الحالة لا ينافي
العدل ولا يمس بالثقة في المعاملات .

وكان هناك رأى في الفقه التقليدى يذهب إلى أن الغلط المؤثر في العقد
هو فقط الغلط المشترك بالمعنى السابق ذكره . ولكن الفقه الحديث وهو
ما أخذ به المشرع المصرى يجعل في حكم الغلط المشترك من حيث التأثير في
صحة العقد : كل غلط يدخل منطقة العقد بأى شكل . أى كل غلط

يتصلب بالمتعاقد الآخر ، ولو لم يكن هذا المتعاقد قد وقع في نفس الغلط .
ويتحقق ذلك بصفة خاصة إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بأن المتعاقد معه قد
وقع في هذا الغلط . ويكون ذلك في المثال السابق ذكره إذا كان بائع التمثال
يعلم أن التمثال حديث الصنع ويعلم أيضا أن المشتري يتعاقد على أساس أن
التمثال ذو قيمة أثرية ويتركه مع ذلك يستمر في إبرام العقد . ففي هذه الحالة
يكون البائع سيء النية ، وليس مما ينافي حسن النية أو الثقة في المعاملات
أن يتقرر إبطال عقده .

ويعتبر الغلط قد دخل منطقة العقد كذلك إذا كان من السهل على المتعاقد
الآخر أن يتبين وقوع المتعاقد معه في هذا الغلط ولو لم يكن يعلم بذلك
فعلا ، لأنه في هذه الحالة يكون مقصراً فيتحمل نتيجة هذا التقصير . ويكون
ذلك في المثال السابق ذكره ان يكون البائع هو تاجر عادات قديمة وأن
يكون ثمن التمثال مرتفعاً بحيث يسهل على التاجر أن يتبين أن المشتري يقصد
شراء تمثال أثري وليس تمثال حديث الصنع . فإذا كان الغلط قد دخل
منطقة العقد بأن انصل بالمتعاقد الآخر على صورة من الصور الثلاث السابق
ذكرها وهي أن يكون مشتركاً أو يكون المتعاقد الآخر على علم بوقوع
المتعاقد فيه أو من السهل له أن يتبين ذلك ، فإنه يكون مؤثراً ويجوز على
أساسه الطعن في العقد بالابطال . أما إذا كان الغلط فردياً فلا يجوز الطعن
في العقد على أساسه ، ولو كان غلطاً جوهرياً .

٤٧ - لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية .

تنص المادة ١٢٤ ملغى على أنه : (١) ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك
به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . (٢) ويبقى بالأخص ملزماً
بالعقد الذي قصد إبرامه . وإذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا
العقد . وطبقاً لهذا المبدأ فإن من كان يودى على العقد .
فإن حسن النية ينتهي بعدم التمسك بذلك . إذا عرض المتعاقد الآخر لتنفيذ

العقد الذى أراد من وقع فى الغلط أن يبرمه . مثال ذلك أن يعرض بائع العاديات إعطاء المشتري البتال الأثرى الذى أراد شراءه . وكذلك لا يجوز لبائع سهم كسب جائزة كبيرة دون أن يعلم بذلك ، أن يتمسك بإبطال البيع ، إذا عرض عليه المشتري ود هذه الجائزة له . ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف فى استعمال الحق .

وجدير بالذكر أنه « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ، ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط . » (م ١٢٣) .

الفرع الثانى

التدليس

٤٨ - تعريف التدليس .

التدليس هو اصطناع وقائع كاذبة من شأنها إيقاع المتعاقد الآخر فى الغلط . فالتدليس ليس هو عيب من عيوب الإرادة مستقل بذاته . ولكن مجرد طريق من الطرق المؤدية إلى وقوع المتعاقد فى غلط . ويكون إبطال العقد دائماً للغلط لا للتدليس .

وقد نص المشرع على التدليس فى المادة ١٢٥ مـ الذى وهو تقرر أنه . (١) يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين . أو نائب عنه ، من الحسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد . (٢) ويبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة . إذا ثبت أن التدليس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة »

٤٩ - شروط التدليس .

يستتر لوضع تدليس أن تستعمل طرق احتيالية من ناحية وأن تدلى هذه الطرق إلى إبرام العقد من ناحية أخرى .

١ - والطرق الاحتمالية تكون عن طريق اصطناع وضع مخالف للحقيقة بنية تضليل المتعاقد الآخر .

فالعنصر الأول هو تغيير الحقيقة بوسيلة من الوسائل . وهذه الوسيلة تختلف بحسب المتعاقد المدلس عليه . والمعيار في هذا معيار شخصي يتوقف على ظروف المتعاقد كسنة وجنسه ودرجة تعليمه وغير ذلك . والكذب بمفرده قد يكفي لتضليل شخص معين فيعتبر طريقة احتمالية بالنسبة له . بينما يجب لتضليل شخص آخر استعمال وسائل تضليل بارعة . بل أن مجرد السكوت أى كتمان وقائع معينة قد يعتبر وسيلة تضليل كافية . وهذا ما عني المشرع بالنص عليه في المادة ١٢٥ السابق ذكرها . مثال ذلك أن يكتم المؤمن على حياته مرضاً خطيراً أصيب به قبل إبرام عقد التأمين ولم تكن شركة التأمين تستطيع العلم به إلا عن طريقه . ومع ذلك فإن الوسائل التدليسية تتخطى غالباً مجرد السكوت أو مجرد الكذب . ومن هذه الوسائل اصطناع أوراق أو مستندات مزورة . أو أن يقوم شخص آخر غير المؤمن على حياته بإجراء الكشف الطبي السابق على إبرام عقد التأمين . أو أن تعلن الجمعية أن أعضاءها مسئولون شخصياً عن التزاماتها مما يدفع الغير إلى التعاقد معها . . . الخ .

والعنصر الثاني من عناصر الاحتيال هو وجود نية التضليل ، فإذا غير أحد المتعاقدين في الحقيقة دون أن يقصد تضليل المتعاقد الآخر كالبائع في الطريق يسبغ على السلعة التي يبيعها أحسن الصفات على ما يجري عليه البيع في الأسواق . فإن ذلك لا يعتبر تدليساً .

٢ - والشرط الثاني للتدليس هو أن يكون ما استعمل من طرق احتمالية هو الذي دفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد ، بأن يكون قد أوقعه في غلط جوهرى بالمعنى - أى درسته في هذا الشأن . ووقع المتعاقد الآخر في غلط جوهرى بسبب الطرق الاحتمالية يتوقف على الظروف الخاصة لكل

متعاقد ، والمعيار في ذلك معيار شخصي يخضع لتقدير القاضي ، الذي يراعى في بحثه أيضا ما يجري عليه الناس في مثل هذه الظروف .

٥٠ - التدليس الصادر من الغير .

على عكس القانون المدني القديم ، فإن القانون المدني الجديد لا يشترط أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر . بل يكفي أن يكون داخلا في منطقة العقد بأن يكون المتعاقد الآخر على علم به أو من المفروض أن يكون على علم به ، ولو كان الذي قام به شخص آخر غيره . وقد جاء هذا الحكم في المادة ١٢٦ التي تنص على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس » . ومن الأمثلة على ذلك أن يتم عقد الكفالة بناء على تدليس صادر لا من الدائن وهو المتعاقد مع الكفيل . ولكن من المدين وهو أجنبي عن عقد الكفالة . هذا التدليس يمتد إلى إبطال العقد إذا كان الدائن يعلم به أو من المفروض أن يعلم به .

٥١ - الغلط والتدليس .

كانت للتدليس تطبيقات مستقلة عن الغلط في ظل النظرية التقليدية التي كانت لا تجعل الغلط في القيمة أو في الباعث مؤثرا في صحة العقد ، فكان التدليس هو الذي يؤدي إلى إبطال العقد في هاتين الحالتين إذا توافرت شروطه .

أما في ظل النظرية الحديثة التي سادت في القانون المصري فإن الغلط في الباعث أو في القيمة من شأنه أن يبطل العقد إذا كان جوهريا على النحو السابق دراسته . وبذلك لم يعد للتدليس أي استقلال عن الغلط لم يعد سببا مستقلا عن الأسباب المبطللة للعقد . فهو لا يعدو أن يكون وسيلة وطريقا إلى الغلط . والعقد يبطل للغلط لا بالتدليس . بحيث إذا استعملت وسائل احتيالية ولكنها لم توقع المتعاقد الآخر في غلط جوهرى فإن العقد لا يكون معيبا للتدليس ، فمردده .

وبهذا فانه كان من الممكن الاستغناء عن النص على التدليس كعيب من عيوب الإرادة بجانب العيوب الأخرى اكتفاء في ذلك بالنص على الغلط . ولكن المشرع المصرى استبقى على التدليس وذلك مشيا على التقاليد القديمة في القانون المدنى . وكذلك لبعض الفوائد العملية وهى :

١ - التدليس يكون من السهل اثباته لأنه يتعلق بوقائع خارجية ظاهرة ، بينما الغلط الذى لا يرجع الى تدليس فهو يكون فى الغالب كامنا فى النفس وهو ما يصعب اثباته فى الكثير من الأحيان .

٢ - التدليس إذا وجد فهو يسمع للمتعاقد الآخر لا يطلب إبطال العقد فحسب ، ولكن يطلب التعويض كذلك على أساس المسئولية عن العمل غير المشروع ، وهو ما لا محل له فى الغلط إذا كان المتعاقد الآخر لم يرتكب أى خطأ من جانبه .

الفرع الثالث

الاكراه

٥٢ - تعريف الاكراه .

الاكراه رهبة تقوم فى نفس الشخص فتحمله على التعاقد . والذى يعتد به فى الاكراه ليس هو الوسائل التى استعملت ، ولكن الحالة النفسية التى أدت إليها هذه الوسائل . وهى حالة الرهبة الدافعة إلى التعاقد . وقد نص المشرع على الاكراه فى المادة ١٢٧ وهى تقرر أنه ، (١) يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق . وكانت قائمة على أساس . (٢) وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعى أن خطراً جسيماً محدقاً بهده هو أو غيره من النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . (٣) ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه

وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه .

وحالة الرهبة التي يقصدها هذا النص هي حالة معنوية ، ولذلك ينبغي التفرقة بين الإكراه المعنوي وهو الذي يؤثر في صحة الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال . وبين الإكراه المادي كأن يمسك شخص بيد شخص آخر ويجبره على توقيع تعهد بدين ، فهذا يعدم الإرادة ويجعلها غير موجودة أصلاً ولا يعتبر فقط مجرد عيب من عيوب الإرادة ، ولذلك فهو يخرج من نطاق دراستنا .

٥٣ - شروط الإكراه .

يشترط للقول بوقوع الإكراه ، أن توجد أسباب مؤدية للرغبة ، وأن تتحقق الرهبة بالشكل الذي يدفع إلى التعاقد .

١ - والأسباب المؤدية إلى الرهبة تتحقق بالتهديد بخطر جسم محقق بالنفس أو بالجسم أو بالشرف أو بالمال .

أ - فينبغي أن يكون الخطر جسماً . ومعيار جسامته الخطر هو معيار شخصي محض . يعتد فيه بشخص المكره وظروفه . ولا يشترط أن يكون الخطر حقيقياً من الناحية الموضوعية ، بل يكفي أن يكون كذلك من وجهة نظر المكره الخاصة . مثال ذلك التهديد بأعمال السحر قد يعتبر خطراً جسماً بالنسبة لشخص ريفي وإن كان لا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر متعلم .

ب - وينبغي أن يكون الخطر محدقاً . أي وشيك الوقوع . أما إذا كان الخطر بعدد بحيث يتمكن المكره من تلافي نتائجه . فلا يؤثر ذلك في إرادته .

ج - وينبغي أن يتعلق هذا الخطر المحدق بالجسم أو بالشرف أو بالمال . كالتهديد بالقتل أو التعذيب أو الخطف أو الحبس أو إتلاف المحصولات الزراعية

إلى غير ذلك من الأمثلة . ولا يشترط أن يكون الخطر محققا بالمكره نفسه أو بماله ، بل قد يكون محققا بشخص آخر عزيز عليه كابنه أو والده أو زوجه أو أى شخص آخر قريب أو صديق له .

٢ - والشرط الثلثى هو أن يوحى هذا السبب إلى بعث حالة من الخوف والرهبة تكون هي الباعث الدافع إلى التعاقد . ويتوقف هذا على ظروف التعاقد الخاصة . ويراعى في تقديره كما يقرر المشرع سن التعاقد وجنسه وحالته الاجتماعية والصحية وكل الظروف الأخرى التى قد تؤثر على إبرام العقد . وفي هذا الشأن يختلف الشاب القوي عن العجوز الهرم ، ويختلف المرأة عن الرجل . ويختلف رجل الريف الساذج عن رجل المدينة المتفتح ، ويختلف الشخص المريض عن الشخص السليم الجسم . وكذلك فإن الإنسان يتأثر بمكان إبرام العقد وهل هو مكان منفرد عن الناس أم قريب منهم ، وهل تم العقد في الليل أم في النهار . والملاسات التى قد تؤثر في الإرادة كثيرة وغير محصورة . وتخضع في تقديرها لسلطة قاضى الموضوع الذى يعتد في ذلك بحالة التعاقد النفسية دون أى اعتبار آخر .

ومن المسائل التى تبحث في شروط الاكراه . مسألة الشوكة والنفوذ الأدنى وهل يعتبر ذلك اكراها مؤثرا في الإرادة . مثال ذلك نفوذ الأب على ابنه أو الزوج نحو زوجه أو الأستاذ بالنسبة لتلميذه أو رجل الدين نحو الرجل المتدين . والرأى في هذا الموضوع هو أن النفوذ الأدنى لا يعتبر في ذاته وسيلة اكراه مؤدية بطبيعتها إلى الرهبة المؤثرة في صحة الإرادة . ولكن ليس هناك ما يمنع من اعتباره كذلك إذا ثبت من ظروف الحال أن التعاقد الآخر كان خاضعا تحت تأثير النفوذ الأدنى المشار إليه بصورة دفعته إلى التعاقد كالاقرار بدين لا وجود له أو مبالغ فيه .

٤ - الاكراه المشروع والاكراه غير المشروع .

الاكراه الذى يؤثر في صحة العقد هو الاكراه غير المشروع . وهو

الذى يستهدف هدفا غير مشروع . إما إذا استهدف الإكراه هدفا مشروعاً فهو لا يؤثر في صحة الإرادة . والغبرة في ذلك بالهدف لا بالوسيلة .

وعلى هذا النحو فإن الإكراه يتحقق إذا كان الهدف منه غير مشروع ولو كانت الوسيلة إليه مشروعة . فن ضبط غيره متلبساً بجريمة فهسدهه بالابلاغ إذا لم يكتب له إقراراً بدين لا وجود له . يرتكب إكراها غير مشروع ولو كانت الوسيلة إليه وهى الابلاغ عن الجريمة وسيلة مشروعة . وعلى عكس ذلك يكون الإكراه مشروعاً ولا يؤثر في صحة العقد إذا كان الهدف منه مشروعاً ولو كانت الوسيلة المستعملة غير مشروعة . مثال ذلك المودع الذى يهدد المودع لديه الذى خان الأمانة بخطر جسمه فى جسمه أو نفسه أو ماله إذا لم يكتب له إقراراً بالأمانة ، ويحصل على الإقرار عن طريق هذا التهديد . مثل هذا الإقرار يعتبر صحيحاً ولا يجوز الطعن فيه بالبطلان .

٥٥ - الإكراه الصادر من الغير أو من ظروف غير إرادية .

تنص المادة ١٢٨ مدنى على أنه « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين . فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد . ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه » . وطبقاً لهذا النص يشترط لإبطال العقد أن يكون الإكراه قد دخل منطقة العقد . وهو يكون كذلك إذا كان قد صدر من المتعاقد الآخر بطبيعة الحال . ولكن هذا ليس بشرط ضرورى . بل يكفى أن يكون المتعاقد الآخر على علم به أو من المفروض أن يكون على علم به ولو كان صادراً من شخص آخر . إذ يكفى ذلك لاعتباره داخلاً في منطقة العقد .

ويلاحظ أن الإكراه قد يتحقق ولو كان تحت ظروف غير إرادية استغلها المتعاقد الآخر فى التأثير فى إرادة المتعاقد المكره . مثال ذلك أن يكون

المريض في حاجة عاجلة إلى عملية جراحية عاجلة فيحصل منه الجراح على تعهد بدفع أجره باهتة . ومثال ذلك أيضا أن يكون شخص في حالة خطر محقق ، فيحصل منه شخص آخر على تعهد بدفع مبلغ كبير من النقود مقابل انقاذه .

الفرع الرابع

الاستغلال

٥٦ - الغبن والاستغلال .

الغبن هو عدم التعادل المادي في التزامات كل من المتعاقدين . وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة فإن ذلك ليس من شأنه التأثير في صحة العقد . لأن العقد مفروض فيه التوازن بين الالتزامات المتقابلة . والمرجع في ذلك هو إرادة المتعاقدين أنفسهم . والشخص لا يرضى بالتقيد إلا إذا كان يرى فيه تعبيراً عن مصلحته وبالتالي محققاً للعادل بالنسبة له . والقول بغير ذلك يؤدي إلى اعتبار كل فرد في المجتمع في حكم القاصر الذي تفرض الوصاية على تصرفاته ، وهو ما يؤدي إلى اشاعة الاضطراب وعدم الاستقرار في المعاملات . ولا يمكن أن يكون مقصوداً بالتعادل بين الالتزامات سوى التعادل الإرادي بالنسبة لكل عقد على حده ، وليس التعادل الحسابي الخرد عن ظروف كل متعاقد وتقديراته الشخصية .

وهذه الفكرة هي التي يقوم عليها إلى حد كبير تنظيم العقد في القوانين الحديثة . ولذلك فإننا نرى القانون الفرنسي لا يعتد بالغبن إلا في حالة واحدة هي بيع العقار ، أما القانون المصري فهو لا يعتد بالغبن إلا في حالة بيع عقار القاصر ، أي في نطاق أضيق من القانون الفرنسي .

ومع ذلك فإذا كان الغبن بمفرده وهو عدم التعادل المادي في الالتزامات غير كاف للأساس بالتقيد . فإنه إذا أضيف إليه عنصر آخر يجعل من

الواضح أن العدالة قد أهدرت بما لا يقبل الشك ، في عقد من العقود ،
ففي هذه الحالة لا بد من إخضاع العقد للأساس الذي تقوم عليه قوته الملزمة
وهو الأخلاق ، بما يترتب على ذلك من تدخل الدولة عن طريق القاضي
مثلا للقضاء على الوضع الظلم الذي نتج عن هذا العقد .

ومن العناصر التي يعتد بها المشرع في هذا الشأن . عنصر الاستغلال .
وهو عنصر نفسي إذا أضيف إلى عنصر الغبن المادي جعله يظهر في صورة
قيحة لا يمكن السكوت عنها .

وطبقاً لحنة الفكرة فإن المادة ١٢٩ مدني تقرر أنه « (١) إذا كانت
التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من
فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر . وتبين أن المتعاقد المغبون
لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ،
جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص
التزامات هذا المتعاقد . (٢) ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من
تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . (٣) ويجوز في عقود المعاوضة أن
يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال . إذا عرض ما يراه القاضي كافياً
لرفع الغبن » .

وطبقاً لهذا النص فإنه لا يجوز الطعن في العقد إلا على أساس توافر
عنصرين ، عنصر موضوعي ، وعنصر نفسي .

٥٧ - العنصر الموضوعي هو الغبن .

الغبن كما سبق أن ذكرنا هو عدم التعادل في التزامات كل من الطرفين ،
فهو يتحقق بالنسبة للبائع إذا كان ثمن البيع زهيدا بالنسبة للقيمة الحقيقية
للشيء المباع ويتحقق بالنسبة للمشتري إذا كان الثمن على العكس باهظاً
بالنسبة للشيء . ويقال أن الغبن قد ينظر إليه نظرة موضوعية ويكون أساسه

حسابيا بحسب قيمة الأشياء في الأسواق . وقد ينظر إليه نظرية شخصية تختلف فيها القيمة باختلاف الأشخاص . والواقع أن الغبن هو دائما شيء موضوعي يتوقف فقط على عدم التعادل في الالتزامات بحسب القيمة الحقيقية لهذه الالتزامات . أما الاعتبارات الشخصية فهي تدخل في العنصر الثاني وهو العنصر النفسى . وليس في العنصر الأول وهو عنصر الغبن .

وقد استخدم المشرع في تحديد المقصود بالغبن معياراً مرناً يخضع في تطبيقه لسلطة القاضى التقديرية . ويعتبر لهذا السبب من عناصر الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض . والغبن هو عدم التعادل الظاهر بين التزامات أحد المتعاقدين وبين الفائدة التى عادت عليه من العقد أو مع التزامات المتعاقدين الأخر . والغبن بهذا المعنى يمكن أن يوجد فى العقود الاحتمالية كما يوجد فى العقود المحددة وفى جميع الأحوال فهو لا يكفى بمفرده للطعن فى العقد بل لابد من إضافة عنصر آخر إليه يجعله فيصحاً هو عنصر الاستغلال . وهو أمر متصور بالنسبة للعقود الاحتمالية . أو حتى بالنسبة لعقود التبرع .

٥٨ - العنصر النفسى هو الاستغلال .

يتحقق الاستغلال إذا كان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جاعماً . فينبغى أن يكون الاستغلال هو الباعث اندافع إلى التعاقد ، وصورتى الاستغلال المنصوص عليهما هما الطيش البين وهو يتحقق فى كثير من الأمثلة العملية خاصة بالنسبة للشباب الوارث الذى يقع فريسة للمرابين . وكذلك الهوى الجامع وهو يحدث كثيراً فى الحياة كالرجل العجوز يتزوج امرأة شابه فتسكتبه عقوداً لمصلحتها ولمصلحة أولادها . أو المرأة العجوز التى تكون على علاقة بشاب ، فيستغل هو هواها فى الحصول منها على ما ليس له حق فيه .

ويلاحظ أن الاستغلال إذا نظر إليه من جانب المستغل فإنه يعتبر مجزئاً

غير مشروع يودى إلى بطلان العقد لمناقضته للآداب . وهو ما يقرره القانون الألماني (م ١٣٨ من القانون المدني الألماني) ، وإذا نظر إليه من جانب من وقع عليه الاستغلال فإنه يعتبر عيبا في إرادته ويكون مؤديا إلى قابلية العقد للإبطال . وهذا ما قرره المشرع المصري .

وأيا ما كانت الوجهة التي ينظر إليها منه : فإن الاستغلال هو العنصر الإضافي . الذي يجعل . عدم التعادل بين الالتزامات وهو العنصر الأصلي . قبيحا ومنافيا للعدل بشكل يسمح بالتدخل في العقد واخضاعه للعدل دون أن يمس هذا التدخل بالثقة المشروعة في المعاملات .

والتحقق من الاستغلال هو أيضا من مسائل الواقع التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية حسب المعيار المرن الذي وصفه المشرع .

٥٩ - الجزء على الاستغلال .

ينص المشرع في المادة ١٢٩ مدني السابق ذكرها على أن جزاء الاستغلال هو إما إبطال العقد أو انقاصه . وفي هذا يختلف الاستغلال عن عيوب الإرادة الأخرى التي تسمح بالطعن في العقد بالبطلان ولا يملك القاضي إبقاء العقد مع إعادة التوازن إليه .

ولكن المشرع أعطى القاضي هذه السلطة بالنسبة للاستغلال . فهو يملك بحسب سلطته التقديرية أن يحكم بانقاص التزامات المتعاقد المغبون بدلا من إبطال العقد ولو كان رافع الدعوى قد طلب الإبطال . وانقاص التزامات المتعاقد المغبون هو تعديل للعقد بما يحقق التوازن فيه . ويرى جانب كبير من الفقهاء أنه لا يشترط أن يعيد القاضي التوازن بصفة كاملة إلى العقد . بل يكفي أن يرفع الظلم الظاهر وأن يترك بعض الاختلال البسيط في الالتزامات المتقابلة . ولا نرى في النصوص ما يسمح بهد القول بل الأجدر أن يعيد القاضي التوازن الحقيقي بين التزامات المتعاقدين

وتعديل العقد يرد في هذه الحالة على عقد قابل للإبطال ، وهو ما يعنى في الواقع أن القاضى قد أجاز العقد القابل للإبطال ثم قام بتعديله بعد ذلك .

وتعديل العقد يؤدى من الناحية الفنية إلى تجديد الالتزامات الناشئة عنه ، أى إلى انقضاء الالتزامات القديمة ونشأة التزامات جديدة يكون مصدرها حكم القاضى . وهى التزامات قضائية وليست عقدية .

ولكن القاضى قد يرى من غير الممكن أو من غير الملائم تعديل العقد ، فيحكم بإبطاله . وهو الذى يختار أى من الجزأين .

ويلاحظ أن الدعوى بإبطال العقد أو تعديله ، يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . وهذه المدة هى مدة سقوط وليست مدة تقادم . وفي هذا تختلف دعوى الاستغلال عن دعاوى الغلط والتدليس والإكراه وهى تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة . وتكون المدة بالنسبة لها مدة تقادم فيسرى عليها الوقف والانقطاع . وليست مدة سقوط كما هو الحكم بالنسبة لدعوى الاستغلال . والحكمة من هذه التفرقة هو أن الاستغلال يقوم على وقائع يصعب اثباتها بعد فترة طويلة من الزمن . ولذلك لابد من وضع حد زمنى قصير لكل نزاع في هذا الشأن عملاً على استقرار المعاملات .

ويلاحظ أنه في عقود المعاوضات يجوز للطرف المستغل أن يتوق الحكم بالإبطال إذا هو عرض أن يعيد التوازن إلى العقد وهو ما يخضع لتقدير القاضى .

المبحث الثالث

المحل

٦٠ - تعريف :

محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين . وهو قد يكون إعطاء شيء (نقل حق عيني) . أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . ويشترط لصحة انعقاد العقد ثلاثة شروط هي أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود . وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين . وأن يكون قابلاً للتعامل فيه .

المطلب الأول

المحل موجود أو ممكن الوجود

يشترط لصحة العقد أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود . فإذا كان المحل غير موجود ومستحيل الوجود فإن العقد يقع باطلاً . وشروط الوجود قاصر على الالتزامات بإعطاء . أما شرط الامكان فهو قد يتعلق بأي التزام سواء كان محله إعطاء أو عمل أو الامتناع عن عمل .

٦١ - المحل موجود .

الغالب في الالتزام بإعطاء . أي بنقل حق عيني على شيء . أن يكون هذا الشيء موجوداً وقت التعاقد . مثال ذلك بيع قطعة أرض أو بيع منزل موجود في بلدة معينة . الخ . فإذا تبين أن الشيء غير موجود كأن لا يوجد منزل في الحدود المرسومة في العقد ، أو أن يكون المنزل قد هلك قبل إبرام العقد ، فإن العقد يقع باطلاً لعدم وجود المحل . إما إذا كان المحل موجوداً وقت العقد ثم هلك بعد ذلك . فإن العقد ينعقد ، ولكن تنفيذه يكون مستحيلاً فينسخ العقد ويلتزم المدين بالتعويض إذا كان الهلاك راجعاً إلى تقصيره .

ولكن إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى أن يرد الالتزام على شيء غير موجود في الحاضر ولكنه ممكن الوجود في المستقبل فإن العقد ينعقد صحيحاً .

٦٢ - محل الالتزام شيء مستقبل .

تنص المادة ١٣١ ملغى على أنه « (١) يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . (٢) غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل . ولو كان برضاه . إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون » .

ويتضح من هذا النص أن القاعدة العامة هي جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . والأمثلة على عقود راردة على شيء مستقبل كثيرة في العمل . مثال ذلك عقد بيع محصول أرض زراعية قبل نضجه . أو بيع ثمار حديقة قبل جنبها . أو بيع نتاج ماشية لم يولد بعد . أو بيع منتجات صناعية لمصنع قبل صنعها فعلاً أو بيع منزل قبل بنائه . أو حوالة حق شخصي سيوجد في المستقبل . في كل هذه الأمثلة محل الالتزام هو إعطاء شيء مستقبل . وهذا جائز طالما أن الشيء ممكن الوجود . والعقد ينعقد في الحال . ولكن تنفيذه يكون مؤخراً إلى وقت تحقق الشيء . فإذا لم يتحقق هذا الشيء لأي سبب . كأن تلف المحصول أو نفقت الماشية أو أغلق المصنع . فإن العقد يتفسخ بعد أن كان قد انعقد فعلاً .

٦٣ - بطلان التعامل في تركة مستقبله .

استثناء من مبدأ صحة الالتزام الوارد على شيء مستقبل . فإن التعامل في تركة مستقبله يقع باطلاً لمخالفته للأداب إذا صدر من الوراث . ولخالفته للنظام العام إذا صدر من المورث نفسه . والتركة المستقبلية هي الأمانة الحاضرة لشخص حي ولكن التعامل يتم عليها باعتبارها تركة لا باعتبارها ذمة . والمثال البارز على ذلك هو أن يبيع الوارث أو يرهن ما سيؤول إليه من ميراث بعد وفاة مورثه . ومثل هذا العقد فيه معنى المضاربة على حياة

شخص حي وهو ما يتعارض مع الآداب ، وفيه أيضا شبهة وقوع المتصرف تحت استغلال المرابين . والتصرف يكون باطلا أيا كان نوعه ، بيعا أو إيجارا أو رهنا أو هبة أو مقايضة أو شركة أو غير ذلك . وهو يبطل أيا كان شخص المتصرف إليه سواء كان أجنبيا أو كان وارثا آخر في نفس التركة . وهو يبطل أيا كان شخص المتصرف سواء كان هو الوارث أو الموصى له أو حتى المورث نفسه . لأن تصرف المورث في تركة غير جائز إلا بطريق الوصية (م ٩١٥) وقسمة المورث (م ٩٠٨ - ٩١٣ مدني) . والوصية غير نافذة إلا في حدود ثلث التركة ، ويجوز الرجوع فيها في أي وقت قبل الموت . أما أي تصرف آخر غير ذلك ففيه مخالفة للنظام العام من حيث المساس بقواعد الميراث وتحديد الأنصبة .

٦٤ - العمل أو الامتناع عن عمل هو دائما شيء مستحيل .

الالتزام الذي محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل هو التزام وارد دائما على شيء مستقبل . ولذلك يشترط أن يكون هذا العمل أو الامتناع ممكنا . فإذا كان مستحيلا وقت إبرام العقد فإن العقد يقع باطلا . والاستحالة التي تؤدي إلى بطلان العقد هي الاستحالة المطلقة وليست الاستحالة النسبية . مثال الاستحالة النسبية التي لا تؤثر في صحة انعقاد العقد أن يتعهد مقاول بتنفيذ عملية انشائية كبيرة تتخطى بكثير حدود امكانياته المادية والفنية . ونظرا لأن الالتزام ممكن التنفيذ في ذاته . فإن العقد ينعقد ويلتزم بهذا المقاول بتعويض الضرر الناتج عن اخلاله بالتزامه .

وإذا كان المحل ممكنا وقت إبرام العقد ثم أصبح مستحيلا بعد ذلك استحالة مطلقة . كأن يتعهد فنان برسم لوحة ثم يصاب بعد ذلك في حادث يترتب عليه عجزه الدائم عن الرسم ، فإن هذا لا يؤثر في صحة العقد فهو قد انعقد صحيحا . ولكن العقد ينفسخ لاستحالة تنفيذه .

أما إذا كان العمل أو الامتناع مستحيلا استحالة مطلقة وقت إبرام العقد . كالتعهد برفع استئناف عن حكم كان قد انقضى ميعاده قبل إبرام العقد . أو الامتناع عن عمل كان قد وقع قبل إبرام العقد ، فإن العقد يكون باطلا لاستحالة المحل .

والاستحالة المطلقة كما تكون طبيعیه كالترام الجراح بأجراء عملية جراحیه لمريض مات قبل العقد . قد تكون قانونية كالترام المحامي بالطعن بالاستئناف في حكم بعد انقضاء ميعاد الاستئناف . ولا فرق بين الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية فإن كل منها يرتب ماسبق ذكره من أحكام . وخلاصتها ما تقرره المادة ١٣٢ مدني « إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا »

المطلب الثاني

المحل معين أو قابل للتعين

٦٥ - نص قانوني :

تنص المادة ١٣٣ مدني على أنه « (١) إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته . وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا . (٢) ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر . التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط » .

وطبقاً لهذا النص إذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء معين بالذات . فيجب أن يكون هذا التعيين كافياً أي نافياً للجهالة . ويكون ذلك بالنسبة للمنتزل بتحديد اسم الشارع والبلدة ورقم المنزل وحدوده وغير ذلك . وبالنسبة للأرض الزراعية تحديد البلدة والحوض وحدود القطعة محل العقد .

وإذا كان الشيء مما لا يتعين بالذات وهو ما يسمى بالشيء المثلث ، فيجب أن يكون معينا بجنسه ونوعه ومقداره ، مثال ذلك عشرة قناطير من القطن الأشموني . ولا يشترط أن يكون المقدار معينا بل يكفي أن يكون قابلا للتعين . كأن يتعهد مورد بتوريد الغذاء الكافي لمدرسة أو لمستشفى ، فإن المقدار يكون في هذه الحالة قابلا للتعين على أساس عدد تلاميذ المدرسة أو عدد أسرة المستشفى .

وإذا كان الشيء غير محدد من حيث درجة الجودة . فإن المدين يلتزم باعطاء شيء متوسط الجودة حماية لمصلحة الطرفين .

وإذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فيجب أن يكون ذلك معينا أو قابلا للتعين . فالمقاول الذي يتعهد بتنفيذ عملية إنشائية ينبغي أن يحدد ما إذا كان ذلك يتعلق بإقامة جسر أو رصف طريق أو بناء منزل . ثم تذكر أيضا مواصفات هذه العملية . وإلا كان العقد باطلا .

٦٦ - محل الالتزام نقود .

تنص المادة ١٣٤ من القانون المدني على أنه « إذا كان محل الالتزام نقوداً . التزم المدين بتقدير عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » .

ويشترط في الالتزام النقدي كغيره من الالتزامات أن يكون محله معينا بنوعه ومقداره . كخمسمائة جنيه مصرى مثلا أو غير ذلك من الأرقام .

وكانت النقود الورقية تستبدل في الماضي بالذهب في أى وقت وكان من الجائز الاتفاق على أن يكون الدفع بالذهب . وفي مرحلة لاحقة أصبح للعملة الورقية سعر قانوني . وهو ما يعنى ضرورة قبولها في الوفاء على أساس هذا السعر حتى ولو لم يكن مطابقا للسعر الحقيقي . وفي مرحلة تالية أصبح للعملة الورقية سعر الزامى وهو ما يعنى عدم التزام البنك المركزى

باستبدالها بالذهب . وقد ترتب على ذلك أن الدائن كان يشترط أن يكون الدفع له بالذهب أو محسوباً على أساس قيمة الذهب حتى يثقل بمنجى من تقلبات قيمة العملة الورقية .

ولكن مثل هذا الشرط من شأنه أن يقوض النظام النقدي للدولة ويجعل السعر الإلزامي للعملة الورقية بغير أثر حقيقي . ولذلك تقرر منذ وقت طويل مبدأ بطلان شرط الدفع بالذهب . وقد تقرر هذا المبدأ في مصر منذ عام ١٩١٤ أى منذ فرض السعر الإلزامي للعملة الورقية . وإن كانت بعض المحاكم المختلطة قد قضت بأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية ولكنه صحيح في المعاملات الخارجية . وقد استمر هذا الاضطراب في التفسير إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ليحسم هذا الخلاف مقررًا بطلان شرط الدفع بالذهب سواء في المعاملات الداخلية أو المعاملات الخارجية . وقد استقر القضاء منذ ذلك الوقت على هذا المعنى .

المطلب الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

٦٧ - الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل .

تنص المادة ٨١ مدني على أن « (١) كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية . (٢) والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها ، وأما الخارجية بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية » .

والشرط الثالث من شروط المحل هو أن يكون قابلاً للتعامل فيه . فإذا لم يكن كذلك فإن العقد يقع باطلاً .

ويكون المحل غير قابل للتعامل فيه إما لطبيعته كالشمس والهواء والبحر .
فهذه أشياء لا يمكن لأحد أن يستأثر بها . ومع ذلك إذا استأثر شخص
بجزء من هذه الأشياء كالهواء المضغوط مثلا . فإنها تصلح أن تكون بعد ذلك
محلا لعقد من العقود .

وقد يخرج الشيء من التعامل بحكم القانون حماية للمصلحة العامة كالمال
العام . مثال ذلك الطرق والأنهار والسكك الحديدية وغير ذلك . وهذه
الأشياء لا يجوز بيعها أو التصرف فيها .

وقد يخرج الشيء من التعامل بحكم القانون لعدم مشروعية التعامل فيه .
كالمواد المخدرة . والتركبة المستقبلية ، والربا الفاحش . وإذا وجد نص يحرم
التعامل في شيء من الأشياء فإن الأمر لا يشتر أية صعوبة . ويرجع الى هذا
النص لتحديد نطاق التحريم . على أن عدم المشروعية لا تحتاج إلى نص
لتقريرها فهي مستمدة من معيار معروف هو معيار النظام العام . ولذلك
يرجع دائما في تقرير مشروعية محل الالتزام إلى فكرة النظام العام . فإذا
كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام فهو يكون غير مشروع ويبطل العقد
لعدم مشروعية المحل . وهذا ما تقرره المادة ١٣٥ مدني وهي تنص على أنه
« إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » .

٦٨ - مخالفة المحل للنظام العام .

فكرة النظام العام فكرة مرنة متطورة . وهي تعبر بصفة عامة عن الكيان
الأساسي للمجتمع من جوانبه السياسية والاقتصادية والأخلاقية . فإذا
تعارض محل العقد مع أي جانب من هذه الجوانب فإنه يقع باطلا . ولا يوضح
هذه الفكرة عن طريق بعض تطبيقاتها الهامة . نلاحظ أولا أن هناك فروعاً
بأكملها من فروع القانون . تتعلق كل أحكامها بالنظام العام . مثال ذلك
القانون الجنائي والقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي

وعلى هذا النحو لا يجوز أن يكون محل الالتزام مخالفا لحكم من أحكام القانون الجنائي ، فيقع باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة سرقة أو نصب أو خيانة أمانة . أو التعهد عن عدم الإبلاغ عن جريمة ، أو الاتفاق على دفع مبلغ من النقود كفدية عن جريمة قتل أرتكبت مقابل عدم رفع الدعوى العمومية ضد القاتل . . . الخ . ولا يجوز أن يكون محل الالتزام مخالفا لأحكام القانون الدستورى وأقوانين الحريات العامة والقوانين التى تنظم حق الانتخاب . فلا يجوز التعهد بعدم الترشيح فى الانتخابات . أو التعهد بإعطاء صوت فى الانتخاب لشخص معين مقابل مبلغ من النقود .

ولا يجوز أن يكون محل الالتزام مخالفا للقانون الإدارى ، فلا يجوز للموظف العام أن يتنازل عن وظيفته للغير مقابل مبلغ من النقود ، أو أن يتعهد بعدم القيام بواجبه الوظيفى تحقيقاً لمصلحة أحد الأفراد .

ولا يجوز أن يكون محل الالتزام مخالفا لأحكام القانون المالى كالاتفاق على التهرب من الضريبة .

ولا يجوز أن يكون محل الالتزام مخالفا لقانون الخدمة العسكرية ، كالتعهد بأن يؤدى الخدمة العسكرية شاب آخر بدلا من الشاب الذى تجب عليه الخدمة .

وفى نطاق القانون الخاص فإن عددا كبيرا من العلاقات يتعلق بالنظام العام . كعلاقات الأسرة مثلا . فلا يجوز الاتفاق على تعديل شروط صحة الزواج أو أحكام الزواج ، كحق الزوج المسلم مثلا فى الزواج بأكثر من واحدة ، وحقه فى طلاق زوجته ، وواجبه فى الاتفاق عليها . وأحكام الميراث أيضا تتعلق بالنظام العام فلا يجوز التعديل فى الأنصبة أو تجاوز الحق فى الإيصاء . وقد سبق أن رأينا أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاة .

وفى نطاق القانون الخاص أيضا لا يجوز ابرام تصرف يمس بالكيان الاقتصادى للدولة . ومن هذا ما سبق ذكره من أن شرط الدفع بالذهب باطل سواء فى المعاملات الداخلية او المعاملات الخارجية . ويتضح من كل هذه الأمثلة أن فكرة النظام العام تضع قيда أساسيا على حرية الارادة فى ابرام العقود ، كما أن تطبيقات هذه الفكرة كثيرة متعددة لا يمكن حصرها . وهى فكرة متطورة بحسب تطور المجتمع . وإذا كان القاضى هو الذى يقوم بتطبيقها فانه يجب أن يصدر فى هذا عن الاتجاه العام فى المجتمع . لا عن إحساسه الشخصى فى هذا الشأن .

وعلى هذا النحو إذا توافرت شروط المحل بأن كان موجوداً أو ممكناً وكان معيناً أو قابلاً للتعيين . وكان جائزاً التعامل فيه . فانه يجب لصحة العقد أن تتوافر شروط السبب كذلك : وهو ما ندرسه فيما يلى .

المبحث الرابع

السبب

٦٩ - المعانى المختلفة للسبب .

يقصد باصطلاح السبب واحد من ثلاثة معان . الأول هو السبب المنشئ . وهو مصدر الالتزام . كالعقد والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والإرادة المنفردة والقانون وحكم القاضى .

والمعنى الثانى هو السبب الدافع ، وهو الباعث الذى دفع المتعاقد إلى ابرام العقد .

والمعنى الثالث هو السبب النهائى أو السبب القصدى . وهو الغرض المباشر الذى يقصد المتعاقد الوصول إليه .

وظاهر أن السبب بالمعنى الأول ليس هو موضوع دراسة هذا المبحث .
أما المعنيين الثاني والثالث فهما يتنازعان فكرة السبب موضوع دراستنا .
والمعنى الثالث يعبر عن النظرية التقليدية . أما المعنى الثاني فيعبر عن النظرية
الحديثة في السبب .

ويلاحظ أن السبب بصفة عامة يقصد به الإجابة على السؤال . لماذا التزم
المدين . كما أن المحل يقصد به الإجابة على السؤال . بماذا التزم المدين . وندرس
في ثلاثة مطالب متتالية النظرية التقليدية في السبب والنظرية الحديثة في السبب
ثم موقف القانون المصرى أو إزدواج نظرية السبب .

المطلب الأول

النظرية التقليدية في السبب

٧٠ - السبب القصدى .

السبب القصدى هو الغرض المباشر الذى تتجه إليه إرادة المتعاقد . وهذا
السبب يعتبر من العناصر الداخلية فى العقد ، وهو لهذا شىء موضوعى
لا يتأثر بالنية وهو كذلك عنصر دائم غير متغير .

والنظرية التقليدية للسبب بهذا المعنى، ترجع فى صياغتها إلى الفقيهين
الفرنسيين «دوما» و «بوتيه» ، وقد انتقلت عنهم النظرية إلى القانون المدنى
الفرنسى الصادر فى عام ١٨٠٤ .

وطبقاً لهذه النظرية فإن السبب فى أى عقد لا يتغير أبداً . على أنه تنبغى
التفرقة بين الأنواع المختلفة العقود . ففى العقود الملزمة للجانبين سبب التزام
كل متعاقد ، هو التزام المتعاقد الآخر . فبب التزام البائع بنقل ملكية
المبيع ، هو التزام المشتري بدفع الثمن . والعكس صحيح . لأن القصد
المباشر للبائع فى جميع الأحوال هو الحصول على الثمن . بينما القصد المباشر
للمشتري فى جميع الأحوال هو اكتساب ملكية الشئ المبيع .

وفي العقود العينية ، وهي التي يشترط فيها التسليم لانعقاد العقد . فان السبب هو واقعة التسليم ذاتها . وعلى هذا النحو فان سبب التزام المقرض برده القرض - وهو عقد عيني في القانون الفرنسي - هو واقعة تسلمه النقود المقرضة .

وفي العقود الملزمة لجانب واحد . كعقد الوعد . فان سبب التزام الواعد هو الغرض المباشر الذي يسعى إلى تحقيقه وهو إبرام العقد النهائي .

وفي عقود التبرع فان سبب التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . لأن الغرض المباشر الذي يسعى إليه المتبرع هو اسداء خدمة للمتبرع له .

فاذا تحدد المقصود بالسبب على النحو السابق ذكره . فان النظرية التقليدية تشترط لصحة العقد أن يكون السبب موجودا وأن يكون صحيحا وأن يكون مشروعاً .

٧١ - شرط وجود السبب .

شرط وجود السبب هو شرط ابتداء وبقاء . فالسبب ينبغي أن يكون موجودا وقت إبرام العقد وينبغي أن يظل قائماً إلى وقت تنفيذه . فاذا لم يوجد السبب ابتداء كان العقد باطلا . وإذا تخلف السبب بعد ذلك أصبح العقد مهدداً بالزوال .

ومن الأمثلة على عدم وجود السبب وقت إبرام العقد المثليين الآتيين :

١ - إذا أبرم عقد قرض تعهد فيه أحد الطرفين برده المبلغ المقرض . دون أن يكون قد تلقى هو المبلغ فعلاً إما لأنه أكرهه على هذا التعهد . أو لأنه كان يأمل الحصول على المبلغ بعد إبرام العقد ولكن خاب أمله . فان العقد يكون باطلا لعدم وجود السبب . ولا حاجة في تقرير البطلان للالتجاء إلى فكرة الاكراه . لأنه قد يصعب اثبات وجوده . وهو يؤدي إلى البطلان النسبي وليس البطلان المطلق كما هو الحكم عند عدم وجود السبب

٢ - في حالة سندات المجاملة فان السبب لا يكون موجودا وبالتالي فان السند يكون باطلا . وسند المجاملة هو تعهد بدين لا وجود له يعطيه المدين للدائن مجاملة له . والدائن يقوم بتحصيل قيمة هذا السند عن طريق خصمه في أحد البنوك . فاذا حل أجل الوفاء به ورجع البنك على المدين بقيمة السند . فان الدائن يكون قد عجل برد هذه القيمة للمدين حتى يوفيهما للبنك . ويلاحظ أنه لا يمكن التمسك ببطلان سند المجاملة في مواجهة حامل السند حسن النية ، ولكن يجوز التمسك بذلك في العلاقة بين المدين ودائنه الصوري على أساس عدم وجود السبب .

والسبب ينبغي أن يظل قائماً إلى وقت تنفيذ العقد . فاذا وجد السبب وقت إبرامه ثم تخلف بعد ذلك فان ذلك يؤثر في بقاءه . ويظهر ذلك بصفة خاصة في العقود الملزمة للجانبين التي تتميز بثلاثة أمور هي :

١ - الدفع بعدم التنفيذ وهو حق كل متعاقد في التمسك بعدم تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد بتنفيذ التزامه . لأن التزام كل من المتعاقدين يعتبر سبباً لالتزام الآخر .

٢ - الفسخ . وهو حق كل متعاقد في أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر التزامه .

٣ - تحمل التبعة وهو في حالة استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين . فان العقد يفسخ أو ينفسخ . ويعني المتعاقد الآخر من تنفيذ التزامه . ويتحمل المتعاقد الأول تبعه ذلك .

٧٢ - شرط صحة السبب .

يشترط لصحة العقد ان يكون السبب صحيحاً . والسبب يكون غير صحيح إذا كان موهوماً أو إذا كان صورياً .

مثال السبب الموهوم أن يتم عقد قسمة بين الورثة والموصى لهم ، ثم يتبين أن الوصية باطلة . في هذا الحالة يبطل عقد التقسيم لأن السبب كان موهوماً وغير صحيح .

أما صورية السبب فهي ليست في ذاتها سبباً من أسباب البطلان ما دام يوجد سبب حقيقي صحيح . ويفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي . فإذا أثبت أحد الطرفين أن السبب المذكور في العقد هو سبب صوري وغير حقيقي : فإن العقد لا يبطل إذا أثبت الطرف الآخر أن هناك سبباً حقيقياً للعقد ولكنه مستتر . فإذا تبين أن هذا السبب الحقيقي هو سبب موهوم فإن العقد يبطل لعدم صحة السبب ، وإذا تبين أن السبب الحقيقي موجود ولكنه غير مشروع فإن العقد يبطل لعدم مشروعية السبب .

٧٣ - شرط مشروعية السبب .

السبب المشروع هو السبب الذي لا يتعارض مع تحريم صريح في القانون . ولا يخالف النظام العام والآداب . والالتزام قد يكون محله مشروع ولكن سببه غير مشروع . مثال ذلك التزام شخص بدفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص آخر بارتكاب جريمة من الجرائم . في هذا المثال التزام الطرف الأول محله مشروع وهو دفع مبلغ من النقود . ولكن سببه غير مشروع هو قيام الطرف الثاني بارتكاب جريمة من الجرائم . وفي هذا المثال يبطل العقد لعدم مشروعية السبب في التزام المتعاقد الأول ، وعدم مشروعية المحل في التزام المتعاقد الثاني . ومع ذلك فقد يكون المحل مشروعاً بالنسبة للالتزامين معاً بينما السبب هو الذي لا يكون مشروعاً بالنسبة لهما معاً . مثال ذلك الاتفاق على أن يدفع أحد الطرفين مبلغاً من النقود للطرف الآخر مقابل التزام الطرف بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم . المحل في الالتزام الأول وهو دفع مبلغ من النقود والمحل في الالتزام الثاني وهو عدم ارتكاب الجريمة يعتبر كل منهما مشروعاً . ولكن سبب التزام كل منهما هو الذي يكون

غير مشروع وهو الذى يبطل العقد على أساسه ، إذ من غير المشروع أن يلتزم شخص بدفع نقود مقابل التزام شخص آخر بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم لأن القانون هو الذى يفرض عدم ارتكاب الجرائم . وكذلك لا يكون مشروعاً أن يلتزم شخص بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم ويكون السبب في ذلك هو تعهد شخص آخر بدفع مبلغ من النقود له .

الطلب الثانى

النظرية الحديثة في السبب

٧٤ - نقد النظرية التقليدية .

أهم الانتقادات التى وجهت إلى النظرية التقليدية في السبب كانت على يد الفقيه الفرنسى الكبير بلانيول . وقد أظهر هذا الفقيه أن نظرية السبب التقليدية غير صحيحة من ناحية وغير مفيدة من ناحية أخرى .

فهى غير صحيحة لأنه ١ - في العقود الملزمة للجانبين لا يمكن منطوقاً أن يكون التزام كل من الطرفين هو سبب التزام المتعاقد الآخر . لأن كل من الالتزامين ينشأ في نفس الوقت . وليس من المعقول أن ينشأ السبب في نفس الوقت الذى ينشأ فيه المسبب . ٢ - وفي العقود العينية لا يصح القول بأن السبب هو تسليم الشيء كسليم النقود في عقد القرض . لأن التسليم هو مصدر العقد . وليس سبب الالتزام . ٣ - وفي عقود التبرع لا يصح القول بأن السبب هو نية التبرع ، لأن النية هى الإرادة وبهذا يختلط السبب بالإرادة وهى الركن الأساسى في العقد .

ويقول بلانيول أن النظرية غير مفيدة كذلك . إذ يمكن الاستغناء عنها في جميع الأحوال .

١ - فمن الممكن الاستغناء عن شرط وجود السبب إذ أن النتائج التى

يوصل إليها هذا الشرط يمكن الوصول إليها عن طريق أفكار أخرى أقرب إلى الدقة والقانون .

أ - ففي العقود الملزمة للجانبين يمكن الاستغناء عن فكرة السبب بفكرة أخرى هي فكرة الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة . فالارتباط من طبيعة هذه العقود ولا يتصور قيامها إلا على أساسه . وفكرة الارتباط تؤدي إلى نتائج أكثر منطقاً من نتائج فكرة السبب . لأن الارتباط ينظر إليه إما وقت إبرام العقد أو وقت تنفيذه . فإذا تخلف الارتباط وقت إبرام العقد ، فإن العقد يقع باطلاً ، أما إذا تخلف الارتباط بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه فإن العقد يكون معرضاً للفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ أو تحمل التبعة . فلا حاجة لفكرة السبب إطلاقاً في العقود الملزمة للجانبين .

ب - وفي العقود العينية فإن عدم تسليم الشيء يؤدي إلى عدم انعقاد العقد ، لأن التسليم ركن في العقد ذاته . ولذلك لافائدة من القول بأن العقد يبطل لعدم وجود السبب وهو التسليم . بل الأصح أن يقال أن العقد يبطل لعدم توافر شرط من شروط انعقاده وهو التسليم .

ج - وفي عقود التبرع فإن نية التبرع ليست هي السبب . ولكنها الإرادة أي ركن العقد الأساسي . ولذلك إذا تخلفت نية التبرع فلا نكون بحاجة إلى الالتجاء إلى فكرة السبب للقول ببطلان العقد . بل يكفي القول بأن العقد باطل لانعدام الإرادة .

وهكذا في جميع الأمثلة يبدو من الممكن الاستغناء عن شرط وجود السبب .

٢ - وكذلك من الممكن الاستغناء عن شرط صحة السبب سواء بالنسبة للسبب المادي أو بالنسبة للسبب العنصري .

٣ - سبق أن رأينا أن العقد يبطل لأن السبب موهوم في حالة ما إذا تم

هقد قسمة بين الورثة والموصى لهم وتكون الوصية باطلة . في هذا المثال يمكن الوصول إلى بطلان العقد عن طريق فكرة المحل ، لأن محل القسمة غير موجود بالنسبة للموصى لهم بوصية باطلة . وهذا هو نفس الحكم بالنسبة للتخارج في تركة بين أشخاص بعضهم غير وارث حقيقة . أو بالنسبة لدائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن انقضى الدين لأى سبب من الأسباب . وهكذا فإن فكرة المحل تغنى عن فكرة السبب

ب - أما السبب الصورى فهو ليس فى ذاته مؤديا لبطلان إلا إذا كان يخفى سببا موهوما أو سببا غير مشروع . وقد سبق أن رأينا كيف يمكن الاستغناء عن فكرة السبب الموهوم وسرى الآن حالا كيف يمكن الاستغناء عن فكرة السبب غير المشروع .

٣ - أخيرا يمكن الاستغناء عن شرط مشروعية السبب على النحو الآتى :

أ - فى العقود الملزمة للجانبين تكفى فكرة الارتباط للوصول إلى بطلان العقد فى الحالات التى يقال أن عدم مشروعية السبب هى التى تؤدى إلى البطلان . فى المثال الذى يتعهد فيه شخص بارتكاب جريمة مقابل تعهد شخص آخر بدفع مبلغ من النقود ، فإن العقد يكون باطلا لعدم مشروعية المحل بالنسبة لطرف الذى تعهد بارتكاب الجريمة ، وكذلك لا يقوم الالتزام الآخر لارتباطه بالتزام محله غير مشروع ولا حاجة إلى فكرة السبب . وفى المثال الذى يتعهد فيه شخص بعدم ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود فإن العقد يكون باطلا لأن محل الالتزام الأول مستحيل لأنه تعهد بعمل يفرضه القانون فرضا . وكذلك لارتباط الالتزام الثانى بالتزام مستحيل .

ب - فى العقود العينية فإن شرط مشروعية السبب يبدو غير مفهوم لأن السبب وهو التسليم يكون دائما أمرا مشروعاً فى ذاته . وكذلك الحكم بالنسبة لعقود التبرع فإن السبب وهو نية التبرع يكون دائما مشروعاً فى

ذاته ، ولذلك لا تتصور عدم مشروعية السبب بالنسبة لهذين النوعين من العقود . وهكذا في جميع الحالات تبدو نظرية السبب بالمعنى التقليدي لهذا الاصطلاح وهو السبب القصدى ، نظرية غير مفيدة يمكن الاستغناء عنها بأفكار أخرى أكثر صدقا في التعبير عن الحقيقة القانونية .

ولذلك كان لابد أن يؤخذ اصطلاح السبب بمعنى آخر وهو الباعث الدافع للتعاقد ، وهذه هي النظرية الحديثة في السبب .

٧٥ - السبب هو الباعث للدافع إلى التعاقد ،

أقام القضاء الفرنسى نظرية حديثة في السبب على خلاف التقنين الفرنسى نفسه . وقد استمد أصول هذه النظرية من القانون الكنسى . وأصبح الفقه يؤيد القضاء في الأخذ بهذه النظرية . وقد انتقلت هذه النظرية كذلك إلى القضاء المصرى وكذلك الفقه المصرى . ثم أخذ بها المشرع نفسه إلى حد كبير كما سنرى عند دراسة موقف المشرع المصرى من النظريتين التقليديتين والحديثة في السبب .

وطبقاً للنظرية الحديثة فإن السبب هو الباعث الدافع للتعاقد . والباعث أمر نفسى يختلف باختلاف الأشخاص . وهو لهذا السبب أمر متغير من عقد إلى عقد . وهو ليس عنصراً داخلياً في العقد ، ولكنه عنصر خارجى يتعلق بالدوافع المؤثرة في إرادة الإنسان .

والدوافع التى ترتبط بعقد من العقود قد تكون مؤثرة أو غير مؤثرة . ولا يعتبر سبباً للعقد إلا ما كان مؤثراً في إبرامه بحيث ما كان ليبرم العقد من غير وجوده .

ولا يشترط لصحة العقد إلا شرط واحد هو أن يكون الباعث مشروعاً فلا يشترط أن يكون الباعث موجوداً لأن الباعث موجود دائماً في كل العقود . ولا يوجد شخص يبرم عقداً بغير دافع أو باعث إلا إذا كان

مجنونا وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الإرادة لا لانعدام الباعث ، ولا يشترط أن يكون الباعث صحيحا ، لأنه إذا كان الباعث موهوما ، فأننا نكون بصدد غلط وقع فيه أحد المتعاقدين ، ويكون هناك مجال لتطبيق نظرية الغلط وهي تؤدي إلى البطلان النسبي للعقد ، وليس تطبيق نظرية السبب وهي تؤدي إلى البطلان المطلق للعقد .

أما اشتراط مشروعية الباعث فهي المجال الحيوى لنظرية السبب ، إذ عن طريق مراقبة مشروعية الباعث يبسط القانون ظلال الأخلاق على دائرة التعاقد بين الأفراد وفي معاملاتهم الخاصة ، ويراقب بذلك مشروعية البواعث والنوايا .

ولكن نظراً لأن الباعث أمر داخلي فإن استقرار المعاملات يقتضى عدم الاعتداد به إلا إذا دخل منطقة العقد . أما إذا ظل الباعث فرديا لا يعلم به إلا صاحبه فإنه لا يؤثر في صحة العقد ولو كان غير مشروع . والقول بغير ذلك يؤدي إلى بطلان عقود أبرمها أحد الطرفين بدافع غير مشروع وكان المتعاقد الآخر لا يعلم شيئا عن هذا الدافع . وهو ما يبعث عدم الثقة في كل العقود على وجه الإطلاق ويضر بالمعاملات ضررا بليغا من شأنه أن ينعكس على الحياة الاقتصادية ذاتها .

ويعتبر السبب غير المشروع داخلا في منطقة العقد إذا كان المتعاقد الآخر مشتركا فيه ، أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يعلم به .

ومن الأمثلة التي يكون فيها العقد باطلا لعدم مشروعية السبب أو الباعث . عقد إيجار يكون الباعث إليه إدارة المنزل المؤجر للدعارة أو للقمار . وعقد قرض يكون الباعث إليه تمكين المقرض من الاستمرار في المقامرة . وعقد تبرع يكون الباعث إليه مكافأة عشيقة على العلاقة غير المشروعة وتشجيعها على الاستمرار فيها . والأمثلة على البواعث غير المشروعة كثيرة لا حصر لها ولكن يشترط لتأثيرها في صحة العقد أن تكون هي الدافع إلى التعاقد . وأن تكون قد دخلت منطقة العقد على النحو السابق ذكره .

٧٦ - التصرف المجرد والتصرف المسبب .

يبدو مما سبق أن نظرية السبب هي قيد على حرية الإرادة ومنفذ للأخلاق إلى العقد ، ووسيلة لفرض نوع من الرقابة القانونية على معاملات الأفراد . والأصل أن كل العقود تخضع لنظرية السبب ، فكل عقد ينبغي أن يستند إلى سبب مشروع .

في مع ذلك فهناك بعض التصرفات القانونية لا يشترط لها القانون سببا مشروعا ، فهي تصرفات مجردة من سببها . كافة بذاتها لآحداث الآثار القانونية بغض النظر عن سببها .

وتظهر الحاجة إلى هذا النوع من التصرفات في العلاقات التجارية عملا على استقرار هذه العلاقات . ومن الأمثلة على التصرفات المجردة ، الكيالة والسندات الإذنية والسندات لحاملها . فالتزام الموقع على سند من هذه السندات يظل صحيحا في مواجهة حامل السند ولو كان باطلا في مواجهة الدائن الأصلي بالسند .

ومن الأمثلة على التصرفات المجردة في القانون المدني . التزام النائب في الوفاء قبل النائب لديه ، والتزام الكفيل قبل الدائن .

والأمثلة على التصرف المجرد نادرة في القانون المصري والقانون الفرنسي . وعلى العكس شائعة في القانون الألماني .

المبحث الثالث

موقف القانون المصري أو ازدواج فكرة السبب

٧٧ - سبب العقد وسبب الالتزام .

نص المشرع في المادة ١٣٦ منقح على أنه إذا لم يكن الالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب . كان العقد باطلا ، ونص

في المادة ١٣٧ على أنه « (١) كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يتم الدليل على غير ذلك . (٢) ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعل من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه . » . ويلاحظ على هذين النصين أن المشرع ينسب فيهما السبب إلى الالتزام لا إلى العقد ، وهذا يتفق أكثر مع النظرية التقليدية في السبب ، أما النظرية الحديثة فإن السبب ينسب فيها إلى العقد ذاته فهو الباعث الدافع إلى إبرام هذا العقد . ويلاحظ كذلك على نص المادة ١٣٦ أن المشرع يفترض فيه أن السبب قد لا يكون موجوداً . وهذا الفرض لا يتفق إلا مع النظرية التقليدية في السبب ، أما في النظرية الحديثة فإن السبب وهو الباعث لا يتصور إلا أن يكون موجوداً في كل العقود كما سبق أن ذكرنا .

ومن هذا يتضح أن المشرع قد أبقى في التقنين المدني الحديث على النظرية التقليدية في السبب ، ولا يكفي القول بأن المشرع قد استخدم فقط اصطلاحات النظرية التقليدية للسبب مع هجره لها ، وأن هذا مأخذ يؤخذ عليه . بل الأصح أن يقال أن المشرع قد استبقى النظرية التقليدية فعلاً وأن هذا هو الذي قد يؤخذ عليه .

ولكن بجانب النظرية التقليدية للسبب فإن المشرع قد أخذ أيضاً بالنظرية الحديثة . وشرط مشروعية السبب الوارد في النصين المتصود به هو مشروعية الباعث .

ومن ثم فإن الرأي الصحيح هو ما يقول به جانب كبير من الفقهاء المصريين . وهو أن المشرع أخذ بالتأريتين مأً . النظرية التقليدية وهي نظرية سبب الالتزام ، والنظرية الحديثة وهي نظرية سبب العقد أو الباعث الدافع إلى التعاقد .

٧٨ - سبب الالتزام

يشترط المشرع لصحة العقد أن يكون لكل التزام سبب موجود وأن يكون هذا السبب صحيحا وأن يكون مشروعا وذلك طبقا لما سبق بيانه بصدد النظرية التقليدية في السبب . ولكن لا يشترط أن يذكر السبب المشروع في العقد ، بل يفترض أن لكل التزام سببا موجودا ومشروعا إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . فإذا أثبت أحد الطرفين أن السبب المذكور في العقد هو غير السبب الحقيقي ، فإن العقد يبطل ما لم يثبت المتعاقد الآخر أن للالتزام سبب آخر مشروع غير مذكور في العقد .

ويلاحظ أن الأخذ بالنظرية التقليدية في السبب لم يكن له مبرر ، لأنها نظرية غير مفيدة ويمكن الاستغناء عنها بغيرها من مبادئ القانون كما سبق بيان ذلك على وجه التفصيل .

٧٩ - سبب العقد .

أخذ المشرع في نفس الوقت بالنظرية الحديثة في السبب ، بمعنى الباعث الدافع للتعاقد . ويشترط لصحة العقد أن يكون الباعث إليه مشروعا على النحو السابق ذكره عند دراسة النظرية الحديثة .

ويلاحظ أن صياغة المشرع لنظرية السبب جاءت معيبة لأنه جمع بين نظريتين لا يمكن التوفيق بينهما ، خاصة وأن أحدهما قد قامت على أنقاض الأخرى . وكان الأجدر أن يأخذ المشرع بالنظرية الحديثة فقط كما فعل التتبنين المبنى الليبي في صياغة مبسطة واضحة ، إذ تنص المادة ١٣٦ من هذا التتبنين على أنه « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع ، كان العقد باطلا » . فهذا النص لا يشترط إلا شرط واحد في السبب هو أن يكون مشروعاً . والسبب لا يقصد به إلا معنى واحدا هو الباعث الدافع للتعاقد .

وهذا نكون قد درسنا كل أركان العقد وهي تتعلق بطرفي العقد

والتراضى والمحل والسبب . وننتقل الآن إلى دراسة الجزاء الذى يترتب على تخلف ركن من أركان العقد ، وهو ما ندرسه فى المبحث الخامس والأخير من هذا الفصل .

المبحث الخامس

البطلان

٨٠ - البطلان وعدم النفاذ والفسخ .

البطلان هو الجزاء على تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من الشروط اللازمة لركن من أركانه . فالعقد الباطل هو العقد الذى لم يستجمع الشروط اللازمة لانعقاده . أما عدم النفاذ فهو الجزاء على مخالفة قاعدة أخرى غير القواعد الخاصة بانعقاد العقد ، كقاعدة عدم تصرف الشخص فى ملك غيره : وقاعدة عدم اضرار الدائن بحقوق دائنيه . فإذا أجر شخص عقاراً غير مملوك له . فإن عقد الإيجار يكون صحيحاً فى العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، ولكنه يكون غير نافذ فى حق مالك هذا العقار . ويكون للمالك الحق فى عدم الاعتراف بالإيجار وإخراج المستأجر من العقار . ولكن نظراً لأن العقد صحيح بين المؤجر والمستأجر فإن لهذا الأخير أن يرجع على المؤجر بالتعويض عن الإخلال بالالتزام العقدى القائم بينهما . وفى مثال آخر إذا تصرف المدين فى شيء بملكه تصرفاً أدى إلى إعساره أو الزيادة فى إعساره وتوافرت الشروط الأخرى للدعوى (نيبولسية) . فإنه يجوز لدائنى هذا المدين أن يطعنوا فى هذا التصرف بدعوى عدم نفاذ التصرفات . ولكنهم لا يطعنون فى هذا التصرف بالبطلان ، لأن التصرف صحيح غير باطل ، ولكنه غير نافذ فقط فى حقهم .

أما الفسخ فهو الجزاء على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد . وهو لا يتصور إلا فى العقود المترتبة لتجارتين . فإذا لم يتم أحد الطرفين فى عقد

من هذه العقود بتنفيذ التزامه ، جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه هو أيضاً وأن يطلب فسخ العقد . والفسخ لا يرد إلا على عقد صحيح منتج لآثاره ، وهو يزيل هذا العقد بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن .

٨١ - البطلان المطلق والبطلان النسبي :

كان الفقه التقليدي يفرق بين ثلاثة أنواع من الجزاء على عدم استكمال شروط انعقاد العقد ، وهي الانعدام ، والبطلان المطلق ، والبطلان النسبي .

فالانعدام هو الجزاء على تخلف ركن من أركان العقد . كالرضا أو المحل أو السبب ، أو الشكل في حالة العقود الشكلية . والبطلان المطلق هو الجزاء على تخلف شرط من شروط أحد هذه الأركان ، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعية السبب . والبطلان النسبي يكون في حالة وجود عيب من عيوب الرضا أو حالة نقص أهلية أحد المتعاقدين .

أما الفقه الحديث فهو يأخذ بتقسيم ثنائي فقط ، هو البطلان المطلق والبطلان النسبي . لأنه لا فرق في الواقع بين الانعدام وبين البطلان المطلق . والعقد الباطل بطلانا مطلقا هو أيضا عقد منعدم لا وجود له . ولا يقال أن هناك درجات في الانعدام . وأن العقد المنعدم هو عقد أكثر انعداماً من العقد الباطل بطلانا مطلقا ، فمثل هذا القول غير مقبول منطقيا فضلا عن أن ليس له أي أثر في القانون . والخلاصة أن البطلان المطلق هو الجزاء على تخلف ركن من أركان العقد ، أو تخلف شرط من شروط أحد هذه الأركان . أما البطلان النسبي فهو الجزاء على وجود عيب في الإرادة أو نقص في الأهلية .

والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج أي أثر ، ولا يجوز تصحيحه . والقاضي يحكم ببطلانه من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى طلب من أحد أطراف العقد . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو عند قائم منتج لآثاره

حتى يتقرر إبطاله . وهو يصبح صحيحا إذا أجازته صاحب المصلحة في الإبطال . ولا يجوز الحكم بإبطاله بغير طلب من صاحب المصلحة فالقاضي لا يحكم بذلك من تلقاء نفسه . وندرس في مبحثين متتاليين البطلان المطلق والبطلان النسبي .

المطلب الأول

البطلان المطلق

العقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد معدوم لا أثر له ، ومع ذلك فإن المشرع يرتب عليه أحيانا بعض الآثار . والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ولا يلحقه التقادم . والعقد الباطل بطلانا مطلقا يحكم بالقاضي بإبطاله من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من أحد الخصوم . وندرس هذه المسائل الثلاث فيما يلي .

الفرع الأول

الآثار التي تترتب على العقد الباطل

٨٢ - الآثار الأصلية والآثار العرضية :

في حالات قليلة يترتب القانون على العقد الباطل آثاره الأصلية كما لو كان عقدا صحيحا . وهذه الحالات تتصل دائما بفكرة حماية الفاعر والشفقة المشروعة في المعاملات . ومن الأمثلة على ذلك عقد الشركة الباطل . فهو ينتج مع ذلك آثاره باعتبار الشركة أمرا واقعا . ويتحمل الشركاء خسائر هذه الشركة الفعلية ويتقاسمون أرباحها طبقا للشروط المبينة في العقد الباطل نفسه .

ومن الأمثلة على ذلك أيضا العقد العسري ، فهو عقد معدوم في العلاقة

بين طرفيه ، ولكنه عقد قائم في نثر الغير . ويجوز لأى شخص أن يتعامل مع أحد طرفي العقد على أساس وجود هذا العقد . بل أنه لو تمسك البعض بالعقد الصورى وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقى فان الأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الصورى .

وفي بعض الحالات الأخرى يرتب القانون على العقد الباطل بعض الآثار العرضية باعتباره واقعة مادية وليس باعتباره عقداً . ومن الأمثلة على ذلك عقد الزواج غير الصحيح فى الشريعة الإسلامية . فهو لا ينتج آثار الزواج الصحيح فى الشريعة الإسلامية كوجوب النفقة وحل التمتع والتوارث . ولكنه ينتج بعض الآثار العرضية كوجوب العدة نتيجة للدخول ووجوب المهر كتعويض عن الدخول وسقوط الحد للشبهة ، والبنوة رعاية للولد .

على أن أهم الآثار العرضية التى قد تترتب على عقد باطل هى ما يعرف بانتقاص العقد ، أو تحول العقد ، وهو ما ندرسه فيما يلى .

§ - ١ - انتقاص العقد

٨٣ - شروط وآثار انتقاص العقد :

تنص المادة ١٤٣ من القانون المدنى على أنه « إذا كان العقد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال . فهذا الشق وحده هو الذى يبطل . إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله » .

وهذا النص خاص بحالات البطلان الجزئى ، وهى التى يكون فيها العقد مكوناً من عدة أجزاء أو من عدة شروط . وتكون بعض هذه الأجزاء باطلة والبعض الآخر صحيحه . وكان هناك اتجاه يذهب إلى أن العقد لا يتجزأ فهو إما أن يبطل كله أو يصح كله . ولم يأخذ المشرع بهذا الاتجاه ، بل قرر على العكس مبدأ تجزئة العقد بشروط معينة . ومن الأمثلة

على عقد باطل في جزء منه أن يكون العقد صحيحا ولكن يشترط فيه الدفع بالذهب . أو يشترط فيه عدم جواز تعديل العقد بحكم القاضي ولو حدثت ظروف استثنائية طارئة على النحو الذي سندرسه فيما بعد . أو يشترط فيه عدم خضوعه لرقابة القاضي ولو كان من عقود الإذعان التي سبق الكلام عنها .

في كل هذه الأمثلة إذا كان الشرط الباطل هو الباعث الدافع للتعاقد فإن العقد يبطل في مجموعه . ويكون ذلك إذا ثبت أن الإرادة ما كانت لتنصرف إلى العقد بغير هذا الجزء الذي وقع باطلا . لأن القول ببقاء العقد رغم إبطال هذه الجزء وحده يخالف في هذه الحالة إرادة المتعاقدين ، مع أن فكرة الانتقاص تقوم أساسا على احترام إرادة المتعاقدين وانقاذ ما يمكن انقاذه من هذه الإرادة ، ولا تتجه إلى مخالفتها . ومن ناحية أخرى إذا كان الشرط الباطل لعدم مشروعيته هو الباعث الدافع للتعاقد . فإن العقد يبطل كله لعدم مشروعية السبب على النحو السابق دراسته .

أما إذا كان الشرط الباطل أو الشق الباطل غير جوهرى بالنسبة لإرادة المتعاقدين ، وكانت هذه الإرادة تتجه إلى إبرام العقد رغم عدم وجود هذا الشرط أو هذا الشق ، فإن العقد لا يبطل في مجموعه ، بل يبطل بطلانا جزئيا ، وهذا هو المقصود بانتقاص العقد ، فيبطل الجزء الصحيح نائما ويبطل فقط الجزء غير الصحيح .

ومن الأمثلة على انتقاص العقد أيضا ، تخفيض سعر الفائدة المتفق عليها إلى ٧٪ وهو الحد الأقصى لفائدة الاتفاقية . وتخفيض التزامات الكمبل بما لا يزيد على التزامات المسبب الأصلي . وتخفيض مدة الشروع المتفق على البقاء فيها إلى خمس سنوات وهو الحد الأقصى للشروع الاجباري .

§ ٢ - تحول العقد

٨٤ - شروط وآثار تحول العقد :

تنص المادة ١٤٤ مدني على أنه « إذا كان العقد باطلا أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ونص عليها القانون المدني الألماني في المادة ١٤٠ منه . أما القانون المدني الفرنسي فلا ينص على هذه النظرية ، ومع ذلك فإن حكمها يمكن الأخذ به دون نص تطبيقاً لنظرية التكييف .

فن المعروف أن تكييف العقد أي إعطائه الاسم الصحيح الذي ينطبق عليه بحسب القانون . من صميم عمل القاضي . وهو لا يعتد في ذلك بالاسم الذي يطلقه المتعاقدان على العقد . لأن التكييف مسألة علمية ومسألة قانونية من الدرجة الأولى . فإذا أعطى شخص شيئاً يملكه إلى شخص آخر لينتفع به مدة معينة دون مقابل فإن هذا العقد يعتبر عاريه ولو سماه المتعاقدان إيجاراً . وإذا نقل شخص ملكية شيء إلى شخص آخر دون مقابل فإن هذا العقد يعتبر هبة ولو سماه المتعاقدان بيعاً .

وطبقاً لهذا المبدأ إذا أطلق المتعاقدان على السند القائم بينهما اسم الكميالة . وكان السند لا يستكمل شروط الكميالة من حيث الشكل ويظل إذا اعتبرناه كذلك ، فإن هذا السند مع ذلك يعتبر سند دين صحيح لأن هذا هو تكييفه القانوني . والإرادة قد انجهدت إلى إحداث أثر قانوني معين . فإذا كان الوصف أو التكييف الذي تعطيه الإرادة للتصرف يتعارض مع أحكام القانون . وكان التصرف مع ذلك يمكن أن يكون له اسم آخر يتفق مع حكم القانون . فإنه احتراماً لإرادة

المتعاقدين . يؤخذ بالتكييف القانوني لتصرفهما طالما أن هذا التكييف كانت ستنتج إليه الإرادة لو علمت بأن التكييف الذي أعطته هي للعقد من شأنه أن يبطل العقد .

فأول شرط لتحول العقد إذن هو أن يكون التصرف الأصلي باطلا بحسب الاسم الذي أطلقه عليه المتعاقدان . ككميالة باطلة لتخلف شرط من شروط الشكل . والشرط الثاني لتحول العقد هو أن يتضمن هذا العقد الباطل كل العناصر اللازمة لعقد آخر صحيح ، وبتعبير آخر أن يكون من الممكن استبدال التكييف الذي يجعل العقد باطلا بتكييف آخر يجعله صحيحا . فالكميالة الباطلة لتخلف شروط الشكل ، يجب أن تكون متضمنة كل العناصر اللازمة لسند دين صحيح غير شكلي . والشرط الثالث هو أن الإرادة كانت تنصرف إلى إبرام العقد الصحيح الذي وجدت عناصره في العقد الباطل . والواقع أن المقصود بهذا الشرط هو ألا يكون التكييف الذي أطلقته الإرادة على العقد هو الباطل الدافع للتعاقد ، بحيث ما كانت لتبرم العقد بغير هذا التكييف . فإذا لم يكن التكييف جوهريا على هذا النحو فإن القاضي يعطى التكييف الصحيح للعقد ويعتبر الكميالة مجرد سند دين عادي . وهو في هذا لا يبحث عن إرادة مفترضة للمتعاقدين كما يقال أحيانا ، ولكنه يعطى الاسم الصحيح للإرادة الحقيقية للمتعاقدين .

والخلاصة أن نظرية تحول العقد لا تعدو أن تكون تطبيقا خاصا من تطبيقات نظرية تكييف العقد .

الفرع الثاني

الاجازة والتقادم

٨٥ - العقد الباطل لا تلحقه الاجازة :

الاجازة كما سئى تصرف من جانب واحد يجعل العقد الباطل بطلانا نسبيا صحيحا بعد أن كان قابلا للإبطال . أما العقد الباطل بطلانا مطلقا فهو عقد معلوم لا وجود له ، ولذلك لا تلحقه الاجازة ، لأنه من غير المتصور إجازة العدم (م ١٤١ / ١ مدنى) . ولكن هذا لا يمنع إبرام عقد جديد صحيح بدلا من العقد الباطل . وإبرام العقد من جديد ليس هو إجازة للعقد السابق ، وإنما هو عقد جديد لا بد لانعقاده من توافر كل شروط انعقاد العقد ولا تبدأ آثاره إلا من وقت إبرامه . أما الإجازة فهي تصرف من جانب واحد هو المحيز وهي تجعل العقد الذى ترد عليه صحيحا من وقت إبرامه وليس فقط من وقت الإجازة .

٨٦ - البطلان لا يزول بالتقادم :

فرق المشرع فى هذا الشأن بين دعوى البطلان وبين الدفع بالبطلان . وإذا كان المفروض هو أن مضى المدة لا يحول العقد الباطل إلى عقد صحيح ، لأن الزمن ليس من شأنه أن يعيد إلى الوجود ما هو غير موجود . إلا أن المشرع قرر مجازاة فى ذلك للقضاء والفقهاء الفرنسيين ، أن دعوى البطلان كغيرها من الدعاوى تتقادم بمضى خمس عشرة سنة . وهذا ما تقرره المادة ١٤١ / ٢ مدنى « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » . وطبقا لهذا النص لا يجوز أن ترفع دعوى لتقرير بطلان عقد بعد مضى خمس عشرة سنة على إبرامه . وليس المقصود بذلك أن العقد الباطل أصبح صحيحا . ولكن المقصود به هو وضع حد زمنى لكل دعوى حتى لا تتأبد المنازعات بين الناس . ويتفق ذلك مع استقرار المعاملات .

ولكن سقوط دعوى البطلان بالتقادم لا يعنى أن العقد الباطل أصبح موجودا ، بل لازال العقد باطلا . ويظهر ذلك بوضوح فى أن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم أبداً . وترتب على التفرقة بين الدعوى والدفع . أنه إذا كان العقد الباطل ينشئ التزاما على عاتق أحد الطرفين بدفع مبلغ من النقود ، وقام المدين بدفع هذا المبلغ فعلا . فإنه لا يحق له أن يرفع دعوى يطلب فيها تقرير بطلان العقد ورد المبلغ المدفوع بعد مضي خمس عشرة سنة على إبرام العقد . ولكن إذا كان المدين فى العقد الباطل لم يدفع المبلغ فعلا ورفع عليه الدائن دعوى يطالبه بالدفع بعد مضي خمس عشرة سنة على العقد فإن للمدين أن يتمسك ببطلان العقد فى صورة دفع يدفع به دعوى الدائن ، وهو مالا يسقط الحق فيه فى أى وقت من الأوقات . والمدين فى المثال السابق ليس فى حاجة إلى التمسك بسقوط دعوى الدائن بالتقادم . لأن الدعوى قد تكون قائمة لم تسقط بعد بسبب الوقف أو الانقطاع . ولكن المدين يتمسك ببطلان عقد الدين ذاته .

الفرع الثالث

تقرير البطلان

ندرس فيما يلى كيف يتقرر البطلان ، وأثر البطلان إذا تقرر .

٨٧ - كيف يقرر البطلان .

تنص المادة ١/١٤١ مدنى على أنه « إذا كان العقد باطلا جاز لسكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالا جازة » .

وطبقاً لهذا النص ليس لأى شخص أن يتمسك بالبطلان . بل لا بد أن يكون صاحب مصلحة فى ذلك . ويعتبر هذا تطبيقاً لمبدأ عام من مبادئ

قانون المرافعات وهو أنه لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة . وصاحب المصلحة في التمسك بالبطلان هو كل صاحب حق يؤثر فيه وجود العقد أو بطلانه . فلا يكفي أن يكون الشخص صاحب مصلحة مجردة من أى حق كالتاجر مثلا له مصلحة في بطلان عقد إيجار محل تجارى لتاجر آخر توفيا لمناسته . مثل هذه المصلحة المجردة من أى حق لا تعطى للتاجر الأول أن يتمسك ببطلان عقد إيجار التاجر الثانى .

أما المصلحة المرتبطة بحق فهي تكون لكل من المتعاقدين . وللخلف العام لهما ، وللخلف الخاص . وللدائنين . فيجوز لأى من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان . ولو كان هو العاقد الذى جاء البطلان من ناحيته . ويجوز ذلك لخلفه العام أى لوارثه أو الموصى له بحصة فى التركة . ويجوز ذلك لخلفه الخاص كالمشتري لعقار مرهون فيكون له الحق فى التمسك ببطلان عقد الرهن . ويجوز ذلك أخيرا لأى دائن من دائنى المتعاقدين . فدائن البائع يتمسك بالبطلان حتى يعود الشيء المبيع إلى ذمة مدينه فيتمكن من التنفيذ عليه . ولدائن المشتري أن يتمسك بالبطلان أيضا حتى يعود الثمن المدفوع إلى ذمة مدينه .

ولكن نظرا لأن العقد الباطل لا وجود له فى نظر القانون ، فإن للقاضى أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك أى ذى مصلحة . بل أن القاضى يجب عليه أن يحكم بالبطلان فهذا واجب عليه وليس حق له فقط .

والحكم بالبطلان غير منشىء للبطلان بل هو كاشف ومقرر له فقط .

والتمسك بالبطلان إما أن يكون فى صورة دعوى أو فى صورة دفع والغالب أن يتم التمسك بالبطلان فى صورة دفع . لأن من له مصلحة فى

البطلان ليس في حاجة إلى رفع دعوى لتقرير ذلك ، بل هو يستطيع أن يتصرف على أساس أن العقد الباطل لا وجود له . فمن باع شيئا بعقد باطل له أن يتمتع عن تسليم المبيع إلى المشتري وله أن يبيعه مرة أخرى بعقد صحيح . ولكن إذا رفع المشتري عليه دعوى يطلب تسليم الشيء المبيع فانه يدفع هذه الدعوى بدفع هو الدفع بالبطلان : ويكون هذا هو الوضع أيضا إذا رفع المشتري الأول دعوى استحقاق على المشتري الثاني ، فان لهذا الأخير أن يدفع هذه الدعوى بالدفع ببطلان عقد البيع الأول .

ومع ذلك فقد تكون هناك مصلحة لصاحب الحق في البطلان في أن يتمسك به في صورة دعوى مبتدأة يرفعها هو على الطرف الآخر في العقد حتى يقطع كل شك في هذا الشأن . وفي بعض الأحيان يكون البطلان راجعا إلى أسباب قد تختفي على القاضى وقد يصعب اثباتها بعد مضي فترة طويلة من الوقت : كما هو الشأن في حالات البطلان لعدم مشروعية السبب أو عدم مشروعية المخل . ويكون من المفيد رفع دعوى لتقرير البطلان حتى لا يثور نزاع في هذا الشأن في أى وقت من الأوقات .

٨٨ - أثر تقرير البطلان .

تنص المادة ١٤٢ مدنى على أنه « (١) في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد التعاقد إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل . (٢) ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته . أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

وهذا النص خاص بآثار البطلان وكذلك بآثار إبطال العقد القابل للإبطال وهو يقرر في الحالتين حكما واحدا هو أن العقد يعتبر كأن لم يكن ويعاد كل من المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد . ويعرف هذا

باسم الأثر الرجعى للبطلان . وهكذا يفقد العقد كل أثر سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

فبالنسبة للمتعاقدین إذا كان العقد هو عقد بيع تقرر بطلانه فان المشتري يسترد الثمن الذى دفعه مع الفوائد القانونية من وقت المطالبة القضائية وكذلك فان البائع يسترد الشيء المبيع مع ثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان المشتري حسن النية . اما إذا كان سىء النية فان البائع يسترد الثمار من وقت جنحها .

وإذا أصبح إعادة الوضع إلى ما كان عليه مستحيلا بسبب هلاك الشيء المبيع في يد المشتري مثلاً . فان المشتري يلزم بدفع تعويض عادل يقدره القاضى ويكون ذلك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وليس طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية . لأن العقد لا وجود له .

وإذا كان البطلان آتياً من عدم المشروعية . فانه طبقاً لقاعدة كانت سائدة في القانون الرومانى واخذ بها القضاء الفرنسى . لا يجوز الاسترداد من الطرف الذى جاء عدم المشروعية من ناحيته . والقاعدة هى أنه لا يجوز للشخص أن يحتج بفحشه أمام القضاء . فلا يجوز لمن أعطى لحليلته نقوداً لإقامة علاقة غير مشروعة أن يسترد هذه النقود . ولا يجوز لمن أعطى لغيره نقوداً لارتكاب جريمة أن يسترد هذه النقود . ولا يجوز لمن أعطى رشوة لموظف أن يسترد ما اعطاه . ففي جميع هذه الأمثلة يكون من دفع النقود شخصاً ملوثاً ولا يكون له أن يحتج بذلك أمام القضاء

وكان المشروع التمهيدى للقانون ينص على هذه القاعدة . ولكن هذا النص لم يقرر التنبيه في صورته النهائية . وحسب فعل القانون المدنى في عدم الأخذ بهذه القاعدة والفقه الحديث يتقدها لأسباب نصية وعملية على

السواء . فمن الناحية النظرية العقد الباطل لا أثر له سواء بالنسبة لطرف ملوث أو طرف آخر غير ملوث وينبغي أن يكون الأمر واحداً بالنسبة لأي طرف من الأطراف . وهذه القاعدة كانت تتفق مع الأوضاع الشكلية في القانون الروماني . حيث كان العقد الشكلي ملزماً ولو تخلف شرط من شروط انعقاده . وكان الطعن في هذا العقد لا يتم إلا بناء على دعوى خاصة . ولم يكن من السائع أن تمنح هذه الدعوى ذات الطبيعة الاستثنائية لشخص جاء الفحش من ناحيته . أما الآن وحيث أصبح الطعن في العقد الباطل من حق أى شخص ذى مصلحة فلا مبرر لحرمان أحد المتعاقدين من هذا الحق لمجرد ان عدم المشروعية جاء من ناحيته .

ومن الناحية العملية فإن عدم جواز الطعن في العقد الباطل في الأمثلة السابق ذكرها فيه تشجيع على الجريمة والفحش . فالجرم لا يرد مقابل الجريمة . والموظف المرتشى لا يرد مبلغ الرشوة . وليس في هذا ما يتفق إطلاقاً مع الحاجة إلى محاربة الغش والفحش والجريمة . بل الأجدد هو العكس تماماً .

وإذا كان العقد الباطل لا ينتج أى أثر بالنسبة للمتعاقدين فهو لا ينتج أى أثر بالنسبة للغير كذلك . فإذا كان المشتري بعقد باطل قد قام بتقريبه من على الشيء المبيع . أو تصرف فيه بالبيع بعد ذلك ، فإنه يجوز للبائع وهو المالك الحقيقي أن يتمسك ببطلان البيع وبعدم نفاذ الرهن أو البيع الثانى وذلك في مواجهة الدائن المرتهن أو مواجهة المشتري من البائع . ولكن يشترط لتمسك البائع بالبطلان في مواجهة الغير أن تكون دعوى البطلان قد سجلت قبل قيد حق اللبائن المرتهن أو قبل تسجيل بيع المشتري الثانى . (م ١٥٠ ، ١٧ من قانون الشهر العقارى) . وهكذا قد يحدث أن المالك الحقيقي لا يستطيع الاحتجاج بحقه في مواجهة الغير وذلك إذا كان الغير قد شهر حقه قبل أن يشهر المالك الحقيقي دعوى البطلان . والمقصود بهذا الحكم هو حماية الغير وحماية الثقة والاستقرار في المعاملات

المطلب الثاني

البطلان النسبي

العقد الباطل بطلانا نسبيا يطلق عليه أحيانا اصطلاح العقد القابل للإبطال وندرس فيما يلي الآثار التي قد تترتب على العقد القابل للإبطال . ثم الإحالة والتقدم . ثم كيفية تقرير البطلان .

الفرع الأول

آثار العقد القابل للإبطال

٨٩ - العقد منتج لآثاره إلى أن يتقرر بطلانه :

العقد القابل للإبطال ليس عقدا معدوما . ولكنه عقد قائم منتج لآثاره حتى يتقرر إبطاله . ففي الفترة السابقة على تقرير البطلان تترتب على العقد جميع آثاره الأصلية . فيترتب على عقد البيع القابل للإبطال بسبب نقص أهلية البائع أو المشتري كل آثار البيع من حيث انتقال الملكية إلى المشتري . واستحقاق الثمن للبائع . ولكن إذا تقرر إبطال هذا العقد فإنه يعتبر كأن لم يكن وتزول كل الآثار التي ترتبت عليه بأثر رجعي . فتعود ملكية الشيء المبيع إلى البائع . ويرد الثمن إلى المشتري . ومع ذلك فقد تترتب على العقد الذي تقرر إبطاله بعض الآثار العرضية . كتلك السابق ذكرها عند دراسة الآثار التي قد تترتب على العقد الباطل بطلانا مطلقا . وأهم تلك الآثار العرضية هو ما يتعلق بانتقاص العقد . وكذلك تحول العقد . فنعقد قابلية للإبطال قد ينتقص إذا كان شق منه فقط هو الذي تقرر إبطاله . وكانت لإرادة المتعاقدين تنجه إلى إبرام العقد بغير هذا الشق . وكذلك فإن العقد القابل للإبطال يتحول إلى عقد صحيح إذا تضمن أركان عقد آخر صحيح وتبين أن إرادة المتعاقدين كانت تنجه إلى إبرام هذا العقد الصحيح . أو أنها أدركت قابلية العقد الأصلي للإبطال .

الفرع الثاني

الاجازة والتقدم

٩٠ - اجازة العقد القابل للإبطال .

سبق أن رأينا أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة . لأنه معدوم ولا ترد إجازته على معدوم . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو عقد قائم منتج لآثاره إلى أن يتقرر إبطاله . ولذلك فمن المتصور أن يتنازل صاحب المصلحة في طلب الإبطال عن حقه في ذلك . وهذه هي الإجازة . فالإجازة تصرف من جانب واحد هو صاحب الحق في طلب الإبطال يترتب عليه أن يصبح العقد القابل للإبطال صحيحا ، بحيث لا يجوز طلب إبطاله بعد ذلك .

والإجازة تصرف من جانب واحد فلا يشترط أن يوافق عليها الطرف الآخر . ولا يشترط أن تتصل بعلمه . وهي كذلك تصرف بات فلا يجوز الرجوع فيها ولو كانت لم تصل إلى علم الطرف الآخر . والإجازة تصدر من صاحب الحق في طلب الإبطال وهو ناقص الأهلية أو من شاب لإرادته عيب . ويجب أن تصدر في وقت يكون فيه سبب الإبطال قد زال . أي بعد بلوغ القاصر سن الرشد أو بعد زوال عيب الاكراه أو الغلط أو التدليس .

والإجازة قد تكون بتعبير صريح كأن يقرر صاحب الحق في طلب الإبطال أنه يتنازل عن هذا الحق . أو بتعبير ضمني كأن يقوم ناقص الأهلية بتنفيذ العقد القابل للإبطال بعد بلوغه سن الرشد . أو أن يرفع دعوى بطلب فيها المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه . أو أن يرفع دعوى بطلب فيها فسخ العقد لأن الطرف الآخر لم ينفذ الالتزام الواجب عليه بمقتضى العقد . لأن الفسخ لا يرد إلا على عقد صحيح .

وأثر الإجازة ينصرف لا إلى وقت صدورها فحسب . بل إلى وقت إبرام العقد . أى أن العقد يعتبر صحيحا من وقت إبرامه . وهذه القاعدة تسرى في العلاقة ما بين المتعاقدين . ولكنها لا تسرى في حق الغير . وهذا ما يقرره المشرع صراحة في المادة ١٣٩ مدنى وهى تنص على أنه « (١) يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية . (٢) وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد . دون إخلال بحقوق الغير » . ومن الأمثلة التى يظهر فيها هذا الحكم . أنه إذا باع قاصر عينا يملكها ، وبعد بلوغه سن الرشد رهن نفس العين . ثم أجاز بعد ذلك البيع . فإن الرهن يظل مع ذلك نافذا في حق المشتري . فالإجازة لها أثر رجعى وهى تجعل عقد البيع صحيحا من وقت إبرامه في العلاقة بين البائع والمشتري . ولكن بالنسبة للغير وهو في هذا المثال الدائن المرتهن الذى اكتسب الرهن من البائع قبل إجازة البيع . فإن الإجازة تنفذ في مواجهته لأن حقه سابق عليها . ويقال في تبرير هذا الحكم أن القاصر الذى رهن العقار بعد بلوغه سن الرشد . وقبل إجازة البيع يعتبر قد نقل إلى الدائن المرتهن حقه في طلب إبطال البيع باعتبار ذلك من مستلزمات الرهن . فلا يجوز له بعد ذلك أن يحيز العقد الباطل لإضراراً بالدائن المرتهن الذى أصبح من حقه أن يتمسك ببطلان البيع فيما يتعارض مع الحق في الرهن .

٩١ - الدعوى والدفع بتقادم .

تنص المادة ١٤٠ مدنى على أنه « (١) يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . (٢) ويبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية . من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب . وفي حالة الغلط أو التدليس . من اليوم الذى ينكشف فيه . وفي حالة الإكراه . من يوم إنقطاعه . وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس . إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » .

وطبقاً لهذا النص فإن الحق في التمسك بإبطال العقد يتقادم بمضى مدة هي ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال . فإذا انقضت هذه المدة ولم يتمسك صاحب الحق في الإبطال بحقه . فلا يجوز له أن يفعل ذلك فيما بعد . ويأخذ التقادم حكم الإجازة فيعتبر العقد صحيحاً من وقت إبرامه . والتقادم يلحق الدعوى كما يلحق الدفع . فلا يجوز بعد مضي المدة المذكورة رفع دعوى مبتدأة بطلب البطلان . ولا يجوز كذلك التمسك بالإبطال في صورة دفع يوجه إلى الدعوى التي ترفع باسم العقد .

ومدة التقادم هي ثلاث سنوات تبدأ من وقت بلوغ القاصر سن الرشد أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت انقطاع الإكراه .

وبالنسبة لقصر الأهلية فإنه يجوز في بعض الحالات التمسك بالإبطال بعد مضي أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ العقد . فإذا تم العقد في سن السابعة مثلاً فإن الحق في طلب إبطاله يظل قائماً إلى سن الرابعة والعشرين خلال ثلاث سنوات من وقت بلوغ سن الرشد . فيكون مجموع المدة التي يجوز فيها التمسك بالإبطال في هذا المثال هي سبع عشرة سنة . أما بالنسبة لعبوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه . فلا يجوز في أي حال التمسك بالإبطال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد . فإذا انكشف الغلط مثلاً بعد أربع عشرة سنة من وقت إبرام العقد . فلا يجوز طلب الإبطال إلا خلال عام واحد من وقت انكشاف الغلط وليس خلال ثلاث سنوات من ذلك الوقت . فمدة التقادم بالنسبة لعبوب الإرادة هي ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة أيهما أقصر . والمشرع صريح في أنه لا يجوز أن تمتد المدة إلى أكثر من خمس عشرة سنة بعد انعقاد العقد أو إلى أكثر من ثلاث سنوات بعد اختفاء العيب .

الفرع الثالث

تقرير الإبطال

ندرس فيما يلي كيف يتقرر الإبطال . والآثار التي تترتب على تقريره .

٩٢ - كيف يتقرر الإبطال .

تنص المادة ١٣٨ مدني على أنه : إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق .

وطبقاً لهذا النص فإن الحق في طلب الإبطال قاصر على من أعطاه القانون هذا الحق . وهو القاصر أو وصيه في حالة نقص الأهلية . وهو من شاب إرادته عيب في حالة الغلط والإكراه والتدليس . ولا يجوز ذلك للطرف الآخر في العقد لأن الإبطال غير مقرر لمصلحته . ولا يجوز ذلك للخلف الخاص لصاحب الحق في طلب الإبطال أو لدائني هذا الشخص . إلا إذا استعملوا حقوق مديتهم طبقاً للدعوى غير المباشرة .

وفي بعض الأحيان يعطى المشرع شخصاً من الغير الحق في التمسك بالإبطال تقديراً لمصلحة هذا الغير . من هذا حق الكفيل في التمسك بإبطال عقد الدين الأصلي إذا لم يكن عالماً بسبب الإبطال وقت إبرام عقد الكفالة (م ٧٨٢ مدني) . وذلك حماية لمصلحة الكفيل الذي يلتزم بصفة تبعية والذي يترتب على إبطال التزام المدين الأصلي إبطال التزامه هو بصفة تبعية .

وإذا تم التمسك بالإبطال في صورة دعوى أو في صورة دفع . وصدر حكم من القاضي بتقريره . فإن هذا الحكم يعتبر منشأ للإبطال وليس كاشفاً له فقط كما هو الشأن بالنسبة للحكم الذي يقرر بطلان العقد الباطل أصلاً . مطلقاً . إذ هو يكشف فقط عن الطلاق المطلق ولا ينشئه

الفصل الثاني

آثار العقد

٩٤ - نسيئة أثر العقد .

إذا انعقد العقد صحيحاً طبقاً لما سبق دراسته في الفصل الأول من هذا الباب فإنه يكتسب ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد . أى يصبح منتجاً لآثاره القانونية .

والقوة الملزمة للعقد تحكمها فكرة أساسية . هي فكرة نسيئة أثر العقد . فللعقد أثر نسبي سواء بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للموضوع . فبالنسبة للأشخاص لا تنصرف آثار العقد إلا إلى العاقدين فقط ، فهي لا تنصرف إلى الغير . وبالنسبة للموضوع فإن آثار العقد تقتصر على الالتزام بما جاء فيه دون غيرها من الالتزامات . وندرس في مبحثين متتاليين آثار العقد بالنسبة للأشخاص . وآثار العقد من حيث الموضوع .

المبحث الأول

آثار العقد بالنسبة للأشخاص

طبقاً لمبدأ نسيئة أثر العقد فإن القوة الملزمة للعقد لا تنصرف بحسب الأصل إلا إلى المتعاقدين . ولا تنصرف إلى الغير . غير أن هذا الإجمال يحتاج إلى تفصيل . فندرس في مطلبين متتاليين أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين . وأثره بالنسبة للغير

المطلب الأول

أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

٩٥ - المتعاقدان والخلف العام والخلف الخاص :

لا يقصد بقاعدة نسبية أثر العقد ، أن قوته الملزمة تنصرف إلى المتعاقدين بأشخاصهما فقط ، بل يقصد بها أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين وإلى خلفهم العام وإلى خلفهما الخاص . فالخلف العام وكذلك الخلف الخاص لا يعتبران من الغير .

والخلف العام ، هو من يخلف المتعاقد في ذمته كلها أو في حصة منها كالوارث والموصى له بنصيب في التركة كثلث التركة أو ربعها أو خمسها .

أما الخلف الخاص فهو من يخلف المتعاقد في عين بذاتها كالمشتري لعقار معين . أو الدائر المرتهن لعقار معين ، أو الموصى له بعين بذاتها .

والخلف العام ، وكذلك الخلف الخاص ، لا يعتبر أى منهما من الغير . بل تنصرف إليه آثار العقد على النحو الذى سنراه الآن .

الفرع الأول

الخلف العام

٩٦ - انصراف العقد إلى الخلف العام .

تنص المادة ١٤٥ مدنى على أنه « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام . دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث . ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام »

وانصرف آثار العقد إلى الخلف العام تتفق في فرنسا مع فكرة أخرى هي أن شخصية الوارث لا تعدو أن تكون استمرارا لشخصية المورث . ولذلك تنتقل إلى الوارث كل حقوق المورث العينية والشخصية ، وكذلك يتحمل الوارث بكل الديون التي كان يلتزم بها المورث حتى ولو زادت على الحقوق التي تلقاها بالميراث . ومع ذلك يجوز للوارث أن يرفض انتقال التركة إليه ، وكذلك يجوز له أن يقبل التركة تحت شرط الجرد بحيث لا يتحمل ديونها إلا في حدود حقوقها .

أما في مصر فإن الخلافة بسبب المورث تحكمها قاعدة مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، وهي أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين . ومعنى ذلك أن الوارث لا يتلقى أى حق عن التركة قبل سداد ديون هذه التركة . ومن ناحية أخرى فهو لا يتحمل أى التزام من التزامات المورث إلا في حدود الحقوق التي اكتسبها منه بالميراث . وقد اهتم المشرع بمسألة تنظيم تصفية التركة ، ونص على ذلك في المواد من ٨٧٥ إلى ٩١٤ من القانون المدني .

وفي الحدود التي تنتقل فيها حقوق المورث والتزاماته إلى الوارث : فإن الوارث لا يعتبر من الغير . ويظهر ذلك في أنه يحتاج في مواجهته بالتصرفات الصادرة من مورثه ولو لم تكن ثابتة التاريخ . وبالنسبة للصورية فإنه يسرى في حقه العقد الحقيقي المستتر ، وليس العقد الصورى الظاهر .

٩٧ - الحالات التي لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام .

هناك أربع حالات لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام رغم بقاءه خلفا . وهذه الحالات أشار إليها المشرع في المادة ١٤٥ السابق ذكرها .

١ - إذا كانت ديون التركة تزيد على حقوقها فإن الوارث لا تنصرف إليه الالتزامات التي عقدها المورث إلا في حدود ما آل إلى هذا الوارث من حقوق التركة ، وقد سبق بيان ذلك .

٢ - إذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام . وهذا الاتفاق جائز فالعقد شريعة المتعاقدين . ولكن يشترط ألا يكون هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام والآداب . ومن الأمثلة على اتفاق مخالف للنظام العام أن يتفق المؤجر مع المستأجر لشقة سكنية على أن العقد لا يمتد إلى زوج المستأجر بعد وفاته أو إلى أصوله أو فروعه المقربين معه في نفس العين . فان ذلك يخالف الحكم الذي قرره قانون إيجار الأماكن الجديد من أن العقد يمتد بحكم القانون لمصلحة هؤلاء . ولا يجوز الاتفاق على خلاف هذا الحكم فهو متعلق بالنظام العام . ولكن من النادر أن يكون استمرار نفاذ العقد في حق الورثة مما يتعلق بالنظام العام . ولذلك فالقاعدة أن اتفاق المتعاقد يمكن لاستبعاد هذا الأثر .

٣ - إذا كانت طبيعة التعامل ذاتها تقتضي عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام . ويكون ذلك إما للمانع قانوني أو مادي يمنع انصراف أثر العقد على هذا النحو . ومن أمثلة المانع القانوني أن يكون شخص قد اكتسب حق انتفاع بمقتضى عقد . هذا الحق لا ينتقل إلى الخلف العام . لأن الانتفاع ينقضي حتما بحكم القانون عند وفاة المنتفع . ومن أمثلة المانع القانوني كذلك أن يبرم شخص عقد إيراد مرتب مدى الحياة . يكون له بمقتضاه أن يتلقى عائداً سنوياً طوال حياته . فانه بمقتضى طبيعة العقد ذاته لا ينتقل الحق في الإيراد إلى الخلف العام بل ينقضي بوفاة صاحب الحق في الإيراد . ومن أمثلة المانع المادي أن يكون شخص المتعاقد هو محل الاعتبار في العقد كالتعاقد مع فنان على رسم لوحة فنية أو مع جراح على إجراء عملية جراحية أو مع مهندس على تنفيذ مشروع أو مع محام على الترافع في دعوى من الدعاوى الخ . فاللتمات الناشئة عن مثل هذه العقود لا تنتقل إلى الخلف العام للفنان أو الجراح أو المهندس أو المحامي .

٤ - إذا وجد نص في القانون يقرر عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام . من هذا نص المادة ٥٢٨ الذي يقرر انقضاء الشركة ب وفاة أحد الشركاء ، ونص المادة ٦٠٢ الذي يقرر ان الانحياز ينقضي بموت المستأجر إذا لم ينقصد إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه . ونص المادة ٦٢٦ الذي يقرر انقضاء المزارعة بموت المزارع . ونص المادة ٧١٤ الذي يقرر أن الوكالة تنقضي بموت الوكيل أو موت الموكل .

٩٨ - الحالات التي يعتبر فيها الخلف العام من الغير .

يعتبر الخلف العام من الغير فلا ينفذ تصرف العاقد في حقه . وذلك في الحدود التي قرر فيها المشرع حماية حقه في الميراث . وتفسير ذلك هو أن المشرع أطلق حرية الشخص في التصرف في أمواله حال حياته ولو أدى ذلك إلى تجريده من كل حقوقه بحيث لا يوول أى شيء إلى الوارث عند الوفاة . ولكن المشرع لم يسمح للشخص في أن يتصرف في ماله بعد الوفاة ، أى يتصرف في ماله باعتباره تركة مستقبلية إلا بصورة واحدة من صور التصرف وهى الوصية . وفى حدود معينة وهى ثلث التركة . وذلك لحماية لحق الوارث واحتراما لأحكام الميراث وهى تتعلق بالنظام العام في المجتمع .

ويترب على ذلك أن العاقد إذا أوصى بكل ماله فان هذا التصرف لا ينفذ في حق الوارث إلا في حدود ثلث التركة ، إلا إذا أجاز الوارث التصرف بعد الوفاة .

ومن ناحية أخرى فان المشرع جعل في حكم الوصية كل تبرع يصدر من العاقد وهو في مرض الموت . وزيادة على ذلك فهو جعل كل تصرف يصدر في مرض الموت معتبرا في حكم التبرع ما لم يتم الدليل على غير ذلك . أى على أنه تصرف بعوض تم فيه دفع المقابل . فاذا لم يتم الدليل على ذلك اعتبر على سبيل التبرع واخذ حكم الوصية .

ونظراً لأن تاريخ صدور التصرف وما إذا كان ذلك قد تم في مرض الموت أم تم قبل ذلك . مسألة في غاية الأهمية بالنسبة للوارث . وحتى لا تكون الحماية التي أسبغها المشرع على الوارث مجرد حماية نظرية . فإن المشرع اعتبر الوارث من الغير فيما يتعلق بتاريخ التصرفات الصادرة من المورث . وقد قرر هذا الحكم في المادة ٩١٦ منى التي تنص على أنه « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت . ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق . ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » .

الفصل الثاني

الخلف الخاص

٩٩ - المقصود بالخلف الخاص .

الخلف الخاص هو من تلقى من شخص آخر مالا سواء كان هذا المال حقاً عينياً أو شخصياً ، أو من تلقى حقاً عينياً على هذا المال . ومن الأمثلة على ذلك المشتري لعقار فهو يتلقى حقاً عينياً على هذا العقار هو حق الملكية وكذلك المنتفع بعقار فهو يتلقى حقاً عينياً على العقار هو حق الانتفاع والدائن المرهن لعقار فهو يتلقى حقاً عينياً هو الحق في الرهن . والمحال له هو خلف خاص للمحيل في الحق المحال به . وهو استخلاف في حق شخصي . والمرتهن لدين يتلقى حقاً عينياً هو الحق في الرهن محله حق شخصي هو الدين المرهون . فهذا استخلاف في حق عيني وارد على حق شخصي .

وعلى خلاف ذلك فإن الدائن بحق شخصي لا يعتبر خلفاً خاصاً للمدين

على أن المثال البارز للخلف الخاص هو مثال المشتري لعقار . فهو خلف

نخاص للبائع في هذا العقار . وسنضع دائماً هذا المثال أمام أعيننا تبسيطاً للأحكام التي نعرضها .

١٠٠ - انصراف أثر العقد للخلف الخاص .

نص المشرع في المادة ١٤ مدني على أنه « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص . فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه » . وهذا النص يقرر انصراف أثر العقد للخلف الخاص بشروط معينة . وهو لا يعدو في ذلك أن يكون تقنيناً لأحكام القضاة المصريين والفرنسي في هذا الشأن .

وبطبيعة الحال فإن نطاق التصرفات التي ينصرف أثرها للخلف الخاص محدود بخدين .

فأولاً لا ينصرف إلى الخلف الخاص إلا آثار العقود التي تمس نفس الشيء الذي انتقل إلى الخلف . أما إذا كان العقد الذي يبرمه العاقد لا يتصل بهذا الشيء أدنى صلة فإن آثاره لا تنصرف إلى الخلف الخاص . مثال ذلك أن يبيع شخص عقاراً يملكه لشخص آخر . ويكون قد أبرم قبل البيع عقد قرض ليتمكن من بناء منزل أو شراء سيارة أو غير ذلك . في هذه الحالة لا تثور أصلاً مشكلة انصراف آثار عقد القرض إلى المشتري لاعتقار وهو الخلف الخاص للبائع .

وثانياً لا ينصرف إلى الخلف الخاص إلا آثار العقود التي أبرمها العاقد قبل التعامل مع الخلف الخاص وكانت ثابتة التاريخ قبل هذا الوقت . أما إذا أبرم العاقد اتفاقاً بتمس الشيء الذي انتقل إلى خلف خاص . بعد انتقاله

فعلا إلى الخلف فإن هذا الاتفاق لا تنصرف آثاره إلى الخلف . بل ولا تثور المشكلة أصلا . كالبائع يوثج العقار الذي باعه بعد أن انتقلت ملكيته إلى المشتري . فلا ينفذ عقد الإيجار في حق المشتري على أى وجه .

ومن الأمثلة على عقود يمكن أن ينصرف أثرها إلى الخلف الخاص إذا توافرت شروط النص الأخرى . عقد تأمين على عقار ضد الحريق ، فإن أثره يمكن أن ينتقل إلى مشتري هذا العقار فيستطيع مطالبة شركة التأمين بالحقوق الناشئة عن عقد التأمين . وكذلك عقد إيجار المنزل فإن الحقوق والالتزامات الناشئة عنه يمكن أن تنتقل إلى مشتري هذا المنزل وهو الخلف الخاص للمالك الذي أبرم عقد الإيجار . وشروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص هي أن يكون أثر العقد من مستلزمات الشيء ، وأن يكون الخلف الخاص يعلم به وقت انتقال الشيء إليه .

١٠١ - الحقوق والالتزامات التي تعتمد من مستلزمات الشيء :

الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الخلف الخاص هي التي يمكن اعتبارها من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه . والحقوق تعتبر من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة للحق الذي انتقل إلى الخلف ، فهي بهذا الوصف تعتبر من توابعه ويمكن تبرير انتقالها على أساس قاعدة أن توابع الشيء ترحق به عند التسليم . أما الالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء فهي تلك التي توضع قيدا على الحق الذي انتقل إلى الخلف ، ويمكن تبرير انتقالها على أساس أنها كانت نحد من حق المنصرف وهو لا يملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما لديه لأن فاقد الشيء لا يعطيه .

ومن الأمثلة على حقوق تعتبر من مستلزمات الشيء وتنتقل إلى الخلف الخاص .

١ - الحقوق العينية التي كانت تخدم الشيء كحق ارتفاق اكتسبه المالك السابق بمقتضى عقد . فهو ينتقل مع هذه العين إلى الخلف الخاص وهو المالك الجديد .

٢ - التأمينات التي كانت تكفل الحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص ، سواء كانت هذه التأمينات عينية كرهن رسمى أو شخصية ككفالة . فحالة الحق تنقل إلى المحال له الحق المحال ، وكذلك التأمينات العينية والشخصية التي تضمن الوفاء به .

٣ - الحقوق الشخصية التي تعمل على تقوية الحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص . مثال ذلك الحق الناشئ عن عقد تأمين أبرمه المالك السابق ضد خطر الحريق الذي قد يصيب العين التي انتقلت ملكيتها بعد ذلك إلى شخص آخر . هذا الشخص الآخر وهو الخلف الخاص للمستأمن الذي أبرم عقد التأمين يستفيد من الحقوق الناشئة عن هذا العقد . كذلك فإن المشتري لا يمار له الحق في الرجوع على البائع له بدعوى ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . هذا الحق ينتقل إلى المشتري الثاني من المشتري الأول باعتباره من مستلزمات الشيء . كذلك إذا أبرم تاجر اتفاقا بعدم المنافسة مع شخص آخر . فإن الحقوق الناشئة عن هذا الاتفاق تنتقل إلى مشتري المحل التجارى وهو الخلف الخاص للتاجر .

ومن الأمثلة على حقوق لا تعتبر من مستلزمات الشيء ولا تنتقل إلى الخلف ، حق مالك السيارة المبيعة في وضعها في « جراج » معين . وحق مالك الارض المبيعة قبل مقاول اتفق معه على إقامة بناء عليها . وبصفة عامة كل حق لا يودى إلى تقوية الحق الذي انتقل إلى الخلف . أو كل حق يكون منصلا بشخص السلف وليس بالشيء الذي انتقل إلى الخلف .

ومن الأمثلة على التزامات تعتبر من مستلزمات الشيء ، و تنتقل إلى الخلف الخاص .

١ - حقوق الارتفاق التي كانت تتحملها العين قبل انتقال ملكيتها إلى الخلف . فهي تظل متحملة لها بعد ذلك أيضا .

٢ - الالتزامات الشخصية التي تقيد الحق الذي انتقل إلى الخلف . كالتزام السلف بعدم المنافسة في تجارة معينة . والتزام مالك الأرض المبيعة بعدم الارتفاع بالبناء أو بعدم البناء في كل المساحة المملوكة سواء اعتبر ذلك التزاما شخصيا أو ارتفاقا عينيا . والتزام مالك المنزل بعدم استعماله استعمالا معيناً كناد أو مقهى أو غير ذلك مراعاة للحق السكنى الذي يوجد فيه المنزل

وعلى عكس هذه الأمثلة لا تعتبر من مستلزمات الشيء ولا تنتقل إلى الخلف الخاص كل الالتزامات التي لا تحد من الحق الذي انتقل إلى الخلف ، كالتزام مالك السيارة المبيعة قبل صاحب الجراج الذي كان يضعها فيه . والتزام مالك الأرض المبيعة قبل مقاول بإقامة بناء على هذه الأرض . وكذلك لا تعتبر من مستلزمات الشيء الالتزامات التي تتصل بشخص السلف وليس بالشيء الذي انتقل إلى الخلف كالتزام مالك السيارة بتعويض من أصابه ضرر نتيجة لخطأ المالك في قيادة هذه السيارة . فهو لا ينتقل إلى المشتري هذه السيارة . والتزام الموهوب له بالانفاق على الواهب مقابل الهبة . فانه لا ينتقل إلى المشتري للشيء محل الهبة .

١٠٢ - يشترط ان يكون الخلف الخاص طالا :

ويشترط لانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص أن يكون عالما بهذه الحقوق والالتزامات في الوقت الذي ينتقل الشيء إليه . والشرط المطلوب هو العلم اليقيني وليس فقط مجرد افتراض العلم . ويلاحظ أنه يعنى العلم

أن تكون قد اتخذت اجراءات الشهر بالنسبة للحقوق واجبة الشهر كالحقوق العينية الأصلية تشهر بالتسجيل ، والحقوق العينية التبعية تشهر بالقيود .

ويلاحظ أن اشتراط علم الخلف يكون مفهوما بالنسبة للالتزامات التي تنتقل إليه . ولكنه لا يبدو مفهوما بالنسبة للحقوق التي يستفيد منها إذا تمخضت هذه الحقوق لمصلحته وكانت دون مقابل . لذلك يتجه فريق من الفقه إلى عدم اشتراط علم الخلف بهذه الحقوق . أو على الأقل عدم اشتراط علمه بها وقت انتقال الشيء إليه ، بل يكفي علمه اللاحق الذي يستخلص من مطالبته بالحق بعد انتقال الشيء إليه .

ومن ناحية أخرى إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف يرتبط بالتزام مقابل له ، وطالب الخلف بالحق . فإن للطرف الآخر في العقد أن يتمسك بالالتزام المقابل لهذا الحق . ولو لم يكن الخلف يعلم به وقت انتقال الشيء إليه ، ويكون ذلك في صورة دفع بعدم تنفيذ التزامه هو . أو أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ الخلف للالتزام الذي انتقل إليه .

والخلاصة أن الخلف الخاص ينصرف إليه أثر العقد ولا يعتبر من الغير بالنسبة للحقوق والالتزامات التي تتصل بشيء انتقل إلى الخلف وكان هو يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه . أما فيما عدا ذلك فإن الخلف الخاص يعتبر من الغير فلا تنصرف إليه آثار العقود الأخرى التي يبرمها السلف .

المطلب الثالث

أثر العقد بالنسبة للغير

١٠٣ - نص قانوني .

تنص المادة ١٥٢ مدني على أنه ، لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً .

والغير هو الشخص الأجنبي عن العقد . وكان المفروض طبقاً لقاعدة نسبية أثر العقد . أن يظل بعيداً عن التأثير بالعقد ، فلا يتلقى منه حقاً ، ولا يتحمل بسببه التزاماً . ومع ذلك فقد أجاز المشرع الخروج على هذه القاعدة فيما يتعلق بالحقوق وحدها دون الالتزامات . وقرر في النص السابق ذكره أن الغير يجوز أن يكتسب حقاً من العقد . ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن لا يجوز أن يربط العقد التزاماً في ذمة الغير ويظهر ذلك في نظرية التعهد عن الغير . وندرس فيما يلي التعهد عن الغير ثم الاشتراط لمصلحة الغير .

الفرع الأول

التعهد عن الغير

١٠٤ - المقصود بالتعهد عن الغير .

التعهد عن الغير هو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص بعمل هو أن يحمل شخصاً آخر على قبول التزام معين . والصور العملية للتعهد عن الغير تظهر في حالة الشبوع مثلاً عندما يريد الشركاء على الشبوع بيع العين المملوكة على الشبوع استفادة من صفقة رابحة . ويكون بينهم قاصر أو غائب . فيبرم الشركاء عقد البيع ويلتزمون فيه بصفة شخصية من ناحية . ويتعهدون عن الشريك الغائب أو الشريك القاصر بأنه سيقدر هذا البيع عندما يحضر أو عندما يكتمل رشده بحسب الأحوال . وعلى هذا النحو فإن التعهد عن الغير يتميز بما يأتي :

١ - المتعهد عن الغير يتعاقد باسمه هو لا باسم الغير . وهذا ما يميز التعهد عن الغير من الوكالة . التي يتعاقد فيها الوكيل باسم الأصيل لا باسمه الشخصي وقد سبق بيان ذلك عن دراسة النيابة في التعاقد .

٢ - المتعهد عن الغير يتعهد بالتزام شخصى على عاتقه بأن يحمل الغير على قبول التعهد . فهو لا يتعهد بالتزام الغير بهذا التعهد ، وإلا كان الالتزام باطلا لاستحالة محله ، لأن الشخص لا يملك أن يجعل الغير يلتزم بإرادته هو إذا لم يكن نائبا عنه . والفرض أن المتعهد غير نائب عن الغير . وقواعد التعهد عن الغير ليس فيها خروج على قاعدة نسبية أثر العقد . فهي لا تؤدى أبداً إلى التزام الغير بالتزام الوارد فى التعهد . وهذا على خلاف الاشتراط لمصلحة الغير . فقد سبق أن ذكرنا أن فيه خروج على قاعدة نسبية أثر العقد . إذ هو ينشئ حقاً مباشراً للغير مرتباً على الاشتراط لمصلحته .

٣ - المتعهد عن الغير يلتزم بأن يحمل الغير على قبول تعهد معين أو الالتزام بشئ معين . فحمل التزام المتعهد هو دائماً التزام بعمل هو أن يحمل الغير على قبول التزام معين . والمتعهد يكون قد نفذ التزامه إذا قبل الغير فعلاً أن يلتزم . ولا يضمن المتعهد بعد ذلك قيام الغير بتنفيذ هذا الالتزام فعلاً .

١٠٥ - التعهد عن الغير ونسبية أثر العقد .

التعهد عن الغير لا يرتب التزاماً فى ذمة الغير . ولا يخرج بذلك على قاعدة نسبية أثر العقد . ويظل الغير حراً فى أن يقبل التعهد أو أن يرفضه . وهذا ما تقرره المادة ١٥٣ مدنى وهى تنص على أنه . (١) إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهدده . فإذا رفض الغير أن يلتزم . وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه . ويجوز له مع ذلك أن يتخمس من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به . (٢) أما إذا قبل الغير هذا التعهد . فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره . ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد . .

وهذا النص يضع حكيمين لفرضين مختلفين . الأول هو أن يرفض الغير التعهد . والثاني هو أن يقبل الغير التعهد . وندرس كل من الفرضين فيما يلي .

§ ١ - رفض الغير للتعهد

١٠٦ - عدم مسئولية الغير ومسئولية المتعهد .

الغير حر في أن يقبل التعهد أو أن يرفضه . وهو إذا رفض التعهد لا يتحمل في ذلك أدنى مسئولية . لأن التعهد لم يرتب في ذمته أى التزام .

وعلى عكس ذلك فانه إذا فسخ الغير التعهد ، فان المتعهد يكون قد اخل بالتزامه هو بحمل الغير على قبول التعهد ويصبح مسئولاً عن هذا الاخلال . وجزاء المسئولية هو التعويض طبقاً للقواعد العامة . ومع ذلك يجوز لامتتعهد أن يتفادى الحكم عليه بالتعويض إذا قام هو بتنفيذ الالتزام الذى رفضه الغير . ومعنى ذلك من الناحية الفنية أن التزام المتعهد هو التزام بدلى . فهو يلتزم بصفة أصلية بجعل الغير يقبل التعهد . ولكن يجوز له أن ينى بالتزام آخر هو أن يقوم هو بتنفيذ الالتزام موضوع التعهد .

§ ٢ - قبول الغير للتعهد

١٠٧ - أثر قبول الغير للتعهد .

الأصل هو عدم اشتراط أى شكل خاص في قبول الغير للتعهد ، وهو كما يكون صريحاً قد يكون ضمناً مستفاداً من قيام الغير بتنفيذ الالتزام موضوع التعهد . ومع ذلك إذا كان موضوع التعهد هو ارتباط الغير بعقد شكلى كعقد رهن رسمى . فيجب أن يتم هذا العقد طبقاً للشكل الذى رسمه القانون .

والأثر الهام لقبول الغير للتعهد هو نشأ عقد جديد يربط الغير بالمتعاقد مع المتعهد . وتكييف المسألة من الناحية القانونية هي أن التعهد يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى الغير . فاذا قبله الغير تم عقد بينه وبين الموجب وهو المتعاقد مع المتعهد . وهذا العقد يختلف عن عقد التعهد الأصلي من حيث طرفيه وآثاره ووقت انعقاده .

فالعقد الجديد طرفاه هما الغير والمتعاقد مع المتعهد . بينما عقد التعهد قائم بين المتعهد والمتعاقد معه . ومن حيث الآثار فإن عقد التعهد ينشئ التزاما على عاتق المتعهد بجعل الغير يلتزم . أما العقد الجديد فن أهم آثاره أنه يؤدي إلى انقضاء العقد الأول بالتنفيذ . لأن المتعهد يكون قد نفذ التزامه بمجرد قبول الغير للتعهد فينتفى هذا الالتزام . أما الالتزام أو الالتزامات الناشئة عن العقد الجديد فقد يكون محلها هو اعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . وهذه الالتزامات لا تنقضى إلا بتنفيذها فعلا أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام .

ومن حيث وقت إبرام العقد . فإن العقد الجديد يعتبر قد تم في وقت القبول . وليس في وقت إبرام عقد التعهد . أى أن القبول ليس له أثر رجعى ما لم يقصد الغير أن يرجع بأثر القبول إلى الوقت الذى تم فيه التعهد .

وهكذا يظهر بوضوح أن الالتزام الذى ينشأ في ذمة الغير إنما ينشأ بمقتضى عقد كان هو طرف فيه . وليس بمقتضى عقد التعهد عن الغير . فنظام التعهد عن الغير ليس فيه أى خروج على قاعدة نسبية أثر العقد .

الفرع الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير

١٠٨ - نظرة تاريخية :

كان القانون الروماني في بداية تطوره متمسكا إلى أقصى حد بقاعدة نسبية أثر العقد . ولم يكن يسمح بانصراف آثار عقد أبرمه شخص إلى شخص آخر ولو بطريق النيابة . ثم اضططر لإزاء الحاجات العملية إلى الأخذ بنظرية النيابة في التعاقد على النحو السابق دراسته في هذا الشأن .

على أنه فيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير . دون أن يكون المشرط نائبا عن المتفع فان القانون الروماني . قد انتهى أيضا إلى قبول هذه الفكرة ، على مراحل مختلفة من مراحل تطوره ، وذلك رعاية لبعض المصالح الجديدة بالرعاية . مثال ذلك مصلحة الابن الأديبة عندما ينقل ملكية عقار إلى شخص آخر ويشترط عليه أن يدفع مقابل ذلك إيرادا مرتبا لوالده مدى حياته . أو مصلحة المدين المادية عندما ينقل ملكية عقار إلى شخص آخر ويشترط عليه ان يقوم بسداد دينه قبل دائه .

وفي مرحلة أولى من مراحل التطور كان القانون الروماني يستلزم على المشرط حماية لحقه أن يضع في العقد شرطا جزائيا يكون له بمقتضاه أن يرجع بالتعويض على المتعهد إذا لم ينفذ تعهده . وفي مرحلة لاحقة أصبح هذا الشرط مفترضا وأصبح من حق المشرط دائما أن يرجع بالتعويض على المتعهد إذا لم ينفذ تعهده قبل المتفع .

غير أن التطور الكبير في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حدث عند قرار القانون الروماني المتمنع حث مباشرة قبل المتعهد دون أن يمر هذا حق

بنزعة المشترط . ولكن هذا الحق لم يتقرر في صورة دعوى يرفعها المنتفع على المتعهد . بل في صورة دفع فقط .

وفي مرحلة أخيرة أصبح من حق المنتفع أن يرجع على المتعهد بحقه المباشر قبله في صورة دعوى وليس فقط في صورة دفع . غير أن حق الدعوى لم يكن عاما بل كان قاصرا على حالات استثنائية هي :

١ - حالة اشتراط المورث حقا لمصلحة ورثته . وحالة اشتراط الواهب على الموهوب له حقا لمصلحة شخص آخر

٢ - حالة الاشتراط لمصلحة الغير في بعض العقود المحددة . مثال عقد الوديعة والعارية عندما يشترط المودع أو المعير أن يرد المودع لديه أو المستعير . الشيء المودع أو المعار إلى شخص ثالث . ومثال العقد السدي يشترط فيه شخص على آخر بأن يدفع مهرا لشخص ثالث . ومثال عقد الزهن الحيازي . عندما يبيع الدائن المرهن الشيء المرهون ويشترط على المشتري أن يرد الشيء إلى الراهن إذا هو دفع له مبلغ الدين .

وقد انتقلت هذه الأحكام إلى القانون الفرنسي القديم الذي أضاف إليها حالة أخرى هي حالة اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث هو غالباً دائن البائع .

وقد اخذ القانون المدني الفرنسي الحديث (عام ١٨٠٤) بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير بعد أن صاغها في عبارات عامة يمكن أن تنصرف إلى كل العقود . ثم حمل القضاء الفرنسي وكذلك القضاء المصري على تطوير هذه النظرية حتى وصلت إلى الشكل الذي خرجت به في القانون المدني المصري الجديد .

١٠٩ - أحكام القانون المصري .

صرح المشرع المصري في المادة ١٥٢ مدني على مبدأ أن العقد يجوز أن

يكتسب الغير حقاً ، وذلك خروجاً على قاعدة سبية أثر العقد . ثم طبق
هذا المبدأ في المادة ١٥٤ وما بعدها .

وتنص المادة ١٥٤ مدني على أنه « (١) يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه
على التزامات يشترطها لمصلحة الغير . إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات
مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية . (٢) ويترتب على هذا الإشرط
أن يكتسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الإشرط يستطيع أن يطالب
بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل
المتنفع بالدفع التي تنشأ عن العقد . (٣) ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب
بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتنفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المتنفع وحده
هو الذي يجوز له ذلك »

وتنص المادة ١٥٥ مدني على أنه « (١) يجوز للمشرط دون دائنيه أو
ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المتنفع إلى المتعهد أو إلى المشرط
رغبته في الاستفادة منها . ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد . (٢) ولا
يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشرط . إلا إذا اتفق
صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشرط إحلال متنفع آخر محل المتنفع
الأول . كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة » .

وتنص المادة ١٥٦ مدني على أنه « يجوز في الإشرط لمصلحة الغير
أن يكون المتنفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية . كما يجوز أن يسكون
شخصاً أو جهة لم بعين وقت العقد . متى كان . ما مستطاعاً وقت أن
ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة » .

١١٠ - فكرة الإشرط لمصلحة الغير وتطبيقاتها المختلفة .

الفكرة الأساسية في الإشرط لمصلحة الغير . وهي المنصوص عليها
في القانون المدني المصري . أن المتنفع هو شخص أجنبي عن عقد الإشرط .

ومع ذلك فهو يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد . وهذا الحق لا يمر بنعمة المشترط بل يكتسبه المتفع مباشرة عن عقد الاشتراط . وهذا الحق لا ينشأ عن قبول المتفع له وإلا لما كان هناك خروج على قاعدة نسية أثر العقد ، ولكنه ينشأ عن عقد الاشتراط الذي لم يكن المتفع طرفاً فيه ودون حاجة إلى قبوله .

بل ولا يشترط أن يكون المتفع موجوداً وقت إبرام عقد الاشتراط . بل يكفي أن يكون موجوداً وقت تنفيذ هذا العقد . مثال ذلك الأب الذي يؤمن على حياته لمصلحة من سيرزق به من أولاد وقبل أن يكون له أولاد فعلاً . ومن باب أولى لا يشترط أن يكون المتفع معيناً وقت إبرام عقد الاشتراط . بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين وقت تنفيذ العقد . مثال ذلك صاحب المصنع الذي يؤمن ضد المخاطر التي قد تصيب عمال هذا المصنع . فيستفيد من هذا الاشتراط كل عامل مصاب حتى ولو لم يكن يعمل في خدمة رب العمل وقت إبرام عقد التأمين ولكنه التحق بالمصنع بعد ذلك . ومثال ذلك التأمين على منزل ضد الحريق لمصلحة مالك هذا المنزل أياً كان . فيستفيد من هذا التأمين كل مالك للمنزل وقت حدوث الحريق .

وكل ما يشترطه القانون أن تكون للمشترط مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذي سنذكره فيما بعد . والواقع أن فكرة المصلحة هذه هي التي جعلت للاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يلي غير ما سبق ذكره من أمثلة :

١ - عقد التأمين هو من أهم العقود التي تظهر فيها تطبيقات فكرة الاشتراط لمصلحة الغير . وهو العقد الذي من خلاله عمل القضاء الفرنسي على التطور بفكرة الاشتراط إلى الحد الذي وصلت إليه في القانون المدني المصري الحديث . وقد سبق أن ذكرنا أمثلة الأب الذي يؤمن على حياته لمصلحة أولاده الموجود منهم ومن سيولد في المستقبل . وصاحب المصنع

يؤمن لمصلحة عماله مما قد يصيبهم من ضرر أثناء العمل . ومالك المنزل
يؤمن عليه ضد الحريق لمصلحة من سيكون مالكا له وقت حدوث الحريق .
وهناك أمثلة أخرى منها مرسل البضاعة الذي يؤمن عليها ضد السرقة
أو الضياع لمصلحة المرسل إليه . والمدين الراهن الذي يؤمن على المنزل
المرهون ضد الحريق لمصلحة الدائن المرتهن .

٢ - عقود المقاولة تكون مجالا واسعا للاشتراط لمصلحة الغير . مثال
ذلك أن يشترط رب العمل على المقاول حقوقا معينة لمصلحة العمال الذين
يستخدمهم هذا المقاول . كالحق في حد أدنى للأجور ، وفي حد أقصى
لساعات العمل . . . الى غير ذلك .

٣ - عقد التزام المرافق العامة . وهو وإن كان بحسب التكييف الصحيح
له عقد إدارى بين جهة الادارة وبين ملتزم المرفق العام . كالشركة التي
تقوم بتوريد المياه أو الكهرباء أو الغاز أو غير ذلك ، وهو ينشأ بذلك
نظاما يخضع له المستفوعون بالمرفق ويتعاملون على أساسه مع الشركة الحاصلة
من الالتزام . إلا أنه يمكن تكييفه أيضا على ما يفعله فقهاء القانون المدني .
على أنه عقد اشتراط لمصلحة الغير . والمشرط هو جهة الإدارة التي تبرم
عقد التزام المرفق العام مع المخترع وهو الشركة الملتزمة بادارة المرفق .
وجهة الإدارة تشترط على المخترع وهو المتعهد في هذا الاشتراط أن يبرم
عقوده مع الأفراد وفقا لأحكام خاصة ، بحيث لا تزيد القيمة التي يحصلها
على قدر معين عن كل وحدة يقوم بتوريدها . والمتنفع في هذا الاشتراط .
هو كل فرد يبرم عقدا مع المخترع . وقد أخذ بهذه النظرة التمين المدني
في المواد ٦٦٩ وما بعدها .

٤ - بجانب ذلك هناك الأمثلة التقليدية وهي التي دعت إلى ابتداء
نظرية الاشتراط لمصلحة الغير منذ عهد القانون الروماني . وقد سبق
ذكره عند دراسة التطور التاريخي لهذه النظرية

وندرس فيما يلي شروط انطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم الآثار التي تترتب على انطباقها .

§ - ١ - شروط انطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

هناك ثلاثة شروط لانطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . نصت عليها المادة ١٥٤ مدني السابق ذكرها . وهي أن يتعاقد المشرط باسمه هو لا باسم المتفع ، وأن يشترط حقاً مباشراً للمتفع قبل المتعهد . وأن تكون له في ذلك مصلحة شخصية مادية كانت أم أدبية .

١١١ - المشرط يتعاقد باسمه لا باسم المتفع .

وفي هذا يظهر الاختلاف الكبير بين الاشتراط وبين النيابة في التعاقد سواء كانت النيابة قانونية أو اتفاقية . فقد سبق أن رأينا أن النائب يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو ولهذا فإن انصراف آثار العقد إلى الأصيل يبدو أمراً طبيعياً . أما في الاشتراط فإن المشرط يتعاقد باسمه هو لا باسم المتفع ، ولذلك فإن اكتساب المتفع حقاً مباشراً من هذا العقد يبدو خروجاً على قاعدة نسبة أثر العقد .

