نظرية العقد

للمزيد من الحصريات زورونا على مدونة الكتب الحصرية
http://koutoub-hasria.blogspot.com/
https://www.facebook.com/koutoubhasria

الجزء الثاني

عبد الرزاق أحمد السنهوري
دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوسية من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

الطبعة الثانية الجديدة

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

منشورات الحلبي الحقوقية
بيروت - لبنان
١٩٩٨

شرح القانون المدني

النظرية العامة للالتزامات

نظرية العقد

الجزء الثاني

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

الطبعة الثانية الجديدة

منشورات الحلبي الحقوقية
بيروت - لبنان
١٩٩٨

يتناول هذا الجزء الموضوعات الآتية :

كلمة تمهيدية فى الالتزام . ترتيب مصادر الالتزام . تعريف العقد . مبدأ سلطان الارادة . تقسيم العقود . وجود الرضاء (التعبير عن الارادة . الارادة الباطنة والارادة الظاهرة . الارادة المنفردة . النيابة فى التعاقد . تعاقد الشخص مع نفسه . توافق الارادتين . عقود الاذعان . التعاقد بالمراسلة) . صحة الرضاء . (الأهلية . الغلط . التدليس . الاكراه . الغبن) . المحل . السبب . البطلان المطلق والبطلان النسبى . الفسخ . الدفع بعدم التنفيذ . انحلال العقد . الخلف العام والخلف الخاص . الدعوى غير المباشرة . الدعوى البوليصية . دعوى الصورية . التعهد عن الغير . الاشتراط لمصلحة الغير . تفسير العقد . المسئولية التعاقدية . (القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة)

جميع حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأصلية الجديدة

١٩٩٨

منشورات الحلبي الحقوقية
بيروت – لبنان - شارع القنطاري بناية الزبن
هاتف : ٦٤٠٥٤٤ / ٠٣ - ٦٤٠٨٢١ / ٠٣

القسم الثانى

أحكام العقد

أحكام العقد

* ٥٦٣ — حكم العقد هو انشاء الالتزامات[1] . فللعقد إذًا قوة ملزمة . وهذه القوة قد يعتريها ما يوجب زوالها ، فينحل العقد لبطلان أو فسخ أو نحو ذلك . ولها آثار تنصرف عادة الى طرفى العقد واستثناء الى الغير .

فنحن نتكلم فى بابين متعاقبين : (أولا) على انحلال القوة الملزمة للعقد . (ثانيا) على أثر هذه القوة الملزمة[2] .

---

(١) أما حكم هـذه الالتزامات وما يترتب عليها من آثار فيدخل فى نظرية الالتزام فى ذاته ، وهى موضوع الجزء الثالث من هـذا الكتاب . ونحن هنا لا نخلط ما بين الالتزام والعقد . فلا نعرض إلا للعقد ، ولا ننظر الى الالتزامات التعاقدية إلا من حيث أن مصدرها العقد . وهى من هـذه الناحية تخضع لأحكام تختص بها دون سائر الالتزامات ، كالبطلان والفسخ والمسئولية التعاقدية وتفسير العقد ونحو ذلك من المسائل التى نعرض لها فى هذا القسم الثانى .

(٢) قد يبدو غريبا أننا نقدم البحث فى انحلال القوة الملزمة للعقد على البحث فى أثر هذه القوة . ولكنا آثرنا هذا الترتيب لسببين : (أولا) لأن العقـد لا تخلص له قوته الملزمة و يترتب عليه أثره إلا بعد زوال أسـباب انحلاله ، فالكلام على أثر القوة الملزمة للعقد يأتى إذن بعد الكلام على أسباب الانحلال . (ثانيا) ومن أهم أسباب الانحلال بطلان العقد ، والبطلان يرجع إما للرضاء ، وجودا وصحة ، وإما للمحل و إما للسبب . فمعالجة البطلان عقب الكلام على الرضاء والمحل والسبب يكون من شأنها ربط المسائل المتصلة بعضها بالبعض الآخر ، فيأتى البحث أكثر وضوحا وأحكم تسلسلا .

الباب الأول

انحلال القوّة الملزمة للعقد

(dissolution du contrat)

---

* ٥٦٤ – **أسباب انحلال العقد** – لا تتم القوّة الملزمة للعقد إلا اذا نشأ صحيحا، ثم لم يفسخ أو يرجع فيه أو يلغ .

وهذا يدعو الى الكلام على أسباب انحلال العقد، (dissolution) ، وهى البطلان (nullité, réscision)، والفسخ (résolution) ، والرجوع (révocation)، والالغاء (résiliation) .

الفصل الأول

بطلان العقد (*)

٥٦٥ — **النصوص القانونية** — لا نجد فى القانون المدنى المصرى نصوصا ترسم القواعد العامة فى بطلان العقد . هناك نصوص متناثرة تتكلم فى تطبيقات البطلان (مثل ذلك م ٩٤ — ١٤٨/٩٥ — ١٤٩ و م ١٣١ — ١٩١/١٣٦ — ١٩٧)، ولكنها لا تعرض للبطلان فى نظريته العامة ولا تفصل أحكامه . أما القانون المدنى الفرنسى فقد تكلم فى تطبيقات البطلان (م ١١٠٨ — ١١١٨ و م ١١٢٥ و م ١١٢٦ — ١١٣٣) ، ثم عرض لدعوى البطلان، فأورد فيها بعض النصوص (م ١٣٠٤ — ١٣١٤)، ذكرها عند الكلام على أسباب انقضاء الالتزامات ، ولم يكن هذا موضعها ، فبطلان العقد لا يقضى الالتزام بل يعدم كل أثر له[1] ، كما سيتبين ذلك مما يلى .

٥٦٦ — **اضطراب نظرية البطلان** — ونظرية البطلان من المسائل المدنية المضطربة المعقدة . فالمشرع فيها جانب الوضوح ولم يتوخ الدقة، والقضاء جارى المشرع فى ذلك، والفقه فى نظريته التقليدية للبطلان كان معرّضا للنقد من نواح مختلفة . حتى أمكن القول بأن هذه النظرية، بالرغم مما لها من خطر، لم تلق نصيبها من الاستقرار[2] .

* ٥٦٧ — **التمييز بين بطلان العقد وعدم سريانه على الغير** — ويجب أن نميز بين بطلان العقد (nullité) وعدم سريانه على الغير (inopposabilité) . فالبطلان مقصور على العلاقة فيما بين المتعاقدين . أما بالنسبة للغير فالعقد يسرى فى حقه أولا يسرى، ولا يستتبع

---

* المراجع : بفنوار ص ٦٤٦ وما بعدها — بنكاز (ملحق بودرى) الجزء الثالث ص ١ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨ وما بعدها — ايرنج : أعماله المختارة جزء ٢ ص ٣ وما بعدها — هيار (Hemard) فى بطلان الشركات والشركات الواقعية — درجول (Drogoul) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ — لوايه (Loyer) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ — جاپيو (Jopiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ — پيد ليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — جيار (Guyard) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — كافاليوتى (Cavalioti) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — هلسنار (Hilsenard) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٨

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٣٨ — بودرى لاكانتنرى الطبعة الثانية عشرة ١ فقرة ١٣٨

عدم السريان البطلان حتما، فقد يكون العقد صحيحا ومع ذلك لا يسرى فى حق الغير . مثل ذلك اذا قيل أن بيع ملك الغير باطل، فيراد أن يكون ذلك فى العلاقة فيما بين البائع والمشترى. أما بالنسبة للمالك الحقيقى وهو من الغير فالعقد لا يوصف بالبطلان أو بالصحة، نسواء بقى باطلا فيما بين المتعاقدين أو انقلب صحيحا باجازة المشترى، فهو لا يسرى فى حق هذا المالك.(١)

٥٦٨ — *ترتيب البحث* — ونحن فى بحثنا للبطلان نقسمه أولا الى بطلان مطلق و بطلان نسبى طبقا للنظرية التقليدية، ثم نتكلم فى حكم كل من هذين النوعين :

الفرع الأول
تقسيم البطلان الى بطلان مطلق و بطلان نسبى
النظرية التقليدية فى البطلان

* ٥٦٩ — تجعل النظرية التقليدية العقد الباطل فى إحدى مراتب ثلاث : الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité obsolue) والبطلان النسبى (nullité relative)

فنحن نستعرض هذا التقسيم الثلاثى للبطلان، وننظر فى وجوه نقده، لنخلص من ذلك الى تقسيم ثنائى يجعل البطلان مطلقا أو نسبيا .

§ ١ — التقسيم الثلاثى للبطلان

٥٧٠ — *الاصل التاريخى للنظرية التقليدية* — كان القانون الرومانى لا يعرف إلا نوعا واحدا من البطلان هو البطلان المطلق . فاذا لم يستوف العقد الشكل المرسوم، أو نقصه ركن من أركان تكوينه، كان باطلا بحكم القانون (ab initio) دون حاجة إلى القضاء بذلك . ثم ظهر بعد ذلك إلى جانب البطلان وسيلة يحمى بها البريطور الرومانى القاصر الذى لم يبلغ الخامسة والعشرين مما يصيبه من ضرر من جراء العقود التى يبرمها عن طيش أو عدم تجربة، وهذه الوسيلة هى دعوى استرداد (in integrum restitutio)(٢) يرفعها

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٠ — باستيان (Bastian) النظرية العامة فى عدم سريان العقد رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — هيار (Hemard) فى بطلان الشركات طبعة ثانية فقرة ٢١٥

(٢) وقد سبق دعوى الاسترداد هذه قانون بليتور يا (Lex Plaetoria) وكان يعطى للقاصر دعوى، ثم دفعا، فى حالة ما اذا كان الغبن الذى أصابه من العقد نتيجة غش وقع فيه . أما دعوى الاسترداد التى نشير اليها فكانت تعطى للقاصر، سواء وقع فى غش أو لم يقع، مادام قد لحقه غبن من العقد (انظر جيرار ص ٢٣٣ — ص ٢٣٥ — بنى فقرة ١٢٤ — فقرة ١٢٦) .

القاصر على من تعاقد معه ، فيسترد مادفعه ، ولكن هذه الدعوى التى من شأنها أن تبطل العقد كانت لاتعطى للقاصر إلا اذا أصابه غبن من جراء العقد الذى يطعن فيه وطالب بذلك فى مدة قصيرة (١) . ومن هنا وجد الفرق بين العقد الباطل بحكم القانون ، وهو الذى لايحتاج فى بطلانه الى حكم من القاضى بذلك ، و بين العقد الذى يجوز إبطاله بدعوى ترفع الى القاضى .

واستمر هذا التميز بين النوعين من البطلان باقيا فى القانون الفرنسى القديم ، عند دوما (Domat) (٢) وعند بوتييه (Pothier) (٣) ، وبنوع خاص عند بوهييه (Bouhier) (٤) .

وانتقل التميز إلى قانون نابليون ، ومنه الى القانون المصرى ، إلا أن المشرعين لم يتوخيا الدقة فى التعبير عن النوعين من البطلان ، فهما تارة يستعملان كلمة البطلان ويقصدان بها البطلان المطلق (م ١٤٩/٩٥ مصرى و م ١٦٠١ فرنسى) أو البطلان النسبى (م ٢٩١/١٣١ مصرى و م ١٥٩٩ فرنسى) وطورا يستعملان كلمة البطلان الأصلى أو البطلان بحكم القانون (م ٣٢٤/٢٥٧ مصرى و م ٥٠٢ و م ١١١٧ فرنسى) ويقصدان بذلك البطلان المطلق (٥) .

وأخذ الفقه من جانبه يصوغ نظرية البطلان معتمدا على هذا التميز المشتق من القانون الرومانى ، وأضاف الى البطلان بنوعيه انعدام العقد لاسيما فى عقد الزواج .

* ٥٧١ — **النظرية التقليدية فى التقسيم الثنائى للبطلان** — قدمنا أن النظرية التقليدية تقسم البطلان الى مراتب ثلاث : الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبى . إلا أن أنصار هذه النظرية غير متفقين اتفاقا تاما على تحديد كل مرتبة ، لا سيما عندما يميزون بين الانعدام والبطلان المطلق . والأولى أن نغفل ماوقع من الخلاف بينهم فى التفاصيل ، ونقف عند المحور الرئيسى لهذا التقسيم .

أساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون . ولهذه الأركان شروط

---

(١) وأعطيت دعوى الاسترداد هذه أيضا لغير القاصر فى حالات الاكراه والغلط والتدليس وفى حالة الغيبة (انظر جيرار ص ٤٧١ — بودرى و بارد ٣ فقرة ١٩٣٤) .

(٢) دوما القوانين المدنية الكتاب الأول الباب الأول الفصلان الخامس والسادس .

(٣) بوتييه فى الالتزامات ٢ فقرة ١٧ — فقرة ١٩ و فقرة ٢١ و فقرة ٤٢ — فقرة ٤٣

(٤) بوهييه : ملاحظات على عادات بورجونيا الباب التاسع عشر فقرة ١٢ — فقرة ١٣

(٥) كولان وكاپيتان جزء أول ص ٧٦ — ص ٧٧ (فى القانون الفرنسى) — والتون ١ ص ١٣٩ — ص ١٤٠ (فى القانون المصرى) .

لا بدّ من توافرها حتى يقـوم الركن صحيحا . وقد عرفنا مما قدّمناه أن العقـد ركنه الرضاء، وأن الرضاء يجب أن يتعلق بمحل وسبب . وعرفنا كذلك أن هناك عقودا شكلية يعدّ الشكل من بين أركانها، وعقودا عينية يعتـبر التسليم فيها ركنا . فمن ذلك نرى أن أركان العقـد هى الرضاء والمحل والسبب، يضاف اليها الشكل والتسليم فى بعض العقود . فاذا انعدم ركن من هـذه الأركان كان من البديهى أن العقد ينعدم. فالعقد المنعدم إذن هو عقـد ينقصه ركن من أركان تكوينه[1] .

أما إذا وجدت الأركان جميعها ، ولكن اختـل ركن منها ، بأن لم يستـوف الشروط اللازمة، بأن كان المحل مثـلا غير معين وغير قابل للتعيين، أو كان السبب مخالفا للنظام العام أو للآداب، فان العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا .

فاذا اسـتوفت أركان العقد شروطها، ولكن الرضاء صدر غير صحيح ، بأن صـدر من ناقص الأهلية أو شابه عيب من العيـوب الثلاثة المعروفة (الغلط والتدليس والاكراه)، كان العقد باطلا بطلانا نسبيا[2] .

هـذا هو ما نحسبه أساسا منطقيا للنظرية التقليدية فى التقسيم الثلاثى للبطلان : للعقد أركان وللأركان شروط ، فاذا نقص ركن انعدم العقد، وإذا اختل ركن كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، ما لم يكن الاختـلال راجعا لعدم صحة الرضاء (نقص فى الأهليـة و عيب فى الرضاء) فان البطلان يكون نسبيا فى هذه الحالة[3] .

---

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ يناير سنة ١٩١٨م ٣٠ ص ١٢٣ — محكمة النقض الفرنسية فى ٣٠ ديسمبر سـنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٢٥٧ مع تعليق تيسييه . ويعـدّ العقد منعدما اذا انعدمت شخصية أحد المتعاقدين، كما اذا كان المتعاقد شخصا معنويا شخصيته باطلة (كما فى الجمعيات الدينية غير المرخص لها فى فرنسا) ، لأن الرضاء فى هذه الحالة، وهو ركن من أركان العقد، لا يكون له وجود قانونى (بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٣٩٠) — وهناك خلاف فى حالة ما اذا كان العقد قد نقصه ركن الشكل ، أيعتبر منعدما أو باطلا بطلانا مطلقا ، فأغلبية الفقهاء تذهب الى الرأى الأول، ولكن هناك من الفقهاء من يذهب الى الرأى الثانى (بلانيول ١ فقرة ٣٤٥ وما بعدها) .

(٢) أما اذا صدر الرضاء من عديم الأهلية (كالصبى غير المميز والمجنون) فانه لا يعدّ موجودا قانونا، فينقص العقد أحد أركانه، ويكون باطلا بطلانا مطلقا .

(٣) انظر أوبرى ورو الطبعة الرابعـة ١ ص ١١٨ — ص ١٢٣ — بلانيول ١ فقرة ٣٤٥ وما بعـدها — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٥١ — ص ٣٥٢ — جوسران ١ فقرة ١٥١ — بودرى لوكانتزى الطبعة الثانية عشرة ١ فقرة ١٣٨ — بنكاز (ملحق بودرى) ٣ فقرة ٨٣ — فقرة ٨٤ وفقرة ٩٢ — فقرة ٩٢ مكررة . =

§ ٢ — الانتقادات التى وجهت الى التقسيم الثلاثى للبطلان

٥٧٢ — وجه الى التقسيم الثلاثى للبطلان انتقادات من نواح مختلفة . أهمها نوعان من الانتقاد . نوع يرمى الى هدم التمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق وجعل الاثنين فى مرتبة واحدة . والنوع الثانى أشد تطرفا وأكثر إمعانا فى هدم النظرية التقليدية ، فهو يذهب الى أن تقسيم البطلان الى مراتب ثلاث إنما هو تقسيم ضيق جامد . وأنصار هذا الرأى الثانى ، على عكس أنصار الرأى الأول ، لا يريدون تبسيط مراتب البطلان وقصرها على اثنتين ، بل يريدون تنويعها وتعددها دون أن يتقيدوا بالمراتب الثلاث التى تقول بها النظرية التقليدية .

= هذا ويضع الأستاذان كولان وكاپيتان أساسا آخر ، فعندهما أن العقد يكون منعدما اذا منع انعقاده مانع طبيعى ويكون باطلا بطلانا مطلقا اذا منع انعقاده مانع قانونى (كولان وكاپيتان ١ ص ٨١ وما بعدها) . ولكن هذا يترتب عليه أن العقد الذى لم يتوافر على الشكل الذى يتطلبه القانون يكون باطلا بطلانا مطلقا ، وبهذا يقول الأستاذ بلانيول كما قدمنا ولكن أغلبية الفقهاء تذهب الى أن العقد الذى ينقصه الشكل يكون منعدما .

وهناك غير الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبى دعوى للغبن (action en rescision) . وقد عرفنا أن الغبن ليس سببا عاما للبطلان فى كل العقود ، بل هناك عقود معينة يجوز الطعن فيها بالغبن فى كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى . وتختلف دعوى الغبن عن دعوى البطلان فى القانون الفرنسى فى أن الغبن لا يكون دائما سببا فى بطلان العقد ، بل قد يكون فى بعض الأحيان سببا فى إنقاصه (انظر م ٤٨٤ من القانون المدنى الفرنسى) . وفى الأحوال التى يكون فيها الغبن سببا للبطلان تترك المسألة لتقدير القاضى ، بخلاف البطلان لعيوب الرضاء أو لنقص الأهلية ، فمتى تحقق سببه وجب الحكم بالبطلان (بودرى و بارد ٣ فقرة ١٩٣٧ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٦) . كذلك يجوز فى دعوى الغبن توقى البطلان بتكملة الثمن (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٦ ص ٣٩٧) . ويلاحظ أن هناك فرقا آخر فى القانون المصرى ، فالغبن فى البيع ليس من شأنه فى هذا القانون أن يبطل البيع ، بل يعطى دعوى بتكملة الثمن ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام على الغبن .

ويرجع التمييز بين دعوى الغبن ودعوى البطلان الى القانون الفرنسى القديم ، فقد كانت دعوى الغبن يجب التماسها كمنحة من الملك (chancellerie royale) تعطى بكتاب خاص (lettre de rescision) كما كان البريطور الرومانى يمنح دعوى الاسترداد (restitutio in integrum) . أما دعوى البطلان فقد كانت تعطى لصاحبها بحكم القانون ؛ فألغت الثورة هذا الفرق بين الدعويين ، ولكن اسم كل منهما بقى متميزا عن اسم الأخرى . (انظر بودرى و بارد ٣ فقرة ١٩٣٦ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٧٢ — فقرة ١٢٧٦ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٥٢ — ص ٣٥٣) .

هذا وقد تعمدنا أن نتجنب بعض مصطلحات الفقه الاسلامى فى البطلان ، فان الشريعة الاسلامية تعرف العقد الباطل والعقد الفاسد والعقد الموقوف ، فلم نرد أن نستعمل هذه المصطلحات ، وآثرنا عليها الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبى ، حتى لا نخلط بين أشياء يختلف بعضها عن البعض الآخر ، فقهاء الشريعة الاسلامية يقصدون بالبطلان والفساد شيئا لا يتفق تماما مع ما يريده الفقه الحديث من البطلان المطلق والبطلان النسبى ، وسيأتى تفصيل ذلك .

* ٥٧٣ — **هدم التمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق** — يقول أنصار الرأى الأول أن التمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق يصطدم مع المنطق وليست له فائدة عمليـــة .

أما أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقـد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانونى، فهو يستوى مع العقد المنعدم فى الانعدام . ولا يمكن أن يقال أن العقد المنعدم أشد انعداما من العقد البـاطل بطلانا مطلقا، لأنه لا يمكن أن يكون هناك تفاوت فى العـدم . أما اذا قيـل أن العقد الباطل بطلانا مطلقا له وجود فعلى (existence de fait) دون أن يكون له وجود قانونى، فان هـذا ينطبق أيضا على العقد المنعدم، وإلا فأين ذلك الشىء الذى ليس له وجود فعلى، وما الذى يدعونا للبحث فيه اذا لم يكن له وجود[1] .

أما ان التمييز ليست له فائدة عملية فذلك ظاهر من استعراض أحكام كل من النوعين . ففى كليهما لا ينتج العقد أثرا قانونيا، وكل منهما يتمسك به من له مصلحة فى ذلك، وللمحكمة أن تحكم فيهما من تلقاء نفسها[2]، ولا تلحق الاجازة أيا منهما، ولا يسقطان بالتقادم[3] .

---

(١) بلانيول ١ فقرة ٣٤ د . وقد يقال من جهة أخرى أن العقد الباطل بطلانا مطلقا ينتج بعض الآثار القانونية . ولكن هذا أيضا ينطبق على العقد المنعدم، فكلا العقدين قد ينتج آثارا قانونية، ولكن لا باعتبار أن لهما وجودا قانونيا، بل باعتبار وجودها الفعلى (انظر جوسران ٢ فقرة ١٥٢ مكررة وفقرة ٨٦١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٥ ص ٣٩٤ — ص ٣٩٦ — لوايـه (Loyer) فى رسالته العقود المنعدمة رن (Rennes) ١٩٠٨ ص ١٩٦ وما بعدها — تعليق ناكيه (Naquet) فى سيريه ١٢ — ١ — ٢٤٩) .

(٢) وقد يقال أن الانعدام لا ضرورة لصدور حكم به بخلاف البطلان المطلق فلا بد فيه من حكم . ولكن الصحيح هو ألا فرق بين الانعـدام والبطلان المطلق من هـذه الناحية أيضا . كلاهما فى ذاته لا يحتاج الى حكم يقرره، فهو موجود قبـل الحكم، إلا أنه قد ينشأ عن وجودهما الفعلى حالة واقعيـة، لا يمكن إزالتها عمليا إلا بحكم، وهنا يلجأ من له المصلحة الى استصدار حكم بذلك، ويستوى فى هـذا العقد المنعدم والعقد الباطل بطلانا مطلقا (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٤ ومع ذلك انظر مقالا للاستاذ جورج كوهاندى (Georges Cohendy) فى مجلة القـانون المدنى ربع السـنوية ص ٣٣ — ص ٦٧) .

(٣) انظر فى عدم صحة التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق منطقيا وعدم ضرورته عمليا بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٣١ — بلانيول جزء أول فقرة ٣٤٥ وما بعدها — كولان وكاپيتان ١ ص ٨١ وما بعدها — والتون ١ ص ١٤١ — ص ١٤٢ .

هذا وقد أراد بعض الفقهاء أن يثبت أن هناك أهمية عملية للتمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق، واستند فى ذلك الى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية (فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٢٥٧) يميز بين الشيئين، ويرتب على هذا التمييز نتيجة عملية . وتفصيل ذلك أن المادة ٧٠٥ فقرة أولى من قانون المرافعات الفرنسى تقضى بأن التقدم للزايدة فى بيع بالمزاد لا يصح إلا من طريق وساطة وكيل قضائى (avoué) ينوب عن المزايد، ويتقدم =

والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق لم يكن موجودا فى القانون الرومانى ولا فى القانون الفرنسى القديم. وقد خلقه الفقه الحديث بمناسبة عقد الزواج. إذ قرر الفقهاء (ومعهم القضاء) فى هـذا العقد ألّا بطلان بلا نص، صيانة له من التزعزع. ثم ما لبثوا أن وجدوا أنفسهم أمام حالات لا يملكون فيها إلا أن يقولوا ببطلان الزواج ولو لم يوجد النص، كما اذا كان الزوجان من جنس واحد، وكما اذا تولى العقد فرد من الناس ليس له أية صفة رسمية. فخلقت نظرية الانعدام حتى تطبق على هذه الحالات، وبدلا من القول بأن الزواج باطل فى هـذه الفروض قيل بأنه منعدم، حتى يمكن التوفيق بين القاعدة التى قررت وبين مقتضيات الضرورة[1]. وكان الأولى عدم التقيد بهـذه القاعدة الضيقة[2]، واذا لم يكن بد من التقيد بها فكان الأولى قصر نظرية الانعدام على الزواج دون غيره من العقود.

٥٧٤ — تنوع مراتب البطلان ومرونة هذا التنوع — والرأى الثانى فى نقد التقسيم الثلاثى للبطلان يذهب الى أن البطلان لا يقتصر على المراتب الثلاث التى حددتها

= للزايدة باسمه. وقد أراد أحد المتقدمين للزاد أن يزيد على المزايد الأخير، فلم يوافقه وكيله القضائى وتخلى منه، فلما لم يهتد الى وكيل قضائى آخر، تقدم للزايدة بنفسه دون وساطة أحد. فاعتبرت محكمة النقض هـذه المزايدة منعدمة، ولم تقتصر على اعتبارها باطلة بطلانا مطلقا، ورتبت على ذلك رسو المزاد على المزايد الأخير دون اعتبار للزايدة التى تقدمت دون وساطة. ولو أنها اعتبرت هذه المزايدة باطلة بطلانا مطلقا، لكان من شأنها تغطية عطاء المزايد الأخير، ولتحلل هذا من المزايدة، فلم يرس المزاد عليه، طبقا للمادة ٧٠٥ فقرة ثانية من قانون المرافعات الفرنسى وهى تقضى بأن المزايد لا يبقى ملتزما بعطائه اذا غطى هذا العطاء عطاء آخر، حتى لو كان هـذا العطاء الأخير باطلا. (انظر بنكاز ملحق بودرى جزء ثالث فقرة ١٤ جوسران ١ فقرة ١٥١). على أن هذه الأهمية العملية التى أريد تقريرها فى هذا الفرض إنما ترجع الى تفسير النصوص أكثر مما ترجع الى طبيعة الأشياء، فان نص قانون المرافعات الفرنسى الذى يقضى بأن العطاء الباطل يغطى العطاء الذى قبله، يمكن تفسيره بأن المقصود من العطاء الباطل هنا هو العطاء الذى تعتمده المحكمة التى يجرى أمامها البيع بالمزاد ويكون مع ذلك باطلا، أما العطاء الذى لا تعتمده المحكمة (كما حصل فى القضية التى نحن بصددها، فقد قررت المحكمة فى هذه القضية عدم اعتماد العطاء الذى تقدم دون وساطة وكيل قضائى) فهذا ليس من شأنه أن يغطى العطاء الذى سبقه (انظر تعليق تيسييه على هذا الحكم، وهو يسلم بأنه توجد أهمية عملية فى هـذه القضية من وراء التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق، ولكنه يرى أن هذه حالة استثنائية لا يكاد يوجد نظير لها — انظر أيضا تعليقا على هذه القضية فى بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٣٩٢ — ص ٣٩٣).

(١) انظر أوبرى ورو ٧ فقرة ٤٥٨ — جوسران ١ فقرة ٧٨٧ — فقرة ٧٨٩ — لوايير (Loyer) فى العقود المنعدمة رن (Rennes) سنة ١٩٠٨ ص ١٣٣ وما بعدها — جابيو (Japiot) فى بطلان العقود ديجون سنة ١٩٠٩ ص ١٢١.

(٢) بلانيول ١ فقرة ٩٩٥ — بلانيول وريبير ورواست (Rouast) فقرة ٢٤٦

النظرية التقليدية . فان التقسيم الثلاثى ضيق جامد لا يتسع لكل الحاجات . وأصحاب هذا الرأى يقولون أن القانون حدّد شروطا للعقد حتى ينتج آثارا معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين . فاذا اختل شرط كان العقد باطلا ، ولكن هذا البطلان يختلف عن بطلان يترتب على اختلال شرط ثان ، أو بطلان يترتب على اختلال شرط ثالث ، وهكذا . فيتعدّد البطلان و يتنوّع تبعا للأغراض التى توخاها القانون . فكلما فات على القانون غرضه من تطلب شرط معين ، فان اختلال هذا الشرط يؤدى الى أن العقد لا ينتج من الآثار ما يقابل هذا الشرط ، ولكن ذلك لا يمنع من أن ينتج العقد آثاره الأخرى التى توافرت الشروط المقابلة لها . إذ ليس هناك ما يحتم أن تكون آثار العقد غير قابلة للتجزئة ، يرتبط بعضها بالبعض الآخر . فقد تنعدم بعض هذه الآثار فلا يمنع ذلك من وجود الباقى . وهكذا يكون البطلان على مراتب مختلفة متنوّعة ، و يكون معناه أن العقد لا ينتج أثرا أو آثارا معينة ، طبقا للغرض الذى توخاه القانون . وهذا مما يعطى نظرية البطلان قسطا وافرا من المرونة[1] .

§ ٣ — التقسيم الثنائى للبطلان
بطلان مطلق وبطلان نسبى

٥٧٥ — عدم تحرير نظرية تنوع البطلان. — على أنه مهما قيل فى مرونة نظرية تنوّع البطلان المتقدّمة ، وفى أنها تفسر استعصاء بعض مسائل البطلان المطلق أو النسبى على الخضوع للقواعد التقليدية ، كما فى اجازة ورثة الواهب لهبة لم يتوافر فيها ركن الشكل (م ١٣٤٠ من القانون المدنى الفرنسى) . وكما فى شذوذ بطلان بيع ملك الغير وامكان إجازته من أجنبى غير المتعاقدين ، إلا أن هذه الحالات الشاذة هى حالات استثنائية لا تسوغ هدم القاعدة . ولا شك فى أن التقسيم الذى أتت به النظرية التقليدية فيه مزية التحديد ، فكل حالات البطلان النسبى تخضع لقواعد واحدة إلا ما شذ منها . كذلك الأمر فى حالات البطلان المطلق . وهذه الصياغة القانونية (technique juridique) ضرورية لتقدّم

---

(١) انظر دروجول (Drogoul) فى رسالته "النظرية العامة للبطلان" ص ٢٠٦ وما بعدها . جابيو فى رسالته "بطلان العقود" ص ١٥١ وص ١٥٤

القانون وثباته حتى تستقر ما تجرى عليه أحكامه من المعاملات[(١)] . فاستبدال نظرية تنوع البطلان بالنظرية التقليدية إنما هو هدم لقواعد ثابتة مستقرة لتحل محلها قواعد أخرى، اذا كانت لها مزية المرونة، فهى غير محددة تحديدا كافيا يبرر الاطمئنان اليها .

* ٥٧٦ — وجوب هدم التمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق (التقسيم الثنائى للبطلان) — على أننا من جهة أخرى، نرى تعديل النظرية التقليدية فى تقسيمها الثلاثى ، وجعل التقسيم ثنائيا ، فينقسم البطلان الى مطلق ونسبى . ويدخل فى البطلان المطلق الانعدام، فلا فرق ما بين هاتين المرتبتين من الناحية العملية، ولا يجب أن يوجد فرق من الناحية المنطقية، وقد سبق بيان ذلك .

* ٥٧٧ — تحرير البطلان المطلق — ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا اذا نقصه ركن من أركان تكوينه ، أو اذا وجدت هذه الأركان ولكن الشروط التى يجب توافرها فى كل ركن (عدا ركن الرضاء) لم توجد . مثل الركن المفقود أن ينعدم الرضاء، أو ألا يتوافق القبول مع الايجاب، أو ألا يكون هناك محل، أو ألا يوجد سبب[(٢)]، أو ألا يستوفى الشكل فى عقد شكلى ، أو ألا يتم التسليم فى عقد عينى . ومثل الركن المختل أن يكون المحل غير معين وغير قابل للتعيين، أو أن يكون السبب مخالفا للنظام العام أو للآداب[(٣)] .

---

(١) انظر فى ضرورة دخول عامل الصياغة فى الأحكام القانونية، ليكسبها الثبات والاستقرار الى جنى (Gény) فى العلم والصنعة فى القانون الخاص الجزء الرابع ص ٢٧

(٢) وترى الأساتذة بلانيول وريبير واسمان (جزء أول فقرة ٢٦٣) أن البطلان الراجع الى السبب هو بطلان نسبى يسقط بعشر سنوات، إلا اذا كان السبب غير مشروع فيكون البطلان مطلقا .

(٣) وتقرر النظرية التقليدية هذه القاعدة بطريقة أخرى . فعندها أن كل بطلان ينص عليه القانون أو يفهم من أحكامه يكون مطلقا، مالم يقض القانون بأحكام تجعل البطلان نسبيا (أوبرى ورو ١ فقرة ٣٧ هامش نمرة ١٢ — وانظر نقدا لهذه القاعدة فى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٩) . فالبطلان المطلق إذن إما أن يكون مقررا بنص (nullité textuelle) (مثل ذلك : م ٢٥٧/٣٢٤ وهو نص يبطل شراء عمال القضاء للحقوق المتنازع فيها، م ٢٦٣/٣٣٢ وهو نص يبطل بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة، وم ٣٣٩/٤٤٢ وهو نص يبطل بيع الوفاء الذى يخفى رهنا ، وم ٥٤١/٦٦٣ وهو نص يبطل الرهن اذا رجع المرهون الى حيازة راهنه ، وم ٥٦٣/٦٨٧ وهو نص يبطل رهن العقارات المستقبلة رهنا رسميا — ويلاحظ أن كل هذه النصوص إنما تقرر البطلان المطلق تطبيقا للقاعدة العامة التى أسلفناها، ففى أكثر هذه الفروض نرى السبب غير مشروع لمخالفته للنظام العام ، وفى بعضها نرى العقد ينقصه ركن كما اذا رجع المرهون الى حيازة راهنه ، وفى بعضها نرى الصورية سببا فى البطلان متى التحايل على =

* ٥٧٨ — **تحرير البطلان النسبي** — ويكون العقد باطلا بطلانا نسبيا اذا وجدت كل أركانه وتوافرت شروط هذه الأركان، ولكن ركن الرضاء اختل، بأن صدر الرضاء غير صحيح . ونحن نعرف أن الرضاء يكون غير صحيح اذا صدر من ناقص الأهلية أو اذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه .

فالنقص فى الأهلية والعيب فى الرضاء هما إذن الفرضان اللذان يكون فيهما العقد باطلا بطلانا نسبيا طبقا للقواعد العامة (١) . ولكن القانون نص فى أحوال أخرى على بطلان العقد ،

= القانون كما فى الرهن المستتر فى بيع الوفاء لاعتبارات رأى المشرع المصرى فى سنة ١٩٢٣ أن يلحقها بالنظام العام) . أو قد يكون البطلان المطلق مفهوما (nullité virtuelle)، والبطلان المفهوم من أحكام القانون هو البطلان الذى لم يرد فيه نص، ولكنه يترتب على تطبيق القاعدة العامة التى قررناها، فكل عقد فقد ركنا أو اختل فيه ركن يكون باطلا بطلانا مطلقا، حتى لو لم يرد نص يقضى بذلك، لأن هذا مفهوم من أحكام القانون . وقد لا ينص القانون على البطلان المطلق صراحة، ولكن هذا البطلان يكون مفهوما ضمنا من النص، كما اذا نص القانون على عدم جواز شىء (مثل ذلك م ٤٣٤/٥٢٩ ع و م ٤٤٣ ع/٦٦٥) وكان عدم الجواز يرجع لاعتبارات تجعل البطلان مطلقا طبقا للقاعدة التى أسلفناها (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٩٥ — بلانيول ١ فقرة ٣٣٦ — كولان وكاپيتان ١ ص ٧٩) .

ويميز بعض الفقهاء بين البطلان المطلق الذى لا يكون محلا لتقدير القاضى (nullité absolue de droit)، كما اذا نقص العقد ركن من أركانه، ففى هذه الحالة لا يملك القاضى إلا النطق بالبطلان ، وبين البطلان الذى يكون محل تقدير (nullité relevant de l'appréciation du juge)، كما فى البطلان المبنى على مخالفة النظام العام أو الآداب، فان القاضى فى هذه الحالة يقدر ما اذا كان العقد مشروعا أو غير مشروع (انظر بنكاز ملحق بودرى ٣ فقرة ٩٦ — فقرة ٩٩) . ولكن هذا التمييز لا يقوم إلا على أساس عملى ، أما من الناحية الفقهية فان المفروض أن القاضى اذا قرر أن العقد غير مشروع فانما هو يطبق أحكام القانون فى القضاء بالبطلان كما يطبقها فى قضائه ببطلان عقد نقصه ركن من أركانه .

(١) والفكرة فى البطلان النسبى أن القانون يتدخل لحماية أحد المتعاقدين، وهو المتعاقد الضعيف المحتاج الى هذه الحماية، فلا يؤخذ بارادته التى صدرت منه، أما لأنها إرادة لم تمحصها التجارب (كالقاصر المميز)، أما غير المميز والمجنون . فالعقد الذى يصدر منهما يكون باطلا بطلانا مطلقا لأن ارادتهما ليس لها وجود قانونى : انظر مع ذلك بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٧٣ ويرون أن البطلان يكون نسبيا، كما يرون فى فقرة ٢٦٣ أن البطلان لانعدام السبب يكون نسبيا كذلك)، وأما لأنها ارادة شابها عيب جعلها ارادة غير صحيحة . والقانون عندما يولى حمايته القاصر ومن شاب ارادته عيب يفعل ذلك، لا لحماية المصلحة الخاصة فحسب، بل للمصلحة العامة أيضا، فانه لا يتفق مع الصالح العام أن يترك الحدث الغر يبدد ماله فى وجوه لو استقام إدراكه لتجنبها، ولا أن تعطى الارادة المعيبة حكم الارادة الحرة الخالية من العيب . إلا أن المصلحة العامة هنا تتمشى مع مصلحة المتعاقد الخاصة، فتوجد بوجودها وتنتهى بانتهائها، فاذا رأى القاصر بعد بلوغه سن الرشد أن مصلحته الخاصة كانت مرعية ولم تضع، فأجاز العقد، انتهى اعتبار الصالح العام بذلك ما دام الصالح الخاص قد قدره صاحبه وهو رشيد . كذلك اذا ارتفع العيب عن ارادة المتعاقد، ورأى هذا أن صالحه الخاص مكفول فالصالح العام ينتهى اعتباره كذلك . =

وجعل هـذا البطلان نسبيا[1] ، كما فعل فى بيع ملك الغير (م ٢٦٤/٣٣٣)[2] وفى شراء النائب عن البائع الشيء المنوط به بيعه لنفسـه (م ٣٢٥/٢٥٨) . فيجب التسليم بأن البطلان نسبى

= و يلاحظ أن العقد الذى يصـدر من القاصر يكون باطلا بطلانا نسـبيا لمجرّد صدوره من القاصر ، سواء أصابه ضرر من العقد أو لم يصبه ضرر ما . وهذا ما تقضى به صراحة المادتان ١٣١ / ١٩١ ، فهما ينصان على أن مجرّد عدم الأهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها ضرر . وعلى ذلك يكون منتقدا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة (٢٢ نوفمبر سـنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٠) من أنه لا يكفى للطعن فى العقد أن يثبت المتعاقد أنه كان قاصرا وقت التعاقد ، بل يجب أن يثبت ما أصابه من الضرر من هذا العقد الى جانب نقص الأهلية . وظاهر أن هذا الحكم يصطدم مع نص المادتين ١٣١ / ١٩١ .

أما العقد الذى يصدر من نائب القاصر أو المحجور عليـه (ولى أو وصى أو قيم) دون اتباع الاجراءات اللازمة (مصادقة أو اذن المجلس الحسبى مثلا) ، فانه يكون باطلا بطلانا مطلقا لا بطلانا نسبيا ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك عند الكلام على الأهلية .

(١) و يتبين ذلك من أن القانون ينص عادة على جواز أن يلحق العقـد الاجازة ، فيتضح أن البطلان نسـبى ، لأنه لو كان مطلقا لما زال باجازة العقد .

(٢) تضاربت الآراء فى تكييف بطلان بيع ملك الغير ، وصدرت أحكام متناقضة فى هذا الموضوع من المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة . ولسنا هنا بمعرض الخوض فى تفاصيل هذه الآراء وتحليل القضاء المصرى فى هذه المسألة . وانما نجمل هـذه الآراء المختلفة بالقدر الذى يتصل بموضوعنا . فقائل بأن بيع ملك الغـير ليس باطلا وانما هو قابل للفسخ ، وفى هذا تجاهل لنص القانون الذى قضى صراحة بالبطلان (م ٢٦٤ / ٣٣٣) ، ولو لم يوجد هذا النص لاستقام الرأى القائل بالفسـخ ، لأنه يكون فى هذه الحالة مجرّد تطبيق للقواعد العامة التى تقضى بفسـخ البيع ما دام البائع وهو غير مالك لا يستطيع أن يقوم بالتزامه من نقل الملكية الى المشترى . وقائل بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا ، ولكن هذا الرأى يصطدم مع ما قرره القانون من امكان اجازة هـذا البيع ، والاجازة لا تصحح البطلان اذا كان مطلقا . وقائل بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسـبيا ، وقد انقسم القائلون بهـذا الى فريقين ، فريق يذهب أن سبب البطلان النسبى هو الغلط ، وهذا رأى لا يتفق مع ما هو مقرر من أن بطلان بيع ملك الغير ثابت حتى لو كان كل من البائع والمشـترى على بينة من الأمر ولم يقع أحدهما فى غلط ، وفريق آخر يذهب الى أن سبب البطلان هو استحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية ، وهـذا الرأى ليس أكثر وجاهة من الرأى السابق ، فان هذه الاستحالة اذا كانت نسبية فليس من شأنها أن تجعل العقد باطلا بل تجعله قابلا للفسخ كما قدّمنا عند الكلام فى محل الالتزام ، ونظرية الفسخ قد ظهر فسادها كما رأينا ، واذا كانت الاستحالة مطلقة فهى تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، ونظرية البطلان المطلق قد سبق تفنيدها .

ونحن نذهب الى أن بطلان بيع ملك الغير هو بطلان نسبى ، ولكننا لا نلتمس سبب هذا البطلان فى القواعد العامة ، بل نبنيه على نص تشريعى هو المادتان ٢٦٤/٣٣٣ ، فهذا النص قد خلق البطلان وأنشأه إنشاء ، وليس هو مقررا للبطلان بالتطبيق للقواعد العامة . فان هـذه القواعد لا تؤدى إلا إلى جعـل بيع ملك الغير قابلا للفسخ ، ولو لم يوجد النص التشريعى المشار اليه لما كان هـذا البيع باطلا ، بل اقتصر الأمر فيـه على الفسخ . فهو باطل إذن لأن المشرع نص على بطلانه ، وهذه هى احدى حالات البطلان النسبى الخاص التى أشرنا اليها . على أن نص القانون القاضى ببطلان بيع ملك الغير لم يأت اعتباطا ، بل هو مبنى على علة معقولة . فقـد كان البيع فى القانون الرومانى لا ينقل الملكية ولا يولد التزاما بنقلها ، لذلك لم يكن هناك تنافر بين طبيعة البيع و بيع ملك الغير ، وكان بيع ملك الغير صحيحا فى هذا القانون . =

فى هـذه الأحوال ، ولكنه بطلان مستمد من نص القانون وليس تطبيقا للقـواعد العـامة فى البطلان النسبى (١) .

٥٧٩ — القانون المقارن فى تدرج البطلان — يمكن القول أن القوانين

= فلما تقرر فى قانون نابليون أن البيع يولد التزاما بنقل الملكية ، أصبح البيع ناقلا للملكية ووجد التنافى بين طبيعة البيع و بيع ملك الغير ، فأراد المشرع أن يرتب على هـذا التنافى أثرا قانونيا ، فنص على البطلان . (انظر كتاب الايجار للمؤلف ص ١٠٨ هامش نمرة ٣) .

و يذهب الأسـتاذ بهجت بدوى الى أن بيع ملك الغير لا يمكن اعتباره منافيا مع طبيعـة البيع ، إلا اذا كان البيع ينقل الملكية فى الحال ، أى ينشئ التزاما بنقـل الملكية و يتم تنفيذ هـذا الالتزام بمجرد نشوئه . وهذا الحكم لم يكن موجودا فى القانون المصرى إلا قبل قانون التسجيل الحديث ، ولذلك يرى الأسـتاذ أن بيع ملك الغير كان باطلا قبل هـذا القانون . وقد أصبح الآن صحيحا بعد أن قرر قانون التسـجيل أن البيع لا ينقل الملكية فى الحال ، فارتفع التنافى بين طبيعة البيع و بيع ملك الغـير ، وانتفت العـلة فى البطلان (انظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٨٨ — ص ٦١٠) . ونحن نرى أن بيـع ملك الغير لا يزال باطلا حتى بعـد قانون التسـجيل ، لأن البيع لا تزال طبيعته أنه ناقل للملكية فى ظل هـذا القانون . ونقصد بذلك أن البيع لا يزال ينشئ التزاما فى جانب البائع بنقل الملكية ، فهو ناقل للملكية (translative de propriété) سـواء نقلها فى الحال أو نقلها وقت التسجيل . ولكى نتبين ما إذا كان بيع ملك الغير لا يزال متنافيا مع طبيعة البيع بالمعنى الذى قررناه ، يجب أن نحـدد ما هو المقصود ببيع ملك الغـير . المقصود به بيع يلتزم فيه البائع بأن تنتقل عنه الى المشـترى ملكية شىء معين غير مملوك له كما لو كان هو المالك ، سواء تم تنفيذ الالتزام فى الحال أو تراخى الى وقت التسجيل . فيخرج العقد الذى يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يجعل ملكية شىء معين غير مملوك له تنتقل من المـالك (لا منه هو) الى المتعاقد الآخر . هذا الفرض لا يعتبر بيع ملك الغـير ، بل هو لا يعتبر بيعا أصلا . انمـا هو عقد غير معين يلتزم فيه المتعاقد بعمل شىء لا بنقـل ملكية ، وهو صحيح لا باطل ، و إذا عجز الملتزم عن تنفيـذ التزامه وجب التعو يض طبقا للقواعد العامة . أما بيع ملك الغـير بالمعنى الذى حددناه فلا يزال متوافرا فيه علة البطلان حتى بعد قانون التسجيل ، وذلك لأن البائع فى هـذا العقد لا يزال يلتزم بأن تنتقل عنه ملكية شىء لا يملكه ، لأن البيع لا يزال يولد التزاما فى جانب البائع بأن تنتقل عنه الى المشترى ملكية الشىء المبيع ، فالتنافى لا يزال موجودا بين طبيعة البيع و بيع ملك الغير ، وعلة البطلان لا تزال قائمة ، والنص المنشئ للبطلان لا يزال موجودا ، لم ينسخه قانون التسجيل لا صراحة ولا ضمنا .

(١) لذلك تجرى على هـذه الأحوال الخاصة من البطلان النسبى أحكام خاصة لا تتفق مع القواعد العامة . من ذلك أن بيع ملك الغير تصح اجازته من المـالك الحقيق فينقلب صحيحا بهذه الاجازة حتى لو لم يجزه المشترى ، مع أن القواعد العامة كانت تقضى بأن الاجازة لا تصدر إلا ممن تقرر فى مصلحته البطلان ، أى من المشترى وحده ، لأن المالك الحقيق لم يتقرر بطلان البيع لمصلحته ، فان العقد لا يسرى فى حقه سواء بقى باطلا أو انقلب صحيحا كما قدمنا .

أما بيع المريض مرض الموت فقـد وردت نصوص تقضى بأنه لا ينفـذ إلا فى حدود معينة (م ٢٥٤ — ٢٥٦ / ٣٢٠ — ٣٢٣) ولكن هذا ليس معناه أن البيع يكون باطلا كبيع ملك الغير ، بل هو بيع صحيح ، ولكن ورثة البائع ، وهم معتبرون من الغير فى هذه الحالة ، لا يسرى فى حقهم هذا البيع . وسيأتى تفصيل ذلك عنـد الكلام على أثر العقد بالنسبة للغير .

الأخرى، من قديمة وحديثة تعرف تقسيم البطلان الى مراتب متعددة، وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقا لما ينتجه العقد الباطل من الآثار .

فالقانون الألمانى يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبى (انظر م ١٤١ من القانون المدنى الألمانى للبطلان المطلق و م ١٤٢ للبطلان النسبى) . بل أن الفقه الألمانى يعرف العقد المنعدم، ولو أن نصوص القانون الألمانى لم تشر اليه . ولكن التمييز بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلانا مطلقا قد تكون له أهمية عملية فى القانون الألمانى، حيث يعترف عادة بآثار قانونية معينة للعقد الثانى دون العقد الأول[1] . وفى القانون الألمانى قاعدة هامة لتقرير البطلان النسبى، فعنده أن تقرير هذا البطلان يكفى فيه أن يعلن الطرف الذى يتمسك به ارادته فى ذلك (م ١٤٣ من القانون المدنى الألمانى) ، وسنعرض لهذه المسألة عند الكلام على أحكام البطلان النسبى .

و يميز قانون الالتزامات السويسرى بين العقد الباطل بطلانا مطلقا (م ١١ و م ١٩ و م ٢٠) والعقد الباطل بطلانا نسبيا (م ٢١ و م ٢٣ و م ٢٥ و م ٢٦ و م ٢٨ و م ٢٩[2]) . وفى البطلان النسبى يحذو المشرع السويسرى حذو المشرع الألمانى فى جعله يتقرر باعلان من الطرف الذى يتمسك به (انظر م ٣١ من قانون الالتزامات السويسرى) .

أما المشروع الفرنسى الايطالى فالظاهر أنه يخلط العقد الباطل بطلانا مطلقا بالعقد المنعدم ، ويجعل كليهما عقدا منعدما ، ثم يميز بين العقد المنعدم والعقد القابل للبطلان (الباطل بطلانا نسبيا) . فهو ينص فى المادة العاشرة على أن الشروط المطلوبة لوجود العقد (pour l'existence du contrat) هى رضاء الطرفين ومحل يمكن أن يكون موضوعا للعقد وسبب مشروع . ثم ينص فى المادة الحادية عشرة على أن العقد يمكن إبطاله لنقص فى أهلية المتعاقدين أو أحدهما، أو لعيب فى الرضاء[3] .

والقانون الانجليزى يميز بين العقد الباطل بطلانا مطلقا (void) ، و يدخل فيه العقد المنعدم، والعقد الباطل بطلانا نسبيا (voidable)، والعقد غير النافذ (unenforceable) .

---

(١) انظر فى هذا الموضوع سالى فى اعلان الارادة م ١٤١ فقرة ٢ — فقرة ٦١

(٢) انظر شنيدروفك فى قانون الالتزامات السويسرى ص ٦٥

(٣) انظر فيفورونو فى المشروع الفرنسى الإيطالى فقرة ٧٦

ويريد بالأخير عقدا صحيحا لا يمكن اثباته طبقا للقواعد القانونية، كعقد غير مكتوب لا يجوز اثباته بغير الكتابة . مثل هذا العقد ليس باطلا ولا يجوز طلب إبطاله ، ولكن لا تمكن المطالبة بتنفيذه . على أنه اذا نفذه الملتزم اختيارا ، فليس له أن يسترد ما دفعه بدعوى أن العقد غير نافذ ، بل يكون وفاؤه صحيحا[1] . وظاهر أن هذا الفرض هو إحدى حالات الالتزام الطبيعي في القانونين الفرنسي والمصري، ولما كان القانون الانجليزي لا يعترف بالالتزام الطبيعي كنظرية عامة، فقد وضع إحدى حالاته في نظرية البطلان .

أما الشريعة الاسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره . أول مرتبة هي الانعقاد ، وله شرائط اذا لم تتوافر كان العقد باطلا . ويعرف فقهاء الشريعة الاسلامية العقد الباطل بأنه ماليس مشروعا لا أصلا ولا وصفا ، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل ، بأن كان الايجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد ، وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض (م ٣١٣ مرشد الحيران) . ويتضح من ذلك أن العقد الباطل في الشريعة الاسلامية هو ما سميناه بالعقد الباطل بطلانا مطلقا . ويلي مرتبة الانعقاد مرتبة النفاذ ، وله شرائط اذا لم تتوافر كان العقد موقوفا ، وقد جاء في المادة ٣١٠ من كتاب مرشد الحيران أنه اذا انعقد العقد موقوفا غير نافذ ، بأن كان العاقد فضوليا تصرف في ملك غيره بلا اذنه ، أو كان العاقد صبيا مميزا ، فلا يظهر أثره ولا يفيد ثبوت الملك إلا اذا أجازه المالك في الصورة الأولى والولي أو الوصي في الصورة الثانية ، ووقعت الاجازة مستوفية شرائط الصحة . ويتضح من ذلك أن العقد الموقوف هو أقرب ما يكون الى العقد الباطل بطلانا نسبيا في بعض حالاته ، ويلي مرتبة النفاذ مرتبة الصحة ، ولها شرائط إذا لم تتوافر كان العقد فاسدا . والعقد الفاسد ، كما تقرر المادة ٣١٢ من كتاب مرشد الحيران ، هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ، أي أنه يكون صحيحا باعتبار أصله لا خلل في ركنه ولا في محله ، فاسدا باعتبار بعض أوصافه الخارجة ، بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة ، أو يكون العقد خاليا من الفائدة ، أو يكون مقرونا بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد (كذلك عقد المكره ينعقد فاسدا لا باطلا فيقبل الاجازة ، فان أجازه المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة

---

(١) انظر والتون ١ ص ١٤٦ — ص ١٤٧ و ص ١٥٧ — ص ١٦٠

ينقلب صحيحا : م ٢٩٧ مرشد الحيران) ، والعقد الفاسد لا يفيد الملك فى المعقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه . و يتبين من ذلك أن العقد الفاسد فى الشريعة الاسلامية يدخل فيه فروض يكون العقد فيها باطلا بطلانا مطلقا وفروض أخرى يكون العقد فيها باطلا بطلانا نسبيا . ولذلك آثرنا ألا نخلط مصطلحات الفقه الإسلامى بمصطلحات القانون فى هذا الموضوع الدقيق كما قدّمنا . و يلى مرتبة الصحة مرتبة اللزوم، وشرطه أن يكون العقد خاليا عن خيارات أربعة، خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية (البدائع ٥ ص ٢٢٨) . و يتبين من ذلك أن العقد الصحيح غير اللازم هو أقرب الى أن يكون عقدا معلقا على شرط ، ولا يدخل هذا فى نظرية البطلان[1] . فاذا تركنا مرتبة اللزوم، بقيت مراتب الانعقاد والنفاذ والصحة . و يمكن أن نستخلص من هذه المراتب أن الشريعة الإسلامية تعرف مرتبة بين البطلان المطلق والبطلان النسبى هى مرتبة العقد الفاسد . على أن كل تقابل بين الشريعة الإسلامية والقانون الحديث فى هذا الموضوع لا يكون دقيقا ، فقواعد كل منهما تختلف عن قواعد الآخر إختلافا جوهريا .

الفرع الثانى
أحكام البطلان المطلق والبطلان النسبى

٥٨٠ — **مقارنة بين البطلان المطلق والبطلان النسبى** — عرفنا متى يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ومتى يكون باطلا بطلانا نسبيا . والآن نعرض لحكم كل من هذين النوعين من البطلان .

و يجب أن نقارن أولا مابين العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد الباطل بطلانا نسبيا . فالأول ليس لهُ وجود قانونى (existence de droit) وان كان له وجود فعلى (existence de fait) ،

(١) انظر فى الانعقاد والنفاذ والصحة واللزوم فى عقد البيع (البدائع ٥ ص ١٤٦ — ص ١٥٠ وص ١٥٦ و ص ١٦٨ — ص ١٨٣ و ص ٢٢٨ و ص ٢٣٣ و ص ٢٦١ — ص ٢٩٥ و ص ٢٩٩ — ص ٣٠٦) .

وهناك خلاف بين المذاهب فى تقرير مراتب البطلان . من ذلك أن الشافعى لا يعرف العقد الفاسد فعنده الفاسد والباطل سواء، أما الحنفية فتميز بين الباطل والفاسد كما تميز فى أصول الفقه بين الفرض والواجب . (البدائع ٥ ص ٢٩٩) . وعند الشافعى بيع الفضولى باطل ، وهو موقوف عند الحنفية (البدائع ص ١٤٦ — ص ١٤٧) .

و يلاحظ أن مراتب العقود لو وضعت حسب تدرجها من الضعف الى القوة لكان الواجب أن يكون أضعف عقد هو الباطل ، ثم الفاسد ، ثم الموقوف ، ثم الصحيح ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر .

أما الثانى فله إلى جانب الوجود الفعلى وجود قانونى[1] حتى يتقرر بطلانه فيزول هذا الوجود .

وسنرى أنه يترتب على الوجود الفعلى للعقد الباطل (بطلانا مطلقا أو نسبيا) نتائج قانونية هامة . أما الوجود القانونى ، المنتفى بالنسبة للعقد الباطل بطلانا مطلقا ، والثابت بالنسبة للعقد الباطل بطلانا نسبيا ، فيترتب عليه وجوه للخلاف كبيرة الأهمية بين البطلان المطلق والبطلان النسبى ، نحصرها فيما يلى :

(أولا) لا ينتج العقد الباطل بطلانا مطلقا ، باعتباره عقدا قصد اليه المتعاقدان ، أى أثر قانونى . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فيترتب عليه كل آثاره حتى يتقرر بطلانه ، فتصبح هذه الآثار كأنها لم تكن .

(ثانيا) لا حاجة الى صدور حكم بالبطلان المطلق ، فكل من المتعاقدين وكل ذى مصلحة يستطيع التمسك بهذا البطلان قبل التقاضى أو التراضى ، على أنه إذا رفع الأمر الى القضاء فيستطيع أن يتمسك بالبطلان كل شخص ذى مصلحة ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . أما البطلان النسبى فلا يتقرر إلا بالتقاضى أو التراضى ، ولا يتمسك به إلا من تقرر فى مصلحته البطلان ، ولا تقضى به المحكمة إلا اذا طلب منها ذلك .

(ثالثا) البطلان المطلق لا تلحقه الاجازة . أما البطلان النسبى فانه يزول باجازة العقد .

(رابعا) لا يسقط التقادم البطلان المطلق ، ويسقط البطلان النسبى .

هذه الفروق الأربعة بين البطلان المطلق والبطلان النسبى مبنية فى الواقع على الوجود القانونى للعقد الباطل بطلانا نسبيا دون العقد الباطل بطلانا مطلقا كما قدمنا . وهى تتمشى مع المنطق . فما دام العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانونى ، فهو لا ينتج أثرا ، ولا يحتاج فى تقريره الى حكم ، ويتمسك به كل ذى مصلحة ، وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا تلحقه الاجازة ، ولا يسقط بالتقادم . وعلى العكس من ذلك العقد الباطل بطلانا نسبيا ، فان له وجودا قانونيا ، ويترتب على هذا الوجود أنه ينتج أثره حتى يتقرر البطلان ، ولا بد

---

(١) وقد قدمنا أن البطلان النسبى إنما يتقرر لمصلحة أحد المتعاقدين ، فهو إذن لا يمنع من أن يكون للعقد وجود قانونى ، ولكن هذا الوجود معيب مهدد بالزوال ، حتى اذا اختار من تقرر لمصلحته البطلان أن يبطل العقد زال ، أما اذا أجاز العقد فان الوجود القانونى يستقر وينقلب العقد صحيحا .

فى تقرير البطلان ، أى فى إزالة هـذا الوجود القانونى من القاضى أو التراضى ، ولا يتمسك بالبطلان إلا من تقـرر فى مصلحته ، ولا تقضى به المحكمة إلا إذا طلب منها ذلك ، وتلحقه الأجازة فيتثبت هـذا الوجود القانونى وقد كان مزعزعا ، ويسـقط بالتقادم فيزول العيب ويستقر الوجود القانونى . وقد أيد القانون المنطق ، فنص صراحة على بعض هـذه النتائج (م ١٣٢/١٩٢ من القانون المدنى المصرى و م ١١١٧ و م ١١٢٥ من القانون المدنى الفرنسى) ، وترك الباقى يستخلص من تطبيق القواعد العامة .

والآن نفصل ما أجملناه فى شأن هذه الفروق الأربعة فنتكلم فى : (١) أثر العقد الباطل . (٢) تقرير البطلان . (٣) إجازة العقد الباطل . (٤) أثر التقادم فى البطلان .

المبحث الأول — أثر العقد الباطل

* ٥٨١ — **البطلان المطلق** — قدمنا أن العقـد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج أثرا قانونيا باعتباره عقدا قصد اليـه المتعاقدان إلا فى أحوال استثنائية . وذلك واضح ، فمـا دام هذا العقد ليس له وجود قانونى ، فلا تترتب عليه آثار قانونية .

وسنرى فيما يلى أنه قد تترتب بعض الآثار القانونية على العقد الباطل . ولكن هذه الآثار تترتب عليه إما باعتباره واقعة قانونية أو لاعتبارات عملية على سبيل الاستثناء .

* ٥٨٢ — **البطلان النسبى** — أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فيمر على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يتقرر بطلانه . ويكون له فى هـذه المرحلة وجود قانونى كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التى كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا . (والمرحلة الثانيـة) بعد أن يتقرر البطلان . وينعدم فى هـذه المرحلة وجوده القانونى انعـداما تاما ، وتزول كل الآثار القانونيـة التى أنشأها ، ويكون للبطلان أثر رجعى ، فلا يعود هناك فرق بين البطلان النسبى والبطلان المطلق . والواقع من الأمر أن البطلان النسبى ليس شيئا مستقلا يقوم الى جانب البطلان المطلق . وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على مرحلتين ، يكون فى المرحلة الأولى منهما صحيحا ، وفى المرحلة الثانية باطلا بطلانا مطلقا بأثر رجعى . فالعقد لا يكون إذن إلا صحيحا أو باطلا بطلانا مطلقا ، وليس هناك إلا نوع واحد من البطلان ، يندمج فيه البطلان

النسبي كما اندمج فيه الانعدام . وهـذا ما يقضى به المنطق الصحيح، إذ البطلان هو العدم، والعدم لا تتفاوت درجاته[(١)] .

على أن العقد الباطل بطلانا نسبيا، حتى بعد أن يتقرر بطلانه، قد ينتج من الآثار القانونية ما ينتجه العقد الباطل بطلانا مطلقا، فالاثنان قد أصبحا سواء . وننتقل الآن الى بيـان الآثار القانونيـة التى قد ينتجها العقد الباطل، سـواء كان البطلان مطلقا، أو كان نسبيا بعـد أن يتقـرر البطلان .

* **٥٨٣ — كيف ينتج العقد الباطل أثرا قانونيا** — واذا كان يبـدو غريبا أن عقـدا باطلا، ليس له وجود قانونى، ينتج مع ذلك أثرا قانونيا، فان هـذه الغرابة تزول اذا علمنا أن العقد الباطل فى بعض الأحوال ينتج الأثر القانونى باعتباره واقعة مادية . فهو كعقد لا ينتج أثرا، لأنه باطل ليس له وجود قانونى . ولكنه كواقعـة قانونية لهـا وجود مادى قد ينتج بعض الآثار العرضية .

وفى أحوال أخرى ينتج العقد الباطل آثارا جوهرية تترتب عليـه باعتباره عقدا، وقد اقتضى هذا الشـذوذ ضرورة استقرار المعاملات، وتطلبه وجوب حماية حسن النية، كما سيتبين ذلك مما يلى :

٥٨٤ — التمييز بين الآثار العرضية والآثار الجوهرية — ويميز الفقهاء عادة فى الآثار القانونية التى قد تترتب على العقد الباطل بين الآثار العرضية والآثار الجوهرية. فالعقد الباطل قـد لا ينتج من الآثار إلا ما كان عرضـيا : نوعا، وقد ينتج آثارا جوهرية هى المقصودة أصلا من العقد[(٢)] .

---

(١) نريد أن نقول أنه لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقـد مستقلة بعضها عن البعض الآخر : الصحة والبطلان النسبى والبطلان المطلق، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد يمر على حالتين الحالتين واحدة بعد الأخرى . فهو متميز عن العقد الصحيح الذى لا يمر إلا على حالة الصحة، ومتميز عن العقد الباطل بطلانا مطلقا الذى لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن اذا كان العقد الباطل بطلانا نسبيا متميزا على هذا النحو، فالبطلان النسبى نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق .

(٢) انظر بيد ليفر (Piedelièvre) فى الآثار التى ينتجها العقـد الباطل — انظر أيضا مقالا للأستاذ حلمى بهجت بدوى فى آثار التصرفات الباطلة (مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة العدد الثالث والسنة الرابعة العدد الثالث) .

المطلب الأول — الآثار العرضية للعقد الباطل

٥٨٥ — استعراض بعض هذه الآثار — قد ينتج العقد الباطل آثارا عرضية، ليست هي الآثار المباشرة التي قصد اليها المتعاقدان، ولم تكن هي التي يتوقعانها وقت التعاقد[(١)].

من ذلك الزواج غير الصحيح، فهو في الشريعة الاسلامية لا ينتج آثاره الجوهرية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث، ولكنه قد ينتج آثارا عرضية كوجوب العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطا وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف في الرأي[(٢)]. وللزواج الباطل في القانون الفرنسي آثار عرضية أيضا منها ثبوت البنوة الطبيعية (filiation naturelle) ووجوب العدة[(٣)]. وهذه الآثار لا تترتب على الزواج من حيث أنه عقد، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثرا، ولكن تترتب عليه باعتباره واقعة مادية، فقد وقع أن شخصين ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين، فالعدة واجبة على أثر هذا الاتصال الفعلي، والبنوة ثابتة، والمهر بمثابة تعويض عن الدخول بالمرأة، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لوجود الزواج.

بل هناك من الاجراءات ما يكون باطلا ومع ذلك ينتج بعض الآثار. مثل ذلك أن صحيفة الدعوى اذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة تكون باطلة، ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٢٤٦ من القانون المدني الفرنسي أنها تقطع التقادم رغما من بطلانها لهذا السبب، وقد سار على هذا الرأي القضاء المصري مع عدم وجود نص في القانون المصري مقابل للمادة ٢٢٤٦[(٤)]. وقد يبرر هذا أن المدعي قد أعلن ارادته صريحة جازمة في المطالبة بحقه،

---

(١) بيدلبيفر في الآثار التي ينتجها العقد الباطل ص ١٧ وما بعدها.

(٢) فتح القدير ٥ ص ٣٠ وما بعدها وص ٤٠ وما بعدها. الأستاذ محمد زيد الأبياني بك في الأحوال الشخصية جزء أول ص ١٩٣ وما بعدها — الأستاذ أحمد ابراهيم بك في الأحوال الشخصية ص ١٦٦ — ص ١٦٧ وص ٣٤٩

(٣) ديمولومب ١ فقرة ١٢٤ — أوبري ورو ٤ فقرة ٤٦٣ ص ٨٢ هامش نمرة ٤ — قارن بلانيول وريبير ورواست فقرة ٣٠٨ ص ٢٤٢ هامش نمرة ٤.

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ ديسمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣ — ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ — ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ — ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٧ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٢ — ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ قارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٣.

فاذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لسبب لا يتعلق بهذه الارادة[1] ، فلا شيء يمنع من أن يترتب على هذه الارادة الجازمة أثرها ، فتقطع التقادم ، وفى هذا تأييد لرأى من يذهب الى أن البطلان يتنوع ، وأن الآثار التى تترتب على العمل قد تتجزأ ، فيوجد بعضها دون البعض الآخر تبعا للغرض الذى يراد تحقيقه من وراء تطلب شرط أو آخر ، وقد سبقت الاشارة الى هذا الرأى . ومن الاجراءات الباطلة التى تنتج أثرا قانونيا ما تقضى به المادة ٧٠٥ من قانون المرافعات الفرنسى من أن العطاء اللاحق فى المزايدة يغطى العطاء السابق ، حتى لو كان هذا العطاء اللاحق باطلا . وقد أشرنا الى هذا النص عند الكلام فى التمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق . ويعلل الفقهاء هذا النص عادة بمراعاة مصلحة الدائنين والمدين ، فان العطاء اللاحق اذا غطى العطاء السابق كان هذا معناه فتح المزايدة من جديد حتى يصل ثمن الشيء الى أعلى حد ممكن[2] . واذا نظرنا الى هذا الاعتبار العملى من ناحيته القانونية ، أمكن القول بأن تغطية العطاء الباطل للعطاء الذى سبقه يرجع الى أن العطاء الباطل له وجود مادى قد يكون من شأنه أن يمنع بعض الناس من التقدم للمزايدة ، فوجب الأخذ بأثر العطاء الباطل من حيث أن له وجودا ماديا ، فيغطى العطاء السابق ، ويفتح باب المزايدة من جديد .

ومما يذكر عادة فى الآثار التى تترتب على العقد الباطل ، أن العقد الباطل بطلانا نسبيا يصلح سببا صحيحا ناقلا للملكية يستند اليه واضع اليد فى التملك بالتقادم الخمسى بخلاف العقد الباطل بطلانا مطلقا ، فانه لا يصلح أن يكون سببا صحيحا ناقلا للملكية[3] . وقد يكون فى ايراد الحكم على هذا النحو ما يدعو الى الظن بأن البطلان النسبى يوجد آثارا لا يوجدها البطلان

---

(١) على أن المادة ٢٢٤٧ من القانون المدنى الفرنسى تقضى بأنه اذا كانت صحيفة الدعوى باطلة من حيث الشكل فانها لا تقطع التقادم . ويقال عادة فى تبرير التمييز ما بين البطلان لعدم اختصاص المحكمة والبطلان للشكل أن قواعد الاختصاص كثيرا ما تكون معقدة ، ويعذر المدعى اذا أخطأ فى تطبيقها . على أنه يمكن القول من طريق آخر أن بطلان صحيفة الدعوى لعدم اختصاص المحكمة لا يحط من قيمة الارادة التى صدرت من المدعى فى المطالبة بحقه لا من حيث موضوع هذه الارادة ولا من حيث شكلها . أما بطلان صحيفة الدعوى لعدم استيفاء الشكل فهو يحط من قيمة هذه الارادة من ناحية الشكل على الأقل (ومع ذلك فن رأى بعض الفقهاء أنه كان من الواجب أن تكون صحيفة الدعوى قاطعة للتقادم حتى لو كانت باطلة من حيث الشكل : جيبوار فى التقادم ١ فقرة ٢٠٩ — فقرة ٢١١ — بودرى وتيسييه فقرة ٤٩٨ — بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٧٣١) .

(٢) جارسونيه فى المرافعات ٤ فقرة ١٥٩٩ .

(٣) انظر بيلير ليفر فى الآثار التى ينتجها العقد الباطل — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٧ ص ٣٩٨ هامش نمرة ١ — حلمى بهجت بدوى فى مجلة القانون الاقتصاد السنة الثالثة ص ٤٣٣

المطلق ، بعـد أن قدّمنـا أن النوعين من البطلان سواء من حيث إنتـاج الأثر القانونى . ولا شك عندنا فى أن العقد الباطل بطلانا نسبيا يصلح سببا صحيحا ناقلا للملكية بخلاف العقد الباطل بطلانا مطلقا[1] . ولكن ليس ذلك لأن البطلان النسبى ينتج أثرا لا ينتجه البطلان المطلق ، بل لأن العقد الباطل بطلانا نسبيا الذى يصلح سببا صحيحا هو عقد لم يتقرر بطلانه ، فهو فى مرحلته الأولى كما قدّمنا لا يزال عقدا صحيحا ينتج كل آثاره القانونية ، ومنها أن يكون سببا صحيحا . أما بعد أن يتقرر بطلان العقد ، فانه يفقد صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا ، ويستوى فى هذا مع العقد الباطل بطلانا مطلقا من مبدأ الأمر . فلو أن شخصا اشترى عقارا من غير مالك ، وكان البائع قاصرا ، ووضع المشترى يده على العقار وهو معتقد أنه اشترى من المـالك ، وبقى واضعا يده أربع سـنوات ، ثم طلب القاصر بطلان العقد لنقص الأهليـة ، فتقرر البطلان ، فان بقاء المشترى واضعا يده سنة خامسة لا يكسبه الملكية بالتقادم الخمسى ، إذ ينقصـه السبب الصحيح ، بعد أن تقرر بطلان البيع فأصبح لا يصلح سببا صحيحا . ومن ذلك يتبين أن العقد الباطل بطلانا نسبيا اذا أوجد أثرا لا يوجده العقد الباطل بطلانا مطلقا ، فانما يكون ذلك فى المرحلة الأولى قبل أن يتقرر البطلان وإذ كان العقد يعتبر صحيحا . وهذا مسلم به ، فان العقد الباطل بطلانا نسبيا ، وهو فى هذه المرحلة الأولى ، ينتج كل آثاره القانونية الجوهرية والعرضية ، فمن البديهى اذن أن ينتج آثارا قانونية لا ينتجها العقد الباطل بطلانا مطلقا . أما فى المرحلة الثانية ، بعد أن يتقرر البطلان ، فان العقد الباطل بطلانا نسبيا يصبح غير صالح لأن يكون سببا صحيحا ، ويصـير هو والعقد الباطل بطلانا مطلقا من هـذه الناحية سواء . ومن ذلك يتضح أن الفقهاء الذين يوردون ضمن الآثار القانونيـة التى ينتجها العقد الباطل صـلاحيته لأن يكون سببا صحيحا انمـا يذكرون أثرا يترتب على العقد قبـل أن يتقرر بطلانه ، مع أن الآثار التى نحن بصددها إنمـا يراد بها أن تكون آثارا ينتجها العقد بعد أن يتقرر البطلان[2] .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٤ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨١ — ٢٤ ديسمبر سـنة ١٩١٤ م ٣٧ ص ٨٣ — ٢٣ أكتوبر سـنة ١٩١٧ م ٣١ ص ٣ — محكمة بنى سويف الابتدائية فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٢٤ رقم ٣١٩ .

(٢) ولعل السبب فى هذا أنه قلما يظهر بوضوح فى كتب الفقه أن العقد الباطل بطلانا نسبيا لم يعد أن يكون عقدا صحيحا فى مرحلة أولى ، ثم عقدا باطلا بطلانا مطلقا فى مرحلة ثانية . فهو اذا صلح أن يكون سببا صحيحا ناقلا للملكية ، فليس ذلك لأن البطلان النسبى له من الأثر ما ليس للبطلان المطلق ، بل لأن العقد اعتبر صحيحا فى المرحلة الأولى كما قدّمنا . =

٥٨٦ — **نظريتان ألمانيتان** — ومن أهم الآثار العرضية التى ينتجها العقد الباطل تلك الآثار التى تستخلص من تطبيق نظريتين ألمانيتين معروفتين : (١) نظرية الخطأ عند تكوين العقد . (٢) ونظرية تحوّل العقد .

ونوجز القول فى كل من هاتين النظريتين :

§ ١ — نظرية الخطأ عند تكوين العقد[(١)]

CULPA IN CONTRAHENDO

٥٨٧ — **أساس الخطأ عند تكوينه العقد** — اذا نشأ العقد صحيحا التزم به المتعاقد، ووجب عليه القيام بالتزامه و إلا كان مسئولا مسئولية تعاقدية (responsabilité contractuelle) وهى مسئولية مصدرها العقد الذى تم . ولكن اذا كان العقد باطلا، سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا ما دام قد تقرر، فان العقد لا ينشئ التزاما ولا يمكن أن تترتب عليه مسئولية .

= ونذكر قبل أن نترك هذا الموضوع أن السبب الصحيح الناقل للكية لابد أن يكون صادرا من غير مالك طبقا لقواعد التقادم الخمسى . ويتبين من ذلك أنه لابد أن يكون باطلا بطلانا نسبيا . فقريب بعد ذلك أن يناقش الفقهاء فرض العقد الباطل بطلانا نسبيا فى التقادم الخمسى على اعتبار أنه فرض استثنائى، مع أنه هو الفرض العام . على أن البطلان النسبى للسبب الصحيح قد يكون آتيا من ناحيتين، من ناحية أنه صادر من غير مالك ومن ناحية النقص فى الأهلية أو العيب فى الرضا . ففى المثل المتقدم اذا كان البائع غير المالك قاصرا، كان لكل من المشترى والبائع حق طلب البطلان، الأول يتمسك ببطلان بيع ملك الغير والثانى يتمسك بالبطلان لنقص الأهلية . فاذا طلب أحدهما أو كلاهما البطلان، ولم يكن قد مضى خمس سنوات على وضع يد المشترى، فان البيع يفقد صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا . ويمكن أن نتصور أن المشترى يطلب البطلان اذا كان من مصلحته أن يرجع العين الى مالكها ويرجع بالثمن على القاصر، ويتحمل ذلك اذا نزلت قيمة العين عن الثمن وأمكن المشترى أن يرجع بالثمن على القاصر، باعتبار أنه قد استفاد منه .

(١) انظر فى هذا الموضوع ايرنج أعماله المختارة ترجمة مليئير الفرنسية جزء ٢ ص ١ — ص ١٠٠ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٥٣ — فقرة ١٦١ — سالى فى إعلان الارادة م ١٢٢ فقرة ١ — فقرة ٦. وم ١٤١ فقرة ٥٤ — فقرة ٦٠ — مقالا لسالى فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٠٧ ص ٦٩٧ — ص ٧٥١ — روبييه (Roubier) رسالته فى المسئولية السابقة على التعاقد (précontractuelle) ليون بلمرو (Legros) رسالته فى المسئولية عند بطلان العقد ديجون سنة ١٩٠٠ — رو (Roux) رسالته فى التعويض عن بطلان العقد باريس سنة ١٩٠١ — هلسنراد (Hilsenrad) رسالته فى الالتزامات التى تنشأ عند إعداد العقد باريس سنة ١٩٣٢ بودرى وبارد ١ فقرة ٣٦٢ — ديموج ١ ص ٩٤ — ص ١٠٠ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣١ وفقرة ١٨٩ وفقرة ٣٢٤ — والتون ١ ص ٣٥٨ — ص ٣٦١ — حلمى بهجت بدوى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٣٨٤ — ص ٤٠٥ .