وفي هذا يظهر كذلك الاختلاف بين الاشتراط وبين الفضالة . لأن الفضولي يتعاقد باسم رب العمل دون أن يكون موكلًا منه في ذلك . أما المشرط فإنه يتعاقد باسمه هو كما سبق أن ذكرنا .

وكان هناك رأى قديم يذهب إلى تأصيل مركز المشرط على أساس فكرة الفضالة أو الوكالة . فالمشرط يبدأ كفضولي . وينتهي كوكيل إذا أقر المتفع العمل الذي قام به . ولكن هذا الرأي مهجور في الفقه الآن ، لأن الفضولي يتعاقد باسم رب العمل ، أما الاشتراط ففكرته الجوهرية هي أن المشرط يتعاقد باسمه هو لا باسم المتفع . وكذلك هناك اختلاف بين الفضالة والاشتراط من عدة نواح أخرى وهي :

١ - الفضولي لا يجوز له أن يبرم تصرفا لحساب رب العمل إلا إذا وجدت حالة من حالات الضرورة والاستعجال . ولا يشترط هذا الشرط فيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير .

٢ - الفضولي يجب ألا تكون له مصلحة شخصية في العمل الذي يقوم به . أما المشرط فعلى العكس ينبغي أن تكون له مصلحة شخصية وإلا فلا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير .

٣ - الفضولي إذا بدأ في العمل فعليه أن يستمر فيه إلى أن يقدم حسابا عنه لرب العمل . أما المشرط فلا يلتزم بذلك إذ يجوز له كما سئى أن ينقض المشاركة ويرجع فيها . على أن يحدث ذلك قبل قبول المتفع لها .

١١٢ - اشتراط حق مباشر للمتفع .

من الأفكار الأساسية في نظرية الاشتراط : أن المتفع يتلقى حقا مباشرا من عقد الاشتراط ذاته . فإذا كان الحق الذي يتلقاه المتفع بأى إليه من مصادر آخر غير عقد الاشتراط . فأننا لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير . ونضرب عدة أمثلة لتوضيح ذلك .

إذا أبرم شخص عقد تأمين على الحياة لمصلحته هو . فإنه عندما يموت تستحق تركته مبلغ التأمين ويؤول بالميراث إلى ورثته ، الذين يتلقونه بمقتضى قواعد الميراث وليس بمقتضى قواعد الاشتراط . إذ الفرض أن المورث لم يشتر شيئا لمصلحتهم .

وإذا أبرم شخص عقد تأمين ضد مسؤوليته عن الأضرار التي قد يسببها للغير بخطئه . فإنه يشترط ذلك لنفسه لا للغير الذي يصيبه الضرر . وإن كان هذا الأخير الحق في الاستفادة من مبلغ التأمين على أساس قواعد المسؤولية وليس على أساس قواعد الاشتراط .

وإذا باع شخص عقاراً يملكه وأصبح دائناً للمشتري بالثمن ، ثم قام بتحويل حقه في الثمن إلى شخص آخر ، فإن هذا الشخص يكون قد تلقى هذا الحق بمقتضى عقد الحوالة ، وليس بمقتضى عقد الاشتراط . والأمثلة الثلاثة تبين أنه لا يكفي أن يحصل شخص من الغير على فائدة معينة من عقد أبرمه شخص آخر . حتى نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير : بل يجب أن تكون هذه الفائدة قد قصدت لذاتها . أى يكون تحققها نتيجة لاشتراط حق مباشر فيها في عقد الاشتراط ذاته .

وفكرة الحق المباشر تعنى من ناحية أخرى ، أنه لا يلزم قبول المتفع لعقد الاشتراط حتى تتحقق آثاره . لأن مصدر هذا الحق المباشر ليس هو عقد جديد أبرمه المتفع مع المتعهد ، ولكنه عقد الاشتراط ذاته . وهذا هو جوهر نظرية الاشتراط كلها .

١١٣ - مصلحة المشترط الشخصية .

يستلزم القانون المدني الفرنسي لتحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في عقود المعاوضة . أن يكون المشترط قد اشترط أولاً حقاً لنفسه . ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً لغيره . أما القانون المصرى فلم يستلزم أن يكون المشترط قد اشترط حقاً لنفسه . واكتفى فقط بأن تكون للمشترط مصلحة شخصية مدنية أو ادبية .

أما وجه استلزام المصلحة الشخصية ، فهو أن المشترط ليس فضولياً . سيرجع بعد ذلك على رب العمل بما دفعه لحسابه . ولكنه على العكس يتعاقد باسمه ولحسابه فينبغى أن تكون له مصلحة شخصية في هذا التعاقد . واشترط هذه المصلحة هو بديل عن اشتراط سبب للعقد . أو هو تعبير آخر عن فكرة السبب باعطائها معنى خاصاً بصدد الاشتراط لمصلحة الغير .

والمصلحة الشخصية قد تكون أدبية أو مادية . وتحقق المصلحة الأدبية إذا كان الشخص يشترط لمصلحة ولده أو والده أو زوجه أو للفقراء أو لمقاومة مرض معين . . . الخ . وتحقق المصلحة الادبية دائماً عندما تشترط جهة الإدارة لمصلحة المتفعين بمرفق من المرافق العامة في مواجهة الملتزم بهذا المرفق . وجهة الإدارة لا تحصل بذلك إلا على ما يفرضه عليها واجبا الأدبي من حماية حقوق المواطنين .

وتتحقق المصلحة المادية إذا كان البائع يشترط على المشتري أن يدفع الثمن لدائن البائع .

وفي حالات كثيرة من حالات الاشتراط لمصلحة الغير . فان المشترط في نفس الوقت الذي يشترط فيه لمصلحة الغير ، يعقد لنفسه حقوقاً أو التزامات . مثال ذلك من يؤمن على حياته لمصلحة غيره ، وفي نفس الوقت يلتزم هو بدفع أقساط التأمين . ومع ذلك فهذا غير لازم في كل الحالات إذ يجوز أن يقتصر عقد الاشتراط على مجرد الاشتراط لمصلحة الغير دون ترتيب أى أثر آخر على هذا العقد بالنسبة للمشرط نفسه . مثال ذلك جهة الإدارة التي تشترط على ملتزم المرفق العام لمصلحة المستفيدين بالمرفق . وذلك في وثيقة لاحقة على عقد التزام المرفق ذاته . ومثال ذلك أيضا الزوجة التي تشترط على زوجها لمصلحة ابنهما بأن يهبه الأب هبة معينة ، دون أن تشترط شيئا لنفسها أو تلتزم بشيء في مواجهة الأب .

والخلاصة أن مجرد المصلحة المادية أو الأدبية للمشرط تكفي لصحة الاشتراط دون حاجة إلى وجود علاقة قانونية أخرى بين المشرط والمتعهد .

§ ٢ - آثار الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير تظهر آثاره في عدة علاقات . أولا في العلاقة بين المشرط والمتعهد . وثانيا في العلاقة بين المشرط والمتفع . وثالثا في العلاقة بين المتفع والمتعهد . وندرس كل من هذه العلاقات فيما يلي .

١١٤ - العلاقة بين المشرط والمتعهد :

وهذه العلاقة يحكمها عقد الاشتراط فهو قد تم بينهما . وإذا كان الاتفاق الذي تم بين الطرفين مركبا من اشتراط وعقد آخر ككفالة مثلا . ويكون فلك إذا كفل شخص للدائن انوفاء بالتزام مدين له . وبجانب ذلك اشترط الكفيل على الدائن أن يمنح هذا المدين أجلا لدينه أو قرا جديدا . فانه ينبغى على الكفيل وهو المشرط في هذا العقد ان ينفذ عقد الكفالة ، وينبغى على الدائن كذلك وهو المتعهد أن ينفذ الاشتراط .

وفي مثال آخر إذا ورد الاشتراط في عقد تأمين على الحياة . فان المشرط يلتزم بدفع اقساط التأمين . والمتعهد يلتزم بأن يبنى له بما يستحقه شخصا من عقد التأمين كجائزة مثلا حصلت عليها وثيقة التأمين أو غير ذلك . ويجب عليه بجانب ذلك أن ينفذ الاشتراط .

وجدير بالذكر أن المشرط من حقه أن يراقب المتعهد في تنفيذ الاشتراط ، لأنه صاحب مصلحة شخصية في هذا . وهذه المصلحة هي التي دعت إلى ابتداء نظام الاشتراط ، وهي التي تبرر كذلك حق المشرط في مراقبة المتعهد في تنفيذ الاشتراط . وهذا الحق يعنى أن للمشرط أن يرفع الدعوى على المتعهد باسمه هو لا باسم المتفع . بل قد يكون المشرط هو وحده صاحب الحق في ذلك دون المتفع ، كما لو اشترطت جهة الإدارة شروطا في مواجهة ملتزم أحد المرافق العامة ، لمصلحة الجمهور . واحتفظت لنفسها بالحق في مطالبة بتنفيذ هذه الشروط .

وقد تبين العكس من أن المتفع هو وحده صاحب الحق في رفع الدعوى على المتعهد . دون أن يكون للمشرط أن يفعل ذلك . وقد سبق أن ذكرنا نص المادة ١٥٤ ٣ وهو يقرر : ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك .

وكما يجوز للمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ الاشتراط ، فانه يجوز له أيضا أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ . ومن ناحية أخرى يجوز للمتعهد أن يتمسك في مواجهة المشترط بكل دفع يتعلق بإبطال عقد الاشتراط أو وائله لأى سبب .

١١٥ - العلاقة بين المشترط والمتنع .

المشترط قد يكون متبرعا للمتنع بشرط لمصلحته دون أن يحصل على مقابل لذلك . وقد لا يكون متبرعا له .

فاذا كان المشترط متبرعا للمتنع فاننا نكون بصدد عقدة : من حيث الموضوع لا من حيث الشكل . وتسرى عليه الأحكام الموضوعية فى الهبة . فيشترط فى الواهب وهو المشترط أهلية التبرع . ويجوز للواهب الرجوع فى الهبة حتى ولو كان المتنع قد قبل الاشتراط ، وذلك إذا توافرت حالة من حالات الرجوع فى الهبة . ويجوز كذلك الطعن فى الاشتراط من دائنى المشترط بالدعوى البولصية . دون استلزام سوء نية المتنع . وإذا صدر الاشتراط فى مرض الموت فهو يعتبر وصية لا ينفذ فى حق الورثة إلا فى حدود ثلث التركة .

أما إذا لم يكن المشترط قد قصد التبرع للمتنع فتسرى على العلاقة بينهما الأحكام الخاصة بهذه العلاقة فى القانون . فقد يكون المشترط مدينا للمتنع ويريد بالاشتراط أن يوفى بهذا الدين . وقد يكون المشترط ملتزما بإعطاء قرض للمتنع ويقصد بالاشتراط تنفيذ هذا الالتزام . وقد يكون المشترط قاصدا إعطاء شىء معين للمتنع على سبيل الإيجار أو الودبة أو غير ذلك .

١١٦ - العلاقة بين المتنع والمتعهد :

تقوم هذه العلاقة على فكرة أساسية هى أن المتنع رغم أنه لم يكن طرفا فى عقد الاشتراط إلا أنه يكتسب منه حقا مباشرا فى مواجهة المتعهد . وهذا

ما تنص عليه المادة ٢/١٥٤ السابق ذكرها وهي تقرر : ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك .

وقد بذل الفقهاء محاولات كثيرة لتبرير إكتساب المتفع هذا الحق المباشر . من هذه النظريات أن المشترط هو فصرلى يعمل لحساب المتفع ، وقد سبق أن بينا الفرق الكبير بين الاشتراط والفضالة ، بما لا يجوز منه أن يؤسس الاشتراط على الفضالة .

ومن هذه النظريات أن الاشتراط هو إيجاب معروض على المتفع فاذا قبله أصبح هو طرفاً في عقد ، وكان الحق المباشر الذى يكتسبه ناشئاً عن هذا العقد . ومع ذلك فقد سبق أن رأينا أن المتفع يكتسب حقه من عقد الاشتراط ذاته وليس من عقد جديد ينعقد بقبوله هو للاشتراط .

ومن هذه النظريات أن المشترط يكتسب الحق لنفسه ثم ينقله بعد ذلك للمتفع ، وهذه النظرية تتعارض مع أهم أحكام الاشتراط وهي أن المتفع يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد ولا يتم هذا الحق بنعمة المشترط .

ومن هذه النظريات أخيراً ما يؤسس حق المتفع المباشر على أساس الارادة المنفردة للمتعهد . ولكن يعيب هذا الرأى أنه لو صح لكان للمتعهد وحده دون المتفع أن ينقض المشرطة . وما كان له من نافية أخرى أن يتمسك في مواجهة المتفع بالدفع الناشئة عن عقد الاشتراط . وكل هذا يخالف الأحكام الأساسية في الاشتراط .

ولذلك فإن أصدق النظريات جميعاً هي تلك التى تؤسس الحق المباشر للمتفع على أساس قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ذاتها . باعتبارها قاعدة مستقلة من قواعد القانون . ليست فى حاجة فى تبريرها إلى . . .

نظرية أخرى أو قاعدة أخرى . وإذا كانت نظرية الاشتراط تؤدى إلى اكتساب شخص حقاً مباشراً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، وأن فى هذا خروج على قاعدة أخرى هى نسيئة أثر العقد ، فليس فى هذا خروج مع ذلك عن المنطق القانونى ، إذ لا مانع منطقاً من أن يكسب العقد حقاً لشخص لم يكن طرفاً فيه . خاصة إذا استجاب ذلك إلى الحاجات العملية فى العلاقات بين الافراد . كما هو الشأن فى كل تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير السابق عرضها .

ويترتب على ان المنتفع يكتسب حقه من عقد الاشتراط ذاته عدة نتائج أهمها :

١ - هذا العقد هو مصدر التزام المتعهد قبل المنتفع . وبالتالي فانه يجوز للمتعهد أن يظعن فى هذا العقد بالبطلان أو يطلب فسخه إذا توافرت شروط البطلان أو الفسخ . ويجوز له أن يتمسك بذلك فى مواجهة المنتفع ، وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ١٥٤ السابق ذكرها وهى تقرر أنه « ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفع الذى تنشأ عن العقد » .

٢ - المنتفع يكتسب حقه بمجرد إبرام عقد الاشتراط ، فاذا تنازل عن هذا الحق فانه يكون قد أسقط حقاً من حقوقه ويجوز لدائنيه الظعن فى تصرفه هذا بالدعوى البولصية إذا توافرت سائر شروطها الأخرى .

٣ - المنتفع يكتسب حقه بمجرد العقد . فاذا فقد المتعهد أهليته بعد إبرام العقد ، فان ذلك لا يمنع المنتفع من اعلان قبوله للاشتراط .

٤ - عقد الاشتراط هو مصدر حق المنتفع وهو أيضاً الذى يرسه حدود هذا الحق . وقد سبق أن رأينا أنه يجوز الاتفاق فى هذا العقد على حرمان المنتفع من الحق فى أن يطلب المتعهد باسمه . تاركاً العناية فى ذلك

للمشروط . . ويجوز كذلك الاتفاق على حرمان المشروط من الحق في نقض
المشارطة ، أو تقييد هذا الحق بأن يكون بموافقة المتعهد في نفس الوقت .
ويترب على أن المتفع يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد عدة نتائج
أهمها .

١ - هذا الحق لا يمر بنعمة المشروط . ولا يكون لدائى المشروط أى
حق عليه . وتظهر أهمية ذلك فى عقد التأمين على الحياة لمصلحة أولاد المؤمن
على حياته مثلاً . فانه عند وفاة المشروط وهو المؤمن على حياته . فان
أولاده يستحقون مبلغ التأمين قبل شركة التأمين ، ولا يدخل هذا المبلغ
فى تركة المؤمن على حياته ولا يكون لدائى هذه التركة أى حق عليه .
وهذا الحكم يعد من أهم أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .

٢ - ولكن من ناحية أخرى فان حق المتفع المباشر يعتبر ديناً فى ذمة
المتعهد . ويصبح المتفع كأى دائن من دائى هذا الأخير . ويتعرض بالتالى
لمزاحمة هؤلاء إذا كانت أموال المتعهد لا تفى بكل ديونه .

ورغم أن المتفع يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد . إلا أن هذا الحق
يتعرض للنقض من جانب المشروط .

١٠٧ - حق المشروط فى نقض المشارطة .

أعطى المشرع للمشروط الحق فى أن ينقض المشارطة . فينتضى حق
المتفع قبل المشروط . وهذا الحق ثابت له بنص القانون دون حاجة إلى
النص عليه فى العقد . ومع ذلك فلا يثبت هذا الحق للمشروط إذا كان فيه
تعارض مع ما يقتضيه التمد . مثال ذلك البائع يشترط على المشتري أن يوفى
بالشئ للدائن المرتهن للدفع المبيع . فى هذه الحالة لا يجوز للمشروط أن
ينقض هذا الشرط ، لأن من مصلحة المتعهد أيضاً ودو المشتري . أن

يوفي بدين البائع قبل الدائن المرتهن حتى يخلص له العقار المبيع من كل رهن عليه . وقد يتبين من العقد ذاته أنه ليس للمشترط أن ينقض حق المنتفع ، كما لو تنازل المشترط صراحة عن هذا الحق . وقد يتفق في عقد الاشتراط على أن نقض المشاركة إذا حدث فينبغي أن يكون باتفاق بين المشترط والمتعهد . فلا يستقل به المشترط وحده .

ومن الجائز كذلك أن يتفق في العقد على أن نقض المشاركة يكون من حق المتعهد وحده ، على أن يحل المشترط محل المنتفع أو يحل منتفع ثان محل المنتفع الأول . ولكن لا يجوز الاتفاق على أن للمتعهد أن ينقض المشاركة دون إحلال شخص آخر محل المنتفع . وإلا لكان التزامه معلقا على شرط ارادى محض وهذا غير جائز في القانون .

والحق في نقض المشاركة هو حق شخصي للمشرط فلا ينتقل إلى الورثة . ولا يجوز لدائني المشترط استعماله باسمه . لأنه لو جاز ذلك لقام معظم الورثة أو الدائنون بنقض المشاركات التي أبرمها مورثهم أو مدينتهم . وقد نصت على كل هذه الأحكام المادة ١٥٥ مدني . وهي تقرر أنه « يجوز للمشرط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبتة في الاستفادة منها : ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد » .

وبلاحظ أنه لا يترتب نقض المشترط للمشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبله . بل يجوز للمشرط أن يستبدل المنتفع الأول بمنتفع ثان . وكذلك يجوز له أن يجعل نفسه المنتفع من عقد الاشتراط . وفي الحالة الأخيرة فائنا لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير . بل بصدد عقد عادي لا تنصرف آثاره إلا إلى طرفه فقط .

ولكن يجوز للمشرط بعد أن نقض المشاركة وجعل نفسه المنتفع من

العقد ، ان يعين منتفعا جديدا بعد ذلك . وقد يكون هو نفسه المنتفع الأول أو أى شخص آخر غيره .

وأيا كان المنتفع سواء كان هو الأول أو شخص غيره أو المشترط نفسه . فان الحق في مواجهة المتعهد يرجع في مصدره إلى عقد الاشتراط . وليس إلى هذه التصرفات اللاحقة .

وقد نص المشرع على هذه الأحكام في المادة ١٥٥ وهي تقرر أنه « ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك ، وللمشرط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول . كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة » .

١١٨ - اقرار المنتفع لحقه .

اقرار المنتفع لحقه يؤدي إلى تأكيد هذا الحق ، بحيث لا يجوز للمشرط بعد ذلك أن ينقض المشاركة . والاقرار ليس قبولا لإيجاب معروض يؤدي إلى إبرام عقد جديد . ولكنه تصرف من جانب واحد يؤدي إلى تأكيد حق سبق وجوده .

والاقرار يكون بتعبير صريح أو بتعبير ضمني ، ولا يشترط فيه أى شكل خاص . حتى ولو كانت العلاقة بين المشترط والمنتفع هي علاقة هبة وتبرع ، لأنها لا تعتبر كذلك إلا من ناحية الموضوع فقط وليس من ناحية الشكل ، فلا يشترط فيها الشكل اللازم توافره في الهبة .

والاقرار إما أن يعلن إلى المشترط أو أن يعلن إلى المتعهد . ولكن لا بد من إعلانه للمتعهد حتى ينفذ في حقه . ويجوز مطالبته .

وبدلا من إقرار حقه . فان امتنع يستطيع أن يتنازل عن هذا الحق .

ويكون ذلك أيضا بتصرف من جانب واحد ، يعلن إلى المتعهد أو إلى المشتري . ولا يترتب على تنازل المتفع عن حقه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري ، بل يصبح المشتري منتفعا بالحق ، كما يحق له أن يعين منتفعا جديدا .

البحث الثاني

آثار العقد من حيث الموضوع

آثار العقد من حيث الموضوع ، هي قوة العقد الملزمة من حيث الموضوع . وهي ما يعبر عنه بأن « العقد شريعة المتعاقدين » ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون . « والأصل ألا يثور نزاع بين طرفي العقد فيما يتعلق بقوة الملزمة . وأن يقوم كل منهما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد استجابة لعنصر المديونية في كل التزام من هذه الالتزامات .

ومع ذلك فقد يثور نزاع في بعض الأحيان يتعلق إما بتفسير العقد أو بتحديد نطاق الالتزامات الناشئة منه . بل وأحيانا بصدده الملزمة ذاتها . فإذا ما انفض كل نزاع من هذا القبيل . فإن الجزاء على مخالفة أحكام العقد هو المسؤولية العقدية . وندرس كل هذه الموضوعات في مطالب مستقل

المطلب الأول

تفسير العقد

البحث في تفسير العقد يأتي بعد البحث في انعقاد العقد . لأنه إذا لم تتوافر شروط انعقاد العقد ، فلا يكون هناك مجال للبحث في تفسيره . أما إذا انعقد العقد صحيحا . فقد يثور ما يستدعي تفسير عباراته . وقد فرق المشرع في هذا الشأن بين ثلاث حالات من حالات تفسير العقد ، عندما

تكون عبارة العقد واضحة ، وعندما تكون عبارة العقد غير واضحة .
وعندما يثور شك في تبين هذه الإرادة . وندرس هذه الحالات الثلاث بنفس
الترتيب .

الفرع الأول

عبارة العقد واضحة

١١٩ - الأصل أن العبارة الواضحة لا تكون محلاً للتفسير .

قرر المشرع في المادة ١٥٠ / ١ مدني أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ،
فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » .

وهذا النص لا يعدو أن يكون تقييماً لأحكام القضاة المصريين والفرنسي .
والفكرة التي يقوم عليها بسيطة وهي أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة ،
فلا محل لتأويلها على معنى يخالف المعنى الواضح لهذه العبارة . وإلا فإن
القاضي يكون قد خرج عن مهمته وهي الحكم بمقتضى العقد دون تعديل
لأحكامه . وعلى خلاف ذلك فإن القاضي يباشر سلطته التقديرية في تفسير
العقد إذا لم تكن عباراته واضحة على النحو الذي سنذكره فيما بعد .

١٢٠ - متى تكون العبارة الواضحة محلاً للتفسير .

إذا كان الأصل هو أن العبارة الواضحة لا تكون محلاً للتفسير . فأنما
أساس ذلك هو أن العبارة الواضحة هي أصدق صورة لإرادة واضحة أيضاً .
ومع ذلك فإن هذه القرينة ليست قاطعة في جميع الأحوال . لأن العبارة
قد تكون واضحة من حيث اللغة فتجتمع بين سلاسة اللفظ وجمال التركيب
ولكنها لا تكون مع ذلك معبرة عن إرادة واضحة . فالعبارة الواضحة
لا تعكس دائماً إرادة واضحة . ولذلك يجوز رغم العبارة الواضحة أن يلجأ
القاضي إلى تفسير هذه العبارة للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

على أنه يتقيد في ذلك بقيد هو أن يجعل دائماً نصب عينيه أن السهارة الواضحة
تمكس إرادة واضحة . وأن هذا هو الأصل الذى لا يجوز الخروج عليه
إلا إذا وجدت أسباب تبرر ذلك . وعليه حينئذ أن يبين هذه الأسباب .

وقد قررت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ فى حكم معروف جاء فيه
« لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغة العقود والشروط والقيود
المختلف عليها بما تراه هى أوفى بنقصود المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع
ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر
إلى خلافه . بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر
إلى خلافه . وكيف أفادت تلك الصيغة هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت
أنه هو مقصود العاقدین . بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت فى
تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها . فان
قصر حكمها فى ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب
قانوناً أن يبنى عليها » (نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٣٢ . مجموعة عمر ١
رقم ٤١ ص ٨٣) .

ويترتب على المبدأ الذى قرره هذا الحكم . وهو نفس المبدأ الذى نص عليه
المشرع فى المادة ١٥٠ / ١ السابق ذكرها . أنه إذا أخذ القاضى بالمعنى الظاهر
للعبارة الواضحة فهو فى غير حاجة إلى بيان الأسباب التى دعتة إلى ذلك .
فهو إنما أخذ بالأصل فى أن المعنى الظاهر للعبرة الواضحة يعكس بشكل
صادق الإرادة الحقيقية للمتعاقدین . وعلى خلاف ذلك إذا أراد القاضى أن
يخرج على المدلول الظاهر للعبرة الواضحة . فان عليه فى هذه الحالة أن
يبين الأسباب التى دعتة إلى هذا الخروج . وهى أسباب لا بد أن تستند إلى
الإرادة الحقيقية للمتعاقدین .

ويا حظ أن محكمة النقض من حقها أن تراقب قاضى الموضوع فى التفرقة بين ما يعتبر من العبارات واضحة ، وما يعتبر غير واضح . وهى تراقب أيضا الأسباب التى يبيدها قاضى الموضوع كمبرر لخروجه على العبارات الواضحة .

وإذا أردنا أن نعكس المبادئ السابق ذكرها على مشكلة الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة : وإلى أى موقف انحاز المشرع المصرى . فإنا نجد أن المشرع قد انحاز إلى الأخذ بالإرادة الباطنة ، وهى الإرادة الحقيقية . غاية الأمر أنه اعتبر الإرادة الظاهرة فى الحالات التى تكون فيها عبارات العقد واضحة : هى خير معبر عن الإرادة الحقيقية ، غير أنه أجاز مع ذلك للقاضى حتى فى هذه الحالة أن يخرج على الإرادة الظاهرة : ويأخذ بالإرادة الباطنة على أن يبدى من الأسباب ما يدعوه إلى التفسير الذى أخذه .

الفرع الثانى

عبارة العقد غير واضحة

١٢١ - البحث من النية المشتركة للمتعاقدين :

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة ، فلا مناص من تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ، على النحو الذى يقرره المشرع فى المادة ١٥٠ / ٢ مدنى . وهى تنص على ما يأتى : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد . فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ . مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » .

ويتضح من هذا النص أن الغاية من التفسير هي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين . وقد سبق أن رأينا في الفقرة السابقة أن القاضى قد يسعى إلى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين حتى ولو خرج في ذلك عن عبارات العقد الواضحة . أما هنا فإن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين يكون أولى وأوجب حيث تكون عبارات العقد غير واضحة في التعبير عن هذه النية . والقاضى يستهدى في هذا البحث بعدة عوامل ذكرها المشرع بعضها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

١٢٢ - العوامل التى تساعد القاضى فى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين

العوامل التى ذكرها المشرع . والتى يستهدى بها القاضى فى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . هي طبيعة التعامل ، وما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، والعرف الجارى فى المعاملات .

وهناك عوامل أخرى غير هذه . وقد أشار القانون الفرنسى إلى بعض منها ليستأنس بها القاضى . ومن هذا القبيل أنه إذا كانت العبارة تحتمل أكثر من معنى واحد . فإنها تحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثرا قانونيا (م ١١٥٧ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أيضا أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا (م ١١٦١ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أيضا أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى) . وبجانب هذه العوامل أو التواعد فإنه قد يلجأ فى تفسير العقد إلى الطريقة التى يتم بها تنفيذه .

وإذا أردنا أن نضرب مثلا لكل عامل من هذه العوامل . فإن المقصود بطبيعة التعامل . هو طبيعة العقد ذاته . فإذا كانت عبارة العقد تحمل أكثر من معنى واحد . فإنه يؤخذ بالمعنى الذى يتفق مع طبيعة العقد . فإذا اشترط الممر على المستعير أنه فى حالة هلاك الشيء . فإن المستعير يرد مثله .

فلا يؤخذ هذا الشرط على أن العقد عارية استهلاك ، بل يؤخذ على أنه عارية استعمال ، ولكن بدلا من التزام المستعير بالتعويض في حالة هلاك الشيء فهو يلتزم برد شيء مماثل للشيء محل العقد .

وفيما يتعلق بالأمانة والثقة بين المتعاقدين . والأمانة هي واجب على المتعاقد أما الثقة فهي حق له : فان هذا يعنى أنه إذا كان في تعبير أحد المتعاقدين لبس ما . ولكن المتعاقد الآخر فهم حقيقة المقصود من التعبير فليس له أن يستغل هذا اللبس . وكذلك فمن حق أى متعاقد أن يفهم عبارة المتعاقد الآخر بحسب ما تودى إليه مثل هذه العبارة في المعاملات بين الناس .

وفيما يتعلق بالأخذ بالمعنى الذى يجعل العبارة تنتج أثرا قانونيا . فقد سبق أن رأينا عند دراسة تحول العقد : أنه إذا وصف المتعاقدان التصرف بأنه كميالة ولم يكن كذلك لأنه لم يراعى فيه شكل الكميالة . فانه يمكن مع ذلك اعتبار التصرف بمجرد سند دين عادى . وفى هذا المثال يختلط التفسير مع التكييف مع تحول العقد .

أما أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا . فتنبى أنه لا يجب فصل عبارات العقد بعضها عن بعض . فاذا ذكر المستأجر لأرض زراعية أنه لا يطلب من المؤجر أن يساعده على رفع العوائق التى قد تمنع تسليم الأرض إليه . وذكر فى مكان آخر فى العقد أنه يتعهد باخراج واضع اليد على هذه الأرض . فان القاضى يستطيع تفسير ذلك بأن المستأجر قصد أن يرفع بنفسه العوائق المادية فى سبيل تسليم الأرض . دون العوائق القانونية . كذلك التى تنتج من ادعاء شخص آخر بأنه مالك هذه الأرض وأن المؤجر غير مالك لها .

أما قاعدة أن تخصيص حالة بالذكر لا يعنى استبعادها باحتمال . - - -
مثلا فى حالة ما إذا اشترى شخص أرضا زراعية وذكر فى العقد أن التسليم

يشمل المزايا الموجودة بالأرض ، فإن هذا التخصيص لا يمنع أن التسليم يشمل أيضا كل الملحقات الأخرى كالألات الزراعية والمباني المقامة على الأرض وغير ذلك ، طبقاً لما هو منصوص عليه في القانون وهو مالا يستبعد إلا باتفاق بين المتعاقدين . فلا يكون تخصيص بعض هذه الملحقات بالذكر بمثابة اتفاق على استبعاد الملحقات الأخرى .

أما العرف الجاري بين الناس فهو في المعاملات التجارية والبحرية وأعمال البنوك والتأمين يعتبر من مصادر القانون ويلجأ إليه القاضى إما لتحديد الحكم الواجب التطبيق . أو لتكملة العقد . ولتفسيره كذلك . أما في غير هذه المجالات فإن العرف لا يكون إلا مصدراً احتياطياً من مصادر القانون . ولا يلجأ إليه القاضى إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو عندما يحتاج الأمر لتكملة العقد أو لتفسير غموضه . ومن الأمثلة على حكم من أحكام العرف ، ما يجرى عليه العمل من أن أجر السمسار يقابل ٢.٥ ٪ من الصفقة . . إلى غير ذلك .

وأخيراً من العوامل التى تساعد القاضى فى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ، الطريقة التى يجرى بها تنفيذه بينهما . فإذا جرت العادة أن يدفع المستأجر الأجرة مرة كل سنة أو كل ستة أشهر ، فإنه لا يعتبر متأخراً فى دفعها إذا مضى شهر أو شهران ولم يتم بدفع ما استحق منها .

والقاضى إذ يستعين بكل هذه العوامل والقواعد ، فهو يأخذ بالإرادة الظاهرة كتعبير عن الإرادة الباطنة . ولكنه لا يتقيد بالإرادة الظاهرة . بل يسعى دائماً إلى البحث عن الإرادة الحقيقية كلما وجد مبرراً لذلك . والقواعد التى يستعين بها القاضى فى هذا البحث كلها قواعد موضوعية . ولذلك يمكن القول أن المشرع يقصد أصلاً بالإرادة ، الإرادة الباطنة الحقيقية بالتميز النى تكشف عنه قواعد البحث الموضوعية .

الفرع الثالث

الشك في التعرف على ارادة المتعاقدين

١٢٣ - تفسير الشك لمصلحة المدين .

نص المشرع في المادة ١٥١ مدني على أنه « (١) يفسر الشك في مصلحة المدين . (٢) ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى » .

وحالة الشك في التعرف على الإرادة هي الحالة الثالثة من حالات التفسير . وهي تتحقق عندما يتجاوز الوضع الحالة الثانية التي تكون فيها العبارة غير واضحة . لأن عدم وضوح العبارة يفرض على القاضي واجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين . وعليه أن يبذل في هذا السبيل كل جهد مسترشداً بالقواعد السابق ذكرها . فإذا هو وصل إلى تحديد النية المشتركة للمتعاقدين . فانه يكون قد قطع كل شك في هذا الشأن .

أما الحالة الثالثة فهي تفترض أن القاضي لم يتمكن من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ، وأن عبارات العقد تحمل أكثر من معنى واحد . في هذه الحالة قرر المشرع أن الشك يفسر في مصلحة المدين .

ولكن يجب أن يراعى من ناحية أخرى أن الشك يعني أن هناك مجالاً لتفسير العقد على معنى أو على آخر . أما إذا تبين القاضي استحالة تفسير العقد بأي معنى من المعاني . فانه لا يكون هناك عقد ولا تطابق إرادتين . ولا يكون هناك بالتالي مجال لأي تفسير .

فنتطابق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين . يتحدد إذن بأن تفسير العقد غير مستحيل . وفي نفس الوقت هو غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك .

وتبرر هذه القاعدة على أساس أن الأصل في الإنسان هو براءة الذمة ، ولا يمكن مخالفة هذا الأصل اعتمادا على الشك وحده .

وتبرر هذه القاعدة على أساس آخر وهو أن على الدائن يقع عبء اثبات التزام المدين . فإذا هو أثبت بعض هذا الالتزام ولم يثبت البعض الآخر . فإن الالتزام بالنسبة لما ثار الشك فيه لا يكون ثابتا ، وبالتالي لا يكون المدين مستولا عنه .

وتبرر هذه القاعدة كذلك على أساس أن الدائن هو الذى يملئ شروط العقد على المدين ، فإذا هو أهمل فى ذلك بما يودى إلى جعل التزام المدين موضع شك ، فإنه يتحمل نتيجة هذا الإهمال . وهذا التبرير الأخير هو الذى يبرر فى نفس الوقت أن الشك يفسر فى عقود الإذعان لمصلحة الطرف الضعيف ولو كان هو الدائن فى الالتزام . لأن الطرف القوى هو الذى يملئ شروط العقد ، وقد سبق أن ذكرنا ذلك عند دراسة عقود الإذعان .

ومن الأمثلة على شك يفسر لمصلحة المدين أنه إذا لم يعرف ما إذا كان الشرط الجزائى يستحق عند التأخر فى التنفيذ أو عند عدم التنفيذ فإنه يؤخذ على أنه يجب فقط عند عدم التنفيذ . ومن الأمثلة أيضا أنه إذا اتفق على عمولة معينة على كل صفقة . ولم يحدد ما إذا كانت تدفع العمولة عند إبرام الصفقة أم عند تنفيذها . فسر ذلك على أن الدفع يكون عند التنفيذ .

المطلب الثانى

تحديد نطاق العقد

١٢٤ - نكالة العقد .

نص المشرع فى المادة ١٤٨ / ٢ على أنه : ولا يقتصر العقد على إلزام

المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وهذا النمى يضع الحكم الخاص بتحديد نطاق العقد . وهو يتحدد أو لا بما ورد فيه . ولكن ليس هذا فقط ، بل يضاف إلى ما ورد فيه ما هو من مستلزماته . والقاضى هو الذى يحدد ما يعتبر من مستلزمات العقد . وهو يقوم بتكملة العقد . وهو يتخطى بذلك مرحلة التفسير إلى مرحلة الخلق :

ومع ذلك فإن القاضى وهو يكمل العقد لا يصل إلى درجة تعديله ، فالفارق الأساسى بين تكملة العقد : وبين تعديله . أن تكملة العقد تهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل . أما تعديل العقد فهو على العكس موجه ضد الإرادة تحقيقاً لهدف آخر هو العدل ، ولذلك فهو لا يجوز إلا فى حالات محدودة وبناء على إذن صريح من القانون . أما تكملة العقد فهو عمل عادى يقوم به القاضى بالنسبة لأى عقد من العقود . وكثيراً ما تدعو الحاجة إليه ، لأن الغالب أن يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية فقط تاركين المسائل التفصيلية دون تحديد .

والعوامل التى يستعين بها القاضى فى تكملة العقد هى ما يأتى :

١ - طبيعة الالتزام : وهى تقضى بأن الالتزام بتسليم العين المبيعة . أو تسليم العين المؤجرة . ينصرف إلى ملحقات هذه العين . غير أن ما يعتبر من ملحقات العين المبيعة قد لا يعتبر من ملحقات العين المؤجرة . كمستندات الملكية فهى تسلم فى حالة البيع وليس فى حالة الإيجار . على أنه تعتبر من ملحقات العين المبيعة والعين المؤجرة فى نفس الوقت . مفاتيح المنزل وحوشه وحديقته وساحته الخ . به لا يخرج ولا يستعمل وحرفة الخادم ، وغرف التخزين . . الخ .

٢ - نصوص القانون : والمقصود بذلك نصوص القانون المفسرة أو المكملة . وهي التي تسرى في حالة عدم وجود اتفاق على ما يخالفها . أما نصوص القانون الآمره فهي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ويطبقها القاضي حتى مع وجود هذا الاتفاق . أما النصوص المكملة أو المفسرة ، وهي عادة تأخذ أحكامها مما جرى عليه التعامل بين الناس بالنسبة لعقد من العقود . فوظيفتها الأساسية هي تسهيل إبرام العقود على الأفراد . إذ يكفي أن يتفق في العقد على المسائل الجوهرية فيه : كتحديد العين المؤجرة في عقد الإيجار وكذلك تحديد الأجرة والمدة ، ثم تترك المسائل الأخرى دون تنظيم . ولمواجهة مثل هذه الحالة وهي تحدث دائماً في العمل فإن القانون وضع تنظيماً كاملاً لعقد الإيجار ولعدد آخر كبير من العقود . وطبقاً لهذا التنظيم فإن المشرع يفرض على المؤجر الالتزام بتسليم العين المؤجرة والالتزام بصيانتها والالتزام بضمان التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ومن ناحية أخرى فإن القانون يفرض على المستأجر الالتزام بدفع الأجرة ، والالتزام باستعمال العين بطريقة لا تتنافى مع ما أعدت له . والالتزام برد العين عند انتهاء الإيجار . والقاضي يحكم على أساس وجود هذه الالتزامات ولو لم يتفق عليها في العقد .

٣ - العرف : وهو من مصادر القانون الاحتياطية . والقاضي يلجأ إليه أما لمعرفة حكم القانون ، أو لتكملة العقد أو لتفسير العقد . وهو يلعب دوراً كبيراً في المعاملات التجارية والبحرية وأعمال البنوك والتأمين . ويعتبر من قبيل العرف ما يسي بالشروط المألوفة في التعاقد . وهي شروط جرى العمل على وضعها في كل العقود المشابهة . بحيث إذا لم يأت ذكرها في عقد من العقود فإن القاضي يحكم مع ذلك على أساس وجودها .

٤ - العدالة . وهي الأساس الذي يقوم عليه القانون كله ، وهي في نفس الوقت من مصادره الاحتياطية التي يرجع إليها القاضي لتحديد

الحكم الواجب التطبيق ، وهي زيادة على ذلك وسيلة لتكملة العقد . ومن الالتزامات التي تقتضيها العدالة ، أن الدائن عندما يستوفى حقه من الكفيل فعليه أن يسلمه كل المستندات التي يحتاج إليها في مباشرة حقه في الرجوع على المدين بما وفاه عنه . وأن يتخلى له عن كل الضمانات التي تؤدي إلى تقوية هذا الرجوع (م ٧٨٧) . ومن الالتزامات التي تقتضيها العدالة كذلك ، أن البائع لا يلتزم فقط بنقل الملكية للمشتري ، ولكنه يلتزم أيضا بالامتناع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيراً (م ٤٢٨ مدني) . وكذلك فإن العامل الذي يعمل في مصنع ويطلع على أسرار الفنية يجب عليه ألا ينقل هذه الأسرار إلى مصنع آخر منافس ولو لم يشترط عليه ذلك . ومن هذا أيضا أنه إذا كانت طبيعة عمل العامل هي أن يتفرغ للابتداع والبحث ، فإن ما يصل إليه من مخترعات في عمله يكون من حق رب العمل (م ٦٨٨ / ٢ مدني) .

ويلاحظ أن كل العناصر التي يستعين بها القاضي في تحديد نطاق العقد . هي عناصر موضوعية ، ولذلك فهو يخضع في هذا لرقابة محكمة النقض . فتكملة العقد من مسائل القانون وليست من مسائل الواقع .

المطلب الثالث

القوة الملزمة للعقد

١٢٥ - العقد شريعة المتعاقدين .

تنص المادة ١٤٧ من القانون المدني على أن « العقد شريعة المتعاقدين . فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون » .

وتنص المادة ١٤٨ / ١ على أنه « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما عليه وبطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية » . ويلاحظ أن التعبير عن العقد أنه

شريعة المتعاقدين ، ليس تعبيراً مجازياً . بل هو تعبير حقيقى قصد به فعلاً أن العقد هو الشريعة التى تحكم العلاقة بين المتعاقدين . والقانون الفرنسى يعبر عن نفس الفكرة بقوله أن الاتفاقات التى انعقدت صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة لمن عقدوها . (م ١١٣٤ مدنى فرنسى) .

ولكن تبقى ملاحظة أن قانون العقد إنما يستمد قوته من قانون الدولة . وكل منهما يستند أخيراً إلى فكرة العدل .

والعقد لا يكون شريعة للمتعاقدين إلا إذا توافرت له شروط انعقاده وشروط صحته ، على النحو السابق دراسته . وهو إذا كان كذلك . لا يجوز نقضه أو تعديله لا بواسطة القانون ، ولا بواسطة القاضى . ولا بواسطة أحد المتعاقدين منفرداً .

ومع ذلك فهذه القاعدة ليست مطلقة بل تقبل بعض الاستثناءات . لأنه إذا كان العقد يستند فى أساسه إلى فكرة العدل وإلى قوة القانون . فإنه يخضع أيضاً فى حياته لتأثير فكرة العدل ، وتطور غايات القانون .

ولذلك فأننا نجد المشرع يتدخل فى بعض الأحيان محدثاً تعديلات جوهرية فى طائفة معينة من العقود ، مثال ذلك التشريع الذى صدر مخفضاً أجره الأرض الزراعية إلى مالا يزيد على سبعة أمثال الضريبة الزراعية . بحيث يسرى هذا التخفيض على كل العقود القائمة وقت صدوره . وكذلك التشريعات التى صدرت بتخفيض أجره الأماكن بنسب تتراوح بين ١٥ ٪ . ٢٠ ٪ . ٣٥ ٪ . وكذلك القوانين التى تمنح أجلاً للمدينين المسمون فى منطقة معينة كمنطقة القناة مثلاً بسبب حالة الحرب . وبلا حظ . من الأمثلة السابق ذكرها أن المشرع لا يتدخل فى العقد بالتعديل . لا . . . للعدل . وفى أضيق الحدود .

وكذلك فإن القانون يعطى للقاضي سلطة في تعديل العقد في بعض الحالات . كما هو الشأن في نظرية الظروف الطارئة وهو ما سندرسه في هذا المطلب . وكما هو الشأن في تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩ مدني) . أو تعديل الشرط الجزائي (م ٢٢٤ مدني) . أو منح المدين نظيرة المبسرة (م ٣٤٦ مدني) . وغير ذلك من التطبيقات التي سأشير إليها عند دراستنا للالتزام القضائي في انبأب السادس من مصادر الالتزام : وهي مستوحاة كلها من فكرة العدل أيضا .

وفي بعض الحالات الأخرى يعطى المشرع لأحد طرفي العقد الحق في إنهاء العقد . إذا كان ذلك يتفق مع الطبيعة الفنية لتكوين هذا العقد . كالوكالة والوديعة والشركة والإيجار والعمل . على أنه يلاحظ أن سلطة نقض العقد في هذه الحالات أقل خروجاً على مبدأ العقد . من القيام بتعديل العقد مع الإبقاء عليه بعد ذلك . لأن نقض العقد لا يكون إلا في العقود التي تسمح طبيعتها بأن تكون مدتها مرتبطة بإرادة كل من المتعاقدين . أما تعديل العقد والإبقاء عليه بعد ذلك فففيه معنى فرض نظام جديد على المتعاقدين لم يكن موضع اتفاق بينهما . ولذلك فإنه من الصعب أن نتصور إعطاء الحق في تعديل العقد لأحد المتعاقدين بإرادته المنفردة وحدها . وإن جاز تصور ذلك من جهة القانون أو حكم القاضي .

وغني عن الذكر أنه إذا كان العقد ينشأ بالإرادة المشتركة للمتعاقدين . فإنه يقبل النقص والتعديل بهذه الإرادة المشتركة ذاتها . ولا يعتبر هذا خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد . والشروط التي ترعى في الاتفاق بتعديل العقد أو نقضه هي بذاتها شروط التي تراعى عند إبرام أي عقد جديد .

١٢٦ - تنفيذ العقد بحسن نية .

نص المشرع في المادة ١٤٨ / ١ السابق ذكرها على أنه يجب تنفيذ العقد بحسن نية . والتنفيذ هو آخر مرحلة يمر بها العقد في حياته ، تأتي بعد انعقاد العقد وتفسيره وتحديد نطاق الالتزامات الناشئة عنه . وكل عقد يجب تنفيذه بحسن نية . وذلك على خلاف ما كان موجودا في القانون الروماني من تقسيم العقود إلى « عقود حرفية التنفيذ » ، وعقود طابعها حسن النية .

ومن الأمثلة على حسن النية في تنفيذ العقد ، أن عامل الكهرباء السلى يلتزم بادخال الكهرباء في مكان معين : أن يقوم بتوصيل الأسلاك من أقصر طريق ، وأن عامل النقل يلتزم بتوصيل البضاعة من أنسب الطرق . والأمثلة التي يعتد بها المشرع بحسن النية في تنفيذ العقود ، لا حصر لها . ومن هذه أنه يكافئ المدين حسن النية بمنحه نظرة للميسرة في الوفاء بدينه إذا كان عدم قدرته على الوفاء في الأجل يتفق مع حسن النية (م ٢/٣٤٦ مدني) . وعلى العكس فهو يعاقب المدين سوء النية فيجعله مسئولاً عن تعويض الضرر الذي لم يكن متوقعا وقت التعاقد (م ٢٢١ ب مدني) .

وبعد أن عرضنا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين . وأنه يجب تنفيذه بحسن نية . ندرس الآن تطبيقاً من أهم التطبيقات التي خرج فيها المشرع على القوة الملزمة للعقد . وذلك تحقيقاً للعدل . وهي نظرية الظروف الطارئة .

نظرية الحوادث الطارئة

١٢٧ - وضع المسألة .

تنص المادة ١٤٧ مدني على أن « (١) العقد شريعة المتعاقدين . فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون (٢) ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها

وثرثب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا .
صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا لظروف
وبعد الموازنة بين مصاحبة الطرفين أن يرد الالتزام المردق إلى الحد المعقول .
ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

وهذه النظرية تواجه الفروض الخاصة بالعقود التي يترأخى تنفيذها
بحيث يمر وقت بين انعقادها وبين تنفيذها . ويمكن أن يتحقق هذا بالنسبة
لكل العقود الزمنية كعقود التوريد مثلا . ويمكن أن يتحقق كذلك بالنسبة
لعقد فوري كعقد بيع ، ولكن تنفيذه يترأخى بعض الوقت بعد انعقاده .
فاذا وقعت حوادث غير عادية كحرب مثلا أدت إلى اختلال كبير في
التوازن الاقتصادي للعقد ، مما جعل قيام المدين بتنفيذ التزامه مرهقا ومواليا
إلى خسارة فادحة له . فان منطق القوة الملزمة للعقد كان يقتضى بقاء المدين
ملتزما بالوفاء بالتزامه أيا كانت الخسارة التي سيتحملها في هذا الشأن .
ومع ذلك فان المشرع خرج في هذه الحالة على منطق القوة الملزمة للعقد .
وأجاز للقاضي أن يتدخل في تكوين العقد . فيقوم بتعديله ، حتى يعيد
التوازن الذى اختل بسبب الحوادث الطارئة . ويكون ذلك برد الالتزام
المرهق إلى الحد المعقول .

وجدير بالذكر أن الحوادث الطارئة هي تلك التي لا تؤدي إلى حال
تنفيذ التزام المدين مستحيلا . لأنه أو صار مستحيلا لا تنقضى الالتزام .
وانفسخ العقد . ولم يكن هناك مجال لتعديله . وهذه هي الآثار التي تترتب
على القوة القاهرة على ما سندرسه فيما بعد . أما الحوادث الطارئة فهي تختلف
عن القوة القاهرة في أنها لا تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا . بل تجعله
مرهقا فقط مع بقاءه ممكنا . فيقبل العقد قائما ، ويكون من العدل أن يرد
الالتزام المرهق فيه إلى الحد المعقول . أم إذا أدت حوادث إلى جعل

المدين بعض الخسائر دون أن تصل هذه إلى درجة الارهاق . فلا يكون هناك مجال لانطباق النظرية او تدخل القاضى . ويظل المدين ملتزما بالوفاء بما هو منصوص عليه فى العقد ، لأن معاملات الأفراد كما تحمل الكسب ، تحمل الخسارة أيضا .

ويلاحظ أن الاختلال الذى تودى إليه الحوادث الطارئة ، هو نوع من الغبن المادى . أى عدم التعادل الكبير فى الالتزامات المتقابلة . ولكنه غبن غير معاصر لبرام العقد . بل لاحق على ذلك . وقد سبق أن ذكرنا عند دراستنا للاستغلال ، أن الغبن فى ذاته لا يكتفى للسماح بالتدخل فى تكوين العقد . وأن الذى يسمح بذلك هو وجود عامل آخر يضاف إلى الغبن فيجعل التدخل مقبولا . وبالنسبة للحوادث الطارئة ، فإن هذا العامل الإضافى هو هذه الحوادث نفسها وما تتصف به من صفة العموم وعدم التوقع . مما يجعل من العدل الا يتحملها المدين بمفرده . بل يقاسمه الدائن فى نتائجها .

١٢٨ - التطور التاريخى للنظرية .

من المعتقد فى الفقه أن نظرية الظروف الطارئة لم تكن معروفة فى القانون الرومانى . ومع ذلك فقد أثبتنا فى بحث لنا عنوانه . الأصل الرومانى لنظرية الظروف الطارئة ، أن هذا القانون كان يعرف هذه النظرية ، على الأقل فى عقد من العقود . هو عقد الإيجار . وكان يسمح باعفاء المستأجر من الأجرة كلها أو بعضها إذا وقعت حوادث أدت إلى هلاك المحصول كله أو بعضه أو حالت دون الانتفاع بالعين بدرجة كبيرة . ولا يرجع هذا إلى استحالة تنفيذ التزام المستأجر . لأن محل التزام هذا الأخير هو دفع مبلغ النقود . وهو ما لا يتصور أن يكون مستحيلا فى ذاته ، إذ القاعدة أن المثليات لا تهلك وأن بعضها يقوم مقام بعض فى الوفاء . ولكن تفسر هذا الحكم هو أن التزام المستأجر وإن لم يصبح مستحيلا إلا أنه أصبح مرهقا له . حيث يكون من العدل أن يرد الالتزام المرهق إلى احد المعقول . وقد

انتقلت أحكام القانون الروماني في عقد الإيجار إلى القانون الفرنسي ، وكذلك إلى القانون المصري ، ولكن في حدود عقد الإيجار فقط بطبيعة الحال .

وقد عرفت النظرية في الشريعة الإسلامية : وكان لها تطبيقات في عقد الإيجار بصفة خاصة .

غير أن نظرية الحوادث الطارئة ظهرت بشكل أوفى في القانون الكنسي ، حيث كانت تنطبق على كل العقود : وليس على عقد معين بالذات . وقد أقام فقهاء القانون الكنسي هذه النظرية على أساس قاعدة مفترضة قيل أنها موجودة في كل العقود : ومقتضاها أن العقد يجب تنفيذه طبقاً لما جاء فيه بشرط ألا تتغير الظروف التي كانت قائمة وقت انعقاده . فشرط عدم تغير الظروف *rebus sic stantibus* هو إذن أساس الالتزام بالعقد حسب ما جاء فيه : لأن إرادة المتعاقدين ذاتها انصرفت إلى هذا المعنى : أو من المفروض أن تكون قد انصرفت إلى ذلك .

ومع ذلك فإن أفكار القانون الكنسي لم تجد صدى في القانون المدني الفرنسي القديم أو الحديث . ولا في القضاء المصري قبل صدور التقنين المدني الجديد .

والواقع أنه لا يمكن تبرير هذه النظرية على أساس العقد نفسه أو على أساس إرادة المتعاقدين : كما كان يفعل فقهاء القانون الكنسي . فهذه النظرية إذ تسمح بتعديل العقد إنما تتجه أساساً ضد هذا العقد . وضد إرادة المتعاقدين ، ولذلك فلا يمكن الأخذ بها ما لم يوجد قانون يسمح بذلك .

ولهذا فإن محكمة النقض الفرنسية كانت محقة في عدم الأخذ بهذه النظرية . لعدم وجود نص عام في القانون الفرنسي يسمح بالأخذ بها . وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر وهو

خاص بربى أرض زراعية من ترعة مجاورة . وأصبحت الأجرة المتفق عليها بعد مرور فترة طويلة من الزمن ضئيلة إلى أقصى حد . ورفضت محكمة النقض الفرنسية كذلك تعديل عقد تأمين من خطر التجنيد الذى كان يتم بطريق الاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش إلى الضعف ، مما أدى إلى زيادة المخاطر التى تواجهها شركة التأمين بشكل مرهق إلى أقصى حد .

وفى مصر رفضت محكمة النقض المصرية فى ظل القانون المدنى القديم الأخذ بهذه النظرية لا على أساس عدم اقتناع بعدالتها ، ولكن على أساس أنه لا يمكن الأخذ بها دون إذن صريح من المشرع ، مع ما تودى إليه من أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد . وكانت القضية موضوع النزاع خاصة بمقدور توريد كمية من « النرة العويجة » إلى مصلحة الحدود ، وقد أصبح تنفيذ التزام المورد مرهقاً له بعد أن ارتفع السعر من جنين وربع إلى مايزيد على خمسة جنيهات عن كل أردب ، وذلك بسبب الغاء التسعيرة الجبرية على هذا النوع من الخبواب . وقد جاء فى حكم النقض المذكور أن « الشارع وإن كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارئ فى بعض الأحيان . إلا أنه قد استبقى زمامها بيده . يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة . وبالقدر المناسب . ولمصلحة العاقلين كليهما . فما يكون لاقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه . . ومن حيث أنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعضو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها . فىكون عليها هى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها . وتحديد ما ينبغى على قاضى الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية فى حق العاقلين كليهما توزيعاً للفرم بينهما » . (نقض مدنى ١٤ يناير ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ١ رقم ٣٥ : ص ٥٢) .

ويلاحظ أن المشرع أخذ سوءاً فى فرنسا وفى مصر ببعض التطبيقات

المحدودة لنظرية الحوادث الطارئة ، عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية ، كما هو الشأن في تأجيل الديون ، ووضع تسعير جبرى لبعض الحاجيات والسلع الغذائية . ولكن هذه التطبيقات ، كانت بمثابة الاستثناء الذى يؤكد القاعدة وهى عدم المساس بالعقد . وعلى خلاف ذلك يلاحظ أن القضاء الإدارى فى فرنسا أخذ بهذه النظرية على أوسع نطاق . وطبقها على العقود الإدارية وهو ما يخرج عن موضوع دراستنا .

وأخيرا أتبع هذه النظرية أن تظهر فى بعض التقنيات المدنية الحديثة . وكان أول هذه التقنيات هو التقنين البولونى الذى نص فى المادة ٢٦٩ منه على أنه « إذا جرت حوادث استثنائية : كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية . فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحداً المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد . جاز للمحكمة . إذا رأت ضرورة لذلك : تطبيقاً لمبادئ حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصالحه الطرفين . أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام . أو أن تحدد مقداره . بل وأن تقضى بفسخ العقد » .

ثم جاء النص على النظرية بعد ذلك فى القانون المدنى الإيطالى الجديد . الذى يقرر فى المادة ١٤٦٧ منه أنه « فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوى أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية . جاز لهذا المتعاقد أن يطالب بفسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يتوقى طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة » .

ثم جاء التقنين المدنى المصرى الجديد بأخذ بنس النظرية أيضاً . ويقرها فى المادة ١٤٧ السابق ذكرها . « تدبر فيما يلى شروط النظرية فى هذا القانون ، والأجزاء التى يترتب على توافر هذه الشروط .

١٢٩ - شروط انطباق النظرية في القانون المدنى المصرى .

يشترط لانطباق نظرية الحوادث الطارئة فى القانون المصرى أربعة شروط جاء ذكرها فى نص المادة ١٤٧ وهى :

١ - أن يمر بعض الوقت بين انعقاد العقد وتنفيذه . ويتمحقق هـ لما بشكل دائم فى العقود الزمنية . سواء كانت مستمرة التنفيذ كعقد إيجار أو دورية التنفيذ كعقد توريد . ولكن هذا قد يتحقق أيضا فى العقود الفورية التنفيذ . إذا كان التنفيذ مؤجلا لأى سبب من الأسباب كعقد بيع أجل فيه دفع اثمن . بل وقد يتحقق هذا فى العقود الفورية التنفيذ ولو لم يكن تنفيذها مؤجلا . إذا وقعت الحوادث الاستثنائية عقب إبرام العقد مباشرة . ولو أن هذا نادر فى العمل .

٢ - والشرط الثانى هو أن تطرأ فى هذا الوقت حوادث استثنائية عامة . كحرب أو فيضان أو زلزال . أو صدور قانون جديد يضع تسعيرا جبريا لسلعة معينة أو يلغى تسعيرة قائمة . أو حدوث وباء عام . والمشرع المصرى لم يضرب أمثلة على هذه الحوادث بل ترك الاجتهاد فى تحديدها إلى عناية الفقه والقضاء . وكل ما تجب مراعاته هى أن تكون هذه الحوادث عامة أى غير خاصة بشخص المدين . فلا يعتد فى هـ هذا الشأن بما يطرأ على المدين من ظروف خاصة كموته أو عساره أو إفلاسه أو توقفه عن العمل أو حريق محصوله . ويلاحظ أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى كان يشترط فقط أن تكون الحوادث استثنائية . ولكن لجنة المراجعة أضافت إلى ذلك شرط أن تكون هذه الحوادث عامة . « والمراد بإضافة هذا الوصف - كما قيل فى اللجنة - أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس ، كفيضان عال غير متفكر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض ، أو غارة غير منتظرة للجراد ، أو انتشار وباء » (راجع مناقشة هذا الشرط فى لجنة المراجعة ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٢٨٢ - ص ٢٨٤) .

٣ - والشرط الثالث هو أن تكون هذه الحوادث غير متوقعة وقت إبرام العقد . ولا يعني هذا أن تكون هذه الحوادث مستبعدة تماما . فلا شيء مستبعد حدوثه في الحياة . ولكن يكفي فقط ألا تكون هذه الحوادث متوقعة . كفيضان عادي أو دودة القطن . فمثل هذه الحوادث لا تستجيب إلى هذا الشرط .

٤ - أما الشرط الرابع والأخير فهو أن تؤدي هذه الحوادث إلى جعل تنفيذ التزام المدين مرهقا ، لا مستحيلا . وهذا هو الذي يميز بين القوة القاهرة وبين الحوادث الطارئة . فبينما تؤدي الأولى إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، فإن الثانية لا تؤدي إلا إلى الارهاق في تنفيذه . ويلاحظ أن الوقائع المشكلة للقوة القاهرة تنفق غالباً في طبيعتها مع الوقائع المشكلة للحوادث الطارئة ، كالحروب والزلازل والفيضانات . الخ . ولكن الفارق بينهما يظهر في أثر هذه الوقائع على تنفيذ الالتزام . ويتوقف هذا بصفة عامة على محل الالتزام . فإذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء قيمى كنقل ملكية شيء معين بالذات ، فإنه من المتصور أن يصبح تنفيذه مستحيلا . أما إذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء مثلى وهو الذى يقوم بعضه مقام بعض عند الوفاء كالنقود وغيرها فإنه لا يتصور في هذه الحالة أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا في ذاته ، بل من المتصور فقط أن يصبح مرهقا للمدين ، وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون الملئ . . . والطارىء غير المتوقع تنضمه مع القوة القاهرة . فكرة المفاجأة والحتم . لكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يتجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٢٨١) ، وفكرة الارهاق هي فكرة موضوعية ينسرفها إلى ظروف الصفة ذاتها وليس إلى ظروف المدين الخاصة .

والإرهاق يتحقق إذا كان تنفيذ الالتزام يسبب للمدين خسارة فادحة . هذه الصفقة بالذات ، ولو كانت هذه الخسارة ضئيلة بالنسبة لثروة المدين في مجموعها ، فالحكومة نفسها لو كانت مدينة بالترام ، قد تتمسك بنظرية الظروف الطارئة إذا حدث ما يسبب لها خسارة فادحة في تنفيذ التزامها . ولو كانت هذه الخسارة شيئا لا يذكر بالنسبة لميزانية الحكومة في مجموعها .

ولا ينظر إلى ظروف المدين الخاصة فيما لو كانت هذه الظروف تجعده لا يصاب بأية خسارة . كمن تعاقد على توريد سلعة معينة ثم ارتفع سعرها ارتفاعا فاحشا بسبب الحرب ، ولكن المدين كان قد اشترى كميات كبيرة من هذه السلعة قبل الحرب . فرغم أن هذا المدين بالذات لن يخسر شيئا في هذه الصفقة ، إلا أن شرط الإرهاق يتحقق مع ذلك من الناحية الموضوعية . لأن أي مدين آخر في مركزه كان سيصاب بخسارة كبيرة ، وكون هذا المدين بالذات قد قام قبل الحرب بتخزين كميات كبيرة من هذه السلعة لا يعدو أن يكون ظرفا خاصا لا يعتد به في تقدير الإرهاق ، وبشرط ألا يستدل من هذا الغرف على أن الحادث كان متوقعا . ففي هذه الحالة لا تنطبق النظرية . لا لتخلف شرط الإرهاق . ولكن لتخلف شرط عدم التوقع . وهو الشرط الثالث السابق ذكره .

١٣٠ - الجزاء على تحقق الحوادث الطارئة .

إذا توافرت شروط الحوادث الاستثنائية الطارئة السابق ذكرها . « جاز للقاضي تبعا لظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . فالجزاء إذن هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . وكان النص الوارد بالمشروع التمهيدى ينص على أن القاضي ينقص الالتزام المرهق . . ولكن لجنة المراجعة بمجلس الشيوخ استخدمت عبارة يرد الالتزام المرهق ، وهي

العبارة التي خرج بها النص في صورته الأخيرة ، وذلك حتى يكون تعبير النص أكثر دقة وأقرب إلى المقصود .

وعلى هذا النحو فإن المشرع أطلق يد القاضى فى العقد : ليختار أكثر الحلول اتفاقاً مع العقل والعدل .

فهو قد يكتفى بإيقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن . حتى تزول آثار الحوادث الاستثنائية . ويكون ذلك إذا كانت هذه الآثار مؤقتة من ناحية . وكان وقف تنفيذ العقد لا يسبب ضرراً كبيراً للدائن من ناحية أخرى .

وقد يحكم القاضى بانقاص التزام المدين . فإذا كان العقد هو عقد بيع ، والمدين الذى أصابه إرهاب هو المشتري . فإن القاضى يقرر انقاص الثمن على المدين ، أو يعفيه من دفع الفائدة على الثمن . . الى غير ذلك .

وقد يحكم القاضى بزيادة التزام الطرف الآخر . وقد ضرب مثل على ذلك فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . وهو يتحقق « إذا تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب ، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات . فيرفع القاضى السعر الوارد فى العقد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية . ج ٢ : ص ٢٨٥) .

وقد قيل تعليقاً على هذا المثل أنه إذا كان المدين قد التزم بتوريد الشعير بستين قرشاً للأردب . فعليه أن يتحمل بمفرده ارتفاع الأردب إلى ثمانين قرشاً ، فهذه تعتبر خسارة غير فادحة يتحملها المدين بمفرده . لأن المعاملات تختمل مثل هذا القدر من الخسارة ، وتعطى أحياناً ما يعوضه من الربح . أما ما زاد على ثمانين قرشاً فهو يعتبر زيادة فادحة لا يتحملها المدين بمفرده ، بل يتقاسمها معه الدائن . وهذه الزيادة تبلغ ثلثمائة وعشرين قرشاً ، نصفها مائة وستون قرشاً ، وهو النصيب الذى يتحمله كل من الطرفين فى هذه الخسارة ، وعلى هذا الأساس فإن الدائن فى عقد التوريد ، بعد أن

كان يلتزم يدفع ستين قرشا للأردب ، فهو يصبح ملتزماً بدفع مائتين وعشرين قرشاً .

ويلاحظ أن القاضي لا يملك إلا تعديل العقد ، فهو لا يملك فسخ العقد ، وذلك على خلاف الحكم في القانون البولوني الذي يجوز فيه للقاضي أن يعدل العقد أو يفسخه . وكذلك فإن القانون الإيطالي . جعل الأصل هو فسخ العقد . وجعل الفسخ في نفس الوقت وسيلة لتهديد الطرف الآخر . لأنه قد يرضى بالبقاء على العقد مع تعديله بما يحقق التوازن فيه . وهو إذ يفعل ذلك ، فإن التعديل يكون من صنع المتعاقدين أنفسهم إلى درجة كبيرة . ويبدو أن القانون الإيطالي لم يشأ أن يعطى للقاضي سلطة تعديل العقد ابتداء . لما في ذلك من إخلال واضح بمبدأ القوة الملزمة للعقد .

أما المشرع المصري فقد أطاق يد القاضي في العقد على النحو السابق ذكره ، تحقيقاً للعدل . وإعادة لتوازن بين المتعاقدين . ولو أدى ذلك إلى إهدار القاعدة الشهيرة التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين .

وتدخل القاضي في العقد بهذه الطريقة . يعني أنه يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين . ويعيد صنع العقد من جديد بإرادته هو . وعلى خلاف إرادة المتعاقدين المشتركة . ويعني هذا من الناحية الفنية . أننا بصدد تجسيد لاللتزامات الناشئة عن العقد ، فتتقضى الللتزامات القديمة . وتنشأ الللتزامات الجديدة محل محلها . ونظراً لأن هذه الللتزامات الجديدة من صنع القاضي . فلا بد أن تسمى باسمها ، فهي الللتزامات قضائية مصدرها حكم القاضي وليس العقد . وتعتبر نظرية الظروف الطارئة من أهم تطبيقات الللتزام القضائي ، على النحو الذي سنذكره عند دراسة حكم القاضي كمصدر من مصادر الللتزام .

ويلاحظ أن سلطة القاضي في تعديل العقد . في حالة الحوادث الطارئة . تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز في أي عقد من العقود الاتفاق على أنه لا يجوز

تعديله بواسطة القاضى ولو تحققت شروط الحوادث الطارئة السابق دراستها :
مثل هذا الشرط يقع باطلا ، وهو ما يقرره نص المادة ١٤٧ فى عبارته
الآخيرة : « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . ويراعى أن بطلان
هذا الشرط لا يؤدى إلى بطلان العقد فى مجموعه : بل يحذف الشرط
الباطل وحده طبقا لنظرية انتقاص العقد السابق دراستها .

ونظرا لتعلق نظرية الحوادث الطارئة بالنظام العام . فإن حكمها يسرى
بأثر فورى على كل العقود التى أبرمت قبل صدور التقنين المبنى ونفاذه
فى ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، ويكون تنفيذها قد تراخى إلى ما بعد هذا
التاريخ . أما العقود التى أبرمت ونفذت قبل هذا التاريخ فلا يثور شك
فى عدم خضوعها لأحكام هذه النظرية ، وأما العقود التى أبرمت بعد
سريان القانون الجديد فلا يثور شك كذلك فى خضوعها لهذه الأحكام .

ويلاحظ أخيرا أن المشرع نص على تطبيقات مختلفة لنظرية الحوادث
الطارئة ، بجانب النص العام الذى يسرى على كل العقود والذى خصصنا
له الدراسة السابقة . ومن هذه التطبيقات ما يتعلق بنظرة الميسرة (م ٢/٣٤٦
مدنى) ، وما يتعلق بعقد الإيجار (م ٦١٥ مدنى) . وعقد المقاولة
(م ٤/٦٥٨) ، وحق الارتفاق (م ٢/١٠٢٣) .

ويسرى على هذه التطبيقات الخاصة النص الوارد بشأنها ، دون النص
العام ، وهى لا يشترط فى معظمها أن يكون الحادث عاما ، بل يكفى
أن يكون خاصا بشخص المدين ، ويصل الجزاء فى معظمها كذلك إلى
درجة فسخ العقد .

المطلب الرابع

المسئولية العقدية

١٣١ - المقصود بالمسئولية العقدية .

المسئولية عنصر من عناصر الالتزام . وقد سبق أن رأينا أن الالتزام يتحلل إلى عنصرين ، عنصر المديونية ، وعنصر المسئولية . والعنصر الأول وهو عنصر المديونية . يعنى واجب المدين فى أن يقوم بإرادته مختاراً بتنفيذ التزامه أياً كان محله . إعطاء شىء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . فإذا هو أخل بهذا الواجب ، أمكن للدائن تحريك العنصر الثانى فى الالتزام وهو عنصر المسئولية أو الجزاء ، وهو يعنى إجبار المدين على تنفيذ التزامه بطريق القهر ، وهو ما تقوم به السلطة العامة فى المجتمع .

وتحريك المسئولية على هذا النحو يودى إلى تنفيذ الالتزام بواحد من طريقتين . الطريق الأول هو التنفيذ العينى ، وهو أن يقوم المدين بتنفيذ نفس الأداء الذى التزم به . وفى هذا تنص المادة ٢٠٣/ ١ « يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً ، . ويلاحظ أنه بالنسبة لبعض الأداءات يكون التنفيذ العينى ممكناً فى جميع الأحوال ، كما هو الشأن فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود . ولذلك لا يعدل عنه إلى غيره .

أما الطريق الثانى لتنفيذ الالتزام جبراً ، فهو التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض ، ويكون ذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام عيناً ، ولم يتمكن المدين من اثبات أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى كقوة القاهرة أو فعل الغير . وهذا ما تقرره المادة ٢١٥ بقولها « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه » .

ويلاحظ أنه إذا اختار الدائن هذا الطريق الثاني وهو التعويض ، رغم أن التنفيذ العيني لازال ممكناً ، ولم يبدى المدين استعداداً للتنفيذ العيني ، فلا يكون امام القاضى إلا الحكم بالتعويض .

والمسئولية فى صورتها هى الجزاء على اخلال المدين بواجبه كما يحدده عنصر المديونية فى التزامه . وهى العنصر الثانى لهذا الالتزام . وهى لاتؤدى إلى نشأة التزام جديد . بل إلى إعطاء القوة القانونية للالتزام الذى أحل به المدين .

وإذا كان هذا الالتزام عقدياً : فإن المسؤولية تكون عقدية ، ولكن نظراً لأن نظرية الالتزام لها أحكام واحدة وان تعددت مصادر الالتزام فإننا نرى المشرع يجمع فى باب واحد هو آثار الالتزام ، كل الأحكام التفصيلية الخاصة بالتنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل . وهى تسرى على كل الالتزامات العقدية منها وغير العقدية . (راجع المواد من ١٩٩ إلى ٢٣٣) .

وبتضح من العرض السابق أننا لا نقر الرأى الذى يذهب إلى أن المسؤولية العقدية خاصة فقط بالتنفيذ بطريق التعويض . وأن التنفيذ العيني لا يدخل فيها . والواقع أن المسؤولية العقدية هى جزاء الاخلال بالالتزام العقدى ، أياً كانت صورة هذه الجزاء .

ولا ندرس فى هذا المطلب إلا شروط تحقق المسؤولية العقدية ، أى الشروط التى تدعو إلى الإنتقال من عنصر المديونية فى الالتزام إلى عنصر المسؤولية فيه . أما الأحكام التفصيلية فى شأن التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض فكانها فى القسم الخاص بأحكام الالتزام ، لأنها كما قدمنا واحدة بالنسبة لكل الالتزامات أياً كان مصدرها ، العقد أو غيره .

وأركان المسؤولية العقدية ، هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . وندرس كل ركن من هذه الأركان فى فرع مستقل .

الفرع الأول

الخطأ العقدي

١٣٢ - المقصود بالخطأ العقدي

المقصود بالخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً واختياراً . ويتحقق الخطأ بهذا المعنى أياً كان السبب في عدم تنفيذ الالتزام ، سواء رجع ذلك إلى غش المدين وسوء نيته أو إلى إهماله ، أو إلى فعله المجرد من الإهمال ، أو حتى إلى سبب أجنبي كقوة القاهرة . غاية الأمر أنه في هذه الحالة الأخيرة ، فإن مسئولية المدين لا تقوم ، لا لعدم توافر ركن الخطأ فيها ، ولكن لعدم توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر على النحو الذي سنذكره فيما بعد .

وعلى هذا فإن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه هو بذاته الخطأ العقدي . وليس فقط مجرد دليل عليه أو سبب لافتراض وجوده . على أن القول بعدم تنفيذ المدين لالتزامه يتوقف على تحديد نوع هذا الالتزام . وهل هو التزام بتحقيق نتيجة ، أم التزام ببذل عناية فقط .

١٣٣ - الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية .

تنقسم الالتزامات من حيث الواجب الملتي على عاتق المدين إلى قسمين . فهناك الالتزام بتحقيق نتيجة أو كما يسمى الالتزام بغاية . وهو الذي يجب على المدين فيه أن يدرك غاية معينة أو أن يحقق نتيجة معينة . مثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، فالواجب الملتي على عاتق البائع في هذا الالتزام هو نقل ملكية المبيع إلى المدين ، ولا يكون البائع قد وفى بالتزامه إلا إذا تحققت النتيجة فعلاً وهي انتقال الملكية . ومن الأمثلة على ذلك أيضاً التزام المقاول بإقامة مبنى معين ، والتزام الناقل بتوصيل بضاعة معينة .

أما النوع الثاني من الالتزامات فهو الالتزام ببذل عناية ، ويسمى أحيانا الالتزام بوسيلة . والواجب الملقى على عاتق المدين في هذا الالتزام هو ببذل العناية في تنفيذ التزامه دون أن يكون مطالبا بإدراك النتيجة التي يأمل اللائن الوصول إليها . والعناية المطلوبة هي الوسيلة المؤدية إلى تحقيق الأمل الذى يسمى إليه اللائن ، ولكن المدين لا يطالب إلا ببذل هذه الوسيلة ، أو ببذل هذه العناية ، أما تحقق النتيجة أو بلوغ الغاية فهو غير مطلوب منه . مثال ذلك التزام الطبيب بمعالجة المريض ، فالطبيب يلتزم ببذل العناية التى قد تؤدى إلى شفاء المريض ، ولكنه لا يلتزم بتحقيق هذه النتيجة وهى شفاء المريض فعلا .

والغالب أن يكون نوع الالتزام محددا فى العقد . فيذكر فيه ما إذا كان المدين يلتزم بتحقيق نتيجة معينة ، أو يلتزم فقط ببذل العناية في تنفيذ التزامه . فإذا لم يذكر ذلك فى العقد ، فإن القانون يتولى في معظم الأحوال تحديد نوع الالتزام . فإذا لم يوجد تحديد فى القانون أو العقد ، فإن القاضى يحدد نوع الالتزام على أساس معيار مقتضاه أنه إذا كان الالتزام بحسب المألوف تؤدى عناية الرجل العادى في تنفيذه إلى تحقيق الغاية منه . فإنه يكون التزاما بتحقيق نتيجة ، أما إذا كان لا يمكن القول بأن العناية العادية تؤدى غالبا إلى النتيجة المرجوة ، كما هو الشأن فى علاج المرضى ، فإن الالتزام يكون ببذل هذه العناية فقط ، ويكون المدين قد نفذ التزامه إذا هو ببذل هذه العناية . ولو لم يتحقق الغرض المقصود .

والعناية المطلوب بذلها فى الالتزام ببذل عناية . هي عادة عناية الرجل العادى . وهو رب الأسرة المعنى بشئون نفسه . وقد تزيد العناية المطلوبة عن هذا القدر أو تنقص بحسب الأحوال . فالقانون يفرض على المستأجر أن يبذل عناية الرجل العادى في المحافظة على العين المؤجرة (م ٥٨٣ / ١) . والمستعير يجب عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التى يبذلها

في شئونه الخاصة ، على الا تقل عن عناية الرجل العادى (م ١/٦٤١) :
والمودع لديه بغير أجر يلتزم بأن يحافظ على الشيء المودع بنفس العناية التى
يبدلها في شئونه الخاصة دون أن تزيد عن عناية الرجل العادى (م ١/٧٢٠
مدنى) .

وقد نص المشرع على الالتزام ببذل عناية في المادة ٢١١ مدنى وهى تقرر
« (١) في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على
الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فان المدين
يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص
العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هنا ما لم ينص القانون أو الاتفاق
على غير ذلك . (٢) وفى كل حال يبنى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش
أو خطأ جسيم » .

وطبقاً لهذا النص فان اتفاق المتعاقدين أو نص القانون هو الذى يحدد
درجة العناية المطاوعة من المدين ، فاذا لم يوجد تحديد من هذا القبيل . فان
المدين يكون قد نفذ التزامه إذا هو بذل في ذلك عناية الرجل العادى . وطبقاً
لهذا النص أيضاً لا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية عن غشه أو
خطئه الجسيم على ما سنذكره فيما بعد . ويتضح مما سبق أن تحديد الخطأ
العقدى ، يتوقف على تحديد نوع الالتزام . فاذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة
فان الخطأ العقدى يتوافر إذا لم تتحقق هذه النتيجة ولو أثبت المدين أنه بذل
عناية كبيرة في سبيل تحقيقها . أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فقط ، فان
المدين يبنى عن نفسه الخطأ إذا هو أثبت أنه بذل العناية المطلوبة . ولو لم
تتحقق النتيجة التى كان يسمى إليها الدائن .

١٣٤ - اثبات الخطأ .

الأصل في الاثبات أن على الدائن أن يثبت وجود الالتزام . وأن على
المدين أن يثبت التخلص منه . وتطبيق هذه القاعدة على الخطأ العقدى .

يعنى أنه يكفى أن يثبت الدائن وجود الالتزام ، وعلى المدين أن يثبت قيامه بتنفيذه ، وإلا اعتبر مقصرا وتحقق الركن الأول من أركان مسئوليته وهو الخطأ .

وتطبق هذه القاعدة يبدو سهلا فى الالتزام بنتيجة ، إذ يكفى أن يثبت الدائن وجود العقد مصدر الالتزام ، فإذا كان العقد هو عقد بيع ، والالتزام هو التزام البائع بنقل الملكية ، فإن النتيجة المطلوب تحقيقها وهى نقل الملكية ، تكون أمرا ملموسا يسهل التزل بوجوده أو عدم وجوده ، ومجرد ادعاء الدائن بعدم تحقق النتيجة يلقى على المدين عبء اثبات تحققها . والا فانه لا يكون قد نفذ التزامه ويعتبر مخطئا .

أما بالنسبة للالتزام ببذل عناية فإن الخطأ العقدى يتحقق إما لأن المدين لم يقم بالعمل أصلا ، أو أنه قام به بغير العناية الكافية . فإذا أثبت الدائن وجود الالتزام وأدعى أن المدين لم يقم بالعمل أصلا ، فينتقل عبء الاثبات إلى المدين الذى يكون عليه أن يثبت أنه قام بأداء العمل ، وبالعناية المطلوبة . وللدائن أن ينازع المدين فى صحة ما يدعيه ويثبت أن المدين قد ارتكب إهمالا لا يتفق مع العناية المطلوبة . ولهذا الأخير أن ينفى عن نفسه هذا الإهمال . وهكذا يمكن أن يتبادل الطرفان ادعاءات متعارضة إلى أن يثبت خطأ المدير ، إما بعجزه عن نفي ادعاء الدائن بعدم قيامه بالعمل أصلا ، أو بعجزه عن نفي ادعاء الدائن بوقوع إهمال من جانبه فى القيام بهذا العمل . أو أن يثبت عدم خطأ المدين بنفيه كل إدعاءات الدائن فى هذا الشأن . ويلاحظ أن تبادل عبء الاثبات فى هذا النوع من أنواع الالتزام يرجع إلى أن الخطأ العقدى لا يتمثل فى شيء ملموس كما هو الشأن فى الالتزام بنتيجة . ولكن إلى نفي يصعب التحقق منه وهو عدم بذل المدين العناية المطلوبة فى تنفيذ التزامه .

ولكن لا يغير هذا شيئا في أن المدين هو الذى يتحمل عبء نفي الخطأ ،
بهواء كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببلل عناية ، وسواء كان الدائن يرجع
على المدين بالتنفيذ العيني أو بالتنفيذ بطريق التعويض . وذلك على خلاف
ما يراه البعض من أن المدين هو الذى يتحمل عبء نفي الخطأ إذا كان
الدائن يرجع عليه بالتنفيذ العيني . أما إذا كان الدائن يرجع على المدين
بالتنفيذ بمقابل أى بطريق التعويض . فإن الدائن هو الذى يتحمل عبء
اثبات الخطأ في جانب المدين .

١٣٥ - نظرية تدرج الخطأ ودرجةها .

هناك نظرية مهجورة تقول بتدرج الخطأ . وهى تقسم الخطأ إلى ثلاثة
انواع : الخطأ الجسيم وهو الذى لا يقع فيه الشخص المهمل وهو يقرب
من الغش . والخطأ اليسير . وهو الذى لا يقع فيه الشخص العادى . والخطأ
التافه وهو الذى لا يقع فيه الشخص الحريص الخذر .

وطبقاً لهذه النظرية فإن تقسيم الخطأ يقابله أيضاً تقسيم للعقود : فمن العقود
ما هو في مصلحة الدائن وحده . ولا يسأل فيه المدين إلا عن الخطأ الجسيم .
مثال ذلك عقد الوديعة بدون أجر . ومن العقود ما هو لمصلحة المدين وحده
كعقد العارية ويسأل فيه المدين حتى عن الخطأ التافه . ومن العقود ما هو في
مصلحة الطرفين . كمعقد الإيجار ويسأل فيه المدين عن الخطأ اليسير دون
الخطأ التافه .

وهذه النظرية نسبت إلى القانون الرومانى . وهى ليست منه . ولكنها
من صياغة فقهاء القانون الفرنسى القديم . وهى نظرية مهجورة في الفقه
الآن ولا يأخذ بها أحد . فهى لا تنطبق إطلاقاً على أحد نوعى الالتزام
وهو الالتزام بنتيجة ، وهى ليست صحيحة كذلك بالنسبة للنوع الثانى
وهو الالتزام بعناية .

فبالنسبة للالتزام بتحقيق نتيجة سبق أن رأينا أن الخطأ له معنى واحد

وهو علم تحقق النتيجة أيا كانت الأسباب التي أدت إلى ذلك : غش المدين أو خطوئه الجسيم أو خطوئه اليسير أو خطوئه النافه . بل وكور جمع ذلك إلى سبب أجنبي لا بد للمدين فيه . لأنه في هذه الحالة لا تتحقق مسئولية المدين : لا لانعدام الخطأ من جانبه . فالخطأ ثابت بمجرد عدم تحقق النتيجة . ولكن لنرى علاقة السببية بين الخطأ والضرر . فنظرية تدرج الخطأ لا تنطبق إذن على الالتزام بتحقيق نتيجة في أى حال من الأحوال .

وبالنسبة للالتزام ببذل عناية فإن النظرية غير صحيحة كذلك : لأن المشرع وضع قاعدة عامة مقتضاها أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل العادى ، وأن الخطأ يتحقق إذا لم يبذل المدين عناية الرجل العادى في تنفيذ التزامه . ومعيار عناية الرجل العادى . جاء النص عليه في المادة ٢١١ مدنى السابق ذكرها . وفي الأحوال التى أراد فيها المشرع أن يقتضى من المدين عناية أخرى ، أقل أو أكثر من عناية الرجل العادى . فإنه حدد ذلك صراحة . فهو يلزم المستعير بأن يحافظ على الشيء بنفس العناية التى يحافظ بها على شئونه الخاصة على ألا يقل ذلك عن عناية الرجل العادى (م ١/٦٤١) . وهو يلزم المودع لديه بغير أجر أن يبذل أيضا العناية التى يبذلها فى المحافظة على شئونه الخاصة على ألا تزيد على عناية الرجل العادى (م ١/٧٢٠) . وفى كل هذه الأمثلة فإن المشرع يضع للخطأ معايير مختلفة ولكن لا يراعى فى أى منها فكرة تدرج الخطأ أو أقسامه المختلفة .

وبلاحظ أن كل القواعد التى يضعها المشرع فى هذا الشأن لا تلزم المتعاقدين فى شئ إذ جور لها الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية على النحو الذى سنذكره فيما يلى .

١٣٦ - تعديل أحكام المسئولية العقدية .

المسئولية العقدية هى جزاء الإخلال بالالتزام عقدى . فإذا كان العقد ذاته يرجع فى مصدره إلى إرادة طرفيه ، فإن هذه الإرادة المشتركة تملك أيضا

التعديل من أحكام المسؤولية التي تترتب على الإخلال بهذا العقد . فالإرادة تملك التشديد من مسؤولية المدين إلى أقصى حد . وهي تملك أيضا التخفيف من هذه المسؤولية إلى درجة الإعفاء منها . ولا يحد من الإرادة في هذا الشأن إلا الطبيعة الفنية لتكوين العقد . أو فكرة النظام العام . وقد نص المشرع على تعديل أحكام المسؤولية بواسطة المتعاقدين في المادة ٢١٧ مدني وهي تقرر :

« (١) يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة . (٢) وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، (٣) ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

ويتضح من هذا النص أن هناك فارق أساسي بين المسؤولية العقدية . وبين المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع وهو المصدر الثاني من مصادر الالتزام . والتي تسمى بالمسؤولية التقصيرية . فبينما يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية . فإنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية لتعلقها بالنظام العام .

وفي نطاق المسؤولية العقدية فإنه يجوز الاتفاق على التشديد من مشوبة المدين . أو التخفيف . أو الإعفاء منها . والتشديد من مسؤولية المدين له تطبيقات مختلفة . فهو قد يحول الالتزام بعناية إلى الترام بتحقيق نتيجة . وقد يحول الالتزام بتحقيق نتيجة إلى ضرب من التأمين . فإذا كان نوع الالتزام هو بذل عناية معينة فإنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين مسئولا إذا لم تتحقق النتيجة التي يأمل الدائن الوصول إليها . بحيث لا ينفي المدين

المسئولية عن نفسه بمجرد اثباته أنه بذل العناية المطلوبة في هذا النوع من الالتزام ، أو أنه بذل عناية أكثر من العناية المطلوبة . ولكنه ينفي المسؤولية فقط إذا هو أثبت تحقق النتيجة فينتفى الخطأ من جانبه ، أو إذا هو أثبت سبب الأجنبي فتنتفى رابطة السببية بين الخطأ والضرر .

وإذا كان نوع الالتزام هو تحقيق نتيجة معينة . فإن الخطأ يتوافر في جانب المدين كما سبق أن ذكرنا ، فمجرد عدم تحقق النتيجة . ولكن المسؤولية تنتفى عن المدين إذا هو أثبت أن ذلك راجع إلى سبب أجنبي ، فتنتقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر . ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن المدين يظل مسئولاً ولو رجع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبي . ومثل هذا الاتفاق يجعل الالتزام نوعاً من التأمين . فالمدين لا يلتزم بالوفاء بالدين فحسب . ولكنه يؤمن الدائن ضد الخطر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي كقوة القاهرة مثلاً ، وكما يجوز الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية ، فإنه يجوز الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء منها .

والتخفيف من المسؤولية إما أن يحول الالتزام بنتيجة إلى التزم ببذل عناية . أو أن يخفف من درجة العناية المطلوبة من المدين .

فمن الحائز الاتفاق بصدد التزم بتحقيق نتيجة معينة أن المدين يكون قد وفى التزمه إذا هو بذل عناية الرجل العادى ، أو عناية أقل أو أكثر بحسب الاتفاق . فيتحول الالتزام تبعاً لهذا الاتفاق من التزم بتحقيق نتيجة إلى التزم ببذل عناية .

ومن الحائز الاتفاق في عقد يلتزم فيه المدين بحسب الأصل ببذل عناية الرجل العادى . بأن المدين لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم وهو الذى لا يقع فيه إلا الرجل المهمل . ولا يكون مسئولاً عن الخطأ اليسير . وهو الذى لا يقع فيه الرجل العادى .

ولكن لا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية ولو ارتكب خطأ جسيماً أو تعمد بإرادته ألا يوفى بالالتزام . ويلاحظ أن الخطأ الجسيم يتساوى مع الفعل العمد ، لأن الخطأ الجسيم لا يقع حتى من الشخص المهمل ، وبصعب التمييز بينه وبين الخطأ العمد . والسبب في أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من الخطأ العمد . هو أنه لو تم مثل هذا الاتفاق ، فإنه المدين يكون من حقه إما تنفيذ العقد ، أو عدم تنفيذه ، أى أن التزامه يكون معلقاً على شرط إرادى محض . وهو مالا تسمح به الطبيعة الفنية لتكوين العمد . لأنه يساوى عدم الالتزام . ومن غير المقبول أن يكون المدين ملتزماً بإرادته وحدها . فهذا يعنى أنه ملتزم وغير ملتزم فى نفس الوقت . ولذلك فمن المبادئ المقررة فى القانون أن تعليق الالتزام على شرط إرادى محض غير جائز .

ولكن يلاحظ أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناشئة عن الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد أنصافاً من تابعيه . ذلك أنه إذا كان المتعاقد يسأل عقدياً عن خطأ تابعه ، كالموَجَّر يسأل عقدياً أمام المستأجر عن خطأ البواب ، والدائن يسأل عقدياً أمام الكفيل عن خطأ محامى الدائن أو وكيله فى إضاعة التأمينات الأخرى الضامنة للمدين . فإنه إذا اتفق على أن المتعاقد لا يسأل عن خطأ تابعه حتى ولو كان غشاً أو خطأ جسيماً ، فإن هذا جائز ، وهو لا يؤدى إلى جعل الترام هذا العاقد معلقاً على محض إرادته . وقد نص القانون على جواز ذلك صراحة . وننتقل الآن إلى دراسة الركن الثانى من أركان المسؤولية العقدية وهو الضرر .

الفرع الثاني

الضرر

للضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية . وتدرس فيما يلي عبء اثبات الضرر ، ونوعى الضرر المادى والأدبى ، ونحدد ما إذا كان المدين يلتزم بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، أم أنه لا يسأل إلا عن الضرر المتوقع وحده .

١٣٧ - عبء اثبات الضرر .

يختلف عبء اثبات الضرر بحسب ما إذا كان الدائن يرجع على المدين مطالباً بالتنفيذ العينى ، أو أنه يرجع عليه مطالباً بالتعويض وهو التنفيذ بمقابل .

فإذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ العينى ، فإنه لا يطالب باثبات الضرر ، لأن عدم التنفيذ يودى إلى ثبوت الضرر حتماً . بل ولا يستطيع المدين أن ينقى مسؤوليته باثبات عدم حدوث ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ العينى . أما إذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ بمقابل أى التنفيذ بطريق التعويض ، فإن عليه فى هذه الحالة أن يثبت الضرر الذى أصابه من عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو من تأخيره فى القيام بتنفيذه .

وهناك حالة واحدة لا يلتزم فيها الدائن باثبات الضرر ، وهى الخاصة باستحقاق الفائدة عن الالتزامات النقدية . فإن الفائدة مقرره باعتبارها تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الدائن من عدم جبايته للنقود التى يستحقها . والدائن لا يطالب باثبات وقوع هذا الضرر ، والمدين لا يملك نفي وقوع هذا الضرر . وفى هذا تقرر المادة ٢٢٨ مدنى ، ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية . أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير .

وهناك حالة ينتقل فيها عبء الإثبات من الدائن إلى المدين . وفى الحالة التى يتفق فيها على مقدار التعويض فى العقد ، وهو ما يسمى بالشرط الجزائى . بالرغم من هذا الاتفاق فإن التعويض لا ينبغى أن يزيد عن الضرر . فإذا ادعى المدين أن التعويض المتفق عليه يزيد على الضرر الذى أصاب الدائن أو أنه لم يصيب الدائن أى ضرر ، وطالب بتخفيض التعويض إلى قدر الضرر أو عدم الحكم به إطلاقاً ، فمابه هو أن يثبت هذا الادعاء ، وفى هذا تقرر المادة ٢٢٤ مدنى « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً ، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

١٣٨ - الضرر المادى .

هو الذى يمكن تقويمه بالنقود ، وهو أكثر شيوعاً فى المشوابة المتقدمة من الضرر الأذى . ونظراً لأن العقود تنظم العلاقات المالية بين الأفراد ، فإن عدم تنفيذها يودى فى أغلب الأحيان إلى ضرر مادى يلحق الدائن بالالتزام الذى لم يتم تنفيذه . مثال ذلك الضرر الذى يصيب صاحب البضاعة فى عقد النقل إذا لم تصل هذه البضاعة إلى الجهة المقصودة بسبب سرقة أو حريق أو ضياع ، والضرر الذى يصيب المؤجر من التلف الذى أحدثه المستأجر بالعين المؤجرة ، والضرر الذى يلحق بالمعير أو المودع ، إذا لم يتم المستعير أو المودع لديه برد الشئ المعار أو الشئ المودع . ومثال ذلك أيضاً الضرر الذى يلحق المسافر من إصابته فى حادث أثناء الطريق مما سبب له عجزاً كلياً أو جزئياً فى قدرته على العمل وقدرته على الكسب .

وبشروط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر حالاً أو محقق الوقوع ولو كان مستقبلاً ، أما إذا كان احتمالياً فلا يستحق عنه التعويض إلا بحلوله فعلاً .

والضرر الحال هو الضرر الذى وقع فعلاً ، ويصدق ذلك على كل الأمثلة السابق ذكرها . أما إذا كان إخلال المدين بالتزامه لم يترتب عليه ضرر

للدائن ، فلا يحكم لهذا الأخير بأى تعويض . مثال ذلك المستأجر يمتنع عن تسليم العين المؤجرة ، فيقوم المؤجر بتأجيرها لشخص آخر عن نفس المدة المتفق عليها في عقد الإيجار الأول وبنفس الأجرة . في هذه الحالة فإن المؤجر لم يلحقه أى ضرر من عدم قيام المستأجر الأول بتنفيذ عقد الإيجار . مثال ذلك أيضا أن يهمل الوكيل في قيد رهن لمصلحة موكله مما يترتب عليه عدم نفاذ هذا الرهن في مواجهة الغير . ولكن يتبين أن هذا العقار كان مستغرقا برهون أخرى سابقة في القيد على نشأة رهن الموكل ، مما لا يجعل في قيد هذا الرهن أى فائدة له ، وبالتالي فلا يصيبه أى ضرر من جراء عدم القيد ، ولا يستحق أى تعويض قبل وكياله المهمل .

وقد لا يكون الضرر حالا بل مستقبلا . ولكنه مع ذلك يحقق الوقوع . وفي هذه الحالة يتوافر ركن الضرر ، كما لو كان حالا . مثال ذلك أن يهمل الدائن في عقد الكفالة في المحافظة على التأمينات التي سيستفيد منها الكفيل عندما يرجع في المستقبل على المدين الذي كفله بما وفاه من دين هذا المدين قبل الدائن . في هذا الفرض تبرأ ذمة الكفيل قبل الدائن بقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات ، لأن الضرر الذي أصاب الكفيل وإن كان مستقبلا إلا أنه يحقق الوقوع (راجع المادة ٧٨٤ مدني) .

وقد يكون الضرر المستقبل محقق الوقوع في وجوده ، ولكنه غير محدد في مقداره . مثال ذلك أن يصاب شخص في حادث أثناء تنفيذ عقد نقل ، ولا يعرف وقت الإصابة الآثار النهائية لهذا الحادث . في هذه الحالة يثبت حتى الدائن في التعويض في الحال ، ولكن يرجى تقدير التعويض إلى وقت يمكن فيه تقدير الضرر بصفة نهائية .

أما إذا كان الضرر احتماليا قد يقع وقد لا يقع ، فإنه لا يربط مسئولية المدين ، إلا عند وقوعه فعلا ويضرب مثال على ذلك بالتلف الذي يحدثه المستأجر

في العين المؤجرة بما يهدد هذه العين بالانهيار . فالتلف ضرر حال يحكم عنه بالتعويض . أما انهيار العين فهو ضرر محتمل لا يؤدي إلى الزام المستأجر بالتعويض عنه إلا إذا وقع فعلا .

١٣٩ - الضرر الأدبي .

الضرر الأدبي هو الألم الذي يصيب الشخص لسبب يمس عاطفته أو شعوره أو كرامته أو سمعته . والضرر من هذا القبيل كثير الحدوث في المسؤولية التقصيرية عن العمل غير المشروع على ما سنراه عند دراسة هذا المصدر من مصادر الالتزام ، ولكنه قليل الحدوث في المسؤولية العقدية التي تثور غالبا بسبب علاقات مالية وليست أدبية . ومع ذلك فإن الاخلال بالعقد يسبب أحيانا ضررا أدبيا للدائن . مثال ذلك الطبيب يذيع أسراراً عن المريض الذي يعالجه مما يسبب له ضررا في سمعته أو شعوره . ومثال ذلك الوكيل الذي يذيع أسراراً عن موكله . ومثال ذلك الناشر يحرف في الكتاب الذي تعاقد معه مؤلفه على نشره ، فيصيب المؤلف ضرر أدبي نتيجة لهذا التحريف وحتى لو لم يصبه أي ضرر مادي . ومثال ذلك الراكب يصاب بحادث ينتج عنه تشويه مما يؤديه شعوره ذلك إلى جانب الضرر المادي الذي يلحقه من تحمل نفقات العلاج أو إذا أصابه عجز في قدرته على العمل بسبب نفس الحادث .

وكان هناك رأي قديم في الفقه الفرنسي لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ، ويقصر التعويض عن هذا الضرر على المسؤولية التقصيرية وحدها . ولكن هذا الرأي لا يأخذ به الفقه الغالب الآن ، فضلا عن أن المشرع المصري وضع نصا صريحا قرر فيه جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية على السواء ، وهو نص المادة ٢٢٢ الذي يقرر « يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

وستكمل دراسة المسائل الأخرى المتعلقة بالضرر الأدبي عند دراسة
المسئولية التقصيرية .

١٤٠ - الضرر المباشر المتوقع .

الضرر إما أن يكون مباشرا أو غير مباشر . والمدين لا يسأل إلا عن
الضرر المباشر سواء في المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية . والضرر
المباشر إما أن يكون متوقعا أو غير متوقع . ويسأل المدين في المسئولية العقدية
عن الضرر المباشر المتوقع ، ولكنه لا يسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع
إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم . وعلى غير ذلك فإن المدين في المسئولية
التقصيرية يسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع .

ومن الأمثلة التي يمكن أن توضح مدلول هذه الاصطلاحات المختلفة
أن يتعرض المؤجر للمستأجر ويضطره إلى إخلاء العين المؤجرة . فينتقل
المستأجر إلى مسكن آخر أجرته أعلى من أجره المسكن الأول . ويصاب
بعض أثاثه بتلف أثناء النقل ، ثم يصاب بمرض في المسكن الجديد بسبب
وجود ميكروب كامن هنا المسكن . فيلاحظ أن المرض الذي أصاب
المستأجر هو ضرر غير مباشر لا يسأل عنه المؤجر . أما التلف الذي أصاب
الأثاث فهو ضرر مباشر ولكنه غير متوقع ، ومع ذلك فإن المؤجر يسأل
عنه لأنه هو الذي أخرج المستأجر من العين بتعرضه المتعمد . أما إذا كان
المستأجر قد خرج من العين لمجرد أن المؤجر لم يقيم بترميمات كان المستأجر
قد اشترطها عليه . فإن خطأ المؤجر لا يكون متعمدا ولا يسأل عن التلف
الذي أصاب الأثاث باعتباره ضررا غير متوقع وقت العقد . أما الزيادة في
أجرة المسكن الثاني عن أجرة المسكن الأول ، فهذه هي الضرر المباشر المتوقع
الذي يسأل عنه المؤجر ولو لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما .

وقد جاء هذا الحكم في المادة ٢٢١/٢ ملغى التي تقرره ومع ذلك إذا كان

والإلتزام. مصلحه العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد .

ويقال تبريراً للحكم الذي يجعل المدين مسئولاً عن الضرر المتوقع وغير المتوقع في حالة الغش أو الخطأ الجسيم ، هو أن مسئولية المدين تنقلب في هذه الحالة من مسئولية عقدية إلى مسئولية تقصيرية . ومع ذلك فيعييب هذا الرأي أن مسئولية المدين تظل عقدية حتى في حالة الغش أو الخطأ الجسيم . ولذلك فتبرير هذا الحكم هو ما يقول به الدكتور السهروري ، وهو أنه بحسب الأصل يسأل المدين عن الضرر المتوقع وغير المتوقع في المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية على السواء . فإذا كان المبدأ المقرر هو أن المدين لا يسأل في المسئولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع وحده دون الضرر غير المتوقع ، فانما يأتي هذا الحكم من اتفاق مفترض بين الدائن والمدين على تحديد مسئولية المدين على هذا النحو ، إذ الغالب أن الدائن لا يقتضي من المدين أن يعوضه إلا عن الضرر المتوقع وحده . ونظراً لأن الاتفاق على تخفيف مسئولية المدين جائز كما سبق القول . إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم ، فانه في هذه الحالة لا يؤخذ بالاتفاق المفترض ، ويرجع إلى الأصل في تحمل المدين المسئولية عن الضرر الذي أصاب الدائن ولو لم يكن متوقفاً وقت إبرام العقد .

والضرر المتوقع الذي يسأل عند المدين ، هو ما كان متوقفاً في ضيقه وفي مقداره . فالطرد المرسل بالبريد أو بالسكك الحديدية إلى جهة معينة ، قد لا يصل بسبب تلف أو ضياع أو حريق . وكل هذه أسباب متوقعة للضرر . ولكن لا يكفي أن يكون سبب الضرر متوقفاً . بل يجب أن يكون مقداره متوقفاً كذلك . فإذا ادعى مرسل الطرد أنه كان يحتوي على مجوهرات أو أشياء أخرى ثمينة ، فان الناقل لا يكون مسئولاً عن تويض هذا الضرر الكبير ، ما لم يكن المرسل قد أعلمه بمحتويات الطرد ، لأن مثل هذا الضرر غير متوقع في مقداره بحسب المألوف في المعاملات . ويرجع في

تقدير ما إذا كان الضرر متوقعا في سببه وفي مقداره إلى معيار موضوعي هو معيار الرجل العادي في التوقع .

الفرع الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١٤١ - السببية مفترضة حتى يثبت العكس .

لا يكفي أن يقع خطأ من المدين ، وأن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية ، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر . وهذا هو المقصود بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر باعتبارها ركنا مستقلا من أركان المسؤولية العقدية .

والمرشح لم يلقى على الدائن عبء اثبات وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، بل افترض أن الخطأ راجع إلى الضرر . وعلى المدين إذا كان يدعى عكس ذلك أن يقوم بنفي السببية بين الخطأ والضرر . وفي هذا المعنى تقرر المادة ٢١٥ مدني أنه : إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه .

والمدين ينفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، إذ هو أثبت أن الضرر راجع إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ الدائن نفسه .

ومن الأمثلة على السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية ، أن يتعهد تاجر بتوريد سلعة من الخارج ، ثم يصدر قرار من الحكومة بمنع استيراد

هذه السلعة . وفي هذا المثال يتحقق الخطأ في جانب المدين بمجرد عدم قيامه بتحقيق النتيجة وهي توريد السلعة ، ويصيب الدائن ضرر إذا كان يعتمد في عمله على هذه السلعة ولا يمكنه أن يستبدلها بسلعة أخرى منتجة انتاجا محليا . ومع ذلك لا تقوم مسئولية المدين لانتهاء علاقة السببية ، بحوث سبب أجنبي هو قرار الحكومة الذى منع استيراد هذه السلعة ٥

ونظرا لأن الأسباب التى تؤدى إلى حدوث الضرر بعضها مباشر وبعضها غير مباشر ، كما أن بعضها منتج وبعضها غير منتج ، فإن المدين لا يكون مسئولا عن الضرر إلا إذا كان الخطأ الصادر منه هو السبب المباشر المنتج في أحداث هذا الضرر . وسنبين مدلول هذه الاصطلاحات المختلفة عند دراستنا للمسئولية التقصيرية إذ أنها تتفق مع المسئولية العقدية في كل هذه الأحكام ٥

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الأركان الثلاثة للمسئولية العقدية ، ونكون أيضا قد انتهينا من دراسة آثار العقد ، وننتقل الآن إلى الفصل الثالث لندرس زوال العقد .

الفصل الثالث

زوال العقد

١٤١ - الانقضاء والابطال والانحلال .

العقد يزول إما بانقضائه أو بابطاله أو بانحلاله .

. والانقضاء يرتب على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، وهو الطريق الطبيعي لزواله . ففي عقد البيع إذا دفع المشتري الثمن ونقل له البائع الشيء المبيع انتضى العقد . وفي عقد المعاولة إذا قام المفاوض بتنفيذ المشروع المتفق عليه وقام رب العمل بدفع الأجر ، انقضى العقد .

وبطبيعة الحال فإن كيفية انقضاء العقد تتوقف على كيفية تنفيذه . وفي هذا تختلف العقود الفورية عن عقود المدة .

والمثلين السابق ذكرهما يتعلقان بعقود فورية ، أما إذا كان العقد من العقود الزمنية كعقد الإيجار مثلاً فإن تنفيذه يكون ممتداً في الزمان ، ولا ينتضى العقد إلا بانقضاء مدته مع قيام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع ، وقيام هذا الأخير بدفع الأجرة .

أما لبطل العقد فهو الجزاء على تخلف ركن من أركان انعقاده أو شرط من شروط صحته . والعقد إما أن يبطل بطلاناً مطلقاً . أو يبطل بطلاناً نسبياً . وفي الحالتين إذا تقرر البطلان أو الإبطال فإن العقد يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن وقد سبق لنا دراسة ذلك فنحيل إليه .

أما انحلال العقد فهو زواله لا بسبب بطلانه ولا بسبب تنفيذه . ولكنه زوال يرد على عقد صحيح وقبل أن ينتضى بالتنفيذ . وانحلال العقد له ثلاث صور ، التقابل والإلغاء بالإرادة المنفردة والفسخ . والتقابل هو

اتفاق الطرفين على الغاء العقد ، فهو الغاء بالإرادة المشتركة التي كانت مصدر العقد .

وهو يتم باتفاق جديد ، أى بإيجاب وقبول جديدين . والتقابل ليس له أثر رجعي فهو عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه . ومع ذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على الأثر الرجعي لزوال العقد ، أى على اعتباره كأن لم يكن قائما في يوم من الأيام . ولكن هذا الاتفاق لا يجوز أن يمس بحقوق الغير أو يخالف قواعد شهر الحقوق . فإذا كان العقد الأول هو عقد بيع لعقار وانتقلت به الملكية إلى المشتري بالتسجيل ، فإن التقابل لا ينتج أثره في حق الغير إلا من وقت تسجيله . ويترتب على تسجيله أن تعود الملكية مرة أخرى إلى البائع من وقت التسجيل ، فإذا كان الغير قد اكتسب حقا على العقار من المشتري في الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل التقابل فإن هذا الحق يظل نافذا في حق البائع التي عادت إليه ملكية الشيء .

والصورة الثانية لانحلال العقد هي الغاؤه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين .
والأصل هو عدم جواز ذلك ، لأن العقد لا يجوز نقضه إلا بإرادة المتعاقدين معا . ومع ذلك فقد أجاز المشرع الغاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين في بعض العقود التي تسمح طبيعتها بذلك ، ومع توافر شروط معينة روعي فيها حماية حق الطرف الآخر في العقد . ومن هذه العقود عقد الوكالة (م ٧١٥ ، ٧١٦) ، وعقد العارية (م ٦٤٣ / ٣ ، ٦٤٤) ، وعقد الوديعة (م ٧٢٢) ، وعقد المقاولة (م ٦٦٣ / ١) ، وعقد القرض (م ٥٤٤) ، وعقد الدخل الدائم (م ٥٤٦) ، وعقد التأمين (م ٧٥٩ . م ٧٦٢) .
وعقد الشركة (م ٥٣١) ، وعقد الهبة (م ٥٠٠ - ٥٠٣) .

والصورة الثالثة لانحلال العقد هي الفسخ . والفسخ هو الجزء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته . ولا يكون ذلك إلا في العقود الملزمة للجانبين . فإذا أخل أحد المتعاقدين في عقد من هذه العقود بالتزاماته جاز

للمتعاقد الآخر بدلاً من طلب تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً ، أو طلب التعويض عن عدم التنفيذ ، أن يطلب فسخ العقد وهو ما يؤدي إلى زواله بأثر رجعي . وقد لا يطلب الطرف الآخر الفسخ . ولكنه يتمسك فقط بعدم تنفيذ التزامه هو إلى أن يقوم المتعاقد المخل بتنفيذ ما عليه من التزام . وندرس فيما يلي الفسخ وعدم التنفيذ في مبحثين متتابعين . ونكتفي بما ذكرناه بصدد انقضاء العقد وإبطاله وإحلاله .

المبحث الأول

الفسخ

١٤٣ - أساس فسخ العقد .

يقال أن أساس فسخ العقد أنه في العقود الملزمة للجانبين يوجد شرط ضمنى فاسخ ، بمقتضاه ينفسخ العقد إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . وهذا القول غير صحيح ، وإلا لانفسخ العقد في جميع الحالات ولم تكن هناك حاجة إلى طلب الفسخ أمام القضاء . مع أن المقرر أنه إذا لم يوجد اتفاق على الفسخ بين الطرفين ، فلا بد من الالتجاء إلى القضاء لتقريره . والقاضي قد يحكم بالفسخ وقد لا يحكم به على ما سنراه . وكذلك فإن طالب الفسخ يجوز له أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ العيني ، كما أن المدين يستطيع أن يتوقى الفسخ إذا هو عرض تنفيذ الالتزام .

والشائع أن أساس الفسخ هو فكرة السبب طبقاً للنظرية التقليدية في هذا الشأن . ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر . فإذا أخل أحدهما بالتزامه ، جاز للآخر أن يطلب فسخ العقد ، لأن التزامه يصبح بغير سبب ، فالسبب ينبغي أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد ، وكذلك وقت تنفيذه .

وقد سبق أن رأينا أن خصوم النظرية التقليدية في السبب يرون عدم الحاجة إلى الاستعانة بفكرة السبب على هذا النحو ، وأنه يكفي القول بأن الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، يجعل من حق أى من المتعاقدين طبقاً لمبادئ العدل والعقل أن يطلب فسخ العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه . ففكرة الارتباط تغني إذن عن فكرة السبب كأساس للحق في طلب الفسخ .

والفسخ إما أن يتقرر بحكم القاضي أو باتفاق المتعاقدين أو بقوة القانون . وندرس هذه الأنواع الثلاثة للفسخ بنفس هذا الترتيب .

المطلب الأول

• فسخ العقد بحكم القاضي

١٤٤ - شروط الفسخ .

تنص المادة ١٥٧ مدني على أنه « (١) في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى . (٢) ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة له » .

يوضح من هذا النص ومن القواعد العامة أن شروط الفسخ هي أن يكون العقد ملزماً للجانبين ، وأن يكون أحد الطرفين لم ينفذ التزامه ، وأن يكون الطرف الآخر على استعداد لتنفيذ التزامه وقادر على إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل العقد ، وأن يقوم بإعذار الطرف الأول ورفع الدعوى عليه أمام القضاء . وندرس كل هذه الشروط فيما يلي :

١ - يجب أن يكون العقد المطلوب فسخه من العقود الملزمة للجانبين ،
إذ في مثل هذه العقود يقوم الارتباط بين الالتزامات المتقابلة مما يربط لأحد
الطرفين أن يطلب الفسخ حتى يتحلل من التزامه إذا كان الطرف الآخر
لم يتم بتنفيذ التزامه ، أما في العقود الملزمة لجانب واحد كالكفالة والهبة
غير أجر ، فإن طرفاً واحداً فيها هو الذي يلتزم ، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه ،
فلا يتصور طلب الفسخ من الطرف الآخر الذي لا يتحمل بأى التزام
يؤدى الفسخ إلى تحلله منه . بل المتصور منه هو طلب التنفيذ وليس طلب
الفسخ .

٢ - ويجب أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه . أما إذا كان
عدم تنفيذ هذا الالتزام يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإن
الالتزام ينقضى من تلقاء نفسه ، وينقضى الالتزام المقابل وينفسخ العقد
بقوة القانون ، فيكون الحكم هو انقضاء العقد وليس فسخه . فالفسخ
القضائي يختلف عن الانقضاء بحكم القانون في أن عدم التنفيذ راجع فيه
إلى خطأ المدين ، وليس إلى سبب أجنبي .

٣ - ويشترط ثالثاً أن يكون طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزامه أو هو
على استعداد للقيام بذلك ، إذ لا يتصور أن ينعى أحد المتعاقدين اخلال
الآخر بالتزامه . إذا كان هو نفسه في نفس الدرجة من الاخلال .

٤ - ويشترط كذلك أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الوضع
إلى ما كان عليه من ناحيته هو . لأن الفسخ يترتب عليه اعتبار العقد كأن
لم يكن ، وبالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد .
فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً من الطرف الآخر وقام بنقله بعد ذلك
إلى شخص آخر ، فإنه لا يستطيع أن يسترد هذا الشيء من المتصرف إليه
لأنه ضامن له والضمان والاسترداد لا يجتمعان ، وبالتالي لا يستطيع أن يرد
هذا الشيء الذي أخذه ، ومن ثم لا يجوز له طلب الفسخ . بل هو يطلب
فقط التنفيذ العيني أو التعويض .

٥ - ويجب أن يقوم طالب الفسخ بإعذار الطرف الآخر : والمقصود بالإعذار هو تكليف المدين بالوفاء في صورة ثابتة بإعذار على يد محضر ، أو بطريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مرتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر (م ٢١٩ مدنى) . ويلاحظ أن رفع الدعوى يعتبر إعذاراً كافياً . ولكن إذا سبق رفع الدعوى لإعذار باجراء مستقل ، فإن ذلك يساعد الدائن على اثبات تخلف المدين عن الوفاء ويجعل استجابة القاضى إلى طلب الفسخ أكثر مناسلاً ، وقد يحكم بالتعويض أيضاً بجانب الحكم بالفسخ .

٦ - والشرط الأخير ، وهو ليس فى حقيقة شرط ، بل هو الاجراء الذى يترتب عليه الفسخ ، هو أن يرفع الدائن طلب الفسخ إلى القضاء فى صورة دعوى . لأن الفسخ لا يتقرر إلا بحكم من القاضى . وحكم القاضى يعتبر منشأ للفسخ لا كاشفاً عنه . وذلك بخلاف الفسخ الاتفاقى أو الانقراض القانونى ، فإن الأول يتم باتفاق بين المتعاقدين . أما الثانى فيقع بقوة القانون ، وإذا أثر أى نزاع بشأنهما أمام القضاء ، فإن حكم القاضى يكون كاشفاً للفسخ وليس منشأ له كما هو الشأن فى الفسخ القضائى .

ويلاحظ أنه إذا توافرت كل الشروط السابقة فإن القاضى لا يلزم بالحكم بالفسخ ، بل هو بالخيار فى ذلك بين أن يحكم به أو يمهول المدين أجلاً للقيام بالتنفيذ العينى ، أو يكتفى بالحكم بالتعويض . وهو غالباً لا يحكم بالفسخ إذا تبين أن ما لم يوفى به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملة

ومن ناحية أخرى فإن الدائن قد يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ المبنى ، أو إلى طلب التعويض عن عدم التنفيذ . وهو أيضاً قد يطلب التنفيذ أولاً ثم يعدل عنه إلى طلب الفسخ . ولكن لا يجوز له أن حسم بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ فى طلب واحد .

والمدين يستطيع أن يتوقى الفسخ إذا هو قام بالتنفيذ العيني لالتزامه قبل النطق في الدعوى بالحكم . ومع ذلك فقد يحكم القاضي بالفسخ رغم قيام المدين بالتنفيذ ، إذا كان قد تكرر من المدين عدم تنفيذ التزامه ، كالمستأجر لا يدفع الأجرة ، مما يضطر المؤجر إلى طلب الفسخ . فيقوم بالدفع قبل للنطق بالحكم . ولكن يتكرر منه عدم الدفع بعد ذلك عدة مرات ، مما يسبب إرهاقا للدائن في ضرورة اللجوء إلى القضاء في كل مرة يتأخر فيها المستأجر عن دفع الأجرة . وهي من الديون الدورية المتجددة .

ويلاحظ أن دعوى الفسخ تنقادم طبةً للقاعدة العامة في التقادم ، أي بمرور خمس عشرة سنة على نبوت الحق في الفسخ ، أي من وقت الاعذار وبافتراض توافر الشروط الأخرى

١٤٥ - آثار الفسخ :

تنص المادة ١٦٠ مدني على أنه « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » .

ويقرر هذا النص الأثر الرجعي للفسخ ومقتضاه إعادة كل من المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . واعتبار العقد كأن لم يكن . والأثر الرجعي للفسخ ينطبق على كل أنواع الفسخ القضائي والائتافي والقانوني أيضا .

ويترتب على إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد . أنه إذا كان العقد عقد بيع ، فإن المشتري يرد الشيء إلى البائع ، وهذا يرد الثمن إلى المشتري . والأثر الرجعي يترتب ليس فقط فيما بين المتعاقدين ، ولكن في مواجهة الغير كذلك . فإذا كان المشتري قد رتب حقوقا للغير على الشيء المبيع ، فإنه يرد الشيء مع ذلك خالي من هذه الحقوق . ومن تلقى الحق عنه يعتبر أنه تلقاه من غير مالك ، ولذلك فهو لا يحنج بحقه على البائع

الذى عادت إليه الملكية ويكون له أن يرجع فقط بالتعويض على المشتري ،
الذى تعامل معه ، غير أنه حماية للغير قرر المشرع أن الأثر الرجعى لزوال
الملكية على هذا النحو لا يحتاج به فى مواجهة الغير الذى شهر حقه قبل شهر
دعوى الفسخ أو غيرها من الدعاوى التى تؤدى إلى زوال الملكية (م ١٥ ،
م ١٧ شهر عنزى) .

وإذا لم تمكن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد . فإنه
يجوز أن يحكم بتعويض معادل ، وكذلك يجوز الحكم بتعويض إضافى إذا
كان المدين الذى لم يوفى بدينه قد تسبب بخطئه فى أحداث أضرار أخرى
للدائن . والتعويض فى الحالتين يحكم به على أساس المسؤولية التقصيرية .
وليس على أساس المسؤولية العقدية ، لأن العقد بعد فسخه لم يعد يصلح
أساساً للحكم بالتعويض .

ويلاحظ أن الفسخ لا يتم بأثر رجعى بالنسبة لعقود المدة ، وهى التى
تستعصى بطبيعتها على مثل هذا الأثر . فعقود المدة أو العقود الزمنية ، يعتبر
الزمن عنصراً من عناصرها : كعقد الإيجار الذى تحقق فيه المنفعة شيئاً
فشيئاً وتستمر مدة فى الزمان . وتقابلها الأجرة التى تستحق بالنسبة
لكل قدر تحقق من المنفعة . ونظراً لأنه لا يمكن إلغاء الزمن ، واعتباره
كأن لم يكن . فإنه لا يمكن بالتالى إعادة المتعاقدين فى مثل هذه العقود
إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد . ولذلك فالفسخ لا يحدث أثره إلا
من وقت تقريره .

وتترتب على هذا نتيجة هامة هى أن ما سبق دفعه من الأجرة ، يعتبر
أجرة وليس تعويضاً عن الانتفاع ، وتترتب عليه كل الآثار القانونية
للأجرة كامتياز المؤجر وغير ذلك . وفى هذا بخلاف أثر الفسخ فى أثر
الإبطال ، إذ يترتب على إبطال العقد الزمنى كفسخ الإيجار . استبعاد ما دفع
من الأجرة بمثابة تعويض عن الانتفاع السابق وليس أجرة فى عقد إيجار .

المطلب الثاني

فسخ العقد بحكم الاتفاق

١٤٦ - الشرط الفاسخ الصريح :

تنص المادة ١٥٨ مدني على أنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعني من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » .

وهذا النص يبين أن فسخ العقد يجوز أن يتقرر بناء على اتفاق صريح في العقد ، ويبين كذلك أن هناك أكثر من نوع من أنواع الاتفاق على فسخ العقد ، وهي أنواع تلتزم من حيث قوة أثرها على النحو الآتي :

١ - إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فإن الشرط الفاسخ الصريح في مثل هذا الاتفاق لا يكون ذا أثر قوئ ، وهو لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمني الموجود في كل عقد من العقود الملزمة للجانبين . ولذلك فمثل هذا الشرط لا يعني الدائن من إنذار المدين ورفع الدعوى أمام القضاء ، ولا يحرم القاضي من سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به ، ولا يمنع المدين من توقي الفسخ بقيامه بالتنفيذ قبل اقفال باب المرافعة . ولا يمنع الدائن كذلك من طلب التنفيذ بدلا من طلب الفسخ .

٢ - وإذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم ، إذا لم يتم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه ، فإن الاتفاق في هذه الحالة يكون ذا أثر قوئ في ترتيب الفسخ ، ويكون هو مصدر الفسخ ، بحيث إذا رفع الأمر إلى القضاء ، فإن حكم القاضي يكون كاشفا للفسخ وليس

منشأ له . وكذلك فإن هذا الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به : إذ يتعين عليه الحكم بالفسخ ، ولا يستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بالقيام بالتنفيذ قبل اقفال باب المرافعة . ولكن هذا الشرط لا يعنى الدائن من ضرورة إعدار المدين حتى يسجل عليه تقصيره ، والدائن في إعداره يطلب من المدين الوفاء ، ولا تعارض بين طلب الوفاء وطلب الفسخ . بل أن إعدار المدين بالوفاء مع عدم قيامه بذلك فعلا ، هو شرط لوقوع الفسخ بعد ذلك . والشرط الفاسخ الصريح على هذا النحو لا يحرم الدائن من الحق في طلب التنفيذ بدلا من طلب الفسخ . وإلا فإنه يؤدي إلى جعل المدين متحكما في بقاء العقد أو زواله ، وليس هذا هو المقصود من شرط الفسخ .

٣ - وأخيرا قد يتفق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم ودون حاجة إلى إعدار ، وفي هذه الحالة فإن مجرد حلول أجل الوفاء بالدين وعدم قيام المدين بالتنفيذ يترتب عليه فسخ العقد ، دون حاجة إلى إعدار المدين أو رفع الأمر إلى القضاء . وإذا عرض النزاع أمام القاضي ، فإن حكمه يكون كاشفا للفسخ لا منشأ له ، ولا تكون له أية سلطة تقديرية في هذا الشأن . ولكن الدائن يملك دائما أن يطلب التنفيذ بدلا من الفسخ . وذلك حتى لا يكون بقاء العقد أو زواله متوقفا على محض إرادة المدين كما سبق القول . ولا يجوز للمدين أن يتمسك بالفسخ إذا لم يتمسك به الدائن . وإذا تنازل هذا الأخير عن الفسخ ، عاد للمدين الحق في أن يتوقى الحكم به إذا هو قام بالتنفيذ قبل اقفال باب المرافعة . وعادت للقاضي سلطته التقديرية أيضا فيستطيع أن يمنح المدين مهلة للوفاء ، ويستطيع أن يرفض طلب الفسخ على النحو السابق ذكره عند دراسة الفسخ بحكم القاضي .

ويلاحظ أنه لا يشترط لاعتبار الشرط الفاسخ داخلا في واحد من الأنواع

الثلاثة السابق ذكرها أن يرد في نفس العبارات التي استعملناها بصدد كل نوع من هذه الأنواع . فالمتعاقدان يستعملان من العبارات ما يجرى عليه قولها ، والقاضى هو الذى يكيف هذا الاتفاق بادخاله في نوع من هذه الأنواع .

ويلاحظ أنه في حالة خاصة هي حالة بيع المنقول فان المشرع نص على أن مجرد الاتفاق على ميعاد للدفع الثمن وتسلم المبيع . يعنى أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد واختار البائع ذلك (م ٤٦١ مدنى) . ففى هذا العقد يكون مجرد الاتفاق على ميعاد لتسلم المبيع ودفع الثمن تعبيراً عن الشرط الفاسخ الصريح في أقصى درجة له من درجات القوة .

ويلاحظ أخيراً أن آثار الفسخ الاتفاقى هي بذاتها آثار الفسخ القضائى ، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، أو يحكم بتعويض عادل إذا لم يمكن ذلك . وفى كل هذا يرجع الى ما سبق ذكره عند دراسة آثار الفسخ بحكم القاضى .

المطلب الثالث

انقاسح العقد بحكم القانون

١٤٧ - انقاسح العقد ونحمل التبعة .

تنص المادة ١٥٩ مدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الترام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينسخ العقد من تلقاء نفسه » .

وفى تطبيق هذا النص نابغى التفرقة بين استحالة التنفيذ لسبب أجنبي وبين استحالة التنفيذ بخطأ المدين . والنص ينطبق فى الحالة الأولى دون

الحالة الثانية . لأنه إذا استحال التنفيذ ولم يستطع المدين اثبات السبب الأجنبي ، فإنه يكون مسئولاً أمام الدائن الذى يجوز له إما طلب التعويض أو طلب الفسخ القضائى . وبالتالي فإن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه بقوة القانون ، بل الدائن هو الذى يتخذ القرار فيما يتعلق بمصير العقد .

أما إذا استحال التنفيذ لسبب أجنبي فإن المدين لا يكون مسئولاً أمام الدائن عن استحالة التنفيذ . وبالتالي لا يحق للدائن أن يطلب التعويض عن عدم التنفيذ ولا يكون هناك مجال لإلغاء العقد . ولكن نظراً لأن التنفيذ قد أصبح مستحيلاً فلا مبرر إذن لإعذار المدين بالتنفيذ ، ولا جدوى لإعطاء القاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ أو الحكم بالتنفيذ . ولا يكون هناك حل آخر غير تقرير وقوع الفسخ . ونظراً لأن الفسخ يبدو حتمياً على هذا الوجه . فإن المشرع جعله يتقرر من تلقاء نفسه وبقوة القانون . ودون حاجة إلى حكم . وإذا حدث نزاع فى توافر شروط الفسخ فإن حكم القاضى يكون كاشفاً وليس منشئاً له .

ونظراً لأن الفسخ يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون ، فإننا نكون بصدد انقضاء وليس مجرد فسخ للعقد . فالالتزام ينقضى باستحالة تنفيذه وينقضى الالتزام المقابل وينسخ العقد بقوة القانون . ويترتب على انقضاء العقد تحمل المدين وحده الخسارة الناشئة عن عدم تنفيذ العقد وانفساخه . ويتضح ذلك إذا ضربنا مثلاً لعقد بيع أصبح فيه التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع مستحيلاً بسبب هلاك هذا الشيء ، هلاكاً كلياً لسبب أجنبي لا يد للبائع فيه . فى هذه الحالة ينقضى التزام البائع وهو المدين فى الالتزام بنقل الملكية ، ولكن فى نفس الوقت ينقضى التزام المشتري بدفع الثمن . فالبايع يفقد الشيء وفى نفس الوقت لا يحصل على الثمن المقابل له . ومعنى ذلك أنه هو الذى تحمل بمفرده تبعه الهلاك واستحالة التنفيذ ، أما الطرف الآخر فإنه لا يتحمل أية حصة أو تبعه لأنه لم يدفع أى ثمن طالما أنه لم يتلق ملكية الشيء المبيع .

ويختلف هذا عن الوضع في العقود الملزمة لجانب واحد كمقد الوديعة بغير أجر مثلاً ، لأنه إذا هلك الشيء المودع لسبب أجنبي ، فإنه يهلك على صاحبه وهو المودع ، وهو الدائن في هذا العقد ولا يوجد في ذمة الدائن أى التزام يتحمل منه مقابل الالتزام الذى تحل منه المودع لديه وهو الالتزام بالرد . وتكون النتيجة أن الدائن هو الذى يتحمل تبعه الهلاك وانفساخ العقد .

ولذلك يقال بصفة عامة أن المدين هو الذى يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين ، وأن الدائن هو الذى يتحمل التبعة في العقود الملزمة لجانب واحد .

ويلاحظ أخيراً أن آثار انفساخ العقد هي بذاتها آثار فسخ العقد بحكم القاضى أو باتفاق من المتعاقدين ، من حيث إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد . ولكن لا يحكم بالتعويض فى أى حال ، إذ لا مسئولية على المدين إطلاقاً طالما أن استحقاق التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .

المبحث الثانى

الدفع بعدم التنفيذ

١٤٨ - الدفع بعدم التنفيذ والفسخ

الدفع بعدم التنفيذ هو حق كل متعاقد فى أن يمتنع عن تنفيذ الترامة . إذا لم يتم المتعاقد الآخر فى نفس العقد بتنفيذ ما عليه من التزام . والأساس الذى يقوم عليه هذا الحق هو نفس الأساس الذى يقوم عليه الحق فى الفسخ ، وهو الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين . وإذا كان هذا الارتباط يبرر لأحد المتعاقدين أن يطلب فسخ

العقد عند عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، فانه يبرر له ومن باب أولى الحق في وقف تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه . ووقف التنفيذ أقل درجة من التحلل السأى من الالتزام الذى يترتب على الفسخ .

ولم يكن الدفع بعدم التنفيذ معروفا فى القانون الرومانى ، ولكن كان ممنوع للمتعاقد دفعا آخر يودى إلى نفس النتيجة ، وهو الدفع بالغش : ولم يكن هذا الدفع إلا تطبيقاً للدفع بالغش المقرر بصفة عامة فى عقود حسن النية . وقد وضعت أول صياغة للدفع بعدم التنفيذ فى القرون الوسطى على يد الشراح المتأخرين للقانون الرومانى .

ولا يوجد فى القانون الفرنسى نص عام بقرر الدفع بعدم التنفيذ ، ولكن توجد نصوص متفرقة بصدد بعض العقود . وعلى خلاف ذلك فان بعض القوانين الحديثة قد صاغت المبدأ فى قاعدة عامة ، ومن ذلك القانون السويسرى (م ٨٢) ، والقانون الألمانى (م ٣٢٠) ، وكذلك القانون المصرى :

وتنص المادة ١٦١ على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » .

١٤٩ - الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس .

إذا كان الدفع بعدم التنفيذ يقرر مبدأ عاما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين ، فان هذا المبدأ يعتبر هو ذاته تطبيقاً خاصاً لمبدأ أعم منه متعلق بنظرية الالتزام فى مجموعها ، وهو مبدأ الحق فى الحبس . ومقتضى الحق فى الحبس أن « لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به . ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب إلتزام المدين ومرتبطة به .

أوما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، (م ٢٤٦ / ١ مدني) ، فالارتباط القم بين الالتزامات المتقابلة يعطى الحق في الحبس ، حتى ولو لم يكن هذا الارتباط نشأ عن عقد من العقود الملزمة للجانبين . فلو دع لديه بنون آخر والمستير والحائز بحس نية . بل والغريب أيضا ، إذا اتفق اى واحد منهم . شروط ضرورية أو زمنية على الشيء الذي حيازته في حقه أن يحبس وأن يمنع عن رده إذا لم يرد له مائة الشيء المصروفات التي اتفقها . فالارتباط هو أساس الحق في الحبس ، ولا أهمية لمصدر هذه الالتزامات المرتبطة عقدا كان أو غير عقد . وإذا تحقق هذا الارتباط بصدد عقد من العقود الملزمة للجانبين ، وهو قائم دائما في هذه العقود ، فإن الحق في الحبس يأخذ اسما خاصا هو اسم الدفع بعدم التنفيذ .

١٥٠ - شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .

- ١ - الشرط الأول للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يكون أحد المتعاقدين لم ينفذ التزامه الناشئ عن العقد .
- ٢ - والشرط الثاني هو أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه هو التزام واجب الوفاء حالا ، فإذا لم يكن كذلك بأن كان أجل الوفاء به لم يحل بعد ، لا يجوز للطرف الآخر أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه إذا كان التزامه هو قد حل أجل الوفاء به . فالبائع لا يجوز أن يمنع عن تسليم المبيع إلى المشتري ، إذا كان أجل الوفاء بالتمن لم يحل بعد . بينما حل ميعاد تسليم الشيء المبيع .

هذان هما الشرطان اللذان للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ولا يوجد شرط آخر غيرهما . وبصفة خاصة لا شرط اعذار المدين للتمسك بهذا الدفع كما هو الشأن في الفسخ القصائي .

وكذلك لا يشترط أن ترفع دعوى أمام القضاء لتمسك بعدم التنفيذ . فهو لا يعدو أن يكون موقفاً سلبياً لا تحتاج مباشرة إلى القيام بعمل إيجابي هو الالتجاء إلى القضاء . ومع ذلك فإن التراجع قد يصل إلى القضاء عن طريق الطرف الآخر إذا هو رفع دعوى يطالب فيها بالتنفيذ . في هذه الحالة يكون لصاحب الحق في الدفع أن يتمسك به أمام القضاء ويخضع في هذا الشأن لرقابة القاضي . فإذا رأى القاضي أنه لم يتوافر شرط من شروط التمسك بالدفع ، فإنه يرفضه ويحكم لرافع الدعوى بطلباته سواء كانت هي التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ : أما إذا رأى القاضي أن من تمسك بالدفع حق في ذلك فهو يقره على موقفه . ومع ذلك فإن القاضي قد يحكم لرافع الدعوى بالتنفيذ على أن يوقف التنفيذ إلى أن يقوم هو بتنفيذ التزامه . وفي هذه الحالة لا يجوز لمن حصل على حكم بالتنفيذ الموقوف على هذا النحو أن يتخذ اجراءات التنفيذ الجبري في مواجهة المدين قبل أن يقوم هو بتنفيذ التزامه . فإذا حاول التنفيذ بمقتضى هذا الحكم قبل ذلك فإن اجراءاته لا تكون صحيحة ويجوز لمن يتمسك بالدفع أن يوقفها عن طريق الاستشكال في التنفيذ ، ويعتبر ما اتخذ من هذه الاجراءات باطلا ليست له قيمة قانونية .

١٥١ - آثار الدفع بعدم التنفيذ .