على أنه توجد أحوال يكون العقد فيها باطلا، ويكون سبب البطلان آتيا من جهة أحد المتعاقدين، ولكن المتعاقد الآخر يعتقد صحة العقد ويطمئن الى ذلك، ويبنى تعامله على هذا الاعتقاد، فاذا بالعقد وقد تقرر بطلانه، فيناله من وراء ذلك ضرر لم يكن يحسب له حسابا. فهل فى مثل هذه الأحوال يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتيا من جهته، واذا كان له الرجوع بالتعويض فعلى أى أساس قانونى يكون هذا الرجوع ؟

أما الأحوال التى يتحقق فيها الفرض الذى قدمناه فكثيرة. فقد يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، وسبب البطلان يرجع الى انعدام الرضاء. أو قد لا يكون هناك رضاء أصلا من أحد المتعاقدين، كالشخص الذى يترك خاتمه فى متناول آخر فيختم هذا به عقدا يطمئن اليه من يتعاقد معه، أو كأن يصدر مستخدمو احدى الشركات سندات غير صحيحة، ولكن يطمئن اليها من يشترى هذه السندات. وقد لا يكون هناك توافق بين الإيجاب والقبول، كما اذا عدل الموجب قبل تلاقى القبول بالإيجاب ولكن المتعاقد الآخر كان قد اطمأن الى أن العقد قد تم، وكما اذا كانت الارادة الباطنة غير الارادة الظاهرة وأخذنا بالارادة الباطنة بالرغم من أن المتعاقد الآخر قد اطمأن الى الارادة الظاهرة[1]. وقد يرجع سبب البطلان المطلق الى المحل أو السبب، كأن يبيع شخص شيئا غير موجود أو غير متوافر فيه شروط المحل أو التزم البائع دون سبب صحيح واطمأن المشترى الى ذلك. وقد يكون البطلان نسبيا لا مطلقا، ويرجع الى نقص الأهلية، كأن يتقدم قاصر للتعاقد ويطمئن من يتعاقد معه الى صحة هذا التعاقد. وقد يرجع البطلان النسبى الى عيب من عيوب الرضاء، كأن يقع أحد المتعاقدين فى غلط لايشترك معه فيه الآخر بل يطمئن هذا الى أن التعاقد صحيح. وقد يكون البطلان النسبى له سبب خاص كبطلان بيع ملك الغير، كما اذا تعامل المشترى مع غير المالك واعتقد أن البيع صحيح.

---

(١) وقد أورد إيرنج مثلا جاء فيه أن متجرا فى مدينة كولونيا أبرق الى مصرف فى مدينة فرنكفورت أن يبيع لحسابه عددا معينا من السندات. ولكن لفظ البيع بالألمانية (verkaufan) وقع فيه غلط فى البرقية، وحذف منه المقطع الأول (ver) فأصبح (kaufen)، وهذا لفظ معناه الشراء لا البيع. فكان من ذلك أن اشترى المصرف سندات لعميله بدلا من أن يبيع، ونزل سعر السندات بعد ذلك، فلحقت الخسارة مبلغا جسيما، أراد المصرف أن يرجع بها على العميل، فقضى له بذلك (ايرنج أعماله المختارة جزء ثان ترجمة مليئير (Meulenaere) الفرنسية باريس سنة ١٨٩٣ الجزء الثانى ص ٧ — ص ٨).

وهذا المثل، اذا كان قد أورده إيرنج تطبيقا على الغلط، يصلح تطبيقا على عدم التوافق ما بين الارادة الظاهرة والارادة الباطنة.

فى كل هذه الأمثلة وجد عقد باطل سبب بطلانه آت من ناحية أحد المتعاقدين، ولكن وجد للعقد مظهر خارجى من الصحة اطمأن اليه المتعاقد الآخر . فاذا فوجئ هـذا ببطلان العقد فانه طبقا لنظرية الخطأ عند تكوين العقد يرجع بتعويض على المتعاقد الأول ، ولو كان حسن النية . وهذا التعويض مصدره خطأ تعاقدى ، هو تسبب المتعاقد الأول فى إيجاد هذا المظهر الكاذب . فالعقد الباطل اذن ، طبقاً لهذه النظرية ، قد أنشأ التزاما بالتعويض . ولو صح ذلك لكان معناه أن العقد الباطل ينتج أثرا قانونيا باعتباره عقدا لا باعتباره واقعة مادية .

٥٨٨ — *كيف صاغ ايرنج نظرية الخطأ عند تكوين العقد* — وقد كان ايرنج (Ihering) الفقيه الألمانى المعروف هو الذى صاغ هذه النظرية . ويقول أن السبب الذى دعاه الى ذلك هى حيرة وقع فيها بشأن الغلط . فانه اذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط جوهرى وطلب بطلان العقد لهذا السبب ، أفلا يحق للمتعاقد الآخر أن يطلب تعويضا عما سببه له هذا البطلان من الضرر ، وقد يكون بائعا أرسل للمشترى ما ظن أن هذا يطلبه وتكلف نفقة ذلك ، فمن العدل أن يرجع بما صرفه فى هذا السبيل . ثم تلمس ايرنج مصدرا لحق البائع فى الرجوع بالتعويض فلم يجده فى العمل الضار ، لأن القانون الرومانى وهو الذى كان يطبق فى ألمانيا فى ذلك العهد ، لا يجعل كل عمل ضار خاطئ مصدرا للالتزام بالتعويض ، بل كانت الأعمال الضارة التى تستوجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون اكيليا (Aquilia) المعروف . وقد نقب ايرنج فى نصوص القانون الرومانى فوجد بغيته فى بعض النصوص التى تقضى برجوع البائع على المشترى بالتعويض بمقتضى دعوى العقد نفسها[1] . واستخلص من ذلك أن العقد ، بالرغم من بطلانه ، ينشئ التزاما بالتعويض .

ولكنه لم يرد أن يقتصر على التطبيقات التى وجدها فى القانون الرومانى ، بل صاغ نظرية عامة تجاوز هـذه التطبيقات الى غيرها ، ورسم مبدأ يقضى بأن كل متعاقد تسبب ، ولو عن حسن نية ، فى إيجاد مظهر كاذب لعقد باطل اطمأن المتعاقد الآخر الى أنه صحيح ، يلتزم بمقتضى هذا العقد الباطل أن يعوض على هذا المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه الى العقد ، بحيث يرجع الى الحالة التى كان يصير اليها لو لم يتعاقد .

---

(١) وهى نصوص خاصة بعقد البيع اذا ورد على محل غير مستوف لشرائطه ، كما لو كان المبيع لا يجوز التعامل فيه (extra commercium) أو كان منعدما (انظر إيرنج : أعماله المختارة ٢ ص ١٠ وما بعدها) .

٥٨٩ – نظرية إيرنج فى الخطأ عند تكوين العقد – ويرى إيرنج أن دعوى التعويض هذه لا يمكن إلا أن تكون دعوى العقد، لأن دعوى الغش (actio doli) تشترط وجود تدليس الى جانب شروط أخرى يتطلبها القانون الرومانى، ودعوى قانون اكيليا (actio legis Aquiliae) تتطلب نوعا معينا من الضرر . فلم يبق إلا العقد . ولكن العقد باطل فرضا، فكيف يمكن أن ينتج أثرا قانونيا ؟ يجيب إيرنج على ذلك بأن بطلان العقد لا يعنى أنه لا ينتج أثرا ما، ولا يجوز أن يجرّد العقد الباطل من كل آثاره . فاذا نقص العقد ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، فأصبح باطلا ، كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هـذا الركن أو هذا الشرط . ولكن ذلك لا يمنع من أن ينتج آثارا قانونية أخرى لا يؤثر فيها فقدان الركن أو الشرط[1] . واستشهد إيرنج على صحة هذا الرأى بتطبيقات مختلفة فى القانون الرومانى[2] .

وأساس دعوى التعويض هو الخطأ التعاقدى . فهناك : (أولا) خطأ : وهو خطأ منسوب الى المتعاقد الذى كان فى جانبه سبب البطلان ، وذلك أنه أقدم على التعاقد وكان يجب أن يعلم بما يحول دون هـذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد . وقد أصيب المتعاقد الآخر الذى اطمأن الى صحة التعاقد بضرر من وراء هـذا البطلان . على أنه حتى لو فرض أن المتعاقد المنسوب اليه الخطأ كان لا يستطيع أن يعلم بخطأه ، فانه يبقى أن هناك ضررا من العـدل أن يتحمله هو وقد وجد فى جانبه سـبب البطلان، لا أن يتحمله المتعاقد الآخر وهو حسن النيـة ولم يكن فى موقف يستطيع فيه أن يكشف هذا السبب . ووجود سـبب البطلان فى جانب أحد المتعاقدين كاف وحده أن يكون خطأ (culpa) يستوجب التعويض، وهناك أمثلة فى القانون الرومانى تؤيد ذلك[3] . (ثانيا) وهـذا الخطأ تعاقدى . أى أن المدين بوقوعه فى هذا الخطأ قد خرق التزاما تعاقديا . والعقد الذى أنشأ هذا الالتزام هو عقـد ضمـان التزم بمقتضاه كل متعاقد أن يضمن للمتعاقد الآخر صحة التعاقد ، فلا يوجد

---

(١) ايرنج أعماله المختارة ٢ ص ٢٧ — ص ٢٨ . وهنا نرى كيف أن ايرنج يرتب على العقد الباطل آثارا قانونية . وهو فى ذلك قريب جدا من نظرية نوع البطلان التى سبقت الاشارة اليها .

(٢) ايرنج أعماله المختارة ٢ ص ٢٨ — ص ٣٠

(٣) وذلك كدعاوى العيوب الخفيـة فى البيع (actions édilitiennes) . ايرنج أعمـاله المختارة ٢ ص ٣٢ — ص ٣٣ .

فى جانبه سبب يوجب بطلان العقد . فاذا وجد هذا السبب فى جانب أحد المتعاقدين، اعتبر هذا المتعاقد مخلا بالتزامه ، ووجب أن يدفع تعويضا . أما كيف تم عقد الضمان هذا ، فلا يدعى ايرنج أنه أبرم على وجه صريح فيما بين المتعاقدين، بل هو يستخلصه ضمنا من ظروف التعاقد . فكل متعاقد اذا أقدم على التعاقد انما يتعهد ضمنا فى هذا الاقدام ألا يكون من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان بايجاب وقبول ضمنيين[1] . ولما كان الخطأ تعاقديا فهو مفروض، لا يكلف الدائن بإثباته . ويترتب على هذا أنه اذا وجد سبب يوجب بطلان العقد فى جانب أحد المتعاقدين ، رجع عليه المتعاقد الآخر بالتعويض ، دون أن يكلف باثبات تقصير فى جانب المدين .

بقى تقدير التعويض : وهنا يميز ايرنج بين تعويض عن عقد صحيح لم ينفذ وتعويض عن عقد باطل تسبب عن بطلانه ضرر للمتعاقد الذى اطمأن الى صحته . ففى الحالة الأولى يكون التعويض عن المصلحة الإيجابية (intérêt positif, Erfullungs Interesse) ،وفى الحالة الثانية عن المصلحة السلبية (intérêt négatif, negative Vertrags Interesse) ويأتى بمثل يوضح ذلك : شخص حجز غرفة فى فندق ولم يقم بالتزامه . فى مثل هذه الحالة يرجع عليه صاحب الفندق بالمصلحة الإيجابية فيطلب منه تعويضا عن الضرر الذى أصابه من عدم تنفيذ العقد، ويتقاضى أجرة الغرفة منه . أما اذا نشأ العقد باطلا ولكن صاحب الفندق اطمأن الى صحته فانه لا يرجع على من أقدم على التعاقد معه إلا بالمصلحة السلبية ، فيطلب تعويضا عن الضرر الذى أصابه من جراء توهمه صحة العقد، ليعود بهذا التعويض الى الحالة التى كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد ، ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا اذا أثبت أن الغرفة التى ظن أنها حجزت قد طلبها آخرون فرفض الطلب ، وقد رأينا فى الحالة

---

(١) ايرنج أعماله المختارة ٢ ص ٣٩ . وكان يترتب على ذلك أنه لو كان سبب البطلان نقص أهلية أحد المتعاقدين فان عقد الضمان نفسه يكون باطلا ، ولا يجوز الرجوع بتعويض على ناقص الأهلية إلا على أساس المسئولية التقصيرية (قارن مع ذلك ايرنج أعماله المختارة ٢ ص ٤١ — ص ٤٣) .

وهناك فروض أخرى لا يستقيم معها العقد الضمنى ، كما اذا صدر من الموجب ارادة غير جدية اعتمد عليها الطرف الآخر، فالموجب لم يرد أن يتعاقد ولم يرد كذلك أن يضمن صحة تعاقده ، فكيف يكون مسئولا عن التعويض بناء على عقد ضمان ضمنى ؟ (انظر فى هذا المعنى سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٥٧ ص ١٦٩ هامش نمرة ٤) .

الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد . ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الايجابية . ويضرب ايرنج مثلا لذلك تاجرا باع عشرة صناديق من " السجاير " ، وكان العقد صحيحا ولكن المشترى لم ينفذه ، فللبائع أن يطلب تعويضا عن المصلحة الإيجابية ، هو المكسب الذى فاته من ضياع هذه الصفقة ، أى الربح الذى كان يجنيه منها ، والخسارة التى لحقته من عدم تنفيذ العقد ، كما لو تكبد نفقات فى ارسال الصناديق الى المشترى واستردادها بعد ذلك . أما اذا كان العقد باطلا ، بأن كان المشترى لم يطلب إلا صندوقا مثلا ولكن وقع غلط فى الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق ، فان التعويض الذى يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية ، حتى يعود للحالة التى كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد ، فيرجع بمصاريف ارسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذى كان يربحه لو تمت الصفقة . فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية . وقد يكون مساويا له ، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوى هو أيضا على عنصرين ، الخسارة التى لحقت الدائن والمكسب الذى فاته ، فاذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة امتنع عن اتمامها ظنا منه أن الصفقة الأولى قد تمت ، ففى هذه الحالة يرجع أيضا بالمكسب الذى فاته الى المصاريف التى أنفقها فيستوى التعويضان . واذا كانت الصفقة التى عرضت عليه وامتنع عن اتمامها كانت تعود عليه بربح أكبر من ربح الصفقة الأولى ولكنه رفضها احتراما لتعاقده الأول ، فان التعويض عن المصلحة السلبية يكون فى هذه الحالة أكبر من التعويض عن المصلحة الايجابية ، ولكن الظاهر أن الدائن اذا تقاضى تعويضا عن المصلحة السلبية فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الإيجابية ، وإلا لاستفاد من بطلان العقد دون حق . وهذا ماقضى به القانون الألمانى الذى أخذ بنظرية الخطأ فى تكوين العقد كما سنرى[1] . على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون فى بعض الفروض منعدما .

---

(١) انظر المثل الذى نقله سالى عن كوزاك (Cosack) : تاجر باع مجوهرات قيمتها خمسون ألفا من المباركات بمبلغ ثمانين ألفا ، وكان عقد البيع باطلا ، ولم يعلن المشترى بطلانه إلا بعد أيام عرض فى غضونها على التاجر أن يبيع هذه المجوهرات بمبلغ خمسة وثمانين ألفا من المباركات . فيكون التعويض عن المصلحة السلبية فى هذا الفرض هو خمسة وثلاثون ألفا من المباركات . أما التعويض عن المصلحة الايجابية فأقل من ذلك (ثلاثون ألفا) ؛ ويكون مايستحقه التاجر من التعويض عند طلب بطلان العقد هو ثلاثون ألفا حتى لايجاوز حدود التعويض عن المصلحة الايجابية (انظر سالى فى اعلان الارادة م ١٢٢ فقرة ٢) .

ففى المثال الذى نحن بصدده اذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق الى المشترى وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى، فانه لايتقاضى تعويضا ما، اذ لم يتكبد خسارة ولم يفته مكسب[(١)].

٥٩٠ – **نظرية الخطأ عند تكوين العقد فى القانون الالمانى** – أخذ المشرع الألمانى بنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى مواضع متفرقة. فنص فى المادة ١٢٢ على أنه اذا كان اعلان الارادة باطلا وفقا للمادة ١١٨ (ارادة غير جدية)، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و١٢٠ (نقل الارادة غلطا)، فعلى من صدرت منه هذه الارادة، اذا كانت موجهة لشخص معين، أن يعوض هذا الأخير، واذا لم تكن موجهة لشخص ما، أن يعوض أى شخص، عن الضرر الذى أصابه لاعتقاده بصحة الارادة، دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ما له من المصلحة فى أن تكون الإرادة صحيحة. وينقطع الالتزام بالتعويض اذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب البطلان أو القابلية للبطلان. وهذا النص تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى فروض معينة: فرض الإرادة غير الجدية وفروض الغلط. فاذا تقرر بطلان العقد فى هذه الفروض، فمن كان سبب البطلان آتيا من جهته يلتزم بتعويض الطرف الآخر، مادام هذا الأخير حسن النية، أى أنه لم يكن يعلم، ولم يكن يستطيع أن يعلم ببطلان العقد. ويبقى الالتزام بالتعويض قائما حتى لو كان الطرف الأول حسن النية هو الآخر. فالمسئولية هنا مادية، ومن كان سبب البطلان فى جهته هو الذى يتحمل التبعة[(٢)]. ولا يكاد يوجد فرق من حيث النتائج العملية بين هذه المسئولية المادية والمسئولية التعاقدية المبنية على خطأ تعاقدى مفروض فرضا لا يقبل اثبات العكس[(٣)]. أما التعويض فقد قدره المشرع الألمانى وفقا لما قرره ايرنج من تقدير المصلحة السلبية بحيث لا يجاوز ذلك مقدار المصلحة الإيجابية.

---

(١) انظر ايرنج أعماله المختارة ٢ ص ١٨ — ص ٢٢

(٢) انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى فى التعليق على المادة ١٢٢ ص ١٣١ — سالى فى اعلان الارادة المادة ١٢٢ فقرة ٤

(٣) وقد يظهر الفرق فى حالة القوة القاهرة، كما اذا قلت رسالة برقية غلطا بسبب اضطراب الأسلاك اضطرابا نشأ عن قوة قاهرة. ففى هذه الحالة يبقى الالتزام بالتعويض اذا أخذنا بالمسئولية المادية، ولا يوجد هذا الالتزام اذا أخذنا بالمسئولية التعاقدية.

ونصت المادة ٣٠٧ من القانون الألمانى على أن الطرف الذى يعلم، أو يجب ضرورة أن يعلم، عند إتمام عقد يرمى الى عمل مستحيل، باستحالة هذا العمل، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد، دون أن يجاوز مبلغ التعويض حدّ المصلحة التى لهذا الطرف الآخر فى صحة العقد. على أنه لا محل للالتزام بالتعويض اذا كان الطرف الآخر يعلم، أو يجب ضرورة أن يعلم، بهذه الاستحالة. وهذا النص تطبيق آخر لنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى فرض غير الفروض السابقة، هو فرض بطلان العقد لاستحالة المحل. وهنا أيضا نرى أنه اذا تقرر بطلان العقد التزم الطرف الذى أتى من جانبه سبب البطلان بالتعويض، وقد يكون هذا الطرف هو الشخص الذى وعد بالعمل المستحيل، أو الشخص الذى تلقى هذا الوعد وهو عالم باستحالته دون أن يعلم الواعد بذلك[1]. ويشترط أن يكون الطرف الآخر الذى يطالب بالتعويض حسن النية غير مقصر، أى أنه لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان. والتعويض يكون عن المصلحة السلبية بشرط ألا يجاوز ذلك مبلغ التعويض عن المصلحة الإيجابية كما فى الفروض السابقة، وكما هو المقرر فى نظرية الخطأ عند تكوين العقد طبقا لما بسطه ايرنج وأشرنا اليه فيما تقدّم. على أن هناك فرقا جوهريا بين الفرض الذى نحن بصدده والفروض المتقدّمة. فقد رأينا أن المادة ١٢٢ تجعل المسئولية مادية، ولا تشترط أى خطأ عند الطرف الذى أتى من جانبه سبب البطلان، فقد يكون هذا الطرف حسن النية ولم يثبت فى جانبه أى تقصير، ومع ذلك فكون البطلان آتيا من جهته كاف لتحقيق مسئوليته. أما المادة ٣٠٧ فتشترط أن يثبت فى جانب الطرف المسئول خطأ، فهو إما أن يكون عالما باستحالة تنفيذ العقد وفى هذه الحالة يكون سيئ النية، وإما أن يكون فى استطاعته أن يعلم بهذه الاستحالة وفى هذه الحالة يكون مقصرا. فهو مخطئ فى الحالتين. ومسئوليته مبنية على هذا الخطأ. ويعللون التمييز بين فروض الإرادة غير الجدّية والغلط وفرض استحالة الالتزام بأنه فى الفروض الأولى لايستطيع الطرف الآخر الذى يطالب بالتعويض أن يكشف سبب البطلان، أما فى الفرض الثانى فمن الممكن أن يكشف ذلك[2].

ونلاحظ أن القانون الألمانى، اذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد

(١) انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى فى التعليق على المادة ٣٠٧ ص ٤٣١ فقرة ٣

(٢) انظر فى هذا الموضوع سالى فى اعلان الارادة المادة ١٢٢ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٥٥ وما بعدها.

فى الفروض التى قدمناها، لم يبن المسئولية على خطأ تعاقدى كما فعل ايرنج، فقد جعلها مسئولية مادية فى بعض الفروض ومسئولية تقصيرية فى البعض الآخر[1].

٥٩١ — نظرية الخطأ عند تكوين العقد فى القانون الفرنسى — وقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين الى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى القانون الفرنسى. وقد استند سالى فى ذلك الى نص المادة ١٥٩٩ من القانون المدنى الفرنسى، وهو يقضى بأن بيع ملك الغير باطل، وهو سبيل الى الحكم بالتعويض إذا كان المشترى يجهل أن الشىء مملوك للغير. فما هو المصدر القانونى للتعويض فى هذه الحالة؟ اذا قلنا أنه العمل الضار وأن مسئولية البائع لملك الغير مسئولية تقصيرية، وجب اذن أن نميز بين البائع حسن النية فلا يلتزم بالتعويض والبائع سيئ النية (أو المقصر على الأقل) فيكون وحده هو المسئول. ولما كان هذا التمييز غير متفق عليه، ويذهب الكثيرون الى أن البائع مسئول حتى لو لم يكن سيئ النية وحتى لو لم يكن مقصرا، وجب أن نبحث عن مصدر آخر للمسئولية غير العمل الضار، ولا سبيل الى ذلك إلا اذا جعلنا المسئولية تعاقدية، ويكون الالتزام بالتعويض ناشئا عن عقد ضمان ما بين البائع والمشترى يستخلص من ظروف التعاقد، اذ أن البائع باقدامه على التعاقد يكون قد تعهد ضمنا بضمان صحة العقد. وهذه هى نظرية الخطأ عند تكوين العقد، دخلت فى القانون الفرنسى من طريق المادة ١٥٩٩[2].

ويأخذ الأستاذان بودرى وبارد بنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى القانون الفرنسى دون تحفظ. ويريان أن الخطأ التعاقدى كما يقع عند تنفيذ العقد يقع كذلك عند تكوين العقد. وأن كل اتفاق يقترن به عقد ضمنى يتعهد به كل من المتعاقدين بضمان صحة التعاقد، فاذا تبين أن التعاقد باطل، التزم من كان سبب البطلان فى جانبه بالتعويض لأنه أخل بالتزامه التعاقدى بالضمان. ويورد الأستاذان تطبيقات مختلفة. فعندهما أن هناك محلا للأخذ

---

(١) ومع ذلك انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى فى التعليق على المادة ٣٠٧ فى الفقرة الرابعة حيث يقرر المعلقون أن المشرع الألمانى لم يبين هل أراد جعل المسئولية فى المادة ٣٠٧ تعاقدية أو تقصيرية أو مبنية على الارادة المنفردة، بل ترك ذلك للفقه (انظر فى الفقه سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٥٩ — فقرة ١٦٠).

(٢) سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٦١ — انظر أيضا قانون ٢٤ يوليه سنة ١٨٦٧ فى فرنسا (المعدل بقانون سنة ١٨٨٣) وهو يقضى بوجوب التعويض عن بطلان شركة مساهمة ممن تمكن نسبة البطلان اليهم (هيار فقرة ٣٩٥).

بالنظرية فى حالة الغلط فى الشيء أو فى الشخص اذا لم يكن هذا الغلط مشتركا، وكذلك فى حالة انعدام أو هلاك الشيء محل الالتزام، وفى حالة بيع ملك الغير طبقا للمادة ١٥٩٩ سالفة الذكر[(١)].

ويقف الاستاذ ديموج من نظرية الخطأ عند تكوين العقد موقفا فيه بعض الغموض. فهو بعد أن يبسط نظرية ايرنج لا يذهب معه الى أن المسئولية تعاقدية، والا استلزم ذلك أن تتوافر أهلية التعاقد عند الملتزم. والظاهر أنه يرى أن المسئولية تقصيرية من نوع خاص[(٢)]، فقد نفى أن يكون مصدرها نصا فى القانون كما نفى أن تكون تعاقدية. وهو لا يرى الاقتصار على التعويض عن المصلحة السلبية كما ذهب ايرنج الى ذلك، بل يقول بالتعويض الكامل عن المصلحة الايجابية، ففى حالة ما اذا كان الغلط فرديا فى جانب أحد المتعاقدين وكان المتعاقد الآخر لا يعلم، ولا يستطيع أن يعلم، بهذا الغلط، يكون خير تعويض أن يبقى العقد صحيحا تطبيقا لنظرية الخطأ عند تكوين العقد بهذا المعنى الجديد، وهو معنى ذهب الفقهاء فيه الى مدى أبعد مما كان يقول به ايرنج[(٣)].

على أن غالبية الفقهاء الفرنسيين لا يأخذون بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، ويرون أنه اذا كان العقد باطلا، فلا يكون من أتى سبب البطلان من جهته مسئولا إلا اذا ثبت خطأ فى جانبه طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية المعروفة[(٤)].

٥٩٢ — نظرية الخطأ عند تكوين العقد فى القانون المصرى — ولم يسلم الفقهاء فى مصر بنظرية الخطأ عند تكوين العقد. فانه اذا كان هناك ما يدعو الى التفكير فى الأخذ بهذه النظرية فى فرنسا، حيث تقضى المادة ١٥٩٩ من القانون المدنى الفرنسى بالتزام البائع لملك الغير حتى لو كان حسن النية بتعويض المشترى، فان المادتين ٢٦٥ / ٣٣٤

(١) بودرى و بارد ١ فقرة ٣٦٢، و يأخذ لابيه فى تعليقاته بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (سيريه ١٨٨٢ — ٢ — ٢٤٩ — و ١٨٨٦ — ١ — ١).

(٢) نقول من نوع خاص لأنه نفى أيضا أن تكون المسئولية تقصيرية اذا أريد بهذه المسئولية أن يكون الشخص حسن النية غير مسئول.

(٣) ديموج ١ ص ٩٤ — ص ١٠٠

(٤) بوتييه فى الالتزامات فقرة ١٩ — ديمولب ٢٤ فقرة ١٠٣ — لاروميير م ١ ١١٠ فقرة ١٢ — كولميه دى سانتير ٥ فقرة ١٦ مكررة — بفنوار ص ٥٩٥ — بلانيول ٢ فقرة ١٤٢٦ — بلانيول و ريبير راسمان ١ فقرة ١٣١ وفقرة ٣٢٤ ومع ذلك انظر فقرة ١٨٩ — مازو فى المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية جزء أول فقرة ١١٦ — فقرة ١٢١ — هلسنر (Hilsenrad) ص ٧٥ و ص ١٨٩ — ص ١٩٠

تقضيان صراحة، فى النص الفرنسى[1]، بأن البائع لا يكون ملتزما بالتعويض إلا اذا كان عالما بأن الشيء المبيع غير مملوك له . وتبسط القضاء فى تطبيق هذا الحكم، بجعل البائع مسئولا اذا كان فى استطاعته أن يعلم بأن الشيء غير مملوك له ولو لم يعلم ذلك بالفعل[2] . وسواء علم البائع بعدم ملكية الشيء له أو كان فى استطاعته أن يعلم بذلك ، فانه سيئ النية أو مقصر ، وفى الحالتين هو مخطئ ، ومسئوليته عن التعويض مبنية على هذا الخطأ . فلا يمكن إذن فى القانون المصرى الاستناد الى حالة بيع ملك الغير للقول بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، لأن المسئولية فى هذه الحالة مسئولية تقصيرية[3] .

٥٩٣ — تقرير نظرية الخطأ عند تكوين العقد — ونحن نرى أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد غير ضرورية وغير صحيحة .

أما أنها غير ضرورية فيكفى للتحقق من ذلك الرجوع الى الدافع الذى دعا ايرنج لصوغ نظريته . فقد كان القانون الرومانى يطبق فى ألمانيا فى ذلك الحين . وكان هذا القانون لا يعترف بنظرية عامة للخطأ التقصيرى ، فلم يكن كل خطأ سببا فى المسئولية ، بل كان الأمر يقتصر على الغش من جهة وعلى بعض حالات معينة فى التقصير من جهة أخرى . فلما أراد ايرنج أن يلزم من كان سبب بطلان العقد آتيا من جهته بالتعويض حار فى تكييف هذا الالتزام وفى تحديد مصدره . فقواعد القانون الرومانى تضيق عن ذلك ، لأن الملتزم بالتعويض قد لا يثبت فى جانبه غش ولا هذا النوع فى التقصير الذى يكون مصدرا للمسئولية فى القانون الرومانى . فلجأ الى صوغ نظرية الخطأ عند تكوين العقد ، وجعل مصدر الالتزام عقدا لما عجز عن أن يجعله العمل الضار . أما الآن فنحن فى سعة من الأمر بعد أن تحررنا

---

(١) أما النص العربى فغامض (انظر نجيب الهلالى بك فى البيع) .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢١ .

(٣) انظر والتون ١ ص ٣٥٨ — ص ٣٦١ (وهو يرى أن نص المادة ١٥٩٩ من القانون المدنى الفرنسى لا يسمح بالأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى القانون الفرنسى نفسه كنظرية عامة تطبق فى جميع الأحوال ، لأن النص على حالة خاصة ، وهى حالة بيع ملك الغير ، يفهم منه بطريق الاستنتاج العكسى أن هذه حالة استثنائية لا يقاس عليها) . انظر أيضا حلمى بهجت بدوى فى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٤٠٣ (و يلاحظ الأستاذ بهجت بدوى أنه لا يوجد أيضا فى القانون المصرى نصوص تقابل نصوص قانون سنة ١٨٦٧ فى فرنسا وهو الذى يقضى بمسئولية مديرى الشركات المساهمة عن تعويض الغير عن بطلان هذه الشركات) .

من قيود القانون الرومانى ، وأصبح كل خطأ موجبا للمسئولية ، أيا كان نوع هذا الخطأ . فاذا ثبت فى جانب من أتى سبب البطلان من جهته تقصير كان مسئولا ، ولا نحار فى تكييف هذه المسئولية ، فهى مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت[1] . إما أن تكون المسئولية متحققة حتى لو لم يثبت الخطأ ، فهذا أيضا ممكن فى حدود الاعتراف بنظرية تحمل التبعة ، وليس من الضرورى فى ذلك أن نلجأ الى المسئولية التعاقدية .

ونظرية الخطأ عند تكوين العقد ليست صحيحة كذلك . فهى تجعل مصدر المسئولية عقدا ضمنيا يتعهد بمقتضاه المتعاقد بضمان صحة التعاقد . ونحن انما نتأول هذا العقد ونفسر عليه المتعاقد قسرا ، ولا نمشى فى ذلك مع نيته . على أن هذا العقد الضمنى لا يستقيم لنا فى كل الأحوال . فلو أن سبب البطلان كان القصر مثلا ، أيكون القاصر ، وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذى تقرر بطلانه لنقص أهليته ، ملتزما بالعقد الضمنى الذى يجعله متعهدا بضمان صحة التعاقد؟ وأين نقص الأهلية؟ ألا يؤثر فى العقد الضمنى كما أثر فى العقد الصريح ؟ وقل مثل ذلك فى حالة بطلان العقد لعدم جدية الارادة ، فمن كانت إرادته غير جدية فى العقد الصريح فهى من باب أولى غير جدية فى العقد الضمنى[2] .

على أن القانون الألمانى الذى نسب إليه الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، لم يأخذ بها كقاعدة عامة ، بل اقتصر فيها على أحوال معينة ، وهو فى هذه الأحوال انحرف عن النظرية

---

(١) على أنه يجب ألا يغيب عنا أنه اذا أمكن اليوم الاستغناء عن نظرية الخطأ عند تكوين العقد بأن نجعل المسئولية تقصيرية ، فان القواعد التى نطبقها على هذه المسئولية التقصيرية غير القواعد التى تنطبق على المسئولية التعاقدية التى تقررها نظرية الخطأ عند تكوين العقد . والفروق بين المسئولية التقصيرية والمسئولية التعاقدية معروفة ومن أهمها : (أ) انه اذا أخذنا بنظرية الخطأ عند تكوين العقد لم يكن هناك حاجة لاثبات خطأ فى جانب المسئول ، فالخطأ التعاقدى مفروض فى جانبه . أما اذا أخذنا بنظرية المسئولية التقصيرية وجب اثبات هذا الخطأ . (ب) وتختلف أهلية الالتزام بالعقد عن أهلية الالتزام بالخطأ كما هو معروف . (حـ) وكذلك يختلف معيار الخطأ التعاقدى عن معيار الخطأ التقصيرى . (د) والتعويض عن الخطأ التعاقدى لا يدخل فيه التعويض عن الضرر غير متوقع الحصول بخلاف التعويض عن الخطأ التقصيرى . ويلاحظ — عدا ذلك — أن التعويض فى نظرية الخطأ عند تكوين العقد مقصور على المصلحة السلبية دون المصلحة الايجابية كما تقدم بيان ذلك .

وهناك فروق أخرى أقل أهمية تتصل بالاعذار والتضامن والاعفاء من المسئولية ، وهى فروق تتعلق بالتمييز بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية ، وليس هنا محل التبسط فى ذلك .

(٢) انظر فى استعراض النظريات المختلفة فى الأساس القانونى لالتزام المتعاقد بالتعويض مع بطلان العقد الى هلسنراد (Hilsenrad) فى رسالته فى الالتزامات التى تنشأ أثناء إعداد العقد باريس سنة ١٩٣٢ ص ٧٠ — ص ١١٢ .

فى الصميم منها ، فلم يجعل المسئولية تعاقدية ، بل جعلها تارة مبنية على تحمل التبعة وطورا على التقصير، كما تقدّم بيان ذلك .

من ذلك يتضح أن نظرية الخطأ فى تكوين العقد لا تدخل استثناء على القاعدة التى تقضى بأن العقد الباطل لا ينتج أثرا . فأنه إذا لم يسلم بها لم يكن هناك محل لاعتبارها استثناء، وإذا سلم بها لا يكون من وراء هذا التسليم أن ينتج العقد الباطل أثرا ، فان المسئولية طبقا لهذه النظرية ليس مصدرها العقد الباطل، بل أن مصدرها كما قدّمنا عقد ضمنى صحيح (١) .

§ ٢ — نظرية تحوّل العقد (٢)

(Conversion du contrat)

٥٩٤ — أصل هذه النظرية — نظرية تحوّل العقد من النظريات الألمانية المعروفة . صاغها الفقهاء الألمان فى القرن التاسع عشر، وأخذ بها القانون الألمانى كقاعدة عامة فى نص صريح (م ١٤٠ من القانون المدنى الألمانى) . وتتلخص فى أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر، فيتحوّل العقد الذى قصد اليه المتعاقدان وهو العقد الباطل ، الى العقد الذى توافرت عناصره وهو العقد الصحيح . وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج أثرا قانونيا .

٥٩٥ — أمثلة على تحول العقد — ومن الأمثلة على تحوّل العقد الباطل الى عقد آخر صحيح عقد البيع الذى يكون الثمن فيه تافها ويكون مكتوبا فى ورقة رسمية . فالبيع

---

(١) واذا كان ايرنج لم يقل ذلك صراحة ، فان ذلك ورد ضمنا فى بسطه لنظريته (انظر بنوع خاص ايرنج أعماله المختارة ص ٣٩ — قارن حلمى بهجت بدوى فى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٤٠٥) . وانما كان ايرنج مضطرا أن يجعل ، من الناحية الفنية ، مسئولية المتعاقد عن التعويض مبنية على العقد الباطل ، لأنه كان مقيدا بقواعد القانون الرومانى ، وقد استطاع من جهة أن يستخلص من هذه النصوص أن دعوى العقد الباطل هى التى كانت تعطى للمطالبة بالتعويض ، ولم يكن يستطيع من جهة أخرى ، أن يجعل العقد الضمنى ملزما لأنه مجرّد اتفاق ضمنى وليس كل اتفاق ملزما فى القانون الرومانى .

(٢) انظر فى هذا الموضوع سالى فى اعلان الارادة م ١٤٠ فقرة ١ — فقرة ٢٣ — جابيو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٦٧٢ وما بعدها — پران (Perrin) رسالة من ديجون سنة ١٩١١ — پيد ليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ ص ١١٦ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى مقال فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٤٠٥ — ص ٤٣٢ .

باطل لتفاهة الثمن ، ولكن هـذا البيع الباطل يتضمن عناصر الهبة ، ففيه الايجاب والقبول ونية التبرع والرسمية ، لذلك يتحول البيع الباطل الى هبة صحيحة . مثل آخر : "كمبيالة" يمضيها قاصر أو امرأة ، فتتحول من كمبيالة باطلة الى سند معتاد صحيح . مثل ثالث : شخص يتعهد تعهدا لارجوع فيه أن يجعل آخر وارثا له ، مثل هذا العقد باطل لأن الشريعة الاسلامية لا تعرف عقـد اقامة الوارث (institution d'héritier) ، ولكنه يتحول الى وصـية صحيحة يجوز الرجوع فيها . مثـل رابع : تصرف باطل فى شىء كان قد أوصى به المتصرف قبل صـدور التصرف ، فيتحول هذا التصرف الباطل الى عدول صحيح عن الوصية . كما أن الوصية اللاحقة الباطلة تتحول الى رجوع صحيح عن الوصية السابقة .

٥٩٦ — *شروط تحول العقد* — يتبين مما تقدم أن هناك شروطا ثلاثة لتحول العقد الباطل الى عقد آخر صحيح : (١) بطلان العقد الأصلى . (٢) وتضمنه لعناصر عقد آخر . (٣) وانصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى هذا العقد الآخر .

فيجب أولا أن يوجد عقد أصلى باطل . فلو كان العقد الأصلى صحيحا ، ولكنه تضمن عناصر تصرف آخر كان المتعاقدان يفضلانه على العقد الأول ، فلا يتحول العقد الأصلى ما دام صحيحا . إذ لا يتحول إلا العقد الباطل . مثل ذلك عقد هبة صحيحة يتضمن عناصر الوصية ، وتبين أن الواهب كان يفضـل الوصية ، فلا تتحول الهبة الى وصية فى هذه الحالة ، لأن الهبة صحيحة فلا محل للتحول[1] . كذلك يجب أن يكون العقد الأصـلى باطلا بأكمله[2] . أما اذا كان جزء منه باطلا ، وكان العقد قابلا للانقسام ، فلا يكون هناك محل لتحول العقد بل لانتقاصه (réduction) ، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح . مثل ذلك : عقد بقاء فى الشيوع اتفق على أن تكون المدة فيـه أكثر من خمس سنوات ، فتنقص المدة الى خمس . أو عقد قرض بربا يزيد على ٩٪ ، فتنقص الفائدة الى ٩٪ . فى مثل هاتين الحالتين ينتقص العقد لا يتحول ، مادام قابلا للتجزء . أما اذا لم يكن قابلا للتجزء فانه يبطل بأكمله وقد يكون هناك

(١) انظر سالى فى اعلان الارادة م ١٤٠ فقرة ١٥ .

(٢) وقد يكون البطلان لعدم المشروعية ، وفى هذه الحالة لا يجوز تحول العقد الباطل اذا كان المتعاقدان قد أرادا ما ينطوى عليه العقد من عدم المشروعية ، حتى لو أمكن تحول العقد الباطل الى عقـد آخر صحيح ذى غرض مشروع . فان الغرض الأصلى الذى أراد المتعاقدان تحقيقـه غير مشروع ، أى أن الارادة غير مشروعة ، ولا يصـح أن تكون الارادة غير المشروعة أساسا لعقد مشروع (سالى فى اعلان الارادة م ١٤٠ فقرة ٢١ — فقرة ٢٢) .

محل لتحوله الى عقد آخر صحيح . هذا وقد نصت المادة ١٣٩ من القانون المدنى الألمانى على قاعدة انتقاص العقد، وميزتها عن قاعدة التحول المنصوص عنه فى المادة ١٤٠[1] .

ويجب ثانيا أن يتضمن العقد الباطل عناصر عقد آخر . ففى الأمثلة التى قدمناها نجد أن العقد الأصلى بالرغم من بطلانه يجمع العناصر اللازمة لتكوين عقد آخر، كما فى البيع ذى الثمن التافه المكتوب فى ورقة رسمية ، فقد جمع نية التبرع والأهلية له بفرض وجودها والرسمية ، وهذه هى عناصر الهبة . أما اذا لم يتضمن العقد الباطل جميع عناصر العقد الآخر فلا يجوز التحول . مثل ذلك : شخص اتفق مع آخر على أن يبيعه شيئا معينا ، وتبين أن هذا الشيء غير موجود، فلا يتحول العقد الى بيع يقع على شيء آخر غير الشيء المتفق عليه ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بعدم وجود الشيء الأول . ذلك لان عناصر البيع الثانى غير موجودة جميعها فى البيع الأول ، فالشيء المبيع فى البيع الثانى غيره فى البيع الأول[2] .

ويجب أخيرا أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة الى العقد الآخر. ومعنى ذلك أن المتعاقدين، اذا كانا لم يريدا العقد الآخر (أى لم يريدا عناصر هذا العقد مجموعة وان أرادا كل عنصر منفردا) ألا أنهما كانا يريدانه لو علما أن العقد الأول باطل . فارادتهما الواقعية انصرفت الى العقد الأول، وانصرفت إرادتهما المحتملة أو الغاية التى قصدا إليها (volonté téléologique) ، كما يقول سالى[3] ، الى العقد الآخر. فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول اليها، وقد اختارا لذلك طريقا قانونيا تبين بطلانه ، فان كان هناك طريق قانونى صحيح يؤدى الى نفس الغاية العملية، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانونى الصحيح لو علما ببطلان الطريق القانونى الذى اختاراه، ما دام يؤدى الى الغاية العملية التى قصداها . فالعبرة إذن بالغاية العملية لا بالارادة القانونية .

٥٩٧ — التكييف القانونى لتحول العقد — يتبين مما تقدم أن القاضى عند ما يحكم بتحول عقد باطل الى عقد آخر صحيح إنما يفسر فى ذلك نية المتعاقدين . فعنده

---

(١) حلمى بهجت بدوى فى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٤٠٥ — ص ٤٠٧ ، انظر أيضا المادة ٢٠ الفقرة الثانية من قانون الالتزامات السويسرى .

(٢) سالى فى اعلان الارادة م ١٤٠ فقرة ٩ — فقرة ١٤ .

(٣) سالى فى اعلان الارادة م ١٤٠ فقرة ٤ .

عناصر العقد الصحيح مجموعة، وقد أرادها المتعاقدان كلا منها على حدة، وكانا يريدانها مجموعة لو علما ببطلان العقد الذى اختاراه . فالعقد الصحيح الذى يتحوّل اليه العقد الباطل عقد انصرفت اليه إرادة المتعاقدين المحتملة ، وكثير من العقود يقوم على الارادة المحتملة لا على الارادة الواقعة . والقاضى فى ذلك إنما يستعين بسلطته فى تفسير العقود ، وهى سلطة واسعة يكيف بمقتضاها العقد الذى يفسره التكييف القانونى الملائم ما دام لا ينحرف فى هذا التكييف عن الغاية العملية التى قصد إليها المتعاقدان . وهو بهذا التفسير أحل الغاية العملية المقصودة (but économique poursuivi) محل الارادة القانونية المعلنة (but juridique déclaré) متوخيا فى ذلك التمشى مع نية المتعاقدين[1] . فاذا اعترض على تحوّل العقد بأن العقد الصحيح الذى انقلب اليه العقد الباطل لم يرده المتعاقدان ، أمكن دفع الاعتراض بأن المتعاقدين اذا كانا لم يريدا العقد الصحيح إرادة قانونية فقد أراداه إرادة عملية، والإرادة القانونية ما هى إلا وسيلة الى تحقيق غرض عملى ، فاذا تعارضت الوسيلة مع الغرض وجب تغليب الغرض على الوسيلة .

وعلى ذلك يكون تحوّل العقد راجعا الى سلطة القاضى فى تفسيره . والعقد الذى ينتج أثرا قانونيا ليس هو العقد الباطل الذى اختاره المتعاقدان ، بل هو العقد الصحيح الذى انقلب اليه العقد الباطل بمقتضى سلطان القاضى فى التفسير . وهذا العقد الصحيح ليس أساسه العقد الباطل ، بل أساسه عناصر مستقلة عن هذا العقد تجمعت فى دائرته وفسرها القاضى تفسيرا تمشى فيه مع نية المتعاقدين؛ فاستخلص منها العقد الصحيح . ومن ذلك نرى أن نظرية تحوّل العقد ، بهذا التكييف ، ليست استثناء من قاعدة أن العقد الباطل لا ينتج أثرا[2] . فالعقد الباطل لم ينتج أثرا ما ، واذا كان قد تحوّل الى عقد آخر صحيح ، فهذا العقد الصحيح ليس أساسه العقد الباطل كما قدمنا[3] .

---

(١) ويقول سالى فى هذا المعنى : " يجب أن نعنى فى تفسير العقود بالغاية الاقتصادية المبتغاة أكثر مما نعنى بالغاية القانونية ، فهذه ليست إلا نوعا من الشكلية ووسيلة فنية خاصة " . (Il faut s'attacher, en matiére d'interprétation des actes privés, moins au but juridique, qui n'est qu'une forme et un moyen de technique spéciale, qu'au but économique poursuivi).
سالى فى اعلان الارادة م ١٤٠ فقرة ٢ .

(٢) وقد رأينا فيما تقدّم أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد ليست هى أيضا استثناء من هذه القاعدة .

(٣) بل أن هناك من أنصار نظرية الارادة الباطنة من يشترط فى التحوّل أن تنصرف ارادة المتعاقدين احتياطيا الى العقد الصحيح الذى تحوّل اليه العقد الباطل ، فلا تكفى الارادة المحتملة ، بل يجب أن يكون المتعاقدان قد توقعا احتمال =

٥٩٨ — تحول العقد فى القانون الالمانى — أتى القانون المدنى الألمانى بنص يضع القاعدة العامة فى تحوّل العقد . فقضت المادة ١٤٠ من هذا القانون بأنه " اذا كان العمل القانونى الباطل يفى بشروط عمل قانونى آخر ، فهذا العمل الأخير هو الذى يؤخذ به اذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان " .

فهذا النص يجمع الشروط الثلاثة للتحوّل : (١) عملا قانونيا باطلا . (٢) يفى بشروط عمل قانونى آخر (أى يجمع عناصره) . (٣) كان المتعاقدان يريدانه لو علما ببطلان العمل القانونى الأوّل .

ويتبين من ذلك أن القانون الألمانى توسط فأخذ بالارادة المحتملة ، ولم يأخذ لا بالارادة الاحتياطية ولا بانعدام الارادة العكسية[1] .

٥٩٩ — تحول العقد فى القانون المصرى والفرنسى — لم يرد فى أى من هذين القانونين نص عام يقرر نظرية التحوّل كما ورد هذا النص فى القانون الألمانى . ولكن هناك تطبيقات متفرّقة تؤيد جواز الأخذ بهذه النظرية[2] ، نذكر منها ما يأتى :

= بطلان العقد الأوّل فانصرفت ارادتهما احتياطا الى العقد الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . ومثل هذا المذهب من شأنه أن يجعل تحوّل العقد مجرّد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون فيه أى شذوذ . على أن هناك من أنصار نظرية الارادة الظاهرة من يتطرّف من الناحية الأخرى ، فلا يشترط لا ارادة احتياطية ولا ارادة محتملة ، بل يكتفى بعدم وجود ارادة عكسية ، فيتحوّل العقد مالم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى استبعاد هذا التحوّل (انظر بهجت بدوى فى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٤٠٨ — ص ٤٠٩) .

(١) انظر فى هذا الموضوع سالى فى اعلان الارادة م ١٤٠ — الترجمة الرسمية الفرنسية للقانون المدنى الألمانى فى التعليق على المادة ١٤٠ ص ١٥٨ .

(٢) كما أن من الفقهاء الفرنسيين من يبنى النظرية على أساس فقهى ، فهم ينتقدون النظرية التقليدية التى تحتم اتفاق المتعاقدين لا على الغرض العملى الذى يراد الوصول اليه فحسب ، بل أيضا على الوسيلة القانونية التى تتخذ طريقا للوصول الى هذا الغرض . ويذهبون الى أن العبرة بالغرض العملى لا بالوسيلة القانونية . ويرتبون على ذلك أن العقد لا يكون باطلا بطلانا مطلقا اذا لم يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد ما داما متفقين على الأغراض العملية التى يتلمسانها من وراء هذا العقد ، على خلاف النظرية التقليدية التى تقول بالبطلان المطلق فى هذه الحالة . ويرتبون كذلك الأخذ بنظرية التحوّل ، ما دام العقد الصحيح الذى يتحوّل اليه العقد الباطل يحقق الغرض العملى الذى يقصد اليه المتعاقدان (انظر فى هذا الموضوع پران (Perrin) رسالة من ديجون فقرة ٨٢ وما بعدها — جاپيو (Japiot) رسالة من ديجون ص ١٢٦ وص ١٩٠ — بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٤١٤ — ص ٤٢٠) .

(١) تنص المادتان ١١٣/١٠٨ من القانون التجارى المصرى (ويقابلان المادة ١١٢ من القانون التجارى الفرنسى) على أن " الأوراق الموصوفة بوصف كمبيالة، ولم تكن مستوفية للشروط السالف ذكرها، والكمبيالات التى ذكر فيها على غير الحقيقة اسم أو صفة، تعتبر سندات عادية اذا كانت مستوفية للشروط اللازمة لهذه السندات . ومع ذلك يجوز نقلها من يد الى يد بطريق التحويل . وتعتبر مثل الأوراق التجارية اذا كتبت بيد تجار أو لأعمال تجارية" . وفى هذا النص تطبيق تشريعى لنظرية التحوّل . فقد افترضنا وجود كمبيالة باطلة ، ولكنها استوفت شروط السند تحت الاذن أو السند المعتاد، وانصرفت ارادة المتعاقدين المحتملة الى هذا العقد الجديد، فتتحوّل الكمبيالة الباطلة الى سند صحيح . وتطبيقا لهذا المبدأ تعتبر الكمبيالة المسحوبة من قاصر أو ناقص الأهلية بمثابة سند معتاد ، وتتحوّل الكمبيالة الباطلة لعدم توافر الأهلية طبقا للمادتين ١١٥/١١٠ من القانون التجارى المصرى الى سند صحيح اذا توافرت شروطه .

(٢) تقضى المادتان ١٤٢/١٣٥ من القانون التجارى المصرى بأن تظهير الكمبيالة (endossement) اذا وقع باطلا لعدم استيفاء الشروط المنصوص عنها فى المادتين ١٤١/١٣٤ يتحوّل الى وكالة تعطى للحال له بقبض قيمة الكمبيالة من المسحوب عليه . وبديهى أنه يجب أن تكون نية المتعاقدين المحتملة قد انصرفت الى هذه الوكالة حتى يقع التحوّل[(١)] .

(٣) تقضى المادة ٨٤٠ من القانون المدنى الفرنسى بأنه اذا وقعت القسمة النهائية باطلة لأن أحد المتقاسمين كان قاصرا ولم تستوف بالنسبة له الإجراءات اللازمة تحوّلت القسمة النهائية الى قسمة مؤقتة أى قسمة مهايأة . ويمكن تطبيق هذه القاعدة فى القانون المصرى . فاذا لم تصدّق المحكمة على القسمة النهائية التى يكون القاصر أو ناقص الأهلية طرفا فيها طبقا للمادتين ٥٥٢/٤٥٦ من القانون المدنى المصرى، تحوّلت من القسمة النهائية الى قسمة مهايأة[(٢)] .

---

(١) بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٢٢

(٢) انظر فى هذا المعنى دى هلتس جزء ثالث لفظ قسمة (partage) فقرة ٣٧ — كامل مرسى بك فى العقود المدنية الصغيرة فقرة ١٨٨ — بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٢٨

ويورد الأستاذ بهجت بدوى تطبيقات أخرى لنظرية التحوّل منها تحوّل الأدلة الكتابية ، كما اذا لم تستوف الورقة الرسمية شروط شكليتها فتتحوّل الى ورقة عرفية ، وكما اذا لم تستوف الورقة العرفية الأوضاع اللازمة فتتحوّل الى مبدأ ثبوت بالكتابة . ومنها تحوّل الوكالة الى فضالة اذا نشأت الوكالة باطلة أو جاوز الوكيل حدود وكالته . ومنها تحوّل البيع فى مرض الموت الى وصية كما تقضى بذلك المواد ٢٥٤ — ٣٢٠/٢٥٥ — ٣٢١ من القانون المدنى المصرى . =

المطلب الثـانى — الآثار الجوهرية للعقد الباطل

٦٠٠ — آثار وقتية وآثار دائمة — قد يترتب على العقد الباطل آثاره الجوهرية، ومن هـذه الآثار ما يكون وقتيا كالآثار التى تترتب على الزواج الظنى وعلى الشركة الواقعيـة . ومنها ما يكون دائما، كالآثار التى تترتب على العقد الصورى، وعلى تصرفات الوارث الظاهر وعلى الوفاء للدائن الظاهر، وعلى الرهن من غير مالك، وعلى أعمال الادارة الصادرة من غير مالك، وعلى تحويل الكمبيالة لشخص حسن النية، وعلى نظرية الخطأ الشائع، وعلى العقد الباطل لعدم مشروعيته فى بعض الأحوال .

وسنوجز القول فى كل حالة من الأحوال المتقدمة. ولكن يلاحظ بوجه عام أنه اذا ترتب على العقد الباطل أثر فى هذه الفروض، فذلك يرجع الى ضرورة حماية حسن النية ووجوب استقرار المعاملات . ثم انه اذا كانت الآثار التى تترتب على العقد الباطل آثار وقتية فى بعض الأحوال، فانما يرجع ذلك الى أن الأصل فى هذه الأحوال أن تكون مراكز قانونية منظمة مستمرة، كما فى الزواج والشركة، فاذا تبين بطلانها وجب ألا تدوم، ومتى انقطع أثرها ظهر كأنه لم يكن لها إلا أثر وقتى . مع أن الواقع هو أنه لا فرق بينها وبين غيرها من الأحوال الأخرى التى تكون الآثار فيها دائمة، إذ أن هذه الآثار الدائمة ليس من طبيعتها التجدد، فسهل اعتبار أنها قد

= ومنها أخيرا تحول بيع ملك الغير الى عقد منشئ لالتزامات، فهناك فرق بين عقد البيع (وفيه يلتزم البائع بنقل حق الملكية) وبين عقد يقتصر فيه المدين على الالتزام بعمل شيء هو حمل المالك على نقل ملكيته الى الطرف الآخر (وهذا ليس ببيع بل تعهد عن الغير (Porte - fort)، وان كان قد ورد فى عبارات الأستاذ بهجت بدوى ما يشكك فى هـذا التمييز (انظر فقرة ٧٢ من مقاله) . وقد رتب الأستاذ على تحول بيع ملك الغير الى عقد منشئ لالتزامات (أى الى تعهد عن الغير فى رأينا) نتيجة هامة هى تحديد الأساس القانونى لالتزام البائع لملك الغير بالتعويض، فهو ملتزم لا بناء على عقـد البيع الباطل بل بناء على العقد الصحيح الذى تحول اليه عقد البيع . وكذلك يعلل سائر النتائج القانونية التى تترتب على بيع ملك الغير، فيرجعها الى العقد الصحيح الناشئ عن التحول (وان كان لا يمكن فى احدى هـذه النتائج، وهى أن يكون بيع ملك الغير سببا صحيحا ناقلا للملكية بالنسبة للتقادم الخمسى، التوفيق بين العقد الناشئ عن التحول، وهو فى رأينا تعهد عن الغير، وبين السبب الصحيح الناقل للملكية) . فاذا صح ما ذهب اليه الأستاذ لم يعد هناك محل للقول بنظرية الخطأ عند تكوين العقد استنادا الى بيع ملك الغير، مادام التزام البائع بالتعويض ليس ناشئا من عقد البيع الباطل، بل من عقد آخر صحيح بمقتضى نظرية التحول . وقد قدمنا أن القانون المصرى يشترط سـوء نية البائع حتى يلتزم بالتعويض، فلا حاجة فى هذا القانون الى نظرية الخطأ عند تكوين العقد ولا الى نظرية التحول لتعليل التزام البائع بالتعويض . فهذا الالتزام مصدره العمل الضار كما بينا .

(انظر فى الموضوع بهجت بدوى فى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٢٣ — ص ٤٣٢) .

تمت على وجه نهائى . أما ما نسميه بالآثار الوقتية فطبيعته التجدّد، ومن ذلك خيل لنا أنه وقتى، لأن تجدّده ينقطع بعد تبين البطلان، مع أن ما تم منه قبل تبين البطلان يكون قد تم على وجه نهائى كما فى الأحوال الأخرى .

٦٠١ — **الزواج الظنى** (mariage putatif) — الزواج الظنى هو زواج باطل اعتقد الزوجان أو أحدهما أنه صحيح واطمأنا الى ذلك . وقد قدّمنا أن الزواج الباطل قد ينتج بعض الآثار العرضية، باعتباره واقعة مادية، كوجوب العدّة ووجوب المهر بعد الدخول وسقوط الحدّ . ولكنا لم نشترط لوجود هذه الآثار حسن نية الزوجين . أما الآن فنحن نفرض أن الزوجين أو أحدهما يظن أن الزواج صحيح . فهذا الزواج الظنى لا يقتصر على إنتاج آثار عرضية، بل يجاوز ذلك الى إنتاج آثار جوهرية بالرغم من بطلانه، حماية لحسن النية ووقاية للعلاقات الزوجية من التزعزع وعدم الاستقرار .

فمن المقرر فى القانون الفرنسى أنه اذا تبين بطلان الزواج الظنى، وكان كل من الزوجين حسن النية، فلا يكون لهذا البطلان أثر رجعى، ولا يزول العقد إلا من وقت أن يتقرر بطلانه . أما قبل ذلك فيبقى العقد حافظا لآثاره كما لو كان صحيحا . ولكن اذا كان أحد الزوجين حسن النية دون الآخر، فلا يستفيد من هذه القاعدة إلا هو وحده . أما الأولاد ثمرة هذا الزواج فيكونون شرعيين متى ثبت أن أحد الزوجين أو كليهما كان حسن النية، ويعتبر الزواج بالنسبة لهم صحيحا حتى بعد أن يتقرر البطلان[1] .

أما فى الشريعة الاسلامية فقد قدّمنا أن الزواج غير الصحيح ينتج بعض الآثار القانونية، ومن أهم هذه الآثار ثبوت النسب[2] .

ومن هذا يتبين أن العقد الباطل قد ينتج آثارا جوهرية، اذا كان هذا ضروريا لحماية حسن النية واستقرار العلاقة الزوجية .

٦٠٢ — **الشركة الواقعية** (société de fait) — قد تكون الشركة باطلة ومع ذلك تقوم فعلا، وقد يُتعامل مع الغير، وهذه هى الشركة الواقعية . فاذا تقرر بطلانها وجرينا

(١) انظر فى هذا الموضوع جوسران ١ فقرة ٨٥٨ — فقرة ٨٦٥ .
(٢) انظر آنفا فقرة ٥٨٥ .

على منطق البطلان ، كان من الواجب أن تعتبر علاقات الشركة مع الشركاء ومع الغير كأنها لم تكن، وفى هـذا من الخطر على المعاملات ما يحمل على عدم الأخذ بهذه النتيجة . وقد أصبح من المقرر أن الشركة الواقعية تنتج آثارا قانونية بالرغم من بطلانها، حماية لحسن النية وتلمسا لاستقرار المعاملات .

و بطلان الشركة إما أن يرجع الى عدم توافرها على الأركان الموضوعية أو الى عدم استيفائها الأركان الشكلية . فاذا كان الأمر الأول ، ولم تتعامل الشركة مع أحد ، فللبطلان أثر رجعى وتزول الشركة دون أن يبقى لهـا أثر قانونى ، فيرد الى كل شريك الحصة التى دفعها للشركة[1]، و يسقط التزام من لم يدفع من الشركاء . أما اذا كانت الشركة قد تعاملت مع الغير فقـد تشعبت الآراء فى شأنهـا ، و يرجع ذلك الى أنه ليس من السهل القول مع فريق من الفقهاء أن كل أثر لوجود الشركة يزول كما يقضى بذلك منطق البطلان . فقـد تعاملت الشركة مع الغير فأنشأت علاقات أصبحت بمقتضاها دائنة أو مدينـة ، ثم قد تكون ربحت من هـذا التعامل أو خسرت . والرأى المعقول هو الذى يعترف بأثر قانونى لوجود الشركة وجودا فعليا، و يبنى هذا الأثر لا على عقد الشركة باعتباره عقدا ، فهو باطل بهـذا الاعتبار، بل على الشركة باعتبارها واقعـة قانونيـة ، فيجعل مال الشركة شائعا بين الشركاء يقتسمونه بنسبة حصصهم طبقا للقواعد العـامة[2] ، و بذلك يجنون الربح و يتحملون الخسارة . أما الغـير الذى تعامل مع الشركة فأصبح دائنا أو مدينا فانه يعتبر دائنا للشيوع أو مدينا له ، فيرجع على كل شريك و يرجع عليه كل شريك، ولكنه لا يتقدم على دائنى الشركاء الشخصيين فى مال الشيوع لأن الشيوع ليست له شخصية معنوية . على أن هذه الآثار القانونية التى رتبناها على الشركة الباطلة طبقا لهذا الرأى ليست إلا آثارا عرضية لا جوهرية، وقد انبنت على الشركة باعتبارها عملا ماديا

---

(١) أما اذا كانت الشركة غير مشروعة ، بأن كان السبب أو المحل مخالفا للآداب أو للنظام العام ، فهناك خلاف هل يجوز استرداد الشريك للحصة التى دفعها . وهذا الخلاف ليس خاصا بعقـد الشركة ، بل هو يتناول كل العقود غير المشروعة ، وسنعود اليه فيما يلى .

(٢) وقد اختلفت الآراء فى النسبة التى تقسم أموال الشركة بمقتضاها على الشركاء . والرأى الذى يتمشى مع القواعد العامة هو أن تقسم بنسبة حصص هؤلاء الشركاء . وهناك رأى يذهب الى تقسيمها بالنسبة المتفق عليها فى عقـد الشركة الباطل ، لا لأننا نريد بذلك أن نعمل عقدا باطلا ، بل لأن هـذه النسبة هى أقرب الى العدالة كما رآها الشركاء وقت الاتفاق على الشركة .

لا باعتبارها عقـدا كما قدّمنا، وليس فى ذلك استثناء من قاعدة أن العقد الباطل لا ينتج أثرا قانونيـا[٣].

أما اذا كان بطلان الشركة يرجع الى عدم استيفائها الاجراءات الشكلية، كضرورة الكتابة وايداع صورة من عقد الشركة أو بيانات خاصة بها فى قلم كتاب المحكمـة وعرضها المنشورات القضائية ونشرها فى الصحف (انظر المواد ٤٦ — ٥١/٥٢ — ٥٧ من القانو التجارى المصرى)، فان هناك نصوصا فى القانون التجارى المصرى تبين حكم هذا البطلان من ذلك أنه بطلان يتمسك به الشركاء فيما بينهم ويتمسك به الغير على الشركة ولكن لا تتمسك به الشركة على الغير (م ٥٣/٥٩ من القانون التجارى)، ومن ذلك أيضا أن البطلان يزول اذا استوفيت الإجراءات قبل أن يتقدّم أحد بطلب البطلان (م ٥٢/٥٨ من القانون التجارى). وقد تشعبت الآراء فى تكييف هـذا البطلان من الناحية القانونية، وهل هو بطلان حقيق، واذا كان كذلك فمن أى نوع هو. ونحن نمسك عن الدخول فى هذه المناقشات فمحلها القانون التجارى[١]. ولكن اذا قيـل بالبطلان فهنـاك نص جوهرى أوردته المـادتان ٥٤/٦٠ من القانون التجارى، وهو يقضى بأنه اذا نطق ببطلان الشركة فان تصفيـة حقوق الشركاء عن المعاملات التى تمت قبـل طلب البطلان تجرى وفقـا لشروط الشركة التى قضى ببطلانها. وهذا الحكم هو الذى نقف عنده، فانه يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثارا قانونية فى الفترة ما بين وجوده والحكم ببطلانه. ذلك أن الشركة التى قضى ببطلانها تعتبر فى المدّة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية ليس لها وجود قانونى طبقا لمنطق البطلان وما يقترن به من أثر رجعى، ومع ذلك فهـذه الشركة الواقعية تنتج الآثار التى تنتجها الشركة الصحيحة، ويعتـبر تعامل الغـير مع الشركة صحيحا، ويجنى الشركاء الربح ويتحملون الخسـارة، ويقتسمون مال الشركة طبقا للشروط التى اتفقوا عليها فى عقد الشركة[٢].

---

(١) انظر ملخصا لهذه الآراء المختلفة فى مقال الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣١٩ — ص ٣٢٣، وانظر المراجع المشار اليها فى المقال — انظر أيضا بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٢ وفقرة ٣٢٦ وفقرة ٢٩١ ص ٤٠٥ — ص ٤٠٧.

(٢) انظر ملخصا للمذاهب المختلفة فى تحديد آثار هذا البطلان والمراجع فى هذا الموضوع فى مقال الأستاذ حلمى بهجت بدوى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٢٣ — ص ٣٣٧.

(٣) أصدر القضاء المختلط أحكاما كثيرة فى موضوع الشركة التى لم تستوف الاجراءات اللازمة، لا نرى حاجة للخوض فى تفصيلاتها، وانما نكتفى بالاشارة الى بعض منها. من ذلك الأحكام التى صدرت من محكمة الاستئناف =

وهنا أيضا نتبين، كما رأينا فى الزواج الظنى، أن العقد الباطل قد ينتج آثارا جوهرية، استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد الباطل لا ينتج أثرا. وهذا الاستثناء يبرره هو أيضا وجوب حماية حسن النية وضرورة استقرار المعاملات.

٦٠٣ — أحوال أخرى يبررها حسن النية واستقرار المعاملات — وليس الزواج الظنى والشركة الواقعية بالحالتين الوحيدتين اللتين نرى فيهما استثناء حقيقيا من القاعدة التى تقضى بأن العقد الباطل لا ينتج أثرا. بل توجد أحوال أخرى هى استثناءات حقيقية أيضا، وفيها ينتج العقد الباطل آثارا جوهرية، حماية لحسن النية وتلمسا لاستقرار المعاملات كذلك.

من هذه العقد الصورى، وهو عقد ليس له وجود قانونى، وسنرى عند الكلام فى الصورية أن هذا العقد يجوز أن يتمسك به الغير اذا كانت له مصلحة فى ذلك، فينتج كل آثاره القانونية بالرغم من بطلانه.

ومن ذلك أيضا التصرفات الصادرة من الوارث الظاهر تنتج كل آثارها القانونية بالرغم من بطلانها، وكذلك الوفاء للدائن الظاهر ينتج أثره بالرغم من بطلانه.

ومن ذلك الرهن الصادر من غير مالك فى أحوال معينة نص عليها القانون المدنى المختلط[1] والأهلى[2]، ينتج أثره مع أنه باطل لصدوره من غير مالك. وكذلك أعمال الإدارة الصادرة من مالك فسخ عقد ملكيته أو قضى ببطلانه تنتج أثرها مع أنها باطلة لصدورها من شخص اعتبر أنه لم يكن مالكا بعد الحكم بفسخ عقد ملكيته أو بطلانه[3].

= المختلطة فى ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٠ — أول مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٨ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٤ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٠ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢١ — ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٧٠ — ١٢ يونيه سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣٠٢ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٩ — ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٩ — ١٨ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٩ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٧١.

(١) انظر المواد ٤٦ و ٧٨ و ١٧٦ و ١٩٧ و ٢٤٢ و ٣٢٣ و ٣٤٠ و ٤١٣ و ٤١٧ و ٤٢٠ و ٤٢٤ من القانون المدنى المختلط.

(٢) انظر القانون رقم ٧٩ سنة ١٩٣٣ المعدل لبعض نصوص القانون المدنى الأهلى بما يجعلها توافق نصوص القانون المختلط، وهى النصوص المقابلة للنصوص المتقدمة.

(٣) انظر على سبيل المثال المادتين ٤٣١/٣٤٥ وهى تقضى بأن الايجار الصادر من المشترى وناء يسرى فى حق البائع بالرغم من فسخ البيع واسترداد البائع للشىء المبيع متى كان الايجار دون غش ولم تتجاوز مدته ثلاث سنوات. ويقاس على هذه الحالة الحالات الأخرى التى يصدر فيها عمل من أعمال الادارة من شخص فسخ عقد ملكيته أو قضى ببطلانه.

واذا حوّل السند القابل للتحويل لشخص حسن النية فان التحويل ينتج أثره ولو كان باطلا لصدوه من غير مالك .

وهناك تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضى بأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون (error communis facit jus) وفيها نرى أن عقدا باطلا ينتج آثاره القانونية حماية لحسن النية وتوقيا لتزعزع المعاملات[1] .

٦٠٤ — متى ينتج العقد الباطل أثرا مقيقيا — ويمكن أن نستخلص مما تقدّم أن الآثار العرضية التى تترتب على العقد الباطل ليست فى الواقع من الأمر استثناء حقيقيا من القاعدة التى تقضى بأن العقد الباطل لا ينتج أثرا . فقد رأينا أن هذه الآثار ليس مصدرها العقد باعتبار أنه عقد، بل مصدرها وجود هذا العقد باعتباره عملا ماديا أى واقعة قانونية . وانما الاستثناء الحقيق من القاعدة يكون عند ماينتج العقد الباطل آثارا جوهرية ، كما رأينا فى الأمثلة المتقدّمة، فان هذه الآثار تترتب على العقد باعتبار أنه عقد، ويبرر هذا الاستثناء من منطق البطلان اعتبارات عملية ترجع كما قدّمنا لوجوب حماية حسن النية وضرورة استقرار المعاملات .

المبحث الثانى — تقرير البطلان

٦٠٥ — مقارنة بين البطلان المطلق والبطلان النسبى من حيث تقرير البطلان — البطلان المطلق مقرر من تلقاء نفسه دون حاجة الى تراض أو تقاض ، أما

---

(١) انظر فى هذا الموضوع ديموج ١ فقرة ٢٧٦ ومابعدها — الجى (Algiu) رسالة من باريس سنة ١٩١٢ — مازو (Mazeaud) فى مقال له منشور فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٢٤ ص ٩٢٩ — ص ٩٦٤ حلمى بهجت بدوى فى مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٤٤ — ص ٣٦٠ .

بق أن نشير الى حالة يكون العقد فيها باطلا لعدم مشروعيته ، ومع ذلك لا يسترد المتعاقد ما عسى أن يكون قد دفعه للمتعاقد الآخر كما كان يقضى بذلك منطق البطلان ، استنادا الى المبدأ القاضى بأنه لا يجوز للشخص أن يحتج بتدليسه (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) ولكن هذه الحالة ليست فى الواقع من الأمر من الحالات التى ينتج فيها العقد الباطل أثرا قانونيا ، لأن المتعاقد اذا كان لا يستطيع أن يسترد ما دفعه الى المتعاقد الآخر بعد أن يتقرر بطلان العقد ، فذلك ليس راجعا الى أن العقد الباطل قد أنتج أثرا ، بل الى أن الرد فى هذه الحالة قد قامت دونه عقبة قانونية هى عدم جواز احتجاج الشخص بتدليسه ما دام سبب عدم المشروعية قائما من جهته أو هو مشترك فيه . (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٤٢ مكررة ص ٢٢٢ هامش نمرة ٨ — والتون ١ ص ٣٤٧ — ص ٣٤٨) . على أن هذه القاعدة محل للنظر، وقد أخذ القضاء والفقه فى فرنسا يحوّلان عنها ، وسنعود اليها بتفصيل أوفى فيما يلى .

البطلان النسبي فلا يتقرر إلا بالتراضي أو بالتقاضي . على أنه اذا عرض البطلان المطلق على القضاء لضرورة عملية فيستطيع أن يتمسك به كل ذى مصلحة، وللمحكمة أن تقضى به دون أن يطلب منها ذلك . أما اذا عرض البطلان النسبي على القضاء فلا يتمسك به إلا من تقرر هذا البطلان فى مصلحته . ويتفق النوعان فيما يترتب على تقرير البطلان من أثر قانونى .

ونحن نستعرض هذه المسائل الثلاث :

§ ١ — كيف يتقرر البطلان

* ٦٠٦ — **البطلان المطلق** — قدمنا أن العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانونى ، فلا حاجة اذن لصدور حكم بابطاله ، ولا ضرورة للحكم بالعدم على شيء معدوم . وهذه نتيجة منطقية تستقيم فى كثير من الأحوال، فلا يحتاج من له مصلحة فى تقرير البطلان المطلق أن يرفع دعوى بذلك، وماعليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوما، ويصدر فى تصرفه عن هذا الاعتبار[1]. فاذا فرض أن شخصا صدر منه بيع باطل بطلانا مطلقا، فما به أن يحشم نفسه مؤونة رفع دعوى البطلان، إذ له أن يعتبر هذا البيع غير موجود، وأن يتصرف فى العين المبيعة فهى لا تزال فى ملكه . وإذا رفع المشترى فى البيع الباطل دعوى يطالب فيها بالعين ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع ،وبذلك يستغنى عن الدعوى بالدفع ،وفى هذا اقتصاد فى المشقة .

على أنه قد تقضى الضرورة العملية على البائع بالمبادرة الى رفع دعوى البطلان . فقد قدمنا أن العقد الباطل، إذا لم يكن له وجود قانونى،له وجود مادى قد يكون له أثر عملى . ويكفى أن نفرض أن البائع قد سلم العين المبيعة للمشترى ويريد استردادها، فهو مضطر فى هذه الحالة إلى التقاضى، إذا لم يستطع الاسترداد بالتراضى . وهو بين أن يرفع دعوى البطلان واسترداد العين . أو أن يرفع دعوى الاستحقاق معتبرا أن البيع معدوم وأن العين لا زالت فى ملكه ، فاذا احتج المشترى بالبيع ،دفع البائع ببطلانه ،وهكذا يبقى فى دائرة الدفع فيما يتعلق بالبطلان. وقد يكون وجه البطلان فيه خفاء، لا سيما إذا كان يرجع الى تقدير القاضى كما إذا كان سببه

---

(١) ولا يعتبر هذا خطأ يستوجب مسئوليته حتى لو ظهر فيما بعد أن البيع غير باطل ، ما دام أنه كان لديه سبب قوى للاعتقاد بأنه باطل (بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٢٩٩) .

مخالفة النظام العام أو الآداب ، ففى مثل هـذه الحالة تحتم الضرورة العملية أيضا على من له مصلحة فى التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن الى تقـدير المحكمة فيما ذهب اليـه (١) . ومن ذلك نرى أنه اذا صح من الناحيـة النظرية ألا حاجة لرفع دعوى فى البطلان المطلق ، فقد تقضى بعض الاعتبارات العملية برفع هذه الدعوى (٢) .

* ٦٠٧ — **البطلان النسبى** — أما العقـد الباطل بطلانا نسبيا فله وجود قانونى حتى يتقرر بطلانه كما قدمنا . لذلك لا بدّ فى تقرير البطلان من التراضى أو التقاضى . ومن هنا نرى الفرق واضحا بين البطلان المطلق والبطلان النسبى . فمن الناحية النظرية يتقرر البطلان المطلق من تلقاء نفسـه ولا يتقرر البطلان النسبى إلا بالاتفاق أو القضاء . ثم انه اذا قضت الضرورات العلميـة فى البطلان المطلق برفع دعوى البطلان فلا يزال هنـاك فرق بين دعوى البطلان المطلق ودعوى البطلان النسبى ، اذ العقـد فى الحـالة الأولى ليس له وجود قانونى حتى قبل صـدور الحكم بالبطلان ، وهو موجود الى وقت الحكم بالبطلان فى الحالة الثانية فاذا صدر الحكم زال العقد بأثر رجعى .

فالعقد الباطل بطلانا نسبيا لا يتقرر بطلانه اذن إلا بالاتفاق أو بحكم القضاء . أما الاتفاق فيتم بين المتعاقدين ، بشرط أن تتوافر الأهلية فيهما ، و يعتبر بمقتضاه العقد باطلا دون حاجة الى حكم بذلك (٣) . فاذا لم يتم الاتفاق فالعقد يعتـبر صحيحا حتى يرفع من تقرر البطلان فى مصلحته دعوى البطلان و يحصل على حكم بذلك (٤) . فحكم القاضى اذن هو الذى يبطل العقد

---

(١) وقد يكون العقد الباطل من شأنه أن يخلق مركزا قانونيا منظما ، كما فى الزواج والتبنى ، وفى هذه الحالة كذلك تقضى الضرورة العملية برفع دعوى البطلان ، حتى لا تخدع الناس بهذا المظهر الكاذب لمركز منظم ليس له وجود قانونى (بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٢٩٧) .

(٢) ولعل هذه الاعتبارات العملية هى التى دفعت الأستاذين أوبرى و رو الى تقرير أن كل بطلان يجب أن ترفع به دعوى (أوبرى و رو ١ ص ١٢٢) .

هـذا و يلاحظ أنه حيث تقضى الضرورة العمليـة بتقرير بطلان العقد الباطل بطلانا مطلقا يجوز أن يتم ذلك ، لا بطريق الدعوى ، بل بطريق الاتفاق فيما بين المتعاقدين ، و يتقرر بطلان العقـد بمقتضى هذا الاتفاق وزوال آثاره فى الماضى (بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٢٩٦) .

(٣) بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٢٩٦

(٤) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٨ .

فى البطلان النسبى ، ولا يقتصر على تقرير بطلانه كما فى البطلان المطلق . وقبل الحكم يعتبر العقد صحيحا كما قدّمنا ، ولكن اذا رفعت دعوى البطلان الى القاضى ووجد هذا سبب البطلان متوافرا فهو لا يملك إلا أن يبطل العقد[1] وليس له حق التقدير الذى يخوّل إياه فى حالة الفسخ ، وسنعود الى تفصيل ذلك فيما يلى .

ومن ذلك يتبين أن من تقرر البطلان فى مصلحته اذا لم يستطع أن يتفق مع المتعاقد الآخر على البطلان فليس أمامه إلا أن يلجأ الى القضاء[2] ، ولا يجوز له أن يستقل باعلان بطلان العقد بارادته المنفردة ، كما أجاز ذلك كل من القانون الألمانى وقانون الالتزامات السو يسرى[3] .

= ويمكن أن يكون التمسك بالبطلان من طريق الدفع ، بأن يدفع بالبطلان من له حق التمسك به فى دعوى يرفعها عليه الطرف الآخر يطالبه فيها بتنفيذ العقد . وهذا الدفع موضوعى تدفع به الدعوى فى أية حالة كانت عليها إلا اذا فهم أن فى السكوت عز إبدائه أجازة ضمنية للعقد الباطل . ولكن القاضى لا يحكم فيه من تلقاء نفسه كما يفعل فى البطلان المطلق ، بل يجب أن يدفع به من له الحق فى ذلك ، فاذا لم يفعل حتى صدر الحكم النهائى فى الدعوى ، عد ذلك تنازلا منه عن الدفع واجازة ضمنية للعقد .

وسنرى أن دعوى البطلان تسقط فى فرنسا بعشر سنوات (وفى مصر بخمس عشرة سنة) أما الدفع بالبطلان فهناك رأى يذهب الى أنه لا يسقط بمضى المدة وسنعود الى ذلك فيما يلى .

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٠٩ — حكما آخر فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ .

(٢) فلا يمكنه أن يتمسك بالبطلان دون دعوى ، ولو صدر منه عمل آخر صريح فى رغبته فى التمسك بالبطلان ، كأن تصرف فى العين الذى سبق له التصرف فيها بعقد باطل ، فهذا التصرف الثانى لا يبطل التصرف الأول ، ويبقى هذا صحيحا حتى يتمكن المتصرف من إبطاله بحكم (انظر بلانيول ٢ فقرة ١٣٠١ والحاشية) .

ولا يخفى أن هذا المذهب الذى أخذ به القانونان الفرنسى والمصرى فيه تضييق على كل من المتعاقدين . فمن تقرر فى مصلحته البطلان يرى نفسه مضطرا الى رفع دعوى لا يملك القاضى فيها إلا أن يحكم بالبطلان ، وما دام الأمر كذلك ، فما الفائدة اذن من رفعها ؟ أما كان يكفى أن يعلن البطلان ، كما أجاز له ذلك بعض القوانين الحديثة ، فلا يكلف نفسه مشقة رفع الدعوى ؟ أما المتعاقد الآخر فيبقى مهدّدا بالبطلان مدة طويلة (حتى تسقط الدعوى بمضى المدة) ، وقد يعلن المتعاقد الأول رغبته الصريحة فى التمسك بالبطلان ، ثم يعود بعد ذلك الى أجازة العقد دون أن يتقيد برغبته الأولى ، ما دام لم يقيده بها اتفاق مع الطرف الآخر وما دام لم يصدر حكم بالبطلان . وفى هذا من الحرج وعدم استقرار المعاملات ما فيه . وقد تجنب القانونان الألمانى والسو يسرى هذه العيوب بأن جعلا البطلان يتقرر باعلان يتقرر البطلان فى مصلحته ، فاذا صدر منه هذا الاعلان استغنى به عن رفع الدعوى ، وتقيد به كذلك فلا يملك الرجوع فيه ، وبذلك يستطيع الطرف الآخر أن يتثبت من مصير العقد . وسنرى حكم هذين القانونين فى هذه المسألة فى الحاشية التالية .

(٣) تقضى المادة ١٤٣ (فقرة أولى) من القانون المدنى الألمانى بأن البطلان يتقرر باعلان يتوجه الى الطرف الآخر . وهذا نص جوهرى فى موضوع البطلان ، وفيه تجديد خطير وتوسعة على كل من المتعاقدين كما سبقت الاشارة الى ذلك . وليس لاعلان البطلان فى القانون الألمانى شكل معين ، بل قد يكون الاعلان ضمنيا وتبقى صعوبة الاثبات .

§ ٢ — من يتمسك بالبطلان

* ٦٠٨ — **البطلان المطلق** — قدمنا أن العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانونى، وأن بطلانه يتقرر بطريق الدفع وان كانت الضرورة العملية قد تقضى فى بعض الأحوال برفع دعوى البطلان . وسواء كان تقرير البطلان بطريق الدعوى أو بطريق الدفع فالذى يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة فى ذلك . على أن وجود المصلحة لا يكفى، بل يجب أن تكون مصلحة يعترف بها القانون . فالجار لا يستطيع أن يطلب دعوى بطلان بيع المنزل المجاور، بحجة أن له مصلحة فى التخلص من جوار المشترى، والتاجر لا يحق له أن يطلب بطلان شركة لتخلص من منافستها له فى تجارته[1] . فاذا اشترى الجار المنزل لنفسه من البائع فى العقد الأول، صارت له مصلحة مشروعة فى طلب بطلان البيع الأول، لأن هذا البيع يؤثر فى حق كسبه . واذا ساهم التاجر فى الشركة الباطلة صارت له أيضا مصلحة مشروعة فى طلب بطلانها، لأن قيام الشركة يؤثر فى حقه كمساهم .

لذلك يمكن أن نحدد ذا المصلحة الذى يحق له التمسك بالبطلان بأنه كل شخص كسب حقا يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه، سواء كان قد كسب الحق قبل صدور العقد أو بعده . وعلى ذلك يصح أن يتمسك بالبطلان كل من طرفى العقد والدائنون والورثة وكل من كسب

= و يترتب على صدوره بطلان العقد و زوال آثاره فى الماضى، ولايجوز الرجوع فى هذا الاعلان بعد صدوره، ولكن يجوز للطرف الآخر أن يناقشه اذا ذهب الى أن العقد الذى أعلن بطلانه ليس بباطل، وله أن يرفع دعواه بذلك الى القضاء. (انظر فى هذا الموضوع سالى فى اعلان الارادة م ١٤٣ — الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدنى الألمانى فى تعليقها على المادة ١٤٣ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٢٩٨ ص ٤١٢ — قارن بودرى و بارد ٣ فقرة ١٩٣٥) .

أما قانون الالتزامات السو يسرى فقد قضى فى المادة ٣١ بأن العقد اذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أجيز اذا كان الطرف الذى لا يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تصميمه على إبطاله أو دون أن يسترد ما دفعه . وتسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الاكراه . ويتبين من هذا أن القانون السو يسرى كالقانون الألمانى يجيز تقرير البطلان باعلان، و يحدد سنة لصدور هذا الاعلان، فاذا لم يصدر فى هذه المدة اعتبر السكوت أجازة للعقد (انظر فى هذا الموضوع شنيدر وفك فى قانون الالتزامات السو يسرى ص ٧٩ — ص ٨١) . وهذا نص حكيم يقضى على كثير من الصعوبات العملية فى هذا الموضوع، و يجدر أن يتوخاه المشرعون) .

(١) بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٩ ص ٤٠٢ هامش نمرة ١ — هيار فى بطلان الشركات فقرة ٤٣٦ جاپيو ص ٥٨٥

حقا عينيا على العين موضوع العقد الباطل أو حقا شخصيا بالنسبة لهذه العين . نفى البيع الباطل بطلانا مطلقا يستطيع أن يتمسك بالبطلان البائع و ورثته ودائنوه ، والمشترى و ورثته ودائنوه ، وشخص رتب له البائع أو المشترى حقا عينيا على العين المبيعة كمشترٍ ثان أو صاحب حق انتفاع أو صاحب حق ارتفاق أو دائن مرتهن ، وشخص كسب حقا شخصيا من البائع أو المشترى بالنسبة للعين المبيعة كالمستأجر و يدخل هذا ضمن الدائنين الشخصيين . وكل هؤلاء قد تكون لهم مصلحة فى بطلان البيع لأن لهم حقوقا تتأثر بهذا البطلان . أما البائع و ورثته ودائنوه فليستردّوا العين المبيعة بعد تقرير البطلان ، والمشترى و ورثته ودائنوه يستردّون الثمن ، ومن كسب حقا عينيا من البائع يسلم له حقه ، ومن كسب هذا الحق من المشترى يستردّ المقابل الذى دفعه ، والمستأجر من البائع يبقى فى العين حتى لو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، والمستأجر من المشترى يفسخ الإيجار و يستردّ الأجرة .

و بعبارة أخرى يمكن القول بأن من يتمسك بالبطلان هما طرفا العقد والخلف العام والخلف الخاص لكل منهما .

بل يستطيع القاضى أيضا أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه دون أن يطلب ذلك منه ، لأن العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانونى والقاضى لا يستطيع أن يعتبر ماهو معدوم . فلو رفع شخص دعوى للطعن فى عقد بوجه غير البطلان المطلق ، فللقاضى أن يحكم ببطلان العقد ولو لم يطلب منه المدعى ذلك متى تحقق أن هناك سببا للبطلان .

وغنى عن البيان أن المتمسك بالبطلان ، اذا اتخذ سبيل الدفع ، يجوز له إبداء دفعه فى أية حالة كانت عليها الدعوى .

* **٦٠٩ — البطلان النسبى** — أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فقد قدّمنا أن له وجودا قانونيا ، ولا بد من الحكم ببطلانه اذا لم يتم الاتفاق على ذلك . والبطلان النسبى لم يتقرر إلا لمصلحة أحد المتعاقدين ، فهذا المتعاقد وحده هو الذى يحق له التمسك بالبطلان ، سواء كان ذلك بطريق الدعوى أو بطريق الدفع . فاذا كان العقد صادرا من ناقص الأهلية فهو الذى يتمسك بالبطلان دون المتعاقد الآخر كامل الأهلية[1] ، وهذا ما تقضى به صراحة المادتان

---

(١) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٦٦ — استئناف مختلط فى ١٠ يونيه سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٨٥ — ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣ — ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ =

١٣٢ / ١٩٢ من القانون المدنى المصرى (والمادة ١١٢٥ من القانون المدنى الفرنسى) . واذا كان البطلان مقررا لمصلحة من شاب أرادته عيب من عيوب الرضاء، فهو الذى يتمسك بالبطلان دون المتعاقد الآخر الذى كان رضاؤه صحيحا . وفى بيع ملك الغير لا يتمسك بالبطلان إلا المشترى لأنه هو الذى تقرر البطلان لمصلحته ، أما المالك الحقيقى فما به أن يتمسك ببطلان أوصحة ،لأن العقد غير نافذ فى حقه ولو كان صحيحا كما قدمنا ، وان كان القانون أعطاه الحق فى أجازة العقد استثناء لأن هذا نوع خاص من البطلان[1] .

و بالجملة لا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته ، و يقوم مقامه ورثته ودائنوه أى الخلف العام[2] . أما الخلف الخاص فليس له أن يتمسك بالبطلان ، كما اذا اشترى شخص عينا من آخر ، وكان البائع سبق له أن باعها وهو قاصر ، فليس لهذا الشخص أن يتمسك ببطلان البيع الأول إلا من طريق أنه دائن شخصى للبائع (أى خلف عام) فيستعمل دعوى مدينه و يطلب البطلان[3] .

= ص ١٧٩ — ٧ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٣ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥ — ١٨ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٠ .

وغنى عن البيان أن القاصر اذا تعاقد ، فلوصيه أن يرفع دعوى البطلان ولو بدون اذن القاصر .

هذا وقد يتعاقد قاصران معا ، فلكل منهما أن يطلب البطلان للقصر . والعقد لا يزال باطلا بطلانا نسبيا بالرغم من أن كلا من المتعاقدين يستطيع طلب البطلان . وعلى ذلك تصح اجازة العقد و يزول بطلانه بمضى المدة ، ولو كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لما جاز ذلك .

واذا تقرر البطلان لمصلحة أكثر من شخص واحد ، وأجاز البعض العقد أو سقطت دعواه بمضى المدة ، فلا يفيد البطلان إلا الآخرين (استئناف مختلط فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٢ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٧١ نمرة ٢٧٧) .

(١) وفى عقد القسمة اذا كان أحد المتقاسمين قاصرا فهو وحده الذى يتمسك بالبطلان (استئناف مختلط فى ٢٤ مارس سنة ١٨٨١ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٦ ص ١٢٥ — ٢١ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ — ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥٠) . وكذلك اذا كان أحد المتقاسمين ناظر وقف لم يستوف الاجراءات اللازمة لقسمة الوقف فهو وحده الذى يتمسك بالبطلان بالنيابة عن الوقف (استئناف مختلط فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٢ — ٢١ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ — ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١) .

(٢) دى هلتس ١ لفظ دعاوى البطلان (actions en nullité) فقرة ١٧ — استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٨٥ .

(٣) انظر فى عدم جواز التمسك بالبطلان من الغير والنون ١ ص ٩٥ .

ومن ذلك يتبين أن هناك فرقا واضحا بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. فالأول يتمسك به كل من المتعاقدين وخلفه العام وخلفه الخاص كما قدمنا . أما الثانى فلا يتمسك به إلا أحد المتعاقدين (وهو من تقرر البطلان لمصلحته) وخلفه العام .

§ ٣ — أثر تقرير البطلان

* ٦١٠ — *لا فرق بين النوعين من البطلان من حيث الأثر* — يستوى هنا البطلان المطلق والبطلان النسبي . فاذا تقرر بطلان العقد، وكان البطلان مطلقا، فقد تبين أن العقد لم يكن له وجود قانونى، ولم يترتب عليه أثر . واذا كان البطلان نسبيا، فان العقد يزول وينعدم وجوده القانونى، ويكون ذلك بأثر رجعى، فلا يترتب عليه أثر كذلك .

فالقاعدة اذن أنه متى تقرر بطلان العقد اعتبر كأن لم يكن، وزالت آثاره، سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

(أولا) فيما بين المتعاقدين :

* ٦١١ — *زوال كل أثر للعقد* — اذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له كما قدمنا وأرجع كل شيء الى أصله[1] . وجاز الحكم بتعويض طبقا لنظرية الخطأ عند تكوين العقد أو على أساس المسئولية التقصيرية بالتفصيل الذى أوردناه .

---

(١) ولما كانت دعوى البطلان ترمى الى رد الشيء الى صاحبه ، اختلفت الآراء فيها كما اختلفت فى دعوى الفسخ ، هل تكون دعوى عينية أو دعوى شخصية أو دعوى مختلطة . ولسنا بصدد الخوض فى تفاصيل هذه المسألة . ونكتفى بأن نقول أن دعوى البطلان ذاتها لا يطلب فيها إلا الحكم ببطلان العقد ، فهى دعوى شخصية . فاذا اقترنت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضا ، لأن الطلب يكون مبنيا على التزام شخصى هو رد ما استلمه المدين دون حق . وليس هناك نزاع على الملكية حتى تكون الدعوى عينية . لذلك نرى أن دعوى البطلان ، سواء اقتصر فيها المدعى على طلب البطلان أو أضاف طلب الرد ، هى دعوى شخصية .

على أنه لا شك فى وجوب تسجيل دعاوى البطلان حتى تكون حجة على الغير ، فهى من هذه الوجهة تشبه الدعاوى العينية . وقد نصت المادة ٧ من قانون التسجيل الحديث على هذا الحكم ، فقضت بأنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فيها ، فاذا كان المحرر الأصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى ، وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر . وسنعود الى هذه المسألة فيما يلى .

فاذا كان العقد الباطل بيعا مثلا، وتقرر بطلانه، أرجع المشترى الشيء المبيع وأرجع البائع الثمن، ويرجع الشيء المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية اذا كان المشترى حسن النية وفى مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذى يرده إلا من وقت المطالبة القضائية أيضا، على أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة(١). واذا بنى المشترى أو غرس فى العين المبيعة يعتبر بانيا أو غارسا بحسن نية أو بسوء نية تبعا لما اذا كان وقت البناء أو الغراس لا يعلم بالعيب اللاحق بعقده أو يعلم بذلك، ويعامل طبقا للقواعد العامة (م ٩١/٦٥)(٢).

واذا كان العقد مستمرا (successif) كالايجار، وتقرر بطلانه، فالمنفعة التى استوفاها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعوض عنها، وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة، ولكنه لا يكون أجرة كما تقدمت الاشارة الى ذلك عند الكلام فى العقد المستمر(٣).

بقى أن نشير الى حالتين لكل منهما حكم خاص، أحدهما حالة البطلان المطلق لعدم المشروعية والأخرى حالة البطلان النسبى لنقص الأهلية.

* ٦١٢ — **البطلان المطلق لعدم المشروعية**(٤) — اذا كان سبب بطلان العقد هو عدم مشروعيته لمخالفته للنظام العام أو للآداب، وتقرر البطلان، وأردنا تطبيق القواعد

---

(١) قارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٤، وانظر حكما آخر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ ومن التطبيق للقواعد العامة كذلك أن يحبس البائع الثمن فى يده حتى يسترد الشيء المبيع، تطبيقا لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ (exceptio non adimpleti). هذا واذا هلك الشيء فى يد المشترى كانت مسئوليته عنه طبقا للقواعد العامة. وقد يقال أنه اذا هلك الشيء قضاء وقدرا فلا يكون المشترى قادرا على رده، وبذلك لا يستطيع أن يسترد الثمن تطبيقا لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ.

انظر فى هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢١.

(٢) انظر عبد السلام ذهنى بك فى الملكية والحقوق العينية ١ فقرة ٣١٧ ص ٤٥٦.

(٣) انظر آنفا فقرة ١٤٩ — واذا بطل عقد التأمين خطأ فى جانب المؤمن، فلا ترد شركة التأمين الأقساط التى استلمتها عن المدة السابقة على تقرير البطلان، فقد تحملت التبعة فعلا طول هذه المدة (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦). وهذا تطبيق للمبدأ الذى قررناه فى العقد المستمر.

(٤) انظر فى هذا الموضوع فاجنر (Wagner) بطلان السبب غير المشروع (رسالة من باريس سنة ١٩٠٠) — أربيس (Arbus) السبب غير المشروع (رسالة من مونبلييه سنة ١٩٠٣) — سافاتييه (Savatier) آثار وجزاء الواجب الأدبى (رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ ص ٣٣٩ وما بعدها) — كابيتان فى السبب فقرة ١١٤ — فقرة ١١٩ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ — فقرة ٨٨٠ — والتون ١ ص ٣٤٧ — ص ٣٥٤ — بهجت بدوى فى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ص ٣٦٠ — ص ٣٦٣.

المتقدمة، وجبت إعادة كل شيء الى أصله . فاذا كان أحد المتعاقدين سلم للآخر شيئا تنفيذا للعقد جاز له استرداده .

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية ، وكانت تميز بين ثلاث أحوال : حالة ما اذا كان عدم المشروعية راجعا للطرف الذى سلم الشيء، كما اذا أعطى شخص لمومس تحترف العهارة مالا فى مقابل الاتصال بها ، فهو الذى ارتكب العمل غير المشروع بخلاف المومس فانها تباشر مهنتها (١) . وحالة ما اذا كان عدم المشروعية راجعا للطرف الذى استلم الشيء، كما اذا أعطى شخص مالا لآخر ليرد له ما سرقه منه، فالعمل غير المشروع انما أتاه من استلم المال لامن سلمه . وحالة ما اذا كان عدم المشروعية راجعا لكل من الطرفين، كما فى الرشوة والإتصال الجنسى غير المشروع مع غير المومس والمقامرة وما الى ذلك . وكان الرومان يقررون أن دعوى الاسترداد لا تعطى إلا فى حالة ما إذا كان من سلم الشيء غير ملوث أى أن عدم المشروعية غير آت من جهته، وهذه هى الحالة الثانية من بين الأحوال الثلاث التى أوردناها . أما فى الحالتين الأولى والثالثة، فان من سلم الشيء ملوث ، إذ أن عدم المشروعية آت من جهته فى الحالة الأولى وهو مشترك فيه فى الحالة الأخيرة، فلا يجوز له استرداد ما سلمه، لأنه ان فعل نكون قد سمحنا له بالتمسك ببطلان عقد كان هو السبب فى بطلانه، ويكون قد استند الى تدليسه ، ولا يجوز لشخص أن يحتج بتدليس صدر من جانبه . وهذا المبدأ هو ما يعبر عنه باللاتينية : (Nemo auditur propraim turpitudinem allegans. In pari turpitudinis causa cassat repetitio)

وقد وقف الفقه الفرنسى من هذه القاعدة موقف المحترم فى أول الأمر فأخذ بها (٢) . ولكن الفقه الحديث تحول عنها، واستند فى ذلك الى أن المشرع الفرنسى لم ينقلها فى نصوصه، والى أن التسليم بها يتضمن ترتيب أثر على عقد باطل، هو إبقاء الشيء فى يد من استلمه بموجب عقد تقرر بطلانه (٣) . أما القضاء الفرنسى فقد احترمها كذلك فى أول الأمر ، ولكنه

---

(١) أورد اليان (Ulpien) هذا المثل ونقله عنه كابيتان فى كتاب السبب (انظر فقرة ١١٤) . وقد يقال أن المومس تأتى عملا غير مشروع كذلك حتى لو أن الاتصال بالرجل يعتبر مباشرة لمهنتها .

(٢) توليه ٦ فقرة ١٢٦ و ١١ فقرة ٦٢ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٤٢ مكررة هامش نمرة ٨ ص ٣٢٢ — لاروميير م ١١٣٣ فقرة ١٠

(٣) ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٣ و ٢٤ فقرة ٣٨٢ — لوران ١٦ فقرة ١٦٤ — هيك ٨ فقرة ٣٩٢ — بفنوار ص ٦٥٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٦ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٨١٠ .

أخذ يتحول عنها هو أيضا وأصبح الآن لا يطبقها إلا فى أحوال معينة[1]، أهمها العقود المتعلقة باستغلال بيوت العهارة والاتصال الجنسى والمقامرة والرشوة[2].

ولا يزال القضاء المصرى يحترم القاعدة[3].

---

(١) انظر تحليلا تفصيليا للقضاء الفرنسى فى كابيتان فى السبب فقرة ١١٥ — فقرة ١١٨ .

(٢) انظر فى استغلال بيوت العهاره محكمة النقض فى أول أبريل سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ١ — ٢٨٩ — حكما آخر فى ١٧ يوليه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٦ — ١ — ٧٢ — محكمة امبان الاستئنافية فى أول ابريل سنة ١٩١٢ جازيت دى باليه ١٩١٢ — ٢ — ١٣٦ — محكمة باريس الاستئنافية فى أول فبراير سنة ١٩٣٠ محاماة ١٠ ص ٧٩٩ رقم ٤١٠ — وفى الاتصال الجنسى غير المشروع محكمة النقض فى ٤ يناير سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ — ١ — ١٢٦ — وفى المقامرة محكمة اكس الاستئنافية فى ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٨ — ٢ — ٢٩١ — وفى الرشوة محكمة النقض فى ١٥ مارس سنة ١٩١١ داللوز ١٩١١ — ١ — ٣٨٢ — محكمة باريس الاستئنافية فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٥ — ٢ — ٢٠٦ ، ويستخلص الأستاذ كابيتان من استعراض القضاء الفرنسى فى هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة الرومانية فى جميع العقود غير المشروعة ، بل هو يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب (دون العقود المخالفة للقوانين أو للنظام العام) ويذهب فى ذلك الى أن العقود المخالفة للاداب لا يليق أن تنظر فيها المحاكم ، بل الجدير بها أن تغسل يدها من مثل هذه القضايا الملوثة ، فلا تحكم فيها بقبول أو برفض (انظر بنوع خاص محكمة بورج الاستئنافية فى ١٣ يونيه سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ — ٥ — ٣٢٩ — محكمة الجزائر الاستئنافية فى ٥ مايو سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ — ٢ — ٣٠٢) .

انظر فى القضاء الفرنسى أيضا ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ ، وقد وصل الى نتيجة قريبة من النتيجة التى وصل اليها الأستاذ كابيتان فى تحليل القضاء الفرنسى ، من حيث قصر تطبيق القاعدة الرومانية على العقود المخالفة للاداب (انظر فقرة ٨٧٨) ، وان كان يرى أن الأولى من الناحية العملية عدم تطبيق هذه القاعدة أصلا وجعل الاسترداد جائزا فى كل الأحوال (انظر فقرة ٨٧٨ ص ٨١٠) .

(٣) من ذلك ان قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه اذا ظهر للحكمة أن العقد باطل لعدم مشروعية سببه وجب عليها ألا تساعد أيا من طرفى العقد ، بل تترك الحالة على ماهى عليه ، بمعنى أنها لا تأمر بتنفيذ ما لم ينفذ ولا باعادة ما نفذ من التعهد بمقتضى العقد ، وعلى ذلك اذا كان هذا العقد الباطل عقد بيع وحصل تسليم جزء من الأرض المبيعة بقى هذا الجزء مع المشترى وبقى ما لم يسلم مع البائع (١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ١٦٠ نمرة ٨٥ — الحقوق ٢٦ ص ٢٨٤) . وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية بأنه لا يجوز للمشترى فى البيع الباطل لصدوره الى قاض فى حقوق متنازع عليها مطالبة البائع برد الثمن ، لأن بطلان العقد مبنى على أن سببه غير مشروع (٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ عدد ٢٠ ٧) . وقضت محكمة الموسكى الجزئية بأنه ليس لمن يتعاقد على ما فيه مخالفة للقانون أن يلتجئ الى القانون للتوصل الى حماية عمله ، فمن استأجر انسانا ليعمل له عملا ممنوعا عليه قانونا ، ودفع له أجرة نظير ذلك العمل ، ليس له أن يلتجئ الى المحكمة لتحكم له برد الأجرة بسبب أن المأجور لم يقم بذلك العمل ، كما لو كلف بعضهم إحدى القوابل بمعالجة نسائية ممنوعة عليها بمقتضى اللوائح ، فليس له أن يطالبها برد الأجرة على زعم أنها لم تتم المعالجة (٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١١٨) . وقضت محكمة سوداج الجزئية بأنه ليس للراشى أن يطالب برد ما دفع لأن سبب التعهد غير جائز قانونا ، وليس له ذلك أيضا ولو كان قد بلغ الحادثة للسلطة المختصة (١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ عدد ٧) . وقضت محكمة دمنهور الجزئية بأنه يعتبر باطلا لبنائه على =

ولم يخرج عليها إلا فى أحكام قليلة[1] .

= سبب غير مشروع الاتفاق على أجر نظير تمكين شخص من الانتفاع برخصة ادارة قهوة صادرة لشخص آخر، لأن الرخص التى تصدرها الحكومة بالتصريح بادارة القهاوى هى رخص شخصية لا تعطى إلا بعد التحقق من توافر شروط مخصوصة فى طالب الرخصة ، واذا دفع المنتفع بالرخصة مبلغا الى صاحب الرخصة نظير انتفاعه بالرخصة ، فلا يصح له استرداد ما دفعه لأن العقود التى تبنى على أساس غير مشروع كما لا يصح المطالبة بتنفيذها ، كذلك لا يصح رد ما دفع من منفذها بمطلق حريته ، والقانون بحريمها حرم على المحاكم النظر فيها بتاتا سواء من جهة من عقدت لمصلحته أو المتعهد بتنفيذها ، وكان فى وسع المدعى ألا يقوم بالدفع ، ولا يستطيع المدعى عليه أن يجبره عليه (٥ مارس سنة ١٩٢٤ محاماة ٤ ص ٨٥٧ رقم ٦٤٠) . وقضت محكمة المنشية الجزئية بأن القانون الفرنسى نص صراحة على أنه لا يجوز رفع دعوى بطلب مبلغ نتيجة ميسر أو رهان ما عدا الألعاب القائمة على المهارة وتمية البنية كالسباق على الأقدام وسباق الخيل ، وانما للمحاكم تخفيض المبلغ اذا كان ظاهر الابهاظ ، وعلى كل حال لا يجوز طلب استرداد ما دفع إلا اذا كان الرابح قد استعمل الغش أو النصب (١٤ أبريل سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٧٩٣ رقم ٣٩٠) . قارن أيضا محكمة الاستئناف الأهلية فى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٤ ص ٢٤٢ ، وانظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١١٥ . هذا وقد ذهب القضاء المصرى فى تطبيق القاعدة الرومانية الى مدى أبعد مما تذهب اليه القاعدة نفسها ، فقضى بأن من يدفع فوائد تربو على النصاب القانونى ليس له أن يطلب استنزال ما دفعه زيادة عن ذلك النصاب من أصل دينه ، لأن مجرد قيامه بالدفع يسقط حقه فى ذلك الطلب (استئناف أهلى فى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ عدد ٦٦ — انظر أيضا محكمة الاستئناف الأهلية فى ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ رقم ٢٢٩ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٢ — ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨) . ووجه الغرابة فى هذا القضاء أنه يمنع استرداد ما دفع من الفوائد زيادة على النصاب القانونى مع أن المدين الذى دفع هذه الزيادة غير ملوث ، والملوث هو الدائن الذى اضطر المدين الى ذلك ، فكان الواجب جواز الاسترداد طبقا للقاعدة الرومانية نفسها . لذلك نرى أحكاما أخرى صدرت من المحاكم الأهلية تقضى بجواز الاسترداد ، وفى رأينا أن هذه الأحكام هى التى تقرر المبدأ الصحيح فى هذا الموضوع . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية من أن من أدى لدائنه فائدة تزيد على ٩ ٪ له أن يرجع عليه بالزيادة التى دفعها ولو كان دفعه لها بمحض الرضا والاختيار (٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ رقم ٢٢٩) ، ومن ذلك أيضا ما قضت به محكمة طنطا الاستئنافية من أن الاتفاق على فوائد ربوية باطل بطلانا تاما لا يزيله قيام المدين بدفعها طوعا واختيارا ، وله أن يطالب على كل حال أن يستنزل منها ما زاد عن النصاب القانونى (٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ٨٦ رقم ٥٥ — انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٧ — دى هلتس ٣ ص ٤١١ فقرة ٥١) .

(١) من ذلك ما قضت به محكمة مصر الكلية من أن القانون يقضى بألا يبقى أى أثر العقد المبنى على سبب غير جائز ، وحينئذ إذا نفذ عقد من هذا القبيل كله أو بعضه فعلى القاضى أن يأمر برد ما دفع تنفيذا لهذا العقد ، حتى يعود المتعاقدون الى حالتهم الأولى قبل التعاقد ، ولا يبقى أثر لذلك العقد الذى قضى القانون عليه بالبطلان (٥ يونيه سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ٢٢٤ رقم ٣/٨٥ — الحقوق ١٦ ص ١٧٩) . وقضت محكمة العطارين الجزئية بأنه وان اختلفت الآراء فى جواز استرداد ما دفع تنفيذا لتعهد قائم على سبب مخالف للاداب أو للنظام العام ، إلا أنه مما لاشك فيه أن نتيجة الرأى القائل بعدم جواز الاسترداد يؤدى حتما الى اقرار حالة يأباها القانون ، لأن حرمان أحد العاقدين من استرداد مادفعه عقابا له على ما فرط منه معناه تمكين العاقد الآخر من الاستمتاع بما حصل جزاء على إجرامه أو تدليسه أو خروجه على الآداب العامة ، ومهما قال أنصار هذا الرأى فى تأييده ، فان الأوفق والأكثر انطباقا على القانون =

وكذلك التشريعات الحديثة تأخذ بالقاعدة ، من ذلك القانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى[1] . وهناك من التشريعات الأقدم عهدا ما يتضمن نصوصا صريحة فى الأخذ بها[2] .

ومهما يكن من أمر فالقانون غير مستقر فى هذه المسألة ، والخلاف فيها محتدم . و إذا تقصينا الآراء المختلفة أمكن إرجاعها الى ثلاثة : الرأى الأول يذهب الى الأخذ بالقاعدة . والرأى الثانى ينبذها و يجيز الاسترداد فى جميع الأحوال متمشيا فى ذلك مع النتيجة المنطقية للبطلان . والرأى الثالث يجيز الاسترداد أو لا يجيزه تبعا لما إذا كان الجواز أو عدمه من شأنه أن يساعد أو لا يساعد على محاربة العقود غير المشروعة والضرب على أيدى من يباشرونها[3] .

على أن للمسألة وجهين : الوجه المنطق والوجه العملى . فالوجه المنطق يقضى بأن يكون الاسترداد جائزا فى كل الأحوال حتى يترتب أثر على العقد الباطل . و إذا كان الرومان يأبون الاسترداد على من كان ملوثا من الطرفين فذلك يرجع الى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد القوة الملزمة من شكليته ، فاذا أعطى المتعاقد الذى سلم الشىء حق استرداده فانما كان ذلك من طريق إعطائه دعوى خاصة (condictio

---

= ألا يرتب على العقد ذى السبب غير المشروع أى أثر قانونى ، وأن تعود الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد ، و يكفى المسترد عقابا ما يناله من تشهير يترتب على اذاعة محتويات العقد وما كان يدبره فى الخفاء مخالفا للقانون والآداب . (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ٦٠٣ رقم ٣٠٧ : ووقائع القضية تتلخص فى أن شخصا أوهم آخر بأن فى استطاعته أن يحضر له أوراق بنكنوت مزيفة من فئة الجنيه اذا دفع عن كل مئة أربعين جنيها ، وقد وصل المحتال بهذه الطريقة الى الحصول على مائة جنيه من الشخص الآخر وعلى سندى دين بمائة جنيه أخرى) .

(١) نصت المادة ٨١٧ من القانون المدنى الألمانى بأنه إذا كان الغرض من الالتزام قد حدد بحيث أن الدائن يكون قد خالف بالرضاء الصادر منه القانون أو الآداب ، فانه يجب على هذا الدائن أن يرد ما أخذ . على أنه لا يكون هناك محل للاسترداد اذا كان المدين قد خالف القانون أو الآداب مخالفة الدائن لها . وقضت المادة ٦٦ من قانون الالتزامات السويسرى بأنه لا محل لاسترداد ما أعطى بقصد الوصول الى غرض غير مشروع أو مخالف للاداب . وقضت المادة ٢٧ الفقرة الثانية من المشروع الفرنسى الايطالى بأنه من وفى بالتزام مخالف للاداب لا يجوز له أن يستعمل دعوى الاسترداد إلا إذا لم يكن من جانبه خرق للاداب .

(٢) انظر المادة ١١٧٤ من القانون المدنى النمساوى والمادتين ٦٧١ و ٦٩٢ من القانون المدنى البرتغالى (و يقضى هذا القانون بأن المال الذى لا يسترد لا يبقى مع الطرف الآخر بل يكون ملكا للخزينة لتصرفه فى أغراض خيرية) والمادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من القانون المدنى الاسبانى .

وقضت المادة ١٤٧ من قانون السوفييت بأنه فى حالة بطلان العقد لمخالفته للقانون ، لا يجوز لأى من الطرفين استرداد ما دفعه ، و يجوز للدولة أن تستولى على ما دفع (و يمثل هذا أيضا قضى القانون البرتغالى كما قدمنا) .

(٣) انظر والتون ١ ص ٣٥١ .

(ob turpem causam) من العدل أن تنكر على من كان ملوثا من الطرفين إذ لا يصبح جديراً بها[1]. أما الآن فالوضع القانونى للمسألة قد تغير . وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة للطرف الملوث. فلم يعد هناك محل للنظر فى إعطائه دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه ما دام العقد غير ملزم له . والوجه العملى للمسألة كوجهها المنطق يقضى كذلك بأن يكون الاسترداد جائزا فى كل الأحوال . فما دام الغرض محاربة العقود غير المشروعة فلن يكون ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله ، إذ قد يكون بقاء المال فى يد هذا الطرف الآخر (كالموظف يستبق الرشوة والمأجور على جريمة يستبق الأجر) أبلغ فى التشجيع على الفساد من سلبه إياه ، وما على المجرمين إلا أن يتعاملوا بالنقد حتى يأمنوا غائلة القانون .

لذلك لا نرى الأخذ بالقاعدة الرومانية لما قدمناه . ولا نرى أيضا الأخذ بالرأى الذى يذهب الى اتباع الحل المؤدى الى محاربة العقود غير المشروعة ، فهو رأى ينقصه الأساس القانونى ، وهو أقرب الى أن يكون رأيا فى السياسة القانونية منه حلا مبنيا على صياغة فنية . وعندنا أن الرأى الجدير بالاتباع هو الرأى الذى يذهب الى جواز الاسترداد فى كل الأحوال ، فان فى هذا تمشيا مع منطق البطلان . على أن هناك أحوالا تقتضى النظر، فقد يكون العقد باطلا لعدم المشروعية ، ويكون الاسترداد متمشيا مع القواعد العامة ، ولكن هناك ضررا أحدثه الطرف الذى يريد الاسترداد بالطرف الآخر . مثل ذلك شخص اتصل بامرأة اتصالا غير مشروع فى مقابل مال أعطاه إياها، وهو يريد الآن استرداد هذا المال بعد أن تم الاتصال بينهما . فى مثل هذه الحالة لا نتردد فى إنكار الاسترداد عليه، وتستبق المرأة المال، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثرا، بل على سبيل التعويض عما أصابها من الضرر من هذا الاتصال غير المشروع .

• **٦١٣ — البطلان النسبى لنقص الأهلية** — أما إذا كان البطلان نسبيا لنقص الأهلية، سواء كان ذلك لقصر أو لحجر، وتمسك ناقص الأهلية بالبطلان فتقرر، كان له أن يسترد ما دفعه للطرف الآخر وفقا لهذا متفق مع القواعد العامة التى أوردناها . أما الطرف

---

(١) انظر فى هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ٧٧٠ ص ٨٠٠ .

الآخر فلا يسترد من ناقص الأهليـة إلا بالقدر الذى استفاده هـذا ، طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب . وهـذا ما تقضى به صراحة المـادتان ١٣١/١٩١ ، فهما تنصان على أن مجرّد عدم الأهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها ضرر ، ومن استحصل على بطلان مشارطة لعدم أهليته لايكون ملزما إلا برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيذ المشارطة من المتعاقد معه ذى الأهلية (انظر أيضا المـادة ١٣١٢ من القانون المدنى الفرنسى) .

ولو أن ناقص الأهلية كان كاملها لاسترد الطرف الآخر منه ما أعطاه إياه كاملا ، ولما اقتصر على استرداد القدر الذى أفاده . ذلك أنه بعد أن يتقرر بطلان العقد ، يرجع كل متعاقد على الاخر بمـا أعطاه إياه بدعوى اسـترداد مادفع دون حق ، فقد أعطاه شيئا بمقتضى عقد باطل ، فيرجع عليـه بمـا أعطاه إياه طبقا للقواعد العامة . ولكن اذا كان من يرد الشىء ناقص الأهلية ، فهو لا يردّه بمقتضى قاعدة ردّ ما أخذ دون حق ، بل بمقتضى قاعدة الاثراء بلا سبب ، وهذه أيسر خطبا على ناقص الأهلية ، إذ لا يرد إلا أقل القيمتين ، قيمة ما استلمه أو القدر الذى استفاد منه . وهذا حكم خاص بناقص الأهلية رعى فيه المشرع صالحه[1] .

وناقص الأهلية لا يكلف بإثبات أنه لم يستفد ممـا أخذه ، بل الطرف الآخر هو الذى يثبت القدر الذى استفاد به ناقص الأهلية فيستردّه منه[2] .

---

(١) قارن والتون ١ ص ٩٦ — ص ٩٨ — ويطبق هذا الحكم أيضا اذا كان الدائن ناقص الأهلية واستوفى الدين ، فلا يكون الوفاء صحيحا إلا بالقدر الذى استفاد به الدائن (انظر المـادة ١٢٤١ من القانون المدنى الفرنسى) .

ومما هو جدير بالذكر أن حكم الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة يطابق حكم القانون المصرى فقد جاء فى مجمع الضمانات (ص ٤٤٨) أنه اذا تعامل شخص مع ناقص الأهليـة ، فالعقد باطل ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهليـة بمقدار ما أثرى (انظر أيضا المـادة ٢١٨ من كتاب مرشـد الحيران) . وقد أشارت الى ذلك محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصادر فى ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ (م ٢٩ ص ٣١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه اذا لم يثبت أن المحجور عليه انتفع من الثمن الذى أخذه من المشترى فى مقابل الأعيان التى باعها ، فلا يمكن الزام القيم برد الثمن الذى استولى عليه محجوره (٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه لا يلزم عديم الأهلية قانونا إلا برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيذ المشارطة كنص المـادة ١٣١ مدنى ، ويجب على من يتعامل معه أن يقيم الدليل على حصول هـذه المنفعة لعديم الأهلية (٥ فبراير سنة ١٩٣١ محاماة ١١ ص ١٠٥٢ رقم ٥٣٤) . انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٤٥٥ — حكما آخر فى ٢ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ — ١ — ١٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٣ ص ٤٤٣ .

ويجوز الاثبات بجميع الطرق ، بما فيها البينة والقرائن ، لأن المطلوب إثباته واقعة مادية لا عمـل قانونى . ولكن لايجوز الاستدلال على حصول المنفعة لناقص الأهلية بنفس المستندات الممضاة منه ، لأن هذه المستندات باطلة ، =

و يعتبر ناقص الأهلية قد استفاد مما أخذه اذا كان قد وفى به دينا عليه ، أو اشترى به شيئا مفيدا ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انعدمت بسبب طبيعى، أو رمم به عقارا حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة، أو بقى المال الذى أخذه فى يده الى وقت الرد (١) .

= ويجب إقامة الدليل على توافر هذه المنفعة بدليل آخر غير هذه المستندات (استئناف مصر الأهلية فى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ ص ١٠٥٢ رقم ٥٣٤ وهو الحكم السابق الذكر) . من ذلك أنه لا يعتبر دليلا أن يكتب فى السند الممضى من القاصر أن القيمة قبضت بضائع (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ نوفمبر ١٨٦١ داللوز ٦٢ — ١ — ٤٩٠)، أو أنها قبضت نقدا (محكمة النقض الفرنسية فى أول يونيه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠ — ١ — ٤٣٢) .

(١) انظر فى هلاك العقار بقوة قاهرة والتون ١ ص ٩٧ — الأستاذ محمد صالح ص ١٨٠ — وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن المادة ١٣١ مدنى صريحة فى أن من تحصل على بطلان مشارطة لعدم الأهلية لا يكون ملزما إلا برد قيمة المنفعة التى تحصل عليها بتنفيذ المشارطة من المتعاقد ذى الأهلية ، كأن يكون المبلغ الذى استلمه عديم الأهلية أو ما يقابله لا يزال تحت يده ، أو دفعه فى دين عليه ناشئ عن عقد صحيح ، أو يكون صرفه على عمارة ملكه (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٧٢ رقم ٤٨) . وقضت محكمة النقض الفرنسية أن صرف ناقص الأهلية للمال الذى أخذه فى وفاء دين عليه يعتبر مفيدا (٢٣ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ٢٩) ، ولو كان الدين قابلا للبطلان (نقض فرنسى فى ٢٤ يونيه سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٦ — ١ — ٥٦)، ولكن وفاء القاصر لدين على غيره لا يعتبر مفيدا له (نقض فرنسى فى ٧ يوليه سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠ — ١ — ٦١) .

و يعتبر مفيدا ما صرفه القاصر فى ضروريات أو فى كمالياته المعقولة التى يحصل عليها أمثاله دون أن يعتبروا مبذرين بالنظر لحالتهم الاجتماعية ودرجة تعليمهم ومقدار ثروتهم (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٥٠ — أول يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٦) . ولو صرف ناقص الأهلية المال فى شىء غير ضرورى ولكنه نافع ، وهلك الشىء بقوة قاهرة بعد ذلك ، فانه يحسب عليه لا على الطرف الآخر (انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ ص ٢٥٦ هامش نمرة ١٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٤ و ٣ فقرة ١٩٧١ — والتون ١ ص ٩٧ — ص ٩٨ — انظر عكس ذلك بوتييه فى الالتزامات فقرة ٥٠٤ — لاروميير م ١٣١٢ فقرة ٨) .

و يعتبر مفيدا كذلك ما صرفه السفيه المحجور عليه على حاجيات أسرته ، سيما اذا كان السند الذى أمضاه قد ضمه فيه أولاده، مما يعد قرينة على أن المال الذى حصل عليه أراد به القيام بمطالب أسرته (محكمة مصر المختلطة التجارية فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ١٤٦ رقم ١٣٥) .

كما يعتبر مفيدا مصاريف معالجة ناقص الأهلية وأتعاب الطبيب ، فيرجع المستشفى أو الطبيب على المريض ناقص الأهلية بما استفاده من ذلك ولو كان العقد الذى تم بين الطرفين باطلا (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠٤ — محكمة مصر المختلطة الكلية فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ ص ٩٠ رقم ٩٨ — محكمة اسكندرية المختلطة الجزئية فى ٣ سبتمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥) .

ولو اشترى ناقص الأهلية شيئا بالمال الذى أخذه ردّه الى الطرف الآخر، ولو لم يكن هذا الشىء مفيدا لهذا الأخير (والتون ١ ص ٩٧ — الأستاذ محمد صالح ص ١٨٠) .

ومن تعامل مع مفلس ناقص الأهلية فلا يرجع على التفليسة إلا بقدر ما استفاده (استئناف مختلط فى ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٣) .

واذا تم العقد بين طرفين ناقصى الأهلية فكل منهما يسترد من الآخر بقدر ما استفاد (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٧١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٣) . واذا تم العقد بين الوصى والطرف الآخر ولم يخز المجلس الحسبى فللطرف الآخر =

ويعتبر أنه لم يستفد مما أخذه من المال اذا كان قد بدّده فى ملاهيه ، أو فى المقامرة ؛ أو فى شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته ، أو فى أشياء ضارّة كالمواد المخدّرة، أو أضاع المال عن خرق أو عدم حيطة[1] .

(ثانيا) بالنسبة للغير :

* ٦١٤ – تأثر الغير بالبطلان – ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزهما الى الغير . فاذا رتب المشترى على العين التى اشتراها بعقد باطل حقا عينيا، حق انتفاع أو حق ارتفاق أو رهنا أو نحو ذلك، ثم تقرر بطلان عقد البيع، فان البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التى رتبها المشترى ، ويحتج البائع بالبطلان على من كسب هذه الحقوق وهو من الغير . كذلك لو باع المشترى العين لآخر ، فان البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشترى الثانى[2] .

على أنه تجب ملاحظة الحكم الذى أورده قانون التسجيل الجديد ، فقد قضت المادة السابقة منه بأنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدّم ضدّها

= أن يرجع على القاصر بقدر ما استفاد (انظر عكس ذلك حكما منتقدا صدر من محكمة المنصورة الأهلية الجزئية ، ويخلط الحكم بين عمل الفضولى والاثراء بلا سبب ، ويورد أحكام الاثراء بلا سبب فى غير دقة) .

وللطرف الآخر أن يحبس ما استلمه من ناقص الأهلية حتى يسترد ما استفاده هذا عملا بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ٤٥٥) .

(١) وقد قضت محكمة السيدة الجزئية بأنه اذا انفق البائع ناقص الأهلية الثمن الذى استلمه من المشترى فى شراء المواد المخدّرة فلا يلزم برد شىء (١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٦٠٥ رقم ٣٠٨) . وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية بأن المنفعة المقصودة بالمادة ١٣١ هى التى تكون موجودة حالا وقت التقاضى لا التى تكون موجودة وقت التعاقد ، كما أن المقصود هو المنفعة المادية التى لا يصح أن يغتنى بها القاصر عديم الأهلية على حساب غيره ، فالزواج لا يدخل ضمن المنفعة المقصودة بتلك المادة (١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٩٣٠ رقم ٧١٠) .

هذا ولو اشترى ناقص الأهلية شيئا مفيدا ولكنه سارع الى بيعه و بدّد ثمنه ، فلا يعتبر قد استفاد (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٣) . ولكن لو بدّد الشىء المفيد أو ما يقابله بعد أن استكمل أهليته فشرط الفائدة يبقى متوافرا (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٦ هامش نمرة ٦) .

(٢) وقد طبق القانون المدنى الفرنسى هذه القاعدة عند ما قضى فى المادة ٢١٢٥ بأن من يرهن عقارا له عليه حق ملكية معرّض للفسخ أو للبطلان ، يكون حق الرهن الذى رتّبه هو أيضا كذى الملكية معرّض للفسخ أو للبطلان . وليس فى كل هذا إلا تطبيق لمبدأ القاضى بأن الشخص لا يعطى أكثر مما يملك (أو فاقد الشىء لا يعطيه) (انظر محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ – ١ – ٤٥٠ مع تعليق تيسييه – بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٨٠ – بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٥) .

من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فيها، فاذا كان المحرّر الأصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى . وقضت المادة الثانية عشرة من القانون المذكور بأنه يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدّعى اذا تقرّر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها . وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها . ويستخلص من هذه الأحكام أنه اذا رفع المتعاقد دعوى البطلان وجب عليه أن يسجل هذه الدعوى أو يؤشر على هامش السجل بما يفيد رفعها اذا كان العقد الباطل مسجلا ، ومن ذلك الوقت يعتبر الغير الذى يكسب حقا عينيا بعد تاريخ التسجيل أو التأشير عالما برفع دعوى البطلان، فيتعدّى أثر البطلان اليه اذا حكم به على النحو الذى قدّمناه . أما اذا كسب الغير الحق العينى قبل ذلك، فيفرض فيه أنه حسن النية ، حتى يقوم الدليل على سوء نيته، فيتعدّى اليه أثر البطلان ، واذا لم يثبت سوء نيته، فان أثر البطلان يتعدّى اليه رغما من ذلك، إلا فى الأحوال التى يحمى فيها القانون الغير حسن النية، وهى أحوال سنوردها فيما يلى .

٦١٥ — عدم تأثر حق الغير بالبطلان استثناء — على أن حق الغير قد يبقى ولا يتأثر بالبطلان، وذلك فى أحوال معينة أهمها ما يأتى :

(١) اذا كان الغير دائنا مرتهنا رهنا رسميا ، وكان حسن النية . وقد نص القانون المدنى المختلط على هذا الحكم، فقضى فى المادة ١٩٧ بأن بطلان المشارطة الناقلة للملكية المدنى بحقوق الدائنين برهونات مسجلة إذا كانوا حسنى النية . وهذا النص حلقة فى سلسلة من النصوص تحمى الدائن المرتهن حسن النية ضدّ الفسخ والبطلان والالغاء وكل ما يصيب ملكية الراهن من رهن أو زوال . وهى نصوص كانت من قبل خاصة بالقانون المختلط لاعتبارات ترمى الى حماية الدائن المرتهن الأجنبى ضد تزعزع الملكية، وعدم استقرارها فى العهود السابقة[1] . ولكن المشرع الأهلى سن نصوصا تطابق نصوص القانون المختلط وأصدر

(١) انظر دى هلتس ١ لفظ دعوى البطلان (Action en Nullité) فقرة ٢٤ — ثمرة ٢٦ وفقرة ٣٢ — فقرة ٣٤ ، والأستاذ بسطوروس بك فى تعليقه على القانون المدنى المختلط المادة ١٩٧ ص ٣٥٧ هامش ثمرة ١ ، وانظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠م ٣٢ ص ٢٨٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠١م ١٣ =

بها قانون ٧٩ سنة ١٩٣٣ يحمى الدائن المرتهن المصرى كما حمى القانون المختلط الدائن المرتهن الأجنبى[(١)] . فأصبح القانونان الآن متفقين على هذه الحماية . وقد أسلفنا الإشارة الى ذلك .

(٢) اذا كان من طلب البطلان ضامنا لحق الغير ، فان طلبه البطلان والضمان المترتب فى ذمته لا يتفقان . مثل ذلك أن يرتب المشترى لعين بعقد باطل حقا عينيا على هذه العين أو يبيعها ، ثم يطلب بطلان عقد البيع الصادر اليه ممن باع له العين . فى مثل هذه الحالة لا يجاب المشترى الى طلب البطلان لأنه ضامن للحق العينى الذى رتبه ، والبطلان يخل بهذا الحق ، فيبقى حق الغير محترما لا يؤثر فيه البطلان[(٢)] .

(٣) اذا كان الغير يستطيع أن يتمسك بالتقادم الطويل أو القصير أو بالقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . مثل ذلك شخص يشترى عينا من غير المالك ، ثم يبيعها لمشتريْن ، ويبقى المشترى الثانى واضعا يده على العين مدة خمس عشرة سنة اذا كان يعلم بالعيب

= ص ١٥٥ — وفى شرط حسن النية محكمة الاستئناف المختلطة ٢٦ مارس سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١١٤ رقم ٢٣٨ — وفى حماية الدائن ذى الاختصاص والدائن الممتاز قياسا على الدائن المرتهن وعدم حماية المتلقى لحق الملكية قارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٤٥ ، وانظر الأستاذ ذهنى فى الالتزامات فقرة ٢٣٢ ودى هلتس ١ لفظ دعوى البطلان (Action en Nullité) فقرة ٣٥ — وفى عدم تطبيق القاعدة فى حالة انعدام العقد بفرض أن هناك فرقا بين الانعدام والبطلان محكمة الاستئناف المختلطة ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦ — ٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٢٢ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٤ — وفى عدم تطبيقها فى حالة الصورية محكمة الاستئناف المختلطة ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٤ وقد سبقت الاشارة الى ذلك — ٦ مارس سنة ١٩٠٣ م ٢٥ ص ٢١٤ ، وفى عدم تطبيق القاعدة إلا فى حالة ما اذا صدر العقد الباطل من مالك محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٦ .

(١) وتنص المادة ١٣٦ مكررة — التى أضافها المشرع الأهلى الى نصوص القانون المدنى على ما يأتى : " بطلان المشارطة المشتملة على نقل ملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهونات مسجلة اذا كانوا قد ارتهنوا مع اعتقادهم صحة الرهن " . وقد جاء فى تقرير لجنة الحقانية بمجلس النواب عن هذا القانون ما يأتى : " لاحظت اللجنة أن القانون المدنى الأهلى خلو من النص على ضمان حقوق الغير الذين سجلوا عقودهم والدائنين المرتهنين حسنى النية ، وأن هذا النقص كان سببا على الدوام فى اضطراب المعاملات وتضارب أحكام المحاكم ، بعكس الحال فى القانون المدنى المختلط الذى نص على ضمان هذه الحقوق ، وقد رأت الحكومة تدارك هذا النقص فى القانون المدنى الأهلى ، فقدمت مشروع هذا القانون . وترى اللجنة أن هذا التدارك ان كان واجبا فى الماضى ، فقد أصبح أكثر وجوبا فى الوقت الحاضر بسبب اتساع نطاق القروض المضمونة برهن فيما بين المصريين ، وعلى الأخص القروض الصادرة من بنك التسليف الزراعى ، فضلا عن أن العدالة تقضى ألا يميز الدائن الأجنبى بمثل هذا الضمان ، وألا يضيع على الدائن الأهلى حقه ، على أن الاثنين قد يكونان مرتهنين لعقار واحد ، وقد يكون رهن الدائن الأهلى أسبق فى المرتبة .

(٢) انظر محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٥٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٥ .

الموجود فى سند بائعه، أو خمس سنوات اذا كان حسن النية وكانت العين عقارا، أو يكتفى بحيازة العين اذا كانت منقولا وكان حسن النية . ثم يطلب البائع للمشترى الأول بطلان البيع لغلط وقع فيه إذ توهم أنه هو المالك . فى هذه الأحوال لا يؤثر تقرير البطلان على حق المشترى الثانى، فانه يستطيع أن يحتج فى الحالة الأولى بالتقادم الطويل، وفى الحالة الثانية بالتقادم القصير، وفى الحالة الأخيرة بقاعدة الحيازة .

(٤) اذا كان الغير قد تعامل مع المالك الظاهر وكلاهما حسن النية . كما اذا وضع شخص يده على عين بمقتضى وصية باطلة وهو يعتقد صحتها، ثم يتصرف فيها لاخر حسن النية. فانه بالرغم من بطلان الوصية يبقى حق الغير محترما[1] .

(٥) اذا كان الغير قد كسب حقا بمقتضى عقد من عقود الإدارة كالإيجار . مثل ذلك أن يؤجر المشترى العين، ثم يتقرر بطلان البيع الصادر للمشترى، فانه بالرغم من تقرير هذا البطلان يبقى حق المستأجر محترما إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد على ثلاث سنوات وكان المستأجر حسن النية[2] .

وسنرى عند الكلام فى الفسخ أن معظم هذه الأحوال هى الأحوال التى لا يتأثر فيها حق الغير بالفسخ .

المبحث الثالث — اجازة العقد الباطل

* ٦١٦ — *مقارنة بين البطلان المطلق والبطلان النسبى من حيث الاجازة* — العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة، وانما يعاد عمله من جديد . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فتصح اجازته .

و يجب التمييز بين اجازة العقد (confirmation) وعمله من جديد (refectiou) و إقراره (ratification) . فالاجازة هى العمل القانونى الذى يزيل به الشخص العيوب اللاحقة

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ يناير سنة ١٨٩٧ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ١٣٣ مع تعليق سارو (Sarraut)، بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٧ .

(٢) وهذا قياسا على الايجار الصادر من المشترى وفاء (م ٤٣١/٣٤٥) . انظر محكمة النقض الفرنسية فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٣١٢ — بفنوار ١ ص ٧٠١ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٨٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٧ .

بعقد يمكن الطعن فيه بالبطلان[1] . أما عمل العقد من جديد فلا ينصب على عقد معيب ليزيل عيوبه كما فى الاجازة، بل هو عقد جديد يتلو عقدا سابقا، ليعدل فيه أو ليكسب قوة ملزمة لم تكن للعقد السابق . والعقد الجديد يكون بتوافق ارادتين ، بخلاف الإجازة فهى إرادة واحدة[2] . وتاريخ العقد الجديد يكون من وقت توافق الإرادتين . أما تاريخ العقد الذى لحقته الإجازة فيكون من وقت وجود العقد الباطل لا من وقت صدور الإجازة إذ أن للاجازة أثرا رجعيا كما سنبين ذلك[3] . أما الاقرار فيصدر من شخص لم يكن طرفا فى العقد، يريد به أن يجعل العقد ساريا فى حقه بعد أن كان من الغير لا يتعدّى اليه أثر العقد، بخلاف الإجازة فانها تصدر من أحد طرفى العقد لتزيل عيبا فيه كما قدّمنا . مثل ذلك بيع ملك الغير، هو عقد باطل بطلانا نسبيا وهو فى الوقت ذاته لا يسرى فى حق المالك الحقيق ، فالمشترى يجيزه ليزيل البطلان ، والمالك الحقيق يقرّه ليجعله ساريا فى حقه[4] ، وقد يجيزه المشترى فينقلب صحيحا ولكن مع ذلك لا يقرّه المالك الحقيق فلا يسرى فى حقه ولا تنتقل ملكية الشيء الى المشترى[5] .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٧ .

(٢) ويترتب على ذلك أنه تصح اجازة العقد حتى لو كان الطرف الآخر غير أهل للتعاقد وقت الاجازة، ولا تصح اعادة عمل العقد إلا اذا كان الطرف الآخر أهلا للتعاقد وقت الاعادة .

(٣) وقد يكون فى محاولة اجازة العقد الباطل عمل جديد للعقد لا أجازة له ، كما اذا سلم الواهب الموهوب له منقولا وكانت الهبة باطلة بطلانا مطلقا، وأراد المواهب بذلك تصحيح الهبة، فالتسليم يعتبر هبة يدوية ، وهى عقد جديد لا اجازة للعقد القديم .

(٤) على أن اقرار المالك الحقيق يعتبر أيضا اجازة للعقد ، وفى هذا خروج على القواعد العامة التى تقضى بأن الاجازة لا تصدر إلا من أحد طرفى العقد، وقد تقدّمت الاشارة الى ذلك .

ومن الأمثلة على اقرار العقد اقرار المنتفع للاشتراط لمصلحته (stipulution pour autrui)، واقرار الغير للتعهد عنه (promesse de porte fort) ، واقرار الأصيل لعمل الوكيل الذى جاوز به حدود الوكالة، واقرار رب العمل لما يقوم به الفضولى .

(٥) ويجب تمييز إجازة العقد الباطل من اجازة عقد صدر من ناقص الاهلية، فالاجازة الأخيرة (approbation) تصدر من الولى أو الوصى أو القيم ويراد بها تصحيح عمل قانونى صدر من ناقص الأهلية، لا يجوز أن يستقل به وحده دون اجازة .

كذلك يقارن بما تقدّم الاعتراف بالتزام طبيعى (reconnaissance d'obligation naturelle) ، فليس فيه ازالة عيب يلحق العقد كما فى اجازة العقد الباطل، وليس هو اقرارا لعقد يصدر من الغير، وليس اجازة لعقد صدر من ناقص الأهلية، وليس عقدا جديدا أعيد عمله، بل هو تحويل التزام طبيعى الى التزام مدنى، أى نوع من تجديد الالتزام، بل الأدق من ذلك أن يعتبر انشاء التزام مدنى مبنى على سبب هو وجود الالتزام الطبيعى ، وقد تقدّمت =

§ ١ — البطـــلان المطلق

* ٦١٧ — *العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة* — قـدمنا أن العقـد البـاطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة، لأنه معـدوم، والعدم لا يصير وجودا باجازته[1]. وقد طبقت المـادة ١٣٣٩ من القانون المـدنى الفرنسى هذا المبدأ فيما يتعلق بالهبـة الباطلة بطلانا مطلقا من حيث الشكل، فقضت بأن الواهب لا يمكنه أن يصحح بأية اجازة عيوب الهبة الباطلة شكلا، بل يجب عملها من جديد فى الشكل القانونى[2].

وقد أورد القانون المدنى الفرنسى حكما يظهر لأول وهلة كأنه استثناء من هذه القاعدة، وهو خاص بالهبـة الباطلة، فقضى فى المـادة ١٣٤٠ بأن اجازة ورثة الواهب أو خلفه للهبة بعـد موته، أو تنفيذها الاختيارى من جانبهـم، يعتبر تنازلا منهم عن التمسـك بعيوب الشكل أو بأى دفع آخر. على أنه يمكن تخريج هذا النص، لا على أن هناك هبة باطلة بطلانا

= الاشارة الى ذلك عند الكلام فى السبب. وقد يدق الفرق بين اجازة العقد الباطل والاعتراف بالتزام طبيعى، كما اذا تعاقد قاصر ثم بلغ سن الرشد فنفذ التزامه، فهل يعتبر هذا التنفيذ اجازة للعقد الباطل، أو هو اعتراف بالالتزام الطبيعى المتخلف عن هـذا العقد الباطل؟ هـذا أمر يرجع فيه الى نيته، فان أراد بالتنفيذ الاجازة زال عيب العقد وانقلب صحيحا، وان أراد به الاعتراف بالتزام طبيعى كان معنى هذا أنه أبطل العقد أولا فانقلب التزامه المدنى الى التزام طبيعى، ثم اعترف بهذا الالتزام الطبيعى فتحول الى التزام مدنى (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٤١٦ هامش نمرة ١). والفرق بين اجازة العقد والاعتراف بالتزام طبيعى فى هذا المثل أن الاجازة تجعل التزام القاصر موجودا من وقت وجود العقد الباطل، أما الاعتراف، فلا يجعل الالتزام موجودا إلا من وقت الاعتراف، ولهذا أثره فى سريان التقادم مثلا، فيسقط الالتزام بمضى خمس عشرة سـنة من وقت صدور العقد فى الحالة الأولى، ومن وقت صدور الاعتراف فى الحالة الثانية. ويلاحظ أن القاصر اذا لم يطلب بطلان العقد، أو يتراض على ذلك مع المتعاقد الآخر، واكتفى بتنفيذه، كان هـذا اجازة لعقد باطل لا اعترافا بالتزام طبيعى، فان التزام القاصر لا ينقلب طبيعيا إلا اذا أبطل العقد بالتقاضى أو بالتراضى.

(١) استئناف أهلى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٢٦٠ رقم ١٤٣ — استئناف مختلط فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٤٥.

(٢) وتذهب الأساتذة بلانيول وريبير واسمان الى أن العقد الباطل بطلانا مطلقا تلحقه الاجازة، وهم يريدون بهذا أن العقد يعمل من جديد، ولا فرق بين عمله من جديد واجازته من حيث تاريخ العقـد، ففيما بين الطرفين يمكن ارجاع تاريخ العقـد الجديد الى وقت صدور العقد الباطل، وبالنسبة للغير يتأخر أثر الاجازة الى وقت صـدورها، فيستوى المملان من هذه الناحية (الجزء الأول فقرة ٤٠٣ ص ٤١٧). على أنه يلاحظ أن الاجازة واعادة عمـل العقد، اذا استويا من ناحية التاريخ، لا يزال هناك فرق جوهرى بينهما، هو أن الاجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد يصح حتى لو كان الطرف الآخر قد فقد أهليته، أما اعادة عمل العقد فعقد جديد لا يتم إلا بتوافق ارادتين ولا يصح إلا اذا كان الطرف الآخر متوافر الأهلية.

مطلقا وأمكنت اجازتها، بل على أن هناك التزاما طبيعيا فى جانب الورثة تخلف من هذه الهبة الباطلة، بعد أن تأكد هؤلاء أن نيـة مورثهم قد انصرفت الى الهبـة، فعملهم هذا لا يعدّ اجازة لهبة باطلة، بل اعترافا بالتزام طبيعى أو تنفيذا لهذا الالتزام[1].

* ٦١٨ — **ولكنه يجوز عمله مرة جديدة** — وإذا كان العقـد الباطل بطـلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة، فهـذا لا يمنع من أن يعاد عمـله من جديد. ولكن ذلك يقتضى توافق الارادتين مرة أخرى، ويكون تاريخ العقـد الجديد من وقت صـدوره لا من وقت صدور العقد الباطل.

ويستطيع المتعاقدان أن يعيدا عمل العقد الباطل فى أى وقت يختارانه، إلا أنه إذا كان البطلان المطلق يرجع الى أن العقد الباطل قـد بوشر فى وقت لا يصح عمـله فيه، فلا تجوز إعادة عمله إلا عند زوال هذا المـانع. مثل ذلك الحكم القاضى بعدم جواز اشتراط أن يصبح الشىء المرهون رهن حيـازة ملكا للدائن المرتهن اذا لم يف المدين بالدين (م ٦٦٥/٥٤٣)، والشرط يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة، وانمـا يجوز الاتفاق عليه من جديد، ولكن بعـد حلول الدين، إذ يزول وقت ذلك المـانع من صحته. مثـل آخر: بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه (م ٣٣٢/٢٦٣)، والبطلان هنا مطلق لا ترد عليه الاجازة، واذا جازت إعادة عمل العقد فانمـا يكون ذلك بعد موت المورّث، إذ يكون قد زال المـانع من صحة البيع[2].

§ ٢ — البطلان النسبى

* ٦١٩ — **العقد الباطل بطلانا نسبيا تلحقه الاجازة** — لأن الاجازة هنا ترد على عقـد له وجود قانونى، بخلاف العقد البـاطل بطلانا مطلقا فلا وجود له كما قدّمنا. والعقد

(١) راجع مقالا للاستاذ محمد على رشدى فى مجلة المحاماة السـنة العاشرة ص ٤٩٥ فى الهبـة الباطلة شكلا — قارن بلانيول وريبير واسمان ١ فقـرة ٣٠٤ ص ٤١٧ هامش نمرة ١ — وانظر تعليـلا آخر فى بودرى وبارد ١ فقرة ١٩٩٨ — انظر والتون ١ ص ١٤٩ — وقد قضت محكمة اسكندرية الأهليـة بأن الهبة الباطلة شكلا ليست مجردة من كل الآثار القانونية، اذ ينشأ عنها التزام أدبى فى ذمة الواهب، بمعنى أنه اذا أوفاه لا يستطيع استرداده، وبمعنى أنه ينقلب التزاما مدنيا اذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٦٥٣ رقم ٣٢٤).

هذا ويمكن تخريج المـادة ١٣١١ من القانون المدنى الفرنسى، وهى تعطى القاصر الحق فى اجازة تصرفاته الباطلة شكلا اذا بلغ سن الرشد، على أنه يوجد التزام طبيعى فى ذمة القاصر يعترف به، وليست هناك اجازة حقيقية.

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ١٦٢.

الباطل بطلانا نسبيا موجود ما دام لم يتقرر بطلانه ، وان كان وجوده مهدّدا بالزوال ، فاذا لحقته الاجازة استقر .

هذه نتيجة منطقية تفهم من القواعد العامة، لم يرد فيها نص خاص فى القانون المصرى[(١)] . أما القانون الفرنسى فلم يشر اليها عند الكلام فى البطلان ، بل ذكرها فى قواعد الاثبات عرضا عند ما تكلم فى الشكل الواجب توافره فى الاجازة الصريحة (انظر المادتين ١٣٣٧ — ١٣٣٨ من القانون المدنى الفرنسى) .

والاجازة كما قدّمنا عمل قانونى صادر من جانب واحد ، فلا حاجة لاقتران قبول بها ، ولا يمكن العدول عنها بحجة أن القبول لم يصدر[(٢)] . على أنه يجب أن تكون صادرة من ذى أهلية، وأن تكون غير مشوبة بغلط أو تدليس[(٣)] .

* ٦٢٠ — *من له الرى تصدر منه الاجازة* — والذى يجيز العقد هو الذى يثبت له الحق فى التمسك بالبطلان . فناقص الأهلية، ومن شاب رضاءه عيب، هما اللذان تصدر منهما الاجازة[(٤)] . وهذا ما يقضى به المنطق، لأن الاجازة تنازل عن التمسك بالبطلان، ولا يتنازل عن حق إلا من يملكه . وشذ بيع ملك الغير، إذ يجوز فيه أن تصدر الاجازة من المالك الحقيق مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان[(٥)]، وقد تقدّم ذكر ذلك .

* ٦٢١ — *متى تصدر الاجازة* — والاجازة لا تكون إلا اذا زال السبب الذى قرر القانون من أجله البطلان . فناقص الأهلية لا يستطيع اجازة العقد ما دام ناقص الأهلية[(٦)]،

---

(١) ليس هناك إلا نص عرضى ورد فى المادتين ١٣٩ / ٢٠٠ : «وهكذا يكون التفسير فى الشروط المعلق عليها إبقاء المشارطة أو تأييدها . وكلمة «تأييد» يقابلها بالفرنسية (Confirmation) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٦ .

(٣) ولو اختلف سبب عيب الرضاء فى الاجازة عن سبب عيب الرضاء الذى ترتب عليه بطلان العقد .

(٤) كذلك ورثة من له الحق فى الاجازة لهم أن يجيزوا بعد موت مورّثهم (دى هلتس ١ لفظ الاجارة (Confirmation) فقرة ٢١) .

(٥) ويفسر هذا علة بطلان بيع ملك الغير، فهى ترجع الى أن هذا البيع لا ينقل الملكية الى المشترى، فاذا أجاز المالك الحقيق العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية، فتنتفى علة البطلان، فيزول .

(٦) استئناف مختلط فى ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٧

فاذا استكمل أهليته جاز ذلك[١] . ومن شاب رضاءه عيب لا تكون اجازته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب، حتى اذا زال الاكراه أو انكشف الغلط أو افتضح التدليس صحت الاجازة بعد ذلك[٢] .

* ٦٢٢ — *كيف تكون الاجازة* — والأجازة إما أن تكون صريحة أو ضمنية . ويشترط القانون الفرنسى فى الأجازة الصريحة أن يذكر العقد المراد أجازته وسبب البطلان ونية الأجازة (م ١٣٣٨ من القانون المدنى الفرنسى) . ولا مقابل لهذا النص فى القانون المصرى، ولذلك تكون الأجازة الصريحة خاضعة عندنا للقواعد العامة، فلا يشترط أن تشتمل على بيانات معينة، بل كل عبارة يفهم منها الأجازة تصح، بشرط أن تكون نية الأجازة واضحة[٣] .

والاجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق فى التمسك بالبطلان[٤]،

---

(١) استئناف مختلط فى ٧ أبريل سنة ١٨٩٨م ١٠ ص ٢٣٥ — ١٥ فبراير سنة ١٩١١م ٢٣ ص ١٨٥ — ١٧ يونيه سنة ١٩١٥م ٢٧ ص ٤١٧ .

(٢) استئناف أهلى فى ١٢ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ عـ ٢٩٠ ص ٢٧١ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ عـ ١١٢ ص ٣٦٩ — استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٧ وص ٤٣٧ هامش ١٨ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٠٧

ولا يجوز التنازل مقدما عن دعوى الغبن وقت عمل العقد الذى ألحق الغبن بالمتعاقد، وإنما يجوز التنازل بعد ذلك (انظر المادة ١٦٧٤ من القانون المدنى الفرنسى — محكمة النقض الفرنسية فى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٥٣ سيريه ٥٤ — ١ — ٦٨٦) .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٦م ٩ ص ٧٦ — حكم آخر فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤٥ — حكم ثالث فى ١٧ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٧ — حكم رابع فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ — انظر والتون ١ ص ١٤٩ .

أما اذا كان العقد الذى تراد أجازته عقدا شكليا، كالهبة والرهن الرسمى، فيجب أن تكون الاجازة فى كتابة رسمية، ولا يكون تنفيذ الالتزام نفسه فى حكم الاجازة (محكمة بو الاستئنافية فى ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٠ — ٢ — ٣٤٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٦ دى هلتس ١ لفظ اجازة (Confirmation) فقرة ١٢) .

(٤) استئناف مختلط فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣١ . التنفيذ الاختيارى ولو كان جزئيا يعتبر من أوجه الاجازة الضمنية متى حصل من المتعهد بعد زوال الاكراه وهو عالم به (طنطا الجزئية فى يونيه سنة ١٩١٥ الحقوق ٢٠ ص ٣١٤ — حكم آخر فى أول أغسطس سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ٤٥ عـ ٤/٢) انظر ايضا أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٧ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٧٧٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٨ ص ٤٢٢) .

أو باتيانه عملا ماديا يدل على تنازله عن البطلان كبنائه على الأرض التى اشتراها[1] ، أو بتصرفه تصرفا يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد كما اذا اشترى قاصر عينا وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكا[2] .

---

(١) ديمولومب ٢٩ فقرة ٧٨٢ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن استيلاء الشريك على الجزء المقرر الذى وقع فى نصيبه بعد القسمة ، وقيامه فيها بالأعمال التى يقوم بها المالك فى ملكه ، بعد أن كشف العيب الذى شاب عقد القسمة ، يعتبر اجازة ضمنية للعقد (٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧) ، وقضت كذلك بأن استيلاء القاصر بعد بلوغه على ريع وثمرات الجزء المقرر الذى وقع فى نصيبه فى قسمة تمت دون مراعاة الاجراءات القانونية وقت أن كان قاصرا ، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال ، يعتبر اجازة ضمنية للقسمة الباطلة (١٦ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٦٣) . أنظر أيضا محكمة مصر المختلطة (استئناف جزئى) فى ٩ يناير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٥٠ رقم ١١٨ (قاصر اشترى مفروشات واستمر يستعملها بعد بلوغه سن الرشد) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — حكم آخر فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٥ — محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٥٢ — ويعتبر تصرف البائع فى بيع باطل فى الثمن اجازة للبيع (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥) . ويعتبر اجازة ضمنية كذلك سماح القاصر ، بعد بلوغه سن الرشد ، لوكيله بالاستمرار فى الادارة (استئناف مختلط فى ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤) . وانضمام القاصر ، بعد بلوغه سن الرشد ، لأبيه فى طلب قسمة عقار مشترك بينهما يعد اجازة ضمنية لقسمة تمت دون مراعاة الاجراءات القانونية قبل بلوغ القاصر ، وترتب عليها وقوع هذا العقار المشترك فى نصيبهما (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٥) . ويعتبر القاصر قد أجاز البيع الصادر منه وقت القصر اذا استأجر بعد بلوغه سن الرشد العقار المبيع من الذى اشتراه (استئناف أهلى فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ١٢٣ رقم ٥٣) .

ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح اجازة ضمنية (استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤٥ محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ — ١ — ٤٦٩ — حكم آخر فى ٦ يوليه سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ — ١ — ٣١٧) . كذلك مجرد السكوت عن طلب البطلان لا يعتبر اجازة ، ويبقى للمتعهد الحق فى التمسك بالبطلان حتى يسقط بالتقادم (استئناف مختلط فى ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢ انظر — أيضا استئناف مختلط فى ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦) ، مالم يفهم من هذا السكوت أن المتعهد قد تنازل عن طلب البطلان (بنى سويف الجزئية فى ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٣٣) — كذلك لا يعتبر اجازة ضمنية أن يدفع المتعاقد بوجه من وجوه البطلان ويترك الوجوه الأخرى (استئناف مختلط فى ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨٥) ، ولا دخول المتعاقد فى مفاوضات للصلح لم تكن منتجة (محكمة اسكندرية المختلطة التجارية فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ ص ٤ رقم ١) ، ولا الامضاء على كشف (كمحضر حصر التركة) مشار فيه الى العقد الباطل ، مادام من أمضى لا يقصد بامضائه اجازة العقد .

وعبء اثبات الاجازة يقع على الطرف الآخر غير المجيز ، وله أن يثبتها طبقا للقواعد العامة ، فيثبت الاجازة الضمنية بالبينة والقرائن (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٦ — قارن دى هلتس ١ لفظ اجازة (confirmation) فقرة ١٢) .

* ٦٢٣ — **أثر الاجازة** — واذا أجيز العقد الباطل بطلانا نسبيا زال البطلان كما قدّمنا[(١)] . وأصبح وجود العقد غير مهدّد بالزوال . و يعتبر العقد صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الاجازة ، أى ان للاجازة أثرا رجعيا[(٢)] . ولكن هذا الأثر الرجعى لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، أما بالنسبة للغير ممن كسب حقا عينيا على الشيء موضوع العقد الباطل فلا يكون للاجازة أثر رجعى . فلو باع قاصر عينا ، و بعد بلوغه سن الرشد وقبل التمسك بالبطلان رهن العين ، فان اجازته للبيع لا تضر بحق الدائن المرتهن وتنتقل العين الى المشترى مثقلة بحق الرهن ، ولا يكون للاجازة أثر رجعى بالنسبة للدائن المرتهن ، و إلا وقع الرهن باطلا[(٣)] .

والاجازة لا تزيل إلا العيب الذى قصدت إزالته ، فاذا كانت هناك عيوب أخرى بقى باب الطعن مفتوحا من أجل هذه العيوب ، كما اذا تعاقد قاصر وكان واقعا فى غلط ، وأجاز بعد الرشد عيب نقص الأهلية ، فيبقى له الحق فى التمسك بالبطلان للغلط[(٤)] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٧٨ .

(٢) دى هلتس ١ لفظ اجازة (conformation) فقرة ٢٢ .

(٣) بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٤ ص ٤١٧ — ص ٤١٨ وفقرة ٣٠٩ ص ٤٢٣ — والنون ١ ص ١٥٣ — ص ١٥٤ .

ومن الممكن القول بعكس هذا الرأى على التخريج الآتى : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر بطلانه ، ولذلك يكون الرهن الصادر منه بعد بلوغه سن الرشد صادرا من غير مالك فهو باطل : وقد أجيز البيع فأصبح صحيحا بوجه نهائى ، فيبطل الرهن نهائيا ، وتنتقل العين الى المشترى خالية منه (انظر فى هذا المعنى بلانيول ٢ فقرة ١٣٠١ والحاشية) .

وهذا الخلاف نفسه يرد فى حالة ما اذا صدر من المتعاقد رهنان : الأول باطل بطلانا نسبيا والثانى صحيح ، ثم يجاز الرهن الأول بعد صدور الرهن الثانى . فمن قائل أن الاجازة لا تضر بالمرتهن الثانى إذ ليس لها أثر رجعى بالنسبة له فيبقى فى المرتبة الأولى (ديمولومب ٢٩ فقرة ٧٩٧ — بودرى و بارد ٣ فقرة ٢٠١٧ — بودرى ولوان ٢ فقرة ١٣٣٥ — والنون ١ ص ١٥٥ — ص ١٥٧ — انظر ايضا المادة ٢٣١ من المشروع الفرنسى الايطالى) ، وآخرون يذهبون الى أن الرهن الأول ينقلب صحيحا باجازته ، و يتقدم المرتهن الأول على المرتهن الثانى (أو برى و رو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٥٣ — بون (Pont) فى حقوق الامتياز والرهن ٢ فقرة ٦١٦ — دى هلتس ١ لفظ اجازة (Confirmation) فقرة ٢٥) .

واذا كان العقد الباطل بطلانا نسبيا من شأنه أن يشهر حتى يصير حجة على الغير ، فلا حاجة لاعادة إشهاره بعد اجازته ، و يبقى الاشهار الأول حجة على الغير (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٤ ص ٤١٨ — بودرى و بارد ٣ فقرة ١٩٩٢) .

(٤) بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٩ — كذلك اذا أجيز العقد ، وكان هناك وجوه أخرى للطعن غير البطلان ، كما اذا كان فى العقد غبن فاحش ، فاذا تنازل القاصر بعد بلوغه الرشد عن دعوى البطلان للقصر جاز له أن يرفع دعوى الغبن اذا توافرت شروطها (انظر فى هذا المعنى أو برى و رو ٤ فقرة ٣٣٨ هامش نمرة ٣٣ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٩ ص ٤٢٣ هامش نمرة ١ — محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ يونيه سنة ١٨٣٩ سيريه ٣٩ — ١ — ٦٥٩) .

المبحث الرابع — أثر التقادم فى البطلان

* ٦٢٤ — *مقارنة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من حيث التقادم* — لا يزول البطلان المطلق بالتقادم ، دعوى أو دفعا ، لأن العقد الباطل بطلانا مطلقا معدوم ، والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الأمد . أما البطلان النسبي فيزول بالتقادم ، سواء فى ذلك دعوى البطلان أو الدفع ، إذ العقد الباطل بطلانا نسبيا له وجود قانونى ، فاذا مر على هذا الوجود مدة طويلة ، ثبت بوجه بات .

§ ١ — البطلان المطلق

* ٦٢٥ — *دعوى البطلان المطلق لا تسقط بالتقادم* — وهذه نتيجة منطقية من أن البطلان المطلق هو العدم كما قدمنا . فيجوز لكل ذى مصلحة فى أى وقت أن يرفع دعوى البطلان المطلق ، ولو مضى على صدور العقد أكثر من خمس عشرة سنة .

على أنه قد يرتب العقد الباطل بطلانا مطلقا حالة مادية اذا استمرت وقتا طويلا كسبت وجودا قانونيا بالتقادم . مثل ذلك أن يستلم المشترى فى عقد بيع باطل العين المبيعة ، ويبقى واضعا يده خمس عشرة سنة ، فاذا أراد البائع رفع دعوى البطلان بعد هذه المدة ، فلا شىء يمنع من الحكم ببطلان البيع لأن البطلان المطلق لم يسقط ، ولكن المشترى واضع اليد يستطيع أن يدفع بأنه ملك العين ، لا بطريق البيع الباطل ، بل بطريق التقادم المكسب ، واذا كان التقادم المسقط لم يؤثر فى البطلان المطلق ، فان التقادم المكسب قد أثر فى كسب الملكية[1] .

* ٦٢٦ — *كذلك الدفع بالبطلان المطلق لا يسقط بالتقادم* — وقد يأخذ التمسك بالبطلان شكل الدفع . وسواء أخذ شكل الدفع أو شكل الدعوى فانه لا يسقط بالتقادم . فاذا فرضنا فى المثل المتقدم أن المشترى لم يستلم العين المبيعة ، ومضى على صدور

---

(١) قارن كولان وكابيتان ١ ص ٧٨ وهذا بخلاف البطلان النسبي ، فانه يزول بالتقادم . ففى المثل المتقدم لو كان البيع باطلا بطلانا نسبيا ، ومضى على صدوره خمس عشرة سنة ، فان المشترى يكسب ملكية العين بطريق عقد البيع الذى زال عيبه بالتقادم المسقط ، لا بطريق التقادم المكسب .

وهناك من الفقهاء من يذهب الى أن البطلان المطلق ، كالبطلان النسبي ، يسقط بالتقادم (انظر هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣١٠) .

البيع أكثر من خمس عشرة سنة، ثم رفع دعوى يطلب استلام العين، فللبائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع، ولا يقال أن دفعه هذا قد سقط بالتقادم[1].

§ ٢ — البطلان النسبي

* **٦٢٧ — سقوط الدعوى والدفع بالتقادم** — والتمسك بالبطلان النسبي، سواء كان فى شكل دعوى أو دفع، يسقط بالتقادم ككل الحقوق[2]. على أنه يمكن تفسير سكوت المتعاقد عن التمسك بالبطلان مدة التقادم بأنه اجازة ضمنية للعقد[3].

---

(١) وقد يقال أن البائع يستطيع دون أن يلتجئ الى الدفع ببطلان البيع، أن يدفع بسقوط دعوى التسليم التى رفعها المشترى إذ قد مضى على صدور البيع أكثر من خمس عشرة سنة، وهذا الدفع يفيده حتى لو كان البيع صحيحا. ومعنى هذا أن للبائع دفعين: دفعا بسقوط دعوى المشترى بالتسليم، ودفعا ببطلان البيع. على أنه قد لا يكون أمام البائع إلا الدفع بالبطلان، إذا فرضنا أن سريان المدة بالنسبة لحق المشترى فى التسليم قد أوقف لقصر المشترى مثلا، فقد تمضى مدة أطول من خمس عشرة سنة منذ صدور البيع ولا يسقط حق المشترى فى التسليم، وبذلك لا يستطيع البائع أن يدفع دعواه بالتقادم، ولا يبقى أمامه إلا الدفع بالبطلان.

(٢) استئناف مختلط فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٢٥ ص ٧٣ — كولمبه دى سانتير ٥ فقرة ٢٦٥ مكررة — لوران ١٩ فقرة ٥٧ وما بعدها — وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب الى أن الدفع بالبطلان النسبى لا يسقط بالتقادم العشرى (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣١٠ ص ٤٢٤ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٩١ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٥٨ — ص ٣٥٩)، والقضاء فى فرنسا يسير على أن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم العشرى كما تسقط دعوى البطلان (انظر الأحكام فى داللوز ريبرتوار لفظ (nullité) نمرة ٢٩٣٨ — نمرة ٢٩٣٩ والملحق نمرة ١٣١٩ — نمرة ١٣٢٠).

أما فى مصر فلا محل لهذا الاشكال، إذ كل حق عندنا يسقط بخمس عشرة سنة (بما فى ذلك دعوى البطلان والدفع بالبطلان). فاذا رفع المتعاقد دعوى بتنفيذ العقد الباطل بعد هذه المدة، فان المتعاقد الآخر ليس فى حاجة الى الدفع بالبطلان، بل هو يدفع بسقوط الدعوى نفسها بالتقادم. بخلاف الحال فى فرنسا، فان المتعاقد اذا رفع دعوى بتنفيذ العقد الباطل بعد صدوره بعشر سنوات فلا يستطيع المتعاقد الآخر الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم إذ هى لا تسقط إلا بثلاثين سنة، فلم يبق أمامه إلا الدفع بالبطلان، فاذا كان هذا الدفع يسقط بعشر سنوات كما تسقط دعوى البطلان سد فى وجهه الباب ولم يستطع التمسك بالبطلان. لذلك ذهب القضاء الفرنسى الى أن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم العشرى، بل يبقى التمسك به جائزا ما دامت دعوى تنفيذ العقد الباطل لم تسقط بالتقادم، فاذا سقطت لم يعد هناك حاجة للتمسك بدفع البطلان، إذ يستطيع المدعى عليه أن يتمسك بسقوط دعوى التنفيذ نفسها (انظر بلانيول ٢ فقرة ١٢٩١).

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٩ هامش نمرة ٣ — ديموليمب ٢٤ فقرة ١٤٣ — لوران ١٩ فقرة ١ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٢٥ — محكمة النقض الفرنسية فى ١١ نوفمبر سنة ١٩١٣ — سيريه ١٩١٨ — ١ — ١٢٩.

على أنه لا يجب أن يؤخذ هذا الاعتبار على اطلاقه. فقد يسقط حق التمسك بالبطلان بالتقادم دون أن يكون فى هذا اجازة ضمنية للعقد، كما اذا صدر العقد من صبى أو محجور فان البطلان يسقط بالتقادم بمضى المدة من وقت البلوغ =

ومدّة التقادم المسقط للبطلان النسبي فى القانون الفرنسى عشر سنوات (م ١٣٠٤ من القانون المدنى الفرنسى)[1] . أما فى القانون المصرى فلم يرد نص خاص يقابل المادة ١٣٠٤ من القانون الفرنسى، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة، و بذلك لا يسقط البطلان النسبي بالتقادم إلا بعد مضى خمس عشرة سنة من صدور العقد. وهذه مدة طويلة، اذا قيست الى المدة التى قررها القانون الفرنسى مقارنة بمدة التقادم المعتاد، فقد أنزل المشرع الفرنسى مدة التقادم فى البطلان النسبي الى الثلث (من ثلاثين سنة الى عشر سنوات) ولو سار المشرع المصرى على هذا النهج لوجب أن تكون المدة عندنا خمس سنوات . أما القوانين الحديثة فقد حدّدت مددا أقصر من ذلك[2] .

ومدة التقادم المسقط للبطلان (عشر سنوات فى فرنسا وخمس عشر سنة فى مصر) توقف وتنقطع طبقا للقواعد العامة . فاذا كان سبب البطلان نقص الأهلية، أوقف سريان المدة حتى يزول السبب . ولا يبدأ السريان إلا بعد ذلك، منذ البلوغ أو منذ فك الحجر[3] . أما

= أو مدّة الحجر حتى لو لم يكن فى نية المتعاقد اجازة العقد، وكما اذا أعلن المتعاقد ارادته فى أنه لا يجيز دون أن يقطع التقادم، فان البطلان يسقط بالتقادم رغما من أن المتعاقد لا يريد الاجازة (انظر فى هذا المعنى بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٣١٣ ص ٤٢٧ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٥٤ — ص ٣٥٥) .

(١) و بذلك نقصت كثيرا عن مدّة التقادم فى الحالات التى تنطبق بها القواعد العامة، ففى هذه يتم التقادم بثلاثين سنة . على أن مدة عشر السنوات فى البطلان النسبي تعتبر مدّة تقادم (prescription) لا مدّة إسقاط (déchéance)، فتنقطع وتوقف طبقا للقواعد العامة (بودرى و بارد ٣ فقرة ٢٠٢٤ ثانيا — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٣١٣) . انظر فى الأصل التاريخى للتقادم الخاص فى البطلان النسبي الى كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٥٢ — ص ٣٥٣ و ص ٣٥٥ — ص ٣٥٦ .

(٢) و يشكو الفرنسيون أنفسهم من طول المدّة التى يبقى فيها العقد معرّضا للبطلان مع أنها ثلث المدّة المعتادة عندهم . و يحدّد القانون الألمانى سنة للتقادم فى بعض أحوال البطلان (م ١٢٤ من القانون المدنى الألمانى)، وكذلك قانون الالتزامات السويسرى يحدد سنة لزوال البطلان النسبي بالتقادم (م ٣١ من قانون الالتزامات السويسرى). أما المشروع الفرنسى الايطالى فيحدّد خمس سنوات (م ٢٢٧ من المشروع الفرنسى الايطالى) .

أما دعوى الغبن، فقد قدّمنا أنها تسقط بسنتين فى كل من القانونين المصرى والفرنسى، ولكن هذه المدّة هى مدّة إسقاط (déchéance) لا مدّة تقادم (prescription)، فلا تنقطع ولا توقف .

(٣) استئناف مختلط فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٢ — دى هلتس ١ دعوى البطلان (action en nullité) فقرة ٢١ — انظر أيضا المادة ١٣٠٤ فقرة ثالثة من القانون المدنى الفرنسى .

وتسرى المدة منذ زوال نقص الأهلية، حتى لو كان المتعاقد لا يعلم بالعيب فى العقد، على أن القضاء فى فرنسا يجعل الجهل بالعيب سببا من أسباب ايقاف المدّة، على اعتبار أنه قوّة قاهرة منعت المتعاقد من رفع دعوى البطلان (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٧ مايو سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٧ — ١ — ٢٩٠ — حكم آخر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ١٠١ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٣١٨) .

اذا كان سبب البطلان عيبا فى الرضاء ، فهناك نص فى القانون الفرنسى يقضى بأن المدة لا تسرى إلا من اليوم الذى ينقطع فيه الإكراه أو من اليوم الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس[1] (م ١٣٠٤ فقرة ثانية من القانون المدنى الفرنسى) . ولا يوجد فى القانون المصرى نص مقابل لهذا النص . لذلك وجب اتباع القواعد العامة ، وهى تقضى بأن يبدأ سريان المدة من وقت نفاذ الحق ، أى من وقت صدور العقد الباطل ، فيسقط حق التمسك بالبطلان بمضى خمس عشرة سنة من ذلك الوقت ، حتى لو لم ينقطع الاكراه أو لم ينكشف التدليس أو الغلط فى غضون هذه المدة[2] .

ويهتم فقهاء القانون الفرنسى جد الاهتمام بالتمييز بين دعاوى البطلان التى تنطبق عليها المادة ١٣٠٤ من القانون المدنى الفرنسى ، فتسقط بعشر سنوات ، والدعاوى الأخرى القريبة من البطلان كدعاوى الفسخ ودعاوى الرجوع فى العقد ودعاوى الالغاء والدعوى البوليصية ودعوى الصورية وغيرها من الدعاوى التى لا تسقط إلا بثلاثين سنة طبقا للقواعد العامة[3] .

= واذا مات ناقص الأهلية قبل استكمال أهليته ، فدعوى البطلان تنتقل الى الورثة ، وتسرى المدة بالنسبة لهم منذ موت مورثهم اذا كانوا كاملى الأهلية ، و إلا فمنذ استكمال أهليتهم .

(١) انظر فى مبدأ سريان المدة فى القانون الفرنسى فى حالات مختلفة بودرى و بارد ١ فقرة ٢٠٤٠ — فقرة ٢٠٥١ ثالثا — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧ — بلانيول و ريپير واسمان ١ فقرة ٣١٧ .

ولما كانت مدة التقادم فى البطلان النسبى لا تسرى فى فرنسا إلا منذ انقطاع العيب ، فقد يتفق أن العيب لا ينقطع (لا ينكشف الغلط مثلا) إلا بعد مرور أكثر من عشرين سنة ، لو ضمت اليها مدة عشر السنوات المقررة للتقادم لكانت المدة أطول من ثلاثين سنة . وفى مثل هذه الحالة يستطيع الطرف الذى يواجه بالبطلان أن يتمسك بسقوط الحق بالتقادم الطويل بانقضاء ثلاثين سنة من صدور العقد ، ولا حاجة لانتظار انقضاء مدة التقادم الخاص بالبطلان بعد أن أصبحت أطول من ثلاثين سنة كما قدمنا (محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٢ يوليه سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٥ — ٢ — ١٥٥ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٩ هامش نمرة ٤٢ — لوران ١٩ فقرة ٥٣ — بودرى و بارد ٣ فقرة ٢٠٥٢ — بلانيول و ريپير واسمان ١ فقرة ٣١٩ — انظر عكس ذلك ديمولومب ٢٤ فقرة ١٦٤ — لا روميير م ١٣٠٤ فقرة ٢٩ — بفنوار ص ٧٤ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٩٢ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٥٨) .

(٢) انظر الأستاذ محمد صالح فى الالتزامات طبعة ثانية ص ٢٨١ انظر عكس ذلك دى هلتس ١ دعوى البطلان (action en nullité) فقرة ٢٠ .

ولو قلنا أن التقادم فى القانون المصرى لا يسرى إلا من وقت انقطاع العيب لترتب على ذلك أن البطلان النسبى لا يسقط إلا بمدة أطول من خمس عشرة سنة ، وهذا مخالف للمبادئ العامة .

(٣) انظر فى هذا الموضوع بودرى و بارد ١ فقرة ٢٠٢٨ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٥٣ — ص ٣٥٤ — بلانيول و ريپير واسمان ١ فقرة ٣١٤ — فقرة ٣١٥ — وانظر فى التقادم الخاص ببطلان العمل القانونى الصادر من جانب واحد فى القانون الفرنسى بودرى و بارد ١ فقرة ٢٠٣٢ — فقرة ٢٠٣٣ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٥٤ — وانظر فى تقادم البطلان المترتب على عدم استيفاء اجراءات الاشهار بلانيول و ريپير واسمان ١ فقرة ٣١٢ .

أما فى مصر فلا أهمية لهـذا التمييز ، فكل هذه الدعاوى ، من بطلان وغيره ، تسـقط بخمس عشرة سنة .

٦٢٨ — *أثر سقوط البطلان بالتقادم* — فاذا سـقط حق التمسك بالبطلان بالتقادم ، دعوى كان أو دفعا ، زال البطلان ، واسـتقر الوجود القـانونى للعقد بعد أن كان مهدّدا بالزوال ، وأصبح العقد فى حكم المجـاز ، يثبت وجوده منذ صـدوره إذ للتقادم أثر رجعى كما للاجازة . ولكن هناك فرقا بين عقـد لحقته الاجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير . فقد قدّمنا أن الاجازة لا تضر بحقوق الغير المكتسبة . أما فى حالة زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر . كما اذا باع القاصر عينا ولم يتمسك بعد بلوغه سنّ الرشـد بالبطلان ومضى على ذلك خمس عشرة سـنة ، فان البطلان يزول ، و يعتبر البيع صحيحا من وقت صدوره ، فلو فرض أن البائع بعد أن بلغ سنّ الرشد وقبل زوال البطلان كان قد رتب على العين رهنا أو حقا عينيا آخر ، فان ملكية العين تخلص للمشترى غير مثقلة بهذا الحق العينى ، وهذا عكس ما تقرر فى حالة الاجازة على خلاف فى الرأى كما قدّمنا .

الفصل الثانى

فسخ العقد وما يتصل به من تحمل التبعة والدفع بعدم التنفيذ

٦٢٩ — *ترتيب الموضوع* — بعد أن بحثنا انحلال العقد بسبب نشوئه باطلا، نبحث الآن العقد الذى ينشأ صحيحا ثم ينحل بعد ذلك بسبب الفسخ .

وفسخ العقد جزاء لعدم قيام أحد المتعاقدين بما رتبه العقد فى ذمته من التزامات[1] . وهناك جزاء آخر هى المسئولية التعاقدية ، وبمقتضاها يجبر المتعاقد على أن ينفذ التزامه أو يدفع تعويضا فى الحالات التى يجوز فيها ذلك . ولكن المسئولية التعاقدية لها مكان آخر ، فنقتصر هنا على نظرية الفسخ .

على أنه اذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته من طريق الفسخ ومن طريق المسئولية التعاقدية ، فان الطريق الأول مفتوح دائما حيث يسد الطريق الثانى فى بعض الأحوال . وذلك أنه اذا كان عدم قيام المتعاقد بالتزاماته انما يرجع الى قوة قاهرة فان مسئوليته التعاقدية تنتفى ، ولكن يبقى الفسخ ، ويستطيع الدائن أن يطلب فسخ العقد حتى يتحلل هو أيضا مما رتبه هذا العقد فى ذمته من التزامات . وبذلك يتحمل المدين تبعة استحالة تنفيذ التزاماته .

ومتى ثبت للمتعاقد حق المطالبة بفسخ العقد يثبت له حق الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) اذ هو لا يطلب بمقتضى هذا الدفع انحلال العقد وزوال قوته الملزمة ، بل يقتصر على ايقاف تنفيذه وتعطيل قوة الزامه ، ومن يملك الأقوى يملك الأضعف .

اجتمع لنا اذن مسألتان : (الأولى) فسخ العقد وما يتضمنه فى بعض الأحوال من تحمل التبعة . (والثانية) الدفع بعدم تنفيذ العقد .

---

(١) وقد يكون فسخ العقد مترتبا على تحقيق شرط فاسخ اقترن به العقد ، ولكن محل البحث فى هذا يكون عند الكلام فى الالتزامات الشرطية .

الفـــرع الأول

فسخ العقد وما يتضمنه من تحمل التبعة*

Résolution du contrat et question des risques

٦٣٠ — النصوص القانونية — تنص المواد ١١٧/١٧٣ — ١٧٤ على أنه اذا امتنع المدين من وفاء ما هو ملزم به بالتمام ، فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، و بين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقم المدين بوفائه فقط[1] ...

ونصت المـادة ١١٨٤ من القانون المـدنى الفرنسى على أن الشرط الفاسخ مفهوم دائمـا فى العقود الملزمة للجانبين ، فى حالة ما اذا لم يقم أحد المتعاقدين بما فى ذمته من التزام . وفى هذه الحالة لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه ، بل يكون للطرف الذى لم يوف له بالالتزام الخيار بين أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ العقـد اذا كان هـذا ممكنا ، أو ان يطلب فسخ العقـد مع التعويضات . وتجب المطالبـة بالفسخ أمام القضاء ، ويجوز إعطاء المدين مهلة على حسب الأحـــوال .

٦٣١ — تكييف قاعدة الفسخ بافتراض شرط فاسخ — ونرى من النصوص المتقدمة أن المشرع الفرنسى لجأ فى تقـرير قاعدة الفسخ الى افتراض شرط فاسخ ضمنى فى كل عقد ملزم للجانبين ، يتحقق بعدم قيام أحد المتعاقدين بما فى ذمته من التزام . وقد بالغ فى تأكيد هذه الفكرة ، بأن نص على هذه القاعدة فى المكان الخاص بالشرط الفاسخ ، فأورد فى المـادة ١١٨٣ حكم الشرط الفاسخ الصريح ، وفى المـادة ١١٨٤ حكم الشرط الفاسخ الضمنى .

---

* المراجـــع : يقرأ فى هذا الموضوع بنوع خاص ، عدا المؤلفات الجامعة — كاسان (Cassin) رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — كابيتان فى السبب فقرة ١٣٤ ومابعدها وفقرة ١٤٧ ومابعدها — بوايه (Boyer) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ — مقال ليكار (Picard) و بريدوم (Prudhomme) فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية (الفصلية) سنة ١٩١٢ ص ٦١ — ص ١٠٩ .

(١) انظر أيضا تطبيقات خاصة لقاعدة الفسخ فى المواد ١٧٧ — ١٧٩/٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٧٦/٣٤٧ و ٢٧٨ ، ٣٤٩ و ٢٨٠ ، ٣٥١ و ٣٠٦ ، ٣٨٠ و ٣١٤ ، ٣٨٨ و ٣١٥ ، ٣٨٩ و ٣٣٢ و ٤١٣ و ٣٣٣/٤١٤ — ٤١٥ و ٣٧٠ ، ٤٥٤ و ٣٧١ ، ٤٥٦ و ٣٧٤ ، ٤٥٩ و ٣٨٨ ، ٤٧٣ و ٣٩٣/٤٨٠ .

وقد أحسن المشرع المصرى صنعا فى عدم تقليد المشرع الفرنسى فى هـذا الأمر ، لأن تفسـير قاعدة الفسخ بافتراض وجود شرط فاسخ ضمنى ليس بصحيح من الوجهـة القانونية ، وهو يرجع الى اعتبارات تاريخية خاصة بالقانون الفرنسى .

٦٣٢ — انتقاد نظرية الشرط الفاسخ الضمنى — أما أن نظرية الشرط الفاسخ الضمنى ليست بصحيحة من الناحية القانونية ، فذلك لأنه لو فرض أن فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه يرجع الى تحقق شرط فاسخ لترتب على ذلك أمران : (١) أنه يجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط الفاسخ ، فينفسخ العقـد من تلقاء نفسـه ، دون حاجة الى حكم تطبيقا للقواعد العامة . (٢) اذا كان فسخ العقد يرجع الى تحقق الشرط الضمنى ، فمن الجائز اذن أن يتفق المتعاقدان صراحة على التنازل عن هذا الشرط ، فلا يجوز لأحدهما طلب الفسخ اذا لم يقم الآخر بالتزامه .

وكلا النتيجتين غير صحيح ، فان العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه بل لابد فى ذلك من حكم قضائى أو اتفاق ، واذا رفع الأمر الى القاضى فله حق التقدير فى اجابة طلب الفسخ أو رفضه كما سيتبين ذلك ممـا يلى . وليس بصحيح كذلك أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على التنازل عن حق طلب الفسخ ، فان هذا يتضمن إعفاء اتفاقيا من المسئولية ليس بجائز[1] .

٦٣٣ — أساس نظرية الفسخ — اذن ليس بصحيح أن قاعدة الفسخ مبنيـة على أساس الشرط الفاسخ الضمنى . وانما هى ترجع الى اعتبارات عادلة . اذ ليس من العدل ألا يقوم أحد المتعاقدين بالتزامه ومع ذلك يطالب المتعاقـد الآخر بأن ينفذ ما فى ذمتـه من التزام . والانصاف يقضى بأن يتحلل هذا المتعاقد الآخر من التزامه بفسخ العقد[2] .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٠ ص ٥٨٩ — كابيتان فى السبب فقرة ١٥١ — هالتون ١ ص ٣٢٩ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ ص ٣٤٤ — محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ — ١ — ٢٧ يضاف الى هذا الاعتبار العادل اعتبار آخر ، فانه اذا اقتصرنا على اعطاء الدائن حق مطالبة مدينه بالتنفيذ دون طلب الفسخ ، فقد يصبح التنفيذ مستحيلا بقوة قاهرة ، فيتحلل المدين من التزامه ولا تمكن مطالبته بالتنفيذ ، فاذا لم يعط الدائن حق طلب الفسخ بقى هو ملتزما بالعقد دون المدين ، وتحمل تبعة استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهـذه نتيجة غير عادلة ، سنعود اليها بالتفصيل عند الكلام فى نظرية تحمل التبعة فى الالتزام التعاقدى .

هـذا من وجهة العدالة . أما من ناحية الصياغة القانونية ، فقاعدة الفسخ لعدم التنفيذ تستند الى نظرية السبب . وقـد قدّمنا أن سبب التزام أحد المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين هو تنفيذ التزام الآخر طبقا للنظرية التقليدية . فاذا لم يتم هـذا التنفيذ أصبح الالتزام منقطع السبب فيبطل ، وهذه هى النتيجة التى نصل اليها من طريق الفسخ . وقد قدّمنا أن نظرية السبب تفسر قاعدة الفسخ وقاعدة تحمل التبعة وقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد[1] .

٦٣٤ — نظرية الشرط الفاسخ الضمنى ترجع لاعتبارات تاريخية — فاذا كان هـذا هو أساس قاعدة الفسخ ، بقى أن نفسر لمـاذا التجأ المشرع الفرنسى الى نظرية الشرط الفاسخ الضمنى . هناك اعتبارات تاريخية دفعته الى ذلك . فقد كان القانون الرومانى لا يربط ما بين الالتزامات الناشـئة من العقد الملزم للجانبين ، كما قدّمنا عنـد الكلام فى نظرية السبب فكان التزام البائع بتسليم المبيع مستقلا عن التزام المشترى بدفع الثمن . فاذا لم يقم أحدهما بالتزامه لم يستطع الآخر إلا أن يجبره على التنفيذ ، ولم يكن يستطيع فسخ العقد . وبقيت الحال كذلك الى أن ادخل فى عقد البيع — بعد أن أصبح عقدا رضائيا — شرط صريح يعطى الحق للبائع فى فسخ العقد اذا لم يدفع المشترى الثمن ، وهو الشرط المعروف باسم (Lex commissoria)[2] . وانتقل أثر هذا الى القانون الفرنسى القديم من حيث الصياغة القانونية . ثم صار فقهاء القانون الفرنسى القديم يقولون بجواز فسخ العقد حتى لو لم يوجد شرط صريح ، ولكن الفسخ لا يتم إلا بحكم قضائى . ولمـا أراد المشرع الفرنسى نقل هذه القاعدة نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية التى اصطبغ بها القانون الفرنسى القديم به فذكر الشرط الضمنى الفاسخ ، وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التى تقضى بجواز فسخ العقد اذا لم يقم المدين بالتزامه . أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حمل عليه بمـا كان فقهاء القانون الفرنسى القـديم اعتادوه من افتراض شرط وهمى يحل محل الشرط الصريح المعروف فى القانون الرومانى[3] .

---

(١) كابيتان فى السبب فقرة ١٥١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٠ ص ٥٨٩ — محكمة النقض الفرنسية فى ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ — ١ — ٣٢٩

(٢) انظر جيرار ص ٧٣٣ .

(٣) بوتييه فى البيع فقرة ٤٧٦ وفى الالتزامات فقرة ٦٧٢ — بلانيول ٢ فقرة ١٣١٢ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٤٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٠ ص ٥٨٨ .

٦٣٥ — *خطة البحث* — أما الآن وقد عرفنا على أى أساس بنيت قاعدة الفسخ، وأنها لا تستند الى نظرية الشرط الفاسخ الضمنى، بقى أن نبحث القاعدة تفصيلا فيما يأتى : (١) متى يعطى الدائن حق المطالبة بالفسخ. (٢) كيف يستعمل هذا الحق. (٣) مايترتب على الفسخ من الأثر.

المبحث الأول — متى يعطى الدائن حق المطالبة بالفسخ

* ٦٣٦ — *شروط حق المطالبة بالفسخ* — حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد يجب توافر الشروط الآتية :

(١) أن يكون العقـد ملزما للجانبين. (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. (٣) أن يكون المتعاقد الآخر طالب الفسخ مستعدا للقيام بالتزامه من جهة وقادرا على اعادة الحال الى أصلها اذا حكم بالفسخ من جهة أخرى.

§ ١ — لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين

* ٦٣٧ — *العقود الملزمة للجانبين وحدها هى التى يجوز فيها الفسخ* — قاعدة الفسخ لعـدم تنفيذ العقد لا تنطبق إلا فى العقود الملزمـة للجانبين[1]. فهى وحدها تتحقق فيها حكمة القاعدة ويتوافر فيها الأساس القانونى الذى بنيت عليه. وقـد قدمنا أن قاعدة الفسخ مبنية على العدالة، فاذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه كان للآخر أن يتحلل من التزامه من طريق فسخ العقد، وهـذه الاعتبارات لا تكون إلا فى عقـد ملزم للجانبين. ثم قررنا أن الأساس القانونى لقاعدة الفسخ يقوم على نظرية السبب، فان عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يجعل التزام المتعاقد الآخر منقطع السبب، وهـذا التكييف أيضا لا يمكن تصوره إلا فى عقد ملزم للجانبين.

على أن هناك عقودا، كعارية الاستعمال والقرض بفائدة و رهن الحيازة، معروفة بأنها عقود ملزمة لجانب واحد، ومع ذلك تنطبق عليها قاعدة الفسخ . فانه اذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار، أو اذا لم يدفع المقترض الفوائد فى مواعيدها، أو اذا أخل المرتهن بالتزامه من المحافظة على الشيء المرهون، جاز للمتعاقد الآخر فى هذه العقود أن يطلب فسخ العقد، فيسترجع المعير الشيء قبل الميعاد، و يستوفى المقرض الدين قبل حلول الأجل؛ و يسترد الراهن المرهون قبل وفاء الدين (١) .

وقد اختلف الفقهاء فى تعليل ذلك، فمنهم من ينكر حق الفسخ فى هذه العقود (٢)، ومنهم من يقره مع تغيير اسمه فيسميه أسقاطا (déchéance) لا فسخا (resolution)، ومنهم من يقره على أنه فسخ و يذهب الى أن حق الفسخ قد يكون فى العقود الملزمة لجانب واحد (٣) . ونحن لانتضم إلى رأى من هذه الآراء . بل نرى أن الفسخ لا يكون إلا فى العقود الملزمة للجانبين كما قدمنا ، وأن العقود المتقدمة الذكر يجوز فيها الفسخ ، على أن يكون هذا فسخا لا إسقاطا . فلم يبق اذن إلا القول بأن هذه العقود ملزمة للجانبين، وهذا ما ذهبنا اليه عند الكلام فى تقسيم العقد الى ملزم لجانبين وملزم لجانب واحد. فقد قررنا أن العارية بنوعيها ورهن الحيازة عقود ملزمة للجانبين ، وخالفنا فى ذلك الرأى السائد . وعللنا الأمر بأن المعير يلتزم من جانبه بعدم استرداد ما أعاره إلا فى الميعاد المحدد فى عاريتى الاستعمال والاستهلاك ، وكذلك الراهن فى رهن الحيازة يلتزم بعدم استرداد المرهون إلا عند وفاء الدين، وهذه الالتزامات تقابل التزامات أخرى معروفة فى جانب المستعير فى العاريتين وفى جانب الدائن المرتهن . فالعقود الثلاثة اذن ملزمة للجانبين . وتنطبق عليها قاعدة الفسخ ، فاذا أخل المستعير أو الدائن المرتهن بالتزامه جاز للمعير أو للراهن المطالبة بفسخ العقد ، حتى يتحلل من التزامه بعدم استرداد الشيء إلا فى ميعاد محدد، فيستطيع الاسترداد قبل هذا الميعاد (٤) .

---

(١) انظر أيضا عقد الايراد المؤبد (م ٤٧٩/٥٨٥) ، وفى القانون الفرنسى (م ١٩١٢) اذا لم يدفع المدين الايراد مدة سنتين جاز للدائن فسخ العقد واسترداد رأس المال .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ هامش نمرة ٧٩ — لوران ٢٦ فقرة ٥٢١ — بودرى و بارد ٢ فقرة ٩٠٥

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٤٩٢ — فقرة ٤٩٤ — لاروميير ٣ م ١١٨٤ فقرة ٤ وفقرة ٥ — هيك ٧ فقرة ٢٦٧ — فقرة ٢٦٨ — بودرى وفال فقرة ٦٤٩ وفقرة ٩٧٠ — كابيتان فى السبب فقرة ١٥٦ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٤٢١ ص ٥٨٩ — ص ٥٩٠ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٣٦ ص ١٣١ هامش نمرة ١ — أما العقود التى لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد، كالوديعة والوكالة والكفالة اذا لم تكن هذه العقود مأجورة والهبة اذا لم تكن بعوض ، فقد قدمنا أنه لا يمكن =

٦٣٨ — ولكنه ليست كل العقود الملزمة للجانبين يجوز فيها الفسخ — على أنه اذا صح أن قاعدة الفسخ لا تنطبق إلا على العقود الملزمة للجانبين، فليس بصحيح أنها تنطبق على جميع هذه العقود. فهناك بعض عقود ملزمة للجانبين لا تنطبق عليها قاعدة الفسخ، نذكر منها عقدين :

(١) عقد الايراد المرتب مدى الحياة ، وقد نصت المادتان ٤٨٠ و ٨٨٥ على أنه يجوز لصاحب الايراد، فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين ، أن يتحصل فقط على بيع اموال هذا المدين ، وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها (انظر أيضا المادة ١٩٧٨ من القانون المدنى الفرنسى) فالدائن صاحب الايراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العينى، فيبيع من أموال المدين مايكفى ريع ثمنه لأداء المرتب المتفق عليه[1]. ويبدو هذا النص

= تصوّر الفسخ فيها ، فان طرفا واحدا هو الملتزم ، فاذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة فى طلب الفسخ إذ ليس فى ذمته أى التزام يتحلل منه بهـذا الطلب ، بل مصلحته هى فى أن يطلب تنفيذ العقد لا فسخه (انظر آنفا فقرة ١٣٦ ص ١٣١) .

وقد يقال جريا على التحليل الذى قدمناه ، أن الوديعة أيضا عقد ملزم للجانبين ، فانها اذا كانت لمدة محددة ، وانقضت هذه المدة ، التزم المودع باستلام الشيء ، وهذا التزام يقابل التزام حافظ الوديعة بحفظ الشيء . ولكن عند التأمل نجد أن الالتزام الحقيق الذى ينشأ عن عقد الوديعة ليس هو أن يستلم المودع الشيء بل أن يرد حافظ الوديعة هذا الشيء للمودع . واذا بدا أن المودع ملتزم باستلام الشيء بعد انقضاء الوديعة ، فليس هـذا الالتزام ناشئا عن عقد الوديعة ، بل أن عقد الوديعة قد انقضى وأصبح حافظ الوديعة حائزا لشيء مملوك للغير وهو غير ملزم بحفظه بعـد انقضاء الوديعة ، فليس للمالك أن يمتنع عن استلام ما يملكه . وليس هـذا التزاما شخصيا فى ذمة المالك ، وهو على كل حال غير ناشئ عن عقد الوديعة . فالوديعة اذن عقد ملزم لجانب واحد ، فلا يتصوّر فيها الفسخ ، على أنه كيف يمكن أن نتصوّر حافظ الوديعة يطلب فسخ العقد لعدم قيام المودع بالتزامه من استلام الشيء ، فهذا الالتزام اذا كان التزاما ، لا يوجد إلا بعد انقضاء الوديعة ، فكيف يطلب المودع فسخ عقد قد انقضى ! .

(١) يقابل هـذا النص فى القانون المصرى نص فى القانون الفرنسى هو المادة ١٩٧٨ ، و يقضى بأن مجرّد التأخر فى وفاء المستحق من الايراد لا يجيز لمن رتب له الايراد أن يطلب اسـترداد رأس المال أو العين التى أعطاها ، وليس له إلا حجز أموال المدين و بيعها ، واستصدار أمر أو الحصول على رضاء المدين بتخصيص مبلغ من ثمن المبيع يكون كافيا لأداء المستحق من الايراد . والنص المصرى أوسع من النص الفرنسى ، فهو يمنع الفسخ لا فى حالة التأخر فى دفع الايراد فحسب ، بل أيضا فى حالة عدم أداء التأمينات أو اعدامها أو إظهار إفلاس المدين ، وقد نصت المادة ١٩٧٧ من القانون المدنى الفرنسى صراحة على فسخ العقد فى حالة عدم أداء التأمينات .

غريبا، إذ يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر، وقد نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى (١).

(٢) عقد القسمة : ويذهب القضاء الفرنسى الى أنه لا يجوز طلب الفسخ فى هذا العقد اذا لم يقم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلا، وانما يطالب المتقاسم الذى أخل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام (٢).

---

(١) ويعلل الفرنسيون النص الذى ورد فى قانونهم بتعليلين، كل منهما محل للنظر : (الأول) أن عقد الايراد المرتب مدى الحياة عقد احتمالى، فاذا سمحنا بفسخ العقد واعادة الشىء الى أصله، أمكن الدائن أن يرد الى المدين ما قبضه من الايراد، ولكن ما ذا يسترد من المدين ؟ اذا اكتفى باسترداد رأس المال فكأنه قد حرم من الغلة المدة التى بقى فيها عند المدين، واذا قيل أن الدائن يستبقى ما قبضه من الايراد ولا يسترد من رأس المال إلا بنسبة ما بقى من حياته الى ما انقضى منها منذ قبضه للايراد، فانه لا يمكن معرفة ما تبقى من حياته إلا على سبيل الظن والتخمين، وليس لقانون الاحتمال أثر كبير فى حادثة فردية. لذلك اذا لم يكن العقد احتماليا فى الحقيقة، بأن كان الايراد لا يزيد على غلة رأس المال، فلا مانع من الفسخ، لأن الدائن فى هذه الحالة يسترد رأس المال ويستبقى ما قبضه من الايراد كغلة لرأس ماله فى المدة التى بقى بها رأس المال فى يد المدين. كذلك يجوز الفسخ اذا كان الايراد المرتب شرطا فى عقد هبة، فعند الفسخ يرد الدائن ما قبضه من الايراد ويسترد العين الموهوبة، وليس له أن يسترد الغلة فانه كان قد وهبها (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٢ ص ٥٩١ — انظر أيضا لوران ٢٧ فقرة ٣١٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٠٧ — كابيتان فى السبب فقرة ١٥٧ — كامل بك مرسى فى العقود الصغيرة ص ٣٧٢ — ص ٢٢٧) ولكنا لا نرى هذا التعليل مقنعا، فمن السهل عند فسخ العقد، أن نجعل الدائن يرد ما قبضه من الايراد ويسترد رأس المال مع فوائده القانونية على سبيل التعويض. على أن المادة ١٩٧٧ من القانون المدنى الفرنسى، وقد أشرنا اليها فيما تقدم، أجازت الفسخ فى حالة عدم أداء التأمينات ولم تقف عند اعتراض كهذا. (التعليل الثانى) ويقال أيضا أن الدائن يكون عادة محتاجا الى الايراد، يؤثره على رأس المال، ففيه ضمان لحاجته طول حياته، فيأمن تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال. ولكن هذا التعليل لا وزن له أيضا، فنحن انما نريد أن نجيز للدائن الفسخ لا أن نحتمه عليه، فله اذا رأى المصلحة فى عدم الفسخ إلا أن يطلب التنفيذ. وهو يؤثر الفسخ اذا كان فى مصلحته، كما اذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده بحيث يدر عليه ما يزيد على الايراد الذى كان قد اشترطه.

(٢) والسبب فى ذلك أن مصلحة المتقاسم الذى لم يستوف المعدل دون مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ (انظر محكمة النقض الفرنسية فى ٩ مايو سنة ١٨٣٢ سيريه ٣٢ — ١ — ٣٦٧ أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش نمرة ٢٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٠٩ — انظر نقد بودرى ونال فى الميراث جزء ٣ فقرة ٣٣٥٢). على أنه يجوز اشتراط جواز الفسخ فى عقد القسمة (محكمة النقض الفرنسية فى ٦ يناير سنة ١٨٤٦ داللوز ٤٦ — ١ — ١٦).

هذا وتنص المواد ٦٢١/٧٤٨/٢١٤٦ على أنه يسقط حق البائع فى فسخ البيع اذا لم يسجل عقده قبل صدور الحكم باشهار تفليس الحائز للبيع. انظر كذلك المادتين ٣٥٤/٣٦٤ من القانون التجارى والمادة ٦٣٥ من قانون المرافعات المختلطة.

§ ٢ — لا يكون الفسخ إلا اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

* ٦٣٩ — *عدم التنفيذ سبب للفسخ* — إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فى عقد ملزم للجانبين، فللمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، سواء فى ذلك كان عدم التنفيذ راجعا الى قوة قاهرة أو الى خطأ المتعاقد، وسواء كان الامتناع عن التنفيذ كليا أو جزئيا.

* ٦٤٠ — *عدم التنفيذ راجع لقوة قاهرة* — اذا كان عدم قيام العاقد بتنفيذ التزامه راجعا الى قوة قاهرة، فللعاقد الآخر بالرغم من ذلك أن يطلب فسخ العقد، لتوافر الحكمة التى بنيت عليها قاعدة الفسخ. فقد تقدّم أنه ليس من العدل أن يكلف أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه بينما لا يستطيع المتعاقد الآخر أن يقوم بما عليه من التزام، وأن التزام هذا المتعاقد ينقطع سببه فيسقط، ويتحمل المدين تبعة استحالة تنفيذ التزامه[(١)].

وقد تكون استحالة تنفيذ الالتزام قبل نشوئه أو تكون قد جدت بعد ذلك. ويجب تمييز ما اذا كانت هذه الاستحالة مطلقة أو نسبية. فان كانت مطلقة، وكانت موجودة قبل نشوء الالتزام، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، لا قابلا للفسخ، لاستحالة محل الالتزام. أما اذا كانت نسبية، وكانت موجودة قبل نشوء الالتزام أو جدت بعده، وكذلك اذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوء الالتزام، فان العقد ينشأ صحيحا، ولكنه يكون قابلا للفسخ، لاستحالة قيام المدين بتنفيذ التزامه.

---

(١) وهناك رأى يذهب الى أن الفسخ لا يكون إلا إذا كان عدم التنفيذ راجعا الى خطأ المدين، أما اذا استحال تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة فان العقد ينفسخ من تلقاء نفسه ولا ضرورة الى حكم بالفسخ (محكمة النقض الفرنسية فى ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دى پاليه ١٥ يونيه سنة ١٩٢٠ — بلانيول ٢ فقرة ١٣١٣ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٤٢ وص ٣٤٧ — انظر أيضا محكمة مصر الأهلية فى ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٧ وهى تقضى بأنه يشترط الفسخ التعهدات أن يكون عدم الوفاء ناشئا من إهمال المتعاقد، أما اذا كان سببه حادثا قهريا فانه لا يؤثر على العقد ولا يجيز فسخه). أما القضاء الفرنسى وغالبية الفقهاء فلا تميز بين عدم التنفيذ لقوة قاهرة أو لخطأ المدين (محكمة النقض الفرنسى فى ٣ أغسطس سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٥ — ١ — ٤٠٩ — حكم آخر فى ١٤ ابريل سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ — ١ — ٣٢٩ — حكم ثالث فى ٢ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ — ١ — ٥٠١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ وهامش نمرة ٨٢ — ديمولومب ٢ فقرة ٤٩٧ — لاروميير م ١١٨٤ فقرة ٦). على أن الفرق بين فسخ العقد وانفساخه يكاد يكون نظريا، فقد يكون الفسخ دون حكم كما سنرى ذلك فيما يلى.

* ٦٤١ — **عدم التنفيذ راجع لخطأ المدين** — واذا كان عدم قيام العاقد بتنفيذ التزامه راجعا الى خطأه، لاهمال أو تعمد، فان هذا يكون أدعى الى إعطاء العاقد الآخر حق المطالبة بالفسخ، بل يكون له فى هذه الحالة المطالبة بتعويض الى جانب الفسخ . والتعويض يبنى على الخطأ[1] .

٦٤٢ — **عدم التنفيذ الكلى والجزئى** — واذا كان عدم التنفيذ كليا فلاشك فى أن هذا مبرر للمطالبة بالفسخ . كما أنه اذا كان عدم التنفيذ جزئيا فلا يزال للمتعاقد الآخر حق المطالبة بالفسخ ، والقاضى فى استعماله لحق التقدير ينظر فيما اذا كان الجزء الباقى دون تنفيذ من الالتزام يبرر الحكم بالفسخ ، أو يكفى إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ . وظاهر أن عدم التنفيذ الكلى أدعى للحكم بالفسخ من عدم التنفيذ الجزئى .

فاذا رأى القاضى أن عدم التنفيذ الجزئى خطير بحيث يبرر الفسخ ، بقى عليه أن يرى هل ينطق بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر . ويحكم بفسخ العقد كله اذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقى دون تنفيذ هو الجزء الأساسى من الالتزام[2] .

ويعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئى تنفيذ الالتزام تنفيذا معيبا ، كأن يبنى المقاول منزلا ويكون هناك خلاف بين الرسم والبناء[3] .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ٣٦٧ — حكم آخر فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٥٨٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٣١ .

وهناك أثر آخر لخطأ المدين غير التعويض ، هو حمل القاضى فيما له من حق التقدير على النطق بالفسخ اذا كان عدم التنفيذ راجعا لتعمد من المدين أو اهمال . أما إذا كان التنفيذ مستطاعا ، ولم يكن هناك خطأ فى جانب المدين ، فقد لا يرى القاضى محلا للنطق بالفسخ ، ويكتفى بأعطاء مهلة للمدين ينفذ فيها التزامه (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ — ١ — ٥٠٧ — حكم آخر فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٥٨٩ وقد سبقت الاشارة اليه) .

(٢) انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٣٠ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩ والأحكام المشار اليها .

(٣) القوانين الحديثة فى الفسخ : يفصل القانون الألمانى أحكام الفسخ ، فيميز بين عدم التنفيذ الكلى أو الجزئى وبين التأخر فى التنفيذ . فاذا كان عدم التنفيذ كليا ، كان للمتعاقد أن يطلب التنفيذ مع التعويض ، وكان له أن يعلن الفسخ ، ويكفى فى ذلك اعلان ارادته دون تدخل القضاء كما رأينا فى البطلان . وفى حالة الفسخ ليس له أن يجمع اليه التعويض . واذا كان عدم التنفيذ جزئيا ، فللمتعاقد أن يطلب تنفيذ الجزء الباقى مع إعطائه تعويضا ، وله أن يفسخ =

§ ٣ — لا يكون الفسخ إلا اذا كان الدائن مستعدا للقيام بالتزامه من جهة وقادرا على إعادة الحال الى أصلها من جهة أخرى

* ٦٤٣ — وجوب أن يكون الدائن مستعدا للقيام بالتزامه — ولا يكفى للمطالبة بالفسخ ألا يقوم المدين بالتزامه ، بل يجب أيضا أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين . اذ ليس من العدل أن يكون الدائن نفسه مقصرا ثم يطلب الفسخ لتقصير المدين . وسنرى عند الكلام فى الدفع بعدم التنفيذ أن المدين يحق له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه مادام الدائن لم يقم بما ترتب فى ذمتـه من التزام ، فلا يجوز اذن للدائن أن يطلب فسخ العقد[1] . بل ان المدين فى هـذه الحالة هو الذى يجوز له أن يطلب فسخ العقد مع التعويض[2] .

= العقد اذا كان الجزء غير المنفذ يبرر الفسخ . واذا كان هناك تأخر فى التنفيذ ، فللمتعاقد أن يطلب التنفيذ مع اعطائه تعويضا عن التأخر ، وله كذلك أن يحـدد ميعادا للمدين ينفذ فيه ، فاذا مضى الميعاد كان للدائن أن يطلب التنفيذ أو أن يفسخ العقد ، واذا كان التأخر فى التنفيذ يجعل التنفيذ دون فائدة ، فللدائن دون تحديد ميعاد أن يطلب تعويضا أو أن يفسخ العقد (انظر المواد ٣٢٣ الى ٣٢٧ من القانون المدنى الألمانى) .

أما قانون الالتزامات السويسرى فيقضى بأنه اذا لم يقم أحد المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه ، جاز لطرف الآخر أن يحدد له ميعادا معقولا للتنفيذ ، فاذا مضى الميعاد ولم يتم التنفيذ ، كان للدائن أن يطالب به مع التعويض ، كما أن له أن يعدل عن طلب التنفيذ و يطلب التعويض أو أن يفسخ العقد . ولا حاجة لتحديد ميعاد إذا تبين من موقف المدين أن هذا غير مجد ، أو اذا أصبح التنفيذ غير مفيد ، أو اذا اشترط أن يكون التنفيذ فى وقت معين أو فى ميعاد معين . وللدائن الذى يفسخ العقد أن يرفض التنفيذ من المدين وأن يسترد ما دفعه ، وله أن يطلب تعويضا إلا إذا أثبت المدين أنه لا يوجد خطأ فى جانبه (انظر المواد ١٠٧ الى ١٠٩ من قانون الالتزامات السويسرى) .

وقد قضت المادة ٤٧ من المشروع الفرنسى الايطالى بأنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه ، فللمتعاقد الآخر الخيار بين طلب التنفيذ أو طلب الفسخ أمام القضاء مع التعويض اذا كان له محل . وللقاضى أن يمنح مهلة للمدين حسب الأحوال ، وله أيضا أن يرفض طلب الفسخ اذا كان قدر إخلال المدين بالتزامه تافها بالنسبة لهذا الالتزام .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يصح للبائع فسخ البيع لعدم دفع الثمن اذا كان هو نفسه لم يقم بالتزامه من تسليم المشترى عقدا صالحا للتسجيل (٢٧ يناير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٢٣٠ نمرة ٢٦٥) . وقضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه فى حالة ما يكون قد تحدد ميعاد للتسليم ودفع الثمن ، ولم يدفع المشترى الثمن ، فليس للبائع أن يتمسك بالمادة ٣٣٥ مدنى لفسخ البيع اذا كان التقصير واقعا منه لا من المشترى (٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٦٥ رقم ١٧) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ٤ مايو سنة ١٩١٩ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ٢٧٥ — حكم آخر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ٣١ — حكم ثالث فى ٣٠ يوليه سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٤٩٣ — حكم رابع فى ١٢ يونيه سنة ١٩٢٩ — داللوز الاسبوعى ١٩٢٩ — ٤٤٥ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٧ وفقرة ٤٣١ ص ٥٩٩ — ص ٦٠٠

٦٤٤ — وأن يكون من شأن الحكم إعادة الشيء الى أصله — ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يرجع الشيء الى أصله ، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادرا على رد ما أخذه . فاذا كان قد استلم شيئا بمقتضى العقد ، وباعه إلى آخر ، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق الفسخ ، لأنه مضطر اذا طلب الفسخ أن ينزع الشيء من يد المشترى ليردّه الى من تعاقد معه ، وفى هذا إخلال منه بما عليه من الضمان[1] .

المبحث الثانى — كيف يستعمل حق الفسخ

* ٦٤٥ — الفسخ لا يكون الا بالتقاضى أو بالتراضى — اذا اختار الدائن فسخ العقد لعدم تنفيذ المدين لالتزامه ، فان العقد لاينفسخ من تلقاء نفسه ، بل لابد من اتفاق الطرفين على ذلك أو رفع الأمر الى القضاء لينطق بالفسخ[2] . وقد ورد هذا الحكم صراحة فى المادة ١١٨٤ من القانون المدنى الفرنسى . أما القانون المصرى فليس فيه نص صريح يقضى بذلك[3] ، ولكن المشرع المصرى لم يرد أن ينحرف فى هذه المسألة عن القانون الفرنسى ، وأحكام القضاء المصرى مضطردة فى هذا المعنى[4] .

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٣٢ — قارن استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ .

(٢) قدمنا أن القانون الألمانى يجعل الفسخ باعلان من جانب الدائن دون التجاء الى القضاء ، كما رأينا ذلك فى البطلان (انظر المادة ٣٤٩ من القانون المدنى الألمانى) . وكذلك يفعل قانون الالتزامات السويسرى (م ١٠٧) .

(٣) وقد نص المشرع المصرى فى أحد تطبيقات الفسخ (فسخ البيع لعدم دفع الثمن) صراحة على ذلك ، فقضى فى المواد ٣٣٢ — ٣٣٣/٤١٣ — ٤١٤ بأنه اذا لم يدفع المشترى ثمن المبيع فى الميعاد المتفق عليه ، كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب إلزام المشترى بدفع الثمن ، ويجوز للمحكمة أن تعطى لأسباب قوية ميعادا للمشترى لدفع الثمن . ومن هذه النصوص يتضح أن الفسخ لا يكون الا بحكم قضائى اذا لم يكن هناك اتفاق على ذلك (انظر أيضا المواد ٣٧٢/٤٥٦ و ٣٧٤/٤٥٩) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض الأهلية بأنه من المتفق عليه فقها وقضاء أن الشرط الفاسخ الضمنى ، كالناشئ عن دفع الثمن فى ميعاده ، لا يقتضى بذاته الفسخ ، بل لا بد لفسخ العقد من حكم قضائى بذلك ، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع ، لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٤٩٢ — المحاماة ١٣ ص ٦٩٢ رقم ٣٤١) . انظر أيضا فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الأهلية فى ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ عدد ٤٢ — حكم آخر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٤٨ رقم ٢٥ — مصر الكلية الأهلية فى ٣٠ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ٢١٦ رقم ٩٥ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ — ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٧ .

ولما كان الاتفاق فى أكثر الأحوال متعذرا مالم يكن قد تم منذ صدور العقد، فان الغالب أن يلجأ الدائن الى القضاء للنطق بفسخ العقـد . ونتكلم هنا فى الفسخ بالتقاضى ثم فى الفسخ بالتراضى .

§ ١ — الفسخ بالتقاضى

٦٤٦ — **اعذار المدين** — ليس من الضرورى اعذار المدين قبل رفع دعوى الفسخ[(١)]، فان مجرد رفع الدعوى يعد أعذارا له[(٢)]، وهو يستطيع أن ينفذ الالتزام قبل النطق بفسخ العقد كما سيتبين ذلك مما يلى .

على أن الأعذار، اذا لم يكن ضروريا، قـد يكون مفيـدا فى بعض الأحوال، وقد يكون لا طائل تحته فى أحوال أخرى .

فهو مفيد إذ قد يستطيع الدائن أن يثبت به تأخير المدين فى التنفيذ وخطأه فى ذلك، فيحصل على التعويض الى جانب الفسخ[(٣)] . هـذا الى أن هناك أحوالا تجعل الدائن مضطرا الى اعتبار العقـد مفسوخا دون أن يلتجئ الى القضاء، ففى هـذه الأحوال يكون من المفيد كثيرا أن يعذر الدائن المدين قبل اعتبار العقد منسوخا، حتى اذا رفع الأمر الى القضاء بعـد ذلك لتقدير مبلغ هذا الاضطرار ساعد الأعذار على الحكم فى صالحه[(٤)] .

---

(١) ومع ذلك انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ — محكمه الاستئناف الأهلية فى أول أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ عـ ٧٨ ص ١٤٩ — بلانيول ٢ فقرة ١٣١ — هالتون ١ ص ٣٢٨ .

(٢) محكمة مصر الكلية الأهلية فى ٣٠ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ٢١٦ رقم ٩٥ — محكمة المحلة الكبرى فى ٤ ديسمبر سـنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٥ عدد ١٠١ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ — محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣ — ١ — ٣٧٦ — ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ٣٦٧ — ٢ يوليه سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٤١٣ .

(٣) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٥٠ .

(٤) انظـر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٦ . وقد يظهر المدين رغبته فى فسخ العقد، فاذا لم يعذره الدائن طالبا التنفيذ، بل رفع دعوى الفسخ، فقد يحمـل ذلك منه على أنه قد أجاب المدين الى رغبته فى الفسـخ . أما اذا أعذر المدين قبـل رفع الدعوى، فذلك يدل على أنه لم يلجأ الى الفسخ إلا لأن المدين غير قابل لتنفيذ التزامه، فيطلق القاضى بفسخ العقد لصالح الدائن وقد يحكم له بالتعويض .

على أنه يلاحظ أن أعذار المدين قبـل رفع دعوى الفسخ لا يعنى أن القاضى ينطق حتما بفسخ العقـد، فلا يزال له سـلطة تقديرية، ولا يزال يستطيع أن يكتفى باعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه (محكمة النقض الفرنسـية فى ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠ — ١ — ٤٣٨) .

والأعذار لا طائل تحتـه فى أحوال أخرى ، كما اذا ظهر بوضوح تصميم المدين على عدم القيام بالتزامه بأن أعلن ذلك للدائن[(١)] ، وكما إذا كان لا يفيد تنفيـذ الالتزام إلا فى ميعاد معين وقد فات ذلك الميعاد[(٢)] ، وكما إذا كان الالتزام هو امتناع عن عمل شىء وقد أتاه المدين[(٣)] .

* **٦٤٧ — الخيار فى الفسخ أو فى التنفيذ** — وسواء أعذر المدين أم لم يعذر ، فان الدائن يرفع دعوى الفسخ ، الى القضاء و يكون الخيار فى الفسخ أو فى التنفيذ لكل من الدائن والمدين والقاضى .

* **٦٤٨ — خيار الدائن** — فالدائن بعـد أن يرفع دعوى الفسـخ له أن يعـدل قبل الحكم عن طلب الفسـخ الى طلب التنفيذ . كما أنه اذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه الى الفسخ[(٤)] . كل هذا ما لم يكن قد تنازل عن أحد الطلبين ، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما تنازلا عن الطلب الآخر[(٥)] .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ١٨٨ .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ٢٢ .

(٣) قارن المـادة ١٠٨ من قانون الالتزامات السويسرى وقد تقدم ذكرها .

(٤) اسـتئناف مختلـط فى ١٣ نوفمبر سـنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٣٧ — ١٢ ديسـمبر سـنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ — ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ ص ١٨٧ — نقض فرنسى فى ١١ ديسمبر سـنة ١٨٥٥ داللوز ٥٦ — ١ — ٢٥٦ — ٦ يناير سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ١١٤ بودرى و بارد ٢ فقرة ٩١٩ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٧ — دى هلتس ٤ لفظ البيع (Vente) فقرة ٢٧٧ .

على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ فى طلب واحد (استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ١٩ ص ٩٦ — ١٨ ديسمبر سـنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨) . وكذلك لا يجوز الجمع بين الفسخ والبطلان (بنى سويف فى ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ عـ ١١١ / ١ ص ٣٤٩) .

(٥) ولمحكمـة الموضوع أن تقدّر هـل تعتبر العمل الذى صدر من الدائن تنازلا عن أحد الطلبين ، كما اذا تقـدّم فى توزيع لمال المدين ويراد أن يفهم من ذلك تنازله عن الفسخ (محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ مارس سـنة ١٨٤٠ سيريه ٤٠ — ١ — ٤٢١) ، وكما اذا رضى ببيع صدر من المشترى منه فتنازل بذلك عن حقه فى المطالبة بفسخ البيع الأول (محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ سـيريه ١٩٠٩ — ١ — ٣٩١) ، وكما اذا أجرى المشترى اصلاحات فى العقار الذى اشتراه فتنازل بذلك ضمنا عن حقه فى طلب فسخ البيع (استئناف مختلط فى ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٩) ، وكما اذا طالب البائع المشترى بدفع الثمن واتخـذ اجراءات تحفظية لذلك فتنازل بذلك عن الفسخ (استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ١٩ ص ٩٦) ، وكما اذا تقدّم البائع كدائن بالثمن فى تفليسة المشترى فلا يجوز له أن يطلب اسـترداد الشىء المبيع بعـد ذلك (استئناف مختلط فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨) ، وكما اذا استعمل البـائع حقه فى أعذار المشترى بانذار قطع فيه بأن البيع مفسوخ طبقا لشروط العقد بسبب

* ٦٤٩ — **خيار المدين** — وللمدين كذلك، قبـل النطق بالحكم النهائى، أن ينفـذ التزامه فيتجنب الفسخ[1]. ولا يبقى فى هذه الحالة إلا أن يقـدر القاضى ما اذا كان هناك محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخير المدين فى تنفيـذ التزامه. ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى كما سبقت الإشارة الى ذلك.

* ٦٥٠ — **خيار القاضى** — كذلك القاضى ليس محتما عليه أن يحكم بالفسخ. بل أن له سلطة تقديرية. فقد يحكم بالفسخ اذا رأى الظروف تبرر ذلك. وقد لا يجيب الدائن الى

= تاخر المشترى عن دفع باقى الثمن، فلا يصح للبـائع بعد ذلك أن يرجع فى اختياره و يطالب المشترى بنفاذ البيع من جديد (محكمة طنطا الكلية الأهلية فى ٤ أبريل سنة ١٩٢ المحاماة ٣ ص ٨٨ رقم ٥٥).

انظر أيضا فى هذا الموضوع استئناف مختلط فى ١٨ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٠ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٣٤ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣ — ١٩ يناير سـنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٩ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يسوغ للمستأجر أن يمنع الحكم بفسخ عقد الايجار اذا عرض عرضا حقيقيا دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائى (٢٣ يناير ١٩٠٠ المجموعة ١ ص ٢٨٣). وقضت بأنه اذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع لعدم قيام المشترى بدفع ثمن المبيع، فللمشترى أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن، ولو بعـد صدور الحكم عليه، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشىء المحكوم به أو تأييده استئنافيا. وهذا الحق الذى للمشترى يرجع اليـه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد أن حكمت، ولو كانت المحكمة قـد حكمت بالفسخ، لأن قبول الالتماس يعيد الى الخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ عدد ٤٩) — وقضت كذلك بأنه اذا لم يشترط صراحة فى عقد البيع أن عدم دفع الثمن فى الميعاد المحدد يترتب عليه فسخ العقد من تلقاء نفسه، فان هذا الفسخ لا يقع إلا بموجب حكم قضائى، وللمشترى ما لم يصدر حكم نهائى، أن يحول دون الفسخ بدفع باقى الثمن (٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ عدد ٤٢). انظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مصر الأهلية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ عدد ٢/٣٩ — محكمة طنطا حكم استئنافى فى ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة ٧ عدد ٥٢ — محكمة الزقازيق الكلية فى ٢٠ فبراير سـنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٧٢ — رقم ٣٩ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ ديسمبر سـنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٤ (انظر أيضا كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٤٧ — ص ٣٤٨).

على أن كثيرا من أحكام القضاء المختلط يذهب الى غير ذلك، ولا يجعل المدين يتجنب الفسخ بالتنفيذ قبل صدور الحكم النهائى (استئناف مختلط فى ٣١ مايو سـنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص ٣٧٩ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٨ — ١٢ ديسمبر سـنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠١ — ٩ يناير سـنة ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٤٧ رقم ١٠٩ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧١).

أما فى فرنسا فالظاهر أن المسألة تقديرية، وللقاضى أن يمتنع عن النطق بالفسخ اذا نفذ المدين التزامه قبـل الحكم النهائى، ولكن هذا مجرد جواز (محكمة النقض الفرنسية فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت دى پاليه ١٩٢٨ — ١ — ٨٢٠ — فى ٧ مايو سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ٢٧٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ هامش نمرة ٨٣ مكررة — بلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ٤٢٩ ص ٥٩٧ — قارن كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٤٧ — ص ٣٤٨).

طلبه، ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه[(١)]. ومما يحمل القاضى على النطق بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله فى ذلك إهمالا واضحا رغما من أعذار الدائن له قبل رفع الدعوى. ومما يحمله على إبقاء العقد وإعطاء المدين مهلة للتنفيذ أن يكون للمدين عذر فى تأخره عن التنفيذ، أو أن الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط أو لم يصبه ضرر ما من جراء هذا التأخر[(٢)]، أو أن الضرر الذى أصاب الدائن انما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين[(٣)]. ولا يمنع القاضى أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى[(٤)]. واذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام فى غضونها، وليس له أن يتعداها، بل ليس للقاضى أن يعطيه مهلة أخرى[(٥)]. ويعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضى فى حكمه على ذلك[(٦)].

---

(١) اسكندرية الأهلية فى ٢٧ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ عدد ٩٤ — محكمة طنطا الكلية فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٤١٨ رقم ١٣٥ — استئناف مختلط فى ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ — أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ (ومع ذلك انظر استئناف مختلط فى ١٨ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٠).

ونص المادة ١١٨٤ من القانون المدنى الفرنسى صريح فى اعطاء القاضى هذه السلطة التقديرية. ولم يرد المشرع المصرى أن يخرف عن هذه القاعدة (انظر بنوع خاص المادتين ٣٣٣/٤١٤).

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ٥ يونيه سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٣ — ١ — ١٥٦ — استئناف مختلط فى أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ (لم يستلم المشترى السندات ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما، وكان فى امكانه استلامها) — ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨ (أراد البائع لقطعة أرض انتهاز فرصة أن المشترى تأخر قليلا عن دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأراضى).

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ١٤ أبريل سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥ — ١ — ٣١٧ — واذا كان هناك خطأ فى جانب كل من الطرفين، فقد يدعو ذلك القاضى الى عدم النطق بالفسخ والاكتفاء بالحكم بتعويض (استئناف مختلط فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٠) — وقد يخطئ المدين فى تفسير العقد فيتأخر عن تنفيذ التزامه بحسن نية، ولا يكون ذلك التأخير مبررا للفسخ (محكمة مصر المختلطة الجزئية فى أول فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٩٠ رقم ١٧٣). وعدم التنفيذ كلية أدعى للحكم بالفسخ من عدم التنفيذ الجزئى (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٩).

(٤) وقد سبقت الاشارة الى ذلك والى حكم من محكمة النقض الفرنسية فى ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠ — ١ — ٤٣٨ (انظر آنفا فقرة ٦٤٦).

(٥) انظر تطبيقا لذلك المواد ٣٣٣/١٤ — ٤١٥، والمادة ١٦٥٥ فقرة ثانية من القانون المدنى الفرنسى — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٢٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٩ — على أنه يجوز اعطاء مهلة ثانية، اذا كانت المهلة الأولى انما أعطيت فى دعوى بالتنفيذ لا فى دعوى بالفسخ (محكمة النقض الفرنسية فى ٨ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٤٩٧).

(٦) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٩. =

§ ـ الفسخ بالتراضي

٦٥١ ـ متى يكون الاتفاق على الفسخ ـ قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه . وقد يتم هـذا الاتفاق وقت أن يخل المتعاقد بالتزامه[1] ، فيقع الفسخ بالتراضي بدلا من التقاضي، كما يقـع ذلك فى البطلان[2] . ولكن الفسخ بالتراضي

= ومن هذا نرى أننا أمام حالة يعتبر العقد فيها مفسوخا دون تقاض أو تراض . وليست هـذه هى الحالة الوحيدة، بل يوجد حالتان أخريان الى جانبها : (الأولى) اذا كان القاضي لا يملك إلا الحكم بالفسـخ عند رفع الأمر اليـه ، مثل ذلك اذا كان الالتزام امتناعا عن عمل وقد أتاه المدين ، أو كان الالتزام لا يفيد تنفيذه إلا فى وقت معين وقـد فات ذلك الوقت ، أو أصـبح تنفيذ الالتزام مستحيلا سـواء كان ذلك بقوة قاهرة أو بخطأ المدين (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٩ ـ محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ سـيريه ٢٨ ـ ١ ـ ٢٢) . (الثانية) اذا كان انتظار الدائن حتى ينطق القضاء بالفسخ يضر به ضررا بليغا ، مثـل ذلك أن يكون الدائن تاجرا ، واذا انتظر حتى الحكم بالفسخ فاتته صفقة رابحة لا يمكن تعويضها أو أصابته خسارة جسيمة لا يمكن درؤها ، فيقدّر ظروف الفسخ بنفسه ، حتى اذا وجد موقف المدين يبرره ، اعتبر العقد مفسوخا ، على أن يرجع المدين الى القضاء بعـد ذلك اذا شاء للنظر فى صحة تقدير الدائن (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٨) . ويلاحظ أن الدائن وقد اسـتقل بفسخ العقد فى هاتين الحـالتين يتحمل مسئولية ما قرره ، وللمدين أن يتظلم الى القضاء ، فاذا وجد القـاضي أنه لا يوجد ما يبرر الفسخ اعتبر العقد قائما ، بل له أن يعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٢٨ ص ٥٩٤ ـ ص ٥٩٥) ـ لذلك يجب على الدائن ألا يقدم على اعتبار العقد مفسوخا إلا مع الحيطة والحذر، ويحسن به أن يعذر المدين أولا ، فان هذا الأعذار يفيده عند تقـدير القـاضي للظروف التى تبرر اعتبار العقد مفسوخا كما سبقت الاشارة الى ذلك (انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية فى ٤ ديسمبر سـنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ ـ ١ ـ ٥١٨ ـ حكما آخر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٥ ـ ١ ـ ٢٦٤) .

ولا يجوز التوسع فى إعطاء الدائن حق اعتبار العقد مفسوخا ، دون تراض أو تقاض ، فان حق التقـدير يجب أن يوكل للقاضي من أول الأمر ، لا أن يعطى للدائن تحت رقابة القاضي . فما لم يوجد مبرر قوى لاعطاء الدائن هذا الحق أو لم يعطه له القانون صراحة (مثل ذلك المواد ٣٣٥/٤١٨/١٦٥٧) ، وجب اعتبار العقد قائما حتى ينطق القـاضي بالفسخ . وعلى هـذا لا يكفى تعمد المدين عدم تنفيذ التزامه ، مهما وضحت سوء نيته ، فى اعتبار العقد مفسوخا دون حكم ، مادام الدائن يستطيع انتظار الحكم دون أن يصيبه ضرر بليغ من وراء ذلك (انظر مع هذا بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٩٤ ص ٥٩٥) .

(١) وقـد يقع التراضي فى ثنايا اجراءات التقاضي ، بأن يرفع أحد المتعاقدين دعوى الفسخ فيعلنه المتعاقد الآخر بقبوله الفسخ قبل صدور حكم فى الدعوى ، فيتم الفسخ هنا بالتراضي لا بالتقاضي (انظر اسـتئناف مختلط فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣) .

(٢) ويحل الاتفاق فى هذه الحالة محل الحكم ، وله أثره ، مالم يكن هناك تواطؤ بين المتعاقدين للاضرار بحقوق الغير (انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٦ ـ محكمة النقض الفرنسية فى ١٠ مارس سـنة ١٨٣٦ سيريه ٣٦ ـ ١ ـ ١٦٩ ـ أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ هامش نمرة ٨٩ ـ ديمولومب ٢٥ فقرة ٥١٨ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٤٠) .

نادر فى هذه المرحلة، والغالب أن يلجأ المتعاقدان الى التقاضى . وانما يقع الفسخ بالتراضى فى العمل اذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على ذلك مقدّما، أى وقت صدور العقد .

* **٦٥٢ - الاتفاق على أنه يكون العقد مفسوخا** — فكثيرا ما يتفق المتعاقدان فى العقد ذاته على أنه اذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته، أو بتنفيذ التزام معين بالذات، يكون العقد مفسوخا . وحكم هذا الشرط يتوقف على نية المتعاقدين ، فقد يكونان أرادا به أن يقع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المتعاقد بالتزامه، ويكون الفسخ قد وقع بتراضى المتعاقدين مقدّما على ذلك[1] . إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو . والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا بألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى ذلك فلا يغنى الشرط عن الالتجاء الى القضاء

---

(١) انظر استئناف مختلط فى ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٠ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٦ — دى هلتس ١ لفظ شرط (condition) فقرة ٣٧ — ولكن حتى فى هذا الفرض يكون من الواجب اعذار المدين ، حتى يثبت الدائن إخلاله بالتزامه، وذلك تطبيقا للقواعد العامة . يؤيد ذلك ما قضت به المادتان ٣٣٤/٤١٦ من أنه اذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن، فليس للحكمة فى هذه الحالة أن تعطى ميعادا للمشترى ، بل ينفسخ البيع اذا لم يدفع المشترى الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيها رسميا، إلا اذا اشترط فى العقد أن البيع يكون مفسوخا بدون احتياج الى التنبيه الرسمى (انظر أيضا المادة ١٦٥٦ من القانون المدنى الفرنسى) .

فالأعذار يكون إذن واجبا إلا فى حالتين : (١) اذا اتفق المتعاقدان على عدم وجوب الأعذار كما يستخلص من النص السابق . (٢) إذا نص القانون على عدم وجوب الأعذار، مثل ذلك ما تقضى به المادتان ٣٣٥ و ٤١٨ من أنه فى بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع، يكون البيع مفسوخا حتما اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد، بدون احتياج للتنبيه الرسمى .

والقضاء المصرى مضطرد فى هذا المعنى . من ذلك ما قضت به محكمة اسكندرية الأهلية الكلية من أنه اذا اشترط فى العقد استحقاق الدين كله عند تأخر المدين فى دفع قسط من الأقساط المتفق عليها فى ميعاده، فلا ينفذ هذا الشرط إلا بعد تكليف المدين بالدفع تكليفا رسميا، ما لم ينص فى العقد على خلاف ذلك (١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩) — وما قضت به محكمة مصر الأهلية الكلية من أنه اذا اتفق فى مشارطة على أن تحل الأقساط عند تأخير المدين فى أحدها ، فلا تكون الأقساط المستقبلة مستحقة السداد فورا، إلا اذا أنذر الدائن المدين بالوفاء فى الميعاد، أما مجرد حلول الميعاد فلا يقوم مقام التكليف الرسمى للدين (٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨) . وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن اشتراط فسخ العقد من تلقاء نفسه لا يعفى الدائن من الأعذار، إلا اذا اشترط الاعفاء من الأعذار أيضا (٢٧ يناير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٩٣١ رقم ٢٦٥) انظر أيضا استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٣٣ - وقارن استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٥٩ - وانظر ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ .

للحصول على حكم بالفسخ، بل هو لا يسلب القاضى سلطته التقديرية، فقـد لا يحكم بالفسخ و يعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزامه اذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك(١) .

لذلك قل أن يلجأ المتعاقدان الى الشرط الصريح على هذا النحو البسيط، فانه لا يقدّمهما شيئا . بل هما يضيفان فى أكثر الأحيان الى الشرط ما يزيده قوة، و يتدرّجان فى ذلك .

* ٦٥٣ — **الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه** — فيتفقان مثلا على أن عدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه يجعل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه (de plein droit) و يفسر الفقهاء مثل هذا الشرط فى أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضى سلطته التقديرية، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين، ولا يملك إلا النطق بالفسخ(٢) . ولكن الشرط لا يغنى عن رفع دعوى الفسخ، بل ولا عن أعذار المدين فى الأحوال التى يكون فيها هذا الأعذار مفيدا(٣) .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا لم يكن مشروطا فى العقد أنه ينفسخ بمجرّد تأخر أحد المتعاقدين فى تنفيذ ما اشترط على نفسه بغير حاجة الى الحكم بذلك، فللمحكمة حق النظر فيما اذا كانت ظروف الدعوى تقتضى الحكم بالفسخ أو عدمه مع إعطاء المدين ميعادا للتنفيذ (٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٨٣) . وقضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه اذا اشترط فى عقد بيع تأجيل الثمن بحيث اذا تأخر المشترى عن الدفع فى الميعاد يكون العقد لاغيا فضلا عن أنه لا يكون للمشترى الحق فى أخذ ما دفعه من العربون، كان هذا الشرط بمثابة تطبيق للقاعدة العامة التى تقضى بفسخ العقود اذا لم يحصل الوفاء، وكل ما يترتب على هذا الشرط أن المحكمة لا تستطيع منح أجل جديد للمشترى، ومجرّد حلول الميعاد لا يكون كافيا لطلب الفسخ، بل يجب التنبيه على المشترى تنبيها رسميا بالوفاء، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك (١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ عدد ١٢٦ / ١) . أنظر أيضا فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠م ١٢ ص ٢٦٢ .

وانظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ هامش نمرة ٣٢ — بودرى و بارد ٢ فقرة ٩٥٤ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٤٣٦ ص ٦٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة أبى تيج الجزئية بأنه اذا اشترط صراحة فى العقد أن الاجارة تنفسخ حتما بدون حاجة الى تنبيه رسمى فيتحتم على القاضى الحكم بفسخ العقد (٦ سبتمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ عدد ١٣٣) .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ هامش نمرة ٨٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٥٧ — فاذا حدّد ميعاد لتنفيذ التزام المدين، واتفق على أنه اذا لم يقم المدين بالالتزام فى هذا الميعاد كان العقد مفسوخا من تلقاء نفسه (أو حتما من تلقاء نفسه)، فمجرّد حلول الميعاد لا يعفى الدائن من أعذار المدين (استئناف مصر الأهلية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ عدد ١٢٦/١ وقد سبقت الاشارة اليه — استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٩١ / ١م ٣ ص ١٦٥ — ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١)، وحد الأعذار يكون على الدائن أن يرفع دعوى الفسخ، فاذا ما رفعت الدعوى وجب على القاضى حتما أن ينطق بالفسخ، ولا يقبل من المدين أن يقوم بالتزامه بعد الأعذار (انظر م ١٦٥٦ من القانون المدنى الفرنسى — محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ٢٧٢) . وهناك رأى يذهب الى أن مجرّد حلول الميعاد =

* ٦٥٤ — **الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى انذار ولا الى حكم** — وقد يشتد المتعاقدان فى الاحتياط، فيشترطان أن العقد ينفسخ حتما من تلقاء نفسه دون حاجة الى إنذار ولا الى حكم. وفى مثل هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به، وذلك دون حاجة الى إعذار المدين[1]، ولا الى رفع دعوى بالفسخ[2]. ولكن يلاحظ أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه، وإلا كان تحت رحمة المدين، اذا شاء هذا جعل العقد مفسوخا بامتناعه عن تنفيذ التزامه. ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخا إلا اذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ اذا كان الدائن لم يتمسك به[3]. على أن اعتبار الدائن العقد

= يقوم مقام الانذار، فلا يقبل من المدين أن يقوم بالتزامه بعد فوات الميعاد، ولا حاجة لانذاره، وانما يجب رفع دعوى الفسخ، ولكن القاضى ينطق حتما به (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٣٦ ص ٦٠٤ — ص ٦٠٥).

(١) استئناف مختلط فى ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص ٢٦٠ — ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ بوريللى م ١٧٧ — ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٦ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ ص ٢٠ رقم ١٧ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨١ — دى هلتس ١ لفسخ شرط (condition) فقرة ٣٧.

(٢) وقد قضت محكمة مصر الأهلية الكلية بأن الحالة الوحيدة التى يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضى الأمور المستعجلة باخلاء المستأجر عند تأخره فى أداء الأجرة هى التى ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك، فبهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر فى سداد الأجرة (انظر المحاماة ١٣ ص ٥٨٧ رقم ٣٠٠).