آثار الدفع بعدم التنفيذ موقته هي وقف تنفيذ العقد . وقد يترتب على ذلك إما أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه فيترك المتمسك بهذا الدفع عليه . ويفهم هو الآخر بتنفيذ التزامه اختياراً أو يجبر على ذلك جبراً إذا بعد هناك مبرر لاستمراره في تمسكه بعدم التنفيذ بعد أن قام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه . وقد لا يترتب على التمسك بالدفع قيام الطرف الآخر بالتنفيذ ، وفي هذه الحالة يجوز إما الاستمرار في التمسك بالدفع . أو أن يترك المتمسك بالدفع عن هذا الموقف السلبي ويطلب فسخ العقد بصفة نهائية . على أنه في الفترة التي يكون فيها العقد موقفاً فإنه لا ينتج أي أثر

بالنسبة للتمسك بالدفع . فإذا كان محل التزامه هو دفع مبلغ من النقود فهو لا يدفعها وإذا كان محل التزامه نقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر فانه لا يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل الملكية كالتسجيل في العقار . وإذا كان محل التزامه القيام بعمل كرسم لوحة فنية أو هندسية أو اقامة بناء فانه يمتنع عن القيام بهذا العمل . وإذا كان محل التزامه الامتناع عن عمل كالامتناع عن القيام بنشاط منافس للطرف الآخر ، فانه يستطيع القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه .

وكما يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الفورية ، فانه يجوز التمسك بذلك أيضا في عقود المدة ، التي يعتبر عنصر الزمن عنصرا جوهريا فيها ، والتي يؤدي وقف تنفيذها لا إلى تأخير في التنفيذ فحسب ، بل إلى انتقاص الالتزام ذاته ، فاذا امتنع المستأجر عن دفع الأجرة ، جاز للمؤجر أن يمتنع أيضا عن تمكينه من الانتفاع بالعين . وإذا طالت مدة التمسك بالدفع إلى انتهاء مدة عقد الإيجار نفسه : فان العقد ينقضي بانقضاء مدته ، ولا يجوز للمستأجر أن يطالب بمدة جديدة حتى ولو عرض دفع الأجرة عرضا حقيقيا .

ومن هنا يتضح أن آثار الدفع بعدم التنفيذ في العقود الزمنية ليست فقط مؤقتة بل قد تكون نهائية . والدفع بعدم التنفيذ ينتج أثره ليس فقط في مواجهة المتعاقد الآخر ، بل وفي مواجهة الغير أيضا . ويقصد بالغير كل شخص اكتسب حقاً في تاريخ لاحق على التمسك بعدم التنفيذ . فالبايع يمتنع عن تسليم العين المبيعة ليس فقط للمشتري الذي لم يدفع الثمن ، بل وكذلك للمشتري الثاني من هذا المشتري ، أو لأي شخص رتب له المشتري الأول حقاً عينياً على الشيء بعد أن تمسك البائع بالدفع بعدم التنفيذ .

وهذا نكون قد انتهينا من دراسة المصدر الأول من مصادر الالتزام وهو العقد ، وننتقل الآن إلى دراسة المصدر الثاني وهو الإرادة المنفردة .

الباب الثاني

الإرادة المنفردة

١٥٢ - التصرف بالإرادة المنفردة :

الإرادة المنفردة هي إرادة شخص واحد ، وهي تختلف في هذا عن العقد الذي يقوم على تطابق إرادتين لشخصين مختلفين . والإرادة المنفردة قادرة على إحداث آثار قانونية ، وهي إذا اتجهت إلى هذا الغرض أصبحت تصرفاً قانونياً هو التصرف بالإرادة المنفردة . والعقد أيضاً تصرف قانوني يتفق مع التصرف بالإرادة المنفردة في أن كلا منهما تصرف إرادي .

والإرادة المنفردة باعتبارها تصرفاً قانونياً قادرة على إنتاج آثار قانونية متعددة ، فهي قادرة على إنشاء حق عيني كالوصية فهي تكسب الموصي له الحق في الملكية وهي قد تؤدي إلى زوال حق عيني كالتنازل عن الرهن . وهي قادرة على تأكيد العقد القابل للإبطال كالإجازة . وهي قد تجعل العقد غير النافذ في مواجهة شخص نافذاً في حقه ، كالأقرار فهو يجعل العقد نافذاً في حق المقر . وهي قد تؤدي إلى إلغاء عقد معين . وقد سبق أن ذكرنا أن بعض العقود يجوز الغاؤها بالإرادة المنفردة كعقد العمل وعقد الوكالة . وهي قد تؤدي إلى إسقاط حق شخصي ، كالإبراء وهو تصرف بإرادة منفردة يؤدي إلى انقضاء الدين . كل هذه الأحكام لاشك فيها . ولكن الجدل يثور مع ذلك فيما إذا كانت الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء حق شخصي أي التزام من الالتزامات . وبعبارة أخرى هل تصلح الإرادة المنفردة لأن تكون مصدراً من مصادر الالتزام .

١٥٣ - الجدل حول صلاحية الإرادة المنفردة لانشاء الالتزامات :

يقوم هذا الجدل بين مدرستين ، المدرسة الألمانية والمدرسة الفرنسية ، في المدرسة الألمانية تذهب نظرية معروفة إلى القول بأن الإرادة بمفردها قادرة على انشاء الالتزامات . وهذا هو مقتضى مبدأ سلطان الإرادة . بل هو أكمل تعبير عن هذا المبدأ . فالإرادة قادرة أن تلزم صاحبها . والشخص لا يلتزم إلا بإرادته وحده . وتذهب هذه النظرية إلى أبعد من هذا فتقرر أن العقد نفسه ليس مصدرا مستقلا من مصادر الالتزام . فهو لا يعنوا أن يكون اجتماعا لارادتين منفردتين . والمدين فيه يلتزم بمقتضى إرادته المنفردة الملته في نطاق هذا العقد :

وقد لقيت هذه النظرية قبولا من بعض كبار الفقهاء الفرنسيين في أواخر القرن الماضي وأوائل هذا القرن ، ولكنها لم تلق القبول العام في الفقه الفرنسي حتى اليوم . وحتى أنصارها لم يأخذوا بها في صورتها المتطرفة التي تجعل مصدر الالتزامات العقدية هو الإرادة المنفردة في نطاق العقد . بل أخذوا بها باعتبارها مصدرا ثانويا بجانب العقد وهو المصدر الإرادي الرئيسي للالتزام . والفقه الفرنسي في تحفظه هنا يتابع تقاليد القانون الروماني التي لا تعترف إلا بالعقد مصدرا لإراديا للالتزام ، ويعتمد في موقفه كذلك على بعض الأسباب التي تجعل من الصعب في نظره الاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام . وهذه الأسباب هي :

١ - إذا كان مفهوماً أن الانسان يستطيع أن يلتزم بإرادته المنفردة . فينبغي أن يسمح له أيضا بالتدخل من التزامه هذا بنفس الإرادة التي انشأته وهي الإرادة المنفردة . وهكذا يصبح الالتزام معلقاً على محض إرادة المدين . وهو غير جائز في القواعد العامة .

٢ - إذا كان مفهوماً أن الشخص يلتزم بإرادته المنفردة فانه من غير المفهوم أن يصبح الطرف الآخر في الالتزام دائما بغير إرادته فاذا اشترطنا

أن يقبل هذا الالتزام فأننا نكون قد تخطينا مرحلة الإرادة المنفردة إلى مرحلة التعاقد الكامل . وقد رد أنصار نظرية الإرادة المنفردة على هذين الاعتراضين بما يأتي :

١ - بالنسبة للاعتراض الأول فإنه ليس ما يمنع من ناحية المنطق القانوني أن يقرر القانون مراعاة لاعتبارات الثقة في المعاملات . أن من التزام بارادته المنفردة لا يجوز له أن يرجع في التامه . فالارادة المنفردة كمصدر للالتزام تستند في آخر الأمر إلى حكم القانون شأنها في ذلك شأن العقد . والقانون يستطيع ان ينفذ كيفية انقضاء الالتزامات بمصادرها المختلفة وهو مراعى في ذلك الكثير من الاعتبارات الاجتماعية .

٢ - بالنسبة للاعتراض الثاني فإنه لا يشترط طبقاً للتصوير الموضوعي للالتزام أن يرضى الدائن باكتساب الحق الناشئ عنه . بل ولا يشترط أن يكون الدائن موجوداً أو معروفاً . وقد سبق أن رأينا تطبيقاً لهذا التصوير في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حيث يجوز أن يكون المنتفع غير معروف أو غير موجود وقت الاشتراط . وطبقاً لهذا التصوير فإنه يكفي لنشأة الالتزام أن يكون المدين موجوداً وقت نشأته وليست هناك أهمية كبيرة لشخص الدائن .

والخلاصة أنه ليس هناك ما يمنع لا من الناحية القانونية ، ولان الناحية المنطقية أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام ، طالما أن الشخص يلتزم في حدود القانون .

١٥٤ - موقف المشرع المصري من الارادة المنفردة .

يلاحظ أن القانون الألماني الذي نشأت في فقهه نظرية الإرادة المنفردة ، لم يأخذ بها رغم ذلك كمصدر عام من مصادر الالتزام . بل كمصدر خاص في حالات معينة على سبيل الحصر .

وعند إعداد القانون المدني المصري الجديد ، كان هناك اتجاه إلى الأخذ

بالإرادة المنفردة كمصدر عام من مصادر الالتزام . وهو ما كانت تنص عليه المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى التى كانت تقرر أنه « (١) إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة . فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه مادام هذا لم يرفضه . (٢) وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام . (٣) يبقى الإيجاب فى العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به . وسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور » .

ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة وكان حذفه « عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة ، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، هامش ص ٣٣٩) .

وعلى هذا النحو فإن القانون المدنى فى صورته النهائية لم يتضمن نصاً يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام . ولكنه تضمن نصوصاً متفرقة تجعل الإرادة المنفردة مصدراً خاصاً من مصادر الالتزام فى الحالات التى حددتها هذه النصوص ، والموقف النهائى الذى اتخذته المشرع المصرى يشبه الموقف الذى اتخذته المشرع الألمانى .

وكان لعدول المشرع المصرى عن اعتبار الإرادة منفرداً مصدراً عاماً للالتزام أثره على جانب من الفقه المصرى . وقد تأثر من هذا العدول بصفة خاصة الدكتور عبد الرزاق السهورى واضع القانون المدنى إلى درجة أنه ذهب إلى القول بأن الإرادة المنفردة لم تعد مصدراً من مصادر الالتزام فى القانون المدنى المصرى كما كان مقررأً لها فى المشروع التمهيدى لهذا القانون ، وأن الحالات التى نص فيها القانون على إنشاء التزامات بواسطة الإرادة المنفردة ، أصبح نص القانون هو المصدر المباشر لها ،

ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ عن الإرادة المنفردة التزاماً مصدره القانون . وهكذا فالتنا نرى الأستاذ الأجل لا يفرد فى مؤلفاته (الوسيط والوجيز) باباً مستقلاً للإرادة المنفردة كغيرها من مصادر الالتزام الأخرى ، كما فعل المشرع نفسه إذ أفرد لها الباب الثانى من أبواب مصادر الالتزام بعد العقد مباشرة . فهذا فى تقديره خطأ فى التبويب . ولذلك فهو يدرس الإرادة المنفردة ضمن الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون .

ومع ذلك فإن الفقه المصرى فى إتجاهه الغالب لا يأخذ بهذا الاتجاه ويساير تبويب القانون ذاته فى اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

والواقع أنه يمكن بسهولة الرد على الاتجاه الذى ذهب إليه الدكتور السهورى . لأن وجه الاعتراض الوحيد الذى أثاره فى اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام هو أنها لم تعد مصدراً عاماً للالتزام كالعقد مثلاً . ويكفى للرد على هذا الاعتراض القول بأنه لا يشترط فى المصدر طبقاً للقانون السببية أن يكون عاماً . بل يكفى أن يكون هو السبب المنشئ للالتزام فى كل حالة على حدة . ومن المعروف أن العمل المشروع لم يكن مصدراً عاماً للالتزام فى القانون الرومانى بل كانت الأفعال غير المشروعة المؤدية إلى نشأة الالتزامات محدودة على سبيل حصر . ولم يقل أحد أن العمل غير المشروع لم يكن مصدراً من مصادر الالتزام فى القانون الرومانى . بل أن العقد نفسه لم يكن مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، وكان المبدأ السائد فى القانون الرومانى . أنه إذا لم يكن للعقد اسم خاص تقابله دعوى خاصة فإنه لا ينشئ أثراً قانونياً . ولم يقل أحد أن العقد لم يكن مصدراً من مصادر الالتزام فى القانون الرومانى .

أما العلاقة بين القانون والإرادة المنفردة فى القانون المصرى ، فهى نفس العلاقة بين القانون ومصادر الالتزام الأخرى . فالقانون هو المصدر

غير المباشر لكل الالتزامات ، ولكن بجانب هذا المصدر غير المباشر يوجد مصدر آخر مباشر لكل مجموعة من الالتزامات . ويكون هذا المصدر المباشر هو العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع . . الخ . فكل مصادر الالتزام تستمد قوتها من القانون دون أن يحول ذلك اعتبارها المصادر المباشرة للالتزام .

١٥٥ - حالات الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المصري .

نص المشرع على عدة حالات يكون فيها مصدر الالتزام هي الإرادة المنفردة للمدين . وهذه الحالات هي :

١ - الإيجاب الملزم : وهو ما تنص عليه المادة ٩٣ مدني التي تقرر : « (١) إذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . (٢) وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » . وقد سبق لنا دراسة الأحكام الخاصة بالإيجاب الملزم في الفصل الخاص بانعقاد العقد .

٢ - المؤسسات الخاصة : وهي تنشأ بالإرادة المنفردة طبقاً للمادتين ٦٩ ، ٧٠ مدني الملقاة ، والمادتين ٦٩ ، ٧٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة . ويكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية . والسند الرسمي تصرف بإرادة منفردة حالية . والوصية تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت . والإرادة المنفردة تنشئ المؤسسة وهي شخص معنوي ، وتنشئ كذلك التزاماً على عاتق المؤسس أو ورثته بأن ينقل إلى المؤسسة ملكية ما تعهد به من المال السدي خصمه لها . فالإرادة المنفردة خلقت شخصاً معنوياً . . أنشأت التزاماً نحو هذا الشخص .

٣ - تطهير العقار المرهون رهنا رسميا : الحائز في الرهن الرسمي كالمشتري لعقار مرهون الحق في أن يطهر العقار من كل رهن مقيد عليه إذا هو عرض على الدائنين المرتبين أن يدفع لهم مبلغا معادلا لقيمة العقار ، وقبل منه الدائنون هذا العرض على أن الحائز يغسل ملتزما بعرضه إلى أن يصدر رفض للعرض من أحد الدائنين . والحائز يلتزم بمقتضى إرادته المنفردة بدفع المبلغ الذى عرضه طوال الفترة السابقة على اتخاذ الدائنين موقفاً من هذا العرض سواء بالقبول أو بالرفض . ويرجع في دراسة هذا الحكم إلى مؤلفات التأمينات العينية . (راجع بصفة خاصة المادة ١٠٦٦ مدني)

٤ - الوعد بجائزة الموجه للجمهور . وقد جاء النص على هذا الالتزام في المادة ١٦٢ مدني تحت عنوان الإرادة المنردة ، وباعتباره التطبيق الفئوجى لالزام مصلره الإرادة المنردة . ولذلك فاننا نخصص له دراسة مستقلة .

الوعد بجائزة الموجه للجمهور

١٥٦ - نص القانون وتطبيقاته المختلفة .

تنص المادة ١٦٢ مدني على أن « (١) من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نالز إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها . (٢) وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده باعلان للجمهور . على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه المدول للجمهور . »

وتطبيقات هذا النص كثيرة في الحياة العملية ، والوعد بجائزة قد يوجه لمن يقوم ببحث علمي أو رسم هندسي أو تنفيذ لوحة فنية أو لمن يعثر

على شخص مفقود أو شيء ضائع ، أو لمن يكشف عن مكان مجرم هارب ، أو أسرار جريمة غامضة . والأمثلة غير ذلك كثيرة ومتعددة .

١٥٧ - شروط الالتزام بالوعد .

الوعد بجائزة هو تصرف بالإرادة المنفردة . وينبغي أن تتوافر فيه :-
شروط صحة التصرف القانوني . والمشرع لم يضع أحكاما عامة للتصرف القانوني . ولكنه وضع أحكاما خاصة بأهم أنواع التصرفات القانونية وهو العقد . ولذلك يرجع إلى هذه الأحكام بصدد كل تصرف قانوني آخر ولو لم يكن عقدا كالتصرف بالإرادة المنفردة . وذلك باستثناء الأحكام الخاصة بانقضاء العقد وتطابق الإيجاب والقبول . فهذه لا يرجع إليها بداهة بصدد الإرادة المنفردة . وقد سبق أن ذكرنا أن المادة ٢٢٨ من المشرع التمهيلي التي كانت تجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام والتي حذفت في لجنة المراجعة ، كانت تحيل إلى أحكام العقد على هذا النحو .

وتكوين الالتزام بالإرادة المنفردة يقتضى مراعاة الشروط المتعلقة بالإرادة والمحل والسبب .

١ - الإرادة : يجب أن تصدر عن الواعد إرادة باتة فيها معنى الالتزام النهائي وليس فقط مجرد الدعوة إلى التفاوض ، أو تعليق الالتزام على قبول أحد الأفراد أو غير ذلك . والإرادة الباتة هي الإرادة المنفردة التي ينشأ عنها الالتزام .

والتعبير عن الإرادة في الوعد بجائزة لا يخضع للقواعد العامة التي تجعل من الجائز أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا . بل يخضع لقاعدة خاصة مؤداها أن يكون التعبير عن الإرادة موجها إلى الجمهور . فإذا وجه التعبير إلى شخص معين أو أشخاص معينين فأننا نكون بصدد إيجاب لابد أن ينضم إليه قبول حتى ينقضي العقد . ونخرج عن نطاق الالتزام بالإرادة

المنفردة . وتوجيه الوعد إلى الجمهور يقتضى الالتجاء إلى الوسيلة المؤدية إلى علم الجمهور بمضمون هذا الوعد ، ويكون ذلك بطريق النشر في الصحف أو الصاق النشرات أو توزيعها أو المناداة في الطرق أو غير ذلك من وسائل النشر العامة .

وينب أن تكون إرادة الواعد صحيحة . ويشترط لذلك أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة وهي تختلف بحسب ما إذا كان الوعد نافعا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين التفع والضرر . ويرجع في ذلك إلى ما سبق دراسته في موضوع الأهلية . ويشترط كذلك أن تكون الإرادة سليمة من أى عيب كالغلط أو الاكراه أو التدليس . وتسرى في هذا أيضا القواعد السابق دراستها باستثناء شرط اتصال العيب بالطرف الآخر ، فلا يشترط أن يكون الشخص الذى قام بالعمل غالما بالغلط أو التدليس أو الاكراه أو كان يستطيع أن يعلم به حتى يجوز الطعن في التصرف لهذا السبب .

٢ - المحل : المحل في التزام الواعد هو اعطاء جائزة وقد تكون هذه الجائزة مبلغا من النقود أو مصروفات رحلة أو نقل ملكية منزل أو سيارة أو اعطاء أسهم أو سندات . وقد تكون هذه الجائزة ذات قيمة أدبية كمنح وسام أو شارة أو شهادة أو كأس أو غير ذلك . ويشترط في المحل ما يشترط في محل العقد من حيث الامكان والتعيين والمشروعية .

٣ - السبب : سبب التزام الواعد أى الباعث الدافع للوعد . بالمعنى الحديث لفكرة السبب . أو الغرض المباشر الذى يسعى إليه الواعد بالمعنى التقليدى لفكرة السبب . هو العمل الذى سيقوم به فرد من افراد الجمهور . ولا يكفى ان يكون هذا السبب موجودا بل ينبغى كذلك أن يكون معلنا إلى الجمهور وينبغى أن يكون مشروعاً .

وقد سبق أن ذكرنا أمثلة للعمل الذى تسحق عنه الجائزة وهو قد يكون

الثور على شيء ضائع أو شخص مفقود أو القيام ببحث علمي أو كتابة مقال . . الخ .

ويجب أن يكون سبب الوعد هو القيام بعمل معين ، وليس فقط التواجد في مركز معين ، كمن يوجد في مركز مريض بمرض معين أو لقيط أو عجوز بلغ من العمر قدرا معيناً أو ابن شهيد مات في معركة معينة أو حادثة معينة . فالوعد في مثل هذه الأحوال وعلى خلاف القانون الإيطالي (م ١٩٨٩ / ١ مدني إيطالي) . لا ينشئ التزاماً بالارادة المنفردة على عاتق الواعد . بل لابد أن يقترن به قبول من الطرف الآخر لتام العقد . فينشأ الالتزام عن العقد وليس عن الإرادة المنفردة .

١٥٨ - أحكام الالتزام بالوعد .

تختلف أحكام الالتزام بالوعد الموجه للجمهور بحسب ما إذا كانت قد عينت مدة للقيام بالعمل المطلوب أو لم تعين مدة لذلك .

١ - فإذا كانت قد عينت مدة للقيام بالعمل المطلوب فإن الواعد يلتزم بنسبة نهائية طوال هذه المدة ولا يجوز له أن يعدل عن وعده خلالها وإذا عدل فلا يكون لعدوله أي أثر . فإذا قام شخص بتحقيق العمل خلال هذه المدة فإن حق هذا الشخص بالذات ينشأ في ذمة الواعد من وقت القيام بالعمل . ويلاحظ أن التزام الواعد يمر بمرحلتين : الأولى كان شخص المدين وحده فيها وهو الواعد معروفاً وهنا شرط أساسي لنشأة الالتزام ، والثانية أصبح شخص الدائن كذلك معروفاً ويتحقق ذلك بقيام أحد أفراد الجمهور بالعمل المطلوب .

ويلاحظ أنه لا يشترط أن يكون الشخص الذي قام بالعمل . قد قام به من أجل الحصول على الجائزة . بل ولا يشترط أن يكون قد علم بموضوع الجائزة . ولا يشترط بالتسالي أن يكون قد قام

بالعمل بعد الاعلان عن الجائزة ، فهو يستحقها ولو كان قد قام بالعمل قبل ذلك . وبين كل هذا انه لا يشترط اى شرط متعلق بعلم الطرف الآخر او إرادته ، لأن مصدر الالتزام بالجائزة هو الإرادة المنفردة للمدين دون اى نظر الى إرادة الدائن .

هذا هو حكم القواعد العامة . ولكن الواعد من حقه ان يقيد استحقاق الجائزة بشروط معينة كأن يكون العمل قد تم قبل الاعلان عن الوعد او بعد الإعلان عنه او غير ذلك من شروط .

٢ - والفرض الثانى هو الا يكون الواعد قد حدد مدة معينة للقيام بالعمل . ولا يمنع هذا من نشأة التزامه في مواجهة من يقوم بالعمل . ولكن الواعد لا يظل ملتزما بوعدده الى ما لانهاية ، بل يعتبر ملتزما للمدة المعقولة للقيام بهذا العمل ، بحيث إذا انتهت هذه المدة ولم يتم احد بالعمل انقضى التزام الواعد ولو قام به اى شخص بعد ذلك . اما اذا قام شخص بالعمل قبل انقضاء المدة المعقولة فان الواعد يكون ملتزما في مواجهته .

ويلاحظ كذلك ان عدم تحديد مدة للقيام بالعمل يسمح للواعد بان يرجع في وعده في اى وقت ولو بعد اعلان الوعد مباشرة . ولكن ينبغي ان يتم الرجوع بنفس الوسيلة التى تم بها الاعلان . اى النشر في الصحف او توزيع النشرات . الخ . فاذا لم تراعى هذه الوسيلة فلا يعتد بالرجوع . ولا يكون له اى اثر بحيث إذا قام شخص بالعمل خلال مدة معقولة فانه يستحق الجائزة .

وإذا رجع الواعد عن وعده بطريقة صحيحة . ومع ذلك فان شخصا كان قد قام بالعمل قبل الرجوع . فانه يستحق الجائزة ولو قام بالعمل دون علم بها او دون تأثير إليها . على انه يتعين على من قام بالعمل ان يطالب الواعد بالجائزة خلال ستة اشهر من تاريخ إعلان الرجوع للجمهور . وقد اراد المشرع بذلك « قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة براد بها

استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان العدول ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ، ص ٣٤٧) . ومدة الستة أشهر هي مدة سقوط وليست مدة تقادم . ولذلك فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع

ويلاحظ انه في غير حالة العدول عن الوعد فان حق من قام بالعمل إذا تأكد ويكون ذلك في حالتين ١ - إذا كان قد قام بالعمل خلال المدة التي حددها الواعد ، ٢ - أو قام به خلال مدة معقولة إذا لم يكن الواعد قد حدد مدة ولم يكن قد عدل عن الوعد . فان حق من قام بالعمل لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فهو حق ناشئ عن التزام إرادي ، ولم تحدد مدة خاصة لتقادمه فتسرى عليه القاعدة العامة في التقادم بمرور خمس عشرة سنة.

وفي حالة ما إذا عدل الواعد عن وعده ، وكان هناك شخص قد بدأ في تنفيذ العمل المطلوب اعتمادا على الوعد ، ولم يكن قد اتم العمل وقت العدول ، فانه لا يستحق الجائزة لأن الالتزام بالإرادة المنفردة قد زال بالعدول . ولكنه يستحق مع ذلك تعويضا عن الضرر الذي اصابه من البدء في العمل اعتمادا على الوعد . وهو تعويض على اساس الخطأ أي العمل غير المشروع . ويجب الا يزيد هذا التعويض من مقدار الجائزة .

وتنتقل الآن إلى دراسة المصدر الثالث من مصادر الالتزام وهو العمل غير المشروع .

الباب الثالث

العمل غير المشروع

(المسؤولية التقصيرية)

سبق ان درسنا المسؤولية العقدية وهى الجزاء على الاخلال بالالتزام
العقدى . وندرس الآن المسؤولية التقصيرية وهى الجزاء على الاخلال
بالواجب القانونى العام الذى يفرض على كل شخص عدم الاضرار بغيره .
وبلاحظ ان كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تمثل نوعا من
انواع المسؤولية المدنية . والمسؤولية المدنية بنوعها تختلف عن المسؤولية
الجنائية . ولذلك يجب ضبط كل هذه الاصطلاحات وتحديد المقصود بها .
مع بيان التطور الذى لحق بالمسؤولية التقصيرية وهو موضوع الدراسة فى
هذا الباب .

١٩٥ - للتمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية

لم تكن القوانين القديمة تميز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية .
وكان ينظر فيها إلى الأفعال التى تسبب ضررا للغير باعتبارها موجهة فقط
ضد الشخص الذى اصابته ، وليس ضد المجتمع كله . ولذلك فان الجزاء
على هذه الافعال كان يخص الشخص الذى اصابته دون غيره . وكان من
حق هذا الشخص ان يحصل على تعويض من المتسبب فى الضرر . ويسمى
هذا التعويض عادة باسم « الدية » . وكان لكل فعل الدية التى تقابله وتعوض
عنه . فكان الجزاء على الخطأ هو التعويض وليس العقوبة .

وبعد مراحل كثيرة من التطور وصل الأمر بالقوانين الحديثة إلى التمييز تمييزاً جوهرياً بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية . فالأولى هي الجزاء على فعل موجه ضد المجتمع ، أما الثانية فهي الجزاء على فعل موجه ضد أحد الأفراد . ويترتب على هذا الفارق الأساسي عدة نتائج أهمها :

١ - الجزاء على المسؤولية الجنائية عقوبة تطالب بها النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما الجزاء على المسؤولية المدنية فهو تعويض يطالب به الشخص الذي أصابه ضرر .

٢ - المسؤولية الجنائية تتعلق بحق المجتمع ولذلك لا يجوز التنازل عنها أو الصلح بخصوصها ، أما المسؤولية المدنية فهي تتعلق بمصلحة فرد من الأفراد ولذلك يجوز لهذا الفرد أن يتنازل عنها أو يتصالح بشأنها .

٣ - المسؤولية الجنائية تخضع لمبدأ هام هو لا عقوبة بغير جريمة ولا جريمة بغير نص . ومعنى هذا أن الأفعال التي تترتب عليها المسؤولية الجنائية يجب أن تكون محددة تحديداً دقيقاً . وكذلك ينبغي تحديد العقوبات التي تترتب عليها . أما المسؤولية المدنية فهي تخضع لمبدأ آخر هو أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض وهذا الخطأ غير محدد تحديداً دقيقاً . وقد سبق أن ذكرنا ما هو المقصود بالخطأ العقدي . وسنحدد فيما بعد المقصود بالخطأ غير العقدي . أما التعويض فهو يتحدد على أساس الضرر . والقاضي هو الذي يقدره .

ويلاحظ أن الفعل الواحد قد تترتب عليه المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في نفس الوقت ، مثال ذلك القتل والسرقة والنصب والضرب .. الخ .

وهناك من الأفعال ما تترتب عليه المسؤولية الجنائية وحدها دون المسؤولية المدنية . وهي الأفعال التي تمس المجتمع دون أن تضر شخصاً معيناً من الأشخاص ، مثال ذلك التشرد ومخالفات المرور وجرائم الشروع والاتفاق الجنائي .

وهناك من الأفعال ما تترتب عليه المسؤولية المدنية وحدها دون المسؤولية الجنائية ، وهي الأفعال التي تعتبر خطأ أى انحرافا عن مسلك الرجل العادى وتسبب ضررا للغير . دون أن يعاقب عليها نص من نصوص القانون الجنائى . مثال ذلك ائتلاف مال الغير بغير عمد . والمنافسة غير المشروعة . والتدليس عند إبرام عقد من العقود .

ويترتب على اجتماع المسئوليتين نتيجة فعل واحد . أن المسؤولية الجنائية وهي الأقوى باعتبارها حق المجتمع ، تؤثر في المسؤولية المدنية على النحو التالى :

١ - من ناحية الاختصاص يمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية باعتبارها تابعة للدعوى الجنائية . ولكن لا يجوز أن ترفع الدعوى العمومية أمام المحكمة المدنية .

٢ - من ناحية التقادم فإن المسؤولية المدنية لا تتقادم طالما أن المسؤولية الجنائية قائمة (م ١٧٢ مدنى) . والعكس غير صحيح فإنه إذا تقادمت المسؤولية الجنائية . فلا تعود إلى الوجود بخرد أن الدعوى المدنية لم تتقادم .

٣ - من ناحية الاجراءات فإنه إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية . ثم رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية . فإنه يتعين وقف النظر فى الدعوى المدنية إلى أن يصدر الحكم فى الدعوى الجنائية . وتعرف هذه القاعدة بأن الجنائى يوقف المدنى .

٤ - يتصل بالمبدأ السابق مبدأ آخر . هو أن الحكم الذى يصدر من المحكمة الجنائية يقيد بعد ذلك المحكمة المدنية إذا كان صادرا بالعقوبة . بحيث لا يجوز للمحكمة المدنية أن تنفى الخطأ بعد ذلك عن الفعل الذى اعتبرته المحكمة الجنائية جريمة وقعت عنها عقوبة . أما إذا صدر حكم المحكمة الجنائية بإبراء فلا يمنع ذلك المحكمة المدنية من الحكم بالتعويض على أساس خطأ المدنى .

١٦٠ - التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية .

المسؤولية العقدية هي الجزاء على الاخلال بالتزام عقدي ، أما المسؤولية التقصيرية فهي الجزاء على الاخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الاضرار بالغير .

وهناك نظريتان أحدهما تذهب إلى التمييز تمييزاً كاملاً بين المسؤوليتين وهي نظرية ازدواج المسؤوليتين ، والأخرى تذهب إلى عدم التمييز مطلقاً بينهما ، وهي نظرية وحدة المسؤوليتين .

والصحيح هو أن المسؤوليتين تتحدان في المبدأ ، وتختلفان مع ذلك في الصياغة .

فالمبدأ في المسؤوليتين واحد وهو أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

وتعريف الخطأ واحد في المسؤوليتين . فالخطأ حسب التعريف المشهور للأستاذ بلانبول هو كل إخلال بالتزام سابق . وهو في المسؤولية العقدية إخلال بالتزام عقدي . وفي المسؤولية التقصيرية إخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير . والخطأ في الحالتين هو عمل غير مشروع .

ورغم وحدة المبدأ فإن المسؤوليتين تختلفان في الصياغة الفنية لأحكامهما . وسبب هذا الاختلاف هو أن المسؤولية العقدية هي وليدة العقد . وهي لا تعدو أن تكون الشق الثاني في الالتزام العقدي . فقد سبق أن رأينا أن الالتزام يتحلل إلى عنصرين . عنصر المديونية وعنصر المسؤولية . فالمسؤولية العقدية هي الجزاء على الإخلال بالمديونية العقدية . وهي بهذا لا تعدو أن تكون تعبيراً عن الالتزام العقدي ذاته في مرحلة من مراحل وجوده . ولهذا فهي تخضع للإرادة التي أنشأت العقد من عدة نواح نذكر منها :
١ - المسؤولية العقدية مصدرها العقد . ولذلك يجوز الاعفاء منها أو تعديل

أحكامها بمقتضى هذا العقد ذاته . ٢ - إذا تعدد المدينون فلا يقوم التضامن بينهم إلا إذا اتفقوا عليه فيما بينهم . ٣ - التعويض يكون عن الضرر المتوقع أما الضرر غير المتوقع فهو لم يدخل في حساب المتعاقدين ولذلك لا يشمل التعويض . ٤ - التقادم في المسؤولية العقدية يكون بالمدة الطويلة وهي خمس عشرة سنة ، لأن الإرادة التي أنشأت الالتزام تقصد ألا يتقادم إلا بهذه المدة الطويلة .

وعلى خلاف ذلك فإن المسؤولية التقصيرية هي وليدة القانون ، فهي الجزاء على الإخلال بالالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير . وهي المظهر الإيجابي لهذا الالتزام باعتبارها عنصر الجزاء فيه . ولذلك فإن القانون الذي أنشأ هذا الالتزام ، هو الذي يحدد أحكام هذه المسؤولية . وهي أحكام لا تتفق بالضرورة مع أحكام المسؤولية العقدية ، بل تختلف عنها في نواح كثيرة نذكر منها على سبيل المثال ما يقابل الأحكام السابق ذكرها بصدد المسؤولية العقدية : ١ - المسؤولية التقصيرية تنشأ عن القانون ولذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها أو الاعفاء منها . ٢ - القانون هو الذي يحدد الضرر الذي يشمل التعويض وهو قد جعل التعويض شاملاً للضرر المتوقع والضرر غير المتوقع . ٣ - القانون قرر التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية إذا تعددوا . ٣ - القانون جعل مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال .

وفي غير هذا تختلف المسئوليتان في أحكام أخرى كثيرة ، وهو اختلاف في الأحكام التفصيلية . نتيجة للاختلاف في مصدر كل من المسئوليتين . ولكن هذا لا يؤثر في وحدة المبدأ بين المسئوليتين .

١٦١ - هدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية .

من المؤكد في الفقه أنه لا يجوز الجمع بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية . إذا كان الفعل الواحد تترتب عليه في نفس الوقت كل من المسئوليتين . والجمع بين المسئوليتين غير جائز بأي معنى من المعاني . فهو غير جائز

إذا قصد به أن الشخص يحصل على تعويض بمقتضى المسؤولية العقدية : ثم يحصل على تعويض آخر بمقتضى المسؤولية التقصيرية . إذ من غير المقبول أن يحصل الشخص على تعويضين عن ضرر واحد . بل يعرض الشخص عن الضرر الذي أصابه مرة واحدة وبقدر هذا الضرر .

والجمع بين المسئوليتين غير جائز إذ فهم بأنه يجوز للمضرور أن يرفع دعوى يجمع فيها بين شروط كل من الدعويين . ويرجع مثلاً بدعوى المسؤولية التقصيرية بعد أن تقادمت ، معتمداً في ذلك على أن دعوى المسؤولية العقدية لم تقادم بعد . فتل هذه الدعوى لا تكون هي دعوى المسئولية التقصيرية أو دعوى المسؤولية العقدية ، وإنما هي دعوى من تلتيق رافعها . لا يعرفها القانون ولا يعترف بها .

وأخيراً لا يجوز الجمع بين المسئوليتين بمعنى أنه إذا خسر المدعى الدعوى التي رفعها فإنه يرجع بمقتضى الدعوى الأخرى لعله يكسبها . فتل هذا الرجوع يتعارض مع مبدأ قوة الأمر المقضى به .

١٦٢ - عدم جواز الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية .

إذا كان من المتفق عليه عدم جواز الجمع بين المسئوليتين على النحو السابق ذكره . فإنه لا يوجد اتفاق في مسألة الخيرة بين المسئوليتين . فيذهب اتجاه قوى في الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر إلى جواز الخيرة بين المسئوليتين . ومعنى الخيرة هو أنه يجوز للمضرور إذا كان الفعل السبب له الضرر يمكن اعتباره خطأ عقدياً أو خطأً تقصيرياً . أن يختار إما الرجوع بدعوى المسؤولية العقدية أو دعوى المسؤولية التقصيرية . فإذا هو اختار إحدى الدعويين ظل ملتزماً بها ولم يجوز له بعد ذلك أن يعود إلى اختيار الدعوى الأخرى . وإلا فأننا ننتقل من نطاق الخيرة إلى نطاق الجمع بين الدعويين وهذا غير جائز باتفاق الجميع .

وهناك اتجاه آخر وهو الذى نفضله ، يذهب إلى عدم جواز الخيرة بين المسئولين . فالخيرة لا تثور إلا إذا كنا بصدد فعل يعتبر اختلالاً بالتزام عقدى . ويعتبر فى نفس الوقت خطأ تقصيرياً ، كأن ينطوى عدم الوفاء بالالتزام العقدى على جريمة جنائية ، كالمودع لديه مثلاً يمتنع عن رد الشيء المودع وتتوافر فى عمله أركان جريمة خيانه الأمانة .

فى مثل هذا الفرض نرى أن المضرورة وهو الطرف الآخر لا يجوز له أن يرجع على مرتكب الخطأ إلا بمقتضى دعوى المسئولية العقدية وحدها دون المسئولية التقصيرية . وتبرير ذلك أن المضرورة لا تربطه بمرتكب الخطأ إلا علاقة واحدة هى علاقة العقد القائم بينهما . والمسئولية العقدية التى نشأت فى مواجهة مرتكب الخطأ ليست إلا عنصراً من عناصر الالتزام العقدى الذى حدث الاختلال به . فإذا أراد الدائن أن يترك هذه المسئولية جانباً ، فلا يكون ذلك إلا باهمال الالتزام العقدى ذاته . فإذا هو أهمل هذا الالتزام ، لم يعد الطرف الآخر ملتزماً فى مواجهته بشيء . ولم يعد بالتالى محلاً بأى التزام . أو مرتكباً لأى خطأ . فيمتنع عليه الرجوع أصلاً . وإذا كنا نرفض الخيرة بين المسئولين على أساس أن المسئولية العقدية ليست سوى عنصراً فى التزام عقدى مما يستحيل معه منطوقاً اعتبارها عنصراً فى التزام آخر غير عقدى . فإن هذا يشبه قولاً آخر للدكتور السهورى وهو أن «الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقر به ، لم يكن مسئولاً عن ذلك . لا مسئولية عقدية . لأن العقد لما أبرم . ولا مسئولية تقصيرية إذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا أبرم العقد . قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا تترتب عليها إلا المسئولية العقدية . وليس للدائن أن يلجأ إلى المسئولية التقصيرية ، إذ هى تفترض أن المدين قد اخل بالتزام فرضه القانون . والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له إلا العقد » (الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥١٥) .

١٦٣ - تطور المسئولية التقصيرية .

لم تكن هناك قاعدة عامة في القانون الروماني تقرر المسئولية التقصيرية عن العمل غير المشروع . بل كانت هناك احكام خاصة تقرر هذه المسئولية عن بعض الأفعال المحددة بالذات . فاذا لم يكن العمل قد ورد بشأنه حكم خاص فانه لا يعتبر عملا غير مشروع ولا يربط المسئولية التقصيرية .

ويرجع الفضل إلى القانون الفرنسي القديم في وضع قاعدة عامة مقتضاها ان كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم مرتكبه بالتعويض . فأصبح الخطأ هو أساس المسئولية .

وقد انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي الحديث (قانون نابليون لعام ١٨٠٤) . حيث يقرر في المادة ١٣٨٢ منه أن « كل فعل ايا كان للإنسان يسبب ضررا للغير . يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر ان يقوم بتعويضه » . وهذا النص يقرر مبدأ قيام المسئولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية على أساس فكرة الخطأ .

وقد طبق المشرع الفرنسي نفس الفكرة على المسئولية عن فعل الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ، ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان . والمسئولية عن البناء . فجعل المسئولية في كل هذه الحالات قائمة على أساس الخطأ وهو إهمال المسئول في رقابة من هم تحت اشرافه أو من هو تابع له . أو إهماله في حراسة الحيوان أو الشيء

أما القانون المدني المصري الجديد فقد فرق بين المسئولية عن الأفعال الشخصية واقامها على أساس الخطأ الواجب اثباته . وبين المسئولية عن فعل الغير أو المسئولية الناشئة عن الأشياء فأقامها على الخطأ المفترض .

١٦٤ - نظرية تحمل التبعة :

وجدير بالذكر ان المشرع المصرى لم يأخذ فى القانون المدنى بنظرية ذاع صيتها فى الفقه الفرنسى طوال القرنين الماضى والحالى ، وهى نظرية تحمل التبعة . وهى التى تهدف إلى إقامة المسئولية لا على أساس الخطأ . بل على أساس الضرر وحده . وقد ظهرت هذه النظرية فى فرنسا عقب الثورة الصناعية وزيادة المخاطر الناشئة عن استخدام الآلات الميكانيكية . وبجانب هذه المخاطر فان المشروعات الصناعية تحقق أرباحا طائلة مما يسمع بالقول بأن من أقام مشروعا خطرا يجنى من ورائه ربحا طائلا عليه أن يلتزم بتعويض الأضرار الناشئة عن هذا المشروع حتى ولو لم يثبت أى خطأ من جانبه ، حتى ولو نشأ الضرر لسبب أجنبي لا يد له فيه . لغرم بالغرم . ومن يجنى المغايم عليه أن يتحمل المغارم . بل بجانب المغايم التى يجنيها صاحب المشروع فهو يستطيع أن يواجه المغارم بشئ آخر هو التأمين .

ونظرية تحمل التبعة تجعل من غير الخائز نى المسئولية لا بنى الخطأ ولا بنى علاقة السببية . فالمسئولية تقوم على الضرر وحده ولو انتفى وجود الخطأ أو كان الضرر راجعا إلى سبب أجنبي كقوة القاهرة .

ولم يأخذ المشرع الفرنسى بنظرية تحمل التبعة إلا فى بعض التطبيقات الخاصة كتلك المتعلقة بنبعات الحرفة . ومخاطر العمل . ومخاطر الطيران ، وبعض حالات الضمان الاجتماعى . ولم يأخذ بها القضاء الفرنسى إلا فى الحدود التى ورد بشأنها نص فى التشريع .

وقد سار المشرع المصرى فى نفس الاتجاه فيما يتعلق بنظرية تحمل التبعة . فأخذ بها فى بعض التطبيقات الخاصة . أهمها القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل . والقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن أمراض المهنة .

والقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد
أخطار الحرب ، والقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنفيذ الإرشاد بميناء
الأسكندرية .

وفي غير هذه الحالات الخاصة فان المشرع المصرى ظل متمسكا بالأصل
فى تأسيس المسئولية التقصيرية على أساس الخطأ . وقد جعل الخطأ واجب
الاثبات فى مسئولية الشخص عن أفعاله الشخصية . وجعل الخطأ مفترضا
فى المسئولية عن عمل الغير أو المسئولية عن الأشياء .

وقد حان الوقت الآن للدراسة الأحكام التفصيلية للمسئولية التقصيرية
فى القانون المصرى . وسنتابع التقسيم الذى وضعه المشرع فندرس فى ثلاثة
فصول متتالية المسئولية عن الأعمال الشخصية . والمسئولية عن عمل الغير ،
والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

الفصل الأول

المسئولية والأعمال الشخصية

ندرس المسئولية عن الأعمال الشخصية في مبحثين متتاليين ، الأول في أركان المسئولية والثاني في آثارها .

المبحث الأول

أركان المسئولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

١٦٥ - الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

تقوم المسئولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية على فكرة الخطأ . فلا مسئولية بغير خطأ . والخطأ غير مفترض بل يجب اثباته . فإذا ثبت الخطأ وترتب عليه ضرر للغير . فإن مرتكبه يلتزم بتعويض الغير عن هذا الضرر . وهذا ما تنص عليه المادة ١٦٣ مدني في مبدأ من أهم مبادئ القانون وهو « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » . وطبقاً لهذا النص فإن عناصر المسئولية التقصيرية هي خطأ يقع من شخص معين . وضرر يصيب شخص آخر . وعلاقة تجعل هذا الضرر راجعاً إلى هذا الخطأ وهي علاقة السببية بين الخطأ والضرر . وندرس فيما يلي الأركان الثلاثة للمسئولية التقصيرية في ثلاثة مطالب متتالية .

المطلب الأول

الخطأ

يجب أن نحدد أولاً ما هو المقصود بالخطأ . ثم نستعرض بعد ذلك بعض تطبيقات هذه الفكرة .

الفرع الأول

تعريف الخطأ

١٦٦ - صعوبة تعريف الخطأ :

لم يكن سهلاً على الفقه وضع تعريف محدد للخطأ . فهذه كلمة واحدة تندرج تحتها أعداد لا حصر لها من السلوك الإنساني . ولذلك يبدو من الصعوبة بمكان وضع تعريف محكم يفصل بين ما يعتبر خطأ وما لا يعتبر كذلك في سلوك الإنسان .

ولسنا في حاجة في هذا المقام إلى استعراض التعريفات المختلفة للخطأ . ويكفي أن نقرر أن التعريف الأقرب للقبول هو الذي يجعل الخطأ بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي ، ويدخل في هذا المعنى التعريف المشهور للعلامة بلانبول وهو أن الخطأ اختلال بالترام سابق . وهو في المسؤولية التقصيرية الالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير . ويعبر هذا التعريف عن الركن المادي في الخطأ وهو التعدي أو الانحراف . ولكن بجانب الركن المادي ، لابد من توافر ركن آخر معنوي وهو ركن الإدراك والتمييز ، إذ لا خطأ بغير إدراك . وندرس فيما يلي كل من الركنين المادي والمعنوي في الخطأ .

§ - ١ - الركن المادي - الانحراف

١٦٧ - انحراف في السلوك .

بحسب التعريف الأكثر قبولاً في الفقه الحديث . فإن الخطأ في عمره المادي هو كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي .

وفكرة الانحراف في السلوك يمكن قياسها بمعياري ذاتي المراجع فيه هو

نفس الشخص الذى صدر منه الانحراف ، أو بمعيار موضوعى المرجع فيه هو الشخص العادى أو الشخص اليقظ أو غير ذلك من الأمثلة المجردة .

والأخذ بالمعيار الذاتى يودى إلى أن الفعل قد يعتبر انحرافا بالنسبة لشخص معين ولا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر . فإذا كان الشخص شديد اليقظة فإن أى انحراف ولو يسير من جانبه يعتبر خطأ ، أما إذا كان الشخص سهواً فلا يعتبر الفعل انحرافا بالنسبة له إلا إذا كان على درجة كبيرة الخطورة . ويودى هذا المعيار إلى أن استحقاق الضرر للتعويض أو عدم استحقاقه يتوقف فى المقام الأول على طبيعة الشخص الذى سبب له الضرر بفعله ، وهو مالا يبدو مقبولا . ومن ناحية أخرى فإن هذا المعيار يودى إلى تشديد المسؤولية على الشخص اليقظ الخيس ، وإلى تخفيفها عن الشخص المهمل غير المكترث . وهذه نتيجة تصدم أى تقدير سليم للأمر ، وتدعو فى الحال إلى رفض المعيار الذاتى للخطأ .

ولا يبقى إلا الأخذ بالمعيار الموضوعى المجرد وهو الذى يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف من حالة إلى أخرى . وهو سلوك الشخص المعتاد . وهو الذى يعرفه البعض بأنه « الشخص المعتدل الواصل من تصرفاته » . وهو ما كان يطلق عليه القانون الرومانى رب الأسرة الطيب ، أو رب الأسرة المعنى بشئون أسرته . وهو نفس المعيار الذى أخذنا به فى تعريف الخطأ العمدى . وهو نفس المعيار الذى يأخذ به القانون فى الكثير من أحكامه .

وهكذا يعتبر الفعل خطأ إذا أمكن اعتباره انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد بالمعنى السابق ذكره ، وبغض النظر عما إذا كان يعتبر كذلك بالنسبة لمرتكب هذا الفعل بالذات .

١٠٨ - مراعاة الظروف الخارجية فى تقدير الانحراف .

إذا كان الأخذ بالمعيار الموضوعى للانحراف يقتضى عدم الاعتداد بالظروف الداخلية للشخص موضع المسؤولية . وهى الظروف التى تنعكس

بقدراته الشخصية ودرجة اليقظة التي يراعيها في حياته ، وكذلك الظروف التي تتعلق بالنس والجنس والتعليم والصحة . فانه ينبغي مع ذلك أن يؤخذ في الاعتبار كل ظرف آخر لا يعتبر ظرفا ذاتيا بهذا المعنى ، وإنما يسكون ظرفا خارجيا يحيط بالشخص وقت حدوث الفعل . مثال ذلك ظرف الزمان والمكان . أى أن تقدير الخطأ يكون على أساس التصرف الذى كان يصدر من الشخص المعتاد لو أنه وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل .

وعلى هذا النحو إذا كان الشخص يقود سيارته في الليل أو في طريق مزدحم أو في الطريق الصحراوي ، فكل هذه ظروف خارجية يجب أن يوضع الشخص المعتاد في مثلها لمعرفة التصرف الذي كان سيصدر منه في هذه الظروف .

ويلاحظ أن الظرف الواحد قد يعتبر داخليا فلا يعتد به أو خارجيا فيعتد به بحسب ما إذا كان الفعل محل المسؤولية يتصل بهذا الظرف أو لا يتصل به وفقاً للمجرى العادى للأمر . فمثلا إذا أردنا تقدير الخطأ الذي ارتكبه طبيب في قيادة سيارته ، فانا لا نراعى في هذا التقدير صفته كطبيب ولا نتساءل عما كان سيفعله الطبيب المعتاد في قيادة هذه السيارة . لأن قيادة السيارات ليست قاصرة على الأطباء ، كما أن صفة الطبيب لا تتعلق أساسا بقيادة السيارات . ولذلك يكون الرجل المعتاد محل القياس هو القائد العادى للسيارات . فصفة الطبيب تعتبر إذن في هذا المثال ظرفا ذاتيا لا يعتد به . وعلى عكس ذلك فانه إذا كان الفعل الذي يسأل عنه الطبيب في إهماله في معالجة مريض ، فان صفة الطبيب لا تصبح ظرفا ذاتيا لا يعتد به . بل تصبح ظرفا خارجيا يراعى في تقدير الخطأ . فيكون المعيار هو التصرف الذي يصدر من الطبيب المعتاد في معالجة مثل هذا المريض .

١٦٩ - متى يكون الانحراف عملاً مشروعاً .

إذا تحقق الانحراف بالمعنى السابق ذكره ، فإنه يتحقق العنصر المسمى بالخطأ : ولا يبقى لمسألة المنحرف إلا توافر العنصر المعنوي في الخطأ . وكذلك ركني المسؤولية الآخرين وهما الضرر وعلاقة السببية . ومع ذلك فإن المشرع قرر في ثلاث حالات أن الفعل لا يكون موجبا للمسؤولية رغم ما فيه من اضرار بالغير . وهذه الحالات هي حالة الدفاع الشرعي عن النفس ، وحالة تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس وحالة الضرورة .

١ - حالة الدفاع الشرعي عن النفس : قرر المشرع في المادة ١٦٦

مدنى أن « من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس غيره أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » .

ويتضح من هذا النص أن الدفاع الشرعي عن النفس أو المال : من أسباب الإباحة التي تجعل التعدي عملاً مشروعاً لا تترتب عليه مسؤولية فاعله . ويشترط لذلك عدة شروط هي :

١ - أن يوجد خطر حال محقق يهدد الشخص في نفسه أو في ماله . أو يهدد شخصاً آخر من الغير في نفسه أو في ماله بشرط أن يكون هذا الشخص الآخر عزيزاً على الشخص الأول . ولا يلزم أن يقع الضرر بالفعل : بل يكفي أن يكون وشيك الوقوع . وهذه مسألة تخضع لسلطة القاضي التقديرية عند التراجع .

٢ - يجب أن يكون الخطر الذي يقوم الشخص بدفعه عملاً غير مشروع . أما إذا كان عملاً مشروعاً كالقبض على شخص ارتكب جريمة ، فإنه لا يبرر لهذا الشخص أن يقاوم رجال الأمن الذين يقبضون عليه بحجة الدفاع الشرعي عن النفس .

٣ - يجب ألا يكون في استطاعة هذا الشخص دفع الاعتداء على النفس أو المال بأي وسيلة أخرى مشروعة كالاستعانة برجال الشرطة أو غيرهم .

٤ - يجب ألا يجاوز الشخص في دفاعه القدر اللازم لدفع الاعتداء . فإذا هو جاوز ذلك اعتبر مخطئاً . ولكن نظراً لوقوع خطأ من جانب المعتدى أيضاً . فأننا نكون بصدد خطأ مشترك من الجانبين ولذلك فانه يحكم بتعويض عادل يراعى فيه توزيع الضرر على عاتق الطرفين معاً . وسندرس أحكام الخطأ المشترك فيما بعد .

٢ - حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس : تنص المادة ١٦٧ مدني على انه

« لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه ، أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه ، وكان اعتقاده مبنيًا على أسباب معقولة . وأنه راعى في عمله جانب الحيطة » . ويشترط لانطباق هذا النص عدة شروط هي :

١ - أن يكون مرتكب العمل موظفاً عمومياً .

٢ - أن يكون قد قام بهذا العمل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه . وأن تكون طاعة هذا الأمر واجبة . وهي لا تكون كذلك إلا إذا كان العمل مشروعاً . أو أن يكون العمل غير مشروع - وهنا يظهر وجه الاستثناء في الحكم الذي ندرسه - ومع ذلك يعتقد الموظف بأنه مشروع ويكون اعتقاده قائماً على أسباب معقولة ، وليس على مجرد الظن .

٣ - يثبت الموظف أنه قام بالعمل وراعى فيه جانب الحيطة . والمعيار في ذلك هو سلوك الموظف المعتاد في مثل موقفه .

فإذا توافرت هذه الشروط لم يكن المرموس مسئولاً عن العمل غير المشروع . وإن جازت مساءلة الرئيس عنه متى توافرت شروط المسؤولية الأخرى

ويأخذ نفس الحكم أيضا أن يقوم الموظف بالعمل تنفيذا لأمر القانون دون حاجة إلى أن يكون الأمر قد صدر إليه من رئيسه ، إذا كان يعتقد أن القانون يفرض عليه القيام بهذا العمل وكان اعتقاده مبنيًا على أسباب معقولة وراعى جانب الحيطة والحرص في قيامه به .

٣ - حالة الضرورة : تنص المادة ١٦٨ مدني على أن « من سبب ضرر للغير لتفادي ضرراً أكبر ، محققاً به أو بغيره ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً » . ويشترط لانطباق هذا النص ما يأتي :

١ - أن يكون هناك خطر محقق بنفس محدث الضرر أو بماله أو بنفس شخص عزيز عليه أو بماله .

٢ - أن يكون مصدر هذا الخطر سبب أجنبي كفعل الطبيعة أو فعل الغير ، أما إذا كان سبب الخطر هو فعل محدث الضرر نفسه فإنه يكون مسئولاً مسئولية كاملة . كمن يشعل حريقاً في بيته ثم يتلف منقولات الغير لاطفاء هذا الحريق . وإذا كان سبب هذا الخطر هو نفس الشخص الذي وقع عليه الضرر فإن المتسبب في الضرر يكون في حالة دفاع شرعي ولا يلزم بأي تعويض .

٣ - أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي أصاب الغير ، فإذا كان أقل منه أو مساو له ، فلا تقوم حالة الضرورة ويلتزم من تسبب في الضرر بتعويضه تعويضاً كاملاً . أما إذا قامت حالة الضرورة بهذا المعنى فإنه لا يعني من التعويض إطلاقاً ، بل يحكم عليه بتعويض عادل يقوم القاضي بتقديره :

والغالب أن القاضي يخرج في حالة الضرورة إذا توافرت شروطها من نطاق المسئولية التنصيرية ، إلى نطاق الاثراء بلا سبب فيقدر التعويض العادل على أساس الضرر الذي أصاب أحد الطرفين وهذا هو الافتقار ، والاثراء

التي حاد على الشخص الآخر وهي القاعدة التي يحصل عليها من دفع هذا الضرر . ويكون التعويض هو أقل حاتين القيمتين ، الاتراء أو الاقلال على ما ستدرسه فيما بعد . على أنه قد لا تتوافر شروط الاتراء بلا سبب إذا لم يترتب على دفع الضرر الكبير أي التراء إلى كمال مهلهنا به ، فيكون تقدير التعويض على أسس فكرة البطالة فالتأ مجردة عن أية وسيلة من وسائل الصلابة الفنية للقانون (مسئولية تعسفية ، التراء بلا سبب . . الخ) .

٢ ٥ - الضرر الحوي في الخطأ - الإدراك

١٧٠ - مسئولية عدم التمييز .

المسئولية متطلها الإدراك والتمييز . فلا مسئولية لعدم التمييز : أيا كان نوع هذه المسئولية جنائية أو مدنية . وقد تقررت هذه القاعدة منذ أيام القانون الروماني وانضمت منه إلى القوانين الحديثة .

وانظام التمييز هو عنصر ذاتي في شخص مرتكب الفعل . وكان المقروض طبقاً للمعيار الموضوعي في تقدير الانحراف ألا يعتد بهذا العنصر الذاتي . وقد سبق أن رأينا أن الأصل هو قياس الخطأ بمعيار موضوعي مجرد لا تراعى فيه الظروف الخاصة لمرتكب الفعل . ومع ذلك فتخفيفاً من آثار المعيار الموضوعي المجرد ، واحتفاظاً بالمسئولية بدورها الأدبي في حياة الأفراد والمجتمع . فإن القوانين كلها تقيم المسئولية على التمييز باعتباره عنصراً معنوياً يضاف إلى العنصر المادي وهو الانحراف في تكوين ركن الخطأ في المسئولية . فالإدراك هو قوام الخطأ ، والخطأ هو قوام المسئولية .

على أنه إذا كانت فكرة الخطأ ذاتها قد تعرضت للهجوم من أنصار نظرية تحمل النتيجة . وهي التي تنصب إلى إقالة المسئولية على أساس الضرر وحده دون اعتداد بالخطأ ؛ فإن هجوم هذه النظرية كان موجهاً كذلك إلى ربط المسئولية بالتمييز . على أساس أنه لا ذنب للضرر في أن يكون

مرتكب الفعل عديم التمييز ، حتى نحرمه من التعويض عن الضرر السببي
لأصحابه . وعديم التمييز إذا كان غير قادر على إدراك وجه الخطأ في تصرفه ،
إلا أنه قد يكون قادرا على تعويض الضرر من الأموال التي يملكها . وقد
يكون عديم التمييز ثريا بينما يكون المضرور فقيرا . وقد أثرت هذه الحجة
في موقف بعض القوانين الحديثة . حتى أننا نرى المشرع المصري وإن
كان يستبر أن المسؤولية تقوم بحسب الأصل على الإدراك والتمييز ، إلا أنه
فتح الباب أيضا لمسألة عديم التمييز إذا توافرت شروط معينة على أساس
تحمل التبعة ومراعاة لاعتبارات العدل .

وقد هنا المتيقن تقرر المادة ١٦٤ ملحق (١) يكون الشخص مسئولا
عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو تميز . (٢) ومع ذلك إذا
وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه .
أو تعلل الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع
منه الضرر بتعويض عادل مراعى في ذلك مركز الخصوم . . وطبقا لمبدأ
الضرر فإن الشخص إذا كان عديم التمييز وقت ارتكاب الفعل لا يكون
مسئولا عن تعويض الضرر الناشئ عنه بحسب الأصل . وعديم التمييز هو
المتي الذي لم يبلغ السابعة . والمجنون . والمعتوه عنها كاملا . ولا يشترط
أن تكون حالة انعدام التمييز مستمرة . بل قد تكون وقية ناتجة عن السكر
أو التورم المتناطبي أو الخمرات أو الصرع . . الخ . ولا تقوم المسؤولية
حتى ولو كان عديم التمييز هو الذي ساهم ببلوافته في الوصول إلى هذه
الحالة وهذه هي حالة السكر أو ملعن الخمرات .

هل أنه إذا كانت المسؤولية لا تقوم بحسب الأصل بالتبعة لمسديم
التمييز . إلا أن يجوز الحكم عليه بالتعويض على أساس آخر هو تحمل التبعة .
بشرط أن يتعذر الحصول على التعويض من شخص آخر . إذ الغالب أن
يكون عديم التمييز في رعاية شخص آخر يكون مسئولا عن أعماله . فإذا

لم يكن هناك شخص مسئول عن عديم التمييز : أو وجد هذا الشخص ومع ذلك فان مسؤوليته لم تتحقق إذا قام بنى الخطأ في رقابة عديم التمييز ورعايته : أو لم ينشأ عن نفسه الخطأ : ومع ذلك فلم يجدى الرجوع عليه بسبب إعساره . فانه يجوز في هذه الحالة الحكم على عديم التمييز المتسبب في الضرر بتعويض جادل يراعى فيه الظروف الخاصة لكل من الطرفين . فاذا كان عديم التمييز ثريا وكان الطرف الآخر فقيرا فإن القاضى يحكم غالبا بتعويض كامل عن الضرر . أما إذا كان عديم التمييز ميسورا في غير ثراء وكان الطرف الآخر في نفس الوضع أيضا : فان القاضى يحكم بتعويض جزئى عن الضرر . أما إذا كان عديم التمييز فقيرا معلما ، بينما المضرور ثريا أو ميسورا فان القاضى لا يلزم عديم التمييز بأى تعويض .

١٧١ - مسئولية الشخص المعنوى .

الشخص المعنوى ليس له إدراك أو تمييز ، ومع ذلك فهو يباشر نشاطه عن طريق ممثليه من الأشخاص الطبيعيين وهؤلاء يتوافر لهم الإدراك والتمييز . فاذا وقع الانحراف من أتباع الشخص المعنوى كالطبيب الحكومى الذى ينهل في علاج مريض باحدى المستشفيات الحكومية . أو سائق القطار الذى يدهس شخصا ، فان هذا التابع يكون مسئولاً بصفة شخصية ويشترط فيه الإدراك والتمييز ، وتكون الدولة أو مصلحة التمسك بمسئولية عنه بصفة تبعية : وهى مسئولية المتبوع عن أعمال التابع من سنلرسنا فيما بعد .

أما إذا لم يقع الانحراف من أتباع الشخص المعنوى كما في المثلين السابقين ذكرهما . بل وقع من الهيئة المسيطرة على الشخص المعنوى . كمجلس الإدارة مثلا في شركة من الشركات ، فانه لابد من نسبة الانحراف إلى الشخص المعنوى ذاته . وهو لا يتصور منه الإدراك . ولذلك يجب القول بأنه في مسئولية الشخص المعنوى عن أعماله الشخصية يكفى العنصر المادى في الخطأ وهو الانحراف دون اشتراط العنصر المعنوى وهو الإدراك .

الفرع الثالث

تطبيقات لفكرة الخطأ

الخطأ قد يتحقق بفعل إيجابي أو فعل سلبي . وقد يتحقق بفعل عمد او غير عمد . وقد يتحقق أثناء النقل أو مباشرة مهنة أو عمل . وقد يتحقق ن صورة اعتداء على الشرف أو السمعة ، أو في صورة فسخ للخطبة . وقد يتحقق أثناء مباشرة حق من الحقوق وهو ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق . وندرس كل هذه الأنواع فيما يلي :

١٧٢ - الخطأ بفعل إيجابي أو فعل سلبي .

لا يشور شك في أن الفعل الإيجابي إذا انطبق عليه معيار الانحراف عن ممالك الرجل المعتاد ، فإنه يعتبر خطأ على النحو السابق دراسته . ولكن التساؤل يشور أحيانا عما إذا كان الخطأ يتحقق كذلك بفعل سلبي . أي بمجرد الامتناع عن عمل معين . أو بعدم اتخاذ حيلة معينة . ومن المتفق عليه في الواقع أن الفعل السلبي قد يكون انحرافا . يتحقق فيه معنى الخطأ كالفعل الإيجابي تماما . وبسبب مثل على ذلك الإهمال الذي يصدر من الشخص وهو يباشر أي نوع من أنواع النشاط . كراكب الدراجة يهمل في وضع إضاءة بها وشو يسير بها لي . وقائد السيارة يهمل في الإبطاء عند منفرق لطرقي . ومندرجة السكك الحديدية إذا أهملت في وضع اشارات لاخطر عند تقاطع خطوط السكك الحديدية مع طريق آخر . وهذه الأمثلة وغيرها تسمى بالامتناع أثناء الفعل . وهي تطبيق لفكرة الإهمال . والمعروف أن الإهمال هو صورة معبرة عن صور الخطأ .

غير أن الامتناع قد يأخذ شكلا آخر هو الامتناع الخوض أو الامتناع البسيط . وهو الذي لا يتصل بأي نشاط يقوم به الشخص . فلا يؤخذ عنه

الشخص أنه لم يتخذ احتياطا معيناً أثناء مباشرته نشاطا معيناً ، ولكن يؤخذ على أنه لم يتحرك أصلاً لمنع حدث لم يساهم هو في وجوده ، كمن يمتنع عن إغاثة شخص آخر في خطر يهدده ، دون أن يكون هو المتسبب في هذا الخطر .

ورغم أن الجدل قد ثار حول هذا النوع الثاني من أنواع الامتناع ، إلا أنه من المتفق عليه الآن ، أن الامتناع ولو كان بسيطاً يعتبر خطأً موسجراً للمسئولية ، إذا اعتبر انحرافاً عن مسلك الرجل المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها الشخص الممتنع . والواقع أنه لأهمية لكون الفعل إيجابياً أو سلبياً في تقدير الخطأ ، ولكن المهم هو معرفة ما إذا كان الفعل يعتبر انحرافاً أو لا يعتبر كذلك . وفكرة الانحراف كما تتحقق في الفعل الإيجابي قد تتحقق في الفعل السلبي كذلك .

١٧٣ - الخطأ بفعل عمد أو غير عمد .

كما يتحقق الخطأ بفعل عمد وهو ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) فهو يتحقق كذلك بفعل غير عمد وهو ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (quasi délit civil)

والقانون الجنائي يقيم أهمية كبيرة على التفرقة بين الفعل العمد والفعل غير العمد . فيوقع على الجريمة العمدية عقوبة أشد بكثير من تلك التي يوقعها على الجريمة غير العمدية .

أما القانون المدني فلا يعطي هذه الأهمية للتفرقة بين خطأ عمد أو خطأ غير عمد . لأن الغاية من المسئولية المدنية هي التعويض عن الضرر . والتعويض ينبغي أن يكون بقدر الضرر بغض النظر عما إذا كان السبب في هذا الضرر هو خطأ متعمد أو غير متعمد . وإذا كان القاضي من الناحية العملية قد يكون أكثر تشدداً مع المنسبب في الضرر بفعل عمد ، وأكثر كرمًا في

تقدير التعويض لمصلحة المضرور عن هذا الضرر ، إلا أن هذا الانحسار
العملي لا يصلح أن يكون أساساً لمبدأ قانوني .

ومع ذلك فقد تكون للفرقة بين الخطأ العمد وغير العمد بعض الآثار
القانونية في نطاق المسؤولية المدنية : كما يتضح من القانون بشأن اصابات
العمل : النى يقرر للعامل تعويضاً معيناً بالنسبة لكل اصابة معينة ، ويمنعه
في نفس الوقت من الرجوع على رب العمل على أساس أى قانون آخر ،
إلا إذا كان الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من رب العمل ، والخطأ
الجسيم صورة من صور الخطأ العمد . ونفس القانون يسمح لرب العمل أن
يدفع المسؤولية عن نفسه ، إذا هو أثبت أن الاصابة حدثت بسبب سوء
سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل .

١٧٤ - حوادث النقل والعمل والأخطا. الفنية في مزاولة المهنة .

١ - من صور الخطأ الكثيرة الوقوع في الحياة اليومية . الحوادث الناشئة
عن وسائل النقل كالسيارات والقطارات ، ويلاحظ أنه إذا أصاب
الحادث راكب السيارة أو راكب القطار بمقتضى عقد نقل . فإن المسؤولية
عن الحادث تكون عقدية وليست تقصيرية . أما إذا كان الشخص قد
ركب سيارة مثلاً بدون مقابل وبناء على دعوة له بالركوب فيها . فإن
المسؤولية عن الحادث تكون تقصيرية وليست عقدية إذ لا يوجد عقد بين
صائق السيارة وراكبها . على أن أكثر حوادث النقل هي ما تقع على المارة
في الطرقات العامة . كأن يرجع الحادث إلى مخالفة قواعد المرور . كعدم
الاضاءة ليلاً . أو الزيادة في السرعة أو عدم مراعاة الأولوية عند تقاطع
الطرق ، أو السير على اليسار ، أو التحرك بالسيارة فجأة دون مراعاة
السيارات القادمة في نفس الطريق . . . الخ . وكما تقع الحوادث من
السيارات فهي تقع من القطارات وكل وسائل النقل الأخرى .

ويلاحظ أن المسؤولية في هذه الحالة هي مسئولية عن حراسة آلات ميكانيكية ، وهي لا تقوم على الخطأ الواجب الإثبات ، بل على الخطأ المفترض ، ولا تنفي المسؤولية فيها إلا باثبات السبب الأجنبي على ما سندرسه فيما بعد .

٢- ومن أهم الحوادث كذلك حوادث العمل وما ينتج عنها من إصابات للعمال . وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ والقوانين التي حلت محله ، كانت المحاكم تخضع مسئولية رب العمل لقواعد المسئولية التقصيرية من حيث اشتراط اثبات الخطأ في جانبه . ولكن بحسب قانون العمل فإن العامل يستحق التعويض دون حاجة إلى اثبات خطأ رب العمل . ومبلغ التعويض مقدر بطريقة جزافية عن كل إصابة من إصابات العمل . ولا يجوز للعامل أن يرجع بالتعويض الكامل على رب العمل طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية إلا إذا أثبت الخطأ الجسيم من جانبه ، كما أن لرب العمل أن يتخلص من المسئولية إذا هو أثبت الخطأ الجسيم في جانب العامل . وقد سبق ذكر ذلك .

٣- ومن أهم صور الخطأ أيضاً ، ما يقع في مباشرة المهن الفنية ، كمهنة الطبيب أو المحامى أو المهندس أو الصيدلى . فالطبيب قد يخطئ في العلاج ، والمحامى قد يهمل في الدفاع عن حقوق موكله ، والمهندس قد يخطئ في وضع تصميم لبناء ، والصيدلى قد يخطئ في تركيب دواء . فيترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الشخص الذى يتعامل مع أى واحد من هؤلاء الفنين . والغالب أن المسئولية عن الأخطاء الفنية ، تكون بمسئولية عقدية نتيجة لوجود عقد بين من يزاول المهنة وبين من يتعامل معه . ولكن نظراً لأنه حتى ولو كانت المسئولية عقدية ، فإن الالتزام الذى ينشأ عن العقد يكون غالباً التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ، فإن معيار الخطأ

يكون واحدا سواء اعتبرنا المسئولية عقدية أو تقصيرية ، إذ يتحقق الخطأ بعدم بذل العناية التي كان يملكها الشخص المعتاد من أرباب هذه المهنة . ورجل المهنة يسأل عن خطئه ولو كان يسيرا أو تافها . ومعياري الخطأ هو معيار الشخص المعتاد في نفس المهنة . فإذا كان القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب في علاج مريض ، فهو يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من طائفته ويراعى ما إذا كان الطبيب المذكور طبيبا عاما أم طبيبا متخصصا ، أم أستاذا في الطب

١٧٥ - الاعتداء على الشرف والسمعة

من صور الخطأ المعروفة الاعتداء على السمعة والشرف ، سواء حدث ذلك بسوء نية ، أو بطريق التسرع والرعونة مما يصدر عن الرجل المعتاد .

والاعتداء على الشرف والسمعة . يكون باللب أو القذف بأي وسيلة من الوسائل ، كالنشر في الصحف ، أو أثناء المرافعة في إحدى القضايا ، أو عن طريق بلاغ كاذب . . . الخ .

على أنه إذا كان يؤخذ بمعيار الرجل العادي في تقدير الخطأ في مثل هذه الحالات فالغالب أن تنفي صفة الخطأ عن النشر في الصحف إذا حدث ذلك أثناء حملة انتخابية أو معركة سياسية ، أو يقصد كشف الفساد في قطاع من القطاعات توطئة لتطهيره . مراعاة لحرية الصحافة وتحقيقاً للمصلحة العامة . وكذلك قد يكون في استعمال الحق في الدفاع على الوجه الأكمل ما يبنى صفة الخطأ عن فعل يعتبر كذلك لو وقع في ظرف آخر غير ظرف الدفاع وكذلك فإن البلاغ الكاذب لا يرتب المسئولية إذا توافرت لدى مقدم البلاغ معلومات تجعل الرجل المعتاد يعتقد أن هناك جريمة قد وقعت بالفعل من شخص معين بالذات هو موضوع الاتهام في البلاغ الكاذب .

ومعيار الخطأ في كل الأمثلة السابقة هو دائماً الانحراف عن مملك الرجل المعتاد إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها التسبب في الضرر .

١٧٥ - فسخ الخطبة .

من المقرر في القضاء المصري أن الخطبة ليست عقداً وأن فسخها لا تترتب عليه المسؤولية العقدية لمن عدل عنها . ومن المقرر كذلك أن مجرد فسخ الخطبة لا يعتبر في ذاته خطأ تقصيرياً يوجب الحكم بالتعويض للطرف الآخر . ذلك أن الخطبة فترة تعارف واختبار بين الخطيبين وينبغي أن يحافظ القانون على حرية كل خاطب في اتمام الزواج أو عدم إتمامه محافظة منه على حرية الزواج ذاتها . ومع ذلك فإن القضاء المصري يقرر أنه إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى خاطئة في ذاتها ومستقلة عن العدول استقلالاً تاماً ونتج عنها ضرر للطرف الآخر ، جاز الحكم بالتعويض عن هذه الأفعال على أساس المسؤولية التقصيرية •

١٧٦ - التعسف في استعمال الحق :

نظراً لأهمية التعسف في استعمال الحق كصورة من صور الخطأ ، فإننا ندرسه بشيء من التفصيل قنين أولاً الفرق بين التعسف في استعمال الحق وبين الخروج عن الحق . ثم نشير إلى التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق ، وأهم تطبيقاتها في القانون المصري الحديث .

أ - التعسف في استعمال الحق والخروج من الحق

النشاط المشروع الذي يصدر عن الإنسان في المجتمع يكون إما مباشرة لحق من حقوقه أو رخصة من الرخص التي أعطاها القانون لكل فرد من الأفراد . والحق هو استئثار بقيمة من القيم استئثاراً يحميه القانون ، كحق الملكية مثلاً . أما الرخصة فهي مكنته يعطيها القانون لكل فرد مثال ذلك الكلام والسير في الطريق والنشر ، والتقاضى ، والتملك . . الخ . فكل

إنسان في المجتمع يستطيع تملك أى مال جائز التعامل فيه إذا لجأ إلى سبب من الأسباب المكتسبة للملكية ، فإذا هو أصبح مالكا بالفعل انتقل من مرحلة الرخصة إلى مرحلة الحق ، فالتملك رخصة أما الملكية فهي حق .

ومن المتفق عليه أنه إذا خرج الإنسان عن حدود حقه . أو انحرف في استعمال رخصة من الرخص التي أعطاهها له القانون . فإنه يكون قد أخطأ في تصرفه . وكل الصور التي ذكرناها للخطأ فيما سبق كانت إما خروجاً عن حدود حق من الحقوق . أو انحرافاً في استعمال رخصة من الرخص .

ولكن هل يتحقق الخطأ إذا لم يخرج الشخص عن حدود حقه ، ولكنه تعسف في استعمال هذا الحق ؟ ذهب فريق من النقه الفرنسي وعلى رأسه بلانويول إلى أن هذا التساؤل في غير محله . وأن اصطلاح التعسف في استعمال الحق غير مقبول من الناحية اللفظية . لأن كل تعسف في استعمال الحق هو في الواقع خروج عن الحق . فالحق ينتهى عندما يبدأ التعسف . ولا يمكن أن يكون هناك تعسف في استعمال حق ما . لسبب لا يقبل الشك وهو أن العمل الواحد لا يتصور أن يكون في وقت واحد متفق مع القانون ومخالف له . ولكن الاتجاه السائد في النقه الحديث يرفض هذا المنطق اللغوي . ويفرق بوضوح بين الخروج عن الحق وبين التعسف في استعمال الحق . ويجعل كلاهما صورة من صور الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية . فالخروج عن الحق هو خروج عن حدود الحق وتجاوزه لمطاته . أما التعسف في استعمال الحق ، فهو انحراف مباشر سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق . فالشخص الذي يقيم بناء على أرضه فيجاوز هذه ويبنى على جزء من أرض جاره ، إنما يخرج عن حدود حقه . بينما الشخص الذي يقيم حائطا مرتفعا على أرضه بقصد حجب النور والهواء عن جاره انحرافاً به . لا يخرج عن حدود حقه . ولكنه يتعسف في استعمال هذا الحق .

فالتفرقة واضحة إذن بين التعسف في استعمال الحق والخروج عن الحق ، وكل منهما يعتبر انحرافاً عن مسلك الشخص المعتاد طبقاً للمعيار الموضوعي في تقدير الخطأ .

ب - التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق .

عرف القانون الروماني نظرية التعسف في استعمال الحق في بعض التطبيقات المختلفة ، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم . وعرفها أيضاً الشريعة الإسلامية في الكثير من أحكامها .

غير أن المذهب الفردي الذي ساد في القرن التاسع عشر ، والذي وضع في ظله القانون المدني الفرنسي ، كان يقول بإطلاق فكرة الحق بحيث يصعب تصور فرض رقابة على مبادئه . ولهذا فإن النظرية قد احتجبت بعض الشيء في الفترة التي ساد فيها هذا المذهب . ولكنها ما لبثت أن ظهرت مرة أخرى في فرنسا في النصف الأخير من القرن الماضي ، وكان الفصل في بحثها إلى الحياة راجع إلى القضاء الفرنسي . ثم ناصره في ذلك الفقه الفرنسي ، الذي صاغ منها في نهاية القرن الماضي وبداية هذا القرن نظرية من أهم نظريات القانون . وبالرغم من الجدل اللغوي الذي أثارته هذه النظرية وبخاصة الانتقاد الذي وجهه لها بلانيول . فإنه لا يجادل أحد في الوقت الحاضر في صحة الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية ، ولا الأهمية البالغة للاعتراف بها ضمن مبادئ القانون الراسخة .

وقد استقبل المشرع المصري نظرية التعسف في استعمال الحق . أحسن استقبال ، إذ أنه نص على أحكامها في الباب التمهيدي للقانون المدني . أي ضمن المبادئ الأساسية لهذا القانون ، وهو إذ أبرز بذلك أهميتها ، إلا أنه لم يقصد أن يخرج هذه النظرية عن دائرتها الأصلية ، وهي دائرة المسئولية التقصيرية ، فالتعسف في استعمال الحق ، لا يعدو أن يكون صورة من صور الخطأ ، الذي يستحق عنه التعويض طبقاً لمبادئ المسئولية عن

العمل غير المشروع . فهذا هو أساس النظرية التى لم يشأ المشرع أن يعدل عنه بأى حال .

٢ - موقف المشرع المصرى من نظرية التعسف فى استعمال الحق .

ذكرنا أن المشرع المصرى قد استقبل نظرية التعسف فى استعمال الحق . وقد جاء ذلك فى نص المادة ٥ من القانون المدنى ، وهو الذى يقرر « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة » . وقد وضع المشرع بهذا النص ثلاثة معايير للتعسف فى استعمال الحق .

والمعيار الأول هو أن يكون استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير . وهذا المعيار فيما يبدو من صياغته معياراً ذاتياً إذ أنه يتعلق بالقصد والنية . ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار يقتضى الاستعانة بمعيار موضوعى هو مسلك الرجل المعتاد فى مثل هذا الموقف . إذ أن مجرد نية الاضرار أى الاضرار العمدا لا تكفى بذاته لتقول بوجود انحراف فى السلوك . فالشخص قد يستعمل حقه ويتعمد الاضرار بغيره ، ومع ذلك لا يعتبر منحرفاً إذا كان استعمال حقه على هذا النحو يحقق له هو نفعاً كبيراً يفوق بكثير الضرر الذى سيصيب الغير . فان الشخص المعتاد فى مثل موقفه كان سيستعمل حقه على هذا النحو أيضاً . أما إذا انطوى استعمال الحق على قصد الاضرار بالغير . دون أن يفترن ذلك بتحقيق أية مصلحة لصاحب الحق ، أو بتحقيق مصلحة لثالثة أو تخلفت مصلحة له بطريقة عرضية غير مقصودة ، فإنه يكون منصفاً فى استعمال حقه طبقاً لمسلك الشخص المعتاد فى مثل هذه الظروف .

فالشخص الذى يزرع أشجاراً على حدود أرضه بقصد الاضرار بجاره

وحجب النور والهواء عنه يعتبر متعسفاً ولو أدت هذه الأشجار إلى فائدة عرضية لأرضه .

والمعيار الثاني من معايير التعسف هو معيار موضوعي بحث وهو أن تكون المصالح التي يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والشخص المعتاد لا يستعمل حقه تحقيقاً لمصالح تافهة إذا كان يترتب على ذلك ضرر كبير لشخص آخر . واستعمال الحق على هذا النحو لا يصدر إلا عن شخص مستهتر بالآخرين ، أو من شخص يقصد الإضرار بغيره ويتحل مصلحة تافهة هي أقرب إلى المصلحة الوهمية التي لا وجود لها . ليبرر استعماله لحقه على هذا النحو . وفي الحالتين فإنه ينبغي بتصرفه عن مسلك الرجل المعتاد .

والصورة الثالثة من صور التعسف في استعمال الحق ، هي أن يستعمل الحق بقصد تحقيق غرض غير مشروع . والأغراض غير المشروعة تحصل التصرفات المؤدية إليها غير مشروعة أيضاً ولو كانت استعمالاً لحق من الحقوق . ومن الأمثلة على ذلك أن يستعمل رب العمل حقه في فصل أحد العمال لمجرد أنه يباشر نشاطاً نقابياً . أو يضع مالك لأرض مجاورة لمطار من المطارات ، أسلاكاً شائكة على حدود أرضه ليجبر شركة الطيران التي تستخدم هذا المطار على شراء أرضه بثمان مرفعة . والمعيار في هذه الصورة الثالثة هو أيضاً معيار موضوعي . لأن الشخص المعتاد لا يستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع .

د - تطبيقات مختلفة للتعسف في استعمال الحق .

بجانب النص على المبدأ العام في التعسف في استعمال الحق في المادة ٥ من التقنين المدني . فإن المشرع أورد في نفس التقنين نصوداً أخرى بصدد تطبيقات خاصة لهذا المبدأ . ونذكر منها على سبيل المثال ما يأتي :

تنص المادة ١/٤١٠ مدنى (م ١١٤ من قانون الاثبات) على أنه « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها » .
والجزء على التعسف في هذا المثال . ليس هو التعويض عن الضرر . ولكنه منع الضرر قبل وقوعه .

وتنص المادة ٦٩٥ مدنى وهي واردة في عقد العمل على أنه « إذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين . كان للمتعاقد الآخر : إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار : الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً » . والجزء على التعسف في هذا النص هو التعويض التقدي .

وتنص المادة ٦٩٦ على تطبيق آخر للتعسف في فصل العامل من عمله . ولو كان العامل هو الذى ترك العمل إذا كان رب العمل هو الذى دفعه إلى ذلك بمعاملته الجائرة أو مخالفته لشروط العقد .

وتنص المادة ٢/٨١٨ مدنى على أنه « ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى . إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . والجزء على مخالفة هذا الحكم يكون إما تمنع المالك من هدم الحائط . أو بإعادة بناء الحائط بعد هدمه .

وتنص المادة ١٠٢٩ مدنى على أنه « للمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق . أو لم يبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . فإذا طالب صاحب حق الارتفاق ببقاء حقه في هذه الحالة فإنه يكون متعسفاً ويكون الجزء على هذا هو أن يحكم القاضي بتحرر العقار المرتفق به من هذا الارتفاق كله أو بعضه .

وغير الأمثلة التى ورد بشأنها نص في التشريع ، فإن للتعسف في استعمال

الحق تطبيقات أخرى كثيرة عرضت أمام القضاء المصرى ، ولعل أهمها هو التعسف فى استعمال حق الملكية . وقد سبق أن ضربنا لذلك مثال الشخص الذى يبنى حائطا مرتفعا أو يزرع أشجارا مرتفعة على حدود أرضه بقصد حجب الضوء والهواء عن جاره دون تحقيق أية منفعة له أو تحقيقاً لمصلحة تافهة لا تناسب الضرر الذى يصيب الجار من ذلك . أما إذا كان المالك قد أقام الحائط ليستر من الجار الذى يطل على مسكنه أو على حديقته ، فلا يعتبر متعسفاً ، ولا يكون فى سلوكه هذا انحراف عن مسلك الرجل المعتاد .

المطلب الثانى

الضرر

الضرر إما أن يكون ضرراً مادياً أو ضرراً أدبياً . والضرر المادى هو ما يصيب الشخص فى جسمه أو فى ماله . أما الضرر الأدبى فهو ما يصيب الشخص فى شعوره نتيجة لمساس بعاطفته أو كرامته أو شرفه أو سمعته ، أو غير ذلك من الأمور المعنوية التى يحرص عليها الإنسان فى حياته .

١٧٧ - الضرر المادى .

يشترط لإتحقق الضرر المادى أن يحدث مساس بشيء ذى قيمة مالية ، وأن يكون ذلك محققاً .

١ - والمساس بقيمة مالية للمضروب قد يأتى من المساس بسلامة جسمه ، فأى اعتداء على حياة الشخص ، أو إصابته بجرح تترتب عليه خسارة مالية لهذا الشخص . ويتمثل ذلك إما فى نشتات العلاج ، أو فى إضعاف القدرة على الكسب أو انعدام هذه القدرة أصلاً .

والضرر المادى يتحقق كذلك بالاعتداء على أى حق من الحقوق المالية كحق الملكية مثلا . فمن أحرق منزل غيره أو زراعته أو أتلف منقولات مملوكة له يصيبه بضرر ذى قيمة مالية .

ولا يشترط لتحقيق الضرر المادى أن يكون هناك مساس بحق من الحقوق ، بل يكفي لتحقيق ذلك أن يكون هناك مساس بمصلحة مشروعة لشخص من الأشخاص . فمن تسبب بخطئه فى وفاة غيره ، فانه يسبب ضررا ماديا للأشخاص الذين كان يعولهم المصاب ، ولو لم يكن لهؤلاء حق نفقة عليه . بل كان يعولهم فقط دون اى التزام من جانبه . والنفقة التى كان يحصل عليها هؤلاء الأشخاص هى مصلحة مالية ، لم تصل إلى درجة الحق ، ومع ذلك فان المساس بها يؤدى إلى تحقيق الضرر المادى كركن من أركان المسؤولية . ويشترط بطبيعة الحال أن تكون هذه المصلحة مشروعة . أما إذا كانت غير مشروعة كمصلحة العشيقه التى كان يولها المصاب ، فانه لا يعتد بها . ولا يجوز للعشيقه أن تطالب بالتعويض على أساسها .

٢ - ويشترط لتحقيق الضرر المادى أن يكون هذا الضرر محققاً . وهو يكون كذلك إذا كان قد وقع فعلا وهذا هو الضرر الحال أو أن يكون ضررا مستقبلا ولكنه محقق الوقوع .

ومن الأمثلة على الضرر الحال الذى وقع فعلا هو ما سبق ذكره من أحداث الوفاة أو الاصابة أو الحريق أو الإتلاف . . . الخ .

ومن الأمثلة على الضرر المستقبل المحقق الوقوع هو ان يصاب شخص فى حادث وتكون الاصابة محققة . ولكن لا تعرف بالضبط نتائجها المستقبلية . وهل سترتب عليها عجز كلى أو جزئى عن العمل . وهل سترتب عليه بتر الساق أو عدم بترها . وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يحكم بالتعويض عن الضرر الذى تحقق بالفعل وأن يعطى للمضرور فرصة معينة يرجع بعدها لتقدير الضرر فى صورته النهائية . وفى هذا تنص المادة ١٧٠ مدنى

و يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خال مدة معينة باعادة النثر في التقدير .

أما إذا كان الضرر مستقبلاً غير محقق الوقوع ، وهو الضرر المحتمل ، فهو لا يستحق عنه أى تعويض مادام لم يتحقق فعلاً . فإذا تحقق في المستقبل جاز المطالبة بالتعويض على أساسه . مثال ذلك الإتلاف الذى يحدثه شخص في منزل شخص آخر ، فالإتلاف ضرر محقق ، ولكن ما قد يترتب عليه من انهدام المنزل فهو ضرر محتمل لا يستحق عنه التعويض إلا إذا انهدم المنزل فعلاً في المستقبل .

وتجب التفرقة بين الضرر المحتمل وبين فوات الفرصة . فهذه يترتب عليها ضرر حال وليس ضرر محتمل فقط . مثال ذلك أن يتسبب شخص في فوات مدة الطعن بالاستئناف في حكم من الأحكام . أو أن يتسبب شخص في فوات فرصة الدخول إلى الامتحان على طالب . وبطبيعة الحال فان نتيجة الطعن بالاستئناف التى فاتت مدة طعنه . أو نتيجة الامتحان التى فاتت فرصة التقدم إليه : ليست مضمونة . ومع ذلك فان مجرد فوات الفرصة في هذا يترتب عليه ضرر يمكن تقديره على أساس ظروف الطعن أو ظروف الامتحان .

والفضاء المصرى يجرى على مبدأ التعويض عن فوات الفرصة متى كانت فرصة حقيقية وجدية .

١٧٨ - الضرر الأدبى .

وهو الذى يصيب الشخص في قيمة غير مالية . ومن الأمثلة على هذا الضرر الذى يصيب الشخص في جسمه فيسبب له ألماً أو جرحاً أو تشوهاً .

فاذا ترتبت على الاصابة أضرار مالية كمصروفات العلاج واضعاف القدرة على الكسب ، فان الضرر يكون ماديا وأديبا في نفس الوقت . أما إذا لم ترتب عليه أضرار مادية فانه يكون ضرراً أدبياً فقط . ومن الأمثلة على الضرر الأدبي كذلك الاعتداء على السمعة والشرف بالسب أو القذف أو التشهير أو هتك العرض . ومن الأمثلة على الضرر الأدبي أيضا ايداء العاطفة والشعور . فالموت يسبب ضرراً أدبياً لأقارب المصاب الأقربين كوالديه وأولاده وزوجه . ويترتب مثل هذا الضرر بالنسبة لهؤلاء إذا تعلق الأمر باعتداء من نوع آخر كالخطف أو الضرب أو الجرح . الخ . ومن الأمثلة على الضرر الأدبي أيضا الاعتداء على أى حق من الحقوق ولولم ترتب عليه ضرر مادي . كانتهاك حق الملكية باقتحام المنزل المتجر أو المصنع ولولم يترتب على ذلك خسارة مالية .

وقد كان هناك جدل في فرنسا حول ما إذا كان من الجائز التعويض عن الضرر الأدبي . ولكن هذا الجدل لم يعد قائماً الآن . وقد اتخذ المشرع المصري موقفاً صريحاً من هذا إذ ينص في المادة ٢٢٢ ملى على أن « (١) يشمل التعويض انضرر الأدبي أيضا . ولكن لا يجوز في هذه الحالة ان ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . (٢) ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

وإذا كان المشرع قد قرر في هذا النص مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي ، إلا أنه راعى أيضا الصفة الشخصية لهذا الضرر التي يصعب معها تصور انتقاله من المضرور إلى غيره بطريق الميراث . ولذلك قرر أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ينتضى بوفاة المضرور . إلا إذا كان قد تم اتفاق بشأنه بين المخطيء والمضرور ، وفي هذه الحالة فان أثر الاتفاق

يجتد إلى الورثة نتيجة لامتداد أثر العقد إلى الخلف العام على النحو السابق
جراسته عند دراسة آثار العقد . وكذلك فإن الضرر الأدبي ينتقل الحق في
التعويض عنه بالمراث إلى الورثة إذا كان المضرور قد رفع بشأنه دعوى
أمام القضاء ، لأنه يرفع هذه الدعوى قد عبر عن إرادته في عدم التنازل
عن التعويض عن هذا الضرر . أما إذا مات دون أن يرفع الدعوى بالمطالبة
بالتعويض فإن ذلك يحمل على أنه قد تنازل عن الحق في التعويض ، ونذراً
للطبيعة الشخصية لهذا النوع من الضرر ، فلا يجوز للورثة أن يطالبوا بالتعويض
عنه ، مع افتراض أن المضرور نفسه قد تنازل عن المطالبة بذلك .

وكذلك فإنه بالنسبة لنوع معين من أنواع الضرر الأدبي ، وهو الألم
الذي يصيب الآخرين من وفاة المصاب ، فقد قرر المشرع أن هذا الألم
لا يمكن أن يصيب إلا أشخاص محددين هم زوج المصاب وأقاربه للدرجة
الثانية . ويشمل ذلك الزوج والزوجة والوالدين والجددين والأولاد وأولاد
الأولاد . وكذلك الأخوة والأخوات . ولا يشمل غير هؤلاء من أقارب
المصاب . ويلاحظ أنه إذا وجد كل هؤلاء في نفس الوقت فإن القاضي
لا يحكم بالتعويض لهم جميعاً ، بل يحكم لمن أصابه منهم ألم حقيقي . أما الألم
الذي ينتج عن إصابة أخرى أقل من الوفاة ، فإنه لا يعرض عنه إلا المصاب
نفسه ، وربما يعرض عنه أيضاً الوالدين أو الزوج حسب تقدير القاضي
وتبعاً لظروف الدعوى .

المطلب الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر

يشترط لقيام المسؤولية أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه
الضرر . وهذه هي علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . وهي الركن الثالث
من أركان المسؤولية التقصيرية . ولا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي

ترتب عليه الضرر ، بل يجب أن يكون هو السبب المباشر وكذلك السبب المنتج .

وعلى هذا النحو فإن علاقة السببية تنتفي ولا تقوم المسئولية . إذا كان الضرر راجعاً إلى سبب أجنبي . أو حتى إذا كان راجعاً إلى خطأ لم يكن مع ذلك السبب المباشر أو المنتج لهذا الضرر . وندرس فيما يلي السبب الأجنبي وكذلك فكرة السبب المباشر وفكرة السبب المنتج .

الفرع الأول

السبب الأجنبي

تنص المادة ١٦٥ مدني على أنه : إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير . كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك ، وطبقاً لهذا النص فإن السبب الأجنبي الذي يترتب عليه انتفاء المسئولية هو واحد من ثلاثة . القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء . وخطأ المضرور . وخطأ الغير . وندرس فيما يلي كل سبب من هذه الأسباب .

§ ١ - القوة القاهرة والحادث المفاجيء .

١٧٩ - عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجيء .

ذهب البعض إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجيء على أساس أن القوة القاهرة هي مالا يمكن دفعه . أما الحادث المفاجيء فهو مالا يمكن توقعه . وهذه التفرقة غير صحيحة لأنه يشترط في الحادث الذي يبي علاقة السببية أن يكون مستحيل التوقع ومستحيل الدفع في نفس الوقت .

وذهب البعض الآخر إلى التفرقة بينهما على أساس أن القوة القاهرة تجعل استحالة التنفيذ مطلقة . أما الحادث الفجائي فهو يجعل استحالة التنفيذ نسبية فقط . وهذه التفرقة غير صحيحة بدورها لأن السبب الأجنبي الذي ينشأ المسؤولية هو الذي يجعل استحالة التنفيذ مطلقة .

وذهب فريق ثالث إلى أن القوة القاهرة تتعلق بأحداث خارجية كحرب أو زلزال أو عاصفة . أما الحادث الفجائي فيتعلق بأسباب داخلية كاختلال عجلة القيادة أو انفجار إطار السيارة أو غير ذلك . وهذه التفرقة بدورها ليست لها أهمية ولا تقوم على أساس .

والصحيح هو عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي . لا من حيث شروطهما أو آثارهما . . . ونفس الحادث يعتبر قوة قاهرة إذا نظرنا إليه من حيث عدم إمكان دفعه ويعتبر حادثا مفاجئا إذا نظرنا إليه من حيث عدم إمكان توقعه .

١٨٠ - شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .

حتى يوصف الحادث بأنه قوة قاهرة أو حادث فجائي . يجب أن تتوافر فيه ثلاثة شروط هي :

١ - أن يكون من المستحيل توقعه ، وأن تكون الاستحالة في هذا الشأن مطلقة لا نسبية . بحيث يستحيل على أى شخص أن يتوقع الحادث مهما كانت درجته من اليقظة . ولا يعنى هذا أن يكون الحادث جديداً في نوعه بالنسبة للإنسان . فمثل هذا الحادث لا وجود له . ولكن يشترط أن يكون الحادث وإن كان معروفاً ويقع من وقت لآخر كالحرب والأمراض وغير ذلك . إلا أنه لا يكون متوقفاً في ظروف هذه الحالة بالذات .

٢ - يشترط أن يكون الحادث من المستحيل دفعه . وأن تكون الاستحالة مطلقة وليست نسبية .

٣ - يشترط أخير أن يترتب على الحادث أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وأن تكون الاستحالة مطلقة وليست فقط نسبية ، وهذا الشرط الثالث هو الذى يميز فى نطاق المسئولية العقدية : بين القوة القاهرة ، والغش والظروف الطارئة . فبالأولى تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . أما الثانية فتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فحسب .

ومن الأمثلة على القوة القاهرة أو الحادث الفجائى . الحرب وما يترتب عليها من تخريب أو تدمير . وكذلك صدور تشريع أو قرار إدارى وهو ما يسمى بعزل الأمير . أو انتشار مرض أو هبوب عواصف أو حدوث حريق أو اضطراب أو سرقة . الخ . ومن الأمثلة على ذلك أيضا ما يصيب الآلات الميكانيكية من تلف مفاجئ . كاختلاف عجلة القيادة . أو انفجار إطار لسيارة . الخ .

§ ٢ - خطأ للضرر

إذا وقع الضرر نتيجة خطأ المضرور ذاته . فانه تلتقى علاقة السببية بين الخطأ الصادر من شخص آخر وبين هذا الضرر . ولكن يشترط لئلى علاقة السببية على هذا النحو أن يكون خطأ المضرور قد استغرق خطأ الشخص الآخر . أما إذا لم يكن قد استغرقه بل ساهم كل من الخطأين فى حدوث الضرر . وهو ما يسمى بالخطأ المشترك . فانه يكون هناك محل للتخفيف عن مسئولية الشخص الآخر دون تفهيا اطلاقا . وندرس كل من هذين الفرضين فيما يلى .

١٨١ - استغراق أحد الخطأين للآخر .

إذا حدث الضرر بسبب خطأ من أحد الأشخاص وخطأ من المضرور نفسه . فالعبرة فى تقرير المسئولية . أو تفهيا بما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الآخر أم لا . والخطأ قد يستغرق خطأ آخر فى حالة من حالتين :

١ - إذا كان الخطأ عمدياً ، فانه يستغرق أى خطأ آخر يكون قدامهم معه في إحداث الضرر . وعلى هذا النحو إذا حدث الضرر بسبب خطأ عمدي من المضرور ، كمن يريد أن ينتحر فيلقى نفسه تحت سيارة تسير بسرعة كبيرة : فان خطئه وهو نية الاضرار بنفسه يستغرق خطأ قائد السيارة الذي يسير بسرعة غير عادية . ولا يجوز له أن يرجع عليه بالتعويض . أما إذا حدث العكس وكان خطأ الشخص الآخر هو الخطأ العمدي ، كمن يريد ان يقتل عدوا له فيتنهز فرصة ركوبه لدراجة في طريق خطر لا يجوز فيه ركوب الدراجات . ويدهسه بسيارته التي كان يقودها في هذا الطريق ، فان خطئه هذا يستغرق خطأ المضرور وتكون مسئولته كاملة .

أما إذا رضى المضرور بالضرر دون أن يريد لنفسه أو يتعمد اصابته به ، كمن يدخل في مبارزة وهو يعلم نتائجها واحتمالاتها فان خطئه هذا لا يستغرق خطأ الشخص الآخر بل يكون الخطأ مشتركاً بينهما على النحو الذي سندرسه فيما بعد .

٢ - والحالة الثانية التي يستغرق فيها أحد الخطأين . الخطأ الآخر . هي التي يكون فيها أحدهما هو الذي سبب وقوع الآخر . فاذا كان خطأ المضرور هو الذي سبب خطأ الشخص الآخر ، فانه يستغرقه ولا تقوم مسئولية الشخص الآخر . مثال ذلك المصاب في حادث سيارة ويسكون السبب الوحيد للاصابة أنه تحول فجأة بعد أن كان يسير على جانب الطريق فنزل إلى وسط الطريق دون أن يلتفت إلى مرور سيارات في هذا الوقت . فان خطئه هذا يستغرق الخطأ المفترض في جانب سائق السيارة وهو خطأ مفترض في جانبه باعتباره حارساً للسيارة ، أما إذا كان خطأ المسئول هو الذي تسبب في خطأ المضرور فانه يستغرقه وتكون المسئولية كاملة . مثال ذلك سائق السيارة الذي يقودها بسرعة مخيفة ، مما يدفع الراكب إلى

جواره إلى القيام بحركة خاطئة يريد بها النجاء من هذا الموقف ، فأحدث ضرراً بنفسه نتيجة لهذه الحركة .

فاذا لم يكن أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر . فانتا نكون بصدد خطأ مشترك بين المسئول والمضروب .

١٨٢ - الخطأ المشترك .

إذا وقع خطأ من المسئول ، وخطأ من المضروب ، ولم يستغرق أى منهما الآخر ، بل ساهم كل منهما في أحداث الضرر ، بصفة مستقلة ، فان المسئولية تكون في هذه الحالة مشتركة بين المسئول والمضروب ، ولا يحكم بالمضروب الا بتعويض يعادل ما ساهم به المسئول بسببه في أحداث الضرر . وفي هذا المعنى تقرر المادة ٢١٦ ملني أنه « يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في أحداث الضرر أو زاد فيه » . ويلاحظ أن توزيع المسئولية بين المشتركين في أحداث الضرر لا يكون بعدد الرؤوس ، ولكن بقدر مساهمة كل منهم في أحداث الضرر . فاذا لم تعرف درجة مساهمة كل خطأ في أحداث الضرر ، فان التعويض يوزع على كل المشتركين في الخطأ توزيعاً متساوياً .

والقضاء المصري حافل بالأمثلة على خطأ مشترك من هذا القبيل . من هذا خطأ سائق السيارة الذي أبطأ السير عند محطة بتزين موهما أنه يتوقف أمامها ثم عاود السير بعد ذلك دون أن يتقف فعلاً . وخطأ الصبي الذي تعلق بالسيارة في الحفنة لإبطائها وفي غير محطة من محطات الركوب . ومن هذا أيضاً خطأ والد الطفلة التي دهسها قطار . في المخافضة على السور الفاصل بين مسكنه وبين قصبان السكك الحديدية . وخطأ عمال السكك الحديدية الذين نزعوا بعض أجزاء هذا السور لتقصير الطريق إلى مساكنهم . ومن هذا أيضاً الخطأ المشترك بين عامل المصعد ، والراكب فيه . الخ .

§ ٣ - خطأ الغير

١٨٣ - استغراق أحد الخطأين للآخر أو اشتراك الخطأين في أحداث الضرر

إذا حدث الضرر بسبب خطأ من أحد الأشخاص . وخطأ من الغير . فالعبرة في تقدير مسئولية أحدهما . هو ما إذا كان الخطأ الصادر منه قد استغرق خطأ الآخر أم لم يستغرقه . وينبغي أن نفرق في هذا بين الفروض الآتية :

١ - إذا ساهم كل من الخطأين في أحداث الضرر ولم يستغرق أحدهما الآخر . فإن كل شخص صدر منه أحد الخطأين يكون مسئولاً في مواجهة المدين مسئولية كاملة عن تعويض الضرر في مجموعه . ولكنه يتقاسم مع الشخص الآخر في العلاقة بينهما مسئولية التعويض عن الضرر . والقاضي هو الذي يحدد نصيب كل منهما في المسئولية بقدر جسامه الخطأ الصادر منه ، فإذا لم يحدد القاضي نسبة معينة وزعت المسئولية بعدد الرؤوس . وهذا ما تقرره المادة ١٦٩ . ملق وهي تنص على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا منضامين في التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي . إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » . وهذا النص يقرر مبدأ التضامن في المسئولية التصديرية بين المشتركين في أحداث الضرر . وجدير بالذكر أنه في نطاق الالتزامات التقدمية ، فإن التضامن بين المدينين إذا تعددوا لا يفترض ، بل لابد من الاتفاق عليه صراحة . أو ان يرد بشأنه نص خاص في القانون .

٢ - أما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر بالمعنى السابق ذكره . أي عندما يكون أحد الخطأين متحداً . أو عندما يكون أحد الخطأين هو الذي أحدث الخطأ الآخر ، فإن من استغرق خطاه . خطأ غيره . يكون هو المسئول وحده عن تعويض الضرر في مجموعه . وهذا هو المقصود بأن خطأ الغير يعتبر سبباً أجنبياً يبنى علاقة السببية بين خطأ من

ترفع عليه الدعوى وبين الضرر . وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان قد استغرق خطأ المدعى عليه في دعوى المسؤولية .

٣ - إذا وقع خطأ من شخصين أو أكثر ، ووقع في نفس الوقت خطأ من المضرور ، ولم يكن أى واحد من هذه الأخطاء قد استغرق الآخر . فإن المضرور يتحمل جزءاً من المسؤولية . ويرجع بالباقي على المشتركين معه في أحداث الضرر . وهو يرجع على أى منهم باعتباره متضامن مع غيره منهم ، أما فيما بينهم فإن المسؤولية توزع إما بعدد الرؤوس أو بحسب ما يحدثه القاضي من نصيب كل منهم في المسؤولية . على النحو السابق ذكره في الفرض الأول من هذه الفروض الثلاثة .

الفرض الثاني

السبب المنتج والضرر المباشر

إذا لم يكن خطأ المسئول هو السبب المنتج ، وفي نفس الوقت هو الذى أدى مباشرة للضرر ، فإن علاقة السببية تنقضي . ولا يكون الشخص مسئولاً .

١٨٤ - السبب المنتج

قد تتضافر عدة أسباب في أحداث الضرر . ومع ذلك لا تكون كلها في نفس الدرجة من حيث قوة التأثير . ويثور البحث لمعرفة أى الأسباب هو الذى يؤخذ في الاعتبار لتحديد المسئول عن هذا الضرر . وقد عرفت في هذا الشأن نظرية تقول بتكافؤ الأسباب . وموداها أن كل سبب ساهم في أحداث الضرر يجعل صاحبه مسئولاً عن هذا الضرر . طالما أنه لم يحدث استغراق لأحد الأسباب بواسطة سبب آخر . فالأسباب التى لا يستغرق بعضها بعضاً طبقاً لمعنى الاستغراق السابق ذكره . تكون كلها متكافئة . ولو كانت مختلفة من حيث درجة تأثيرها في أحداث الضرر .

وعلى سبيل المثال إذا أهمل شخص في المحافظة على سيارته ، فسرقتها شخص آخر وقادها بسرعة خاطئة ، فأصاب شخصا ثالثا . فإن خطأ صاحب السيارة في المحافظة عليها يتكافأ مع خطأ السارق الذي قادها بسرعة من حيث تحمل كل منهما المسؤولية عن الضرر الذي أصاب الشخص الثالث .

ومع ذلك فهذه النظرية غير مسلم بها في الفقه الحديث ، حيث يذهب الرأي السائد فيه إلى الأخذ بنظرية أخرى هي نظرية السبب المتتبع . وموداها أنه إذا تعددت الأسباب المؤدية إلى الضرر . ولم يستغرق أى واحد منها غيره . فانه لا يعتد مع ذلك إلا بالسبب المتبع من هذه الأسباب . وهو السبب الذي أدى بحسب المألوف من الأمور إلى وقوع الضرر . وفي المثال السابق فإن الخطأ في المحافظة على السيارة . لا يعتبر سببا متتجا في وقوع الحادث الذي أصاب المضرور . ولكن الخطأ المتبع هو خطأ السارق الذي قاد السيارة بسرعة غير عادية مما تسبب عنه الحادث بالفعل . فالأسباب المتعددة ليست كلها متكافئة بل بعضها متبع وهو ما يعتد به . وبعضها عارض وهو مالا يعتد به .

ويشترط لقيام مسؤولية الشخص أن يكون الخطأ الذي صدر منه هو الخطأ المتبع بالنسبة للضرر .

١٨٥ - الضرر المباشر .

تكلمنا في الفقرة السابقة عن السبب المتبع ، وهو خطأ بين أخطاء متعددة . ولكن قد يكون الخطأ متتجا ومع ذلك تتعاقب الأضرار ، فهل يسأل مرتكب الخطأ عن كل هذه الأضرار . أم يسأل فقط عن الأضرار المباشرة ؟ من الثابت قانونا أن المسؤولية لا تكون إلا عن الضرر المباشر وحده . فلا يسأل الشخص عن الأضرار غير المباشرة المترتبة على خطئه . سواء في ذلك المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية . وقد نص المشرع على هذا الحكم

في المادة ٢٢١ مدني وهي تقرر أنه « إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب . بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » .

وطبقاً لهذا النص فإن معيار الضرر المباشر هو أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، وهو يكون كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

- ومن الأمثلة على الأضرار غير المباشرة التي ينطبق عليها هذا المعيار :
- مثلاً تقليدياً يذكر في كتب الفقه الفرنسي نقلاً عن بوتييه ، وهو خصاص بالمسئولية العقدية إلا أنه يصلح أيضاً للمسئولية التقصيرية . وهو متعلق بشخص اشترى ماشية موبوءة بمرض فانتقل المرض إلى المواشي الأخرى التي يملكها هذا الشخص . فماتت هذه المواشي جميعاً . واضطر المشتري إلى التوقف عن الزراعة ، فساءت أحواله ولم يسدد ديونه فقام الدائنون بالمحجز عليه وبيعت الأرض التي يملكها بالمراد العلني بثمن بخس . الخ .
 - في هذا المثال لا يعتبر ضرراً مباشراً إلا موت المواشي التي اشتراها هذا الشخص وكذلك المواشي الأخرى التي انتقلت إليها العدوى . والضرر إلى هذا الحد لم يكن من المستطاع أن يتوقاه المضرور إذا هو ببذل جهداً معقولاً .
 - أما ما عدا ذلك من أضرار فانه كان من الممكن توقيه ببذل جهد معقول .
 - ولذلك فهي تعتبر غير مباشرة . ولا يستحق عنها أي تعويض . ومن الأمثلة الأخرى التي عرضت أمام القضاء في مصر . هو ما قضت به محكمة الاستئناف الوطنية من أنه « إذا تلفت آلات وابور بسبب حوادث حصل للطار الذي كانت هذه الآلات مشحونة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن

الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث ، كأن يقال إن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر أرتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فتلفت زراعة صاحب البئر . وكان أيضاً متعهداً بأن يروى لأصحاب الأحيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ؛ ثم أنه لم ينتفع بالأرض التي حفر البئر فيها وبالأرض التي أعدها لوضع الوابور الخ الخ . وإن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار . (استئناف وطني ٢٢ أكتوبر عام ١٩١٤ . الشرائع . ٢ رقم ٥١ / ٢ . ص ٢٤٧) .

وفي هذا المثال فإن محل الأضرار التي ورد ذكرها بالحكم باستثناء التلف الذي أصاب الآلات نفسها . يعتبر ضرراً غير مباشر لا تسأل عنه مصلحة السكك الحديدية . لأنه لم يكن نتيجة طبيعية للحادث . وكان من الممكن توقى نتائجه ببذل جهد معقول في هذا الشأن كإجراء آلات أخرى غير الآلات التي تلفت في الحادث ، أو رى الأرض عن طريق وسيلة أخرى من وسائل الرى الخ .

وإذا كان الضرر غير مباشر بهذا المعنى . فتتقضى علاقة السببية بينه وبين الخطأ . ولا يسأل عنه مرتكب الخطأ .

المبحث الثاني

آثار المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

آثار المسؤولية التقصيرية تتمثل في استحقاق المضرور تعويضاً عن الضرر الذي أصابه ، وهو يصبح دائماً بهذا التعويض بينما يصبح مرتكب الخطأ مدنياً به . وندرس فيما يلي كيف يتم تقدير التعويض . ونطاق التعويض . والاتفاق على تعديل التعويض . والتأمين من المسؤولية . واجتماع طريقتين للتعويض . وتقدم دعوى التعويض . والحكم الصادر في هذه الدعوى .

١٨٦ - كيفية تقدير التعويض .

هناك طرق مختلفة لتقدير التعويض . وقد نص المشرع على هذه الطرق في المادة ١٧١ التي تقرر أنه « (١) يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إبراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا . (٢) ويقدر التعويض بالنقد . على أنه يجوز للقاضي . تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور . أن يأمر باعادة الحالة إلى ما كانت عليه . أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » .

وتنص من هذا النص أن جزاء المسؤولية إما أن يكون هو التنفيذ العيني أو تعويضاً غير نقدي أو تعويض نقدي .

فن الحائر أن يكون جزاء المسؤولية هو التنفيذ العيني ويكون ذلك باجبار الشخص الذي ارتكب الخطأ وأخل بالا لزام القانوني بعدم الاضرار بالغير . أن ينفذ عنصر المديونية في هذا الالتزام الذي حدث به الإخلال . مثال ذلك الحار الذي يبني في ملكه حائطاً مرتفعاً لحجب النور والهواء عن جاره . يحكم عليه بإزالة هذا الحائط . فتسحق أثر الخالفة ويعود الحار إلى ما كان عليه قبل الاخلال بالالتزام . وإذا كانت حالات التنفيذ العيني نادرة . إلا أنه يتعين على القاضي الحكم به . متى كان ممكناً وطلبه المضرور أو عرضه مرتكب الخطأ .

٢ - ومن الحائر أن يكون جزاء المسؤولية التعويض غير النقدي . ويكون ذلك في الحالات التي يستحيل فيها التنفيذ العيني . ولا يقتضي الحال الحكم بتعويض نقدي . ومن الأمثلة على ذلك أن يكون الخطأ هو السب أو القذف . وأن يكون التعويض هو نشر الحكم الصادر بإدانة المدعى عليه في الصحف على نفقته . أو أن يكون الحكم هو تحميل المدعى عليه مصرية قات المدعى ، وهذه الأمثلة وغيرها هي التي قصدتها المشرع بقوله أن القاضي

يجوز أن يحكم ، بأحدهم أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض .

٣- وأخيراً من الجائز أن يكون التعويض مبلغاً نقدياً ، وهذا هو الغالب في كيفية تقدير التعويض . ولا يشترط أن يدفع هذا المبلغ دفعة واحدة ، بل يجوز أن يكون مقسطاً على أقساط ، كأن يكون الضرر هو الإصابة بجروح تعتمد المضرور عن العمل فترة من الوقت . فيحكم له بتعويض يقابل نفقات العلاج وما كان يكسبه من عمله خلال فترة العلاج . ومن الجائز كذلك أن يكون التعويض لإيرادا مرتباً مدى الحياة ، ويكون ذلك في حالة ما إذا أصيب المضرور بعجز دائم عن العمل سواء كان هذا العجز كلياً أو جزئياً . فيكون أنسب تعويض له أن يحصل على إيراد مرتب مدى حياته يقابل العجز الذي أصابه نتيجة للحدث .

١٦٤ - نطاق التعويض .

نطاق التعويض يتحدد على أساس الضرر . فالتعويض ينبغي أن يكون مقابل الضرر . والضرر هو بحسب نص المادة ٢٢١ مدني « ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب » . فمن أتلف المحصول الزراعي لشخص آخر ، فإن الضرر الذي أصاب هذا الشخص يتمثل في النفقات التي أنفقها في زراعة الأرض وأجرة الأرض ذاتها وهذا ما لحقه من خسارة . يضاف إلى ذلك ما فاتته من كسب وهو الفرق بين نفقات الزراعة وأجرة الأرض ، وبين الثمن الذي كان سيبيع به المحصول . والتعويض يشمل المضررين معاً .

والضرر الذي يستحق عنه التعويض هو الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع ، أما الضرر غير المباشر فلا يستحق عنه أي تعويض وقد سبق بيان ذلك .

والقاضي عند تقدير التعويض يراعي الظروف الخاصة بالضرر والمضرور

دون الظروف الخاصة بالمسئول . وفي هذا المعنى تنص المادة ١٧٠ مدني على أن « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير » .

والمقصود بالظروف الملائمة التي يشير إليها النص ، هي ظروف المضرور التي تلابس وقوع الضرر . كأن يكون شخصاً يتعيش من عمله أو أن يكون ثرياً له موارد رزق أخرى . وكأن يكون هو العائل لأسرته ، أو أن يكون منفرداً لا يعول غير نفسه . والقاضي على العكس لا يراعي الظروف الملائمة للمسئول . فهو لا يهتم بما إذا كان المسئول غنياً أم فقيراً إذ يجب عليه دائماً أن يدفع التعويض عن كل ضرر . ولا يهتم القاضي بما إذا كان المسئول قد ارتكب خطأ جسيماً أو عمداً . أم أنه ارتكب اهمالاً غير متعمد . فأياً كان نوع الخطأ أو درجته فإن المسئول يلتزم بتعويض كل الضرر المباشر . ولا يلزم بشيء يزيد عن هذا الحد . وهذا هو الذي يميز بين التعويض المدني وبين العقوبة الجزائية . فالأول يراعى فيه جبر الضرر ، أما الثانية فيراعى فيها الجزاء على الخطأ .

وهناك استثناء على قاعدة أن القاضي لا يعتد بالظروف الملائمة للمسئول ، وهو خاص بمسئولية عديم التمييز . فقد سبق أن رأينا أن هذه المسئولية تقوم أحياناً على أساس تحمل التبعة ويراعى فيها مركز المسئول وبصفة خاصة ما إذا كان غنياً أم فقيراً .

وطبقاً لنص المادة ١٧٠ السابق ذكره فإن التعويض يكون عن الضرر بالصورة التي وصل إليها وقت النطق بالحكم . فإذا كان الضرر كبيراً وقت حدوثه ولكنه تضاعف وقت النطق بالحكم بأن شفيت الإصابة أو

كادت فان القاضى لا يراعى إلا الضرر وقت النطق بالحكم ، وبالعكس
إذا تضاعفت الإصابة فان القاضى يراعى الزيادة التى حدثت فيها إلى وقت
النطق بالحكم ، على أن تكون هذه المضاعفات نتيجة مباشرة للخطأ على
النحو السابق ذكره . ويلاحظ طبقاً لهذا النص أيضاً أنه إذا لم يمكن تقدير
الضرر بصفة نهائية وقت النطق بالحكم ، فان القاضى يحكم بمبدأ استحقاق
التعويض ، ولكنه يعطى المضرور مهلة يعود بعدها إلى طلب تقدير التعويض
طبقاً للصورة النهائية للضرر .

ومن الجائز قبل الحكم بالتعويض النهائى أن يحكم القاضى للمضرور
بنفقة وقتية ، إذا كان ثابتاً لديه أن المضرور يستحق التعويض ، وكانت
ظروف المضرور تشاقه لا تسمح له بالانتشار إلى وقت صدور الحكم ،
وأن تكون عناصر تقدير التعويض لم تكتمل بعد . ويجب فى هذه الحالة
ألا يزيد مقدار النفقة الموقته عن التعويض الذى ينتظر الحكم به فى الدعوى
بحسب ما يلمسه القاضى من ظروفها .

١٨٨ - الاتفاق على تعديل التعويض قبل وقوع الضرر .

من المتصور من الناحية العملية أن يحدث اتفاق على قيمة التعويض قبل
وقوع الضرر وقبل أن يتحدد شخص المسئول وشخص المضرور ، إذا
كانت هناك ظروف تسمح بتوقع وقوع الضرر قبل حدوثه . مثال ذلك
المشركون فى سباق للدرجات أو السيارات يتفقون على تعديل أحكام
المسئولية التى قد تنشأ نتيجة لحوادث تقع فى هذا السباق . مثال ذلك أيضاً
البحران إذ من المتوقع حدوث اضرار ببعضهم من البعض الآخر فيتفقون
مقدماً على الجزاء على هذا الضرر . مثال ذلك أيضاً المشاركون فى معرض
للحيوان ، يتفقون على التعويض الذى يستحق عن إنشاء بعض هذا الحيوان
للبعض الآخر .

والإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية يكون إما بالإعفاء أو التخفيف منها ، وإما بالتشديد فيها . وفيما يتعلق بالإعفاء من المسؤولية : فقد نص المشرع في المادة ٢١٧ على أنه « ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

ويتضح من هذا النص أن أحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام : فلا يجوز الإتفاق على الإعفاء منها . وهذا على خلاف المسؤولية العقدية ، فقد سبق أن رأينا أنه يجوز الإتفاق على الإعفاء منها إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم .

ويأخذ حكم الإعفاء من حيث بطلان الإتفاق عليه ، أن يتفق على التخفيف من المسؤولية عن العمل غير المشروع . الإتفاق على التشديد من أحكام المسؤولية التقصيرية : كأن يتفق مثلاً على : كون الخطأ مفترضاً في غير حاجة إلى إثبات ، أو أن يتفق على أن تكون المسؤولية على أساس تحمل التبعة أى بمجرد وقوع الضرر . لو نوى المسئول عن نفسه الخطأ أو أثبت السبب الأجنبي فانتفت علاقة السببية : فالراجح أن مثل هذه الإتفاقات جائزة وقد ورد بشأنها حكم مشابه في المسؤولية العقدية . وليس هناك ما يمنع امتداده إلى المسؤولية التقصيرية . وهذا ما تنص عليه المادة ٢١٧/١ بقولها « يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة » .

والخلاصة أن الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها غير جائز . بينما يجوز الإتفاق على التشديد فيها .

١٨٩ - التأمين من المسؤولية .

كما يتعرض الشخص في حياته لأضرار تصيبه من الغير . فهو يتعرض كملك لأن يكون مسئولاً عن خطئه في مواجهة الغير . وقد يقوم الشخص

توقفاً لهذه المسئولية بالتأمين منها لدى شركة تأمين . وتسمى شركة التأمين بـ بلغة القانون المؤمن ، ويسمى التعاقد معها المؤمن له . والتأمين جائز سواء عن المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية . وهو جائز سواء عن الخطأ اليسير أو الخطأ الجسيم . ولكنه غير جائز بالنسبة لـ خطأ العمد ، إذ لا يجوز للشخص أن يؤمن عن أخطائه العمدية لتعارض ذلك مع النظام العام في المجتمع . ومع ذلك فمن الجائز التأمين من الأخطاء العمدية الصادرة من غير المؤمن له ممن يسأل عنه هذا الأخير ، فليس في ذلك تعارض مع مبدأ محاربة الغش .

والعلاقة بين المؤمن والمؤمن له يحددها عقد التأمين القائم بينهما . ولكن يلاحظ أن التأمين من المسئولية هو عقد تأمين حقيقي وليس عقد إذخار كما هو الشأن في عقد التأمين على الحياة . ولذلك فإن المؤمن لا يلتزم إذا ما وقع الضرر إلا بتعويض هذا الضرر فقط ولو لم يصل هذا الضرر إلى الحدود التي قبل المؤمن أن يلتزم بتعويض الغير في نطاقها .

أما العلاقة بين المؤمن (شركة التأمين) والمضروب . فإن القانون في تطوره يسعى إلى جعلها علاقة مباشرة . بحيث يرجع المضروب على شركة التأمين بمقتضى حق مباشر له قبلها . ولا يمر هذا الحق بنعمة المسئول وهو المؤمن له . ولا يتعرض المضروب بشأنه لمزاحمة دائي المسئول الآخرين . في حالة ما إذا كانت ديون المسئول تزيد على حقوقه . أى في حالة ما إذا كان معسراً .

• وكان هناك نص في المشروع التمهيدى للقانون المدنى (م ٨٣٢ من المشروع) . يقرر للمضروب حقاً مباشراً قبل شركة التأمين . ولكن هذا النص حذف وترك الحكم في شأنه للتقواعد العامة في القانون .

وطبقاً للقواعد العامة ، وهو ما قررته محكمة النقض المصرية ، لا يكون للمضرور حق مباشر قبل المؤمن ، إلا على أساس الاشتراط لمصلحة الغير .
أى إذا تبين أن المؤمن له قد اشترط لمصلحة الغير وهو المضرور . أما إذا كان المؤمن له لم يشترط لمصلحة المضرور . وكان تفسير عقد التأمين يؤول إلى القول بأن المؤمن له قد اشترط مبلغ التأمين لنفسه فلا يكون هناك حق مباشر للمضرور قبل المؤمن . ولا يكون له إلا - يرجع على المؤمن باسم المؤمن له أى بطريق الدعوى غير المباشرة . وفى هذه الحالة يتعرض لمزاومة الدائنين الآخرين للمستول وهو المؤمن له .

ومع ذلك فإن الكثير من المحاكم تميل إلى تفسير عقد التأمين من المسئولية على أساس أنه يتضمن اشتراط لمصلحة المضرور : وأنه يعطى له حقاً مباشراً قبل شركة التأمين .

ويلاحظ أيضاً أن المشرع ينص صراحة فى بعض احداث الخاصة على إعطاء المضرور حقاً مباشراً قبل شركة التأمين . كما هو الشأن فى التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات (م ٥ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥) .

١٩٠ - اجتماع طريقين للتعويض .

محدث أن يجتمع للمضرور طريقان للتعويض فى نفس الوقت كاجتماع الحق فى التعويض مع الحق فى التأمين . أو اجتماع الحق فى التعويض مع الحق فى تعويض آخر أو نفقة أو معاش . وندرس هذين الفرضين فيما يلى .

١ - إذا اجتمع للشخص الواحد الحق فى التعويض عن ضرر أصابه . مع مبلغ التأمين عن هذا الضرر الذى يكون قد احتاط بالتأمين منه . كان له كفاعدة عامة أن يجمع بين الحقين . مثال ذلك أن يؤمن شخص من الأضرار التى قد تصيبه فى جسده أو فى ماله ، ويتحتم صرر بالفعل . فى

هذه الحالة يجوز لهذا الشخص أن يحصل على تعويض من المسئول ، وأن يحصل على مبلغ التأمين من المؤمن . ولا يكون في هذه الحالة قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد . لأن التعويض الذي يحصل عليه من المسئول يكون عن الضرر . ومصدره هو العدل غير المشروع . أما مبلغ التأمين فهو يحصل عليه مقابل الأقساط التي دفعها : ومصدره هم عقد التأمين . ويلاحظ أن المشرع المصري طبق هذا المبدأ في التأمين على الحياة (م ٧٦٥) . ولكنه لم يطبقه في التأمين على الحريق (م ٧٧١) .

٢ - أما إذا اجتمع للمضروب تعويضان عن نفس الضرر ، فإنه لا يجوز له الجمع بينهما . لأن القاعدة هي ألا يعرض الشخص عن الضرر الواحد إلا مرة واحدة . مثال ذلك العامل الذي يصيبه حادث في العمل خطأ من زميل له ، فيستحق تعويضاً جزافياً طبقاً لقانون إصابات العمل . قبل رب العمل . ويستحق في نفس الوقت تعويضاً كاملاً عن الضرر قبل العامل الآخر الذي تسبب بخطئه في حدوثه . وهو لا يجوز له أن يجمع بين التعويضين فإذا هو رجع على العامل الذي تسبب في الضرر بالتعويض الكامل فلا يرجع بعد ذلك على رب العمل بشيء . وإذا هو رجع على رب العمل بالتعويض الجزافي . فلا يرجع بعد ذلك على العامل المتسبب في الضرر . إلا بالفرق بين التعويض الجزافي والتعويض الكامل .

ويأخذ نفس الحكم أن يستحق المضروب بجانب التعويض نفقة واجبة بحكم القانون . كمن يصاب بعجز ينقده عن العمل فيستحق تعويضاً قبل التسبب في العجز . ويستحق نفقة قبل من تجب عليه نفقته قانوناً بسبب العجز عن العمل . في هذه الحالة لا يجوز له أن يجمع بين استحقاق التعويض واستحقاق النفقة . لأن كل منهما تعويض عن نفس الضرر . ولا يجوز الحصول على أكثر من تعويض واحد عن الضرر الواحد . ويأخذ نفس

الحكم أيضا أن يستحق الموظف معاشا استثنائيا لصابته في حادث أثناء تأدية عمله . وتكون الحكومة مسئولة في نفس الوقت عن تعويض الضرر الذي نشأ عن هذا الحادث . ونذكر أن المعاش الاستثنائي روعي فيه مبدأ التعويض عن الضرر . فانه لا يجوز الجمع بينه وبين التعويض المستحق طبقاً لقواعد المسؤولية . إذ لا يجوز في أي حال أن يتخطى مبلغ التعويض الضرر الذي أصيب المضرور فعلاً . أو أن يعوض هذا الشخص مرتين عن ضرر واحد . وهذا بخلاف المعاش العادي فان الموظف يستحقه بجانب استحقاق التعويض . لأن المعاش العادي هو مقابل الاستقطاعات التي تؤخذ من مرتب الموظف . فهو في هذا يشبه التأمين الذي يستحقه المؤمن له مقابل أقساط التأمين التي يدفعها طبعاً لتد التأمين . وقد سبق أن رأينا أن يجوز الجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين كقاعدة عامة .

١٩١ - تقادم دعوى التعويض .

حق المضرور في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ينقضي بالتقادم كغيره من الحقوق الشخصية التي تنتضي بمضي مدة معينة دون أن يطالب بها صاحبها . وقد نص المشرع في المادة ١٧٢ على مدة تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية . ويقرر هذا النص أنه « (١) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . (٢) على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة . وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة . فان دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . »

وبصرف هذا النص في حساب مدة تقادم دعوى التعويض بين أن يكون الخطأ قد نشأت عنه المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في نفس الوقت . أو

أن يكون الخطأ لم تنشأ عنه سوى المسؤولية المدنية وحدها . فإذا كان الخطأ قد نشأت عنه المسؤولية المدنية وحدها فإن مدة التقادم تكون ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال . فإذا علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه فإن الدعوى تتقدم بمضى ثلاث سنوات من تاريخ هذا العلم . ويشترط لتقدم الدعوى بمضى ثلاث سنوات أن يعلم المضرور بالأمرين معاً : وقوع الضرر وشخص المسئول عنه . فإذا مضت مدة طويلة لم يعلم فيها المضرور بوقوع الضرر : أو بشخص المسئول ، كمدة ثلاث عشرة سنة مثلاً ، فإن الدعوى تتقدم بمضى خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . أى أن مدة التقادم هي أقصر الأجلين ، ثلاث سنوات من وقت العلم بوقوع الضرر أو بشخص المسئول ، أو خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر ولو لم يعلم المضرور بوقوعه أو بشخص المسئول .

أما إذا كان الخطأ قد نشأت عنه المسؤولية الجنائية في نفس الوقت ، فإن دعوى المسؤولية المدنية لا تتقدم إلا بتقدم دعوى المسؤولية الجنائية . فإذا كان الخطأ يتمثل في جريمة قتل مثلاً . فإن الدعوى الجنائية عن هذه الجريمة تتقدم بمضى عشر سنوات من وقت ارتكابها . فإذا علم المضرور بوقوع الجريمة وشخص المسئول عنها وقت وقوعها ، فإن تطبيق القاعدة السابق ذكرها كان يؤدي إلى القول بأن الدعوى المدنية تتقدم بمضى ثلاث سنوات من وقت ارتكاب الجريمة وهو وقت العلم بها وبمركبها . ولكن ليس من المستساغ أن يحرم المضرور من الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه في نفس الوقت الذي تجوز فيه محاكمة المسئول أمام المحكمة الجنائية . ولذلك قرر المشرع أنه في كل حالة يجوز الحكم فيها بعقوبة جنائية . فإنه يجوز الحكم بتعويض مدني عن نفس الفعل . ولا تتقدم دعوى التعويض إلا بتقدم الدعوى الجنائية . ولو كانت مدة تقدمها الخاصة قد انقضت فصلاً .

١٩٢ - الحكم الصادر في دعوى التعويض .

تذهب النظرية التقليدية إلى أن الالتزام بتعويض الضرر ، ينشأ مباشرة من العمل غير المشروع ، ويكتمل وجوده بمجرد اكتمال عناصر المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية . فإذا ما رفع الأمر إلى القضاء . وصدر حكم من القاضي بالزام المسئول بالتعويض . فإن هذا الحكم لا ينشئ الحق في التعويض . ولكنه يكشف عنه فقط ، فهو كاشف غير منشيء .

ويترب على اعتبار أن الالتزام بالتعويض قد نشأ من وقت اكتمال عناصر المسؤولية ، أن حق المضرور يوجد من هذا الوقت ، وبالتالي فإن دعواه تبدأ في التقادم من هذا التاريخ . وكذلك يجوز له أن يتصرف في حقه بحوالته إلى الغير منذ وقوع الضرر . ويجوز له أيضا أن يتخذ الاجراءات التحفظية للمحافظة على حقه قبل صدور الحكم . وهو يستحق كذلك فوائد تأخير قانونية عن مبلغ التعويض منذ وقوع الضرر . وليس فقط منذ صدور الحكم .

وجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي في اتجاهه السائد يذهب إلى أن الحكم الصادر بالتعويض ينشئ التزاما جديدا يخل محل الالتزام السابق الذي نشأ عن العمل غير المشروع ، والحكم يجري بهذا نوعا من التجديد القضائي يؤدي إلى نشأة التزام جديد يخل محل الالتزام القديم ويختلف عنه في مصدره وفي محله . فمصدر الالتزام القديم هو العمل غير المشروع بينما مصدر الالتزام الجديد هو الحكم الصادر بالتعويض . ومحل الالتزام القديم هو القيام بعمل وهو تعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه . أما محل الالتزام الجديد فهو دفع مبلغ من النقود . هو مبلغ التعويض

والفقه الفرنسي وإن كان لا يشاطر في مجموعه انعقاد القضاء السابق

ذكره . إلا أنه لا ينكر المعنى الحقيقي لهذا الاتجاه ، وهو أن حكم القاضي في دعوى المشوالة التقصيرية ، هو حكم منشىء لالتزام جديد .

وفي تقديرنا أن اتجاه القضاء الفرنسى غير واجب التأييد ، إذ لا يوجد في الواقع إلا التزام واحد هو الالتزام بالتعويض . وهو ناشئ عن العمل غير المشروع . أما الحكم الصادر في الدعوى فهو فقط التعبير الكامل عن عنصر الجزاء في هذا الالتزام .

الفصل الثاني

المسئولية عن عمل الغير

المسئولية عن عمل الغير تختلف عن المسئولية عن الأعمال الشخصية ، في أنها تقوم على خطأ مفترض غير واجب لاثبات . وذلك تسهيلا للضرور في حصوله على التعويض ، خلافا للقاعدة العامة التي توجب اثبات الخطأ في جانب المسئول . والمسئولية عن أعمال الغير لها تطبيقين في القانون المصري : هما مسئولية من يجب عليه الرقابة عن هم في رقابته ، ومسئولية المتبوع عن أعمال التابع . وندرس كل هذين التطبيقين في مبحث مستقل .