(٣) وقد قضت محكمة مصر الأهلية الكلية بأن الاتفاق فى عقد الايجار على أن يفسخه تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ليس تعليقا للعقد على شرط فاسخ بكل معناه، فان النتيجة اللازمة لهذا التعليق هى أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر فى سداد الأجرة، بغير خيار للدائن، وقد يرغب الاستمرار فى تنفيذ العقد عينا رغم التأخر فى السداد، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعا لمطل المستأجر ورغبته. انما هو اتفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانه قبل المستأجر، فالفسخ هو حق له يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه، وبذلك لا يقع الفسخ إلا اذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك، إلا اذا اتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح فى العقد. وهذه الفكرة هى رجوع عن قاعدة الفسخ القضائى، وهى قاعدة القانون الفرنسى العامة، الى قاعدة التشريع الألمانى الذى يعلق فسخ العقد، لا على قضاء القاضى، بل على خيار الدائن واعلان هذا الخيار للمدين. وقد أورد المشرعان المصرى والفرنسى (م ٣٣٤ و ١٦٥٦) تطبيقا لهذه القاعدة فى حالة الاتفاق على فسخ البيع عند تأخر المشترى فى أداء الثمن (٣٠ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٢١٦ رقم ٩٥ — انظر أيضا أسيوط الكلية ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٦٦٩ رقم ٤٢٠). انظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٢٠٩ رقم ٢٤١ — وانظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ هامش ٨٨ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٤٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٣٦ ص ٦٠٥ =

مفسوخا طبقا لهذا الشرط يكون خاضعا لرقابة القاضى ، فاذا ادعى المدين أنه قام بالتزامه أو أن العقد لم ينفسخ كان له أن يرفع الأمر الى القضاء ، و يقتصر القاضى على التحقق من انطباق الشرط فيقرر أن العقد قد انفسخ (دون أن ينطق هو بالفسخ)، أو من أن الشرط لم ينطبق فيبقى العقد قائمـا[1] .

المبحث الثالث — ما يترتب على الفسخ من الأثر

* ٦٥٥ — **انحلال العقد بأثر رجعى** — اذا نطق القاضى بفسخ العقد،أو تراضى المتعاقدان على الفسخ سواء كان ذلك بموجب شرط موضوع فى العقد أو بموجب اتفاق تم بعد ذلك، فان العقـد ينحل ، لا من وقت الفسخ فحسب ، بل من وقت نشوء العقـد، أى أن الفسخ له أثر رجعى،فيعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن،و يسقط أثره حتى فى المـاضى، لا فيما بين المتعاقدين فحسب، بل بالنسبة للغير أيضا .

فنحن نتكلم اذن فى أثر الفسخ :

(أولا) فيما بين المتعاقدين : (ثانيـا) بالنسبة للغير .

= وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه اذا نص فى عقد بيع أنه اذا تأخر المشترى عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغيا بدون احتياج الى انذار أو حكم قضائى، و يصبح المبلغ المدفوع حقا مكتسبا للبائع لا يرد بحال من الأحوال، كان للمشترى الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغيا مثل ما للبائع ســواء بسواء (٢٧ نوفبر سنة ١٩٢٧ محاماة ٤ ص ٣٢٩ رقم ٢٧٠) . ولكن يلاحظ أن المشـترى قد دفع عربونا للبائع ، وقد فسرت المحكمة ذلك بأن المشـترى يحق له الرجوع عن البيع وانما يكون العربون فى هـذه الحالة حقا مكتسبا للبائع . وهذا تفسـير صحيح يصح للمحكمة أن تستخلصه من وقائع الدعوى .

(١) محكمة النقض الفرنسـية فى ١١ يونيه سـنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ — ٢ — ٤٧٧ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٣٦ ص ٦٠٥ . وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق رقابتها على تقـدير الدائن فى قضية اشترط فيها الدائن أنه اذا امتنع المصرف من صرف " الشيك " المحوّل اليه كان العقـد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه دون انذار، فامتنع المصرف من صرف " الشيك " لبعض اجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود فى المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة " الشـيك " أو أن يعطيه "شيك" آخر ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخا . وقد قضت المحكمة بأن الدائن متعنت فى تقديره ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائما (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) . وفى قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد، فقضت المحكمة بأن هـذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذى كان موجودا فى العقد الأول، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط فى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) .

§ ١ — أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين
نظرية تحمل التبعة (risque) فى المسئولية التعاقدية

(١) زوال كل أثر للعقد :

* ٦٥٦ — **ارجاع كل شيء الى أصله** — اذا فسخ العقد سقط أثره فيما بين المتعاقدين، واعتبر كأن لم يكن، ووجبت اعادة كل شيء الى ما كان عليه قبل العقد[1]. وجاز الحكم بتعويض على من ثبت فى جانبه خطأ كما قدّمنا.

فاذا كان العقد بيعا مثلا، وفسخ، أرجع المشترى العين المبيعة الى البائع وأرجع البائع الثمن، ويرجع الشيء المبيع بثمراته[2]، والثمن بفوائده القانونية من وقت المطالبة القضائية طبقا

---

(١) ولما كانت دعوى الفسخ ترمى الى رد الشيء الى صاحبه، اختلفت الآراء فيما كما اختلفت فى دعوى البطلان، هل تكون دعوى عينية أو دعوى شخصية أو دعوى مختلطة. ولا حاجة الى أن نعيد ما قررناه فى دعوى البطلان (انظر آنفا فقرة ٦١١ فى الحاشية). ونكتفى بأن نقرر هنا أن دعوى الفسخ كدعوى البطلان دعوى شخصية، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد. فاذا اقترنت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضا، لأن الطلب يكون مبنيا على التزام شخصى هو رد ما استلمه المدين دون حق. على أن دعوى الفسخ، كدعوى البطلان، يجب تسجيلها حتى تكون حجة على الغير (م ٧ من قانون التسجيل).

هذا ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن فى مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية، ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائنى المدين، فهو ممتاز من هذه الناحية، بعكس ما اذا اقتصر على طلب تنفيذ العقد، فانه يصبح فى ذلك كبقية الدائنين يشتركون معه شركة غرماء. فدعوى الفسخ وحق الامتياز والمقاصة وحق الحبس، كل هذه تخدم غرضا عمليا واحدا (انظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ٢ ص ٣٤٧).

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه اذا قضت المحكمة بفسخ عقد بدل لعدم حصول الوفاء من أحد المتبادلين بمقابل البدل، وجب على الطرف المحكوم عليه بالفسخ رد ما يقابل المنفعة التى حصلت له بسبب التعهد، سواء أكان انتفاعه بحسن نية أم بسوء نية، ولا يقبل منه أن يتمسك بأنه واضع يده بحسن نية فلا يسأل عن الريع إلا من تاريخ رفع دعوى الفسخ، إذ أن وضع اليد المصحوب بحسن نية الذى لا يوجب رد المنفعة التى نشأت من وضع اليد محله ألا يكون وضع اليد مترتبا على تنفيذ تعهد بين صاحب الملك وبين واضع اليد عليه (٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ ص ١٠٤٨ رقم ٥٣١).

ولكن من الصعب اذا سلمنا بهذا المبدأ، وقد قررنا عكسه فى البطلان، أن نجعل المشترى يرد ثمرات الشيء من وقت البيع ولا يسترد الفوائد القانونية إلا من وقت المطالبة القضائية. لاسيما وقد قضت محكمة النقض الأهلية بأن لقاضى الموضوع — متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ووجب على المشترى رد الثمن مع التضمينات — أن يقدّر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن. أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوّض بها على المشترى ما خسره وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق وليس على القاضى اذا أجرى الفوائد =

للقواعد العامة[١] . وللمشترى أن يحبس العين حتى يسترد الثمن[٢] .

واذا هلك الشيء قضاء وقـدرا فى يد المشترى ، فهو أمانة عنـده ، ويهلك على المـالك أى على البائع[٣] .

واذا بنى المشترى أو غرس فى العين المبيعـة تطبق القواعد العامة (م ٦٥/٩١)، ويعتبر المشترى حسن النية أو سيئها تبعا لمـا اذا كان الفسخ حكم له به أو عليه[٤] .

واذا كان العقد مستمرا (successif) كالايجار، وفسخ، فالمنفعة التى استوفاها المستأجر قبل الفسخ يجب أن يعوّض عنها،وقد يقدّر التعويض بمقدار الأجرة،ولكنه لا يكون أجرة، فلا يكون دينا ممتازا، ولا يجوز توقيع الحجز التحفظى من أجله كما تقدّمت الاشارة الى ذلك[٥].

= التعويضية على المشترى أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار اليها فى المـادة ١٢٤ من القانون المدنى (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٤) .

(١) واسترداد كل متعاقد لما أعطاه انما يكون تطبيقا لقاعدة استرداد ما دفع دون حق ، كما فى البطلان . ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله (استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٤) .

(٢) وقد قضت محكمة الزقازيق الكلية بحق المشترى الذى يحكم بفسخ عقد شرائه فى طلب حبس العين حتى يقبض ما دفعه من ثمنها ، ولو لم ينص على ذلك فى القانون ، وذلك أولا من طريق التسـوية بين المشترى والبائع الذى أعطاه القانون هذا الحق بنص المـادة ٢٧٩ مدنى ، وثانيا لأن القانون أجاز ذلك للمشترى فى حالة فسخ بيع الوفاء ، فالاعتراف له به فى حالة البيع البات يكون من باب أولى (٦ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ عدد ٨٩) .

هذا وقد طبق المشرع المصرى المبادئ المتقدّمة فى عقد البيع ، فنص فى المـادتين ٣٠٦ / ٣٨٠ على أنه اذا نزعت ملكية المبيع من المشترى وجب رد الثمن اليه بتمامه ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان . ونص فى المـادتين ٣٠٧/٣٨١ على أنه اذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه فتحتسب تلك الزيادة من ضمن التضمينات (انظر كذلك المـادتين ٣١٤/٣٨٨ فى العيب الخفى فى الشىء المبيع) .

(٣) قارن ما قدّمناه فى البطلان عند هلاك الشىء (انظر آنفا فقرة ٦١١ فى الحاشية) .

(٤) انظر فى هـذا المعنى استئناف مختلط فى ٥ ديسمبر سـنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ جازيت ١٤ ص ١١٢ رقم ١٩٨ — حكما آخر فى ١٨ ديسمبر سـنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٣٨ رقم ٢١٨ — حلمى عيسى باشا فى البيع فقرة ١٦٤٨ — نجيب الهلالى بك فى البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١ .

(٥) انظر آنفا فقرة ٦١١ — وانظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٣٣ ص ٦٠١ — ص ٦٠٢ ، وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه من المبادئ المقررة فى مواد الايجار أن فسخ عقد الايجار يترتب عليه الغاؤه واعادة الحالة الى ما كانت عليه قبلا ، وتسرى نتائج الفسخ من وقت حصوله على المدّة اللاحقة عليه ، فلا يلزم المستأجر بدفع الأجرة عن هـذه المدّة ، بحيث اذا دفعت مبالغ مقدّما من الايجار فيجب على المؤجر أن يردّها ، أما بالنسبة للمدّة السابقة على فسخ عقد الايجار ، فان الأجرة لا تكون مستحقة للمؤجر إلا باعتبار أنه انتفع بالعين المؤجرة ، ولا يلزم المستأجر بشىء منها إلا بمقدار انتفاعه بالعين (٢٩ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ١٣١ رقم ٩٨) .

وما يسرى على المتعاقدين من أثر للفسخ يسرى أيضا على الورثة والدائنين باعتبارهم خلفا عاما .

وليس فى كل ماقررناه إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد تحرينا أن نطبق هذه القواعد هنا كما طبقناها فى البطلان .

(ب) مبدأ تحمل التبعة (risque) فى العقد :

* ٦٥٧ — **وضع المسألة** — قبل أن نترك أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين نعرض لمسألة هامة ، هى تحديد من يتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى ، ولهذه المسألة علاقة وثيقة بنظرية الفسخ ، كما سيتبين ذلك مما يلى .

قررنا أنه اذا فسخ العقد أرجع كل شىء الى أصله ، وتحلل كل متعاقد مما رتبه العقد فى ذمته من التزام . فاذا فرض أن أحد المتعاقدين استحال عليه تنفيذ التزامه بقوة قاهرة (وما دمنا بصدد تحمل التبعة فالمفروض دائما أن استحالة تنفيذ الالتزام راجعة الى القوة القاهرة[1])، فان هذا المتعاقد يتحلل من التزامه بعد أن صار الوفاء به غير ممكن (م ١٧٧/٢٤٠) . ويبقى أن نعرف مصير الالتزام المقابل له . اذا بقى المتعاقد الآخر مسئولا عن تنفيذ هذا الالتزام فهو الذى يتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام الأول ، أما اذا تحلل من التزامه فان المدين هو الذى يتحمل تبعة استحالة تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام . واذا قلنا "المدين" هنا فانما نقصد المدين فى الالتزام الذى أصبح تنفيذه مستحيلا . فالمسألة اذن هى : من يتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى ، المدين أم الدائن ؟

٦٥٨ — **تحمل التبعة فى العقود الملزمة لجانب واحد** — فاذا كان العقد ملزما لجانب واحد ، كالوديعة ، وقد استحال تنفيذ التزام حافظ الوديعة من رد الشىء الى المودع (بأن هلك الشىء قضاء وقدرا)، فان الذى يتحمل التبعة هو الدائن أى المودع . والسبب

---

(١) على أنه يمكن أيضا أن نتصور تحمل تبعة أعسار المدين ، كما تصورنا تبعة هلاك الشىء بقوة قاهرة . فانه إذا كان أحد المتعاقدين لا يستطيع القيام بالتزامه لأعساره (لا لهلاك الشىء أو لاستحالة تنفيذ الالتزام) ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد حتى يتحلل من التزامه ، فيتحمل المدين تبعة أعساره ، ويتخلص الدائن من تحمل هذه التبعة بفضل الفسخ . والمفروض فى هذا أن الدائن لم يوف بالتزامه ، أما اذا كان قد وفى به ، ثم فسخ العقد وأراد الرجوع بما وفاه على المدين ، فانه يجده معسرا ولا يستطيع الرجوع بشىء ، ويكون هو الذى تحمل تبعة الأعسار لا المدين .

فى ذلك واضح، فان المودع ليس فى ذمته التزام يتحلل منه فى مقابل التزام حافظ الوديعة الذى استحال تنفيـذه ، فهو اذن الذى يخسر فى آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين، ويتحمل تبعة هذه الاستحالة[1] .

* ٦٥٩ — **تحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين** — أما اذا كان العقـد ملزما للجانبين ، واستحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه ، فقد كان الدائن هو الذى يتحمل التبعة كما فى العقـد الملزم لجانب واحد لو لم تكن هناك نظرية الفسخ فى العقـود الملزمة للجانبين . إذ لو فرضنا أن العقد لا يفسخ لأمكن المدين الذى استحال تنفيـذ التزامه أن يطالب بالرغم من ذلك المتعاقد الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من التزام، فيقوم هذا بالتنفيذ و يتحمل تبعة استحالة تنفيذ التزام المدين كما فى العقود الملزمة لجانب واحد .

ولكن الأمر مختلف فى العقود الملزمة للجانبين . فقد قدّمنا أن هذه العقود قابلة للفسخ اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيـذ التزامه ، ولو كان هذا يرجع لقوة قاهرة . فبفضل نظرية الفسخ هذه تنتقل التبعة من الدائن الى المدين فى العقود الملزمة للجانبين . وسبب ذلك واضح، فانه اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه، أمكن الدائن ، بدلا من تحمل تبعة هذه الاستحالة ، أن يطلب فسخ العقد، فيتحلل من التزامه، ويتحمل المدين التبعة بدلا من الدائن[2] .

---

(١) فالدائن اذن هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة لجانب واحد . وكذلك هو الذى يتحملها فى بعض عقود اعتبرناها ملزمة للجانبين ، كالعاريتين ورهن الحيازة . فانه اذا هلك الشىء المعار أو الشىء المرهون قضاء وقدرا لا يجدى الدائن (المعير أو الراهن) أن يلجأ الى الفسخ ، فهو اذا لجأ اليه وتحلل من التزامه بعدم المطالبة بالرد قبل الميعاد المحدّد ، وأراد اسـترداد الشىء فى الحال وجده هالكا . فهو الذى يتحمل التبعة فى النهاية لا المدين . (وغنى عن البيان أنه اذا اعتبرنا هذه العقود ملزمة لجانب واحد ، كما هى معتبرة بوجه عام ، لمـا شذت عن القاعدة التى تقضى بأن الدائن هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة لجانب واحد) .

على أنه من الممكن أن نتصوّر فروضا يتحمل فيها المدين التبعة حتى فى هذه العقود : ففى عقد القرض اذا عجز المدين عن أداء الفوائد لقوة قاهرة ، كان للدائن استرداد القرض قبل الميعاد ، و يكون المدين هو الذى تحمل التبعة . كذلك فى عقدى عارية الاستعمال و رهن الحيازة ، اذا عجز المدين عن المحافظة على العين لقوة قاهرة ، كان للدائن استردادها ، وتحمل المدين التبعة .

(٢) هذا وقد نصت المـادتان ١٧٩/٢٤٢ على أنه اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان الوفاء ، تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به ، بدون إخلال بمـا يلزم من التضمينات لمستحقها فى نظير ما استحصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق . وسنعود الى هذا النص فيما يلى .

فيمكن القول اذن بوجه عام أن الدائن هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة لجانب واحد، والمدين هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة للجانبين . على أن الأمر فيه تفصيل بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين . إذ أن هذه العقود طائفتان : عقود ناقلة للملكية (أو للحقوق العينية) وعقود غير ناقلة للملكية . وحكم كل طائفة يختلف عن حكم الأخرى بالنسبة لتحمل التبعة .

* ٦٦٠ — **العقود الناقلة للملكية** — فإذا كان العقد الملزم للجانبين ناقلا للملكية، وكان موضوعه شيئا معينا بالذات ، فان ملكية الشيء تنتقل بالعقد (أو بتسجيل العقد طبقا لقانون التسجيل الحديث) . فاذا هلك الشيء قضاء وقدرا بعد انتقال الملكية وقبل التسليم ، فان القواعد العامة التى قدمناها تقضى بأن يتحمل المدين بالتسليم (البائع مثلا فى عقد البيع) تبعة هذا الهلاك ، لأن الدائن (المشترى مثلا) يطلب فسخ العقد ، فيتحلل من التزامه بدفع المقابل . وهذا ما قضى به القانون المصرى فى عقد البيع . فقد نصت المادتان ٣٧١/٢٩٧ على أنه اذا هلك المبيع قبل التسليم ، ولو بدون تقصير البائع أو إهماله ، وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان قد دفع[(١)] .

أما القانون الفرنسى فيقضى بأن ملكية الشيء وتبعة هلاكه تنتقل بالعقد (م ١١٣٨ من القانون المدنى الفرنسى) . فمتى تم العقد الناقل الملكية، انتقلت الملكية الى المتعاقد الآخر، وتحمل هذا تبعة هلاك الشيء باعتباره مالكا . فالهلاك إذن على المالك (أى على الدائن بالتسليم) لا على المدين (Res perit domino) . وقد طبق القانون الفرنسى هذا المبدأ فى عقدى البيع (م ١٦٢٤ مدنى فرنسى) والمقايضة (م ١٧٠٧ مدنى فرنسى[(٢)]) .

---

(١) وفى بيع العقار بعد قانون التسجيل الحديث لا تزال تبعة الهلاك على المدين ، فاذا سجل البيع ولكن العقار هلك قبل أن يسلمه البائع الى المشترى ، فالهلاك على البائع رغما من أن الملكية قد انتقلت الى المشترى بالتسجيل . واذا سلم البائع العقار الى المشترى وهلك العقار حتى قبل تسجيل البيع ، فالهلاك على المشترى رغما من أن الملكية لم تنتقل اليه (إلا اذا قبل أن المشترى فى هذه الحالة يستطيع طلب فسخ البيع لعدم امكان البائع نقل ملكية الشيء اليه بعد هلاكه ، فاذا فسخ البيع تحمل البائع تبعة الهلاك) .

(٢) انظر فى تبرير قاعدة القانون الفرنسى على أساس أن المدين قد قام بأهم التزاماته ، وهو نقل الملكية ، فلا يستطيع الدائن فسخ العقد الى جوسران ٢ فقرة ٣٧١ — فقرة ٣٧٢ . والى تبرير آخر، على أساس أن المدين ، بعد أن انتقلت منه الملكية ، لم يعد واضعا يده على الشيء إلا باعتبار أنه أمين ، فاذا هلك الشيء هلك على الدائن كما فى الوديعة ، الى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤١٤ ص ٥٨٣

والظاهر أن المشرع المصرى خالف المشرع الفرنسى فى العقود الناقلة للملكية ، فأخضعها للقاعدة العامة ، وجعل التبعة فيها على المدين (انظر فى هذا المعنى والتون ٢ ص ٤٩٦ — ص ٤٩٧) . على أن هناك محلا للشك فى ذلك . =

على أن المشرع الفرنسى قد عدل عن جعل "الهلاك على المالك"، وجعل المدين هو الذى يتحمل هذه التبعة طبقا للقواعد العامة، اذا كان فى العقد شرط موقف . فنص فى المادة ١١٨٢ (فقرة أولى) على أنه اذا عقد الالتزام تحت شرط موقف ، فان الشىء موضوع العقد يتحمل تبعته المدين الذى لم يلتزم بتسليمه إلا عند تحقق الشرط . وقد كان مقتضى الأثر الرجعى لتحقق الشرط أن يعتبر الشىء مملوكا للدائن من وقت صدور العقد، فيتحمل هو لا المدين تبعة هلاكه[1] . أما المشرع المصرى فقد نقل هذا الحكم عن القانون

= فان القانون المصرى لم يجعل الهلاك على المدين فى كل العقود الناقلة للملكية . فهو اذا كان قد تضمن نصا صريحا بهذا المعنى فى حالة واحدة (هى حالة بيع الشىء المعين)، فانه قد تضمن نصين صريحين فى حالتين أخريين، يقضيان بعكس هذا الحكم ، ويجعلان الهلاك على الدائن : الحالة الأولى بيع المقدّرات، فقد قضى ضمنا بأن ضمان المبيع ينتقل الى المشترى بعد التقدير ولو قبل التسليم (م ٢٤١/٣٠٧) . والحالة الثانية عقد الشركة . فقد قضى بأن حصة الشريك تنتقل تبعتها الى الشركة بمجرد العقد (م ٤٢٤/٥١٦) واذا كانت الحصة عقارا فالتبعة كالملكية تنتقل بتسجيل العقد بعد قانون التسجيل الحديث . (ومن الغريب أن نرى المشرع المصرى يتمشى مع منطق القانون الفرنسى فى عقد الشركة ، فيجعل الهلاك فيها على الدائن ، بينما نرى المشرع الفرنسى يحيد عن منطقه هذا فى عقد الشركة نفسه ويجعل الهلاك فيها على المدين : انظر م ١٨٦٧ فقرة أولى من القانون المدنى الفرنسى) .

فاذا أمكن أن يقال أن المشرع المصرى أراد مخالفة المشرع الفرنسى ، بجعل الهلاك على المدين فى العقد الناقل للملكية ، استنادا الى تطبيق أورده المشرع المصرى فى بيع الشىء المعين ، أفلا يمكن القول ، استنادا الى تطبيقين آخرين جعل الهلاك فيهما على الدائن ، أنه أراد مماشاة القانون الفرنسى من جعل الهلاك على الدائن ، وطبق الحكم على عقد الشركة فصحح بذلك الخطأ الذى وقع فيه المشرع الفرنسى . أما جعله الهلاك على المدين فى بيع الشىء المعين ، فقد كان استثناء سببه الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية ، وهى تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم ، فتمشى المشرع المصرى مع الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة كما تمشى معها فى مسائل أخرى كثيرة فى البيع ؟ .

ومما يؤيد هذا الرأى الأخير ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادتين ٢٦٦/٣٣٦ من أنه ينشأ عن البيع أيضا على حسب الأحوال أن يكون المبيع فى ضمان المشترى . وتظهر الأهمية العملية من هذا الخلاف فى الأحوال التى لم يرد فيها نص صريح يحدد من يتحمل تبعة الهلاك فى عقد ملزم للجانبين وناقل للملكية (أى أحوال غير البيع ، وغير المقايضة التى يتبع فيها أحكام البيع بمقتضى المادة ٣٦٠ ، وغير الشركة) ، فاذا قلنا بالرأى الأول كان الهلاك على المدين ، واذا قلنا بالرأى الثانى كان الهلاك على الدائن .

(انظر فى هذا الموضوع والتون ٢ ص ٤٩٦ — ص ٤٩٧ — جرانمولان فى العقود فقرة ٥٨ — دى هلتس لفظ (Risque) فقرة ١٢ ولفظ (Vente) فقرة ١١٧ — هالتون ٢ ص ٢٦ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٢١٤ — فقرة ٢١٨ — فتحى زغلول باشا ص ٢١٧ — حلمى عيسى باشا فى البيع فقرة ١١٩٤) .

(١) كولان وكابيتان ٢ ص ٣٤٣ أما اذا كان الشرط فاسخا ، وهلك الشىء قبل تحقق الشرط ، فيهلك على المشترى لا على البائع (انظر كولان وكابيتان ٢ ص ٣٤٣) .

الفرنسى، (انظر ١٠٦/١٦٠) ولكنه حكم يتمشى مع منطق القانون المصرى الذى يجعل الهلاك على المدين حتى لو لم يكن فى العقد شرط موقف[1] .

* ٦٦١ — العقود غير الناقلة للملكية — أما فى العقود الأخرى الملزمة للجانبين، وهى غير الناقلة للملكية، فان المدين هو الذى يتحمل التبعة فيها طبقا للقواعد العامة التى قدّمناها، سواء فى ذلك القانون المصرى والقانون الفرنسى . وقد طبق القانونان هذه القاعدة فى موضوعات متفرّقة[2] .

ولما كان تحميل المدين التبعة يرجع الى فسخ العقد ، لزم تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالفسخ، ومنها أن العقد لاينفسخ من تلقاء نفسه ، بل لابد من حكم يصدر بالفسخ . على أننا نرى جواز أن يعتبر الدائن العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم يصدر بذلك ، اذ أن هذه حالة من الحالات التى لايملك فيها القاضى إلا النطق بالفسخ، وقد تقدّمت الاشارة الى

---

(١) وقد فرضنا فيما قدّمناه أن الشىء قد هلك هلاكا كليا . أما اذا كان الهلاك جزئيا، فلا تزال تبعته على المدين فى القانون المصرى، فيما يتعلق بالبيع على الأقل . فقد نصت المادتان ٢٩٨/٣٧٢ على أنه اذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه، بحيث لو كان ذلك العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء، كان المشترى مخيرا بين الفسخ وبين ابقاء البيع بالثمن المتفق عليه (والمشترى يختار الفسخ دون شك حتى يسترد الثمن، ويتحمل البائع أى المدين تبعة الهلاك الجزئى). ويلاحظ أن النص المختلط (م ٣٧٢) تحرم المشترى من الفسخ اذا كان قد رهن العين فلا يبقى أمامه إلا ابقاء العين بكل الثمن، فيتحمل تبعة الهلاك الجزئى فى هذه الحالة (انظر دى هلتس ٤ لفظ (risque) فقرة ١٨ — فقرة ١٩) .

أما القانون الفرنسى ، فاتباعا للقاعدة التى قررها فى المادة ١١٣٨، يجعل الهلاك على المالك (أى الدائن) حتى فى الهلاك الجزئى . ومع ذلك فقد نص فى المادة ١١٨٢ فقرة ثالثة، فى حالة ما اذا اقترن العقد بشرط موقف، وهلك الشىء هلاكا جزئيا قبل تحقق الشرط، على أن المشترى بالخيار بين الفسخ أو أخذ ما تبقى من الشىء بكل الثمن . فاذا فسخ المشترى تحمل البائع (أى المدين) تبعة الهلاك الجزئى (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤١٧ ص ٥٨٥) .

(٢) وقد أورد المشرع المصرى القاعدة العامة فى المادتين ١٧٩/٢٤٢، فنص فيهما على أنه اذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء، تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به، بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما استحصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق . ومعنى الفقرة الأخيرة من النص أنه اذا فرض أن الدائن قام بتنفيذ التزامه تنفيذا استفاد منه المدين، ثم استحال على هذا أن يقوم بتنفيذ التزامه، وفسخ الدائن العقد، فانه يسترد من المدين ما أعطاه، ويسترد أيضا تعويضا بالقدر الذى استفاد به المدين . وهذا التعويض يجعل المدين يتحمل كل التبعة فى استحالة تنفيذ التزامه (انظر فى هذا الموضوع دى هلتس ٣ لفظ (Résolution) فقرة ٧) .

أما تطبيقات القاعدة فكثيرة، منها المواد ٣٧٠/٤٥٤/١٧٢٢ فى عقد الايجار، والمواد ٤١٧/٥٠٩/١٧٨١ فى عقد الاستصناع .

هذه الأحوال[1] . ولكن الدائن كما قدمنا يتحمل مسئولية تقديره ، ولا يزال للقضاء حق الرقابة على هذا التقدير اذا رفع المدين الأمر اليه ، وادعى أن تنفيذ التزامه لايزال ممكنا وأن العقد لم ينفسخ، فيطلب من الدائن القيام بالتزامه[2] .

§ ٢ — أثر الفسخ بالنسبة للغير

* ٦٦٢ — تأثر من الغير بالفسخ — لا يقتصر أثر الفسخ على العلاقة فيما بين المتعاقدين والخلف العام، بل يجاوزهم الى الغير. فاذا كان العقد بيعا، وباع المشترى العين الى مشتر ثان أو رتب عليها حقا عينيا كحق ارتفاق أو حق انتفاع، ثم فسخ عقد البيع الأول، رجعت العين الى البائع خالية من هذه الحقوق . ذلك لأن المشترى بفسخ عقد البيع الأول، يعتبر غير مالك وقت أن رتب الحقوق العينية على العين، وذلك بفضل الأثر الرجعى للفسخ ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٥٠ فى الحاشية . وانظر كابيتان فى السبب فقرة ١٣٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩١٤ سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٩٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤١٣ ص ٥٨٠ . أما القضاء الفرنسى فالظاهر أنه يتطلب الحكم بالفسخ (انظر فى القضاء الفرنسى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤١٣ ص ٥٨٠) .

أما القانون الألمانى فيقضى أن العقد ينفسخ من نفسه ، وعنده أن تبعة الهلاك فى العقود الملزمة للجانبين ، سواء كانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة ، يتحملها المدين ، وفى هذا يختلف عن القانون الفرنسى فيما يتعلق بالعقود الناقلة للملكية (انظر فى هذا الموضوع سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٩٤ والترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدنى المدنى الألمانى فى التعليق على المادة ٣٢٣).

(٢) وقد فرضنا فيما قدمناه أن الاستحالة كلية . أما اذا استحال تنفيذ جزء من الالتزام وأمكن تنفيذ الباقى ، فالدائن بالخيار إما أن يطلب فسخ العقد (وللقاضى سلطة تقديرية فى هذا الطلب ، فهو يجيبه اليه اذا كان الالتزام لايحتمل التجزئة أو كان الجزء الذى لايمكن تنفيذه هو الجزء الجوهرى) ، أو أن يبقى العقد مع إنقاص التزامه بالقدر الذى أصبح التزام المدين غير قابل للتنفيذ . وفى كلتا الحالتين — الفسخ أو الانقاص — يتحمل المدين تبعة استحالة تنفيذ التزامه استحالة جزئية ، كما تحمل هذه التبعة فى الاستحالة الكلية .

وقد طبق المشرعان المصرى والفرنسى ، القاعدة المتقدمة فى عدة أحوال (انظر المواد ٣٧٠/٤٥٥/١٧٢٢ و٣٧١/٤٥٦/١٧٢٤ و ٣٧٤/٤٥٩/١٧٢٦ و٣٩٣/٤٨٠ و٤١١/٥٠٢ — ٥٠٣/١٧٩٥ — ١٧٩٦ الخ) .

ولما كان للقاضى سلطة تقديرية ، فله الحكم بفسخ العقد أو ببقائه مع إنقاص التزام المتعاقد الآخر ، ترتب على ذلك أن الفسخ لايتم إلا بحكم ، خلافا للاستحالة الكلية ، فقد قدمنا أن الدائن يستطيع اعتبار العقد مفسوخا على أن يتحمل مسئولية تقديره .

وكالاستحالة الجزئية التأخر فى تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة وما فى حكمها ، وللقاضى أن يقدر ما اذا كان هذا التأخر من شأنه أن يفوت غرض العقد فيحكم بالفسخ ، ويتحمل المدين التبعة (انظر محكمة النقض الفرنسية فى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت دى باليه ٢٥ يناير سنة ١٩٢٥) ، أو أنه اقتصر على إحداث بعض الضرر دون أن يفوت غرض =

والقاعدة أن الشخص لايستطيع أن يعطى أكثر مما يملك (Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet) وفاقد الشيء لايعطيه[1] .

ونلاحظ هنا ، كما لاحظنا فى البطلان ، أن المادة السابعة من قانون التسجيل الجديد تقضى بأنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدّم ضدّها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فيها ، فاذا كان المحرر الأصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى . وقد بينت المادة الثانية عشرة من القانون المذكور مايترتب على التأشير أو التسجيل وقد أشرنا الى ذلك عند الكلام فى البطلان ، وما قلناه هناك ينطبق هنا على الفسخ ، فلاحاجة الى التكرار[2] .

٦٦٣ — عدم تأثر الغير بالفسخ استثناء — على أن حق الغير قد يبقى ولا يتأثر بالفسخ ، وذلك فى أحوال معينة أهمها مايأتى .

(١) اذا كان الغير دائنا مرتهنا رهنا رسميا ، وكان حسن النية . وقد قضت المادة ١٧٦ من القانون المختلط بأن فسخ العقد الناقل لملكية عقار لايضر بحقوق الدائنين برهونات مسجلة[3]

= العقد ، فينقص من التزام المتعاقد الآخر على سبيل التعويض (انظر م ١٦١١ من القانون المدنى الفرنسى — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٨٧ وفقرة ١٩٤ — قارن بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٤١٨ ص ٥٨٦) وفى هذا أيضا يتحمل المدين تبعة التأخر .

(١) انظر تطبيقا خاصا تشريعيا لهذه القاعدة فى المادة ٢١٢٥ من القانون المدنى الفرنسى ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك عند الكلام فى البطلان (انظر آنفا فقرة ٦١٤ فى الحاشية) .

واذا كان الغير بنى أو غرس فى العين ، واستردت منه بعد ذلك على أثر فسخ العقد أو تقرير بطلانه ، فانه يعامل طبقا للقواعد العامة ، تبعا لما اذا كان حسن النية أو سيئها (انظر المادتين ٩١/٦٥) . ويلاحظ أن الغير قد يكون حسن النية بينما يكون من تعامل معه من طرفى العقد سيئ النية ، أو العكس .

وقد يعترض على تعدى الفسخ أو البطلان للغير ، وتأثير ذلك فى حقوقهم ، لأن الفسخ أو البطلان لا يتقرر فى أكثر الأحيان إلا بحكم ، والحكم يقتصر أثره على طرفى الدعوى ، وليس الغير ممثلا فى الدعوى حتى يتعدى اليه الحكم (انظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ٢ ص ٣٤٦ — ص ٣٤٧) . ولكن يلاحظ أن تعدى أثر الفسخ أو البطلان الى الغير ليس نتيجة للحكم بالفسخ أو بالبطلان ، وانما هو تطبيق للقاعدة القانونية التى تقضى بأن الشخص لا يستطيع أن يعطى أكثر مما يملك .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦١٤ .

(٣) ويشترط حسن نية الدائن المرتهن (استئناف مختلط ٢٤ ابريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٦ — ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٦ — استئناف أهلى فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ عدد ٢٩) .

(انظر أيضا الفقرة الأخيرة من المادة ٢٤٢ مختلط[1]) . وقد قدمنا عند الكلام فى البطلان أن القانون المختلط يحمى الدائن المرتهن حسن النية ، وقد ماشاه المشرع الأهلى بالقانون الذى سنه فى سنة ١٩٣٣[2] ، فأصبح القانونان الان متفقين على هذه الحماية ، فلا حاجة لتكرار ماقدمناه فى ذلك[3] .

(٢) اذا كان من طلب الفسخ ضامنا لحق الغير ، فان طلبه الفسخ والضمان المترتب فى ذمته لا يتفقان . مثل ذلك أن يرتب المشترى حقا عينيا على العين أو يبيعها ، ثم يطلب فسخ البيع الصادر له . أو يضمن البائع المشترى فى الحق العينى الذى يرتبه هذا الأخير على العين ، ثم يطلب البائع فسخ البيع الصادر منه . فى مثل هاتين الحالتين لايجاب طلب الفسخ لأنه يخل بالحق الذى ضمنه طالب الفسخ .

(٣) اذا كان الغير يستطيع أن يتمسك بالتقادم الطويل . مثل ذلك شخص يشترى عينا ويبيعها الى آخر ويبقى المشترى الثانى واضعا يده على العين خمس عشرة سنة ، وبعد ذلك

(١) انظر أيضا المادتين ٣١٤/٣٨٨ والمادة ٤١٣ مختلط والمادتين ٦٢٠/٧٤٧ .

أما فيما يتعلق بالمادة ٢٤٢ مختلط فقد نصت على أنه " اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان الوفاء ، تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به ، بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما استحصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق ، ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين حسنى النية " . ولامكان تطبيق الفقرة الأخيرة نفرض عقد مقايضة ، تعهد بمقتضاه أحد الطرفين باعطاء منزل فى مقابل أرض يعطيها الطرف الآخر . ثم احترق المنزل قبل التسليم ، ولكن الطرف الأول كان قد رهن الأرض بعد أن انتقلت اليه ملكيتها بتسجيل المقايضة ، فأراد الطرف الثانى فسخ المقايضة لاستحالة تنفيذ التزام الطرف الأول بعد أن احترق المنزل ، فاذا سلمنا له بالفسخ استرد الأرض مرهونة حتى لا يخل بحق الدائن المرتهن حسن النية (قارن دى هلتس ٣ لفظ الفسخ (Résolution) فقرة ٧ ، وهو يرى أن إيراد المشرع لهذا الحكم فى هذا الموضع خطأ — وانظر استئناف مختلط فى ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٦) .

أما المادتان ٦٢٠/٧٤٧ فتنصان على أنه لا يحتج بحق البائع فى فسخ البيع على من سجل بموافقة الأصول حقوقه العينية التى حازها من المشترى أو ممن انتقلت اليه حقوق المشترى قبل تسجيل عقد البيع . وقد تأثر هذا الحكم بقانون التسجيل الحديث ، إذ لا تنتقل الملكية الآن الى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع الأول ، فاذا لم يسجل هذا العقد يكون المشترى غير مالك ، وتكون الحقوق العينية التى رتبها على العقار غير نافذة فى حق البائع حتى لو كانت قد أشهرت ، فيستطيع البائع استرجاع العين خالية من هذه الحقوق .

(٢) انظر بنوع خاص المادة الخامسة من هذا القانون (رقم ٧٩ سنة ١٩٣٣) ، وهى تضيف الى القانون الأهلى المادة ١١٨ مكررة ونصها ما يأتى : " فسخ العقد المشتمل على انتقال ملك العقار لا يضر بحقوق الدائنين المرتهنين لذلك العقار اذا كانت رهوناتهم مسجلة "

(٣) انظر آنفا فقرة ٦١٥ .

يطلب البائع فسخ البيع الأول لسبب يبرر الفسخ ، ففى هـذه الحالة لا يؤثر الفسخ فى حق الغير وهو المشترى الثانى واضع اليد ، إذ يستطيع أن يتمسك بالتقادم .

(٤) اذا كان الغير قد كسب حقا بمقتضى عقد من عقود الادارة كالإيجار . مثل ذلك يؤجر المشترى العين ، ثم يفسخ البيع ، ففى هـذه الحالة يلتزم البائع عند استرداد العين المبيعة باحترام حق المستأجر اذا كانت مدة الإيجار لا تزيد على ثلاث سـنوات وكان المستأجر حسن النية ، وهذا قياسا على الإيجار الصادر من المشترى وفاء (م ٤٣١/٣٤٥) .

مقارنة بين الفسخ والبطلان النسبي

* **٦٦٤ — وجوه الشبه** — يتضح مما تقدم أن هناك شبها كبيرا بين الفسخ والبطلان النسبي ، فهما يشتركان فى كثير من الأحكام المتقدمة . والعقد القابل للفسخ كالعقد القابل للبطلان له وجود قانونى ، وينتج كل آثاره حتى يحكم بفسخه فتسقط كل آثاره بأثر رجعى ، ويتعدى ذلك الى الغير .

* **٦٦٥ — وجوه الخلاف** — أما الفروق بين الفسخ والبطلان النسبي فهى : (أولا) يرجع سبب الفسخ الى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويرجع سبب البطلان النسبي بوجه عام الى نقص فى الأهلية أو عيب فى الرضاء . (ثانيا) فسخ العقد موكول الى تقدير القاضى فى أكثر الأحوال كما تقدم ذكر ذلك . أما اذا توافر سبب البطلان النسبي فالقاضى ليست له سلطة تقديرية ، ولا يملك إلا النطق بالبطلان .

ويوجد فرق ثالث خاص بالقانون الفرنسى ، هو أن دعوى البطلان النسبي تسقط فى هذا القانون بعشر سـنوات ، بينما لا تسقط دعوى الفسخ إلا بثلاثين سنة . وهـذا الفرق غير موجود فى القانون المصرى ، فدعوى الفسخ فى هـذا القانون كدعوى البطلان تسقط بخمس عشرة سنة ، ولكن من وقت ثبوت الحق فى الفسخ ، أى من وقت عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه ، بينما يبدأ سريان المدة فى دعوى البطلان من وقت صدور العقد كما قدمنا (١) .

---

(١) وهناك فرق نظرى بين العقد القابل للبطلان والعقد القابل للفسخ . فالأول عقد معيب منذ نشأته ، يولد وفيه جرثومة الفناء . أما الثانى فعقد غير معيب ، يولد صحيحا ، ويلحقه الفسخ بعد ذلك .

هذا الى أنه توجد أحوال فى الفسخ يتفق فيها الطرفان مقدما على أن يتم الفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ، فيقع الفسخ بالتراضى مقدما على وقوعه . أما البطلان فلا يتقرر بالتراضى مقدما عند صدور العقد ، بل يقع التراضى على البطلان بعد صدور العقد . وقد تقدم بيان ذلك .

الفـــرع الثـــانى

الدفع بعدم تنفيذ العقد*

Exceptio non adimpleti contractus

٦٦٦ — **تطور هذا المبدأ** — اذا كان للدائن أن يطلب فسـخ العقد عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، فمن المعقول أن هذا الدائن، وله أن يتحلل من التزامه بفسخ العقد، يجوز له أيضا أن يقتصر على إيقاف تنفيذ التزامه حتى ينفذ المدين ما ترتب فى ذمته من التزام. والفكرة التى بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هى نفس الفكرة التى بنى عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى[1]، ونظرية السبب التى تقضى بأن سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر[2].

ولم يكن المبدأ معروفا فى القانون الرومانى على النحو الذى عرف به فيما بعد. وانما كان الرومان يقتصرون على إعطاء الدفع بالغش (exception de dol) للمدين الذى يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه دون أن يقوم هو بما فى ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجانبين. ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتى، بل هو الدفع بالغش المعروف فى كل العقود المبنية على حسن النية. فلم يكن له اسم خاص، ولم تنشأ تسميته بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا فى القانون الفرنسى القديم، فالاصطلاح اذن ليس رومانيا وإن كان لاتينيا. وقد وضعه المتأخرون من شراح القـانون الرومانى فى العصور الوسطى (postglossateurs)، بعد أن صاغوا القاعدة، ونسبوها الى القانون الرومانى[3].

---

* **المراجـــع** : كابيتان فى السبب فقرة ١٢١ وما بعـدها — رينو (Reynaud) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — كاسان (Cassin) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ فى العلاقات الملزمة للجانبين رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٧١ وما بعدها — بنكاز (ملحق بودرى) ٥ ص ٥٧١ — ص ٦٨٠.

(١) و يقول الفرنسيون تعبيرا عن ذلك : (exécution trait pour trait)، و يترجمون بذلك تعبيرا ألمانيا شهورا (Erfüllung Zug um Zug).

(٢) انظر فى جعل نظرية السبب أساسا قانونيا للدفع بعدم التنفيذ الى كابيتان فى السبب فقرة ١٢٤ — فقرة ١٢٥. و بديهى أن نظرية السبب تصلح أساسا فى العقود الملزمة للجانبين دون غيرها. وسنرى أن دائرة الدفع بعدم التنفيذ أوسع من ذلك، وأن فكرة الارتباط (connexité) بوجه عام هى الأساس الذى يبنى عليه الدفع فى جميع تطبيقاته.

(٣) وكان هؤلاء الشراح يدخلون تعديلا فى التسمية فى حالة ما اذا تمسك المدين بالدفع قبل دائن نفذ جزءا من التزامه دون أن ينفذ الباقى، فكان الدفع يسمى فى هذه الحالة الخاصة (exceptio non rite adimpleti contractus).

على أن القاعدة لم تكن عامة فى القانون الفرنسى القديم عموميتها فى القوانين الجرمانية القديمة . فقد استغنى الفرنسيون عنها فى بعض تطبيقاتها بما يقوم مقامها من دعوى الفسخ وحق امتياز البائع وحق الحبس والمقاصة وغير ذلك . فلم تكن تطبق إلا فى أحوال خاصة . وان كان الفقهاء المتأخرون أقروها كقاعدة عامة، مكتفين بالاشارة اليها، دون أن يتناولوها بالشرح والتفصيل (١) .

وهذا ما دعا القانون الفرنسى الى عدم تقرير القاعدة كمبدأ عام والاقتصار فيها على تطبيقات معينة، وتبعه فى ذلك القانون المصرى . أما القانون الألمانى فقد تضمن نصا يقرر القاعدة ، وتبعه قانون الالتزامات السويسرى فى ذلك ، واقتفى أثرهما المشروع الفرنسى الايطالى (٢) .

ونحن فى تفصيل قواعد الدفع بعدم التنفيذ نسير على النهج الذى اتبعناه عند الكلام فى الفسخ، فنبحث : (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) كيف يكون التمسك به . (٣) ما يترتب عليه من الأثر .

المبحث الأول — متى يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

* ٦٦٧ — **النصوص القانونية** — قدمنا أن القانونين المصرى والفرنسى لم يتضمنا نصوصا تقرر القاعدة كمبدأ عام . ولكن هناك نصوص متفرقة تطبق القاعدة فى أحوال معينة .

---

(١) فترى دوما (Domat) يقول : "لما كان التزام أحد الطرفين هو أساس التزام الآخر، كان أول أثر للاتفاق هو أن كلا من المتعاقدين يستطيع اجبار الآخر على تنفيذ التزامه بأن يقوم هو من جانبه بما عليه من التزام" (القوانين المدنية الكتاب الأول الباب الأول الفصل الثالث فقرة ٢) . ويقول بوتييه (Pothier) : "فى العقود الملزمة للجانبين يفترض أن كل طرف لم يرد تنفيذ التزامه إلا اذا قام الطرف الآخر فى نفس الوقت بما عليه من التزام" (البيع فقرة ٣٢٤) .

(٢) نص القانون المدنى الألمانى فى المادة ٣٢٠ على ما يأتى : "كل من كان ملتزما بموجب عقد ملزم للجانبين، يجوز له أن يمتنع عن القيام بالتزامه، حتى ينفذ الالتزام المقابل، إلا اذا كان قد التزم بتنفيذ التزامه أولا" .

ونصت المادة ٨٢ من قانون الالتزامات السويسرى على أن "من يطالب بتنفيذ عقد ملزم للجانبين يجب أن يكون قد نفذ، أو عرض أن ينفذ، التزامه هو، إلا اذا كان متفقا بأجل مشروط فى العقد أو مستخلص من طبيعته" .

ونصت المادة ٤٨ من المشروع الفرنسى الايطالى على أنه "فى العقود الملزمة للجانبين، يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، اذا لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به هو، ما لم يكن قد تحددت مواعيد مختلفة لتنفيذ الالتزامين" .

ويلاحظ أن كل هذه النصوص مقصورة على دائرة العقود الملزمة للجانبين، وسنرى أن الدفع بعدم التنفيذ له دائرة أوسع نطاقا .

نصت المادتان ٣٤٥/٢٧٤ على أن وضع اليد على المبيع بدون اذن البائع لا يكون معتبرا ان لم يدفع الثمن المستحق، بل يكون للبائع الحق حينئذ فى استرداد المبيع . ويستدل من ذلك أن البائع غير مجبر على تسليم المبيع الى المشترى ما دام هذا لم يدفع الثمن . وقد قضت المادتان ٣٥٠/٢٧٩ (انظر المادة ١٦١٢ فرنسى) صراحة بذلك ، فنصتا على أن " للبائع الحق فى حبس المبيع فى يده لحين استيلائه على المستحق فورا من الثمن كلا أو بعضا على حسب الاتفاق . وهذا نص صريح فى أن البائع له أن يوقف تنفيذ التزامه من التسليم حتى يقوم المشترى بالتزامه من دفع الثمن (١) .

ونصت المادتان ٣٣١ / ٤١١ (انظر المادة ١٦٥٣ فرنسى) على أنه اذا حصل تعرض للمشترى فى وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على البيع أو ناشئ من البيع، أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية من المشترى، فله أن يحبس الثمن عنده الى أن يزول التعرض أو السبب إلا اذا وجد شرط بخلاف ذلك . ومن هذا النص نرى أن المشترى أيضا له حق إيقاف تنفيذ التزامه من دفع الثمن اذا ظهر أن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه من ضمان الشىء المبيع (٢) .

ونصت المواد ٤٨٨ / ٥٩٦ / ٥٩٧ (انظر المادة ١٩٤٨ فرنسى) على أنه يجب على المودع أن يؤدى لحافظ الوديعة المصاريف المنصرفة منه لحفظها، ويعطيه بدل الخسارات

---

(١) وقد يعطى المشترى أجلا لدفع الثمن ، وقبل أن يحل الأجل يعسر أو تقل التأمينات التى أعطاها ، ففى هذه الحالة يسقط الأجل ويحل الثمن ، ويكون للبائع الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (م ٢٨١ / ٣٥٣ / ١٦١٣)، وفى هذا تطبيق آخر لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ (انظر أيضا المادتين ٢٨٢ / ٣٥٤) .

هذا وقد رأينا فى الفسخ أن للبائع ، اذا فسخ العقد ، حق حبس الثمن حتى يسترد الشىء المبيع ، قد سبقت الاشارة الى حكم محكمة الزقازيق الكلية فى هذه المسألة (انظر آنفا فقرة ٦٥٦ فى الحاشية) .

(٢) ونصت المادتان ٣٩٠ فقرة ثانية /٤٧٧ (انظر المادة ١٧٤٩ فرنسى) فى حالة فسخ الايجار بيع العين المؤجرة، ورجوع المستأجر على المؤجر بتعويض ، على أنه لا يجوز إخراج المستأجر إلا بعد إعطائه التضمينات اللازمة من المؤجر أو من المشترى عن المؤجر المذكور أو إعطائه كفيلا بها يكون كفؤا . فهذان التزامان متقابلان نشأ من عقد الايجار ، التزام المؤجر بدفع تعويض للمستأجر بخروجه قبل انقضاء المدة ، والتزام المستأجر برد العين المؤجرة لانتهاء عقد الايجار ، فيجوز للمستأجر أن يوقف تنفيذ هذا الالتزام حتى ينفذ المؤجر (أو المشترى نيابة عن المؤجر) التزامه بدفع التعويض .

انظر أيضا المادتين ٨٥ / ٨٩ من القانون التجارى (حق الوكيل بالعمولة فى حبس البضائع التى تحت يده حتى يستوفى المستحق له)، والمادتين ١٢٥ / ١٢٥ من القانون التجارى البحرى (حق القبودان فى حجز البضائع حتى يستوفى مايستحقه) . والمادة ١٦٧٣ من القانون المدنى الفرنسى (حق المشترى وفاء فى حبس العين حتى يسترد الثمن والمصاريف . وهذا حق يقره القانون المصرى أيضا تطبيقا للقواعد العامة : دى هلتس ٣ حق الحبس (Rétention) فقرة ٢٢) .

التى نشأت له عنها، وللحافظ المذكور حق حبسها لاستيفاء ما هو مستحق له. وهنا نرى الدفع بعدم التنفيذ قد جاوز دائرة العقد الملزم للجانبين الى دائرة العقد الملزم لجانب واحد، فالوديعة عقد لا خلاف فى أنه ملزم لجانب واحد هو حافظ الوديعة، ولكن قد تنشأ التزامات بعد صدور العقد فى جانب المودع ليس العقد مصدرها، بل سببها فعل نافع أو فعل ضار، ومع ذلك يثبت لحافظ الوديعة أن يوقف تنفيذ التزامه من رد الشيء المودع حتى يقوم المودع بالتزامه من تعويض حافظ الوديعة. ولم ينشأ هذان الالتزامان من عقد واحد كما فى العقود الملزمة للجانبين، بل أن أحد الالتزامين لم ينشأ من عقد أصلا، ومع ذلك هناك ارتباط ظاهر بين الالتزامين، فان التزام المودع بالتعويض لم ينشأ إلا بسبب وجود عقد الوديعة.

بل ان المادتين ٧٣١/٦٠٥ تعطيان الحق فى حبس العين لمن أوجد تحسينا فيها أو صرف عليها مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها. وهذا تطبيق للدفع بعدم التنفيذ فى دائرة جاوزت دائرة العقود إطلاقا. فقد تكون العين فى يد غير مالكها لسبب غير العقد (فضولى أو مغتصب)، ويقوم هذا بتحسينها أو صيانتها، فله أن يوقف التزامه من رد العين الى مالكها (ومنشأ هذا الالتزام عمل الفضولى أو العمل الضار) الى أن يقوم المالك بتنفيذ التزامه من رد المصاريف (ومنشأ هذا الالتزام الاثراء بلا سبب). فهنا لم ينشأ الالتزامان المتقابلان من عقد ما، ولكن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ تنطبق.

* ٦٦٨ — **دائرة الدفع بعدم التنفيذ** — يتبين من النصوص المتقدمة أن الدفع بعدم التنفيذ ليس مقصورا على دائرة العقود الملزمة للجانبين كقاعدة الفسخ، بل هو غير مقصور على دائرة العقود ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد. فدائرته أوسع من دائرة العقود. ويمكن التمسك به حيث يوجد التزامان مرتبطان أحدهما بالآخر[1]. فالارتباط (connexité) إذن هو المعيار الذى يؤخذ به فى هذه المسألة. على أن يفهم الارتباط بمعنى واسع، فلا يشترط أن يكون موجودا فيما بين التزامات ناشئة من عقد ملزم للجانبين، ولا يشترط أن يكون موجودا فيما بين التزامات تعاقدية إطلاقا، بل يصح أن يكون موجودا

(١) ويمكن أن نتصور الذهاب الى أبعد من ذلك، فلا يشترط الارتباط ما بين الالتزامين، بل يكفى أن يكون شخصان كل منهما مدين للاخر، حتى يحق لكل منهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه الى أن يقوم الآخر بتنفيذ ما عليه من التزام. ويتحقق هذا فى العمل بطريقين: الطلبات الفرعية وحجز الدائن تحت يد نفسه (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٤٦ — كولان وكابيتان ٢ ص ٧٨٣ هامش نمرة ١).

فيما بين التزام وآخر، متى كانت هناك علاقة وثيقة فيما بين الالتزامين، ولو نشأ كل منهما من سبب مستقل[1].

(١) ويمكن أن ندرك مما تقدم العلاقة الوثيقة فيما بين الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس والمقاصة، وهي نظم قانونية تدرس في مواضع متفرقة، مع أنها ترجع كلها الى فكرة واحدة هي تقابل الالتزامات. فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر، يكون من العدل أن يستوفي كل منهما ماله مما عليه (وهذه هي المقاصة والفسخ لعدم تنفيذ العقد)، أو على الأقل يوقف وفاء ما عليه حتى يستوفي ما له (وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس). ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية كلها على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها جميعا علاجا واحدا هو الدفع بالغش (exception de dol)، يستعملونه في المقاصة وفي الدفع بعدم التنفيذ وفي الحبس.

والارتباط ما بين الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس ظاهر بنوع خاص. وما حق الحبس في نظرنا إلا تطبيق للدفع بعدم التنفيذ. ومن يرجع الى حالات الحبس التي وردت في القانونين المصري والفرنسي (وقد أوردناها كتطبيقات للدفع بعدم التنفيذ) يستخلص القاعدة الآتية: حيث يوجد ارتباط ما بين التزامين، فان المدين في أحدهما يحق له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المدين الآخر بما عليه من التزام. وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ وهو في الوقت ذاته حق الحبس.

ويترتب على ذلك أن حق الحبس ما هو إلا دفع، وليس هو بحق عيني كما يزعم القانون المصري (انظر م ٥/١٩ و ١٤٦ مختلط و ٩٢/٢٥٣ — دي هلتس في حق الحبس فقرة ٣). ويتفرع على ذلك ما يأتي: (١) لم يرد حق الحبس على سبيل الحصر في القانون، فحيث يوجد ارتباط ما بين التزامين يوجد حق الحبس (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٤٤ ص ٦١٤ — جرانمولان في التأمينات فقرة ٨١٢ وما بعدها — وانتون ١ ص ٧١ و ٢ ص ١٦١ — كامل مرسي بك في التأمينات فقرة ١٤١). (٢) قد يثبت حق الحبس على الشيء المملوك للدائن الحابس، كحق المؤجر في حبس العين حتى يستوفي الأجرة، وحبس المشتري للثمن حتى تخلص له العين المبيعة، فلو كان الحبس حقا عينيا لما ثبت للمالك حق عيني على ملكه (قارن كابيتان في السبب فقرة ١٢٦). (٣) الحبس لا يقيد ولا يسجل، لأنه ليس إلا دفعا. واذا كان القانون المصري قد اعتبره حقا عينيا، فان ذلك لا يكفي للقول باشهاره. إذ أن الذي يسجل هو العقد الذي ينشئ حقا عينيا أو ينقله أو يغيره أو يزيله، وحق الحبس لا ينشأ من عقد حتى يجب تسجيله، بل ينشأ من فعل هو امتناع أحد المدينين عن القيام بالتزامه المرتبط بالتزام المدين الآخر. (٤) اذا تضمن الحبس حق تقدم وحق تتبع فيمكن تأويل ذلك لا على أنه حق عيني، بل تطبيقا للقاعدة التي تقضي بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل الى الغير أكثر مما يملك، وسيأتي بيان ذلك. (قارن مع ذلك في التمييز بين الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس كابيتان في السبب فقرة ١٢٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٤٥ — ويرى الأستاذ كابيتان أن دائرة الدفع بعدم التنفيذ لا تجاوز العقود الملزمة للجانبين: كابيتان في السبب فقرة ١٢٧ — فقرة ١٢٨).

هذا واذا كنا نرسم للدفع بعدم التنفيذ دائرة أوسع من الدائرة التي نرسمها للفسخ فذلك معقول. إذ الفسخ لا يتصور إلا في عقد، ولما كان سببه عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ورغبة المتعاقد الآخر في أن يتحلل من الالتزام المقابل، فلا بد أن يكون الفسخ مقصورا على دائرة العقود الملزمة للجانبين. أما الدفع بعدم التنفيذ فيوجد حيث يوجد ارتباط ما بين التزامين أيا كان مصدر الالتزام، والارتباط قد يوجد دون أن يكون العقد مصدرا لأحدهما أو لأيهما. وقد يقال ولم لا يكون عدم تنفيذ التزام سببا في انقضاء الالتزام المرتبط به كما في الفسخ؟ والجواب أن هذا لا يمكن التسليم به، فان الفرق واضح بين الفرضين. اذ الفسخ يحل العقد فيقضي الالتزامين المتقابلين معا، وهما التزامان متعادلان في نظر المتعاقدين إذ نشآ من عقد ملزم للجانبين. أما في الدفع بعدم التنفيذ فانه اذا قبل بانقضاء التزام مرتبط =

وهذا ما يستخلص من التطبيقات المتنوعة التي نراها في القضاء المصري والقضاء الفرنسي[1].

على أن الارتباط وحده لا يكفي . إذ يجب أيضا أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ[2] . وهو يكون واجب التنفيذ اذا كان التزاما مدنيا حالا لم ينفذ . فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي لا يجوز، لأن في هذا اجبارا على تنفيذ التزام طبيعي بطريق غير مباشر .

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدني غير حال، فالبائع لا يستطيع أن يحبس العين المبيعة لعدم دفع الثمن اذا كان الثمن مؤجلا، إلا اذا سقط الأجل لافلاس أو إعسار أو نقص في التأمينات (م ٢٧٩/٣٥٠ و م ٢٨١/٣٥٣) . وقد يقضي العرف بأن يعجل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه قبل الطرف الآخر، كالمؤجر في الأراضي الزراعية وكالصانع في عقد الاستصناع

= بالتزام لم ينفذ، فقد لا يوجد مصدر واحد للالتزامين ينقضيان معا بزواله، هذا الى أنه ليس من المحتم أن يكون هناك أي تعادل ما بين الالتزامين المرتبطين حتى يكون انقضاء أحدهما مقابلا لانقضاء الآخر، فقد يكون أحد الالتزامين رد عين كبيرة القيمة والالتزام الآخر رد مبلغ قليل من المال أنفق في ترميم هذه العين .

(١) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٥٢ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٦ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٧ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٣ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٠ — ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ — ٥ مايو سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٩٠٧ رقم ٤٥٦ .

ومن أهم التطبيقات للدفع بعدم التنفيذ، في حالات لم يرد فيها نص، ما أقره القضاء المصري والفرنسي من أنه اذا تقرر بطلان عقد ملزم للجانبين أو فسخه فلكل من الطرفين أن يحبس ما أخذه حتى يسترد ما أعطاه، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك (انظر محكمة الزقازيق الكلية في ٦ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ عدد ٨٩ — محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٤٥٥ — حكم آخر في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعي ١٩٢٩ — ٥٢) .

أما القضاء الفرنسي فلم يأخذ صراحة بالقاعدة كمبدأ عام، بل لجأ الى قواعد أخرى تؤدي الى نفس النتيجة، ولكنه توسع في تطبيق هذه القواعد، لا سيما ما كان منها متعلقا بالمقاصة، الى درجة جعلته في حكم من أخذ بالقاعدة (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٤١) . وقد تأثر الفقه الفرنسي بما كتبه سالي بسطا للنظرية الألمانية، فقرر القاعدة كمبدأ عام (بودري وبارد ٢ فقرة ٩٦٣ — بلانيول في تعليقه في داللوز ١٨٩٨ — ١ — ٢٨٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٤٠ — ديموج في مجلة القانون المدني ربع السنوية ١٩٠٧ ص ٢٤٩) .

(٢) ويجب من جهة أخرى ألا يرتكب المتمسك بالدفع عملا غير مشروع لتوليد التزام يعطله تمسكا بالدفع، كما اذا استولى الدائن على شيء مملوك للمدين بغير رضاه، وامتنع عن رده حتى يستوفي دينه (انظر في هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٥١ — فقرة ٤٥٤) .

وكصاحب الفندق فى علاقته مع النزلاء . فليس للطرف الذى يجب عليه تعجيل التنفيذ أن يتمسك بالدفع، بل يسلم المؤجر الأرض الزراعية للمستأجر ثم يطالبه بعد ذلك بالأجرة، و يقوم الصانع بالعمل ثم يطلب أجره ، و يقوم صاحب الفندق بما يلتزم به نحو النزيل ثم يقدم الحساب . و يجوز أن يتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على مخالفة العرف ، فيصبح التزام كل منهما حالا ، و يصح فى هذه الحالة التمسك بالدفع . ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضى قد أعطى مهلة للمدين (نظرة الميسرة délaie de grâce) ، فللبائع أن يحبس العين المبيعة حتى يستوفى الثمن من المشترى ، حتى لو أعطى القاضى للمشترى أجلا لدفع الثمن، ما لم يكن الأجل باتفاق الطرفين .

فاذا كان الالتزام مدنيا حالا ثم لم ينفذ جاز التمسك بالدفع، سواء كان الملتزم لم يقم بالتزامه أصلا أو نفذه تنفيذا معيبا أو نفذه تنفيذا جزئيا، بشرط أن يكون العيب أو الجزء الباقى دون تنفيذ من الجسامة بحيث يخل بالغرض المقصود من الالتزام . أما اذا نفذ الملتزم التزامه تنفيذا كليا وغير معيب، أوانقضى هذا الالتزام بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزامات، فلا يجوز التمسك بالدفع .

٦٦٩ — سوء استعمال الدفع بعدم التنفيذ — على أنه يجب استعمال الدفع، اذا توافرت شروطه، بحسن النية الواجب توافرها فى استعمال الحقوق جميعا . فلا يجوز لطرف أن يتمسك بالدفع اذا كان هو البادئ بعدم تنفيذ التزامه ، أو اذا تسبب فى عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التمسك به اذا كان الطرف الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع الطرف الأول عن القيام بالتزامه، وكل ما يحق للطرف الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزءا من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام الطرف الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة . كذلك لا يجوز أن يمتنع المشترى عن دفع الثمن للبائع بحجة أن هناك خطر استحقاق يتهدد العين اذا كان هذا الخطر ليس بجدى (١) .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ أغسطس سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ — ١ — ٣١ .
كذلك لا يجوز التمسك بالدفع اذا كان الالتزام الذى لم ينفذ دينا متنازعا فيه، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة بحجة أنه يطالب المؤجر بترميمات ينكرها هذا الأخير (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٥٤) .

٦٧٠ — *سقوط الدفع بعدم التنفيذ* — على أن الدفع بعدم التنفيذ يسقط بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا، ويعتبر تنازلا من المتمسك به أن يقوم بتنفيذ التزامه مختارا بعد أن كان ممتنعا[1].

ويسقط كذلك فى أحوال معينة نص عليها القانون اذا قدّم المدين ضمانا لتنفيذ التزامه. من ذلك: (١) اذا أعسر المشترى أو قلت التأمينات، فالبائع له أن يحبس العين إلا اذا أعطاه المشترى كفيلا (م ٢٨١/٣٥٣/١٦١٣). (٢) اذا حصل تعرّض للمشترى فى وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على البيع أو ناشئ من البائع، أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية من المشترى، فله أن يحبس الثمن عنده الى أن يزول التعرّض أو السبب إلا اذا وجد شرط بخلاف ذلك. ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطلب الثمن مع أداء كفيل للمشترى (م ٣٣١/٤١١ — ٤١٢/١٦٥٣). (٣) فى حالة بيع العين المؤجرة لايجوز إخراج المستأجر إلا بعد إعطائه التضمينات اللازمة من المؤجر أو من المشترى عن المؤجر المذكور، أو إعطائه كفيلا بها يكون كفؤا (م ٣٩٠/٤٧٧).

ويجوز بوجه عام أن يسقط الدفع باعطاء المتمسك به تأمينات يقدّمها المدين، وذلك اذا تبين للقاضى أن التمسك بالدفع يعطل على المدين مصالح جسيمة، وان الضرر الذى يلحقه من جراء ذلك يزيد بكثير على الضرر الذى يلحق الدائن من جراء سقوط الدفع، وأنه يكفى لضمان مصلحة الدائن أن يقدّم له تأمين كاف. وهذا متفرع من المبدأ القاضى بأنه يجب توافر حسن النية فى التمسك بالدفع[2].

المبحث الثانى — كيف يستعمل الدفع بعدم التنفيذ

٦٧١ — *ترك الأمر الى تقدير المتمسك بالدفع مع رقابة القضاء* — يترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير الطرف الذى يتمسك به، وذلك بخلاف الفسخ، فقد تقدّم أنه موكول لتقدير القضاء. والدفع بعدم التنفيذ أقل خطورة من الفسخ، لأنه لا يحل العقد بل يوقف تنفيذه.

---

(١) أما إذا كان المتمسك بالدفع قد حبس عينا، وأخذت منه بغير رضاه، فله أن يستردّها، لأنه لم يتنازل عن الدفع. (انظر م ٢٨٠/٣٥١). انظر عكس ذلك دى هلتس فى حق الحبس (Retention) فقرة ٣٠

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٦١ ص ٦٣٤.

على أن الدفع بعـدم التنفيذ قد يكون مردّه فى آخر الأمر الى القضاء . ذلك لأنه اذا تذرّع أحد الطرفين بالدفع ليمتنع عن تنفيذ التزامه ، فان الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر الى القضاء، وللقاضى تقدير موقف من يتمسك بالدفع ، فيقرّ دفعه أو يرفضه .

يتبين من ذلك أنه اذا لم يلجأ المتمسك بالدفع من أول الأمر الى القضاء ، فذلك يرجع فى الواقع الى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ، وطبيعة الدفع أن المتمسك به لا يحتاج الى رفع دعوى ، بل هو الذى ترفع الدعوى عليه ، فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمرّ اذن على دورين : الدور الأول وهو دور غير قضائى يمتنع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرّد امتناع لا يحتاج فيه الى عمل إيجابى . والدور الثانى وهو الدور القضائى لا يتحقق إلا إذا رفع الطرف الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام الطرف الأول . ففى هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فاذا أقرّ القاضى المتمسك بالدفع على دفعه ، فان ذلك لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكنه يقرن ذلك بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه فى الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة إشكال فى التنفيذ ، إذا ما أراد المدعى تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه . ولايدخل شئ من هذا فى اختصاص قاضى الأمور المستعجلة[1] .

٦٧٢ — عدم ضرورة الاعذار — ولا يحتاج المتمسك بالدفع الى أعذار الطرف الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، فان الأعذار غير ضرورى فى الفسخ ، فهو من باب أولى غير ضرورى هنا . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه ، وفى هذا أعذار كاف للطرف الآخر بوجوب تنفيذما فى ذمته من التزام[2] .

٦٧٣ — تمسك كل من الطرفين بالدفع — وقد يتمسك كل من الطرفين بالدفع ، ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الآخر بالتنفيذ . فاذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٦ فبراير سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ — ١ — ٧٩ — حكم آخر فى ٢٢ مايو سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٣٦٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٢٧ هامش نمرة ٥ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ليس من الضرورى فى الدفع بعدم التنفيذ أعذار المدين (١٣ أبريل سنة ١٩٢٢م ٣٤ ص ٣٣٠) .

وقد يكون الأعذار واجبا ، لا للتمسك بالدفع ، بل لتولد الالتزام الذى يخوّل عدم تنفيذه حق الدفع ، كما اذا كان التزاما يتعويض عن التأخير لا ينشأ إلا بالأعذار طبقا للقواعد العامة .

بالتنفيذ، حكم القاضى على المدّعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدّعى من جانبه بتنفيذ التزامه . هذا اذا لم يتبين القاضى أن أحدا من الطرفين متعنت ، أما اذا تبين أن واحدا منهما متعنت، فان كان المدّعى رفض دعواه، وان كان المدّعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما اذا كان كل من الطرفين متعنتا ، أو ظهر ألا أحد منهما متعنت ولكنهما لا يثق أحدهما بالآخر، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلّا أن يحكم القاضى بأن يودع كل من الطرفين ما التزم به تحت يد شخص ثالث ، وفى هذا ما يجعلهما ينفذان التزاميهما فى وقت واحد[1] .

المبحث الثالث — ما يترتب من الأثر على الدفع بالتنفيذ

(أولا) فيما بين الطرفين :

٦٧٤ — ايقاف تنفيذ الالتزام — يترتب على التمسك بالدفع فيما بين الطرفين أن المتمسك به لا يجبر على تنفيذ التزامه. وهذا الالتزام المعطل قد يكون التزاما بنقل حق عينى، كما اذا تأخر المشترى فى دفع الثمن، فيمتنع البائع عن مساعدة المشترى فى تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية اليه . وقد يكون التزاما بفعل شىء ، كما اذا تأخر رب العمل فى إعطاء " المقاول " أجره ، فيوقف هذا اقامة البناء حتى يتقاضى الأجر . وقد يكون التزاما بالامتناع عن فعل ، كما اذا تعهد تاجر بالامتناع عن مباشرة التجارة فى حى معين كفا عن مزاحمة تاجر آخر، فيتأخر هذا فى دفع مقابل هذا الالتزام، فيستمر التاجر الأول فى مباشرة التجارة حتى يستوفى المقابل .

ويلاحظ فى الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالا لا يتصوّر فيها إيقاف الالتزام، كما اذا تعهد ممثل أو مغن أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة فى مقابل مبلغ من المال . فاذا تأخر المدين عن دفع هذا المال، فانه لا يسع الدائن إلا خرق التزامه فيحيي الحفلة اذا استطاع ذلك، ويكون هذا فسخا للعقد لا إيقافا له ، لأن طبيعة الالتزام لا تحتمل الإيقاف . وهذا الحكم ينطبق أيضا على الالتزام بعمل شىء إذا كان يجب القيام بهذا العمل فى وقت معين

---

(١) انظر فى هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٦ — كاسان (Cassin) ص ٦١١ وما بعدها .

وإلا فات الغرض المقصود منه، كما اذا تعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها فى معرض عام فى وقت معين، فاذا أوقف الصانع تنفيذ التزامه الى أن يفوت ميعاد المعرض، كان هذا بمثابة الفسخ .

٦٧٥ — **حبس العين** — وقد يكون الالتزام المعطل التزاما بتسليم عين . ففى هذه الحالة يحبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من الطرف الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بحق الحبس . وما حق الحبس إلا تطبيق خاص للدفع بعدم التنفيذ .

ويبقى حق الحبس حتى لو نفذ الطرف الآخر بتنفيذ جزء من التزامه ، وهذا ما يعبر عنه بأن حق الحبس لا يقبل التجزئة . ومع ذلك يجب ألا يتعسف من له حق الحبس، فيستمر حابسا للعين اذا كان الجزء الباقى من الالتزام دون تنفيذ من التفاهة بحيث لا يبرر استمرار الحبس[1]، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

والحابس للعين ليس له أن يستغلها لحسابه ، بل يجب أن يؤدى الريع لصاحب العين[2]، ويكون مسئولا كذلك عما يصيب العين من تلف بإهماله ، ويتحمل المالك تبعة التلف أو الهلاك بقوة قاهرة . واذا صرف الحابس مصاريف ضرورية أو نافعة استردها طبقا للقواعد العامة .

(ثانيا) بالنسبة للغير :

٦٧٦ — **متى يسرى الدفع فى حق الغير** — نفرض أن الالتزام المعطل قد تعلق به حق للغير . فالمشترى مثلا قد امتنع عن دفع الثمن حتى يستلم العين المبيعة، ويكون البائع قد حول بالثمن الى شخص ثالث أو رهنه عنده[3] . فهل يجوز فى هذه الحالة أن يتمسك المشترى

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٩ يوليه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٦ — ١ — ٩ — حكم آخر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ٧٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٥٧ ص ٦٢٨ .

(٢) وقد يكون الحابس للعين هو مستأجرها ، ففى هذه الحالة اذا استمر ينتفع بالعين وجب عليه دفع الأجرة مدة هذا الانتفاع (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٥٧ ص ٦٢٨) .

(٣) يلاحظ أن تحويل البائع بالثمن فى القانون المختلط يسلبه حق حبس العين المبيعة (م ٣٥٢ مدنى مختلط)، لأنه اذا حول بالثمن فكأنه قد استوفاه . أما القانون الأهلى فلم يتضمن نصا يقابل نص القانون المختلط . على أننا لسنا بصدد هذا الفرض ، بل نحن فى فرض آخر : المشترى هو الذى يحبس الثمن لعدم قيام البائع بالتزامه من تسليم العين، وليس البائع هو الذى يحبس العين لعدم قيام المشترى بدفع الثمن .

بالدفع قبل المحال له بالثمن أو الدائن المرتهن ، فلا يؤدّى الثمن لأحد منهما حتى يستلم الشيء المبيع؟ لا شك فى أنه يستطيع ذلك ، كما يستطيع البائع أن يحبس العين المبيعة حتى يستوفى الثمن من المشترى ، ويستمر حابسا لها حتى فى مواجهة شخص ثالث كسب حقا عينيا على هذه العين المبيعة ، كمشتر من المشترى أو دائن مرتهن .

فالتمسك بالدفع يسرى فى حق الغير على هذا النحو . ويعلل ذلك إما بأن حق الحبس هو حق عينى ، فللحابس تتبع الشيء المحبوس فى يد المشترى[1] ، وله التقدّم على من كسب حقا عينيا بعده[2] . وإما أن تطرح نظرية الحق العينى[3] ، ويكون حق الحبس تطبيقا خاصا للدفع بعدم التنفيذ ، فيقال أن المشترى ، وهو مالك العين التى يحبسها البائع ، لايستطيع أن ينقل الى الغير حقوقا أكثر مما يملك ، وحقوقه على العين محدودة بحق البائع فى تعطيل التزامه بالتسليم حتى استيفاء الثمن ، فلا يستطيع المشترى أن ينقل ملكية العين الى الغير ، أو ينقل حقا عينيا عليها ، إلا تحت هذا الشرط . ومزية هـذا التعليل الأخير أنه ينطبق على حق الحبس وغيره من تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ . وهو التعليل الذى نرتضيه .

٦٧٧ — متى لا يسرى الدفع فى حق الغير — أما اذا كان الغير قد كسب حقا عينيا على الشيء المحبوس قبل ثبوت حق الحبس ، أو بوجه عام على الالتزام المعطل قبل ثبوت حق تعطيله ، فان الدفع لا يسرى قبله ، إذ أن حقه سابق على الدفع فلا يتأثر به . فاذا فرض أن شخصا بعد أن رهن منزله رهنا رسميا سلمه الى مستأجر ، وحبسه المستأجر حتى

---

(١) وحق التتبع معناه سريان الحق العينى فى حق من انتقلت اليه ملكية العين . وهناك من الفقهاء من يفهم التتبع بمعنى مادى ، فعنده أن التتبع يظهر أثره عند انتقال حيازة العين لا عند انتقال ملكيتها . ويترتب على ذلك أن الحبس لا يتضمن حق التتبع ، فالتتبع لا يظهر الا عند انتقال الحيازة ، واذا فقد الحابس حيازة الشيء المحبوس فقد فقد حق الحبس نفسه (انظر دى هلتس لفظ الحبس (Rétention) فقرة ٢٩ — هالتون ٢ ص ٣٣٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٥٨ ص ٦٢٩) .

ونحن نؤيد الرأى الأول ، فاذا قلنا أن الدائن المرتهن له أن يتتبع العين المرهونة ، فمعنى ذلك أن حق الرهن الثابت له على العين يسرى فى حق من انتقلت اليه ملكية هذه العين ، ولو لم تنتقل اليه حيازتها .

(٢) ومن القائلين بعينية حق الحبس جلاسون (Glasson) فى حق الحبس ص ٣٥ وما بعدها — كاسان (Cassin) ص ٦٦٥ .

(٣) ومن القائلين بأن حق الحبس ليس بحق عينى أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة هامش نمرة ٢٠ — لوران ٢٩ فقرة ٢٩٢ — بودرى ولوان ١ فقرة ٢٢٨ .

يستوفى التزاما فى ذمة المؤجر ، فان هذا الحبس لا يسرى قبل الدائن المرتهن الذى ثبت حقه قبل ثبوت الحبس ، سواء فى ذلك كان الحبس حقا عينيا ، اذ يصبح متأخرا عن الرهن ، أو كان تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ ، إذ أنه لم يثبت إلا بعد ثبوت الرهن فالمستأجر لا يستطيع حبس العين إلا مثقلة بالرهن (١) .

أما اذا كان الغير خلفا عاما ، وارثا أو دائنا ، فان الدفع يسرى فى حقه . ويترتب على ذلك أن البائع الذى لم يستوف الثمن يحبس العين فى مواجهة المشترى ، وفى مواجهة ورثة المشترى ، وفى مواجهة دائنى المشترى الشخصيين ، سواء من كان دينه منهم ثابتا بعد ثبوت حق الحبس أو قبله ، وسواء كان ذلك فى مواجهة كل دائن بمفرده أو كل الدائنين مجتمعين فى حالة إفلاس المشترى (٢) . وينتقل حق الحبس من البائع الى ورثته ، ولدائنيه حق استعماله نيابة عن مدينهم طبقا للقواعد العامة .

---

(١) وحتى لا يسرى الحبس قبل الغير ممن كسب حقا عينيا سابقا ، يجب أن يكون هذا الغير قد قام باشهار الحق العينى قبل ثبوت الحبس (نقض فرنسى فى ١٣ مايو سنة ١٨٦١ سيريه ٦١ — ١ — ٨٦٥ مع تعليق لابيه — ٨ ديسمبر سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٩ — ١ — ٧٦ — بوردو ١٨ يونيه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ — ٢ — ٧٣) . وتذهب الأساتذة بلانيول وريبير واسمان (جزء أول فقرة ٤٥٨ ص ٦٣٠) الى أن الدائن المرتهن ، اذا كان قد قيد رهنه ، فان حقه يسرى قبل الحابس للعين ، حتى لو ثبت حق الحبس قبل حق الرهن ما دام حق الحبس لم يشهر . أما الأستاذان كولان وكاپيتان (جزء ٢ ص ٧٧٧ — ص ٧٧٨) فمن الرأى الأول ، ويجعلان حق الحبس يتقدم على حق الرهن اللاحق ، ويستدلان على صحة ذلك بحق المستأجر فى حبس العين ، فهو يسرى قبل المشترى لأن حق هذا الأخير ثبت بعد حق الحبس .

هذا فيما يتعلق بالعقار . أما المنقول فالحيازة فيه بحسن نية سند الملكية ، فاذا ثبت حق الحبس لشخص على منقول ، وانتقلت العين بعد ذلك لحائز حسن النية ، فانه يملكها خالية من حق الحبس . ويلاحظ أنه لا يمكن أن نتصور منقولا تنتقل حيازته الى شخص ثالث مع بقاء حق الحبس ثابتا ، إلا اذا بقى الحابس حائزا ولكن لمصلحة من انتقلت اليه ملكية المنقول (انظر محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ مايو سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٣٢٧ — محكمه دويه الاستئنافية فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ مع تعليق كاسان — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٥٨ ص ٦٣٠ هامش ٣ وص ٦٣١) .

ويلاحظ أخيرا أن حق الحبس للمصاريف الضرورية أو النافعة ينفذ قبل الغير ، سواء ثبت حق الحبس قبل ثبوت حق الغير أو بعده . فانه بفرض أن حق الحبس ثبت بعد ثبوت حق الغير ، فلا يزال صحيحا أن هذه المصاريف قد أفادت العين فأفادت الغير تبعا لذلك (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٥٨ ص ٦٢٩) .

(٢) انظر كولان وكاپيتان ٢ ص ٧٧٨ — بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٦٣١ هامش نمرة ٣ والمراجع المشار اليها .

الفصل الثالث

انحلال العقد بسبب غير البطلان والفسخ
انقضاء العقد بالرجوع والالغاء

---

٦٧٨ — كيف ينقضى العقد — الفسخ والبطلان ليسا فى الواقع من أسباب انقضاء العقد، فان أثرهما ينسحب على الماضى، والعقد لا ينقضى بل يعتبر كأن لم يكن[(١)].

ولكن هناك أسباب لانقضاء العقد، تحل بها قوته الملزمة، دون أن يكون لذلك أثر رجعى.

والقاعدة العامة أن كل العقود تنقضى بتنفيذ ما أنشأته من التزامات. وانقضاء العقد على هذا الوجه طبيعى. وقد تنقضى العقود بالتراضى على الغائها، ويكون هذا التراضى بمثابة عقد آخر يلغى العقد الأول[(٢)].

إلا أن هناك سببين آخرين، غير تنفيذ العقد وإلغائه بالتراضى، يقضيان العقد، أحدهما (الرجوع révocation) ولا يكون ذلك إلا فى عقد الهبة، والثانى الالغاء (résiliation) ويكون فى بعض العقود المستمرة. وفى هذين السببين يستقل أحد المتعاقدين بانهاء العقد.

---

(١) وقد وضع المشرع الفرنسى الفسخ والبطلان بين أسباب انقضاء الالتزامات (م ١٢٣٤ مدنى فرنسى)، وهو وضع منتقد لما بيناه (انظر ديمولومب ٢٩ فقرة ٢ وفقرة ٤ — بفنوار ص ٦٩٥ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٨).

(٢) وقد يتراضى المتعاقدان على الغاء العقد وارجاع كل شىء الى أصله، فيكون للالغاء هنا أثر رجعى، ولكن هذا الأثر لا يتعدى العلاقة فيما بين المتعاقدين. أما بالنسبة للغير فليس للالغاء أثر رجعى. ويترتب على ذلك أنه اذا كان العقد الملغى قد نقل ملكية عين، وترتب من انتقلت اليه الملكية حقوقا على هذه العين، ثم ألغى العقد بالتراضى، فالالغاء لا يمس حقوق الغير، وترجع العين الى مالكها الأصلى مثقلة بهذه الحقوق. ويترتب على أن الالغاء اتفاق جديد أنه اذا كان العقد الأصلى ناقلا للكية فانه يجب تسجيل الالغاء كما سجل العقد الأصلى حتى تعود الملكية الى صاحبها الأول (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٢ — وانظر أيضا بلانيول ٢ فقرة ١١٦٦ — والتون ٢ ص ٥ — ص ٩).

وقبل أن نتكلم فيهما نستخلص مما تقدّم أن العقد ينحـل بالبطلان والفسخ، ولهذين أثر رجعى، وينحل كذلك بالانقضاء وليس له أثر رجعى . وأسـباب انقضاء العقد المعتادة هى التنفيذ والالغاء بالتراضى . وهناك سببان استثنائيان للانقضاء ، هما الرجوع فى العقد (وله أثر رجعى فى الشريعة الاسلامية) واستقلال أحد المتعاقدين بالغاء بعض العقود المستمرة .

§ ١ — الرجوع فى العقـــد
RÈVOCATION

٦٧٩ — الرجوع فى الهبة فى القانون الفرنسى — القاعدة أنه اذا تم العقد أصبح ملزما، ولا يجـوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بالرجوع فيه . بل يجب أن يتفق مع المتعاقد الآخر على الغائه بالتراضى كما قدّمنا .

على أن هناك عقدا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بالرجوع فيـه ، هو عقد الهبـة . ففى هذا العقد يتجرّد الواهب عن ملكية الشىء الموهوب فى الحال دون مقابل . ولهذا أحاطه المشرع بضمانات ترمى الى حماية الواهب وورثته ودائنيه ، منها الرسمية ومنهـا تسهيل الطعن بالدعوى البوليصية ومنها جواز رجوع الواهب فى الهبة .

والذى نقف عنده هنا هو جواز الرجوع . فقد أجاز القانون الفرنسى للواهب أن يرجع فى هبته لأسباب حدّدها . وهو يقصد فى بعض الأحوال عقوبة الموهوب له لنكرانه الجميل (م ٩٥٥ مدنى فرنسى)، وفى أحوال أخرى حماية الواهب وورثته اذا جدّ له عقب بعد صدور الهبة (م ٩٦٠ مدنى فرنسى) ، أو اذا أرادت الورثة إنقاص الهبـة الى الحدّ الجائز (م ٩٢٠ مدنى فرنسى) . وليس هنا محل التفصيل . ويكفى أن نقرر أن الرجوع فى الهبة فى القانون الفرنسى لا يجوز إلا لمسوّغ، ولا يعتبر فسخا بل إلغاء ليس له أثر رجعى .(١)

٦٨٠ — الرجوع فى الهبة فى الشريعة الاسلامية — أما فى الشريعـة الاسـلامية (المذهب الحنفى) ، وأحكامها هنا تنطبق فى مصر، فان القاعدة جواز الرجوع

---

(١) بلانيول ٢ فقرة ١٣٢٧ .

فى الهبة إلا لمانع . والرجوع فسخ للهبة له أثر رجعى[1] . ولكن الرجوع لا يكون إلا بالتراضى أو حكم القاضى . و يعلل فقهاء الحنفية ذلك "بأن ملك الموهوب له ثابت فى الموهوب ، فلا يخرج عنه إلا بالرضاء أو القضاء ، ولأنه مختلف فيه بين العلماء ، وفى أصله ضعف ، وفى عدم حصول مقصود الواهب ووجوده خفاء ، اذ يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوى ولم يحصل عليه فيثبت له حق الرجوع ، ويحتمل أن يكون غرضه الثواب فى الآخرة أو إظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير ، فحينئذ لابد من الفصل بالرضاء أو القضاء . ويؤخذ من هذا أن القاضى عند ما ترفع اليه الدعوى بطلب استرداد الموهوب يبحث عن سبب الهبة وسبب الرجوع حتى تظهر له الحقيقة من كلام كل منهما ويحكم بما يظهر له[2]" . ويتضح من ذلك أن الرجوع فى الهبة حكمه حكم الفسخ ، لا يتم إلا بالتراضى أو بالتقاضى . بل أن الظاهر أيضا أن الأمر فيه غير موكول لمحض رغبة الواهب ، اذ أن القاضى اذا تبين أن الواهب كان محركا برغبة الثواب فى الآخرة ، أو كان مسوقا بعاطفة الكرم ، فلا يجيب الواهب الى فسخ الهبة ، بل يكون العقد ملزما فى هذه الحالة . و إنما يجيب القاضى الواهب الى الرجوع اذا لم يحصل هذا على العوض الدنيوى الذى كان يبغيه من الهبة ، فالرجوع فى الهبة إذن هو فسخ لها .

واذا كان يجوز الرجوع فى الهبة فى هذه الحدود ، فان هناك موانع من الرجوع حصرها فقهاء الحنفية فى سبعة ، هى زيادة الموهوب وموت أحد المتعاقدين وخروج العين من ملك الموهوب له ووجود علاقة الزوجية بين الواهب والموهوب له ووجود قرابة الرحم المحرم وهلاك الشىء الموهوب أو استهلاكه ووجود عوض فى الهبة . ولسنا هنا بمعرض التفصيل فى ذلك .

§ ٢ — الغاء العقد

(Résiliation)

٦٨١ — الغاء يعصف العقود المستمرة قبل انتهاء ميعادها — هناك عقود مستمرة يبقى تنفيذها فترة من الزمن . ولكن القانون يجيز أن يستقل أحد المتعاقدين بإلغائها

(١) و بفسخ الهبة تعتبر كأن لم تكن ، ولا تعتبر ملكية الشىء الموهوب قد انتقلت من الموهوب له الى الواهب ، خلافا لزفر اذا كان الفسخ بالتراضى (انظر كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زيد بك جزء ٢ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧) .

(٢) انظر كتاب الأحوال الشخصية للاستاذ محمد زيد بك جزء ٢ ص ٢٦٥ — ص ٢٦٦ .

قبل انتهاء هذه الفترة . فتنقضى بالالغاء دون أن يكون لذلك أثر رجعى . من هذه العقود عارية الاستعمال والايراد المؤبد والوكالة والشركة والوديعة والايجار غير محدد المدة والاستصناع وعقد العمل .

٦٨٢ — **عارية الاستعمال** — يجوز للمعير ، فى القانون الفرنسى ، إلغاء عارية الاستعمال قبل انتهاء مدتها ، اذا جدّت له حاجة ملحة فى الشىء المعار ، فاذا لم يقبل المستعير رد الشىء ، رفع المعير الأمر الى القضاء ، وللقاضى بعـد تقدير حاجة المعير أن يحكم بالغاء العارية ورد الشىء (م ١٨٨٩ مدنى فرنسى) . أما القانون المصرى فلم يرد فيـه نص بهذا المعنى ، بل أن المـادتين ٤٧٢/٥٧٤ تنصان على أنه لا يجوز أن يجبر المستعير على رد الشىء قبل الميعاد . ولكن يرى بعض شراح القانون المصرى جواز إجبار المستعير على رد الشىء قبل الميعاد ، اذا طرأت حاجة عاجلة للمعير فى الشىء ، استنادا الى أن العارية من عقود التبرع وأن المتعاقدين قصدا ذلك ضمنا وقت الاتفاق[1] . ونرى أن الأمر يرجع الى تفسـير نية المتعاقدين ، فاذا كان هناك شك فسر العقد بما هو فى مصلحة المتبرع أى المعير .

٦٨٣ — **الايراد المؤبد** — وفى عقد الايراد المؤبد يجوز للمستعير الغاء العقد بأن يرد رأس المـال الى المعير فى أى وقت أراد ، وذلك حتى لا يكون هناك التزام مؤبد فى ذمة المستعير (انظر م ٤٧٩/٥٨٣/١٩١١) .

٦٨٤ — **الوكالة** — ويجـوز للوكـيل أن يتنحى عن الوكالة قبـل انتهائهـا (م ٥٢٩/٦٥٠/٢٠٠٣) بشرط أن يكون ذلك فى وقت لائق (م ٥٢٢/٦٤٠/١٩٩١) . وكذلك يجـوز للموكل عزل الوكيل قبـل انتهاء الوكالة (م ٥٢٩/٦٥٠/٢٠٠٣) . فالوكالة إذن عقـد يستطيع كل من المتعاقدين أن يستقل بإلغائه[2] .

٦٨٥ — **الشركة** — وتلغى الشركة بانفصـال أحد الشركاء عنها اذا كانت مدتها ليست معينة ، بشرط ألا يكون هـذا الانفصال مبنيا على غش ولا فى غير الوقت اللائق له (م ٤٤٥ سادسا/٥٤٢ سابعا/١٨٦٥ خامسا)[3] .

(١) كامل مرسى بك فى العقود الصغيرة فقرة ٢٧٤ .

(٢) وتلغى الوكالة كذلك بموت أحد المتعاقدين ، ولو قبل انتهاء الوكاله (م ٥٢٩/٦٥٠/٢٠٠٣) .

(٣) وتلغى الشركة كذلك بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بافلاسه ، اذا لم يشترط فى عقد الشركة شىء فى شأن ذلك ، مع عدم الاخلال بالأصول المخصوصة المتعلقة بالشركات التجارية التى لا تنفسخ بموت أحد الشركاء الغير المتضامن أو إفلاسه أو الحجر عليه (م ٤٤٥ رابعا/٥٤٢ خامسا/١٨٦٥ ثالثا ورابعا) .

٦٨٦ — **الوديعة** — ويجوز للمودع، حتى اذا حدّد مدّة للوديعة، أن يلغى العقد قبل انقضاء هذه المدّة، وأن يستردّ الشيء المودع عند أوّل طلب يحصل منه (م ٤٨٢/٥٩٠/١٩٤٤).

٦٨٧ — **الايجار** — ويجوز إلغاء عقد الايجار غير محدّد المدّة بتنبيه يصدر من أحد المتعاقدين للآخر فى مواعيد حدّدها القانون (م ٣٨٣/٤٦٨/١٧٥٨)[1].

٦٨٨ — **الاستصناع** — ويجوز فى عقد الاستصناع لصاحب العمل أن يلغى العقد ويوقف العمل قبل انقضائه مع أدائه التعويضات اللازمة للمقاول فى مقابلة المصاريف المنصرفة لتهيئة العمل الذى صار إيقافه. ولكن اذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدّة معينة، أو عقد المقاولة معه على العمل كله، وجب عليه فى حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذى كان ينتج للمقاول أو الصانع المذكور من تنفيذ العمل (م ٤٠٧/٤٩٥ — ٤٩٦/١٧٩٤)[2].

٦٨٩ — **عقد العمل** — واذا لم تعين المدّة فى عقد العمل، جاز لكل من المتعاقدين إلغاء العقد فى أى وقت أراد، بشرط أن يكون ذلك فى وقت لائق (م ٤٠٤/٤٩٢/١٧٨٠)[3].

---

(١) ولا يلغى الايجار بموت المؤجر، ولا بموت المستأجر، ما لم يكن الايجار حاصلا للمستأجر بسبب حرفه أو مهارته الشخصية (م ٣٩١/٤٧٨).

(٢) ويلغى عقد الاستصناع بموت الصانع (م ٤١١/٥٠٢/١٧٩٥).

(٣) ويلغى عقد العمل بموت العامل، ولو قبل انقضاء المدّة.

هذا وفى الزواج، وهو خارج عن نطاق المعاملات المالية، يجوز للزوج فى الشريعة الاسلامية أن يستقل بحل رابطة الزوجية من طريق الطلاق. وليس له أثر رجعى.

الباب الثاني

أثر القــوة الملزمــة للعقــد

٦٩٠ — نسبية القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع — اذا نشأ العقد صحيحا، ولم يؤثر فيــه شيء من العوامل المتقدمة من بطلان أو فسخ أو رجوع أو الغاء، فقد خلصت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به .

فالمتعاقدان هما اللذان يلتزمان بالعقد، ومن هنا نرى نسبية العقد من حيث الأشخاص، و يلتزمان بمــا تضمنه العقد من التزامات دون غيرها، ومن هنــا نرى النسبية من حيث الموضــوع .

فالعقد نسبي اذن فى قوته الملزمة : (أولا) من حيث الأشخاص . (ثانيــا) من حيث الموضــوع[1] .

ونبحث الآن كلا من هذين الأمرين .

---

(١) و يقول بوتييه فى هــذا المعنى : "الاتفاق لا أثر له إلا بالنسبة للأشياء التى كانت محلا للعقد و إلا بالنسبة للأشخاص المتعاقدين" . (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٨٥) .

وسنرى أن النسبية فيما يتعلق بالأشخاص قد بولغ فيها كثيرا ، وقد كادت القاعدة تنهدم ، على الأقل فيما يتعلق بشطر منها (النسبية من حيث الدائن) ، وذلك بفضل التوسع فى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

الفصل الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة للأشخاص

* ٦٩١ — **المتعاقدان والغير** — العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين، ولا يجاوزهما الى الغير إلا فى أحوال استثنائية .

فنحن نبحث : (أولا) أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين . (ثانيا) أثر العقد بالنسبة للغير .

الفرع الأول

أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

* ٦٩٢ — **النصوص القانونية** — نصت المادتان ٢٠٢/١٤١ على أنه لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها ... ونصت المادتان ٢٠٣/١٤٢ على أنه لا يترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها .

ونصت المادة ١١١٩ من القانون المدنى الفرنسى على أنه لا يجوز بوجه عام أن يلتزم شخص أو يشترط باسمه إلا لنفسه . ونصت المادة ١١٢٢ من هذا القانون على أنه من المفروض أن يشترط الشخص لنفسه وللورثة والخلف ، إلا اذا صرح بالعكس أو ظهر ذلك من طبيعة الاتفاق . ونصت المادة ١١٦٥ على أن الاتفاق لا يترتب عليه أثر إلا فيما بين المتعاقدين .

ويستخلص من هذه النصوص أن أثر العقد لا ينصرف إلا الى المتعاقدين ، أى أن الالتزامات التى ينشئها العقد انما تترتب فى ذمة أحد المتعاقدين أو كليهما ، والحقوق التى يكون العقد مصدرها إنما تثبت لأحدهما أو كليهما كذلك[1] .

---

(١) هل يجوز أن يتعاقد شخص على أن ينصرف الحق أو الالتزام الناشئ من العقد الى وارثه ؟ الظاهر أن هذا لا يجوز ، وذلك أن المتعاقد اذا قصد أن ينشأ الحق أو أن يترتب الالتزام فى ذمته أولا ، على ألا يوجد إلا بموته فيورث عنه ، كان هذا تصرفا فى تركة مستقبلة ، وهو باطل حتى لو كان صادرا من نفس المورث كما سبقت الإشارة الى ذلك . ←

* ٦٩٣ — **المتعاقدان والخلف والدائنون** — على أنه يجب التوسع فى فهم كلمة "المتعاقدين" ، فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين ذاتهما فحسب ، بل المقصود هما ومن يمثلانه[1] فى التعاقد . فالمتعاقدان اذا تعاقدا انصرف أثر العقد اليهما ، وانصرف كذلك الى الخلف والدائنين[2] .

فالخلف ، عاما كان أو خاصا ، (ayant-causes universels, particuliers) ، والدائنون الشخصيون (créanciers chirographaires) لا يعتبرون من الغير فى العقد ، فينصرف اليهم أثره على التفصيل الذى نذكره فيما يلى .

المبحث الأول — الخلف

* ٦٩٤ — **الخلف العام والخلف الخاص** — الخلف إما أن يكون خلفا عاما (ayant-cause universal) أو خلفا بسبب عام (ayant-cause à titre universel) ، وإما أن يكون خلفا بسبب خاص (ayant-cause à titre particulier) ، وحكم كل منهما يختلف عن حكم الآخر من حيث انصراف أثر العقد اليه

المطلب الأول — الخلف العام أو بسبب عام

٦٩٥ — **الفرق بين الخلف العام والخلف بسبب عام** — الخلف العام هو من يخلف الشخص فى ذمته المالية ، أى يرثه فى كل حقوقه وفى كل التزاماته ، وذلك يتحقق

= أما اذا قصد أن ينشأ الحق أو أن يترتب الالتزام فى ذمة الوارث ، كان هذا اشتراطا لمصلحة الغير أو تعهدا عن الغير ، ولكل من الفرضين قواعد خاصة به سيأتى ذكرها .

والوارث طريقة غير مباشرة لاجبار الورثة على إقرار التزام يريدهم على إقراره ، وذلك بأن يوصى للدائن فى هذا الالتزام بما يعوضه عنه ويجعل الوصية معلقة على عدم إقرار الورثة للالتزام . (انظر فى هذا الموضوع بودرى وبارد ١ فقرة ٢١٩) .

(١) اذا قلنا أن المتعاقد "يمثل" الورثة والدائنين ، فانما نريد بذلك أن أثر العقد ينصرف الى هؤلاء . ولكن هناك فرقا بين موقفهم وموقف الأصيل الذى يمثله نائبه . فالأصيل ينصرف اليه أثر العقد من أول الأمر ولا ينصرف إلا اليه وحده دون النائب . أما الورثة والدائنون فلا ينصرف اليهم وحدهم أثر العقد ، بل ينصرف الأثر أولا الى نائبهم (وهو المتعاقد) ، ثم ينصرف معه الى الدائنين وبعده الى الورثة (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٨ ص ٤٥٠) .

(٢) أما النائب فيعتبر من الغير فى العقد ، فلا يتأثر به ، وينصرف الأثر الى الأصيل (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٨ ص ٤٥٠) .

اذا لم يوجد إلا وارث واحد أو موصى له بكل التركة حيث يجـوز ذلك . والخلف بسبب عام هو من يرث جزءا من الذمة المـالية باعتبارها مجموعا من المـال ، كالوارث اذا كان نصيبه فى الميراث الثلث أو الربع مثلا وكالموصى له بثلث التركة . أما الموصى له بعين معينـة فهو خلف بسبب خاص كما سيأتى .

ونحن نطلق على الاثنين لفظ "الخلف العام"، اختصارا فى التعبير، اذ لا فرق بينهما من حيث الأحكام . ونأخذ الوارث مثلا على الخلف العام .

* ٦٩٦ — **انصراف أثر العقد الى الخلف العام** — والخلف العـام ينصرف اليه أثر العقد . ومعنى ذلك أن الحقوق التى يولدها العقد تنتقل اليه بعد موت السلف، وأن الالتزامات التى ينشئها العقد تنتقل اليه كذلك . فاذا تعاقد المورّث فأصبح دائنا ومدينا بموجب العقد ، كما اذا باع عينا فأصبح دائنا بالثمن ومدينا بنقل ملكية العين، فان الوارث لا يعتبر من الغير فى عقد البيع ، بل ينصرف اليه أثره، فينتقل اليه حق مورّثه فى استيفاء الثمن بعد موت هـذا المورّث، وكذلك ينتقل اليـه التزام المورّث بنقل ملكية العين المبيعة فتخرج هذه العين من التركة الى المشترى ولا تبقى للوارث .

ويلاحظ أن انتقال ذمة المورّث الى الوارث يعتبر من أحكام الميراث التى يطبق عليهـا قانون الأحوال الشخصية فى مصر. وهذا القانون هو الشريعة الاسلامية فى أغلب الاحوال .

وتتفق الشريعة الاسلامية مع القانون الفرنسى فى أن الحقوق التى يولدها العقـد تنتقل الى الوارث . أما فيما يتعلق بالالتزامات ففى الشريعة الاسلامية مبدأ خاص يقضى بألا تركة إلا بعد سـداد الديون . ومعنى ذلك أن الالتزام لا ينتقل من ذمة المورّث الى ذمة الوارث، بل يبقى فى التركة حتى ينقضى، ومتى أصبحت التركة خاليـة من الديون انتقلت ملكيتها الى الوارث . ويفهم من هـذا أن الوارث فى الشريعة الاسلامية اذا كانت التزامات مورّثه لا تنتقل الى ذمته، فانه يتأثر بها بالرغم من ذلك، اذ هو لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون، فما يصيبه من الميراث اذن ينقص بقدر هذه الديون .

على أن هذا المبدأ الخاص فى الشريعة الاسلامية ، وقد امتزج بمبادئ مناقضة له أخذها المشرع المصرى عن القـانون الفرنسى، كان سببا فى تعقيـد طائفة من المسائل لا تزال محل

خلاف الى اليوم . ونحن نكتفى بالاشارة اليها فى الحاشية[1] .

---

(١) من أهم هـذه المسائل ثلاث : (أولها) هناك عقود مستمرة كالايجار لا تنقضى بالموت إلا فى أحوال استثنائية ، فاذا مات المستأجر مثلا انتقل التزامه بدفع الأجرة الى ورثته . فكيف يتفق هذا المبدأ المأخوذ من القانون المدنى مع مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون ، وما يتفرع على ذلك من أن الوارث لا تنتقل اليه التزامات التركة ؟ نرى أنه يجب التوفيق فى مثل هذه الأحوال بين مبدأ القانون المدنى ومبدأ الشريعة الاسلامية ، فنقرر أن التزام المستأجر بدفع الأجرة ينتقل الى وارثه حتى لا ينقضى عقـد الايجار بموت المستأجر عملا بمبـدأ القانون المدنى ، ثم نقرر أن هذا الالتزام الذى انتقل الى الوارث يجب ألا يجاوز حدود التركة عملا بمبدأ الشريعة الاسلامية . ويبنى على ذلك أن الوارث ينتقل اليه حق الانتفاع بالعين المؤجرة لأن هذا الحق داخل فى التركة كما ينتقل اليه الالتزام بدفع الأجرة إلا أنه لا يلتزم بدفعها إلا من أموال التركة . ويقاس على عقـد الايجار غيره من العقود المماثلة التى لا تنقضى بالموت .

(ثانيها) هل يستطيع الوارث بيع عين فى التركة قبل سداد الدين ؟ انقسمت الآراء فى هـذه المسألة ، فالبعض يطبق مبدأ القانون الفرنسى ، ويجعل الوارث مالكا للعين الموروثة بمجرد موت المورث وقبل سداد الدين ، فله بيعها ، وينتقل دين التركة الى ذمتـه ، وليس للدائن إلا الرجوع على الوارث شخصيا بهـذا الدين ، ولا سبيل له على العين التى بيعت ، إلا اذا جاز له الطعن فى البيع بالدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها . وفريق آخر يذهب الى أن الرأى المتقدم يتناقض مع مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فمن مقتضى هذا المبدأ أن العين لا تعتبر ملكا للوارث قبل أن يسدد دين التركة ، فاذا باعها قبل ذلك ، فللدائن أن يتتبع العين فى يد المشترى وينفذ عليها بحقه (انظر فى الفقه المصرى فى هذه المسألة الأستاذين أحمد عبد اللطيف بك وعبد الوهاب محمد من أنصار الرأى الأول ، والأساتذة عبد الحميد بدوى باشا وعبد الحميد مصطفى باشا وعلى زكى العرابى بك وأحمد نجيب الهلالى بك من أنصار الرأى الثانى . وقد لخصت آراؤهم تلخيصا دقيقا فى كتاب البيع للأستاذ أحمد نجيب الهلالى بك ص ٢٢٣ — ص ٢٣٢ — وانظر المراجع المشار اليها فى هذا الكتاب ومجلة المحاماة ١ ص ٢٢٥ وص ٣٦٩ وص ٤٣٣ و ٢ ص ١١٣ وص ١٦٥ — وانظر فى القضاء المختلط فى هذا الموضوع التعليـق على القانون المدنى المختلط للأستاذ جبريل بسطوروس بك م ٧٧ نمرة ١٢١ وما بعدها . وانظر من الرأى الأول استئناف أهلى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ج ١٤ عدد ٢٣ ؛ ومن الرأى الثانى استئناف مصر الأهلية ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ م ج ٣١ ص ٣٦٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٨٢٦ رقم ٤٢٨ — ٨ مارس سنة ١٩٣٢ م ج المحاماة ١٣ ص ١٦٨ رقم ٧٠) . ونحن نرى أن أنصار الرأى الثانى هم الذين يتمشون مع مبدأ الشريعة الاسلامية وهو المبدأ الواجب التطبيق فى هذه المسألة . إلا أننا نأخذ عليهم أنهم يتساهلون فى التعبير عن حق الدائن فى التركة بأنه حق عينى ، فان هذا الحق لم يكن له فى حياة المورث ، فلا يكون له بعد موته . وانما تعلق حق الدائن بجزء من التركة يفى بالدين ، ولا يملك الوارث هذا الجزء إلا بعـد سداد الدين ، فاذا باعه قبل ذلك فقد باع ما لا يملك ، ويكون البيع باطلا ولكن لمصلحة المشترى لا لمصلحة الدائن . أما هـذا الأخير فليس له أن يطلب البطلان لما قدمناه ، وليس له أن يتتبع العين المبيعـة فليس له عليها حق عينى كما ذكرنا ، وهو فى غير حاجة الى التتبع لأن العين لم تخرج من التركة بالبيع ، فالوارث لا يملكها ولم ينقل ملكيتها الى المشترى . لذلك يستطيع الدائن أن ينفذ على العين بحقـه وهى فى يد المشترى ، لا لأن له عليها حقا عينيا ، بل لأنها لم تخرج من التركة فهى لا تزال داخلة فى ضمانه العام . ولو أن المورث كان حيا وباع وارثه العين وهو لا يملكها ، أما كان المورث وهو المالك الحقيق يستطيع أن يسترد العين من المشترى ، وكان دائن المورث يستطيع أن يستعمل حق الاسترداد هذا باسم مدينه ، ثم ينفذ على العين بحقه بعد ذلك ؟ فهكذا يبقى الأمر بعد موت المورث : لا يزال الوارث غير مالك للعين لأنه لم يسدد الدين ، =

٦٩٧ — ما يترتب على انصراف أثر العقد الى الخلف العام — ويترتب على أن الخلف العام ينصرف اليه أثر العقد أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد، ويظهر ذلك فى الحالتين الآتيتين :

(١) لا يشترط ثبوت التاريخ فى العقد حتى يكون حجة على المتعاقدين(م٢٢٧/٢٩٢)، وانما يشترط ثبوت التاريخ ليكون العقد حجة على الغير (م ٢٢٨/٢٩٣ و م ١٤٢/٢٠٣) . والخلف العام حكمه حكم المتعاقدين فى ذلك ، يكون العقد حجة له وعليه ولو لم يكن ثابت التاريخ . وسنرى فيما يلى أن هناك فروضا يصبح فيها الخلف العام من الغير ، فلا يكون العقد حجة عليه إلا اذا كان ثابت التاريخ .

(٢) اذا كان العقد صوريا، فان العقد الحقيق هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين . أما الغير فيسرى فى حقهم العقد الصورى أو العقد الحقيق حسبما تقتضيه مصلحتهم . والخلف العام حكمه فى ذلك حكم المتعاقدين فيسرى فى حقه العقد الحقيق دون غيره .

٦٩٨ — متى لا ينصرف أثر العقد الى الخلف العام مع بقائه سلفا — على أنه يستثنى من القاعدة التى تقضى بأن أثر العقد ينصرف الى الخلف العام أحوال وردت الاشارة اليها فى المادة ١١٢٢ من القانون المدنى الفرنسى ، وهى تقضى بأنه من المفروض أن يشترط[1] الشخص لنفسه وللورثة والخلف ، إلا إذا صرح بالعكس أو ظهر ذلك من طبيعة

= ولا تزال العين فى ملكية التركة وهى تفترض امتداد حياة المورث ، ولا يزال الدائن يستطيع أن يسترد العين من المشترى لينفذ عليها بحقه .

(ثالثا) من المبادئ المقررة فى الشريعة الاسلامية أن الديون المؤجلة يسقط أجلها بموت المدين ، وليس فى مبادئ القانون الفرنسى الذى نقل عنه القانون المصرى ما يقضى بذلك . فاذا مات المدين الخاضع للشريعة الاسلامية فى مسائل الميراث ، أتحل ديونه بالموت طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، أم تنتقل هذه الديون الى الورثة وتبقى مؤجلة فى ذمتهم طبقا لأحكام القانون الفرنسى؟ نحن لا نذهب الى الرأى الثانى لمخالفته مخالفة صريحة للبدأ القاضى بأن التزامات المورث لا تنتقل الى ذمة الورثة ، وكذلك لا نذهب الى الرأى الأول لأن أحكام الأجل وسقوطه تخضع للقانون المدنى لا للشريعة الاسلامية . لذلك نرى توفيقا ما بين هذين المبدأين المتناقضين ، أن الأجل لا يسقط احتراما لقواعد القانون المدنى ، ولكن الدين يبقى مؤجلا فى التركة ولا ينتقل الى ذمة الورثة احتراما لقواعد الشريعة الاسلامية (انظر فى هذا المعنى محكمة المنصورة المختلطة فى ١٢ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ١٢ رقم ٢٥ — قارن استئناف مختلط فى ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٠) .

(١) كلمة " يشترط " ترجمة للفظ الفرنسى (stipuler) الوارد فى المادة ١١٢٢ ، ويجب فهم هذا اللفظ بمعناه الواسع ، فيحمل على أن معناه " يتعاقد " (contracter) ، فيدخل الى جانب الاشتراط (stipuler) كدائن =

الاتفاق . ولا مقابل لهـذا النص فى القانون المصرى ، ولكنه متفق مع القواعد العامة التى قصد المشرع المصرى اتباعها . ومن ذلك نرى أن أثر العقد لا ينصرف الى الخلف العام مع بقائه خلفا فى ثلاث أحوال :

(١) اذا اتفق المتعاقدان على ذلك ، لأن العقد شريعة المتعاقدين . فاذا أرادا أن حقا أو التزاما نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد فلا ينتقل الى الوارث من بعـده ، صح الشرط اذا لم يكن مخالفا للنظام العـام أو للآداب[1] . فيجوز مثلا أن يتفق المتعاقدان فى بيع

= التعهد (promettre) كدين (انظر أوبرى ورو ٤ ص ٥٦٤ وهامش نمرة ٣ مكررة — لاروميير م ١١٢٢ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٥٩ — لوران ١٦ فقرة ١ — بودرى و بارد ١ فقرة ٢١٣ — بفنوار ص ٧٥٥ — وقارن بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٩ ص ٤٥١ وفقرة ٣٣١ ص ٤٥٥ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢١٢ — جوسران ٢ فقرة ٢٥٣) .

(١) محكمة القاهرة المختلطة الكلية فى ٢١ مارس سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ ص ١٢٩ رقم ١٤١ .

و يترتب على ذلك أنه لا يصح أن يشترط البائع على المشترى أن ما يتبقى من أقساط الثمن بعـد موت البائع يدفع الى أحد الورثة دون الآخرين ، إلا فى الحدود التى يستطيع فيها البائع أن يوصى لهذا الوارث . ولا يمكن تخريج المسألة على أنها اشتراط لمصلحة الوارث ، لأن المورّث إنما اشترط الحق لنفسه على أن يورث من بعده (انظر فى هـذا المعنى ديرانتون ١٠ فقرة ٢٦١ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٤٠ — أوبرى ورو ٤ ص ٥٦٥ وهامش نمرة ٨ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٧٠ — لوران ١٦ فقرة ١١ — هيك ٧ فقرة ٥٥ — بودرى و بارد ١ فقرة ٢٢٠ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣١٢ — ص ٣١٣ — انظر عكس ذلك توليه ٦ فقرة ٤١٤ — فقرة ٤١٧ — لاروميير م ١١٢٢ فقرة ٤٦ — بفنوار ص ٧٦٠) . هـذا ولا فرق فى الفرض المتقـدم بين ما اذا اشترط البائع أن تدفع كل الأقساط الباقيـة من الثمن الى الوارث الذى عينه ، أو ألا يدفع له إلا نصيب من هذه الأقساط يعدل نصيبه فى الميراث وتبرأ ذمة المشـترى مما يتبقى من الثمن . ففى الحالتين استأثر الوارث بحق لم يشترك معه فيه بقية الورثة ، وفى هذا تمييز له يأخذ حكم الوصية (ماركاديه ٤ فقرة ٤٤٠ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٧٠ — لوران ١٦ فقرة ١١ — بودرى و بارد ١ فقرة ٢٢١ — عكس ذلك ديرانتون ١٠ فقرة ٢٦١ متبعا فى ذلك بوتييه فى الالتزامات فقرة ٦٤ ، وقد نقل بوتييه هـذا الرأى عن الفقيه الرومانى (سلسيس celsus) .

وكالحق الالتزام ، فلا يجوز للمشـترى أن يشترط أن ما يتبقى عليه من أقساط الثمن بعد موته يدفعه أحد ورثته دون الباقين ، ففى هذا تمييز لبقية الورثة يأخذ حكم الوصية (وتصل الشريعة الاسلامية الى نفس النتيجة من طريق آخر ، لأن الوارث الذى ألزمه مورّثه بدفع باقى الدين غير ملزم بذلك ، وانما يدفع الدين من كل التركة ، وما بقى بعد ذلك يقسم على الورثة بقدر أنصبتهم ، وفى هـذا منع للتمييز) . كذلك لا يجوز للمشترى أن يشترط أنه اذا مات ، فلا تقوم الورثة بدفع نصيبهم فى الأقساط الباقية إلا وارثا معينا ، فان فى هذا أيضا تمييزا لبقية الورثة على هذا الوارث (ديرانتون ١٠ فقرة ٢٦٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٤٠ — أوبرى ورو ٤ ص ٥٦٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٧١ — لوران ١٦ فقرة ١٠ — هيك ٧ فقرة ٥٥ وفقـرة ٨١ — بودرى و بارد ١ فقرة ٢٢٢ — بفنوار ص ١٥٨ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٠٢ — ص ٣٠٣ — عكس ذلك لاروميير م ١١٢٢ فقرة ٤٦ وفيما يتعلق بالفرض الأخير فقط ديرانتون ١٠ فقرة ٢٦٣ — بوتييه فى الالتزامات فقرة ٦٤) .

على أن يمنح المشترى أجلا لسداد الثمن ، ولا ينتقل هذا الحق الى ورثته ، فاذا مات المشترى وجب على الورثة دفع الثمن فى الحال . كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون للبائع الحق فى استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة على ألا ينتقل هذا الحق الى ورثة البائع[1] .

(٢) اذا كان هناك نص فى القانون يقضى بالا ينصرف أثر العقد الى الخلف العام . والقانون ينص على ذلك فى مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمنا . من ذلك ما قضت به المـادتان ٤٧٨/٣٩١ من أن الإيجـار ينفسخ بموت المستأجر إذا كان قد روعى فى العقد حرفته أو مهارته الشخصية ، وما قضت به المـادتان ٤٨٨/٤٠٠ من أن المزارعة تنقضى بموت المستأجر ، وما قضت به المـادتان ٥٠٢/٤١١ من أنه ينفسـخ استئجار الصانع بموته ، وما قضت به المـادتان ٥٤٢/٤٤٥ من انتهاء شركة الأشخاص بموت أحد الشركاء ، وما قضت به المـادتان ٦٥٠/٥٢٩ من أن الوكالة تنتهى بموت أحد المتعاقدين[2] .

(٣) إذا كانت طبيعة الحـق أو الالتزام الناشئ من العقـد تأبى أن ينتقل من المتعاقد الى خلفه العام . وقد يكون المـانع من الانتقال قانونيـا أو ماديا . فاذا حصـل شخص على حق انتفاع بموجب عقد ، فان هذا الحق لا ينتقل من بعـده الى ورثته ، لأن حق الانتفاع تقضى طبيعته القانونية بأن ينقضى بموت صاحبـه . وإذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب طول الحياة ، فهـذا الايراد لا ينتقل الى ورثتـه ، لأن طبيعة الايراد القانونية والمـادية معا تقضى بانتهائه بموت صاحب الايراد . كذلك كل التزام نشأ من عقد ، ولو حظت فيه شخصية الملتزم أو صفة خاصة به ، ينقضى بموت الملتزم ولا ينتقل الى الورثة نظرا لطبيعة الالتزام المـادية ، كما فى الأمثلة التى قدمناها ونص القانون فيها على أن العقـد ينتهى بموت المتعاقـد[3] .

---

(١) ويرى بعض الشراح أن شرط عدم انصراف أثر العقـد للخلف العام يجب أن يكون صريحا ، لأنه استثناء من القواعد العامة (انظر لارومبير ١ م ٢ ١٠ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٦٥ — لوران ٦ فقرة ٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢١٥ — بفنوار ص ٧٥٥) . ونحن لا ننكر أن الغالب أن يلجأ المتعاقدان الى الشرط الصريح فى مسألة يريدان أن يخرجا فيها على القواعد العامة خوفا من اللبس ، ولكن لا يوجد نص فى القانون يقضى بوجوب أن يكون الشرط صريحا فى هذه المسألة ، فيصح اذن أن يكون ضمنيا (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٩ ص ٤٥٢) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٢١٧ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٩ ص ٤٥٢ .

(٣) أوبرى ورو ٤ ص ٥٦٥ وهامش نمرة ٦ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٦٨ — لوران ١٦ فقـرة ٦ — بفنوار ص ٧٥٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢١٦

* **٦٩٩ – متى لا ينصرف أثر العقد الى الخلف العام باعتباره من الغير** – وهناك فروض ينظر فيها الى الخلف العام باعتباره من الغير . وذلك أن القانون يعطى للوارث حقوقا يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه، والمقصود بهذه الحقوق حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به، ولذلك يعتبر الوارث فى هذه الفروض من الغير بالنسبة لهذه التصرفات .

فالقانون يعطى المورث حق التصرف فى جميع أمواله حال حياته بعقود معاوضة أو بعقود تبرع، حتى لو أضر ذلك التصرف بالورثة، وحتى لو تعمد المورث هذا الاضرار . فللشخص أن يهب كل ماله أو بعضه لأحد الورثة دون الباقى أو لغير وارث أصلا ؛ ولو قصد بذلك حرمان بعض الورثة أو كلهم من ميراثه[1] ، مادام يتجرد عن ملكية ماله حال الحياة . أما اذا تصرف فى ماله لما بعد الموت بطريق الوصية، وهو تصرف لا يكلفه شيئا فى حياته، فيتحكم بذلك فى حظوظ ورثته تحكما يأباه النظام العام، فان القانون (والمقصود بالقانون هنا الشريعة الاسلامية إذ هى التى تطبق فى مصر فى أغلب الأحوال فيما يتعلق بهذه المسألة) يتقدم لحماية الوارث، ويقيد تصرفات المورث، فلا يبيح له أن يتصرف فى ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث لغير وارث . أما الوصية لوارث فلا تجوز إلا اذا أجازتها بقية الورثة ، وكذلك الوصية لغير وارث فيما يزيد على الثلث . ويلحق بالوصية تصرفات ثلاثة اذا صدرت من المورث فى مرض الموت، وهى البيع والهبة والوقف . هذه القيود على تصرفات المورث وضعها القانون لمصلحة الوارث . فهى حق يستمده الوارث من القانون مباشرة لحماية نفسه ضد تصرفات مورثه، وليست حقا يتلقاه بطريق الميراث عن هذا المورث . لذلك يعتبر الوارث من الغير فى هذه التصرفات[2] .

---

(١) وهذا بخلاف الدائن، فان القانون يحميه أكثر مما يحمى الوارث، إذ لا يبيح للمدين أن يتصرف فى ماله ولو معاوضة اذا قصد بذلك الاضرار بالدائن . والسبب فى تمييز الدائن على الوارث أن الثانى يستولى على مال مورثه دون عوض فكان للمورث حق حرمانه من ذلك بتصرف ينفذ حال الحياة لا بعد الموت . أما الدائن فيأخذ مال مدينه بعوض هو الدين الذى ترتب فى ذمة المدين ، فلا يحق اذن لهذا المدين أن يتصرف فى هذا المال تصرفا يقصد به الاضرار بحق الدائن ، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام فى الدعوى البوليصية .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الأهلية الكلية فى هذا المعنى بأن الورثة ينقلبون الى طبقة الغير، ويصبحون فى حل من التمسك بحقوق لهم ، فيما اذا أمدهم الشارع بهذه الحقوق المعينة فى حالة مرض الموت والوصية . وفى غير هاتين الحالتين تعتبر تصرفات مورثهم نافذة عليهم ، سواء سجلت أو لم تسجل ، سواء تجرد بها المورث من كل ما يملك أو لم يتجرد إلا من بعض منه

ويترتب على ذلك أنه اذا باع الموّرث عينا وهو فى مرض موته لأحد الورثة أو لغير وارث وكانت العين تزيد على ثلث التركة، فان التزام الموّرث بمقتضى هذا البيع لا ينتقل الى الورثة الذين لم يجيزوا البيع (إلا بقدر الثلث لغير الوارث)، ولا يسرى العقد فى حقهم، لأنهم يعتبرون من الغير فى هذه الحالة . ويتفرع على ذلك أن عقد البيع لا يكون حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ، فلو أن التاريخ العرفى الموضوع على العقد يرجع الى عهد كان الموّرث فيه غير مريض ، لم يكن هذا حجة عليهم ، ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدّم عمدا حتى لا يظهر أن العقد صدر فى مرض الموت .

المطلب الثانى — الخلف بسبب خاص[1]

* ٧٠٠ — **تعريف الخلف بسبب خاص** — الخلف بسبب خاص هو من يتلقى من سلفه ملكية شىء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشىء[1]، وهذا بخلاف الخلف بسبب

= ما يملك ، إذ له وهو فى حال حياته وفى غير مرض الموت وفى غير الايصاء لوارث أو لأجنبى أن يتصرف فى جميع ماله ، وليس للوارث بعد وفاة موّرثه حق الاعتراض على تصرفات موّرثه وحق القول بأنها تصرفات عملت إضرارا به ، ما دام أن الوارث لا يتحقق له حق الإرث والمورث على قيد الحياة ، ولا يتحقق له ذلك إلا عند الوفاة وما يظهر من مال المتوفى . أما قبل ذلك فلا ، إلا فى حالتى مرض الموت والايصاء (١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٧٤٠ رقم ٣٧٨) . انظر أيضا فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩ .

(١) انظر فى هذا الموضوع مقالا للأستاذ ليبارنير (Lepargneur) فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية (الفصلية) سنة ١٩٢٤ ص ٤٨١ — ص ٥٨٣ ، ومقالا آخر للأستاذ حامد فهمى بك فى حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال فى حق الخلف بسبب خاص — نظرية الاستخلاف على الحقوق والالتزامات ونظرية نقلها فى مجلة كلية الحقوق سنة ١٩٢٨ السنة الثانية العدد الرابع ص ٤٤ — ص ٦٥ .

(٢) أما من ترتّب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر فلا يكون خلفا خاصا له ، بل يكون دائنا (انظر عكس ذلك بودرى وبارد ١ فقرة ٢١١ — دى هلتس ١ فى الخلف فقرة ٥ — حامد فهمى بك فى مقاله المشار اليه فقرة ٢) . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر، بل هو دائن له ، فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة (كأن يقطع المدة ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة) ، ويجوز كذلك أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعوى البوليصية (كما اذا باع المؤجر العين متواطئا مع المشترى حتى يتخلص من حق المستأجر، بفرض أن الايجار غير ثابت التاريخ) .

وهذا لا يمنع من أن يتلقى الخلف الخاص من سلفه حقا شخصيا ، كما اذا اشترى دينا من الدائن ، فان المحال له يعتبر فى هذه الحالة خلفا خاصا للمحيل . وذلك لأن الدين قد وجد أولا ودخل فى مال المحيل ثم انتقل بعد ذلك الى المحال له ، بخلاف من يترتّب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر، فان الدين لم ينتقل اليه بعد أن وجد فى مال شخص آخر بل نشأ الدين مباشرة فى ماله بسبب من أسباب نشوء الالتزام . وتطبيقا لذلك لا يعتبر المستأجر من الباطن خلفا خاصا للمستأجر الأصلى ، أما المتنازل له عن الايجار فيعتبر خلفا خاصا له . =

عام فانه يتلقى جزءا من مجموعة من المال ، لا عينا معينة بالذات . فمن يشترى عينا (عقارا أو منقولا) أو دينا يكون خلفا بسبب خاص للبائع ، ومن يوصى له بالعين أو بالدين ومن يتلقى حق انتفاع أو حق ارتفاق على شيء معين يكون كذلك خلفا بسبب خاص لمن تلقى منه الحق (١) .

* ٧٠١ — **وضع المسألة بالنسبة للخلف الخاص** — واذا تكلمنا عن الخلف الخاص بمناسبة انصراف أثر العقد اليه ، فلا نقصد من ذلك أن كل عقد صدر من السلف ينصرف اليه أثره ، كما ينصرف الى الخلف العام . فانه لا يمكن تصور ذلك اذا لم يكن هناك ارتباط بين العقد والشيء المعين الذى انتقل من السلف الى الخلف . فاذا باع شخص عينا ، وأصبح المشترى خلفا خاصا له فى هذه العين ، فلا محل للتساؤل عما اذا كان هذا الخلف ينصرف اليه أثر قرض عقده البائع ، حتى لو كان هذا القرض سابقا على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل فى الضمان العام للقرض . فى مثل هذا الفرض لا شك فى أن المشترى لا ينتقل اليه شيء ولو نسبي من التزام سلفه الناشئ من عقد القرض ، بل يأخذ العين المبيعة خالصة من الدين مادام لم يترتب عليها حق عينى ضمانا لهذا الدين .

فالقاعدة إذن أن الخلف الخاص يعتبر من الغير فى العقود التى تصدر من سلفه ولا تكون لها صلة بالشيء المعين الذى انتقل اليه من هذا السلف . وانما تعرض مسألة انصراف أثر العقد الى الخلف الخاص فى العقود المتعلقة بهذا الشيء وتكون قد صدرت من السلف قبل انتقال الشيء الى الخلف الخاص . فيجب إذن توافر شرطين فى العقد حتى يصح النظر فيما اذا كان أثره ينصرف الى الخلف الخاص : (١) أن يكون هذا العقد متعلقا بالشيء المعين

= ويجوز أن يتلقى الخلف الخاص حقا عينيا على الحق الشخصى ، كما اذا ارتهن شخص دينا رهن حيازة ، فان الدائن المرتهن يعتبر فى هذه الحالة خلفا خاصا للدائن الراهن .

(انظر بلانيول ٢ فقرة ١١٨٠ ، وقارن والتون ٢ ص ١٧ — ص ١٨) .

(١) ومن يكسب عينا بالتقادم لا يكون خلفا خاصا للمالك الأصلى (انظر دى هلتس ١ فى الخلف فقرة ٢٢) . كذلك لا يعتبر البائع الذى يسترد العين من المشترى بعد فسخ البيع أو تقرير بطلانه خلفا خاصا للمشترى ، لأن كلا من الفسخ والبطلان له أثر رجعى كما قدمنا ، فلا يعتبر البائع متلقيا الملكية عن المشترى (كما فى الالغاء بالتراضى) ، بل يعتبر مالكا من مبدأ الأمر وأن الملكية لم تنتقل منه الى المشترى حتى تعود اليه .

الذى انتقل الى الخلف الخاص . (٢) وأن يكون العقد قد صدر من السلف قبل انتقال الشيء الى الخلف[١] .

ولنأت بأمثلة توضح ذلك : شخص يبيع متجره ، فهل ينتقل الى المشترى ما كسبه البائع من حق فى عدم منافسة أحد التجار لهذا المتجر بموجب عقد تم بينهما قبل البيع؟ أمّن شخص على منزله ضدّ الحريق ثم باعه، فهل ينتقل للمشترى حق البائع فى التأمين؟ باعت شركة أرضا واشترطت على المشترى أن يكون البناء على نحو معين، ثم باع المشترى الأرض لمشتر ثان ، فهل ينتقل الى المشترى الثانى التزام المشترى الأول بالبناء على هذا النحو المعين ؟ هذه الأمثلة التى سقناها تدل على أن المسألة التى نعالجها هى من المسائل العملية الهامة ، وهى أيضا من المسائل الدقيقة التى تقتضى عناية فى البحث .

٧٠٢ — النصوص القانونية — لم يرد فى هذه المسألة نص فى القانون المصرى . أما القانون الفرنسى فيقف فقهاؤه عند نص المادة ١١٢٢ ، وهى التى تقضى بأنه من المفروض أن يشترط الشخص لنفسه وللورثة وللخلف . ويذهبون الى أن لفظ " الخلف " الوارد فى النص يراد به الخلف بسبب خاص ، لأن الخلف بسبب عام ذكر قبل ذلك وتضمنه لفظ " الورثة " . ثم يتوسعون فى تفسير لفظ " يشترط " (stipuler) ؛ فيحملونها على معنى " يتعاقد " (contractar) . ويستخلصون من ذلك أن النص يقضى بأن السلف يتعاقد — دائما أو مدينا — لحساب الخلف الخاص ، فينصرف أثر العقد الى هذا الخلف ، ولكن فى حدود يجب رسمها[٢] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٢٥٨ ، فيجب اذن أن يكون العقد الذى يراد انصراف أثره الى الخلف الخاص ثابت التاريخ وسابقا على التاريخ الذى انتقل فيه الشيء المعين الى هذا الخلف .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٢١٣ وفقرة ٢٢٥ ص ٢٨٣ على أن الفقهاء الفرنسيين ليسوا متفقين على هذا التفسير . فمنهم من يوافق على تفسير لفظ "يشترط" بمعنى "يتعاقد" ، ولكن لا يوافق على حمل لفظ "الخلف" على معنى "الخلف الخاص" ، بل يفسره بمعنى الخلف العام ويكل به لفظ "الورثة" الوارد قبله . وحجة هذا الفريق أن الحقوق والالتزامات لا تنتقل الى الخلف إلا اذا كان خلفا عاما . أما الخلف الخاص فاذا انتقلت اليه الحقوق ، فلا يمكن أن تنتقل اليه الالتزامات ، لما هو معروف من أن الدين اذا انتقل من الدائن فلا ينتقل من المدين (ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٥٩ — لاروميير م ١١٢٢ فقرة ٤ — هيك ٧ فقرة ٥٥) . وهناك فريق آخر يذهب الى عكس ذلك ، فيفسر "الخلف" بمعنى الخلف الخاص ، ولكن يقصر لفظ "يشترط" على معناها الدقيق ، فلا تنصرف إلا الى معنى كسب الحق لا الالتزام بالدين . وتكون الحقوق وحدها هى التى تنتقل الى الخلف الخاص ، أما الالتزامات فلا تنتقل نزولا على القواعد العامة (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٢٩ وفقرة ٣٣١ ص ٤٥٥) .

ومهما يكن من شأن هذا التفسير، فنحن نعالج المسألة على أساس أنه لا يوجد فيها نص تشريعي كما هي حالة القانون المصري .

٧٠٣ — فروض لا شك في أن أثر العقد ينصرف فيها الى الخلف الخاص — هناك فروض لا مجال للشك في أن أثر العقد ينصرف فيها الى الخلف الخاص ؛ وهذه هي :

(أولا) اذا كان العقد قد رتب للشيء أو عليه حقا عينيا أشهر طبقا لما يقتضيه القانون. فاذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق للعين أو عليها، وسجل هذا الحق، فان الخلف الذي تنتقل اليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق أو مثقلة به .

(ثانيا) قد يرد نص صريح يقضي بانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص . من ذلك ما ورد في المادتين ٤٧٤/٣٨٩ (انظر المادة ١٧٤٣ فرنسي) من أن المشتري للعين المؤجرة تنتقل اليه التزامات المؤجر وحقوقه الناشئة من عقد الايجار، اذا كان هذا العقد ثابت التاريخ وسابقا على عقد البيع . فهنا نرى أثر الايجار الذي عقده السلف وهو البائع انصرف الى الخلف وهو المشتري .

(ثالثا) اذا كان السلف قد اشترط على الخلف أن ينصرف اليه أثر العقد . فاذا فرضنا أن عقد الايجار لم يكن تاريخه سابقا على عقد البيع ، ولكن البائع اشترط على المشتري أن ينصرف اليه أثر الايجار ، وجب احترام هذا الاتفاق[1] .

*** ٧٠٤ — معيار لانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص في الفروض الاخرى —** أما فيما عدا هذه الفروض، فالعقد قد ينصرف أثره الى الخلف الخاص أو لا ينصرف[2]، فما هو المعيار الذي يمكن اتخاذه لمعرفة ذلك ؟

نستطيع أن نستخلص من روح التشريع ومن القواعد العامة ومن طبيعة المسألة التي نحن بصددها معيارا يمكن الرجوع اليه في ذلك . وهذا المعيار هو ما يأتي : حيث تكون الحقوق

---

(١) وقد يتفق السلف مع الخلف على انتقال الحقوق، فاذا كان العقد يولد التزامات في مقابل هذه الحقوق، فيكون مفهوما ضمنا على أن الاتفاق قد تم أيضا على انتقال الالتزامات كما انتقلت الحقوق .
وقد لا يشترط السلف على الخلف شيئا، ولكن الخلف يقوم من تلقاء نفسه بتنفيذ الالتزام الذي ترتب في ذمة السلف .
انظر في كل الفروض المتقدمة بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣٢ ص ٤٥٧ — ص ٤٥٩ .

(٢) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٧ .

الذى ولدها العقد من مكملات الشيء الذى انتقل الى الخلف ، وحيث تكون الالتزامات التى أنشأها العقد من محددات هـذا الشيء ، فان الحقوق والالتزامات تنتقل الى الخلف[1] ، وإلا فانها لا تنتقل .

يبرر ذلك أن الحقوق المكملة للشيء انما هى فى الواقع من الأمر تعتبر من توابع هذا الشيء ، والتابع ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التى تحدد الشيء فيجب أن تنتقل أيضا معه ، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل الى الخلف أكثر مما يملك[2] .

ونطبق الآن هذا المعيار على الحقوق ثم على الالتزامات .

* ٧٠٥ — **الحقوق المكملة للشيء** — فالحق حتى ينتقل من السلف الى الخلف يجب أن يكون مكملا للشيء الذى انتقل الى الخلف كما قدمنا . وعلى ذلك ينتقل الى الخلف :

---

(١) أما الصياغة القانونية لانتقال الحقوق من السلف الى الخلف فتبنى على أساس أن الحق اذا كان عينيا فهو تابع للشيء وجزء منه فينتقل بانتقاله . واذا كان الحق شخصيا فهو حوالة حق من السلف الى الخلف ، ويعتبر المدين فى هذا الحق الشخصى (المحال عليه) راضيا مقدما بهذه الحوالة ، اذا كان هذا الرضاء ضروريا كما هو الأمر فى القانون الأهلى ، وذلك لأن الحق الشخصى تابع للشيء ومكمل له كما هو المفروض ، فكأن المدين بهذا الحق عند ما رضى بمديونيته رضى فى الوقت ذاته أن ينتقل الحق الى أى شخص آخر ينتقل اليه الشيء الأصلى .

هذا بالنسبة لانتقال الحقوق ، أما انتقال الالتزامات فيقف دونها عقبة قانونية ، وذلك لأن القاعدة فى القانونين المصرى والفرنسى أنه اذا أمكنت حوالة الحق فحوالة الدين غير ممكنة . على أن تطبيق هذه القاعدة يكون عادة فى فرض يراد فيه انتقال التزام أصلى من ذمة مدين الى ذمة مدين آخر ، فلا يجوز ذلك . أما الفرض الذى نحن بصدده فالالتزام الذى يراد انتقاله التزام تبعى يحدد من شيء معين ، وقد انتقل هـذا الشيء من شخص الى آخر ، أفلا ينتقل الالتزام مع الشيء باعتباره تابعا له ؟ على أننا اذا تركنا هذا الاعتبار جانبا ، فمن الممكن أن نلجأ لطريقة أخرى فى الصياغة القانونية ينتقل بها الالتزام من السلف الى الخلف ، فيصبح هذا مدينا للدائن فى هذا الالتزام . وذلك بأن نفترض أن السلف اشترط على الخلف أن يلتزم لمصلحة هـذا الدائن ، فتكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير وهو جائز كما سنبين ذلك فيما يلى (انظر هذه النظرية مطبقة فى علاقة المؤجر بالمتنازل له عن الايجار ، عند رجوع الأول على الثانى بالتزامات المستأجر الأصلى ، فى كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ٤٢٧ — انظر أيضا كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٣٨ — ص ٥٣٩) .

وقد وقف الأستاذ حامد فهمى بك عند هذه الصعوبات فى الصياغة القانونية ، الى حد أنه ذهب بعدم جواز انتقال الالتزامات الشخصية من السلف الى الخلف ، وقد اقترح ضرورة تدخل المشرع لاباحة ذلك وتنظيم طريق لاشهار هذه الالتزامات حتى يعرفها من تنتقل اليه قبل انتقالها (انظر مقال الأستاذ فى مجلة كلية الحقوق فقرة ٣٦ وفقرة ٦٢ وقارن فقرة ٥٩) .

(٢) قارن بودرى وبارد ١ فقرة ٢٢٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣١ — بلانيول ٢ فقرة ١١٧٩ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣١٤ — جوسران ٢ فقرة ٢٥٨ — دى هلتس ١ فى الخلف فقرة ٦ وفقرة ٩ — هالتون ١ ص ٣٣٦ — والتون ٢ ص ٢٠ — ص ٢٢ — حامد فهمى بك فى مقاله المشار اليه فقرة ٧ وفقرة ١٧ وفقرة ٢٦ وفقرة ٣٥ — فقرة ٣٨ .

(١) الحق الذى يكون تأمينا للشيء ، سواء كان هذا التأمين عينيا أو شخصيا ، لأن التأمين يعدّ مكملا للشيء ، إذ هو يحفظه ويقويه . فاذا حوّل الدائن حقه انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة أو رهن أو غير ذلك (انظر المادة ١٦٩٢ من القانون المدنى الفرنسى)[1] .

(٢) وينتقل أيضا الى الخلف الحقوق الشخصية المتولدة من عقد صدر من السلف ، وكان الغرض منه درء ضرر عن الشيء . لأن الحق المقصود به وقاية الشيء من الضرر يعدّ مكملا للشيء ، إذ هو يحفظه كما فى التأمينات . فاذا تعاقد شخص مع شركة للتأمين على منزل ضد الحريق ، ثم باع المنزل ، فان حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل الى المشترى[2] .

ومثل حق البائع فى التأمين حقه قبل البائع له فى ضمان الشيء ضمان استحقاق أو ضمان عيب . فالبائع لشيء ينقل مع هذا الشيء الى المشترى حقه فى الضمان . وللمشترى أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب أو بأى ضمان اشترطه

---

(١) ولا يقتصر الأمر على انتقال التأمين العينى كالرهن ، فهذا ينتقل بطبيعته على أساس أنه حق عينى كما قدّمنا ، بل تنتقل أيضا التأمينات الشخصية . وكالتأمينات دعاوى الفسخ فهى من شأنها تأكيد الحق . ويترتب على ذلك أن المحال له بالثمن ينتقل اليه حق البائع فى الفسخ اذا لم يستوف الثمن من المشترى . بخلاف دعاوى البطلان ، فهى لا تنتقل ، إذ هى تتنافى مع الحق لا تؤكده (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش نمرة ٢) .

(٢) وهذا ما استقرّ عليه الرأى أوّلا فى فرنسا (انظر ليبارنيير (Lepargneur) فقرة ٤٣) . ثم عدل القضاء الفرنسى عن ذلك ، وأصبح الأمر الآن يتعلق بتفسير عقد التأمين ، ويرد فيه عادة شرط يقضى بانتقال الحقوق الناشئة عنه الى الخلف بقيود معينة (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش نمرة ٤ — حامد فهمى بك فى مقاله المشار اليه فقرة ١٤ — فقرة ١٥) .

أما القضاء المصرى فالظاهر أنه يرى أن الحق الناشئ عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشيء المؤمن عليه الى الخلف . فقد قضت محكمة مصر الأهلية الابتدائية (قضاء مستعجل) بأنه من المتفق عليه باجماع الفقه والقضاء أن القيود التى تسرى على الخلف الخاص هى التى تمس تكوين الحق الذى انتقل اليه ، كانشاء حق ارتفاق على العقار المبيع أو الموهوب أو بيع هذا العقار كله مرة أولى ، أما العقود التى لا تمس هذا الحق ، بل تعاقد فيها المالك الأصلى بمناسبة ملكيته لهذا الحق ، فليست لها حجية قبل المشترى ، كعقد التأمين ضد الحريق الذى يحرّره مالك المحل التجارى قبل بيعه ، وكالعقد الذى يتعاقد به مع موظفى المحل (١٠ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١١٤٣ رقم ٥٧٠) . انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٥ .

ومما هو جدير بالذكر أن بعض القوانين قد أخذت بمذهب انتقال حق التأمين الى الخلف الخاص ، كالقانون الايطالى (م ٤٢٢ مدنى ايطالى) والقانون السويسرى (قانون خاص صدر فى سنة ١٩٠٨) .

ويلاحظ أنه اذا انتقل الى المشترى حق البائع فى التأمين ، ينتقل اليه تبعا لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين على أساس الاشتراط لمصلحة الغير كما قدّمنا (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٥) .

البائع لنفسه . ويترتب على ذلك أنه اذا اشترط البائع عدم الضمان فان هـذا لا يمنع المشترى من الرجوع بالضمان على البائع للبائع[1] .

ومثل هذا أيضا حق بائع المتجر فى عدم منافسة شخص آخر للمتجر، أو فى تقييد موظف قديم فى حريته فى العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة . هـذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدرأ خطر المنافسة عن متجره ، فهى مكملة للمتجر ، وتنتقل معه الى المشترى[2] .

* ٧٠٦ — الحقوق غير المكملة للشىء — أما اذا كان الحق لا يعتبر مكملا للشىء فلا ينتقل الى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) حق السلف اذا تعاقد مع مقاول على بناء الأرض التى انتقلت الى الخلف ، لأن هذا الحق لا يعتبر مكملا للأرض ، فليس من شأنه أن يقوى ملكية الأرض كما فى التأمينات ، ولا أن يدرأ عنها الخطر كما فى التأمين والضمان ومنع المنافسة .

ومثل هذا حق صاحب السيارة اذا استأجر مكانا تأوى اليه السيارة (جراج) . فاذا باعها فلا ينتقل هـذا الحق الى المشترى . ولا يستطيع هـذا أن يطالب صاحب (الجراج) بحق المستأجر[3] .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ نوفمبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٣٥٧ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش نمرة ١ — أحمد نجيب الهلالى بك فى البيع .

كذلك ينتقل الى الخلف حق سلفه فى الرجوع على المقاول أو المهندس مدة عشر سنوات (والتون ٢ ص ٢٢) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ٥ يوليه سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ — ١ — ٤٢٥ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ — ٢ — ٤٧٦ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣١٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش نمرة ٤ — القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل للمؤلف ص ١٧٠ وص ٢٣٧ — انظر فى القانون الانجليزى والتون ٢ ص ٢٢ .

كذلك اذا كان البائع قبل البيع قد أتم عقد صلح بشأن العين التى باعها وكان من شأن هـذا الصلح أن تخلص للبائع ملكية العين دون منازع ، فللمشترى أن يتمسك بعقد الصلح ، لأن الحق الذى كسبه البائع من هذا العقد مكمل للعين . وكذلك الأمر لو أن عقد الصلح يسلم بحق على العين ، فانه يحتج بهذا العقد على المشترى (بلانيول ٢ فقرة ١١٨٠ — والتون ٢ ص ٢٠) .

هذا وقد وردت نصوص كثيرة فى القانونين المصرى والفرنسى تقضى بانتقال التابع مع المتبوع ، وما ذلك إلا تطبيق للقاعدة التى قدمناها (انظر م ٢٨٥ / ٣٥٧ و ٢٨٦ / ٣٥٨ و ٢٨٧ / ٣٦٠ و ٢٨٨ / ٣٦١ و ٢٨٩ / ٣٦٢ ، وانظر المادتين ١٦١٤ و ١٦١٥ من القانون المدنى الفرنسى) .

(٣) ومثل ذلك أيضا حق بائع العنب فى عصره فى معصرة معينة . فالمشترى للعنب لا يستطيع أن يطالب صاحب =

(٢) حق السلف اذا كان معتبرا فيه شخصيته[(١)]، كأن يشترى طبيب أرضا يقيم عليها مستشفى متنقلا، ويتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة فى أوقات محدودة لهذا المستشفى، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل الى المشترى للأرض بعد نقل المستشفى، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب لا بالأرض التى باعها[(٢)].

* ٧٠٧ — *الالتزامات المحمولة للشيء* — والالتزام حتى ينتقل من السلف الى الخلف يجب أن يكون محددا للشيء. وعلى ذلك ينتقل الى الخلف[(٣)]:

(١) التزام السلف الذى تقيد بعقد أن يكون بناء الأرض على نحو خاص، فيصبح المشترى لهذه الأرض مقيدا كسلفه بهذا النحو الخاص من البناء. ذلك لأن هذا الالتزام يحدد من استعمال ملكية الأرض، ويكيف هذا الاستعمال. ولما كان صاحب الأرض لا يملكها إلا محددة بذلك القيد، فهو لا يستطيع أن ينقل الى المشترى أكثر مما يملك. هذا اذا اعتبرنا القيد مجرد التزام شخصى، أما اذا اعتبرناه طبقا لرأى آخر حق ارتفاق، فانه ينتقل من باب أولى الى الخلف لما قدمناه من أن الحقوق العينية تنتقل مع العين.

(٢) التزام السلف الذى يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك. كمن اشترى أرضا من شركة تعمل فى استخراج المعادن، فاشترطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض اذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال، لأن مثل هذا القيد يحدد من حقوق المالك، فينتقل مع الأرض الى الخلف[(٤)]. وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة

= المعصرة بهذا الحق (بودرى وبارد ١ فقرة ٢٢٤). كذلك إذا باع شخص جزءا من قطعة أرض، ثم بنى المشترى على هذا الجزء مصنعا لتوليد الكهرباء، واشترط البائع على المشترى أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض، فان هذا الشرط لا ينتفع به المشترى لبقية الأرض. (انظر مقال الأستاذ حامد فهمى بك المشار اليه فقرة ٩ — فقرة ١١ والمراجع المذكورة فى هذا المقال).

انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ ص ١٨٨ رقم ٢٨٨.

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٥.

(٢) ويلحق بذلك أيضا أن الدائن اذا كان قاصرا، وأوقف سريان المدة لصالحه، ثم حول حقه الى بالغ سن الرشد، فان المدة تبدأ فى السريان ضد المحال له، ولا ينتقل اليه حق القاصر فى وقف سريان المدة، لأن هذا حق روعيت فيه شخصيته (انظر دى هلتس ١ فى الخلف فقرة ١٥).

(٣) ويحسن هنا أن يتدخل المشرع، فينظم طريقا لاشهار هذه الالتزامات، حتى يعلم بها الخلف قبل انتقالها اليه (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣٢ ص ٤٥٧ هامش نمرة ٢).

(٤) محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٣٦١.

التجارة فى جهة معينة كفا للمنافسة، فينتقل هذا الالتزام مع المتجر الى الخلف، لأنه قيد يحدد من ملكية المتجر.(١)

* ٧٠٨ — **الالتزامات غير المحددة للشيء** — أما اذا كان الالتزام لايحدد الشيء الذى انتقل الى الخلف، فلا ينتقل الالتزام فى هذه الحالة مع الشيء(٢)، بل يبقى فى ذمة السلف أو ينقضى تبعا لنية المتعاقدين. وعلى ذلك لا ينتقل(٣):

(١) التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشيء الذى انتقل الى الخلف من الضرر، اذا كان هذا التعويض ناشئا من عقد قدر فيه الضرر. فالالتزام بالتعويض، وان كان متعلقا بالشيء، لا ينتقل معه، بل يبقى فى ذمة السلف، لأنه غير محدد للشيء. وكذلك اذا كان الالتزام بالتعويض ناشئا من العمل الضار ذاته لا من عقد، فانه لا ينتقل الى الخلف(٤)، ولكن هذا الغرض لا يعنينا، فلسنا بصدد عقد ينصرف أثره الى الغير أو لا ينصرف.

ومثل ذلك التزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول على البناء، فكما أن حق هذا البائع لا ينتقل إلى المشترى كما قدمنا، كذلك لا ينتقل التزامه.

وكذلك الأمر فى التزام بائع السيارة نحو صاحب "الجراج" لا ينتقل الى من اشترى السيارة(٥).

---

(١) محكمة باريس الاستئنافية فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ — ٢ — ٤٠ — محكمة روان الاستئنافية فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٧ — ٢ — ١٧٣.

ويجب فى الفروض التى ينتقل فيها التزام السلف الى الخلف، أن يكون الخلف عالما بهذا الالتزام قبل أن ينتقل اليه، لأننا نفرض فى هذا الانتقال أنه كان متعهدا فى اشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا، وهو لا يتعهد إلا اذا كان عالما بالالتزام الذى يتعهد به (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣٢ ص ٤٥٦ هامش نمرة ١).

هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى فرض قريب من الفروض المتقدمة بعدم انتقال الالتزام من السلف الى الخلف: اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد الى الخارج. ثم باع الحق الذى اشتراه الى مشتر ثان فقضت المحكمة بأن الالتزام الذى ترتب فى ذمة المشترى الأول بالامتناع عن التصدير لا ينتقل الى المشترى الثانى (٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٨ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٧).

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يناير سنة ١٩١٨ داللوز ١٩١٨ — ١ — ١٧ — حكم آخر فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ٣٤٣.

(٣) انظر فى الفروض التالية بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣٢.

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣.

(٥) ومثل هذا أيضا التزام البائع، اذا كان قد التزم قبل البيع بموجب عقد وعد بالبيع نحو شخص غير المشترى، =

(٢) ولا ينتقل التزام السلف الى الخلف اذا كان التزاما روعيت فيه شخصية الملتزم أو صفة خاصة به، لأن الالتزام فى هذه الحالة لا يكون محدّدا للشيء بل ملتصقا بشخص الملتزم. مثل ذلك أن يبيع شخص نصيبا شائعا فى "وابور" للرى لمهندس ميكانيكى، ويشترط على المشترى أن يتعهد "الوابور" كله بالاصلاح بما عنده من خبرة فنية. فالتزام المهندس باصلاح "الوابور" لا ينتقل إلى خلفه، لأن الالتزام هنا مبنى على صفة خاصة فى المهندس ولا يتصوّر بقاء الالتزام فى ذمة هذا الأخير، لأن المفهوم من الظروف أن المهندس يبقى ملتزما باصلاح "وابور" الرى المدة التى يبقى له فيها النصف فى المشاع، وإلا كان التزاما أبديا والالتزام الأبدى لا يجوز[1].

المبحث الثانى — الدائنون

٧٠٩ — *كيف يتأثر الدائنون بالعقود الصادرة من مدينهم* — الدائن الشخصى[2] ليس فى الواقع من الأمر خلفا لمدينه بالمعنى الذى فهمناه من الخلف فيما تقدّم. فانه لا تنتقل

= فهذا الالتزام لا ينتقل الى المشترى لأنه لا يحدّد الشيء، بل يبقى فى ذمة البائع، ويكون هذا مسئولا عن إخلاله بالتزامه نحو الموعود له اذا أبدى رغبته فى الشراء.

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه اذا التزم صاحب متجر بألا يباشر العمل فى يوم معين من أيام الأسبوع اتفق عليه فيما بين أصحاب المهنة جميعا، فان هذا الالتزام لا ينتقل الى من اشترى المتجر، بل يزول الالتزام هنا أصلا، اذ لا يتصوّر بقاؤه فى ذمة البائع بعد أن باع المتجر، وكذلك لا يبقى فى ذمة باقى رجال المهنة، لأن سبب التزامهم قد زال، اذ أنهم لم يلتزموا إلا على أن يكون الجميع ملتزمين بنفس الالتزام (داللوز ١٩١١ — ١٢٨). كذلك اذا التزم اتحاد أصحاب المناجم مع اتحاد العمال على أن تعطى الشركات التابعة للاتحاد الأول أجورا اضافية للعمال، ثم تنازلت إحدى الشركات عن امتيازها لأخرى، فان التزام الشركة الأولى لا ينتقل الى الثانية (محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يناير سنة ١٩١٨ داللوز ١٩١٨ — ١ — ١٧). ونحن نشك فى سلامة هذا المبدأ، ونميل الى القول بانتقال الالتزام فى الفرضين السابقين، فيلتزم مشترى المتجر والشركة التى انتقل اليها الامتياز بما التزم به السلف.

والتزام صاحب المتجر نحو مستخدميه لا ينتقل الى المشترى للتجر، فلا يجبر المشترى على احترام عقود هؤلاء المستخدمين إلا اذا كان قد اشترط عليه ذلك، ويبقى البائع وحده مسئولا نحوهم. كما أن حق البائع قبلهم لا ينتقل الى المشترى. هذا كله ما لم يكن المستخدم رجلا فنيا تعدّ خدماته ضرورية للتجر، وكان التعاقد مع هذا المستخدم مبنيا على أساس أن يؤدّى خدماته للتجر إطلاقا لا لشخص معين بالذات، فينتقل الحق والالتزام الناشئان من هذا التعاقد من السلف الى الخلف.

(١) وليس على من اشترى عقارا، وهب لبائعه على أن يقوم بنفقة الواهب أو خدمته، قضاء شيء من ذلك (انظر مقال الأستاذ حامد فهمى بك المشار اليه فقرة ٣٧ ص ١٤).

(٢) ويلاحظ أن الدائن اذا كان له حق عينى (رهن أو امتياز أو نحو ذلك)، فانه يثبت له بذلك صفتان:

(أولا) صفته باعتباره دائنا مرتهنا أو ممتازا، وهو من هذه الوجهة يعتبر خلفا خاصا لأنه تلقى حقا عينيا من سلفه. =

إليه حقوق المدين أو التزاماته كما رأينا فى الخلف العام، أو فى الخلف الخاص فى بعض الفروض. ولكن لما كانت كل أموال المدين تعتبر ضمانا عاما لدينه، فان الدائن يتأثر بالعقود التى تصدر من مدينه، ويكون من شأنها أن تزيد فى أموال المدين فتزيد فى ضمانه، أو تنقص من مال المدين فتنقص من ضمانه[1].

* ٧١٠ — *مقارنة الدائن بالخلف* — فالدائن يتأثر اذن بالعقود التى تصدر من مدينه، وهو من هذا الوجه خلف للمدين. إلا أنه يتميز عن الخلف من وجوه. فهو كما قدمنا لاينتقل اليه الحق أو الالتزام الذى يعقده مدينه[2]. وهو من وجه ثان أقوى من الخلف، فان هذا لاتنتقل اليه حقوق سلفه ولا يستطيع أن يستعملها مادامت باقية فى ذمة هذا السلف. أما الدائن فيستطيع فى وقت لاتزال فيه الحقوق ثابتة لمدينه، أن يستعمل هذه الحقوق باسم المدين، بدعوى معروفة تسمى بالدعوى غيرالمباشرة (action indirecte, action oblique)؛ والدائن من وجه ثالث لايتأثر فى بعض الفروض بالعقود الصادرة من مدينه، بل يعتبر من الغير بالنسبة لها، ويتحقق ذلك اذا تصرف المدين فى ماله تصرفا يقصد منه الاضرار بدائنه، وللدائن فى هذه الحالة أن يطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية (action paulienne)، أو اذا صدر من المدين عقد صورى، فللدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصورى أو أن يطعن فيه بدعوى الصورية (action en simulation) تبعا لمصلحته[3].