المبحث الأول

مسئولية من يجب عليه الرقابة عن هم في رقابته

ندرس فيما يلي شروط قيام مسئولية من يجب عليه الرقابة ، وأحكام هذه المسئولية .

المطلب الأول

شروط قيام المسئولية عن عمل الغير

١٩٣ - نص القانون .

تنص المادة ١٧٣ ملقى على أن « (١) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة . بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية . يكون ملتزماً بتعويض الضرر الذي يذاته ذلك الشخص تلحق بعلمه غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه

العمل الضار غير مميز . (٢) ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

ويتضح من هذا النص أنه حتى تقوم مسئولية متولى الرقابة لا بد من توافر شرطين ، أولهما أن يكون هناك التزام بالرقابة على شخص معين ، وثانيهما أن يصدر خطأ من هذا الشخص يترتب عليه ضرر للغير .

١٩٤ - الالتزام بالرقابة .

الالتزام بالرقابة إما أن ينشأ بحكم القانون أو بمقتضى الاتفاق .

وهو ينشأ بحكم القانون على عاتق كل شخص يوجد قاصر في رعايته . ويعتبر الشخص قاصراً في حاجة إلى رعاية إذا لم يكن قد بلغ من العمر خمس عشرة سنة . وإلى أن يصل إلى هذا العمر فإن رعايته واجبة قانوناً على من يتولى حضائته أو من له ولاية النفس عليه وهو والده أو جده أو عمه أو أمه بحسب الأحوال . فإذا بلغ الشخص هذا العمر وخرج يسعى إلى رزقه واستقل في معيشته فإنه لا يكون في حاجة إلى رقابة أحد ، وبالتالي لا يكون هناك من هو مسئول عنه . أما إذا بلغ هذا العمر واستمر مع ذلك في رعاية من يتولى رعايته . فإن الرقابة تغل قائمة عليه . ويغفل من يتولى رعايته ملتزماً برقابه ومسئولاً عن أعماله . ويستمر هذا الوضع إلى أن يبلغ القاصر الواحد والعشرين من عمره ، فترفع عنه كل رقابة ، ولا يصبح أى شخص مسئولاً عن أعماله ، حتى ولو كان لا يزال يعيش في كنف نفس الشخص الذى كان مسئولاً عنه من قبل . وحتى ولو كان لا يزال في مراحل التعليم ، لم يبدأ حياته العملية بعد ، طالما أنه بلغ من الرشد ولم يلحقه عارض من عوارض الأهلية كجنون أو عته أو غير ذلك .

ويلاحظ أن الالتزام بالرقابة قد يقع على عاتق شخصين ، مختلفين بالنسبة لنفس القاصر . ويتحقق ذلك إذا كان القاصر يذهب إلى المدرسة أو يتعلم حرفة ، فهو يكون في رعاية المدرس أثناء وجوده بالفصل وفي رعاية ناظر المدرسة أثناء وجوده بها ، وفي رعاية رب العمل أثناء مزاولة الحرف . وهو يكون في رعاية من يلتزم برعايته قانوناً في غير أوقات المدرسة أو الحرفة .

وكما ينشأ الالتزام بالرقابة بحكم القانون . فهو ينشأ أيضاً بمقتضى الاتفاق . فمن أصيب بجنون أو عته ووضع في مستشفى للأمراض النفسية أو العقلية ، فانه يكون تحت رقابة مدير هذه المستشفى بمقتضى اتفاق . وكذلك من أصيب بمرض كشلل أو فقد البصر . وأوكل أمر رعايته إلى مشرف أو ممرض ، فان هذا المشرف أو الممرض يكون مسؤولاً عن أعماله على أساس التزامه بالرقابة وهو التزام ناشئ عن اتفاق .

والأحكام السابق ذكرها كما تصدق على الرجل فهي تصدق على المرأة أيضاً . ولكن نفراً لأن المرأة المتزوجة تكون في رعاية زوجها . فان الالتزام بالرقابة على المرأة القاصر ينتقل بالتزوج من وليها إلى زوجها . بشرط أن يكون الزوج هو نفسه في غير حاجة إلى رقابة . أما إذا كان الزوج قاصراً يعيش في كنف شخص آخر ، فان من يتولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة على الزوجة أيضاً ، إلى أن يبلغ الزوج سن الرشد فترتفع عنه الرقابة ويتولى هو بالتالي رقابة زوجته . أما إذا بلغت الزوجة سن الرشد قبل أن يبلغ الزوج هذه السن ، فان الرقابة ترتفع عنها ، ويذلل الزوج مع ذلك خاضعاً للرقابة إلى أن يبلغ هو هذه السن .

١٩٥ - مسؤولية من يجب رقابته

بشرط لقيام مسؤولية متولى الرقابة أن تقوم أولاً بمسؤولية الخاضع

لرقابته ، فهي مسئولية عن عمل الغير ، لا بد لقيامها أن يصدر خطأ من الغير المشمول بالرعاية ، بسبب ضرراً لشخص آخر .

ويشترط أن يكون المشمول بالرقابة هو الذى وقع منه الخطأ . أما إذا كان هو الذى أصابه الضرر . فلا يكون متولى رقبته مسئولاً عن هذا الضرر . ما لم يكن قد صدر منه خطأ شخصي نشأ عنه هذا الضرر . أما إذا لحق المشمول بالرعاية ضرر من خطأ شخص آخر أو ألحق بنفسه ضرراً ، فلا يكون المشرف عليه مسئولاً عن هذا الضرر .

فيجب إذن أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص المشمول بالرعاية ، سواء كان ذلك في صورة خطأ واجب الإثبات . أو في صورة خطأ مفترض ، ويكون الخطأ مفترضا إذا تعلق بحراسة آلة ميكانيكية كقيادة سيارة مثلاً . وإذا نشأت مسئولية المشمول بالرعاية على هذا الوجه فإن مسئولية من يتولى رقبته تكون تبعية نتيجة لهذه المسئولية الأصلية . ومنزى أن المضرور يكون أمامه شخصان يستطيع الرجوع عليهما وهما المشمول بالرعاية ومسئولته أصلية والمشرف عليه ومسئولته تبعية .

ولكن يلاحظ أن المشرع قرر أن من يقوم بالرقابة يكون مسئولاً عن هو في رقبته ، حتى ولو كان غير مميز . وقد سبق أن ذكرنا أن غير المميز قد يصدر منه الركن المادى في الخطأ وهو الانحراف . ولكن لا يتوافر لديه الركن المعنوى في الخطأ وهو الإدراك . وأنه لهذا السبب لا يتصور أن يصدر منه خطأ أو أن تقوم مسئوليته بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح . ولكن المشرع قرر مع ذلك الزامه بالتعويض على أساس تحمل التبعة . وجعل ذلك جوازياً للقاضي ، بحسب حالة كل من عديم التمييز وحالة المضرور . فإذا كان المشرع يقرر بالنسبة لمتولى الرقابة مسئولية عن عديم التمييز في جميع

الأحوال ، فعنى ذلك أنه يلتزم بصفة أصلية ، وليس فقط بصفة تبعية ،
إذ لا يوجد شخص آخر غيره يلتزم بصفة أصلية ، إذ لا ينسب إلى عديم
التمييز خطأ ، ولذلك نرى المشرع ينص على أن التزام متولى الرقابة يقوم
« ولو كان من وقع منه الضرر غير مميز » ، فمن كان غير مميز قد يقع منه
ضرر . ولكن لا ينسب إليه خطأ . وقد راعى المشرع الدقة في التعبير على
هذا النحو .

المطلب الثاني

أحكام المسؤولية عن عمل الغير

تقوم مسؤولية متولى الرقابة على أساس خطأ مفترض في جانبه ، وهو
يستطيع نفي المسؤولية عن نفسه ، إذا رتب هذا الخطأ . أو إذا هو نفي
علاقة السببية . وإذا قامت مسؤوليته فهي تقوم بجانب مسؤولية المشمول
برقابه . وكل من المسئوليتين مستقلة عن الأخرى . وندرس هذه المسائل
لها يل .

١٩٦ - الخطأ المفترض ونفيه .

تقوم مسؤولية متولى الرقابة على أساس خطأ مفترض في جانبه . وهو
الخطأ في تربية القاصر أو في مراقبته ، ولا يطلب من المضرور اثبات هذا
الخطأ . بل على متولى الرقابة أن يثبت هذا الخطأ إذا هو أراد دفع المسؤولية
عن نفسه . وفي هذا تنص المادة ١٧٣ / ٣ ، ويستطيع المكلف بالرقابة أن
يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة . ويتضح من هذا
النص أن افتراض الخطأ في جانب من يقوم بالرقابة هو افتراض قابل
للاثبات العكس .

وإثبات عكس القرينة القانونية لا يتحقق إلا اثبت متولى الرقابة أنه

لم يكن مسيئاً في تربية القاصر ، وأنه لم يكن يغفر له حقواته ، وأنه كان يوجهه دائماً إلى الطريق السليم ، وأنه فضلاً عن ذلك لم يقصر في اتخاذ الاحتياطات التي تمنع من وقوع مثل هذا الضرر .

ويلاحظ أن التريئة القانونية على الخطأ تقوم فقط في العلاقة بين المضرور ، ومتولى الرقابة : ولكنها لا تقوم في العلاقة بين المضرور وبين الخاضع للرقابة الذي صدر منه العمل غير المشروع . ففي هذه العلاقة الأخيرة يكون الخطأ واجب الإثبات أو افتراضاً بحسب ما إذا كانت المسؤولية فيه ناشئة عن فعل شخصي أو عن حراسة آلات ميكانيكية أو غيرها . وسنرى أن لكل من المسئولتين أحكامها المستقلة .

١٩٧ - تنفي علاقة السببية .

يستطيع متولى الرقابة أن ينفي عن نفسه المسؤولية أيضاً ، إذا هو نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه وبين الضرر . ويكون ذلك كما يقرر نص المادة ١٧٣ / ٣ في عبارته الأخيرة « أن أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية » . وغنى عن الذكر أن المشمول بالرعاية هو كائن ذو إرادة مستقلة . ولا يمكن فرض رقابة مستمرة على التصرفات غير المحدودة التي يمكن أن تصدر عن هذه الإرادة . فإذا صدر الخطأ من المشمول بالرقابة بطريقة مفاجئة : بحيث ما كان لمنع وقوعه أي تربية سابقة أو احتياط مبدول ، فإن علاقة السببية تنفي بين الخطأ المفترض في متولى الرقابة . وبين الضرر الذي نشأ عن العمل المفاجيء للمشمول بالرقابة .

١٩٨ - قيام المسئولتين .

إذا وقع فعل غير مشروع من شخص مشمول بالرعاية سبب ضرراً للغير ، كان للمضرور أن يرجع بما على المشمول بالرعاية مباشرة وتكون مسئوليته في هذا هي مسئولية الشخص عن أعماله الشخصية . وهي تتسبب

طلما توافر الخطأ بعنصريه المادى والمعنوى ، أى صدر الانحراف من المشمول بالرعاية وكان مميزاً فى نفس الوقت . وبجانب حق المضرور فى الرجوع على التسبب بخطئه الشخصى فى أحداث الضرر ، فهو صاحب حق فى الرجوع على متولى الرقابة على أساس الخطأ المفترض فى الرقابة طبقاً للأحكام السابق ذكرها . ولكن لا يجوز للمضرور أن يستفيد من المسئولتين معاً ، فيحصل على تعويضين عن ضرر واحد ، فالمبدأ هو أن الضرر الواحد لا يعوض عنه إلا مرة واحدة .

وإذا اضطر متولى الرقابة إلى دفع تعويض للمضرور ، حتى له أن يرجع بما دفعه على المشمول بالرعاية ، باعتباره المشمول الأصلي عن هذا التعويض ، وذلك بشرط أن يكون مميزاً حتى يمكن القول بأن مسئوليته من أفعاله قد قامت فعلاً . أما إذا لم يكن المشمول بالرقابة مميزاً فلا ينسب إليه خطأ أو مسئولية ولا يجوز الرجوع عليه من جانب متولى الرقابة . كان المشرع يعطى للمضرور الحق فى الرجوع على عديم التمييز طبقاً لأحكام تحمل التبعة كما سبق أن رأينا . فإن هذا مقرر بصفة استثنائية لمصلحة المضرور وحده دون غيره ، فلا يستفيد منه متولى الرقابة ، الذى تكون مسئوليته فى حالة الضرر الناشئ عن فعل عديم التمييز مسئولية أصلية . وفى هذا المعنى تقرر المادة ١٧٥ مدنى « للمشمول عن عمل الغير حتى الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر . » والحدود التى يكون المشمول بالرقابة مسئولاً فيها عن تعويض الضرر . تقتصر على الحالات التى يكون فيها مميزاً .

المبحث الثالث

مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

نذكر من قبائلى شروط مسئولية المتبوع عن أعمال التابع . ثم أحكام هذه المسئولية .

المطلب الأول

شروط مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

١٩٩ - نص القانون .

تنص المادة ١٧٤/١ ملغى على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها » .

ويتضح من هذا النص أنه يشترط لقيام مسئولية المتبوع عن أعمال التابع أن تكون هناك علاقة تبعية بين شخصين ، وأن يقع خطأ التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها يترتب عليه ضرر للغير .

٢٠٠ - علاقة التبعية .

حتى يكون هناك تابع ومتبوع لابد من توافر علاقة تبعية بين شخصين ، وبمقتضاها يتولى المتبوع سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه بخصوص نشاط معين أو عمل معين . ومن الأمثلة على ذلك رابطة التبعية القائمة بين الخادم والسيد ، بين السائق وصاحب السيارة ، بين الطاهى وسيدة المنزل ، بين الموظفين والحكومة . . الخ .

وفي هذه الأمثلة توجد علاقة تعاقدية أو وظيفية تربط بين التابع والمتبوع . ولكن هذا ليس بشرط حتمى . إذ من الجائز أن تقوم علاقة التبعية على أساس من الواقع وحده . ولا يؤثر في صحة قيام الرابطة ، أن يكون العقد الذى أنشأها باطل ، أه لا يكون هناك عقد أصلاً .

وتنص المادة ١٧٤/٢ على ما يأتى « وتقوم رابطة التبعية . ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه . متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته

وفي توجيهه . وهذا النص يؤكد أن قوام رابطة التبعية ، ليس هو وضعها القانوني ، بل حقيقتها الفعلية . فلا يشترط لقيام رابطة التبعية أن يكون المتبوع قد اختار التابع ، بل قد يكون هذا الاختيار مفروضاً عليه من الخارج ، كما هو الشأن في المجالس البلدية التي يعمل لديها موظفون تعيينهم الحكومة ، ومع ذلك فهم تابعون للمجلس البلدي الذي يعملون به ، وليس للحكومة التي عينتهم .

والسلطة الفعلية في التبعية ينبغي أن تنصب على الرقابة والتوجيه في نشاط معين أو عمل معين ، فجرد الرقابة العامة ، كرقابة الأب على أولاده لا تكفي لوجود علاقة تبعية بالمعنى المقصود في هذا النوع من أنواع المسؤولية . ولا يشترط أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية . فصاحب السيارة متبوع لسائقها ، وإن كان هو نفسه لا يعرف قيادة السيارات . ومدير المستشفى متبوع للطبيب الذي يعمل بها ، ولو كان هو نفسه غير متخصص في الطب . وكذلك لا يشترط أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية العملية . فهو لو كان عديم التمييز بسبب صغر السن أو بسبب جنون أو عته ، فإن علاقة التبعية تقوم بينه وبين تابعه . على أن يتولى الإشراف على التابع وتوجيهه النائب القانوني أو القضاء عن عديم التمييز كالولي أو الوصي أو القيم .

٢٠١ - خطأ من التابع في حالة تأدية الوظيفة أو بسببها .

١ - يشترط لقيام مسؤولية المتبوع أن تقوم أولاً مسؤولية التابع . وهي إما أن تقوم على خطأ واجب الإثبات في جانبه وهذه هي القاعدة في المسؤولية من الأعمال الشخصية ، أو أن تقوم على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس كما هو الشأن في مسؤولية متولي الرقابة كالمدرس أو ناظر المدرسة بالنسبة للتلاميذ . أو أن تقوم على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس كما هو الشأن في مسؤولية حارس الآلات الميكانيكية كسائق السيارة مثلاً .

وقيام مسئولية التابع أيا كان نوعها شرط أول لا تقوم بدونه مسئولية المتبوع .

٢ - ولا يكفي أن يقع من التابع خطأ : حتى يكون المتبوع مسؤولاً عنه : بل لابد أن يقع منه هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته أو بسببها : أما إذا وقع منه بمناسبة الوظيفة أو خارجها فلا يكون المتبوع مسؤولاً عنه . ونستعرض فيما يلي صوراً مختلفة لخطأ وقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبة أو خارجها حتى يتضح الفارق بين كل هذه الأنواع التي يؤدي بعضها إلى مساءلة المتبوع ، ولا يؤدي بعضها الآخر إلى ذلك .

أ - خطأ حال تأدية الوظيفة : الخطأ الذي يقع حال تأدية التابع لوظيفته هو الخطأ الذي يقع أثناء تأدية هذه الوظيفة . مثال ذلك سائق السيارة الذي يدهس شخصاً في الطريق أثناء قيامه بتوصيل صاحب السيارة إلى مكان عمله أو إلى منزله . ومثال ذلك أيضاً عسكري الدورية الذي يقبض على متهم فيطلق عليه عياراً نارياً دون تبصر ودون مبرر فيقتله . فالتابع في هذين المثالين يقوم بأداء وظيفته فعلاً . ولكنه يفعل ذلك بطريقة فيها انحراف عن مسلك الشخص المعتاد . مما يترتب عليه ضرر بالغير .

ب - خطأ بسبب الوظيفة : يكون الخطأ بسبب تأدية الوظيفة في فرضين أولهما أن يكون من غير الممكن ارتكاب الخطأ بغير الوظيفة . وثانيهما أن يكون من غير الممكن التفكير في ارتكاب الخطأ بغير الوظيفة .

ومن الأمثلة القضائية التي تدخل في الفرض الأول . موزع البريد الذي يسرق خطاباً تسلمه بحكم وظيفته . ولا يعتبر هذا خطأ حال تأدية الوظيفة لأن مقتضى تأدية الوظيفة أن يوصل الساعي الخطاب لا أن يسرقه . ولكنه يعتبر خطأ بسبب الوظيفة . لأنه بغيرها ما كان الساعي يستطيع ارتكاب

هذا الخطأ . وفي هذا المثال تكون مصلحة البريد وهي المتبوع مسئولة عن خطأ موزع البريد وهو التابع . ومن الأمثلة القضائية أيضا ، الخفير الذي أحب امرأة متروجة فاستلج زوجها إلى حركه وقتله ، فهنا لولا الوظيفة ما استطاع الخفير أن يرتكب جريمة القتل بهذا الشكل ، ولذلك تكون الحكومة مسئولة عنه . ومن الأمثلة القضائية أيضا فراش المدرسة الذي أراد قتل ناظرها لاعتقاده أنه يضطهده فانتظره وهو خارج من باب المدرسة ومنتجه إلى ركوب سيارته ، فتظاهر بأنه يفتح له الباب احتراما ، ثم طعنه بسكين كانت في يده فقتله . هنا قضت محكمة النقض بأن وزارة المعارف تكون مسئولة عن الخطأ الذي وقع من الفراش ، إذ أنه واقع بسبب الوظيفة .

ومن الأمثلة القضائية التي تدخل في الفرض الثاني ، أن يرى الخادم سيده يتشاجر مع شخص آخر ، فيتدخل في المشاجرة ويضرب الشخص الآخر ضربا أفضى إلى موته . في هذا المثال ما كان الخادم ليفكر في الاعتداء على الشخص الآخر . إلا لأنه رآه يعتدى على مخدمه ، أي بسبب الوظيفة ، فيكون المخدم مسئولا عن خطأ التابع .

ح - خطأ بمناسبة الوظيفة : أما الخطأ الذي يقع بمناسبة الوظيفة وهو الذي تكون الوظيفة يسرت وقوعه ، دون أن تكون لازمة لوقوعه ، فانه لا يودى إلى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه . ومثال ذلك إذا فرضنا أن خفير الدرك الذي أحب امرأة متروجة . لم يستدرج زوجها إلى دركه . ولكنه ذهب مباشرة إلى منزل الزوج وقتله باطلاق عيار نارى من بندقيته الحكومية . فان وظيفة الخفير وما أدت إليه من حيازة هذه البندقية قد سهلت له ارتكاب الجريمة ، ومع ذلك فهي لم تكن لازمة لذلك . لأنه كان يستطيع أن يستخدم أى وسيلة قتل أخرى يرتكب بها جريمته . فالوظيفة كانت هنا مناسبة لارتكاب الجريمة ، ولكنها لم تكن سببا في ذلك .

وهذا بخلاف ما إذا استدرج الخفير الزوج إلى حركه وقتله فيه ، فان الوظيفة تكون هى وسيلة القتل وسبب ارتكابه بهذا الشكل بالذات .

د - خطأ أجنبي عن الوظيفة : الخطأ الأجنبي عن الوظيفة هو الخطأ الذى لا علاقة له بالوظيفة أصلاً . وهو لا يسأل عنه المتبوع أبداً . مثال ذلك الجريمة التى يرتكبها أحد رجال البوليس وهو متغيب عن مقر عمله فى أجازة رسمية . أو أن يسرق خادماً شيئاً من المنزل الذى يقيم به بعيداً عن عمله وعن مقر إقامة مخدومه . والخلاصة أنه يشترط لقيام مسئولية المتبوع أن تكون هناك علاقة تبعية ، وأن يقع خطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ، ولا يعتد بالأخطاء التى تقع منه بمناسبة وظيفته أو خارجها فهو وحده الذى يكون مسئولاً عنها .

المطلب الثانى

أحكام مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

٢٠٢ - مسئولية المتبوع تقوم إلى جانب مسئولية التابع .

المتبوع مسئول عن التابع . ويشترط لقيام مسئوليته أن تقوم مسئولية التابع أولاً . فإذا قامت مسئولية التابع ، قامت إلى جوارها مسئولية المتبوع . ويكون للمدعور الخيار بين أن يرجع على التابع وحده . أو يرجع على المتبوع وحده . أو يرجع عليهما معاً على سبيل التضامن . ولكن لا يجوز له أن يرجع مرتين : مرة على التابع . ومرة على المتبوع . فالقاعدة دائماً هى أن الضرر الواحد لا يعوض عنه إلا مرة واحدة .

وإذا رجع المضرور على التابع وحده وحصل منه على تعويض الضرر ، فلا يجوز للتابع أن يرجع بعد ذلك على المتبوع .. لأن مسئولية المتبوع هو فى مواجهة المضرور وحده .

وعلى العكس إذا كان المتبوع هو الذى دفع التعويض ، فانه يجوز له أن يرجع بما دفعه على التابع ، وهذا طبقاً لنص المادة ١٧٥ الذى يقرر أن « للمستول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر » . والتابع لا يكون مسئولاً عن تعويض الضرر إلا إذا كان قد صدر منه عمل غير مشروع سبب ضرراً للغير كما سبق القول . فإذا قام المضرور بإثبات خطأ التابع ، استفاد المتبوع من هذا الإثبات ولم يعد فى حاجة إلى إثبات خطأ التابع من جديد . ولكن إذا كانت مسئولية التابع فى مواجهة المضرور قائمة على خطأ مفترض فى جانبه افتراضاً يقبل إثبات العكس ، كما هو الشأن فى مسئولية المدرس عن التلميذ . أولاً يقبل إثبات العكس كما هو الشأن فى مسئولية سائق السيارة عن حوادث السيارة التى فى حراسته . فان المتبوع لا يستفيد من قرينة الخطأ القانونية فى مثل هاتين الحالتين . وعليه هو أن يثبت الخطأ فى جانب التابع .

وإذا أثبت التابع أن الخطأ كان مشتركاً بينه وبين المتبوع . فان المسئولية توزع بينهما . ولا يجوز للمتبوع أن يرجع على التابع إلا بقدر نصيبه فى المسئولية فقط .

ويلاحظ أنه إذا رجع المضرور على المتبوع وحده ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يدفع المسئولية عن نفسه إلا بنى المسئولية عن التابع . فلا يجوز له مثلاً أن يدفع مسئوليته بنى الخطأ من جانبه بإثبات أنه كان يباشر الرقابة والتوجيه على أكمل وجه وأنه لم يخطئ فى اختيار التابع أو فى الإشراف عليه . ولا يجوز له كذلك أن يدفع مسئوليته بنى علاقة السببية بين الخطأ المنسوب إليه وبين الضرر . كأن يثبت أن الضرر كان يقع ولو اتخذ أشد الاحتياطات فى الإشراف والرقابة على المتبوع . فالطريق الوحيد لدفع المسئولية عن المتبوع . هو نفى المسئولية عن التابع . فتنتفى المسئوليتان فى نفس الوقت . أما إذا قامت مسئولية التابع . فان مسئولية المتبوع تقوم إلى جوارها حتماً .

٢٠٣ - الأساس القانوني لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع .

حاولت عدة نظريات وضع الأساس القانوني لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع ، وهي نظريات الخطأ المفترض ، وتحمل التبعة ، والنيابة ، والحلول ، والضمان . ولعل أصدق هذه النظريات هي نظرية الضمان . ونستعرض هذه النظريات فيما يلي :

١ - الخطأ المفترض : هذه هي النظرية التقليدية ، وهي تذهب إلى أن مسؤولية المتبوع تقوم على أساس خطأ مفترض من جانبه ، في الرقابة والتوجيه ، وأن هذا الخطأ غير قابل لإثبات العكس . غير أن هذه النظرية التي كانت راجحة في النصف أصبحت الآن متقدمة فيه ، وأهم الاعتراضات التي توجه إليها ، أنه لو كانت مسؤولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ، إلا أنه كان المفروض أن يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه إذا نفي علاقة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر ، كأن يثبت أن الضرر كان سيقع ولو اتخذ أشد الاحتياطات في الرقابة والتوجيه . وهذا غير جائز له كما سبق القول . ويعترض على هذه النظرية كذلك بأنه لو كان المتبوع عديم التمييز لما أمكن افتراض خطأ في جانبه ولما قامت مسؤوليته عن أعمال تابعيه . بينما المسلم أن المتبوع عديم التمييز يكون مسؤولاً عن أعمال تابعيه .

٢ - تحمل التبعة : ولهذا حاول البعض تأسيس مسؤولية المتبوع على

تحمل التبعة . فهو يجنى غنماً من النشاط الذي يقوم به تابعه . وعليه أن أن يتحمل الغرم الذي ينشأ عن هذا النشاط . وهو يتحمل ذلك ولو كان عديم التمييز . ولا يجوز له أن ينفي مسؤوليته إلا بنفي مسؤولية التابع نفسه . ولكن يعاب على هذه النظرية ، أنه لو كانت مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة لما كان هناك أي مبرر لاشتراط الخطأ في جانب التابع . إذ لا معنى لتطبيق فكرة تحمل التبعة على مسؤولية المتبوع دون تطبيقها على

مسئولية التابع نفسه . ومن ناحية أخرى إذا كان المتبوع يلتزم بالتعويض على أساس تحمل التبعة لما كان له الحق في الرجوع بعد ذلك على التابع ، فهو يستفيد من نشاط التابع ، ويتحمل الغرم الذى ينشأ عن هذا النشاط . فلا يكون له أن يرجع بعد ذلك على التابع الذى تسبب في الضرر . وقد سبق أن رأينا أن القانون يقرر غير ذلك ويعطى للمتبوع الحق في الرجوع على التابع .

٣ - النيابة : وقد ذهبت نظرية ثالثة إلى تأسيس مسؤولية المتبوع على أساس النيابة . فالتابع نائب قانوني عن المتبوع ، ولذلك يكون المتبوع مسئولاً عن أعماله كما يكون الأصل مسئولاً عن التصرفات التى يبرمها نائبه . ولكن يؤخذ على هذه النظرية أنها تطبق نظرية النيابة وهى خاصة بالتصرفات القانونية ، على ما يصدر من المتبوع من أعمال مادية .

٤ - الحلول : وتذهب هذه النظرية إلى أن التابع يحل محل المتبوع في النشاط الذى يقوم به ، ويعتبر امتداداً له ، فكأن الأعمال قد صدرت من المتبوع نفسه . والتابع يكمل بذلك الصفات التى قد تنقص في المتبوع كاتميز مثلاً . ويؤخذ على هذه النظرية أنها تقوم على افتراض ومجاز مخالف للواقع وهو أن شخصية التابع تعتبر امتداداً لشخصية المتبوع .

٥ - الضمان : وتذهب النظرية الأخيرة وهى الأكثر قبولاً إلى القول بأن المتبوع ضامن للتابع . أى أنه في حكم الكفيل . والكفالة لم تنشأ هنا من العقد ، ولكن عن القانون . وهى كفالة تضامنية ، فيجوز للمضروب أن يرجع على الكفيل وهو المتبوع قبل رجوعه على الضمون وهو المتابع . ولكن إذا رجع أولاً على المتبوع . فإن للمتبوع أن يرجع بعد ذلك على التابع بما وفاه عنه . كما يرجع الكفيل على المدين الأصلي بما وفاه عنه . وقد يؤخذ على هذه النظرية أن الكفالة مصدرها العقد ، ولا تنشأ بحكم القانون . ولكن يمكن الرد على هذا الاعتراض . بأنه إذا لم يكن المتبوع كفيلًا بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح ، فهو على الأقل ضامن يشبه مركزه مركز الكفيل وتجه محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بفكرة الكفالة كأساس لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع .

الفصل الثالث

المسئولية الناشئة عن الأشياء.

تتحقق مسئولية الشخص عن الشيء إذا كان حارساً له . ونشأ عن هذا الشيء ضرر للغير . فينسب إلى الحارس خطأ في الحراسة تقوم على أساسه مسئولية الحارس

وقد نص المشرع على ثلاث حالات للمسئولية الناشئة عن الأشياء ، هي : مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ومسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضرر . ومسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة عما يحدثه هذه الأشياء من ضرر . وندرس كل حالة من هذه الحالات في مبحث مستقل

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان

تنص المادة ١٧٦ مدني على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر . ولو ضل الحيوان أو تسرب . ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يدنه فيه . » وطبقاً لهذا النص فإنه يشترط لقيام هذا النوع من المسئولية أن يكون هناك حيوان في حراسة شخص . وأن يتسبب هذا الحيوان في الاضرار بالغير . فإذا توافر هذان الشرطان قامت مسئولية حارس الحيوان . على أساس الخطأ في الحراسة . وهو خطأ مفترض لا قبل إثبات العكس . وندرس هذه الأحكام بشيء من التفصيل .

٢٠٤ - حارس الحيوان .

حارس الحيوان هو صاحب السيطرة الفعلية عليه . ومسئولية حارس الحيوان تقوم على خطأ مفترض في الحراسة ، ومثل هذا الخطأ لا يمكن أن ينسب إلا للشخص الذى يكون الحيوان تحت اشرافه ورقابته .

والأصل أن حارس الحيوان هو مالكة . ومن يصيبه ضرر من حيوان يستطيع أن يرجع بالتعويض على المالك باعتباره حارس الحيوان دون حاجة إلى اثبات ذلك ، وعلى المالك إذا أراد أن يبنى ذلك باثبات أن الحراسة كانت لشخص آخر غيره .

والحراسة قد تنتقل من المالك إلى الغير كالمستفيع أو المستأجر ، بشرط أن تنتقل إلى أى منهما السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ من الجائز أن يؤجر الحيوان أو يعار ، ولكن تظل السيطرة الفعلية عليه للمالك .

وكذلك قد تنتقل الحراسة إلى الطبيب البيطرى أو صاحب الاسطبل ، بشرط أن تنتقل إلى أى منهما السيطرة الفعلية على الحيوان .

وكما يكون انتقال الحراسة من المالك إلى شخص آخر بمقتضى اتفاق بينهما كما فى الأمثلة السابقة . فان ذلك قد يحدث دون اتفاق ، كما لو سرق الحيوان من مالكة . فان السيطرة عليه تنتقل إلى السارق سواء كان من أتباع المالك أو شخص غريب عنه ، وفى هذا المثال يتضح أن الحراسة لا تقوم دائماً على أساس حق للحارس على الحيوان . بل تقوم أولاً وقبل كل شىء على أساس السيطرة الفعلية على الحيوان .

وبلاحظ أن تابع المالك وهو الخادم والسايس والراعى وغيرهم ، لا يعتبر هو حارس الحيوان ولو كان هو الموكول إليه القيام بالخدمات الخاصة بهذا الحيوان . لأن السيطرة الفعلية تظل مع ذلك للمالك . ولكن التابع قد يصبح هو حارس الحيوان إذا سرقه من مالكة على ما سبق ذكره ،

أو إذا عهد إليه المالك بالسيطرة الفعلية على الحيوان ، كمالك الحصان يعهد به إلى خيال (جوكى) يجرى به في سباق الخيل .

واصطلاح الحيوان يصدق على كل أنواع الحيوان ، الأليف منها وغير الأليف . كالكلاب والقطط . والمواشى والبهائم . والأسود والنمور . والدواجن والطيور . الخ . وكل ما يشترط هو أن يسكن الحيوان حياً وأن يكون في حراسة أحد الأشخاص .

٢٠٥ - الحيوان يسبب ضرراً للغير .

يشترط لقيام مسئولية حارس الحيوان أن يصدر من الحيوان فعل إجباري يسبب ضرراً للغير . كأن يقوم الحيوان بغير الغير واحداث جرح به ، أو يقتل الغير ، أو ي تلف له زراعته أو أى شئ يملكه . ولو كان هذا الشئ حيواناً آخر مملوكاً له .

ولا يشترط أن يحدث احتكاك مادي بين الحيوان والشئ الذى حدث فيه الضرر ، فلو كان الحيوان مفترساً وخرج من المكان المخصص له إلى الطريق العام مثلاً الفزع بين الناس . فتج عن هذا الفزع اصطدام أحد الأشخاص بغيره أو بالأرض فجرح أو مات . فان الضرر في هذه الحالة يكون من فعل الحيوان .

ومن ناحية أخرى فانه ليس في كل الحالات التى يحدث فيها احتكاك مادي بين الحيوان وبين من أصابه ضرر ، ينسب فيه الضرر للحيوان . إذ قد يكون الغير هو الذى اصطدم بالحيوان دون أن يصدر أى فعل إجباري منه ، فلا ينسب الضرر في هذه الحالة إلى الحيوان .

وإذا وقع ضرر من الحيوان وهو في صحة شخص يركبه أو يقوده ، فان الضرر ينسب إلى الحيوان ، حتى تقوم مسئولية حارسه على أساس

الخطأ المفترض ، ولا ينسب إلى الشخص الذى يقوده حتى لا يضطر
المضروور إلى إثبات الخطأ فى جانبه .

ويشترط لقيام مسئولية حارس الحيوان على أساس الخطأ المفترض أن
يكون المضروور قد أصاب شخصا من الغير . ويعتبر من الغير تابع المالك
الذى يقوم بالخدمات اللازمة للحيوان . ويعتبر من الغير المالك نفسه إذا
كانت الحراسة قد انتقلت إلى شخص آخر غيره . أما إذا أوقع الحيوان
الأذى بنفسه . وكان مالكة هو حارسه . فإنه يتحمل بطبيعة الحال الضرر
الناشئ عن ذلك ولا يرجع به على أحد . وإذا أوقع الحيوان الأذى بنفسه
وكان فى حراسة شخص آخر غير مالكة . فإن المالك لا يرجع بالتعويض
على الحارس على أساس الخطأ المفترض ، بل يرجع عليه على أساس الخطأ
الواجب الإثبات . فالمسئولية على أساس الخطأ المفترض قاصرة على
الحالات التى يسبب فيها الحيوان ضررا للغير .

٢٠٦ - الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس .

مسئولية حارس الحيوان تقوم على أساس خطأ مفترض فى جانبه ، وهو
الخطأ فى حراسة الحيوان والسيطرة عليه بما لا يسبب ضررا للغير . وهذا
الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس وبصفة خاصة فإن الحارس لا
ينفى المسئولية عن نفسه إذا هو أثبت أن الحيوان ضل أو تسرب ، لأنه
إذ يتمسك بذلك فإنه لا ينفى عن نفسه الخطأ بل يؤكد ، فالخطأ يقوم فى
كل حالة يخرج فيها الحيوان عن سيطرة حارسه ويسبب ضررا للغير .
ومع ذلك فإن الحارس يستطيع نفي مسئوليته إذا دلت على علاقة السببية بين
الخطأ المفترض فى جانبه وبين الضرر ، ويكون ذلك بإثبات السبب الأجنبي
الذى نشأ عنه الضرر ، كالقوة القاهرة ، أو الحادث الفجائى ، أو خطأ
الغير . أو خطأ المضروور . ويتضح هذا من نص المادة ١٧٦ السابق ذكرها
الذى يقرر أن الحارس يكون مسئولاً . « ولو ضل الحيوان أو تسرب .
ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا بد له فيه » .

الباب الثاني

مسئولية حارس البناء

٢٠٧ - نص القانون .

تنص المادة ١٧٧ مدني على انه (١) حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهيار البناء من ضرر ، ولو كان انهيارا جزوياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قديم في البناء أو عيب فيه . (٢) ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للبراء الخطر ، فإذا لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه .

ويتضح من هذا النص أنه يشترط لقيام المسؤولية أن يكون هناك بناء في حراسة شخص ، وأن يحدث ضرر للغير نتيجة لانهيار البناء . فإذا توافر هذان الشرطان قامت مسؤولية حارس البناء على أساس خطأ مفترض في جانبه . وندرس هذه المسائل فيما يلي .

٢٠٨ - حارس البناء .

حارس البناء بحسب الأصل هو مالكة . ومن يصيبه ضرر من انهيار بناء يستطيع الرجوع على مالكة باعتباره الحارس له ، ولا يطالب بالثبات ذلك ، بل على المالك أن يثني عن نفسه صفة الحارس إذا أراد أن يثني مسؤوليته . والحراسة تقوم على السيطرة الفعلية على البناء . فإذا انتقلت السيطرة الفعلية من المالك إلى غيره . اعتبر هذا الأخير حارسا للبناء وكان مسئولاً عن هذه الحراسة في مواجهة المضرور .

ومن الأشخاص الذين قد تنتقل إليهم الحراسة على البناء ، المتفجع والمحتكر ، والمرتهن رهن حيازة ، أما المتأجر والمستعير . فلا تنتقل حراسة البناء إليهما بل تظل للمالك .

والحراسة لا تنتقل للمالك الحديد للبناء إلا بتسليمه له ، فالمشترى السئى سجل عقد البيع وأصبح مالكا للبناء . لا يصبح حارساً له إلا إذا تسلمه من البائع فعلاً . وكذلك فإن البناء أثناء تشييده يكون فى حراسة المقاول ، ولا يصبح المالك حارساً له إلا بعد أن يتسلمه من المقاول .

والمقصود بالبناء هو كل مكان مشيد من الطوب أو الحجر أو الطين أو الخشب أو الجير أو الحديد . أو غير ذلك من المواد . سواء وجد فى القرية أو فى المدينة . وسواء استخدم للسكن أو للتجارة أو الصناعة أو الزراعة . وسواء أقيم فوق سطح الأرض أو تحت سطح الأرض . ويصدق ذلك على المنازل والمخازن والزرابي ، والكبارى والأنفاق ، والخزانات والسدود . والتماثيل التى تثبت بالأرض . ويصدق لفظ البناء . على البناء المكتمل . أو النى فى مرحلة التشيد .

٢٠٩ - ضرر للغير بسبب انهدام البناء .

يشترط لقيام مسئولية حارس البناء أن يحدث ضرر للغير نتيجة لتهدم البناء ، سواء رجع ذلك إلى قدم البناء أو عيب فيه أو إهمال فى صيانته . ومن الأمثلة على ذلك أن يسقط سقف البناء أو يتهدم السلم أو يقع حائط . أو تنهار شرفة .

وإذا ضرب البناء بالقنابل فى حرب ، أو شب فيه حريق ، وتهدم البناء فى الحال نتيجة للضرب بالقنابل أو نتيجة للحريق . فإن هذا لا يعتبر انهداماً يسأل عنه الحارس على أساس الخطأ المفترض . ولكن إذا مر بعض الوقت بعد الضرب بالقنابل ، أو بعد الحريق . ثم تهدم البناء بعد ذلك فإن الحارس يكون مسئولاً عن تدمره ، الذى لا يعتبر فى هذه الحالة راجعاً إلى الحرب أو إلى الحريق . بل إلى خطأ الحارس فى الصيانة .

ويجب أن يحدث الضرر نتيجة لتهدم البناء تهماً فعلياً ، أما إذا كا -

البناء مهددا فقط بالهدم ، وبالتالي لم يحدث منه ضرر ، فإنه لا يستحق تعويض بطبيعة الحال . ومع ذلك فإن المشرع أعطى لمن يهدده البناء بضرر نتيجة لهدمه المتوقع ، أن يتخذ اجراءا وقائيا يمنع به الضرر قبل حدوثه ، وله في هذا السبيل ، أن يطلب من الحارس أن يقوم بالاصلاحات اللازمة للدرء الخطر ، فإذا لم يفعل ذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في إتخاذ هذه التدابير على حسابه .

٢٠٩ - الخطأ المفترض في الحراسة .

تقوم مسئولية حارس البناء على أساس خطأ مفترض في جانبه يتمثل إما في قلم البناء ، أو غيب فيه ، أو إهمال في صيانه . وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس ، فالحارس يستطيع أن يبنى عن نفسه الخطأ ، وبالتالي يبنى عن نفسه المسئولية ، إذا هو أثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى اصلاح أو تجديد ، وأنه كان قائما بكل ما يحتاج إليه البناء من صيانة وترميم .

وحارس البناء يستطيع أيضا أن يبنى مسئوليته إذا هو نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه وبين الضرر . بأن أثبت أن الضرر راجع إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة . زلزال أو فيضان أو غير ذلك . أو فعل الغير ، كاعتداء وقع من العدو في أثناء الحرب . أو خطأ المضرور نفسه ، كأن يكون المضرور قد منع الحارس من اصلاح العيب أو التلف ، أو كان هو الذي أحدث التلف في البناء مما أدى إلى تدميره .

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء

٢١٠ - نص القانون .

تنص المادة ١٧٨ مدني على أن كل من تولى حراسة شيء يتطلب

حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مشغولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة .

ويتضح من هذا النص أن المسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء أشد من المسؤولية عن الأفعال الشخصية . فهي تقوم على خطأ مفترض في الحراسة . وهو خطأ غير قابل لإثبات العكس . والتشديد في المسؤولية على هذا النحو تقتضيه الطبيعة الخطرة لبعض الأشياء التي أصبح الانسان يستخدمها في العصر الحديث نتيجة لاختراع الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء الخطرة . فاذا اشترط القانون اثبات خطأ الانسان الذي يتولى حراسة هذه الأشياء للتعويض عن الأضرار التي تصيب الغير منها . لأدى ذلك إلى إضعاف فرصة المضرور في الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه لأن اثبات الخطأ أمر صعب دائماً من الناحية العملية . وإغلاك أقام المشرع مسؤولية حارس الأشياء الخطرة دون اشتراط اثبات خطأ من جانبه . بل ولا يستطيع هو نفي الخطأ عن نفسه . وكل ما يستطيعه هو نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . ويشترط لقيام المسؤولية على هذا النحو أن تكون هناك آلات أو أشياء خطيرة في حراسة شخص . ويحدث ضرر من هذه الأشياء لشخص آخر . وندرس هذه المسائل فيما يلي .

٢١١ - حارس الأشياء الخطرة

حارس الأشياء الخطرة هو من له عليها السيطرة الفعلية . وهذا هو نفس المعيار الذي طبقناه على حارس الحيوان . وهناك قرينة قانونية على أن مالك الأشياء هو حارسها . ولا يطالب المضرور بإثبات ذلك ، بل هو يرجع على المالك بالتعويض ، ولهذا الأخير أن ينفي المسؤولية عن نفسه بإثبات أن الحراسة كانت لشخص آخر غيره . والحراسة قد تنتقل من المالك إلى الغير بمقتضى عقد يتصل بالشيء . كانتقالها إلى المنتفع والمرتهن رهن حيازة .

وكذلك فإن انتقال الأشياء المنقولة إلى المتاجر والمستعير يؤدي إلى انتقال الحراسة إلى أي منهما . وإعطاء الآلة إلى ميكانيكي يقوم باصلاحها يؤدي إلى انتقال الحراسة عليها إلى هذا الشخص ، فهو النهي أصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها أثناء قيامه باصلاحها .

والعبارة في كل ذلك بالحراسة الفعلية وليس الحق القانوني على الشيء ، فسارق السيارة تنتقل إليه جراستها بحسب ما قررت الدلائل المختصة لمحكمة التفويض الفرنسية .

وبالنسبة لسائق السيارة فالرأى السائد أنه لا يعتبر حارسا لها ، بل تظل الحراسة للمالك ، ولو وقع الضرر في وقت كان السائق يقودها بمفرده دون أن يوجد معه مالك لها . والمضروب إما أن يرجع على المالك باعتباره متبوعا يسأل عن تابعه ويتعين في هذه الحالة اثبات خطأ التابع ، أو يرجع عليه باعتباره حارسا لشيء خطر على أساس خطأ مفترض في جانبه افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، ولا تكون هناك حاجة إلى اثبات الخطأ في جانب السائق .

ولكن يلاحظ أن السيطرة الفعلية قد تنتقل من مالك السيارة إلى السائق ، وهذه مسألة واقع يستوثق منها القاضي بحسب ظروف الدعوى .

أما الأشياء التي تؤدي الأضرار الناجمة عنها إلى مساءلة حارسها على هذا النحو ، فهي الأشياء الخطرة . وقد اعتبر القانون أن الآلات الميكانيكية من الأشياء الخطرة في جميع الأحوال . أما غير الآلات الميكانيكية فأنها قد تكون أيضا أشياء خطيرة إما بطبيعتها أو بحسب الظروف الملابسة بها . ومن الأشياء الخطرة بطبيعتها الأسلحة والمفرقات والأدوية والزجاج والمسود الكيماوية . الخ . ومن الأشياء الخطرة بحسب الظروف الملابسة لها ، عربة الركوب فهي تعتبر خطيرة بالنسبة للمارة وإن كانت لا تعتبر كذلك بالنسبة

للسيارات ، والشجرة إذا اقتلعت من جذورها وأصبحت تهدد كل من يمر بجوارها ، ومن هذين المثلين يتبين أن كل شيء غير خطر بطبيعته يمكن أن يصبح خطرا في ظروف معينة بالذات .

وبلاحظ أن لفظ الشيء يصدق على كل شيء باستثناء الأشياء غير المادية والحيوان والبناء .

٢١٢ - حدوث ضرر بفعل الشيء .

يشترط لقيام مسئولية حارس الأشياء أن يقع ضرر نتيجة لحركة إيجابية صادرة من الشيء . ولا يشترط أن تتمثل هذه الحركة في احتكاك مادي بين الشيء وبين المكان الذي حدث فيه الضرر . فإذا ارتكب قائد سيارة خطأ في قيادته كأن انحرف إلى يسار الطريق أو سلط ضوء كشافه على سيارة مقبلة أو حاول تخطي سيارة تسبقه في الوقت الذي كانت هناك سيارة أخرى قادمة من الطريق العكسي . . الخ . وترتب على واحد من هذه الأفعال أن حاول أحد المارة أو سائق سيارة أخرى أن يتفادى بأي شكل آثار حركة السيارة الأولى ، ولكنه لم ينجح في ذلك واصطدم بالرصيف أو بحائط أو بسيارة ثالثة . . الخ . فان حارس السيارة الأولى يكون مسئولاً عن هذا الضرر .

ولكن الغالب أن يحدث الضرر نتيجة احتكاك مادي بين الشيء والخطر وبين موقع الضرر .

وفي جميع الأحوال يجب أن يحدث الضرر نتيجة حركة إيجابية من جانب الشيء الخطر ، أما إذا كان الشيء ساكناً ، كسيارة تقف في موقف للسيارات ، واصطدم بها شخص أو شيء نشأ عنه ضرر أصاب هذا الشخص أو لحق هذا الشيء ، فلا يعتبر هذا الضرر ناشئاً عن السيارة الواقعة

في مكانها دون حركة . ويلاحظ أن الضرر قد يقع من الشيء الخطر نتيجة
لحركة ذاتية فيه ، ودون أن تحركه يد انسان ، ولا شك أن حارس الشيء
يكون مسئولاً عنه في هذا الفرض .

ولكن قد يقع الضرر من شيء وهو في يد إنسان تحركه ، كالسيارة
يقودها سائق . وبالنسبة لهذا الفرض كان هناك إتجاه في القضاء الفرنسي
يذهب إلى أنه إذا لم يكن الضرر قد نشأ عن عيب ذاتي في السيارة : فانه
يتعين إثبات خطأ السائق . وغني عن الذكر أن هذا الاتجاه يؤدي إلى
التخفيف من مسئولية حارس الأشياء الخطرة إلى أقصى حد : لأنه من
الصعب دائماً اثبات خطأ السائق . ولهذا عدل القضاء الفرنسي عن هذا
الاتجاه ، وقرر أنه سواء نتج الضرر عن حركة ذاتية للشيء . أو نتج
والشيء بيد إنسان تحركه ، فلا يلام اثبات خطأ الانسان . بل تقوم
المسئولية مباشرة على عاتق الحارس على أساس خطأ مفترض في جانبه .
وهذا الحكم هو جوهر المسئولية الناشئة عن حراسة الأشياء الخطرة . فطالما
أن الشيء خطر في ذاته أو بحسب الظروف فإن حارسه يكون مسئولاً عن
الأضرار التي تصيب الغير منه دون حاجة إلى اثبات خطأ في جانبه .

٢١٣ - الخطأ المفترض في الحراسة :

تقوم مسئولية الحارس على أساس خطأ مفترض في حراسة الشيء
والسيطرة عليه ، فهو لو كان قد أحكم الحراسة : لما أفلت زمام الشيء
من يده . وما أصاب الغير بضرر .

وهذا الشيء مفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس . بل لا يتصور
بشأنه إثبات العكس . إذ كل ما يستطيع الحارس أن يثبتته هو أنه : بسبب
العناية الواجبة للسيطرة على الشيء : ولكن زمام الشيء أفلت مع ذلك من
يده . ولكن الحارس إذ يثبت ذلك فهو يؤكد خطأه ولا ينفيه عن نفسه .
لأن الخطأ في الحراسة ليس سوى إفلات زمام الشيء من يد حارسه مما

يسبب ضرراً للغير . وبتعبير آخر فإن الحارس يلتزم التزاماً بتحقيق نتيجة ، هي ألا يفلت زمام الشيء من يده ، وإلا يسبب ضرراً للغير ، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة : كان الحارس مخطئاً ولا يستطيع نفي هذا الخطأ بأي شكل .

ومع ذلك فإن الحارس يستطيع نفي المسؤولية عن نفسه إذا هو نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه وبين الضرر . وهو ينفي علاقة السببية إذا أثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي ، كقوة قاهره ، أو حادث فجائي ، أو خطأ الغير أه خطأ المضرور نفسه . وفي هذا تقرر المادة ١٧٨ أن مسؤولية الحارس تقوم ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يدل له فيه : هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة .

ومن أهم الأحكام الخاصة التي ينير إليها النص في عبارته الأخيرة . مسؤولية رب العمل عن إصابات العمل ، فهي تقوم على أساس تحمل التبعة وليس على أساس الخطأ المفترض . وقد سبق أن ذكرنا ذلك من قبل .

الباب الرابع

الاثراء بلا سبب

الإثراء بلا سبب مصدر من مصادر الالتزام . والإثراء بلا سبب واقعة قانونية مؤداها أن يثرى شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع ، أو أن يفتقر شخص لمصلحة شخص آخر دون مبرر مشروع . فإذا حدثت هذه الواقعة نشأ عنها التزام في ذمة من أثرى بأن يرد ما أثرى به إلى من افتقر بسبب هذا الإثراء وفي حدود هذا الافتقار .

وقد نص المشرع على القاعدة العامة في اعتبار الإثراء بلا سبب مصدرا عاما من مصادر الالتزام ، ونص كذلك على تطبيقين هامين لهذه القاعدة هما دفع غير المستحق . والفضالة . وندرس القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب في فصل أول ، وأهم تطبيقات هذه القاعدة في فصل ثان .

الفصل الأول

القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب

٢١٤ - الأساس القانوني للقاعدة

الأساس القانوني للالتزام الناشئ عن الإثراء بلا سبب هو نفس الأساس القانوني للالتزام الناشئ عن العقد ، أو الالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع ، وهذا أساس هو فكرة العدل ذاتها . وقد سبق أن رأينا أن العقد يقوم أساسا على فكرة العدل ، وأنه يستمد قوته الملزمة من قرينة موّداها أن ما ترضاه الإرادة لصاحبها إنما يعبر عن العدل الذي يستحقه صاحب هذه الإرادة . وقد سبق أن رأينا أن هذه القرينة تقبل اثبات العكس في بعض الحالات الاستثنائية الخاصة ، كالإذعان ، أو الحوادث الطارئة ، أو الاستغلال . وأنه في مثل هذه الحالات أجاز المشرع للمقاضى أن يمدد العقد حتى يعيد التوازن إليه على أساس العدل .

وكذلك فإن الالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع يقوم أساسا على العدل . لأن العدل يقتضى أن من سبب بخطئه ضررا للغير يلتزم بتعويض هذا الضرر

ونفس القول ينطبق كذلك على الإثراء بلا سبب . فإن من أثرى على حساب شخص آخر دون سبب مشروع يلتزم بحبته لعدل أن يعرض هذا الشخص عما أصابه من افتقار . في حدود ما عاد عليه هو من إثراء . ولعل أصدق تعبير عن كل المبادئ السابقة ، هو ما قاله أرسطو عن العدل التبادلي . « إذا تسبب فعل أو تصرف في أحداث ضرر مادي أو معنوي لشخص من الأشخاص . فإن العدل التبادلي يقتضى من ذلك الذي سبب هذا الضرر ، أو اغتم منه . أن يرد إلى الطرف الآخر ، مقابل هذا الضرر ،

حتى يكون لكل منهما بعد حدوثه ، ما كان لها قبل ذلك « (أ. سطر ، الأخلاق ، ٥ ، ٤ ، ١٣) .

ولا زالت عبارات أرسطو الخالدة هي التعبير الوحيد المقبول الذي يفسر لماذا يلتزم شخص في مواجهة شخص آخر . أيا كان مصدر هذا الالتزام . فالعدل هو أساس القانون . ومصادر الالتزام مختلفة لا تعدو أن تكون وسائل صياغة فنية اصطنعها القانون لتحقيق العدل في معاملات الأفراد . غير أن الوصول إلى العدل - وهو أساس القانون وهدفه أيضا - يحتاج إلى ضبط الوسائل المستخدمة لإدراك هذه الغاية . ويكون ذلك عن طريق اتقان فن الصياغة القانونية المتمثلة في نظريات القانون المختلفة . ومن هنا كانت أهمية نظريات القانون وأدواته وقوالبه . ونظرية الإثراء بلا سبب ليست سوى واحدة من هذه النظريات الهامة التي يستعين بها القانون لتحقيق العدل . ولذلك لا يبدو مقبولا محاولة تأصيل هذه النظرية على أساس نظرية أخرى مثلها . بينما هي تستند مباشرة إلى أساس القانون كله وهو العدل .

وبالفعل فقد حاول البعض تأصيل نظرية الإثراء بلا سبب على أساس العمل غير المشروع أو تحمل التبعة . أو الفضالة .

ومن الفقهاء الذين قالوا أن أساس نظرية الإثراء بلا سبب هو مبدأ التعويض عن العمل غير المشروع ، الفقيه الفرنسي بلانيول ، ووجهة نظره إن عدم قيام من أثرى على حساب غيره برد ما أثرى به إلى المقتدر هو عمل غير مشروع من جانبه ، فيكون أساس التزامه بالرد هو العمل غير المشروع . وبعبارة أخرى أن الالتزام الناشئ عن الإثراء بلا سبب لا ينشأ عن واقعة عدم رد الإثراء ، بل ينشأ عن واقعة الإثراء ذاتها ، وهي واقعة قانونية مشروعة ، حتى أن الإثراء يسمى أحيانا بالعمل النافع للمقابلة بينه وبين العمل غير المشروع وهو العمل الضار .

أما محاولة تأسيس نظرية الإثراء بلا سبب على أساس نظرية تحمل التبعة ، فوفاها أن نظرية الإثراء بلا سبب هي الوجه الآخر لنظرية تحمل التبعة . فإذا كان مقتضى هذه النظرية الأخيرة أن من جنى غنما من أى نشاط يئذنه . كان عليه أن يتحمل الغرم الذى ينشأ عن هذا النشاط . إذا العرم بالغرم ، فان مقتضى النظرية الأولى أن من تسبب بنشاطه فى إثراء شخص آخر على حسابه كان له أن يسترد هذا الإثراء . ويعيب هذا التأصيل أن نظرية تحمل التبعة هي ذاتها غير راجحة فى القانون ، فضلا عن أن تطبيقها على الإثراء يقتضى أن يكون الاسترداد بقدر إثراء المثرى . دون تقييد ذلك بخدود افتقار المفترض ، وهذا يخالف لحكم أساسى فى نظرية الإثراء بلا سبب .

ومن النظريات التى حاولت تأصيل نظرية الإثراء بلا سبب . تلك التى ذهبت إلى أن الإثراء هو تطبيق لتأثيرية الفضالة . فهى فضالة ناقصة . وتكون الفضالة كاملة إذا قام شخص بأمر عاجل لشخص آخر وهو يقصد تدبير شئون هذا الشخص ومن غير معارضة منه . وفى الفضالة الكاملة يكون للفضولى أن يرجع على رب العمل بكل ما أنفقه لحسابه على النحو الذى سندرسه فى هذا الخصوص . ولكن إذا قام الفضولى بنشاط دون أن يقصد تدبير شئون شخص آخر ، أو قام به رغم معارضة هذا الشخص . فان الفضالة تكون ناقصة وليست كاملة . ويكون للفضولى أن يرجع على رب العمل لا بكل ما أنفقه . لكن بأقل القيمتين قيمة ما أثرى به رب العمل . أو قيمة ما أنفقه الفضولى من ماله وهو الافتقار . وهذا هو الحكم فى الإثراء بلا سبب ، فهو إذن تطبيق من تطبيقات الفضالة ، أو هو فضالة ناقصة .

والواقع أن هذا الرأى يتفق مع مرحلة معينة من مراحل التطور التاريخى لنظرية الإثراء بلا سبب ، ولكنه لا يتفق مع المرحلة التى وصلت إليها

النظرية أخيراً . فمن المعروف أنه لم تكن هناك قاعدة عامة للإثراء بلا سبب في القانون الروماني ، ولكن كانت توجد تطبيقات خاصة لهذه القاعدة فقط . وقد انتقلت هذه التطبيقات إلى القانون الفرنسي القديم ، حيث اختلطت فيه بنظرية الفضالة ، حتى أن بوتييه ، عرف الإثراء بلا سبب بأنه فضالة تحتل ركن من أركانها . ومثل هذه النظرية لا تتفق مع القانون الحديث الذي أصبحت فيه قاعدة الإثراء قاعدة عامة لا تقتصر على حالة الفضالة وحدها . والواقع أن الفضالة هي نفسها تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب . فالفضالة فرع أما الإثراء بلا سبب فأصل ، والصحيح أن الفرع يستند إلى الأصل ، لا أن يفسر الأصل برده إلى الفرع .

ولا بد إذن من الاعتراف لنظرية الإثراء بلا سبب بمكانها المستقل ضمن مصادر الالتزام . وهي بهذا تعتبر نظرية أساسية من نظريات القانون . ومبدأ من مبادئه الأساسية . وهي كغيرها من مبادئ القانون تستند مباشرة إلى فكرة العدل ، وليس هناك ما يدعو إلى تأصيلها على أساس نظرية أخرى منها أو أقل منها . وقد كشفت المحاولات التي بذلت في هذا الشأن الشأن عن قصورها وعجزها .

٢١٥ - موقف المشرع المصري من قاعدة الإثراء بلا سبب .

جدير بالذكر أن المشرع المصري قد وصل بنظرية الإثراء بلا سبب إلى آخر مرحلة من مراحل تطورها . فلئن أصبح الإثراء بلا سبب مصدراً عاماً من مصادر الالتزام في القانون الفرنسي ، بعد مراحل عديدة من التطور ، إلا أن القانون الفرنسي لازال يشترط حتى الآن أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى . ومن ناحية أخرى فهو لا يجيز الالتجاء إلى نظرية الإثراء بلا سبب إلا إذا لم توجد دعوى أخرى يمكن الرجوع بها . وهذه هي الصفة الاحتياطية للإثراء . أما المشرع المصري ، فقد حرر النظرية من هذين القيدين . فلا هو يشترط أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى . ولا هو يجعل دعوى الإثراء دعوى احتياطية .

وقد نص المشرع على القاعدة العامة في الإثراء في المادة ١٧٩ وهي تنص على أن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم بحدود ما أثرى به تعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد » .

ويلاحظ أن الإثراء هو واقعة قانونية . وليس تصرفاً قانونياً . ويمكن رد مصادر الالتزام إلى قسمين : فمنها ما هو تصرف قانوني ، أي تصرف إرادي ويشمل هذا العقد : « الإرادة المنفردة » والقانون . وحكم القاضي . ومنها ما هو واقعة قانونية ، ويشمل هذا العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وندرس فيما يلي شروط الإثراء بلا سبب ، والأحكام التي تترتب على توافر هذه الشروط .

المبحث الأول

شروط الإثراء بلا سبب

حتى يتحقق الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام لا بد أن يثرى شخص وهو الذي يصبح مدينا في الالتزام . وأن يترتب على هذا الإثراء افتقار شخص آخر وهو الدائن في هذا الالتزام . « أن يكون ذلك بغير سبب مشروع . وندرس فيما يلي إثراء المدين ، وافتقار الدائن . وانعدام السبب ، وكذلك قاعدة عدم اشتراط بقاء الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى . أو أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية .

١ - § إثراء المدين

٢١٦ - الصور المختلفة للإثراء

للإثراء صور مختلفة فهو قد يكون إيجابياً أو سلبياً . وقد يكون مباشراً أو غير مباشر ، وقد يكون مادياً أو معنوياً . « أياً ما كانت صورة الإثراء

فهو شرط أولى بدونه لا ينشأ التزام . فإذا قام شخص بعمل وهو يعتقد أنه يترتب عليه اثرأ شخص آخر ، ولم يتحقق هذا الإثراء فعلا ، فانه لا يرجع عليه بشيء ولو كان هو قد افتقر من هذا العمل . فالشخص الذى يوفى دين شخص آخر . ويكون هذا الدين قد انقضى قبل ذلك بأى سبب من الأسباب . فانه لا يكون قد سبب اثرأ للمدين بهذا الدين : ولو كان هو قد افتقر بما دفعه من ماله . وهو إذ يمتنع عليه الرجوع على المدين فى هذا الدين الذى كان قد انقضى من قبل إلا أنه قد يحق له الرجوع على الدائن الذى استوفى هذا الدين بعد انقضائه إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على النحو الذى سندرسه فيما بعد .

والإثراء قد يكون إيجابيا إذا أدى إلى زيادة فى الجانب الإيجابى للذمة الشخص الذى أثرى ، كأن يتلقى مبلغا من النقود لاحق له فيه ، أو أن يقوم شخص بإقامة بناء أم غراس فى أرض شخص آخر ، أو أن يقوم المستأجر بتحسينات فى العين المؤجرة بعد انقضاء عقد الإيجار ودون التزام عليه فى ذلك . أم أن يحصل شخص على تيار كهربائى أو مياه أو غاز بتوصيلات خارجية غير متفق على وضعها بين هذا الشخص وبين الشركة الموردة للمياه أو الغاز أو الكهرباء . أو أن يستفيد شخص من عمل شخص آخر كرسم هندسى ، أو كشف أثرى دون اتفاق مع صاحب الرسم أو صاحب الكشف . . الخ .

والاثرأ يكون سلبيا إذا أدى إلى الانقاص من الجانب السلبى للذمة الشخص الذى أثرى . والمثل التقليدى على ذلك أن يوفى شخص بماله دين غيره . فيثرى المدين فى هذا الدين لأن التزامه قبل دائه قد انقضى بالوفاء الذى قام به الشخص الآخر . ومن الأمثلة على ذلك أيضا تجنب خسارة محققة لشخص من الأشخاص كإطفاء نار اشتعلت فى منزله وتكون وسيلة الإطفاء هى استخدام الأنابيب الخاصة لمقاومة الحريق . فيثرى صاحب

المترى بقدر ما تجنبه من آثار الحريق ، ويفتقر من قام بالاطفاء بقدر ما بذله من جهد وتفقة في هذا السبيل .

والإثراء يكون مباشراً أو غير مباشر . وهو يكون مباشراً إذا انتقلت القيمة المالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المترى بواسطة أى منهما دون تدخل من شخص آخر . وكل الأمثلة السابق إعطائها كان الإثراء فيها مباشراً . ويكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل شخص ثالث في نقل هذه القيمة المالية بين المترى والمفتقر . مثال ذلك ربان السفينة الذى يلتقى بعض البضائع المشحونة فيها لانتقاذ بضائع أخرى . فيترى من من ألقنت بضائعه على حساب من القيت بضائعه ، ويكون ذلك بفعل شخص ثالث هو الربان .

والإثراء يكون مادياً أو معنوياً . والأصل أن يكون الإثراء مادياً يتمثل في قيمة مالية كما هو الشأن في كل الأمثلة التى ذكرناها . ومع ذلك فمن المسلم به الآن أن الإثراء قد يكون معنوياً . فالمدرس الذى يعلم التلميز يودى إلى اثرائه اثرأ معنوياً بزيادة ثقافته . والطبيب الذى يعالج مريض يودى إلى اثرائه اثرأ معنوياً يتمثل في تحسن صحته ، والإثراء المعنوى يقبل التقويم بالنقد ويجب فيه الاسترداد بقدر افتقار الطرف الآخر .

§ - ٢ - افتقار الدائن

٢١٧ - اثرأ المدين نشأ عن افتقار الدائن

إذا أثرى شخص دون أن يفتقر شخص آخر . فلا ينشأ أى التزام على المترى ، لأن الالتزام يكون في حدود أقل القيمتين ، الإثراء أو الافتقار وقد تبين أنه لم يحدث افتقار لأى شخص . فلا يكون هناك التزام بأى شئ . فاذا قام مشترى العقار المرهون بدفع الثمن لا إلى البائع ولكن إلى الدائن المرتهن لهذا العقار . وترتب على ذلك لإثراء المدين الراهن بقدر ما انتقص من دينه قبل الدائن المرتهن ، إلا أن المشتري الذى وفى هنا

الدين لا يرجع عليه بما وفاه لأنه لم يفتقر بهذا الوفاء شيئا فهو كان ملزما بدفع نفس المبلغ الذى دفعه ، وبدلا من أن يدفعه لدائنه وهو البائع ، قام بدفعه لدائن دائنه وهو المرتهن للعقار المبيع .

والافتقار له صور متعددة تقابل الصور المتعددة للإثراء .

فالافتقار يكون إيجابيا إذا أعطى المفتقر من حقوقه أو من أمواله ، كمن يدفع دين غيره . ويكون سلبيا إذا فانت على المفتقر منفعة كان يستحقها كمالك الأرض يستغلها شخص آخر بغير عقد إيجار وبدون دفع أجره . والافتقار يكون مباشرا أو غير مباشر فى نفس الأمثلة السابق ذكرها للإثراء المباشر والاثراء غير المباشر . والافتقار يكون فى الأصل ماديا ، إلا أنه قد يكون معنويا طالما يمكن تقديره بالنقود ، والغالب أن يتمثل الافتقار المعنوى فى فقد حق من حقوق المؤلف أو المخترع وهى حقوق ذات طابع مادى وأدبى فى نفس الوقت . وأيا ما كان نوع الافتقار . فيجب أن يكون هو السبب المنتج للإثراء . أى ينبغى أن تقوم علاقة السببية بين الاثراء والافتقار على النحو السابق دراسته فى باب المسئولية . وإذا تعددت الأسباب التى أدت إلى الاثراء فانه لا يحسب منها إلا السبب المنتج . فاذا كان افتقار الدائن هو السبب المنتج لإثراء المدين نشأ الالتزام . بشرط توافر الشرط الثالث هو انعدام سبب الإثراء .

§ ٣ - انعدام سبب الاثراء

٢١ - المقصود بالسبب .

إذا أثرى شخص على حساب شخص آخر : وكان هناك سبب مشروع يبرر هذا الاثراء . فان المثرى لا يلتزم بشيء فى مواجهة المفتقر . فشرط قيام الالتزام الناشئ عن الاثراء هو أن يكون الإثراء بغير سبب مشروع . ولذلك فانه من الأهمية بمكان تحديد المقصود بالسبب .

وقد عرف البعض السبب بأنه المبرر الأدبي الذي يجعل الاثراء مشروعاً ولا يرتب التزاماً في ذمة المثرى برد ما أثرى به إلى المفقتر . ولكن فكرة المبرر الأدبي تتصل بجوهر القاعدة وهو العدل ، وليس بصياغتها الفنية . والصياغة الفنية لتفريعات القانون هي الوسيلة اللازمة لإدراك العدل ، فإذا لم تكن هذه الوسيلة منضبطة انضباطاً تاماً : وقف القانون عند مرحلة بدائية هي مرحلة الاحساس بالعدل ، دون التعبير عنه تعبيراً فنياً ، ودون إدراكه إدراكاً حقيقياً .

وفكرة السبب في قاعدة الاثراء ، هي فكرة فنية ، المقصود بها لإحكام القاعدة من ناحية الصياغة حتى يمكن استخدامها لتحقيق الغرض منها وهو العدل . ولذلك لا يمكن أن يكون للسبب هنا إلا مدلولاً فنياً . وهو على وجه التحديد المصدر القانوني للاثراء . فإذا كان هناك مصدر قانوني للاثراء ، فإن الاثراء يكون له سبب . ولا ينشأ على عاتق المثرى أى التزام نتيجة لهذا الاثراء .

والمصدر القانوني للاثراء إما أن يكون عقداً أو حكماً من أحكام القانون . والعقد بأنواعه المختلفة يؤدي إلى انتقال الحقوق المالية من ذمة إلى أخرى . والمفروض أن يتم ذلك على أساس التعادل بين الالتزامات المتقابلة . بحيث لا يثرى طرف على حساب طرف . على أن التعادل المقصود هو التعادل الإرادي الذي تحدده إرادة كل من المتعاقدين : لأن ما تراه الإرادة معادلاً عادلاً لصاحبها ، فإن القانون يعتبره كذلك ، فالمفروض أن الإنسان لا يضر بنفسه ، والقانون لا يقيم أوصياء على الناس في معاملاتهم طالما كانوا متمتعين بالأهلية القانونية وفق شروطها . ومن هنا جاء مبدأ أن العقد شريعتة المتعاقدين . ومن هنا جاء مبدأ آخر وهو أن الغبن في العقود وهو عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة لا يؤثر في صحتها أو فسخها الملزمة . ما لم

تقترن به ظروف خاصة كاذعان أو استغلال أو حوادث طارئة . . الخ ،
فانه يجوز في مثل هذه الحالات التدخل في العقد لاعادة التعادل بين الالتزامات
المتقابلة . ولكن هذه الحالات استثنائية ، يجب أن تظل كذلك احتراماً لقوة
العقد الملزمة . والعقد هو أهم الوسائل القانونية لقيام المعاملات بين الناس
على أساس من الثقة والعدل .

وعلى هذا النحو إذا لحق شخص غبن نتيجة عقد من العقود : فلا يجوز
له أن يرجع على الطرف الآخر في العقد طبقاً لمبدأ الاثراء بلا سبب لأن
الاثراء كان له سبب وهو العقد القائم بين الطرفين .

ولكن لا يشترط أن يكون العقد قائماً بين المثرى والمفتقر حتى يسكون
للاثراء سبب . بل يكفي أن يكون قائماً بين المثرى وشخص آخر . فمن حصل
على شيء أثرى به على حساب شخص آخر ، ووهب هذا الشيء إلى شخص
ثالث : فانه لا يجوز للمفتقر أن يرجع بشيء على الموهوب له . لأن كل
ما آل إليه ، كان سببه عقد الهبة : ويكون له أن يرجع فقط على الواهب
وهو الذي أثرى على حسابه دون سبب .

وإذا أقام شخص مبان ومنشآت على أرض الغير وكان هناك اتفاق بين
الطرفين على أن تتحول ملكية المباني إلى مالك الأرض بعد فترة من الزمن ،
فانه لا يجوز للمقاول الذي أقام هذه المباني أن يرجع على مالك الأرض على
أساس الاثراء بلا سبب . واو كان هو لم يستوف حقوقه من الشخص الذي
اتفق معه على إقامة هذه المباني . لأن اثراء مالك الأرض له سبب هو العقد
القائم بينه وبين مالك المباني .

وبخلاف المتمد فان مصدر الاثراء قد يكون حكماً من أحكام القانون
وفي هذه الحالة يكون للاثراء سبب . فلا ينشأ أى التزام على عاتق المثرى .

ومن هذا القبيل ما قرره المشرع من أنه إذا كان هناك عقار مرهون لعدة دائنين وقام شخص بوفاء الدائنين المتقدمين في المرتبة وحل محلهم فيما لم من رهون ، عليه أن يحافظ على قيد هذه الرهون وأن يقوم بتجديدها كل عشر سنوات ، فإذا أحمل في ذلك فانه يفقد مرتبة الرهون التي حل فيها محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، ويستفيد من ذلك الدائنون المتأخرون في المرتبة ، إذ تصبح لهم المرتبة المتقدمة . ويعتبر هذا نوعا من الاثراء لم على حساب الموفى الذي فقد مرتبته المتقدمة ، ولكن مصدر هذا الاثراء هو حكم القانون .

§ ٤ - دعوى الاثراء ليست دعوى احتياطية

٢١٩ - القانون المصري يسبق القانون الفرنسي .

بعد أن تطورت قاعدة الاثراء بلا سبب في القانون الفرنسي وأصبحت مصدرا عاما من مصادر الالتزام . خشي الفقه في فرنسا أن يحدث توسع في تطبيق هذه القاعدة ، قد يؤدي إلى استغراق كل مصادر الالتزام الأخرى ، بما في ذلك العقد . لأن قاعدة الاثراء شديدة الاتصال بفكرة العدالة . ويمكن الاستعانة بها في تفسير الكثير من الالتزامات . ولو كان لها مصادر أخرى محددة في القانون كالعقد أو العمل غير المشروع أو غير ذلك . ولذلك ظهر اتجاه إلى محاولة التقييد من استعمال دعوى الاثراء ، وقاد هذا الاتجاه الفقيهان الفرنسيان أوبري ورو . وكان الرأي الذي انتهى إليه هو أن دعوى الاثراء بلا سبب دعوى احتياطية ، لا يجوز الالتجاء إليها إذا كان لدى المدعى دعوى أخرى ناشئة عن مصدر آخر من مصادر الالتزام . وقد أبدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم لها صادر عام ١٩١٤ ، وسار من ورائها كل الفقه والقضاء . ومع ذلك فقد بدأ الفقه يتشكك في ضرورة اعتبار دعوى الاثراء دعوى احتياطية . وظهر من ينادي بأن دعوى الاثراء هي دعوى أصلية ، وليست احتياطية .

وقد خطا المشرع المصرى هذه الخطوة الحاسمة فجعل دعوى الاثراء دعوى أصلية ولم يشترط فيها أن تكون دعوى احتياطية . والواقع أن اشتراط أن تكون دعوى الاثراء دعوى احتياطية إنما نشأ عن اللبس . الغموض في تحديد معنى السبب المشروع للاثراء . فإذا فهم هذا المعنى على النحو السابق تحديده وهو المصدر القانوني للاثراء : فإنه لا تكون هناك حاجة إلى اشتراط أن تكون دعوى الاثراء دعوى احتياطية . لأنه في جميع الأحوال التي يكون هناك فيها مصدر قانوني للاثراء : فإنه لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الاثراء . لا لأنها دعوى احتياطية ، ولكن لأنها دعوى غير قائمة ، إذ من شروط قيام هذه الدعوى ألا يكون هناك سبب قانوني أو مصدر قانوني للاثراء .

على أنه يجب لفهم المقصود بأن دعوى الاثراء دعوى احتياطية ، أن نفرق بين الفروض التي لا تكون فيها للمفتقر أى دعوى أخرى غير دعوى الاثراء . وهذه هي الفروض العملية الكثيرة التي ضربنا لها أمثلة فيما سبق . وفي هذه الفروض لا تثار إطلاقاً مشكلة أن تكون دعوى الاثراء احتياطية أو أصلية . فهي الدعوى الوحيدة التي أمام الدائن . ويكون له بطبيعة الحال أن يلجأ إليها . يجب أن نفرق بين هذه الفروض . وبين الفروض الأخرى التي تكون فيها للمفتقر دعويتين ، دعوى الاثراء ، دعوى أخرى غيرها ، ففي هذه الفروض الأخيرة فقط تثار مشكلة اعتبار دعوى الاثراء دعوى احتياطية أو دعوى أصلية .

ومن الأمثلة على هذه الفروض أن يكون هناك عقد قرض مثلاً بين المقرض والمقرض . ومن المتصور أن المقرض يحاول الرجوع على المقرض بدعوى الاثراء . وله في نفس الوقت أن يرجع عليه بدعوى عقد القرض . ولكن في هذا المثال فإن المقرض لا يكون له أن يرجع بدعوى الاثراء

بلا سبب ، لأن الإثراء له سبب هو عقد القرض ، ولكن يجوز له أن يرجع فقط بدعوى عقد القرض . والواقع أنه لا توجد في هذا المثال دعويان ، بل دعوى واحدة هي الدعوى الناشئة عن عقد القرض . ويقاس على هذا المثال كل الأمثلة الأخرى التي يكون فيها سبب الإثراء عقد من العقود أو نص في القانون أو أى مصدر آخر من مصادر الالتزام .

ولكن قد يحدث في أمثلة أخرى ازدواج حقيقى بين دعوى الإثراء وغيرها من الدعاوى . فيكون للمفتقر دعويان . من هذا أن يغتصب شخص مال شخص آخر ، فيكون للمغتصب منه أن يرجع على المغتصب إما بدعوى الإثراء بلا سبب . أو بدعوى الاغتصاب . وإزاء هذا الازدواج الحقيقى فانه لا بد من القول بأن دعوى الإثراء ليست دعوى احتياطية . ولكنها دعوى أصلية ويجوز لصاحب المصلحة أن يرجع بها أو يرجع بالدعوى الأخرى . ولكن ربما يفضل هو الرجوع بدعوى الاغتصاب لأنها تعطى له تعويضا أكبر .

والخلاصة أن دعوى الإثراء بلا سبب ليست دعوى احتياطية في القانون المصرى ، فهي إذا توافرت شروطها ، وخاصة إذا لم يكن للإثراء سبب قانونى ، جاز للدائن أن يرجع بها ولو كانت له دعوى أخرى غيرها .

ولعل من أبرز الأمثلة على حق الدائن فى الاختيار بين دعوى الإثراء وغيرها من الدعاوى . حالة ما إذا وفى شخص دين غيره وكان هذا الدين مضمونا برهن على عقار . فان الموفى يكون بالخيار بين أن يرجع على المدين الذى أثرى بهذا الوفاء . إما بدعوى الإثراء بلا سبب . أو بدعوى الحلول محل الدائن المرتهن الذى استوفى حقه ، إذا توافرت شروط دعوى الحلول وهى تتوافر فى عدة حالات نص عليها المشرع فى المادة ٣٢٦ مدنى . فى الحالات التى تجتمع فيها للموفى دعوى الحلول ودعوى الإثراء بلا سبب .

يكون له أن يختار بينهما ، ولا تكون أى من الدعويين دعوى أصلية
والأخرى احتياطية .

ويتضح مما سبق أن القانون المصرى سبق القانون الفرنسى فى تطوره ،
إذ لا زال يتردد فى فرنسا حتى اليوم القول بأن دعوى الاثراء بلا سبب هى
دعوى احتياطية .

٥ - § لا يشترط أن يكون الاثراء قائماً وقت رفع الدعوى

٢٢٠ - مرة أخرى القانون المصرى يسبق القانون الفرنسى .

تنص المادة ١٧٩ مدنى على أن الالتزام الناشئ عن الاثراء بلا سبب
يبقى قائماً ولو زال الاثراء فيما بعد . وهذا الحكم لم يصل إليه القانون
الفرنسى بعد . إذا لا زال يشترط فى فرنسا أن يكون الاثراء قائماً وقت
رفع الدعوى . فإذا أقام شخص تحسينات أو انشاءات فى منزل مملوك لشخص
آخر ، ثم احترق هذا المنزل قبل رفع دعوى الاثراء ، فلا يجوز رفعها بعد
ذلك . إذ من شروطها أن يكون الاثراء قائماً وقت رفعها وهو قد زال
بالحريق الذى دمر المنزل .

والحجج التى يستند إليها الفقه الفرنسى هى : ١ - أن المقصود من
دعوى الاثراء هو إعادة التوازن بين المثرى والمفتقر . والوقت الذى يعتد
فيه بذلك هو وقت رفع الدعوى . ٢ - أن اشتراط بقاء الاثراء قائماً وقت رفع
الدعوى هو الذى يميز بين دعوى الاثراء بلا سبب . وبين دعوى الفضالة
التي لا يشترط فيها ذلك والذى يبرر هذه التفرقة أن الفضولى فى دعوى
الفضالة يسدى خدمة لرب العمل فوجب تمييزه عن المفتقر فى دعوى الاثراء .
٣ - أن اشتراط بقاء الاثراء قائماً وقت رفع الدعوى . يتفق مع القاعدة
المقررة فى المسؤولية وهى أن التعويض يكون تقريره وقت رفع الدعوى .

والواقع أن هذه الحجج ليست لها قوة كبيرة . وهي لا تعدو أن تكون تبريرا لقيد من القيود التي فرضتها التقاليد القديمة على دعوى الاثراء بلا سبب . وهو قيد لم ينجح القانون الفرنسي من التخلص منه حتى الآن . على عكس ما فعله القانون المصري .

والحجة الأولى التي تذهب إلى أن المهدف من دعوى الاثراء هو إعادة التوازن بين المثرى والمفتقر : . هو قول صحيح ولكن الوقت الذي ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار لإعادة هذا التوازن ، ليس هو وقت رفع الدعوى كما تقول هذه الحجة . ولكنه وقت حدوث الاختلال في هذا التوازن وهو وقت تحقق الاثراء والافتقار . وهناك ثلاثة أوقات كان يمكن الوقوف عند أى منها ، وقت تحقق الاثراء ، وقت رفع الدعوى ، ووقت النطق بالحكم . والجدير هو الاعتداد بوقت تحقق الإثراء . لأنه في هذا الوقت ينشأ الالتزام : فصدر الالتزام هو واقعة الاثراء . وليس رفع الدعوى أو الحكم الصادر في هذه الدعوى . وإذا نشأ الالتزام في وقت الاثراء . فهو لا ينقضى بعد ذلك إلا لسبب من أسباب انقضاء الالتزام المقرره في القواعد العامة .

أما الحجة الثانية التي تجعل اشتراط بقاء الاثراء قائما إلى وقت رفع الدعوى هو المميز بين دعوى الاثراء بلا سبب ودعوى الفضالة . فهي حجة ضعيفة كذلك ، لأنه بغير اشتراط بقاء الاثراء قائما إلى وقت رفع الدعوى . فإن دعوى الفضالة لازالت متميزة على دعوى الإثراء : حيث يحق للفضولي أن يسترد كل المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقتها لحساب رب العمل إذ أنه قصد اسداء خدمة له . أما المفتقر في دعوى الاثراء . فهو لا يرجع إلا بأقل القيمتين . الاثراء أو الافتقار على ما سندرسه فيما بعد .

أما الحجة الثالثة التي تقول أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يعتد به وقت رفع الدعوى ، وأن الإثراء كذلك ينبغي أن يعتد به وقت رفع الدعوى ، فهي حجة غير صحيحة ، لأن التعويض في المسؤولية التقصيرية ، لا يقابل الإثراء ، ولكنه يقابل الافتقار ، والتعويض في المسؤولية التقصيرية لا يقدر وقت رفع الدعوى بل وقت النطق بالحكم ، وكذلك الافتقار يقدر وقت النطق بالحكم على ما سرى . أما الإثراء فيمكن أن يوجد في أى وقت من الأوقات وهو يقدر وقت وجوده ، ولا يعتد بتغيره بعد ذلك ، فإذا زاد الإثراء بعد ذلك كان هذا غنما للمثري ، وإذا نقص الإثراء أو زال كان ذلك غرماً عليه وظل ملتزماً مع ذلك بتعويض المقتصر في حدود ما أثرى به ، وفي حدود افتقار الطرف الآخر .

المبحث الثاني

أحكام الإثراء بلا سبب

٢٢٤ - دعوى التعويض .

تنص المادة ١٨٠ مدني على أنه : تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحفته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق .

وكما هو ظاهر من صياغة هذا النص فإن الالتزام الذي ينشأ عن الإثراء بلا سبب يسمى تعويضاً ، والحق في التعويض جب نظراً : به أمام القضاء . ومن يرفع دعوى التعويض هو الدائن ، هو المقتصر ، والمدعى عليه في هذه الدعوى هو المدين وهو المثري . والسبب القانوني لهذه الدعوى هو الإثراء بلا سبب . وإذا خسر المدعى دعواه فلا تنبذ إلى نفس السبب طبقاً لمبدأ قوة الأمر . الذي يمنع إعادة

النظر في الدعاوى التي فصل فيها من قبل حتى لا تتأبد الخصومات في المحاكم .
ولكن إذا خسر المدعى الدعوى فإنه يجوز أن يرفع دعوى جديدة أساسها
الفضالة أو دفع غير المستحق . لأن هاتين الدعويتين وإن كانتا تطبيقاً لدعوى
الاثراء إلا أنها مستقلة عنها وتعتبر سبباً جديداً للدعوى الجديدة . ولا يمس
رفعها مبدأ قوة الأمر المقضى .

ودعوى الإثراء بلا سبب لا بد من رفعها خلال مدة معينة وإلا سقطت
بالتقادم . ومدة التقادم هي ثلاث سنوات من وقت علم المفتقر وهو الدائن
بحقه في التعويض : وهو لا يعلم ذلك إلا إذا علم بالافتقار وأن هذا الافتقار
كان سبباً في اثراء شخص آخر ، وعلم بشخص المثرى الذي سترفع عليه
الدعوى . فإذا لم يعلم المفتقر بشيء من هذا فإن الدعوى تتقادم في جميع
الاحوال بمضى خمس عشرة سنة من الوقت الذي نشأ فيه الحق في التعويض .
وهو ينشأ بمجرد اكتمال عناصره على النحو السابق دراسته . أى عند تحقق
الاثراء . وتحقق الافتقار ووجود رابطة السببية بينهما . والدعوى تتقادم
بأقصر الأجلين ، ثلاث سنوات أو خمسة عشرة سنة . فإذا كانت مدة
الخمس عشرة سنة أقصر من مدة ثلاث سنوات . ويكون ذلك إذا لم يعلم
صاحب الحق في التعويض بوجود حقه إلا بعد مرور أكثر من اثني عشر عاماً
من وقت نشأة هذا الحق ، فإن الدعوى تتقادم بمضى خمس عشرة سنة ،
وليس بمضى الثلاث سنوات من وقت هذا العلم . ولكن الغالب أن تكون
مدة الثلاث سنوات هي الأقصر ، إذ الغالب أن يعلم صاحب الحق بوجود
حقه بمجرد اكتمال عناصر هذا الحق . وفي هذه الحالة تتقادم الدعوى بمضى
هذه المدة القصيرة .

ويلاحظ أن عبء الإثبات في هذه الدعوى يقع كما هي القاعدة العامة
على عاتق المدعى وهو الدائن . فعليه أن يثبت أنه افتقر ومفقر هذا الافتقار

وأن يثبت أن المدعى عليه قد أثرى ومقدار هذا الاثراء . وأن يثبت علاقة السببية بين افتقاره وبين اثراء المدعى عليه . وعلى هذا الأخير إذا أراد أن يتخلص من هذا الالتزام أن يثبت عكس ما أثبتته المدعى والقاضى يفصل في هذا النزاع بعد أن يقدر الأدلة التى تقدم بها كل من الطرفين وفقاً وفقاً نقيصة القانونية لكل دليل .

فاذا تأكد لدى القاضى حق المدعى فى التعويض . فهو يصدر حكماً بالزام المدعى عليه بمبلغ التعويض الذى يقدره على أساس أقل القيمتين . الاثراء أو الافتقار على النحو الذى سنذكره الآن حالاً .

ويلاحظ أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى لا ينشأ الحق فى التعويض . ولكنه يكشف عنه فقط ويقرره . أما الحق فى التعويض فقد نشأ من وقت اكتمال عناصر الالتزام ، أى من وقت إثراء المدين على حساب الدائن

ونترتب على ذلك عدة نتائج أهمها : ١ - أن مدة تقادم دعوى الاثراء وهى خمس عشرة سنة تبدأ من وقت نشأة الحق . وقد سبق بيان ذلك . ٢ - أنه يرجع إلى هذا الوقت لتقدير قيمة الإثراء على النحو الذى سنذكره فى الفقرة التالية . ٣ - أنه منذ نشأة الحق يجوز للدائن به أن يتصرف فيه بحوالته إلى شخص آخر . ٤ - ان الدائن إذا أعذر المدين بالدفع . فهو يستحق فوائد تأخير عن المبلغ المستحق محسوبا من وقت الاعذار .

ولكن إذا كان الحق فى التعويض ينشأ عن واقعه الاثراء . فلا شك أن للحكم الصادر فى الدعوى أهمية كبيرة . لأنه يكشف عن هذا الحق ويقرره . وهو فوق ذلك يقدره . فبعد أن كان مقدار التعويض أمر متنازعا فيه . فانه يصبح بصدور الحكم محددًا تحديداً دقيقاً . وكذلك فإن الحق بعد تقريره فى الحكم الصادر به لا يتقادم إلا بمضى خمس عشرة سنة تحسب من وقت صدور الحكم م ٣٨٥ / ٢ ملغى) .

٢٢٢ - تقدير التعويض .

يقوم القاضى بتقدير التعويض على أساس العناصر الموضوعية للدعوى ، وهو قد يحكم للمدعى بمبلغ أقل من المبلغ الذى طلبه أو بمبلغ مساو له . ولكن لا يجوز أن يحكم له بمبلغ أكثر من المبلغ الذى طلبه . فليس للقاضى أن يحكم بأكثر من طلبات الخصوم . والقاضى يقدر التعويض على أساس أقل القيمتين : قيمة الاثراء : وقيمة الافتقار .

فلا يجوز تقدير التعويض بما يزيد على قيمة الافتقار . وإلا فإن المفتقر يثرى من الدعوى ، وليس هذا هو المقصود منها . فهى تهدف فقط إلى تعويض الخسارة التى لحقت شخصاً من الأشخاص ، فلا يزيد التعويض عن مقدار الخسارة . ومن ناحية أخرى لا يجوز أن يزيد التعويض على مبلغ الإثراء . لأن التعويض لم يترتب على خطأ منسوب إلى المثرى . حتى يلتزم بتعويض كل الخسارة التى لحقت الشخص الآخر كما هو الشأن فى المسؤولية التمسيرية . ولكنه يترتب على واقعة الاثراء ذاتها . فلا يجوز أن يزيد التعويض على مقدار الإثراء . فتكون النتيجة هى ألا يزيد التعويض عن مقدار الإثراء ، أو مقدار الافتقار . أن يكون فى حدود الأقل من هاتين القيمتين .

ولهذا فإن القاضى يقوم بتقدير الاثراء بصفة مستقلة . وتقدير الافتقار بصفة مستقلة وقد يحدث فى بعض الأحيان أن تتطابق القيمتان .

فاذا كان الاثراء يتمثل فى مبلغ من النقود دخل ذمة المثرى . فإن قيمة الاثراء تتحدد على أساس هذا المبلغ وقت دفعه ولا يكون لانخفاض قيمة العملة بعد ذلك أى أثر على هذا القدر . وفى هذه الحالة فإن مقدار الافتقار يكون مساوياً لمقدار الاثراء . لأن المفتقر لحقته خسارة بقدر المبلغ الذى دفعه من ماله . أما إذا كان الاثراء فى صورة تحصيل وإنشاءات أقامها المفتقر على أرض المثرى . فإن قيمة الاثراء تتحدد على أساس ما زاد فى

قيمة هذه الأرض بسبب التحسينات والإنشاءات على أن تحسب الزيادة وقت أحداث هذه التحسينات والإنشاءات . اما قيمة الافتقار فهي تحسب بطريق آخر ، إذ هي تحسب على اساس ما انفقته المفتقر في إقامة هذه التحسينات والإنشاءات ويشمل ذلك قيمة العمل وقيمة المواد . وفي هذا المثال قد تختلف قيمة الافتقار عن قيمة الاثراء .

وإذا كان الاثراء في صورة خدمة او عمل قام به شخص لمصلحة شخص آخر كتصميم لمهندس . او دفاع قام به محام ، فان قيمة الاثراء تتحدد على اساس الفائدة التي عادت على المثرى من هذا العمل او الخدمة ، اما الافتقار فهو يقدر على اساس الأجر الذي كان يتقاضاه المهندس أو المحامي المذكورين عن العمل الذي قام به أى منهما . وفي هذا المثال قد تختلف قيمة الاثراء عن قيمة الافتقار .

ويلاحظ ان الوقت الذي يراعى فيه تقدير قيمة الاثراء هو وقت حدوث الاثراء . اما الوقت الذي يراعى فيه تقدير قيمة الافتقار فهو وقت النطق بالحكم . وتبرير هذا الاختلاف ، هو أنه بالنسبة للاثراء فانه يتحدد بصفة نهائية وقت حدوثه . وهو إذا حدث أصبح عنصراً ثابتاً في ذمة المثرى ، فإذا زاد بعد ذلك كان ذلك غنماً استفاد منه صاحبه . وإذا نقص كان ذلك غرماً تحمله . وقد سبق أن رأينا الحكم المأمم الذي يترتب على ذلك وهو أنه إذا زال الاثراء بعد حدوثه وقبل رفع الدعوى فان ذلك لا يمنع من رفعها رغم ذلك .

اما الافتقار فهو كالضرر في المسؤولية التفصيلية . لا يمكن تحديده على وجه الدقة إلا في لحظة النطق بالحكم ، وهو قابل للتغير دائماً ، حتى بعد النطق بالحكم ، ولكن مبدأ قوة الأمر المقضى هو الذي يمنع إعادة تقديره مرة أخرى بعد أن يصدر حكم من القاضي بتقديره .

ومن هذا يتضح أن طبيعة الاثراء هي التي تحتم تقديره وقت حدوثه . كما أن طبيعة الافتقار هي التي تقتضى تقديره وقت النطق بالحكم

الفصل الثاني

أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب دفع غير المستحق - الفضالة

بجانب القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . نصر المشرع على تطبيقين من أهم تطبيقات هذه القاعدة : وهما دفع غير المستحق : والفضالة . على أن كل من هذين التطبيقين يتميز بأحكام خاصة ، تجعل منه ليس فقط تطبيقاً هاماً ، بل تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة في الإثراء ، وتدرس كل منهما في مبحث مستقل .

المبحث الأول

دفع غير المستحق

٢٢٣ - صورة خاصة من صور الإثراء بلا سبب .

إذا دفع شخص إلى شخص آخر شيئاً غير مستحق عليه ، فإن المدفوع له يرى على حساب الدافع . ومع ذلك فلهذا الإثراء سبب هو الوفاء . وهو تصرف قانوني ، ومن ثم لا تنطبق قاعدة الإثراء بلا سبب لوجود مصدر قانوني للإثراء . ولكن إذا طعن الدافع في هذا التصرف بأي وجه كالغلط أو الإكراه أو نقص الأهلية . أو إذا زال سبب هذا التصرف لأي مبرر ، كتحقق شرط فاسخ . أو فسخ أو إبطال العقد الذي أنشأ الدين . فإن الوفاء بعد أن كان تصرفاً قانونياً ، يصبح واقعة مادية ، ولا يصبح سبباً للإثراء . ومن ثم يكون الإثراء بلا سبب ، وتنطبق قاعدة التعويض عن الإثراء بلا سبب ، والتعويض يتمثل في استرداد ما دفع بغير حق . ولتوضيح كل هذا نتكلم أولاً عن حالتى دفع غير المستحق المنصوص عليهما في القانون ، ثم عن أحكام دفع غير المستحق .

§ ١ - حالة دفع غير المستحق

٢٢٤ - نصوص القانون .

نص المشرع في المادة ١٨١ مدني على ان « (١) كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده . (٢) غلى انه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه . إلا أن يكون ناقص الأهلية أو أن يكون قد اكره على هذا الوفاء » . وتنص المادة ١٨٢ على أنه « يصح إسترداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه . أو للالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ويتضح من هذين النصين أن هناك حالتين لدفع غير المستحق : ١ - دفع غير مستحق وقت الوفاء . ٢ - دفع دين كان مستحقاً وقت الوفاء . ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك . وندرس كل من هاتين الحالتين فيما يلي .

٢٢٥ - الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء .

حتى تتحقق هذه الحالة لا بد من توافر شرطين أولهما هو الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء . وثانيهما أن يتم هذا الوفاء نتيجة غلطة أو اكره أو نقص في الأهلية .

١ - ويكون الدين غير مستحق وقت الوفاء إما لأنه لم يوجد اصلاً . أو لأنه دين شرطي أو احتمالي أو مستقبل أو لأنه وجد وانقضى قبل الوفاء به .

١ - يكون الدين غير موجود اصلاً إذا كان ديناً وهمياً توهم الدافع أنه واجب عليه أو على التركة التي تلقاها بالميراث . أو أن يكون ديناً ناشئاً عن عقد باطل بطلاناً مطلقاً . أو أن يكون الدين موجوداً على عاتق الدافع ولكن في مواجهة شخص آخر غير المدفوع له . أو أن يكون ديناً موجوداً بالنسبة لمدفوع له . ولكن على عاتق شخص آخر غير الدافع . وفي كل هذه الأمثلة يكون الدين معلوماً في العلاقة بين الدافع والمدفوع له .

ب - ويكون الدين غير مستحق وقت الوفاء إذا كان ديناً معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق الشرط بعد ، أو معلقاً على شرط واقف ، تخلف الشرط بما يجعل الدين كأن لم يكن ، أو أن يكون ديناً مستقبلاً لم ينشأ بعد ولكنه سينشأ في أجل مستقبل ، أو يكون الدين قد نشأ ولكن أجل الوفاء به لم يحل بعد ، ويشترط في هذه الحالة الأخيرة ، كما سئرى ، أن يكون الموفي جاهلاً قيام الأجل (م ١٨٣ مدني) .

ج - ويكون الدين غير مستحق الوفاء ، إذا كان قد وجد ولكنه انتفى لأي سبب من الأسباب . كأن يكون المدين قد وفى دينه ولكنه فقد المخالصة ، فاضطر إلى الوفاء به مرة ثانية . فالوفاء في المرة الثانية يكون دفعاً لغير المستحق ، لأنه وفاء لدين غير واجب الوفاء .

٢ - إذا تم الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء . في أى صورة من الصور السابق ذكرها ، فإن ذلك لا يكفي بمفرده لاسترداد ما دفع بغير حق . بل لابد أولاً من إبطال الوفاء باعتباره تصرفاً قانونياً عن طريق الطعن فيه بالغلط أو الإكراه أو نقص الأهلية .

وقد قدم المشرع للدافع في أى من هذه الصورة مساعدة كبيرة ، وذلك بإقامة قرينة قانونية مؤداها أن من يدفع غير المستحق . لابد أن يسكون قد وقع في غلط ، إذ من غير المعقول أن يدفع شخص ديناً غير واجب الدفع عليه ، إلا إذا كان قد وقع في غلط جعله يعتقد أن الدفع واجب عليه . ولهذا يكفي أن يقوم الدافع بإثبات أنه لم يكن هناك دين مستحق الوفاء وقت الدفع ، حتى تقوم هذه القرينة ، ويجوز على أساسها الطعن الوفاء بالابطال للغلط ، فيتحول الوفاء بعد أن كان تصرفاً قانونياً وسبباً مشروعاً للإثراء ، إلى واقعة مادية لا تبرر الإثراء . ويجوز بعد ذلك استرداد ما دفع بغير حق .

غير أن المشرع رعاية لمصلحة المدفوع له أيضاً ، جعل هذه القرينة قابلة لاثبات العكس . وعلى هذا يجوز للمدفع له أن يثبت أن الدافع وقت الدفع كان يعلم انه يوفى بدين غير مستحق الوفاء ، ومع ذلك قام بالوفاء ، وبالتالي فان إرادته لم تكن معيبة للغلط . ويتم هذا الاثبات إذا تبين أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه يدفع ما هو غير واجب عليه ، كأن يكون موفيا بدين غيره وهو عالم بذلك ويكون قاصداً لإسداء خدمة للغير إما على سبيل الفضالة أو على سبيل التبرع . ويتم هذا الاثبات كذلك إذا تبين أن الموفى قد وفى بدين طبيعي لا جبر على تنفيذه ، وهو يعلم بأن الدين دين طبيعي .

فاذا أثبت المدفوع له أن الدافع لم يقع في غلط فانه ينشئ بذلك القرينة القانونية التي أعطاها المشرع للدافع مساعدة له على استرداد ما دفعه . ومع ذلك فان الدافع يستطيع أن يطالب باسترداد ما دفعه اعتماداً على أساسين أخرى ، ولكن عليه في هذه الحالة أن يقيم الدليل على وجود هذه الأسانيد . وقد سمح له المشرع بأن يطعن في صحة الوفاء إما للإكراه ، وإما لنقص الأهلية ، وعليه هو إقامة الدليل على وجود شيء من هذا القبيل .

فهو يستطيع أن يطعن في الوفاء على أساس الإكراه ، فاذا أثبت أنه وإن كان يعلم بأن الدفع غير واجب عليه ، لأنه سبق له الوفاء بهذا الدين الوفاء الأول . ونخشى الحجز على أمواله ، ثم وجد المخالصة بعد ذلك ، فانه يكون مكرهاً على الوفاء الثاني ويجوز له المطالبة باسترداد ما وفاه بغير استحقاق . ويحدث ذلك بصفة خاصة إذا كان الممول قد سدد ما عليه من ضريبة . ثم ضاع لإصالح السداد ، ووجهت إليه مصلحة الضرائب المطالبة من جديد وهددته بالحجز الإداري على أمواله ، فاضطر إلى دفع ضريبة مرة ثانية دون أن يجب عليه ذلك قانوناً .

ويجوز للموفى أن يطعن في صحة الوفاء ، ولو كان يعلم بأنه غير واجب عليه ، إذا تمسك بنقص أهليته ، فإن الوفاء الصادر من ناقص الأهلية ، وفاء قابل للإبطال في جميع الأحوال .

فإذا تحقق هذان الشرطان بأن كان الدين غير واجب الدفع وقت الوفاء به ، وكان المدة في لا يعلم بذلك ، أو أكره على الوفاء أو كان ناقص الأهلية ، تحققت الحالة الأولى لدفع غير المستحق ، وهي حالة تطبيقها كثيرة متعددة .

٢٢٦ - الوفاء بدين مستحق وقت الوفاء ولكنه يصبح غير مستحق بعد ذلك .

وهذه هي الحالة الثانية من حالتى دفع غير المستحق . وهي تتحقق إذا كان الوفاء صحيحا وقت القيام به ، بأن يكون الدين موجودا ومستحق الدفع ، وأن يتم الوفاء به من المدين به ، دون أن يشوب إرادته عيب ، أو أن يكون ناقص الأهلية . ولكن يزول هذا الدين بعد ذلك ، فيصبح الوفاء بغير سبب . ويتحقق ذلك إذا كان التصرف الذى نشأ عنه السديون تصرف قابل للإبطال . وكما سبق أن رأينا فإن العقد القابل للإبطال هو عقد قائم منتج لاثاره حتى يتقرر إبطاله ، فإذا قام المدين في هذا العقد بالوفاء بما عليه من دين فهو يوفى بدين واجب الدفع . ولكن إذا أبطل العقد الذى نشأ عنه الدين ، فإنه يعتبر كأن لم يكن ويعتبر الدين بالتالى كأن لم يكن . ويزول السبب الذى كان يبرر الوفاء . فيصبح الوفاء هو كذلك وفاء لدين غير موجود . وهو في الواقع دين كان موجودا . ولكنه أصبح غير موجود بعد الوفاء .

ويصلق نفس القول إذا كان الدين قد نشأ عن عقد . ثم فسخ العقد بعد الوفاء . وكل عقد قابل للنسخ لعدم التنفيذ . فإذا فسخ العقد . اعتبر كأن لم يكن . وأعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد . فإذا

كان احدهما قد وفى بالدين الذى نشأ على عاتقه من هذا العقد ، فانه يكون قد وفى بغير المستحق ويجوز له استرداد ما وفاء .

ويتحقق نفس الشيء أيضا . إذا نشأ الدين معلقا على شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فزال الدين بأثر رجعى . ولكن للوفاء به كان قد تم قبل زواله . فيعتبر هذا وفاء لغير المستحق .

٢٢٧ - الأساس القانونى لاسترداد غير المستحق هو الاثراء بلا سبب .

فى حالتى دفع غير المستحق السابق ذكرهما ، لا يكون للوفاء ، أولا يصبح للوفاء ، سبب مشروع يبرر انتقال قيمة مالية من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيكون هذا اثراء للمدفوع له بغير سبب مشروع على حساب الدافع . مما يجب معه التعويض . وهو يتمثل فى استرداد ما دفع بغير حق .

ويتضح ذلك من تحليل كل من حالتى دفع غير المستحق المذكورتين .

فى الحالة الأولى تم الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء . وتبين بطريق الافتراض الذى لم يثبت عكسه أن الموفى كان واقعا فى غلط وأن إرادته معيبة لهذا السبب . أو ثبت أن الموفى كان قد أكره على الوفاء . أو كان ناقص الأهلية وقت الوفاء . وفى جميع هذه الصور ، فان الوفاء وهو تصرف قانونى يكون قابلا للإبطال للغلط أو الاكراه أو نقص الأهلية . فإذا طُلب الموفى بالاسترداد فهو يتمسك فى نفس الوقت بإبطال الوفاء . وإذا أبطل الوفاء فانه يتحول إلى واقعة مادية بعد ان كان تصرفا قانونيا . وعلى هذا النحو فبعد أن كان اثراء المدفوع له مستندا إلى سبب مشروع هو الوفاء ، وهو المصدر القانونى لهذا الاثراء ، فانه يصبح قائما على واقعة مادية وهى واقعة الدفع ، وهى واقعة مجردة عن السبب القانونى . فيكون الإثراء بلا سبب .

وفي الحالة الثانية فان الوفاء وقت القيام به كان له سبب هو العقد القابل للإبطال أو القابل للفسخ . ولكن بعد إبطال هذا العقد أو فسخه ، فان السبب قد زال ، ويصبح الوفاء بغير سبب ، وهو ما يعنى أن اثره المدفوع له على حساب الدافع كان بغير سبب .

أى أنه في حالتى دفع غير المستحق ، يتحقق لإثراء المدفوع له بغير سبب على حساب الدافع ، وفي الحالتين نكون بصدد تطبيق خاص لقاعدة الاثراء بلا سبب . ويلاحظ أنه في الحالتين يكون الاثراء بقلر الافتقار فالدافع قد افتقر بقدر ما دفع ، والمدفوع له قد أثرى بنفس القدر أيضاً .

ويلاحظ أن الدعوى التى يرفعها الدافع باسترداد ما دفعه هى غالبا دعوى شخصية إذا كان ما دفعه نقودا أو أى شىء مثل . أما إذا كان قد نقل ملكية شىء معين بالذات ، ويطلب باسترداده فانه يكون له بجانب دعوى استرداد ما دفع بغير حق وهى دعوى شخصية كما قدمنا أن يرفع دعوى أخرى هى دعوى استحقاق الشىء المملوك له . وهى دعوى عينية

§ ٢ - أحكام دفع غير المستحق

إذا تحققت حالة من حالتى دفع غير المستحق في أى صورة من صورتها ، كان للدافع وهو المفقر أن يرجع على المدفوع له وهو المثرى ، ويتمثل الرجوع في استرداد ما دفع بغير حق . ولكن مدى الرجوع يختلف بحسب ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سىء النية . ولكن المشرع وضع أحكاماً خاصة في حالة ما إذا تعلق الأمر بالوفاء بدين مؤجل قبل حلول أجله ، أو تعلق الأمر بالوفاء لناقص الأهلية . وكذلك قرر المشرع سقوط دعوى استرداد غير المستحق إذا لم ترفع خلال مدة معينة . وندرس كل هذه المسائل فيما يلى .

٢٢٨ - مدى الاسترداد وعاقبته بحسن أو سوء نية المثلث .

تنص المادة ١٨٥ على أنه : (١) إذا كان من تسلّم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلّم . (٢) أما إذا كان سىء النية . فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التي جناها أو قصر في جنيها ، من الشيء الذي تسلّمه بغير حق . وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سىء النية . (٣) وعلى أي حال يلتزم من تسلّم غير المستحق برد الفوائد والفوائد من يوم رفع الدعوى .

وطبقاً لهذا النص فانه تنبئ التفرقة بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سىء النية . ويكون المدفوع له حسن النية إذا كان لا يعلم أنه يتلقى الوفاء بما هو غير مستحق له ، والمفروض أن يكون المدفوع له حسن النية بهذا المعنى وهو لا يطالب بإثبات حسن نيته ، ولكن الدافع هو الذي يطالب بإثبات سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك .

وإذا كان المدفوع له حسن النية وقت الدفع ، ثم أصبح سىء النية بعد ذلك بأن علم أنه تلقى ما هو غير مستحق له . فانه يعتبر سىء النية من وقت علمه بذلك . ويكون الرجوع عليه على أساس أنه حسن النية في الفترة السابقة على العلم . على أساس أنه سىء النية في الفترة اللاحقة للعلم . وبطبيعة الحال إذا رفعت الدعوى على المدفوع له ، فانه يصبح عالماً من وقت رفعها بأن ما تلقاه لم يكن مستحقاً له ، ولذلك فهو يعتبر سىء النية من وقت رفع الدعوى عليه . ولو كان حسن النية قبل ذلك . وفي الفترة التي يكون فيها المدفوع له حسن النية ، يكون من حقه كل الثمار التي جناها من الشيء الذي تلقاه بغير حق . فاذا كان قد تلقى مبلغاً من النقود واستفاد من وجودها معه فانه لا يلتزم بدفع فائدة عن هذه النقود . وإذا كان قد تلقى شيئاً معيماً بالذات كمنزل مثلاً أو قطعة أرض . وقام بتأجير هذا المنزل أو هذه الأرض وحصل على أجرة مقابل ذلك . أو قام باستغلال الشيء بأي وجه

من الوجوه ، فانه لا يلتزم برد الثمار التى حصل عليها من هذا الاستغلال .
وكل ما يجب عليه رده هو نفس الشيء الذى تلقاه أو ما بمثله .

ولكن إذا كان المدفوع له سىء النية . سواء كان كذلك منذ وقت
الدفع ، أو بعد ذلك . وهو يصبح دائماً سىء النية من وقت رفع الدعوى
عليه ، فانه يلتزم ليس فقط برد الشيء الذى تلقاه ، ولكن برد ثمار
هذا الشيء سواء كانت هذه الثمار فى صورة فوائد عن النقود ، أو أجرة
للمنزل أو الأرض الزراعية ، أو أى نوع آخر من الثمار .

٢٢٩ - الوفاء بالتزام مؤجل قبل أن يحل أجله .

تنص المادة ١٨٣ مدنى على أنه « (١) يصبح كذلك استرداد غير المستحق
إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام
الأجل . (٢) على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء
المعجل فى حدود ما خرق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذى لم يحل
أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى
عن المدة الباقية بحلول الأجل » . ويتضح من هذا النص أنه إذا وفى المدين
بدين موجود ولكن قبل حلول أجل الوفاء به . وكان قد وقع فى غلط أدى
إلى اعتقاده بأن أجل الدين قد حل ، أو كان قد أكره على الوفاء قبل
حلول الأجل ، فانه يجوز له أن يسترد ما وفاه ، باعتباره وفاء بغير ما هو
مستحق . ولكن إذا لم يكن المدين قد وقع فى غلط أو تعرض لأكراة .
وكان يعلم أنه يوفى بالدين قبل حلول أجله . فانه لا يجوز له أن يسترد
ما دفعه ، لأنه دفع ما هو ملتزم بدفعه وقد رضى هو أن يوفى قبل حلول
الأجل .

وبطبيعة الحال فإن المدين إذ يسترد ما وفاه من دين قبل حلول أجله .
يفعل ذلك على أساس أنه سيعود إلى الوفاء بالدين من جديد عندما يحل

أجله . ولهذا نص المشرع على حكم خاص مقتضاه أن للدائن الذى استوفى الدين قبل حلول أجله أن يمتنع عن رده للمدين بشرط أن يدفع له ما استفاده من استيفاء الدين قبل حلول أجله ، على الا يزيد ذلك على ما لحق المدين من ضرر بسبب الوفاء المعجل لدينه .

فاذا التزم مقاول بتسليم منزل فى أجل معين ، ثم قام بتسليمه قبل حلول أجله بثلاثة أشهر وهو لا يعلم بوجود الأجل ، وأدى ذلك إلى تحمله نفقات إضافية ، فان رب العمل الذى تسلم المنزل يحق له أن يمتنع عن رده للمقاول على أن يعرضه فى حدود أقل القيمتين : قيمة النفقات الإضافية التى أنفقها المقاول لإتمام العمل قبل حلول أجله وهذا هو الضرر الذى لحقه من ذلك ، وقيمة أجرة المنزل عن مدة الثلاثة أشهر التى تم الوفاء قبل حلولها وهذه هى الفائدة التى عادت على الدائن فى الالتزام .

أما إذا كان محل الالتزام هو مبلغ من النقود ، فان الدائن يرد فقط الفائدة عن هذا المبلغ التى تقابل المدة الباقية على حلول الأجل . وسعر هذه الفائدة هو السعر المتفق عليه ، فاذا لم يوجد إتفاق على فائدة ، وجب الدفع بالسعر القانونى وهو ٥٪ فى المسائل التجارية و ٤٪ فى المسائل المدنية .

٢٣٠ - الوفاء لناقص الأهلية .

تنص المادة ١٨٦ على أنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به » .

وهذا النص ينطبق على القاصر وهو ناقص الأهلية بسبب صغر السن . وكذلك على المحجور عليه للعتة أو للاغفلة . وقد راعى المشرع مثل هذا الشخص فلم يلزمه برد كل ما حصل عليه بغير حق . ولكن برد ما استفاده فقط من الشيء الذى أعطى له . فاذا كان هذا الشيء هو مبلغ من النقود

أنفق ناقص الأهلية في غير فائدة له أو تبرع به فلا يرجع عليه الدافع
شيء . وإذا كان الشيء الموفى به هو شيئا معيناً بالذات كسيارة أو منزل ،
وتلف هذا الشيء أو هلك بغير خطأ من ناقص الأهلية فإن القاصر لا يلتزم
بالتعويض عن هذا الهلاك أو التلف . وإذا كان ناقص الأهلية قد تبرع
بالشيء فلا يصبح ملتزماً برده .

وعلى الموفى وهو المقتبر ، أن يثبت أن القاصر قد أثرى بالوفاء وأن
يثبت مقدار هذا الاثراء .

٢٣١ - سقوط دعوى استرداد غير المستحق .

تسقط دعوى استرداد غير المستحق لسبب من سببين ، أولهما خاص
بها ، والثاني مستمد من القواعد العامة .

والسبب الأول لسقوط دعوى الإثراء هو أن يكون المدفوع له حسن
النية ، وأن يكون دائناً بنفس الدين ولكن لمدين آخر غير الموفى ، ويكون
قد تجرد من سند الدين أو تأميناته بسبب هذا الوفاء . وتنص على هذا
الحكم المادة ١٨٤ وهي تقرر أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل
الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية ، قد تجرد
من سند الدين ، اهـ مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين
الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي هذه الحالة بتعويض الغير
الذي قام بالوفاء » . وحتى ينطبق هذا النص لابد أن يكون هناك دائن بدين
حقيقي في مواجهة شخص معين ، وأن يقوم شخص آخر بوفاء هذا الدين
للدائن . وأن يترتب على ذلك أن الدائن يفقد سند دينه إما لأنه أعدمه أو
لأنه سلمه للمدين الحقيقي أو لأنه أهمل في المحافظة عليه بعد الوفاء مما أدى
إلى ضياعه ، أو أن يترتب على الوفاء أن يفقد الدائن التأمينات التي كانت
تضمن الوفاء بهذا الدين كأن يتنازل عن الرهن الضامن له أو أن يهمل في

تجديد قيد الرهن أو أن يبرىء الكفيل الذى كان يضمن الوفاء بالدين ،
أو أن يترتب على الوفاء أن الدائن يهمل فى المطالبة بحقه فيتقدم هذا الحق
ويصبح من المستحيل عليه المطالبة به بعد ذلك .

فى كل هذه الأمثلة يحدث تعارض بين حقين . حق الدائن الذى استوفى
حقه من غير مدينه . وحق الموفى بالدين دون أن يكون مدينا به . ولا يمكن
حماية أى من هذين الحقين إلا بالتضحية بالحق الآخر . وقد قرر المشرع
أن الأفضلية فى هذا التعارض تكون لحق المدفوع له ، فهو قد استوفى
دينه ولم يكن مخطئا فى ذلك ، أما الموفى فهو قد وفى دين غيره لوقوعه
غلط ، والغلط نوع من التقصير فى جانبه ، فيتحمل هو نتائج هذا
التقصير ولا يتحملها المدفوع له على أى حال .

ولكن المشرع لم يضحى بحق الموفى بصفة نهائية . فلا زال الموفى يستطيع
المطالبة بما وفاه لا فى مواجهة المدفوع له . ولكن فى مواجهة المدين
الدين الموفى به . وتكون المطالبة على أساس القاعدة العامة فى الإثراء بلا
سبب . لأن المدين قد انقضى دينه بوفاء من مال غيره . والموفى قد افتقر
لأنه وفى من ماله دين غيره . ولكن يلاحظ أنه لا يجوز للموفى أن يرجع
على المدين بعد انقضاء دين هذا المدين بالتقدم إلا إذا كانت مخالصة الوفاء
الذى قام به لها تاريخ ثابت وسابق على انقضاء الدين بالتقدم . وإلا فإن
القول بغير ذلك يودى إلى احتمال التواضع بين الدائن بدين انقضى بالتقادم
وبين شخص آخر هو الموفى اضرارا بالمدين . ويحدث هذا التواطؤ إذا
أعطى الدائن لشخص من الأشخاص يظهر على أنه يوفى بدين غيره . مخالصة
بالدفع ويقدم تاريخها بحيث يقع قبل تاريخ انقضاء الدين بالتقدم . ثم يقوم
هذا الشخص الذى ظهر بمظهر الموفى بمطالبة المدين بالدين على أساس قاعدة
الإثراء بلا سبب ، بينما الدين الموفى به قد انقضى بالتقدم ولكن لا

يشترط أن يكون تاريخ المخالصة ثابتاً إذا كان الموفى يرجع على المدين قبل انقضاء دين المدين بالتقادم ، لأنه في هذه الحالة لا تثور شبهة التواطؤ المذكورة .

٢- وبجانب هذا السبب الخاص لسقوط دعوى الاسترداد . فهي تسقط طبقاً للقواعد العامة بالتقادم . ومدة التقادم هي نفس المدة المقررة لدعوى الاثراء بلا سبب . فدعوى استرداد غير المستحق لا تعدو أن تكون تطبيقاً لدعوى الاثراء كما سبق القول . وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ١٨٧ مدني وهي تقرر : تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق .

وطبقاً لهذا النص فإن دعوى استرداد غير المستحق تتقادم بأقصر الأجلين ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة . ومدة الثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدافع بحقه في الاسترداد . وهو إذا كان قد وقع في غلط فقد يتأخر علمه بذلك إلى وقت طويل بعد الدفع . أما إذا كان قد دفع وهو مكره على ذلك أو وهو ناقص الأهلية فإنه يعلم بحقه في الاسترداد من تاريخ الدفع . أما مدة الخمس عشرة سنة فهي تبدأ من الوقت الذي ينشأ فيه الحق في الاسترداد . أي من وقت الدفع . وقد يحدث وإن كان هذا هو فرض نادر أن تكون مدة الثلاث سنوات أطول من مدة الخمس عشرة سنة . ويكون ذلك إذا لم يعلم الدافع بحقه الاسترداد إلا بعد مضي أكثر من اثني عشر سنة بعد الدفع . وفي هذه الحالة يتقادم الحق بمضي مدة الخمس عشرة . وليس بمضي مدة الثلاث سنوات . لأن العبرة دائماً بأقصر الأجلين .

المبحث الثاني

الفضالة

ندرس فيما يلي أركان الفضالة . ثم الأحكام التي تترتب على توافر هذه الأركان .

المطلب الأول

أركان الفضالة

٢٣٢ - الركن للمادى والركن العنوى والركن القانونى .

تنص المادة ١٨٨ على أنه « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك . » وتنص المادة ١٨٩ على أنه « تتحقق الفضالة ولو كان الفضول ، أثناء توليه شأناً لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشائين من إرباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر . » وتنص المادة ١٩١ على أن « تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى . »

ويستخلص من هذه النصوص أن للفضالة ثلاثة أركان لا تقوم بغير توافرها . أولها ركن مادى وهو أن يقوم الفضولى بعمل عاجل لحساب رب العمل . وثانيها ركن معنوى هو أن يقصد الفضولى رعاية مصلحة رب العمل . وثالثها ركن قانونى هو ألا يكون الفضولى ملتزماً بالقيام بهذا العمل أو موكلاً بالقيام به أو ممنوعاً من مباشرته .

١ - § قيام الفضولي بشأن عاجل لحساب رب العمل

٢٣٣ - تصرف قانوني أو عمل مادي .

الركن المادي في الفضالة هو قيام الفضولي بشأن عاجل لحساب رب العمل . وقد يتم هذا في شكل تصرف قانوني أو عمل مادي .

١ - تصرف قانوني : عندما يكون الركن المادي في الفضالة في صورة

عمل قانوني ، فانه يقترب بذلك من الركن المادي في الوكالة . إذ أن محل الوكالة هو القيام بتصرف قانوني باسم الموكل ولحسابه ، وكثيرا ما تتحقق الفضالة في صورة خروج على قواعد الوكالة . فالوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته يصبح فضوليا فيما يباشره من تصرفات . والوكيل الذي يستمر في مباشرة وكالته بعد انتهاء مدتها إنما يقوم بذلك على سبيل الفضالة . ولكن لا يشترط بطبيعة الحال أن يكون الفضولي وكيل تجاوز حدود وكالته أو استمر فيها بعد انتهائها ، وإنما تتحقق الفضالة حتى ولو لم تكن للفضولي علاقة سابقة برب العمل ، ولكنه باشر تصرفا قانونيا لمصلحته .

مثال ذلك أن بيع محصول لشخص آخر خشية أن يسرع إليه التلغف . أو أن يوثج عينا شائعة بينه وبين شخص آخر ، أو أن يقبل دية موجهة لرب العمل ، أو أن يدفع ضريبة مقررة على رب العمل حتى يجنبه اجراءات الحجز الإداري .

ولا يشترط في قيام الفضولي بهذه التصرفات أن تتوفر لديه أهلية الأداء الكاملة ، بل يكفي أن تتوفر لديه أهلية التعاقد وهي توجد مع وجود التمييز . والفضولي يشبه في ذلك الوكيل . وعلى العكس فانه يشترط أن تتوفر أهلية الأداء للذي رب العمل لا يبرام هذا النوع من التصرفات . فإذا لم يكن رب العمل قادرا على ابرام التصرف بنفسه . فلا يستطيع غيره أن يبرمه نيابة عنه . وكالة أو فضالة . ولا يقوم بمثل هذا التصرف إلا نائبه القسدي قانوني

كالولي أو الوصى أو القيم ومع مراعاة احكام النيابة القانونية السابق دراستها .

٢ - عمل مادي : وعلى خلاف الوكالة فان الفضالة قد تتمثل في القيام بعمل مادي لمصلحة رب العمل . مثال ذلك قطع تقادم لدين أو شك على السقوط بالتقادم . أو قيد رهن أو تجديد القيد . أو ترميم منزل مهدد بالانهيار . أو تنقية القطن من الدودة . أو تنقية الأرض من الحشرات . أو جني محصول نخشى عليه التلف .

٢٣٤ - شأن عاجل وضروري لرب العمل :

في كل الأمثلة التي أعطيناها للتصرفات القانونية أو الأعمال المادية التي يتحقق بها الركن المادي للفضالة . كانت الصفة المميزة هي صفة الضرورة والاستعجال . وهذا شرط جوهري في العمل الذي يقوم به الفضولي ويتحقق الاستعجال إذا كان التصرف من التصرفات الضرورية التي ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام بها لو توجد في نفس الموقف الذي قام فيه الفضولي بهذا العمل :

وضبقا لهذا المعيار لا يكفي أن يكون العمل مفيدا لرب العمل حتى يحق لشخص آخر أن يقوم به . ويستبعد بعد ذلك من أحكام الفضالة في الرجوع على رب العمل . فلا يجوز لشخص أن يقوم بقسمة أرض شائعة بين ملاك على الشيوع حتى يجنبهم مضار الشيوع . أو يطالب بالشفعة في العقار المبيع باسم الشخص صاحب الحق في الشفعة . أو أن يشتري منزلا أو أرضا لحساب شخص مجرد أن الصفقة رابحة . أو أن يقوم بالبناء على أرض الغير حتى يتمكن الغير من استغلال أرضه على أحسن وجه . كل هذه التصرفات وإن كانت نافعة إلا أنها ليست ضرورية ، وإذا قام بها شخص غير صاحب الشأن فإنها لا تنفذ في حقه . بل أنها قد تستوجب المسؤولية التقصيرية إذا اتسمت بالتسرع والخطأ ونتج منها ضرر لرب العمل .

أما التصرفات الضرورية العاجلة ، فإن قيام الفضولى بها مع توافر أركان الفضالة الأخرى ، يعطيه الحق فى الرجوع على رب العمل طبقاً للأحكام التى سندرسها ، ويبقى حق الفضولى فى الرجوع قائماً ولو زالت الفائدة من العمل بعد القيام به ، أو زال الإثراء الذى عاد على رب العمل ، كأن يقوم شخص بترميم منزل مهدد بالانهيار ، ثم يهلك المنزل بعد ذلك بسبب فيضان أو حريق أو غير ذلك . فى هذه الحالة يظل الفضولى صاحب حق فى الرجوع على رب العمل طبقاً لأحكام الفضالة .

§ ٢ - قصد الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل

٢٣٥ - القصد هو مناط التمييز بين الفضالة والاثراء بلا سبب .

الفضالة هى تطبيق من تطبيقات الاثراء بلا سبب . ولكنه تطبيق خاص يتميز بأن الفضولى يقصد القيام بشأن فيه مصلحة لشخص آخر . أى يقصد اسداء خدمة إلى شخص آخر . فإذا لم يتوافر هذا القصد فإن الفضالة لا تقوم وإن تحقق الإثراء بلا سبب . مثال ذلك المستأجر الذى يقوم بالترميمات الضرورية للعين المؤجرة . فهو لا يقصد بذلك أن يؤدى خدمة للمؤجر ، ولكنه يقصد أن يحقق مصلحة لنفسه هى الانتفاع بالعين على الوجه الأكمل . وهو إذا كان يرجع بما أنفق على المؤجر . لأن القيام بهذه الترميمات واجب على هذا الأخير ، فأنما يرجع بدعوى الاثراء بلا سبب . وليس بدعوى الفضالة .

ولكن إذا كانت نية الفضولى فى القيام بمصلحة رب العمل هى نية غير الفضالة عن الإثراء بلا سبب ، إلا أن النية قد تتجه اتجاهات مختلفة ولكل إتجاه منها حكم خاص ، ولذلك تنبغى مراعاة الصور المختلفة الآتية :

١ - لا يشترط أن تكون نية الفضولى خالصة فى العمل على مصلحة رب العمل ، بل يجوز كما يقرر المشرع فى المادة ١٨٩ مدنى ، أن تحفز

الفضالة ولو كان الفضولى ، فى أثناء توليه شأنًا لنفسه . قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من إرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر . فلا يشترط إذن أن تتمحض نية الفضولى للعمل على مصلحة رب العمل : بل يجوز أن يقصد أساسا القيام بعمل لمصلحته الشخصية . ولكن هذا العمل لا يمكن إتمامه بغير العمل على مصلحة شخص آخر لما بين الأمرين من إرتباط . مثل ذلك الشريك على الشيوع الذى يؤثر انعين المملوكة على الشيوع بينه وبين شخص آخر . إنما يقوم أساسا بتحقيق مصلحة الشخصية . ولكنه يحقق فى نفس الوقت مصلحة شريكه على الشيوع . ولا يؤثر فى وجود النية أن تكون مصلحة الشخصية هى الدافع الأساسى للتصرف . طالما أن مصلحة الشريك كانت أيضا فى اعتباره .

٢ - لا يشترط أن تكون نية الفضولى متجهة إلى اسداء خدمة لشخص معين بالذات . بل يكفى أن تتجه النية إلى العمل على مصلحة الغير : أيا كان هذا الغير ، وحتى لو تبين أن الشخص الذى تحققت مصلحته هو شخص آخر غير الشخص الذى اتجهت نية الفضولى إلى العمل لحسابه .

٣ - لا يشترط أن يكون الفضولى علما بصفته كفضولى ، بل قد يتصرف باعتباره وكىلا . ويكون متجاوزا حدود الوكالة ، ويكون تصرفه فى الواقع فضالة لا وكالة . وانهم أن يتصد العمل لمصلحة رب العمل .

٤ - إذا اتجهت إرادة الشخص إلى القيام بعمل لمصلحته الشخصية ، فإنه لا يعتبر فضوليا حتى ولو آتت نتيجة العمل لغيره . حتى ولو تمحضت هذه النتيجة لمصلحة الغير . مثال ذلك الخائر الذى يعتد أنه المالك ويقوم بوضع تحسينات أو انشاءات فى العين التى يحوزها ، ثم يظهر بعد ذلك المالك الحقيقى الذى يترد هذه العين بما زاد عليها من تحسينات وإنشاءات . فى هذا الفرض لا يعتبر هذا الشخص فضوليا ، ولا يرجع على المالك الحقيقى بأحكام الفضالة . بل بأحكام الاثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها .

§ ٣ - الركن المادى

٢٣٦ - الفضولى غير ملزم بالقيام بالعمل أو موكل به أو منهى عنه :

يشترط لقيام الفضالة من الناحية القانونية ألا يكون الفضولى ملتزماً بالقيام بالعمل الذى يقوم به . فإذا كان ملتزماً به . فهو لا يكون فضولياً . بل مدينًا يوفى بالتزامه ، مثال ذلك العامل الذى يعمل لحساب رب العمل . أو المقاول الذى يقوم بإنشاءات لحساب رب العمل . أو الحارس الذى يقوم بإدارة العين التى يتولى حراستها .

ويشترط كذلك ألا يكون الشخص موكلًا فى القيام بالعمل الذى قام به . وإلا فإنه لا يعتبر فضولياً بل وكيلًا . وإذا لم يكن الشخص موكلًا . ولكن رب العمل أجاز العمل الذى قام به الغير ، فإنه تسرى أحكام الوكالة لا الفضالة . إذ أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وقد نص المشرع صراحة على هذا الحكم فى المادة ١٩٠ السابق ذكرها .

ويشترط أخيراً ألا يكون رب العمل قد نهى الغير عن القيام بهذا العمل ، لأنه إذا نهاه عن ذلك ، فعلى الغير أن يمتنع عن القيام به . فإذا قام بالعمل رغم النهى ، فإنه لا يعتبر فضولياً . بل يعتبر مخطئاً ويكون مسئولاً عن تعويض رب العمل عن أى خسارة تلحقه من القيام بالعمل . ولكن إذا نتج عن القيام به نفع لرب العمل . فإنه يجوز له الرجوع عليه . بمقتضى الأحكام العامة فى الإثراء بلا سبب .

وبالخلاصة أنه يشترط من الناحية القانونية حتى تقوم الفضالة ، ألا يكون الفضولى ملزماً بالقيام بالعمل الذى قام به . أو موكلًا به أو منهى عنه

المطلب الثاني

أحكام الفضالة

الفضالة مصدر من مصادر الالتزام ، وهي تنشأ التزامات على عاتق الفضولي وأخرى على عاتق رب العمل .

§ ١ - التزامات الفضولي

٢٣٧ - مصدر التزامات الفضولي .

تنشأ على عاتق الفضولي التزامات أربعة هي الالتزام بالاستمرار في العمل الغنى قام به إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه والالتزام باخطار رب العمل . والالتزام ببذل عناية الرجل العادي في القيام بالعمل . بتقديم والالتزام بحساب لرب العمل

ومصدر هذه الالتزامات الأربعة هو القانون وهو يقيّمها على أساس واقعة قانونية هي قيام الفضولي بالعمل العاجل لحساب رب العمل . وقد سبق أن رأينا أن هذا العمل قد يكون عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً . ولكنه يعتبر في جميع الأحوال عملاً مادياً في العلاقة بين الفضولي ورب العمل .

٢٣٨ - التزام الفضولي بالمضى في العمل .

تنص المادة ١٩١ على أنه : يجب على الفضولي أن يمضى في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . والحكمة من هذا الالتزام أن الفضولي يقوم بأمر عاجل لرب العمل ، ينسم بالأهمية والضرورة بالنسبة له ، فلا ينبغي أن يقوم بذلك عن خفة أو استهتاراً ، بل يجب أن يمضى في العمل الذي قام به إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

٢٣٩ - التزام الفضولي باخطار رب العمل .

وتنص المادة ١٩١ في عبارتها الأخيرة ، أنه يجب على الفضولي أن

يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك . والحكمة من هذا الالتزام هي أن الشأن الذي يتولاه الفضولي لا يتعلق به هو بل برب العمل . وهذا الأخير لو كان يعلم بالأمر لما توانى في القيام به . ولذلك ينبغي أن يخطر الفضولي بما قام به . حتى يمسك هو بزمام الموقف ، فقد يتدخل لإتمام العمل بنفسه ، وهذا واجب عليه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا . وقد ينهى الفضولي عن الاستمرار في العمل إذا كان لا يرى وجها للقيام به .

٢٤٠ - التزام الفضولي ببذل عناية الرجل العادى .

تنص المادة ١٩٢ ملئى على أنه : (١) يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادى ، ويكون مسئولاً عن خطئه ، ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك . (٢) وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . (٣) وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد . كانوا متضامنين في المسؤولية .

ويتضح من هذا النص أن الفضولي لا يلتزم التزاما بتحقيق نتيجة ، بل التزامه ببذل عناية . والعناية المطلوبة من الفضولي هي عناية الشخص العادى . وإذا لم يبذل الفضولي هذه العناية فانه يكون مخطئا ويكون مسئولاً في مواجهة رب العمل . ويلتزم بتعويضه عن الضرر الذى أصابه من هذا الخطأ . ومسئولية الفضولي ليست مسئولية عقدية ، إذ لا عقد بينه وبين رب العمل ، كما انها ليست مسئولية تقصيرية ، لأن الخطأ حدث في نطاق الفضالة . فتكون المسئولية في نطاق انفصاله كذلك . والغالب ألا يحكم على الفضولي بتعويض كامل ، لأن القاضى يراعى أن الفضولي شخص متطوع ببذل جهده في اسداء خدمة لشخص غيره . فإذا انحرف في قيامه بذلك عن

مسلك الرجل العادى ، فان نيته تشفع له فى تخفيف المسئولية التى تنشأ عن هذا الانحراف . ولكن يشترط بالطبع ألا يكون الخطأ جسيماً ، لأن الخطأ الجسيم يأخذ حكم الغش ، والغش فيه معنى الاضرار بالغير ، وهو على صرف نقبض من نية اسداء خدمة للغير ، فتنتفى الفضالة أصلاً . وتكون المسئولية ليست فى نطاق الفضالة ، بل مسئولية تقصيرية عن العمل غير المشروع .