= (ثانيا) صفته باعتباره دائنا شخصيا، وهو من هذه الوجهة ينطبق عليه ما ينطبق على بقية الدائنين الشخصيين. فالدائن المرتهن مثلا يتكون ضمانه من عنصرين: الشيء المرهون، وهو فى هذا يتقدم على الدائنين الشخصيين. ثم بقية أموال المدين وهو فى هذه يشترك مع سائر الدائنين، ويتأثر من عقود مدينه التى تزيد فى هذه الأموال أو تنقص منها، فله أن يستعمل حقوق مدينه وأن يطعن فى تصرفاته بالدعوى البوليصية، شأن كل مدين شخصى.

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ مارس سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٦١ — ٢٣ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ١٨٥ رقم ٣٠٦.

(٢) واذا كان الوارث فى الشريعة الاسلامية يشبه الدائن من حيث عدم انتقال الالتزامات اليه، بل يقتصر الأمر فيها على أنها تنقص من التركة كما تنقص من الضمان العام للدائن، فانه يختلف عنه من حيث انتقال الحقوق، فالوارث تنتقل اليه حقوق مورثه، أما الدائن فليس له على حقوق مدينه إلا حق ضمان عام.

(٣) كذلك اذا نفذ الدائن على عقار مدينه، وسجل محضر الحجز فى القانونين الفرنسى والمختلط، أو سجل التنبيه بنزع الملكية فى القانون الأهلى، فان تصرفات المدين فى العقار لا تسرى فى حق الدائن، أى أن الدائن يكون من الغير بالنسبة لهذه التصرفات. كما أن الدائن يصبح من الغير فى تصرفات مدينه الصادرة بعد إفلاسه أو قبل ذلك بقليل، بتفصيل معروف فى القانون التجارى (انظر كولان وكاپيتان ٢ ص ٣١٣ — بلانيول وريپير واسمان ١ ص ٤٥٢ هامش نمرة ٣).

* ٧١١ — الدعاوى الثلاث التى تنظم الافلاس المدنى — يتبين مما تقدم أن الدائن له دعاوى ثلاث هى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية .

وقبل أن نفصل أحكام كل من هذه الدعاوى، نذكر أن القانون انما أراد بها أن ينظم الافلاس المدنى . فالدعويان الأوليان يستعملهما الدائن عند ما يكون مدينه معسرا، وكذلك دعوى الصورية يستعملها الدائن فى الغالب عند أعسار مدينه . ولكن تنظيم الأعسار المدنى (déconfiture, insolvabilité) يختلف اختلافا جوهريا عن تنظيم الافلاس التجارى (faillite) وهو قاصر عنه قصورا بينا . ففى الافلاس التجارى يعنى القانون بأمرين أساسين (أولا) أن يغل يد المدين عن التصرف فى ماله حتى لا يضر دائنه . (ثانيا) أن يحقق المساواة التامة بين الدائنين ، فلا يتقدم دائن على دائن إلا اذا كان له حق التقدم طبقا للقانون . ومراعاة هذين الأمرين هى التى جعلت الافلاس التجارى منظما يشمل ضمانات كافية للدائنين . أما الدعاوى الثلاث التى تنظم الاعسار المدنى، فلا تكفل شيئا من ذلك . فان المدين لا تغل يده عن التصرف فى الدعوى غير المباشرة، وهو اذا غلت يده فى الدعوى البوليصية فان ذلك لا يتم إلا بشروط شديدة قلما تتوافر فى حين أن مجرد الافلاس التجارى يغل يد المدين . أما المساواة بين الدائنين فمعدومة فى الاعسار المدنى، واذا كانت الدعوى المباشرة ودعوى الصورية يستطيع أن يستفيد منهما كل الدائنين حتى من لم يدخل فى الدعوى منهم، فليس معنى هذا أن المساواة الفعلية قد تحققت بينهم، فلا يزال التنفيذ فرديا فى الاعسار المدنى ، وعلى كل دائن أن يعنى بنفسه ، وليس هناك وكيل عام عن الدائنين والمدين

= أما الخلف العام فلا يعتبر من الغير فى عقد يتصرف فيه السلف فى حقوقه ، ولو قصد من هذا التصرف حرمان الخلف (إلا اذا كان التصرف بوصية أو بيع أو هبة أو وقف فى مرض الموت كما قدمنا) ، ذلك لأن الوارث ليس له حق ثابت كالدائن وقت تصرف السلف فى حقوقه ، ولأن الوارث يتلقى حقوق مورثه دون عوض أما الدائن فحقه فى مال مدينه بعوض ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

واذا كان الخلف خاصا ، فهو يعتبر من الغير فى فروض غير التى يعتبر فيها الدائن من الغير ، فقد قدمنا أن الخلف الخاص يكون من الغير فى كل العقود غير المتعلقة بالشىء الذى انتقل اليه ، وهو من الغير أيضا فى العقود المتعلقة بالشىء فى الحدود التى قدمناها . وذلك بخلاف الدائن ، فانه يتأثر بالعقود التى تصدر من المدين ولو تعلقت بالشىء الذى تعلق به حقه الشخصى . كما لو باع المؤجر العين المؤجرة ، فان حق المستأجر يتأثر بهذا البيع اذا كان الايجار غير سابق على البيع . ومن المفيد أن تقارن مابين المستأجر (وهو دائن) والمشترى للعين المؤجرة (وهو خلف خاص) . فالمستأجر يتأثر من عقد البيع الذى صدر من مدينه متعلقا بالعين المؤجرة ، أما المشترى فلا يتأثر من عقد الايجار الذى صدر من سلفه تعلق بالعين المبيعة ، ونحن نفرض فى كل هذا أن الايجار ليس ذا تاريخ ثابت سابق على البيع .

"كالسنديك" فى الإفلاس التجارى يقوم باجراءات عامة يستفيد منها كل الدائنين . فمن يسبق من الدائنين بالتنفيذ فى حالة الاعسار المدنى يفوز على المتأخر . أما فى الدعوى البوليصية فالمساواة بين الدائنين مختلة فعلا وقانونا ، وذلك أنه لا يستفيد من هذه الدعوى إلا الدائن الذى استعملها ، فيتقدم بذلك على سائر الدائنين .

ويحسن المشرع المصرى صنعا لو أنه نظم الاعسار المدنى كما نظم الافلاس التجارى . وأمامه فى القوانين الحديثة مثل أولى بالاتباع من مثل القانون الفرنسى ، فان هذا القانون لا ينظم الاعسار المدنى إلا هذا التنظيم المعيب الذى أخذناه عنه (١) .

والآن نستعرض الدعاوى الثلاث التى أعطاها القانون للدائن .

---

(١) نذكر على سبيل المثال القانونين الألمانى والسويسرى .

فالقانون الألمانى يستغنى عن الدعوى غير المباشرة وعن الدعوى البوليصية أيضا الى حد كبير بتنظيم طريقة للافلاس المدنى على نسق الافلاس التجارى ، فيعين "سنديك" يصفى أموال المدين ويوزعها على الدائنين كما يفعل فى حالة الافلاس التجارى . ويوجد الى جانب ذلك فى ألمانيا قانون خاص (قانون ٢٦ يوليه سنة ١٨٧٩ المعدل بقانون ١٧ مايو سنة ١٨٩٨) ينظم الدعوى البوليصية خارج حدود الافلاس (انظر فى تفصيلات هذا القانون ديموج ٧ فقرة ١١٥٦) .

وكذلك يستغنى المشرع السويسرى عن الدعويين بتنظيم الافلاس المدنى على نسق الافلاس التجارى بالنسبة لكل شخص سجل اسمه فى السجل التجارى ولو لم يكن تاجرا . ثم ينظم الدعوى البوليصية تفصيلا بقانون خاص هو قانون ١١ أبريل سنة ١٨٨٩ (انظر فى تفصيلات هذا القانون ديموج ٧ فقرة ١١٥٧) .

أما الشريعة الاسلامية فالظاهر أنها تجهل الدعوى غير المباشرة . فقد ورد فى المادة ١٦٤٠ من المجلة أنه " لا يصلح مديون المديون خصما للدائن" وجاء فى المادة ١٦٤١ : "لا يكون المشترى من المشترى خصما للبائع . مثلا لو باع واحد مالا ، فقبضه المشترى وباعه من آخر وسلمه ، لم يكن للبائع الأول أن يداعى المشترى الثانى بالثمن" . والشريعة الاسلامية لا تفرق أيضا بين الافلاس المدنى والافلاس التجارى ، فمتى استغرق مال المدين ديونه أصبح مفلسا يحجر عليه على خلاف فى الرأى وتباع أمواله وتوزع بين الدائنين . وقد جاء فى هذا الموضوع فى " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " لابن رشد الحفيد (جزء ٢ ص ٢٣٥ وما بعدها) ما يأتى : "الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين : أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وفاء بديونه ، والثانى ألا يكون له مال معلوم أصلا . وفى كلا المفلسين قد اختلف العلماء فى أحكامهما ، فأما الحالة الأولى ، وهى اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا ، فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف فى ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم ، أم ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم ... فالجمهور يقولون ... يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعى ، وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق ... ... واذا قلنا أن المفلس محجور عليه ... فله حالان حال فى وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر . فأما قبل الحجر فلا يجوز له إتلاف شىء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله ... وكذلك تراعى العادة فى انفاقه فى عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ، ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة ... =

المطلب الأول — الدعوى غير المباشرة (أو دعوى استعمال حقوق المدين)(*)

(Action directe, oblique, subrogatoire)

* ٧١٢ — **النصوص القانونية** — نصت المادتان ٢٠٢/١٤١ على أنه لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها ، إلا لمدايني العاقد ، فانه يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم ، أن يقيموا باسمه الدعاوى التي تنشأ عن مشارطاته أو عن أي نوع من أنواع التعهدات ، ماعدا الدعاوى الخاصة بشخصه .

ونصت المادة ١١٦٦ من القانون المدني الفرنسي على ما يأتي : " ومع ذلك يجوز للدائنين أن يستعملوا كل حقوق مدينهم ودعاواه ، ماعدا الحقوق والدعاوى المتصلة بشخصه اتصالا تاما " .

٧١٣ — **ملاحظات على النصوص** — ونلاحظ أن القانونين المصري والفرنسي أوردا الدعوى غير المباشرة على أنها استثناء من القاعدة التي تقضي بعدم انصراف أثر العقد الى الغير . فان النصوص المتقدمة توهم أن الدائن يعتبر من الغير كقاعدة عامة ولكنه استثناء يتأثر بالعقد الصادر من مدينه فيستعمل باسمه الحقوق التي يولدها هذا العقد . والواقع أن الأمر عكس ذلك ، فالقاعدة العامة هي أن الدائن لا يعتبر من الغير ، ولذلك يتأثر بالعقود

= واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه ... واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا " . ويتبين من ذلك أن المدين المعسر ، حتى قبل الحجر عليه ، تقيد تصرفاته الضارة بدائنيه على النحو الذي تقدم . وقد ورد بحث في هذه المسألة في كتاب القواعد لابن رجب في مذهب ابن حنبل (طبعة الخانجي القاهرة سنة ١٩٣٤ ص ١٤ القاعدة نمرة ١١ ننقله فيما يأتي : " التصرفات المالية ، كالعقود والوقف والصدقة والهبة ، اذا تصرف بها وعليه دين ، ولم يكن حجر عليه ، فالمذهب صحة تصرفه وان استغرق ماله في ذلك . واختار الشيخ تقي الدين أنه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرماء ، وحكاه قولا في المذهب ، ويمكن تخريجه في المذهب من أصلين : أحدهما مانص عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل فيمن تبرع بماله بوقف أو صدقة وأبواه محتاجان أن لهما رده واحتج بالحديث المروي في ذلك . والثاني أنه نص في رواية أخرى على من أوصى لأجانب وله أقارب محتاجون أن الوصية ترد عليهم . فتخرج من ذلك أن من تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث أو دين ليس له وفاء أنه يرد " . هذا وقد ورد في "الدر المختار" بطلان الوقف الصادر من المدين بقدر ما يفي بالدين .

* **المراجع** : انظر في هذا الموضوع لابيه (Lahbé) في مقال له في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ ص ٢٠٨ — بوسك (Bosc) رسالة من اكس سنة ١٩٠٢ — سرجان (Sergent) في الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ — سوليس (Solus) في الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩١٤ .

الصادرة من مدينـه على النحو الذى بيناه، وله بناء على ذلك أن يستعمل حقا لمدينـه باسم هـذا المدين ما دام الحق الذى يستعمله قد دخل فى ضمانه العام . واذا كان الدائن يصبح فى بعض الفروض من الغير ، فانما يكون ذلك على سبيل الاستثناء، كما فى الدعوى البوليصية ودعوى الصورية .

ونلاحظ أيضا أن القانون المصرى نص صراحة على أن الدائن يقيم الدعوى باسم المدين، ولم يرد مثل هذا النص فى القانون الفرنسى . وذكر القانون المصرى كذلك أن الدائنين يقيمون دعاوى مدينهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهـم ، ولم يرد ذلك صراحة فى القانون الفرنسى . وكلا المسألتين مسلم به فى القانون الفرنسى رغما من عدم وجود النص. ولكن هذا لا يمنع من أن القانون المصرى أكثر وضوحا فى نصه .

٧١٤ — *شمول الدعوى غير المباشرة لجميع حقوق المدين* — ونلاحظ أن الحقوق التى يصح للدائن استعمالها باسم مدينـه لا تقتصر على الحقوق الناشـئة من العقد، بل تتناول كل حقوق المدين ، سـواء نشأت من العقد أو من غيره ، وسـواء كانت حقوقا شخصـية أو حقوقا عينية ، بل سـواء كانت حقوقا أو مجرد إجراءات ، كما سيتبين ذلك مما يلى .

ومن ذلك يتضح أن الدعوى غير المباشرة تجاوز دائرة العقود . ولكننا آثرنا أن نتكلم فيها هنا لاتصالها الوثيق بالدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، فهذه الدعاوى الثلاث تنظم الاعسار المدنى كما قدمنا، ويوجد بينها وجوه شبه ووجوه خلاف تستدعى المقارنة . ولما كانت الدعويان الأخريان داخلتين فى نطاق العقـد ، كان من المناسب أن تدرس الدعوى غير المباشرة إلى جانبهما فى هذا المكان .

على أننـا لم نبتدع فى ذلك، فان القانون المصرى قرن الدعوى غير المباشرة بالدعوى البوليصية وجعل مكانهما العقد . وكذلك فعل القانون الفرنسى، وان كان هذا القانون يخلط فى ترتيبه ما بين العقد والإلتزام .

* ٧١٥ — *الأساس القانونى للدعوى غير المباشرة* — والدائن إذا خوّل له القانون استعمال حقوق مدينه، فانمـا يثبت له هذا الحق على أساس أن أموال المدين جميعها

تدخل فى ضمـانه العام، فالحقوق التى يستعملها الدائن هى من أموال المدين، واستعمال الدائن لها إنمـا هو للمحافظة على ضمانه العام[1].

إلى جانب هذه الفكرة الأساسية توجد فكرة جوهرية أخرى هى نيابة الدائن عن المدين فى استعمال حقوق هـذا الأخير[2]. وهى نوع من النيابة القانونيـة حتمها القانون على المدين. وتختلف عن النيابة المألوفة فى أن القانون قررها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل[3]. وفى شروط الدعوى غير المباشرة ما يبرر تقرير هـذه النيابة القانونية الخاصة. فان هناك مدينا معسرا، وهو على أقل تقدير مهمل فى الحصول على حقوقه، وإهماله هـذا يعود بالضرر على دائنه. أليس من العدل أن يعطى القانون سلطة للدائن لينوب عن المدين فى استعمال هذه الحقوق[4]؟

وننتقل الآن إلى بحث الدعوى غير المباشرة فى شروطها وفى أحكامها.

§ ١ — شروط الدعوى غير المباشرة

* ٧١٦ — **تقسيم هذه الشروط** — يرجع بعض هـذه الشروط إلى الدائن الذى يستعمل حق مدينه، والبعض الآخر إلى الحق الذى يستعمل. وهى كلها ترجع إلى فكرة أن هناك مصلحة مشروعة للدائن تستحق الحماية.

(١) وقد ظهرت هذه الفكرة بوضوح فى الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسى (انظر فينيه Fenet ١٢ ص ٢٣٨). انظر أيضا بودرى و بارد ١ فقرة ٥٨٩ ص ٥٩١ — بلانيول و ريبير واسمان ٢ فقرة ٨٩٤ ص ٢٠٤

ونلاحظ أن القانون المصرى نص على هذه الفكرة بألفاظ صريحة كما قدمنا.

(٢) وقد نص القانون المصرى على هذه الفكرة الجوهرية الثانية بألفاظ صريحة، كما سبقت الاشارة الى ذلك.

(٣) لذلك نرى فى أحكام الدعوى غير المباشرة ما يخرج على القـواعد العامة للنيابة. من ذلك أن المـدين اذا لم يدخل خصما فى الدعوى فلا يكون الحكم حجة عليـه، مع أن منطق النيابة كان يقتضى عكس ذلك، إذ أن الدائن ينوب عن المدين فى الدعوى. ولكن لما كانت نيابة الدائن قد تقررت لمصلحته هو لا لمصلحة المدين، كان من المعقول ألا يكون الحكم حجة على المدين ما لم يدخل فى الدعوى. وسنعود الى ذلك ببيان أوفى فيما يلى.

(٤) بالرغم من وضوح هذه الاعتبارات، فان الدائن قل أن يلجأ فى العمل الى الدعوى غير المباشرة. ذلك لأن حق المدين يكون فى الغالب مبلغا من النقود فى ذمة مدين لهذا المدين. وفى هذه الحالة يفضل الدائن أن يلجأ الى حجز مال المدين لدى الغير، فيستولى على حقه مباشرة باجراءات أقل تعقيدا من اجراءات الدعوى غير المباشرة (انظر بلانيول ٢ فقرة ٢٨٣ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٤٤ — بلانيول و ريبير و ردوان ٢ فقرة ٨٩٦).

هذا وقد كانت الدعوى غير المباشرة فى القانون الرومانى يباشرها نائب من جميع الدائنين (magister, curator bonorum) وكانت تدخل ضمن الاجراءات التى تتبع لتصفية أموال المدين المفلس. ولم يكن القانون الرومانى يميز بين الافلاس المدنى والافلاس التجارى كما قدمنا. فالدعوى غير المباشرة فى هذا القـانون لم تكن اجراءات فردية كما هى اليوم، بل كانت اجراءات جمعية يقوم بها نائب عن الدائنين (انظر مقالا هاما فى هذا الموضوع للاستاذ لابيه Labbé فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ المجلد التاسع ص ٢٠٨).

(أولا) الشروط التي ترجع للدائن : هو مستحق الاداء و مصلحة عامة (أي إعسار المدين) .

* ٧١٧ — **هو مستحق الاداء** — يشترط في الدائن[(١)] حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء . وهذا ما كاد ينعقد عليه إجماع القضاء والفقه في فرنسا وفي مصر[(٢)] .

وتفصيل ذلك أن الحق يمر على مراحل من حيث تدرجه من الضعف إلى القوة . فأضعف مايكون الحق أن يكون متنازعا فيه (droit litigieux) ، فاذا خلا من النزاع وصار محققا[(٣)] (certain) ، فانه قد يكون غير مقدر (كحق في تعويض لم يقدر) فيصبح مقدرا

---

(١) ولا فرق بين ما اذا كان الدائن دائنا شخصيا أو دائنا مرتهنا أو دائنا ممتازا (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٦ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٢ ص ٢١٨ — قارن باريس الاستئنافية في ٩ يناير سنة ١٩٢٠ داللوز ١٩٢١ — ٢ — ١١٩) ، ولا بين ما اذا كان حقه نقدا أو عينا أو عملا أو امتناعا عن عمل ، ولا بين ما اذا كان مصدر هذا الحق عملا قانونيا أو عملا ماديا أو نصا في القانون (ديموج ٧ فقرة ٩٦) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ يوليه سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ٣٣ — حكم آخر في ٢٣ يوليه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ١٦٨ — حكم ثالث في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ٦٧ .

أوبري ورو ٤ ص ١٩٧ وص ١٩٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٠ — فقرة ١٠١ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٣ — فقرة ٣٩٥ — هيك ٧ فقرة ١٨٦ — ماركاويه ٤ فقرة ٤٩٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٩ — بلانيول ٢ فقرة ٢٨٧ — فقرة ٢٨٨ — بلانيول وريبير ٢ فقرة ٩١٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٩ — لابيه في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ ص ٢١٨ .

محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — محكمة مصر المختلطة الكلية في ٩ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٥٢ رقم ٨٩ — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للدائن أن يقيم دعوى مدينه ، حتى لو كان حقه غير مقدر وغير خال من النزاع ، ما دام يدخل المدين خصما في الدعوى ، ويطلب الحكم بحقه قبل مدينه في نفس الدعوى التي يقيمها على مدين المدين (١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . وهناك حكمان يقضيان بوجوب أن يكون الحق خاليا من النزاع (محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٧٣ — محكمة اسكندرية المختلطة الكلية في ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ رقم ٤٣١) .

دي هلتس ١ لفظ (Créancier) فقرة ٩ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨ — الأستاذ محمد صالح في الالتزامات فقرة ٥٩ — فتحي زغلول ص ٢٧٣ — انظر عكس ذلك عبد السلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ٣٣٠ .

(٣) يراد بالحق المحقق (certain) أن يكون خاليا من النزاع . فالحق المعلق على شرط محقق اذا كان خاليا من النزاع ، ولو أن ثبوته في ذمة المدين غير محقق .

(liquid)[1] . ثم تأتى المرحلة الثالثة وهى أن يكون الحق الخالى من النزاع المقدّر مستحق الأداء (exigible)[2] . ولا يقتصر الأمر على ذلك، فهناك مرحلة رابعة، هى أن يكون الحق قابلا للتنفيذ (exécutoire) بأن يتضمنه حكم أو سند رسمى . فالدائن الذى اجتاز حقه هذه المراحل الأربع، فخلا حقه من النزاع وقدّر وحل ميعاد أدائه وتأيد بسند قابل للتنفيذ، يكون قد وصل بحقه إلى أعلى مراتب القوّة، فلم يبق إلا أن ينفذ بحقه على أموال المدين، وله من باب أولى استعمال حقوق مدينه[3] .

ولكن هل يشترط فى الدائن حتى يستعمل حق مدينه ، أن يكون قد وصل الى هذه المرتبة فى القوّة ، فيكون حقه قابلا للتنفيذ ، أو يكفى أن يكون دائنا فحسب ولو كان حقه متنازعا فيه؟ هناك اتفاق على أنه لا يشترط فى الدائن أن يكون قد وصل الى أعلى مراتب القوّة[4] ولا يكفى فيه أن يكون فى أضعف درجات الدائنية والرأى السائد هو أن يكون حقه مستحق الأداء .

ونحن نرى — خلافا للرأى السائد — أنه يكفى أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، أى محققا (certain) ، حتى يصح القول على وجه التأكيد بأنه دائن[5]، وهذا هو الشرط الذى

---

(١) وقد تستعمل كلمة (liquide) للدلالة على أن الحق خال من النزاع ومقدّر فى الوقت ذاته (م ١٩٤/٢٥٨). ولا شك فى أن الحق اذا كان مقدّرا فهو فى الغالب خال من النزاع . ولكن الأفضل التمييز بين خلو الحق من النزاع فيكون محققا (certain) وبين أن يكون مقدّرا (liquide) . فهناك حقوق محققة غير مقدّرة ، وهناك حقوق مقدّرة غير محققة .

(٢) ويلاحظ أن الحق قد يكون مستحق الأداء قبل أن يكون مقدّرا ، فيكون تقدير الحق هو المرحلة الثالثة لا الثانية .

(٣) استئناف مختلط فى ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ .

(٤) ومع ذلك انظر لابيه فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ المجلد ١١ ص ٢١٨ ، ولكن هذا الرأى أجمع الفقهاء على عدم الأخذ به (انظر ديمولومب ٢٥ ص ١٠١ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٥ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٢ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — محكمة النقض الفرنسية فى أوّل يونيه سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٨ — ١ — ٢٣٦ — حكم آخر فى ٨ يوليه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ — ١ — ٤٩٨) .

(٥) ولمدين المدين الذى رفع الدائن عليه الدعوى أن يناقش حق هذا الدائن فى ذمة المدين ، فقد يكون غير خال من النزاع ، فلا يكون للدائن صفة فى رفع الدعوى . ولمدين المدين حق التمسك بهذا الدفع ، حتى لو لم يكن قد تمسك به فى الدعوى المقامة لحكم بصحة حجز رفعه الدائن تحت يده (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٣١) .

يمكن استخلاصه من القواعد العامة . أما المرحلتان الأخريان ما بين خلو الحق من النزاع وقابليته للتنفيذ، أى التقدير والاستحقاق، فلا يشترط أن يحتازهما الدائن حتى يستطيع استعمال حقوق مدينه .

ولكن الرأى السائد فى فرنسا وفى مصر غير ذلك كما قدمنا . وهو يقضى بأن يكون الحق مستحق الأداء، أى أنه يكون خاليا من النزاع مقدرا حالا، ولا يكفى خلوه من النزاع . وهذا الرأى يستخلصه الفقهاء عادة من مناقشة طبيعة الدعوى غير المباشرة، وهل تدخل هذه الدعوى فى الاجراءات التحفظية أو فى الأعمال التنفيذية ؟ ويخلصون من هذه المناقشة الى أنها ليست من الأعمال التنفيذية، لأن الدائن وهو يستعملها لا ينفذ على أموال مدينه . وهى ليست كذلك من الاجراءات التحفظية ، لأن الدائن يتدخل فى شؤون المدين ويزيد فى ماله فى بعض الفروض، ولا يكتفى بالمحافظة على الموجود منه فى الحالة التى هو عليها كما هو الأمر فى الاجراءات التحفظية . فالدعوى غير المباشرة إذن هى بين بين، فهى أقوى من إجراء تحفظى وأضعف من عمل تنفيذى . ولذلك لا يكفى فى الدائن أن يكون حقه خاليا من النزاع كما يكفى ذلك فى الاجراءات التحفظية، ولا يشترط أن يكون حقه قابلا للتنفيذ كما يشترط ذلك فى الأعمال التنفيذية . بل يجب أن يكون الحق مستحق الأداء، حتى يرتفع عن مرتبة الاجراءات التحفظية دون أن يسمو الى مرتبة الأعمال التنفيذية .

والأهمية العملية لهذا الرأى أن هناك دائنين حقوقهم خالية من النزاع ولكنها غير مقدرة، كدائن بتعويض لم يتم تقديره، أو هى غير مستحقة الأداء، كدائن حقه معلق على شرط موقف أو مقرون بأجل موقف، يكونون طبقا لما تقدم غير قادرين على استعمال حقوق مدينهم .

ونحن لا نذهب فى ذلك الى ما ذهب اليه الجمهور . لأن الدعوى غير المباشرة لها ناحيتان . فهى فى العلاقة ما بين الدائن والمدين الذى يستعمل الدائن حقه لا تزيد على اجراء تحفظى ، اذ ان الدائن وهو يباشرها أنما يحافظ على أموال مدينه التى توشك أن تضيع ، ولا يزيد فيها شيئا[1] . وهى فى العلاقة ما بين المدين ومدين المدين الذى تقام عليه الدعوى قد تكون

(١) ولا يعترض على هذا الرأى بأن الدائن يتدخل فى شؤون مدينه وبأنه يمهد بذلك للتنفيذ ، فان الأعمال التحفظية جميعها من هذا القبيل : فيها تدخل فى شؤون المدين ، وليست إلا تمهيدا للتنفيذ قريبا كان التنفيذ أو بعيدا . فالحجز التحفظى على مال المدين لدى الغير والحجز التحفظى على منقولات المستأجر وقطع سريان المدة وقيد الرهن وتجديد القيد ووضع الأختام وعمل محاضر الجرد، كل هذه لا شك فى أنها أعمال تحفظية ، ولا شك فى أنها كذلك تدخل فى شؤون المدين وتمهيد للتنفيذ على ماله .

إجراء تحفظيا إذا كان الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه يدخل فى هـذه الاجراءات ، كما اذا قطع باسم مدينـه سريان المدّة أو أوقع حجزا تحفظيا على ما لمدين مدينـه لدى الغير أو جدّد قيـدا ليحتفظ بحق رهن لمدينـه ، وقد تكون أقوى من عمل تحفظى ، كما اذا طالب الدائن باسم مدينه بحق لهـذا الأخير فى ذمة الغير ، بل قد تكون عملا تنفيذيا ، اذا كان الحق الذى يستعمله الدائن يدخل ضمن هذه الأعمال ، كما اذا قام بتنفيذ حكم صدر لمصلحة مدينه . والمهم عنـد النظر فى الشروط التى يجب توافرها فى الدائن أن ننظر الى الدعوى غير المباشرة من ناحية علاقة الدائن بهذا المدين ، لا من ناحية علاقة المدين بمدين المدين . والدعوى من الناحية الأولى إجراء تحفظى كما قدّمنا ، فيكفى أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، ولا يشترط أن يكون مستحقا[1] . أما اذا نظرنا الى الدعوى من ناحية علاقة المدين بمدين المدين ، فانه يجب أن يكون حق المدين الذى يستعمله الدائن قد وصـل من القوة الى الحدّ الذى تقتضيه الاجراءات التى يتخذها الدائن ، فإن كانت هذه الاجراءات تحفظية فانه يكفى أن يكون الحق خاليا من النزاع ، واذا كانت تنفيذية فانه يجب أن يكون الحق قابلا للتنفيذ .

وينبنى على هذا الرأى الذى نقول به أنه ينبغى التمييز بين حق الدائن فى ذمّة مدينه ، وهذا يكفى فيه أن يكون خاليا من النزاع فيجوز لمن كان حقه معلقا على شرط أو موقوفا على أجل أو غير مقـدّر أن يستعمل حقوق مدينـه ، وبين حق المدين فى ذمة مدين المدين وهو الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين ، وهذا يجب أن يكون من القوّة بحيث يتفق مع العمل الذى يقوم به الدائن ، فتارة يكفى فيه أن يكون خاليا من النزاع اذا اقتصر الدائن على القيام بأعمال تحفظية ، وطورا يجب أن يكون مسـتحق الأداء اذا قام الدائن بأعمال مطالبـة بحق حال ، وأخرى يجب أن يكون قابلا للتنفيذ اذا قام الدائن بأعمال تنفيذية[2] .

(١) وقد وصل الأستاذان كولان وكابيتان الى هذه النتيجة ، ولكن من طريق آخر . فهما لا يميزان بعد بين الدعوى غير المباشرة من ناحية علاقة الدائن بالدائن وهـذه الدعوى من ناحية المدين بمدين المدين ، بل يريان أن لهذه الدعوى طبيعة خاصة تخرجها عن الاجراءات التحفظية وعن الأعمال التنفيذية . ولكنهما يذهبان مع ذلك الى أنه يكفى أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، لأن هذا هو الشرط الوحيد الذى تقتضيه القواعد العامة ، حتى يكون الدائن مؤكد الدائنية . أما تقـدير الحق واستحقاقه فشرطان لا تقضى بهما القواعد العامة ولم يرد فيهما نص . والدائن الذى يكون حقه خاليا من النزاع ، دون أن يكون مقدّرا أو مستحق الأداء ، له مصلحة مشروعة فى استعمال حقوق مدينه (كولان وكابيتان ٢ ص ٤٦ — ص ٣٧ — انظر أيضا عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٢٨ — فقرة ٣٣٠ — ومذكرات مطبوعة للاستاذ محمد صادق فهمى بك فقرة ٤٥٤) .

(٢) هذا ومهما يكن من أمر بشأن حق الدائن من حيث الاقتصار على خلوه من النزاع أو وجوب أن يكون =

• ٧١٨ – مصلحة عاجلة للدائن (إعسار المدين) – ولا يكفي أن يتوافر الشرط المتقدم، بل يجب أيضا أن يكون للدائن مصلحة عاجلة فى استعمال حق مدينه[1] . وهذا شرط يستخلص من القواعد العامة ، وهو الشرط الذى يبرر ثبوت النيابة القانونية للدائن ولو بالرغم من ارادة المدين . فلو لم تكن هناك مصلحة مشروعة عاجلة للدائن لما كان هناك محل لتحتيم هذه النيابة على المدين[2] .

ولا تكون هناك مصلحة عاجلة للدائن إلا اذا توافرت الظروف الآتية :

(١) عدم وجود أموال كافية عند المدين لسداد حق الدائن اذا فاته الحق الذى يريد الدائن استعماله . وبعبارة أخرى يكون فوات هذا الحق على المدين سببا فى إعساره أو فى زيادة إعساره . لذلك ساغ للدائن أن يستعمل الحق حتى لا يفوت المدين ، فيكون إعسار هذا

= مستحق الأداء، فلا شك فى أنه لا يشترط أن يكون ثبوت هذا الحق للدائن سابقا فى التاريخ لثبوت حق المدين وهو الحق الذى يستعمله . وسنرى فى الدعوى البوليصية أنه يشترط أن يكون حق الدائن الذى يستعمل هذه الدعوى سابقا على التصرف الذى يطعن فيه ، وذلك لأن هذا التصرف لا يمكن أن يكون ضارا بالدائن إلا اذا كان قد صدر من المدين بعد ثبوت حق الدائن . أما فى الدعوى غير المباشرة ، فسواء كان حق المدين الذى يستعمله الدائن قد ثبت للمدين بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك ، فهو فى الحالتين داخل فى الضمان العام للدائن ، وله بناء على ذلك أن يستعمله باسم المدين ، وقد قدمنا أن الأساس القانونى للدعوى غير المباشرة مبنى على أن جميع أموال المدين ضمان عام للدائن . (محكمة النقض الفرنسية فى ٤ يوليه سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ – ١ – ٤٠٣ – حكم آخر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١ – ١٥ – لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ – لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ – بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٤ – جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٠ – والتون ٢ ص ٩٩) .

كذلك لا شك فى أن للدائن أن يطعن باسم المدين بالبطلان أو بالفسخ أو بنحو ذلك فى عقود صدرت من هذا الأخير، حتى لو صدرت هذه العقود قبل ثبوت حقه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ – لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ – لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠) .

وينبنى على ما تقدم أنه لا يشترط أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت ، فسواء تأخر هذا التاريخ أو تقدم ، فان هذا لا يمنعه من استعمال حقوق مدينه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ – لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ ص ٦٣٧ هامش نمرة ١) .

(١) والقاضى هو الذى يقدر ما اذا كان للدائن مصلحة فى استعمال حق مدينه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٧ – لوران ١٠٦ فقرة ٣٩٤ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ – بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٧ – بلانيول ٢ فقرة ٢٨٧) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ .

الأخير أو زيادة إعساره سببا فى لحوق الضرر بالدائن[1] . فلو أن المدين كان عنده مال آخر يستوفى منه الدائن حقه، لما جاز لهذا الأخير أن يستعمل حقا للمدين لا مصلحة له فى استعماله، مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق. وشرط إعسار المدين هو الذى يجعل الدعوى غير المباشرة داخلة ضمن الدعاوى التى تنظم الاعسار المدنى كما قدمنا .

(٢) أن يكون الحق الذى يستعمله الدائن غير مثقل بما يجعل استعماله غير ذى فائدة للدائن . فاذا كان الدائن يسترد مثلا عينا مملوكة للمدين ، وكانت العين مرهونة ضمانا لدين يستغرق قيمتها، فلا مصلحة للدائن فى استرداد هذه العين مادام الدائن المرتهن يتقدم عليه فلا يبقى له شىء من ثمنها يستوفى منه حقه[2] .

(٣) أن يكون المدين متعمدا أو مهملا على الأقل فى عدم استعمال حقه بنفسه . أما اذا نشط وأراد أن يباشر استعمال حقه، حتى بعد أن باشر الدائن ذلك بالنيابة عنه، فانه يستطيع أن يفعل ويجب على الدائن أن يمتنع عن المضى فى الإجراءات، وأن يترك ذلك للمدين ، إذ لم تعد له مصلحة عاجلة، مادام المدين قد خلع عنه ثوب الاهمال[3] . واذا خاف الدائن

---

(١) استئناف مختلط فى ٦ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧١ — ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ يوليه سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ٣٠٣ — ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٩ سيريه ٧٠ — ١ — ٦٤ — ١٣ يناير سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ١٥١ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٠ — هانتون ١ ص ٣٤٠ .

(٢) ويدخل فى ذلك عدم السماح للدائن باستعمال حق ملتصق بشخص المدين ، لأنه لا مصلحة له فى استعمال هذا الحق، اذ هو حق غير قابل للتنفيذ عليه، وسيأتى تفصيل ذلك .

(٣) استئناف مختلط فى ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ — ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨ — ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — مصر المختلطة الكلية فى ٥ فبراير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٦٠ رقم ١٣٧ — قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة اسكندرية المختلطة الكلية فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ ص ١٢٥ رقم ١٥٥ — محكمة مصر المختلطة الكلية فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٧ رقم ٤ — قارن استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ .

على أن إهمال المدين الذى يسوغ استعمال الدائن لحقه يجب أن يكون إهمالا واضحا، أما اذا تأخر المدين تأخرا بسيطا وكان لا يزال لديه متسع من الوقت لاستعمال حقه، فان هذا لا يعتبر إهمالا إلا اذا تلكأ عمدا أو رفع الدعوى وتلكأ بعد ذلك فى مباشرة الإجراءات (محكمة النقض الفرنسية فى ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ — ١ — ٢٢٠ — محكمة جرينوبل الاستئنافية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ — ٢ — ٢٣٨ — استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٤ — محكمة مصر المختلطة الكلية ٩ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ ص ٥٢ رقم ٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٨ ص ٢١٦) .

تواطؤ المدين مع الخصم، فله أن يدخل خصما ثالثا فى الدعوى ليرقب بنفسه الاجراءات محافظة على حقوقه من تواطؤ المدين أو من تراخيه فى الدفاع عن حقه[(١)]. وله الى جانب ذلك الدعوى البوليصية اذا تواطأ المدين مع الخصم للاضرار به[(٢)].

من ذلك يتبين أنه لا توجد مصلحة للدائن تبرر استعماله لحق مدينه اذا كان عند المدين غير هذا الحق أموال كافية يستوفى الدائن منه حقه، أو اذا لم تكن عنده أموال كافية ولكن الحق الذى يستعمله الدائن مثقل بحيث لا فائدة للدائن من استعماله، أو اذا كان الحق غير مثقل ولكن المدين لم يهمل فى استعمال حقه، أو أهمل ولكنه نشط بعد الاهمال[(٣)].

(ثانيا) شرط يرجع للحق الذى يستعمله الدائن :

* ٧١٩ — **الحق غير متصل بشخص المدين** — أما الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين فيصح أن يكون حقا شخصيا أو حقا عينيا، ويصح أن يأخذ صورة دعوى يرفعها الدائن على مدين المدين، أو مجرد إجراءات يقوم بها الدائن[(٤)]، كقبول وصية عن المدين، أو استرداد شيء باعه المدين بيع وفاء، أو قيد رهن لمصلحة المدين، أو تجديد هذا القيد، أو تسجيل عقد للمدين حتى تنتقل اليه الملكية، أو قطع تقادم سرى ضد المدين، أو طلب وضع أختام أو كتابة محاضر جرد[(٥)].

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٧.

(٢) أوبرى ورو ٤ ص ١٩٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٥ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٠ — هيك ٧ فقرة ١٨٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ — بلانيول ٢ فقرة ٢٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٨ — دى دلتس ١ لفظ (Créancier) فقرة ٩ وفقرة ٢٦ — هانتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨.

(٣) بل إن المدين يستطيع أن يوقف الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل خصما فيها، بأن يتفق مع الخصم على إنهاء النزاع صلحا، وليس للدائن أن يعترض على ذلك، فان المدين لا يزال صاحب الحق، ويجوز له التصرف فيه، مالم يكن قد قصد الاضرار بالدائن، فان لهذا أن يطعن فى هذه الحالة بالدعوى البوليصية، وسيأتى تفصيل ذلك فى موضعه (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ ص ٦٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٨).

(٤) ومن هنا نرى عدم الدقة فى تسمية استعمال الدائن لحق مدينه "بالدعوى غير المباشرة"، فانه ليس من الضرورى أن يرفع الدائن دعوى، بل يجوز أن يقتصر على استعمال حق أو على القيام بمجرد إجراءات. ولكننا نستبق هذا التعبير لأنه أصبح مألوفا، على أن يفهم معناه على النحو الذى أوضحناه.

(٥) ومن هنا نرى أن نص القانون الفرنسى: "كل حقوق المدين ودعاواه" (tous les droits et actions de leur débiteur) خير من نص القانون المصرى: "الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته (مشارطات المدين) او عن =

على أنه يجب أن يكون حقا لا مجرّد رخصة[1]، وحقا مملوكا للمدين نفسه فيخرج الحق الذى

= أى نوع من أنواع التعهدات"، وذلك من وجهين : (أولا) لا يقتصر الدائن على استعمال "الدعاوى" باسم مدينه كما يقرر النص المصرى، بل هو يستعمل أيضا الحقوق ولو كان استعمالها ليس فى صورة دعوى كقبول وصية عن المدين، ويباشر ابراءات عن المدين كقطع التقادم وقيد الرهون (انظر فى هذا المعنى دى هلتس ١ لفظ (créanciers) فقرة ٧ وفقرة ١١ — فتحى زغلول ص ٣٧٢ هامش نمرة ١ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٤٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٥ — انظر عكس ذلك والتون ٢ ص ٩٥ — بلانيول ٢ فقرة ٢٨٠ هامش نمرة ١ وفقرة ٢٨٢ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٠). (ثانيا) استعمل القانون الفرنسى تعبير "الحقوق والدعاوى" اطلاقا، ولم يقصرها على تلك التى تنشأ عن العقد أو عن أى نوع من أنواع الالتزامات كما فعل القانون المصرى، والصحيح هو القانون الفرنسى، فالحقوق سواء كانت شخصية أو عينية يجوز للدائن أن يستعملها باسم المدين، كما لو رفع دعوى استرداد عن عين مملوكة للمدين انتقلت الى يد الغير. ولما كان المشرع المصرى لا يقصد — رغما من عدم الدقة فى نصه — أن يخالف القانون الفرنسى فى مسألة نقلها عنه، وفى أمر جوهرى من هذه المسألة كالأمر الذى نحن بصدده، فالأولى أن نقرر أن القانون المصرى فى هذا الأمر هو والقانون الفرنسى سواء.

(١) والرخصة (faculté) ليست بحق (droit). فليس للدائن أن يتدخل فى شؤون مدينه الى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريدها هو، حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة مما يزيد فى ضمان الدائن، ولا أن يلغى باسم مدينه عقد ايجار بدعوى أن الأجرة باهظة مما يقلل من ضمان الدائن، فحق قبول الايجاب وحق الغاء الايجار وحق ادارة المدين لأمواله حسب ما يرى حتى لو كانت هذه الادارة سيئة ليست "حقوقا" يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه، بل هى مجرد "رخص" لا شأن للدائن فى استعمالها (لوران ١٦ فقرة ٤٢٤ وما بعدها — هيك ٧ فقرة ١٩٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٩ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٠ — فقرة ٩٠١ — بلانيول ٢ فقرة ٢٨٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٥٥ — ديموج ٧ فقرة ٩٢٦ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ١٠ وفقرة ١٥ — والتون ٢ ص ١٠٤).

ولكن اذا أصبحت الرخصة حقا كسبه الدائن بسبب من أسباب كسب الحقوق العينية أو أسباب كسب الحقوق الشخصية، فللدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه مادام قد استوفى الشروط اللازمة. فحق الموعود بالبيع حق كسبه من عقد الوعد بالبيع، ولدائنه أن يستعمله فيبدى الرغبة فى الشراء باسم مدينه. وحق البائع وفاء فى الاسترداد كذلك يجوز للدائن استعماله باسم مدينه، وحق الوارث فى قبول التركة والموصى له فى قبول الوصية والمنتفع فى قبول الاشتراط لمصلحته، كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها باسم المدين (ديرانتون ٦ فقرة ٥١٦ — فقرة ٥٢٠ — ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و١٥ فقرة ٥٣ وفقرة ٧٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٠ — فقرة ٦٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠١ — والتون ٢ ص ١٠٤ — ص ١٠٥ — انظر عكس ذلك، لاسيما فيما يتعلق بحق الوارث فى قبول الميراث وحق الموصى له فى قبول الوصية — لوران ١٦ فقرة ٤٢٦ — فقرة ٤٢٧ وهيك ٧ فقرة ١٩٥، ويرى فريق من الفقهاء — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٢ وبلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٤ ص ٢١٢ — أن حق الموصى له فى القبول لا يستعمله الدائن، وليس ذلك لأنه مجرد رخصة، بل لأنه حق متصل بشخص الموصى له).

على أن هناك حقوقا لا يمكن الجزم هل هى "حقوق" يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه أو هى مجرّد "رخص" لا يجوز له استعمالها بهذه الصفة، وذلك مثل حق الشفعة وحق الشريك فى استرداد النصيب الشائع الذى باعه أحد الشركاء، وحق المدين فى شراء الدين المتنازع فيه. والرأى الغالب أن هذه "رخص" لا يجوز للدائن استعمالها (أوبرى ورو ٤ ص ٢٠٨ وهامش نمرة ٣٧ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٠ — لوران ١٦ فقرة ٤٢٨ — هيك ٩ فقرة ٢١ —

يباشره المدين عن الغير[(١)] .

ولما كانت الدعوى غير المباشرة تستند الى ما للدائن من حق الضمان العام على جميع أموال مدينه ، فمن الواضح أن الحق الذى يستطيع الدائن أن يستعمله يجب أن يدخل ضمن الحقوق التى تعتبر ضامنة لحق الدائن . فيجب اذن أن يكون الحق ماليا غير متصل بشخص المدين . وهذا مفهوم أيضا من الشرط القاضى بأن يكون للدائن مصلحة فى استعمال حقوق مدينه ، فان الحقوق التى لا يتوافر فيها الشرط المتقدم لا يمكن الدائن أن ينفذ عليها بحقه ، فليست له مصلحة فى استعمالها .

ويترتب على ذلك أن الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية ، كحق الطلاق والنسب وما الى ذلك[(٢)] ،

= لارومبير ٢ م ١١٦٦ فقرة ١٤ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦١٤ — بلانيول و ريبير و ردوان ٢ فقرة ٩٠١ والأحكام المشار اليها) . ونحن نرى أن الشفعة والاسترداد بنوعيه ليست بحقوق حتى تجوز مناقشة امكان استعمال الدائن لها ، بل الشفعة هى كما قدمنا سبب من أسباب كسب الملكية ، فهى رخصة ، وليست بحق عينى أو حق شخصى ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . ومثلها مثل صفقة عرضت على المدين ، فقبوله هذه الصفقة لاشك فى أنه رخصة لا حق ، والمعروض على المدين فى الواقع هو أن يكسب ملكية عين بسبب من أسباب كسب الملكية وهو العقد ، كما أن المعروض على الشفيع هو أن يكسب ملكية عقار بسبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة (انظر دى هلتس ١ لفظ (Créancier) فقرة ١٧ — فقرة ١٨ — فتحى زغلول ص ٣٤٧ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٢٧ ص ٣٢٠ — ص ٣٢١) . أما التمسك بالتقادم فهو رخصة ، لأن الحق لا يكسب ولا يسقط والالتزام لا يسقط إلا اذا تمسك صاحب الشأن بالتقادم ، ومع ذلك فالقانون المصرى والفرنسى ينصان على جواز استعمال الدائن لهذه الرخصة باسم مدينه (م ٢٠٦/٢٧٠/٢٢٢٥) ، وسيأتى بيان ذلك فى الدعوى البوليصية .

(١) فلا يجوز للدائنين أن يستعملوا ولاية الوصى المدين لهم شخصيا فى رفع دعاوى القاصر ، أو ولاية القيم فى رفع دعاوى المحجور عليه ، أو ولاية ناظر الوقف فى رفع دعاوى الوقف (استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٧٠ — والتون ٢ ص ١٠٢) .

كذلك اذا جاز للدائن أن يستعمل حق المدين قبل مدين المدين ، فلا يجوز له أن يستعمل حق مدين المدين قبل مدين مدين المدين وهكذا (قارن استئناف مختلط فى ١٧ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩) .

و يلاحظ أنه يجوز للدائن أن يستعمل حق المدين فى ايقاع الحجز التحفظى على ما لمدين المدين لدى مدين مدين المدين دون مجاوزة لهذا الحد ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

(٢) حتى لو كان استعمال هذه الحقوق من شأنه أن يخفف عبئا ماليا عن المدين . فليس للدائن أن يستعمل حق مدينه فى الطلاق حتى ينقطع دين النفقة ، أو فى اللعان حتى لا يثبت النسب فلا يتحمل المدين نفقة ولد اللعان . كذلك ليس للدائن أن يطلب باسم مدينه إنقاص نفقة قدرت لزوجة المدين أو لأحد من أقاربه (ديمولومب ٥ فقرة ١٣٧ — هيك ٧ فقرة ٢٠٠ — لارومبير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٥ — بودرى و بارد ١ فقرة ٥٩٣ — بلانيول و ريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٢ — بلانيول ٢ فقرة ٢٨٥) .

كذلك لا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤول الى أن يثبت للدين ميراث =

لا يجوز للدائن استعمالها لأنها ليست بحقوق مالية[1] .

فاذا اقتصرنا على الحقوق المالية وحدها وجب إخراج الحقوق التى يقضى القانون بعدم جواز الحجز عليها، سواء كانت غير قابلة للتنازل عنها كحق السكنى وحق الاستعمال، أو كانت قابلة للتنازل كمرتبات الموظفين ومعاشاتهم وديون النفقة والملكية الزراعية الصغيرة[2] . كل هذه الحقوق لايجوز للدائن استعمالها ، اذ لا يستطيع أن ينفذ عليها بحقه، فهى غير قابلة للحجز .

تبقى الحقوق المالية القابلة للحجز عليها، وهذه يجب أن تخرج منها أيضا الحقوق المتصلة بشخص المدين[3] . ويعتبر الحق متصلا بشخص المدين اذا بنى فى أساسه على اعتبارات أدبية متغلبة[4] ، كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة[5]، وحق المجنى عليه فى التعويض عن جريمة وقعت

= أو وصية ، لأن دعوى النسب متعلقة بالأحوال الشخصية ، فيترك المدين حرا فى تقدير مناسبة رفعها . هذا ولكن لما كان يجوز لورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولو اقتضى الأمر أن يثبتوا نسبه ، فلدائنى الورثة أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينهم ، لأن المسألة تصبح قضية ميراث لاقضية نسب (ديمولومب ٥ فقرة ٢٨٤ — لوران ٣ فقرة ٤٧٠ — لا رومبير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٣) .

(١) وهناك من الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية ما له قيمة مالية ، كحق الابن على أبيه فى النفقة وحق الزوجة فى مهرها وحق الموصى له فى الموصى به وحق المستحق فى الوقف إذا اعتبر الوقف من الأحوال الشخصية . فهذه الحقوق ذات القيمة المالية يجوز للدائن استعمالها أو لا يجوز تبعا لما اذا كان الحق متصلا بشخص المدين أو غير متصل . ويترتب على ذلك أن الدائن يجوز له أن يستعمل حق الزوجة فى مطالبة زوجها بمهرها وحق الموصى له فى المطالبة بالموصى به (على خلاف فى الرأى أشرنا اليه فيما تقدم) وحق المستحق فى الوقف فى المطالبة باستحقاقه (دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٢٢) ، ولكن لا يجوز له أن يستعمل حق الابن فى مطالبة أبيه بالنفقة ، وسيأتى ذكر متى يعتبر الحق متصلا بشخص المدين .

(٢) أى الملكية التى لاتزيد على خمسة فدادين طبقا لقانون خمسة الأفدنة . انظر فى هذا الموضوع استئناف مختلط فى ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٤ — فقرة ٦٠٧ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٦٠٣ .

(٣) ويقول القانون المصرى : " الدعاوى الخاصة بشخصه " (actions purement personnelles) ، ويقول القانون الفرنسى " الدعاوى والحقوق المتصلة بشخصه اتصالا تاما " (ceux qui sont exclusivement attachés à la personne) . والمعنى واحد فى العبارتين ، وان كانت عبارة القانون الفرنسى أكثر وضوحا . فقد أبهم الأمر على محكمة الاستئناف المختلطة فى قضية الى حد أن فسرت عبارة "الدعاوى الشخصية المحضة" الواردة فى النص الفرنسى للقانون المصرى بأنها الدعاوى الشخصية المقابلة للدعاوى العينية . ولا شك فى أن هذا التفسير خطأ ، ولا يقتضيه النص نفسه (انظر استئناف مختلط فى ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٤٤ — والنون ٢ ص ١٠٥) .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩١ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٤ ص ٢١١ — كولان وكابيتان ٢ ص ٤٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٧ .

(٥) محكمة القاهرة المختلطة التجارية فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ١٧٩ رقم ١٥١ ، ومع ذلك انظر =

على شخصه أو على كرامته[(١)] . هذه الحقوق لا يجوز للدائن استعمالها ، لأنها كالحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية والحقوق غير القابلة للحجز متصلة اتصالا تاما بشخص المدين، مما يجعلها غير قابلة للتنفيذ عليها، فلا تدخل فى الضمان العام للدائن، فتفقد الدعوى غير المباشرة الأساس الذى بنيت عليه والمصلحة التى أعطيت من أجلها .

بقى بعد هذا كله الحقوق المالية القابلة للحجز وغير المتصلة بشخص المدين (ويمكن أن نجترئ بعبارة "الحقوق غير المتصلة بشخص المدين")، فهذه حقوق بنيت فى أساسها على اعتبارات مادية متغلبة، فيجوز للدائن استعمالها، إذ تدخل فى ضمانه العام، وله مصلحة فى استعمالها . وهى حقوق كثيرة متنوعة . منها ما يمكن أن يأخذ شكل الدعاوى كحق المشترى فى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب[(٢)]، وحق المصاب فى ماله فى أن يرجع بالتعويض على من ألحق به الضرر[(٣)]، وحق البائع فى استيفاء ثمن الشىء المبيع[(٤)]، وحق القاصر

= محكمة القاهرة المختلطة المدنية فى ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ٢٦٥ رقم ٢٦٤ (قضى بأن حق الرجوع فى وقفية ليس حقا متصلا بشخص المدين) — ديرانتون ١٠ فقرة ٥٤٠ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٠٨ — ديمولومب ٢٠ فقرة ٦٩٢ — فقرة ٦٩٣ — لوران ١٢ فقرة ٢٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٣ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٤ ٩ — بلانيول ٢ فقرة ٢٨٦ و ٣ فقرة ٢٦٤٧ .

(١) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٥٧ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٠٨ وهامش نمرة ٣٨ — ديمولومب ٣٥ فقرة ٨٢ — لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٩ — سوردا (Sourdat) ١ فقرة ٧٣ مكررة .

هذا وكل تعويض عن عمل ضار يحسن أن نميزفيه مع لابيه (تعليقه فى سيريه ٨١ — ٢ — ٢١) بين التعويض عن الضرر المادى ، وهذا غير متصل بشخص المدين ويجوز للدائن استعمال الحق فيه ، والتعويض عن الضرر الأدبى ، وهذا متصل بشخص المدين ولا يجوز للدائن أن يطالب به عن المدين (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٤ — فقرة ٩ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٢٣ — فقرة ٢٥ — عبدالسلام ذهنى بك فقرة ٣٢٧ — محكمة مصر المختلطة التجارية فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ١٧٩ رقم ١٥١) . انظر أيضا فى الحق المتصل بشخص المدين استئناف مختلط فى ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ (حق المدين الراهن فى نقل التكليف باسمه) ومصر الكلية الأهلية فى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ١٦٩ رقم ١١٨ (حق الوالد فى محاسبة ابنه على نفقات حفظ أمتعتها المودعة عنده) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٨ — استئناف مختلط فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ (هذا عدا الدعوى المباشرة التى يستطيع المشترى من المشترى اقامتها على البائع . باعتبار أن حق المشترى فى الرجوع على البائع قد انتقل اليه طبقا لقواعد انتقال الحقوق للخلف الخاص . وقد تقدمت الاشارة الى ذلك) .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢٠ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ — ٩ أبريل سنة ١٩١٨م ٣٠ ص ٢٤٠ .

فى مطالبة الوصى بتقديم حساب عن الوصاية بعد انتهائها[1]، وحق المتعاقد فى أن يطعن فى العقد بالبطلان أو بالفسخ أو بنحو ذلك[2]، وحق المالك فى استرداد الشيء المملوك له من تحت يد الغير، وحق الوارث فى المطالبة بنصيبه من الميراث، وحق الموصى له فى المطالبة بالوصية، ونحو ذلك[3]، ومنها ما يأخذ شكل اجراءات يقوم بها الدائن عن مدينه كالاجراءات التنفيذية[4] وقطع التقادم،

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٦ فقرة ٣٣٨ .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٨٤ بوريللى م ١٩١ فقرة ٣ (طلب تكملة ثمن الغبن) ١٣ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٢ (قرض عقده وصى القاصر مجاوزا فيه سلطته) وكذلك حق المشترى قبل البائع يستعمله المشترى من المشترى (استئناف مختلط فى ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٠٩ رقم ٢٠٨ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠) . قارن استئناف مختلط فى ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — انظر فى هذا الموضوع أوبرى ورو ٤ ص ٢١١ وهامش ٤٧ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٢٢ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ١٥ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بلانيول ٢ فقرة ٣٨٦ — كولان وكابيتان ٢ ص ٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٦ — هالتون ١ ص ٣٤ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٠ — والتون ٢ ص ١٠٣ — ص ١٠٤ — فتحى زغلول ص ٣٧٤ — انظر عكس ذلك توليه ٧ فقرة ٥٦٦ . ويغلب على القضاء الفرنسى ألا يعطى الدائن الحق فى الطعن ببطلان العقد باسم مدينه : محكمة النقض الفرنسية فى ٦ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ — ١ — ٣١٦ — حكم آخر فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ — ١ — ٢٣٣ — محكمة الجزائر الاستئنافية فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠١ — ٢ — ٣٣ ، وحجة المحاكم فى ذلك أن التمسك ببطلان عقد لعيب فى الرضاء أو نقص فى الأهلية مسألة يرجع الشخص فى تقديرها الى اعتبارات أدبية . ومع ذلك انظر محكمة النقض الفرنسية فى ١٠ مارس سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ١٦٠ — محكمة باريس الاستئنافية فى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٨ — ٢ — ٢٢٥ .

(٣) كذلك يجوز استعمال حق الطعن فى عقد بالصورية (استئناف مختلط فى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢ — وحق طلب القسمة (محكمة مصر المختلطة القضاء المستعجل فى ٢٦ يوليه سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٢٢٥ رقم ٤٧٠) — ومطالبة شركة التأمين بمبلغ التأمين متى توافرت شروط الدعوى غير المباشرة (محكمة اسكندرية المختلطة التجارية فى أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ ص ٢٢٩ رقم ٢٨٧ — استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ — ورجوع "الاسم المستعار" (prête-nom) على الأصيل فيستعمل من تعاقد مع "الاسم المستعار" هذا الحق (استئناف مختلط فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١) . وللمستحق فى وقف اذا أخذ أقل من استحقاقه أن يستعمل دعوى ناظر الوقف فى الرجوع على مستحق أخذ أكثر من استحقاقه (استئناف مختلط فى ١٩ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٢ — قارن استئناف مختلط فى ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٩ — ويلاحظ أنه يجب فى هذا الرجوع أن يكون ناظر الوقف ممثلا شخصيا نحو المستحق الأول ودائنا شخصيا للمستحق الثانى) .

هذا وللدائن أن يطعن باسم مدينه فى الأحكام التى صدرت ضد هذا الأخير ، من معارضة واستئناف وغير ذلك (دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٨ وفقرة ٢٧) ، وله أن يقوم باجراءات المرافعة وأن يتمسك بالدفوع عن المدين فى القضية التى يكون فيها هذا الأخير خصما (استئناف مختلط فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٢ — ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩) .

(٤) استئناف مختلط فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٧ .

وتسجيل العقد، وقيد الرهون، وتجديد القيد، ووضع الأختام، وكتابة محاضر الجرد، وايقاع الحجز التحفظي، وحجز ما للمدين لدى الغير، وقبول الوصية، واسترداد العين المبيعة وفاء(١)، والتنبيه بانهاء عقد الايجار(٢)، وقبول المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير(٣)، ونحو ذلك(٤).

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٤ — لوران ١٦ فقرة ٣٨٣ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢٠ — بودرى وسينيا فقرة ٦٢٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٨ — بلانيول ٢ فقرة ١٥٧٦.

(٢) لا شك فى أن التنبيه بالغاء عقد الايجار اذا كان فى مصلحة المستأجر المحضة كان لدائن المستأجر حق عمل التنبيه باسم مدينه، كما لو كان المستأجر قد أخلى العين المؤجرة وأغفل ارسال تنبيه الى المؤجر لينهى عقد الايجار. كما أنه لا شك فى أن دائن المستأجر ليس له أن يستعمل حق مدينه فى التنبيه بالغاء عقد الايجار، اذا كان المستأجر لا يزال مقيما فى العين المؤجرة، لأن التنبيه بالالغاء يعتبر فى هذه الحالة "رخصة" لا يجوز للدائن استعمالها. وقد تقدمت الاشارة الى ذلك.

وهناك حالة دقيقة. نفرض أن الدائن للمستأجر استمد دائنيته من أنه كفل المستأجر فى عقد الايجار، وإزاء تأخر المستأجر فى دفع الأجرة رأى أن يستعمل حق هذا الأخير فى التنبيه بالغاء حق الايجار حتى تنتهى الكفالة تبعا لذلك. يظهر أن التنبيه بالغاء الايجار لا يزال حتى فى هذا الفرض رخصة للمستأجر، وليس لدائنه أن يستعملها باسمه. بقيت الدعوى البوليصية، لو فرضنا أن المستأجر متواطئ مع المؤجر على عدم التنبيه إضرارا بالكفيل. على أننا نرى أن الدعوى البوليصية غير جائزة أيضا، فمن الصعب اثبات أن المؤجر يقصد الاضرار بالكفيل فى مثل هذه الحالة، هذا الى أنه لا يوجد أمامنا تصرف مفقر صدر من المدين حتى يطعن فيه بالدعوى البوليصية، وكل ما هنالك أن المدين امتنع عن القيام بعمل.

على أنه يمكن القول فى فرض كهذا أن المستأجر الذى لا يريد أن ينبه بالغاء عقد الايجار مع أنه عاجز عن دفع الأجرة، اتكالا على أن هناك كفيلا يدفع عنه دينه، يعتبر مسيئا لاستعمال حقه فى عدم التنبيه، ومتعمدا الاضرار بالكفيل. ولهذا الأخير أن يطلب تعويضا عينيا، ويكون الحكم الصادر لصالحه بمثابة تنبيه يعلنه للمؤجر فينهى عقد الايجار.

(٣) كما اذا أمن شخص لمصلحة أولاده، فيجوز لدائنى الأولاد أن يقبلوا عن مدينهم. ومع ذلك قد يكون حق المنتفع مبنيا على اعتبارات أدبية، كما اذا كان تبرعا لشخص يخرج من القبول، ففى هذه الحالة لا يجوز لدائنى المنتفع أن يقبلوا باسمه (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٣ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٤ ص ٢١٢ — والتون ٢ ص ١٠٥).

(٤) حق الوارث فى اجازة الوصية وما فى حكمها (البيع والهبة والوقف فى مرض الموت)، اذا كانت تحتاج الى الاجازة، حق متصل بشخص المدين فى نظرنا، لأن الاعتبارات المتغلبة التى بنى عليها هذا الحق هى اعتبارات أدبية. على أنه لا يتصور أن دائن الوارث يستعمل هذا الحق باسمه، فان استعماله ينقص من حقوق الوارث، والدائن يريد زيادتها. وانما يتصور الفرض العكسى: يجيز الوارث ويأبى الدائن ذلك، ولما كانت الاجازة تبرعا، فللدائن أن يطعن فيها بالدعوى البوليصية ولا يشترط التواطؤ. على أنه اذا لم يجز الوارث، أو طعن الدائن فى اجازته، فان هذا الأخير يستطيع أن يستعمل حق مدينه فى مطالبة الموصى له (ومن فى حكمه) بالقدر الذى لا تنفذ فيه الوصية دون أجازة.

هذا والقاعدة التى تقضى بجواز أن يستعمل الدائن حقوق مدينه اذا لم تكن متصلة بشخصه لا تعتبر قاعدة من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، ويصح أن يشترط المدين على دائنه ألا يستعمل حقا له حتى لو لم يكن متصلا بشخصه (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٦).

هـذه هى الشروط الواجب توافرها حتى يستعمل الدائن حقوق مدينـه : حق للدائن مستحق الأداء طبقا للرأى السائد، ومصلحة عاجلة مشروعة، وحق للمدين غير متصل بشخصه . وليست هناك شروط غير ذلك (١) .

---

(١) فلا يشـترط ألا يكون للدائن طريق آخر سوى الدعوى غير المباشرة . ولا يشترط أن يعذر الدائن المدين قبل مباشرة الدعوى، ولا أن يحصل من القضاء على اذن بحلوله محل المدين، ولا أن يقوم باجراءات تلزم المدين اذا باشر بنفسه الدعوى، ولا أن يدخل المدين خصما فى الدعوى .

فقد يكون للدائن دعوى مباشرة يستطيع أن يستغنى بها عن الدعوى غير المباشرة (كالمشترى من المشترى يستطيع أن يرفع دعوى مباشرة بالضمان على البائع باعتبار أن هذه الدعوى انتقلت اليه من سلفه مع الشىء المبيع كما قدمنا) ولكن هـذا لا يمنعه من أن يرفع الدعوى غير المباشرة، ويستعمل حق مدينه المشـترى الأول فى الرجوع على البائع بالضمان (انظر استئناف مختلط فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠) . كذلك للؤجر أن يرفع دعوى مدينـه المستأجر على المتنازل له عن الايجار لاستيفاء الأجرة، ولو أن له أن يرفع دعوى مباشرة على هـذا الأخير (انظر كتاب الايجار للؤلف فقـرة ٤٢٧) . انظر فى هذا الموضوع محكمة مصر المختلطة الابتدائيـة فى ١٢ يناير سـنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ٢٦٥ رقم ٢٦٤ — محكمة النقض الفرنسـية فى ٢٥ يناير سـنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ — ١ — ١٦٢ — حكم آخر فى ٣٠ مايو سـنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨ — ١ — ١٠٩ — حكم ثالث فى ٢٥ مارس سـنة ١٨٩٠ داللوز ٩٠ — ١ — ٤٥٧ — أوبرى ورو ٤ ص ١٩٩ — لوران ١٦ فقرة ٣٨٩ — لارومبير ٢ م ١١٦٦ فقـرة ٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣١ — ديموج ٧ فقـرة ٩٦٩ — انظر عكس ذلك بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١١ .

وقد يسـتعمل المحال له حق المحيل قبـل المحال عليه مع أن له دعوى مباشرة قبل هذا الأخير . على أن ذلك يكون فى الغالب اذا لم تتم الحوالة بقبول المحال عليـه فى القانون الأهلى، فيلجأ المحال له الى الدعوى غير المباشرة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٢٢٧ رقم ٢٦١) .

ويكفى أن يكون المدين مهملا فى استعمال حقـه، ولا حاجة الى اثبات ذلك باعذار، فليس فى القـواعد العامة ما يحتم الأعذار إلا نحو الشخص الذى يباشر الدائن فى مواجهته حق المدين اذا كان الأعذار ضروريا (كالحكم بتعويض عن التأخير أو بمصاريف الدعوى مثلا) . انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ ص ١٩٦ هامش نمرة ٢ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٢ — لارومبير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقر ٩٠٩ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٤٧ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٦ — عبد السـلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٣١ — انظر عكس ذلك ديمولومب ٢٥ فقـرة ١٠٢ — فقرة ١٠٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٣ — جارسونيه طبعـة ثانية ١ فقرة ٣١١ ص ٥٢٣ — والتون ٢ ص ٩٧ ، على أن مسألة أعذار المدين لا تعرض كثيرا فى العمل ، فان المدين فى أكثر الأحوال يدخل خصما فى الدعوى، وهذا أقوى من الأعذار (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٩) .

كذلك لا يشترط أن يحصل الدائن من القضاء على اذن بحلوله محل المدين، فهو يستمد هـذا الحلول من القانون نفسه . وقد قدمنا أنه يوجد هنا نوع من النيابة القانونية يحكمها القانون، فلا حاجة للنائب أن يستمد نيابته من القضاء (محكمة النقض الفرنسـية فى ٧ أغسطس سـنة ١٨٦٠ سيريه ٦١ — ١ — ٢٥٧ — حكم آخر فى ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٧٠ — ١ — ٦٤ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٧ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٤ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٤٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — =

§ ٢ — أحكام الدعوى غير المباشرة

* ٧٢٠ — **الأشخاص الذين يتأثرون بهذه الدعوى** — يمكن أن يتأثر بالدعوى غير المباشرة: (أولا) المدين الذى يستعمل الحق باسمه. (ثانيا) الخصم الذى يستعمل الحق ضده. (ثالثا) الدائن الذى يستعمل الحق باسم المدين.

= ديموج ٧ فقرة ٩٦٥ — انظر عكس ذلك أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ وهامش ٤ و ١١ — كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة). هذا عدا أن الاذن القضائى بالحلول لم يرد فيه نص ولا تقتضيه طبيعة الدعوى (انظر فى تفسير المادة ٧٨٨ من القانون المدنى الفرنسى، وهى تقضى بوجوب حصول الدائن على اذن قضائى للحلول محل مدينه فى قبول ميراث لهذا المدين، الى بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ ص ٦٤٠). ولا ضرورة لأذن قضائى بالحلول حتى فى حالة ما اذا أراد الدائن أن يوقع باسم مدينه حجزا تحفظيا على ما لمدين مدينه لدى الغير. أما الاعتراض بأن حجز ما للمدين لدى الغير قد نظمه القانون على أساس أن هناك ثلاثة أشخاص، الدائن والمدين ومدين المدين، وفى الفرض الذى نحن بصدده يوجد أربعة إذ زاد دائن الدائن وقد حجز باسم مدينه، فاعتراض لا محل له، لأن دائن الدائن والدائن يكونان بمثابة شخص واحد اذ الأول يعمل باسم الثانى (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٠٥ ص ٢١٤ وفقرة ٩١٥ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٢٩. على أن هناك اعتراضا أرجه يمكن أن يرد على ما قررناه، اذ الواقع من الأمر أن الدعوى غير المباشرة انما تأخذ فى أغلب الأحيان شكل الحجز على ما للمدين لدى الغير، وذلك أن الدائن بدلا من أن يرفع دعوى غير مباشرة على مدين مدينه يفضل أن يحجز تحت يده كما قدمنا (وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للدائن أن يجمع بين الحجز تحت يد الغير وبين استعمال الدعوى غير المباشرة: ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨. ويمكن تطبيق هذا المبدأ فى قضية وقائعها أن زوجة كانت اسما مستعارا (prête-nom) لزوجها فى عقد مقاولة، وقد رفعت الزوجة دعوى على مدينها بموجب هذا العقد، فكما أن للزوج أن يوقع حجزا تحفظيا تحت يد مدين زوجته ويدخل فى الوقت ذاته خصما ثالثا فى الدعوى المرفوعة من الزوجة لاثبات أنها اسم مستعار وأنه هو الذى يستحق المبلغ الذى يحكم به على المدين، كذلك لدائن الزوج أن يستعمل هذه الحقوق باسمه: يوقع حجزا تحفظيا تحت يد مدين الزوجة ويدخل خصما ثالثا فى الدعوى وذلك كله باسم الزوج). فالدعوى غير المباشرة تأخذ اذن فى الغالب شكل حجز ما للمدين لدى الغير من الناحية العملية. ولما كان من القواعد المقررة فى هذا الحجز أنه لا يجوز للدائن أن يحجز ما لمدين مدينه لدى مدين من الدرجة الثالثة، أى أنه لا يجوز أن يتوسط بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه إلا مدين واحد محجوز عليه، كان من الممكن أن يشتبه الأمر فى الدعوى غير المباشرة، فلا تعطى لدائن يحجز باسم مدينه على ما لمدين هذا المدين لدى الغير، حتى لا يكون هناك حجز لدى الغير (أو ما يقابله وهى الدعوى غير المباشرة) يتوسط فيه بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه مدينان محجوز عليهما لا مدين واحد. إلا أن هذه الشبهة تزول اذا لاحظنا أن الدائن الذى يستعمل حق مدينه فى توقيع الحجز تحت يد الغير انما يستعمل هذا الحق باسم مدينه، فهو ومدينه فى هذا الحجز شخص واحد، فلا يتوسط بينهما وبين المدين المحجوز لديه إلا مدين واحد محجوز عليه، هو فى هذه الحالة مدين المدين — هذا ويلاحظ أن الاذن القضائى بحلول الدائن محل المدين، على فرض أنه ضرورى، لا يعود له موجب بدخول المدين نفسه خصما فى الدعوى كما هى العادة (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٤ ص ٢٢٠).

ولا يشترط أيضا فى رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم الدائن باجراءات كان على المدين أن يقوم بها لو باشر الدعوى بنفسه، كما اذا كان المدين قاصرا ووجب عليه أخذ إذن من المجلس الحسبى أو الحصول على اجازة الولى أو الوصى، فما دام الدائن كامل الأهلية، فانه يستطيع أن يرفع الدعوى دون القيام بشىء من هذه الاجراءات، لأن المدين لا ينفذ =

فنحن نتكلم فى أثر الدعوى بالنسبة لكل من هؤلاء . والمبدأ الذى يسود هذا الموضوع

= فى حق الحكم الصادر فى الدعوى إلا اذا دخل فيها ، وهو اذا دخل فلا بد من أن يقوم بالاجراءات المتقدمة (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٣ — عكس ذلك لوران ١٦ فقرة ٣٨٧) . ولا شك فى أن عدم قيام الدائن بالاجراءات التى كان يتخذها المدين لو باشر الدعوى بنفسه يخالف مبدأ نيابة الدائن عن المدين ، فمن مقتضيات النيابة البحث عن الأهلية فى شخص الأصيل وهو هنا المدين لا فى شخص النائب وهو هنا الدائن ، كما تقدمت الاشارة الى ذلك . ولكننا أمام نيابة من نوع خاص ، تمتاز بأنها نيابة فى مصلحة النائب لا فى مصلحة الأصيل ، واقتضى ذلك ضرورة دخول الأصيل فى الدعوى حتى يسرى الحكم فى حقه ، فاستغنى بهذا عن ضرورة اتباع اجراءات خاصة لحماية الأصيل ، ما دامت هذه الاجراءات لا بد من اتباعها اذا دخل فى الدعوى ، وهو اذا لم يدخل فالحكم لا يسرى عليه .

ولا يشترط أخيرا فى الدعوى غير المباشرة أن يدخل المدين خصما فى الدعوى (استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٧ — حكم آخر فى ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — حكم ثالث فى ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — حكم رابع فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — لوران ١٦ ص ٤٠٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٦ — بلانيول ٢ فقرة ٢٩٠ — والتون ٢ ص ٩٧ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٨ — انظر عكس ذلك ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٧) . كذلك لا حاجة لأن يدخل الدائنون الآخرون فى الدعوى (استئناف مختلط فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥١) . لكن اذا كان المدين تاجرا مفلسا فالدائن لا يستعمل الدعوى باسم المدين إلا فى مواجهة السنديك والحكم يكون باسم السنديك (م ٢٢٠/٢٢٨ من القانون التجارى) . إلا أنه اذا لم يدخل المدين خصما فى الدعوى ، فالحكم لا يسرى عليه ، لأنه ليس طرفا فى الدعوى ، وذلك طبقا للقواعد المتعلقة بقوة الشىء المحكوم فيه (ولكن الحكم الذى صدر فى مواجهة المدين يسرى على الدائن ، ولو لم يكن هذا قد دخل خصما فى الدعوى : استئناف مختلط فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤) . ولا يقال أن نيابة الدائن عن المدين تجعل الحكم ساريا على المدين طبقا لنظرية النيابة ، ذلك لأن النيابة هنا هى من نوع خاص كما قررنا ذلك غير مرة ، وهى لصالح النائب لا لصالح الأصيل ، لذلك لا يكون الحكم الذى صدر فى مواجهة النائب وهو لا يعمل لمصلحة الأصيل ساريا فى حق هذا الأخير (انظر استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ وص ٢) . وقد جرت العادة أن الدائن يدخل المدين خصما فى الدعوى ، فاذا لم يدخله فان المدعى عليه هو الذى يقوم بادخاله ، وله مصلحة فى ذلك ، هى أنه اذا حكم برفض الدعوى كان الحكم ساريا على المدين (استئناف مختلط فى ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٦) . وللدين كذلك أن يدخل من تلقاء نفسه خصما فى الدعوى ، بل له أن يتولاها بنفسه ويقف عمل الدائن كما قدمنا . وللقاضى أن يأمر بادخال المدين خصما فى الدعوى اذا رأى فائدة فى ذلك (استئناف مختلط فى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ : على ألا يكون ادخال المدين خصما فى محكمة الاستئناف حتى لا يضيع عليه درجة من درجات التقاضى — انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية فى أول أغسطس سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ — ١ — ٣٥٣ — ٢ أغسطس سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧ — ١ — ٢٢٤ — محكمة بوردو الاستئنافية فى ٣١ يوليه سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ٢ — ٥٤١ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٦ ص ٢٢٢) . كذلك لا يشترط أن يصدر الدائن صحيفة الدعوى بما يقرر أنه يعمل باسم المدين ، ما دام هذا الأمر يمكن فهمه من مجموع العبارات الواردة فى صحيفة الدعوى (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ — ٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) .

هو أن الدائن إنما يستعمل حق المدين باعتباره نائبا عنه ، ولذلك ينصرف الأثر الى المدين لا الى الدائن طبقا لأحكام النيابة ، عدا استثناءات معينة . وعلى ذلك تكون هناك فكرتان أساسيتان تسودان الدعوى غير المباشرة، فكرة المصلحة بالنسبة لشروط الدعوى، وفكرة النيابة بالنسبة لأحكامها . والمصلحة هى التى تبرر النيابة كما قدمنا .

(أولا) الأثر بالنسبة للمدين الذى يستعمل الحق باسمه :

* ٧٢١ — **بقاء المدين محتفظا بحقه** — يبقى المدين محتفظا بحقه الذى يباشر استعماله الدائن، ولا ترتفع عنه يده ، لأن الدائن ليس إلا نائبا عنه ، والقاعدة أن الأصيل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه .

و يترتب على ذلك أن المدين يبقى حرا فى أن يتصرف فى حقه حتى بعد أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة . فان كان هذا الحق عينا ، فللمدين أن يبيعها أو يقايض عليها أو يهبها، لأنه لا يزال هو المالك ، ولم تغل الدعوى غير المباشرة يده عن التصرف فى ملكه . وكل ما يستطيع الدائن أن يفعل هو أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها . واذا كان الحق دينا، جاز للمدين أن يتصرف فيه حوالة بيع أو برهن أو بغير ذلك، ولا يستطيع الدائن إلا الطعن بالدعوى البوليصية كما تقدم[1] .