والفضولى لا يكون مسئولاً عن عمله فحسب فى مواجهة رب العمل بل يكون مسئولاً عن عمل أى شخص غيره يعهد إليه بالقيام بالعمل كله أو بعضه ، كما لو كان العمل عملاً مادياً وعهد إلى مقاول بالقيام به ، أو كان العمل عملاً قانونياً وعهد إلى وكيل بإبرام التصرف .

غير أنه فى هذه الحالة لا يكون الفضلى هو وحده المسئول ، بل يكون نائبه أيضاً مسئولاً عن عمله . والنائب مسئول فى مواجهة الفضولى طبقاً لما عقد القائم بينهما . غير أنه مسئول كذلك فى مواجهة رب العمل الذى يجوز له أن يرجع بالتعويض على النائب مباشرة .

وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد . فإنهم يكونون مسئولين على وجه التضامن فى مواجهة رب العمل . وقد سبق أن رأينا نفس الحكم بالنسبة لتعدد المسئولين عن العمل غير المشروع فى المسئولية التقصيرية .

٢٤١ - التزام الفضولى بتقديم حساب لرب العمل .

تنص المادة ١٩٣ مدنى على أن « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به » . ويشير هذا النص إلى الحكم المقرر فى المادة ٧٠٦ بشأن الوكالة . وتنص هذه المادة على أنه « ليس لوكيل أن يستعمل مال الموكل لنفسه » (٢) وعليه فوائده المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها . وعليه أيضاً فوائد ما تبقى من ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر » .

ويتضح من هذين النصين أن المشرع حامل الفضىولى معاملة الوكيل من حيث الزامه بتقديم حساب عن الأعمال التى يقوم بها لحساب رب العمل . ويكون ذلك الحالات التى يحصل فيها الفضىولى على أشياء خاصة برب العمل . ويتحقق ذلك الكثير من الحالات . مثال ذلك أن يقسوم الفضىولى بيع محصول مملوك لرب العمل خشية تلفه . ويقبض ثمن البيع . والنقود التى يحصل عليها الفضىولى ينبغى أن يردّها لرب العمل وينبغى ألا يستعملها لفائدته الشخصية . وهو إذا استخدمها لنفسه وجبت عليه الفائدة بالسعر القانونى وهو ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية ، وتحسب الفائدة من وقت استخدام هذه النقود . أما إذا لم يستعمل المثال لمصلحته الشخصية فإن الفائدة تسرى عليه من وقت اعذاره بالدفع .

وإذا كانت الأشياء التى حصل عليها الفضىولى ليست نقودا : بل أشياء أخرى كحصول زراعى قام بجنه أو غير ذلك فإنه يلتزم بتسليم هذا الشيء إلى رب العمل . وألا يستخدمه لصالح نفسه ، وإلا وجب عليه التعويض .

٢٤٢ - أثر موت للفضولى أو موت رب العمل فى التزامات الفضىولى .

تنص المادة ١٩٤ على أنه « (١) إذا مات الفضىولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ . (٢) وإذا مات رب العمل بقى الفضىولى ملتزماً بنحو الورثة بما كان ملتزماً به بنحو مورثهم » . وتنص المادة ٢/٧١٧ على أنه « فى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته . إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة . أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لمصالح الموكل » .

ويتضح من هذه النصوص أنه إذا مات الفضىولى فإن الفضالة تنقضى . وهو نفس الحكم فى حالة ما إذا مات الوكيل فإن الوكالة تنقضى . ولسكن ينشأ على عاتق ورثة الوكيل وكذلك على عاتق ورثة الفضىولى : متى كانوا

كاملي الأهلية وكانوا على علم بالفضالة أو بالوكالة ، التزام شخصي بأن يخطروا رب العمل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما يكون في وسعهم إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرة الأمر بنفسه .

أما إذا مات رب العمل . فانه على خلاف الوكالة التي تنتضي ب وفاة الموكل . فان الفضالة لا تنتضي ب وفاة رب العمل . ويثقل الفضولي ملتزما في مواجهة ورثة رب العمل بنفس الالتزامات التي كان يلتزم بها في مواجهة رب العمل نفسه . والسبب الذي يبرر انقضاء الوكالة بموت الموكل . هو أن الوكالة تنشأ عن عقد بين الوكيل والموكل ، وهو عقد ذو طابع شخصي . فلا تنتقل الالتزامات الناشئة عنه إلى الخلف العام للوكيل أو الموكل . أما الفضالة فهي لا تنشأ عن عقد بين الفضول ورب العمل ، ولكن تنشأ عن واقعة مادية هي قيام الفضولي بأمر عاجل لمصلحة رب العمل . و وفاة هذا الأخير ليس من شأنها أن تؤثر في بقاء الكفيل ملتزما بنفس الالتزامات التي نشأت على عاتقه بسبب الفضالة . وقد سبق أن رأينا أن الفضالة تتحقق حتى ولو تبين أن الشخص الذي تم العمل لمصلحته هو غير الشخص الذي قصد الفضولي أداء الخدمة له . ويصدق هذا من باب أولى على ورثة رب العمل . فالمهم هو ان يكون العمل لحساب شخص من الغير . ولا أهمية لأن يكون هذا الشخص معينا بالذات ، أو أن يكون هو نفس الشخص الذي قصد الفضولي أداء العمل لمصلحته أو ورثة هذا الشخص .

٢٤٣ - سقوط التزامات الفضولي بالتقادم .

تنص المادة ١٩٧ مدني على أن : تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بخفه . وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق . وهذا النص يحدد مدة تقادم الالتزامات الناشئة عن الفضالة

سواء في ذلك التزامات الفضولي أو التزامات رب العمل . وبالنسبة لالتزامات الفضولي وهي ما ندرسه الآن فإنها تتقدم بأقصر الأجلين ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة . ومدة الثلاث سنوات تبدأ من الوقت الذي يعلم فيه رب العمل بخرقه في الرجوع على الفضولي سواء لاجباره على التنفيذ العيني ، أو التنفيذ بطريق التعويض . أما مدة الخمس عشرة سنة فتبدأ من الوقت الذي ينشأ فيه حق رب العمل . والغالب أن تكون مدة الثلاث سنوات أقصر من مدة الخمس عشرة سنة ولكن قد يحدث العكس أيضاً . وقد سبق أن رأينا نفس الشيء بالنسبة لتقدم دعوى استرداد غير المستحق ، ودعوى الإثراء بلا سبب .

٢٤٤ - أهلية الفضولي .

تنص المادة ١٩٦ مدني على أنه : « إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى به . ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع » .

وهذا النص يضع حكماً للفرضين اولهما أن يكون الفضولي كامل الأهلية وثانيهما أن يكون الفضولي ناقص الأهلية .

والفرض الثاني يعني أنه يجوز أن يكون الفضولي ناقص الأهلية . ولكن يشترط بالطبع أن يتوافر لديه التمييز والادراك . وهو في هذه الحالة يسكون قادراً على القيام بشأن رب العمل إذا كان عملاً مادياً . أو حتى إذا كان تصرفاً قانونياً بشرط أن يعقده باسم رب العمل لا باسمه الشخصي . أما التصرفات القانونية التي يبرمها الفضولي باسمه الشخصي والتي يكون رب العمل أجنبياً عنها فيشترط لأبرامها أن تتوافر في الفضولي أهلية الأداء اللازمة لأبرام هذه التصرفات .

وإذا كان الفضولي ناقص الأهلية فإنه يكون قادراً على تحمل الالتزام

الأول وهو المضي العمل الذي قام به ، والالتزام الثاني وهو اخطار رب العمل . أما الالتزام الثالث وهو بذل عناية الرجل العادى ، والالتزام الرابع وهو تقديم حساب عن أعمال الفضالة ، فلا تكون مسئولية الفضولى عنهما كاملة . ولا تكون مسئوليته فى نطاق الفضالة ، ولكن فى نطاق الإثراء بلا سبب . ويرتب على ذلك انه لا يجوز الرجوع على الفضولى ناقص الأهلية بالتعويض إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة طبقاً لأحكام الرجوع على ناقص الأهلية بمقتضى دعوى الإثراء بلا سبب . وهو نفس الحكم الذى رأيناه كذلك بالنسبة لاسترداد غير المستحق من ناقص الأهلية .

ولكن إذا ارتكب ناقص الأهلية خطأ تقصيرياً ، فانه يكون مسئولاً مسئولية كاملة طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية إذ لا يشترط بالنسبة للمسئولية التقصيرية إلا الإدراك فقط وهو ما يتوافر لناقص الأهلية .

أما إذا كان الفضولى كامل الأهلية فهو يكون مسئولاً مسئولية كاملة فى نطاق الفضالة ، ولكن القاضى قد يخفف من هذه المسئولية مراعاة للدافع التطوع الذى دفع الفضولى إلى العمل لمصلحة رب العمل ، وبشرط ألا يصدر من الفضولى خطأ جسيماً . وقد سبق أن درسنا هذا الحكم (م ١٩٢ مدنى) .

§ - ٢ - التزامات رب العمل

٢٤٥ - التزامات أربعة :

تنص المادة ١٩٥ على أن : يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى . ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وان يعوضه عن التعهدات التى التزم بها . وأن يرد له الشئآت الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدهما

من يوم دفعها ، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته . ويتضح من هذا النص أن الفضالة تنشئ على عاتق الفضولي أربعة التزامات هي :

١ - التزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي نيابة عنه :

إذا كان العمل الذي قام به الفضولي هو تصرف قانوني أبرمه باسم رب العمل ، فإن آثار هذا التصرف تعود مباشرة إلى رب العمل فيصبح هو الدائن في العقد الذي أبرمه الفضولي ، ويصبح هو المدين كذلك في هذا العقد . أما الفضولي فلا ينشأ في ذمته أي حق أو التزام . وهذا الحكم هو تطبيق لفكرة النيابة . وقد طبقها المشرع صراحة على الفضالة في نص المادة ١٩٥ السابق ذكره . والنيابة هنا نيابة قانونية مصدرها القانون . وإذا كانت الالتزامات الناشئة عن العقود التي يبرمها الفضولي باسم رب العمل تنشأ مباشرة في ذمة هذا الأخير . فمعنى ذلك أنه عليه واجب تنفيذ هذه الالتزامات اختياراً . وإلا أجبر على تنفيذها قهراً .

٢ - التزام رب العمل بتعويض الفضولي عن التعهدات التي أبرمها

باسمه شخصياً : ويكون هذا إذا لم يتعاقد الفضولي باسم رب العمل . ولكنه تعاقد باسمه شخصياً . ففي هذه الحالة يظل رب العمل أجنبياً عن العقد ولا تنصرف إليه آثاره . ويكون الفضولي هو وحده المدين في هذا العقد . فإذا اضطر إلى أداء شيء من ماله تنفيذاً للعقد الذي أبرمه . كأن يكون قد اتفق مع مقاول على ترميم المنزل المملوك لرب العمل . ودفع للمقاول أجره المقاول فانه يرجع على رب العمل بما دفعه ، وبالفوائد القانونية عن هذا المبلغ محسوبة من وقت الدفع .

٣ - الالتزام برد النفقات الضرورية والنفقات النافعة : إذا أنفق

الفضولي في القيام بأعمال الفضالة نفقات ضرورية أو نافعة كذلك التي

ينفقها في ترميم منزل أو جني محصول يسرع إليه التلف أو تخزين هذا المحصول ، فانه يرجع بها على رب العمل مع فوائدها القانونية من وقت دفعها . ولكن يشترط أن تكون هذه المصروفات بالقدر الذي تقتضيه الظروف فلا يبالغ فيها دون مبرر . أما إذا كانت المصروفات كمالية فلا يرجع بها الفضولي طبقاً لأحكام الفضالة . ومما يدخل في المصروفات الضرورية أو النافعة . أجر الفضولي إذا كان العمل الذي قام به مما يدخل في نطاق مهنته . كإعطاء الذي يقطع تقادم حق شخصي . أو يقيد رهن أو يحدد القيد . الخ ، أو الطبيب الذي يعالج مريضاً . أما إذا قام المحامي أو الطبيب بترميم منزل أو جني محصول فهو لا يتقاضى أجراً عن عمله .

٤ - الالتزام بتعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه : إذا لحق

الفضولي ضرر وهو يقوم بالعمل الذي يراد به لمصلحة رب العمل كأن تتلف منقولات يملكها وهو يطفىء حريقاً شب في منزل حاره . أو يصاب بجروح أو حروق من جراء قيامه بذلك . ولم يكن هذا الضرر من الممكن توقيه ببذل غناية لرجل عادي . فانه يكون عنصراً من عناصر التكاليف التي تحملها الفضولي وهو يؤدي الفضالة . ويلتزم رب العمل بتعويضه عنها . ويلاحظ أنه إذا تعدد رب العمل فلا يكون هناك تضامن بينهم في رجوع الفضولي عليهم . لأن المشرع لم ينص على التضامن في هذه الحالة . والتضامن لا يقوم إلا بمقتضى إتفاق أو نص . وعلى عكس ذلك فقد نص المشرع على التضامن بين الفضوليين إذا تعددوا كما سبق أن رأينا (م ١٩٢ / ٣) .

٢٤٦ - أهلية رب العمل .

لا يشترط أن تتوافر في رب العمل أهلية الأداء . أو حتى مجرد الإدراك والتمييز . لأن مصدر التزامات رب العمل هي الفضالة وهي تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب وقد سبق أن رأينا أن المدين يلتزم بتعويض المنتفقر حتى ولو كان غير مميز (م ١٧٩ مدني) . وقد ضيق المشرع هذا

الحكم على الفضالة بنص خاص ، وهو ما تقرره المادة ١٩٦ ٢٧ ، أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد ، .

ولكن يلاحظ أنه إذا أبرم الفضولي تصرفاً قانونياً باسم رب العمل ونيابة عنه . فإنه يشترط أن تتوافر في رب العمل أهلية الأداء لابرام مثل هذا التصرف . وإلا فإن أثره لا تصير فيه وقد سبق أن ذكر ذلك .

٢٤٧ - أثر موت الفضولي أو موت رب العمل على التزامات رب العمل

الواقع أن موت الفضولي لا يؤثر شيئاً على التزامات رب العمل الذي يصبح ملتزماً في مواجهة ورثة الفضولي بنفس الالتزامات التي كان يتحملها في مواجهة الفضولي .

وكذلك فإن موت رب العمل لا يؤثر شيئاً في التزاماته . إذ أنها تنتقل إلى ورثته فيلتزمون بها في مواجهة الفضولي . ولكن في حدود التركة بطبيعة الحالة .

٢٤٨ - تقادم التزامات رب العمل .

سبق أن رأينا أن نص المادة ١٩٧ يجعل مدة تقادم الالتزامات الناشئة عن الفضالة واحدة سواء بالنسبة للفضولي أو بالنسبة لرب العمل ، وهذه المدة هي ثلاث سنوات من وقت علم صاحب الحق بحقه ، أو خمس عشرة سنة من وقت نشأة هذه الالتزامات ، ونحيل في ذلك إلى ما سبق ذكره في سقوط التزامات الفضولي بالتقادم .

الباب الخامس

القانون

٢٤٩ - متى يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام .

القانون هو مصدر الالتزامات جميعاً . لأن كل مصادر الالتزام تستمد قوتها من القانون . فالقانون هو الذى جعل العقد مصدراً للالتزام . والقانون هو الذى جعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام . والقانون هو الذى جعل الإثراء العمل غير المشروع مصدراً للالتزام . والقانون هو الذى جعل الإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام ، ولكن طبقاً لقانون السببية وتدرج الأسباب . فان القانون ليس هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات ، ولكن مصدرها المباشر هو العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع ، أو الإثراء بلا سبب . بحسب الأحوال . أما القانون فهو المصدر غير المباشر لهذه الالتزامات . وهو المصدر الذى تستند إليه المصادر الأخرى وتستمد منه وجودها وقوتها

ولكن فى بعض الأحوال ينشأ الالتزام عن القانون مباشرة . بحيث لا يكون له مصدر آخر غير حكم القانون الذى أنشأه . وبالنسبة لهذه الالتزامات تقرر المادة ١٩٨ مدنى أن : الالتزامات التى تنشأ عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها .

ورغم ما قد نوحى إليه صياغة المادة ١٩٨ من أن مصدر الالتزام القانونى هو دائماً التشريع . فانه ينبغى مع ذلك أخذ معنى القانون بحسب المفهوم

الواسع لهذا الاصطلاح . وكل مصدر من مصادر القانون يصلح أن يكون مصدرا مباشرا للالتزام . فبجانب التشريع وهو المصدر الرسمي الأول للقانون ، فإن العرف قادر على انشاء الالتزامات القانونية . مثال ذلك انعرف الموجود في بعض الأقاليم والذي يوجب على من تنق حذية في مناسبة معينة أن يرد مثلها في مثل المناسبة التي تلقاها فيها . والنقص رغم الخلل الذي يثور حوله . فهو من مصادر القانون . وبالتالي يمكن أن يكون مصدرا للالتزام . ومن الأمثلة على الالتزامات التي أنشأها القضاء . الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل . ومودى هذا الالتزام أن الناقل لا يلتزم فقط ببذل العناية الكافية لتوصيل الراكب الى الجهة التي يقصدها ، بل يلتزم بتحقيق نتيجة هي وصول الراكب سالما صحيحا الى هذه الجهة . غير أن معظم الالتزامات القانونية تنشأ عن التشريع . والفكرة الأساسية التي تهيم على المشرع في انشاء هذه الالتزامات هي فكرة التضامن الاجتماعي . وهذه الفكرة تتصل كذلك بفكرة العمل كأساس القانون كله .

ومن الأمثلة على الالتزامات الناشئة عن القانون مباشرة . الالتزامات الموجودة في نطاق الأسرة . كالتزامات كل من الزوجين في مواجهة الزوج الآخر . والالتزام بالنفقة فيما بين الزوجين . وفيما بين الأقارب .

ومن الأمثلة على ذلك أيضا الالتزامات الناشئة بين الجيران بسبب الجوار ، كذلك التي تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الملاصق ، أو بسبب ملكية الطبقات في المبنى الواحد . أو بسبب الشيوع في الملك .

ومن أهم الأمثلة على الالتزامات القانونية ، الالتزام بدفع الضرائب ، وهو التزام في مواجهة الدولة تمكينا لها من القيام بوظائفها في خدمة المجتمع .

ومن الأمثلة على الالتزامات القانونية . التزامات المسؤولية . أما التزامات رب العمل فهي ناشئة عن الفضالة ، أو عن الإثراء بلا سبب .

ونظرا لأن الالتزام ينشأ عن القانون مباشرة . فلا يتصور البحث في شروط صحته ، فهو لا تتصور بالنسبة له عيوب الإرادة ؛ ولا يؤثر فيه نقص أهلية المدين ، ولا تثور بشأنه مشكلة السبب ، أو مشكلة المحل . ويكفى للقول بوجود الالتزام التحقق من وجوده طبقاً لمصادر القانون المختلفة .

أما آثار هذا الالتزام فإن القانون هو الذي يحددها . وهذه الآثار لا تخرج على النظرية العامة في الالتزام ، وبصفة خاصة فإن هذا الالتزام يتحلل كغيره من الالتزامات إلى عنصرين : عنصر المديونية وعنصر المسؤولية . ومقتضى ذلك أن على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه طوعاً ، وإلا فإنه يجبر على تنفيذه قهراً . والتنفيذ الجبرى إما أن يكون تنفيذاً عيبياً . أو تنفيذاً بطريق التعويض .

والخلاصة أنه إذا لم يرد حكم خاص بهذا الالتزام في النص الذى أنشأه . فإنه يخضع للأحكام المقررة في نظرية الالتزام والتي تسرى على الالتزامات جميعاً .

البناء السائس

الحكم

٢٥٠ - متى يكون الحكم مصدرا للالتزام .

من الشائع القول بأن وظيفة القاضي هي حماية الحقوق وليس انشاؤها ، وأن الأصل في الحكم القضائي أن يكون كاشفا للحقوق غير منثى لها .

والواقع ان وظيفة القاضي هي إقامة العدل في نزاع بين طرفين . وإذا كان يرمز للعدل بالميزان الذي يمسك به شخص معصوب العينين ، فإن هذا الرمز مأخوذ من تعريف أرسطو للقاضي بأنه الشخص الذي يمسك بالميزان . ولا زال تعريف أرسطو هو أصدق تحديد للمقصود بالعمل القضائي . رغم كل ما وضع في هذا المجال من نظريات ومؤلفات .

والقاضي يوزع العدل بين الناس . لا بحسب مفهومه الشخصي لفكرة العدل ، ولكن بحسب ما حدده القانون لهذه الفكرة من تطبيقات مختلفة تتمثل في الحقوق والالتزامات التي أعطاها للأفراد أو فرضها عليهم . وقد جعل القانون لكل حق مصدرا . وكذلك جعل لكل التزام مصدرا . فإذا توافر للحق مصدره . أو للالتزام مصدره . فإنه ينشأ صحيحا طبقاً للقانون . ويكون له وجود في نثر القانون . ومقتضى وجود الحق أو الالتزام أن تكون له حماية قانونية تتمثل في الجزاء الذي يترتب على المساس بهذا الحق أو بهذا الالتزام . والقاضي هو الذي يحمي هذه الحقوق والالتزامات ويوقع الجزاء على مخالفتها .

والقاضي في عمله هذا لا ينشئ الحق أو الالتزام . ولكنه يكشف عنه ويقرره . ولذلك فالقول بأن حكم القاضي هو بحسب الأصل كاشف للحق غير منشيء له ، هو قول صحيح .

ومع ذلك ففي بعض الحالات الاستثنائية لا يكون دور القاضي هو مجرد حماية الحق السابق وجوده . ولكنه يتخطى ذلك بإنشاء حق أو التزام لم يكن موجودا من قبل . وفي الحالات التي ينشئ فيها القاضي التزاما جديدا فان حكمه يكون منشئا وليس فقط كاشفا ، ويكون هو مصدر هذا الالتزام .

والالتزام الذي ينشأ عن حكم القاضي ، يسمى بالالتزام القضائي ، كما يسمى الالتزام الناشئ عن العقد بالالتزام العقدي .

وقد وضمنا نظرية الالتزام القضائي عام ١٩٦٤ في مؤلف يحمل هذا الاسم . وقد نشر في فرنسا في عام ١٩٦٥ .

منطوق نظرية الالتزام القضائي ، أنه في الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل أو تعديل أو تعديل له من سلطة تقديرية . ويمتضى تفويض صريح من القانون . فانه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد . تجديدا يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات ، ونشأة التزامات جديدة محل محلها مصدرها حكم القاضي . والالتزامات الجديدة تختلف عن الالتزامات القديمة في مصدرها . ويكون حكم القاضي في هذه الحالات مجددا ومنشئا ومصدرا للالتزام .

والواقع أن القاضي عندما يعدل العقد فانه لا يفسره . ولا يعلّقه . ولكنه يخرج حله ويقومه .

والقاضي بهذا يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين . وينشئ آثارا جديدة غير تلك التي كانت لها المتاعا .

واعطاء هذه السلطة للقاضي أمر خطير للغاية ، فهي مقرره مباشرة ضد فكرة العقد ونظامه .

ولذلك فان القاضي لا يملك القيام بتعديل العقد من تلقاء نفسه ، بل لابد أن يكون مفوضا تفويضا صريحا من القانون في القيام بذلك .

والقانون هو المصدر غير المباشر للالتزام القضائي . كما هو الشأن بالنسبة لكل الالتزامات الأخرى ، أما مصدره المباشر فهو حكم القاضي .

والقانون لا يعطى للقاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد إلا في الحالات التي ييلو فيها بوضوح أن العقد أصبح مخالفا للعدل مخالفة صارخة تقتضي التدخل وتبرره في نفس الوقت .

ولذلك فان القانون يخل محل العقد وهو الوسيلة الأولى للتعبير عن العدل في معاملات الأفراد ، وسيلة أخرى هي حكم القاضي .

وفي كل الحالات التي أعطى فيها القانون للقاضي سلطة تقديرية لتعديل العقد . كان ذلك بهدف إقامة التوازن بين التزامات الطرفين المتقابلة . أو إعادة هذه التوازن . إذا كان قائما وقت العقد ، لكنه إختل بعد ذلك .

ولذلك فان الهدف الأساسي من تدخل القاضي هو محاربة الغبن . أي عدم التعادل في الالتزامات التعاقدية . والغبن بمفرده لا يكفي ولا يبرر الإذن للقاضي بالتدخل في العقد بالتعديل ، وإلا لانهارت فكرة العقد ، وانهارت بالتالي الثقة المشروعة في المعاملات .

ولذلك فان القانون يستعين دائما بعنصر آخر اضاف إلى جانب الغبن . وهذا العنصر الاضافي هو الذي يبرز جانب الظلم في الغبن . ويجعله قبيحا لا يطاق ، ويجعل محاربته وتقويمه أمرا مقبولا لا يمس الثقة في المعاملات .

ولإذا استعرضنا الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد ، فانه يمكن

تصنيفها في قسمين الأول خلاص بالغبن وقت إنشاء العقد : والثاني خاص بالغبن الطارئ بعد إبرام العقد . ومن أهم التطبيقات المتعلقة بالقسم الأول وهو الذي يكون الغبن فيه معاصرا لإبرام العقد ، تعديل العقد في حالة الاستغلال طبقاً للمادة ١٢٩ من القانون المدني وقد سبق أن درسنا ذلك ، والعنصر الإضافي الذي استعان به المشرع في هذا التطبيق هو عنصر الاستغلال ، هو عنصر نفسى . ومن تطبيقات القسم الأول كذلك ما تقرره المادة ٧٠٩ من حق القاضى فى تعديل أجرة الوكيل . ويمتد هذا الحكم إلى أجرة كل أصحاب المهن الفنية كالطبيب أو المهندس أو المحامى . والعنصر الإضافى الذى استعان به المشرع فى إعطاء القاضى سلطة التعديل فى هذه الحالة هى الطبيعة الفنية للعمل ، وهو ما لا يستطيع العميل أن يقدّر قيمته تقديراً يعصبه من قبول ما هو غير عادل بالنسبة له . ومن تطبيقات القسم الأول أيضاً . ما يتعلق بتعديل عقود الإذعان ، طبقاً لنص المادة ١٠٠ من القانون المدني . وقد سبق لنا دراسة هذه المسألة . والعنصر الإضافى الذى استعان به المشرع فى إعطاء القاضى سلطة التعديل فى هذه الحالة . هى الظروف الاقتصادية غير المتعادلة التى يوحدها فيها كل من المتعاقدين ، فأجدهما قوى يفرض شروطه على الطرف الآخر الضعيف الذى لا يملك إلا التسليم بهذه الشروط . ومن الأمثلة على تطبيقات القسم الأول كذلك ، ما يتعلق بسلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى طبقاً لنص المادة ٢٢٤ مدنى . من تطبيقات القسم الأول أيضاً . ما تنص عليه المادة ٧ من اتفاقية بروكسل المعقودة فى ٢٣ سبتمبر عام ١٩١٠ والتى انضمت إليها مصر فى عام ١٩٤٤ . وهى الخاصة بالمساعدة والانتقاد البحريين . وتقرر المادة المذكورة أن : كل اتفاق يتعلق بمساعدة أو انتقاد تم فى الحثّة أو تحت تأثير الخطر . يمكن بناء على طلب أحد الطرفين أن يبطل أو يعدل بواسطة القاضى إذا رأى أن الشروط المتفق عليها ليست عادلة . وبطبيعة الحال

فإن ظروف الخطر التي تم فيها هذا العقد هي التي سمحت للقانون
بإعطاء القاضي سلطة تعديل هذا العقد .

أما الغبن اللاحق على إبرام العقد ، فإن مثاله البارز هو نظرية
الحوادث الاستثنائية الطارئة . وقد سبق أن درسنا هذه النظرية
تفصيلاً ، ودرسنا سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة انطباقها لرد
الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

والخلاصة أن القاضي وهو يحكم بالعدل بين الناس ، يكون مقراً
لحقوق الأفراد في معظم الحالات ، ولكنه ينشئ هذه الحقوق في حالات
أخرى ، بمقتضى تفويض صريح من القانون . وفي هذه الحالات يكون
الحكم مصدراً من مصادر الالتزام .

وندرس فيما يلي نظرية الالتزام القضائي في ثلاثة فصول :

الفصل الأول عنوانه : التجديد الضروري .

والفصل الثاني عنوانه : الحكم مصدر للالتزام .

والفصل الثالث عنوانه : تطبيقات وتحليل وأثار الحكم المنشئ

للاللتزام .

الفصل الأول

التجديد الضروري

٢٥١ - فكرة التجديد الضروري :

بحسب منطق نظرية الالتزام القضائي ، عندما يقوم القاضي بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية ، وبمقتضى تفويض صريح من القانون ، فإنه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد ، تجديدا يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات ، ونشأة التزامات جديدة تحل محلها مصدرها حكم القاضي . هذا هو الالتزام القاضي . والتجديد الذى يؤدى إلى نشأة هذا الالتزام هو تجديد ضرورى يقابل التجديد الاتفاقى الذى يدرس عادة عند دراسة أسباب انقضاء الالتزام .

وكل البناء الفنى لنظرية الالتزام القضائي ، يقوم على فكرة التجديد الضرورى للالتزام عقدي .

وحتى يمكن فهم فكرة التجديد الضرورى ، ينبغى التخلص من كل الأفكار المسبقة المتعلقة بصورة واحدة من صور التجديد ، أو نوع واحد من أنواع التجديد .

ففكرة التجديد متصورة حتى خارج نطاق نظرية الالتزام . وجوهر فكرة التجديد هو حلول أمر محل أمر آخر . ومن الممكن أن نتحدث بطريقة صحيحة عن التجديد فى القانون الوضعى . فالتقنيات كما يقول فرانسوا جنى تؤدى إلى تجديد القانون القديم ، وحلول تشريعات جديدة محله . وفى موضع آخر من مؤلفه « طريقة التفسير ومصادر القانون » ، يتحدث جنى (١) عن الأثر التجديدى للتقنيات بالمعنى الفنى وليس المجازى للكلمة . وكذلك فإن الأستاذ هوريو يرى أن إصدار

(١) فرانسوا جنى ، طريقة تفسير ومصادر القانون الخاص الوضعى ، الطبعة الثانية ، باريس ١٩٥٤ ، ج ١ ، ص ١١٠ و ص ٢٣٩ ، ج ٢ ، ص ٧٣ .

دستور جديد فيه معنى تجديد أساس الدولة . وقد كان جان چاك روسو، يعتقد أن الدستور يجدد العقد الاجتماعى الأول الذى أنشأ الدولة (٢).

وفى نطاق نظرية الالتزام فإن التجديد لا يعنى شيئاً أكثر من حلول التزام محل التزام آخر ، بغض النظر عن الشروط المطلوبة لحدوث مثل هذا الحلول . فالشروط لا تؤثر شيئاً فى جوهر العملية .

ولم يعد الفقهاء ، فى الوقت الحاضر يتحدثون عن التجديد الضرورى . فالتجديد يبدو لهم بحسب تعريفه رضائياً . أليست نية التجديد عنصراً داخلاً فى تكوينه ؟ ومع ذلك فإن الحقيقة أبعد ما تكون عن هذا . فمن الناحية التاريخية ، فإن التجديد الضرورى ظهر قبل ظهور التجديد الاتفاقى ، ثم تعاصر النوعان لمدة طويلة فى القانون الرومانى .

وإذا كان تقنين نابليون قد استقبل فقط فكرة التجديد الاتفاقى ، فإن التجديد الضرورى لم يختفِ أبداً . فطوال القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، فإن فكرة التجديد الضرورى ظلت أساساً لأهم النظريات الفقهية والقضائية ، فى مجالى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على السواء .

وهكذا فلسنا نحن أول من يتحدث عن التجديد الضرورى . بل العكس فإن درونا سيقوم على استبعاد كل الحالات التى يبدو فيها حلول التزام محل التزام آخر ، غير واضح بطريقة لا تقبل الشك .

وسنقوم فى هذا الفصل بدراسة تأثير الخصومة على الحق . وطبقاً لنظريات فى القانون الرومانى والقانون الحديث ، فإن الخصومة تؤدى الى انقضاء الحق ونشأة حق جديد على انقضائه . وقد ظهرت فكرة التجديد الضرورى فى كل مراحل الخصومة : إنكار الحق .

(٢) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٩٩ ، ص ٣٠٥ .

الاعذار ، الدعوى ، الخصومة القضائية ، والحكم . وعرض هذه النظريات بطريقة انتقادية ، سيسمح لنا بوضع القارئ موضع العلم بكل أشكال تجديد الحق المتنازع عليه ، وبالتالي كل أشكال الالتزام القضائي .

وهكذا دون إنكار أو تجاهل النظريات الرومانية والحديثة ، سيكون فى إمكاننا أن نضع الحدود التى تبدو لنا فيها ، فكرة التجديد الضرورى ، صحيحة بما لا يقبل الشك .

وستنقسم دراستنا فى هذا الفصل الى مطلبين : الأول ندرس فيه التجديد الضرورى فى القانون الرومانى . والثانى ندرس فيه التجديد الضرورى فى موضوع المسئولية المدنية فى القانون الحديث .

المطلب الأول

التجديد الضرورى فى القانون الرومانى

وتأثيره على القانون الحديث

يطلق أحياناً على التجديد الضرورى ، اصطلاح التجديد القضائى ، لأنه يتم خلال المرحلة القضائية للنزاع . وكان يوجد فى الواقع نوعان من التجديد الضرورى يأتى أحدهما بعد الآخر خلال المرحلة القضائية للنزاع : التجديد بواسطة الخصومة *Litiscontestatio* ، والتجديد بواسطة الحكم ، ومن المهم إنن أن ندرس أولاً العلاقة بين الحق وبين الدعوى فى القانون الرومانى .

٢٥٢ - الدعوى والحق فى القانون الرومانى :

نريد أن نؤكد تحت هذا العنوان شيئاً واحداً هو وجود فكرة الحق فى القانون الرومانى . ومن حيث المبدأ ، فإن الدعوى القضائية كانت مرتبطة بوجود حق سابق عليها . والقول بذلك يبدو امرأ طبيعياً لا يستحق الذكر لدى البعض . ومع ذلك فإن منكرى وجود فكرة الحق

فى القانون الحديث ، كانوا منكرين لها أيضاً فى القانون الرومانى (٢) . وقد درس هذا الموضوع بطريقة متعمقة ، الأستاذ ميشيل فيلى فى مقال له عن « فكرة الحق فى نظم القانون الرومانى » (٤) ، ومقال آخر له عن « معنى اصطلاح الحق العينى فى القانون الرومانى والقانون الحديث » (٥) .

ولا شك أن وجود فكرة الحق مرتبطة بالتعريف الذى نعطيه لهذه الفكرة . وهكذا باعطاء تعريف غريب للحق ، وهو « تدرج الإرادات » ، استطاع ديجي أن ينكر بسهولة وجوده (٦) . وهكذا فإن الاعتراف بالحق أو انكاره يتوقف على التعريف الذى نعطيه له ، فما هو التعريف الذى نعطيه للحق ؟

من ناحيتنا فإننا نأخذ بالتعريف الذى قال به الفيلسوف « كانت » ، وهو التعريف الذى كثيراً ما يتجاهله الفقهاء ، الذين يأخذون فقط بتعريف ساقينى وهو « سلطة الإرادة » ، أو تعريف إهرنج « المنفعة المحمية » ، مع تعريفات أخرى مختلطة ومشتقة من هذه الاصطلاحات (٧) . وأنه لشئ رائع أن نلاحظ أن أفكار كانت ، تتفق تماماً مع أفكار دابان ، دون أن توجد أية صلة بين الرجلين . بالنسبة لدابان « فإن الحق هو الاختصاص أو الانتماء أو التبعية ... فهو علاقة تبعية بين شخص وشئ » . ومن هذه الخصيصة ، خصيصة التبعية ، يتولد

(٢) ديجي ، موسوعة القانون الدستورى ، الطبعة الثالثة ، ١٩٢٧ - ١٩٢٨ ، ج ٢ ، ص ٤٣٤ .

(٤) مجلة تاريخ القانون ، ١٩٤٧ ، ص ٢٠١ وما بعدها .

(٥) فى الدراسات المهداة إلى فيشر ، ١٩٤٩ ، ص ٤١٧ ، بالإضافة إلى « دروس فى فلسفة القانون » ، دالوز ، باريس ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٦ - ١٦٤ ، و ص ١٦٧ - ١٨٨ .

(٦) ديجي ، التحولات العامة للقانون الخاص منذ تقنين نابليون ، باريس ، ١٩١٢ ، ص ١٢ .

(٧) جان دابان ، الحق ، دالوز ، باريس ، ١٩٥٢ ، ص ٥٦ - ٨٠ ؛ پول روبييه الحقوق والمراكز القانونية ، دالوز ، ١٩٦٢ ، ص ٦٧ - ٧٢ .

مظهر ثان من مظاهر الحق ، هو السيطرة ، بمعنى « حرية التصرف في الشيء محل الحق » . وهكذا « فإن الحق يختلط بالحرية »^(٨) . ومن ناحية أخرى فإن الحق لا يمكن تصوره إلا في مواجهة الغير . « فإذا نظرنا إلى روينسون معزولاً في جزيرته ، وجدناه يحوز أشياء ، ولكن ليست له حقوق » . وأخيراً فإن التبعية تعنى الملكية « فجميع الحقوق تنطوي إلى حد ما على حق الملكية »^(٩) .

وبالنسبة للفيلسوف كانت ، فإن الحق هو « حيازة ذهنية لشيء »^(١٠) . « فيجب ، كما يقول كانت ، أن تتوافر لى حيازة شيء حتى أستطيع القول بأنه حقى »^(١١) . وهكذا فإن الحق هو علاقة تجعل من الشيء حقاً . هذه العلاقة هي الحيازة العقلية والذهنية والقانونية لهذا الشيء ، وليس حيازته المادية . فالحق هو « علاقة ذهنية بين الشيء وبينى ، بما يعنى أن الشيء تحت سيطرتى »^(١٢) . وهذا الشيء ينبغى أن يكون خارجياً ، أى منفصلاً عنى .

وهكذا فإن كانت يدرس الحق تحت عنوان « مالى وما لك الخارجيين » . ويقول « مالى الخارج عنى ، هو الشيء الخارج عنى ، الذى لا يمكن للغير استعماله دون الإضرار بى »^(١٣) . ومحل الحق العينى « هو شيء مادى خارج عنى » . ومحل الحق الشخصى « هو التحكم فى الغير بالنسبة لأداء معين » . والتحكم فى الغير هو شيء خارجى متميز عن حرите الشخصية الداخلة فى تكوينه والتي لا يوجد

(٨) المرة الوحيدة التى أشار فيها دابان إلى كانت ، هى تعريف كانت للقانون كما ورد فى قاموس لالاند للمصطلحات الفلسفية . راجع دابان ، الحق ، ص ٥٧ .

(٩) دابان ، للمرجع السابق ، ص ٨٠ - ١٠٥ .

(١٠) كانت ، نظرية القانون ، مترجم إلى الفرنسية بواسطة برنى ، باريس ، ١٩٥٤ ، ص ٧١ .

(١١) للمرجع السابق ، ص ٦٨ .

(١٢) يلاحظ أن كانت هو الذى يضع خطأ تحت مدد «مبارده» .

(١٣) كانت ، للمرجع السابق ، ص ٧٠ « مالى الدخل فى هو حرיתי » .

لأى شخص حق عليها . « فإن التزام هذا الشخص فقط ، هو الذى يعتبر حقاً لى » (١٤) . وبالنسبة لكانت أيضاً ، فإن الحق لا يمكن تصويره إلا فى مواجهة الغير (١٥) .

وهكذا فإنه باستثناء بعض الفروق البسيطة ، وخاصة عدم ملاحظة دابان لتفرقة كانت بين ما هو خارج عن الانسان ، وما هو داخل فى تكوينه ، يمكن القول بوجود تشابه كبير بين نظريتي كانت ودابان . فالنسبة للإثنين معاً ، فإن الحق يمكن التعبير عنه بكلمة « لى » أو « يخصصنى » أو « يتبعنى » . ويمكن تعريف الحق إذن بأنه علاقة تجعل من الشئ « ما لى » . وصاحب الحق هو الشخص الذى له الحياة ، والملكية ، والسيطرة على هذا الشئ فى مواجهة الغير .

والسؤال الآن هو هل كانت هذه الفكرة البسيطة الواضحة للحق ، موجودة فى القانون الرومانى ؟ بكل تأكيد . فالتعبارة المشهورة للفقهاء أولبيان تقول أن القانون يقتضى « ا: طاء كل شخص ما له » . وفى هذا التعبير توجد كل فكرة الحق ، بغض النظر عن عدم الثراء فى المصطلحات اللغوية المستخدمة فى هذا الموضوع . وهكذا فإننا نستطيع التأكيد بأن دراسات ميشيل فيلى السابق الإشارة إليها ، لا تؤدى أبداً إلى انكار وجود فكرة الحق فى القانون الرومانى . وهو لم يقصد أبداً القول بذلك . فهو يقول « نحن لا ندعى بأن المراكز الفعلية التى يعبر عنها القانون الحديث باسم الحق ، كانت مجهولة فى القانون الرومانى فى عصره العلمى » (١٦) . وبالعكس فإن دراسات ميشيل فيلى يمكن أن تؤدى إلى نتيجة أخرى ايجابية . ففى الماضى كنا نفسر القانون الرومانى فى ضوء نظريات حديثة ، أما الآن فإننا نستطيع شرح القانون الحديث فى ضوء نظريات رومانية . فهذه وإن كانت فقيرة فى

(١٤) كانت . المرجع السابق ، ص ٦٨-٦٩ ؛ ص ٨٨ - ص ١١٠

(١٥) كانت . المرجع السابق ، ص ٨٩ .

(١٦) ميشيل فيلى ، الدراسات المهداة إلى فيشر ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢ .

روس تاريخ فلسفة القانون ، ص ١٨٥ .

مصطلحاتها اللغوية ، فإنها كانت أكثر عمقا فى التعبير عن فكرة الحق عن الكثير من التعريفات الحديثة . فالحق لا يعنى أى شئ أكثر من كلمة « لى » ، أو « يخصنى » ، أو « يتبعنى » . الحق هو التبعية أو الملكية .

وهكذا يبدو لنا أن الفقر فى المصطلحات فضيلة علمية فى بعض الأحيان . وبعد أن أكدنا وجود فكرة الحق فى القانون الرومانى ، ينبغى الآن القول بأن الحق كان هو أساس الدعوى . وفى عبارة لا تقل شهرة عن عبارة أولبيان السابق ذكرها ، فإن الفقيه Celse سلس ، يؤكد بأن «الدعوى لا تعدو أن تكون المتابعة القضائية ، لما هو مستحق لك» (١٧) .

وجدير بالذكر أن تبعية الدعوى للحق ، بلغت إلى حد أن الدعوى يتغير اسمها بحسب الخصائص الذاتية للحق الذى تحميه . وإذا كان القانون الرومانى فى عصره العلمى لا يستخدم اصطلاحات الحق العينية ، والحق الشخصى ، بل يستخدم اصطلاحات الدعوى العينية والدعوى الشخصية . فإن تقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية ، لم يكن أمرا تحكميا وإنما يرجع إلى طبيعة الحق الذى تحميه كل دعوى .

والمصطلحات الرومانية كانت بكل تأكيد أكثر انضباطا من بعض المصطلحات الحديثة . فإنه أدق فى التعبير أن نقول أننى أملك شيئا أو أملك منفعة الشئ أو أملك استعماله ، من أن نقول أننى أملك حق الملكية أو حق الانتفاع أو حق الاستعمال . وكما يقول الفيلسوف كانت « أنه ليس من الدحيح القول بأننا نحوز حق الملكية على هذا الشئ أو غيره ، بل الأفضل القول أننا نحوز هذا الشئ بطريقة قانونية ، لأن الحق هو أصلا حيازة قانونية لشئ ، والقول بأننا نحوز الحيازة يبدو تعبيرا مجردا من المعنى » (١٨) .

وبالتالى فإن الدعوى تكون شخصية ، عندما ندعى بأن شخصا

(١٧) موسوعة جستنيان ، ٤ ، ٦ ، المقدمة .

(١٨) كانت ، نظرية القانون ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

يلتزم فى مواجهتنا باعطاء ، أو عمل ، أو تنفيذ أداء معين (١٩) . وهذه هى فكرة الالتزام أو الدائنية فى القانون الحديث . ومع ذلك فلا ينبغي إغفال أن التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى كانت تتضام أثناء إجراءات التقاضى ، بسبب الأثر التجديدى للخصومة القضائية-Litis-contestatio ، كما سنرى فيما بعد . فالحق العينى كان يتحول دائما الى حق شخصى .

والتأكيد بوجود فكرة الحق فى القانون الرومانى ، لا تعنى وحدة النظام بين القانون الرومانى والقانون الحديث . فالنظام الواحد غير موجود حتى فى القوانين الحديثة ، حيث تتعدد النظريات وتختلف بعضها عن البعض الآخر .

وكل ما نريد أن نؤكد أنه هو أن فكرة الحق البسيطة الواضحة ، التى تعنى التبعية أو الاختصاص أو الملكية ، كانت موجودة فى القانون الرومانى ، كما هى موجودة فى القانون الحديث ، وكان الحق هو دائما أساس الدعوى فى كل النظم القانونية .

وندرس الآن تأثير الدعوى على الحق . والواقع أن الحق المتنازع عليه أمام القضاء ، كان يتحول مرتين ، مرة بواسطة الخصومة ، والمرة الأخرى بواسطة الحكم .

٢٥٣ - الخصومة القضائية Litiscontestatio : طبيعتها وشكلها :

من المتفق عليه أن الخصومة القضائية كانت تقوم بمجرد أن يعبر الخصمان عن وجهتى نظرهما المتعارضة أمام القاضى .

وفى مرحلة الإجراءات الشكلية من مراحل تطور القانون الرومانى ، كان أهم أثر للخصومة هو تجديد الحق المتنازع عليه . فالالتزام ، كما يقول جايوس ينقضى بسبب الخصومة ، لأن الالتزام

الأصلى ينقضى ، ويقع المدين تحت تأثير الخصومة . فإذا حكم عليه ، وانتهت الخصومة ، فإن الشيء المحكوم به هو الذى سيلزمه مستقبلاً . وكما هو مكتوب لدى القدماء « قبل الخصومة فإن المدين يجب عليه الوفاء اختيازاً ، فإذا بدأت الخصومة ، فلا بد من الحكم عليه . وبعد الحكم يجب عليه تنفيذ الشيء المحكوم به » (٢٠) .

وما قاله جايوس هو أهم نص روماني فى الموضوع . فالخصومة تحدث أثرين ، أحدهما انقضاء الحق ، والثانى انشاء حق جديد .

والحق الجديد الذى ينشأ عن الخصومة هو حق من طبيعة واحدة ، بغض النظر عن طبيعة الحق المتنازع عليه وسواء كان شخصياً أم عينياً . فإن الحق المتنازع عليه قد انقضى ، ونشأ بدلاً منه حق جديد له الخصائص الآتية :

١- هذا الحق هو دائماً حق شخصى أو حق دائنية . فإذا كان الحق المتنازع عليه حقاً عينياً ، فإن الخصومة تحوله إلى حق شخصى . فالحق العينى لم يكن يعطى سلطة تتبع الشيء . وهكذا فإن الأثر التجديدى للخصومة أدى إلى إضعاف التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى .

٢- الحق الجديد هو دائماً حق نقدى . وحتى فى الحالات التى يكون فيها الحق الأصلى التزاماً بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فإن الحق الجديد هو دائماً التزام بدفع مبلغ من النقود .

٣- الحق الجديد هو دائماً حق معلق على شرط . والمدعى عليه يلتزم بدفع المبلغ النقدى إذا تحققت الشروط الواردة فى صياغة الدعوى .

وهكذا فإن الخصومة تحدث تجديداً فى الحق المتنازع عليه ، فتؤدى إلى انقضاء الحق القديم ، وانشاء حق جديد يحل محله . هذا هو التجديد الضرورى أو القضائى .

وبعد انتهاء الخصومة وصدر حكم فى الدعوى ، فإن الحكم يحدث بدوره أثراً تجديدياً للمرة الثانية ، فينقضى الالتزام النقدى الناشئ عن الخصومة ليحل محله التزام نقدى ينشأ عن الحكم ذاته (٢١) .

وبعد تطورات متلاحقة فى النظام القضائى الرومانى ، أصبحت الخصومة فى نظر البعض لا تحدث الأثر التجديدى الذى كانت تحدثه من قبل . والدليل على ذلك أنه فى العصر العلمى للقانون الرومانى ، كانت الخصومة تؤدى الى انقضاء الحق بما يحول دون المدعى وملاحقة الكفيل إذا تبين اعسار المدين الأصلى . ولكن فى عصر جستنيان ، فإن المدعى كان يستطيع ملاحقة الكفيل بعد اعسار المدين الأصلى ، مما يدل على أن الخصومة لم تؤدِ إلى انقضاء حق الدائن . ومن ناحية أخرى فإن الخصومة فقدت أثرها الانشائى فى خلق حق جديد، لأن الحكم أصبح يرد على الشئ المطلوب ذاته وليس على قيمته النقدية .

ومع ذلك فإن البعض الآخر يذهب إلى عدم وجود أى نص يؤكد انتهاء فكرة التجديد الضرورى سبب الخصومة . « ففكرة أن الحق المتنازع عليه ينقضى ويتحول ويتجدد سبب الخصومة ، لم تصبح مهجورة فى أى وقت من الأوقات » . ويضيف هؤلاء بأن « تخفيفاً مهماً حدث على المبدأ القديم ، دون أن يؤدى ذلك الى انقلاب عليه » (٢٢) .

ومع ذلك فإنه إذا كان يثور الجدل ، حول استمرار الأثر التجديدى للخصومة فى المراحل الأخيرة من القانون الرومانى ، فإنه لا يوجد أدنى شك فى أن الحكم ظل فى كل وقت محتفظاً بأثره التجديدى . ولا يوجد أى نص يشير الى انتهاء الأثر التجديدى للحكم . على العكس فإن جستنيان يشير بصراحة الى تجديد الحق بواسطة الحكم (٢٣) .

(٢١) جايوس ، ٣ ، ١٨٠ .

(٢٢) أورتولان ولابيه ، شرح تاريخى لكتاب النظم لجستنيان ، ج ٢ ، طبعة ١٢ . باريس ، ١٨٤٣ ، ص ٩١٤ .

(٢٣) تقنين جستنيان ، ٧٠ ، ٥٤ ، ٣٠ ، المقدمة .

ومع ذلك فيجب أن نلاحظ أن التجديد بواسطة الحكم ، فى عصر جستنيان لم يعد شيئاً آخر غير قوة الشيء المحكوم به .

ففى المراحل السابقة للقانون الرومانى ، كان التجديد أثراً من آثار الشيء المحكوم به . أما فى عصر جستنيان ، فإن فكرة التجديد ، وفكرة الشيء المحكوم به ، أصبحت مترادفات تعبر عن فكرة واحدة .

٢٥٤ - التفرقة بين التجديد الرضائى والتجديد الضرورى :

أظهرت النصوص الرومانية بعض الفروق بين التجديد الرضائى ، والتجديد الضرورى . واستناداً الى هذه النصوص ، حاول البعض انكاو فكرة التجديد الضرورى ذاتها . وهذه المحاولات لا تستحق المناقشة . فكما يقول ديكيلىر : « إنه من المصادرة على المطلوب ، أن ندخل أولاً فى فكرة التجديد ، كل الخصائص المميزة للتجديد الرضائى ، لنصل بعد ذلك الى استبعاد فكرة التجديد الضرورى » (٢٤) .

وابتداء فنحن نستبعد تفرقة قال بها أكارياس ، وهى باعترافه تفرقة مفتعلة ، وبمقتضاها ، فإنه فى التجديد الرضائى ، « يشترط لانقضاء الالتزام القديم ، أن ينشأ الالتزام الجديد ، بينما فى الخصومة فى القانون الرومانى فإن العكس هو الصحيح إذ يشترط لانشاء الالتزام الجديد ، أن ينقضى الالتزام القديم » (٢٥) .

وهذه التفرقة ليست مفتعلة فحسب ، بل هى مخالفة للنصوص الرومانية . وكما يقول جستنيان ، فإنه فى التجديد الرضائى ، فإن الالتزام الأسمى ينقضى ، حتى ولو لم يكن للالتزام الجديد أى أثر (٢٦) .

(٢٤) ديكيلىر ، قانون المرافعات والدعوى عند الرومان ، باريس ، ١٨٧٠ ، ص ٢٥٧ ، هامش ٧٠٨ .

(٢٥) أكاريلىس ، القانون الرومانى ، باريس ، ١٨٩٦ ، ج ٢ ، ص ٧٢٤ .

(٢٦) جستنيان ، النظم ، ٣ ، ٣٠ ، ٣٠ . أضف جايوس ، ٣ ، ١٧٦ .

والصحيح هو القول بأنه حتى يكون التجديد كاملاً ، سواء كان رضائياً أم ضرورياً ، فإن انقضاء الالتزام القديم ، هو شرط لانشاء الالتزام الجديد . والعكس صحيح أيضاً . فإن انشاء الالتزام الجديد هو شرط لانقضاء الالتزام القديم .

ولكن الفروق الحقيقية بين التجديد الضرورى ، والتجديد الرضائى ، تظهر من نص هام للفقيه پول ، يقول فيه : «إننا بالالتجاء الى القضاء لا نجعل وضعنا أسوأ مما كان ، بل نجعله أفضل مما كان» (٢٧) . وبالأخذ بهذا النص مع نصوص أخرى ، نلاحظ أن أهم الفروق بين النوعين من التجديد تظهر فيما يلى :

١- فى المرحلة العلمية للقانون الرومانى فإن التجديد كان يتم بعقد شكلى . وفى عصر جستنيان ، أصبحت نية التجديد هى التى تميزه . وحسب قول كورنيل فإن « تحول شروط التجديد ، بما يقتضى وجود نية التجديد كان موازياً لتطور مماثل حدث فى عقد الاشتراط ذاته » (٢٨) . فهذا العقد هو ذاته أصبح عقداً رضائياً . وعلى العكس فإن التجديد الضرورى هو نتيجة ضرورية لأحكام القانون وليس العقد .

٢- شروط وحدة أو اختلاف المحل بين الالتزام القديم والالتزام الجديد ، لم تكن واحدة فى نوعى التجديد ، لا فى العصر العلمى ، ولا فى عصر جستنيان . وحسب كورنيل أيضاً ، فإن شرط نية التجديد أصبح فى التجديد الرضائى ، فى عصر جستنيان ، هو الشرط الرئيسى بدلاً من شرط اختلاف المحل .

٣- التجديد الضرورى لم يكن يؤدى الى انقضاء حقوق الرهن والامتياز الضامنة للالتزام القديم المتنازع عليه . وهذا هو نفس الحكم

(٢٧) ديجيست ، ٤٦ ، ٢ ، ٢٩ .

(٢٨) كورنيل ، أسباب ونتائج الظهور المتأخر لنية التجديد ، فى الدراسات المهداة الى لورنبيه ، ١٩٢٩ ، ص ١٠٦ ، ١١٢ ، ١١٣ .

بالنسبة للتجديد الرضائي أو الاتفاقى (٢٩) .

٤- التجديد الاتفاقى يوقف سريان الفوائد . أما التجديد الضرورى فلا يؤدى الى احداث هذا الأثر .

٥- التجديد الضرورى يؤدى الى قابلية الحقوق المؤقتة والشخصية للحوالة ، كما يؤدى الى تأبيدها .

٦- على عكس التجديد الاتفاقى ، فإن التجديد الضرورى لا يؤدى الى انقضاء الشرط الجزائى المقترن بالالتزام القديم (٣٠) .

وهكذا كما يقول پول ، فإن الالتجاء الى القضاء لا يؤدى الى الإساءة الى مركز من يضطر الى ذلك .

وندرس فيما يلى أثر المبادئ الرومانية على القانون الحديث .

٢٥٥ - تأثير التجديد الضرورى فى القانون الرومانى على القانون الحديث :

نشير هنا الى ما سبق قوله من أن الخصومة فقدت ، فى أغلب الظن أثرها التجديدى ، فى عصر جستنيان . فلم يعد هناك نوعان متتابعان من التجديد ، وإنما نوع واحد فقط بواسطة الحكم . وإجراءات الخصومة ظلت كما هى فى القانون الكنسى والقرون الوسطى ، دون أن تؤدى مع ذلك الى تجديد الحق المتنازع فيه (٣١) . ومع ذلك فإن ترك فكرة التجديد الضرورى بواسطة الخصومة لم يمنع أحدا مثل كيجاس من القول بأن الخصومة تنشئ التزاماً جديداً (٣٢) . ولكن لا تبدو أن هناك أية قيمة لمثل هذا القول . فعلى العكس نجد فقيهاً مثل هوتيه

(٢٩) ديجيست ، ٤٦ ، ٢ ، ١٨ ، ٢٩ .

(٣٠) ديجيست ، ٤٥ ، ١ ، ٩٠ .

(٣١) جلاسون ، أصول المرافعات الفرنسية ، ١٨٨٢ ، ص ٨٦ - ٨٨ .

(٣٢) مشار إليه فى برونون ، موسوعة حق الانتفاع ، والاستعمال ، والسكنى ، ج ٣ ، ١٨٢٤ ، ص ٣٧٠ .

يقول « نحن لا نقول شيئاً عن التجديد الضروري بواسطة الخصومة ، فإن مبادئ القانون الرومانى فى هذا الشأن ، لم يعد لها استعمال بيننا» (٣٣) . وفيما يتعلق بالحكم فإن بوتيه يدرس قوة الشئ المحكوم به مع أسباب انقضاء الالتزام ، دون أن يشير مع ذلك الى الأثر التجديدى للحكم . والتقنيات الحديثة ، لم تقل شيئاً ، لا مع أو ضد فكرة التجديد الضرورى . وسكوت التقنيات أدى الى مناقشات وخلافات كثيرة بين الفقهاء . فالبعض لا زال يتمسك بالنظريات الرومانية . والبعض الآخر يرفض هذا الاتجاه ويرفض فكرة التجديد الضرورى بالكامل .

فمن ناحية نجد برودون ، يجعل كل المرافعات المدنية قائمة على فكرة الخصومة *Litiscontestatio* . والخصومة فى نظره اتفاق « ضمنى ملزم للجانبين » ، يطلق عليه اسم « الصلح القضائى » ، ومن مميزات هذا الاتفاق أنه « اتفاق جبرى بحسب القانون » . وهذا الاتفاق المفترض « هو اتفاق شرطى فى أساسه » ، لأن تنفيذه معلق على صدور حكم نهائى . وهكذا فإن الحكم لا يعدو أن يكون الشرط الواقف الذى يعلق عليه تنفيذ الاتفاق المكون للخصومة . وهكذا فإن برودون لا يتصور إلا نوعاً واحداً من التجديد ، هو الذى يحدث بسبب الخصومة (٣٤) . وهو يقول بأنه « يحدث بمقتضى اتفاق الخصومة الضمنى تجديد للالتزامات الأطراف ، فقد اتفق الأطراف بمقتضى هذا الاتفاق على تنفيذ الحكم الذى سيصدر لحل النزاع بينهم . وسيحل هذا الحكم محل كل المستندات السابقة » (٣٥) .

والواقع أن أفكار برودون ، لا تتفق مع القانون الرومانى ، لا فى مرحلة الاجراءات الشكلية ، التى كان يحدث فيها تجديدان متتابعان بواسطة الخصومة ، ثم بواسطة الحكم ، ولا فى المرحلة الأخيرة فى

(٣٣) بوتيه ، موسوعة الالتزامات ، ٢ ، ٣ .

(٣٤) برودون ، موسوعة حق الانتفاع ، المرجع السابق . ص ٢٧٠ -- ص ٢٧٦

(٣٥) برودون ، المرجع السابق . ص ٢٧٠

عصر جستنيان ، حيث كان يحدث تجديد واحد بواسطة الحكم . وكذلك فإن برودون قد أساء استخدام فكرة الاتفاق ، وفكرة الشرط على السواء.

ولذلك نرى فقيها آخر هو روتير ، يذهب الى حدوث تجديدين ، أحدهما بواسطة الخصومة ، والآخر بواسطة الحكم ، الذى يؤدى على حد قوله الى « استهلاك التجديد الذى حدث من قبل بواسطة الخصومة » (٣٦).

وإذا رجعنا الى فقيه آخر من فقهاء القرن التاسع عشر ، وهو لارومبيير ، نجده يتحدث عن تجديد واحد فقط يتم بواسطة الحكم . فهو يقول أن « الحكم عندما يحوز قوة الشئ المحكوم به فإنه يحدث تجديداً فى الحق أو الالتزام الذى أكد وجوده . فيحل حق أو التزام جديد، محل الحق أو الالتزام الذى تم الاعتراف به » . ويرجع لارومبيير دائماً الى النصوص الرومانية ، ولكنه يستخلص منها نتائج غير سائغة . فهو يقول « لكن هذا التجديد لا يشبه أبداً التجديد المشار اليه فى المادة ١٢٧١ وما بعدها . فهو لا يؤدى أبداً الى انقضاء الالتزام . بل أبعد من ذلك فهو يؤدى الى تأكيده . لأنه كما قال الفقيه الرومانى پول اننا لا نلجأ الى القضاء لنجعل مركزنا أسوأ مما قبل ، بل لنجعله أفضل » (٣٧).

والصحيح أننا لا نستطيع الحديث عن التجديد ، دون تأكيد انقضاء الالتزام القديم . فهذا الأثر هو من صميم جوهره فكرة التجديد . وقد أكد الفقيه جايوس أن الحكم يؤدى الى انقضاء الالتزام الأسمى . أما النص الخاص بالفقيه پول فهو يتعلق بالتأمينات والتوابع ، وليس بالالتزام الأسمى ذاته . وإلا فكيف يمكن أن نتصور تجديداً بدون انقضاء الالتزام القديم ؟

(٣٦) روتير ، دروس فى المرافعات المدنية الفرنسية ، باريس ، ١٨٢٤ ، ص ١٢١ .
(٣٧) لارومبيير ، النظرية والتطبيق فى الالتزامات ، ج ٥ ، باريس ١٨٥٧ ، ص ٣٢٣ .

ومع ذلك فإننا نجد ديمولومب يسير على نهج لارومبيير ، ويقول «الفقه الرومانى لازال صحيحاً فى هذا الشأن ونحن نستطيع القول أيضاً ، أن الشئ المحكوم به ، يحدث أيضاً فى الفقه الفرنسى ، هذا النوع الخاص من التجديد ، الذى مع المحافظة على الالتزام السابق وتوابعه ، يضيف اليه التزاماً جديداً ومستنداً جديداً . والمصدر الذى ينشأ عنه الحكم ، هو الاتفاق القضائى ، أو الخصومة Litiscontestatio ،^(٣٨) . والواقع أن ديمولومب لم يكن شارحاً مخلصاً للقانون الرومانى ، رغم رجوعه اليه .

أما أوبرى ورو ، فهما يستبعدان الأثر التجديدى للخصومة ، ولكنهما يؤكدان الأثر التجديدى للحكم . « فالأحكام التى تؤكد وجود دين أو التزام ، تحدث تجديداً ، بمعنى أنه بالنسبة للمستقبل فإن الشئ المحكوم به يصبح هو مصدر الالتزام . وهذا التجديد له خصوصية ، فى أنه لا يودى الى انقضاء الالتزام القديم مع توابعه ، بل على العكس يؤكد ويقويه »^(٣٩) .

وهكذا فإن أوبرى ورو ينضممان الى لارومبيير وديمولومب ، فى القول بفكرة التجديد بدون انقضاء الالتزام القديم .

وقد أخذ ديجى ، وهو من فقهاء القانون العام ، بفكرة « التجديد الناشئ عن الحكم »^(٤٠) . وكذلك أخذ جوليان ، وهو من فقهاء القانون العام أيضاً بفكرة التجديد بواسطة الحكم دون أن يودى التجديد مع ذلك الى انقضاء الالتزام القديم ، متابعاً فى ذلك أفكار فقهاء القانون للمبنى . « لأنه من الصعب ، كما يقول ، الاعتراف بانقضاء الالتزام الأول ، فالأثر التجديدى يقتصر فقط على انشاء حالة قانونية جديدة

(٣٨) ديمولومب ، محاضرات فى تقنين نابليون ، ج ٢٠ ، ١٨٧٩ ، ص ٣٦٢ .

(٣٩) أوبرى ورو ، القانون المدنى الفرنسى ، طبعة ٤ ، ج ٨ ، ١٨٧٩ ، ص ٤٠٠ .

(٤٠) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، ج ٢ طبعة ٣ ، ١٩٢٧ - ١٩٢٨ ، ص ٤٦١ .

نتيجة للحكم ، ويسبب فكرة الجزاء ، (٤١).

ومع ذلك فإن جوليان كان صادقاً في القول بأن ما يقول به يخالف النظام الروماني .

وقد أخذ بعض فقهاء المرافعات بفكرة التجديد الناشئ عن الحكم . ومن هؤلاء جابيو ، الذي يقول لا ينبغي الاعتقاد مع ذلك بأن الحكم يحدث كل آثار التجديد ، فإن التجديد القضائي لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم وتوابعه ، بل على العكس فإنه يؤكد هذا الالتزام ويقويه (٤٢).

وعلى خلاف كل الفقهاء السابق ذكرهم ، والذين يأخذون بشكل أو بآخر بأفكار القانون الروماني عن التجديد بسبب الحكم ، فإنه يوجد اتجاه آخر في الفقه ، يرفض تماماً الأخذ بفكرة التجديد القضائي . فنجد ميرلان ، يقول أننا لم نفكر أبداً في تطبيق هذه المبادئ بيننا (٤٣).

ومن ناحية أخرى فإن محكمة النقض الفرنسية تؤكد أن « الحكم أو الاتفاق ، الذي يحدد بمبلغ معين ، مجموعة التزامات سابقة ، بعيداً عن أن يؤدي إلى تجديد هذه الالتزامات ، فإنه على العكس يعترف بها ويؤكد وجودها » (٤٤).

وبالمثل فإن جلاسون وموريل وتيسيه يعلنون رفضهم لفكرة التجديد القضائي . ففكرة الـ *Litiscontestatio* كما يقول جلاسون « لم تدخل في قانون المرافعات » (٤٥). وبالنسبة للحكم فإنه لا يحدث « أي تجديد » (٤٦).

(٤١) ريمون جوليان ، التصرف القضائي وقوة الشيء المحكوم به ، رسالة بورديو ، ١٩٣١ ، ص ١٦٧ .

(٤٢) جابيو ، المرافعات المدنية والتجارية ، طبعة ٢ ، ١٩٣٥ ، ص ٤٣٩ .

(٤٣) ميرلان ، الموسوعة العامة للقضاء ، طبعة ٥ ، ج ٢ ، التجديد .

(٤٤) نقض ٢٦ أبريل ١٨٨٠ . س . ٨١ . ١٠٢٠ .

(٤٥) جلاسون ، مصادر المرافعات الفرنسية ، للرجع السابق ، ص ٨٨ .

(٤٦) جلاسون وموريل وتيسيه ، الموسوعة النظرية والعملية للنظام القضائي ، طبعة ٣ ، ج ٢ ، ١٩٢٩ ، ص ٨٧ .

وكذلك فإن جارسونيه وسيزار برو ، يرفضان فكرة التجديد القضائي ، باعتبارها « مصطنعة وتحكمية » (٤٧).

والواقع أنه كما يلاحظ الأستاذ بيير رينو ، فإن هذا الاتجاه الرافض لفكرة التجديد القضائي تبدو الآن غالبية فى الفقه الفرنسى (٤٨).

٢٥٦ - اغلاصة :

١- تطور فكرة التجديد على مدى التاريخ ، يبين بوضوح ، أن التجديد لا يعدو أن يكون حلول التزام جديد محل التزام قديم . ولا يؤثر فى جوهره كذلك ما قد تترتب عليه من آثار وسواء أدى الى انقضاء التأمينات والتوابع أو لم يحدث هذا الأثر .

٢- تطور الأفكار عن التجديد مرتبط الى حد كبير بتطور نظرية الالتزام . فعندما كان القانون الرومانى شكلياً ، كان التجديد الاتفاقى شكلياً كذلك . ويظهر الرضائية فى العقود ، فإن التجديد الاتفاقى أصبح هو أيضاً رضائياً

٣- ومن المؤكد أن كل الأحكام فى ظل الاجراءات الشكلية للمرافعات فى القانون الرومانى كانت منشئة ومجددة ومصادر للالتزامات .

٤- القوة التجديدية أو المنشئة للحكم لا علاقة لها بفكرة السلطة البريتورية للقضاة .

فهذه الفكرة الأخيرة ترجع الى مصادر القانون الوضعى ، حيث كان القاضى يجمع بجانب وظيفته القضائية ، سلطة سياسية تسمح له بخلق القانون ، وهى ما يطلق عليها اسم السلطة البريتورية . وهذه

(٤٧) جارسونيه وسيزار برو ، الموسوعة النظرية والعلمية للمرافعات المدنية والتجارية . طبعة ٣ ج ٢ ، ١٩١٣ ، ص ٤٨٢ .

(٤٨) التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، دراسات فى القانون المعاصر ج ٢ ، ١٩٥٩ ، ص ٣٧٨

لا علاقة لها إطلاقاً بالأثر التجديدي أو المنشئ للحكم القضائي .

هـ - ذكرنا أن الفقيه ميرلان يرفض الأخذ بالأفكار الرومانية عن الأثر المنشئ للحكم في الالتزامات ، ومع ذلك فهو يأخذ بما يسميه الأثر المنشئ للحكم في مسائل الحالة المدنية . وهكذا تبدو فكرة الأثر المنشئ قابلة لتطبيقات من أنواع مختلفة .

وأخيراً فإن فكرة التجديد الضروري ، هي فكرة متطورة . فلئن كانت الفكرة الرومانية عن التجديد الضروري ، أصبحت موضع خلاف في القانون الحديث فإن هذا القانون يعرف أشكالاً أخرى للتجديد الضروري ، في مسائل المسؤولية ، المدنية ، العقدية والتقصيرية ، وهذا ما سندرسه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

التجديد الضروري في المسؤولية المدنية

في القانون الحديث

دراسة التجديد الضروري في القانون الحديث ، تبدو مثيرة للغاية . لأنه بالرغم من انعدام الصلة التاريخية بين الأفكار الحديثة ، والقانون الروماني ، إلا أن نظرية التجديد الضروري تبدو واحدة في كل من النظامين ، حيث تجمعهما فكرة أن الخصومة تؤدي إلى انقضاء الحق المتنازع عليه ، ونشأة حق جديد يحل محله .

ومن ناحية أخرى فإن فكرة التجديد الضروري في القانون الحديث ، يأخذ بها فقهاء لا يجمعهم اتجاه فقهي واحد مثل بلانيول وبيجي وكلسن ومازو وغيرهم . وهكذا فإن ظهور الفكرة من جديد بطريقة تلقائية ، واتفاق فقهاء من اتجاهات متعارضة عليها ، يدعو للاعتقاد بأن الفكرة ولا شك تستجيب إلى منطق معين .

وندرس فيما يلي بالترتيب التجديد الضروري في مجال المسؤولية العقدية ، ثم في مجال المسؤولية التقصيرية .

المبحث الأول

التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية العقدية فى القانون الحديث

التجديد الضرورى هو أساس أهم النظريات الفقهية والقضائية فى مجال المسئولية العقدية . وتتفق هذه النظريات حول فكرة أن المسئولية تنشئ التزاماً باصلاح الضرر . وهذا الالتزام هو التزام جديد يحل محل الالتزام القديم الناشئ عن انعقد . ومع ذلك فهذه النظريات تختلف فى تحديد اللحظة التى يتم فيها الحلول : عدم تنفيذ الالتزام العقدى ، الإعذار ، رفع الدعوى ، أو الحكم .

وكذلك فلا يوجد اتفاق على شرح وتبرير هذا الحلول . وسندرس فيما يلى هذه النظريات بمراعاة إعتبارات التعاقب الزمنى . ومع ذلك فينبغى أن نلاحظ ابتداء ، بأن المشكلة غير مطروحة فى الفقه المصرى^(٤٩) .

٢٥٧ - التجديد الضرورى عند مورلان وماركاديه :

يمكن القول بأن هذين الكاتبين ، هما أول من نادى بفكرة التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية العقدية . فإذا كانت المادة ١٣٠٢ من تقنين نابليون تشير الى انقضاء الالتزام فى حالة هلاك الشئ محل الالتزام ، فإنها تقصد بذلك الهلاك لسبب أجنبى لا ينسب الى المدين . ومع ذلك فإن هذين الكاتبين أخذوا بفكرة انقضاء الالتزام حتى فى حالة الهلاك الذى ينسب الى المدين . ولكن فى هذه الحالة الأخيرة فإن الالتزام القديم الذى انقضى ، يحل محله التزام جديد ، هو الالتزام

(٤٩) بحسب علمنا فإن الفقهاء الوحيدين الذين يشيرون إليها هم ، أكثر الخولى التعويض العيى فى القانون الفرنسى والقانون المصرى ، رسالة ، باريس للصفحات ٥٣ ، ٥٤ ، ٦١ ، ٦٢ : اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، ١٩٥٦ ، ص ٤١ ، هامش ١ .

بتعويض الضرر . وكما يقول مورلان « إذا هلك الشئ بفعل المدين أو بخطأ المدين ، سواء قبل الاعذار أو بعده ، فإن الالتزام ينقضى ، ولكن التزاماً جديداً يحل محله ، هو الالتزام بتعويض الدائن عن ضياع حقه . فالالتزام القديم يتحول هكذا الى التزام بدفع مبلغ التعويض » (٥٠) .

أما ماركاديه ، فهو يقول نفس الشئ « ففي كل الحالات التى يكون فيها محل التزامى شيئاً معيناً بالذات ، ويحدث ما يضعنى فى موقف الاستحالة المطلقة فى أن أسلم لك هذا الشئ ، فإنه من الواضح دون أى شرط آخر ، ودون النظر فيما إذا كنت مسئولاً عن هذه الاستحالة أم لا ، فإن طبيعة الأمور تحتم انقضاء التزامى . ولكن إذا كان السبب الذى أدى الى استحالة تنفيذ التزامى ، يرجع الى فعلى أو خطئى ، فإن التزاماً بدفع مبلغ من النقود سيحل محل التزامى بإعطاء شئ معين بالذات ، بينما فى الحالة العكسية إذا حدثت الاستحالة بسبب أجنبى فإن التزامى ينقضى تماماً ولا ينشأ محله التزام آخر » (٥١) .

وفى ما يتعلق بالتأمينات الضامنة للالتزام القديم ، فإنها بحسب مورلان ، تلحق بالالتزام الجديد .

وإذا كان هذان الكاتبان قد حصرا حالات التجديد الضرورى فى استحالة تنفيذ التزام محله شئ معين بالذات ، فإن منطقهما يؤدى بالضرورة الى القول بنفس الحل فى كل حالات استحالة التنفيذ ، بغض النظر عن محل الالتزام وهل هو إعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . وهذا هو بالضبط ما سياخذ به فقهاء آخرون .

٢٥٨ - التجديد الضرورى ووحدة المسئولية المدنية : ليفيفر ،

ديشام ، وجرانمولان :

يمكن الأخذ بفكرة التجديد الضرورى فى المسئولية العقدية دون

(٥٠) مورلان ، تقنين نابليون ، ج ٢ ، باريس ١٨٦٦ ، فقرة ١٤٧١ ، ص ٧٥٨ .

(٥١) ماركاديه ، شرح نظرى وعملى لتقنين نابليون ، ج ٤ ، باريس ١٨٦٦

فقرة ٨٦٣ ، ص ٦٦٩

حاجة الى الأخذ بمبدأ وحدة المسؤولية المدنية . فالالتزام بالتعويض الذى سيحل محل الالتزام العقدى الذى لم يتم تنفيذه ، هو أيضاً التزام عقدى .

ولكن العكس ليس صحيحاً . فإذا أردنا الأخذ بمبدأ وحدة المسؤولية المدنية ، فلا بد أن نلجأ الى فكرة التجديد الضرورى ، ومبدأ وحدة المسؤولية المدنية يقوم على الفكرة التالية . عدم تنفيذ الالتزام العقدى المنسوب الى المدين ، يؤدى الى انقضاء هذا الالتزام ، ونشأة التزام جديد . وهذا الالتزام الأخير هو بالضرورة التزام تقصيرى مصدره خطأ المدين . « فكل خطأ كما يقول ليفيفر ، هو خطأ تقصيرى . أما الخطأ العقدى فلا وجود له ، (٥٢) .

والتجديد هنا يحدث بتغيير فى محل الالتزام وفى مصدره . فمصدر الالتزام القديم هو العقد ، أما مصدر الالتزام الجديد فهو الخطأ التقصيرى أو العمل غير المشروع المنصوص عليه فى المادة ١٣٨٢ من تقنين نابليون . وكما يقول ديشام ، « فإن مصدر الالتزام بالتعويض ، ليس هو ، ولا يمكن أن يكون أى شئ آخر غير الغش أو الخطأ ، (٥٣) » فالمسئولية بالضرورة مسئولية تقصيرية ، (٥٤) ، كما يقول ليفيفر وهذا هو مبدأ وحدة المسؤولية .

ويلاحظ أنه إذا كان التجديد الضرورى يحدث بتغيير المحل وتغيير السبب ، فإن تغيير المحل ، هو فى الغالب الذى لفت نظر أنصار وحدة المسؤولية الى هذا المبدأ ذاته . فإنما كانت المسؤولية تحدث بسبب استحالة محل الالتزام العقدى ، فإن هذه الاستحالة ، هى التى تؤدى الى انقضاء هذا الالتزام ، ونشأة الالتزام الجديد الذى محله دفع التعويض لاصلاح

(٥٢) ليفيفر ، المسؤولية ، المجلة الانتقائية ، ١٨٦٦ ، ص ٤٩٤ .

(٥٣) ديشام ، الغش والخطأ فى العقود ، المجلة الانتقائية ، ١٨٩٠ ، ص ٢٧٧

(٥٤) ليفيفر ، المرجع السابق ، ص ٤٨٥

الضرر . « فإذا كان تغيير المحل ، كما يقول جرانمولان ، لا يؤدي الى تغيير الالتزام ، فإن أى تجديد بتغيير المحل ، لا يعتبر إنن تجديداً » (٥٥) . وإذا كان الالتزام الجديد يختلف عن الالتزام القديم فى محله ومصدره ، فإنه يحتفظ مع ذلك بضمانات وتوابع الالتزام القديم . « وهذا هو نفس الحكم ، كما يقول جرانمولان فى التجديد الرضائى المنصوص عليه فى المادة ١٢٧٨ من تقنين نابليون » (٥٥) .

وجدير بالذكر أن جرانمولان لا يعرف شيئاً عن التجديد الضرورى فى القانون الرومانى . والدليل على ذلك أنه يستشهد بالتجديد الرضائى فى تقنين نابليون . ومع ذلك فإن فكرة التجديد الضرورى هى التى يمكن أن تشرح مبدأ وحدة المسؤولية الذى ينادى به .

٢٥٩ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ : بلانيول :

يشيد بلانيول فى إحدى تعليقاته بأنصار مبدأ وحدة المسؤولية ، وخاصة جرانمولان . فنظريتهم كما يقول « تعتمد على ملاحظة لا يمكن أن توضع صحتها موضع الشك أو الإنكار » (٥٦) . وبهذا القول فإن نظرية وحدة المسؤولية تكسب الى جانبها النفوذ الكبير للأستاذ بلانيول . وبواسطته فإن النظرية تزداد وضوحاً وتكتسب أرضاً جديدة . فلا أحد يجهل بعد ذلك التعريف المشهور لبلانيول عن الخطأ . « الخطأ هو الإخلال بالالتزام قائم من قبل » . وسواء كان هذا الالتزام عقدياً أو قانونياً ، فإن طبيعة الخطأ لا تتغير . وهكذا فإن بلانيول يعلن مبدأ « وحدة الخطأ » . « فطبيعة الالتزام الذى حدث الاخلال به ، لا تؤثر كما يقول ، على الخطأ ذاته » (٥٧) .

(٥٥) جرانمولان ، مبدأ وحدة المسؤولية ، أو الطبيعة التقصيرية للمسئولية ، رسالة ، رن ، ١٨٩٢ ، ص ١١ وص ١٦ .

(٥٦) تعليق على حكم لمحكمة باريس بتاريخ ٨ فبراير ١٨٩٦ ، بللوز ، ١٨٩٦ ، ٢ ، ٤٥٧ .

(٥٧) بلانيول ، موسوعة القانون اللبنى ، ج ٢ ، ١٩١٢ ، فقرة ٨٧٧ ، ص ٢٨٧ . أضف فقرة ٨٩٠ ، ص ٢٩٣ .

والخطأ هو دائماً مصدر للالتزام . وتحت عنوان « خلق التزام جديد » ، يدرس بلانيول آثار هذا الالتزام . « وكل خطأ كما يقول ، يؤدي الى الإضرار بالغير ، ينشئ على عاتق مرتكب الخطأ ، التزاماً بتعويض المضرور. وهذا الالتزام بدفع مبلغ التعويض ، هو في المسؤولية المدنية ، الجزء اللازم لكل الالتزامات القانونية ، وكذلك لكل الالتزامات الاتفاقية . فالخطأ هو إذن واقعة منسئة للالتزام جديد . ولا يفوت بلانيول أن يقيم التفرقة بين الالتزام الناشئ عن الخطأ ، والالتزام السابق على الخطأ . محل الالتزام الناشئ عن الخطأ هو تعويض الضرر الذي سببه الخطأ . وهذا الالتزام متميز تماماً عن الالتزام السابق الذي وقع الخطأ إخلالاً به . والمحل مختلف في الالتزامين . فالالتزام الأصلي يمكن أن يكون له أي محل : إعطاء ، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . أما الالتزام الناشئ عن الخطأ فمحلّه هو التعويض - وهو تعويض نقدي غالباً - عن الضرر الذي حدث بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي» (٥٠٠).

فيوجد التزامان « متميزان تماماً » عن بعضها البعض : الالتزام العقدي الذي حدث الإخلال به ، والالتزام بالتعويض . ومن الواضح أن الالتزامين لا يتعاصران ، ولكنهما يتتابعان . فالالتزام الجديد الناشئ عن الخطأ ، يحل محل الالتزام القديم الناشئ عن العقد . وهذه هي فكرة التجديد الضروري . فهذه الفكرة هي التعبير الفني عن مبدأ حلول الالتزام بالتعويض محل الالتزام العقدي الذي لم ينفذ ، (٥٩) ، حتى ولو كان بلانيول لم يستخدم فكرة التجديد .

٢٦٠ - التجديد الضروري وثنائية المسؤولية : ديجي :

ديجي لا يوافق على مبدأ وحدة المسؤولية المدنية . فالمسؤولية العقدية تتعلق بما يسميه « قضاء الحقوق » ، أي القضاء المستند الى

(٥٨) بلانيول ، المرجع السابق ، فقرة ٨٩١ ، ص ٢٩٣ .

(٥٩) بلانيول ، تصنيف مصادر الالتزام ، المجلة الانتقائية ، ١٩٠٤ ، ص ٢٣١

حق، بينما المسؤولية التقصيرية تتعلق بما يسميه « قضاء القانون » أى القضاء الذى يستند الى أحكام القانون مباشرة . وفى الحالتين فإن الحكم القضائى منشئ وخالق .

ويجى يهنئ نفسه لأنه استطاع أن يتخلص من تأثير أساتذة القانون المدنى . وقبل أن يتخلص من هذا التأثير ، كان قد انضم حسب قوله الى الفكرة الخاطئة التى تقول بأن الأحكام كاشفة وغير منشئة (٦٠) .

ومع ذلك فإن هناك تفرقة هامة لا بد من مراعاتها . ففى قضاء الحقوق فإن الحكم يكون منشئاً عن طريق التجديد . أما فى قضاء القانون ، فإن الحكم يكن منشئاً دون تجديد . وتبرير ذلك أمر سهل . فقضاء الحقوق بحسب تعريفه يفترض وجود مركز شخصى سابق . وهكذا فإن المركز الشخصى الذى خلقه الحكم يحل محل المركز الشخصى السابق على الحكم . وهذا هو التجديد .

أما قضاء القانون فهو يفترض بحسب تعريفه عدم وجود أى مركز شخصى سابق . فالقاضى يقوم فقط بحل مسألة من مسائل القانون . وهكذا فإن المركز الذى يخلقه الحكم فى هذه الحالة لن يحل محل أى حق سابق ، لم يكن له وجود على الاطلاق . فيكون الحكم منشئاً دون أن يكون مجدداً .

ويترتب على ما سبق ، أن الحكم فى المسؤولية العقدية هو حكم منشئ بطريق التجديد . ويقول ديجى « هذا تصرف قانونى جديد يحل محل التصرف القديم . ومنذ عهد قديم نتحدث عن التجديد بسبب الحكم . والمركز القانونى الجديد ليس له نفس محل المركز القديم . وعلى سبيل المثال فقد كان هناك التزام بعمل ، فيحل محله التزام بالتعويض » (٦١) .

(٦٠) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، للصفحات ٤٧٥ ، ٤٥٩ ، ٤٣٨ .

(٦١) ديجى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٦١ .

وعلى العكس ففي المسؤولية التقصيرية ، فإن الضرور لم يكن له حق قبل الحكم . فالعمل غير المشروع لا ينشئ حقاً . لأن الفعل المخالف للقانون لا ينشئ مركزاً قانونياً . ولكن « بعد الحكم ، وفقط منذ لحظة صدور الحكم ، ينشأ المركز القانوني » (٦٢) . فالحكم هنا منشئ دون تجديد .

ويتضح مما سبق أن فكرة التجديد يمكن تصورها دون حاجة الى الأخذ بمبدأ وحدة المسؤولية طبقاً لأفكار ديغى . ولكن العكس غير صحيح فإن مبدأ وحدة المسؤولية لا يمكن الأخذ به دون الاعتماد على فكرة التجديد .

ويلاحظ أيضاً أن التجديد يمكن تصوره وقت صدور الحكم كما يقول ديغى ، كما يمكن تصوره وقت الاخلال بالالتزام وقبل صدور الحكم كما يقول ماركاديه ، وليفيغر ، وديشام ، وجرانمولان ، وبلانيول .

ومن الممكن أيضاً لمن يأخذ بمبدأ وحدة المسؤولية ، أن يأخذ بنوعى التجديد : ما يحدث وقت الاخلال بالالتزام ، وما يحدث بسبب الحكم . فالفكرة واحدة فى الحالتين .

ويلاحظ أخيراً أنه إذا كان ديغى قد تخلص كما يقول من تأثير أساتذة القانون المدنى ، إلا أنه عاد مع ذلك الى أفكار الرومان .

٢٦١ - التجديد الضرورى ، ووحدة مبدأ المسؤولية ، وثنائية الصياغة لكل من المسئوليتين : مازو ، تنك ، مارتى ورينو :

نصل الآن الى الفقه الفرنسى الحديث ، حيث يبدو أن مبدأ وحدة المسؤولية ، قد تم اقراره بطريقة نهائية . وقد سبق أن ذكرنا أن مبدأ وحدة المسؤولية لا يمكن تصوره بدون فكرة التجديد . والعكس غير صحيح .

وحسب آراء الأساتذة مازو وتنك ، فإن المسؤولية العقدية ،

(٦٢) ديغى ، المرجع السابق ، الصفحات ٤٨٥ - ٤٨٧

كالمسئولية التقصيرية ، مصدر لالتزام جديد . وكما يقولون « إذا كان العقد مصدراً للالتزام ، فإن عدم تنفيذ العقد ، أى المسئولية العقدية ، هى مصدر آخر للالتزام .. فعندما يتم إبرام عقد فإن التزاماً قد ولد ، وهو التزام كل من الطرفين بتنفيذ الأداء الموعود به . فإذا لم يتم ذلك أو تم بطريقة سيئة ، وعندما يوجد عدم تنفيذ كامل أو جزئى للعقد ، تتكون رابطة قانونية جديدة ، هى التزام المدين ، أو المسئول عن الضرر ، بتعويض هذا الضرر » (٦٣).

وهكذا فإن المادة ١٣٠٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، المتعلقة بهلاك الشئ المستحق « لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقاعدة الآتية : فى كل مرة لا يتم فيها تنفيذ العقد ، فإن الالتزام الناشئ عن العقد يختفى ، ويحل محله التزام جديد ... ويوجد هنا كما يقولون شئ قابل للمقارنة بفكرة التجديد » (٦٤). ويتم التجديد هنا بتغيير السبب والمحل . « لأنه إذا كان الالتزام الأول ينشأ بإرادة المشتركة للأطراف ، فإن الالتزام الثانى ينشأ خارج نطاق الإرادة . فالذى لم ينفذ العقد ، يجد نفسه مدينًا بالتعويض رغم إرادته . ومبلغ هذا التعويض يتحدد طبقاً لقواعد قانونية » (٦٥).

وقد أثارت نظرية الأساتذة مازو وتنك غضب الأستاذ دى لاماس ، الذى يجهل فيما يبدو فكرة التجديد الضرورى . ففى مقال بعنوان « غياب التجديد فى انحلال الالتزام العقدى » نجده يهاجم نظرية الأساتذة مازو وتنك بقوله « هذه اساءة فى استعمال فكرة التجديد » (٦٦).

أما الأساتذة مازو وتنك فإنهم لم يفكروا إطلاقاً فى استخدام فكرة

(٦٣) هنرى ولجون مازو ، ولندريه تنك ، الموسوعة النظرية والعملية ، للمسئولية المدنية ، طبعة ٥ ، ج ١ ، ١٩٥٧ ، ص ١٠٥ .

(٦٤) المرجع السابق ، ص ١٠٥ و ١٠٧ .

(٦٥) المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(٦٦) المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٣٢ ، ص ٤٨٣ .

التجديد الرضائي ، كما أنهم لم يكونوا متأثرين بفكرة التجديد
الضروري في القانون الروماني . لذلك فهم يردون على الهجوم السابق
بقولهم « نحن لا نقصد هنا إلا المقارنة ، ولا نقول أبداً أنه يوجد تجديد
(رضائي) بين الالتزامين . هذا ما لم يفهمه الأستاذ دي لاماس ، الذي
نسب إلينا الأخذ بفكرة التجديد (الرضائي) ، ودرس هذه الفكرة
دراسة انتقادية » (٦٧) .

وهكذا رغم هذا النقد ، فإن الفقهاء الكبار يستمرون في استخدام
فكرة التجديد ، لأنها الفكرة الوحيدة القادرة على التعبير عما
يقصده . والتجديد هنا تجديد غير رضائي .

والتجديد يحدث قبل الحكم ، وفي لحظة عدم التنفيذ كقاعدة عامة ،
فيما عدا الحالات الاستثنائية التي تنص فيها المادة ١١٤٦ على أن
الالتزام بالتعويض ينشأ عند الاعذار ، أو عند الاعذار في شكل دعوى
قضائية . وفي جميع الأحوال فإن الالتزام الجديد ، ينشأ قبل الحكم ،
وحتى قبل مرحلة الخصومة التي تقابل الـ *Litiscontestatio* في
القانون الروماني . ولا يحدث أي تجديد آخر عند صدور الحكم .
فالحكم « لا يخلق شيئاً » (٦٨) .

ويذهب الأساتذة مازو وتنك الى أن التجديد يحدث أيضاً ، حتى ولو
ظل من الممكن تنفيذ الالتزام الذي حدث الاخلال به . وفي هذه الحالة
فإن الالتزام الجديد يشمل الالتزام الأول . فالقاضي يستطيع أن يأمر
المدين بتنفيذ الالتزام الأول ، في نفس الوقت الذي يحكم عليه فيه
بالتعويض (٦٩) .

(٦٧) فكرة رضائية التجديد مفترضة في العبارة . راجع مازو وتنك ، المرجع
السابق ، ص ١٠٧ هامش ٤ .

(٦٨) مازو وتنك ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢٨٨ . راجع أيضاً ، ليون مازو
التفرقة بين الحكم المنشئ والحكم الكاشف ، المجلة الفصلية للقانون المدني
١٩٢٩ ، ص ٣٢ .

(٦٩) مازو وتنك ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٠٧ ، هامش ٤ . وقد ذهب -

وإذا كان الأساتذة الكبار يأخذون بفكرة التجديد عند نشأة المسؤولية ، ويرفضون التجديد عند صدور الحكم . فلهم هذا . لأنه من غير اللازم أن يأخذ الفقيه بالتجديد في المرحلتين . ومع ذلك فلا مبرر لما اشتهر به الأساتذة من عداء لفكرة الحكم المنشئ . لأن التجديد في المرحلتين لا يعدو أن يكون ، كما سنرى فيما بعد ، سوى الإجابة على السؤال الآتي: هل تؤثر المنازعة في الحق على وجوده ؟

وأخيراً فإن مبدأ وحدة المسؤولية ، لا ينبغي أن يخفى ثنائية الصياغة القانونية لنوع المسؤولية . ولا ثبات هذه الثنائية فإن الأساتذة الكبار يلجأون مرة أخرى الى فكرة التجديد ، فيقول الأساتذة : كون الالتزام الذي ينشأ عن عدم التنفيذ متميز من الناحية المنطقية عن الالتزام الناشئ عن العقد ذاته ، أمر لا شك فيه . ولكن ينبغي ألا ننسى أنه توجد بين الالتزامين رابطة قوية جداً . فأحدهما يحل محل الآخر . والثاني لا يولد إلا بعد انقضاء الأول . فيوجد شيء يمكن مقارنته بالتجديد (٧٠) .

وفي تقديرنا أن فكرة التجديد لا تؤدي بذاتها الى ضرورة الانحياز الى نظام معين للمسؤولية . فهي متصورة في النظم الثلاثة السابق ذكرها : مبدأ وحدة المسؤولية ، أو مبدأ ثنائية المسؤولية ، أو مبدأ وحدة المسؤولية وثنائية الصياغة القانونية.

= الدكتور لكثم الخولى في رسالته للدكتوراه ، التعويض العيني في القانون الفرنسى والقانون المصرى ، رسالة ، باريس ١٩٥٤ ، الى أن العملية تتم في حالة استحالة تنفيذ الالتزام الأسمى . وهو يقول : توجد فترة تنفيذ اختياري أو جبرى ، وفترة تعويض عندما تنتهى الفترة الأولى . وتغيير محل الالتزام هو الذى يكلفه حياته ، ص ٥٣ و ص ٦١ . ولكن يبدو أن نظرية الأساتذة مازو وتك أكثر تماسكا من نظرية الدكتور لكثم الخولى ، لأن التجديد لا يحدث فقط بتغيير المحل ، ولكن أيضاً بتغيير السبب . ومصدر الالتزام الجديد هو الخطأ . والخطأ يتحقق بمجرد عدم التنفيذ . وبغض النظر عما إذا كان التنفيذ ظل ممكناً أو أصبح مستحيلاً .

(٧٠) مازو وتك ، للرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٠٧ .

وهكذا فقد رأينا من قبل أن جرانمولان قد لجأ الى فكرة التجديد لشرح مبدأ الوحدة الكاملة للمسئولية . ولهذا لا يبدو من المفيد أن نلجأ الى نفس الفكرة لرفض مبدأ الوحدة الكاملة وإقرار ثنائية الصياغة . ومبدأ ثنائية الصياغة يمكن شرحه ببساطة بملاحظة ما يقوله الأستاذان مارتى وريينو من أن « نطاق وصحة وفعالية الالتزام العقدي . تحدث أثرًا بالضرورة ، على نظام المسؤولية العقدية » (٧١) .

والأستاذان مارتى وريينو لا يتكلمان صراحة ، لا عن التجديد الضروري ، ولا عن حلول التزام محل التزام آخر . ومع ذلك فهما يأخذان بمبدأ وحدة المسؤولية المدنية . وهذا المبدأ لا يمكن تصوره ، كما رأينا من قبل دون الاعتماد على فكرة التجديد . وهما يؤكدان أن المسؤولية العقدية مصدر للالتزام الجديد على النحو الآتى . « واقعة عدم التنفيذ » كما يقولان ، عندما تكون مصدراً لمسئولية المتعاقد ، فإنها تخلق فعلاً مركزاً جديداً . والالتزام بالتعويض ليس مرتبطاً بالضرورة في نطاقه مع الالتزام الأصلي الذى حدث الاخلال به » (٧٢) .

ومما لا شك فيه أن الالتزام بالتعويض يحل محل الالتزام العقدي الذى حدث الاخلال به . فالالتزامان لا يجتمعان أبداً ، لأن المسؤولية لن تكون مصدراً لاثراء الدائن بالجمع بين التزامين .

٢٦٢ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ فى إطار النظرية الخالصة للقانون : كلسن :

النظرية الخالصة للقانون هى الأرض المختارة لمبدأ وحدة المسؤولية . فإذا كانت توجد ثمة صعوبة فى الفقه التقليدى فى القول بأن طبيعة الالتزام الذى حدث الاخلال به وسواء كان قانونياً أو عقدياً ، لا تؤثر إطلاقاً فى طبيعة الخطأ ذاته . فإنه مع كلسن تختفى هذه الصعوبة تماماً ، فهو يرفض كل تفرقة من حيث الطبيعة بين الالتزام القانونى

(٧١) مارتى وريينو ، القانون المدنى ، باريس ١٩٦١ - ١٩٦٢ ، ج ٢ ، ص ٣٣٣

(٧٢) المرجع السابق ، ص ٢٣٢ .

والالتزام العقدي . فكل منهما جزء من النظام القانوني الوضعي . والفارق بينهما في الدرجة فقط . فبينما الالتزام القانوني عام ، فإن الالتزام العقدي فردي . وفي لغة كلسن فإن اصطلاح القاعدة مطابق لاصطلاح الالتزام . والقانون الوضعي هو نظام للقواعد القانونية أو نظام للالتزامات القانونية . وتعريف الالتزام هو الآتي : « يكون الشخص ملتزماً قانوناً بسلوك معين عندما يكون السلوك المعاكس قد وضع كشرط لتوقيع جزاء له صفة القهر » (٧٣) . فالقانون هو نظام للقهر ، والخطأ أو العمل غير المشروع ، هو شرط لتطبيق القانون وليس انكاراً للقانون . والعقد ينشئ التزاماً فردياً . والمتعاقد ملزم بأن يسلك حسب الطريقة المحددة في العقد . فإذا لم يفعل ذلك ، فإن التزاماً جديداً سيحل محل التزامه ، وهو الالتزام بتعويض الضرر . وبعد ذلك فإن الالتزام بتعويض الضرر ، سيحل محله التزام جديد يخلقه الجهاز المنوط به القهر وهو القاضى . فيوجد هنا حلوان ، أو تجديدان متعاقبان . وتوجد ثلاثة مراحل متصورة : التنفيذ ، أو التعويض ، أو الجزاء .

فلنقرأ كلسن : « الشخص يقع عليه ليس فقط الالتزام بالألا يسبب بسلوكه ضرراً للغير ، بل يقع عليه التزام آخر وهو أنه عندما يسبب ضرراً للغير ، إخلالاً بالتزامه الأول ، أن يعوض الغير عن هذا الضرر . ويوجد هنا ، كما يقول ، التزامان : الالتزام الأصلي بعدم الإضرار بالغير . والتزام احتياطي أو التزام بديل هو الالتزام باصلاح الضرر . وهذا الالتزام البديل يأخذ مكان الالتزام الأصلي الذي وقع الإخلال به » (٧٤) .

وحتى الآن فإننا لم نصل بعد الى فكرة الجزاء . « فالالتزام باصلاح الضرر كما يقول كلسن ، ليس هو الجزاء ، وإنما هو هذا الالتزام

(٧٣) كلسن ، النظرية الخالصة للقانون ، مترجم الى الفرنسية بواسطة إيزنمان ، باريس ، بالوز ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٨ .

(٧٤) كلسن ، المرحه السابق ، ص ١٦٩ .

الاحتياطي الذي يحل محل الالتزام الذي لم ينفذ ، (٧٥) .

وإذا لم ينفذ هذا الالتزام الثانى بالتعويض ، ستننتقل الى مرحلة الجزاء ، وبالتالي خلق التزام ثالث يحل محل الالتزام بالتعويض . وهو يقول « التنفيذ القهرى ، أى التعويض الجبرى عن الضرر بواسطة الجهاز المختص بتطبيق القانون ، يحدث فقط عند عدم تنفيذ الالتزام بالتعويض » (٧٦) . وفى هذه الحالة فإن الحكم سيكون مصدراً لالتزام جديد ، أو بتعبير أفضل سيكون هو هذا الالتزام الجديد . وهذه هى فكرة أن الحكم قاعدة فردية . « فالقرار القضائى ، كما يقول ، أو القاعدة الفردية التى تأمر فى حالة محددة بأن هذا الفرد (١) يجب عليه تعويض الضرر الذى أصاب الفرد الآخر (ب) بأن يدفع له مبلغاً من النقود ، ينشئ ، أو بتعبير أدق ، هو ذاته الالتزام القانونى للفرد (١) (٧٧) » .

وهكذا يبدو أن نظام كلسن شديد الشبه بالأفكار الرومانية ، وأفكار بعض أساتذة القانون المدنى التقليديين . ومع ذلك فيجب تأكيد أنه تشابه بالصدفة فقط وبطريقة استثنائية ، لأن أفكار كلسن لا يمكن فصلها عن نظريته الخالصة للقانون .

٢٦٣ - التجديد الضرورى وقضاء محكمة النقض الفرنسية :

أتاحت الفرصة لمحكمة النقض الفرنسية لتعبر عن اتجاهها حول طبيعة المسئولية المدنية ، بمناسبة قيامها بتحديد المقصود بجماعة الدائنين فى الافلاس . وقد وجد قضاءها استقبالاً سيئاً من الجانب الأكبر من الفقه . وقد تم وصف هذا القضاء بأنه غامض ، أو يدعو للصدمة ، أو متناقض ، أو مؤسف ، ... الخ (٧٨) . ومع ذلك فإن

(٧٥) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ .

(٧٦) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ .

(٧٧) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، ص ٣١٨ وما بعدها .

(٧٨) ليون كان ، تعليق على نقض عرائض ١١ أبريل ٩٠٧ . سبرى ١٩٠٧ . -

انتقادات الفقهاء لم تحدث أثراً ، وظلت محكمة النقض ثابتة فى قضائها لا تهتز ، حسب تعبير رئيس محكمة النقض بيان (٧٩) ، مما دعا كبار الفقهاء الى البدء فى قبول الأمر الواقع . وهكذا نجد جورج ريبير يؤكد ضرورة إعادة النظر فى فكرة المسؤولية العقدية (٨٠) .

والواقع أنه لا توجد أية صعوبة فى فهم وتحليل أحكام محكمة النقض . فالمحكمة لا تعطى أى جديد فى الموضوع . وأفكارها تتفق بطريقة رائعة مع النظريات الفقهية التى سبق أن درسناها . وربما تكون نظرية أحد الفقهاء ، أكثر تنسيقاً من نظرية القضاء . وهذا أمر طبيعى يرجع من ناحية الى تعدد الأشخاص الذين يسهمون فى وضع القضاء (٨١) ، ويرجع من ناحية أخرى الى أن القضاء يهتم أكثر بتحقيق العدل ولو على حساب المنطق القانونى .

وبصفة أولية فإن محكمة النقض الفرنسية تأخذ بمبدأ وحدة المسؤولية المدنية . فالإخلال بالتزام سابق يؤدي الى انشاء التزام جديد ، هو الالتزام باصلاح الضرر . وفيما يتعلق بصياغة نوعى المسؤولية فإنها تقيم التفرقة الآتية : إذا كانت الخطأ العقدى عادياً فإنها تأخذ بمبدأ ثنائية الصياغة للمسئوليتين العقدية والتقصيرية . أما إذا كان الخطأ العقدى جسيماً فإنها تأخذ بمبدأ وحدة الصياغة للمسئوليتين ، على الأقل فيما يتعلق بتأثير الخصومة على الحق . والتفرقة بين الحالتين

١- ٤٣٣ ، إسمان ، آثار لحكم القضاء على الاعتراف وإنشاء الحقوق ، رسالة ، باريس ، ١٩١٤ ، ص ١٥٧ : شيرون ، تعليق على نقض عرائض ٢ أبريل ١٩٤١ ، داللو ، ١٩٤٤ ، ٤٣ : موريل ، التعويض المستحق على تاجر ، مجلة الإفلاس والتصفية القضائية ، ج ٢ ، ١٩٣٧ ، ص ٣٥٥ .

(٧٩) بيان ، تعليق على نقض عرائض ٢ أبريل ١٩٤٢ ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٣ ، ٢ ، ٢٠٩٦ .

(٨٠) جورج ريبير ، تعليق ، نقض مدنى ، قسم تجارى ، ٢ ديسمبر ١٩٤٧ ، داللو ، ١٩٤٨ ، ٥٧٧ .

(٨١) يذهب الفيلسوف ديكارت الى أهمية أن يعهد بوضع القانون الى شخص واحد . راجع ، ديكارت ، خطة المنهج ، طبعة ١٩٦٢ ، باريس ، ص ١٨ .

يمكن التعبير عنها بواسطة فكرة التجديد الضرورى . ففى حالة المسئولية العقدية القائمة على خطأ عادى ، كما لو تعلق الأمر بمجرد عدم تنفيذ العقد ، فلا يوجد غير تجديد واحد ، وهو ما حدث فى لحظة عدم التنفيذ . أما إذا كان الخطأ جسيماً ، فإنه يوجد حينئذ تجديدان : الأول يحدث كما فى الفرض السابق فى لحظة اجتماع عناصر المسئولية ، والثانى يحدث بواسطة الحكم . فالحكم يباشر فى هذا الفرض الثانى تأثيراً كبيراً على الالتزام بالتعويض الذى نشأ عن الخطأ بطريقة تؤدى الى تحويله الى التزام جديد .

ولنواجه الآن الفرض الأول . إذا كان الخطأ عادياً ، فإنه ينشئ التزاماً جديداً ، هو الالتزام بتعويض الضرر . وهذا الالتزام يحل محل الالتزام العقدى الذى وقع الاخلال به ، وينشأ من يوم تحقق الضرر . والحكم الذى يصدر بعد ذلك يقوم فقط بالكشف عنه ولا يحدث أى تأثير على وجوده . ويكون هذا الحكم كاشفاً وليس منشئاً .

وهكذا إذا كان مصدر الالتزام بالتعويض وهو الخطأ سابقاً على الصلح فى حالات الافلاس ، فإن الصلح يحتج به فى هذه الحالة على الدائن فى هذا الالتزام . كما تقول محكمة النقض الفرنسية ،^(٨٢) وحيث أن الدين المعترف به للأنسة لا يتيح نشأ عن خطأ مرتبط ارتباطاً لا يقبل الانفصام بعقد سابق على الافلاس ، وما وقع الخطأ إلا اخلالاً بهذا العقد ، وما كان وقوعه متصوراً بدون إبرام هذا العقد ، فإنه يترتب على ذلك أن هذا الدين يدخل مع غيره من ديون فى جماعة الدائنين^(٨٢) ، ويمكن أن نستخلص من هذا الحكم ما يأتى :

١- الخطأ العقدى لا يعدو أن يكون اخلالاً بالتزام عقدى ، وهو لا يمكن فصله عن العقد ذاته . وهذه هى فكرة ثنائية الصياغة لكل من

(٨٢) نقض مدنى ، ٦ ديسمبر ١٩٣٧ ، مجلة القانون التجارى ، ١٩٣٨ ، ص ٧٠٠ ، تعليق هيمار .

المسئوليتين ، أو إحدى معانى هذه الفكرة .

٢- هذا الخطأ مصدر لالتزام جديد . فالالتزام كما تقول محكمة النقض ينشأ عن الخطأ . والالتزام الجديد يحل بطبيعة الحال محل الالتزام العقدي الذى وقع الإخلال به .

٣- الالتزام الذى نشأ عن الخطأ يستمر حتى بعد صدور الحكم . والحكم لا يحول هذا الالتزام الى التزام جديد . ولذلك ينبغى النظر الى تاريخ هذا الالتزام وليس الى تاريخ الحكم ، لتحديد جماعة الدائنين . فالحكم سيكون فى هذه الحالة كاشفاً وليس منشئاً ، فهو لم يحدث تجديداً للالتزام .

وقد تأكد حكم محكمة النقض المشار اليه ، بحكم آخر مشهور مثله . ويعلن هذا الحكم الأخير بوضوح مبدأ ثنائية الصياغة لكل من المسئوليتين . وفى هذا الحكم تقول غرفة العرائض : ومن ناحية أخرى إذا كان الالتزام بدفع تعويض تقصيرى أو شبه تقصيرى لا يخضع لقانون الصلح ... ، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للالتزام بالتعويض لعدم تنفيذ التزام عقدي ، وهو التزام ينشأ عن خطأ مرتبط ارتباطاً لا يقبل الانفصام مع عقد من العقود ، ويدخل فى ديون جماعة الدائنين... إذا كان سببه وهو عدم تنفيذ العقد سابقاً على الصلح^(٨٢) .

والالتزام المشار اليه فى هذا الحكم ، ليس مصدره العقد ، ولكن مصدره هو عدم تنفيذ العقد . فالالتزام بتعويض الضرر يحل محل الالتزام العقدي الذى لم ينفذ . ويظل هذا الالتزام قائماً حتى بعد صدور الحكم به . فالحكم لا يحوله الى التزام جديد .

والحكم ليس مجدداً وليس منشئاً . وينبغى دائماً الرجوع الى تاريخ عدم التنفيذ ، وليس الى تاريخ الحكم ، لتحديد جماعة الدائنين .

(٨٢) نقض عرائض ، ٢ أبريل ١٩٤١ ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٢ ، ٢ ، ٢٠٩٦ ، تعليق بيان ؛ وكذلك باللوز ، ١٩٤٤ ، ٤٣ ، تعليق شيرون .

أما إذا كان الخطأ جسيماً ، فإن الأمر يختلف ، ويصبح الحكم فى هذه الحالة مجدداً ومنشئاً . والالتزام بدفع التعويض ينشأ عن الحكم ، ويرجع فى تاريخه الى صدور الحكم ، ولا يدخل بالتالى فى مجموعة الديون إذا كان الصلح سابقاً على صدور الحكم . وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض الفرنسية : « حيث أن الحكم المطعون فيه قرر أن عدم تنفيذ الوكالة يشكل خطأ جسيماً ... وإن محكمة الاستئناف قد قررت أن الالتزام لم يكن له وجود مؤكد إلا منذ تاريخ الحكم الذى اعترف به فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » (٨٤) .

ويغض النظر عما إذا كان من المناسب اعتبار الحكم فى هذه الحالة مصدراً للالتزام جديد أم لا . وسواء كان من المناسب اقامة التشابه أو عدم التشابه بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على أساس مدى جسامته الخطأ ، وهى فكرة مهجورة منذ وقت طويل ، فإن معنى حكم محكمة النقض الفرنسية واضح لا شك فيه .

وتنبغى ملاحظة أن الحكم لا يخلق هذا الالتزام من العدم . فأساس هذا الالتزام كما تقول المحكمة هى المادة ١٩٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى التى تقرر مسئولية الوكيل عن أخطائه . وهذا يعنى أن الالتزام المؤكد بدفع التعويض والذى نشأ عن الحكم ، قد سبقه التزام آخر باصلاح الضرر نشأ عن الخطأ فى عدم تنفيذ عقد الوكالة . فالأمر يتعلق إذن بتجديدين متتابعين : الأول بسبب عدم التنفيذ ، والثانى بواسطة الحكم .

والحكم موضوع التعليق قد يبدو وكأنه مجرد تأكيد لحكم النقض الصادر فى ٢٠ يناير ١٩٣٢ (٨٥) . ومع ذلك فإن هذا الحكم الأخير ، لا يقيم أدنى تفرقة مستمدة من جسامته الخطأ . وقد دفع هذا ببعض المعلقين الى القول بأن كل الأحكام الصادرة فى موضوع المسئولية

(٨٤) نقض مدنى ، قسم تجارى ، ٢٠ ديسمبر ١٩٤٧ . باللوز ١٩٤٨ ، ٥٧٧ .

تعليق چورج ريبير ، جيرسى كلاسير ، ١٩٤٨ ، ٢ ، ٤٢٦٩ ، تعليق بيكيه .

(٨٥) سبرى ، ١٩٣٢ ، ١ ، ١٠٥ ، تعليق روسو .

سواء كانت عقدية أو تقصيرية هي أحكام منشئة لالتزامات جديدة .
فكما يقول موريل « فى كلمة واحدة ، الحق فى التعويض ،
يولد يوم صدور الحكم الذى قرره ، بدون أن نفرق بين الخطأ
العقدى والخطأ التقصيرى » (٨٦) .

ومع ذلك فإنه يجب بعد صدور حكم ٢ ديسمبر ١٩٤٧ ، مراعاة
التفرقة التى أقامها هذا الحكم داخل المسئولية العقدية ، بين الخطأ
الجسيم والخطأ غير الجسيم .

ونلاحظ أخيراً أن أول حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية
مؤكددة فيه الطبيعة المنشئة للحكم بالتعويض ، كان قد صدر فى نطاق
المسئولية العقدية (٨٧) .

وباختصار ، ففى الحالات التى يكون فيه الخطأ العقدى عادياً ،
يحدث تجديد واحد عند اجتماع عناصر المسئولية . ويكون الحكم فى
هذه الحالات كاشفاً عن الالتزام الذى نشأ بسبب الخطأ . أما إذا كان
الخطأ العقدى جسيماً ، فإنه يحدث تجديد ثان بواسطة الحكم الذى
ينشئ فى هذه الحالة التزاماً جديداً . وسواء كان هناك تبرير لهذا
القضاء أم لا ، فهذا هو المعنى الصحيح للقضاء الفرنسى فى هذه
المسألة . وننتقل الآن الى دراسة التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية
التقصيرية .

(٨٦) موريل ، التعويض المستحق على التاجر ، وخاصة بسبب عمل غير مشروع
سابق على افلاسه ، مجلة الافلاس ، جـ ٢ ، ١٩٣٧ ، ص ٣٤٦ ؛ وفى نفس
المعنى ، دنريه ، طبيعة الأحكام الصادرة بالتعويض ، المجلة الانتقائية للتشريع
والقضاء ، ١٩٣٧ ، ص ٣٩٨ وما بعدها .

(٨٧) عرائض ، ٦ يوليو ١٨٥٧ ، باللوذ العملى ، ١٨٥٧ ، ١ ، ٤٤٠ ؛ انظر فى
الطبيعة العقدية للنزاع ، دنريه المرجع السابق ، ص ٣٩٨ ؛ هيمار ، التعليق
السابق ، ص ٧٠٥ .

المبحث الثانى

التجديد الضرورى فى نطاق

المسئولية التقصيرية فى القانون الحديث

٢٦٤ - الالتزامان :

التحليل الصحيح للقانون المدنى الفرنسى لا يمكن أن يغفل الحقيقتين التاليتين : أولاً العمل غير المشروع مصدر للالتزام بالتعويض . وثانياً الحكم بالتعويض هو مصدر الالتزام بدفع التعويض المحكوم به . والحقيقة الأولى يؤكدتها التقنين والقضاء . أما الحقيقة الثانية فيؤكدها القضاء . وانكار أى من هاتين الحقيقتين هو انكار للقانون الوضعى . أما الاعتراف بالحقيقتين ، فيعنى الاعتراف بالتجديد الضرورى فى موضوع المسؤولية التقصيرية . فالالتزام بدفع التعويض الناشئ عن الحكم ، يدل محل الالتزام باصلاح الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع .

والحقيقة الأولى لم يشكك فيها أحد . فالمادة ١٣٨٢ من تقنين نابليون ، المقابلة للمادة ١٦٣ من التقنين المدنى المصرى ، تؤكد بوضوح أن الخطأ التقصيرى ينشئ الالتزام بتعويض الضرر . والقضاء الفرنسى لم يفكر أبداً فى انكار هذه الحقيقة .

وأحد الأحكام الأولى التى أكدت الطبيعة المنشئة للحكم بالتعويض، أكدت أيضاً بوضوح « أن دعوى التعويض تستند فى سببها الأول الى جريمة التزوير أو استعمال الأوراق المزورة » (٨٨) . والحكم الأول فى الموضوع ، حتى وإن كانت لغته غامضة الى حد ما ، فإنه يؤكد أن « الفعل هو الذى يؤدى الى انشاء الالتزام » (٨٩) . ويؤكد

(٨٨) نقض مدنى ، ٢٢ أكتوبر ١٩٠١ ، باللوذ العملى ، ١٩٠١ ، ١ ، ٥٢٧ .

(٨٩) عرائض ، ١٩ يناير ١٨٩٨ ، باللوذ العملى ، ١ ، ٤٧٣ ، مع تقرير المستشار مارينو ؛ باللوذ العملى ، ١٨٩٩ ، ١ ، ٥ ، تعليق ليون كان . أما حكم ٦ يوليو ١٨٥٧ فهو يتعلق بالمسئولية العقيدية .

حكم آخر هام نفس المبدأ بقوله « التزام الشركة بالتعويض بسبب الخطأ ، يرجع الى تاريخ وقوع الحادث » (٩٠). وكذلك فإن حكم ٢ أبريل ١٩٤١ يؤكد أن الخطأ التقصيري يكون « الواقعة التي أنشأت الالتزام بالتعويض » (٩١).

ولذلك فإن محكمة النقض الفرنسية لا تستحق النقد الذي وجهه اليها بعض الفقهاء من أنها « نسيت أن الجريمة وشبه الجريمة مصادر للالتزام ، مثل العقد وشبه العقد » (٩٢). والصحيح أن محكمة النقض الفرنسية تعترف دائماً بالعمل غير المشروع كمصدر للالتزام . ولكن من الصحيح أيضاً أنها تؤكد الطبيعة المنشئة للحكم الصادر بالتعويض .

وهكذا فإن حكم ١٩ يناير ١٨٩٨ يؤكد أن الالتزام لم « ينشأ » قبل الحكم . وحكم ٢٢ أكتوبر ١٩٠١ يؤكد أن الدائن لم يكن « له سند للدين أو حق معترف به » قبل الحكم . ونجد نفس العبارة أيضاً في حكم ١١ أبريل ١٩٠٧ . وحكم ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠ يعلن أيضاً أن الدين « لا يوجد إلا من تاريخ الحكم » (٩٣).

والواقع أن عبارة « أى سند للدين وأى حق معترف به » ، أصبحت الآن عبارة تقليدية . ولا يوجد أحد لم يفهم المعنى الحقيقي الذي يقصده القضاء بخصوص الطبيعة المنشئة للحكم . وأعداء هذا القضاء هم أول من يعترف بهذا المعنى . ومن المحتمل أن وضوح هذه الحقيقة

(٩٠) عرائض ١١ أبريل ١٩٠٧ ، سيرى ، ١٩٠٧ ، ١ ، ٤٣٢ .

(٩١) عرائض ٢ أبريل ١٩٤١ ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٣ ، ٢ ، ٢٠٩٦ ، تعليق بيان .

(٩٢) ليون كان ، تعليق على نقض عرائض ١٦ ديسمبر ١٨٩٦ ، ١٩ يناير ١٨٩٨ ، باللوذ العملى ، ١٨٩٩ ، ١ ، ٥٠ : ليون مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة للحقوق ، المرجع السابق ، ص ٣١ - ص ٣٢ .

(٩٣) عرائض ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠ ، باللوذ ، ١٩٣٠ ، ١ ، ١٤٨ ، مع تقرير المستشار بيلون .

وهي أن الحكم مصدر للالتزام . قد أخفت الحقيقة الأخرى وهي أن العمل المشروع هو أيضاً مصدر للالتزام . خاصة إذا كنا لا نرى إلا التزاماً واحداً ، له مصدر واحد بطبيعة الحال .

وهكذا نجد الأستاذ إسمان ، أحد أعداء فكرة الحكم المنشئ ، ليس فقط في مجال المسؤولية التقصيرية ، بل فكرة الحكم المنشئ في ذاتها ، والتي يرى فيها « وسيلة للصياغة سيئة المستوى » (٩٤) ، يعترف مع ذلك أن كلمة « سند » في هذه الأحكام لا تعني « وسيلة إثبات » ، وإنما تعني « مصدر الحق » (٩٥) .

والواقع أنه رغم معارضة الفقه ، فإن أحداً لم يحاول إنكار ما يقصده القضاء أو يحاول أخذه على غير معناه الحقيقي . ومنذ وقت طويل تم الاعتراف بثبات القضاء في موقفه . وهكذا يقول ليون كان أن القضاء ظل ثابتاً « لا يتغير ولا يتحرك » (٩٦) . ويقول الأستاذ ليون مازو ، أن هذا القضاء « أصبح اليوم مؤكداً بطريقة نهائية » (٩٧) . وقد أشرنا من قبل إلى تعبير معادل صدر عن رئيس محكمة النقض المستشار بيان .

فمن المؤكد إذن أن هناك التزاماً قد نشأ عن العمل غير المشروع وقبل الحكم ، وأن التزاماً آخر لم ينشأ إلا بعد الحكم وبسبب الحكم . ومن المؤكد أننا بصدد التزامين متميزين ومتتابعين . وإلا لكنا نقول بأن التزاماً يوجد ولا يوجد في نفس الوقت ، وهذا تناقض فاضح ، على حد تعبير الأستاذ موريل ، لا يليق بمحكمة النقض . وما بين السخرية من محكمة النقض ، وبين تفسير قضائها طبقاً لفكرة

(٩٤) إسمان ، تعليق جيرس كلاسير ، ١٩٤٩ ، ٢ ، ٤٩١١ .

(٩٥) آثار الأحكام القضائية والاعتراف وإنشاء الحقوق ، رسالة ، باريس ١٩١٤ ص ١٤٦ .

(٩٦) ليون كان ، تعليق ، عرائض ، ١١ أبريل ١٩٠٧ ، سيرى ١٩٠٧ ، ١ ، ٤٣٣ .

(٩٧) ليون مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، المرجع السابق ص ٣٠ .

معروفة فى القانون الرومانى ، وياخذ بها بعض كبار الفقهاء ، المعاصرين (فكرة حلول التزام محل التزام آخر) . فإننا لا شك نأخذ بالاختيار الثانى .

٢٦٥ - حلول التزام محل التزام آخر :

من الممكن أن نتصور ثلاثة التزامات وتجديدين . فهناك أولاً الالتزام القانونى بعدم الإضرار بالغير . والإخلال بهذا الالتزام ينشئ التزاماً بإصلاح الضرر (٩٨) . وهذا الالتزام يتحول بدوره من خلال الحكم الى التزام بدفع التعويض المحكوم به .

ومع ذلك فيوجد اتجاه فى الفقه الى عدم الاعتداد بالالتزام الأول وهو الالتزام القانونى بعدم الإضرار بالغير . لأن الأمر هنا يتعلق بواجب قانونى أكثر منه بالالتزام بالمعنى الصحيح لهذا الاصطلاح . وهذا الواجب القانونى لا يظهر فى الجانب الإيجابى لزمة الدائن ، كما لا يظهر فى الجانب السلبي لزمة المدين (٩٩) . ولنفس السبب فإن تحول هذا الواجب الى التزام بتعويض الضرر لا يعتبر تجديدًا بمعنى الكلمة ، حيث يوجد هنا حلول لالتزام محل واجب قانونى ، وليس محل التزام آخر . فلا يبقى بعد ذلك إلا التزامان بمعنى الكلمة : الالتزام بتعويض الضرر ، والالتزام بدفع مبلغ التعويض المحدد فى الحكم . وهكذا فلا يوجد إلا تجديد واحد ، وهو ما يحدث بواسطة الحكم . وهذا الاتجاه هو السائد الآن لدى معظم أنصار فكرة التجديد الضرورى فى مسائل للمسئولية التقصيرية .

وهناك دراسة تستحق الذكر . وهى رسالة الدكتوراة للأستاذة لوسيين ريبير عن « تعويض الضرر فى المسئولية التقصيرية » (١٠٠) .

(٩٨) راجع نظرية بلانيول ، ما سبق ، فقرة ٢٥٨ : راجع أيضاً جورج ريبير ،

القاعدة الأخلاقية والالتزامات المدنية . طبعة ٤ ، ١٩٤٩ ، ص ٢٣٨ - ص ٢٣٩ .

(٩٩) پول دوبييه ، الحق والمراكز القانونية ، باريس ، داللو ، ١٩٦٢ ، ص ١٠٢ .

(١٠٠) رسالة . باريس ، ١٩٢٣ .

فهى كانت أول من « أنكر » الخلط بين التزامين كل منهما متميز عن الآخر : الالتزام باصلاح الضرر ، والالتزام بدفع مبلغ التعويض المقرر فى الحكم ، (١٠١) .

ومع ذلك فقد أخطأت الأستاذة عندما اعتبرت التحول الذى يحدث بواسطة الحكم ، هو نتيجة للسلطة البريتورية للقضاة . والواقع أننا قد ذكرنا من قبل ، أن التحول الذى كان يحدث فى القانون الرومانى ، كان يتم بواسطة الحكم القضائى ، وليس بواسطة السلطة البريتورية للقضاة (١٠٢) .

ولا يمنع هذا أن هذه الرسالة قد لاقت قبولا كبيرا فى الفقه . فنجد الأستاذ لالو بعد توجيه المديح الى هذه الرسالة باعتبارها « رسالة رائعة للدكتوراه » ، يؤكد أن « الالتزام بالتعويض يوجد منذ يوم حدوث الضرر ... أما الالتزام بدفع مبلغ التعويض فلا يوجد إلا بعد صدور الحكم بتحديد مبلغ التعويض » (١٠٣) .

والأستاذ سافتييه ، يقيم أيضا نفس التفرقة ، بين « الالتزام باصلاح الضرر » و « الالتزام بدفع التعويض » (١٠٤) . وكذلك فإن الأستاذ جيرفزيه يعلن أن « المحكمة هى التى تحدد طبيعة ومقدار الالتزام بالتعويض ، وتحوله الى التزام بدفع مبلغ من النقود » (١٠٥) . وتأكيدها لهذا الاتجاه السائد فى الفقه يقول الأستاذ كاربونييه « هذا

(١٠١) للرجع السابق ، ص ١٣٨ .

(١٠٢) راجع ما سبق ، فقرة ٢٥٦ .

(١٠٣) هنرى لالو ، كاشف أم منشئ : (طبيعة الأحكام الصادرة فى مسائل المسئولية المدنية) ، باللوز الأسبوعى ، ١٩٣٦ ، ص ٧١ .

(١٠٤) رينيه سافتييه ، موسوعة المسئولية المدنية فى القانون الفرنسى ، طبعة ٢ ، ١٩٥١ ، ص ١٩٩ .

(١٠٥) جيرفزيه ، تعليق على حكم لمحكمة ليون ، ٢٢ نوفمبر ١٩٥٤ ، سيرى ١٩٥٦ ، ص ٦٢٨ : أضف دينرى ، طبعة الأحكام الصادرة بالتعويض ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ - ص ٣٩٤ .

النوع من التجديد معترف به فى المسئولية التقصيرية ، حيث يعتبر الحكم بالتعويض حكماً منشئاً ، . ويضيف الى ذلك قوله بأن «الالتزام باصلاح الضرر هو التزام بعمل ، سيتحول بواسطة الحكم الى التزام يدفع مبلغ من النقود فى معظم الحالات » (١٠٦) . وبالمثل فإن الأستاذ روبييه يرى أن «الالتزام باصلاح الضرر ... يؤدى الى التزام يدفع مبلغ التعويض » (١٠٧) .

وحتى نفهم جيداً فكرة القضاء عن التجديد الضرورى ، لا بد من مقارنتها بالنظريات الفقهية فى نفس الموضوع .

٢٦٦ - النظرية القضائية فى التجديد الضرورى مقارنة بالنظريات الفقهية :

توجد نظريات فقهية عديدة تخالف القضاء ولا تعترف إلا بوجود التزام واحد . وهذه النظريات مختلفة فيما بينها .

فهناك أولاً النظرية التقليدية ، والتي بمقتضاها ينشأ التزام عن العمل غير المشروع ، بتعويض الضرر . والمطالبة القضائية لا تخلق أى عنصر جديد ، فالحكم يكشف عن الحق فى التعويض دون أن يخلق حقاً جديداً . والالتزام بالتعويض الذى ينشأ من يوم وقوع الضرر ، لا ينقضى إلا بسبب من الأسباب المعروفة لانقضاء الالتزام كالوفاء مثلاً . والحكم ليس من أسباب انقضاء الالتزام . وهذه النظرية هى أساس كل الاعتراضات السابق ذكرها على موقف القضاء . ولكنها لم تحدث أى تأثير ، على انقضاء ، كما لاحظ ليون كان ، أحد أنصار هذه النظرية (١٠٨) .

(١٠٦) جان كاريونيه ، القانون المدنى ، ج ٢ ، ١٩٥٩ ، فقرة ١٥٣ ، ص ٥٠٨ وفقرة ١٩٥ ، ص ٦٨٦ . ويلاحظ أن الأستاذ كاريونيه يعترف بثلاثة التزامات متعاقبة ويحدث التجديد مرتين .

(١٠٧) پول روبييه ، الحق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ .

(١٠٨) ليون كان ، تعليق على نقض عرائض ١١ أبريل ١٩٠٧ ، سيرى ، ١٩٠٧ ، ٤٣٣ ، ١ .

وهناك نظرية ثانية لا تعترف إلا بوجود التزام واحد فى نطاق المسئولية التقصيرية ، هى نظرية الأستاذ جيز . وطبقاً لهذه النظرية لا ينشأ الالتزام عن العمل غير المشروع ، ولكن عن الإرادة المنفردة للمضرور . وفى رأى الأستاذ جيز فإن إرادة الانسان وحدها هى القدرة على إنشاء الالتزامات . وعندما يتقدم المضرور الى القضاء بالمطالبة بالتعويض ، فإنه يعبر عن ارادته فى الحصول على مبلغ التعويض . وفى هذه اللحظة ينشأ الالتزام بالتعويض . أما الحكم الذى يصدر بعد ذلك فهو يكشف عنه فقط^(١٠٩) . ومن الواضح أن هذه النظرية تناقض التقنين والقضاء .

ومن النظريات المناهضة للقضاء ، نظرية الأستاذ ديجى . فهو ينكر أن يكون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام . لأن العمل المخالف للقانون لا يؤدى الى انشاء مركز قانونى . والحق فى التعويض لا ينشأ إلا عن الحكم . والأستاذ ديجى لا يأخذ بفكرة التجديد الضرورى إلا فى نطاق المسئولية العقدية . أما فى نطاق المسئولية التقصيرية ، فإن السؤال لا يعرض أصلاً ، لأنه قبل الحكم لم يكن هناك حق موجود حتى يمكن أن يتحول بواسطة الحكم الى حق آخر^(١١٠) . ومن الواضح أنه لا يمكن إلحاق نظرية ديجى بنظرية القضاء كما يذهب إلى ذلك البعض . أما نظرية ديموج عن خلق الحق على مراحل متتابعة : الخطأ ، ثم الضرر ، ثم رفع الدعوى ، فلا تتفق هى الأخرى مع نظرية القضاء . فحسب نظرية ديموج فإن الحق لا يوجد إلا عند اكتمال العناصر المتتالية . ويكون ذلك يوم صدور الحكم^(١١١) . والواقع أن هذه الفكرة

(١٠٩) جيز ، المبادئ العامة للقانون الإدارى ، طبعة ٢ ، ص ٤٨ . انظر فى نقد هذه النظرية ، ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٨٧ .

(١١٠) راجع ما سبق ، فقرة ٢٦٠ .

(١١١) ديموج ، موسوعة الالتزامات ، باريس ١٩٢٤ ، ج ٤ ، ص ٢٤٤ ، و ص ٢٤٦ .

الغامضة عن نشأة الحق على مراحل لا يمكن تقريبها من فكرة نشأة الحق بواسطة التجديد أو بواسطة التحول . ولذلك فمن الأفضل التوقف عن تفسير نظرية القضاء بواسطة أفكار ديموج .

وأخيراً فإن نظرية جوليو دى لامور أنديير ، التى تفرق بين انشاء الحق وبين سيولته ، لا تتفق هى الأخرى مع نظرية القضاء . لأنه بحسب نظرية الأستاذ فلا يوجد إلا التزام واحد ناشئ عن العمل غير المشروع . أما الحكم فهو لا يحقق لهذا الالتزام إلا السيولة والقوة التنفيذية دون أن يخلق منه التزاماً جديداً . وهذه الفكرة يمكن إلحاقها بالنظريات الفقهية التقليدية (١١٢) .

وباختصار فإن كل نظرية لا تعترف إلا بالالتزام واحد ، سواء نشأ هذا الالتزام عن العمل غير المشروع ، أو رفع الدعوى ، أو صدور الحكم أو باجتماع هذه العناصر معاً ، لا يمكن أن تشرح نظرية القضاء . وبعض هذه النظريات قد وضعت بقصد شرح نظرية القضاء . والبعض الآخر وضعت بقصد رفض نظرية القضاء . ولذلك فهى نظريات متعارضة بعضها مع البعض الآخر فى كثير من الأحيان ، ولكنها تتفق فى فكرة واحدة هى رفض فكرة التجديد الضرورى التى تقوم عليها نظرية محكمة النقض الفرنسية .

٢٦٧ - آثار الالتزامين المتعاقبين :

الحق فى اصلاح الضرر ينشأ من وقت حدوث الضرر . ومن هذا الوقت يبدأ تقادمه ، ويصبح قابلاً للحالة (١١٣) . وفى نفس اليوم يبدأ حق المضرور فى اتخاذ الاجراءات التحفظية على ذمة مدينه ، مثل

(١١٢) جوليو دى لامور أنديير ، التطور الحديث فى نظرية الالتزامات ، دروس للدكتوراه ، ١٩٤٤ - ١٩٤٥ ، ص ١٦٧ وما بعدها .

(١١٣) نقض مدنى ، ١٦ يوليو ١٩٤٧ ، جيسر كلاسير ، ١٩٤٧ ، ٢ ، ١٩٤٧ ، تعليق جان مازو : نقض جنائى ٩ ديسمبر ١٩٣٧ ، سيرى ، ١٩٤٢ ، ١٠ ، ٤١ ، تعليق رو .

أخطار المؤمن عليه بالحادث ، لتفادى سقوط حق مدينه مرتكب الحادث،^(١١٤) وكذلك فإن الحق المباشر للمضرور فى مواجهة المؤمن ، والذي ينشأ عن القانون مباشرة ، يوجد من يوم وقوع الحادث،^(١١٥).

وكذلك فإن المضرور يستطيع التمسك بحقه فى حالة المصادرة العامة لأموال المسئول ، إذا حدث الضرر قبل المصادرة^(١١٦).

وبالعكس فإن الالتزام بدفع مبلغ التعويض لا ينشأ إلا بواسطة الحكم . واعتباراً من تاريخ الحكم يبدأ استحقاق الفوائد القانونية^(١١٧).

وقد سبق أن ذكرنا أنه لا يحتج بالصلح فى حالة الإفلاس ، فى مواجهة من صدر له حكم بالتعويض إذا صدر هذا الحكم بعد الصلح . وأخيراً فإن التعويض اللازم لإصلاح الضرر ، يجب تقديره بحسب قيمة الضرر وقت صدور الحكم^(١١٨).

وهناك ملاحظة هامة جداً جديرة بالفكر ، وهى أن آثار الالتزامين المتعاقبين على النحو الذى قرره القضاء ، لم تكن نتيجة ضرورية لفكرة التجديد . فهذه الفكرة لا تمنع فى الواقع أن تكون آثار الالتزام الثانى قد بدأت مع الالتزام الأول ، أو أن تستمر آثار الالتزام الأول مع

(١١٤) عرائض ، ٣٠ نوفمبر ١٩٢٦ ، باللوز العملى ، ١٩٢٨ ، ١ ، ٤٩ ، تعليق جوسران .

(١١٥) نقض مدنى ١٥ يونيو ١٩٤١ ، جيرس كلاسير ، ١٩٣٢ ، ١ ، ١٦٩ ، تعليق إسمان .

(١١٦) محكمة بوردو المدنية ، ٢١ مايو ١٩٤٧ ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٧ ، ٢ ، ٣٩٠١ ، تعليق جان مازو .

(١١٧) عرائض ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠ ، باللوز ١٩٣٠ ، ١ ، ١٤٨ ؛ راجع تعليق هنرى وليون مازو ، فى المجلة الفصلية للقانون للندى ، ١٩٤٣ ، ص ١١١ والأحكام الأخرى المشار إليها فى رسالتنا للدكتوراه ، الالتزام القضائى ، ١٩٦٤ ، ص ١٢١ .

(١١٨) نقض عرائض ، ٢٤ مارس ١٩٤٢ سيري ، ١٩٤٢ ، ١ ، ١٣٥ ؛ ليون مازو . تطور الضرر وارتفاع الأسعار أثناء نظر الدعوى ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٢ ، ١ ، ٢٧٥ .

الالتزام الثانى . فالقضاء ، يعتد باعتبارات أخرى غير تلك التى تفرضها فكرة معينة من أفكار الصياغة القانونية .

ومن المهم أيضاً أن نذكر أن القول بوجود التزامين متعاقبين ، قد تم استخلاصه من التعبيرات الصريحة لأحكام القضاء . وهكذا فإن الأحكام المتعلقة بعدم الاحتجاج بالصلح فى حالة الإفلاس تؤكد ميلاد حق من تاريخ العمل غير المشروع ، وميلاد حق آخر من تاريخ الحكم . فالواقع أن القضاء يصدر عن اقتناع واضح بالدور التجديدى للحكم .

والخلاصة هى أنه بحسب قضاء محكمة النقض الفرنسية ، فإن الحكم بالتعويض فى نطاق المسئولية التقصيرية ، هو حكم مجدد ومنشئ ومصدر للالتزام .

٢٦٨- مناقشة عامة للفصل الأول : تأثير الخصومة على الحق .

رأينا فى دراستنا السابقة أن التجديد الضرورى ، سواء فى القانون الرومانى أو القانون الحديث ، يحدث دائماً بمناسبة المنازعة فى حق قائم من قبل . وسواء حدث التجديد بمجرد عدم التنفيذ ، أو الاعذار ، أو المطالبة القضائية ، أو الخصومة ، أو الحكم ، وسواء حدث التجديد مرة واحدة أو مرتين متتابعتين ، فتوجد دائماً الفكرة فى أن المنازعة فى الحق تكلفه حياته . وتوجد أيضاً الفكرة فى أن حماية الحق تضع حداً لحياته . وهذا لا يؤدى إلى أى إضرار بمصالح صاحب الحق المنقضى ، لأن نفس الواقعة (المنازعة أو الحماية) تنشئ لمصلحة حقاً جديداً .

وهذه الخلاصة تقوى بطريقة هائلة الحجج التى تستند إليها فكرة التجديد الضرورى فى حالة تعديل العقد بواسطة القاضى . لأنه إذا كانت الحماية القضائية تؤدى إلى انقضاء الحق موضوع الحماية ، فإن التعديل القضائى للحق سيؤدى من باب أولى إلى نفس النتيجة . وهكذا نجد الأستاذ ليون مازو وبالرغم من رفضه الأثر المنشئ للحكم الذى يحكم بما فى العقد ، فإن رأيه يختلف فى حالة ما إذا كان الحكم يمنح نظرة مبسرة للمدين (١١٩) .

(١١٩) ليون مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة للحقوق

ومع ذلك فنحن لا نبحث بأى ثمن عن حجج تؤيد فكرة التجديد
الضرورى فى حالة تعديل العقد . وكأى وسيلة من وسائل الصياغة ،
فإن فكرة التجديد الضرورى يجب أن تبقى فى حدودها المعقولة . فلا
نقبل القول بفكرة التجديد ما لم يكن حلول التزام محل التزام آخر أمراً
واضحاً لا يقبل الشك . ولذلك فنحن نعارض النظريات الرومانية
والحديثه عن التجديد الضرورى . وفى تقديرنا أنه لا المنازعة فى الحق .
ولا حمايته تؤدىان الى المساس بوجوده ، لأن فكرة الحق تفترض
امكانية منازعته ، وروبينسون وهو وحيد فى جزيرته لم تكن له حقوق .
وبالمثل فإن الحق لا يمكن تصويره بدون إمكان حمايته . فلا يوجد حق
بدون دعوى . ولا يوجد استثنائات قانونى كما يقول الفيلسوف كانت
بدون قوة سياسية . وهكذا إذا كان وجود الحق غير متصور إلا بإمكانية
المنازعة فيه ، وإلا بضرورة حمايته ، فكيف تنتهى حياته بسبب هاتين
الواقعتين ذاتهما ؟ . يبدو لنا هذا شير منطقى على الإطلاق .

وإذا اقتصر حديثنا على الالتزام ، وهو وحده موضوع دراستنا ،
فإننا يمكن أن نعبر عن فكرتنا بعبارات أخرى . الجزء لا يضع نهاية
لالتزام ، لأنه هو ذاته عنصر من عناصر الالتزام . ولتوضيح
ذلك نقول أن كل التزام يتحلل الى عنصرين : الواجب أو المديونية ،
والمسئولية أو الجزء .

وهذا التحليل للالتزام لم يستقبل فى فرنسا استقبالاً حسناً .
فالأستاذ ديموج يقارنه بشئ من السخرية بتحليل الذره (١٢٠) ، والأستاذ
مارتى ورينو ينكران أهميته فى القانون الفرنسى (١٢١) . وعلى العكس
فإن الفقه المصرى يبدو مؤيداً لهذا التحليل بصفة عامة (١٢٢) . وفى

- المرجع السابق ، ص ٢٢ .

(١٢٠) مقدمة رسالة بويبا ، فكرة الواجب والمسئولية وتطبيقها فى القانون
الفرنسى ، باريس ١٩٣٥ ، ص ٩ .

(١٢١) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٨

(١٢٢) انظر المرجع المشار اليها فى رسالة اسماعيل غانم عن الذمة المالية فى -

تقديرنا أن هذا التحليل صحيح ومفيد للغاية ، وهو يشرح بعمق فكرة الالتزام ويمكن تطبيقه على مختلف النظم القانونية . فهذا التحليل لا ينتمى الى نظام قانونى معين ، ولكن ينتمى الى فكرة الالتزام ذاتها ، فى أكثر معانيها تطوراً واكتمالاً .

وإذا كان الرومان لم يعرفوا هذا التحليل ، فإنهم كانوا مع ذلك يستخدمون اصطلاحى « الواجب والالتزام » بمعنى واحد ، كما يقول الأستاذ كورنيل فى دراسته المتعمقة لهذا الموضوع (١٢٣) . وفى بداية تطور القانون الرومانى ، فإن كلمة التزام لم تكن تشمل العنصرين معاً . ومع ظهور عقد الاشتراط أصبح اصطلاح الالتزام يشمل العنصرين معاً .

وبطبيعة الحال فإن هذا التطور لم يحدث استجابة الى نوع معين من أنواع الصياغة القانونية . فالتطور الطويل البطئ حدث بغير خطة وبغير برنامج . ومثل هذه الخطة أمر غير متصور . فكيف يمكن التخطيط للوصول الى فكرة غير معروفة من قبل ؟

وباختصار فإنه قبل ظهور عنصرى الالتزام ، لم يكن فى إمكان الفقهاء التعرف عليهما . وبعد ظهورهما أصبح الفقهاء يخلطون بينهما . ولهذا فإن فقهاء من أمثال دى فيشر ، وجيرار ، وجيفار ، وماييه ، يرفضون تطبيق هذا التحليل على القانون الرومانى (١٢٤) .

-القانون المصرى والفرنسى ، رسالة ، باريس ١٩٥١ ، القاهرة ١٩٥٧ ، فقرة ١٤ ، ص ٢٣ ، هامش ٢ : عبد العزيز حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، القاهرة ١٩٦٢ ، فقرة ٤٠ ، ص ٩٦ : اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، القاهرة ١٩٥٦ ، فقرة ٨ ، ص ١٦ .

(١٢٣) كورنيل ، الواجب والالتزام ، دراسة حول نشأة فكرة الالتزام فى القانون الرومانى ، الدراسات المهنية الى جيرار ، ١٩١٢ ، ص ٢٠٤ و ٢٠٦ .

(١٢٤) دى فيشر ، مشار إليه فى رسالة ماييه ، نظرية الواجب والالتزام فى القانون الرومانى ، إكس كن بروفانس ، ١٩٤٤ ، ص ١٩٣ ، هامش ١ : جيرار ، الوجيز فى القانون الرومانى ، طبعة ٨ ، باريس ١٩٢٩ ، ص ٤١٩ ، هامش ١ : جيفار ، موجز القانون الرومانى ، ج ٢ ، طبعة ٣ ، ١٩٥١ ، ص ٣ : ماييه ، الرسالة -

ومع ذلك فيبدو لنا من الممكن تطبيق هذا التحليل على القانون الرومانى ، مع ملاحظة أن التطبيق سيكون فى هذه الحالة تفسيراً للقانون الرومانى بوسيلة من وسائل الصياغة الغريبة عنه . وفى هذا المعنى فقط يمكن أن نقبل دراسة الأستاذ كورنيل السابق الإشارة إليها (١٢٥) .

ولكن ما هو المقصود بتحليل الالتزام الى عنصرين : المديونية ، والمسئولية ؟ إذا رجعنا الى دراسة الأستاذ بوبا السابق ذكرها ، وجدنا اختلافات كثيرة بين أنصار هذه الفكرة سواء فى المبدأ ذاته أو التفصيلات ، مما دعا البعض مثل الأستاذ فيرا الى رفض هذا الكم الهائل من عدم الوضوح والتحديد (١٢٦) . ومع ذلك فبدون الارتباط بفقيه معين ، فإن يمكن أن نعطي لهذه الوسيلة من وسائل التحليل والصياغة المعنى الآتى : عنصر المديونية أو الواجب ، يعنى واجب المدين بأن يقوم بأداء معين ، وعنصر المسؤولية يعنى سلطة الدائن فى الحصول على هذا التنفيذ سواء كان عينياً أم بمقابل .

ومن الممكن أن يوجد أحد عنصرى الالتزام دون الآخر . ولكن حتى يكون الالتزام كاملاً فيجب أن يكون العنصران موجودين ومنصهرين معاً . وهذا الشكل العادى للالتزام هو الذى يعيننا هنا .

وهكذا فإن المسؤولية عنصر من عناصر الالتزام . وهذا قول هام نريد أن نستخلص منه النتائج الآتية :

ينبغى أولاً إعلان وحدة مبدأ المسؤولية ، كنتيجة لوحدة مبدأ الالتزام بالرغم من تعدد مصادره .

ومن ناحية أخرى يجب إعلان تعدد مصادر المسؤولية ، بقدر تعدد

- السابقة ، الصفحات ٥٧ ، ٥٨ ، ١٢٥ ، ١٦٥ ، ١٩٤ ، ٢١٧ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

(١٢٥) لم يوضح الأستاذ كورنيل ما إذا كانت وسيلة الصياغة التى يستخدمها فى شرح القانون الرومانى ، مأخوذة منه ، أم غريبة عليه . وهذا ما أدى الى كثير من الخلافات حول هذه الدراسة .

(١٢٦) رسالة بوبا ، المرجع السابق ، ٢٦٨

مصادر الالتزام . وبهذا نتخلص من المشكلة التى لا معنى لها لمعرفة ما هى مسئولية القانون العام لنخضع لها المنازعات المتعلقة بالالتزامات الأخرى غير العقدية وغير التقصيرية . فكل فعل منشئ للالتزام ، ينشئ فى نفس الوقت الدين ، والمسئولية التى تتعلق به . فالعمل غير المشروع مثلاً ينشئ الدين باصلاح الضرر والمسئولية فى اقتضاء هذا الاصلاح . ونفس الشئ يصدق على المصادر الأخرى للالتزامات .

ويجب أيضاً ملاحظة أن المسئولية تولد فى نفس الوقت الذى يولد فيه الدين ، ومع ذلك فإن المسئولية لا تبدأ فى العمل إلا من الوقت الذى لا ينفذ فيه المدين الدين باختياريه ، مع استثناء الإجراءات التحفظية المسموح بها ، قبل أن يكون المدين متأخراً فى أداء واجبه .

وأخيراً فإن المسئولية ليست مصدراً للالتزام جديد ، لأنها بحسب تعريفها عنصر من عناصر الالتزام القائم ، وتقتصر وظيفتها على ضمان التحقيق الكامل لهذا الالتزام . وهكذا فإن المنازعة فى العنصر الأول للالتزام وهو الواجب أو الدين ، لا يؤدى الى انقضاء الالتزام فى مجموعه ، ولكنها تؤدى فقط الى تحريك العنصر الثانى فيه وهو المسئولية . وبالمثل فإن الحماية التى يحققها هذا العنصر الثانى لا تضع نهاية لحياة الالتزام ، بل على العكس فإنها تؤكد وجوده فى مواجهة العقوبات . فلا المنازعة ولا الحماية من شأنهما أن يؤدىا الى انقضاء الالتزام . فمادام التصرف يرجع الى أحد عنصرى الالتزام فإنه لا يؤدى الى انقضائه . ويوجد مجال لانقضاء الالتزام فقط فى الحالات التى نخرج فيها عن نطاق الالتزام ، ونتجه الى تعديله أو تغييره . وهذا هو موضوع الفصل الثانى .

٢٦٩ - خاتمة :

غنى عن الذكر أن انتقادنا للنظريات الرومانية ، والنظريات الحديثة الفقهية والقضائية ، لا يقصد به انكار الحقائق التاريخية ، أو حقائق القانون الوضعى الحديث . فالتجديد الضرورى تم تصوره فى كل مراحل النزاع : عدم التنفيذ ، الاعذار ، المطالبة القضائية . الخصومة .

والحكم . ومع ذلك فإن القول بالتجديد فى كل هذه المراحل يبدو لنا
منتقداً . وعلى العكس فإن فكرة التجديد تبدو لنا معقولة ، بل لا
غنى عنها أبداً ، عندما يقوم الحكم بتعديل الالتزام العقدى ،
متخطياً بذلك عناصره .

الفصل الثانى

الحكم مصدر للالتزام

منطوق نظرية الالتزام القضائى هو الآتى : عندما يقوم الحكم بتعديل التزام عقدى فإنه يؤدى الى انقضائه ، وانشاء التزام جديد يحل محله . ويكون الحكم فى هذه الحالة مجدداً ومنشئاً ومصدراً للالتزام . وسندرس فى مطلب أول التعديل المنشئ للالتزام القضائى ، وندرس فى مطلب ثان فكرة الحكم المنشئ للالتزام .

المطلب الأول

التعديل المنشئ للالتزام القضائى

٢٧٠ - العقد : فكرة وقرينة :

العقد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية . فالقوة الملزمة للعقد تقوم على أساس قرينة بسيطة هى افتراض مطابقة العقد للعدل . والعدل هنا عدل مصنوع ومصطنع يفترض أنه مطابق للعدل فى ذاته . فما معنى ذلك ؟

فى نطاق وسائل الصياغة القانونية ، فإن القرينة تلعب دوراً فى الاثبات ، ولكنها تلعب كذلك دوراً هاماً فى صياغة القواعد القانونية الموضوعية ، ويكون ذلك إما عن طريق الدخول فى مضمون القاعدة بإحلال فكرة محل أخرى ، وبصفة خاصة إحلال الكم محل الكيف ، كإحلال سن الرشده محل فكرة اكتمال الادراك ، أو عن طريق تبرير وجود القاعدة كما هو الشأن فى تبرير وجود قاعدة القوة الملزمة للعقد^(١).

وقد أبرز الأستاذان جنى ودابان الدورين المختلفين للقرينة فى الاثبات وفى صياغة القواعد القانونية . فالأول يتحدث عن القرينة

(١) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ١١٦ وما بعدها .

بالمعنى الواسع والقرينة بالمعنى الضيق (٢) . أما الثانى فهو أكثر تحديداً إذ يفرق بين القرينة كوسيلة اثبات ، والقرينة كفكرة قانونية (٣) .

والقرينة كفكرة قانونية أو كوسيلة من وسائل صياغة القواعد القانونية للموضوعية ، توجد فى العديد من القواعد القانونية ، ومنها قاعدة العقد . فقرينة العدالة تضع مبررات هذه القاعدة . لأنه من المعقول أن أحداً لا يتلقى الظلم بإرادته ، وأن كل شخص أقدر من غيره على حماية مصالحه الخاصة طبقاً للعقل والعدل . فمن المفترض إذن أن العقد يعبر عن العدل ، وأن من قال عقداً فقد قال عدلاً . ومن هنا وجدت قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين . ففكرة العقد تقوم إذن على قرينة معينة . فالأمر يتعلق إذن بقرينة تؤدي الى فكرة قانونية ، أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية أو الى انشاء قاعدة قانونية . وفى هذا المعنى تتلاقى تأكيدات فقهاء مثل جونو (٤) ، ومورى (٥) ، وفالين (٦) ، وغيرهم .

ولكن بحسب تعريفها فإن القرينة تعبر عن الحقيقة فى معظم الأحيان ، ولكنها تخالف الحقيقة فى بعض الأحيان الاستثنائية . ويجب التغاضى عن هذه الحالات الاستثنائية ، حتى يكون فى الامكان وضع قواعد عامة للقانون . وفى هذه الحالات الاستثنائية فإن القرينة تميل الى أن تصبح حيلة قانونية ، (٧) .

والواقع أن كل قرينة قانونية تنطوى على امكانية الحيلة فى بعض

(٢) نرسوا جنى ، العلم والصياغة ، ج ٣ ، ص ٢٢٤ وما بعدها ، ص ٢٦٤

(٣) جان دلبان ، وسائل صياغة القانون الوضعى ، باريس ، ١٩٣٥ ، ص ٢٣٥ وما بعدها .

(٤) جونو ، مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الخاص ، رسالة ، نيجون ، ١٩١٢ ، ص ٣٨٧ .

(٥) مورى ، دراسة حول فكرة المعادل فى القانون المدنى الفرنسى ، رسالة ، تولوز ، ج ١ ، ١٩٢٠ ، ص ١٦١ ، ص ١٧٧ .

(٦) فالين ، الفردية والقانون ، طبعة ٢ ، ١٩٤٩ ، ص ١٧٧ .

(٧) دلبان ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤

الأحيان ، وهذه هي ضريبة التعميم اللازمة لصياغة القواعد القانونية العامة .

ومع ذلك فيبدو من اللازم أن نفرق بين الحيلة القابلة للتعرف عليها ، وبين الحيلة التي لا يمكن التعرف عليها . وفي هذه الحالة الأخيرة سيكون من المستحيل التحقق من اختفاء الحقيقة . وعلى العكس فإنه في الحالة الأولى سيكون من السهل التحقق من اختفائها .

فمن السهل على سبيل المثال القول أنه في حالة الغبن الجسيم الناشئ عن ظروف خاصة كالاستغلال أو الظروف الطارئة ، أن العقد أصبح مخالفاً للعدالة . وفي الحالات التي يمكن فيها التعرف على الحيلة فإنه يمكن مهاجمتها دون تحطيم القاعدة ذاتها ، إلا في حدود الحالات المذكورة .

وعدم إدراك الأستاذ جونو لهذه التفرقة ، أدى به الى عدم الوضوح الذي يعترف هو به ، في رسالته الهامة عن مبدأ سلطان الارادة ، السابق الإشارة اليها (٨) .

وباختصار فإن العقد يقوم على قرينة مطابقته للعدالة ، وهي قرينة يمكن أن تصبح حيلة في بعض الحالات . فإذا أصبحت هذه الحيلة واضحة يمكن التعرف عليها فإنه يمكن في هذه الحالة مهاجمتها بما يؤدي الى تحطيم فكرة العقد في حدود الحالات المذكورة فقط . وهكذا فإن التحديك ضد العقد يصبح تحركاً ضد حيلة مصطنعة للعدل . فقرينة العدل تبرر مبدأ العقد ، واكتشاف الحيلة يبرر تحطيمه في حالات استثنائية .

(٨) الرسالة السابق ذكرها ، ص ٤٥٢ . وتقوم كل رسالة جونو على فكرة أنه ، في مجال العقد ، لا يوجد سوى مبدأ مطلق واحد هو العدل ، (ص ٢٨٧) . ومع ذلك فهو أحياناً يستخلص من هذا المبدأ نتائج المنطقية ويسمح للقاضي باخضاع العقد لمبادئ العدل التبادلي ، (ص ٢١٠ - ٢١١) ، وفي أحيان أخرى يرفض إعطائه هذه السلطة .

وتنبغى ملاحظة أنه فى الحالات التى تتعلق بموضوع دراستنا ، وهى حالات تعديل القاضى للعقد ، فإننا لانكون بصدد تعبير مألوف فى العلاقة بين القانون والعقد . فما هى هذه العلاقة ؟

٢٧١ - القانون والعقد : تدرجهما :

نحن نواجه هذه العلاقة بين القانون والعقد من زاوية مبدأ السببية أو مبدأ السبب المنشئ^(٩) . وطبقاً لهذا المبدأ ، فإن كل سبب منشئ يعتمد على سبب آخر أعلى منه . فيوجد دائماً تدرج للأسباب . فإذا كان العقد هو المصدر المباشر للعقد ، فإن القانون هو مصدره غير المباشر . وفى مجتمع سياسى ، فإن العقد يستمد قوته من التشريع أو من مصادر القانون الوضعى بصفة عامة . ولكن اعتماد العقد على القانون بهذا المعنى ، لا يؤثر فى طبيعته المنشئة للالتزام ، لأن فكرة التدرج من صميم مبدأ السببية ذاته .

وبهذا فنحن نستبعد كل وجهات النظر الأخرى عن العلاقة بين العقد والقانون .

فنحن نستبعد رأى بعض الكتاب التقليديين ، الذى يقول بأن الالتزام العقدى يوجد مستقلاً عن القانون الذى يتدخل فقط بعد نشأة الالتزام العقدى ليمنحه القوة ويضمن تنفيذه^(١٠) .

ونحن نرفض أيضاً الرأى العكسى الذى يذهب الى أن القانون هو المصدر الوحيد للالتزام العقدى . فالعقد لا يعدو أن يكون واقعة مادية ، أو تصرف شرطى ، أو تصرف ألى ، يرتب عليه القانون نشأة الالتزام^(١١) .

(٩) راجع فى شرح مبدأ السببية ، كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ٧٦ ، ص ٢٣٤ وما بعدها .

(١٠) تولييه . مشار اليه فى لامور لندبير ، التطور الحديث لقانون الالتزامات ، السابق الاشارة اليه ، ص ١٢٨ .

(١١) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، للرجع السابق . ج ١ ، الصفحات ٢٥١ ، ٢٥٣ ، ٢٣٩ ، ٢٤٨ .

ونرفض كذلك الرأى الذى يذهب الى أن العلاقة بين العقد والقانون هى علاقة تعاون^(١٢) . فهذه الفكرة تعبر عن المساواة وليس التدرج .

ومن ناحية أخرى ، فإن فكرة التدرج التى نقسدها هنا تختلف عن نظرية كلسن فى تدرج القواعد القانونية . فهذا الفقيه يعتبر إبرام العقد ممارسة لوظيفة تشريعية . ويعتبر العقد جزءاً من القانون الوضعى الذى ينتظم فى وحدة هرمية واحدة تشمل قواعد القانون كالتشريع ، وتطبيقات القانون كالعقود . وتعرف هذه النظرية باسم النظرية الأحادية للنظام القانونى . وقد سبق أن أعلننا رفضنا لهذه النظرية وانحيازنا الى النظرية الثنائية ، التى تفرق بين قواعد القانون من ناحية ، وتطبيقات القانون غير المتناهية من ناحية أخرى^(١٣) .

وأخيراً فإن من يقول تدرجاً ، ينبئ أن يقول تناسقاً وليس تنازعاً . والواقع أن التنازع غير متصور بين القانون والعقد . فوجود العقد يفترض موافقته للقانون . وهذه الفكرة عن عدم التنازع هى التى تشرح كيف أن تفسير ، وتكملة ، وتكييف ، وتحول ، وانتقاص العقد ، لا يؤثر أى من ذلك فى وجوده . وهذه الفكرة تشرح فى نفس الوقت كيف أن تعديل العقد يؤدى الى وضع حد لحياته .

٢٧٢ - تعديل العقد وتفسيره :

التفسير هو البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين . هذه هى قاعدة القواعد ، كما يقول ديمولومب^(١٤) ، أو هى « القاعدة التقليدية غير المشكوك فيها فى الموضوع » ، كما يقول مارتى^(١٥) .

ومع ذلك فهذه القاعدة لا ينقصها المعارضون مثل الأستاذ سالى

(١٢) لوى لوكا ، سلطان الارادة فى القانون الخاص المخلّى والقانون الدولى الخاص ، دراسات مهداة الى كابتان ، ١٩٣٩ ، ص ٤٨٩ .

(١٣) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ٣ وما بعدها .

(١٤) مشار اليه فى رسالة جونو ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

(١٥) مارتى ، دور القاضى فى تفسير العقود ، فى دراسات كابتان ، ١٩٤٩ ، ص ٨٩ .

الذى يتحدث عن السلطة « التنظيمية » للقاضى تحت اسم التفسير^(١٦). ومع ذلك فإن السلطة التى يتحدث عنها سالى ، وإن كانت موجودة فعلاً ، إلا أنه لا علاقة لها بالتفسير . وهكذا فإن ديموج يذهب الى أن القاضى عندما يتخطى ارادة الأطراف ، فإنه يقوم « بتطويع العقد » ، وليس تفسيره^(١٧).

وكما يقول الدكتور شمس الدين الوكيل فى رسالته للدكتوراه ، فإن « القضاة عندما يقومون بتفسير العقد ، لا ينبغى أن يحلوا محل الارادة الصحيحة للأطراف ، إرادة أخرى هى ارادتهم^(١٨) » . وهذا هو الفارق بين التفسير وبين تعديل العقد . وكما يقول الأستاذ كاربونيه ، فإن « التفسير فيه معنى التحية والاحترام للعقد ، بينما التعديل فيه انكار للعقد »^(١٩). وفى جميع الأحوال فإنه كما يقول مارتى ورينو لا ينبغى السماح بتعديل العقد « تحت ستار تفسيره^(٢٠) » . فإذا فعل القضاة ذلك ، فإن قضاءهم يستحق رقابة محكمة النقض . وفى الواقع فإننا عندما نستبعد ارادة المتعاقدين ، فلا يمكن أن ننسب التنظيم الجديد الى هذه الارادة ذاتها . فالتصرف المضاد للإرادة والمناهض لها ، لا يمكن أن ينسب اليها^(٢١).

وبعد ايضاح ما سبق ، فإنه ينبغى القول أنه ما بين تكريم الارادة (التفسير) ، وبين انكار الارادة (التعديل) ، فإن القاضى يقوم بعمليات أخرى متوسطة بين هذه وتلك ، ومتميزة كل منها عن الأخرى .

(١٦) سالى ، اعلان الإرادة ، ١٩٠١ ، ص ٢١٣ - ٢١٤ .

(١٧) ديموج ، الأفكار الأساسية للقانون الخاص ، ١٩١١ ، ص ٢٩٨ .

(١٨) شمس الدين الوكيل ، دراسة حول صياغة الالتزام العقدى فى القانون المدنى المصرى ، رسالة ، باريس ١٩٥٢ .

(١٩) كاربونيه ، القانون المدنى ، ج ٢ ، فقرة ١٤٩ ، ص ٤٩٢ .

(٢٠) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٢٠١ .

(٢١) هنرى كابتان ، تعليق على حكم باريس ٢١ ديسمبر ١٩١٦ ، باللوذ العملى ، ١٩١٧ ، ٢ ، ٣٥ .

٢٧٣ - تعديل العقد وتكملة العقد :

فى حالة غياب الارادة المؤكدة للمتعاقدين ، فلن يكون هناك مجال للتفسير . وهذا يفتح للطريق أمام القاضى لعملية أخرى هى تكملة العقد . وفى هذه الحالة فإن القاضى يطبق القواعد المكملية ، والعادات الجارية ، ويراعى مبادئ العدالة ، وحسن النية (المادتان ١١٢٤ و ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى ، والمادة ١٤٨ من القانون المدنى المصرى) . ولكن يجب أن نلاحظ أن التكملة كما يدل عليها اسمها تتعلق بالتوابع وليس بالمحل الأصلى للالتزام . فالعقد لا ينعقد إلا بتعيين محل الالتزامات الأصلية للمتعاقدين (م ١١٢٩ من التقنين المدنى الفرنسى ، وم ١٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

وإذا كانت تكملة العقد لا تعتمد على الارادة المشتركة للمتعاقدين نظراً لغياب هذه الارادة . وإذا كان من غير المقبول الاعتماد على الارادة المفترضة للمتعاقدين نظراً لتعارض مصالحهما (٢٢) . فإن تكملة العقد لا يمكن مع ذلك أن تتجه أبداً ضد العقد . وفى هذا يوجد الفارق الرئيسى بين تكملة العقد وتعديل العقد . وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية هذا الفارق بقولها : « إذا كانت العدالة والعادات الجارية ، ينبغى أخذها فى الاعتبار طبقاً للمادة ١١٣٥ ، فى تفسير العقود وتحديد ملحقاتها ، فإن القاضى لا ينبغى عليه مع ذلك أن يلجأ الى هذا الطريق لاعفاء أحد المتعاقدين من تنفيذ تعهداته الواضحة والمحددة التى رافق عليها » (٢٣) .

وفى نفس المعنى يؤكد الأستاذ كابتان أن حسن النية تعنى تنفيذ

(٢٢) جونو ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٠٨ - ٢٠٩ : هنرى كابتان ، تعليق ، باريس ٢١ ديسمبر ١٩١٦ ، باللوذ العلمى ، ١٩١٧ ، ٢ ، ٣٤-٣٥ : مارتى ، دور القاضى فى تفسير العقود ، المرجع السابق ، ص ٩٠ : مارتى وريينو ، القانون المدنى ، ج ٢ ، فقرة ٢١٨ ، ص ١٩٩ .

(٢٣) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٤٧ ، جازيت ، ١٩٤٨ ، ١ ، ٣٦ .

العقد وليس التخلص منه (٢٤). ونتيجة لذلك يقول الأستاذ مارتى « لا يوجد أمل لدى أى متعاقد ، فى تعديل العقد أو تغييره تحت ستار فكرة العدالة أو حسن النية » (٢٥).

ومن ناحية أخرى فإن تكملة العقد ينبغى أن تتم حسب طبيعة العقد ، كما تقرر المادة ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى ، والمادة ١٤٨ من التقنين المدنى المصرى . ومراعاة طبيعة العقد تنبع من التدرج القائم بين العقد والقانون ، والتناسق القائم بينهما . فالقانون يعبر عن هيمنته على العقد . ولكنه لا يتعارض معه ولا ينتقص إطلاقاً من طبيعته المنشئة للالتزام . بل العكس فإن القانون يحمى العقد ويؤكدده .

وفيما يتعلق بالدور الشخصى للقاضى فى تكملة العقد ، فإن هذا الدور يبدأ فقط عندما يستوحى القاضى اعتبارات العدالة وحسن النية . ويستطيع القاضى فى هذه الحالة أن يخلق التزاماً جديداً . ولكن نظراً لأن القاضى يراعى فى عمله طبيعة العقد ، فإن الالتزام القضائى الفردى الذى خلقه ، لا يكف عن التكرار فى أحكام قضائية أخرى حتى يصبح فى آخر الأمر التزاماً مصدره القضاء باعتباره أحد مصادر القانون ، وليس مصدره فقط الحكم . والالتزام الناقل بالسلامة فى عقد النقل هو أبرز مثل على ذلك . واصطلاح الالتزام القضائى jurisprudentielle تم صكه لأول مرة بواسطة جوسران (٢٦) ، ومن وقتها أصبح الجميع يردده (٢٧).

وبهذا تتضح التفرقة بين الالتزام القضائى judiciaire الصادر عن

(٢٤) هنرى كابتان ، تعليق ، باريس ٢١ ديسمبر ١٠١٦ ، داللوذ العملى ، ١٩١٧ ، ٣٤ ، ٢ .

(٢٥) مارتى ، دور القاضى ، المرجع السابق ، ص ٩١ .

(٢٦) جوسران ، العقد الموجه ، داللوذ الأسبوعى ، ١٩٣٣ ، ٩٠ : التطور الحديث لفكرة العقد ، دراسات مهنة إلى جنى ، ج ٢ ، ١٩٣٥ ، ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

(٢٧) راجع المراجع العديدة المشار إليها فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٣٣ . هامش ٢٩ .

الحكم ، والالتزام القضائي *jurisprudentielle* الناشئ عن القضاء .
فبينما ينشأ الأول عن الحكم الفردي ، فإن الثاني ينشأ عن القضاء
باعتباره أحد مصادر القانون . والواقع أن الالتزام القضائي الناشئ عن
القضاء هو التزام قانوني يمكن مقارنته بالالتزام الناشئ مباشرة عن
التشريع .

والخلاصة أن تكملة العقد يمكن أن تؤدي إلى نشأة التزام جديد .
وهذا الالتزام قد يكون قضائياً بمعنى أنه ناشئ عن حكم فردي أو
قضائياً بمعنى أنه ناشئ عن القضاء ، حسب الأحوال . ولكن هذا
الالتزام لا يحل محل الالتزامات العقدية ، ولكنه يضاف إليها بصفة
تبعية .

٢٧٤ - تعديل العقد وانقاصه :

يرد انقاص العقد على عقد باطل بطلاناً جزئياً . فالعقد مركب من
أجزاء أو شروط متعددة ، بنقضها باطل . وبالعكس فإن تعديل العقد
يرد على عقد صحيح ولكنه ظالم . وبينما يعتبر انقاص العقد استثناء
على مبدأ عدم تجزئة العقد ، فإن التعديل هو استثناء على مبدأ عدم
الاخلال بالعقد . والأهم من ذلك أن الانتقاص يعتمد على الإرادة
الحقيقية للمتعاقدين ، بينما التعديل موجه بصراحة ضد هذه
الإرادة . فالقاضي لا يستطيع الحكم بالبطلان الجزئي دون مراعاة
إرادة المتعاقدين . فالأمر يتعلق كما يقول سالي « بالاستجابة بطريقة
صحيحة لقصد الأطراف » (٢٨) . ويتعلق الأمر هنا بمراعاة الإرادة
الحقيقية للمتعاقدين . وهكذا إذا كان الشرط الباطل أو القابل للإبطال
يمثل عنصراً هاماً في العقد ، فإن بطلان هذا الشرط يؤدي إلى بطلان
العقد في مجموعه . « فالالاقتصاد الداخلي للعقد لا يمكن تعديله

(٢٨) سالي ، الاعلان عن الإرادة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ . انظر أيضاً المادة ١٤٣
من القانون المدني المصري .

بواسطة القاضى « (٢٩)، فى هذه الحالة الأخيرة . وإمكانية انقاص العقد أو إبطاله إبطالاً جزئياً ، تنبع بطريقة طبيعية من اعتماد العقد على القانون وارتكازه عليه . وليس صحيحاً ما يقوله جنى ، من أن الانقاص « يؤدى الى انتهاك المبدأ الجوهري للقوة الملزمة للعقد فى قواعده الأساسية (٣٠) » ، لأن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون . وبالتالي لا يجوز له أن يخالف القواعد الأمرة أو النظام العام والآداب . وهكذا إذا وجد القاضى أن حذف الجزء الباطل من العقد ، سيجعل الباقي متفقاً مع القانون ، فإنه يبحث بعد ذلك ما إذا كانت إرادة الأطراف ترضى بهذا الحذف أم لا . فمصير العقد يتوقف على القانون وعلى إرادة الأطراف . ومن غير الصحيح أيضاً ما يقوله مالورى من أن تجزئة العقد تتوقف على إرادة المتعاقدين فقط (٣١) . لأن من المتصور أن يكون مجرد استبعاد الجزء الباطل غير موافق للقانون . وفى هذه الحالة فإن العقد يبطل فى مجموعه (٣٢) .

وبالمثل فإن القانون لا يفرض انقاصاً للعقد على خلاف إرادة المتعاقدين (٣٣) .

ومع ذلك فينبغى التحذير من عدم الإفراط فى التفاؤل . لأنه من ناحية فإن البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين خارج إرادتهما المعلنة ليس بالأمر السهل . ومن ناحية أخرى فإن القاضى قد لا يهتم كثيراً

(٢٩) فيليب مالورى ، العقود المخالفة للنظام العام ، رسالة ، باريس ، ١٩٥١ ، ص ٢٥١ .

(٣٠) جنى ، الصحة القانونية ، لشرط الدفع بالذهب ، فى العقود بين الأفراد ، فى وقت القوة الملزمة للأوراق النقدية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٢٦ ، ص ٦٣ ؛ أضف اسمان ، مناقشة لمشكلة تدخل الدولة فى العقود ، دراسات جمعية كابتان ، ج ١ ، ١٩٤٥ ، ص ١٢٧ .

(٣١) مالورى ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٥١ .

(٣٢) سالى ، الاعلان عن الإرادة ، المرجع السابق ، ص ٣١٣ .

(٣٣) قارن ، سافتييه ، التطورات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدنى ، طبعة ٢ ، ١٩٥٢ ، ص ٦٩ .

بالقيام بهذا البحث . وفى هذه الحالة فإن الانقاص يتجه نحو التعديل ،
وتصبح الاحتجاجات الصادرة عن فرانسوا جنى وغيره فى محلها .
وفيما يتعلق ببطلان شرط الذهب ، فإن الاتجاه الغالب فى الفقه
الفرنسى يذهب إلى الربط بين مصير الشرط الباطل ومصير العقد فى
مجموعه (٣٤) .

ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان البطلان نتيجة لتطبيق قانون جديد
على عقد قديم ، فلن يكون هناك مجال للبحث عن الإرادة الحقيقية
للمتعاقدين (٣٥) .

باختصار ، فإن التفرقة النظرية على الأقل بين انقاص العقد
وتعديل العقد ، تعتمد على الدور الذى تقوم به إرادة المتعاقدين فى حالة
الانقاص ، وغياب هذا الدور فى حالة التعديل .

٢٧٥ - التعديل والتكييف وتحول العقد :

مشكلة التكييف تعرض بمناسبة كل المسائل القانونية ، العقدية
وغير العقدية . بل إنها تعرض بالنسبة لكل المسائل العلمية الخاضعة
لنظرية المعرفة . ولهذا فإنه يبدو لنا أن إعطاء القاضى سلطة تكييف
العقد ووصفه الوصف الصحيح ، حتى ضد الإرادة الصريحة
للمتعاقدين ، وخضوع عمل القاضى لرقابة محكمة النقض إنما ينبع
من المبدأ الآتى : كل شخص يقوم بعمل أو تصرف أو يطلق فكرة
معينة ، فإنه لا يحتكر الحق فى تكييف ما صدر عنه ، لأن التكييف
عمل علمى مستقل عن إرادة الأفراد . وطبقاً لهذا المبدأ استطاع ديجى
أن يصف هوريو بأنه وضعى رغم أنفه ، وأن يقول عن نظرية
فرانسوا جنى ، بأنها « وضعية خالصة » (٣٦) .

(٣٤) هنرى كاهتان ، دالوز العمل ، ١٩٢٧ ، ٢ ، والمراجع المشار إليها .

(٣٥) سندرل فيما بعد العلاقة بين تعديل العقد ، ومبدأ عدم رجعية القانون
الجديد .

(٣٦) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٢٧ وص .

وفى نفس الوقت فإن جنى وصف ديجى بأنه من أنصار القانون الطبيعى^(٣٧) . ويمكننا أن نعطي أمثلة أخرى كثيرة بغير توقف . ولكن إذا كنا نعتبر التكييف عملاً علمياً ، فإنه يجب الالتجاء الى جهاز مختص للقيام به . والقانون يعهد للقاضى بالقيام بمهمة تكييف العقود . والقاضى يعطى لإرادة الأفراد اسمها الصحيح حسب قواعد القانون . وهكذا فإن التكييف مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض^(٣٨) .

وفى بعض الأحيان فإن التكييف يحمل اسماً خاصاً هو تحول العقد ، وهو ما نصت عليه المادة ١٤٠ من التقنين الألمانى والمادة ١٤٤ من التقنين المصرى . وقد لاحظ الأستاذ سالى أن وضع نص خاص لهذه المسألة ، هو أمر « عديم الفائدة تماماً »^(٣٩) . وفرانسوا جنى يعتبر تحول العقد ، نوعاً من تكييفه ، لأنه كما يقول « من الواضح قبل كل شئ ، أن المتعاقدين قصداً على أقل تقدير القيام بشئ ، أى ابرام تصرف صحيح . ولذلك فإن أكثر ما يهم المتعاقدين هو استبعاد التكييفات القانونية التى تؤدى الى اهدار تصرفهما ، والبحث عن تكييف آخر يحل محله ويؤدى الى إعطاء قوة قانونية لمضمون الاتفاق »^(٤٠) . وباجراء تحول العقد فإن القاضى ينبغى عليه أن يبحث عن إرادة المتعاقدين فى ضوء الباعث الدافع الى التعاقد^(٤١) .

وباختصار فإن التكييف يتعلق بعلاقة التدرج الطبيعى بين العقد والقانون ، بينما التعديل ينكر بصراحة إرادة المتعاقدين ويضع حداً لحياة العقد .

(٣٧) فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢٥٢ .

(٣٨) مارتى ، التفرقة بين الواقع والقانون ، رسالة ، تولوز ، ١٩٢٩ .

(٣٩) سالى ، الاعلان عن الإرادة ، المرجع السابق ، ص ٣١٤ .

(٤٠) فرانسوا جنى ، بانديكت ، ١٩٠٣ ، ١ ، ١٤٨ .

(٤١) مارتى ودينو ، القانون المدنى ، ص ١٦٧ - ص ١٧٩ .

٢٧٦ - تعديل العقد ونظرية السبب :

نريد أن نعترض هنا على بعض العبارات التي قيلت بصدد نظرية السبب . فلا نوافق على ما يقوله الأستاذ زكاز من أن « السبب هو الوسيلة لتطوير العقد أو تعديله » (٤٢) . والواقع أننا لا ندرك حقيقة المقصود بعبارة من هذا القبيل . ولذلك ينبغي أن نسجل ابتداءً أن السبب لا يمكن أن يلعب دوراً ضد العقد أو ضد الإرادة . فالسبب لن يؤدي أبداً إلى تطوير العقد إلى أن تنتفى عنه صفة العقد ، وإلا فإن السبب لن يصبح هو المقصود بالسبب . ويصفة خاصة فإن السبب لن يبرر أبداً تعديل العقد على خلاف إرادة المتعاقدين . ففي عقود المعاوضة فإن السبب هو المقابل الرضائي ، حسب نظرية الأستاذ موري (٤٣) ، التي حظيت بقبول الفقه السائد (٤٤) .

والواقع أن المقابل في العقد لا يمكن أن يكون إلا رضائياً . أما أنصار المقابل الموضوعي ، فهم ملكيون أكثر من الملك ، أو بتعبير أفضل ، أرسطيون أكثر من أرسطو . وقد كان أرسطو واضحاً وحاسماً . المساواة في العقد هي المساواة الرضائية (٤٥) .

وفكرة المساواة هي فكرة جوهرية تصلح أساساً للقانون كله . وللوصول إلى المساواة لا بد من الاستعانة بوسائل صياغة فنية ، من بينها فكرة العقد . وكل البناء الفني لفكرة العقد يقوم على الإرادة . « فمن يقول عقداً يقول اتفاق إرادتين » (٤٦) . وكما يقول موري « من

(٤٢) جوزيف زكاز ، تطورات العقد ، رسالة ، تولوز ، ١٩٣٩ ، ص ٤١٩ .

(٤٣) موري ، دراسة حول فكرة المقابل في القانون المدني الفرنسي ، رسالة سابق ذكرها ، الصفحات ٣٣ ، ١٥٧ ، ١٦١ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ؛ راجع أيضاً لنفس المؤلف ، السبب ، انسيكلوبيدي نالوز ، ١٩٥١ ، فقرة ١٣ وما بعدها .

(٤٤) أنظر في تأييد هذه الفكرة ، مارتى وريغو ، القانون المدني ، ج ٢ ، ص ١٦٧ و ص ١٧٩ .

(٤٥) أنظر في العدل التبادلي والعقد ، كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ٥٢ ص ١٤٣ وما بعدها .

(٤٦) شمس الدين الوكيل ، الالتزام الإرادي ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٦٨ .

المفترض أن الإرادة قادرة على تحقيق المقابل فى الالتزام المتفق عليه،^(٤٧).

والرجوع الى العقد يقوم على أساس هذه القرينة . فإذا بدا العقد عاجزاً عن تحقيق المساواة ، فإنه يمكن استبداله بوسيلة فنية أخرى . وفى هذه الحالة سينهار العقد كله ، ولن يبقى أى مجال للحديث عن السبب ، لأن السبب ليس له وجود خارج الإرادة ، وبصفة خاصة فإن السبب لا يمكن أن يوجه ضد الإرادة .

وهكذا فإن نظرية الغياب الجزئى للسبب ، التى أعلنها شارمو^(٤٨)، على غرار لارومبيير ، لا يمكن تصورها إلا بالرجوع الى ارادة أطراف العقد . وبحسب رأى الأستاذ لامورانديير فإنه يوجد غياب جزئى للسبب فى حالة « نقص أحد العناصر الموضوعية المحددة فى العقد »^(٤٩) . والفرض الخاص بنقص الشئ المبيع الذى تواجهه المادة ١٦١٧ من التقنين المدنى الفرنسى ، والمادة ٤٣٣ من التقنين المدنى المصرى^(٥٠) ، يمكن أن يكون مثلاً لذلك ، فالأمر يتعلق دائماً بالبحث عن المقابل الرضائى .

ومن الواضح أن السبب لا يتأثر بعدم التعادل الموضوعى فى التزامات المتعاقدين^(٥١) . وكما يقول الانجليز « فإن حبة من الفلفل هى سبب كاف للالتزام بمائة جنيه »^(٥٢) .

(٤٧) مورى ، فكرة المقابل ، المرجع السابق ، ص ١٦١ .

(٤٨) شارمو ، تعليق على نقض عرائض ، ١٧ يوليو ١٩٠٦ ، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ، ١٩١١ ، ص ٣٣٧ وما بعدها . أضف دى لاجرانج ، تدخل القاضى فى العقد ، رسالة مونبلييه ، ١٩٣٥ ، ص ٥٢ ؛ الحكم موضوع التعليق يعلن صحة الاقرار بالدين ، ولكن فى حدود مبلغ معين . فالأمر متعلق إذن بالاثبات وبالتالي بالإرادة .

(٤٩) لامور أنديير . دروس الدكتوراه السابق ذكرها ، عن تطور قانون الالتزام ص ٢٨٢ وما بعدها .

(٥٠) راجع كتابنا ، عقد البيع ، فقرة ٥٤ ، ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٥١) موران ، التشريع والعقد واضمحلال سلطانهما ، باريس ، ١٩٢٧ ، ص ٦٦

(٥٢) مشار اليه فى دى ناج ، دراسة حول الغبن ، أعمال كابتان ، ١٩٤٥ ، ص ٢١١

فمن الخطأ إذن الاستعانة بفكرة السبب للوصول الى تعديل العقد المنطوى على غبن تحقيقاً للمساواة الموضوعية . فالسبب لا يبرر تخفيض أتعاب الوكلاء ، والمديرين ، والمحامين... الخ^(٥٣) . وكما يقول البعض فإنه من اساءة استعمال نظرية السبب ، أن تستخدم ضد العقد^(٥٤) . والشرح الوحيد المقبول ، فى هذا الموضوع هو ما يأتى : القضاء بصفته مصدرا من مصادر القانون يعطى للمحاكم سلطة إعادة صنع عقد الوكالة أو إدارة الأعمال ... الخ بأن يحل بدلاً من الالتزام العقدى الذى تبين ظلمه ، التزاما جديداً موافقاً للعدل التبادلى . وكما يقول الأستاذ بيران « إذا كانت بعض المحاكم قد رجعت الى نظرية السبب لتبرير حقها فى تخفيض بعض الالتزامات المبالغ فيها ، فإنها تكون أبعد ما يكون عن الاستلزام الصحيح »^(٥٥) .

وقد سبق أن رأينا أن الغلط فى القيمة يمكن أن يكون غلطا جوهرياً مؤدياً الى قابلية العقد للإبطال^(٥٦) . ومع ذلك فإن الفقه التقليدى فى فرنسا كان يعتبر العقد صحيحاً لأن الغلط فى القيمة لا يؤدي فى نظره الى غلط جوهري ، ولا يؤدي الى ابطال العقد . وهذا من سوء حظ المتعاقدين الذى وقع فى الغلط ، فهذا « هو ثمن مبدأ الارادة كما يقول الأستاذ موري »^(٥٧) . والأمـر يتعلق فى جميع الأحوال

(٥٣) راجع فى الموضوع هنرى كابتان ، السبب فى الالتزامات ، طبعة ٢ ، باريس ١٩٢٧ ، ص ٢٠٩ وما بعدها .

(٥٤) موران ، التشريع والعقد ، المرجع السابق ، ص ٦٦ . أضف ، هنرى مازو ، الغبن فى العقود ، أعمال كابتان ، ١٩٤٥ ، ص ١٩٠ - ١٩١ : دى مونتييز ، ملاحظات حول نظرية الغبن فى العقود ، دراسات كابتان ، ص ١٧٥ هامش ١ : موري ، فكرة للقابل ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ١٦٦ - ص ١٦٧ .

(٥٥) بيران ، دراسة حول قابلية الالتزامات المبالغ فيها للتخفيض ، رسالة ، باريس ، ١٩٠٥ ، ص ٣٠٦ . ولكن يلاحظ أن غالبية الأحكام لا ترجع صراحة الى نظرية السبب . راجع كابتان ، السبب فى الالتزامات ، طبعة ٣ ، باريس ١٩٢٧ ، ص ٢١١ ، ولهذا فإن القول باستلزام الأحكام لهذه الفكرة لا محل له .

(٥٦) راجع ما سبق ، فقرة ٤٣ .

(٥٧) موري ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ١٨٠ .

بإبطال العقد وليس تعديله . وباختصار فإن السبب فى عقود المعاوضة ، هو المقابل الرضائى وليس المقابل الموضوعى . فإذا نحينا جانباً العدالة الارادية لنحل محلها عدالة موضوعية ، فإننا نكون قد نحينا فى نفس الوقت فكرة السبب ، وفكرة العقد . فمن الناحية الفنية ، فإن نظرية السبب تقتضى المحافظة على العقد المنطوى على غبن وليس تعديله .

٢٧٧ - التعديل الضرورى والتعديل الرضائى :

التعديل المنشئ للالتزام القضائى ، هو التعديل الضرورى الذى يفرضه القاضى على الأطراف بمقتضى تفويض صريح من القانون . فإذا اقتصر القانون على توجيه الدعوة الى المتعاقدين لإجراء تعديل رضائى ، كما تفعل المادة ١٤٦٧ من التقنين المدنى الايطالى التى تأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، فلن يكون الأمر متعلقاً بالتزام قضائى . والتفرقة بين التعديل الضرورى ، والتعديل الرضائى لها أهمية قصوى من ناحية مبدأ السببية أو السبب المنشئ . ولذلك يبدو من المدهش أن نقرأ ما يقول الأستاذ زاكراز من أنه « ربما يكون من الأفضل بدلاً من التعديل بواسطة القاضى ، أن يتم التعديل بواسطة المتعاقدين أنفسهم ، فإذا لم يتم اتفاق المتعاقدين على تعديل مضمون العقد ، فإن القاضى يأمر بفسخ العقد . وفى هذه الحالة فإن ارادة القاضى لا تحل فى أية لحظة محل ارادة المتعاقدين . ومع ذلك فهذه مسألة تفصيلية لا تغير شيئاً فى المشكلة الأساسية للتطور » (٥٨) .

والصحيح أن هذه ليست مسألة تفصيلية ، ولكنها كل المشكلة . وسبب الاندهاش أن المؤلف يدرك أن تعديل العقد بواسطة القاضى . يعنى حلول ارادة القاضى محل ارادة المتعاقدين .

والتعديل الرضائى يؤدى الى نوع من الصلح . وهو ككل اتفاق يعتمد على الارادة المتبادلة للأطراف (٥٩) . والتعديل الرضائى يمكن أن

(٥٨) زكراز ، الرسالة السابق الإشارة اليها ، ص ٢٨٠ .

(٥٩) جيفريون ، الاتفاق القضائى ، انسيكلوبيدى بالور ، فقرة د

يؤدى الى تجديد حقوق الأطراف . وهو ما يتوقف على ارادتهما .
والتجديد سيكون تجديداً رضائياً ، إذا وجدت نية التجديد . ولكن سواء
وجد التجديد أو لم يوجد ، فإن التزامات المتعاقدين لن تغير أبداً
طبيعتها التعاقدية . وسواء وجد التجديد أو لم يوجد فإن حكم القاضى
الذى سيعلم الاتفاق سيكون حكماً كاشفاً وغير منشئ ، لأن الحكم
سيكون بمثابة اعلان للصلح الذى تم بواسطة الأطراف . وسواء تعلق
الحكم بإثبات الالتزام القديم الذى نشأ أولاً عن العقد ، أو بإثبات الالتزام
الجديد الناشئ عن الاتفاق ، فإن الالتزام سيكون فى جميع الأحوال
عقدياً ، وسيتعلق الأمر دائماً بالكشف عن التزام عقدى وليس بخلق
التزام جديد .

والخلاصة أن التعديل الضرورى والقضائى ، هو وحده الذى يخلق
التزاماً قضائياً .

٢٧٨ - التعديل لا يسمح بالفسخ :

بالرغم من تميز فكرتى تعديل العقد وفسخه عن بعضهما ، إلا أنه
من الممكن تداخلهما معاً فى بعض الحالات بشكل كبير . والسؤال
المطروح هو الآتى : هل يعتبر تعديل القاضى للعقد سبباً لطلب فسخ
العقد ؟

ونفس السؤال يعرض أيضاً بمناسبة انقاص العقد فى حالة
البطلان الجزئى ، وهو هل يؤدى انقاص العقد الى امكان طلب فسخه ؟
وإذا أخذنا برأى الأستاذ كابتان فإن عدم التنفيذ الذى يبرر الفسخ ،
لا يشترط فيه أن يكون منطوياً على خطأ . فإذا كان سبب عدم التنفيذ
هو البطلان الجزئى للعقد ، فإن الدائن يحق له طلب فسخ العقد فى
مجموعه ، حتى ولو كان يتضمن التزامات أخرى صحيحة تم تنفيذها
بالفعل . فالمادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى تنطبق ، أياً كان
سبب عدم التنفيذ ، وأياً كان محل الالتزام الذى لم يتم تنفيذه ، وسواء
كان هذا الالتزام مشروعاً أو غير مشروع ، طالما أن عدم التنفيذ يرد .

على الالتزام الأصلي فى العقد، (٦٠) . وهكذا فإن انقاص العقد يسمح بطلب فسخه . ويجب القول بذلك إذا أردنا فعلاً أن نرجع الفكرة الفنية للبطلان الجزئى الى ارادة المتعاقدين (٦١) .

وعلى العكس فإن التعديل القضائى للعقد لا ينبغى أن يسمح بطلب فسخه . فالدائن لا يحق له أن يطلب فسخ العقد بالرغم مما حدث من تخفيض أو انقاص لحقوقه . وسبب ذلك بسيط . فالقاضى عندما يعدل العقد ، فإنه يحل ارادته محل ارادة الطرفين . ودور هذه الارادة قد انتهى . والتعديل يضع نهاية لحياة العقد . ولن يكون هناك مجال لطلب فسخ عقد قد انقضى من قبل . وهناك علاقة قانونية جديدة ستربط بين المتعاقدين السابقين دون أن تكون لها صلة بارادتهما . والعلاقة الجديدة لا تتوقف على موافقة المتعاقدين ، كما أنها لا تفسخ بسبب احتجاج أحدهما .

٢٧٩ - التعديل الأمر والتعديل المفسر :

على مثال التفرقة بين التجديد الضرورى والتجديد الرضائى ، فيجب أن نفرق أيضاً بين التعديل الأمر والتعديل المفسر . ومعيار التفرقة فى هذه الحالة الأخيرة مستمد من طبيعة القاعدة القانونية التى قررت مبدأ تعديل العقد . وحتى يكون تعديل العقد منشئاً للالتزام جديد ، ينبغى أن يكون أمراً ، أى مفروضاً بواسطة قاعدة أمر لا يجوز للمتعاقدین الاتفاق على خلافها .

وبالعكس إذا كانت القاعدة مكلمة أو مفسرة ، وكان فى استطاعة المتعاقدين الاتفاق على خلافها ، فإن التعديل لا يكون بعيد الصلة عن ارادة المتعاقدين .

(٦٠) كابتان ، مصير العقد الذى يتضمن شرطاً باطلاً ، داللوذ الأسبوعى .

١٩٢٧ ، ص ٤ .

(٦١) راجع ما سبق ، فقرة ٢٧٤ .

ومهما كانت المبررات التى تعطى للقاعدة المكملّة أو المفسرة ، وهل تقوم على ارادة المتعاقدين الضمنية أو المفترضة ، فإنه لا يمكن أبداً اعتبارها بعيدة عن ارادة المتعاقدين .

وحتى من حاولوا قطع كل صلة بين القاعدة المفسرة أو المكملّة وبين ارادة المتعاقدين ، لم ينجحوا فى ذلك تماماً . وإذا كان الأستاذ جونو يقول مثلاً أننا بصدد « تنازل أمام القانون »^(٦٢) ، فإن فكرة التنازل هذه لا تعدو أن تكون تعبيراً عن ارادة المتعاقدين ، خاصة إذا كان التنازل المقول به يقوم على أساس « الثقة فى القانون » ، كما يقول الأستاذ نفسه^(٦٣) .

ومن ناحية أخرى عندما تكون القاعدة المفسرة ، شديدة الأهمية ، ولا يتصور أن يجهلها المتعاقدون ، مثل تلك التى تنظم تعديل العقد الذى ارتبطوا به ، فإن الأمر لن يكون محصوراً فى مجرد التنازل أمام القانون^(٦٤) . فإن سكوت الأطراف فى هذه الحالة يعبر بالضرورة عن ارادتهما الصمنية ، حيث تبدو فكرة الارادة الضمنية هنا مبررة للغاية . وهكذا فإن التعديل المفسر ، يصبح تطبيقاً للعقد ، وليس تحولاً منه الى وسيلة أخرى من وسائل الصياغة القانونية .

ومن الناحية التاريخية فإن التعديل المفسر ، ظهر أولاً قبل التعديل الأمر . والقانون الرومانى يعطى مثلاً رائعا لذلك فى عقد ايجار الأرض الزراعية^(٦٥) . وقد انتقلت أحكام القانون الرومانى فى هذا الشأن الى القانون المدنى الفرنسى (م ١٧٦٩ و م ١٧٧٠) ، والقانون المدنى المصرى (م ٦١٦) .

(٦٢) جونو ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ١٨١ - ١٨٢ .

(٦٣) المرجع السابق ، ص ١٨٢ .

(٦٤) فكرة التنازل أمام القانون تجد تبريرها فى جهل للمتعلقين بالقواعد المفسرة ، كما يقول الأستاذ جونو ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .

(٦٥) راجع نصوص القانون الرومانى ، فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٤١ ، هامش ٧٥ .

والنصوص الرومانية والحديثة تسمح فى حالة هلاك المحصول بدرجة جسيمة (٦٦)، اعفاء المستأجر من جزء من الأجرة بقدر جسامه الضرر . وبحسب هذه النصوص فإن الهلاك يجب أن يكون بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة . والواقع أن هذه الاصطلاحات خادعة . وقد أدت الى تفسيرات غير صحيحة للأحكام المنصوص عليها . فقد ظل الفقه يعتقد أن اعفاء المستأجر من الأجرة يرجع الى انقضاء التزامه انقضاء كلياً أو جزئياً بسبب استحالة التنفيذ الراجعة الى حادث مفاجئ أو قوة قاهرة .

والحقيقة غير ذلك تماماً ، فالالتزام موضوع البحث ، هو التزام المستأجر بدفع الأجرة . ومحل هذا الالتزام غير معين بالذات بل هو معين بالنوع ، وهو غالباً مبلغ من النقود . وفكرة القوة القاهرة واستحالة التنفيذ لا يمكن تصورهما بالنسبة لهذا النوع من الالتزام ، لأن الأشياء المعينة بالنوع لا تهلك . امثليات لا تهلك . والتزام المستأجر بدفع الأجرة يظل دائماً ممكناً . وقد أتاحت لنا الفرصة فى داسة عن طبيعة حق المستأجر فى القانون الرومانى ، أن نثبت أن هذه النصوص تتعلق بنظرية الظروف الطارئة ، وليس بنظرية القوة القاهرة (٦٧) . ونقرأ فى هذا البحث ما يلى : إذا هلك المحصول كلياً أو جزئياً ، بسبب عاصفة أو فيضان ، فإن المستأجر يظل فى امكانه دفع الأجرة من أمواله الخاصة أو بطريق الاقتراض . فالقواعد العامة تقتضى أن يظل المستأجر ملتزماً فى مثل هذه الحالة بدفع الأجرة (٦٨) . ونقرأ أيضاً : ومع ذلك فإن القانون الرومانى يسمح للمستأجر بالحصول على تخفيض للأجرة . وتبرير هذا الحكم هو الآتى : تنفيذ الالتزام وإن لم يصبح

(٦٦) يشترط قانون نابليون أن تكون الخسارة أكثر من نصف المحصول ، أما القانون الرومانى ، والقانون المصرى ، فيشترطان فقط أن تكون الخسارة فاحشة .

(٦٧) بحث بالفرنسية مقدم الى كلية الحقوق جامعة رن ، ١٩٦١ ، الصفحات ١٠٧ - ١٢٩ .

(٦٨) المرجع السابق ، ص ١١٩ - ١٢٠ .

مستحيلاً ، إلا أنه أصبح عسيراً بحيث يهدد المستأجر بخسارة فادحة .
ولذلك فإن العدالة وحسن النية (التقنين ٤ ، ٦٥ ، ٨ من ٢٣١ ؛
ديجست ١٩ ، ٢ ، ١٣ ، ٧) تقضيان أن يتمكن المستأجر من الحصول
على تخفيض أو إعفاء من الأجرة ، (٦٩) . فالأمر يتعلق بنظرية الظروف
الطارئة . والواقع أن التفرقة بين القوة القاهرة وبين الظروف الطارئة لا
تعتمد على طبيعة الحادث ، ولكن على درجة تأثيره على التزام المدين ،
وهل أصبح هذا الالتزام بسبب الحادث مستحيلاً ، أم أنه أصبح عسيراً
فقط وإن لم يصبح مستحيلاً .

وما قلناه في البحث المشار إليه ، هو ما نقول به اليوم . فنظرية
الظروف الطارئة ترجع في تاريخها إلى القانون الروماني ، على خلاف
الفكرة الشائعة التي تنسب نشأتها إلى فقهاء القانون الكنسي
والحشيين ؛ وهكذا فإن القانون الروماني لم يكن قانوناً قاسياً
وجامداً في جميع الأحوال ، بل العكس فقد كان يسمح بتعديل العقد
الظالم (٧٠) . وليس من الانصاف للقانون الروماني ، ما يقوله البعض
من أن تعديل العقد هو مثال رائع على وسائل الصياغة الحديثة ، التي
لم يدركها القانون الروماني الذي يجب اعتباره الآن قانوناً ميتاً (٧١) .

ولا ينبغي أن يفوتنا مع ذلك القول بأن تعديل العقد في القانون
الروماني في حالة إيجار الأرض الزراعية ، كان تعديلاً مفسراً ومرتبكاً
بالإرادة الضمنية للمتعاقدين (٧٢) . وهذا هو نفس الحكم في القانون

(٦٩) للرجع السابق ، ص ١٢١ .

(٧٠) قارن ريبير ، القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية ، طبعة ٤ ، ١٩٤٩ ، ص

٣٣ : لارتيجول ، العدل التبادلي والقانون الوضعي ، رسالة بويو ، ١٩٥٧ ،

ص ٣٠ ؛ دي تارد ، فكرة الثمن المعادل ، رسالة ، باريس ، ١٩٠٦ ، ص ٢٤ ؛ دي

لاجرانج ، تدخل القاضي في العقود ، للرجع السابق ، ص ٩ .

(٧١) موران ، القانون والعقد وضمحلل سلطتهما ، للرجع السابق ، ص ١١١ وما

بعدها ؛ موران ، نحو تعديل وسائل الصياغة القانونية ، مجلة فلسفة القانون

وعلم الاجتماع القانوني ، ١٩٣١ ، ص ٧٥ .

(٧٢) موري ، فكرة المعادل ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ١٧٩ .

الفرنسى والقانون المصرى . ومثل هذا التعديل لا ينشئ التزاماً جديداً .
فالتعديل الأمر هو وحده القادر على انشاء التزام جديد .

٢٨٠ - اخلاصة : التعديل الضرورى والأمر يقضى على الالتزام

العقدى :

طوال دراستنا فى هذا المطلب ، كنا نبرز بعض الأفكار الأساسية
اللازمة لفهم المعنى الصحيح لفكرة تعديل العقد .

فأولاً العقد هو اتفاق بين ارادتين . العقد هو الإرادة .

ولكن العقد باعتباره وسيلة من وسائل الصياغة الفنية ، يستمد
قوته الملزمة من التشريع ، أو بتعبير أعم من القانون فى مصادره
المختلفة . فالأمر يتعلق بالتدرج بين القانون والعقد . ويتعلق كذلك
باعتماد العقد على القانون . وهذا الاعتماد أو التدرج ، لا يؤثر إطلاقاً فى
القوة المنشئة للعقد ، لأن فكرة التدرج تدخل فى تكوين مبدأ السببية أو
السبب المنشئ . ومن ناحية أخرى فإن التدرج لا يمكن تصوره بغير
انسجام وتناسق . من المهم إذن التأكيد على مبدأ عدم التنازع بين
القانون والعقد . وفكرة التناسق هذه هى التى تشرح القواعد المتعلقة
بتفسير العقد ، وتكملته ، وانقاصه ، وتكييفه وتحوله . فكل واحدة من
هذه العمليات تتم دائماً بالرجوع الى الإرادة ، المعتمدة بدورها على
القانون . وإحدى هذه العمليات وهى تكملة العقد ، قد تؤدى فى بعض
الأحيان الى خلق التزام جديد . ولكنه دائماً التزام تابع يضاف الى
الالتزام العقدى ولا يحل محله .

وبالعكس فإن التعديل الضرورى والأمر لا يمكن شرحه بالرجوع
الى ارادة الأطراف ، فهو على النقيض من ذلك انكار وتكذيب لهذه
الارادة . فعندما لا يتضمن العقد أى شرط يسمح بتعديله . وعندما
يتقرر التعديل بمقتضى قواعد القانون الأمرة وليست المكملة أو
المفسرة . وعندما يتم التعديل بواسطة الأجهزة التى تطبق القانون دون
رجوع الى ارادة الأطراف . وعندما لا تكون موافقة المتعاقدين شرطاً
واقفاً يعلق عليه التعديل . وعندما لا يؤدى احتجاج أحد المتعاقدين الى

فسخ العقد بدلاً من تعديله . فإنه يصبح من الواضح أن التعديل يتجه ضد الإرادة وضد العقد .

ومن ناحية أخرى فإنه لا توجد أية فكرة مستمدة من المبادئ العقدية يمكن الاستعانة بها لشرح فكرة التعديل . ونظرية السبب بالذات تفرض التنفيذ الكامل للعقد وليس تعديله . ولذلك ينبغي البحث خارج نطاق العقد عن المعنى الصحيح للتعديل . فوجود العقد ذاته هو الذى أصبح محل نظر . فالعقد أصبح مخالفاً للعقل ، أو العقل أو أية قوة أخرى من القوى الخالقة للقانون الوضعى . ولذلك فإن المقد يفقد سبب وجوده . وإذا كانت فكرة عدم التنازع بين القانون والعقد ، هى التى تفرض الاحتفاظ بالعقد فى حالة انسجام دائم مع القانون ، فإن هذه الفكرة ذاتها هى التى تبرر وتشرح الاستغناء عن العقد فى حالة حدوث مثل هذا التنازع . فمن غير المتصور أن يوجد تنازع ويستمر العقد . أو بتعبير آخر فإن التنازع بين العقد والقانون يؤدي حتماً الى اختفاء العقد . وعندما يفرض القانون تعديل الالتزام العقدي ، فإنه يأمر بانقضائه . هذه هى خلاصة هذا المطلب .

المطلب الثانى

فكرة الحكم المنشئ للالتزام

٢٨١ - البحث عن وسيلة صياغة جديدة :

بالرغم من اتفاق الفقهاء على القيمة النسبية لوسائل الصياغة القانونية ، وخضوعها لمبدأ التطور . إلا أن بعض كبار الفقهاء ، خوفاً منهم من ترك وسائل الصياغة القانونية تحت رحمة الاتجاهات الشخصية لدى البعض ، والحالات المزاجية لدى البعض الآخر ، فقد حاولوا أن يحدوا من فكرة النسبية ذاتها . وهكذا فإن الفكرة يمكن أن تكون لها القيمة الموضوعية للحقيقة التى تحاول أن تعبر عنها . وكما يقول جنى : طالما أن الفكرة لا تستخدم إلا كوسيط لا غنى عنه للتعبير عن حكم القانون ، فإنها تصبح جزءاً من الحقيقة ، القانونية ذاتها ، ولا

يصبح هناك مبرر للحديث عن البناء العقلي الخالص . فـهذا الأخير لا يظهر إلا عندما تنفصل الفكرة عن الحقيقة ، وتعامل فى ذاتها كما لو كانت وحدة منطقية منفصلة عن الحياة (٧٣) ، . ومن ناحية أخرى فإن دابان يأخذ بأفكار جنى ، ويطلق على وسائل الصياغة المطابقة للحقيقة اسم Concept أو فكرة موضوعية بالمقارنة بالبناء العقلي الخالص . فهذه الأخيرة لها طبيعة مصطنعة ، بينما الأولى تتفق مع الحقائق الموضوعية (٧٤) . وبالمثل فإن جورج ريبير يتحدث عن « وسائل الصياغة الجوهرية » التى بدونها ينهار القانون انهياراً كاملاً (٧٥) .

والواقع أنه لا توجد وسائل صياغة جوهرية فى ذاتها . وأية وسيلة فنية ليست لها قيمة فى ذاتها . فالصياغة تستمد قيمتها من مطابقتها للواقع . وما هو حقيقى أو واقعى من الناحية القانونية ، قد يكون مخالفاً للعلم أو القانون . وسواء كان القانون يتقدم أو يتراجع ، وسواء تعلق الأمر بتطور القانون أو اضمحلاله ، فإن وظيفة الصياغة هى أن تضع الحقائق القانونية موضع التطبيق بغض النظر عن أى تقييم مستمد من الأخلاق أو العلم . فما هو لفظى Conceptuel لا ينبغى أن يصحح أو يسمو بما هو حقيقى réel .

ومع ذلك لا ينبغى أن يغيب عن النظر أبداً ، أن اتجاه اللفظى للامساك والتعبير عن الحقيقى ، لا يمكن أن يؤدى الى المطابقة بينهما . فاللفظى يظل دائماً وحدة منطقية مستقلة عن الحقيقى . وفى حياته الخاصة ، فإن اللفظى يحافظ دائماً على جوهره وعلى طبيعته الداخلية . وفكرة « طبيعة الأشياء » تتعلق بكل الأشياء ، سواء كانت لفظية أو حقيقية .

والقول بغير ذلك سيؤدى الى غموض الأفكار واختلاطها ،

(٧٣) فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، ج ٢ ، ص ١٩٥ .

(٧٤) جان دابان ، صياغة القانون الوضعى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

(٧٥) جورج ريبير ، القوى الخلاقة للقانون ، باريس ، ١٩٣٥ ، ص ٢٠٩ .

وبالتالى استحالة التعبير عن أية حقيقة .

ويتب على ما سبق ذكره أن العقد ليست له قيمة فى ذاته . وأهميته تعتمد على المكان المخصص فى نظام قانونى معين ، لمبدأ سلطان الارادات الخاصة . ومن ناحية أخرى فإن جوهر فكرة العقد هو اتفاق ارادة الأطراف . وكما يقول دوركايم « الالتزامات الوحيدة التى تستحق بأن توصف بأنها تعاقدية ، هى تلك التى تم التراضى عليها بين الأفراد والتى ليس لها مصدر آخر غير هذه الارادة الحرة » (٧٦) .

فالعقد لن يعنى فى أى وقت من الأوقات ، أى شئ آخر غير اتفاق الارادتين . وأى تطور مزعوم لن يسمح بمخالفة طبيعة الأشياء ، وإطلاق اسم العقد على ما هو ليس اتفاق ارادتين .

« وفى الوقت الحاضر ، كما يقول جورج ريبير ، كل شئ غامض ومختلط ... ولذلك يصبح ضروريا خلق وسيلة صياغة جديدة » (٧٧) .

ويقول فى كتاب آخر ، « كل نظامنا العقدى ، يجب أن يعاد صنعه من جديد » (٧٨) . وجورج ريبير ينطق بهذه الأقوال وهو يفكر بصفة خاصة فى مشكلة تعديل العقد بواسطة القاضى ، وهى المشكلة الأكثر خطورة فى رأيه فى نطاق نظرية العقد (٧٩) .

ومهمة البحث عن وسيلة فنية جديدة ، ليست من الأمور السهلة ، حتى أن الأستاذ ميشيل فيلى ، استطاع الحديث عن « عجز خبراء العقد » (٨٠) .

(٧٦) دوركايم ، تقسيم العمل الاجتماعى ، طبعة ٧ ، باريس ، ١٩٦٠ ، ص ١٨٩ .

(٧٧) جورج ريبير ، القوى الخلاقية للقانون ، للرجع السابق ، ص ٣٦١ .

(٧٨) جورج ريبير ، النظام الديموقراطى والقانون للدين الحديث ، ١٩٣٥ ، ص ٣٦١ .

(٧٩) جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، للرجع السابق ، ص ١٣٠ - ١٣١ .

(٨٠) ميشيل فيلى صعود واضمحلال مبدأ الإرادة ، مجلة فلسفة القانون ، ١٩٥٧ ، ص ٩٥ .

ولم يتردد بعض كبار الفقهاء ، فى أن يعهدوا بهذه المهمة الصعبة الى « فقهاء المستقبل » (٨١). فما هى هذه الوسيلة الفنية الجديدة ؟

٢٨٢ - نقد نظرية جوسران عن « العقد الموجه » :

فى البحث عن وسيلة جديدة من وسائل الصياغة القانونية لتفسير مشكلة تعديل العقد بواسطة القاضى ، فإننا لن نتوقف كثيراً أمام النظرية التى يطلق عليها اسم نظرية العقد الموجه ، على غرار الاقتصاد الموجه ، أو التوجيه العقدى على غرار التوجيه الاقتصادى . وبالرغم من النقد الذى وجه الى هذه النظرية بأنها « تضع مصطلحات جديدة بربرية الى حد ما » (٨٢) ، فإن جميع الفقهاء ، قد استعملوا هذه المصطلحات ذاتها ، بمن فيهم جورج ريبير نفسه الذى وجه اليها هذا النقد القاسى (٨٣).

ويعيب هذه النظرية فى الواقع ، أنها تحاول شرح القانون المدنى بوسائل فنية مستعارة من العلوم الاقتصادية . ولا شك أنه قال سبى لفرع عريق من فروع القانون مشهور بثناء وسائله الفنية ، أن ينتهى به الأمر الى شرحه عن طريق الوسائل الفنية الخاصة بعلم الاقتصاد أو غيره (٨٤).

(٨١) إسمان ، الالتزام والمسئولية العقدية ، فى دراسات ريبير ، ج ٢ ، ١٩٥٠ ، ص ١٠٥ .

(٨٢) بلانيول وريبير ويولانجيه ، موسوعة القانون المدنى ، ج ٢ ، ١٩٥٧ ، ص ١٥٧ .

(٨٣) جورج ريبير ، اضمحلال القانون ، للرجع السابق ، ص ٥٥ .

(٨٤) ومن غير الملائم أيضاً شرح القانون بواسطة اصطلاحات مستمدة من العلوم الطبيعية . وأنه مما يدعو للصدمة أن يستخدم البعض اصطلاحات مثل ديناميك ، وميكانيك ، لشرح « تطور فكرة العقد » (ديكوف ، فى دراسات كابتان ، ١٩٣٩ ، ص ٢١٧) . أنظر فى هذا الموضوع ، الفصل المخصص للغة القانونية ، فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، ج ٣ الصفحات ٤٦٩ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٨٤ .

ولكن الأخطر من ذلك أن التوجيه الاقتصادي يتعلق لا بالصياغة التشريعية ولكن بالسياسة التشريعية . ويصدق نفس القول على الرأسمالية ، والفردية ، والاشتراكية . فكل هذا لا يعبر عن « صياغة » أو عن « وسيلة فنية » ، وإنما يعبر عن فلسفة سياسية أو اجتماعية . ومن الجائز أن نتحدث عن « الآثار أو المظاهر القانونية للرأسمالية أو التوجيه الاقتصادي » . ولكن لا يجوز الحديث عن « الرأسمالية أو الاشتراكية القانونية » (٨٦) .

وقد يكون من الصحيح ما يقوله جوسران من أن « الاقتصاد يفرض نفسه على القانون » (٨٧) . ولكن هذا القول يتعلق بالقوى الخلاقة للقانون ، وليس بوسائل التعبير عنه .

ومن ناحية وسائل الصياغة القانونية ، فإن اصطلاح « التوجيه العقدي » ، لا يقدم أية فائدة على الإطلاق . فالقول في لحظة من لحظات اليأس أن « العقد موجه الى انهياره » (٨٨) وأن « وجوده ذاته أصبح موضع نظر » (٨٩) . أو القول في لحظة من لحظات التفاؤل أن « أزمة العقد هي أزمة تطور » (٩٠) ، وأن التوجيه يمكن أن يكون « عاملاً

(٨٥) جان دابان ، صياغة القانون الوضعي ، المرجع السابق ، ص ٥٤ ، هامش ٣ .
(٨٦) انظر على سبيل المثال العنوان الذي اختاره جورج ريبير لمؤلفه « مظاهر قانونية للردع عالية الحديثة » .

(٨٧) جوسران ، كيف تتغير قيمة نصوص التشريع خضوعاً للظواهر الاقتصادية ، دراسات كابتان ، ص ٣٦٩ .

(٨٨) جوسران ، العقد الموجه ، داللو ، الأسبوعي ، ١٩٣٣ ، ص ٩١ .

(٨٩) جوسران ، المراحل الأخيرة في التوجيه العقدي ، العقد المفروض والعقد القانوني ، داللو ، ١٩٤٠ ، ص ٥ . وفي نفس المعنى سافتييه ، من القانون المدني الى القانون العام ، ص ٧٦ حيث يقول « ومن حيث الموضوع فإن فكرة العقد ناتجة تختفي » : انظر المراجع الأخرى ، كتابنا ، الالتزام القضائي ، ص ١٤٦ ، هامش ١٠٢ .

(٩٠) جوسران ، الصعود الحديث لفكرة العقد ، في دراسات جني ، ١٩٣٥ ، ج ٢ ، ص ٢٤٦ .

على اقرار النظام « (٩١)، يدل على أن اصطلاح « التوجيه العقدي » غامض وغير محدد ، بل أنه قد يسمح بالأخذ بأفكار متغايرة ومتناقضة .

وإذا كان صاحب النظرية نفسه ، لا يستخدم الاصطلاح فى معنى واحد محدد ، فلن يكون غريباً أن نجد نفس الشئ لدى غيره من الفقهاء الذى ساروا على نهجه . وبصفة عامة فإن المقصود بالتوجيه العقدي ، هو التدخل فى العقد بقصد اخضاعه للاقتصاد الموجه . وكما يقول الأستاذ روست « فإن الاقتصاد الموجه يؤدى الى العقد الموجه » (٩٢) .

ولكن من الممكن أن نقصد أيضاً باصطلاح التوجيه ، مجرد التدخل فى العقد بغض النظر عن دوافعه وأهدافه ، وهل هى اقتصادية أم لا . فالعقد يمكن توجيهه بواسطة المشرع أو الإدارة أو القاضى لإدراك أهداف اقتصادية أو سياسية ، أو أخلاقية ... الخ (٩٣) .

ونظراً لأهدافه المتعددة ، ولتعدد الأجهزة المنوط بها القيام به ، فإن فكرة التوجيه العقدي لا يمكن أن تعبر عن نظرية واحدة متناسقة . فهى قد تعنى تدخل القاضى فى العقد ، وقد تعنى أيضاً منعه من القيام بذلك .

وهكذا ففى تعليق عنوانه « الظروف الطارئة والاقتصاد الموجه » (٩٤)، نجد الأستاذ سوتو ، يقدم الأدلة على أن السياسة

(٩١) جوسران ، نظرة عامة على الاتجاهات المعاصرة فى نظرية العقود ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٣٧ ، ص ٢٠ .

(٩٢) روست ، العقد الموجه ، فى دراسات سيجياما ، ١٩٤٠ ، ص ٣١٨ ؛ روست ، مناقشة حول دور القاضى فى تفسير العقود ، أعمال كابتان ، ١٩٤٩ ، ص ١٠٠-١٠١ .

(٩٣) لامور أندبير ، التطور الحديث لقانون الالتزامات ، دروس للدكتوراه ، المرجع السابق ، ص ٢٨٣ ؛ انظر فى التوجيه السياسى فى ألمانيا الهلترية ، فولكمار ، تعديل العقد بواسطة القاضى فى ألمانيا ، أعمال الأسبوع الدولى للقانون ، باريس ، ١٩٣٧ ، ج ٢ ، سيرى ، ١٩٣٨ ، ص ٢٩ - ٣١ .

(٩٤) سوتو ، جيرس كلاسير ، ١٩٥٠ ، ١ ، ٨١٧ .

الحكومية تهدف الى تعويض خسارة هيئة الغاز ، بالمكسب الذى حققته هيئة كهرباء فرنسا ، بحيث يصبح التطبيق القضائى لنظرية الظروف الطارئة على هيئة الغاز الخاسرة ، غير ذى فائدة . وبالمثل فإن الأستاذ لريور بجيونير ، يعتقد أن « فى العقد الموجه لا يكون تدخل القاضى مفيداً ، لأنه يكفى أن يتدخل المشرع ، أو أن تتدخل الادارة ، حسب الأحوال ، لفرض القواعد الآمرة »^(٩٥) . وعندما يحدث هذا الأستاذ عن تدخل الإدارة فهو يقصد فى الغالب العقود الإدارية .

وعلى عكس ما سبق نجد فقيهاً آخر مثل الأستاذ ريبج ، استطاع أن يقترح تدخل القاضى فى العقد كوسيلة « من وسائل الدفاع عن الإرادات الخاصة ضد التوجيه العقدى »^(٩٦) . وهذه عبارة مليئة بكل المتناقضات . لأن تدخل القاضى فى نظر أصحاب النظرية ، هو أحد مظاهر التوجيه العقدى ، وليس وسيلة دفاع ضد هذا التوجيه .

وباختصار فإن التوجيه يتعلق بالسياسة التشريعية ، والقوى الخلاقة للقانون ، وليس بالصياغة القانونية . وفى مجال الصياغة ، فإن التوجيه لا يعنى شيئاً . ولهذا ، فإن القول فى نطاق دراستنا ، أن العقد المعدل هو عقد موجه ، وهو قول لا معنى له . فمشكلة تعديل العقد من الناحية الفنية تظل قائمة كما هى .

٢٨٣ - حيلة العدالة وحيلة العقد :

لقد لاحظنا من قبل أن قرينة العدالة التى يقف عليها العقد ، تتجه أحياناً نحو الحيلة^(٩٧) . فتوجد عقود تجرح العدالة وتخالف العقل . ولا يمكن أن نؤسس هذه العقود على مبادئ الأخلاق بدون أن نخالف

(٩٥) لريور بجيونير ، مناقشة حول دور القاضى فى تفسير العقود ، أعمال كابتان ، ١٩٤٩ ، ص ١٠٣ - ١٠٤ .

(٩٦) الفريد ريبج ، دور الارادة فى التصرف القانونى فى القانون المدنى الفرنسى والألمانى ، رسالة ، ستراسبورج ، ١٩٥٨ ، باريس ١٩٦١ ، الصفحات ٢٣٨ - ٢٤٩ ، خاصة ص ٢٤٩ .

(٩٧) راجع ما سبق . فقرة ٢٧٠ .

الحقيقة . وانكار الحقيقة هنا ، هي حيلة ، وهي الأسوأ بين جميع الحيل الأخرى ، وهي حيلة العدالة . فهي ليست « حيلة - وسيلة » قد تكون لازمة لصياغة القواعد القانونية ، ولكنها « حيلة - هدف » يقصد بها تبرير القاعدة القانونية . والواقع أنه من غير المتصور أو الجائز أن يصبح الظلم هدفاً لتبرير أية قاعدة من قواعد القانون . وحيلة العدالة لا مبرر لوجودها على الإطلاق . ووجودها يمكن فهمه فقط بسبب صعوبة اكتشاف وجودها ، لأنه من الصعب القول بأن العقد عادل أو غير عادل . ولكن بمجرد اكتشاف حيلة العدالة ، فإنها تصبح غير محتملة ولا يجوز الإبقاء عليها . فالقانون يجب أن يتحرك ضد أية حيلة للعدالة يتم الكشف عنها . وتعديل العقد الظالم لا يعدو أن يكون تعبيراً عن مثل هذا التحرك .

ولكن من الواضح أن القانون لا يستطيع أن يتخلص من الظلم ، إلا بالتخلص من مصدره ، وهو الـ قد الظالم .

وعندما تصبح المصالحة بين العقد وبين العدل ، مجرد حيلة أو تحايل ، فإن انقضاء الالتزام العقدي يصبح أمراً لا بد منه . وكما يقول جورج ريبير ، فإن الالتجاء إلى التعديل يعنى أن « القاضى يحطم العقد الذى فقد سبب وجوده » (٩٨) . وهذه كانت خاتمة المطلب الأول من هذا الفصل .

وعندما يقوم القاضى بتعديل العقد ، فإنه لا يقتصر فقط على القضاء على الالتزام العقدي ، ولكنه يقيم بدلاً منه ، تنظيمًا جديدًا لحقوق الأطراف . أما القول بأن العقد لا زال قائماً بعد تحطيمه ، وارجاع التنظيم الجديد الصادر عن إرادة القاضى (٩٩) إلى إرادة المتعاقدين ،

(٩٨) جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ .

(٩٩) ستأتى المناسبة فيما بعد لإثبات أن عمل القاضى هو عمل إرادى صادر عن إرادته .

فمعنى ذلك أننا نقع فى حيلة جديدة هى حيلة العقد . ويصبح الأمر فى هذه الحالة متعلقاً « بحيلة - وسيلة » .

وبحسب تعريفها فإن الحيلة « تجعل الشئ الكاذب صحيحاً » (١٠٠) . فهى « ضد الحقيقة تماماً » (١٠١) . ولكن ما هى هذه الحقيقة التى تقف منها الحيلة موقف الضد ؟ وهل هناك فعلاً حقيقة فى الحياة ؟ وهكذا فنحن الآن أمام أصعب سؤال فى نظرية المعرفة . وتحت ضغوط أنصار النسبية فى كل شئ ، نجد دابان يؤكد « الطبيعة النسبية لفكرة الحيلة » (١٠٢) .

ومع ذلك فنحن من هؤلاء الذين يؤمنون بوجود حقائق ، وهى تلك التى يدركها العقل بوضوح كامل لا يتطرق اليه الشك حسب نظرية الفيلسوف ديكارت . ونحن نؤمن بمبادئ نظرية المعرفة وخاصة المبدأ الأسمى من هذه المبادئ ، وهو مبدأ السبب المنشئ (١٠٣) . وطبقاً لهذا المبدأ ينبغى أن نرجع كل شئ الى السبب المنشئ له . فإذا أرجعنا آثار الحكم الى العقد ، فإننا نخالف بذلك مبدأ السبب المنشئ . وتصبح حيلة العقد موجهة بطريقة مباشرة ضد المبدأ الأسمى للمعرفة . ولم يكن الفقهاء فى هذا الشأن مخدوعين أبداً (١٠٤) .

ونحن لا نريد أن نقيم هنا محاكمة لفكرة الحيلة القانونية . ويكفى

(١٠٠) جان دابان ، صياغة القانون الوضعى ، المرجع السابق ، ص ٢٧٩ .

(١٠١) فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٣٩٧ : أضف روبييه ، النظرية العامة للقانون ، ص ١١٥ : مارتى ورينو ، القانون المدنى ، ج ١ ، ص ٩٩ .

(١٠٢) دابان ، صياغة القانون الوضعى ، ص ٣٠٢ وما بعدها ، فقد يحدث ، كما يقول أن حيلة الأمس التى خلقها الفقهاء اصطناعاً ، تصبح حقيقة علمية فى المستقبل ... الخ ، ص ٣١٧ .

(١٠٣) راجع كتابنا ، الالتزام القضائى ، فقرة ١ ، ص ١ وما بعدها .

(١٠٤) انظر حول حيلة العقد ، فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، ج ٤ ، ص ٢١ ، هامش ٢ . وانظر كذلك عشرات المراجع المشار إليها فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٤٩ . هامش ١١٩ .

فقط أن نلاحظ أن الحجة الأساسية في الدفاع عنها هي حجة «القصور في العقل الإنساني» (١٠٥). ويقول جنى أيضاً «أن الفقيه لا ينبغي أن يعفى نفسه أبداً من مسئولية البحث المستمر عن الوسائل الفنية المطابقة للحقيقة» (١٠٦). وهو يتساءل أيضاً «ألم يحن الوقت لترك هذا الأسلوب الملئ بعدم اليقين والغموض والأخطاء؟» (١٠٧). وهذا التساؤل الاستنكارى ينطوى على الإجابة عليه ، فهي بالقطع نعم ، لقد حان الوقت .

٢٨٤ - التجديد الضرورى :

بتعديل الالتزام العقدى ، فإن الحكم يقضى على هذا الالتزام وينشئ بدلاً منه التزاماً جديداً . وهذا لا يعنى أى شئ آخر سوى أن هذا الحكم مجدد ، ومنشئ ومصدر للالتزام . وتعديل القاضى للعقد ينشئ التزاماً جديداً هو الالتزام القضائى . وهذه الفكرة تبدو واضحة وطبيعية لدرجة أن جانباً كبيراً من الفقه يأخذ بها ، دون أن يعطيها مع ذلك الاهتمام الذى تستحقه . وهؤلاء الفقهاء ، فى الواقع ، لا يدركون تماماً الفكرة الفنية للتجديد الضرورى . ومع ذلك فإن أقوالهم المتباينة ، تعبر بوضوح عن فكرة حلول التزام جديد ، قد يكون قانونياً أو قضائياً ، محل الالتزام العقدى الذى انقضى .

وهكذا نجد عضو مجلس الشيوخ موران يقول أنه «من الناحية القانونية فإن تعديل الأجرة فى عقد الإيجار يصيب قانون العقد فى مطعنين : لأنه بعد تحطيم عقد الإيجار بإبطال الالتزام الأصلى الذى يقوم عليه ، فإنه يقيم اتفاقاً جديداً بتحديد ثمن جديد ، وكل هذا خارج إطار إرادة الأطراف التعاقدية . وإبطال عقد هو قطعاً امر خطير ،

(١٠٥) جنى ، العلم والصياغة ، ج ٣ ، ص ٣٩٨ .

(١٠٦) جنى ، العلم والصياغة ، ج ٣ ، ص ١٤٤ . وجنى يعبر عن كراهية خاصة نحو حيلة الإرادة ، ص ٤١٨ .

(١٠٧) جنى المرجع السابق ، ص ٤١٦ .

ولكن الأخطر من ذلك بكثير هو إلزام شخصين بالتزامات جديدة لم يوافق عليها بإرادته أى واحد منهم ، (١٠٨). ومن ناحية أخرى فإن هنرى كابتان ، يتبنى فى تعليق مشهور له عنوانه « نظام مخالفة العقود » (١٠٩)، الآراء التى أبداه ، عضو الشيوخ موران .

وكما يقول جوسران فإنه بتعديل أتعاب الوكيل والمهندس والطبيب ... الخ ، فإن « قرار السلطة العامة يحل محل القرار التعاقدى » (١١٠). ومن ناحيته فإن جورج ريبير يقول أنه بتعديل العقد ، فإن « المشرع يحل التزاماً أمراً محل الالتزام الناشئ عن العقد » (١١١).

والأستاذ مورى يؤكد أيضاً بمناسبة تخفيض الالتزامات المغالى فيها للقاصر المأذون ، بأن القاضى « يحل محل » القاصر (١١٢).

ولذلك فإنه كان طبيعياً أن فكرة حلول التزام محل التزام آخر ، لم تكن غائبة طوال أعمال الأسبوع الدولى للقانون لسنة ١٩٣٧ ، الذى عالج بصفة خاصة مشكلة تعديل القاضى للعقد .

فكما يقول الأستاذ فولكمار ، أنه بتعديل العقد ، فإن المحكمة « تحل محل المضمون المتفق عليه بين الأطراف ، مضموناً جديداً » (١١٣).

وفى القانون الانجليزى يقول الأستاذ جترىج ، « إذا اقتضت

(١٠٨) موران ، تقرير ٧ يوليو ١٩٣٢ ، مضبطة مجلس الشيوخ ، ص ٩٩٦ ،

مشار اليه فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٥٠ .

(١٠٩) باللوذ ، الأسبوعى ، ١٩٣٤ ، ص ٣ ، هامش ١ .

(١١٠) جوسران ، نظرة عامة على الاتجاهات المعاصرة لنظرية العقود ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(١١١) ريبير ، النظام الديموقراطى ، للمرجع السابق ، فقرة ١٦ ص ١٩٢ ؛ القاعدة الأخلاقية ، ص ١٥٦ .

(١١٢) مورى ، فكرة المقابل ، للمرجع السابق ، ص ١٦٣ .

(١١٣) فولكمار ، تعديل القاضى للعقد فى ألمانيا ، أعمال الأسبوع الدولى للقانون ، سبرى ، ١٩٣٨ ، ص ١٥ .

المحاكم تنفيذ الشروط الجديدة ، فإنها تخلق فى الواقع عقداً جديداً بين الأطراف» (١١٤) .

بل أكثر من ذلك فإن كلمة التجديد استخدمها المقرر العام للمؤتمر الأستاذ نبوييه ، فهو يقول « فلنسمى الأشياء باسمها الحقيقى . العقد المعدل لم يعد له من العقد غير الاسم ، فعلى أنقاض هذا العقد يقوم التنظيم الجديد الذى يضعه القاضى . ونحن لا ننكر الفائدة الاجتماعية لذلك . إلا أنه فى فرنسا فإن فكرة العقد فى أساسها هى التى حالت دون تطبيق نظرية الظروف الطارئة . ولا يعنى هذا أن العقود يجب أن تنفذ دائماً . ولكن المشرع وحده هو الذى يختص بأن يعهد الى القاضى بأن يكون المنفذ لأفكاره ، وأن يقوم بتجديد الالتزام العقدى ، الى التزام هو من الآن فصاعداً ، التزام قانونى . وهذا التجديد قد تبرره بعض الظروف الخاصة» (١١٥) .

والواقع أنه إننا جاز لنا أن نقوم بنتائج هذا الأسبوع الدولى للقانون ، فإننا نقول أن هذه السطور التى وردت فى التقرير العام ، هى أهم من كل المناقشات التى دارت فى هذا المؤتمر من ناحية الصياغة القانونية .

ولم تتوقف هذه الفكرة عن الظهور . فكما يقول الأستاذ لوى لوكا ، « الالتزام العقدى يفترض بالضرورة الاتفاق الحر للمتعاقدين فإننا كان هذا الاتفاق لا وجود له ، وإذا ظل الالتزام مع ذلك موجوداً ، فمعنى ذلك أن الالتزام كف عن أن يكون عقدياً ، ليصبح قانونياً» (١١٦) . وأيضاً كما يقول الأستاذ هارثن ، فإن « السلطة تحل محل الأفراد وتريد بدلاً منهم » (١١٧) . وبالمثل فإن الأستاذ ديوران يؤكد أن « مركزاً

(١١٤) جترديج ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الانجليزى ، أعمال الأسبوع الدولى للقانون ، ص ٤١ .

(١١٥) نبوييه ، أعمال الأسبوع الدولى للقانون ، ص ١١-١٢ .

(١١٦) لوى لوكا ، سلطان الارادة فى القانون للخاص الداخلى ، والقانون الدولى الخاص ، دراسات كابتان ، المرجع السابق . ١٩٣٩ ، ص ٤٧٧ .

(١١٧) هارثن ، مناقشة حول مشكلة تدخل الدولة فى العقود ، دراسات كابتان

١٩٤٥ ، ص ١٤٢

قانونياً سيخلف المركز العقدي» (١١٨) . وبمناسبة الامتداد القانوني لعقد الإيجار ، يؤكد الأستاذ موريل « كان هناك عقد بين الأطراف قد انقضى . ولكن المشرع يحوله الى علاقة قانونية . فالأمر يتعلق فى مثل هذه الحالة ، ليس بعلاقة عقدية ذات أصل قانونى ، بل بعلاقة قانونية ذات أصل عقدي » (١١٩) . ونجد نفس الفكرة أيضاً عند سافتييه ، فهو يقول « فى كل الحالات التى تختفى فيها الحرية ، وتظل هناك مع ذلك قوة ما . فإن هذه القوة هى قوة النظام العام والدولة » (١٢٠) .

والواقع فإن الفكرة الفنية للتجديد الضرورى تفرض نفسها . فقد توصلنا الى هذه الفكرة من اليوم الأول الذى بدأنا فيه دراسة تعديل القاضى للعقد . ومنذ ذلك اليوم لم نجد لها بديلاً . ومن ناحية أخرى فإن الاتفاق التلقائى للفقهاء السابق ذكرهم حول هذه الفكرة ، يحول دون أن ننسب الفضل فى خلقها الى أى واحد منهم . فالفكرة قريبة جداً الى ذهن أى شخص ، لدرجة تمنع من اعتبارها ابتكاراً خاصاً لأى شخص معين بالذات . وبساطة الفكرة لا تسمح باعتبارها فكرة نادرة . وهذا الاتفاق التلقائى حولها بين عدد كبير من الفقهاء ، لهو تعبير عن وحدة العقل الانسانى التى يتحدث عنها ديكرت فى كتابه « خطة المنهج » (١٢١) .

وهكذا فإن وحدة العقل الانسانى تتغلب على قصوره ، فحيلة العقد ، تترك المكان لفكرة فنية جديدة قادرة على التعبير تعبيراً صادقاً عن الحقيقة القانونية ، وهى فكرة الالتزام القضائى .

(١١٨) ديوران ، الإجماع القانونى فى تكوين العلاقة العقدية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٤٤ ، ص ٨٧ .

(١١٩) موريل ، العقد المفروض ، دراسات ريبير ، ١٩٥٠ ، ج ٢ ، ص ١٢٤ .

(١٢٠) سافتييه ، التطورات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدنى المعاصر . المرجع السابق ، ١٩٥٢ ، ص ٥٩ .

(١٢١) ديكرت ، خطة المنهج ، باريس ، طبعة ١٩٦٢ ، ص ١ .

٢٨٥ - العنصر الجديد :

يتضح مما سبق أن التجديد الضروري ، يتم عن طريق تغيير السبب . فالعنصر الجديد فى الالتزام الجديد هو مصدره أو السبب المنشئ له . فهناك مصدر جديد هو التشريع ، أو الحكم حسب الأحوال (١٢٢) ، سيخلف العقد الذى انقضى من قبل .

ولكن لا ينبغى أن يغيب عن النظر ، أن تدخل المصدر الجديد كان القصد منه هو تغيير محل الالتزام العقدى أو أحد أوصافه . ولذلك سيكون هناك عنصر جديد آخر فى الالتزام الجديد ، هو محله أو أحد أوصافه .

ومع ذلك فإن تغيير السبب المنشئ هو الذى يميز التجديد الضرورى . فالمصدر الجديد هو الذى يشرح فكرة كون التجديد ضرورياً . ومن المعروف أن مجرد تغيير محل الالتزام بواسطة المتعاقدين أنفسهما ، ليس من شأنه إحداث التجديد ، إلا بتوافر نية التجديد Animus Novandi . وعلى العكس فإن مجرد تغيير محل الالتزام بواسطة مصدر جديد خارج إرادة الأطراف ، يؤدى بالضرورة فى كل الحالات الى تجديد هذا الالتزام . لأنه من غير المتصور أبداً الاحتفاظ بالالتزام القديم ، بعد تحطيم مصدره وإحلال التزام جديد محله . ومن ناحية أخرى فليس هناك مجال لاشتراط نية التجديد للمتعاقدين ، لأن التعديل موجه أساساً ضد إرادتهما .

باختصار فإن التعديل يؤدى الى تغيير فى المصدر ، وتغيير فى المحل أو الأوصاف . ولكن تغيير المصدر هو الذى يميز عملية التجديد . ويعطى للتجديد ما يتصف به من أنه ضرورى .

٢٨٦ - التجديد الضرورى وتنازع القوانين فى الزمان :

فى نطاق العقود فإن تنازع القوانين من حيث الزمان ، يحكمه

(١٢٢) سيكون هناك مجال فيما بعد للتفرقة بين التجديد التشريعى والتجديد القضائى

بصفة استثنائية مبدأ استمرار العمل بالقانون القديم الذى تم ابرام العقد فى ظله . ففى نطاق العقود يستبعد مبدأ الأثر الرجعى للقانون الجديد ، وكذلك يستبعد مبدأ الأثر المباشر^(١٢٣) . وينطبق مبدأ استمرار العمل بالقانون القديم الملغى ، حتى ولو كانت نصوص القانون الجديد أمرة .

وإذا كان مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، يعبر عن « قاعدة عليا »^(١٢٤) كما يقول روبييه ، أو قاعدة من قواعد « الصياغة الأساسية »^(١٢٥) حسب تعبير جورج ريبير ، بحيث يؤدي إهدار هذا المبدأ الى « اللاقانون ، أو تحطيم فكرة القانون »^(١٢٦) . وإذا كان مبدأ استمرار العمل بالقانون القديم ، يعنى « إعطاء حماية أكثر »^(١٢٧) للمتعاقدین . فإن ذلك لا يمنع المشرع من الخروج أحياناً على أي من هذين المبدأين . وربما يكون هذا الخروج مبرراً فى بعض الأحيان باعتبار العدالة التى تسمو على أى شئ .

وتطبيق المبدأين على العقود (مبدأ عدم الرجعية ومبدأ استمرار العمل بالقانون القديم) ، يعنى فى الواقع اضافة مبدأين مساعدين للمبدأ الأصلی وهو مبدأ احترام الارادة . ومن الواضح أنه لن يكون لهذين المبدأين المساعدين ، قيمة أعلى من قيمة مبدأ الإرادة ذاته وهو المبدأ الأصلی . ففى جميع الأحوال ، كما يقول ريبير ، فإن « المشرع يستطيع تحطيم العقود التى يرى أن تنفيذها أصبح مستحيلاً أو غير عادل »^(١٢٨) . وتعديل العقد يمكن تصور حدوثه بطريقتين

(١٢٣) پول روبييه ، القانون الانتقالي ، طبعة ٢ ، ١٩٦٠ ، ص ٣٦٠ : وراجع المراجع العديدة المشار إليها فى كتابنا النظرية العامة للقانون ، ص ٦٤٦ وما بعدها .

(١٢٤) روبييه ، المرجع السابق ، ص ٤٣٥ .

(١٢٥) جورج ريبير ، القوى الخلاقة للقانون ، ص ٣٢٢ .

(١٢٦) جورج ريبير ، اضمحلال القانون ، ص ١٧٩ : قارن مع ذلك ، النظام الديموقراطى ، ص ٢٨٨ .

(١٢٧) روبييه ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢ .

(١٢٨) ريبير ، النظام الديموقراطى ، ص ٢٨٩ .

مختلفتين . الأولى وهى غير مباشرة ، تتحقق عندما يقوم القانون الجديد بتعديل الأحكام التى تخضع لها العقود الجارى تنفيذها . والطريقة الثانية هى الطريقة المباشرة عندما يقوم القانون الجديد بتعديل شروط العقود الجارية ، أو يسمح للقاضى مثلاً بتعديلها . وفى الحالتين فإن القانون الجديد يؤدى الى انقضاء الالتزام العقدى القائم ، وينشئ بدلاً منه التزاماً جديداً .

وفى الحالة الأولى فإن التجديد يمكن فهمه على النحو الآتى : العقد باعتباره مصدراً للالتزام ، يستمد قوته من مصدر آخر أعلى منه ، وهو القانون الذى تم إبرام العقد فى ظله . ولذلك فإن تحطيم المصدر الأعلى وهو القانون القديم ، وإحلال قانون جديد يحل محله ، يؤدى الى تحطيم المصدر الأدنى وهو العقد ، وانقضاء الالتزامات الناشئة عنه واستبدالها بالتزامات جديدة ، مصدرها القانون الجديد . وهذا يشرح مبدأ استمرار العمل بالقانون القديم . لأن المقصود به هو الإبقاء على العقود التى تمت فى ظله احتراماً لإرادة المتعاقدين ، بدلاً من تحطيمها وتجديد الالتزامات الناشئة عنها ، وإنشاء التزامات جديدة ، لا يمكن إرجاعها الى إرادة المتعاقدين^(١٢٩) .

ولذلك يبدو أن الأساس الفنى لمبدأ استمرار العمل بالقانون القديم على المراكز العقدية ، هو أن تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر على هذه المراكز يؤدى الى نوع من تعديل العقود تعديلاً تشريعياً . وهو ما يعنى انقضاء الالتزامات الناشئة عن هذه العقود ونشأة التزامات أخرى قانونية محلها^(١٣٠) .

أما فى الحالة الثانية فإن التجديد الضرورى يبدو أكثر وضوحاً ، ويتحقق ذلك عندما يقوم المشرع بإصدار قانون جديد يعدل شروط العقد ذاتها ، كأن يخفض أجره الأماكن أو سعر الفائدة ، أو أن يسمح

(١٢٩) راجع النظريات المختلفة فى الموضوع ، روبييه ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ وما بعدها .

(١٣٠) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، ص ٦٩٩ .

للقاضى بإجراء تعديل لبعض العقود مراعاة لاعتبارات العدالة . ففى هذه الحالة يؤدى تعديل شروط العقد الى حلول التزام جديد محل الالتزام العقدى . وكما يقول الأستاذ روبييه ، فإن تعديل العقد يعنى «احلال نظام جديد محل النظام الذى قرره المتعاقدان » (١٣١).

ونخلص مما سبق الى القول بأن قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان ، فى نطاق العقد ، قصد بها المحافظة على العقود التى تم ابرامها فى ظل قانون قديم ، ومنع تجديد الالتزامات الناشئة عنها . وعندما يخالف المشرع هذه المبادئ فإنه يقصد بذلك بصفة أساسية ، احلال تنظيم جديد محل التنظيم الذى وضعه المتعاقدان .

٢٨٧ - التجديد الضرورى بالإرادة المنفردة :

كل تعديل للالتزام العقدى ناشئ عن مصدر بعيد عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، يؤدى بالضرورة الى تجديد هذا الالتزام . وهكذا إذا أمكن تصور تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ، فإن ذلك يعنى التجديد الضرورى للالتزام بالإرادة المنفردة .

وفى نطاق القانون الإدارى ، فإنه من المسلم به أن العقود الإدارية يمكن تعديلها بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية ، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ، بشرط تعويض المتعاقد الآخر (١٣٢) . وقد حاول البعض بدون حق ، إلحاق مثل هذا التعديل لا بالإرادة المنفردة ، بل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين (١٣٣) . فالأمر يتعلق فى الواقع بتجديد ضرورى للازام العقدى بالإرادة المنفردة للإدارة . فالالتزام العقدى يتحول الى التزام إدارى مصدره القرار الإدارى (١٣٤) .

(١٣١) روبييه ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ .

(١٣٢) فالين ، الفردية والقانون ، المرجع السابق ، ص ١٩٧ .

(١٣٣) سوتو ، الظروف الطارئة والاقتصاد الموجه ، جيرس كلاسير ، ١٩٥٠ ، ١ ، ٨١٧ .

(١٣٤) القرار الإدارى يمكن أن يكون مصدراً للالتزام . راجع ، كتابنا ، القرار الإدارى مصدر للحق ، الاسكندرية ، ١٩٧٢ .

ولكن فى نطاق القانون المدنى ، فإنه من الصعب جداً ، تصور
إمكان تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين . وحتى الكتاب
الذين يؤكدون انهيار مبدأ سلطان الإرادة ، لا يترددون مع ذلك فى
رفض تعديل العقد بالإرادة المنفردة (١٣٥) . وهكذا نجد الأستاذ ديموج
فى مقالته عن « تعديل العقود بالإرادة المنفردة » ، يخلص الى القول
بأن « التعديلات لا يمكن أن ترد إلا على مسائل غير أساسية » .

ومن ناحية أخرى فهو يخلط بين التعديل بالإرادة المنفردة ،
والتعديل بواسطة القاضى . وبصفة عامة فإن الإرادة المنفردة ، تعنى
لديه « بدون إرادة الكل » (١٣٦) .

ومع ذلك فإنه يوجد تطبيق يدعو للصدمة فى تحول عقد المزارعة
الى عقد إيجار أرض زراعية . فالمادة ٨٦٢ من التقنين الزراعى الفرنسى
تنص على أن « كل عقد مزارعة يجب أن يتحول الى عقد إيجار أرض
زراعية إذا طلب ذلك المالك أو الزارع » . وقد اعتبر البعض أن هذا النص
خطير للغاية (١٣٧) ، وغير مفهوم (١٣٨) ، « ويخالف كل مبادئ
القانون المدنى » (١٣٩) . فالأمر يتعلق كما يقول الأستاذ سافتييه ، «
بتحطيم عقد ، ووضع شئ مختلف عنه تماماً ، نفرضه على أحد
المتعاقدين بناء على طلب المتعاقد الآخر » (١٤٠) . وكما يقول الأستاذ
ريبير ، « كل هذه التعديلات تتم بفعل الإرادة المنفردة » (١٤١) .
فالإرادة المنفردة ، تقضى بضربة واحدة على كل الالتزامات الناشئة

(١٣٥) مودان ، تفكك نظرية العقد ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٤٠ ، ص ٢١ .
(١٣٦) المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٠٧ ، الصفحات ٣٠٢ ، ٣٠٧ ، ٣٠٩ .
(١٣٧) ريبير ، اضمحلال القانون ، ص ١٨٣ : القوى الخلاقة للقانون ، ص ٢٢٠ .
(١٣٨) سافتييه ، تطورات القانون ، المرجع السابق ، سيرى ، ١٩٥٩ ، ص ٢٦٦ .
(١٣٩) بلانيول وريبير وبولانجييه ، موسوعة القانون المدنى ، ج ٣ ، ١٩٥٨ ، ص ٦٣٧ .
(١٤٠) مناقشة مشكلة تدخل الدولة فى العقود ، أعمال كابتان ، ١٩٤٥ ، ص ١٦٤ .
(١٤١) ريبير ، نظام إيجار الأرض الزراعية ، داللو ، ١٩٤٦ ، ١ .

عن عقد المزارعة ، وتنشئ بدلاً منها التزامات جديدة تدخل فى إطار عقد آخر ، هو عقد إيجار الأرض الزراعية . والتجديد هنا ضرورى . ولكنها حالة نادرة استثنائية .

٢٨٨ - التجديد التشريعى والتجديد القضائى :

كل تعديل للالتزام العقدى ، صادر عن سبب بعيد عن إرادة المتعاقدين ، يؤدى بالضرورة الى تجديد هذا الالتزام . فإذا كان التعديل صادراً عن إرادة المشرع فإن التجديد يكون تشريعياً ، وإذا كان صادراً عن إرادة القاضى ، فإن التجديد يكون قضائياً .

ولكن لا ينبغى أن يغيب عن النظر أن القاضى لا يستطيع تعديل العقد ، بدون تفويض صريح من القانون فى مصادره المختلفة ، والتي يحتل التشريع المكان البارز فيها . فالغالب أن القاضى يقوم بتعديل العقد بتفويض صريح من المشرع .

والغالب أن المشرع عندما يريد تعديل العقود فإنه يلجأ الى القاضى ، ولا يقوم بذلك بنفسه مباشرة .

ومع ذلك فإن الفرق بين التعديل التشريعى للعقد ، والتعديل القضائى يظل واضحاً تماماً ، ويستمد معياره من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضى . فلا يجوز الحديث عن تعديل قضائى إلا إذا كان القاضى يتصرف فى العقد بإرادة حرة . ولا يجوز الحديث عن الالتزام القضائى إلا فى الحالات التى يسلم فيها المشرع العقد الى عدالة القاضى . فيجب أن تكون للقاضى سلطة تقديرية حتى يكون تدخله خالفاً ومنشئاً للالتزام . وحسب التعبير المتميز للأستاذ السنهورى ، فإن المشرع المصرى عندما طبق نظرية الظروف الطارئة فإنه أطلق يد القاضى فى العقد (١٤٢) . فالأمر يتعلق هنا ، بتجديد قضائى بمعنى الكلمة .

(١٤٢) السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٦٤٦ .

وغنى عن الذكر أن القاضى ، عندما يستخدم سلطته التقديرية ، فإنه لا يسىء استعمالها . والقانون عندما يمنح القاضى مثل هذه الحرية ، فإنه يعبر عن ثقته فيه . القانون يفترض فعلاً أن القاضى هو «تجسيد للعدالة» كما يقول أرسطو^(١٤٣) . وكما يقول توماس الأكوينى أنه بالرجوع الى أرسطو « فإن القاضى يأخذ ممن لديه زيادة عما هو أكثر من النصف ، ويضيف ما أخذه الى من لديه النصيب الأصغر»^(١٤٤) . وهكذا فإن القاضى كما يقول أرسطو أيضاً « يمسك بالميزان متساوياً بين الطرفين »^(١٤٥) . وإذا أخطأ القاضى فى حكمه غى بعض الأحيان ، فإن هذا هو ثمن الرجوع الى إرادة انسانية لتحقيق العدل . وهو ثمن لا بد من دفعه فى العالم الذى نعيش فيه .

والواقع أن تعديل القاضى للعقد لا يعدو أن يكون استبدالاً لوسيلة فنية بوسيلة فنية أخرى ، تبين عجزها عن إدراك الهدف منها فى بعض الحالات الخاصة .

والسلطة التقديرية للقاضى تعتمد على طبيعة القاعدة القانونية التى تقر إمكانية تعديل العقد ، وما إذا كانت هذه القاعدة جامدة أم مرنة . والقاضى يستمد سلطته التقديرية من القواعد المرنة . وهذا يدعونا الى دراسة فكرة المعيار القانونى .

٢٨٩ - المعيار القانونى : فكرة أسى فهمها بسبب الترجمة الخاطئة للكلمة الانجليزية rule :

كلمة معيار أو standard باللغة الانجليزية ، أخذت أهمية كبيرة فى الفقه الفرنسى ، سواء من أنصار الفكرة التى تعبر عنها هذه الكلمة أو من خصومها .

ومن أنصار هذه الفكرة الأستاذ موران الذى يرى فيها « العلاج

(١٤٣) أرسطو ، الأخلاق ، ٧ ، ٤ ، ٥ .

(١٤٤) توماس الأكوينى ، اللاهوت ، السؤال ٥٨ ، ١ ، ٥ .

(١٤٥) أرسطو ، الأخلاق ، ٨ ، ٤ ، ٥ .

الضرورى لمشكلة العقد ، بل لمشكلة التشريع ، وهو يهنى نفسه لأنه كان أول من دافع عنها أما الجمعية الفرنسية للفلسفة فى جلستها بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٢٤ (١٤٦) . والأستاذ الكبير هوريو يعتبرها من « العناصر الحاسمة ، التى تشرح الأزمة التى يواجهها فى الوقت الحاضر القانون الخاص » (١٤٧) . وقد ذهب الأستاذ السنهورى الى حد القول بأنها فكرة تسمو على مذهب التفسير لفرانسوا جنى (١٤٨) .

ومن خصوم الفكرة نجد الأستاذ مورى لا يجد صعوبة فى أن يتحدث عن « منظرى » أو اتباع نظرية المعيار (١٤٩) .

ومع ذلك فإن هذا التقدير المبالغ فيه لأهمية هذه الفكرة ، لم يذهب دون اثاره رد فعل عكسى مبالغ فيه أيضاً . فنجد الأستاذ ديجى يتساءل ، « لماذا نستخدم كلمة انجليزية وبربرية فرنسية للتعبير عن أشياء سهلة وقديمة قدم العالم نفسه » (١٥٠) ؟

وسواء اتفق الفقهاء أو اختلفوا حول أهمية فكرة المعيار ، فإنهم مع ذلك يتفقون جميعاً على أن المعيار هو وسيلة للتعبير عن القانون ، مختلفة عن القاعدة وقابلة للمقارنة بها . وكل الأدب القانونى فى الموضوع ، يهتم قبل كل شيء ، بإبراز « الفروق العميقة التى تميز وتفصل بين هاتين الوسيلتين المتعارضتين تماماً » ، حسب تعبیر الأستاذ ستاتى الذى وضع رسالته للدكتوراه عن هذه الفكرة (١٥١) .

(١٤٦) موران ، التشريع والعقد ، المرجع السابق ، ص ٤٦ - ٤٧ .

(١٤٧) هوريو ، البوليس القانونى وجوهر القانون ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٢٦ ، ص ٢٩٤ .

(١٤٨) عبد الرزاق السنهورى ، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل فى القانون الانجليزى ، رسالة ، ليون ، ١٩٢٥ ، ص ٣٦ - ٣٧ .

(١٤٩) مورى ، ملاحظات حول طرق التعبير عن القانون ، القواعد والمعايير ، فى الدراسات المهدة الى لامبير ، ١٩٣٨ ، ج ١ ، ص ٤٢٣ .

(١٥٠) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٦٨ .

(١٥١) مارسيل ستاتى ، للمعيار القانونى ، رسالة ، باريس ، ١٩٢٧ ، ص ١٠٣ .

أو كما يقول الأستاذ السنهورى فى رسالته للدكتوراه ، فإن « المعيار يختلف عن القاعدة فى طبيعته وفى وظيفته وفى مجال تطبيق » (١٥٢) .
والأمر يتعلق كما يقول هوريو « بوسيلة من وسائل الصياغة المنافسة لفكرة القاعدة القانونية » (١٥٣) . والبعض مثل الأستاذ السنهورى يؤكد « سمو فكرة المعيار على فكرة القاعدة » (١٥٤) ، أما البعض الآخر مثل الأستاذ مورى ، فيرى أن المعيار « أقل فى القيمة من القاعدة » (١٥٥) .

وعلى خلاف هؤلاء الفقهاء الكبار ، نرى من الواجب أن نؤكد أن النظام القانونى فى فرنسا وفى مصر يقوم فقط على القواعد القانونية. والمعيار لا يدخل أبداً فى منافسة أو مقارنة مع القاعدة . لأنه لا وجود للمعيار خارج القاعدة . فهو لا يمكن تصوّره إلا على أساس أنه جزء منها . وهذا يحول دون أية مقارنة بينهما .

والواقع أنه توجد مقارنة فى النوانين الأنجلوأمريكية بين الـ stan-dard المعيار وبين الـ rule الأمر . ولكن من الخطأ ترجمة الكلمة الانجليزية rule بالكلمة الفرنسية règle أى قاعدة ، وبالتالي ترجمة التفرقة بين المعيار والأمر إلى تفرقة بين المعيار والقاعدة .

ولكن ما هو الأمر فى القانون الأنجلوأمريكى ؟ للإجابة على هذا السؤال يقول الأستاذ روسكو بواند ، هو « حل محدد لفرض محدد » (١٥٦) . فالأمر يتميز بالتحديد والجمود ، ولا علاقة لهذا بالقاعدة القانونية التى قد تكون مرنة أو جامدة ، حسب الأحوال .

وحسب الأستاذ لامبير ، فإن كلمة rule هى كلمة انجليزية . لا

(١٥٢) عبد الرزاق السنهورى ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٨ .

(١٥٣) هوريو ، البوليس القانونى وجوهر القانون ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

(١٥٤) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(١٥٥) مورى ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ .

(١٥٦) روسكو بواند . مقدمة لفلسفة القانون . ١٩٢٢ . ص ١١٥ .

يمكن ترجمتها الى اللغة الفرنسية (١٥٧). أليس من المؤسف إذن أن
تترجم كلمة غير قابلة للترجمة إلى اصطلاح القاعدة القانونية التي
يقوم عليها النظام القانوني سواء في فرنسا أو في مصر؟ بل لعله
أخطر من ذلك أيضاً أن يتم تشويه معنى القاعدة القانونية بإعطائها
نفس معنى كلمة rule الانجليزية.

فالقاعدة كما يقول الأستاذ السنهاوري، تعطى حلاً جامداً لفرض
محدد. جمود وتحديد بالنسبة للواقع، وجمود وتحديد بالنسبة للحل
الذي ينطبق على هذا الواقع (١٥٨).

والحقيقة غير ما يقوله الأستاذ السنهاوري. فالقاعدة القانونية لا
تتميز دائماً بالجمود، فهي إما أن تكون مرنة أو جامدة. وكل قاعدة
قانونية تتحلل إلى عنصرين: العنصر الأول هو الفرض *hypothèse*
والعنصر الثاني هو الحل *solution*. وتكون القاعدة مرنة إذا كان
الفرض فيها مرناً، أو كان الحل فيها مرناً، أو كان كل منهما كذلك.
ويكون الفرض في القاعدة مرناً إذا كانت العبارة المستخدمة في تحديد
الفرض غير محددة تحديداً دقيقاً، بل كانت عبارة مرنة يمكن أن تتسع
فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع. والعبارة
المرنة هي العبارة المطاطة *elastique*. أو العبارة (الكاووتشوك) على حد
تعبير الأستاذ جني (١٥٩). ويمكن أن يطلق على العبارة المرنة أيضاً
اصطلاح المعيار *standard*.

(١٥٧) لامبير، حكومة القضاة والصراع ضد التشريع الاجتماعي في الولايات
المتحدة، ١٩٢١، ص ٢٠٥ هامش ١.

(١٥٨) عبد الرزاق السنهاوري، المعيار القانوني، في الدراسات المهداة إلى جني،
١٩٣٥، ج ٢، ١٤٥. وهكذا نجد الأستاذ السنهاوري يؤكد بعد عشر
سنوات تقريباً من كتابه رسالته، نفس الأفكار التي أبداه في الرسالة من
قبل. ومع ذلك فهو بعد أن قرأ النقد الذي وجهناه في كتابنا، الالتزام
القضائي، لهذه الأفكار لم يعترض واكتفى بالقول لنا: لقد أمسكت بنا بقوة في
هذا الموضوع.

(١٥٩) جني، طريقة التفسير، المرجع السابق، ج ٢، ص ٨٣.

فالمعيار إذا دخل فى فرض القاعدة أو دخل فى حلها - أو دخل فى كل منهما ، جعل القاعدة مرنة فى مجموعها . فهو إما ، وجد فإنما يوجد داخل القاعدة ولا تجوز أبداً مقارنته بها . فالمعيار هو الوسيلة الفنية لصياغة القواعد القانونية المرنة (١٦٠) .

والخصيصة الأساسية التى تميز الحكم المنشئ للالتزام : هى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضى . وسندرس فى الفصل الثالث فكرة السلطة التقديرية بطريقة أشمل . ويكفى أن نلاحظ الآن أن السلطة التقديرية مرتبطة وناتجة عن القواعد المرنة التى تعطى للقاضى حرية التقدير . والقاعدة المرنة هى تلك التى تدخل المعايير المرنة فى تكوينها ، أى فى فرضها أو فى منعها .

٢٩٠ - خلاصة :

يتضح من كل ما سبق أن العقد هو الإرادة ، وأن التعديل الضرورى والأمر يتجه ضد الإرادة . وتعديل العقد ليس شئ آخر غير إحلال وسيلة صياغة فنية جديدة محل فكرة العقد . فقوة جديدة محل محل قوة العقد . والقوة الجديدة قد تكون الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ، أو إرادة المشرع ، أو إرادة القاضى . وحتى يكون الحل قضائياً ، ينبغى أن يتصرف القاضى بحرية فى العقد ، وينبغى أن يصدر التعديل فعلاً عن إرادته الخاصة . وبالحلول محل العقد ، فإن الحكم يخلق التزاماً جديداً هو الالتزام القضائى ، الذى يحل محل الالتزام العقدى الذى انقضى من قبل . فيوجد إذن حلول لقوة محل قوة أخرى ، وحلول للالتزام محل التزام آخر . كل ذلك يحدث فى نفس الوقت ، لأن الأثر لا ينفصل أبداً عن السبب .

(١٦٠) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ١٤ ، ص ٤٤ وما بعدها

يمكن ترجمتها الى اللغة الفرنسية (١٥٧). أليس من المؤسف إذن أن
تترجم كلمة غير قابلة للترجمة إلى اصطلاح القاعدة القانونية التي
يقوم عليها النظام القانوني سواء في فرنسا أو في مصر؟ بل لعله
أخطر من ذلك أيضاً أن يتم تشويه معنى القاعدة القانونية بإعطائها
نفس معنى كلمة rule الانجليزية.

فالقاعدة كما يقول الأستاذ السنهاوري، تعطى حلاً جامداً لفرض
محدد. جمود وتحديد بالنسبة للواقع، وجمود وتحديد بالنسبة للحل
الذي ينطبق على هذا الواقع (١٥٨).

والحقيقة غير ما يقوله الأستاذ السنهاوري. فالقاعدة القانونية لا
تتميز دائماً بالجمود، فهي إما أن تكون مرنة أو جامدة. وكل قاعدة
قانونية تتحلل إلى عنصرين: العنصر الأول هو الفرض *hypothèse*
والعنصر الثاني هو الحل *solution*. وتكون القاعدة مرنة إذا كان
الفرض فيها مرناً، أو كان الحل فيها مرناً، أو كان كل منهما كذلك.
ويكون الفرض في القاعدة مرناً إذا كانت العبارة المستخدمة في تحديد
الفرض غير محددة تحديداً دقيقاً، بل كانت عبارة مرنة يمكن أن تتسع
فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع. والعبارة
المرنة هي العبارة المطاطة *elastique*. أو العبارة (الكاووتشوك) على حد
تعبير الأستاذ جني (١٥٩). ويمكن أن يطلق على العبارة المرنة أيضاً
اصطلاح المعيار *standard*.

(١٥٧) لامبير، حكومة القضاة والصراع ضد التشريع الاجتماعي في الولايات
المتحدة، ١٩٢١، ص ٢٠٥ هامش ١.

(١٥٨) عبد الرزاق السنهاوري، المعيار القانوني، في الدراسات المهداة إلى جني،
١٩٣٥، ج ٢، ١٤٥. وهكذا نجد الأستاذ السنهاوري يؤكد بعد عشر
سنوات تقريباً من كتابه رسالته، نفس الأفكار التي أبدأها في الرسالة من
قبل. ومع ذلك فهو بعد أن قرأ النقد الذي وجهناه في كتابنا، الالتزام
القضائي، لهذه الأفكار لم يعترض واكتفى بالقول لنا «لقد أمسكت بنا بقوة في
هذا الموضوع».

(١٥٩) جني، طريقة التفسير، المرجع السابق، ج ٢، ص ٨٣.

فالمعيار إذا دخل فى فرض القاعدة أو دخل فى حلها - أو دخل فى كل منهما ، جعل القاعدة مرنة فى مجموعها . فهو إر ، وجد فإنما يوجد داخل القاعدة ولا تجوز أبداً مقارنته بها . فالمعيار هو الوسيلة الفنية لصياغة القواعد القانونية المرنة (١٦٠) .

والخصيصة الأساسية التى تميز الحكم المنشئ للالتزام : هى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضى . وسندرس فى الفصل الثالث فكرة السلطة التقديرية بطريقة أشمل . ويكفى أن نلاحظ الآن أن السلطة التقديرية مرتبطة وناتجة عن القواعد المرنة التى تعطى للقاضى حرية التقدير . والقاعدة المرنة هى تلك التى تدخل المعايير المرنة فى تكوينها ، أى فى فرضها أو فى حلها .

٢٩٠ - خلاصة :

يتضح من كل ما سبق أن العقد هو الإرادة ، وأن التعديل الضرورى والأمر يتجه ضد الإرادة . وتعديل العقد ليس شئ آخر غير إحلال وسيلة صياغة فنية جديدة محل فكرة العقد . فقوة جديدة محل محل قوة العقد . والقوة الجديدة قد تكون الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ، أو إرادة المشرع ، أو إرادة القاضى . وحتى يكون الحل قضايئاً ، ينبغى أن يتصرف القاضى بحرية فى العقد ، وينبغى أن يصدر التعديل فعلاً عن إرادته الخاصة . وبالحلول محل العقد ، فإن الحكم يخلق التزاماً جديداً هو الالتزام القضائى ، الذى يحل محل الالتزام العقدى الذى انقضى من قبل . فيوجد إذن حلول لقوة محل قوة أخرى ، وحلول لالتزام محل التزام آخر . كل ذلك يحدث فى نفس الوقت ، لأن الأثر لا ينفصل أبداً عن السبب .

(١٦٠) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ١٤ ، ص ٤٤ وما بعدها

الفصل الثالث

تطبيقات وتحليل وآثار الحكم المنشئ للالتزام

منطوق نظرية الالتزام القضائي هو الآتى : عندما يقوم الحكم بتعديل التزام عقدى فإنه يؤدى الى انقضائه ، وانشاء التزام جديد يحل محله . ويكون الحكم فى هذه الحالة مجدداً ومنشئاً ومصدراً للالتزام . وسندرس فى مطلب أول تطبيقات هذه الفكرة ، وندرس فى مطلب ثان تحليل الحكم المنشئ للالتزام مع بيان آثاره .

المطلب الأول

تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام فى فرنسا وفى مصر

٢٩١ - الغبن بالمعنى الواسع :

تطبيقات الالتزام القضائي سواء فى فرنسا أو فى مصر تستجيب الى فكرة فنية واحدة . وهذه الفكرة تصلح للتطبيق على أى قانون يسمح للقاضى بتعديل العقد . وهكذا فإن التطبيقات التى ندرسها الآن ، يمكن ان تزيد أو تنقص أو تستبدل بغيرها ، دون أن يؤثر ذلك فى فكرة الالتزام القضائي ذاتها .

ومن ناحية الموضوع ، فإن كل هذه التطبيقات يمكن ردها الى فكرة الغبن ، بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح ، أى عدم التعادل فى الالتزامات المتقابلة .

ومع ذلك فليس من الصحيح القول بأن كل عدم تعادل موضوعى فى الأداءات هو دليل على الظلم أو عدم العدل . فالعقد يقوم على المقابل الرضاى . وحتى من وجهة نظر المبادئ الأخلاقية ، فإننا لا نستطيع أن نتجاهل دور الإرادة فى تحقيق العدل التبادلى . فمجرد عدم التعادل الموضوعى فى الأداءات المتقابلة ، لا يكفى فى ذاته للتعرف على الظلم فى العقد .

وعلى العكس عندما يضاف الى عدم التعادل الموضوعى للأداءات

عنصر آخر مثل عدم خبرة أحد المتعاقدين ، أو استغلال أحد المتعاقدين للآخر ، أو عدم التعادل فى القوة الاقتصادية للطرفين ، أو وقوع أحداث طارئة غير متوقعة .. الخ فإن العقل يستطيع فى أى من هذه الحالات أن يستخلص وجود الظلم فى العقد ، ويسمح بالتالى بتعديله .

ومن ناحية أخرى فإن العنصر الإضافى الذى يسمح باكتشاف الظلم والتعرف عليه ، قد يوجد فى شخص المتعاقد ، أو طبيعة العقد ، أو فى ظروف خارجية .

ولهذا فإن التفرقة بين غبن موضوعى وغبن شخصى لا تبدو لنا مقبولة . لأن الغبن دائماً موضوعى . فهو يتمثل فى عدم التعادل بين الأداءات .

والعنصر الذى يسمح باستخلاص الإدانة الأخلاقية للعقد ، من عدم التعادل الموضوعى بين الالتزامات ، قد يكون عنصراً شخصياً متعلقاً بأحد المتعاقدين (عدم خبرته ، استغلاله بواسطة المتعاقد الآخر... الخ) . ولكنه قد يكون متعلقاً بطبيعة العقد ، كالتبيعة الفنية أو المهنية لبعض العقود . وقد ينتج أخيراً من ظروف خارجية مثل الظروف الطارئة . وفى أى فرض من الفروض السابقة فإن هذا العنصر لا يدخل فى تكوين فكرة الغبن ذاتها ، أى عدم التعادل فى الالتزامات . وظيفة هذا العنصر الإضافى فقط ، هى استخلاص المعنى الأخلاقى من عدم التعادل الموضوعى . هذا العنصر الإضافى هو الذى يسمح بالتعرف على حيلة العدالة فى العقد الظالم ، ويبرر بالتالى تعديله . أما فكرة الغبن فهى دائماً واحدة . ولكن التعرف على الغبن ، واكتشافه هو الذى يقتضى الاستعانة بعنصر آخر قد يكون شخصياً أو غير ذلك .

والغبن إما أن يكون مصاحباً لوقت إبرام العقد ، أو أن يطرأ بعد إبرام العقد . وسندرس هذين النوعين فى مبحثين متتاليين .

المبحث الأول

الغبن المعاصر للعقد

لا تهدف دراستنا الى اظهار الفروق بين القانون الفرنسى والقانون المصرى ، بقدر ما تهدف الى دراسة تطبيقات مبدأ واحد على قانون كل من البلدين . وتختلف التطبيقات التى ندرسها هنا ، بحسب العنصر الاضافى الذى تحدثنا عنه فى الفقرة السابقة . وبعض هذه التطبيقات توجد فى قانون كل من البلدين ، ولكن البعض الآخر يوجد فى قانون أحدهما فقط . وندرس أولاً استغلال أحد المتعاقدين بواسطة المتعاقد الآخر .

٢٩٢ - الاستغلال طبقاً للمادة ١٢٩ من القانون المدنى

المصرى :

لمواجهة مشكلة « التعامل الفنى مع الغبن » حسب تعبير مارتى ورينو^(١)، وهى مشكلة اعتبرها البعض « غير قابلة للحل »^(٢)، فإنه يجب الرجوع ، كما ذكرنا من قبل الى عنصر آخر مصاحب لعدم التعادل الموضوعى فى الآداءات المتقابلة . ويأتى هذا العنصر « ليقوى الغبن ويكشف عن وجهه القبيح »^(٣).

فعدم التعادل الموضوعى لا يكفى بمفرده . فلا يمكن اعتبار الغبن « كعيب فى العقد ذاته » ، كما يذهب إلى ذلك البعض^(٤).

وهكذا فإن المشرع المصرى ، وحتى يتمكن من محاربة عدم التعادل الجسيم بين الالتزامات المتقابلة ، فقد لجأ فى نص عام فى

(١) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، ج ٢ ، ص ١٤٩ .

(٢) ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، ص ١٠٥ .

(٣) بيران ، دراسة حول قابلية الالتزامات المبالغ فيها للتخفيض ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .

(٤) كلايسكنز ، الغبن فى العقود فى بلجيكا ، أعمال كابتان ، ١٩٤٥ ، ص ٢٠٢ ، ص ٢٠٥ .

نظرية الالتزامات الى عنصر إضافي شخصى هو استغلال أحد المتعاقدين للآخر . فيجب أن يثبت طبقاً للمادة ١٢٩ « أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيئاً أو هوى جامحاً » . فالأمر يتعلق إذن بإضافة فكرة جديدة هي فكرة الاستغلال ، الى الفكرة المقصودة أصلاً وهي فكرة الغبن . وهذه عملية متعارضة تماماً مع ما يسميه دابان حذف الأفكار ^(٥) . ولا يتعلق الأمر كذلك بإحلال فكرة محل أخرى كما يعتقد جنى ، لأن العنصر الشخصى يضاف الى عدم التعادل الموضوعى ولا يحل محله .

ومن ناحية أخرى فإن العنصر الشخصى الذى يقصده التقنين المبنى المصرى ، هو عنصر مركب يتعلق بكل من المتعاقدين فى نفس الوقت . والاستغلال يعنى أن المستغل قد ارتكب خطأ ، وأن إرادة من وقع عليه الاستغلال أصبحت معيبة ^(٧) . وبعض التقنيات الأخرى مثل التقنين الألمانى لا تنظر الى الاستغلال إلا من ناحية من وقع منه الاستغلال . وطبقاً للمادة ١٣٨ من هذا التقنين فإن الاستغلال يمثل اعتداء على الآداب العامة . فالأمر يتعلق « بجريمة مدنية » ، كما يقول سالى ^(٨) . ونفس الفكرة توجد فى القانون الانجليزى تحت اسم «إساءة استعمال النفوذ» ^(٩) . والواقع كما يقول الأستاذ ديمونتيكز ،

(٥) طبقاً للأستاذ دابان ، فإن عدم الاعتداد بالعنصر الشخصى ، والاعتداد فقط بالعنصر الموضوعى ، هو بمثابة حذف واستبعاد (دابان ، صياغة القانون الوضعى ، ص ١٥٨-١٦١) . والصحيح أن الاعتداد بالعنصر الشخصى لا يشكل أى حذف أو استبعاد ، لأن الغبن يتمثل فى عدم التعادل الموضوعى . أما إضافة العنصر الشخصى فهو الذى يعتبر إضافة لفكرة جديدة .

(٦) جنى ، العلم والصياغة ، ج ٢ ، ص ٦٤ - ص ٦٥ .

(٧) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٣٦٨ .

(٨) سالى ، الاعلان عن الارادة ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ : أضف فولكمار ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الألمانى ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .

(٩) جترديج ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الانجليزى ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .

المبحث الأول

الغبين المعاصر للعقد

لا تهدف دراستنا الى اظهار الفروق بين القانون الفرنسى والقانون المصرى ، بقدر ما تهدف الى دراسة تطبيقات مبدأ واحد على قانون كل من البلدين . وتختلف التطبيقات التى ندرسها هنا ، بحسب العنصر الاضافى الذى تحدثنا عنه فى الفقرة السابقة . وبعض هذه التطبيقات توجد فى قانون كل من البلدين ، ولكن البعض الآخر يوجد فى قانون احدهما فقط . وندرس أولاً استغلال أحد المتعاقدين بواسطة المتعاقد الآخر .

٢٩٢ - الاستغلال طبقاً للمادة ١٢٩ من القانون المدنى

المصرى :

لمواجهة مشكلة « التعامل الفنى مع الغبن » حسب تعبير مارتى وريينو ^(١) ، وهى مشكلة اعتبرها البعض « غير قابلة للحل » ^(٢) ، فإنه يجب الرجوع ، كما ذكرنا من قبل الى عنصر آخر مصاحب لعدم التعادل الموضوعى فى الأناءات المتقابلة . ويأتى هذا العنصر « ليقوى الغبن ويكشف عن وجهه القبيح » ^(٣) .

فعدم التعادل الموضوعى لا يكفى بمفرده . فلا يمكن اعتبار الغبن « كعيب فى العقد ذاته » ، كما يذهب الى ذلك البعض ^(٤) .

وهكذا فإن المشرع المصرى ، وحتى يتمكن من محاربة عدم التعادل الجسيم بين الالتزامات المتقابلة ، فقد لجأ فى نص عام فى

(١) مارتى وريينو ، القانون المدنى ، ج ٢ ، ص ١٤٩ .

(٢) ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، ص ١٠٥ .

(٣) بيران ، دراسة حول قابلية الالتزامات المبالغ فيها للتخفيض ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .

(٤) كلايسكنز ، الغبن فى العقود فى بلجيكا ، أعمال كابتان ، ١٩٤٥ ، ص ٢٠٢ ، ص ٢٠٥ .

نظرية الالتزامات الى عنصر إضافي شخصى هو استغلال أحد المتعاقدين للآخر . فيجب أن يثبت طبقاً للمادة ١٢٩ « أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيئاً أو هوى جامحاً » . فالأمر يتعلق إذن بإضافة فكرة جديدة هي فكرة الاستغلال ، الى الفكرة المقصودة أصلاً وهي فكرة الغبن . وهذه عملية متعارضة تماماً مع ما يسميه دابان حذف الأفكار ^(٥) . ولا يتعلق الأمر كذلك بإحلال فكرة محل أخرى كما يعتقد جنى ، لأن العنصر الشخصى يضاف الى عدم التعادل الموضوعى ولا يحل محله .

ومن ناحية أخرى فإن العنصر الشخصى الذى يقصده التقنين المبدئى المصرى ، هو عنصر مركب يتعلق بكل من المتعاقدين فى نفس الوقت . والاستغلال يعنى أن المستغل قد ارتكب خطأ ، وأن إرادة من وقع عليه الاستغلال أصبحت معيبة ^(٧) . وبعض التقنينات الأخرى مثل التقنين الألمانى لا تنظر الى الاستغلال إلا من ناحية من وقع منه الاستغلال . وطبقاً للمادة ١٣٨ من هذا التقنين فإن الاستغلال يمثل اعتداء على الآداب العامة . فالأمر يتعلق « بجريمة مدنية » ، كما يقول سالى ^(٨) . ونفس الفكرة توجد فى القانون الانجليزى تحت اسم «إساءة استعمال النفوذ» ^(٩) . والواقع كما يقول الأستاذ ديمونتيكز ،

(٥) طبقاً للأستاذ دابان ، فإن عدم الاعتداد بالعنصر الشخصى ، والاعتداد فقط بالعنصر الموضوعى ، هو بمثابة حذف واستبعاد (دابان ، صياغة القانون الوضعى ، ص ١٥٨-١٦١) . والصحيح أن الاعتداد بالعنصر الشخصى لا يشكل أى حذف أو استبعاد ، لأن الغبن يتمثل فى عدم التعادل الموضوعى . أما إضافة العنصر الشخصى فهو الذى يعتبر إضافة لفكرة جديدة .

(٦) جنى ، العلم والصياغة ، ج ٣ ، ص ٦٤ - ص ٦٥ .

(٧) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٣٦٨ .

(٨) سالى ، الاعلان عن الارادة ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ : أضف فولكمار ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الألمانى ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .

(٩) جترديج ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الانجليزى ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .

لا يوجد فارق بين الخطأ ، وإساءة استعمال النفوذ ، إلا من ناحية الألفاظ المستخدمة فقط للتعبير عن نفس الشيء (١٠).

ومع ذلك فإن موقف هذا الأخير مع غيره من الفقهاء ، الذين يتجهون الى تغليب فكرة الخطأ فى الاستغلال ، ورفض الفكرة الأخرى عن الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة ، يبدو لنا مبالغاً فيه (١١). ونظراً لأن فكرة العيب فى الإرادة لا تتناقض مع فكرة الخطأ ، فإنه لا يوجد أدنى مانع فى الاستعانة بالفكرتين معاً فى نفس الوقت . وهذا ما فعله المشرع المصرى ، عندما جمع بين فكرة الغبن كعدم تعادل موضوعى فى الالتزامات ، وبين الفكرة المركبة الأخرى وهى فكرة الاستغلال التى تنطوى على خطأ أحد المتعاقدين ، والعيب فى إرادة المتعاقد الآخر فى نفس الوقت (١٢).

والغبن الذى يبرر فى نظر المشرع المصرى ، تدخل القاضى ، هو الغبن الجسيم . وهو ما يتحقق « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو مع التزامات المتعاقد الآخر » . والعبارات المستخدمة فى هذا النص ، عبارات مرنة ، تسمح للقاضى بأن يمارس حرية واسعة للتقدير . ويتفق الفقهاء المصريون على أن تقدير فداحة الغبن ، مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (١٣) . ونفس حرية التقدير تنطبق على العنصر النفسى وهو الاستغلال .

(١٠) ديمونتيز ، ملاحظات حول نظرية الغبن فى العقود ، فى الدراسات المهداة الى كابتان ، ص ١٧٩ - ١٨٠ .

(١١) ديمونتيز ، الغبن فى العقود بين البالغين سن الرشد ، باريس ١٩٢٤ . ص ٢١٢ : قالين ، الفردية والقانون ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ : قارين موري ، فكرة للعادل ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ - ١٧٠ .

(١٢) انظر فى تحليل كل هذه العناصر ، مازو ، الغبن فى العقود ، أعمال كابتان ، المرجع السابق ، ص ١٨١ - ١٨٢ .

(١٣) السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٣٦٣ : أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٦ ، ص ١٦٩ : توفيق فرج ، نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى .-

ولكن السلطة التقديرية للقاضي تبدو واضحة أكثر بشأن الجزاء على الغبن . فهو يختار بحرية بين إبطال العقد وتعديله ، وكما يقرر النص « جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » (١٤) . وهكذا إذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد ، فإن القاضي غير ملزم بالاستجابة إلى طلبه ، فهو يستطيع تعديله بدلاً من إبطاله (١٥) .

والواقع أن نظرية الالتزام القضائي تجد هنا تطبيقاً مثيراً للغاية . فالأمر يتعلق بتعديل عقد قابل للإبطال ، وبالتالي التجديد الضروري للالتزام قابل للإبطال .

ومن المعروف أنه يجوز الاتفاق على التجديد الرضائي للالتزام القابل للإبطال . ويعتبر الاتفاق الجديد الذي يتم بواسطته التجديد الرضائي ، بمثابة إجازة للالتزام القابل للإبطال في نفس الوقت . وباتجاه القاضي إلى تعديل العقد ، بدلاً من إبطاله ، فإنه يجيز أولاً هذا العقد ، قبل أن يخرج منه التزاماً جديداً . والإجازة هنا ضرورية ، ومستقلة عن إرادة المضرور ، بل هي موجهة ضدها . ومن الآن فصاعداً فإن فكرة الإجازة الضرورية ، ينبغي أن تحتل مكاناً في نطاق النظرية العامة للإجازة .

ومن ناحية أخرى فإن سلطة تعديل العقد الممنوحة للقاضي ، غير مقيدة برقم معين . وحسب رأى الفقهاء فى مصر فإن القاضي لا يقوم

= رسالة الاسكندرية ، ١٩٥٧ ، ص ٢٢٣ وما بعدها ؛ أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ١٩٥٤ ، ص ١٨٧ .

(١٤) وكما يقول الأستاذ مارتى فإن استخدام عبارة « جاز للقاضي » يقصد بها منح سلطة تقديرية للقاضي ؛ مارتى ، التفرقة بين الواقع والقانون ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٧٢ .

(١٥) السنهاورى . المرجع السابق ، ص ٣٧٣ ؛ توفيق فرج . المرجع السابق ، ص ٣٣٩ ؛ سليمان مرقس ، مبادئ الالتزامات ، ١٩٦٠ ، ص ٢٩٣ ؛ أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ . ويرى الفقهاء المصريون أن القاضي لا يملك إبطال العقد إذا اقتصر المتعاقد المغبون على طلب التعديل .

بالضرورة بحذف كل الغبن ، ولكنه يقوم فقط بحذف الغبن الفادح ، تاركاً بعض الغبن غير الجسيم فى العقد . والواقع أنه لا يوجد فى نص القانون ما يفرض على القاضى هذا الأسلوب فى معالجة الغبن . وفى تقديرنا أن القاضى يستطيع أن يمسك بالميزان عادلاً بين الطرفين حسب تعبير أرسطو .

وباختصار فإن التقنين المدنى المصرى يتضمن نصاً عاماً فى نظرية الالتزامات ، يسمح للقاضى بإجازة العقد القابل للإبطال بسبب الغبن ، وأن ينشئ بدلاً من الالتزامات الناشئة عنه ، التزامات قضائية جديدة . وهذا النص لا مقابل له فى التقنين المدنى الفرنسى ، وإن كان يوجد فى مشروع الالتزامات الفرنسى الايطالى ، فى المادة ٢٢ منه ، نص مشابه للنص الموجود فى التقنين المدنى المصرى (١٦) .

٢٩٣ - الالتزامات المبالغ فيها للقاصر المأذون طبقاً للمادة ٤٨٤ فقرة ٢ من تقنين نابليون :

عقود الإدارة التى تصدر عن قاصر مأذون هى عقود صحيحة بصفة عامة . ومع ذلك فإن القاضى يستطيع تخفيض الالتزامات المبالغ فيها التى ترد فى هذه العقود على عاتق القاصر . والغبن فى ذاته لا يبرر التخفيض ، (١٧) . فالمرجع يستعين بعنصر مضاف للتعرف على الظلم فى العقد . وهو عنصر شخصى يتعلق بعمر المتعاقد . وتقدير مدى المبالغة فى التزامات القاصر ، يدخل فى نطاق السلطة التقديرية للقاضى (١٨) . ومن ناحية أخرى فإن القاضى غير ملزم بتخفيض الالتزامات المبالغ فيها ، فهو يملك إبطال العقد كله . وباختياره

(١٦) راجع مونتيل ، تعديل القاضى للعقود فى إيطاليا ، فى أعمال الأسبوع الدولى للقانون ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .

(١٧) مورى ، فكرة للعادل ، الرسالة السابقة ، ص ١٦٣ .

(١٨) انظر فى التفرقة بين الالتزامات المبالغ فيها وعدم التعادل فى الالتزامات ، مارتى ورينو ، القانون المدنى ، ج ١ ، ص ١١٠٣ .

للتعديل ، فإن القاضى يجيز الالتزام القابل للإبطال . فالأمر يتعلق هنا أيضاً بتجديد ضرورى لالتزام قابل للإبطال .

والقضاء يطبق نفس الحل بشأن تعهدات غير كاملى الأهلية ، الذين لهم أهلية إبرام التصرفات اللازمة لحياتهم : كالسفيه (١٩) ، والقاصر تحت الوصاية ، والزوجة التى هجرها زوجها (٢٠) .

وهكذا فإن القاضى يضع نفسه مكان القاصر المأذون ، أو القاصر الموصى عليه ، ويقضى على التزامه المبالغ فيه ، وينشئ بدلاً منه التزاماً جديداً .

والنص الموجود فى قانون نابليون لا مقابل له فى القانون المدنى المصرى .

٢٩٤ - عقود المهنيين : الوكيل ، المحامى ، المهندس ، الطبيب ... الخ :

طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من التقنين المدنى المصرى ، إذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى وبهذا النص فإن التقنين المدنى المصرى يقرر قاعدة أنشأها القضاء الفرنسى . وكما تقول محكمة النقض الفرنسية ، فإن المحاكم تختص بتعديل أجر الوكيل المتفق عليه عندما لا يتناسب مع الخدمة التى أداها ، وذلك على خلاف عقد الإيجار ، (٢١) .

(١٩) كابتان ، تعليق ، نقض عرائض ، ١٥ يوليو ١٩٠٣ ، داللو ، ١٠٤ ، ١٢٩ .
(٢٠) بررو ، صياغة القضاء فى القانون الخاص ، ١٩٢٣ ، ج ٢ ، ص ٢١٤-٢١٥ .
(٢١) نقض مدنى ٢٩ يناير ١٨٦٧ ، داللو ، ٦٧ ، ٥٤ . وبحسب ما نعلم فإن أول حكم صدر فى الموضوع كان بمناسبة تخفيض أجر وكيل أعمال مكلف بتصلية تركة ، عرائض ١١ مايو ١٨٢٤ ، سيرى ، ١٨٢٥ ، ١ ، ١٣٣ .

وسواء فى مصر (٢٢) أم فى فرنسا (٢٣) ، فإن القضاء يأخذ بنفس الحل فى عقود المهنيين جميعاً ، كعقود المحامين ، والأطباء ، والمهندسين ، والوكلاء بالعمولة ، ولكنه لا يطبق نفس القاعدة على عقود البحث عن النسب نظراً للطبيعة الاحتمالية لهذه العقود (٢٤) .

وقد أثبتنا من قبل ، أنه لا توجد أية فكرة مستمدة من نظرية العقد ، أو مستمدة بصفة خاصة من نظرية السبب ، يمكن أن تبني عليها قاعدة تعديل العقد ، الموجهة أساساً ضد العقد وضد الإرادة والقاضى فى فرنسا وكذلك فى مصر ، فى غير الحالة المنصوص عليها فى التقنين ، يستمد سلطته فى تعديل عقود المهنيين من القضاء ، وليس من العقد . فالأمر يتعلق بقاعدة مصدرها القضاء تمنح القاضى سلطة تعديل بعض العقود وإنشاء التزامات جديدة .

وهنا تظهر بوضوح العلاقة القوية بين القضاء ، وبين العمل القضائى الفردى . وهنا يظهر بوضوح أن سلطة القاضى فى خلق الالتزامات مستمد من سلط القضاء فى خلق القانون . فالقضاء يشترك مع غيره من مصادر القانون فى تعريف وتحديد الوظيفة القضائية . وهكذا فإنه فى نظرية صحيحة سواء للقضاء ، أو للعمل القضائى ، ينبغى مع الاحتفاظ بالتفرقة بينهما ، مراعاة تأثيرهما المتبادل ، بل واعتماد أحدهما على الآخر وتداخله معه .

(٢٢) راجع الأحكام المشار إليها فى مقال محمد كامل ، قواعد الوكالة وتقدير أتعاب المحامين فى القانون المصرى ، مجلة القانون والاقتصاد ، ٧ ديسمبر ١٩٥٨ ، ص ٢٥ وما بعدها .

(٢٣) راجع الأحكام العديدة المشار إليها فى كابتان ، سبب الالتزامات ، طبعة ٢ ، باريس ١٩٢٧ ، ص ٢١٠ - ٢١٥ : جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، ص ١١٣ : بريدو ، صياغة للقضاء ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢١٢ - ٢١٤ : بيرو موريل ، التعاين فى الالتزامات فى إبرام العقود ، ١٩٦١ ، ص ١٢٩ - ١٥٣ : مارتى رينو ، القانون المدنى ، ج ٢ ، ص ١٤١ .

(٢٤) روست ، تخليص أتعاب خبراء الأنساب ، جيرس كلاسير ، ١٩٥٤ ، ١ ، ١١٧٩ ، نقض مدنى ، ١٧ أبريل ١٩٥٦ ، باللو ، ١١٥٦ ، ٤٢٧ .

ومن الواضح أن العنصر المضاف الذى يسمح للقانون بالتعرف على الظلم فى عقود المهنيين ، مستمد من طبيعة هذه العقود ذاتها . والعنصر موضوع الاعتبار هو الطبيعة الفنية والمهنية لهذه العقود . فالعميل أو الزبون يعجز عادة عن تقدير الأتعاب المناسبة للأعمال المهنية (٢٥) . وهكذا فإن القاضى يحمى العميل ضد جهله ، ويحافظ فى نفس الوقت على « كرامة المهن الحرة » (٢٦) .

وسلطة القاضى فى تخفيض الأتعاب المهنية ، هى سلطة تقديرية بمعنى أنه « يقدر بسلطة سيادية ، كما تقول محكمة النقض الفرنسية ، طبيعة وأهمية الخدمات المبذولة » (٢٧) . وهكذا فإن قاضى الموضوع يختص بتحديد الأجر العادل ، وهو يقوم بهذا التحديد على أساس العقل والعدل . والقانون الوضعى فى مسأله المختلف لا يقدم للقاضى أى عنصر من عناصر التقدير يمكن أن يؤثر فى حكمه .

والأمر لا يتعلق بمسألة من مسائل القانون . وتقدير القاضى للأجر العادل لا يخضع لرقابة محكمة النقض . وهكذا تحل إرادة القاضى محل إرادة المتعاقدين . فالأمر يتعلق بتجديد ضرورى بمعنى الكلمة . والالتزام الجديد هو التزام قضائى .

٢٩٥ - عقود الإذعان طبقاً للمادتين ١٠٠ و ١٤٩ من التقنين المدنى المصرى :

العنصر الإضافى الذى يسمح للقانون بالتعرف على الظلم فى هذه العقود ، هو كيفية إبرامها . وهكذا حتى يسمح المشرع المصرى بمحاربة الغبن فى هذه العقود ، فإنه يعطى لها معياراً مستمداً من

(٢٥) ريبير ، بداية لقانون مدنى مهنى ، فى الدراسات للمهدة الى كابتان ، ص ٦٨٥ - ٦٨٦ .

(٢٦) دى باج ، بمناسبة حكومة القضاة ، ١٩٣١ ، ص ١٤٣ .

(٢٧) نقض عرائض ٩ ديسمبر ١٩٣٠ ، جازيت ، ١٩٣١ ، ١ ، ١٢٦ ؛ ائفص الأحكام المشار إليها فى كابتان ، السبب ، المرجع السابق ، ص ٢١١ . هامش ١

طريقة ابرامها . وطبقاً للمادة ١٠٠ من التقنين المدني « القبول فى عقد الإنعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » .

ويرجع الفضل الى الأستاذ سالى ، فى صك اصطلاح عقد الإنعان ، لعدم وجود اصطلاح أفضل منه على حد قوله . وهو يضيف « هذه العقود لا تعدو أن تكون اعلانات متوازية بالإرادة المنفردة » (٢٨) . ويتفق الأستاذ موران مع هذه الفكرة التى تعتبر عقد الإنعان بمثابة « تعبير بالإرادة المنفردة من كل جانب » ، وليس بعقد حقيقى (٢٩) . فالأمر بالنسبة له يتعلق « بمركز تنظيمى » ، أو « مركز موضوعى » ، حسب اصطلاحات أساتذة القانون العام . ومن هؤلاء الأستاذ ديجى ، الذى يعتبر عقد الإنعان ، تصرفاً بالإرادة المنفردة صادراً ، لا عن الطرف القوى كما يقول عادة أعداء الصفة التعاقدية ، بل من الطرف الضعيف . وهو يشرح رأيه بالقول ، بأن ارسال خطاب بالبريد للاستفادة من الخدمة ، « لا يوجد عقداً ، ولكن يوجد فقط تصرفاً بالإرادة المنفردة ، وهو تصرف بالإرادة المنفردة للمرسل » (٣٠) . وبالنسبة للأستاذ جونو فإن الأمر يتعلق « بخلط وتهجين بين العقد والنظام » (٣١) . ففى كل عقد من عقود الإنعان يوجد جزء تعاقدى بمعنى الكلمة ، وجزء تنظيمى صادر عن الارادة المنفردة لأحد المتعاقدين الذى يفرض قانونه على المتعاقد الآخر .

هذه هى الأفكار الرئيسية لأعداء الطبيعة التعاقدية لعقد الإنعان : نظام قانونى ، أو مركز موضوعى ، أو تصرفين متوازيين بالإرادة

(٢٨) سالى ، الاعلان عن الارادة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ .

(٢٩) موران ، التشريع والعقد ، المرجع السابق ، الصفحات ١١٢ - ١١٣ .

(٣٠) ديجى ، للتحويلات العامة للقانون الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ : ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، ص ٣٧١ .

(٣١) جونو ، مبدأ سلطان الارادة ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٠٢ ، وكذلك الصفحات ٢٢٩ وما بعدها .

المنفردة لكل من الطرفين . أو تصرف بالإرادة المنفردة للطرف القوي ،
أو تصرف بالإرادة المنفردة للطرف الضعيف .

والواقع أن العنصر المميز لهذه العقود ، هو غياب أية مناقشة بين
الطرفين سابقة على إبرام العقد . وهذا هو الذي سبب تردد الفقهاء
وحيرتهم . فنجد الأستاذ جوسران يعلن تارة أن « أفكار أساتذة القانون
العام يجب رفضها دون تردد » (٢٢) . ويعلن تارة أخرى أن « عقد
الإذعان هو عقد نموذجي ، شروطه محددة ومتكررة ، ولا توجد فيها
إرادة للطرف المذعن » (٢٣) . وكذلك نجد الأستاذ ريبير يعلن مرة أن
عقد الإذعان ليس له غير « ملابس العقد » (٢٤) ، ويعلن في مؤلف آخر
أن « عقد الإذعان يبدو أكثر احتراماً من أي عقد آخر » (٢٥) . ويعلن بعد
ذلك في لغة أقل حماساً أن « الفكرة القانونية لعقد الإذعان لا تعنى
شيئاً كثيراً ولا تقدم فائدة تذكر » (٢٦) .

والصحيح أنه لا يمكن اعتبار المناقشة السابقة بين الطرفين ، ولا
المساواة الاقتصادية بينهما من شروط إبرام العقد . لأنه حتى في العقود
التي يتم التفاوض فيها بحرية فإنها لا تنعقد إلا في اللحظة التي
تتوقف فيها كل مناقشة ويتحول فيها رضاء كل من الطرفين إلى
إذعان . ولذلك فقد ظل القضاء الفرنسي مع جانب كبير من الفقه ، يؤيد
الصفة التعاقدية في هذه العقود (٢٧) .

(٢٢) جوسران ، الصعود الحديث لفكرة العقد ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ .

(٢٣) جوسران ، نظرة عامة على الاتجاهات المعاصرة لنظرية العقود ، المرجع
السابق ، ص ٩ .

(٢٤) ريبير ، النظام الاقتصادي والحرية التعاقدية ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ ؛
أضف النظام الديمقراطي ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ وما بعدها .

(٢٥) ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، ص ١٠١ .

(٢٦) ريبير ، القوى الخلاقية للقانون ، ص ٢٧٢ ؛ أضف ، بداية إنشاء قانون مدني
مهني ، المرجع السابق ، ص ٦٨٥ .

(٢٧) لامور لندبير ، التطور الحديث لقانون الالتزامات ، المرجع السابق ، الصفحات
٢٤٩ وما بعدها ؛ بررو ، صياغة القضاء في القانون الخاص ، المرجع السابق ، -

والطريقة التى تتم بها إبرام هذه العقود لا تؤثر إطلاقاً فى طبيعتها التعاقدية ، ولكنها تسمح فقط باكتشاف شئ آخر ، وهو الظلم الناتج من شروط الأسد فى هذه العقود (٣٨) . وهكذا فإن حيلة العدالة تصبح مكشوفة ، ويصبح التدخل فى العقد مبرراً . وبسبب هذا التدخل فإن عقد الإنعان يفقد طبيعته التعاقدية (٣٩) ، وليس بسبب الطريقة التى تم أصلاً إبرامه بها . والتدخل فى فرنسا يتم بواسطة المشرع . وهكذا فنحن نستخدم اليوم عبارة « العلاقة القانونية للعمل ، بدلاً من اصطلاح عقد العمل » . وكما يقول الأستاذ رواست ، فإن الالتزامات فى هذه العلاقة « ليس مصدرها إرادة الأطراف ، ولكنها تنشأ عن التشريع وبإرادة المشرع » (٤٠) .

ومن ناحية أخرى فإن محكمة النقض الفرنسية تراقب تفسير عقود الإنعان ، وهو ما لا يدخل أصلاً فى وظيفتها (٤١) . وقد يحدث أن تنشئ محكمة النقض فى هذه العقود ، التزاماً قضائياً مصدره القضاء وليس حكم القاضى ، مثل الالتزام بالسلامة فى عقد النقل . ولكن

= ج ١ ، ص ٣٦ : بلانيول وريبير وبولانجيه ، موسوعة القانون المدنى ، ج ٢ ، فقرة ١٣٤ ، ص ٥٨ ؛ كولان وكابتان ، موسوعة القانون المدنى ، ج ٢ ، ص ١٩٥٩ ، فقرة ٦٠٥ ، الصفحات ٣٣٥ وما بعدها ؛ مارتى ورينو ، القانون المدنى ، ج ٢ ، فقرة ١١٧ ، الصفحات ١٠١ وما بعدها ؛ ريج ، دور الإرادة فى التصرف القانونى ، المرجع السابق ص ٢٤٤ ؛ ومن الفقهاء غير الفرنسيين ، كلسن ، النظرية القانونية للعقد ، لرشيف فلسفة القانون ، ١ - ٤ ، ص ١٩٤٠ ، ص ٧٢ .

(٣٨) قالين ، الفرية والقانون ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

(٣٩) ميشيل فيلى ، نهضة واضمحلال المذهب الإرادى فى القانون ، المرجع السابق ، ص ٩٤ - ص ٩٥ ؛ سافتييه ، من القانون المدنى الى القانون العام ، المرجع السابق ، ص ٦٦ .

(٤٠) رواست ، مناقشة حول تدخل الدولة فى العقود ، فى أعمال كابتان ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ ؛ أضف ريبير ، القوى الخلاقة للقانون ، ص ٢٧٥ .

(٤١) مارتى ، دور القاضى فى تفسير العقود ، المرجع السابق ، ص ٩٦ وما بعدها ؛ فريميكور ، مناقشة لدور القاضى فى تفسير العقود ، فى أعمال كابتان ، ص ١٩٤٩ ، ص ٩٨ - ص ٩٩ .

القضاء الفرنسى لا يسمح للقاضى باجراء تعديل حقيقى لعقود الإنعان .

وفى مصر ، فإن التقنين المدنى يؤكد فى المادة ١٠٠ منه ، الطبيعة التعاقدية لهذه العقود ، وهو ما يؤيده الفقه المصرى (٤٢) . ومن ناحية أخرى فإن التقنين المدنى يضع نظاماً للتعديل الأمر والضرورى والقضائى لعقود الإنعان . وكما تقرر المادة ١٤٩ « إذا تم العقد بطريقة الإنعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أو يعفى الطرف المذعن ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وسنطة القاضى تقديرية سواء فيما يتعلق بتقدير الغبن ، أو فيما يتعلق بطريقة تعديل العقد المتسم بالغبن . ويتعلق الأمر بمسألة من مسائل الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض (٤٣) . ويتعديى عقد الإنعان المنطوى على غبن ، فإن القاضى يحل محل الالتزام العتدى ، التزاماً قضائياً .

وباختصار فإن عقد الإنعان هو عقد حقيقى حتى ولو كان ظالماً فى بعض الأحيان . والطريقة التى تتم ابرامه بها لا تؤثر فى طبيعته العقدية ، ولكنها تسمح فقط باكتشاف الظلم فى شروطه ، وتبرر بالتالى تدخل الدولة . وهذا التدخل هو الذى يكلف هذه العقود حياتها ويجردها من طبيعتها التعاقدية . وبصفة خاصة فإن التعديل الأمر ، الضرورى ، والقضائى لعقد الإنعان ، يؤدى الى انقضاء الالتزام الناشئة عن هذه العقود ، ويخلق بدلاً منها التزامات قضائية .

(٤٢) السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٢٢١ ؛ عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٣ ؛ أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ ؛ أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ ؛ عبد المنعم الصدة ، عقود الإنعان ، رسالة ، القاهرة ، ١٩٤٦ ، ص ١٥٦ ؛ الصدة ، مصادر الالتزام ، ص ١١٤ .

(٤٣) ويتفق على ذلك كل الفقهاء المصريين السابق الاشارة اليهم .

٢٩٦ - الشرط الجزائي طبقاً للمواد ٢٢٣ وما بعدها من التقنين المدني المصري :

يفرق الفقهاء بوضوح بين الشرط الجزائي من ناحية ، وبين شروط أخرى مثل الشروط المحددة للمسئولية ، والعربون ، والغرامة التهديدية ، والالتزام البدلي أو الاختياري ... الخ ، (٤٤) . ويقال عادة أن الشرط الجزائي هو التزام تابع أو فرعى . والصحيح أن الرجوع الى فكرة الالتزام الفرعى فى هذا المقام لا يبدو مقبولاً لأن القاعدة الأصولية فى التفسير هى أن الفرع يتبع الأصل ، وهذا يتعارض مع قاعدة عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ الفعلى .

ويمكن القول أن الشرط الجزائي هو جزء فرعى من أجزاء العقد ذاته ، بحيث لا يؤدي بطلانه الى بطلان العقد فى مجموعه طبقاً لنظرية انقاص العقد . ولكن الأمر لا يتعلق بالالتزام فرعى بمعنى الكلمة .

والصحيح أن الشرط الجزائي يدخل فى تكوين الالتزام التعاقدى ذاته ، وبصفة خاصة فى عنصر المسئولية فى هذا الالتزام ، حسب تحليل الالتزام الى عنصرين : المديونية ، والمسئولية . ومصدر المسئولية هو العقد ذاته . وفى حالة وجود شرط جزائي أو تعويض اتفاقى فإن العقد يتجه بصفة خاصة الى تقدير المسئولية بمبلغ محدد من النقود . والشرط الجزائي لا يؤدي بطبيعة الحال الى تجديد الالتزام (٤٥) ، لأنه جزء من هذا الالتزام . والمسئولية العقدية فيما نعتقد

(٤٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ، الموسوعة ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٨٣٤ الصفحات ٣٠٨ وما بعدها ؛ كولان وكابتان ، الموسوعة ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٩١٥ ، الصفحات ٥١٠ وما بعدها ؛ كاريونيه ، القانون المدني ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ١٦١ ، الصفحات ٥٤١ وما بعدها ؛ مازو ، الدروس ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٥٤١ ، الصفحات ٦٢٠ وما بعدها ؛ مارتى ودينو ، القانون المدني ، ج ٢ ، فقرة ٥٤٢ ، الصفحات ٥٩٠ وما بعدها ؛ السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٥٨١ وما بعدها ؛ غانم ، أحكام الالتزام ، ص ١٤٧ وما بعدها .

(٤٥) راجع فى التفرقة بين الشرط الجزائي ، والتجديد المعلق على شرط . شارل -

لا تؤدي إلى حلول التزام جديد محل الالتزام العقدي .

وهكذا فإنه في حالة عدم تنفيذ عنصر الواجب أو المديونية في الالتزام ، فإن الدائن يستطيع تحريك عنصر المسؤولية في الالتزام ، أي تطبيق الشرط الجزائي . وكل اهمال أو تجاوز للشرط الجزائي هو تعديل للعقد .

ومراعاة للطبيعة العقدية للشرط الجزائي ولطبيعته الجزافية ، فإن التقنين المدني الفرنسي (م ١٢٢٦ وما بعدها) كان لا يسمح بتعديله ، إلا في حالة واحدة هي حالة التنفيذ الجزئي للالتزام (م ١٢٣١) . وتخفيض مبلغ التعويض في هذه الحالة يكون بقدر ما تم تنفيذه ، وهو ما يتفق مع إرادة المتعاقدين . وكما يقول الأستاذ Veaux ، فإن « نجاح الشروط الجزائية أمام المحاكم كان كاملاً وتاماً »^(٤٦) . ولم يكن هناك مجال للبحث فيما إذا كان الضرر الذي أصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ يعادل التعويض المتفق عليه أم لا .

ولكن المشرع الفرنسي الحديث أصدر قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ ، بتعديل نصوص التقنين المدني في هذا الشأن . وأصبح من الجائز للمقاضى أن يعدل الشرط الجزائي بما يتفق مع الضرر الذي أصاب الدائن^(٤٧) . وهكذا فإن نظرية الالتزام القضائي تكتسب أرضاً جديدة مع مرور الوقت .

أما المشرع المصري فقد اختار منذ البداية الوقوف الى جانب العدالة ، وضد العقد وإرادة المتعاقدين . فإذا كان الهدف من الشرط الجزائي هو تعويض المتعاقد عن الضرر الذي أصابه بسبب عدم التنفيذ ، فلا يجب إذن أن يوجد فارق كبير بين التعويض الاتفاقي وبين الضرر .

- مارواني ، الشرط الجزائي ، رسالة ، باريس ، ١٩٣٥ ، ص ٩٠ .

(٤٦) VEAUX ، الشروط الجزائية في عقود القانون الخاص ، في دراسات القانون المعاصر ، ج ٢ ، ١٩٥٩ ، ص ٣٥ .

(٤٧) راجع جويستان ، القانون المدني ، العقد ، ١٩٨٠ ، ص ٤٧٤ .

والعنصر الإضافي الذي يسمح للقاضي بالتعرف على الظلم في الشرط الجزائي ، هو الطبيعة الجزائية لهذا الشرط . وهذا العنصر يهدف بتحويل كل عقود المعاوضة الى عقود احتمالية .

وفكرة الاحتمال لا تتفق أبداً مع عقود المعاوضة . ومن الصعب في هذه العقود تقدير الضرر وقت إبرام العقد . وإذا كان من الممكن في بعض الحالات القيام بهذا التقدير وقت إبرام العقد ، فلماذا يكون التقدير جزائياً وغير متناسب بالمرّة مع الضرر ؟ لا يوجد سبب لذلك في الواقع .

وهكذا فإن المشرع المصري يمنع الظلم في العقود ، ويجرد الشرط الجزائي من طبيعته الجزائية ، ولا يتحقق ذلك إلا بتجريد من أهم صفاته . والشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي ، لم يعد يلعب في مصر أي دور ، باستثناء دوره في الإثبات ، حيث ينقل عبء الإثبات الى المدين الذي لم يقم بالتنفيذ ، ليثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، أو أن الضرر مبالغ فيه ، أو أن الالتزام قد نُفذ في جزء منه . ولذلك فليس صحيحاً ما يقال من أن جواز تعديل التعويض الاتفاقي يجرده من كل فائدة عملية^(٤٨) . وهكذا فإن المشرع يحل محل التنظيم الذي وضعه المتعاقدان ، تنظيماً جديداً ، قد يكون تشريعياً ، أو قضائياً . وكما نص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ من التقنين المدني ، « ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه » . والفقرة الثالثة تؤكد الطبيعة الأمرة لهذا الحكم .

ويلاحظ أنه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام فإن تخفيض التعويض الاتفاقي يكون مطابقاً لإرادة المتعاقدين . أما في الحالة الأولى التي يتم تخفيض التعويض الاتفاقي لأن التقدير كان مبالغاً فيه الى

(٤٨) قارن ، فاسيو ، الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في قوانين فرنسا ودول أمريكا اللاتينية ، المجلة الدولية للقانون المقارن ، ١٩٤٩ ، ص ٢٢٢ .

درجة كبيرة ، فإن التعديل يؤدي الى تجديد ضرورى وأمر ومنشىء
لالتزام قضائى . وسلطة القاضى فى التعديل هى سلطة تقديرية
لا تخضع لرقابة محكمة النقض . وهكذا فإن القاضى يحل التزاماً
قضائياً محل الالتزام العقدى (٤٩) .

٢٩٧ - الانقاذ البحرى والمساعدة البحرية طبقاً لاتفاقية بروكسل
فى ٢٣ سبتمبر ١٩١٠ ، المطبقة فى مصر وفى فرنسا (٥٠) :

اتفاقية بروكسل مطبقة فى العديد من دول العالم . وطبقاً للفقرة
الأولى من المادة السابعة ، « كل اتفاق مساعدة أو انقاذ ، تم فى لحظة أو
تحت تأثير الخطر ، يمكن بناء على طلب أحد الأطراف ، أن يلغى أو
يعدل بواسطة القاضى ، إذا رأى أن الشروط المتفق عليها ليست عادلة .
وهذا النص لا يضع حكماً لعيب من عيوب الإرادة ، ولكنه يضع
حكماً للظلم فى العقد . فعدم التعادل فى الالتزامات هو الذى يبرر
وحده تدخل القاضى . والظروف التى تم فيها إبرام العقد تمثل العنصر
الإضافى الذى يسمح للمشرع باستخلاص الظلم من عدم التعادل
الموضوعى فى الالتزامات . وسلطة تعديل العقد المقررة فى هذا النص ،
هى سلطة ضرورية وأمرة وقضائية . وسلطة القاضى هى سلطة
تقديرية بكل وضوح . فالتدخل فى العقد متوقف على إرادته . ونوع
الجزاء يعتمد أيضاً على ذات الإرادة . فالعقد يمكن إبطاله أو تعديله
حسب تقديره . وإذا اختار القاضى أن يعدل العقد ، فمعنى ذلك أنه أجاز
أولاً العقد القابل للإبطال . وسيكون التجديد الضرورى فى هذه الحالة

(٤٩) ويلاحظ أنه فى حالة الغاء الشرط الجزائى لأن الدائن لم يلحق به أى ضرر
(م ١/٢٢٤) ، وكذلك فى حالة عدم زيادة مبلغ التعويض حتى ولو جاوز
الضرر قيمة التعويض إذا لم يكن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م
٢٢٥) . فإن شروط نظرية الالتزام القضائى لا تنطبق ، حيث أن الحل محدد
فى التشريع ، ولا يمارس القاضى بشأنه أى سلطة تقديرية .

(٥٠) الاتفاقية مطبقة فى فرنسا بمقتضى قانون ٢٩ أبريل ١٩١٦ ، وفى مصر
اعتباراً من أول يناير ١٩٤٤ (الوقائع المصرية ، رقم ١٤ ، ٧٠ فبراير ١٩٤٤)

تجديداً للالتزام قابل للإبطال .

والفقرة الثانية من نفس النص تقرر : وفى جميع الأحوال ، إذا ثبت أن إرادة أحد المتعاقدين ، قد انتهكت بالتدليس أو السكوت ، أو أن التعويض مبالغ فيه بمعنى أو بآخر ، بحيث لا يتناسب مع الخدمة المبذولة ، فإن العقد يمكن إبطاله أو تعديله بواسطة القاضى ، بناء على طلب صاحب المصلحة من الطرفين .

وطبقاً لرأى الأستاذ ريبير فإن : المحكمة تملك دائماً سلطة تعديل العقد ، فى كل الحالات التى تملك فيها إبطاله ، (٥١).

والواقع أنه لا ينبغي القول كما يعتقد الأستاذ بيران ، بأن الإبطال يبرر التعديل طبقاً لمبدأ أن : من يملك الأكثر يملك الأقل ، (٥٢) . على العكس فإن الإبطال يجعل التعديل أصعب فى القبول . فتعديل العقد القابل للإبطال يقتضى أقوى درجات السلطة التقديرية . لأنه قبل تعديل العقد ، لا بد من تطهيره من عيوبه . والواقع أن اعطاء القاضى سلطة إجازة العقد القابل للإبطال هو أمر خطير للغاية . ولذلك فنحن لا نوافق على تعديل العقود القابلة لإبطال إلا فى الحالات المنصوص عليها صراحة فى القانون . وفى هذه الحالات فإن التعديل يؤدى الى انشاء التزام قضائى .

وبهذا ننتهى من عرض تطبيقات التعديل القضائى للعقد بسبب الغبن للعاصر لإبرام العقد ، سواء فى فرنسا أو فى مصر . وقبل أن نختم هذا البحث فإننا نلاحظ أن القانون الفرنسى يعرف تطبيقات أخرى للتعديل الضرورى للعقد ، كما فى تعديل عقد بيع الحبوب طبقاً لقانون ٨ يوليو ١٩٠٧ ، المكمل بقانون ١٠ مارس ١٩٣٧ ، وتعديل

(٥١) جودج ريبير ، القانون البحرى ، طبعة ٤ ، ج ٣ ، ص ١٤٠ .

(٥٢) بيران ، تخفيض الالتزامات المبالغ فيها ، المرجع السابق ، ص ٥٦ . والأستاذ يقيم كل نظريته على أساس هذا المبدأ .

عقد بيع المحل التجارى حسب قانون ٢٩ يونيو ١٩٣٥ ، وتخفيض الفوائد الاتفاقية طبقاً لمرسوم ٨ أغسطس ١٩٣٥ .

ولكن هذه التطبيقات لا تستجيب لشروط نظرية الالتزام القضائي ، خاصة شرط السلطة التقديرية للقاضي (٥٣) . فالتجديد طبقاً لهذه القوانين هو تجديد تشريعى وليس قضائياً . والتعديل يؤدي الى انشاء التزامات قانونية مصدرها القانون لا التزامات قضائية مصدرها حكم القاضي .

المبحث الثانى

الغبين الطارئ بعد ابرام العقد

٢٩٨ - الظروف الطارئة :

الفكرة الإضافية أو المضافة التى تسمح باستخلاص الظلم فى العقد، من عدم التعامل الموضوعى فى الالتزامات ، هى فكرة الظروف الطارئة . وهذه الفكرة تتمثل فى حواث استثنائية غير متوقعة ، تؤدي الى تحطيم اقتصاديات العقد . فالأمر يتعلق بغبين طارئ بعد ابرام العقد .

ونظرية الظروف الطارئة لا تعيننا فى هذا المقام إلا بالقدر الذى تؤدي فيه الى تعديل العقد بواسطة القاضي . ومن الممكن، أن يكون الجزاء أو الحل لمشكلة الظروف الطارئة هو أمر آخر غير التعديل القضائي للعقد . وهكذا فإن تطبيق هذه النظرية فى نطاق القانون الدولى العام لا تسمح إطلاقاً للمحاكم بتعديل المعاهدات (٥٤) .

(٥٣) والواقع أن المرسوم الخاص بتخفيض الفوائد الاتفاقية ، يعطى للقاضي بعض الحرية فى التقدير ، دون أن تصل هذه الحرية مع ذلك الى درجة السلطة التقديرية الحقيقية . راجع كابتان ، محاربة الربا ، داللون الدورى، ١٩٣٥ ، ٦١ .

(٥٤) وكما يقول الأستاذ ليكا ، المحكمة ليست لديها سلطة تعديل المعاهدة ، وسائل تعديل الاتفاقات الدولية ، ١٩٦١ ، ص ٣١٤ . راجع فى الظروف الطارئة فى القانون الدولى العام ، لى فور ، القوة الملزمة للمعاهدات ، أرشيف فلسفة-

وفى القانون الإدارى فإن جزاء الظروف الطارئة هو فقط جزاء تعويضى ، فالقاضى لا يستطيع هو نفسه أن يعدل شروط العقد الإدارى ،^(٥٥) . وطبقاً للقضاء الإدارى فإن الظروف الطارئة تخلق مركزاً خارج نطاق العقد ، تتم مواجهته بإجراء يكون أيضاً خارج نطاق العقد^(٥٦) . فالقاضى يمنح المتعاقد تعويضاً ليساعده فى الخروج من صعوباته المؤقتة . والقاضى يخلق بدون شك التزاماً جديداً ، ولكن هذا الالتزام يضاف كنوع من « البناء العلوى »^(٥٧) ، حسب تعبير الأستاذ هوريو ، الى الالتزام التعاقدى ولكنه لا يحل محله . ونظرية الظروف الطارئة فى القانون الإدارى تحكمها الطبيعة الخاصة لعلاقات هذا القانون . وكما يقول الأستاذ فالين ، فإن « الإدارة تعتبر المتعاقد معها كشريك إرادى ، بل كشريك لا يبغي الربح »^(٥٨) . فهو على حد تعبير الأستاذ كابتان « ليس خصماً لها »^(٥٩) .

ولذلك فمن المتفق عليه أن أية « نظرية فى القانون المدنى للظروف الطارئة ، ستكون بالضرورة مختلفة عن هذه النظرية فى القانون الإدارى »^(٦٠) .

- القانون ، ١٩٤٠ ، ص ٩٤ : كلسن ، النظرية القانونية للاتفاق ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

(٥٥) دى لويادير ، موسوعة العقود الإدارية ، ج ٣ ، ١٩٥٦ ، ص ١١٦ - ص ١١٧ : أنظر المراجع العديدة ، كتابنا ، نظرية الالتزام القضائى ، ص ١٧٧ ، هامش ٥٨ .

(٥٦) أنظر التحليل النقدي لهذه الفكرة ، هوريو ، تعليق ، مجلس الدولة ، ٢٧ يونيو ١٩٢٩ ، سيرى ، ١٩٢٩ ، ٣ ، ٢٥ .

(٥٧) هوريو ، تعليق ، مجلس الدولة ٢٧ يونيو ١٩١٩ ، سيرى ، ١٩٢٠ ، ٣ ، ٢٥ .

(٥٨) فالين ، التطور الحديث فى العلاقات بين الدولة والمتعاقدين معها ، مجلة القانون العام ، ١٩٥١ ، ص ٥ ، ص ٣٤ .

(٥٩) كاتبان ، تعليق ، باريس ٢١ ديسمبر ١٩١٦ ، باللوذ الدورى ، ١٩١٧ ، ٢ ، ٣٥ .

(٦٠) دى لويادير ، المرجع السابق ، ص ٧٧ : هوريو ، البوليس القانونى وجوهر القانون ، للمرجع السابق ، ص ٢٩٠ .

وفى نطاق القانون المدنى فإن نظرية الظروف الطارئة لا تعيننا إلا فى حالة التعديل الأمر والضرورى والقضائى للعقد . ونظرية الظروف الطارئة ، كما استطعنا أن نثبت فى دراسة أخرى ، ترجع الى القانون الرومانى ، على خلاف الفكرة الشائعة التى تنسب هذه النظرية الى فقهاء القانون الكنسى والمحشيين (٦١) . ومع ذلك فتعديل العقد فى القانون الرومانى كان مفسراً ولم يكن أمراً (٦٢) .

وفى القانون الحديث ، فإن التقنين المدنى الإيطالى ، يأخذ فى المادة ١٤٦٧ منه ، بنظام للتعديل الرضائى وليس الضرورى للعقد (٦٣) .

وعلى العكس فإن التعديل الذى يقرره التقنين المدنى المصرى ، هو تعديل منشئ لالتزام قضائى . وكما تقرر المادة ١٤٧ : ... جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ، وكل عبارات هذا النص سرنة ومطاطة . والسلطة الممنوحة للقاضى هى سلطة تقديرية واضحة . فالمرجع كما يقول الأستاذ السنهورى : أطلق يد القاضى فى العقد (٦٤) ، لمواجهة الظروف المختلفة .

(٦١) سمير تناغو ، الأصل الرومانى لنظرية الظروف الطارئة ، مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٦ ، الصفحات ١٤٥ - ١٦٥ .

(٦٢) راجع ما سبق ، فقرة ٢٧٩

(٦٣) راجع فى التفرقة بين التعديل الضرورى والتعديل الرضائى ، ما سبق ، فقرة ٢٧٧ وفى هذا القانون ، كما يقول الأستاذ السنهورى ، فإن التعديل هو عمل المتعاقد وليس عمل القاضى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٦٤٩ .

(٦٤) السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٦٤٦ ؛ راجع كذلك ، أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ ؛ أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ . والدكتور عبد الحى حجازى بون أن يتحدث عن السلطة التقديرية للقاضى يشير الى حكم محكمة القاهرة فى ٢١ أكتوبر ١٩٥٣ الذى يستعمل عبارة الأستاذ السنهورى الواردة فى المتن ، حجازى المرجع السابق ، ص ٥٨٨ ، هامش ١ .

ومن ناحية أخرى فإن التعديل المقرر فى هذا النص هو تعديل ضرورى وأمر . فالقاضى يحل التزاماً قضائياً محل الالتزام العقدى . وقد لقيت نظرية الظروف الطارئة ، تطبيقاً هاماً نى مصر ، بسبب قانون الإصلاح الزراعى ، حيث ذهب الرأى السائد الى أن هذا القانون هو حادث طارئ تتوافر فيه شروط نظرية الظروف الطارئة . وقد أدى هذا القانون الى انهيار التوازن الاقتصادى فى الكثير من العقود (٦٥) .

وبجانب الحكم العام الوارد فى المادة ١٤٧ توجد بعض التطبيقات الخاصة لسلطة القاضى التقديرية فى تعديل بعض العقود ، مثل الحكم الواردة فى الفقرة ٤ من المادة ٦٥٨ بشأن عقد المقاولة . وطبقاً لهذا النص فإن التعديل يؤدى أيضاً الى انشاء التزام قضائى .

وفى فرنسا لا يوجد نص فى التقنين المدنى يسمح للقاضى بتعديل العقد . والقضاء لم يخلق قاعدة قانونية تقرر هذا الحكم . ومحكمة النقض الفرنسية رفضت الأخذ بهذه النظرية على أساس العقد نفسه ، وعلى أساس ما يتضمنه من قاعدة مقترحة كان يقول بها بغير حق فقهاء القانون الكنسى ، وهى قاعدة عدم تغير الظروف *rebus sic stantibus* . فهذه النظرية إذ تسمح بتعديل العقد إنما تتجه أساساً ضد العقد ، وضد إرادة المتعاقدين . ولذلك لا يمكن الأخذ بها ، ما لم يوجد قانون يسمح بها ، سواء كان مصدر هذا القانون هو التشريع أو القضاء (٦٦) .

(٦٥) عبد الرزاق السنهورى ، تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعى ، مجلة المحاماة ، سبتمبر ١٩٦٠ ، ص ١٠٧ ؛ راجع الأحكام المشار إليها فى كتيب خير الدين ، نظرية الظروف الطارئة ، ١٩٥٥ ، ص ٢٦ وما بعدها ؛ راجع كتاب ، كمال أبو الخير ، قانون الإصلاح الزراعى ، ١٩٦١ ، الصفحات ٢٢ وما بعدها . وفى حالات معدودة يكون التعديل تشريعياً وليس قضائياً ، على سبيل المثال القانون ٤٥٢ لسنة ١٩٥٢ يوزع للخسارة بنسبة ٥٠٪ بين الطرفين . ولكن خارج مثل هذه الحالة فإن القاضى يسترد سلطته التقديرية حسب النص العام الوارد بالتقنين .

(٦٦) انظر المراجع العديدة المشار إليها فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٧٩ ، هامش ٦٩ .

ومع ذلك فإن المشرع الفرنسى لم يتخلف عن تطبيق هذه النظرية فى تشريعات خاصة . ولكن الكثير من هذه التطبيقات تتضمن جزاء يختلف عن تعديل العقد ، وتخرج بالتالى من نطاق دراستنا . على سبيل المثال فإن أول قانون يأخذ بهذه النظرية ، وهو قانون ٢١ يناير ١٩١٨ (٦٧) ، قرر فسخ العقد لا تعديله . وهو نفس الحكم الذى أخذ به قانون ٢٢ أبريل ١٩٤٩ (٦٨) . وفى الحالات التى يقرر فيها المشرع تعديل العقد فإنه يأخذ بالتعديل التشريعى بدلاً من التعديل القضائى .

وعلى سبيل المثال فإن قانون ٢٥ مارس لسنة ١٩٤٩ ، يقرر زيادة الايراد المرتب مدى الحياة بنسبة معينة . فالأمر يتعلق هنا بتجديد قانونى منشئ للالتزام قانونى ، وليس بتجديد قضائى منشئ للالتزام قضائى (٦٩) .

وبالنسبة لتعديل الأجرة فى عقود الايجار ، فإن القوانين الصادرة بشأنها كثيرة لا تحصى . وكما يلاحظ الأستاذ لامور أنديير ، « فى كل ستة أشهر يصدر قانون جديد » (٧٠) . وبعض هذه القوانين تقرر تعديلاً قضائياً للأجرة يؤدى الى انشاء التزامات قضائية . ونذكر من هذه القوانين على سبيل المثال قانون ٩ مارس ١٩١٨ ، الذى يسمح للقاضى بتقدير الأجرة العادلة ، طبقاً لما يمليه عليه ضميره ، حسب عبارة المقرر العام لهذا القانون (٧١) . وقد أخذ بنفس الحكم قانون ١٢ يوليو ١٩٣٣ ، وقانون أول يوليو ١٩٣٩ (٧٢) . وهذا القانون الأخير مثير للانتباه لأنه تضمن « سلماً متحركاً » لتعديل الأجرة ، ويسمح بالتعديل القضائى فى نفس الوقت . فالتعديل القضائى لا يرد

(٦٧) قانون ٢١ يناير ١٩١٨ ، داللوذ الدورى ، ١٩١٨ ، ٤ ، ٢٦١ .

(٦٨) قانون ٢٢ أبريل ١٩٤٩ ، داللوذ ، ١٩٤٩ ، ٢٤١ .

(٦٩) جورج ريبير ، تعديل الايراد المرتب مدى الحياة ، داللوذ ، ١٩٤٩ ، ٨٩ .

(٧٠) لامور أنديير ، التطور الحديث لقانون الالتزامات ، المرجع السابق ، ص ٧ .

(٧١) داللوذ الدورى ، ١٩١٨ ، ٤ ، هامش ١٣ ص ٧١ .

(٧٢) هنرى كابتان ، نظام الإخلال بالعقود ، داللوذ الأسبوعى ، ١٩٣٤ ، ١ .

على أجرة ثابتة، بل يرد على أجرة متحركة (٧٣).

وياختصار ، فبينما يأخذ المشرع المصرى بنظرية الظروف الطارئة ، فى قاعدة عامة تنطبق على كل العقود ، بما يسمح بتعديله تعديلاً قضائياً ضرورياً أمراً ، فإن المشرع الفرنسى يأخذ بحلول جزئية بمقتضى تشريعات خاصة لمواجهة مراكز معينة .

٢٩٩ - هل تعتبر نظرة الميسرة تعديلاً ؟

نظرة الميسرة هى مهلة زمنية تمنح للمدين لمواجهة صعوبات لاحقة على ابرام العقد ، وجورج ريبير يعتبرها « فى نفس درجة خطورة تعديل العقد » (٧٤). وهو يضيف الى ذلك قوله « هذا قتل للعقد عندما نحرر المدين ، فى كل مرة يواجه فيها صعوبات فى الوفاء » (٧٥). وفى كتابه القاعدة الأخلاقية ، يعتبر أن امتداد عقد الإيجار نوعاً من نظرة الميسرة (٧٦).

والواقع أن الاتجاه الغالب فى الفقه يعتبر نظرة الميسرة ، بمثابة اخلال بالقوة الملزمة للعقد (٧٧).

ومع ذلك فإن البعض يذهب الى استبعاد نظرة الميسرة من تطبيقات تعديل العقد (٧٨). ومن ناحيتنا فإننا نميل الى اعتبارها تعديلاً حقيقياً . فالتعديل يرد على أحد أوصاف الالتزام ، وهو أجله . وهذا يكفى لتجديد هذا الالتزام .

(٧٣) تراسبو ، انخفاض قيمة العملة وعقود القانون الخاص ، فى دراسات ريبير ، ج ٢ ، ص ١٧٦ .

(٧٤) جورج ريبير ، النظام الديموقراطى ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .

(٧٥) جورج ريبير ، الحق فى عدم دفع ديونه ، باللوذ ، ١٩٣٦ ، ٦٠ .

(٧٦) جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ .

(٧٧) انظر للمراجع المعنية ، المشار إليها فى كتابنا الالتزام القضائى ، ص ١٨١ ، هامش ٨١ .

(٧٨) فولكمار ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الألمانى ، المرجع السابق ، ص ١٦ .

وهنا أيضاً يجب التمييز بين التجديد التشريعى والتجديد القضائى . فإذا كان الأجل الجديد قانونياً صدر به قانون فإن التجديد فى هذه الحالة يكون قانونياً . وبالعكس إذا كان الأجل قضائياً منحه القاضى بما له من سلطة تقديرية ، فإن التجديد يكون قضائياً .

ولا شك أن نصوص المادة ١٢٤٤ من التقنين المدنى الفرنسى ، والفقرة الثانية من المادة ١٥٧ ، وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٥٥ من التقنين المدنى المصرى ، تضع نظاماً لنظرة الميسرة ، يعطى للقاضى سلطة تقديرية حقيقية ، وهو أمر لا يجادل فيه أحد من الفقهاء^(٧٩) . وإذا كان الأستاذ مارتى عارض هذا الرأى فى رسالته للدكتوراه ، بقوله أن التضادة يجب أن يستخدموا هذه السلطة « بتحفظ كبير » ولا يمنحوا إلا « أجلاً معتدلة » ، طبقاً لعبارات المادة ١٢٤٤ من التقنين المدنى الفرنسى^(٨٠) . إلا أنه قد صدر بعد مناقشة هذه الرسالة بوقت قصير قانون ٢٠ أغسطس ١٩٣٦ الذى حذف هاتين العبارتين الوارديتين فى نص المادة ١٢٤٤ من التقنين ، مما يبطل كل حجة ضد السلطة التقديرية للقاضى ، وهو ما اعترف به الأستاذ مارتى نفسه بعد ذلك^(٨١) . وإذا كان الأستاذ ليون مازو لا زال يتردد فى اعتبار الحكم الذى يمنح نظره الميسرة ، حكماً منشئاً لالتزام جديد^(٨٢) ، فإننا لا نتردد فى اعتباره كذلك .

أما فى مصر ، فإن نصوص التقنين المدنى ، لا تضع أية قيود على

(٧٩) بررو ، صياغة القضاء فى القانون الخاص ، ج ٢ ، ص ٢٥٧ ؛ ميرل ، مساهمة فى النظرية العامة للتصرف الكاشف ، رسالة ، تولوز ، ١٩٤٨ ، ص ١١٦ ؛ دى لاجرانج ، تدخل القاضى فى العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٩ . ويرجع الفقهاء عادة الى حكم النقض عرائض ٧ يونيو ١٨٥٩ ، داللو ، ٢١ ، ١٨٦٠ .

(٨٠) مارتى ، التفرقة بين الواقع والقانون ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٧٦ هامش ١ .

(٨١) مارتى ودينو ، القانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٧٥٢ .

(٨٢) ليون مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، المرجع السابق ، ص ٣٢

السلطة التقديرية للقاضى فى منح نظرة الميسرة ، ولذلك فإن حكمه يكون دائماً مجدداً ومنشئاً ومصدراً لالتزام قضائى جديد .

٣٠٠ - خاتمة المطلب الأول :

كل هذه التطبيقات تستجيب الى فكرة أساسية وهى الغبن أى عدم التعادل فى الالتزامات المتقابلة . ولكن حتى يمكن أن نستخلص من عدم التعادل الموضوعى ، حكماً بالإدانة الأخلاقية للعقود ، ينبغى الرجوع الى عنصر إضافى . وهذا العنصر الإضافى أو المضاف يعبر عن أفكار متغيرة توضع بجانب الفكرة الأساسية الدائمة وهى فكرة الغبن . وقد رأينا العديد من هذه الأفكار المضافة فى دراستنا التطبيقية للقانون المصرى والقانون الفرنسى .

وبعض هذه الأفكار تخص القانون المصرى وحده ، مثل الاستغلال ، والإذعان . والبعض الآخر يخص القانون الفرنسى وحده مثل حالة القاصر المأنون . وأخيراً فإن بعض هذه الأفكار مشترك فى قانون كل من البلدين ، مع بعض الاختلاف من حيث نطاق التطبيق ، والأمثلة على ذلك : الطبيعة الفنية للعقد ، وظروف الإنقاذ البحرى ، والظروف الطارئة ، والطبيعة الجزافية للتعويض الاتفاقى .

وفى كل هذه التطبيقات فإن القاضى يحل محل الالتزام العقدى الظالم ، التزاماً قضائياً وفقاً لما يقضى به العقل والعدل . والمشكلة الفنية لتعديل العقد بواسطة القاضى لا يمكن فصلها عن المشكلة الأخلاقية للعقد . والتحليل الذى سنقوم به فى المطلب الثانى للحكم المنشئ للالتزام سيؤكد نفس الشيء .

المطلب الثانى

تحليل وآثار الحكم المنشئ للالتزام

الحكم ينشئ الالتزام بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة صراحة للقاضى ، من القانون ، فى مصادره المختلفة ، خاصة التشريع والقضاء . وسنخصص هذا المطلب لتحليل هذه الفكرة مع بيان آثار الحكم المنشئ للالتزام .

٣٠١ - النقص في التشريع :

التشريع هو المصدر الرسمي الأول للقانون الوضعي ، سواء في فرنسا أم في مصر . أما تأكيد أن القضاء هو مصدر للقانون أيضاً ، فيحتاج الى إقامة الدليل عليه . والواقع أن قدرة القضاء على خلق القانون ، ترتبط بمشكلتين لا بد من بحثهما ، هما مشكلة النقص في التشريع ، ومشكلة الفصل بين السلطات . لأنه إذا افترضنا مقدماً كمال التشريع ، فلا يكون هناك مجال لقواعد قانونية يخلقها القضاء . وإذا أخذنا بمبدأ جامد للفصل بين السلطات ، فلا يكون من الجائز للقضاء أن يخلق القانون .

وعندما يناقش الفقهاء المعاصرون هاتين المشكلتين ، فإنهم لا يضيفون جديداً الى الفكر القديم . فأرسطو يعترف بالنقص في التشريع ، ويضع له العلاج ، فهو يقول « عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي . وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت » (٨٣) . وهو يقول أيضاً ، « عندما يصدر القانون في عبارات عامة ثم يحدث مستقبلاً شيء لا يتفق مع هذه النصوص العامة ، فإنه يكون من الطبيعي تكملة النقص الذي تركه المشرع واصلاح الترك الناشئ عن كون القانون يعبر بصفة عامة . والمشرع نفسه لو كان حاضراً لوافق على تكملة النقص . ولو كان قد تنبه اليه لأدخل التحديد اللازم في نص القانون ... » (٨٤) .

فإذا اعترفنا بالنقص في التشريع ، فإن القاضي يواجه الموقف ، كما لو كان المشرع حاضراً ، ويحكم كما تقول المادة السابعة من التقنين المدني السويسري ، التي تترجم أفكار أرسطو ، طبقاً « للقواعد التي

(٨٣) أرسطو ، السياسة ، الكتاب الثاني ، الفصل السابع ، الطبعة الفرنسية . مقدمة بريلو ، ١٩٥٠ ، ص ١٢٥ .

(٨٤) أرسطو ، الأخلاق ، الطبعة الفرنسية ، ١٩٤٠ ، ص ١٠ ، ٤-٥ .

السلطة التقديرية للقاضي في منح نظرة الميسرة ، ولذلك فإن حكمه يكون دائماً مجدداً ومنشئاً ومصدراً لالتزام قضائي جديد .

٣٠٠ - خاتمة المطلب الأول :

كل هذه التطبيقات تستجيب الى فكرة أساسية وهي الغبن أى عدم التعادل فى الالتزامات المتقابلة . ولكن حتى يمكن أن نستخلص من عدم التعادل الموضوعى ، حكماً بالإدانة الأخلاقية للعقود ، ينبغي الرجوع الى عنصر إضافي . وهذا العنصر الإضافي أو المضاف يعبر عن أفكار متغيرة توضع بجانب الفكرة الأساسية الدائمة وهي فكرة الغبن . وقد رأينا العديد من هذه الأفكار المضافة فى دراستنا التطبيقية للقانون المصرى والقانون الفرنسى .

وبعض هذه الأفكار تخص القانون المصرى وحده ، مثل الاستغلال ، والإذعان . والبعض الآخر يخص القانون الفرنسى وحده مثل حالة القاصر المأنون . وأخيراً فإن بعض هذه الأفكار مشترك فى قانون كل من البلدين ، مع بعض الاختلاف من حيث نطاق التطبيق ، والأمثلة على ذلك : الطبيعة الفنية للعقد ، وظروف الإنقاذ البحرى . والظروف الطارئة ، والطبيعة الجزافية للتعويض الاتفاقى .

وفى كل هذه التطبيقات فإن القاضى يحل محل الالتزام العقدى الظالم ، التزاماً قضائياً وفقاً لما يقضى به العقل والعدل . والمشكلة الفنية لتعديل العقد بواسطة القاضى لا يمكن فصلها عن المشكلة الأخلاقية للعقد . والتحليل الذى سنقوم به فى المطلب الثانى للحكم المنشئ للالتزام سيؤكد نفس الشيء .

المطلب الثانى

تحليل وآثار الحكم المنشئ للالتزام

الحكم ينشئ الالتزام بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة صراحة للقاضى ، من القانون ، فى مصادره المختلفة ، خاصة التشريع والقضاء . وسنخصص هذا المطلب لتحليل هذه الفكرة مع بيان آثار الحكم المنشئ للالتزام .

٣٠١ - النقص في التشريع :

التشريع هو المصدر الرسمي الأول للقانون الوضعي ، سواء في فرنسا أم في مصر . أما تأكيد أن القضاء هو مصدر للقانون أيضاً ، فيحتاج الى إقامة الدليل عليه . والواقع أن قدرة القضاء على خلق القانون ، ترتبط بمشكلتين لا بد من بحثهما ، هما مشكلة النقص في التشريع ، ومشكلة الفصل بين السلطات . لأنه إذا افترضنا مقدماً كمال التشريع ، فلا يكون هناك مجال لقواعد قانونية يخلقها القضاء . وإذا أخذنا بمبدأ جامد للفصل بين السلطات ، فلا يكون من الجائز للقضاء أن يخلق القانون .

وعندما يناقش الفقهاء المعاصرون هاتين المشكلتين ، فإنهم لا يضيفون جديداً الى الفكر القديم . فأرسطو يعترف بالنقص في التشريع ، ويضع له العلاج ، فهو يقول : « عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي . وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت » (٨٣) . وهو يقول أيضاً ، « عندما يصدر القانون في عبارات عامة ثم يحدث مستقبلاً شيء لا يتفق مع هذه النصوص العامة ، فإنه يكون من الطبيعي تكملة النقص الذي تركه المشرع واصلاح الترك الناشئ عن كون القانون يعبر بصفة عامة . والمشرع نفسه لو كان حاضراً لوافق على تكملة النقص . ولو كان قد تنبه اليه لأدخل التحديد اللازم في نص القانون ... » (٨٤) .

فإذا اعترفنا بالنقص في التشريع ، فإن القاضي يواجه الموقف ، كما لو كان المشرع حاضراً ، ويحكم كما تقول المادة السابعة من التقنين المدني السويسري ، التي تترجم أفكار أرسطو ، طبقاً للقواعد التي

(٨٣) أرسطو ، السياسة ، الكتاب الثاني ، الفصل السابع ، الطبعة الفرنسية ، مقدمة بريلو ، ١٩٥٠ ، ص ١٢٥ .

(٨٤) أرسطو ، الأخلاق ، الطبعة الفرنسية ، ١٩٤٠ ، ص ١٠ ، ٤-٥ .

كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع .

وفى الفقه الحديث فإن فرانسوا جنى يخصص جانباً كبيراً من كتابه « طريقة التفسير » ، لإثبات النقص فى التشريع . فهو ينبع حسب رأيه من طبيعة الأشياء ^(٨٥) . وهو يدعو القاضى بأن يكمل النقص فى التشريع عن طريق القيام بمجهود عقلى هو البحث العلمى الحر ، بحيث « يصل الى الحل القانونى الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التى كان سيرا عليها المشرع لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع » ^(٨٦) . ويعتبر عمل القاضى فى هذه الحالة من قبيل البحث الحر ، لأنه غير مقيد بأى حكم وضعى . ويعتبر عمله من قبيل البحث العلمى ، لأنه لا ينبغى أن يتأثر فيه بأفكاره الشخصية أو بالعناصر المتغيرة للنزاع ، بل يتأثر بالعناصر الموضوعية التى يقدمها العلم . أى يتأثر بالحقائق التى يتكون منها جوهر القانون . ومن الواضح أن نظرية جنى هى ترديد لنظرية أرسطو السابق ذكرها ، وجنى نفسه لا يخفى الأصل الأرسطى لنظريته ^(٨٧) .

وقد أخذ المشرع المصرى فى المادة الأولى من التقنين المدنى ، بفكرة النقص فى التشريع ، وأمر القاضى إذا لم يجد حلاً فى المصادر الرسمية وهى التشريع والعرف أن يرجع الى مبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ العدالة والقانون الطبيعى ، لاستلهاام الحل العادل للنزاع ، وهى نفس المبادئ التى استلهمها المشرع نفسه عندما وضع قواعد التشريع العامة المجردة .

ورغم أن فكرة النقص فى التشريع تتفق لأول وهلة مع طبيعة الأشياء ، فيوجد مع ذلك فقهاء مثل هانز كلسن ينادون بفكرة كمال

هـ

(٨٥) جنى ، طريقة التفسير ، المرجع السابق ، ج ١ ، الصفحات ١١٧ ، ١١٨ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، ج ٢ ، الصفحات ١٢٩ ، ٢١٣ ، ٢٤١ ، ٢٤٦ ، ٢٦٠ ، ٢٦٦ ، ٢٧٠ ، ٢٨٦ ، ٢٨٨ ، ٤٠٨ .

(٨٦) جنى ، طريقة التفسير ، ج ١ ، ص ١١٧ .

(٨٧) جنى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢١٨ .

التشريع ، ويرفضون فكرة النقص فيه . وقد دافع كلسن عن نظريته بعبارات قوية حادة ، استوجبت رداً عنيفاً من الفقهاء التقليديين . فنجد الأستاذ روبيه ، وهو أستاذ متحفظ عادة فى عباراته ، يصف منطق كلسن بأنه من قبيل اللغو (٨٨) . وينبغى كذلك أن نشير الى الأستاذ قالين الذى يميل الى الاعتقاد بأنه « من الصعب إن لم يكن من المستحيل الاعتراف بالنقص فى التشريع » (٨٩) .

وفى تقديرنا أن كلسن يحول مشكلة هى بطبيعتها مشكلة دستورية ، الى مشكلة منطقية . ويقيم نظريته بالتالى على مصادرة على المطلوب . فهو يفترض وجود مصدر واحد للقانون هو التشريع . ولكن إذا تصورنا أن دستوراً معيناً يعترف بوجود مصدرين للقانون هما التشريع والقضاء . ففى هذه الحالة فإن النقص فى التشريع يكون معترفاً به بحكم الدستور ، ولن يكون هناك مجالاً لآى منطق يعطى للتشريع كمالاً ، يرفضه له الدستور ذاته .

فالسؤال إذن ليس هو البحث فيما إذا كان المنطق يعترف بالنقص أم لا ، وإنما البحث فيما إذا كان الدستور يعترف به أم لا .

وفى فرنسا فإن فرانسوا جنى رجع الى نص المادة الرابعة من تقنين نابليون ، وهى تقرر أن « القاضى الذى يرفض الحكم ، تحت ادعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه اليه اتهام بارتكاب جريمة انكار العدالة » ، للقول بأن المشرع الفرنسى يعترف بالنقص فى التشريع ، ويأمر القاضى مع ذلك بالحكم فى النزاع المطروح أمامه رغم هذا النقص . ففى هذا النص اعتراف من المشرع الفرنسى بأن النقص فى التشريع لا ينبغى أن يقابله نقص فى القانون . بل يجب أن ينطق القاضى دائماً بالعدل ، أى بالقانون ، سواء وجد حكماً فى التشريع أو لم يجد .

(٨٨) روبيه ، الحق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، ص ٤٠٧ .

(٨٩) قالين ، السلطة المشرعة للقضاء ، فى دراسات ، سيل ، ج ٢ ، ١٩٥٠ ، ص

وَمَا يَقُولُ جَنَى فَإِنَّ النِّقْصَ كَانَ مَوْجُودًا دَائِمًا فِي كُلِّ « التَّارِيخِ
الْإِنْسَانِيِّ لِلْإِنْسَانِيَّةِ » (٩٠) . وَهَكَذَا رَغْمَ أَنَّ جَنَى يَقِفُ بِجَانِبِ الْمَنْطِقِ
التَّارِيخِ وَطَبِيعَةِ الْأَشْيَاءِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَشَأْ أَنْ يَجْعَلَ الْقَضِيَّةَ قَضِيَّةً
مَنْطَقِيَّةً كَمَا فَعَلَ كُلْسَنُ ، بَلْ جَعَلَهَا قَضِيَّةً دَسْتُورِيَّةً فِي الْمَقَامِ الْأَوَّلِ .
فَهُوَ يَقُولُ أَنَّهُ كَانَ فِي إِمْكَانِ الْمَشْرِعِ « أَنْ يَمْنَعَ الْقَاضِيَ مِنَ الْحُكْمِ فِي أَى
نِزَاعٍ لَا يَسْتَنْدُ إِلَى نَصٍّ فِي التَّشْرِيعِ » (٩١) ، وَيَأْخُذُ بِذَلِكَ بِحِيلَةٍ كَمَالِ
التَّشْرِيعِ . إِلَّا أَنَّ الْمَشْرِعَ الْفَرَنْسِيَّ لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ، بَلْ اعْتَرَفَ بِالنِّقْصِ
صَرَاحًا فِي الْمَادَّةِ الرَّابِعَةِ السَّابِقِ ذَكَرَهَا .

وَلَيْسَ صَحِيحًا مَا يَقُولُهُ كُلْسَنُ مِنْ أَنَّ الْمَوَافَقَةَ عَلَى وَجُودِ نِقْصٍ
فِي التَّشْرِيعِ تَعْنِي « السَّمَاحَ لِلْقَضَاةِ بِأَنْ يَحْلُوا أَفْكَارَهُمُ الْأَخْلَاقِيَّةَ
وَالسِّيَاسِيَّةَ مَحَلَّ تِلْكَ الَّتِي يَعْتَنِقُهَا الْمَشْرِعُ » (٩٢) . وَالْعَكْسُ هُوَ
الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْقَاضِيَ سَيَسْتَوْحِي نَفْسَ الْفِكْرَةِ الْعَامَّةِ لِلْوُجُودِ الَّتِي
تَحْرُكُ الْمَشْرِعَ نَفْسَهُ . وَالْفِكْرَةُ الْعَامَّةُ لِلْوُجُودِ السَّائِدَةُ سَوَاءً فِي مِصْرٍ
أَوْ فَرَنْسَا ، تَنَادَى بِوُجُودِ عَدْلِ مُطْلَقٍ وَأَخْلَاقٍ طَبِيعِيَّةٍ . وَالْقَاضِيَ
يَسْتَلْهِمُ هَذِهِ الْأَفْكَارَ ذَاتَهَا لِمُوَاجَهَةِ النِّقْصِ فِي التَّشْرِيعِ . فَهَذِهِ الْأَفْكَارُ
هِيَ ذَاتُهَا الَّتِي تُوْحَى بِالْقَوَاعِدِ الْعَامَّةِ الَّتِي يَضْعُهَا الْمَشْرِعُ ، وَكَذَلِكَ
بِالْحُلُولِ الْفَرْدِيَّةِ الَّتِي يَضْعُهَا الْقَاضِيَ عِنْدَمَا لَا يَجِدُهَا فِي قَوَاعِدِ
التَّشْرِيعِ .

وَيَجِبُ عَلَيْنَا أَنْ نَزِيدَ قَلِيلًا فِي إِيضَاحِ فِكْرَةِ النِّقْصِ ذَاتَهَا . فَهُوَ لَا
يُوجَدُ فَقَطْ فِي حَالَاتِ السَّكُوتِ الْكَامِلِ لِلتَّشْرِيعِ ، بَلْ أَيْضًا مَعَ وَجُودِ
حُكْمٍ عَامٍ فِي التَّشْرِيعِ . وَكَمَا يَقُولُ أَرِسْطُو « وَالسَّبَبُ فِي ذَلِكَ أَنَّ كَأَنَّا
قَانُونُ عَامٍ ، وَأَنَّهُ بِالنِّسْبَةِ لِلْحَالَاتِ الْخَاصَّةِ لَا يَكُونُ التَّعْبِيرُ الْعَامُّ مُحَدَّدًا
بِدَرَجَةٍ كَافِيَةٍ وَالْقَانُونُ لَا يُوَاجِهُ إِلَّا الْحَالَاتِ الْعَامَّةِ ، دُونَ أَنْ يَنْكَرَ مَعَ

(٩٠) جَنَى ، طَرِيقَةُ التَّفْسِيرِ ، ج ٢ ، ص ١٢٢ - ص ١٢٣ .

(٩١) جَنَى ، طَرِيقَةُ التَّفْسِيرِ ، ج ١ ، ص ١٢٨ .

(٩٢) أَلْسِنُ ، النِّظَرِيَّةُ الْخَالِصَةُ لِلْقَانُونِ ، ص ٣٢٢ .

ذلك ما يشوبه من نقص... (٩٣) . فالنقص إذن صفة لصيقة بعمومية القاعدة التشريعية . وبتطبيق وتطوير القواعد العامة على الحالات الخاصة ، فإن القاضى يحقق الانصاف وهو أسمى من العدل . ومع ذلك فلا ينبغي أن يغيب عن النظر ما يقوله أرسطو من أن « ما هو منصف يعتبر أسمى مما هو عادل فى حالة خاصة ، وهو لهذا السبب ذاته يعتبر عادلاً ، ولا ينبغي الاعتقاد بأن الانصاف يسمو على العدل لأنه من طبيعة مختلفة ، فالعدل والانصاف متطابقان ، وكلاهما مرغوب فيه ، وإن كان الانصاف مرغوب فيه أكثر ... وهكذا فإن الانصاف هو العدل ، وهو كذلك أسمى من العدل ، ولكنه ليس أسمى من العدل فى ذاته ، بل أسمى من العدل بما يشوبه من نقص راجع الى صياغته العامة » (٩٤) .

من هذا فإن أرسطو لا يشجع على أية حركة تنادى بمبدأ القانون الحر الذى نادى به أفلاطون ، ونادى به مدرسة القانون الحر فى ألمانيا ، ونادى به القاضى مانو فى فرنسا . بل العكس فإن أرسطو ينادى بمبدأ سيادة القانون ، لأن « اتباع قائد مجرد عن الأهواء أكثر أماناً من اتباع قائد تكون الأهواء داخلته فى تكوينه . والقانون مجرد من الأهواء » (٩٥) . ولكن كما يقول هو أيضاً « عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي . وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت » (٩٦) .

٣٠٢ - الفصل بين السلطات :

الاعتراف بالنقص فى التشريع على النحو السابق ذكره يقتضى تدخلاً خلافاً للقاضى . ومع ذلك فإن القاضى يخلق حلاً فردياً للنزاع ،

(٩٣) أرسطو ، الأخلاق ، ١٠ ، ٥ ، ٤ .

(٩٤) أرسطو ، الأخلاق ، ١٠ ، ٥ ، ٧-١ .

(٩٥) أرسطو ، السياسة ، الكتاب الثانى ، الفصل ١٢ ، ص ١٢٥ .

(٩٦) أرسطو ، السياسة ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ .

ولكنه لا يخلق قاعدة قانونية . ويهذا فإن العمل الخلاق للقاضي لا يتعارض فى شئ مع مبدأ الفصل بين السلطات حتى ولو كان هذا الفصل جامداً . هذه هى خلاصة أفكار فرانسوا جنى (٩٧) . ولكن الفقه الفرنسى لم يتأخر كثيراً بعد دراسة جنى ، عن الاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون . وكما يقول الأستاذ بولانچيه فإنه « بكل وضوح ، أصبح موقف جنى الآن متخلفاً *depassé* » (٩٨) . وإنا رجعنا الى كتاب السياسة لأرسطو ، وجدناه يبدأ الفصل الذى يحمل عنوان « السلطات الثلاث فى كل حكومة » ، بقوله « عندما تكون هذه الأجزاء الثلاثة منسقة تنسيقاً جيداً ، فإن الحكومة تسير سيراً حسناً » (٩٩) وسياق الحديث فى هذا الموضوع يؤكد فكرة التعاون بين السلطات وليس الفصل الكامل بينها .

ومن ناحية أخرى فإن « جون لوك » وهو الفيلسوف الذى أثرت كتاباته مباشرة فى دساتير الدول الحديثة ، وبصفة خاصة دستور الولايات المتحدة الأمريكية ، ينادى على غرار أرسطو بمبدأ الفصل بين السلطات لضمان الحرية . ولكنه يقصد به بصفة خاصة أن السلطة التشريعية لا تقوم بأعمال السلطة التنفيذية ، ولكن العكس غير صحيح . فهو يقول « إنه سيكون من قبيل الإغراء أو التحريض للطبيعة الانسانية الضعيفة ، المحبة للطموح ، أن يعهد للأشخاص الذين لهم سلطة عمل القوانين ، سلطة تنفيذها فى نفس الوقت ... » (١٠٠) .

ولكنه يقل من ناحية أخرى « عندما تباشر السلطة التشريعية

(٩٧) جنى ، طريقة التفسير ، ج ٢ ، ص ٤٩ ؛ نفس المعنى ، ج ١ ، الصفحات من ٢٠٢ الى ٢١٩ .

(٩٨) بولانچيه ، ملاحظات حول السلطة المنشئة للقضاء ، للجنة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٦١ ، ص ٤١٨ .

(٩٩) أرسطو ، السياسة ، الكتاب الثالث ، للفصل الثالث .

(١٠٠) جون لوك ، دراسة للسلطة المدنية ، النسخة الفرنسية ، ١٩٥٢ ، الفصل ١٢ ، فقرة ١٩٤٢ .

بصفة مستقلة عن السلطة التنفيذية ، فإن مصلحة المجتمع تقتضى أن تترك بعض الأشياء الى تقدير ذلك الذى يحوز السلطة التنفيذية . فإن المشرعين لن يستطيعوا توقع كل ما يمكن أن يكون مفيداً للجماعة وتنظيمه بواسطة تشريعات . وبالتالي فإن ذلك الذى عليه واجب تنفيذ القوانين ، له الحق أيضاً بحسب القانون المشترك للطبيعة ، أن يستخدم السلطة التى يحوزها فى تحقيق مصلحة المجتمع ، فى الحالات الكثيرة التى لا يوجد لها حكم فى التشريع (١٠١) . وتفكير لوك مطابق تماماً لتفكير أرسطو . فهو يذهب الى أن الاعتراف للقضاء بسلطة تكملة التشريع الناقص هو استثناء من مبدأ الفصل بين السلطات . وهو استثناء له ما يبرره .

وعندما جاء مونتسكيو أخيراً ، ينادى بالفصل بين السلطات ، ويقول تعبيره الشهير بأن « السلطة توقف السلطة » ، فإنه كان يقصد هو أيضاً التعاون بين السلطات المستقلة وليس الفصل الكامل بينها . فهو يقول « هذه السلطات الثلاث ينبغى أن تكون فى حالة من الراحة أو عدم الحركة ، ولكن نظراً للحركة الضرورية للأشياء ، فهى مضطرة الى السير .. وهى ستجبر على السير فى وفاق de concert » (١٠٢) . ويعلق هوريو على ذلك بأن « السير فى وفاق لا يعنى شيئاً آخر غير التعاون » (١٠٣) .

وحتى عندما يقول مونتسكيو فى عبارته غير المقبولة « أن قضاة الأمة ليسوا سوى الفم الذى ينطق أقوال التشريع . فهم كائنات غير حية لا تستطيع أن تخفف منه القوة أو الصرامة » ، فإنه لم ينس مع

(١٠١) جون لوك ، السلطة المدنية ، الفصل ١٤ ، فقرة ١٥٩ .

(١٠٢) مونتسكيو ، روح القوانين ، الكتاب ١١ ، الفصل ٤ .

(١٠٣) هوريو ، موجز القانون الدستورى ، طبعة ثانية ، ١٩٢٩ ، ص ٣٥٥ : اصف بيلفيكيو ، فلسفة القانون ، الترجمة الفرنسية ، دالوز ، باريس ، ١٩٥٣ ، ص ٣٦٠ .

ذلك أن يفرق بين القضاء وبين القضاة ، وأن يعترف بقوة غير مرئية على حد تعبيره للقضاء دون القضاة (١٠٤) .

٣٠٣ - القضاء مصدر للقانون :

من الواجب التفرقة بين الحكم وبين القضاء . وفى حالة النقص فى التشريع فإن الحكم يخلق حلاً فردياً ، ولكنه لا يخلق قاعدة قانونية . ولكن القاضى عندما يخلق حلاً فردياً للنزاع فإنه يستوحيه من قاعدة عامة قد اكتشفها (١٠٥) ، طبقاً للفكرة العامة للوجود السائدة فى بلده . وتكرار الأخذ بنفس الحل فى أحكام أخرى يؤدى فى آخر الأمر الى تكوين القضاء ، أى القواعد العام العامة القضائية . وقوة القضاء فى الخلق ليست غير مرئية كما يقول مونتسكيو ، ولكنها فى الواقع غير شخصية .

وإذا أخذنا مبدأ الفصل بين السلطات بمعنى التعاون بين السلطات ، بما يسمح بوجود استثناءات على هذا المبدأ على النحو الذى يقول به الفيلسوف جون لوك ، فإنه يكون صحيحاً ما يقوله الأستاذ مورى « ويبدو لى أنه لا يوجد أى مبدأ من مبادئ القانون الوضعى الفرنسى ، يستبعد القضاء كمصدر رسمى من مصادر القانون » (١٠٦) . وما يصدق على فرنسا يصدق كذلك على مصر .

وإذا كان الاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون هو أمر مقبول من الناحية النظرية ، فهو أمر واقع من الناحية العملية . ففى مصر ورغم موقف عدد كبير من الفقهاء ، فإن الدكتور السنهورى يقرر « أن أكثر من نصف قواعد القانون المدنى الجديد هى من خلق القضاء فى ظل

(١٠٤) مونتسكيو ، روح القوانين ، الكتاب ١١ ، الفصل ٦ .

(١٠٥) جنى ، طريقة التفسير ، ج ٢ ، ص ٢٩٤ .

(١٠٦) مورى ، ملاحظات حول القضاء كمصدر للقانون ، فى الدراسات المهنية الى

جورج ريبير ، ج ١ ، ص ٣٠ .

التقنين المدنى القديم ، (١٠٧). وفى فرنسا فإن الأستاذ مورى يقرر أن « واقعة كون القضاء مصدراً للقانون أصبح معترفاً بها اليوم بالاجماع » (١٠٨). وحتى هؤلاء الذين يرون فى القضاء « مصدراً تعسفياً للقانون » ، ويرون فيه « خميرة جديدة للانهيال الشكلى والموضوعى للديموقراطية » ، لا ينكرون مع ذلك واقعة كون القضاء مصدراً للقانون، ولكنهم يرجون فقط لو أنه لم يكن كذلك (١٠٩).

وفى فرنسا لا يكاد يسمع صوت واحد ينكر أن القضاء مصدر من مصادر القانون . وإذا كان الأستاذ كاربونييه يرى أن القضاء هو « ظاهرة نفوذ » ، وليس « ظاهرة خلق للقواعد القانونية » ، فهو يبنى رأيه على أساس أن « القاضى لا يكتفى ، وليس له الحق فى أن يكتفى بأن يسبب حكمه بالاشارة الى قضاء محكمة النقض دون إعطاء أسباب أخرى » (١١٠). ومع ذلك فإن هذه الملاحظة ينكرها فقهاء آخرون . وكما يقول الأستاذ بيرو ، فإن الأحكام تشير فى تسبیب حلولها الى القضاء المستقر ، كما تشير الى التشريع ... ومحكمة النقض ذاتها لا تمنع نفسها من الالتجاء الى هذه الطريقة ، بل أن لها صيغة معروفة للاستناد الى قضائها المستقر وهى صيغة : « إنه من المقرر أن... » (١١١). والأستاذ بولانجييه يؤيد هذه الملاحظة التى أبداهها الأستاذ بيرو (١١٢). ونحن نضيف الى ذلك فيما يتعلق بمصر أن محكمة النقض

(١٠٧) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٨٣ .

(١٠٨) مورى ، ملاحظات حول القضاء كمصدر للقانون ، ص ٢٨ .

(١٠٩) ديبيرو ، القضاء مصدر تعسفى للقانون ، فى الدراسات المهداة الى مورى ، ج ٢ ، الصفحات ٣٥٧ ، ٣٧٤ ، ٣٧٧ .

(١١٠) كاربونييه ، القضية والحكم ، محاضرات فى علم الاجتماع القانونى ، ١٩٦١ - ١٩٦٢ ، الصفحات ٣٦٣ ، ٣٦٦ .

(١١١) بيرو ، صياغة القضاء فى القانون الخاص ، ١٩٢٣ ، ج ١ ، ص ٦٨ - ٦٩ .

(١١٢) بولانجييه ، دور القاضى فى حالة سكوت التشريع أو نقصه ، أعمال جمعية كابتان ، ج ٥ ، ١٩٤٩ ، باللوز ، ١٩٥٠ ، ص ٦٦ .

المصرية لها عبارة تستند فيها الى قضائها المستقر ، أكثر وضوحاً من عبارة محكمة النقض الفرنسية . وعبارة محكمة النقض المصرية الواضحة هي « وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ... » ، فمحكمة النقض المصرية لا تخفى أن ما جرى عليه قضاؤها هو حكم القانون الواجب التطبيق .

فإذا تجاوزنا رأي الأستاذ كاريونيه ، وجدنا إجماع الفقه الفرنسي منعقداً على الاعتراف بواقعة أن القضاء مصدر من مصادر القانون (١١٣) . ويستخدم الفقه الفرنسي تعبيراً مختصراً عن هذه الواقعة العلمية ، وهو تعبير : « واقعة القضاء » ، Le Fait jurisprudentiel ، أى واقعة كون كون القضاء مصدراً للقانون (١١٤) .

وقد سبق أن رأينا أن القضاء يخلق القانون ، عادة ، وهو يكمل النقص في مصادر القانون الوضعي . ولكن لا ينبغي أن يستخلص من ذلك أن القضاء مصدر احتياطي وغير أصلي . فإكمال النقص هو بطبيعته عمل أصلي غير احتياطي ، وهو لا يختلف في ذلك شيئاً عن تعديل القانون . ومما يؤكد كذلك أن القضاء مصدر أصلي للقانون ، أنه لا ينشئ قواعد قانونية جديدة تكمل للنقص في القانون فحسب ، بل هو يقوم أحياناً بتعديل قواعد القانون تحت ستار تفسيرها .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى أن التشريع أقوى من القضاء في خلق القانون ، بدليل أن المشرع يستطيع عن طريق التشريع أن يلغى أى قضاء مستقر (١١٥) . ولكن هذا الرأي غير صحيح ، فإن القضاء

(١١٣) انظر للمراجع العديدة المشار اليها في كتابنا ، الالتزام القضائي ، ص ١٨٩ ، هامش ١٢٨ ؛ وكتابنا النظرية العامة للقانون ، ص ٥٠١ ، وهامش ٤٤٥ .

(١١٤) انظر في استخدام هذا الاصطلاح ، موري ، ملاحظات حول القضاء ، ص ٢٨ ؛ مارتى ورينو ، القانون للنسب ، ج ١ ، ص ١٩٧ .

(١١٥) موري ، القضاء المهزوم بواسطة التشريع ، في الدراسات المهنية الى سافيتيه ، ١٩٦٥ ، ص ٦٠٤ وما بعدها .

يستطيع بالمثل أن ينشئ قواعد قانونية مخالفة للقواعد السابق صدورها من المشرع وإن كان لا يصرح بذلك فعلاً .

ولكن إذا كان التشريع والقضاء يتساويان من حيث قدرة اللاحق منهما على إلغاء السابق ، فإن ذلك لا يؤدي من ناحية أخرى إلى القول بوجود « توازن بين قواعد التشريع وبين قواعد القضاء التقديرى » ، كما يذهب إلى ذلك هوريو (١١٦) .

والصحيح هو أن التشريع يلعب ، من الناحية الفعلية ، دوراً أوسع نطاقاً ، وأكبر حجماً من حيث الكم ، من الدور الذى يلعبه القضاء فى خلق القواعد القانونية . والسبب فى ذلك بسيط ، وهو أن العمل الأساسى للتشريع هو خلق القانون ، بينما العمل الأساسى للقضاء هو تطبيق القانون لا خلقه .

ولكن ذلك لا يمنع أنه بالنسبة لبعض فروع القانون ، كالقانون الإدارى ، فإن القضاء يعتبر هو المصدر الأهم من مصادر هذا الفرع ، بالقياس إلى التشريع ذاته . وكذلك ليس هناك ما يمنع أن تزيد أهمية وعدد القواعد التى ينشئها القضاء فى فروع القانون التى يحكمها تقنين قديم ، كالتقنين المدنى الفرنسى ، والتقنين المدنى المصرى القديم . وقد رأينا أن نصف أحكام التقنين المدنى المصرى مأخوذة من أحكام القضاء فى ظل التقنين القديم .

وإذا ما انتهينا إلى أن القضاء مصدر من مصادر القانون الأصلية كالتشريع والعرف . فلا تكون هناك حاجة إلى التنبيه بأنه مصدر مستقل لا يختلط بالتشريع (١١٧) ، ولا بالعرف (١١٨) .

(١١٦) هوريو ، البوليس القانونى وجوهر القانون ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ .
- ٣٠٨ -

(١١٧) قارن بيرو ، صياغة القضاء ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٠٩ .
(١١٨) جنى ، طريقة التفسير ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٥ ؛ قالين ، الفرية والقانون ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ وما بعدها .

٣٠٤ - رفض فكرة حكومة القضاء وفكرة السلطة البريتورية

للقضاة :

يبدو لنا من الواجب استبعاد كل الاصطلاحات التي تؤدي الى تعقيد المسألة التي ندرسها . فليس من المعقول أن نتحدث عن «امبريالية القاضي» ، كما يفعل الأستاذ قالين^(١١٩) ، والأستاذ ديبير^(١٢٠) . والصحيح أن الامبريالية لها معناها الخاص في العلوم السياسية ، وهو معنى لا علاقة له إطلاقاً بوظيفة القضاء . ومن غير المرغوب فيه استخدام مثل هذه الاصطلاحات المجازية في لغة القانون . فهي لا تؤدي الى إثراء هذه اللغة بقدر ما تؤدي الى اشاعة الاضطراب والغموض فيها .

ومن الاصطلاحات الواجب استبعادها كذلك اصطلاح « حكومة القضاة » . وهو الاصطلاح الذي وضعه لامبير بصدد دراسته للنظام القانوني في الولايات المتحدة ، وجعله عنواناً لهذه الدراسة^(١٢١) ، ثم انتقل منه بعد ذلك الى بعض الفقهاء الفرنسيين والبلجيكيين مثل ريثيرو^(١٢٢) ودي باج^(١٢٣) . والصحيح أنه إذا كانت السلطات غير منفصلة بعضها عن البعض الآخر انفصلاً كاملاً ، إلا أنها من ناحية أخرى غير مندمجة بعضها في البعض الآخر تماماً . والقول بأن القضاة يباشرون أعمال الحكم الداخلي في الدولة ، فيه خلط بين السلطتين القضائية والتنفيذية ، بل وفيه خلط كذلك بين السلطتين القضائية والتشريعية . وهذا الخلط ليس فقط غير مرغوب فيه ، بل

(١١٩) قالين ، القانون الإداري ، ١٩٥٩ ، ص ٦٣٢ .

(١٢٠) ديبير ، القضاء مصدر تعسف للقانون ، المرجع السابق ، ص ٣٧٤ .

(١٢١) لامبير ، حكومة القضاة والصراع ضد التشريع الاجتماعي في الولايات المتحدة ، ١٩٢١ .

(١٢٢) ريثيرو ، القاضي الإداري الفرنسي ، قاض يحكم ، باللوز ، ١٩٥١ ، ص ٢١ .

(١٢٣) دي باج ، حكومة القضاة ، ١٩٣١ .

هو أيضاً غير موجود من الناحية الواقعية . وكما يقول الأستاذ ريفيرو نفسه : « الحكم معناه التحرك فى التو واللحظة . لذلك فإنه يكون من اللغو من الناحية السياسية المبالغة فى نتائج المسلك الذى اتخذناه^(١٢٤) » . وإذا كان أصحاب الفكرة أنفسهم يرون لغواً فى جانب منها ، فكيف يمكن اعتبارها صحيحة فى مجموعها ؟ ان الحقيقة لا تتجزأ ولا تصالح . وكما يقول الأستاذ كاريونيه : « لقد كان من التسرع الانتهاء الى فكرة حكومة القضاة »^(١٢٥) . فهذه الفكرة غير صحيحة لا فى فرنسا ولا فى مصر .

ومن الاصطلاحات الواجب استبعادها أيضاً ، اصطلاح السلطة البريتورية للقضاء ، نسبة الى البريتور الرومانى . وهذا الاصطلاح هو أكثر الاصطلاحات شيوعاً عند الفقهاء . فلا يكاد يوجد فقيه واحد لا يستخدمه فى التعبير عن قدرة القضاء على خلف القواعد القانونية . ومع ذلك فإن القانون القضائى الذى ، رأينا كيف يتم تكوينه فى مصر أو فى فرنسا ، لا يشبه فى شئ القانون البريتورى الذى كان يعرفه الرومان .

وقد كان النظام القانونى الرومانى يعرف الفصل المادى بين الوظائف ، ولكنه لم يكن يعرف الفصل السياسى بين السلطات . ولذلك كان من الجائز أن يجمع شخص واحد فى يده وظيفتين مختلفتين . وقد كان هذا هو وضع البريتور الرومانى الذى كان حاكماً وقاضياً فى نفس الوقت .

ومن أبسط حقائق القانون الرومانى ، أن القانون البريتورى قد نشأ عن طريق الأوامر الصادرة عن كل بريتور ، وبصفة خاصة الأمر الدائم الذى كان يصدره بريتور المدينة . ومن أبسط حقائق القانون الرومانى أيضاً أن البريتور لم يكن يصدر أوامره وهو مباشر وظيفته

(١٢٤) ريفيرو ، القاضى الإدارى ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(١٢٥) كاريونيه ، القضية والحكم ، المحاضرات السابق الإشارة إليها ، ص ٢٦٧ .

القضائية *jurisdictio* بل وهو يباشر وظيفته السياسية والإدارية *imperium* . فهذه الأوامر كما يقول الفقيه الرومانى جايوس ، هى تلك «الصابرة مفعن لهم الحق فى الأمر» (١٢٦) . وقد كانت الأوامر البريتورية تعلق فى ساحة المدينة .

وكل هذا يدل على أن الأوامر البريتورية كانت صورة من صور التشريع ، الذى يصدر عن أشخاص يباشرون سلطة الحكم السياسى داخل المدينة . وهى فى هذا تختلف ، اختلافًا كلياً عن القضاء فى دولة كمصر أو فرنسا ، حيث لا يباشر القضاء أية سلطة سياسية أو إدارية ، وحيث لا يصدر القضاء قرارات تنظيمية تتضمن قواعد عامة ، تعلق فى ساحة المدينة أو تنشر فى الجريدة الرسمية أو غير ذلك من وسائل النشر .

ان اصطلاح السلطة البريتورية هو من اصطلاحات العلوم السياسية ، التى تعبر عن بعض نظم الحكم الديكتاتورى ، حتى أن الأستاذ دوفرجيه خصص جزءاً كبيراً من كتابه عن الديكتاتورية لشرح ما أسماه «الديكتاتورية البريتورية» ، وهى من أكثر أشكال الديكتاتورية شيوعاً وتهديداً (١٢٧) فكيف يجوز بعد ذلك أن نعطى للقضاء المصرى أو الفرنسى اصطلاحاً يعبر عن نظم الحكم الديكتاتورى . وإنا كان حب المبالغة يغرئ بالخلط بين الأشياء ، فإن واجب العلم يقتضى ضبط الاصطلاحات والتمييز بين الأشياء .

والخلاصة أن القضاء يخلق القانون ، ولكن لا علاقة لذلك بالامبريالية ، أو حكومة القضاء ، أو السلطة البريتورية .

٣٠٥ - التفويض الصريح للسلطة التقديرية :

لا يستطيع القاضى أن يمارس سلطته التقديرية فى تعديل العقد ، بدون تفويض صريح من القانون الوضعى فى مصادره المختلفة ،

(١٢٦) جايوس ، النظم ، ١ ، ٢ .

(١٢٧) مورييس دوفرجيه ، الديكتاتورية ، باريس ، ١٩٦١ ، ص ٨٢ .

ونقصد بذلك التشريع أو القضاء (١٢٨). ومعظم حالات التعديل ورد النص عليها في التشريع .

والقضاء باعتباره مصدراً للقانون يستطيع خلق التزامات قانونية قضائية مصدرها القضاء ذاته ، كالالتزام بضمان السلامة في عقد النقل. ولكن القضاء يستطيع أيضاً أن يمنح القاضى سلطة تقديرية لخلق التزامات قضائية مصدرها حكم القاضى ، كالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضى لتعديل العقود المهنية (١٢٩) .

وخارج نطاق التفويض الصريح بواسطة التشريع أو القضاء ، فإن القاضى لا يستطيع تعديل العقد باسم العدل أو الانصاف ، إلا إذا أمكن اعتبار حكم القاضى قادراً على خلق القضاء . ولكن قبل استقرار مثل هذا القضاء ، فإن الحكم الذى يعدل العقد على أساس العدالة ، وبدون تفويض صريح سابق ، فإنه يخالف القانون ويستوجب رقابة محكمة النقض .

والواقع أنه لا توجد قاعدة قانونية عامة تسمح للقاضى بتعديل العقد الظالم . على العكس فإن القاعدة العامة الموجودة هي أن العقد شريعة المتعاقدين . وتطبيقات الحكم المنشئ للالتزام هي استثناءات ترد على هذه القاعدة . ولكن هذا لا يمنع أن القاضى ، فى حدود هذه التطبيقات هو مصدر عام للالتزام . فالحكم يخلق الالتزام وفقاً للقاعدة الآتية : كل تعديل ضرورى ، قضائى ، أمر للعقد ، يخلق التزاماً قضائياً .

والتفويض السابق لا يعدو أن يكون أحد شروط تطبيق هذه القاعدة . ومن ناحية أخرى فإن جميع مصادر الالتزام الأخرى يجب أن تستكمل شروطاً معينة حتى تنتج أثرها . وبسبب هذه الشروط فإن

(١٢٨) من غير المتصور أن يحصل القاضى على هذه السلطة من العرف ، لأن من غير المتصور أن يكون نشاط القاضى موضوعاً للعرف .

(١٢٩) راجع ما سبق ، فقرة ٢٩٤ .

تطبيقات كل مصدر من مصادر الالتزام ، هي تطبيقات محدودة بشكل أو بآخر .

والواقع أنه لا يوجد مصدر واحد للالتزامات ، بل مصادر متعددة . وكل واحد من هذه المصادر ، دون أن يكون هو المصدر الوحيد ، إلا أنه مع ذلك مصدر عام للالتزام طالما أن تطبيقاته تستجيب إلى فكرة واحدة .

٣٠٦ - تحليل فكرة السلطة التقديرية : فكرة غير قاصرة على القرار الإداري :

كما رأينا من قبل ، فإن القضاء يخلق القواعد القانونية دون أن تكون له مع ذلك أية سلطة بريرية أو حكومية أو سياسية . ومن باب أولى فإن الحكم ليس له شيء من هذا . فالسلطة التقديرية في تعديل العقد يحصل عليها القاضي بقفويض من القانون . والأمر يتعلق بتطبيق القانون في مصادره المختلفة . وليس من شأن هذه السلطة التقديرية أن تحول الحكم القضائي إلى قرار إداري . والواقع أن السلطة التقديرية ليست من الخصائص التي يستأثر بها القرار الإداري . وكل تطبيق للقانون ، سواء كان قضائياً أو إدارياً ، يمكن أن يكون مرناً أو مقيداً .

ولكن ما هو معنى التطبيق المرن للقانون ؟ كل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين : فرض *hypothèse* وحل *solution* ، وكل تطبيق للقانون يتلخص إلى عنصرين : معاينة *constatation* وقرار *décision* . والمقصود بالمعاينة هو إدخال المسألة المعروضة في الفرض الخاص بقاعدة معينة من قواعد القانون . أما القرار فهو إخضاع المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة ذاتها . فإذا كانت المعاينة تتم بطريقة آلية غير إرادية ، وكان القرار هو نتيجة منطقية للمعاينة ، فإن تطبيق القاعدة القانونية لا يكون تقديرية . وعلى العكس إذا كانت المعاينة تتم بطريقة إرادية غير آلية ، وكان القرار لا يترتب ، لا ضرورة ، ولا منطقاً على المعاينة ، بل يتوقف على إرادة الشخص القائم بتطبيق القانون ، فإن التطبيق في هذه الحالة يكون تقديرية .

وفى الحالة الأولى فإن العملية تكون بمثابة قضية منطقية تؤدي فيها المقدمات الى النتائج ، ويمكن مقدماً معرفة القرار الذى سيتخذ . وعلى العكس ففى الحالة الثانية تستحيل معرفة القرار قبل تدخل الشخص الذى يقوم بتطبيق القاعدة .

والسلطة التقديرية تستمد من طريقة صياغة القاعدة ذاتها ، وما إذا كانت هذه القاعدة مرنة أم جامدة . والقاعدة المرنة التى تتم صياغتها فى عبارات مرنة أو مطاطة *élastique* ، هى وحدها التى تطبق بطريقة تقديرية . والقاعدة يمكن أن تكون مرنة فى حلها أو فى فرضها أو فى العلاقة بين الفرض والحل . وهكذا فإن السلطة التقديرية يمكن أن توجد فى المراحل الثلاث من التطبيق : المعاينة ، واتخاذ القرار ، ومضمون هذا القرار .

وإذا أخذنا مثال الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين المدنى المصرى ، التى تأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، وجدنا القاضى يملك سلطة تقديرية فى المعاينة ، أى التحقق من وقوع « حوادث استثنائية عامة » ، يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الالتزام « مرهقاً » ، يهدد المدين « بخسارة فادحة » . فكل هذه عبارات مطاطة يملك القاضى فى معاينتها سلطة تقديرية واسعة . ويملك القاضى سلطة تقديرية كذلك فى اتخاذ القرار . فكما يقول النص « جاز للقاضى وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ... الخ » . ويملك القاضى سلطة تقديرية واسعة أيضاً فى تحديد مضمون القرار وهو أن « يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول » . فالمشرع أطلق يد القاضى فى العقد على حد تعبير الأستاذ السنهورى السابق ذكره .

ويكفى للقول بأن تطبيق القاعدة تقديرية ، أن تكون واحدة فقط من العمليات الثلاث السابق ذكرها ، منطقية على ذلك . ومع ذلك فتجب ملاحظة أن العملية الأولى وهى المعاينة ، تثير أحياناً مشكلة تكييف ، وتخضع بالتالى لرقابة محكمة النقض^(١٣٠) . ولذلك فإن

(١٣٠) مارتى ، التفرقة بين الواقع والقانون ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢١٣

العملية الثانية المتعلقة باتخاذ القرار ، وكذلك العملية الثالثة المتعلقة بتحديد مضمون القرار ، هما اللتان تميزان أكثر من غيرهما السلطة التقديرية (١٣١) .

ولا يجوز استخدام فكرة السلطة التقديرية على النحو السابق ذكره للمتفرقة بين العمل القضائي وبين القرار الإداري . وليس صحيحاً ما يقوله البعض من أن الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة وتقديرية (١٣٢) .

فالسطة الإدارية تخضع لمبدأ المشروعية ، بمعنى أن كل تصرفاتها يجب أن تكون مطابقة للقانون . وفي مباشرة وظيفتها فإن الإدارة تتمتع أحياناً بسلطة تقديرية ، وفي أحيان أخرى تكون سلطتها مقيدة Liée . والأمر يتوقف على القاعدة القانونية التي تقوم بتطبيقها وهل هي قاعدة جامدة ، أم قاعدة مرنة (١٣٣) . وهذا يصدق أيضاً على الوظيفة القضائية . .

وقد أمكن للبعض القول بأن السلطة التقديرية هي من الخصائص القاصرة على السلطة القضائية وحدها ، دون السلطة الإدارية . وفي هذا المعنى يقول الأستاذ كاربونيه ، « الفكرة التي اقترحها هي أن القضاء هو الشك . الشك الذي يقرر في نزاع انساني . فإذا كانت الإدارة تسمح لنفسها بأن تشك قبل أن تقرر ، فإن عملها يتجه الى أن يصبح قضائياً . وبالمثل فإذا توقف القاضي عن الشك ، بحكم العادة والتكرار ،

(١٣١) يقول الأستاذ مارتى أنه توجد سلطة تقديرية عندما يستخدم المشرع اصطلاح يجوز للقاضي ، وهذا ما يقابل العملية الثانية في التحليل الذي ذكرناه في المتن ، أو عندما يترك المشرع للقاضي سلطة فردية الجزاء individualisation وهو ما يقابل العملية الثالثة في التحليل الوارد في المتن . راجع رسالة الأستاذ مارتى السابق ذكرها ، ص ٢٧٢ ، وص ٢٧٤ .

(١٣٢) جلاسون ، تعليق على نقض ٢ لبريل ١٨٩٥ ، باللوذ ، ١٨٩٦ ، ١ ، ٥٠ : اصف ، رولان ، الشئ المحكوم به ، رسالة ، ليون ، ١٩٥٨ ، ص ٢٩٢ .

(١٣٣) كاريه دي مالبيرج ، مساهمة في نظرية الدولة ، ج ١ ، ص ٧٦٣ وص ٧٦٩ ؛ بيجي ، موسوعة القانون الدستوري ، ج ٢ ، ص ٢٨٥ وما بعدها ؛ دي لوبادير ، القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص ٢١٧ .

فإن قضاءه يتجه الى أن يصبح آلياً كما تفعل الإدارة ، (١٣٤).

ونحن نكتفى بالقول فى آخر هذه الفقرة ، بأن السلطة التقديرية لا تحول الحكم الى قرار إدارى .

٣٠٧ - السلطة المنشئة ليست قاصرة على القرار الإدارى :

إذا كانت السلطة التقديرية ليست من الخصائص القاصرة على القرار الإدارى ، فإن السلطة المنشئة ليست هى الأخرى من الخصائص القاصرة عليه أيضاً .

وإذا كان الأستاذ جيز قد أطلق فكرة مؤداها أن العمل القضائى لا يخلق شيئاً ، وأن الخلق أو الانشاء الذى ينتج أحياناً عن العمل القضائى ، إنما هو بسبب قرار إدارى مضاف الى العمل القضائى . فإن هذه الفكرة لا فائدة منها فى الواقع إلا لمواجهة الصعوبات التى نشأت بسبب التعريف الذى أعطاه الأستاذ جيز للعمل القضائى باعتباره مجرد معاينة تحوز قوة الحقيقة القانونية (١٣٥).

وما يقوله الأستاذ جيز غير صحيح ، لأن العمل القضائى ليس مجرد معاينة ، وهو يمكن أن يكون منشئاً دون أن يستعير شيئاً من القرار الإدارى . بل أنه يمكن الدفاع عن الفكرة العكسية ، وهى أنه كلما زادت القوة المنشئة للقرار ، كلما ابتعد عن الصفة الإدارية . وقد سبق أن رأينا أنه فى حالة النقص فى التشريع ، فإن القاضى يخلق الحل العادل للنزاع . وعلى العكس فإن الإدارة لا تستطيع خلق أى شئ فى مثل هذا الفرض .

وكما يقول الأستاذ كاريه دى مالبير ، الإدارة لا تستطيع أن تأخذ أية قرارات أو تتخذ أية إجراءات ، غير تلك التى يقررها ويسمح لها

(١٣٤) كاريونيه ، القضية والحكم ، المحاضرات السابق ذكرها ، ص ١٦٢ .

(١٣٥) جيز ، العمل القضائى ، فى مجلة القانون العام ، ١٩٠٩ ، ص ٦٦١ ص

التشريع ؛ وشرط المشروعية من شأنه فى الدولة المعاصرة ، أن يقيد السلطة الإدارية ، ويؤدى أحياناً الى تقليص هذه السلطة الى حد العجز ، وعدم الحركة ، (١٣٦) .

ومن ناحية أخرى ، فقد أوضحنا طوال هذه الدراسة ، أن القانون يمنح القاضى أحياناً سلطة انشاء التزامات قضائية . وعلى العكس فإننا لا نعرف بعد أن الإدارة تخلق التزامات إدارية . والمثل الذى يعطيه جيز ، عن فرض الضريبة ، غير مقنع ، لأن مصدر الالتزام بدفع الضريبة هو القانون وليس الإدارة (١٣٧) . وكذلك فإن الأمثلة التى يعطيها ديجى ، تتعلق فى الواقع بالتزامات تنشأ عن الإرادة المنفردة للإدارة ، ولا تلزم إلا الإدارة وحدها ، مثل الالتزامات التى تنشأ عن الإرادة المنفردة للأفراد (١٣٨) .

وقد يكون من الممكن أن الإدارة تخلق الالتزامات ، ولكن حتى الوقت الذى نشرنا فيه نظريتنا عن الالتزام القضائى ، فإن الفقهاء وخاصة أساتذة القانون المدنى منهم ، لم يعرفوا شيئاً اسمه الالتزام الإدارى . ولا بد من القيام بدراسة خاصة لاثبات وجوده . وقد قمنا نحن بهذه الدراسة فى كتابنا ، القرار الإدارى مصدر للحق فى عام ١٩٧٢ ، وهو ما سيكون موضوع الفصل السابع من هذا الكتاب .

وباختصار فإن القرار الإدارى لا يتميز بسلطته المنشئة ، كما أن الأثر المنشئ للعمل القضائى ، ليس من شأنه أن يحوله الى قرار إدارى .

٣٠٨ - الحكم القضائى لا يتضمن أى عنصر تشريعى أو إدارى :
وحدة الحكم :

اعتقد البعض أن الحكم يتضمن أحياناً عنصراً تشريعياً . وهذه

(١٣٦) كاريه دى مالبيير ، مساهمة فى نظرية الدولة ، للرجع السابق ، ج ١ ، ص ٧٠٦ .

(١٣٧) جيز ، العمل القضائى ، للرجع السابق ، ص ٦٨٢ .

(١٣٨) ديجى ، القرار الإدارى والقرار القضائى ، مجلة القانون العام ، ١٩٠٦ ، ص ٤٥٥ .

الفكرة يشترك فيها أنصار المعيار المادى للعمل القضائى ، وكذلك أنصار المعيار الشكلى . وهكذا نجد بونار يعتقد أن عنصر القرار فى الحكم يتضمن أحيانا « تصرف قاعدة » acte-règle من طبيعة تشريعية . ويقول أن اندماج القرار فى المعاينة هو الذى يجعل من هذا القرار ، تصرفاً مركباً من طبيعة قضائية خالصة (١٣٩) . ومع ذلك لا يبدو مفهوماً لماذا لا يؤدى هذا الاندماج الى تحويل التصرف الى تصرف تشريعى خالص . ولماذا يغلب فى رأى بونار العنصر القضائى على العنصر التشريعى . ولذلك نجد الأستاذ كاريه دى مالبير يعتبر هذا التصرف تشريعياً خالصاً . ولا يمكن أن يفصل بينه وبين التشريع غير المعيار الشكلى (١٤٠) .

والحقيقة ليست مع بونارد ، ولا من كاريه دى مالبير ، ولكنها مع فرانيسوا جنى . فالفكرة التى لا يمكن رفضها حسب هذا الأخير ، هى أن الحكم يمكن أن يخلق حلاً قانونياً ، ولكنه لا يمكن أن يخلق قاعدة قانونية (١٤١) . وليس هناك أى مجال للخلط بين العمل القضائى والعمل التشريعى .

ومن الشائع أيضاً القول بأن عنصر القرار فى الحكم ، هو عمل إدارى يضاف الى المعاينة وهى وحدها التى يتكون منها العمل القضائى . وقد رأينا من قبل أن هذه الفكرة أطلقها جيز لحل المشاكل الناشئة عن التعريف الذى أعطاه هو للعمل القضائى . وقد أخذ ديجى بعد ذلك بنفس الفكرة ، لأسباب مشابهة وهى تبرير ما يسمى بالوحدة المنطقية بين المعاينة والقرار . وكما يقول ديجى فإن « القرار بمفرده هو قرار

(١٣٩) بونار ، الفكرة المادية فى الوظيفة القضائية ، فى الدراسات المبهلة الى كاريه دى مالبيرج ، ١٩٣٣ ، ص ٢٤ - ص ٢٥ .

(١٤١) كاريه دى مالبير ، مساهمة فى نظرية الدولة ، المرجع السابق ، ص ٧٥٢ .

(١٤٢) جنى ، طريقة التفسير ، المرجع السابق ، ج ١ ، الصفحات ٢٠٢ - ٢١٩ : ج ٢ ، الصفحات ٣٥ ، ٢٨٨ ، ٣٢٢ ، ٣٧٠ .

إدارى ، وهذا ما يعترف به جيز ، (١٤٢) .

والواقع أن هذه الفكرة ، يمكن أن تكون مفيدة لاثبات اندماج العنصرين (المعايينة والقرار) ، أو انفصالهما . فهي غير مفيدة فى شئ على الاطلاق . ومع ذلك فإن معظم الفقهاء يذكرونها ، كما لو كانت من الأمور المسلم بها (١٤٣) .

ولعل السبب فى كل هذا الخلط فى الفقه الفرنسى ، أن فكرة اعتبار القضاء الإدارى جزءاً من الإدارة لم تتغير منذ انشاء هذا القضاء فى بداية الثورة الفرنسية الى يومنا هذا . ولازال اجماع الفقه الإدارى الفرنسى الحديث يعتبر القضاء الإدارى لمجلس الدولة جزءاً من الإدارة ، لا يتميز عن أجزائها الأخرى إلا بالاجراءات والضمانات التى تحيط بإصدار قراراته ، التى تعتبر بدورها نوعاً من القرارات الإدارية (١٤٤) . وكل ما يصدر عن الإدارة من قرارات ، سواء ما يصدر عن الإدارة العامة ، أو ما يصدر عن الإدارة القضائية يعتبر من قبيل القرارات الإدارية . غاية الأمر أن القرارات التى تصدر عن الإدارة العاملة يمكن أن يطلق عليها اسم قرارات الإدارة النشطة ، بينما القرارات التى تصدر عن الإدارة القضائية ، يطلق عليها اسم القرارات الإدارية القضائية .

وبالنسبة لمصر فهناك وجه للتساؤل الآن عما إذا كان القضاء الإدارى فى مصر أصبح جزءاً من السلطة القضائية بعد النص عليه فى الدستور فى الفصل الرابع من الباب الخامس الخاص بالسلطة القضائية ، وبعد أن نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة ، المعدل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ ، على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، أم أن هذه النصوص لا تغير

(١٤٢) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، ج ٢ ، ص ٤٤٣ .

(١٤٣) انظر للمراجع العديدة فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٩٦ . هامش ١٥٢ .

(١٤٤) انظر للمراجع العديدة فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٩٦ ، هامش ١٥٣ .

١٥٣ : وكتابنا ، النظرية العامة للقانون ، ص ٥٢٠ ، هامش ١٥ .

شيئاً من انتماء مجلس الدولة الى السلطة الإدارية ؟ (١٤٥)

وأيما ما كان الرأي بشأن طبيعة أحكام القضاء الإداري ، في فرنسا أو في مصر ، فإن ذلك لا ينبغي أن يكون له أى تأثير على طبيعة الحكم الصادر من محاكم السلطة القضائية ، أو كما يقول الأستاذ روبييه ، فإن كل المسائل التى أثارها أساتذة القانون العام . « تظل بدون معنى فى القانون الخاص (١٤٦) » . فالحكم القضائى العادى لا يتضمن أى عنصر إدارى .

ويلاحظ أن الفقهاء الذين يذهبون الى أن عنصر القرار فى الحكم القضائى ، هو قرار إدارى لا يهتمون إطلاقاً بشرح وجهة نظرهم . والفقير الوحيد الذى حاول شرح هذه الفكرة هو الأستاذ هبرو . فلنقرأ ما يقول : « الخصيصة الهامة فى الحكم القضائى والتى تجعله نوعاً من القرار الإدارى ، هو أنه بدلاً من أن يستمد قوته من إرادة أصحاب الشأن أنفسهم ، فإنه يصدر دائماً عن سلطة موظف عام ، يمارس اختصاصه » . وحجة الأستاذ هبرو لا تبدو مقنعة ، لأنها تعنى أن كل تصرف غير صادر عن إرادة خاصة ، هو بالضرورة تصرف إدارى . ولكن لماذا لا يكون عملاً تشريعياً أو قضائياً ؟ ولكن الأستاذ هبرو يجيب على نفسه ، فيقول « ولكن لا ينبغي أن ننسى أن هذا الشخص العام ، هو قاض ، وأن سلطته فى التصرف فى الحقوق الخاصة . لا يمكن أن تكون إلا ممارسة لوظيفته القضائية ، المتميزة عن الوظيفة الإدارية ، بالمعنى

(١٤٥) رغم ورود نص خاص بمجلس الدولة فى الدستور فى الفصل المتعلق بالسلطة القضائية إلا أن مجلس الدولة له قانون مستقل عن قانون السلطة القضائية ، راجع فى الموضوع ، كتابنا النظرية العامة للقانون ، فقرة ١٥٥ ، ص ٥١٥ وما بعدها .

(١٤٦) روبييه ، الحق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦ : فى نفس المعنى لا مبرور . فكرة العمل القضائى . مجلة القانون العام ، ١٩٤٦ ، ص ٥٥ - ص ٥٦ : سوليس وبيرو ، القانون القضائى الخاص ، المرجع السابق . ص ٤٢٦ - ص ٤٢٧ .

الصحيح ، (١٤٧) هذه هي الحقيقة الوحيدة ، فيجب إذن تأكيد وحدة الحكم القضائي .

والحكم يتحلل الى عنصرين : المعاينة والقرار ، ولكنه لا يتكون من تصرفين متميزين . والحكم هو عمل قضائي خالص بالنسبة لعنصره ، ولا يتضمن أى عنصر إدارى . وبصفة خاصة فليس من شأن السلطة التقديرية ، أو الأثر المنشئ للحكم ، أن يؤثر فى طبيعته ويحوله الى قرار إدارى . فكل ذلك يتعلق بالعمل القضائي وحده .

ومن ناحية أخرى ، فإن هؤلاء الذين يتعرفون على القرار الإداري فى الحكم ، يعيبهم أنهم يستخدمون فكرة لا يستطيعون هم اعطاء تعريف لها ، وإلا فما هو القرار الإدارى ؟ وما هو معياره ؟ هل هو معيار السلطة العامة أم معيار المرفق العام ... الخ ؟ وكما يقول الأستاذ دى لويادير : نحن لازلنا فى مرحلة البحث والتردد . وليس اليقين ، (١٤٨) . وكما يقول الأستاذ فالين ، فإن القانون الإدارى فى تطور مستمر ، كما لو كان لم يكمل نموه بعد ، (١٤٩) . والسؤال إذن هو كيف نكتشف فى الحكم شيئاً لا نعرفه بعد ، أو لا نعرفه بطريقة جيدة ؟ ولا توجد إجابة على هذا السؤال .

والخلاصة هي أن الحكم الصادر من محاكم السلطة القضائية ، هو عمل قضائي خالص ، ولا يتضمن أى عنصر تشريعى أو إدارى .

٣٠٩ - مصير نظرية العمل القضائي L'acte juridictionnel :

نظرية العمل القضائي لم تصل بعد الى صيغتها النهائية أو منظوقها النهائى . ويعبر بعض الشراح عن « خيبة أملهم » ، فى كل المجهولات المبثولة فى هذا الشأن (١٥٠) . واليوم فإن نظرية الالتزام

(١٤٧) هبرو ، العمل القضائي ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ ، هامش ٢ .

(١٤٨) دى لويادير ، القانون الإدارى ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

(١٤٩) فالين ، القانون الإدارى ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ .

(١٥٠) فالين ، معيار التصرفات القضائية ، مجلة القانون العلم ، ١٩٣٣ ، ص ٧٢ .

القضائي تأتي لتقدم عنصراً جديداً وحاسماً في المناقشات الدائرة حول العمل القضائي . وسيؤدي هذا العنصر الجديد الى ابطال معظم النظريات السابق إعلانها في هذا الموضوع (١٥١) . والسبب في ذلك أن دعوى تعديل العقد لا تعتمد على حق موجود . بل أكثر من ذلك فهي موجهة ضد حق موجود ولكنه ظالم (١٥٢) . والقاضي لا يؤكد حمايته لهذا الحق ولكنه يعدله طبقاً لما تستوجبه العدالة . والقاضي لا يقتصر على مجرد الكشف عن حق موجود من قبل ولكنه يخلق حقاً جديداً . وحكم القاضي ليس نتيجة منطقية للمعايينة ، ولكنه نتيجة إرادية لحرية في التقدير .

وهكذا فإن الحكم ليس مجرد معايينة مزودة بقوة الحقيقة القانونية كما يقول جيز (١٥٣) . والقرار ليس نتيجة ضرورية ومنطقية للمعايينة ، في كل الأحوال كما يقول بيجي (١٥٤) . ولا يتعلق الأمر دائماً بحماية حق موجود كما يعتقد أرتور ، ويونارد ، وفيزيوز ، وغيرهم (١٥٥) .

والواقع أنه لا طائل من محاولة العثور لدى أحد الفقهاء المعاصرين عن تعريف مرضٍ عن العمل القضائي . وينبغي أولاً أن نعترف بأن البناء الفني للعمل القضائي يعتمد على الفكرة العامة للوجود السائدة

(١٥١) نحن نقصد بالطبع نظريات المعيار المادي للعمل القضائي لأنه لم يحدث أي تغيير في الواقع بشأن شكل الحكم .

(١٥٢) بعض الكتاب يلخذ بفكرة الدعوى المستقلة عن الحق ، راجع ، بيجي ، موسوعة القانون الدستوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٢٣ ؛ هوريو ، عناصر المنازعة ، مجموعة التشريعات ، تولوز ، ١٩٠٥ ، ص ٤١ ؛ روبيه ، الحق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، الصفحات ٧٤ ، ٢٩٦ ، ٢٩ ، ٢٩٨ . ومع ذلك فإن أحد لم يتكلم من قبل عن دعوى موجهة ضد حق قائم .

(١٥٣) جيز ، العمل القضائي ، المرجع السابق ، الصفحات ٦٦٧ وما بعدها .

(١٥٤) بيجي ، موسوعة القانون الدستوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٤٣ .

(١٥٥) أرتور ، الفصل بين السلطات والفصل بين الوظائف ، مجلة القانون العام ، ١٩٠٠ ، ص ٢٢٦ ، و ص ٢٢٧ ؛ بونار ، الفكرة للمادية للتوظيف القضائية ، المرجع السابق ، الصفحات ٢٧ - ٢٩ ؛ الأفكار الأساسية للمرافعات والفقه الفرنسي للقانون العام ، ١٩٣١ ، ص ٤٩ .

فى بلد معين ، ومن الواضح أن وظيفة القاضى فى ألمانيا النازية أو فى روسيا الشيوعية قبل انهيار الاتحاد السوفيتى ، لم تكن هى ذاتها وظيفه القاضى الفرنسى أو المصرى . وسواء فى فرنسا أم فى مصر ، فإن الفكرة العامة للوجود لا تقتضى غير شىء واحد هو العدالة .

وكلما فكرنا أكثر كلما زدنا اقتناعاً بالتحليل الأرسطى لوظيفة القاضى . وكما يقول الفيلسوف « عندما يحدث خلاف بين الناس ، فإنها يلجأون الى القاضى . والذهاب الى القاضى ، هو نهاب الى العدالة ، لأن القاضى ، يريد أن يكون ، إذا جاز التعبير تجسيداً للعدالة » . وفى شخص القاضى يبحث الانسان عن شخص ثالث غير متحيز ، يسميه البعض حكماً .. وهو رجل العدل ... الذى يمسك بالميزان بين الطرفين ،^(١٥٦) هذا هو العمل القضائى . فالعنصر المميز للعمل القضائى هو الخلاف أو النزاع بين طرفين^(١٥٧) . وهذا هو المعيار المادى . هذا النزاع لا بد أن يعرض أمام رجل العدل ، وهذا هو المعيار الشكلى . والتصرف الصادر من هذا الشخص ، لحل هذا النزاع ، طبقاً للعدل ، هو العمل القضائى . والعدل الذى ينطق به الحكم ، هو العدل الموجود فى المصادر المختلفة للقانون الوضعى ، أو لدى القاضى نفسه فى حالة النقص فى هذه المصادر . فهل يضع تحليل أرسطو حداً للمناقشات فى هذا الموضوع ؟ هذا ما تأمله .

٣١٠ - مصير نظرية الحكم المنشئ :

أهم دراسة حديثة عن الحكم المنشئ ، وهى دراسة الأستاذ رينو ، تكشف الى أى مدى ترتبط نظرية الحكم المنشئ بنظرية العمل القضائى . وهو يقول إن « السؤال الذى لازال مطروحاً للمناقشة » ، هو معرفة ما إذا كان الأثر المنشئ للحكم يتصل بالعمل القضائى

(١٥٦) لرسطو ، الأخلاق ، ٥ ، ٤ ، ٧-٨ .

(١٥٧) لوضع مارتى ورينو بجلاء أن النزاع يوجد فعلاً فى كل نشاط قضائى ، راجع : القانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣١٢ .

للقاضى ، أم أنه يتصل بسلطة أخرى منوطة بالقاضى ، قد تكون سلطة بريتورية أو إدارية (١٥٨) .

لقد خصصنا الجزء الأكبر من هذا المطلب للإجابة على هذا السؤال . فلا توجد أدنى علاقة بين فكرة الحكم المنشئ ، وفكرة السلطة البريتورية أو الإدارية . وقد رأينا من قبل ، أنه فى القانون الرومانى كان الحكم الصادر من القاضى ، وليس من البريتور ، مجدداً ومنشئاً ومصدراً للالتزام . والقانون الرومانى نفسه لا يقيم أدنى علاقة بين الأثر المنشئ للحكم وبين السلطة السياسية للبريتور . ومسألة السلطة البريتورية تتعلق أساساً بمصادر القانون الوضعى .

وفى القانون الحديث ، لم يعد هناك مجال للحديث عن السلطة البريتورية ، لا بالنسبة للقاضى ، ولا حتى بالنسبة للقضاء فى مجموعته (١٥٩) . وفيما يتعلق بالسلطة الإدارية فقد سبق أن أكدنا وحدة الحكم القضائى الصادر من محاكم القضاء العادى . فالحكم لا يتضمن أى عنصر إدارى . فهو عمل قضائى خالص فى عنصره : المعاينة والقرار . فلا السلطة التقديرية ، ولا السلطة المنشئة يمكن أن تحوله الى قرار إدارى (١٦٠) .

ولذلك فنحن لا نوافق على فكرة الأستاذ بوييه ، التى إستعارها من بعض أساتذة القانون العام ، والتى بمقتضاها يتحلل الحكم الى عنصرين : معاينة كاشفة يتكون منها وحدها العمل القضائى ، وقرار منشئ هو قرار إدارى يضاف الى العمل الأول القضائى . وهكذا فإن الحكم هو عمل مركب ومنشئ (١٦١) . ولا نستطيع أن نوافق أيضاً على التفرقة التى يقترحها الأستاذ ميرل ، بين الحكم المرجح والحكم

(١٥٨) بيير رينو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢ . واضف ، الصفحات ٣٧٧ ، ٣٧٩ ، ٣٨٣ ، ٣٨٤ .

(١٥٩) راجع ما سبق ، فقرة ٣٠٤ .

(١٦٠) راجع ما سبق ، فقرة ٣٠٨ .

(١٦١) بوييه ، مساهمة فى دراسة فكرة السبب ، والتصرف الكاشف ، رسالة ، تولوز ، ١٩٤٧ ، ص ٤٦١ وما بعدها .

الأمر : الأول يتعلق بوظيفة القاضى القضائية ، أما الثانى فيتعلق بوظيفته البريتورية (١٦٢) . والواقع أن الأستاذ ميرل لم يكن موفقاً فى الرجوع الى القانون الرومانى . ونحيل فى هذا الشأن الى ما سبق أن ذكرناه عن أحكام القانون الرومانى .

وهكذا إذا نحينا جانباً مثل هذه الآراء ، فلا يبقى إلا أن نؤكد أن الطبيعة القضائية للحكم ، لا تتعارض مع فكرة الحكم المنشئ . وبالرغم من أن الأحكام تكون فى العادة كاشفة لحقوق موجودة من قبل ، فإنه توجد مع ذلك أحكام أخرى منشئة للحقوق . ومعيار الحكم المنشئ للالتزام ، ينبغى البحث عنه فى نشاط القاضى ، وخاصة فى سلطته التقديرية .

وبالرغم من أنه من غير اللازم أن تكون فكرة الحكم المنشئ للالتزام ، مطابقة للأحكام الصادرة فى مسائل الحالة والأهلية . ومع ذلك فيبدو لنا من الصعب أن نعترف بحكم منشئ لا يعتمد على السلطة التقديرية لمن صدر منه . وهكذا فإنه بالنسبة لهذه الطائفة الأخيرة (أحكام الحالة والأهلية) ، حيث لا توجد فيها سلطة تقديرية للقاضى ، هناك مجال للتساؤل الجدى ، عما إذا كانت هذه الأحكام منشئة فعلاً كما يعتقد البعض (١٦٣) ، أم أن «فكرة الحكم المنشئ» تم استعمالها هنا فقط لمجرد حل بعض المشاكل الصعبة ، حسب تعبير الأستاذ إسمان (١٦٤)

(١٦٢) ميرل ، مساهمة فى النظرية العامة للتصرف الكاشف ، رسالة تولوز ، ١٩٤٨ ، ص ١١٢ وما بعدها .

(١٦٣) مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، المرجع السابق ، ص ٢٤ وما بعدها ؛ روبييه ، الحق والمراكز القانونية ، للمرجع السابق ، ص ٣٢٥ ؛ انظر المراجع الأخرى المشار إليها فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ٢٠٠ ، هامش ١٧٤ .

(١٦٤) إسمان ، آثار قرارات العدالة - الاعتراف وخلق الحقوق ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٤٤ ؛ انظر المراجع الأخرى العديدة المشار إليها فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ٢٠٠ ، هامش ١٧٥ .

والواقع ان نظريتنا عن الالتزام القضائى لن تكون مشجعة على اعتبار مثل هذه الأحكام أحكاماً منشئة بالمعنى الصحيح .

ومع ذلك فإن نظريتنا عن الالتزام القضائى ، بعد أن استولت على فكرة الحكم المنشئ ، أصبحت تؤدي لهذه الفكرة خدمة حيوية ، وتنقذ حياتها فى لحظة حرجة أصبح وجودها ذاته موضع تساؤل . والواضح أنه كان من التسرع من جانب البعض أن يتخذ موقفاً ضد فكرة الحكم المنشئ، فى وقت يزيد نشاط القاضى زيادة مستمرة . وفى هذا النشاط تكمن القوة المنشئة للحكم .

٣١١ - آثار الحكم المنشئ للالتزام :

مثل كل الالتزامات الأخرى ، فإن الالتزام القضائى يخضع لقواعد النظرية العامة للالتزام . ومع ذلك فإن الالتزام يظل متصلاً بمصدره ، سواء فى وجوده ، أو فى آثاره .

وهكذا فإن وجود الالتزام القضائى يعتمد على وجود الحكم . والقواعد المتعلقة بإصدار الأحكام والطعن فيها ، هى التى تحكم مصير الالتزام القضائى .

وفيما يتعلق بالآثار فإن الالتزام القضائى يستفيد من الآثار الخاصة بالحكم ، وخاصة حجية الشيء المحكوم به ، والقوة التنفيذية ، وكذلك التقادم الثلاثينى فى القانون الفرنسى ودون القانون المصرى . وفيما يتعلق بأثر الحكم فى مواجهة الغير ، فإن الحكم المنشئ لا يختلف عن الحكم الكاشف . فالمبدأ دائماً واحد هو نسبية أثر الحكم . وهذا هو المبدأ المقرر بالنسبة للعقد . والعقد وهو يحتل المركز الأول للتصرفات المنشئة ، يخضع مع ذلك لمبدأ نسبية أثر العقد .

وفيما يتعلق بالتاريخ الذى تبدأ فيه آثار الالتزام العقدى ، فإنه تجب دائماً مراعاة أن الالتزام يحل محل التزام عقدى سابق تم تعديله . وفى بعض الأحيان فإن التعديل لا يمكن تصوره إلا بالرجوع الى تاريخ إبرام العقد . والأمراً هنا يتوقف على مضمون التعديل .

ومن ناحية أخرى فإن توابع وتأمينات الالتزام العقدى ، لا تنقضى

بالتجديد القضائى . وكان هذا هو نفس المبدأ بالنسبة للتجديد
الضرورى فى القانون الرومانى . وعلى العكس فإن الحكم يخلق أحياناً
ضمانات جديدة . ومع ذلك فإن التعديل الوارد فى الحكم يمكن أن يلحق
التوابع والتأمينات . فالقاضى يستطيع على سبيل المثال ، أن يخفض
سعر الفائدة . فكل شئ يتوقف على مضمون التعديل .

وباختصار ، نظراً لأن القاضى يتصرف فى الالتزام القديم ،
والالتزام الجديد ، فإن آثار الحكم المنشئ تكون متوقفة على ما يراه
القاضى ، فى حدود النظرية العامة للحكم ، والنظرية العامة للالتزام »

٣١٢ - خلاصة المطلب الثانى :

الحكم المنشئ للالتزام يعتمد على السلطة التقديرية للقاضى .
وهذه السلطة لا تشبه فى شئ السلطة السياسية ، أو البريتورية ، أو
الإدارية . وعلى العكس فإن السلطة التقديرية للقاضى تتفق تماماً مع
وظيفته القضائية . ومن ناحية أخرى فإن القاضى لا يملك تعديل العقد
بدون تفويض صريح من القانون فى مصادره المختلفة : التشريع
والقضاء .

٣١٣ - خاتمة عامة لنظرية الالتزام القضائى :

من الناحية النظرية فإن القانون يقوم على العدل . ومن الناحية
الفعلية ، فإن فكرة العدل تؤثر تأثيراً بالغاً فى تكوين القانون ، سواء
فى مصر ، أو فى فرنسا .

والصياغة القانونية ، ينبغى أن تكون ، وهى فعلاً ، فى خدمة
العدل والأخلاق المطلقة . فالعدل هو الذى يحدد متى ينبغى الالتجاء الى
إحدى الوسائل الفنية للصياغة ، ومتى يجب التخلص منها .

وهكذا إذا اقتصرنا على مجرد دراسة الوسائل الفنية للمشاكل
القانونية ، فإننا نخاطر بعدم رؤية كل الحقيقة ، حتى تلك التى تتعلق
بالوسائل الفنية ذاتها .

والواقع أن مشكلة تعديل عااضى للعقد ، تعطى مثلاً واضحاً على

ارتباط الصياغة واعتمادها على الأخلاق . وفى دراستنا للمشكلة الأخلاقية للعقد ، تبين لنا أن كل ما هو عقدي ، ذو اصطناعى . فالعقد لا يعدو أن يكون وسيلة فنية خاضعة للأخلاق . وهو لا يستمد قوته الملزمة من إرادة الأطراف ، ولكن من اتفاقه مع العقل والعدل .

والعقد يقوم على قرينة مطابقته للعدل . ولكنه عدل مصطنع ومصنوع . ولكن إذا ابتعد العقد عن العقل ، وتوافر الدليل القاطع المستمد من بعض الظروف الملائمة لإبرام العقد أو الطارئة بعد إبرامه ، على أن العقد أصبح يعبر عن الظلم بشكل واضح لا يقبل الشك ، فإن القرينة فى هذه الحالة تسقط وتتحول الى حيلة . ومثل هذا العقد يفقد كل قوة أخلاقية له ، ويصبح تعديله مبرراً . ولكن القول بذلك لا يتحقق من مجرد عدم التعادل الموضوعى فى الالتزامات المتقابلة ، بل لا بد أن يضاف الى الغبن ظرف آخر يكشف عن الوجه القبيح للعقد ، ويجعل وجوده لا يطاق .

وعندما يضع القانون الوضعى نظاماً للتعديل الضرورى ، والأمر ، والقضائى للعقد ، فإنه لا يقيمه على إرادة المتعاقدين ، لأن التعديل موجه فى المقام الأول ضد هذه الإرادة التى تبين بوضوح أنها ظالمة .

وعندما يضع القانون نظاماً لتعديل العقد ، فإنه يستبدل وسيلة فنية جديدة هى الحكم ، بالوسيلة الفنية الأولى وهى العقد . والقانون يكلف القاضى بأن يحل التزاماً قضائياً جديداً أكثر اتفاقاً مع العدالة ، محل الالتزام العقدي الظالم . والقاضى يقوم بذلك بعمل من أعمال العدل يتفق تماماً مع وظيفته القضائية . ووظيفة القاضى الأساسية هى أن يحكم بالعدل ، وأن يمسك بالميزان متساوياً بين الطرفين .

وباختصار فإنه بتعديل الالتزام العقدي ، فإن القاضى يقضى على هذا الالتزام ، ويخلق بدلاً منه التزاماً جديداً . ويكون هذا الحكم مجدياً ، ومنشئاً ، ومصدراً للالتزام . هذا هو منطق نظرية الالتزام القضائى .

الباب السابع القرار الإداري

٣١٤ - القرار الإداري مصدر للحق :

قال بعض أساتذة القانون الإداري مثل جيز أن القرار الإداري بربط الضريبة ينشئ التزاماً بدفع الضريبة . وهذا القول غير صحيح ، لأن الالتزام بدفع الضريبة ينشأ عن القانون مباشرة ، حيث لا تباشر الإدارة أدنى سلطة تقديرية في نشأة هذا الالتزام .

وقال البعض الآخر مثل الأستاذ ديجي ، أن الإدارة عندما تلتزم بإرادتها المنفردة فإنها تنشئ التزاماً إدارياً مصدره القرار الإداري . وهذا القول غير صحيح أيضاً ، لأن الالتزام في هذه الحالة يكون مصدره الإرادة المنفردة ، وليس القرار الإداري . فالإدارة تلزم نفسها دون غيرها بالإرادة المنفردة كما يفعل ذلك للمواطن العادي تماماً (راجع ما سبق ، فقرة ٣٠٧) .

ومع ذلك فقد قمنا بدراسة للقانون المدني مع التعمق ، في عام ١٩٧٢ على أساس نظرة جديدة الى الاختصاص التقليدي للسلطة الإدارية ، أثبتنا فيها أن القرار الإداري يمكن أن يكون مصدراً للحق ، سواء الحق العيني أو الحق الشخصي أي الالتزام . وهذا ما نوضحه فيما يلي .

تمهيد

٣١٥ - البحث عن المصدر :

أهم ما يقوم به الباحث هو تسجيل الخصائص المختلفة للظواهر التي تدخل في مجال دراسته . والنتائج التي يصل إليها أي باحث في أي مجال للدراسة - حتى في الدراسات العلمية البحتة - لا يمكن النظر إليها على أنها نتائج نهائية لا تقبل المراجعة . ويمكن أن نشير في هذا الشأن إلى أن كلمة « دياكتيك » بكل ما تحمله من معاني المراجعة والتطور أصبحت إسمًا محلة يصدرها في زيورخ منذ عام ١٩٤٧ مجموعة من العلماء في التخصصات المختلفة للعلوم البحتة (١) .

ونقطة البداية في كل دراسة هي تلك التي تبحث عن علاقة السببية بين الظواهر المختلفة ، أي عن السبب المنشئ لكل ظاهرة على حده . وطبقاً لقانون السببية الذي أعلنه Leibniz في القرن السابع عشر « لا يوجد شيء بغير سبب » . ومنذ إعلان هذا المبدأ ، أصبح هو على حد تعبير الفيلسوف الألماني Heidegger ، المبدأ الاسمي للمعرفة ، أو مبدأ المبادئ كلها ، أو المبدأ الذي تقوم على أساسه الجامعة الحديثة (٢) . فالحقيقة لا يمكن أن تعتبر كذلك إلا إذا أمكن تحديد المصدر الذي نشأت عنه .

Georges Gurvitch, *Dialectique et Sociologie*, Paris, 1962, p. 17e ts.

(١) راجع

Heidegger, *Le Principe de Raison*, Fribourg, 1957, traduit en Français, Paris, 1962, pp. 52, 84, 98, 165.

(٢)

والإهتمام بقانون السببية لا يقتصر على العلوم التقريرية وحدها . بل يمتد كذلك إلى العلوم التقويمية كالقانون والأخلاق . ومن هنا كان اهتمام الفلاسفة بالبحث عن مصادر الاخلاق (١) . وإهتمام ، جال القانون منذ عهد القانون الروماني بالبحث عن مصادر الالتزام من ناحية ، ومصادر الملكية والحقوق العينية الأخرى من ناحية أخرى .

وفي نطاق القانون فان تحديد مصدر الحق أو السبب المنشئ له ، هو موضوع الاهتمام الأول للتشريع والفقه والقضاء على حد سواء . ولا غرابة في ذلك فان مصدر الحق هو الذي يحكم وجوده ويحدد آثاره وأسباب انقضائه . وبغير دراسة حقيقية لمصادر الحقوق المختلفة ، لا توجد دراسة قانونية على الاطلاق .

ومن المعروف أن الفضل الأكبر في دراسة مصادر الحق ، وبصفة خاصة مصادر الإلتزام ، يرجع إلى فقهاء الرومان . فنجد « جايوس » يضع التقسيم الثنائي لمصادر الإلتزام إلى مصادر عقدية ومصادر غير عقدية (٢) . ونجد بعد ذلك في موسوعة « جستينيان » التقسيم الرباعي لمصادر الإلتزام : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة (٣) . ثم نجد « مودستان » يضيف المصدر الخامس للإلتزام وهو القانون (٤) . وقد انتقل بعد ذلك التقسيم الخماسي لمصادر الإلتزام إلى القانون الفرنسي القديم ، وسجده « بوتيه » (٥) ، واخذه عنه التقنين المدني الفرنسي الحالي.

(١) فذكر على سبيل المثال الكتاب المعروف لفيلسوف الفرنسي برجسون عن « مصدرى الدين والأخلاق » راجع الطبعة المائة ، باريس ١٩٦١ .

(٢) Gaius, Institutes, 3, 88.

(٣) Dig, 44, 7, 5, 4 و 6.

(٤) Dig, 44. 7. 52, Pr; Just, Inst., 3. 13, 1.

(٥) لا نتمرض في هذا المقام للاختلاف في اندلول بين القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، لاصطلاحى شبه العقد ، وشبه الجريمة . فهذا الاختلاف - أن وجد - إنما يمثل كل ما أحدثه القانون الفرنسي القديم من تطویر في هذا الشأن .

أما التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني والتقنين السويسري والتقنين المصري فقد أخذت بتقسيم خماسي جديد استفادت فيه من النقد الذي وجهه الفكر القانوني الحديث للترتيب الروماني لمصادر الالتزام . فقد أبرز الفكر القانوني الحديث مصدرا جديدا للالتزام هو الإرادة المنفردة ، وأدمج مصدرين قديمين هما الجريمة وشبه الجريمة ، في مصدر واحد هو العمل غير المشروع ، وأطلق اسما جديدا على شبه العقد ، هو الأثر بلا سبب . وهكذا أصبحت مصادر الإلتزام الخمسة وفقاً للترتيب الحديث هي العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والأثر بلا سبب والقانون .

ومن الواضح أن الفكر القانوني الحديث بدأ من النهاية التي انتهى إليها الفكر الروماني ، ولم يتقدم بعد ذلك سوى خطوات محدودة للغاية . ولا يرجع ذلك إلى جمود الفكر الحديث وتحلفه ، بل يرجع إلى سمو الفكر الروماني وتقدمه ، فقد عرف الرومان تقريراً كل شيء يمكن معرفته في نظرية الالتزام . ويترتب على ذلك أمر هام وهو أن التجديد في هذه النظرية ليس بالأمر المرغوب فيه في كثير من الأحيان . كما أنه محفوف بالمخاطر في جميع الأحوال . وهكذا نجد « جني » وهو بصدد نقد نظرية « ديجي » في التصرف القانوني ، يؤكد أن نظرية الالتزام « تستعصى على التجديدات المتهورة » (١).

وإزاء هذا البناء الشامخ الذي شيده فقهاء الرومان ، وأضافت إليه أجيال أخرى كثيرة من أساتذة القانون في أوروبا وغيرها ، لا يسع الباحث الحديث إلا الشعور بالانهار والرغبة في المحافظة على هذا التراث القيم .

ولكن بالرغم من كل هذا لا ينبغي على الفكر الحديث أن يغلق على نفسه باب الاجتهاد بصفة مطلقة وإلا لعادت الدنيا إلى عهود الظلام التي عرفتها في القرون الوسطى . فاذا كان التجديد مجرد التجديد مما يتعارض

(١) مرقس وأندريه ، المصداقة ، ج ٤ ، ص ٧٤ .

مع حمل أمانة المسئولية عن البحث والعلم ، فإن رفض التجديد لمجرد الرفض هو انكار لهذه الأمانة على حد سواء .

والواقع أن التجديد لا يرتبط بالرغبة فيه أو العزوف عنه . فلا الراغب فيه يصل إليه ، ولا العازف عنه يتخلف عن الوصول إليه . واللحظة التي يرى فيها الباحث شيئاً جديداً يستحق التسجيل لا تأتي له عن قصد ولا تتكرر في حياته كثيراً . فهي قد لا تأتي له أبداً ، وإذا أتت فقد لا تعود إليه مرة أخرى . وكما يقول Max Weber نقلاً عن Ihering إن أحسن أفكارنا تأتينا ونحن نجلس على مقعد في قطار أثناء تدخين سيجار ، أو كما يقول Helmholtz ، يحدث لنا هذا ونحن نتجول في طريق يصعد إلى أعلى ببطء شديد ، أو في نحو ذلك من الظروف . أما من يجلس بين كنبه لساعات طويلة بغية العثور على أفكار جديدة فإنه لا يجدها أبداً (١) .

ومن الواجب على الباحث عندما يرى شيئاً جديداً يستحق التسجيل ، أن يبادر بتسجيله وإعلانه على الفور بغية تردد أو خوف ، بشرط أن تكون رؤيته لهذا الشيء الجديد واضحة كل الوضوح طبقاً لطريقة ديكارت في المعرفة وهي أن نرفض كل ما يتطرق إليه أدنى شك ، وأن نعتبر صحيحاً كل ما نراه كذلك بوضوح كامل وقوى (٢) .

وعندما يرى الباحث شيئاً جديداً بهذا الوصف فإنه يعيش تجربة نفسية ، يسميها ماكس فبر « التجربة الحية للعلم » (L'expérience "Vécue" de la science) وهي على حد قوله شعور الباحث بالرضى وهو يقول لنفسه ، هذه المرة صنعت شيئاً سيكتب له اللوام (٣) .

(١) . كينيس . آ . آ . وآ . آ . آ . مترجم فلسفية . مقدمة لريمون آرون . باريس ،

١٩٦٣ . ص ٦٤ .

(٢) ديكارت ، خطة المنهج ، ج ١ .

(٣) ماكس فبر ، المرجع السابق ، ص ٦٣ .

ونحن نعرف أننا عشنا هذه التجربة فعلا ونحن نعد رسالتنا للدكتوراه عن الالتزام القضائي ، وهي الرسالة التي نوقشت في باريس في فبراير عام ١٩٦٤ ونشرت في كتاب هناك في عام ١٩٦٥ (١) . وقد نوهنا عن ذلك في خطبة الرسالة التي ألقيناها أمام لجنة الحكم التي كانت مهتمة بمعرفة الظروف التي ساعدتنا على إبراز مصدر جديد للالتزام . هو حكم القاضي . ولم تكن هذه الظروف في الواقع ، مختلفة كثيرا عن تلك التي أشار إليها ماكس فبر نقلا عن اهرنج أو غيره .

وبعد كل الآراء التي سمعناها أو قرأناها عن نظرية الالتزام القضائي ، فإن إيماننا بصدق هذه النظرية قد ازداد تأكدا ورسوخا .

ومطوق نظرية الالتزام القضائي : أنه في الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية ، وبمقتضى تفويض صريح من القانون فإنه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد ، تجديدًا يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات . ونشأة التزامات جديدة تحل محلها ، مصدرها حكم القاضي . والالتزامات الجديدة تختلف عن الالتزامات القديمة في مصدرها وفي محلها . ويكون حكم القاضي في هذه الحالة مجددا ومنشأ ومصدرا للالتزام .

والواقع أن القاضي عندما يعدل العقد فإنه لا يفسره ، ولا يطبقه ، ولكنه يخرج عليه ويقومه .

والقاضي بهذا يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين ، وينشئ آثارا جديدة غير تلك التي ارتضاها المتعاقدان . وإعطاء هذه السلطة للقاضي أمر خطير للغاية ، فهي مقررة مباشرة ضد فكرة العقد ونظامه .

(١) نشرت الرسالة في سلسلة مكتبة القانون الخاص ، ج ٦٤ ، باريس ١٩٦٥ .

ولذلك فإن القاضى لا يملك القيام بتعديل العقد من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يكون مفوضاً تفويضاً صريحاً من القانون فى القيام بذلك .

والقانون هو المصدر غير المباشر للالتزام القضائى ، كما هو الشأن بالنسبة لكل الالتزامات الأخرى ، أما مصدره المباشر فهو حكم القاضى .

والقانون لا يعطى للقاضى سلطة تقديرية فى تعديل العقد إلا فى الحالات التى يبدو فيها بوضوح أن العقد أصبح مخالفاً للعدل مخالفة صارخة تقتضى التدخل وتبرره فى نفس الوقت .

ومن أهم تطبيقات نظرية الالتزام القضائى ، تعديل العقد فى حالة الاستغلال (م ١٢٩ مدنى) ، وتعديل أجره الوكيل (م ٧٠٩ مدنى) . وتعديل عقود الإذعان (م ١٠٠ مدنى) ، وتعديل الشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى) ، وتعديل عقد المساعدة والانتقاذ البحريين (م ٧ من اتفاقية بزوكل المعقودة فى ٢٣ سبتمبر ١٩١٠ والتى انضمت إليها مصر فى عام ١٩٤٤) . وكل هذه التطبيقات تتعلق بالغبن الحادث وقت إبرام العقد . أما الغبن اللاحق على إبرام العقد ، فهو ما تنص عليه نظرية الظروف الطارئة (م ١٤٧ مدنى) التى تعتبر كذلك من أهم تطبيقات الالتزام القضائى .

ونظرية الالتزام القضائى تزداد تطبيقاتها على مر الأيام ، ولعل أحدث تطبيق لها . هو ما نص عليه قانون إيجار الأماكن رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ من أنه وإن كان المؤجر يلتزم بحسب الأصل بأعمال الترميم والصيانة « إلا أنه إذا أصبح التزام المؤجر مرهقاً أو غير متناسب مع ما يغله العقار من أجره فى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يوزع تكلفة الإعادة على كل من المؤجر والمستأجر » (م ٢٠ / ٢) . وهذا التطبيق الجديد يتعلق أيضاً بغبن لاحق على إبرام العقد .

والخلاصة أن القاضى وهو يحكم . عدل بين الناس ، يكون حكمه مقرر الحقوق

الأفراد في معظم الحالات ، ولكنه ينشئ هذه الحقوق في حالات أخرى بمقتضاه ، تفويض صريح من القانون . وفي هذه الحالات يكون الحكم مصدرا من مصادر الالتزام .

وإذا كنا نشير في هذا المقام إلى نظرية الالتزام القضائي فأنما نفعل ذلك على سبيل التمهيد لالقاء الضوء على مصدر جديد آخر للالتزام وللحقوق العينية ، هو القرار الإداري . ذلك أننا نؤمن بما يقوله البعض بحق من أن « كل عمل علمي جديد ، ليس له هدف سوى طرح أسئلة أخرى ، بحيث يصبح هو في نهاية الأمر قديماً » (١) .

٣١٦ - الاحساس القانوني يسبق الرؤية الواضحة :

إذا كان المنهج الذي نتخذه في هذا البحث ، وفي غيره من الأبحاث ، هو المنهج العقلي ، وبصفة خاصة المنهج الديكارتي الذي يشترط الرؤية الواضحة التي لا يتطرق إليها الشك ، للاعتراف بأية حقيقة على أنها كذلك . فأننا نؤمن مع ذلك بأن العقل ليس هو وسيلة الانسان الوحيدة للمعرفة . بل هناك وسائل أخرى تساعد في نفس الطريق ، ومن أهمها الاحساس . فالإنسان كما يدرك بعقله . يدرك باحساسه أيضا .

والاحساس له درجات متفاوتة ، أعظمها ذلك الالهام الذي يعرفه المخترعون وأصحاب المذاهب الكبرى (٢) ، وأبسطها هو ذلك الشعور الذي يمكن أن يراود أى شخص عن الطريق الصحيح الذي يجب أن يسلكه ، قبل أن يدرك العقل ادراكا كاملا الأسباب التي تبرر سلوك ذات الطريق .

(١) ماكس فير ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

(٢) راجع في اعتبار الاحساس من وسائل المعرفة Edmund Husserl, Recherche Logique, traduit en Français, Paris, 1962; Max Scheler, Le Formalisme en éthique, traduit en Français, Paris, 1955.

وبلاحظ أن الفيلسوف « هيرل » والفيلسوف « شيلر » المشار إلي مؤلفيهما يعتبر - الاحساس أهم من العقل كوسيلة من وسائل المعرفة

ونحن نقصد بالاحساس هنا ، هذه الدرجة البسيطة التي تأخذ في نطاق القانون اسم الاحساس القانوني أو اللوق القانوني . ورجل القانون يحتاج قبل أن يكون عالما بالقانون ، أن يكون صاحب احساس قانوني مرهف ، أو صاحب ذوق قانوني دقيق . ورجل القانون يجب أن يستعين دائما في حياته العلمية أو العملية بما يكون متوافرا لديه من احساس وذوق ، بشرط ألا يبنى أحكامه على الاحساس وحده ، وإلا فقد القانون كل ضابط له . بل لابد من تدعيم الاحساس بالرؤية العقلية الواضحة ، بحيث يظل العقل هو الوسيلة الوحيدة للقياس والحكم . أما الاحساس فتقتصر الفائدة منه على توجيه العقل إلى الطريق الذي يمكن أن يجرى فيه استكشافاته .

وإذا طبقنا هذه الأصول على موضوع بحثنا ، فانتا نستطيع القول أن أى رجل قانون يستطيع أن يدرك باحساسه وذوقه أن القرارات الإدارية أصبحت في العصر الحديث ، وفي المجتمعات التي أصبحت فيها الدولة تسيطر على معظم علاقات الإنتاج والتوزيع ، تقوم بدور منشىء للحقوق ، الشخصية والعينية على السواء .

وفما يتعلق بتجربتنا الشخصية فقد كان يراودنا دائما هذا الشعور ونحن نعد كتابنا عن الالتزام القضائي . وقد أشرنا في هذا الكتاب بالفعل إلى أنه « من الممكن أن تكون الإدارة مصدرا للالتزامات ، ولكن حتى الآن فان رجال القانون ، وخاصة رجال القانون المدني لا يعرفون الالتزام الإداري ، الذي يحتاج إلى دراسة خاصة لاثبات وجوده » (١) . ومنذ ذلك الوقت لم نقم نحن أو غيرنا بهذه الدراسة الخاصة ، ولكن فكرة القيام بها كانت تراودنا في كل وقت .

ولم يكن من الممكن بطبيعة الحال ، الاعتراف للإدارة ، خلال القرن

(١) كتابنا عن الالتزام القضائي ، بالفرنسية ، ص ١٩٤ .

التاسع عشر ، بالقدرة على انشاء الحقوق أو الالتزامات ، حيث كانت الملكية الخاصة تمتد إلى كل شيء تقريباً ، وحيث كانت الحرية الاقتصادية هي أساس الحركة في المجتمع كله ، وحيث كان دور الدولة يقارن بدور عسكري المرور الذي يقوم فقط بتنظيم العلاقات بين الأفراد دون المشاركة فيها .

أما وقد تغير الوضع الآن ونحن في أواخر القرن العشرين ، نعيش في دولة أصبحت تملك وتدير معظم وسائل الإنتاج ، وأصبحت تسيطر على معظم علاقات التوزيع والإستهلاك . فلم يعد من المقبول أن نعرف للإدارة فقط بنفس الدور الصغير الذي كانت تقوم به في القرن التاسع عشر .

ان الانقلاب الهائل الذي حدث في نظام المجتمع كله ، لا بد أن يجد تعبيراً جديداً عنه في لغة القانون . واني أخال الإدارة الحديثة تلتفت إلينا نحن رجال القانون تسألنا ، هل لازلم تتحدثون عنى بنفس اللغة التي كان يتحدث بها أسلافكم عن الإدارة القائمة في وقتهم ؟ . ولو أجبتها بالاجاب ، لظهر مدى تخلفنا عن تطورات العصر الحديث ، وقصورنا في التعبير عن حقائق المجتمع الجديد .

ومثل هذا السؤال قد لا تطرحه الإدارة وحدها ، بل قد يطرحه المجتمع كله ، وهو يبحث عن الأسماء الجديدة للتطورات الخطيرة التي مست كيانه ومقوماته .

والوظيفة الأساسية لرجال القانون تتعلق بصياغة القانون قبل أن تتعلق بمجهره . والعمل الأساسي لرجال القانون هو وضع الصياغة القانونية السليمة التي يقوم عليها التشريع في نصوصه وفي تفسيره . فلئن تخلف رجل القانون عن هذا فانه يكون قد تخلف عن وظيفته بعد أن تخلف عن عصره . أما إذا قام رجل القانون بواجبه الفني المتعلق بصياغة القانون . فانه يكون قد قام بوظيفته وفهم عصره سواء كان موافق في قاره نفسه على السياسة

التشريعية التي اقتضت هذه الصياغة الجديدة ، أو لا يوافق عليها ، فهذه مسألة أخرى (١) .

وفي النطاق المحدود لهذا البحث فأننا نعتقد أن الصياغة الجديدة للدور الذي أصبحت تقوم به الإدارة المصرية في المجتمع المصري ، هو قدرتها على انشاء الحقوق الشخصية والعينية على السواء . ولذلك لابد من الاعتراف للقرار الإداري بمكان مستقل بين المصادر المختلفة للالتزام ، وبين الأسباب المختلفة لكسب الملكية وغيرها من الحقوق العينية .

وبعد أن أقمنا هذه الفكرة على أساس الاحساس القانوني أولا ، فأننا نقوم الآن باثباتها على أساس العقل وحده ، وبطريقة نرجو أن تكون فيها الرؤية واضحة كل الوضوح بما لا يقبل الشك .

وستقوم بذلك على مرحلتين الأولى في نطاق الاختصاص التقليدي للإدارة ، والثانية في نطاق الإختصاصات الحديثة للإدارة المتعلقة بالمؤسسات العامة وشركات القطاع العام .

(١) فيما يملأ بالسياسة التشريعية أو جوهر القانون ، فإن دور رجل القانون لا يكون تافهاً في شيء من دور المواطن العادي .

الاختصاص التقليدي للإدارة

تنقسم دراستنا في هذا الباب إلى فصلين الأول نخصه للنظرية العامة
للإدارة الإدارية المنشىء ، والثاني نخصه للتطبيقات المختلفة لهذه النظرية .

الفصل الأول

النظرية العامة لقرار الإداري المنشئ

٣١٧- الاختصاص المقيد والاختصاص التقديرى :

. الفكرة التقليدية عن نشاط الإدارة هي أنها تقوم بوظيفتها في حدود القانون وطبقاً لمبدأ الشرعية . وتطبيق القانون يتم أحياناً بطريقة آلية لا مجال فيها للتقدير ، ويتم أحياناً بطريقة مرنة يخضع فيها نشاط الإدارة لمقتضيات الملاءمة . وفي الحالة الأولى فإن اختصاص الإدارة يسمى بالاختصاص المقيد *compétence liée* وفي الحالة الثانية فإن اختصاص الإدارة يسمى بالاختصاص التقديرى *compétence discrétionnaire* . ويعطى الأستاذ ديجي تفسيراً للاختصاص المقيد بأنه يوجد في الحالات التي عندما تجتمع فيها وقائع معينة فإن رجل الإدارة لا يستطيع إلا أن يتخذ قراراً معيناً ، فإذا لم تجتمع هذه الوقائع فإن رجل الإدارة لا يستطيع أن يتخذ هذا القرار ، (١) . أما الاختصاص التقديرى فهو يوجد عندما يملك رجل الإدارة سلطة اتخاذ القرار أو عدم اتخاذه ويملك تحديد نوع القرار الذي يتخذه وفقاً لمقتضيات الملاءمة .

والقرارات الإدارية تخضع في الحالتين لرقابة القضاء . لأن القاضي كما يراقب الشرعية فهو يراقب أيضاً الملاءمة .

ومع ذلك فإن ديجي يعترض على اصطلاح قضاء الملاءمة ، باعتباره اصطلاحاً متناقضاً مع ذاته . لأن فكرة القضاء تفرض بالضرورة وجود

(١) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3e éd. 1928, t. 2, p. 399.

مسألة قانون مطروحة أمام القاضى . وحكم القاضى بحسب تعريفه هو حل لمسألة قانونية (١) .

وللتخلص من استخدام اصطلاح قضاء الملاممة ، فان ديجى يرى ضرورة التخلص أيضا من اصطلاح الاختصاص التقديرى للإدارة ، لأنه على حد قوله « لم تعد توجد الآن تصرفات تقديرية أو تصرفات إدارية محضة ، وهى تلك التصرفات التى لا يملك صاحب الشأن رفع دعوى بإبطالها أمام مجلس الدولة على أساس أن رجل الإدارة باصدارها كان مدفوعا بدافع آخر غير الدافع الذى كان يقصده القانون عندما أعطى رجل الإدارة اختصاصاته » (٢) .

وينتهى ديجى من هذا إلى أن كل اختصاصات الإدارة هى اختصاصات مقبلة بأهداف القانون ، وتخضع رجل الإدارة فى مباشرتها لمبدأ الشرعية .

ومع ذلك فان ديجى لا ينكر على رجل الإدارة كل نشاط تقديرى فى مباشرة اختصاصاته ، لأنه فى لحظة اصدار أى قرار ، فان رجل الإدارة له ويجب أن يكون له دائما شيء من الحرية فى تقدير ما إذا كان من المناسب أن يتخذ القرار أو لا يتخذه ، ولا يمكن القول بغير ذلك . فالفرد العادى يملك هذه الحرية ، ولا يمكن حرمان رجل الإدارة منها وإلا لتحول إلى آلة تصدر عنها القرارات الإدارية بغير وعى . وهذا مالا يتفق مع حسن سير المرافق العامة . وإذا كان بعض الكتاب يسمى حرية التقدير هذه بالسلطة التقديرية للإدارة فان ديجى يعلن عدم حبه لهذه الكلمة لأنها قد نوحى بالاعتقاد بأن المواطن العادى يعيش تحت رحمة الإدارة (٣) ، وأن الإدارة تملك فى بعض الأحيان على الأقل أن تقدر بغير تحفظ أو

(١) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٥ .

(٢) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٤ .

(٣) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ .

مراجعة الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه ، وبحيث تصبح تصرفاتها صحيحة أيا كان الهدف الذي دفع صاحب القرار إلى إصدار قراره ، وهذا مالا ينبغي أن يكون (١) .

وخلاصة رأى ديجي أنه مع الاعتراف بحرية التقدير للإدارة في اتخاذ بعض قراراتها ، فإن جميع هذه القرارات تخضع لرقابة القضاء ، ولذلك يكون من الأفضل عدم الاعتراف للإدارة باختصاصات تقديرية حتى لا يؤدي ذلك إلى الغموض وتحرير هذه القرارات من رقابة القضاء .

ورأى ديجي يعبر عن الفكرة التقليدية عن نشاط الإدارة ، فرجل الإدارة كما يقول Carré de Malberg « لا يمكن أن يتخذ أية قرارات أو اجراءات غير تلك التي حددها وأذن بها القانون ، وشرط الشرعية هذا يقوم بدور في الدولة الحديثة هو أن من قوة السلطة الإدارية ، للدرجة يؤدي فيها أحيانا إلى جعل هذه السلطة في شلل وعدم حركة » (٢) .

وهكذا نرى الفقه التقليدي وهو يعترف للإدارة بالحرية في التقدير ، لا يجب أن يسمى هذه الحرية باسمها خشية الخروج على مبدأ الشرعية . وهو يعترف في نفس الوقت بأن الحرص على مبدأ الشرعية يؤدي أحيانا إلى وضع الإدارة في حالة شلل وعجز عن القيام بواجبها .

ولكن ما هو المقصود بالسلطة التقديرية للإدارة ؟ .

٣١٨- المقصود بالسلطة التقديرية للإدارة :

كل تطبيق للقانون يمكن أن يتم بطريقة تقديرية أو بطريقة مقيدة .
ونفسر ذلك أن كل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين : فرض Hypothèse

(١) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٣٩١ .

(٢) Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l'Etat, 1920, t. 1, p. 706.

وحل Solution . وكل تطبيق للقانون يتحلل بدوره إلى عنصرين : معايينه constatation وقرار décision . والمقصود بالمعايينة هو ادخال المسألة المعروضة في الفرض الخاص بقاعدة معينة من قواعد القانون ، أما القرار فهو اخضاع هذه المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة ذاتها . فاذا كان القرار هو نتيجة منطقية للمعايينة ، فان تطبيق القاعدة القانونية لا يكون تقديرية . وعلى العكس إذا كان القرار لا يترتب ، لا ضروره ، ولا منطقا على المعايينة ، بل يتوقف على ارادة الشخص القائم بتطبيق القانون ، فان التطبيق في هذه الحالة يكون تقديرية .

وفي الحالة الأولى فان العملية تكون بمثابة قضية منطقية تؤدي فيها المقدمات إلى النتائج ، ويمكن مقدما معرفة القرار الذي سيتخذ . وعلى العكس في الحالة الثانية فانه تستحيل معرفة القرار قبل تدخل الشخص الذي يقوم بتطبيق القاعدة . فالسلطة التقديرية تتوقف على طريقة صياغة القاعدة ، وهل هي قاعدة مرنة أم قاعدة جامدة . فالقاعدة المرنة أى تلك التى تكون صياغتها في عبارات مطاطة ، هى وحدها التى يجرى تطبيقها بطريقة تقديرية . والقاعدة يمكن أن تكون مرنة سواء في فرضها أو في حلها أو في العلاقة بين العنصرين . وهكذا فان السلطة التقديرية يمكن مباشرتها في المراحل الثلاث لتطبيق القاعدة : المعايينة ، واتخاذ القرار ، ومضمون هذا القرار . ويمكن أن تتوافر المرونة في أية مرحلة من هذه المراحل الثلاث حتى يعتبر تطبيق القانون في هذه الحالة تقديرية .

ونضرب مثلا على قرار تصدره الإدارة بما لها من سلطة تقديرية ، كالقرار بترع ملكية عقار للمنفعة العامة . فالمعايينة وهى المرحلة الأولى تتم بوجود ما يستدعى القيام بمشروع معين من مشروعات المنفعة العامة في جهة معينة . والمرحلة الثانية وهى اتخاذ القرار تتم بتقرير المنفعة العامة لهذا المشروع . أما المرحلة الثالثة وهى تحديد مضمون هذا القرار فتتم بتحديد

العقار الذى تقرر نزع ملكيته . ويلاحظ أن الادارة تصدر فى كل هذه المراحل عن سلطة تقديرية واضحة .

وهناك قرارات أخرى كثيرة تصدرها الادارة بمقتضى سلطتها التقديرية ؛ ولكننا قصدنا ابراز المثل الخاص بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة باعتباره نموذجاً أساسياً لقرارات الادارية المنشئة للالتزامات والحقوق العينية على السواء .

وجدير بالذكر أن القرار الادارى لا يعتبر مصدراً للحق إلا إذا كان صادراً عن السلطة التقديرية للجهة التى أصدرته . كما أن تمتع الادارة بسلطة تقديرية لا يجعل قراراتها بمنأى عن رقابة القضاء . ومن ناحية أخرى فإن رقابة القضاء لا تؤثر فى الطبيعة المنشئة لبعض القرارات الادارية .

٣١٩ - السلطة التقديرية والطبيعة المنشئة للقرار الادارى :

حتى يمكن الاعتراف بمصدر مستقل للحق ، ينبغي أن يتم ذلك بطريقة « مرضية للعقل » على حد تعبير بلانيول فى مقال له عن ترتيب مصادر الالتزام (١) . والعقل لا يرضى أن يعترف بمصدر للحق إلا إذا كان هذا المصدر كافياً لانشاء الحق ولازماً لانشائه فى نفس الوقت ، وفقاً لقانون السببية الذى تقوم عليه دراستنا (٢) . ويكون المصدر كافياً لانشاء الحق إذا لم تشترك عوامل أخرى معه فى احداث هذا الأثر . ويكون المصدر لازماً لانشاء الحق إذا كانت لاتغنى عنه عوامل أخرى ، بل لابد من تدخله لإحداث هذا الأثر . فمصدر الحق هو الذى به يكون الحق وبغيره لا يكون . والمصدر باعتباره السبب المنشئ للحق ، قد يكون هو نفسه ناشئاً عن مصدر آخر أبعد منه . فالسببية تفترض تسلسل الأسباب . والقانون مثلاً هو المصدر

Revue Critique, 1904, p. 227.

(١)

Heidegger, pp. 98, 99, 130, 139, 166, 169, 170, 252, 255. (٢)

البعيد أو كما يقال ، المصدر غير المباشر لجميع الحقوق . فهو المصدر الذي أنشأ المصادر المختلفة للحقوق واعترف بها بهذا الوصف ، مع احتفاظه لنفسه أيضا بصفة المصدر المباشر بالنسبة لبعض الحقوق الأخرى .

فاذا طبقنا هذه المعايير على القرار الإداري لمعرفة ما إذا كان مصدرا مباشرا للحق أم لا ، فلا بد أن نشترط شرطا جوهريا للاعتراف له بهذه الصفة ، وهو أن يكون قد صدر عن السلطة التقديرية لرجل الإدارة .

والسلطة التقديرية بالمعنى السابق بيانه هي التي تجعل القرار الإداري كافيا ولازما لإنشاء الحق . والسلطة التقديرية تعني أن رجل الإدارة قام بعمل ارادى خلاق ، يستحق معه أن ينسب إليه الأثر الذي ترتب على قراره . أما إذا لم يباشر رجل الإدارة أية سلطة تقديرية في إصدار القرار . بل قام بتطبيق القانون آليا في حدود اختصاصه المقيد ، فإن الأثر الذي يترتب على قراره في هذه الحالة لا يعتبر ناشئا عن القرار ذاته ، وإنما يعتبر ناشئا عن القانون مباشرة ، إذ لم تفصل بين القانون والأثر أية قوة خلاقة يمكن أن ينسب إليها هذا الأثر بصفة مباشرة .

والمثل البارز على التزام يصدر به قرار من جهة الإدارة ، ومع ذلك فلا يعتبر هذا القرار المصدر المباشر له ، بل يظل القانون هو مصدره المباشر ، الالتزام بدفع الضريبة . فقرار الربط الصادر من جهة الإدارة لا يعتبر هو مصدر التزام الممول بدفع الضريبة ، بل مصدر هذا الالتزام هو القانون نفسه . وجهة الإدارة لم تكن تملك إصدار هذا القرار أو عدم إصداره ، ولم تكن تملك تحديد مضمون هذا القرار أو تحديد محل التزام الممول (١) . ويعتبر القانون هو المصدر المباشر للالتزام بدفع الضريبة ،

(١) فون ، Jèze, Traité juridictionnel, rev. du dr. public, 1909, p. 682.

وهو يرى أن قرار دفع الضريبة يعتبر مصدرا للالتزام بدفعها .

لدرجة أن القانون يفرض على الممول أن يقوم من تلقاء نفسه بدفع الضريبة من واقع اقراره هو وقبل أن يصل إليه قرار الرimpôt من جهة الادارة .

وغنى عن الذكر ، أن جانباً كبيراً من النشاط الذى تباشره الادارة انما يصدر عن اختصاصها التقيد الذى لا تملك فيه أية سلطة تقديرية . وبالنسبة لكل القرارات التى تصدرها الادارة فى نطاق هذا الاختصاص يكون القانون الذى صدرت هذه القرارات تطبيقاً له هو المصدر المباشر لكل الحقوق التى قررتها .

ولكن من الملاحظ أيضاً أن دائرة الاختصاص التقديرى للادارة تتسع على مر الأيام ، لأن المجتمع لم يعد يرضى أن تصاب فيه الادارة بالشلل والعجز لمجرد التعارض الموهوم بين مبدأ الشرعية والسلطة التقديرية للادارة .

٣٢٠- السلطة التقديرية فى حدود الشرعية :

الاعتراف بالسلطة التقديرية للادارة ، لا يعنى الاعتراف لها بسلطة استبدادية تحكمية مطلقة لا تخضع لأية رقابة من أى نوع كان . فان مثل هذه السلطة المطلقة لا وجود لها فى الواقع ولا يمكن الاعتراف بها لأى جهة ولا للمشرع ذاته ، ولا للأفراد فى تنظيم علاقاتهم الخاصة . فالمشرع يملك سلطة تقديرية فى اصدار القوانين ، ولكنه لا يملك فى ذلك سلطة مطلقة ، بل تتقيد سلطته باعتبارات العدل والمصلحة العامة ، وتتقيد سلطته كذلك بأحكام الدستور . وقد أصبح من المسلم الآن خضوع التشريع لمبدأ دستورية القوانين . ومثل هذا الخضوع لا ينال شيئاً من سلطة المشرع التقديرية ، بل على العكس يبرز بوضوح مدى التوافق الكامل بين اكتساب جهة ما سلطة تقديرية فى مباشرة نشاطها وبين ضرورة أن يتم هذا النشاط فى حدود الشرعة ومبدأ سيادة القانون .

والأفراد العاديون يملكون سلطة تقديرية واسعة في تنظيم علاقاتهم الخاصة عن طريق العقد وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ومع ذلك فهم يخضعون في مباشرة هذا النشاط لمبدأ الشرعية أيضاً . وهو المبدأ الذي يحمل في نظرية العقد أسماء خاصة كمشروعية السبب ومشروعية المحل وعدم مخالفة النظام العام . وطبقاً لهذا القول فإن الإدارة عندما تتمتع بسلطة تقديرية ، فإنها لا تباشر في ذلك سلطة مطلقة ، ولكنها تخضع لمبدأ الشرعية ، وتخضع كذلك لرقابة القضاء وهو الأمين على هذا المبدأ .

والفرقة بين السلطة التقديرية التي نعرف بها للإدارة ، وبين السلطة المطلقة التي لا نعرف بها لا للإدارة ولا لغيرها ، تغنيانا عن الوقوع في الحرج الذي وقع فيه « ديجي » عندما اعترف للإدارة بحرية التقدير باعتبار ذلك أمراً لازماً لحسن سير المرافق العامة ، ولكنه أعلن عدم حبه لاصطلاح السلطة التقديرية وعدم رغبته في استعماله خشية الغموض الذي قد يؤدي إليه فيعتقد البعض أن أعمال الإدارة التقديرية لا تخضع لرقابة القضاء (١) . أما وقد فرقنا بين السلطة التقديرية والسلطة المطلقة فقد زال كل غموض في هذا الشأن ، وزال بالتالي كل تعارض موهوم بين تمتع الإدارة بسلطة تقديرية ، وبين خضوعها في نفس الوقت لرقابة القضاء .

والقضاء يباشر رقابته على قرارات الإدارة التقديرية فيما يتعلق بالاختصاص والشكل والمهدف . فالقرار الإداري لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر عن الجهة المختصة بإصداره وفقاً للقانون . ولا يكون صحيحاً كذلك إلا إذا صدر في الشكل الذي رسمه القانون . ولا يكون صحيحاً في آخر الأمر إلا إذا كان قد استهدف المصلحة العامة غير مشوب بعيب الانحراف في مباشرة السلطة . وبطبيعة الحال فإن المصلحة العامة لا تكون بالنسبة للقرار التقديرى مصلحة معينة ينبغي السعي لإدراكها ، وإنما المقصود بالمصلحة

العامة هو الخير العام للجماعة الذي يعتبر هدفا للنظام القانوني في مجموعه ، والذي تستقل الادارة بتقدير كيفية ادراكه ، ولا يتحدد عدم قيامها بذلك إلا بطريقة سلبية عندما يظهر من قرارها أنها لم تقصد تحقيق الخير العام للمجتمع وإنما قصدت أمرا آخر فيه انحراف عن هذا الهدف (١) .

فاذا صدر القرار عن جهة غير مختصة أو في غير الشكل الذي رسمه القانون أو مشوبا بعيب انحراف السلطة ، جاز الطعن فيه بالالغاء لأي سبب من هذه الأسباب . ولو كان صادرا عن سلطة الادارة التقديرية . فالقرار الإداري التقديرى ، كالقرار الإدارى المقيد ، يخضع لرقابة القضاء سواء بسواء .

٣٢١- الخضوع لرقابة القضاء لا يؤثر في طبيعة القرار المنشئة :

قد يتبادر إلى الذهن أن خضوع اقرار الادارى التقديرى لرقابة القضاء يؤثر في طبيعته المنشئة . ويجعل قدرته على انشاء الحقوق متوقفة في آخر الأمر على ما قد يصدره القضاء بشأنه . ولكن هذا الخاطر هو أبعد ما يكون عن الصواب . لأن كل مصادر الحق تخضع لرقابة القضاء دون أن يؤثر ذلك في طبيعتها المنشئة . ونعطي لذلك مثابن عن أبرز مصدرين من مصادر الحق وهما العقد والتدوين .

فالعقد وهو المصدر الأول للحقوق الشخصية والعينية وغيرها ، يخضع لرقابة القضاء في أكثر من ناحية .

فن ناحية الشكل أحيانا يشترط القانون شكلا خاصا لابرام العقد ، كما في عقد الرهن الرسمى ، ولا يكون العقد صحيحاً إلا بمراعاة هذا الشكل . ومن ناحية الشخص الذى يبرمه فان القانون يشترط أن يكون

(١) قرب ، محمد فؤاد مهنا ، القانون الإدارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى

الدولة مصر ، ١٩٦٧ ، ١٢٠٢ من

هذا الشخص كامل الأهلية لإبرامه . والأهلية المطلوبة تختلف باختلاف نوع العقود . ومن ناحية الإرادة فإن القانون يشترط تطابق الإرادتين وصحة الإرادة . ومن ناحية المحل فإن القانون يشترط وجود المحل وتعيينه ومشروعيته .

ومن ناحية الهدف فإن القانون يشترط مشروعية الهدف وهو ما يعبر عنه بسبب العقد أو الباعث الدافع إلى إبرامه . واشتراط مشروعية السبب في العقد ، لا يختلف كثيرا في الواقع عن اشتراط مشروعية الهدف في القرار الإداري ، مع الفارق بأن الهدف في العقد هو عادة هدف خاص لا يتعارض مع المصلحة العامة ، بينما الهدف في القرار الإداري هو دائما مصلحة عامة مقصودة لنهايتها (١) .

ولم يقل أحد أن خضوع العقد لرقابة القضاء من كل النواحي المشار إليها يطعن في اعتباره مصدرا من مصادر الحقوق ، بل المصدر البارز بين هذه المصادر .

ومن ناحية أخرى فإن التشريع نفسه يخضع لمبدأ الشرعية ورقابة القضاء في صورة الطعن في عدم دستورية القوانين . ولا يقلل هذا من اعتبار التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون ، واعتباره كذلك مصدرا مباشرا للحق في بعض الحالات .

وهكذا يتضح بجلاء أن الاعتداد بمصدر معين من مصادر الحق لا يفترض عدم قابلية هذا المصدر للإلغاء أو الإبطال ، أو عدم خضوعه لرقابة القضاء بصفة عامة . لأن القضاء إذ يراقب المصادر المختلفة للحقوق إنما يراقب

(١) إذا كانت الإرادة مشتركة بين سبب العقد وبين هدف القرار الإداري ، فإنها تساهل
توافق ديمج في عدم صحة كل من الإرادة أو الهدف . وفي حالة إرادة واحدة أو إدخال
فكرة السبب العقدي في نظرية القرار الإداري ، راجع ، ديمج ، المرجع السابق ، ص ٢٠ ،
ص ٢٩٥ .

فى الواقع مدى استكمال هذه المصادر فى حالات النزاع المختلفة للشروط التى قررها المصدر الذى تستند إليه هذه المصادر وهو القانون ذاته . والقضاء إذ يقوم بهذه الرقابة لا يجرى أى تعديل فى الحق موضوع النزاع ، فهو اما أن يعترف به لنشؤنه عن مصدر صحيح فى القانون ، أو يبطله ويزيل كل أثر له إذا لم يكن المصدر الذى نشأ عنه هذا الحق صحيحاً .

أما فى الحالات التى يقوم فيها القاضى بتعديل الحق موضوع النزاع - وهى حالات خاصة - فان عمل القاضى يصبح هو نفسه منشأ للحق الجديد الذى قرره ، كما فى حالات الالتزام القضائى السابق الاشارة إليها (١) .

وليس للقاضى الإدارى سلطة تعديل القرار الإدارى الذى يراقب شرعيته . فالقاضى يملك سلطة التعديل بالنسبة للعقود فقط وفى حالات خاصة مقررة فى القانون .

والخلاصة أن خضوع المصادر المختلفة للحقوق لرقابة القضاء ، لا يؤثر فى الطبيعة المنشئة لهذه المصادر . ويصدق هذا على العقد والتشريع والقرار الإدارى سواء بسواء .

٣٢٢- القرار الإدارى مصدر عام للحق له تطبيقات خاصة :

الاعتراف بالقرار الإدارى كمصدر عام للحق يقوم على قاعدة عامة مؤداها أنه فى جميع الأحوال التى يسمح فيها القانون لجهة الإدارة بإصدار قرارات تقديرية منشئة لحقوق عينية أو شخصية فان هذه القرارات تعتبر المصدر المباشر للحقوق المشار إليها . ويعتبر القانون ، المصدر غير المباشر لها . كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الأخرى للحق .

وحتى تنطبق هذه القاعدة لابد من وجود قانون يسمح للإدارة بمباشرة سلطتها التقديرية ، من ناحية ، وبإنشاء حقوق لها أو في مواجهتها عن طريق مباشرة هذه السلطة ذاتها ، من ناحية أخرى .

ومن الممكن بطبيعة الحال حصر التطبيقات المختلفة للقرارات الإدارية المعتبرة مصدرا للحق وفقاً للقاعدة العامة المشار إليها .

ولا تعارض في الواقع بين أن يعتبر مصدر الحق عاماً أي مقرراً بقاعدة عامة واردة في القانون أو مستخلصة من نصوص القانون ، وبين أن تكون تطبيقاته قابلة للحصر .

فالتشريع هو مصدر عام للالتزام . ومع ذلك فتطبيقات هذا المصدر قابلة للحصر

والعقد كان معتبراً مصدراً عاماً للالتزام في القانون الروماني ومع ذلك فتطبيقاته كانت معينة على سبيل الحصر قبل أن تصبح الرضائية هي القاعدة العامة في التعاقد .

والعمل غير المشروع كان مصدراً عاماً للالتزام في القانون الروماني أيضاً ، مع وجود نص خاص لكل جريمة أو شبه جريمة ينشأ عنها الالتزام بالتعويض ، ومع عدم وجود نص مقابل للمادة ١٦٣ من القانون المدني التي تقرر أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

ولم يقل أحد أن التشريع لا يعتبر مصدراً عاماً للالتزام في القانون الحديث . أو أن العقد والجريمة وشبه الجريمة لم تكن مصادر للالتزام في القانون الروماني ، مجرد أن تطبيقات هذه المصادر الثلاثة يمكن تعيينها على سبيل الحصر . بل الواقع أن عمومية المصدر لا تعارض مع خصوصية التطبيقات .

الفصل الثاني

التطبيقات المختلفة للقرار الإداري المنشئ.

٣٢٣- تعدد التطبيقات :

الاتجاه الطبيعي للتطور هو زيادة الحالات التي يعطى فيها القانون للادارة سلطة تقديرية في مباشرة نشاطها ، ولو أدى ذلك إلى انشاء حقوق لم تكن قائمة من قبل . ويمكن فهم هذا التطور على أساس عاملين ، أولهما اتساع نشاط الدولة نتيجة لزيادة عدد السكان وزيادة الحركة داخل المجتمع من كل نوع وفي كل اتجاه . وإذا كان من المتصور في مجتمع صغير كالمدن السياسية القديمة أن يتدخل المشرع بنفسه في كل أمر هام من أمور الدولة والأفراد على السواء ، فإنه من غير المعقول في الدول الكبيرة في العصر الحديث أن يقوم المشرع بنفس الدور . ولذلك فإن المشرع - خضوعا لضرورات عملية - يعطى للادارة سلطة تقديرية في مباشرة ما كان أصلا من اختصاصه .

والعامل الثاني هو ضرورة الزيادة من فعالية نشاط الدولة في المجتمع . وإذا كانت هناك شكوى دائمة مما يسمى « بالروتين » وهو التعقيد في الإجراءات الإدارية الناشئة عن خضوع الادارة خضوعا كاملا لأحكام القانون ، وخوف رجال الادارة من القيام بأية مبادرة لا تتفق مع نصوص القانون . وهو التعقيد الذي رأينا أنه يؤدي في نظر كبار أساتذة القانون العام إلى شلل الادارة وجمودها (١) . فيكون من المفهوم إذن أن تتركز الدولة على تحرير الادارة بقدر الامكان عن طريق منحها ما نحتاج إليه من ثقة . وهي ما تسمى في لغة القانون بالسلطة التقديرية

(١) راجع ما سبق ، فقرة (٣١٦)

فالتطور يقتضى إذن أن تتسع دائرة نشاط الادارة وأن تتسع سلطاتها في نفس الوقت . ويؤدى هذا الاتجاه - وهو اتجاه المستقبل - إلى زيادة التطبيقات الخاصة للقرارات الادارية المنشئة للحقوق .

ولكن لا يعنى ذلك أن منح الادارة سطة انشاء الحقوق سيتفق دائماً مع الخير العام للمجتمع . بل ستكون فائدة هذه السطة : من وجهة نظر الارتقاء بالانسان وهو الهدف الاسمى للقانون : مرهونة بالمجال التلى اختاره القانون للادارة لتباشر سلطاتها فيه .

ونذكر الآن مثلاً عن تطبيق خاص من تطبيقات القرارات الادارية المنشئة في مجال كان الأجدر ألا تتدخل فيه الادارة ، بل يترك تماماً للحرية الخاصة للمواطنين . وهذا المثل خاص بحق الادارة في تكليف المعيدى للعمل بالجامعة . فالادارة لما بحكم القانون أن تصدر قراراً بتكليف من تشاء من خريجي الجامعة بالعمل كمعيد في إحدى الكليات الجامعية . وبمجرد صدور قرار التكليف فإن الشخص المكلف يصبح ملتزماً بالعمل كمعيد في الكلية التى حددها له القرار . وقرار التكليف هو مصدر هذا الالتزام ، لأن الادارة أصدرته بسلطتها التقديرية ، فهى وحدها التى تستطيع اصدار قرار التكليف أو عدم اصداره ، كما أنها وحدها التى تحدد الشخص موضوع القرار بما يتفق مع مقومات العمل الجامعى . وقد منح القانون للادارة سلطة تكليف المعيدى للعمل بالجامعة تمثيلاً مع الاتجاه الذى سار عليه المشرع في السنوات الأخيرة من الاذن للادارة بتكليف فئات معينة من خريجي الجامعة كالأطباء والمهندسين وغيرهم للعمل في مرافق الدولة المختلفة . وكل قرارات التكليف هى في الواقع قرارات منشئة لالتزامات على عاتق الأشخاص المكلفين بالعمل في الجهات المحددة لكل منهم .

ولكن من ناحية السياسة التشريعية فإن مباشرة نفس السطة بالنسبة لمعيدى الجامعة يبدو أمراً غير مقبول على الاطلاق . وكان الأجدر أن

نغرى الدولة أوائل الخريجين بالالتحاق بوظائف المعيلين بإرادتهم ، بدلا من أن ترغمهم على ذلك ارغاما . فالارغام قد يلحق الشخص بالجامعة ولكنه لا يصنع منه عالما أو باحثا .

وإذا كنا قد ضربنا مثلا على قرارات التكليف باعتبارها منشئة للالتزام بالعمل في مكان معين ، فاننا نفسح مكانا أكبر لدراسة أهم تطبيقات القرارات الادارية المنشئة وهما القرار بتزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ، والقرار بالاستيلاء المؤقت .

٣٢٤- قرار نزع الملكية للمنفعة العامة :

قرار نزع الملكية هو قرار ادارى منشئ لحقوق شخصية وعينية لم تكن موجودة من قبل . وهو بهذا الوصف يعتبر مثلا بارزا على قدرة القرارات الادارية على انشاء الحق شأنها في ذلك شأن المصادر الأخرى المعروفة . والواقع أن هذا المثل غنى بالتطبيقات العملية نظرا للمشروعات العامة الكثيرة التي تقوم بها الدولة ، والتي من أجلها يحتمل نزع ملكية أى عقار موجود في البلاد .

ولو لم تكن الادارة تصدر قرارات أخرى منشئة للحقوق غير قرارات نزع الملكية لكان ذلك كافيا لاعطاء قراراتها المكان اللائق بها بين المصادر المختلفة للحق . ومن الواضح أن تطبيقات نزع الملكية للمنفعة العامة تزيد بكثير عن تطبيقات الارادة المنفردة أو الاثراء بلا سبب وهما مصدران بارزان من مصادر الالتزام ، وتزيد بكثير أيضا عن تطبيقات الاستيلاء وهو مصدر عريق من مصادر الحقوق العينية .

ونزع الملكية للمنفعة العامة يبرز بوضوح التعارض المحتمل بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . ويحسم هذا التعارض بتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ولو كان ذلك في صورة حرمان المالك من ملكه بغير ارادته .

ولكن نظرا لأن الملكية الخاصة مصونة ، فإن الحرمان منها وإن تم جبرا على المالك إلا أنه لا يتم بغير مقابل ، بل يعوض المالك عن نزع ملكيته تعويضاً عادلاً . وهذا ما يقرره المشرع في المادة ٨٠٥ من القانون المدني ، وفي الدساتير المختلفة التي صدرت في مصر وآخرها دستور عام ١٩٧١ (م ٣٤) .

وحتى يتضح لنا أن قرار نزع الملكية هو قرار إدارى منشئ لحقوق لم تكن قائمة من قبل ، فينبغى أن تثبت أولا أنه قرار إدارى ، وأن تثبت ثانيا أنه يصدر عن السلطة التقديرية لجهة الادارة ، وأن نبين ثالثا الحقوق التي تنشأ عنه .

٣٢٥- قرار نزع الملكية هو قرار إدارى :

نظرا لخطورة المساس بحق الملكية الخاصة ، وحرمان المالك من ملكه بغير ارادته ، فقد كان من المتصور أن يشترط القانون صدور تشريع خاص لينزع ملكية أى عقار للمنفعة العامة ، كما هو مقرر مثلاً بالنسبة لتأميم فى المادة ٣٥ من دستور جمهورية مصر الدائم والتي تنص على أنه « لا يجوز التأميم الا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ، ومقابل تعويض » . وفى هذه الحالة فان قانون التأميم هو الذى يعتبر المصدر المباشر لجميع الحقوق الناشئة عنه .

لكن نظرا لأن تطبيقات نزع الملكية للمنفعة العامة كثيرة الوقوع فى العمل ، فان اشتراط صدور تشريع بها ، من شأنه أن يلقى على عاتق السلطة التشريعية عبئا لا مبرر له ، ومن شأنه أيضا أن يعوق مشروعات المنفعة العامة التي تقوم بها الدولة فى كل وقت .

ولذلك فقد أعطى المشرع المصرى ثقته للادارة وجعل سلطة اصدار قرارات نزع الملكية من اختصاصها وحدها .

ومما هو جدير بالذكر أن المشرع الفرنسي لم يعط نفس الثقة للإدارة هناك ، فبذ عام ١٨١٠ أصبح من واجب الإدارة أن تقدم طلباً إلى القضاء للحصول على قرار بنزع الملكية للمنفعة العامة . وقد خرج المشرع الفرنسي في هذا الحكم على الأصل في قدرة الإدارة على التصرف المباشر بغير الالتجاء إلى القضاء ولو أدى ذلك إلى المساس بحقوق الأفراد الذين لا يكون لهم إلا الطعن بعد ذلك في تصرفات الإدارة . فكأن الإدارة تقف بحسب الأصل موقف المدعى عليه في جميع منازعاتها مع الأفراد ، ولكن فيما يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة فقد فرض عليها القانون أن تقف موقف المدعى ، فتلجأ هي إلى القضاء أولاً تطلب منه الحماية والقوة . وقد أراد المشرع الفرنسي بذلك أن يعبر عن مدى حرصه على الملكية الخاصة واحترامها . ولذلك فإن الحقوق الناشئة عن نزع الملكية للمنفعة العامة لا يمكن أن تعتبر في فرنسا صادرة عن جهة الإدارة ، لأن إرادة هذه الجهة ليست كافية لانشاء هذه الحقوق ، بل لابد أن تنضم إليها إرادة القاضي الذي يعطى الإذن (١) .

ومن ناحية أخرى فإن الحكم الذي يعطى الإذن بنزع الملكية لا يعتبر هو أيضاً مصدر الحقوق الناشئة عن نزع الملكية ، لأن القاضي لا يملك في اعطاء هذا الإذن أية سلطة تقديرية . وكل ما يستطيع مراقبته هو التأكد من مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية التي رسمها القانون . ولكن ليس من حقه أن يبحث حقيقة المنفعة العامة التي يراد نزع ملكية العقار من أجلها (٢) .

وهكذا فلا حكم القاضي يعتبر مصدراً للحقوق الناشئة عن نزع الملكية ، ولا القرار الإداري الذي صدر على أساسه هذا الحكم . وإنما يكون المصدر

(١) راجع Waline, Droit administratif, 9e éd. 1963, p. 92.

(٢) قالين ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

المباشر لهذه الحقوق هو القانون نفسه ، إذ لم يتدخل بعد القانون سبب آخر كان كافياً بمفرده لتقرير نزع الملكية .

فإننا رجعنا الى مصر وجدنا جهة الإدارة هي وحدها المختصة بإصدار قرارات نزع الملكية . وقد كان الحكم كذلك في ظل القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ والذي كان يشترط إصدار أمر عال من الخديو (م ١) . والأمر العالى المشار اليه هو قرار إدارى . وكان القانون المشار اليه يجعل نزع الملكية يتم بقرار واحد هو القرار المشار اليه . ولكن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ والمعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٢ جعل نزع الملكية يتم بقرارين : الأول هو القرار بتقرير المنفعة العامة ، والثانى هو القرار بنزع الملكية . وجعل سلطة إصدار كل من القرارين للوزير المختص (م ٢ ، م ٩) .

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ معدلاً للقانون السابق فيما يتعلق بالقرار الأول وهو القرار بتقرير المنفعة العامة . وجعل ذلك يتم بقرار من رئيس الجمهورية (م ١) ، أما القرار الثانى وهو نزع الملكية للمنفعة العامة فلا زال من اختصاص الوزير المختص ، ويعتبر في هذه الحالة مكملًا لقرار رئيس الجمهورية السابق عليه .

والقانون المطبق حالياً هو القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠^(١) وهو ينص فى المادة الثانية منه على أن : يكون تقرير المنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية .

والواقع أن القرار سواء صدر عن رئيس الجمهورية أو عن الوزير

(١) الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ (تابع) فى ٢١/٥/١٩٩٠ . وقد نصت المادة ٢٦ منه على أنه : مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩ فى شأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة والباب الثانى من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ بإصدار قانون التخطيط العمرانى ، يلغى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين والقرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٣ بشأن نزع ملكية العقارات اللازمة لتنفيذ مشروعات تحويل أراضي الحياض الى نظام الري الدائم ، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون .

المختص فإنه يعتبر في جميع الأحوال قراراً إدارياً . وهذه مسألة ليست موضع خلاف .

٣٢٦ - الإدارة تصدر في نزاع الملكية عن سلطة تقديرية :

رأينا أن السلطة التقديرية للجهة المنوط بها تطبيق القانون تتوقف على طريقة صياغة القواعد القانونية التي تقوم بتطبيقها وهل هي قواعد مرنة أم جامدة . فإذا رجعنا إلى القواعد الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة وجدناها قواعد مرنة إلى أقصى درجة متصورة . فهناك القاعدة الأولى التي تقرر أن كل عقار في مصر يجوز نزع ملكيته للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل . وهذه القاعدة هي مفهوم المخالفة للقاعدة الأخرى المنصوص عليها في الدستور أو القانون المدني والتي تقرر أن الملكية مصونة ولا يجوز الحرمان منها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل .

فالقاعدة الأولى في نزع الملكية لا تقيد الإدارة بأي عقار معين بالذات بل تسمح لها بنزع ملكية أي عقار كائن في البلاد أيًا كان موقعه وأيًا كانت طبيعته وأيًا كان مالكه . وهي من ناحية أخرى لا تقيد الإدارة بأي مشروع معين من مشروعات المنفعة العامة . فالإدارة تختار لمشروعاتها المتنوعة أي عقار أينما كان موقعه .

ولئن كان من الجائز الطعن في قرار الإدارة لعيب في الشكل أو الاختصاص أو إساءة استعمال السلطة ، فإن الطعن في هذا القرار لا يجوز إذا كان مبنياً على عدم ملاءمة المشروع من ناحية المنفعة العامة ، أو عدم ملاءمة العقار المطلوب نزع ملكيته لأغراض المشروع المشار إلى . وقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن « المدعين إذ ينعون على مرسوم نزع الملكية مخالف للقانون وإساءة استعمال السلطة من غير أن يبينوا وجه مخالفة القانون أو يقدموا دليلاً يثبت أن الحكومة قد اتخذت هذا الاجراء تحت تأثير الرغبة في محاباة الغير وليس للمصلحة العامة ، وليس في الأوراق ما ينم عن شيء من ذلك وكل ما ذكره أن الحكومة إساءت اختيار هذه البقعة لإقامة الوحدة الزراعية والحقل النموذجي ،

وهذا القول مربوط بأن اختيار هذا المكان أمر تقديرى من شئون الوزارة تصدر فيه عن خبرة وفن وعن اختصاص صحيح وليس للمحكمة أن تعقب على هذا الاختيار من ناحيته الموضوعية ، فمن ثم تكون الدعوى على غير أساس من القانون متعيناً رفضها ، (١) .

ويلاحظ كذلك أن الإدارة غير ملزمة بالقيام بالمشروع العام فور نزع الملكية . فلها أن ترجئ القيام بهذا المشروع أى وقت تشاء ، طال هذا الوقت أم قصر . ولها كذلك أن تستبدل بالمشروع الذى كانت تقصده أولاً مشروعاً آخر غيره . فكما تقرر محكمة القضاء الإدارى « لجهات الحكومة الاشراف على المنافع العامة وتوجيهها الوجهة التى تراها أوفى لتحقيق الغرض منها ، فلها أن تعجل فيها أو تستبدل غيرها بها حسبما تراه هى أجدى وأتفع مراعية فى ذلك الصالح العام » (٢)

بل أكثر من ذلك فإن جهة الإدارة قد لا تقوم أبداً بالمشروع العام ، فيظل العقار بعد نزع ملكيته مملوكاً للدولة ملكية خاصة ، إذ لا يصبح العقار مملوكاً للدولة ملكية عامة إلا إذا تم تخصيصه رسمياً أو فعلياً لنفع عام وهو ما لا يتحقق فى جميع حالات نزع الملكية . وفى هذا المعنى يقول الدكتور محمد زهير جرانه « ويلاحظ ، خلافاً لما يعتقده الكثيرون ، أن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لا يستتبع حتماً اعتبار العقار من الأموال العامة ، فليس هناك تلازم حتمى بين دواعى المنفعة العامة التى تقتضى نزع الملك عن بعض الأفراد وبين اعتبار العقارات المنزوعة أموالاً عامة . وذلك أن صفة العمومية فى المال وليدة تخصيصه للانتفاع العام » (٣) .

(١) القضية رقم ١٣٣١ س ٥ ق جلسة ٢٩-١١-١٩٥٣ . منشور فى ، عبد الغنى عثمان ، قانون نزع ملكية العقارات ، ١٩٥٦ ، ص ١١ ؛ السيد حسن البغال ، نزع الملكية ١٩٦٣ ، ص ٩٢ .

(٢) القضية رقم ١٩٤ س ٢ ق ، جلسة ٧-١٢-١٩٤٨ ، المرجع السابق ، ص ١٠ .

(٣) محمد زهير جرانه ، حق الدولة والأفراد على الأموال العامة ، ١٩٤٢ ، مشار إليه فى السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، ص ١٠٧ هامش ٢ . ويلاحظ أن ما يقوله الدكتور محمد زهير جرانه يتفق تماماً مع النص الصريح للعامة ٢ من-

ويتضح من كل هذا أن قرار الإدارة هو المصدر المنشئ لنزع الملكية بكل ما يترتب على ذلك من حقوق . ولا يعتبر القانون هو مصدر هذه الحقوق المباشر ، بل مصدرها غير المباشر . ولا يتخطى دور القانون بالنسبة لهذه الحقوق ، الدور الذى يقوم به بالنسبة للحقوق الناشئة عن عقود الأفراد . فكما يجعل القانون للعقد قوة انشاء الالتزامات والحقوق ، دون أن يعتبر هو المصدر المباشر للحقوق الناشئة عن أى عقد معين بالذات ، فإن القانون يعطى أيضاً للإدارة سلطة نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة دون أن يعتبر هو المصدر المباشر للحقوق الناشئة عن أى قرار بنزع الملكية معين بالذات .

فالقانون لا يحدد للإدارة العقار الذى يجوز لها أن تنزع ملكيته بل يطلق حريتها فى هذا المجال بغير حد . والقانون لا يحدد للإدارة نوع المنفعة العامة التى يجوز لها أن تنزع الملكية من أجلها بل يترك لها أن تقرر هى هذا النوع بحسب ما يراه . والقانون لا يحدد للإدارة الوقت الذى تقوم فيه بالمشروع العام ، بل يطلق لها الحرية فى تحديد هذا الوقت . وهى قد لا تقوم بهذا المشروع أبداً ، أو تقوم بمشروع آخر غيره .

كل ذلك يسمح بالقول بأن القرار الإدارى هو المصدر المباشر والسبب المنشئ لكل الآثار المترتبة عليه . فهو السبب الكافى لإحداث هذه الآثار ، وهو فى نفس الوقت السبب اللازم لإحداثها . ويبقى بعد ذلك أن نحدد أن الآثار المترتبة على نزع الملكية هى إما حقوق شخصية أو حقوق عينية .

٣٢٧ - الحقوق الناشئة عن نزع الملكية :

سبق أن ذكرنا أن نزع الملكية يتم بمقتضى قراراتين أولهما يصدره

- القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ ، التى تقر أنه : « كما يجوز أن يشمل نزع الملكية فضلاً عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلى أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين المطلوب »

رئيس الجمهورية ، بتقرير المنفعة العامة ، والثانى يصدره الوزير المختص بنزع الملكية . والقرار الأول يصدر فى جميع حالات نزع الملكية ، أما القرار الثانى فقد يغنى عنه توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بهذا الغرض .

وندرس فيما يلى الحقوق الناشئة عن كل قرار من القرارين المشار إليهما .

أ- الحقوق الناشئة عن القرار الأول : ينشأ عن القرار بتقرير المنفعة العامة التزامان رئيسيان أحدهما على عاتق الإدارة وهو الالتزام بدفع التعويض ، والثانى على عاتق المالك وهو الالتزام بنقل الملكية للدولة . ولا ندخل بطبيعة الحال فى تفاصيل الالتزام بدفع التعويض ، ونكتفى بالإشارة فقط الى أنه يجب أن يكون تعويضاً عادلاً ، وأن تحديده يتم بواسطة لجنة نصت عليها المادة السادسة من القانون ، وأن من الجائز الطعن فى قرار هذه اللجنة طبقاً لنص المادة التاسعة التى تقرر أنه « لكل من الجهة طالبة نزع الملكية ونوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشف المنصوص عليها فى المادة (٧) من هذا القانون الحق فى الطعن على تقدير التعويض الوارد بكشف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقارات والمنشآت ، ويرفع الطعن وفقاً للإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، وتتنعقد الخصومة فى هذا الطعن بين الجهة طالبة نزع الملكية ونوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط ، وينظر هذا الطعن على وجه السرعة » .

أما الالتزام الثانى فهو الالتزام بنقل الملكية وهو مقابل للالتزام الأول ، ويقع على عاتق المالك . وهذا الالتزام قد ينفذه المالك طوعاً ويكون ذلك عن طريق التوقيع على النماذج الخاصة المعدة لذلك (م ١١) . وهو إذ يوقع على هذه النماذج لا يبرم عقداً ، ولكنه ينفذ التزاماً شأ على عاتقه بمقتضى القرار الإدارى المقرر للمنفعة العامة . وهو إذا كل عن تنفيذ هذا الالتزام طوعاً أمكن إجباره على ذلك عن طريق

صدور قرار من الوزير المختص بنزع ملكية العقار ، وهو القرار الثانى الذى سنتكلم عنه فيما بعد .

ويلاحظ أن قيام المالك بتنفيذ التزامه بنقل الملكية عن طريق التوقيع على النماذج المشار إليها ، يؤدى الى نقل الملكية فعلاً الى الدولة بمجرد ايداع النماذج الموقع عليها فى مكتب الشهر العقارى (م ١١) . ومعنى ذلك أن الدولة بعد أن كانت دائنة للمالك بالالتزام بنقل الملكية ، فإنها تصبح مالكة للعقار المطلوب نزع ملكيته بمجرد تنفيذ هذا الالتزام من جانب المدين به .

وهكذا يمكن القول أن القرار المقرر للمنفعة العامة يعتبر مصدراً للالتزامين أساسيين أحدهما على عاتق الإدارة والآخر على عاتق المالك . كما أنه يعتبر سبباً من أسباب كسب الملكية للدولة بمجرد تنفيذ الالتزام الثانى من الالتزامين المشار اليهما .

ب- الحقوق الناشئة عن قرار الثانى : القرار الثانى هو القرار الصادر من الوزير المختص بنزع الملكية . وهذا القرار لا يصدر فى جميع الأحوال إذ قد لا تدعو الحاجة اليه إذا ما قام المالك بالتوقيع على النماذج الخاصة السابق الإشارة إليها . ومع ذلك فإن إصدار هذا القرار يكون ضرورياً إذا ما رفض المالك التوقيع أو تعذر الحصول على توقيعه لآى سبب . وكذلك فى جميع الحالات التى قدمت عنها معارضات .

وتنص المادة الحادية عشر من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ على أن « يوقع أصحاب العقارات والحقوق التى لم تقدم فى شأنها معارضات على نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة ، أما الممتلكات التى يتعذر فيها ذلك لآى سبب كان فيصدر بنزع ملكيتها قرار من الوزير المختص . وتودع النماذج أو القرار الوزارى فى مكتب الشهر العقارى . ويترتب على هذا الايداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع » .

والعبارة الأخيرة من النص تشير الى أن اثر شهر النماذج الموقع عليها من المالك أو اثر شهر قرار الوزير المختص بنزع الملكية يشبه اثر عقد البيع المشهر من حيث انتقال الملكية الى الدولة . ولم يقصد المشرع

بالطبع أن يقول أن قرار الوزير هو عقد بيع أو أن تنفيذ المالك لالتزامه بنقل الملكية عن طريق التوقيع على النماذج الخاصة هو عقد بيع . فالمقارنة هنا من حيث الأثر لا من حيث الطبيعة ، وهو ما لا يحتاج الى بيان . وإن كانت المذكرة الايضاحية للقانون القديم رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ قد وجدت من اللازم أن تشير الى ما يقرره هذا النص من إجراءات مبسطة لنقل ملكية العقارات للمنفعة العامة فاستغنى عن تحرير عقود البيع التى تكبد المصالح وذوى الشأن مشقات كبيرة فى استيفاء الإجراءات الشكلية التى يستلزمها التعاقد الرضائى العادى... (١) .

ولكن الذى يعنينا فى هذا المقام هو أن أثر قرار الوزير المختص بنزع الملكية إذا تم شهره يشبه أثر عقد البيع المشهر من حيث انتقال الملكية الى الدولة .

فالقرار بنزع الملكية لا تنشأ عنه التزامات كما هو الشأن فى القرار الأول المقرر للمنفعة العامة ، ولكن ينشأ عنه حق عينى هو حق ملكية الدولة للعقار المنزوعة ملكيته ، وبشرط ايداع القرار المذكور فى مكتب الشهر العقارى حتى يتم شهره (٢) .

والخلاصة أن القرار الإدارى بتقرير المنفعة العامة يعتبر مصدرًا للالتزام ، كما يعتبر سببًا من أسباب كسب الملكية . وكذلك فإن القرار الإدارى بنزع الملكية يعتبر سببًا من أسباب كسب الملكية .

والفقه المصرى إذا كان لا يعترف حتى الآن بالقرار الإدارى المنشئ للالتزام ، فهو على الأقل يعترف به كسبب من أسباب كسب الملكية ، وإن جاء ذلك فى عبارات سريعة موجزة . فنجد الدكتور السنهورى يقرر فى الجزء الثامن من الوسيط وهو الخاص بحق الملكية فى ذاته ما

(١) لم يغير القانون الجديد رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ شيئاً من حكم القانون القديم فى هذه المسألة .

(٢) أخضع للمشرع اجراءات نزع الملكية لقواعد الشهر العقارى .

يأتى : « على أنه يضاف الى طرق كسب الملكية المقررة فى القانون المدنى ، بالنسبة الى الدولة والى الأشخاص المعنوية العامة ، طريق نزع الملكية للمنفعة العامة ... فإذا لجأت الدولة أو الشخص المعنوى الى طريق نزع الملكية ، فإنه ينقل بهذا الطريق الشئ المملوك لأحد الأفراد الى ملكه الخاص (الدومين الخاص) أولاً ، ثم يخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة ، فيدخل ضمن الدومين العام » (١) . أما الجزء التاسع من الوسيط والخاص بأسباب كسب الملكية ، فلم يفرد فيه الدكتور السنهورى مكاناً خاصاً لنزع الملكية للمنفعة العامة . وقرر فيه أنه يكتفى فى هذا الشأن بما ذكره عن نزع الملكية فى موضعه (٢) ، وهو ما نقلناه عنه فيما سبق .

والواقع أن المنطق الذى يفرض الاعتراف بقرار نزع الملكية كسب من أسباب اكتساب الملكية ، إنما يفرض من باب أولى الاعتراف به كمصدر للالتزام . لأن نقل الملكية قد تم تنفيذاً للالتزام بنقلها أنشأه القرار المقرر للمنفعة العامة كما أوضحنا من قبل .

٣٢٨ - نزع الملكية بطريق الغصب - حيث ينتفى القرار ينتفى

الحق :

رغم أن نشأة الحقوق السابق ذكرها عن القرار الإدارى بتقريره المنفعة العامة أو بنزع الملكية ، لا يحتاج الى زيادة إثبات ، إلا أننا نضيف مع ذلك حجة أخرى مستمدة من الحالة التى يتم فيها حرمان المالك من ملكه بغير اتخاذ القرار الإدارى المشار اليه ، أى بطريق الغصب من جانب الإدارة . والغصب يتحقق حتى ولو كان الغرض منه هو تحقيق مشروع من مشروعات المنفعة العامة ، حتى ولو تم تنفيذ هذا المشروع فعلاً . ففى هذه الحالة لا يرتب القانون آثار نزع الملكية السابق ذكرها ، ولا يصبح المالك ملتزماً بنقل الملكية الى الدولة ، ولا تنتقل الملكية إليها

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، ص ١٠٧ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٩ ، ص ١٠-١١ .

بحكم القانون . بل يظل المالك مالكا للعقار الذى حرم منه ، ويجب على الإدارة أن تردده له عينا . فإذا استحال تنفيذ التزامها بالرد تنفيذا عينيا بسبب انخال العقار فعلا فى مشروع من مشروعات المنفعة العامة ، فإن الإدارة تلتزم فى هذه الحالة بتعويض المالك تعويضا مصدره العمل غير المشروع الذى قامت به هو فعل الغصب . وتظل الإدارة غير مالكة للعقار الذى استولت عليه غصباً الى أن تصدر قراراً بنزع ملكيته وفقاً للإجراءات الصحيحة السابق ذكرها (١) .

وفى هذا المعنى تقرر محكمة النقض « أن استيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ويستتبع هذا النظر أن صاحب هذا العقار يظل محتفظاً بملكيته رغم هذا الاستيلاء ، ويكون له الحق فى استرداد هذه الملكية الى أن يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور أو يستحيل رده إليه أو إذا اختار هو المطالبة بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر، سواء فى ذلك ما كان قائماً وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك الى تاريخ الحكم » (٢) .

وهكذا إذا أردنا أن نعقد مقارنة بين نزع الملكية عن طريق قرار إدارى صحيح ، ونزع الملكية بطريق الغصب ، فإننا نجد القرار الإدارى ينشئ جميع الحقوق الشخصية والعينية السابق ذكرها ، حتى ولو لم يتم تنفيذ مشروع المنفعة العامة فعلاً . ومعنى ذلك أن القرار الإدارى كاف بمفرده لانشاء الحقوق ، ولازم فى نفس الوقت لانشائها . ولو كان القانون هو المصدر المباشر لهذه الحقوق لكان من المحتم القول

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٨ ، ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) الطعن رقم ٦٢ لسنة ٢٣ ق ، جلسة ١٤-١١-١٩٥٧ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المدة من ١-١-١٩٥٦ الى ٢١-١٢-١٩٦٠ ، ص ٧٢٣ .

بأنها تنشأ عن مجرد قيام الإدارة بنزع الملكية وبغير حاجة الى قرار إدارى طالما أن تصرفها يعتبر تطبيقاً أميناً لنص القانون الذى يقال بنشأة هذه الحقوق عنه ، خاصة وأن الإدارة تملك حق التنفيذ المباشر بالنسبة للحقوق الثابتة لها . ولكن طالما أن القانون لا يجيز للإدارة أن تحرم المالك من ملكه بغير قرار إدارى تستند اليه ، فمعنى ذلك أنه قبل صدور هذا القرار لم يكن هناك حق للإدارة فى حرمان المالك من ملكه ، نشأ عن القانون مباشرة أو عن أى مصدر آخر غير هذا القرار نفسه . فهذا القرار هو وحده مصدر الحق ، وكل اجراء تتخذه الإدارة فى غيبة هذا المصدر لا يعتبر تنفيذاً مباشراً لحق ما نشأ عن القانون مباشرة ، وإنما يعتبر عملاً من أعمال الغصب يستوجب مسئولية الإدارة التقصيرية ، ويجعلها مدينة بالتعويض على أساس العمل غير المشروع .

٣٢٩ - نزع ملكية الأحياء :

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٦ فى شأن نزع ملكية الأحياء لإعادة تخطيطها وتعميرها (١) . ويعتبر هذا القانون تطبيقاً خاصاً من تطبيقات نزع الملكية للمنفعة العامة ، حيث يمكن أن يشمل نزع الملكية حسب هذا القانون أحياء بأكملها من أحياء أية مدينة موجودة فى البلاد وذلك لإعادة تخطيطها وتعميرها بما يرفع مستواها الصحى والاجتماعى ، ويحقق فكرة الجمال الواجب توافرها فى كل المدن . ويكون تقرير المنفعة العامة لمشروع إزالة الحى لإعادة تخطيطه وتعميره بقرار من مجلس الوزراء (م ٢) . ويرى البعض أنه بعد صدور القانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ الذى جعل القرار المقرر للمنفعة العامة من اختصاص رئيس الجمهورية ، فإن المادة الثانية من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٦ تصبح معدلة تعديلاً ضمناً ، ويصبح الاختصاص بالنسبة لتقرير المنفعة العامة لمشروع إزالة الحى مقررراً لرئيس

(١) الوقائع المصرية ، عدد ١٢ مكرر أ غير اعتيادى فى ١٢-٢-١٩٥٦ .

الجمهورية أيضاً . وهذا ما أكدته القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ (م ٢) .

والقرار المقرر للمنفعة العامة ينشأ عنه التزامان أساسيان أولهما على عاتق الإدارة بدفع تعويض عادل للملاك فى الحى الذى تقرر إزالته . والثانى على عاتق كل واحد من هؤلاء الملاك بنقل ملكية العقار الذى يملكه الى الدولة . وهذا الالتزام الأخير إما أن ينفذ طوعاً عن طريق التوقيع على النماذج المعدة لذلك (م ١٤) ، أو ينفذ جبراً عن طريق اصدار قرار من وزير الشئون البلدية والقروية (الاسكان والمرافق) بنزع ملكية العقار الذى يتعذر الحصول على توقيع مالكة - على النماذج المشار اليها (م ١٤) .

ورغم اختلاف الأحكام التفصيلية بين نزع ملكية الأفراد للمنفعة العامة ، ونزع ملكية الأحياء لنفس الغرض ، وهو اختلاف يبرره اختلاف محل كل من التطبيقين من حيث الأهمية والاتساع . فإن المبدأ القانونى الذى ندرسه هنا لا يتغير بل على العكس يجد له تطبيقاً جديداً هاماً . فالقرار الإدارى بتقرير المنفعة العامة لإزالة حى من الأحياء ، يعتبر مصدراً للالتزام ، وسبباً لكسب الملكية على حد سواء . والقرار الإدارى بنزع ملكية العقارات الكائنة بهذا الحى يعتبر سبباً لكسب الملكية .

٣٣٠ - الاستيلاء المؤقت على العقارات والحقوق الناشئة عنه :

طبقاً للمادتين ١٤ و ١٥ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ فإن الاستيلاء الموقت على للعقارات يمكن أن يتم فى حالتين : الأولى بقرار من رئيس الجمهورية وذلك بالنسبة للعقارات المطلوب نزع ملكيتها للمنفعة العامة ، وينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ويشمل بياناً اجمالياً بالعقار واسم المالك الظاهر مع الإشارة الى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة . وفائدة الاستيلاء المؤقت فى هذه الحالة هى تمكين جهة الإدارة من وضع يدها على العقار المطلوب نزع ملكيته قبل

أن تنتهى إجراءات نزاع الملكية فعلاً (م ١٤) .

والحالة الثانية ، كما تنص المادة ١٥ من القانون ، للوزير المختص بناء على طلب الجهة المختصة فى حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء ، وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء مؤقتاً على العقارات اللازمة لأجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء مندوبى الجهة المختصة من اثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها دون حاجة لاتخاذ إجراءات أخرى .

وقرار الاستيلاء المؤقت هو قرار إدارى سواء صدر من رئيس الجمهورية أو من الوزير المختص . وهو قرار منشئ لحقوق شخصية على عاتق كل من الإدارة ومالك العقار ، ولكن لا تنشأ عنه حقوق عينية .

وقد أجمل المشرع الآثار المترتبة على قرار الاستيلاء المؤقت بما قرره فى المادة ٢/٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن إيجار الأماكن^(١) ، وهو أن « تعتبر الأماكن الصادر فى شأنها قرارات استيلاء لشغلها مؤجرة الى الجهات التى تم الاستيلاء لصالحها » . وهذا النص يجعل العلاقة بين الإدارة وبين مالك العقار ، كالعلاقة بين المؤجر والمستأجر ، لا من حيث المصدر بطبيعة الحال ، فمصدر الإيجار هو عقد ، بينما مصدر الاستيلاء المؤقت هو قرار إدارى . ولكن من حيث الآثار فحسب . فيصبح مالك العقار ملتزماً بالتسليم وملتزماً بالصيانة وملتزماً بالضمان . وتصبح جهة الإدارة ملتزمة بدفع الأجرة وملتزمة بالمحافظة على العقار ، وملتزمة بالرد . وقد تضمنت المواد ١٤ و ١٥ و ١٦ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ أحكاماً تفصيلية لكل هذه الالتزامات .

ونخلص من هذا الى أن قرار الاستيلاء المؤقت هو قرار إدارى تنشأ

(١) يقابل هذا النص المادة ٢/٢ من قانون إيجار الأماكن السابق ، رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ .

عنه التزامات مشابهة لتلك التى تنشأ عن عقد الإيجار ، ويستحق لهذا السبب أن يعتبر مصدراً من مصادر الالتزام كعقد الإيجار على حد سواء .

٣٣١ - القرار الإدارى مصدر للحق بالمعنى المقرر فى القانون المدنى :

سبق أن رأينا أن الدكتور السنهورى يرى أن نزاع الملكية سبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية . ولكن الأنسب فى التعبير القول بأن القرار الإدارى بتقرير المنفعة العامة أو بنزع الملكية هو سبب اكتساب هذا الحق . أما نزاع الملكية فهو أثر هذا القرار وليس مصدر الحق الناشئ عنه . فالقرار الإدارى ينزع الملكية عن المالك ويكسبها للدولة ، فهو وحده الذى تنسب إليه كل هذه الآثار ، لا أن ينسب بعضها الى بعض .

وكذلك فإن الدكتور السنهورى يشير الى أن التأميم والمصادرة يعتبران من أسباب اكتساب الملكية ، ولكن الأنسب أيضاً أن يقال أن القانون هو سبب اكتساب الملكية فى حالتى التأميم والمصادرة ، طبقاً لنفس الايضاح السابق ذكره .

وإذا كنا قد رأينا أن القرار الإدارى يعتبر مصدراً للحق فى بعض الحالات ، ووصفناه لهذا السبب بالقرار المنشئ للحق . فإننا نقصد بهذا الوصف نفس المعنى المقرر فى القانون المدنى لمصادر الحق ، أى مصادر الالتزام من ناحية ومصادر الحق العينية من ناحية أخرى . وهى المصادر التى لا يمكن اعتبارها كذلك إلا إذا استوفت شروط قانون السببية وهو الذى أعلننا منذ بداية دراستنا أنه الأساس الذى تقوم عليه هذه الدراسة . ونجد من اللازم التأكيد على هذا المعنى مرة أخرى ذلك أن فقه القانون الإدارى يستخدم اصطلاح القرار الإدارى المنشئ فى غير المعنى الذى يقصده القانون المدنى بمصادر الحق أو الذى يشترطه قانون السببية لمصدر الشئ بصفة عامة .

وبحسب المعنى المقرر فى فقه القانون الإدارى فإن معظم قرارات

الإدارة تعتبر قرارات منشئة ، وهى تلك التى يترتب عليها انشاء آثار جديدة فى عالم القانون ، ومثال ذلك أن يصدر قرار بتعيين موظف أو فصله للمصالح العام أو للاستغناء عن وظيفته ، ومنح ترخيص أو سحبه ... الخ فإنها تولد بذاتها آثاراً لأول مرة (١) .

والواقع أن ترتيب هذه الآثار يعتبر شرطاً من شروط أى قرار إدارى ، فكما يقول الدكتور محمد فؤاد مهنا « لا يعتبر العمل الإدارى قراراً إدارياً إلا إذا كان من شأنه أن يحدث أثراً قانونياً » (٢) . ولكن لا يلزم أن يكون الأثر المترتب على القرار هو انشاء حق أو فرض التزام بالمعنى المقرر لهذين الاصطلاحين فى القانون الخاص وإنما يكفى أن يمس القرار مصالح الأفراد أو يؤثر على الأوضاع المقررة لهم ... (٣) .

فطبقاً للمعنى المقرر فى فقه القانون الإدارى ، تعتبر القرارات الإدارية كلها أو جلها قرارات منشئة . وليس هذا هو المعنى الذى نقصده . فالمقصود فى دراستنا : القرار الإدارى المنشئ هو ذلك القرار الذى ينشأ عنه حق عينى لم يكن موجوداً من قبل ، أو ينشأ عنه التزام لم يكن موجوداً من قبل . ويعتبر القرار الإدارى بهذا الوصف مصدر هذا الحق طبقاً للمقصود بهذا الاصطلاح فى فقه القانون المدنى .

وقد رأينا من دراستنا أن القرار الإدارى يعتبر مصدراً للحق بهذا المعنى فى تطبيقات كثيرة ذكرنا منها بصفة خاصة القرار بتقرير المنفعة العامة والقرار بنزع الملكية والقرار بالاستيلاء المؤقت . وهذه التطبيقات الهامة تشهد على أن القرارات الإدارية تنشئ الالتزامات بأكثر مما تفعله مصادر معترف بها للالتزام كالإرادة المنفردة والاثراء بلا سبب ، وتنشئ الحقوق العينية بأكثر مما يفعله مصدر معترف به مثل الاستيلاء ، وتستحق لهذا السبب أن تأخذ مكانها بين مصادر الحق المختلفة .

(١) سليمان الطماوى ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ١٩٦٦ ، ص ٤٤٦ .

(٢) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ١٠١٤ .

(٣) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ١٠١٨ .

ولا شك أنه توجد غير هذه الأمثلة تطبيقات أخرى للقرار الإداري المنشئ للحق ، وقد ذكرنا من هذه التطبيقات القرار بتكليف المعيدين بالعمل في الجامعة .

وإذا لاحظنا أن الحكمة من اعتراف القانون بقدرة القرار الإداري على إنشاء الحق ، ترجع إلى ضرورة إطلاق الحرية للإدارة في تحقيق الخير العام للجماعة ، فإن هذه الحكمة ستؤدي من غير شك - وهذا هو طريق المستقبل - إلى زيادة التطبيقات في هذا المجال .

فهرس

صفحة

مقدمة

١	١	- تعريف الالتزام	...	...	...	...	...	...	...
١	٢	- محل الالتزام	...	...	...	...	...	...	...
٢	٣	- أهمية نظرية الالتزام وتطورها	...	...	...	...	...	...	...
٣	٤	- تحليل الالتزام	...	...	...	...	...	...	...
٣	٥	- تقييم	...	...	...	...	...	...	...

القسم الأول مصادر الالتزام

٧	٦	- ترتيب مصادر الالتزام	...	...	...	...	...	...	...
---	---	------------------------	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----

الباب الأول

العقد

٩	٧	- تعريف العقد	...	...	...	...	...	...	...
١٠	٨	- مبدأ سلطان الإرادة - فكرته ونتائجه	...	...	...	...	...	...	...
١٠	٩	- انتقاد مبدأ سلطان الإرادة	...	...	...	...	...	...	...
١٢	١٠	- إخصاع العقد لنادى العدل وأحكام النظام العام	...	...	...	...	...	...	...
١٣	١١	- التقسيمات المختلفة للعقد	...	...	...	...	...	...	...
١٣	١٢	- للعقد المساء والعقد غير المساء	...	...	...	...	...	...	...
١٥	١٣	- العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني	...	...	...	...	...	...	...
١٦	١٤	- العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانبا واحد	...	...	...	...	...	...	...
١٧	١٥	- عقد انقضاء وعقد التبرع	...	...	...	...	...	...	...
١٨	١٦	- العقد الفوري والعقد الزمينة	...	...	...	...	...	...	...
١٩	١٧	- العقد المحددة والعقد الاحتمالية	...	...	...	...	...	...	...

صفحة

الفصل الأول

انتماء العقد

المبحث الأول

طرفا العقد

المطلب الأول

النيابة في التعاقد

١٨ - فكرة النيابة ٢١

§ ١ - شروط النيابة

١٩ - (١) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل ٢٣
٢٠ - (٢) عدم تجاوز النائب حدود النيابة ٢٤
٢١ - (٣) تعاقد النائب باسم الأصل ٢٥

§ ٢ - آثار النيابة

٢٢ - تعدد العلاقات ٢٦

§ ٣ - تعاقد النائب مع نفسه

٢٣ - الأصل هو المنع والاستثناء هو الإباحة ٢٧

المطلب الثاني

الأهلية

٢٤ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء ٢٨
٢٥ - الأهلية تندرج مع السن ٢٩
٢٦ - عوارض الأهلية ٣٠
٢٧ - موانع الأهلية ٣١

المبحث الثاني
الإرادة أو التراضي
المطلب الأول
تكوين الإرادة
الفرع الأول
التعبير عن الإرادة

٣٣	...	...	...	...	٣٧ - التعبير الصريح والتعبير الضمني
٣٤	...	...	...	...	٣٨ - الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة
٣٥	...	...	...	...	٣٩ - متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره

الفرع الثاني
توافق الإرادتين

٣٧	...	...	...	...	...	٣٠ - الإيجاب
٣٨	...	...	...	...	...	٣١ - اقتران الإيجاب بالقبول
٤٠	...	...	...	...	...	٣٢ - متى يكون السكوت قبولا
٤١	...	...	...	...	...	٣٣ - القبول في عقود المزارع
٤٢	...	...	...	...	...	٣٤ - القبول في عقود الإذعان
٤٣	...	...	...	...	...	٣٥ - التعاقد فيما بين الغائبين

الفرع الثالث
الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي والمربون

٤	...	...	...	...	...	٣٦ - الوعد بالتعاقد
٤٨	...	...	...	...	...	٣٧ - العقد الابتدائي
٤٩	...	...	...	...	...	٣٨ - المربون

المطلب الثاني
عيوب الإرادة

الفرع الأول الغلط

٥٠	٣٩ - تعريف الغلط
٥١	٤٠ - الغلط الجوهرى
٥٢	٤١ - الغلط فى صفة جوهرية فى الشيء
٥٢	٤٢ - الغلط فى شخص المتعاقد
٥٣	٤٣ - الغلط فى القيمة
٥٤	٤٤ - الغلط فى الباعث
٥٤	٤٥ - الغلط فى الواقع والغلط فى القانون
٥٥	٤٦ - يجب أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر
٥٦	٤٧ - لا يجوز ائتمك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية

الفرع الثانى التدليس

٥٧	٤٨ - تعريف التدليس
٥٧	٤٩ - شروط التدليس
٥٩	٥٠ - التدليس الصادر من الغير
٥٩	٥١ - الغش والتدليس

الفرع الثالث الاكراه

٦٠	٥٢ - تعريف الاكراه
٦١	٥٣ - شروط الاكراه
٦٢	٥٤ - الاكراه المشروع والاكراه غير المشروع
٦٣	٥٥ - الاكراه الصادر من الغير أو من ظروف غير إرادية

الفرع الرابع الاستغلال

٦٤	٥٦ - الفتن والاستغلال
----	-----------------------

٦٥	...	...	...	...	...	٥٧ - العنصر الموضوعي هو الفين
٦٦	...	...	...	...	...	٥٨ - العنصر النفسي هو الاستقلال
٦٧	...	...	...	...	...	٥٩ - الجزء على الاستقلال

المبحث الثالث

المحل

٦٩	...	...	...	...	...	٦٠ - تعريف
----	-----	-----	-----	-----	-----	------------

المطلب الأول

المحل موجود أو ممكن الوجود

٦٩	...	...	...	...	...	٦١ - المحل موجود
٧٠	...	...	...	...	...	٦٢ - محل الالتزام شيء مستقبل
٧٠	...	...	...	...	...	٦٣ - بطلان التعامل في تركة متقبلة
٧١	...	...	...	...	...	٦٤ - العمل أو الامتناع عن عمل هو دائما شيء مستقبل

المطلب الثاني

المحل معين أو قابل للتعين

٧٢	...	...	...	...	...	٦٥ - نص قانوني
٧٣	...	...	...	...	...	٦٦ - محل الالتزام نقود

المطلب الثالث

المحل قابل للتعامل

٧٤	...	...	...	...	...	٦٧ - الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل
٧٥	...	...	...	...	...	٦٨ - مخالفة المحل لنظام العام

المبحث الرابع

السبب

٧٧	...	...	...	...	...	٦٩ - الممان المختلفة لسبب
----	-----	-----	-----	-----	-----	---------------------------

المطلب الأول

النظرية التقليدية في السبب

٧٨	...	...	...	...	...	...	٧٨ - السبب القصدى
٧٩	...	...	...	...	...	...	٧٩ - شرط وجود السبب
٨٠	...	...	...	...	...	...	٨٠ - شرط صحة السبب
٨١	...	...	...	...	...	...	٨١ - شرط مشروعية السبب

المطلب الثاني

النظرية الحديثة في السبب

٨٢	...	...	...	...	...	...	٨٢ - نقد النظرية التقليدية
٨٥	...	...	...	...	...	...	٨٥ - السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد
٨٧	...	...	...	...	...	...	٨٧ - التصرف المبرر والتصرف المبرر

المطلب الثالث

موقف المأثورات المصرية أو لزدواج فكرة السبب

٨٧	...	...	...	...	...	...	٨٧ - سبب العقد وسبب الالتزام
٨٩	...	...	...	...	...	...	٨٩ - سبب الالتزام
٨٩	...	...	...	...	...	...	٨٩ - سبب العقد ..

لبحث الخامس

البطلان

٩٠	...	...	...	...	...	...	٩٠ - البطلان وعدم النفاذ والفسخ
٩١	...	...	...	...	...	...	٩١ - البطلان المطلق والبطلان النسبي

المطلب الأول

البطلان المطلق

الفرع الأول

الآثار التي تترتب على العقد " اطل

٩٢	...	...	...	...	...	...	٩٢ - الآثار الأصلية والآثار العرضية
----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-------------------------------------

صفحة

§ ١ - انتقاص العقد

٨٣ - شروط وآثار انتقاص العقد ٩٣

§ ٢ - تحول العقد

٨٤ - شروط وآثار تحول العقد ٩٥

الفرع الثاني

الاجازة والتقدم

٨٥ - للعقد الباطل لا تلحقه الإجازة ٩٧

٨٦ - للبطلان لا يزول بالتقدم ٩٧

الفرع الثالث

تقرير البطلان

٨٧ - كيف يتقرر البطلان ٩٨

٨٨ - أثر تقرير البطلان ١٠٠

المطلب الثاني

البطلان النسبي

الفرع الأول

آثار العقد القابل للإبطال

٨٩ - العقد ينتج لآثاره إلى أن يتقرر بطلانه ١٠٣

الفرع الثاني

الاجازة والتقدم

٩٠ - اجازة العقد القابل للإبطال ١٠٤

٩١ - الدعوى والنفع يتقدمان ١٠٥

صفحة

الفرع الثالث تقرير البطلان

١٠٧	...	...	...	...	...	...	٩٢ - كيف يتقرر البطلان
١٠٨	...	...	...	...	...	...	٩٣ - أثر تقرير البطلان

الفصل الثاني آثار العقد

١١٠	...	...	...	...	...	...	٩٤ - نية أثر العقد
-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	--------------------

المبحث الأول آثار العقد بالنسبة للأشخاص المطلب الأول أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

١١١	...	...	...	...	...	...	٩٥ - المتعاقدان والخلف العام والخلف الخاص
-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	---

الفرع الأول الخلف العام

١١١	...	...	...	...	...	...	٩٦ - انصراف العقد إلى الخلف العام
١١٢	...	...	...	...	...	...	٩٧ - الحالات التي لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام
١١٤	...	...	...	...	...	...	٩٨ - الحالات التي يعتبر فيها طلب الخصم من غير

الفرع الثاني الخلف الخاص

١١٥	...	...	...	...	...	...	٩٩ - المقصود بالخلف الخاص
١١٦	...	...	...	...	...	...	١٠٠ - انصراف أثر العقد للخلف الخاص
١١٧	...	...	...	...	...	...	١٠١ - الحقوق والالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء
١١٩	...	...	...	...	...	...	١٠٢ - يشترط أن يكون الخلف عالماً

المطلب الثاني أثر العقد بالنسبة للسغير

١٠٣ - نص قانوني ١٢٠

الفرع الأول التعهد عن الغير

١٠٤ - المقصود بالتعهد عن الغير ١٢١

١٠٥ - التعهد عن الغير ونسبة أثر العقد ١٢٢

§ ١ - رفض الغير للتعهد

١٠٦ - عدم مسئولية الغير ومسئولية المتعهد ١٢٣

§ ٢ - قبول الغير للتعهد

١٠٧ - أثر قبول الغير للتعهد ١٢٣

الفرع الثاني الاشتراط لمصلحة الغير

١٠٨ - نظرية تاريخية ١٢٥

١٠٩ - أحكام القانون المصري ١٢٦

١١٠ - فكرة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاتها المختلفة ١٢٧

§ ١ - شروط انطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

١١١ - المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المتفع ١٣٠

١١٢ - اشتراط حق مباشر للمتفع ١٣١

١١٣ - مصلحة المشترط الشخصية ١٣٢

§ ٢ - آثار الاشتراط لمصلحة الغير

١١٤ - العلاقة بين المشترط والمتعهد ١٣٤

١١٥ - العلاقة بين المشترط والمتفع ١٣٥

صفحة

١٣٥	...	...	...	...	...	١١٦ - العلاقة بين المتنع والمتعهد
١٣٨	...	...	...	...	...	١١٧ - حق المشترط في نقض المفاطرة
١٤٠	...	...	...	...	...	١١٨ - اقرار المتنع لحقه

المبحث الثاني

آثار العقد من حيث الموضوع

المطلب الأول

تفسير العقد

الفرع الأول

عبارة العقد واضحة

١٤٢	...	...	...	...	...	١١٩ - الأصل أن العبارة الواضحة لا تكون محلا للتفسير
١٤٢	...	...	...	...	...	١٢٠ - متى تكون العبارة الواضحة محلا للتفسير

الفرع الثاني

عبارة العقد غير واضحة

١٤٤	...	...	...	...	...	١٢١ - البحث والنية المشتركة للمتعاقدين
١٤٥	...	...	...	...	...	١٢٢ - العوامل التي تساعد القاضي في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين

الفرع الثالث

الشك في التعرف على ارادة المتعاقدين

١٤٨	...	...	...	...	...	١٢٣ - تفسير الشك لمصلحة المدين
-----	-----	-----	-----	-----	-----	--------------------------------

المطلب الثاني

تحديد نطاق العقد

١٤٩	...	...	...	...	...	١٢٤ - تكلة العقد
-----	-----	-----	-----	-----	-----	------------------

المطلب الثالث

القوة الملزمة للعقد

١٥٢	...	...	...	...	...	١٢٥ - العقد شريعة المتعاقدين
١٥٥	...	...	...	...	...	١٢٦ - تنفيذ العقد بحسن نية

نظرية الحوادث الطارئة

١٥٥	...	...	...	...	...	...	١٢٧ - وضع المسألة
١٥٧	...	...	...	...	...	...	١٢٨ - التطور التاريخي للنظرية
١٦١	...	...	...	...	...	...	١٢٩ - شروط انطباق النظرية في القانون المدني المصري
١٦٣	...	...	...	...	...	...	١٣٠ - الجزاء على تحقق الحوادث الطارئة

المطلب الرابع
المسئولية العقدية

١٦٤	...	...	...	...	...	...	١٣١ - المقصود بالمسئولية العقدية
-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	----------------------------------

الفرع الأول
الخطأ العقدي

١٦٩	...	...	...	...	...	...	١٣٢ - المقصود بالخطأ العقدي
١٦٩	...	...	...	...	...	...	١٣٣ - الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية
١٧٢	...	...	...	...	...	...	١٣٤ - اثبات الخطأ
١٧٣	...	...	...	...	...	...	١٣٥ - نظرية تدرج الخطأ ورفضها
١٧٤	...	...	...	...	...	...	١٣٦ - تعديل أحكام المسئولية العقدية

الفرع الثاني
الضرر

١٧٨	...	...	...	...	...	...	١٣٧ - عبء اثبات الضرر
١٧٩	...	...	...	...	...	...	١٣٨ - الضرر المادي
١٨١	...	...	...	...	...	...	١٣٩ - الضرر الأدبي
١٨٢	...	...	...	...	...	...	١٤٠ - الضرر المباشر المتوقع

الفرع الثالث
علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١٨٤	...	...	...	...	...	...	١٤١ - السببية مفترضة حتى يثبت العكس
-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-------------------------------------

الفصل الثالث
روال العقد

١٨٦	...	...	...	...	...	...	١٤٢ - الانقضاء والإبطال والانحلال
-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----------------------------------

المبحث الأول

الفسخ

١٨٨ - ١٤٣ - أساس فسخ العقد

المطلب الأول

فسخ العقد بحكم القاضى

١٨٩ - ١٤٤ - شروط الفسخ

١٩٢ - ١٤٥ - آثار الفسخ

المطلب الثانى

فسخ العقد بحكم الاتفاق

١٩٤ - ١٤٦ - الشرط الفاسخ للصريح

المطلب الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

١٩٦ - ١٤٧ - انفساخ العقد وتحمل التبعة

المبحث الثانى

الدفء بعمله التنفيذ

١٩٨ - ١٤٨ - للنفء بعمله التنفيذ والفسخ

١٩٩ - ١٤٩ - للنفء بعمله التنفيذ والحق فى الحبس

٢٠٠ - ١٥٠ - شروط التمسك بالنفء بعمله التنفيذ

٢٠١ - ١٥١ - آثار النفء بعمله التنفيذ

الباب الثانى

الإرادة المنفردة

٢٠٣ - ١٥٢ - التصرف بالإرادة المنفردة

صفحة

٢٠٤	١٥٣ - الجدول حول صلاحية الإرادة المنفردة لإنشاء الإلتزامات
٢٠٥	١٥٤ - موقف المشرع المصري من الإرادة المنفردة
٢٠٨	١٥٥ - حالات الإلتزام بالإرادة المنفردة في القانون المصري

الوعد بجائزة موجهة للجمهور

٢٠٩	١٥٦ - نص القانون وتطبيقاته المختلفة
٢١٠	١٥٧ - شروط الإلتزام بالوعد
٢١٢	١٥٨ - أحكام الإلتزام بالوعد

الباب الثالث

العمل غير المشروع

المسئولية التقصيرية

٢١٥	١٥٩ - التمييز بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية
٢١٨	١٦٠ - التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية
٢١٩	١٦١ - عدم جواز الجمع بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية
٢٢٠	١٦٢ - عدم جواز الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية
٢٢٢	١٦٣ - تطور المسئولية التقصيرية
٢٢٣	١٦٤ - نظرية تحمل التبعة

الفصل الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

المبحث الأول

أركان المسئولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

٢٢٥	١٦٥ - الخطأ والضرر وعلاقة السببية
-----	--

المطلب الأول

الخطأ

الفرع الأول

تعريف الخطأ

٢٢٦	١٦٦ - صيغة تعريف الخطأ
-----	-------------------------------

صفحة

§ ١ - الركن المادى - الانحراف

٢٢٦		١٦٧ - انحراف في السلوك
٢٢٧		١٦٨ - مراعاة الظروف الخارجية في تقدير الانحراف
٢٢٩		١٦٩ - متى يكون الانحراف عملاً مشروعاً
٢٢٩		١ - حالة الدفاع الشرعى عن النفس
٢٣٠		٢ - حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس
٢٣١		٣ - حالة الضرورة

§ ٢ - العنصر المعنوى في الخطأ - الإدراك

٢٣٢		١٧٠ - مسئولية عديم التمييز
٢٣٤		١٧١ - مسئولية الشخص المعنوى

الفرع الثالث

تطبيقات لفكرة الخطأ

٢٣٥		١٧٢ - الخطأ بفعل إيجابى أو فعل سلبى
٢٣٦		١٧٣ - الخطأ بفعل عمد أو غير عمد
٢٣٧		١٧٤ - حوادث النقل والعمل والأخطاء الفنية في مزاوله المهنة
٢٣٩		١٧٥ - الاعتداء على الشرف والسمة
٢٤٠		١٧٥ - فسخ الخطبة
٢٤٠		١٧٦ - التعسف في استعمال الحق
٢٤٠		أ - التعسف في استعمال الحق والخروج من الحق
٢٤٢		ب - تصور التعسف نظرية التعسف في استعمال الحق
٢٤٣		ج - موقف المشرع المصرى من نظرية التعسف في استعمال الحق
٢٤٤		د - تطبيقات مختلفة للتعسف في استعمال الحق

المطلب الثانى

الضرر

٢٤٦		١٧٧ - الضرر المادى
٢٤٨		١٧٨ - الضرر الأدبى

صفحة

المطلب الثالث
علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر
الفرع الأول
السبب الأجنبي

§ - ١ - القوة القاهرة والحادث الفجائي

- ١٧٩ - عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ٢٥١
١٨٠ - شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ٢٥٢

§ - ٢ - خطأ المضرور

- ١٨١ - استغراق أحد الخطأين للآخر ٢٥٣
١٨٢ - الخطأ المشترك ٢٥٥

§ - ٣ - خطأ الغير

- ١٨٣ - استغراق أحد الخطأين للآخر أو اشتراك الخطأين في أحداث الضرر. ٢٥٦

الفرع الثاني
السبب المنتج والضرر المباشر

- ١٨٤ - السبب المنتج ٢٥٧
١٨٥ - الضرر المباشر ٢٥٨

المبحث الثاني

آثار المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

- ١٨٦ - كيفية تقدير التعويض ٢٦١
١٨٧ - نطاق التعويض ٢٦٢
١٨٨ - اتفاق على تعديل التعويض قبل وقوع الضرر ٢٦٤
١٨٩ - التأمين من المسؤولية ٢٦٥

صفحة

٢٦٧	...	...	...	...	...	١٩٠ - اجتماع طريقتين لتصويض
٢٦٩	...	...	...	...	...	١٩١ - تقادم دعوى التصويض
٢٧١	...	...	...	...	...	١٩٢ - الحكم الصادر في دعوى التصويض

الفصل الثاني

المسئولية عن عمل الغير

المبحث الأول

مسئولية من تجب عليه الرقابة عن هم في رقابته

المطلب الأول

شروط قيام المسؤولية عن عمل الغير

١٧٣	...	...	...	...	...	١٩٣ - نص القانون
٢٧٤	...	...	...	...	...	١٩٤ - الالتزام بالرقابة
٢٧٥	...	...	...	...	...	١٩٥ - مسؤولية من تجب رقابته

المطلب الثاني

أحكام المسؤولية عن عمل الغير

٢٧٧	...	...	...	...	...	١٩٦ - الخطأ المفترض ونفيه
٢٧٨	...	...	...	...	...	١٩٧ - نفي علاقة السببية
٢٧٨	...	...	...	...	...	١٩٨ - قيام المسئوليتين

المبحث الثالث

مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

المطلب الأول

شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع

٢٨٠	...	...	...	...	...	١٩٩ - نص القانون
٢٨٠	...	...	...	...	...	٢٠٠ - علاقة التبعية
٢٨١	...	...	...	...	...	٢٠١ - خطأ من التابع في حالة تأدية الوظيفة أو بسببها

صفحة

المطلب الثاني

أحكام مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

- ٢٨٤ - ٢٠٢ - مسئولية المتبوع تقوم إلى جانب مسئولية التابع
٢٨٦ - ٢٠٣ - الأساس القانوني لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع

النصل الثالث

المسئولية الناشئة عن الأشياء

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان

- ٢٨٩ - ٢٠٤ - حارس الحيوان
٢٩٠ - ٢٠٥ - الحيوان يسبب ضرراً لغيره
٢٩١ - ٢٠٦ - الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس

المبحث الثاني

مسئولية حارس البناء

- ٢٩٢ - ٢٠٧ - نص القانون
٢٩٢ - ٢٠٨ - حارس البناء
٢٩٣ - ٢٠٩ - ضرر لغيره بسبب انهيار البناء
٢٩٤ - ٢١٠ - الخطأ المفترض في الحراسة

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء

- ٢٩٤ - ٢١١ - نص القانون
٢٩٥ - ٢١٢ - حارس الأشياء الخطرة
٢٩٧ - ٢١٣ - حقوق ضرر بفعل الشيء
٢٩٨ - ٢١٤ - الخطأ المفترض في الحراسة

صفحة

الباب الرابع
الاثراء بلا سبب

الفصل الأول

القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب

- ٢١٤ - الأساس للقانوني لقاعدة ٣٠٢
٢١٥ - موقف للشرع المصري من قاعدة الإثراء بلا سبب ٣٠٥

المبحث الأول

شروط الاثراء بلا سبب

§ ١ - اثراء المدين

- ٢١٦ - الصور الخفية للإثراء ٣٠٦

§ ٢ - اختصار الدائن

- ٢١٧ - اثراء المدين نفاً من اختصار الدائن ٣٠٨

§ ٣ - انعدام سبب الاثراء

- ٢١٨ - المقصود بالسبب ٣٠٩

§ ٤ - دعوى الاثراء ليست دعوى احتياطية

- ٢١٩ - القانون المصري يسبق القانون الفرنسي ٣١٢

§ د - لا يشترط أن يكون الاثراء قائماً وقت رفع الدعوى

- ٢٢٠ - مرة أخرى القانون المصري يسبق القانون الفرنسي ٣١٥

المبحث الثاني

أحكام الاثراء بلا سبب

- ٢٢١ - دعوى التخصيص ٣١٧
٢٢٢ - تقدير التخصيص ٣٢٠

الفصل الثاني
أهم تطبيقات الاثراء بلا سبب
دفع غير المستحق - الفضالة
المبحث الأول
دفع غير المستحق

٢٢٢ - صورة خاصة من صور الثراء بلا سبب ٢٢٢

§ - ١ - حالتا دفع غير المستحق

٢٢٣ - مبرر القانون ٢٢٣
٢٢٥ - الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء ٢٢٥
٢٢٦ - الوفاء بدين مستحق وقت الوفاء ولكنه يصبح غير مستحق بعد ذلك.. ٢٢٦
٢٢٧ - الأساس القانوني لاسترداد غير المستحق هو الاثراء بلا سبب ... ٢٢٧

§ - ٢ - أحكام دفع غير المستحق

٢٢٨ - مدى استرداد وتأثيره بحسن أو سوء نية المتبرئ ٢٢٨
٢٢٩ - حدود ما يبرأ من أجله ٢٢٩
٢٣٠ - حدود ما يبرأ من أجله ٢٣٠
٢٣١ - حدود ما يبرأ من أجله ٢٣١
٢٣٢ - حدود ما يبرأ من أجله ٢٣٢

المبحث الثاني

الفضالة

المطلب الأول

أر كان الفضالة

٢٣٥ - الركن المادي والركن المعنوي والركن القانوني ٢٣٥

§ - ١ - قيام الفضولي بشأن عاجل لحساب رب العمل

٢٣٦ - متى وفاء أو من مادي ٢٣٦
٢٣٧ - متى وفاء أو من مادي ٢٣٧

الفصل الأول

التجديد الضرورى

٢٥١ - فكرة التجديد الضرورى ٣٦٠

المطلب الأول

التجديد الضرورى فى القانون الرومانى

وتأثيره على القانون الحديث

٢٥٢ - الهدمى والحق فى القانون الرومانى ٣٦٢

٢٥٣ - الخصومة القضائية Litiscontestatio فى طبيعتها وشكلها ٣٦٧

٢٥٤ - النظرة بين التجديد الرضائى والتجديد الضرورى ٣٧٠

٢٥٥ - تأثير التجديد الضرورى فى القانون الرومانى على القانون الحديث ٣٧٣

٢٥٦ - الخلاصة ٣٧٧

المطلب الثانى

التجديد الضرورى فى المسئولية المدنية فى القانون الحديث

المبحث الأول

التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية العقدية

فى القانون الحديث

٢٥٧ - التجديد الضرورى عند مورلان وماركاديه ٣٧٩

٢٥٨ - التجديد الضرورى ووحدة المسئولية المدنية : ليفيفر ، بيشام ، وجوانفولان ٣٨١

٢٥٩ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ : بلانيول ٣٨٢

٢٦٠ - التجديد الضرورى وثنائية المسئولية : بيجى ٣٨٣

٢٦١ - التجديد الضرورى ، ووحدة مبدأ المسئولية ، وثنائية الصياغة لكل من المسئولين : مازو ، تنك ، مارتى ورينو ٣٨٥

٢٦٢ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ فى إطار النظرية الخالصة للقانون : كلسن ٣٨٩

٢٦٣ - التجديد الضرورى وقضاء محكمة النقض الفرنسية ٣٩١

المبحث الثانى

التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية

التقصيرية فى القانون الحديث

٢٦٤ - الالتزام ٣٩٧

٢٦٥ - حلول التزام محل التزام آخر ٤٠٠

٢٦٦ - النظرية القضائية فى التجديد الضرورى مقارنة بالنظريات الفقهاء ٤٠٣

٢٦٧ - التزام الالتزامين المتعاقبين ٤٠٤

٢٦٨ - ملاحظة عامة للفصل الأول : تأثير الخصومة على الحق ٤٠٦

٢٦٩ - خلاصة ٤١٠

الفصل الثانى

الحكم مصدر للالتزام

§ ٢ - قصد الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل

٢٣٥ - القصد هو مناط التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب ... ٣٣٨

§ ٣ - الركن المادى

٢٣٦ - الفضولى غير ملزوم بالقيام بالعمل أو موكل به أو منهى عنه ... ٢٤٠

المطلب الثانى

أحكام الفضالة

§ ١ - التزامات الفضولى

٢٣٧ - مصدر التزامات الفضولى ... ٣٤١

٢٣٨ - التزام الفضولى بالمضى فى العمل ... ٣٤١

٢٣٩ - التزام الفضولى باخطار رب العمل ... ٣٤١

٢٤٠ - التزام الفضولى ببذل عناية الرجل العادى ... ٣٤٢

٢٤١ - التزام الفضولى بتقديم حساب لرب العمل ... ٣٤٣

٢٤٢ - أثر موت الفضولى أو موت رب العمل فى التزامات الفضولى ... ٣٤٤

٢٤٣ - سقوط التزامات الفضولى بالتقادم ... ٣٤٥

٢٤٤ - أهلية الفضولى ... ٣٤٦

§ ٢ - التزامات رب العمل

٢٤٥ - التزامات أربعة ... ٣٤٧

٢٤٦ - أهلية رب العمل ... ٣٤٩

٢٤٧ - أثر موت الفضولى أو موت رب العمل على التزامات رب العمل ... ٣٥٠

٢٤٨ - تقادم التزامات رب العمل ... ٣٥٠

الباب الخامس

القانون

٢٤٩ - متى يكون القانون مصدرا مباشرا للالتزام ... ٣٥١

الباب السادس

الحكم

٢٥٠ - متى يكون الحكم مصدرا للالتزام ... ٣٥٥

الفصل الأول

التجديد الضرورى

- ٢٥١ - فكرة التجديد الضرورى ٣٦٠

المطلب الأول

التجديد الضرورى فى القانون الرومانى

وتأثيره على القانون الحديث

- ٢٥٢ - الدعوى والحق فى القانون الرومانى ٣٦٢
٢٥٣ - الخصومة القضائية Litiscontestatio فى طبيعتها وشكلها ٣٦٧
٢٥٤ - التفرقة بين التجديد الرضائى والتجديد الضرورى ٣٧٠
٢٥٥ - تأثير التجديد الضرورى فى القانون الرومانى على القانون الحديث ٣٧٣
٢٥٦ - الخلاصة ٣٧٧

المطلب الثانى

التجديد الضرورى فى المسئولية المدنية فى القانون الحديث

المبحث الأول

التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية العقدية

فى القانون الحديث

- ٢٥٧ - التجديد الضرورى عند مورلان وماركاديه ٣٧٩
٢٥٨ - التجديد الضرورى ووحدة المسئولية المدنية : ليفيفر ، ديشام ،
وجرانمولان ٣٨١
٢٥٩ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ : بلانيول ٣٨٢
٢٦٠ - التجديد الضرورى وثنائية المسئولية : ديجى ٣٨٣
٢٦١ - التجديد الضرورى ، ووحدة مبدأ المسئولية ، وثنائية الصياغة لكل من
المسئوليتين : مازو ، تنك ، مارتى ورينو ٣٨٥
٢٦٢ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ فى إطار النظرية الخالصة للقانون :
كلسن ٣٨٩
٢٦٣ - التجديد الضرورى وقضاء محكمة النقض الفرنسية ٣٩١

المبحث الثانى

التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية

التقصيرية فى القانون الحديث

- ٢٦٤ - الالتزام ٣٩٧
٢٦٥ - حلول التزام محل التزام آخر ٤٠٠
٢٦٦ - النظرية القضائية فى التجديد الضرورى مقارنة بالنظريات الفقهية ٤٠٢
٢٦٧ - آثار الالتزامين المتعاقبين ٤٠٤
٢٦٨ - مناقشة عامة للفصل الأول : تأثير الخصومة على الحق ٤٠٦
٢٦٩ - خاتمة ٤١٠

الفصل الثانى

الحكم مصدر للالتزام

المطلب الأول

التعديل المنشئ للالتزام القضائي

- ٢٧٠ - العقد فكرة وقريئة ٤١٢
- ٢٧١ - القانون والعقد : تدرجهما ٤١٥
- ٢٧٢ - تعديل العقد وتفسيره ٤١٦
- ٢٧٣ - تعديل العقد وتكملة العقد ٤١٨
- ٢٧٤ - تعديل العقد وإتقاصه ٤٢٠
- ٢٧٥ - التعديل والتكييف وتحول العقد ٤٢٢
- ٢٧٦ - تعديل العقد ونظرية السبب ٤٢٤
- ٢٧٧ - التعديل الضروري والتعديل الرضائي ٤٢٧
- ٢٧٨ - التعديل لا يسمح بالفسخ ٤٢٨
- ٢٧٩ - التعديل الأمر والتعديل المفسر ٤٢٩
- ٢٨٠ - الخلاصة : التعديل الضروري والأمر يقضى على الالتزام العقدي ... ٤٣٣

المطلب الثاني

فكرة الحكم المنشئ للالتزام

- ٢٨١ - البحث عن وسيلة صياغة جديدة ٤٣٤
- ٢٨٢ - نقد نظرية جوسران عن « العقد الموجه » ٤٣٧
- ٢٨٣ - حيلة العقلة وحيلة العقد ٤٤٠
- ٢٨٤ - التجديد الضروري ٤٤٣
- ٢٨٥ - العنصر الجديد ٤٤٧
- ٢٨٦ - التجديد الضروري وتنازع القوانين في الزمان ٤٤٧
- ٢٨٧ - التجديد الضروري بالإرادة المنفردة ٤٥٠
- ٢٨٨ - التجديد التشريعي والتجديد القضائي ٤٥٢
- ٢٨٩ - المعيار القانوني : فكرة أسي فهمها بسبب الترجمة الخاطئة للكلمة ٤٥٣
- الانجليزية Rule ٤٥٣
- ٢٩٠ - خلاصة ٤٥٧

الفصل الثالث

تطبيقات وتحليل وأثار الحكم المنشئ للالتزام

المطلب الأول

تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام في فرنسا وفي مصر

- ٢٩١ - الغبن بالمعنى الواسع ٤٥٨

المبحث الأول

الغبن المعاصر للعقد

- ٢٩٢ - الاستغلال طبقاً للمادة ١٢٩ من القانون المدني المصري ... ٤٦٠
- ٢٩٣ - الالتزام المبالغ فيه للقاصر للمادة ٤٨٢، فقرة ٢ من تقنين نبلبون ٤٦٤
- ٢٩٤ - عقود المهنيين : الوكيل ، المحامي ، المهندس ، الطبيب ... إلخ ... ٤٦٥
- ٢٩٥ - عقود الإذعان طبقاً للمادتين ١٠٠ و ١٤٩ من التقنين المدني المصري ... ٤٦٧
- ٢٩٦ - الشرط الجزائي طبقاً للمادة ٢٤٤ وما بعدها من التقنين المدني المصري ... ٤٧٢

٢٩٧ -	الانقاذ البحرى والمساعدة البحرية طبقاً لاتفاقية بروكسل فى ٢٣ سبتمبر ١٩١٠ ، والمطبقة فى مصر وفى فرنسا	٤٧٥
	المبحث الثانى	
	الفصل الطارئ بعد ابرام العقد	
٢٩٨ -	الظروف الطارئة	٤٧٧
٢٩٩ -	هل تعتبر نظرية الميسرة تعديلاً ؟	٤٨٢
٣٠٠ -	خاتمة المطلب الأول	٤٨٤
	المطلب الثانى	
	تحليل وأثار الحكم المنشئ	
٣٠١ -	النقص فى التشريع	٤٨٥
٣٠٢ -	الفصل بين السلطات	٤٨٩
٣٠٣ -	القضاء مصدر للقانون	٤٩٢
٣٠٤ -	رفض فكرة حكومة القضاء وفكرة السلطة البريتورية للقضاء	٤٩٦
٣٠٥ -	التفويض الصريح للسلطة التقديرية	٤٩٨
٣٠٦ -	تحليل فكرة السلطة التقديرية : فكرة غير قاصرة على القرار الإدارى	٥٠٠
٣٠٧ -	السلطة المنشئة ليست قاصرة على القرار الإدارى	٥٠٣
٣٠٨ -	الحكم القضائى لا يتضمن أى عنصر تشريعى أو إدارى : وحدة الحكم	٥٠٤
٣٠٩ -	مصير نظرية العمل القضائى	٥٠٨
٣١٠ -	مصير نظرية الحكم المنشئ	٥١٠
٣١١ -	آثار الحكم المنشئ للالتزام	٥١٣
٣١٢ -	خلاصة المطلب الثانى	٥١٤
٣١٣ -	خاتمة عامة لنظرية الالتزام القضائى	٥١٤
	الباب السابع	
	القرار الإدارى	
٣١٤ -	القرار الإدارى مصدر للحق	٥١٦
٣١٥ -	البحث عن المصدر	٥١٧
٣١٦ -	الاحساس القانونى يسبق الرؤية الواضحة	٥٢٣
	الفصل الأول	
	النظرية العامة للقرار الإدارى المنشئ	
٣١٧ -	الاختصاص المقيد والاختصاص التقديرى	٥٢٩
٣١٨ -	المقصود بالسلطة التقديرية للإدارة	٥٣١
٣١٩ -	السلطة التقديرية والطبيعة المنشئة للقرار الإدارى	٥٣٣
٣٢٠ -	السلطة التقديرية فى حدود الشرعية	٥٣٥
٣٢١ -	الخصوع لرقابة القضاء لا يؤثر فى طبيعة القرار المنشئ	٥٣٧
٣٢٢ -	القرار الإدارى مصدر عام للحق له تطبيقات خاصة	٥٣٩
	الفصل الثانى	
	التطبيقات المختلفة للقرار الإدارى المنشئ	
٣٢٣ -	تعدد التطبيقات	٥٤١
٣٢٤ -	قرار - الملكية للمنفعة العامة	٥٤٣

- ٢٢٥ - قرار نزع الملكية هو قرار إدارى ٥٤٤
- ٣٢٦ - الإنارة تصدر فى نزع الملكية عن سلطة تقديرية ٥٤٧
- ٣٢٧ - الحقوق الناشئة عن نزع الملكية ٥٤٩
- أ- الحقوق الناشئة عن القرار الأول ٥٥٠
- ب- الحقوق الناشئة عن القرار الثانى ٥٥١
- ٣٢٨ - نزع الملكية بطريق الفصب - حيث ينتفى القرار ينتفى الحق ٣٥٣
- ٣٢٩ - نزع ملكية الأحياء ٥٥٦
- ٣٣٠ - الاستيلاء المؤقت على العقارات والحقوق الناشئة عنه ٥٥٦
- ٣٣١ - القرار الإدارى محصر للحق بالمعنى المقرر فى القانون المدنى ٥٥٨
- فهرس ٥٦١

DE L'ÉDITION - NOUVELLES DE L'ÉDI

De l'obligation judiciaire

par SAMIR TANAGHO

Préface de M. Pierre RAYNAUD

Bibliothèque de Droit Privé

Dans un domaine où la jurisprudence de la Cour de cassation et la doctrine ont atteint un haut degré de perfectionnement technique, il est inattendu que l'étude de l'obligation donne naissance à une théorie nouvelle. Cependant M. Samir Tanagho a entrepris, et réussi dans cette difficile voie. Rompu au raisonnement juridique et au raisonnement philosophique, M. Tanagho a choisi un domaine où il lui a paru que sa contribution pouvait être la plus utile aux théoriciens et aux praticiens.

Écartant tout postulat, sans démonstration préalable, M. Samir Tanagho a fait la preuve la plus incontestable de ses exceptionnelles qualités. À juste titre, sa thèse a été remarquée. C'est aussi faire l'éloge de l'ouvrage que de constater, en toute objectivité qu'il éveille et retient l'attention du lecteur, par la fermeté de la pensée et la vigueur du style. Mais il y a plus : énergie et foi ne lui ont pas manqué, car il lui fallait selon la belle expression de Saint-Exupéry, accrocher sa charrue à une étoile pour tracer le sillon. Aussi, c'est par la conception générale du sujet que l'auteur peut prétendre à une place originale dans la chaîne de littérature juridique où il s'est inséré.

On relèvera d'abord le titre de l'ouvrage : « De l'obligation judiciaire : étude morale et technique de la révision du contrat par le juge ». Dès lors, la notion d'obligation, objet du contrat, est soumise à une fine analyse serrée, dans laquelle sont confrontées les thèses des juristes et les conceptions des philosophes. M. S. T. peut alors constater que le contrat n'est bien « qu'un simple moyen technique au service de la morale et doit y être toujours soumis » (chapitre préliminaire et chapitre I). Cette constatation qui paraît refléter l'évidence, n'est qu'un point de départ d'une étude fortifiée par la

pensée philosophique. C'est alors que l'auteur parvient à la notion d'obligation judiciaire qui résulte d'une novation. À la suite d'un conflit entre les parties contractantes, l'obligation contractuelle originale se trouve substituée par le juge à une obligation judiciaire qui a sa source dans la décision qu'il a rendue (chapitre II). La décision judiciaire est alors considérée comme une source autonome et *sui generis* d'obligation (chapitre III). L'auteur est naturellement conduit à envisager successivement, au point de vue pratique, les applications et les effets de la décision judiciaire, constitutive d'obligation (chapitre IV). Il lui était bien permis de s'arrêter là : *finis coronat opus*. Sa tâche était achevée.

C'est l'intérêt supplémentaire de l'ouvrage que l'auteur n'ait pas limité son effort au développement d'une théorie ; avec le sens du concret, il a examiné ses applications pratiques. Ces qualités réunies rendent l'ouvrage attrayant, utile et actuel. Plus encore, il révèle le vrai talent du philosophe du droit.

Jean GUYENOT.

تم بحمد الله

رقم الإيداع : ٨٠٦٧ / ٢٠٠٩

الترقيم الدولي : 977-03-9590-0

مع تحيات

مكتبة الوفاء القانونية

تليفون / ٠١٠٣٧٣٨٨٢٢ - الإسكندرية