وكما يستطيع المدين التصرف فى حقه ، يستطيع كذلك أن يصطلح عليه[2] ، بل يستطيع أن يتنازل عنه عينا كان أو دينا ، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى غير المباشرة أو بعد ذلك، وليس للدائن إلا الدعوى البوليصية كما قدمنا[3] .

وللمدين كذلك أن يستقضى حقه بأى سبب من أسباب استقضائه ، فله أن يستوفيه ،

---

(١) وهذا بخلاف ما اذا حجز الدائن تحت يد مدين المدين ، فان هذا الحجز يرفع يد المدين عن الدين الى حد كبير (انظر م ٤٣٣/٤٩٥ من قانون المرافعات)، هذا الى أنه فى الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفى بالدين الى المدين، بخلاف ما اذا حجز تحت يده ، فلا يستطيع أن يفعل ذلك (بودرى و بارد ١ فقرة ٦٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٩) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ فبراير سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٢ — ١ — ٤١٥ قارن لابيه (Labbé) فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ ص ٢٢١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٩ .

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٠٣ دالموز ١٩٠٣ — ١ — ٤٥٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٠٢ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٣٩ — بلانيول و ريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٩ — والتون ٢ ص ١٠٠ — ص ١٠١ .

وله أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة[1] أو باتحاد الذمة أو بالإبراء كما سبقت الاشارة الى ذلك، سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدائن للدعوى أو بعد ذلك[2].

٧٢٢ — عدم سريان الحكم على المدين الا اذا دخل فى الدعوى — على أن نيابة الدائن عن المدين هى كما قدمنا نيابة خاصة، وخصوصيتها أنها لصالح النائب لا لصالح الأصيل[3]. لذلك لا تأخذ النيابة حكمها فيما يتعلق بقوة الشىء المحكوم فيه. فقد كان منطق النيابة يقضى بأنه مادام الدائن ينوب عن المدين، فالحكم الذى يصدر فى الدعوى يعتبر كأنه صادر فى مواجهة المدين، ويسرى عليه، ولا يستطيع المدين بعد ذلك أن يجدد الخصومة بعد أن سبق الفصل فيها[4]. ولكن لما كان الدائن إنما يعمل لمصلحته فى نيابته عن المدين، فالحكم الذى يصدر فى مواجهته يكون حجة عليه هو، ولا يكون حجة على المدين. فاذا لم يدخل المدين فى الدعوى، وصدر الحكم فى مواجهة الدائن والخصم، فهذا لا يمنع الدائن من إقامة الدعوى من جديد على الخصم، ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع الدعوى بقوة الشىء المحكوم فيه لأن المدين لم يكن طرفا فى الدعوى التى صدر فيها الحكم[5]. بل يستطيع أى دائن

---

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٠.

(٢) استئناف مختلط فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥.

(٣) يصرح بعض الفقهاء (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٧ وفقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢١ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ وفقرة ٣٥) بخطأ القول بنيابة الدائن عن المدين، ويستندون فى ذلك الى أن النيابة انما تكون فى صالح الأصيل لا فى صالح النائب. ولكن اذا كان هذا صحيحا كقاعدة عامة، فانه ليس فى طبيعة النيابة ما يمنع من أن تكون فى صالح النائب لا الأصيل. فالنيابة هى حلول ارادة شخص محل ارادة شخص آخر، مع انصراف الأثر القانونى لهذه الارادة الى شخص الأصيل. والدائن فى استعماله حق المدين انما يحل محله فى هذا الاستعمال، وينصرف أثر ذلك الى شخص المدين. على أن جعل النيابة فى صالح النائب ليست فكرة مبتدعة، ولا هى مقصورة على نيابة الدائن عن المدين، فالوكالة قد تكون هى أيضا فى صالح الوكيل، وفى هذه الحالة لا يجوز للوكل عزله.

على أنه مما يلاحظ فى هذا الصدد أن الدعوى غير المباشرة ليست دعوى مستقلة فى يد الدائن، بل هى قبس دعوى المدين يباشرها الدائن باسمه، ولذلك قيل لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة، بل توجد دعاوى غير مباشرة بقدر ما للمدين من الدعاوى (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٨٩٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٣). وهذه الملاحظة من شأنها أن تؤيد فكرة النيابة.

(٤) انظر فى هذا المعنى كولمه دى سانتير ٥ فقرة ٨١ — جان أشر (Jean Acher) فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٣ مجلد ٣٢ ص ٢٣٧ — ص ٢٤٧.

(٥) استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٩ — =

آخر للمدين لم يكن دخل طرفا فى الدعوى الأولى أن يعيد رفع الدعوى باسم المدين . أما الخصم فان قوة الشيء المحكوم فيـه تكون كاملة بالنسبة له لأنه كان طرفا فى الدعوى . فلو حكم عليه وجب أن ينفذ الحكم فى صالح المدين . ومن ذلك يتبين أنه اذا لم يدخل المدين فى الدعوى، فان الحكم الذى يصدر فى صالحه يستفيد منه هو والدائنون الذين لم يدخلوا فى الدعوى، أما اذا صدر الحكم ضده فلا يكون حجة عليه لا هو ولا دائنيه المذكورين[(١)] .

ولما كانت هـذه النتيجة غير مرغوب فيها ، فقد جرت العادة أن الدائن يدخل المدين خصما فى الدعوى ، فاذا لم يفعل، فان المدعى عليه نفسـه لا يلبث أن يفعل ذلك حتى يكون الحكم ساريا على المدين . والمدين يستطيع من تلقاء نفسه أن يدخل خصما فى الدعوى، بل يستطيع وقف عمـل الدائن ومباشرة الدعوى بنفسـه[(٢)]، وللقاضى أن يأمر بادخال المدين فى الدعوى، وقد سبقت الاشارة الى ذلك فى الحاشية[(٣)] .

= ٥ يونيه سنة ١٩٣٠م ٤٣ ص ١ و ص ٢ ، هذا ولا يحكم بشيء من المصاريف على المدين اذا خسر الدائن الدعوى ولم يكن المدين داخلا فيها (فتحى زغلول ص ٣٧٥) .

أما اذا دخل المدين فى الدعوى فالحكم يسرى فى حقـه وفى حق سائر الدائنين، دخلوا فى الدعوى أو لم يدخلوا (قارن فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ — أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٩) .

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٠٧ — فقرة ٤٠٨ — هيك ٧ فقرة ٢١٤ — لاروميير ٧ م ١٣٥١ فقرة ١٢٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٤ — قارن أوبرى ورو ٤ ص ٢٠٢ وهامش نمرة ١٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٢٤ — فقرة ١٢٧ وفقرة ١٣٢ — فقرة ١٣٣ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٤٨ — بلانيول ٢ فقرة ٢٩٣ — بلانيول وريپير وردوان ٢ فقرة ٩٢٢ ، ويرى الفقهاء الأخيرون أن المدين لا يسرى فى حقه الحكم اذا لم يدخل فى الدعوى حتى لو صـدر الحكم فى صالحه ، فله أن يرفع الدعوى من جديد ، ويحكم له من جديد ، والخصم يرجع على الدائن بما دفعه دون حق .

هذا واذا فرض أن المدين لم يدخل فى الدعوى ، وصـدر الحكم برفضها ، وعاد المدين أو دائن له آخر لرفع الدعوى من جديد ، وصدر الحكم فى الدعوى الثانية لصالح المدين ، فان الدائن الذى كان قد رفضت دعواه أولا يستفيد من هذا الحكم ويشترك فيه مع سائر الدائنين . وهذا انما هو تطبيق للقواعد العامة .

(٢) استئناف مختلط فى ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧ .

(٣) هذا وسواء دخل المدين الدعوى أو لم يدخل ، فان الدائن نائب عنه كما قدمنا ، ومقتضى منطق النيابة أن العبرة بجنسية الأصيل لا بجنسية النائب فى تحديد اختصاص المحاكم المختلطة . وينبنى على ذلك أنه لو كان المدين ومدين المدين مصريين ، فالقضية يجب أن تكون من اختصاص المحاكم الأهلية ، حتى لو كان الدائن أجنبيا ، وحتى لو لم يدخل المدين فى الدعوى . ولا تكون القضية من اختصاص المحاكم المختلطة إلا اذا حوّل المدين حقه الى دائنه فأصبح هذا يرجع بدعوى مباشرة على مدين المدين ، أو اذا حجز الدائن الأجنبي تحت يد مدين المدين . أما اذا كان المدين أجنبيا =

(ثانيا) الأثر بالنسبة للخصم الذى يستعمل الحق ضده :

* ٧٢٣ — **علاقته بالدائن** — والخصم فى علاقته بالدائن يستطيع أن يدفع الدعوى بكل الدفوع التى كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذى رفع الدعوى[(١)]، وهذا تطبيق آخر لأحكام النيابة . فله أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين ، كالوفاء[(٢)] والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة والابراء والتقادم وغير ذلك ، سواء كان سبب الانقضاء سابقا على رفع الدعوى أو تاليا له ، كما سبقت الاشارة الى ذلك .

كذلك للخصم أن يطعن فى العقد الذى يتمسك به الدائن باسم مدينه بجميع أوجه البطلان التى كان يتمسك بها فى مواجهة المدين ، سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا ، وأيا كان سبب البطلان . وله كذلك أن يتمسك قبل الدائن باجازة المدين لعقد باطل كما يستطيع ذلك قبل المدين نفسه[(٣)]، حتى لو صدرت هذه الاجازة بعد رفع الدعوى[(٤)] .

كذلك للخصم أن يتمسك بأى اتفاق بينه وبين المدين بشأن موضوع النزاع ، كما اذا تمسك بالاتفاق مع المدين على البقاء فى الشيوع لمدة لا تزيد على الحد القانونى فى دعوى قسمة رفعها

= فالقضية تكون من اختصاص المحاكم المختلطة حتى لو كان الدائن مصريا وكان مدين المدين مصريا مثله . واذا كان المدين ومدين المدين أجنبيين من جنسية واحدة فالقضية اذا كانت منقولة تكون من اختصاص المحكمة القنصلية ، حتى لو كان الدائن مصريا أو أجنبيا من جنسية أخرى (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ١٩ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٩١ — قارن ٢٦ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٤٤ — وانظر عكس ذلك ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٤ — ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٥ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٠) .

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٠ يوليه سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧ — ١ — ٣٤٤ — ١٠ يوليه سنة ١٨٧٧ سيريه ٨٠ — ١ — ١٧١ — ٢٢ يونيه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٥٢٧ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ — ٢ — ٢٨٤ — توليه ٧ فقرة ٥٦٨ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٠١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٠١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٨ — بلانيول ٢ فقرة ٢٩١ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩١٩ .

(٢) واذا تمسك الخصم بالوفاء وأبرز مخالصة لاثبات ذلك ، فهذه المخالصة تكون حجة على الدائن ولو لم تكن ثابتة التاريخ ، فان ثبوت التاريخ غير ضرورى إلا بالنسبة للغير ، والدائن نائب عن المدين كما قدمنا وليس من الغير (استئناف مختلط فى ٣ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣) .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٨ .

(٤) مع الاحتفاظ بحق الدائن فى الطعن فى هذه الاجازة بالدعوى البوليصية : قارن محكمة بوردو الاستئنافية فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ — ٢ — ٢٣٣ . وللدائن كذلك أن يطعن فى تنازل المدين عن التمسك بالتقادم (محكمة ديجون الاستئنافية فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٨ جازيت دى باليه ٨٨ — ١ — ٨٢٢) .

الدائن[١]، أو بصلح تم مع المدين على الحق الذى رفع الدائن بشأنه الدعوى، أو بعقد مستتر بينه و بين المدين يناقض العقد الظاهر الذى رفع الدائن الدعوى غير المباشرة على أساسه[٢]، أو بقوة الشيء المحكوم فيه[٣].

ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصيا، لأن الدائن انما ينوب عن المدين فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين[٤].

* **٧٢٤ — علاقته بالمدين** — أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هى العلاقة الأصلية، علاقة مدين بدائن وللخصم أن يفى دينه للمدين و يكون الوفاء صحيحا كما قدمنا[٥]، وله أن يصطلح عليه معه، وأن يجدده، وغير ذلك مما سبقت الاشارة اليه.

---

(١) محكمة تولوز الاستئنافية فى ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩١ — ٢ — ٦٥ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٣٨

(٢) نقض فرنسى فى ٢٣ مايو سنة ١٨٧٠ سيريه ١٨٧٠ — ١ — ١٥١ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٣.

(٣) استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ ص ١٧٣ رقم ٢٩٥ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٣.

و بوجه عام ليس للدائن الذى يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للدين نفسه (محكمة المنصورة المختلطة الجزئية ٤ فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ ص ٨٤ رقم ١٩٦)، فلا يسوغ للدائن أن يتبع طريقا من طرق الاثبات ما كان للدين اتباعه (محكمة أسيوط الكلية حكم استئنافى فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ عـ ٦٢ ص ١٤١ — استئناف مختلط فى ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧). ولكن ليس للخصم أن يحتج على الدائن بحوالة صدرت من المدين ولكنها لم تستوف شرائطها القانونية (استئناف مختلط فى ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١: ولكن كان يمكن اعتبار تمسك المدين بالحوالة فى هذه القضية قبولا لها).

على أن الخصم اذا استطاع أن يدفع دعوى الدائن بكل الدفوع الجائزة قبل المدين، فهو لا يستطيع أن يقيم فى مواجهة الدائن وحده (اذا لم يكن المدين طرفا فى الدعوى) دعوى من دعاوى المدعى عليه، وذلك لأن الدائن انما يمثل المدين فى الحق المحدود الذى يستعمله باسمه، ودعوى المدعى عليه لها موضوع آخر لا يمثل فيه الدائن المدين، فلا يصح أن يكون خصما فى هذه الدعوى. و بعبارة أخرى اذا كان الدائن يستطيع أن يكون مدعيا باسم مدينه، فهو لا يستطيع أن يكون مدعى عليه باسم هذا المدين (نقض فرنسى فى أول يوليه سنة ١٨٥١ داللوز ٥١ — ١ — ١٩٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦١٤ — بلانيول و ريبير و ردوان ٢ فقرة ٩٢٠).

(٤) نقض فرنسى فى ٤ يونيه سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ٤٠٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٧ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٤٢ — بلانيول و ريبير و ردوان ٢ فقرة ٩١٩.

(٥) و يجوز للخصم كذلك أن يوفى الدائن الذى رفع الدعوى بقدر ما له فى ذمة المدين، و يكون الوفاء صحيحا =

(ثالثا) الأثر بالنسبة للدائنين الذى يستعمل الحق باسم المدين :

* ٧٢٥ — اشتراك سائر الدائنين معه — والدائن الذى يستعمل الحق باسم مدينه هو نائب عنه كما قدمنا . ويترتب على ذلك أن الحكم يصدر لصالح المدين وهو الذى يستفيد منه مباشرة[1] . أما الدائن فيستفيد بطريق غير مباشر، إذ يجوز له التنفيذ بحقه على ما حكم به للمدين، فانه كسائر أموال المدين يدخل فى ضمانه العام .

وينبنى على ما تقدم أن الذى يستفيد من الدعوى غير المباشرة ليس هو الدائن الذى رفعها وحده، بل كل الدائنين الآخرين، سواء من دخل منهم فى الدعوى ومن لم يدخل، لأن الحق المحكوم به للمدين ضمان عام لكل الدائنين فاذا بادر الجميع الى التنفيذ عليه قسموه فيما بينهم قسمة غرماء[2] .

= فى هذه الحالة (انظر م ١٦١/٢٢٤ والمادة ١٢٣٦ فقرة ثانية من القانون الفرنسى) . وبذلك ترتفع عن الدائن صفته ، ولا يستطيع أن يستمر فى مباشرة الدعوى إذ لم تعد له مصلحة فى ذلك (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٣٣ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٤٣) . ويفعل الخصم ذلك اذا كان الدين الثابت فى ذمته أكبر من الدين الثابت فى ذمة المدين للدائن (بلانيول و ريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢١) .

ولكن لا يترتب على ذلك أن الخصم يتمسك بالمقاصة بين حق الدائن فى ذمة المدين وحق له هو فى ذمة الدائن ، لأن الحقين غير متقابلين ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

(١) ويترتب على ذلك أن الدائن يطالب الخصم فى الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت فى ذمة الخصم للمدين لا بمقدار الحق الثابت فى ذمة المدين للدائن . على أن الخصم اذا رأى أن ما فى ذمة المدين للدائن أقل مما فى ذمته هو للمدين يستطيع أن يفى الدائن حقه ، فينهى الدعوى بذلك على النحو الذى قدمناه (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ — بلانيول ٢ فقرة ٢٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢١ — والتون ٢ ص ١٠١) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ وص ٢ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — والتون ٢ ص ٩٩ — ص ١٠٠ — انظر عكس ذلك فتحى زغلول ص ٣٧٥ .

بل أنه اذا ترتب لأحد من هؤلاء الدائنين ، ولو لم يكن الدائن الذى رفع الدعوى ، على الحق المحكوم به ما يجعله يتقدم فيه على سائر الدائنين ، كما اذا كان له رهن أو امتياز ، تقاضى حقه قبل الجميع (نقض فرنسى فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٥٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٠٧ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير و ردوان ٢ فقرة ٩٢٣) .

على أنه يلاحظ أن تزاحم الدائنين انما يكون اذا تقدموا جميعا فى الوقت المناسب ، أما اذا لم يتقدم أحد منهم حتى حكم فى الدعوى غير المباشرة ، وانتهى الدائن الذى رفع الدعوى من إجراءات التنفيذ بحقه ، فانه يستقل بما حصل =

(١)

* ٧٢٦ — **الدعوى المباشرة** (action directe) — ومن هنا نرى ضعف الدعوى غير المباشرة وقلة فائدتها للدائن الذى يباشرها . وقد يرى المشرع فى بعض الأحوال — توقيا لتزاحم الدائنين — أن يعطى أحدهم دعوى مباشرة قبل مدين المدين . فيستأثر الدائن الذى توافر فيه ما يسوغ مراعاته بالحق الذى يطالب به مدين المدين حتى يستوفى منه حقه الثابت فى ذمة المدين، وبذلك يتقدم على سائر الدائنين . فالدعوى المباشرة تكون فى الواقع إذن بمثابة حق امتياز لهذا الدائن (٢) . ويرفعها هذا الأخير باسمه لا باسم المدين كما فى الدعوى

= عليه ولا يشترك فيه معه الباقى (استئناف مختلط فى ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٠ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ وص ٢ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — بلانيول ٢ فقرة ٢٩٤ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢٣) . (أما اذا مات المدين ، فتركته مسئولة عن ديونه جميعا ، ولا يجوز لأحد الدائنين أن يسابق الباقى ، ويسبق الى استيفاء حقه قبل الآخرين : استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٦ — ٦ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠١) .

لذلك كثيرا ما يحتاط الدائن عند رفع الدعوى باسم المدين ، فيتخذ الى جانب رفع الدعوى إجراءات أخرى تضمن له الاستيلاء على ما يحكم به ضد الخصم والتنفيذ عليه بحقه . وفى هذا يقوم الدائن بعملين متميزين أحدهما عن الآخر : رفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه وهذا لا يقتضى أكثر من أن يكون حقه خاليا من النزاع (أو مستحق الأداء حسب الرأى السائد) ، واتخاذ إجراءات ضد المدين نفسه بعد أن يدخله خصما فى الدعوى ، وهذه الاجراءات إما أن يريد بها المطالبة بحقه وفى هذه الحالة يكفى أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، وإما أن يريد بها التنفيذ وفى هذه الحالة يجب أن يكون الحق قابلا للتنفيذ . واتخاذ إجراءات التنفيذ فى وقت رفع الدعوى غير المباشرة تضمن للدائن أن يستولى بنفسه على ما يحكم به ليستوفى منه حقه ، فيأمن بذلك الى حد كبير مبادرة المدين الى التصرف فى حقه قبل أن ينفذ عليه الدائن ، ولكن هذا لا يمنع بقية الدائنين من الدخول فى الدعوى ، أو من الاشتراك فى إجراءات التنفيذ ، فيقسم الحق بينهم جميعا قسمة غرماء (نقض فرنسى فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٥٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٣٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٥ مكررة — كولان وكاپيتان ٢ ص ٤٧ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢٤) .

(١) انظر فى الدعوى المباشرة سرجان (Sergent) فى الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ — سوليس (Solus) فى الدعاوى المباشرة (رسالة من باريس سنة ١٩١٤) — ديبريه (Debray) فى الامتيازات على الديون والدعاوى المباشرة (رسالة من باريس سنة ١٩٢٨) — ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ — فقرة ١٠١٨ .

(٢) وقد يتصور فرق بين حق الامتياز والدعوى المباشرة : لو اجتمع دائنان أحدهما له دعوى مباشرة ، ورفع الثانى الدعوى غير المباشرة وحكم له على مدين المدين ووفى هذا بما عليه للدين ، فان صاحب الدعوى المباشرة لا يملك فى هذه الحالة إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسمان الحق بينهما قسمة غرماء (بخلاف ما اذا كان له حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة فانه يتقدم) . والأفضل فى هذه الحالة للدائن ذى الدعوى المباشرة أن يدخل خصما فى الدعوى غير المباشرة التى رفعها الدائن الآخر ، ويطلب من مدين المدين أن يفى له بالدين مباشرة ، فيستقل به دون باقى الدائنين .

غير المباشرة، و يطلب الحكم لصالحه لا لصالح المدين[1] . لذلك لا تعطى هذه الدعوى للدائن إلا بنص فى القانون[2] .

ومن الأمثلة على ذلك دعوى المقاول من الباطن قبل صاحب العمل بقدر المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى (م ٤١٤ — ٤١٥/٥٠٦ — ٥٠٧)، ودعوى المؤجر قبل المتنازل له عن الايجار[3]، ودعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن فى القانون الفرنسى[4]، ودعوى الموكل قبل نائب الوكيل (م ٥٢٠/٦٢٧/١٩٩٤)، ودعوى المؤجر قبل شركة التأمين عن التعويض المستحق للمستأجر بسبب حريق العين المؤجرة فى القانون الفرنسى، ودعوى المصاب بوجه عام قبل شركة التأمين عن التعويض المستحق للمؤمن فى القانون الفرنسى كذلك[5]، ودعوى الخلف الخاص قبل مدين سلفه عند انتقال الحق من السلف إلى الخلف طبقا للقواعد التى قدمناها[6] .

---

(١) ومن مزايا الدعوى المباشرة أيضا أن الخصم لا يستطيع أن يدفع قبل الدائن بالدفوع التى كان يجوز أن يدفع بها قبل المدين، بل لا يدفع إلا بدفوع متعلقة بشخص الدائن . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة كما قدمنا .

(٢) جوسران ٢ فقرة ٦٧٤ — هذا وقد لا يوجد نص خاص فى القانون، وانما تعطى الدعوى المباشرة بمقتضى قاعدة عامة، كما فى الخلف الخاص تكون له دعوى مباشرة قبل المدين لسلفه، وكما فى المؤجر تكون له دعوى مباشرة قبل المتنازل له عن الايجار .

(٣) انظر كتاب الايجار للمؤلف فقرة ٤٢٧ — كذلك للمتنازل له عن الايجار رفع دعوى مباشرة على المؤجر (كتاب الايجار للمؤلف فقرة ٤٢٦) .

(٤) انظر المادة ١٧٥٣ من القانون المدنى الفرنسى وكتاب الايجار للمؤلف فقرة ٤٢٣ .

(٥) انظر القانون ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ وقانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ الصادرين فى فرنسا . وانظر جوسران ٢ فقرة ٦٧٣ — بلانيول وريبير وردوان فقرة ٩٢٥ — وكتاب الايجار للمؤلف فقرة ٢٩٨ وفقرة ٣٠٣، أما رجوع شركة التأمين على المسئول عن العمل الضار فلا يزال محلا لاجتهاد القضاء فى فرنسا (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٩٥) . وفى مصر لا تعطى شركة التأمين دعوى مباشرة إلا اذا تنازل لها المصاب عن دعواه قبل المسئول (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٤) .

وللاستاذ لابيه نظرية مشهورة تقضى باعطاء الدائن دون نص حق امتياز (وهو أقوى من الدعوى المباشرة) على حق يثبت لمدينه قبل مدين للدين، و يكون سببه فائدة قدمها لهذا المدين (كالمؤجر والمستأجر من الباطن) أو خسارة تحملها عنه (كالمؤجر وشركة التأمين على الحريق) . انظر لابيه : الامتيازات الخاصة على الديون فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ المجلد الخامس ص ٥٧١ وما بعدها و ص ٦٦٥ وما بعدها — انظر أيضا كتاب الايجار للمؤلف فقرة ٤٢٥ .

(٦) انظر فى هذا الموضوع ديرانتون ١٠ فقرة ٥٤٧ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٣٤ — فقرة ١٣٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٥ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٣ .

المطلب الثانى — الدعوى البوليصية (أو دعوى إبطال التصرفات) *

(Action paulienne, révocatoire)

* **٧٢٧ — النصوص القانونية** — نصت المادتان ٢٠٤/١٤٣ على أن للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم، وفى طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق إضرارا بهم (١).

ونصت المادتان ٦٨٠/٥٥٦ على أنه لا يجوز الطعن من الدائنين فى تصرف مدينهم فى أمواله بمقابل، إلا إذا كان التصرف حاصلا للاضرار بحقوقهم (٢).

ونصت المادة ١١٦٧ من القانون المدنى الفرنسى على أنه يجوز (للدائنين) أيضا أن يطعنوا باسمهم فى الأعمال القانونية الصادرة من مدينهم بقصد الاضرار بحقوقهم.

٧٢٨ — ملاحظات على النصوص — ونلاحظ على نص القانون المصرى عدم إحكام الوضع، فالمشرع المصرى كرر قاعدة واحدة فى موضعين متفرقين بعبارتين مختلفتين دون مقتض. ففى المادتين ٢٠٤/١٤٣ وضع القاعدة العامة فى الدعوى البوليصية، وتناول المعاوضات والتبرعات. وفى المادتين ٦٨٠/٥٥٦ كرر نفس القاعدة ولكن لم يذكر

---

* المراجع: انظر فى هذا الموضوع جيلوار (Guillouard) بحث فى الدعوى البوليصة — أشر (Acher) فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠ — جروبيه (Grouber) فى الدعوى البوليصية فى القانون الفرنسى المعاصر (رسالة من باريس سنة ١٩١٣) — فنيرون (Vigneron) فى الغش فى نقل الحقوق (رسالة من باريس سنة ١٩٢٠) — انظر أيضا مقالين للاستاذ عبد العظيم الشقنقيرى فى مجلة الشرائع السنة الخامسة ص ٣٢٨ — ص ٣٣٦ وص ٤٢٣ — ص ٤٣٠.

(١) وهذا هو النص الفرنسى للمادتين ٢٠٤/١٤٣: Les créanciers pourront toujours faire annuler les actes faits en fraude de leurs droits, et les donations et renonciations consenties à leur préjudice.

(٢) وهذا هو النص الفرنسى للمادتين ٦٨٠/٥٥٦: L'aliénation à titre onéreux par le débiteur de ses biens ne peut être attaquée par ses créanciers que quand elle est faite en fraude de leurs droits.

ونصت المادتان ٧٦/٥٣ على أنه لا يجوز لأحد أن يوقف ماله إضرارا بمدايني (au préjudice de ses créanciers)، وان وقف كان الوقف لاغيا.

ونصت المادة ٧٤ من القانون المدنى المختلط على أنه لا يجوز لأحد أن يهب شيئا إضرارا بمدايني (au préjudice de ses créanciers) الموجودين وقت الهبة. انظر أيضا المواد ٢٢٩/٢٢٧ — ٢٣٠/٢٣٨ من القانون التجارى وهى نصوص أوفى من نصوص القانون المدنى.

إلا المعاوضات . ثم هو يعبر فى النص العربى عن الأعمال القانونية التى يجوز للدائن الطعن فيها بلفظ " الأفعال "، وهو لفظ يوهم أن المقصود هى الأفعال المادية، لا سيما أن نفس اللفظ قد استعمل فى هذا المعنى فى المادتين ١٤٧/٩٣ ، والصحيح هو النص الفرنسى، وقد ورد فيه لفظ (actes) ويراد به العمل القانونى[(١)] .

ويشترك كل من القانون المصرى والقانون الفرنسى فى الغموض، فقد اكتفيا بالاشارة إلى الدعوى البوليصية، ولم يذكرا إلا القليل من أحكامها ، بل لم يذكرا التمييز الأساسى بين التصرفات بعوض حيث يشترط تواطؤ المدين مع من تصرف له ، والتبرعات حيث لا يشترط ذلك، هذا إلى أن القانون المصرى عبر عن عدم ضرورة توافر سوء النية فى جانب المدين إذا كان التصرف الصادر منه تبرعا بعبارة سقيمة وسيأتى بيان ذلك[(٢)] . وقد ترك القانونان قواعد الدعوى البوليصية للتقاليد وللقضاء[(٣)] .

ونلاحظ أخيرا على القانون الفرنسى أنه أورد الدعوى البوليصية على أنها استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين مع أن الدائنين يعتبرون من الغير فى هذه الدعوى، لذلك يكون عدم انصراف عقد المدين اليهم تطبيقا للقاعدة لا استثناء منها.

*** ٧٢٩ — أساس الدعوى البوليصية وعدم دقة تسميتها بدعوى ابطال التصرفات** — الأصل أن الدائن ينصرف اليه أثر الأعمال القانونية التى تصدر من مدينه. وهذه الأعمال قد تزيد فى أموال المدين فتقوى ضمان الدائن، أو تنقص من أمواله فتضعف هذا الضمان . والدائن فى الحالتين يتحمل أثر ذلك، لأن المفروض هو أن المدين حسن النية فى تصرفاته، وما دام الدائن لم يأخذ ضمانا خاصا لحقه، فهو متروك لهذا الضمان العام ، يزيد

---

(١) انظر نقدا للنصوص المصرية فى كتاب شرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول باشا ص ٣٦٧ .

(٢) ومع ذلك فان نصوص القانون التجارى أوفى وأدق من نصوص القانون المدنى كما قدمنا .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٣٢ — وهيك ٧ فقرة ٢١٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٦ ص ٦٥٦ — بلانيول ٢ فقرة ٢٩٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٨ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢٧ .

وأحكام الدعوى البوليصية لها ميزان : (١) فهى أولا تقليدية ولذلك تصطدم فى بعض مسائلها مع المنطق، كما فى عدم جواز الطعن فى عمل يزيد به المدين من التزاماته ، أو كما فى اشتراط تواطؤ المشترى الثانى مع المشترى الأول من المدين . (٢) وهى أيضا أحكام عملية ، فلاعتبار معنى عملى فى هذه الأحكام ، والثمن الذى يعطيه المشترى للدين لا يعتد به ما دام غير ظاهر، وما دام يتعذر على الدائن التنفيذ عليه عمليا .

أو ينقص، لأنه لا يعتبر من الغير فى تصرفات المدين . لكن إذا خرج المدين من دائرة حسن النية، وتصرف بقصد الإضرار بالدائن، بطلت حكمة انصراف أثر هذا التصرف إلى الدائن، وجاز لهذا الأخير أن يطعن فى التصرف حتى لا ينصرف أثره اليه، أو بعبارة أخرى حتى يعتبر من الغير بالنسبة له فلا يسرى فى حقه . فالواقع من الأمر أن الدائن لا "يبطل" تصرف المدين ، كما توهم تسمية الدعوى البوليصية بدعوى " إبطال التصرفات " ، بل هو يطلب عدم سريان هذا التصرف فى حقه لأنه من الغير، وهو اذا أجيب الى طلبه لم يسر التصرف فى حقه وحده، وبقى ساريا فى حق المدين ومن تصرف له المدين وسائر الدائنين الآخرين . لذلك كان الأولى تسمية الدعوى البوليصية "بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين المعسر فى حق الدائن"[1]، وسنعود الى ذلك ببيان أوفى فيما يلى .

ونرى مما تقدّم أن الأساس الذى بنيت علية الدعوى البوليصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من سوء نية مدينه المعسر ، ومن هنا كانت الدعوى البوليصية مشتركة مع الدعوى غير المباشرة فى تنظيم اعسار المدين . غير أن الدعوى الأخيرة تعالج موقفا سلبيا للمدين المعسر ، هو سكوته عن استغلال حقوقه عمدا أو اهمالا . أما الدعوى البوليصية فتعالج من المدين المعسر موقفا إيجابيا ، هو إقدامه على التصرف فى حقوقه ، عن عمد لا عن مجرّد اهمال، بقصد الاضرار بدائنه ، ومحاباة من يؤثره بالتصرف اليه بثمن بخس أو بغير ثمن من أقاربه أو أصدقائه على حساب هذا الدائن . ولما كان كل موقف ينظم القانون له ما يقتضيه من الحماية ، كانت الحماية التى نظمها القانون ضد العمل السلبى أقل نشاطا من الحماية التى نظمها ضدّ العمل الايجابى . لذلك نرى الدعوى غير المباشرة ليس لها من الأثر ما للدعوى البوليصية، فهى ترفع باسم المدين وأثرها ينصرف الى المدين . أما الدعوى البوليصية فترفع باسم الدائن نفسه وأثرها ينصرف اليه دون غيره[2] .

(١) وقد استعمل المشرع المصرى كلمة "إبطال" بصدد الدعوى البوليصية فى المادتين ١٤٣/٢٠٤ ، ولكنه عدل عنها الى كلمة " الطعن " ، وهى أدق من الابطال فى المادتين ٥٥٦/٦٨٠ . أما المشرع الفرنسى فقد استعمل كلمة الطعن (attaquer) فى المادة ١١٦٧ .

أما تسمية الدعوى "بالدعوى البوليصية" فالمعروف أنها تسمية اشتقت من اسم البريطور (preteur) الرومانى الذى كان أوّل من أدخلها ، وإن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت مستعملة فى القانون الرومانى أصبح الآن محل شك كبير (انظر مقالا للأستاذ أشر (Acher) فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥) .

(٢) ومن ذلك نرى أن الدعوى البوليصية تختلف اختلافا واضحا من الدعوى غير المباشرة ، ويستطيع الدائن أن =

وننتقل الآن الى بحث الدعوى البوليصية فى شروطها وفى أحكامها .

§ ١ — شروط الدعوى البوليصية

* ٧٣٠ — **تقسيم هذه الشروط** — هناك شروط ترجع للدائن الذى يستعمل الدعوى، وشروط ترجع للتصرف الذى يطعن فيه هذا الدائن. وهى كلها ترجع الى فكرة الضرر فى جانب الدائن والغش فى جانب المدين. فهى تعالج موقف دائن أضر به مدينه بطريق الغش .

(أولا) **الشروط التى ترجع للدائن** — حق مستحق الأداء، سابق على التصرف، ومصلحة عاجلة (أى اعسار المدين) .

* ٧٣١ — **هو مستحق الاداء وسابق على التصرف** — يشترط فى الدعوى البوليصية أن يكون حق الدائن[1] مستحق الأداء وسابقا على تصرف المدين المطعون فيه .

= يستعمل كلا من الدعويين ، اذا أخفق فى إحداهما استعمل الأخرى (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٤٨ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٧ — بلانيول ٢ فقرة ٣١٩ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠) . ولكن لا يستطيع الجمع بينهما فى إجراءات واحدة لأنهما دعويان مختلفان كما قدمنا ، فلا يستطيع مثلا أن يطعن بالدعوى البوليصية فى بيع صدر من مدينه وفى الوقت ذاته يستعمل حق هذا المدين فى المطالبة بالثمن . له أن يطعن أولا فى البيع بالدعوى البوليصية ، فاذا أخفق فى هذا الطعن فله بعد ذلك أن يستعمل حق مدينه فى المطالبة بالثمن .

والدعوى البوليصية وان كانت ترفع عادة كدعوى مستقلة ، إلا أنه يجوز أن ترفع كدعوى فرعية . وقد قضت محكمة بنى سويف الكلية (حكم استئنافى) بأنه ليس فى القانون المصرى نصوص تمنع طلب الدائن إبطال تصرفات مدينه بصفة دعوى فرعية ، فاذا رفعت دعوى استحقاق العقار أثناء نظر دعوى نزع الملكية ، يجوز للدائن الذى طلب نزع الملكية أن يطلب فى دفاعه إبطال العقد الذى بنيت عليه دعوى الاستحقاق ، لأنه عمل إضرارا بحقوقه (١٧ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ عدد ٦ ص ١٢) .

هذا وقد كانت الدعوى البوليصية فى القانون الرومانى كالدعوى غير المباشرة يباشرها نائب عن جميع الدائنين (magister, curator bonorum) ، وكانت تدخل ضمن الاجراءات التى تتبع لتصفية أموال المدين المفلس . فلم تكن إجراءات فردية كما هى اليوم ، بل كانت إجراءات جمعية تفيد جميع الدائنين ، ولا يستقل بما ينتج منها واحد دون الآخرين (انظر أكاريا س (Accarias) ٢ فقرة ٨٥٢ — وانظر فى تاريخ هذه الدعوى مقالا للأستاذ أشر (Acher) فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥) .

(١) والدعوى البوليصية كالدعوى غير المباشرة لا يهم فيها محل حق الدائن ، فقد يكون مبلغا من النقود أو عينا أو عملا أو امتناعا عن عمل . ولا مصدر حقه ، فقد يكون عملا قانونيا أو عملا ماديا أو نصا فى القانون . ولا فرق بين ما إذا كان الدائن دائنا شخصيا أو دائنا مرتهنا أو دائنا ممتازا ، فالكل دائن له حق الطعن فى تصرف مدينه اذا كان المقصود منه الاضرار به ، ولا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذى أريد به تقوية حق الدائن سببا فى إضعاف هذا الحق ، وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين (أوبرى ورو ٤ ص ٢١٦ وهامش نمرة ٢ — ديمولومب ٢٥ =

لحق الدائن يجب أن يكون مستحق الأداء . وفى هـذا تختلف الدعوى البوليصية عن الدعوى غير المباشرة، فقد قدّمنا أن هذه الدعوى الأخيرة هى من الأعمال التحفظية بالنسبة للدائن الذى يباشرها . أما الدعوى البوليصية فهى دون شك أكبر خطرا من الأعمال التحفظية، بل هى عمل يتلوه التنفيـذ حتما ، لأن الدائن الذى يطعن فى تصرف مدينه إنمـا يفعـل ذلك ليستأثر بحق المدين وينفذ عليـه فورا دون أن يشاركه فى ذلك أحد من الدائنين الذين لم يدخلوا فى الدعوى . لذلك لا يكفى أن يكون حق الدائن خاليـا من النزاع كما ذهبنا الى ذلك فى الدعوى غير المباشرة ، بل يجب فوق هذا أن يكون مستحق الأداء . أما السند القابل للتنفيذ الذى يجب وجوده حتى يمكن التنفيذ فورا ، فذلك ما يحصل عليـه الدائن عند رفع الدعوى البوليصية ، فان القاضى اذا بحث فى صـفة المدعى ثبت أمامه أنه دائن ، وأن حقه مسـتحق الأداء، فحكمه باجابة الدائن الى الطعن بالدعوى البوليصية حكم بحق الدائن، فيصبح هذا الحق قابلا للتنفيذ . ويترتب على ما تقدّم أن حق الدائن اذا كان متنازعا

= فقرة ٢٢٨ – لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ – هيك ٧ فقرة ٢١٩ – لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٢٣ – بودرى و بارد ١ فقرة ٦٨٣ — بلانيول و ريبير و ردوان ٢ فقرة ٩٥٤ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٤٧ — فتحى زغلول ص ٣٦٩) . فاذا كان الشىء الذى تصرف فيه المدين هو غير الشىء الذى ثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز فالأمر ظاهر، لأن الدائن المرتهن أو الدائن الممتاز يعتبر دائنا شخصيا بالنسبة لهذا الشىء، ولكن يشترط فى هذه الحالة أن الشىء الذى ترتب عليه الرهن أو الامتياز يكون غير واف بالدين حتى يلحق الضرر من التصرف المطعون فيـه (بودرى و بارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٥ — انظر ايضا استئناف مختلط فى ٢ نوفمبر سـنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩) . أما اذا كان الشىء الذى تصرف فيه المدين هو الذى ترتب عليه الرهن أو الامتياز، فللدائن المرتهن أو الممتاز أن يطعن كذلك فى التصرف ، حتى لا يكون مضطرا الى تتبع الشىء فى يد الغير، فيعرّضه ذلك الى خطر التطهير (انظر فى مبررات أخرى استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٤ هامش نمرة ٥ — انظر عكس ذلك استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ٨ مايو سنه ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٢) . ويستطيع الدائن المرتهن أو الممتاز الطعن فى التصرف حتى بعد أن يمتنع عن زيادة العشر فى إجراءات التطهير ، أو حتى بعد أن يزيد العشر، وحتى بعد أن يبدأ فى التنفيذ بحقه على ثمن العين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش نمرة ٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٢٣ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٨٣ — جوبيه فقرة ٢١٩ وما بعدها — بلانيول و ريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٤) . ويلاحظ أن المدين اذا تصرف فى الشىء المرهون ، فشرط الاعسار يأخذ معنى جديدا ، ويكفى حتى يتوافر هـذا الشرط أن يفوت الدائن تنفيذ حقه عينا وأن يكون مضطرا الى الاقتصار على التعويض ، وسنأتى الاشارة الى ذلك .

هذا وقد يكون الدائن الذى يطعن فى تصرف المدين دائنا لشركة تضامن ، ويكون التصرف الذى يطعن فيه صادرا من شريك غير مدين له شخصيا (استئناف مختلط فى ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨) . ويجوز لمحارس القضائى المعين بناء على طلب الدائنين أن ينضم للدائن فى الدعوى البوليصية (استئناف مختلط فى ٦ يونيه سـنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٠) .

فيه لا يصلح أن يكون أساسا للدعوى البوليصية[١] . وكذلك الأمر اذا كان هذا الحق معلقا على شرط موقف[٢] أو مقـرونا بأجل موقف[٣] . أما الحق المعلق على شرط فاسخ أو المقـترن بأجل فاسخ فهو حق مستحق الأداء يجيز للدائن رفع الدعوى البوليصية[٤] .

---

(١) محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٥ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٠ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ ، ويعتبر حق الكفيل فى الرجوع على المدين المكفول خاليا من النزاع منـذ يعلن الدائن الكفيل بوفاء الدين ، ولذلك يجوز للكفيل فى هـذه الحالة أن يطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصية (محكمة المنصورة المختلطة فى ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٠٩ رقم ٢٠٥) .

(٢) أوبرى ورو ٤ ص ٢١٦ وهامش نمرة ١ مكررة — لوران ١٦ فقرة ٤٥٩ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودرى وبارد ١ فقـرة ٦٨٦ — بلانيول ٢ فقرة ٣١٧ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٨ — جوسران ٢ فقـرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٥ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقـرة ٤٩ — انظر عكس ذلك ديمولومب ٢٥ فقـرة ٢٣١ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٥٦ — جروبيـه (Grouber) فقرة ٢٠١ — وقارن مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى بك فقرة ٤٨٤ — فتحى زغلول ص ٣٧٠ .

(٣) ولكن يلاحظ فى الحق المؤجل أن إعسار المدين ، وهو شرط فى الدعوى البوليصية ، يترتب عليـه فى أكثر الأحوال سـقوط الأجل ، فيصبح الحق حالا ، ويجوز للدائن رفع الدعوى البوليصية (لوران ١٦ فقرة ٤٥٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٥ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٥) . على أن معنى "الاعسار" فى الدعوى البوليصية لا يراد به تماما معنى الاعسار الذى يكون سببا فى سقوط الأجل ، فانه يعتبر اعسارا فى الدعوى البوليصية ألا يكون للدين مال ظاهر يفى بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفى بجميـع الديون أو مال ظاهر ولكن يتعذر التنفيذ عليـه . كذلك يعتبر اعسارا فى الدعوى البوليصية أن يتصرف المـدين فى عين من أعيان تركة مستغرقة بالديون حتى لو كان عنده أموال شخصية تفى بديون التركة ، ففى مثل هذه الأحوال لا يسقط الأجل وأن توافر شرط الاعسار لرفع الدعوى البوليصية ، فلا يجوز للدائن رفعها لأن حقـه غير مستحق الأداء . وهنـاك من الفقهاء من يذهب الى أن الدائن يستطيع رفع الدعوى حتى فى هذه الأحوال ، ويميزون بين الحق المعلق على شرط ، وهو حق غير محقق الوجود فلا يجيز للدائن رفع الدعوى البوليصية ، والحق المقرون بأجل ، وهو حق محقق الوجود فيجيز للدائن رفع هذه الدعوى حتى قبل أن يحل الأجل ، حتى لا يضار الدائن بفعل يده عن الطعن فى تصرف صدر من مدينه إضرارا بحق له لا شـك فى أنه سيحل (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٦٨٥ ص ٧٠٧) . انظر أيضا محكمة الاستئناف الأهلية فى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ع ٣٢٧/٢ ص ١٨٣) .

ويلاحظ أن كلا من الدائن المعلق حقـه على شرط موقف والدائن المقرون حقه بأجل موقف يستطيع أن يرفع الدعوى البوليصية عند تحقق الشرط أو عند حلول الأجل ، فيطعن فى تصرف صدر من مدينه فى وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء به واذا كان يشترط فى الدعوى البوليصية أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين ، فمعنى ذلك أن يكون حق الدائن سابقا فى الوجود لا فى الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شـك فى أن الحق المعلق على شرط أن المقرون بأجل يعتبر موجودا قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل ، فيكون سابقا فى الوجود على تصرف المدين .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٥ .

ويجب أيضا أن يكون حق الدائن سابقا فى الوجود على تصرف المدين المطعون فيه[1]. وذلك لأن الحق اذا كان تاليا للتصرف لا يجعل للدائن وجها للتظلم ، فان هذا لم يوجد حقه إلا بعد صدور التصرف من المدين ، وفى وقت لم يكن الحق الذى تصرف فيه المدين جزءا من ضمان الدائن حتى يقال أن هذا الأخير قد اعتمد على وجود هذا الحق. ثم كيف يتحقق فى مثل هذه الظروف وجود الغش فى جانب المدين، وكيف يمكن أن يقال أن المدين أراد بتصرفه الاضرار بدائن لم يكن موجودا وقت التصرف ؟ لا يمكن أن نتصوّر هذا إلا فى فرض واحد، هو أن يكون المدين قد صدر منه التصرف متوقعا أنه سيصبح مدينا فى وقت قريب، فقصد بتصرفه الاضرار بالدائن المستقبل، وذلك كأن يبيع، فى وقت يسعى فيه لعقد قرض، عينا مملوكة له، ثم يقترض بعد ذلك وقد اطمأن الى أن المقرض لا يستطيع التنفيذ على العين بعد أن باعها . فى مثل هذا الفرض يجوز للدائن — رغما من أن حقه تال لتصرف المدين — أن يطعن فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية، لأن الغش فى جانب المدين قد توافر[2] . ومن ذلك نرى أن

(١) محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٧ — استئناف مصر الأهلية فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٣٣ رقم ١٨٧ — ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٦٤ رقم ٤٣٥ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧ — شبين الكوم الجزئية فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ ج ٥ عدد ١٠٢ — منفلوط الجزئية فى أول يناير سنة ١٩١٩ ج ٢٠ عدد ٩٢ — شبين الكوم فى ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٤٦ رقم ٣٢٩ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ — ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١١٣ — ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٥ — ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧١ — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — محكمة النقض الفرنسية فى ٢ فبراير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٣ — ١ — ٨٠ — ٥ يناير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ — ١ — ٣٣١ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٤٠٨ .

ديرانتون ٢٠ فقرة ٥٧٣ — توليه ٦ فقرة ٣٥١ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٢٠ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٠ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٧ — بلانيول ٢ فقرة ٣١٦ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ — ٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٤ — نقض فرنسى فى ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧١ سيريه ٧٨ — ١ — ٣١٦ — ٥ يناير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ — ١ — ٣٣١ — ١٢ فبراير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥ — ١ — ٣١ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٤٠٨ — ٢٣ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٨ — ١ — ٠٨٦ .

اشتراط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين ليس فى الواقع إلا عنصرا من عناصر شرط الغش المشترط فى جانب المدين ، اذ لا يمكن توافر هذا الشرط عادة إلا اذا كان حق الدائن سابقا على تصرف المدين، فاذا أمكن توافره دون هذه الأسبقية، فالأسبقية لاتشترط[1] .

وقد رأينا فى الدعوى غير المباشرة أن تاريخ حق الدائن لا يهم ، فقد يكون سابقا على تاريخ ثبوت الحق الذى يستعمله الدائن وقد يكون لاحقا له ، لأن الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين لا يزال موجودا فى أموال المدين حتى لو كان حق الدائن لاحقا له ، فهو اذن لا يزال جزءا من ضمان الدائن . بخلاف الدعوى البوليصية لو كان المدين تصرف فى الحق قبل ثبوت حق الدائن، فان حق المدين يكون قد خرج من ماله قبل أن تثبت للدائن صفته، فهذا الحق لم يكن اذن جزءا من ضمان الدائن[2] .

= لوران ١٦ فقرة ٤٦٢ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٢٠ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٨٩ — بلانيول ٢ فقرة ٣١٦ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ .

(١) انظر فى هذا المعنى جرويه (Grouber) ٢ فقرة ٤٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٦ — نقض فرنسى فى ٢٩ يناير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ — ١ — ١٠٥ .

(٢) واذا اشترطنا أسبقية حق الدائن على تصرف المدين فانما نريد أسبقية الحق فى الوجود ، فلو كان الحق موجودا قبل صدور تصرف المدين ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير مقدر أو كان غير خال من النزاع ، فللدائن رفع الدعوى البوليصية ، ولكن بعد أن يصبح الحق خاليا من النزاع مقدرا مستحق الاداء ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . فاذا تصرف المدين فى وقت كان الدائن قد رفع دعوى عليه يطلب الحكم بحق متنازع فيه أو بتقدير تعويض ثبت سببه قبل صدور تصرف المدين ، وكان الدافع للدين على التصرف توقعه صدور الحكم عليه فى دعوى الدائن ، فللدائن بعد أن يحصل على حكم لمصلحته فيصبح حقه خاليا من النزاع مقدرا مستحق الأداء أن يطعن فى تصرف المدين ، لأنه اذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فان الحكم ليس منشئا لحق الدائن ، بل هو مقرر له ، والحق موجود قبل صدور التصرف من المدين (استئناف مصر الأهلية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٤٤٢ رقم ٢٢٠ — استئناف مختلط فى ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — نقض فرنسى فى ٥ يناير سنة ١٨٩١ جازيت دى باليه ٩١ — ١ — ١٧٣ — لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٢٠ — هيك ٧ فقرة ٢١٧ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٨٨ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٧ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٥٣ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥) . ويلاحظ أن الدين الناتج من الحساب الجارى لا يعتبر وجوده من وقت افتتاح الحساب بل من وقت وجود الرصيد (استئناف مختلط فى ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩) .

كذلك تاريخ التصرف الصادر من المدين العبرة فيه بوجود التصرف لا باشهاره ، إذا كان من التصرفات التى تستوجب الاشهار . فاذا كان التصرف الصادر من المدين بيعا مثلا ، وجب أن يكون صدور البيع لاحقا لثبوت حق الدائن ، أما اذا كان سابقا لثبوت هذا الحق ، فليس للدائن أن يطعن فى البيع ، حتى لو لم يسجل إلا بعد ثبوت حقه =

* ٧٣٢ – مصلحة عاجلة للدائن (اعسار المدين) – ويشترط فى الدائن أيضا أن تكون له مصلحة عاجلة فى الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف مدينه . والمصلحة هنا، كما

= (بودرى و بارد ١ فقرة ٦٩٠ – كولان وكابيتان ١ ص٥٨ – بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٧ ص٢٦٢). وهذا صحيح فى مصر حتى بعد قانون التسجيل الجديد ، فان هذا القانون لم يعدل وقت تمام البيع ، بل لا يزال البيع يتم باقتران القبول بالايجاب حتى لو لم يسجل العقد ، إذ التسجيل ليس ركنا فى البيع وان كان شرطا لنقل الملكية (استئناف مصر الأهلية فى ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٨٩١ رقم ٥٣٦ قارن عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات ص ٣٤٩) .

بقى أن نعرف كيف يمكن اثبات أن حق الدائن سابق على تصرف المدين . يجب الرجوع فى ذلك الى القواعد العامة ، وهى تقضى بأن الدائن ، وهو الذى يطعن فى تصرف المدين مدعيا أن حقه سابق على هذا التصرف ، هو الذى يحمل عبء اثبات هذه الأسبقية طبقا للقواعد العامة المتعلقة بطرق الاثبات . فان كان مصدر حقه عملا ماديا (عملا ضارا أو إثراء بلا سبب) فمن السهل اثبات وقت وجود هذا الحق بالرجوع الى الوقت الذى تم فيه العمل المادى ، وكذلك اذا كان مصدر حقه القانون فاننا نرجع الى وقت وجود السبب الذى قرر القانون من أجله هذا الحق . فاذا عرفنا تاريخ وجود حق الدائن نظرنا فى تاريخ صدور التصرف من المدين . فاذا كان هذا التصرف له تاريخ ثابت أمكن من مقارنة التاريخين أن نعرف ما اذا كان الحق سابقا على التصرف . أما اذا كان التصرف ليس له تاريخ ثابت ، فتاريخه العرفى – ولو كان متقدما على تاريخ ثبوت حق الدائن – لا يكون حجة على هذا الأخير ، لأنه من الغير بالنسبة لهذا التصرف كما قدمنا ، والتاريخ العرفى لا يجوز التمسك به على الغير (١٤٢/٢٠٣ و ٢٢٨/٢٩٣) . أما اذا كان مصدر حق الدائن عقدا ، فالدائن هو المكلف باثبات أن حقه سابق على تصرف المدين كما قدمنا . فاذا كان العقد الذى أنشأ حقه ثابت التاريخ فقد أصبح الأمر يسيرا ، لأنه اذا كان تصرف المدين هو أيضا ثابت التاريخ أمكنت مقارنة التاريخين ومعرفة الأسبق ، واذا لم يكن تصرف المدين ثابت التاريخ اعتبر حق الدائن (ثابت التاريخ) سابقا على التصرف ، حتى لو كان التاريخ العرفى للتصرف هو السابق ، لأن هذا التاريخ العرفى لا يتمسك به على الدائن كما قدمنا (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٨ – كولان وكابيتان ٢ ص ٥٨ – دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٥١) . أما اذا كان العقد الذى أنشأ حق الدائن غير ثابت التاريخ ، فهنا يجب أن نرجع الى تاريخ التصرف الصادر من المدين ، فان كان ثابتا اعتبر التصرف سابقا ولا تنجح الدعوى البوليصية ، ولو كان التاريخ العرفى لعقد الدائن هو السابق ، لأن هذا التاريخ العرفى لا يكون حجة على من تصرف له المدين ، إذ هو من الغير بالنسبة لعقد الدائن . واذا كان تصرف المدين غير ثابت التاريخ (فيصبح كل من حق الدائن وتصرف المدين ليس له تاريخ ثابت) ، فانه لما كان الدائن هو المكلف باثبات أن حقه سابق على تصرف المدين ، وهو فى هذا الفرض عاجز عن ذلك حتى لو كان تاريخ حقه العرفى سابقا على التاريخ العرفى لتصرف المدين ، ترتب على ذلك أنه يخفق فى الطعن بالدعوى البوليصية إذ عجز عن اثبات توافر شرط من شروطها (لوران ١٦ فقرة ٤٦١ – هيك ٧ فقرة ٢١٩ – بودرى و بارد ١ فقرة ٦٩١ – كولان وكابيتان ٢ ص ٥٧ – بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٧ – جوسران ٢ فقرة ٦٩٦ – فتحى زغلول ص ٣٧٠ – عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٤٨ – قارن بلانيول ٢ فقرة ٣١٦) .

ويتضح مما تقدم أن الدائن ينجح فى الدعوى البوليصية اذا كان تاريخ حقه ثابتا وكان تصرف المدين غير ثابت التاريخ أو ثابته ولكنه تال لتاريخ حق الدائن . ولا ينجح فى هذه الدعوى اذا كان حقه ثابت التاريخ ولكن تصرف المدين له تاريخ ثابت أسبق ، أو كان هو غير ثابت التاريخ سواء فى ذلك كان تصرف المدين ذا تاريخ ثابت أو غير =

فى الدعوى غير المباشرة ، معناها أن الحق الذى تصرف فيه المدين كان يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه ، وأن المدين معسر ليست عنده أموال أخرى تكفى لوفاء حق الدائن . ولذلك سمى هذا الشرط أيضا بشرط الضرر (préjudice, aventus damni)، لأن تصرف المدين فى الظروف التى قدّمناها يلحق ضررا بالدائن .

أما اذا كان الحق الذى تصرف فيه المدين لا يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه ، كما اذا كان مثقلا بحقوق عينية للغير تستغرقه ولا تدع منه شيئا للدائن[1]، وكما اذا كان الحق لا يجوز الحجز عليه أو نقله لشخص آخر كأن يتنازل المدين عن حق سكنى أو حق استعمال أو أن يتصرف فى مرتب حكومى أو نفقة أو أن يبيع خمسة الأفدنة التى لا يملك غيرها[2] ، فان الدائن لا تكون له

= ذى تاريخ ثابت . إلا أن بعض الفقهاء لا يسلمون بهذه النتيجة الأخيرة إلا اذا كان الغير الذى تصرف له المدين حسن النية (أى أن التصرف كان تبرعا حيث لا يشترط تواطؤ الغير مع المدين) ، لأن حسن نيته تشفع له فى عدم احتجاج الدائن عليه بحق ذى تاريخ عرفى ، وحتى لا يتواطأ المدين مع دائنه فيقدمان التاريخ العرفى لحق الدائن ويكون هذا طريقا غير مباشر للرجوع فى التبرع . أما اذا كان الغير سيئ النية ، فيذهبون بحق الى أن الدائن يجوز له ، حتى لو لم يكن حقه ذا تاريخ ثابت ، أن يثبت بجميع طرق الاثبات أن هذا الحق سابق على تصرف المدين ذى التاريخ العرفى ، واثبات ذلك يتم ضمنا باثبات أن الغير سيئ النية متواطئ مع المدين ، إذ أن هذا التواطؤ لا يتصوّر إلا اذا كان حق الدائن سابقا على تصرف المدين ، وإلا فكيف يتواطأ الغير مع المدين للاضرار بدائن لم يوجد بعد ؟ (انظر من هذا الرأى محكمة الاستئناف الأهلية فى ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٩٢ — محكمة الاسكندرية الأهلية الكلية فى أول سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ع ١٧٨ / ٢ ص ١٥٧ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٤ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٢٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٣ — ص ٧١٤ — عكس ذلك لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — جوسران ٢ فقرة ٦٩٦) .

وهناك رأى ثالث لا يميز بين ما اذا كان الغير الذى تصرف له المدين حسن النية أو سيئها ، اذا كان المدين سيئ النية فى الحالتين ، اذ أن سوء نيته كاف لابعاد شبهة تواطؤه مع الدائن لتقديم تاريخ حقه العرفى (استئناف أهلى فى ٤ فبراير سنة ١٩٠٢ ج ٣ عدد ٩٤ ص ٢٤٨ — نقض فرنسى فى ٣٠ يناير سنة ١٨٢٨ سيريه ٢٨ — ١ — ٢٧٩ — ١٤ ديسمبر سنة ١٨٢٩ سيريه ٣٠ — ١ — ٢٥ — ٢٥ يوليه سنة ١٨٦٤ سيريه ٦٤ — ١ — ٤٥٢ — باريس الاستئنافية فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى باليه : ١٩٠٠ — ١ — ٢٩ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٢١ — ص ٢٢٢ وهامش نمرة ١٥ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٥٠ — والتون ٢ ص ١١٤ مذكرات محمد صادق فهمى بك فقرة ٤٨٠ — عكس ذلك بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٣ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٧ ص ٢٦١) .

(١) استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — نقض فرنسى فى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٢٦٤ — ١٩ يناير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢٨ .

(٢) بنى سويف الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ ج ٢ ص ٣١ — بنى سويف الجزئية أول يوليه سنة ١٩٠٣ =

مصلحة فى الطعن فى تصرف المدين ، وعلى ذلك لا يجوز له أن يرفع الدعوى البوليصية.

ثم يجب أيضا أن يكون المدين معسرا ، أى أن التصرف الذى صدر من المدين يكون قد تسبب فى اعساره ، أو فى زيادة اعساره(١) ، ثم يبقى معسرا الى وقت رفع الدعوى البوليصية . فالمطلوب اذن أمران : (أولا) أن يكون التصرف المطعون فيه هو السبب فى اعسار المدين أو فى زيادة اعساره(٢) . فلو أن التصرف لم يكن هو السبب فى الاعسار ، بل بقى المدين موسرا

= ج ٥ عدد ٧٧ — شبين الكوم الجزئية فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ ج ٥ عدد ١٠٣ — استئناف مختلط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ .

على أن هناك من الأموال ما لا يجوز الحجز عليه ، ولكنه ينتج غلة يجوز الحجز عليها ، فالمستحق فى وقف حقه فى الوقف غير قابل للتصرف فيه ، ولكن غلة هذا الحق ، أى نصيبه فى الاستحقاق ، قابل للحجز ، كذلك الملكية الزراعية الصغيرة التى لا تزيد على خمسة الأفدنة لا يجوز الحجز عليها ، ولكنها تنتج ريعا يجوز للدائن أن ينفذ عليه بحجزه ، فاذا تصرف المستحق فى الوقف فى نصيبه فى الغلة إضرارا بدائنه جاز لهذا الأخير أن يطعن فى هذا التصرف ، واذا باع المدين خمسة الأفدنة جاز أيضا للدائن الطعن فى هذا التصرف فلا يسرى عليه بقدر ما له فى ذلك من مصلحة ، أى بقدر غلة الأرض (انظر فى هذا المعنى بودرى و بارد ١ فقرة ٦٩٨ — بلانيول و ريبير و ردوان ٢ فقرة ١٤٤٦) .

(١) لذلك كان من الممكن أن نجعل الاعسار شرطا فى تصرف المدين ، فنشترط أن يكون هذا التصرف قد أدى الى اعسار المدين أو الى زيادة اعساره اذا كان معسرا قبل ذلك . ولكننا سرنا على الترتيب الذى اتبعناه فى الدعوى غير المباشرة .

(٢) استئناف أهلى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ ج ١٤ ع ١٩ ص ٣٥ — استئناف مصر الأهلية فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٣٣ رقم ١٨٧ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٨٩١ رقم ٥٣٦ — ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٦٤ رقم ٤٣٥ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧ — مصر الكلية فى ١٨ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٦٧ — شبين الكوم الكلية فى ١٠١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٤٦ رقم ٣٢٩ — بنى سويف الجزئية فى أول يوليه سنة ١٩٠٣ ج ٥ ع ٧٧ ص ١٤٥ — شبين الكوم الجزئية فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ ج ٥ عدد ١٠٣ — بيا الجزئية فى ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ٩٣٦ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٧ — ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ — ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ — مصر الابتدائية المختلطة فى ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٦ — اسكندرية الابتدائية المختلطة فى ١٢ فبراير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ ص ٧٧ رقم ٢٤٦ — نقض فرنسى فى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٢٦٤ — ١٩ يناير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ٣٦ . =

بعد هـذا التصرف ، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله معسراً ، فلا يجوز للدائن أن يطعن فى التصرف ، لأنه لم يكن هو السبب فى الاعسار ، فلم يترتب عليه فى ذاته الاعسار الذى ألحق الضرر بالدائن . (ثانيا) أن يبقى المدين معسراً (٢) الى وقت رفع الدعوى البوليصية ، فلو أن

= ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٠ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٢٠ وهامش نمرة ١٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٣٤ — فقرة ٤٣٥ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٠ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢٨ — والتون ٢ ص ١٠٩ .

وزيادة الاعسار معناها أن يكون المدين معسرا قبل التصرف ، ولكن تزيد درجة اعسارة بالتصرف ، فبعد أن كان قادرا على أن يدفع ثلاثة أرباع ديونه مثلا يصبح لا يستطيع إلا دفع النصف .

(١) وقد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله معسرا ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة فى سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدى الى اعساره ، وقد قصد بذلك الاضرار بالدائن ، ففى هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن فى هذه التصرفات كلها ولا يجتزئ بالتصرف الأخير الذى سبب مباشرة اعسار المدين (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٦٥ رقم ٢٦٣ — والتون ٢ ص ١٠٩ — ص ١١٠ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٣٥ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٠) .

(٢) وللاعسار فى الدعوى البوليصية معنى عملى أكثر منه قانونيا . فالاعسار القانونى هو زيادة ديون الشخص على حقوقه . أما فى الدعوى البوليصية فقد لا تزيد الديون على الحقوق ومع ذلك يعتبر المدين معسرا ، اذا كان بعض هذه الحقوق غير ظاهر أو يتعذر التنفيذ عليه ، بحيث أن ما يبقى من الحقوق لا يفى بالديون (أوبرى ورو ٤ ص ٢٢٠ وهامش نمرة ١٢ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٨٤ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٥ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢٨) . انظر أيضا استئناف مختلط فى ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٦ ص ٣٢٨) ، ومن هنا أمكن تصور عدم سقوط الأجل بالاعسار مع توافر شرط الاعسار فى الدعوى البوليصية كما قدمنا . وعلى العكس من ذلك قد تزيد الديون على الحقوق ومع ذلك لا يعتبر المدين معسرا ، اذا كانت بعض هذه الديون لا تزال معلقة على شرط أو كان بعض الدائنين لا يتقدم لاستيفاء حقه ، بحيث أن الباقى من الديون يمكن وفاؤه من مال المدين (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢٨) . ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ومع ذلك يسبب اعساره . ويكفى لتحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عينا مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ، ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليها بحقه .

ويلاحظ أن الدائن قد تكون له مصلحة فى رفع الدعوى البوليصية فى بعض أحوال لا يكون فيها المدين معسرا (وهنا توجد حالة أخرى يتحقق فيها فرض وجود حق مؤجل لا يسقط أجله مع جواز رفع الدعوى البوليصية) . وذلك اذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما اذا كان موعودا ببيع عين أو كان دائنا فى وعد برهن أو كان دائنا مرتهنا ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها الى شخص آخر إضرارا بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين ، أو بعد إشهار الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر الى تحمل اجراءات التطهير (وقد سبقت الاشارة الى هذه المسألة) . ففى مثل هذه الأحوال يعتبر المدين فى حالة اعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البوليصية ، ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل الى حقه عينا ولو استطاع أن يصل اليه من طريق التعويض بأن كان عند المدين أموال كافية تفى بهذا التعويض . وبالرغم من =

تصرفه تسبب فى اعساره ، ثم انقلب بعد ذلك موسرا لزيادة فى ماله ، كما اذا كان قد تلقى

= يسار المدين بالنسبة لحق التعويض ، يعتبر معسرا بالنسبة للتنفيذ العينى ، وهذا اعسار كاف يسوغ للدائن حق رفع الدعوى البوليصية ، فيطعن فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه فى العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين الى ملك المدين بالنسبة لحقه ، ويستطيع الوصول الى التنفيذ العينى أو تجنب اجراءات التطهير ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك . ويكون الغش والتواطؤ المشترطان فى جانب المدين ومن تصرف له المدين معناهما هنا أن الطرفين أرادا بهذا التصرف أن يمنعا الدائن من الحصول على حقه عينا ولو أدّى ذلك الى أن يحصل على تعويض (انظر لوران ٢٤ فقرة ١٦ — بودرى وسينيا فقرة ٧٥ — جوربيه فقرة ٢٦٣ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣٧ — فقرة ٩٣٨ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٤٨ — نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٨) .

ويترتب على ما تقدم أنه اذا باع شخص عقارا ولم يسجل المشترى ، ثم باعه ثانية الى مشترٍ آخر ، وبادر هذا الى التسجيل متواطئا مع البائع على الاضرار بالمشترى الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن فى البيع الثانى بالدعوى البوليصية سواء كان ذلك فى ظل قانون التسجيل الحديث أو القانون القديم . انظر استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ — ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ — محكمة الاستئناف الأهلية فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ ج ٢٢ عدد ٢/٩٩ — الزقازيق الكلية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٩ ص ٦٥٤ رقم ٤١٣ — استئناف مصر الأهلية فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٧٥ رقم ٥٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٦٣٤ رقم ٣٩٩ — ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٩٢ رقم ٥٩٥ ، وصدر أخيرا حكم من محكمة استئناف مصر الأهلية بهذا المعنى ، قضى بأن القاعدة المقررة كانت قبل صدور قانون التسجيل الجديد أن العقد المسجل ينفذ على غيره المسجل بعده ، على شرط ألا يكون قد حصل تسجيل الأسبق بسوء نية ، وقد اختلفت الآراء إذ ذاك فيما يراد بسوء النية ، هل هو مجرد العلم البسيط لدى الذى سجل أولا بحصول التصرف الى الذى سجل متأخرا أم هو التواطؤ التدليسى بين الذى سجل أولا وبين الذى ملكه ، فجاء قانون التسجيل وقطع فى هذا الأمر برأى ، وحظر إثبات العلم البسيط لأنه إثبات لمسائل هى ألصق بالخواطر والنفس منها بوقائع محسوسة مادية ، وجعل الأفضلية للعقد المسجل من قبل . أما التواطؤ التدليسى فان حالته تعيب التصرف وتلتصق به ولا تنفك عنه بالتسجيل ، لأن التسجيل لا يطهر العقد المشوب بما يفسده فسادا يرجع لعيب أصابه فى كيان وجوده (٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٢٨٩ رقم ١٣٠ — انظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مصر الأهلية فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٢٩٢ رقم ١٣٢ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٠٢ رقم ١٣٤ — الزقازيق الكلية فى ٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٤٢٠ رقم ٢٤٠ — فاقوس الجزئية فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٢٣٠ رقم ١٦٦ مع تعليق الأستاذ عزيز خانكى بك . وهناك أحكام تقضى بأن علم المشترى الثانى بسبق تصرف البائع لا يكفى وحده : اسكندرية الكلية الأهلية ٢٠ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠١٢ رقم ٥٤٣ — مصر الكلية الأهلية فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٤٥١ رقم ٢٢٥ مع تعليق مجلة المحاماة . وهناك أحكام تقضى بعكس ما قررناه وهى صريحة فى أن المشترى الثانى يفضل مادام قد سجل أولا حتى لو كان متواطئا مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول : استئناف مصر الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٣٠٥ رقم ١٥٣ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٥٤ رقم ١٤١ — ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٧١٣ رقم ٣٥٤) .

هذا ويلاحظ أنه اذا كان لا يمكن تخريج مثل هذه الأحوال على حكم الدعوى البوليصية ، فانه يمكن الوصول الى نفس النتيجة العملية بتطبيق قاعدة أعم ، هى القاعدة التى تقضى بأن الغش يفسد العقود (fraus omnia corrumpit) =

ميراثا أو وصية، فلا يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين الذى كان قد تسبب فى اعساره، إذ لم تعد له مصلحة فى ذلك[1].

(ثانيا) الشروط التى ترجع للتصرف المطعون فيه — عمل قانونى مفقر ينطوى على الغش.

* **٧٣٣ — عمل قانونى صادر من المدين** — يجب أن يكون التصرف المطعون فيه عملا قانونيا[2] صادرا من المدين، سواء كان هذا العمل صادرا من الجانبين أو صادرا من جانب واحد، وسواء كان تبرعا أو معاوضة.

= (انظر فى هذا الموضوع ريبير فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات، وسنعود الى هذه القاعدة ببيان أوفى)، وما الدعوى البوليصية فسها إلا تطبيق لهذه القاعدة العامة (انظر بلانيول ٢ فقرة ١٤٠٣ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣٨ ص ٢٤٣).

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٧ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١.

هذا والدعوى البوليصية دعوى تكميلية (subsidiaire) لا تعطى للدائن إلا بعد أن يجرد أموال المدين، أى بعد أن يرى أن ليس للدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذى تصرف فيه. ويجوز لمن تصرف له المدين، وهو الذى توجه اليه الدعوى، ولمن تلق الحق عن هذا الأخير، أن يدفع بالتجريد (بنى سويف ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ ج ٢١ ع ٨٥ ص ١٤٠ — استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣١). ولكن التجريد هنا غير التجريد فى الكفالة. ففى الكفالة اذا لم يطلب الكفيل التجريد فى أول الدعوى سقط حقه، واذا طلبه فعليه أن يدل الدائن على مال للدين يستطيع الرجوع عليه ويقدم المصاريف اللازمة لهذا الرجوع. أما فى الدعوى البوليصية فيجوز لمن تلق الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين فى أية حالة كانت عليها الدعوى، ولا يطلب منه أن يدل الدائن على مال للدين ولا أن يقدم له مصاريف التجريد، بل على الدائن أن يبحث بنفسه، وعليه أن يثبت أنه لم يجد مالا للدين ينفذ عليه بحقه، وذلك لأن إعسار المدين شرط فى الدعوى البوليصية، والدائن هو المكلف باثبات ذلك. على أن الاثبات يكون ميسورا اذا كان إعسار المدين معروفا بالشهرة العامة (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٢٩).

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما اذا كان تصرف المدين هو الذى سبب إعساره وما اذا كان هذا الاعسار باقيا الى وقت رفع الدعوى، ولا رقابة لمحكمة النقض فى ذلك، وانما تكون لها الرقابة للتحقق من أن هذين الأمرين قد تثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط فى الدعوى البوليصية. والدائن هو المكلف باثبات كل من الأمرين (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ ص ٦٦٠ وفقرة ٦٥٥ مكررة — نقض فرنسى فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٥٥٢).

(١) أما اذا كان سبب إعسار المدين غير العمل القانونى فلا يتصور الطعن فى هذا العمل. كما اذا تسبب المدين عمدا أو إهمالا فى الاضرار بالغير بعمل غير مشروع فالتزم بالتعويض وجعله هذا الالتزام معسرا، وكما اذا ترك عينا مملوكة له فى يد الغير حتى ملكها هذا الأخير بالتقادم. إنما يجوز فى الحالة الأخيرة أن يتدخل الدائن فيقطع التقادم باسم المدين ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة كما سبقت الاشارة الى ذلك.

فتنازل المدين عن حق عينى (انتفاع أو ارتفاق الخ) وتنازله عن وصية[١] أو عن اشتراط لمصلحته[٢]، كل هذه أعمال قانونية صادرة من جانب واحد يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية. كذلك الوقف الصادر من المدين إضرارا بالدائنين، وقد نص القانون المصرى صراحة على ذلك (م ٥٣/٧٦)[٣]، وكذلك الاجازة الصادرة من المدين لتصحيح عقد باطل إذا كانت صحته تضر بالدائنين[٤].

وقد يكون العمل القانونى صادرا من الجانبين تبرعا أو معاوضة، كالهبة والإبراء[٥] والبيع[٦] والمقايضة والوفاء بمقابل وإعطاء تأمين للدائن[٧] والشركة والصلح[٨] والاشتراط لمصلحة الغير[٩] والقسمة[١٠].

---

(١) ويلاحظ أن التنازل عن الوصية يعد عملا قانونيا مفقرا، وكذلك التنازل عن الميراث فى القانون الفرنسى، لأن الموصى له يملك الموصى به بحكم الوصية والوارث يملك التركة بحكم القانون، فاذا لم يقبل الموصى له الوصية أو الوارث الميراث فيكون قد خرج عن ملك دخل فى ذمته، وسنعود الى ذلك فيما يلى (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٤٢ — نقض فرنسى ٢٩ يوليه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٨٣ — انظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٢ — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣).

(٢) ويعتبر المدين فى الاشتراط لمصلحته قد كسب الحق من الاشتراط نفسه لا من قبوله له كما سيتبين ذلك عند الكلام فى الاشتراط لمصلحة الغير. ويترتب على ذلك أنه اذا تنازل عن هذا الحق، يكون قد أخرج مالا من ملكه، فيكون تنازله عملا قانونيا مفقرا، كالتنازل عن الميراث والتنازل عن الوصية.

(٣) استئناف أهلى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١٩ ص ١٩٢.

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٤٣.

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٤٣ — وكذلك التنازل عن الأجرة مقدما (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٧).

(٦) ويلاحظ أن الهبة والبيع فى مرض الموت يأخذان حكم الوصية فلا يحتاج الدائن الى الطعن فيهما ولا فى الوصية، فانه يستوفى حقه قبل استيفاء الموصى له الوصية.

(٧) والوفاء بمقابل وإعطاء تأمين للدائن عملان قانونيان يطعن فيهما بالدعوى البوليصية اذا توافر شرط الغش، ولا يجوز الطعن فيهما اذا لم يتوافر هذا الشرط. أما الوفاء فعمل قانونى لا يتصور فيه الغش، لذلك لا يجوز الطعن فيه، وسيأتى بيان ذلك بتفصيل أوفى فيما يلى.

(٨) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠، ويجوز الطعن فى الصلح بالدعوى البوليصية، حتى بعد تصديق المحكمة عليه (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٩١).

(٩) كما اذا أبرأ المدين لمصلحة أحد الدائنين، أو لمصلحة أولاده (جوسران ٢ فقرة ٦٨٢ — محكمة نانت الابتدائية التجارية فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٠١ مجموعة نانت ١٩٠٢ — ١ — ١٩٧).

(١٠) أما القسمة فقد نصت المادة ٤٦ من القانون المدنى الأهلى على صوره خاصة للدعوى البوليصية فيها، فقضت بأنه يجوز لأرباب الديون الشخصية التى على أحد الشركاء أن يعارضوا فى إجراء القسمة عينا وفى بيع المال بغير دخولهم —

ويجوز الطعن فى عمل قانونى صادر من المدين، حتى لو كان هذا العمل القانونى يتضمن استعمالا لحق متصل بشخصه، كما اذا اعترف ببنوّة ولد ليس له، حتى تجب عليه النفقة إضرارا بالدائن[(١)].

وقد تأخذ الدعوى البوليصية شكل الطعن فى الحكم ممن يتعدّى اليه (tierce-opposition) اذا لم يصدر من المدين عمل قانونى، وإنما اقتصر على الدخول فى دعوى وتواطأ مع خصمه حتى يخسر الدعوى إضرارا بدائنه[(٢)].

= فى ذلك، ويكون إجراء المعارضة المذكورة بين أيدى الشركاء الآخرين، ويترتب على حصولها ملزومية هؤلاء الشركاء بأن يطلبوا حضور المداينين المعارضين فى كافة الاجراءات المتعلقة بالقسمة أو بالبيع، وإلا كان العمل لاغيا (انظر المواد ٥٥٧ — ٥٥٩ من القانون المدنى المختلط وتختلف فى بعض التفاصيل عن المادة ٤٦٠ أهلى). وهنا نرى الدعوى البوليصية يستعملها الدائن لا لاصلاح ما وقع من الضرر، بل لمنع الضرر قبل وقوعه، فهو يتدخل فى إجراءات القسمة حتى يراقب مدينه ويمنعه من الاضرار بحقه. على أنه اذا تمت القسمة دون تدخل الدائن فى إجراءاتها، وتبين أن المدين قد تعمد الاضرار بحقوق الدائن، بأن أفرز مثلا لنفسه نصيبا أقل مما يستحقه إضرارا بالدائن، فانه يجوز للدائن بعد تمام القسمة أن يطعن فيها بالدعوى البوليصية لاصلاح ما وقع من الضرر، ما دام قد فاته أن يمنع هذا الضرر قبل وقوعه. وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية بأنه وان كانت المادة ٤٦٠ مدنى تجيز لأرباب الديون الشخصية التى على أحد الشركاء الدخول فى دعوى القسمة القائمة بين الشركاء، فان القسمة التى تحصل بدون حضورهم لا تعتبر لاغية، بل يجوز إلغاؤها بناء على طلبهم اذا ثبت أنها أضرت بحقوقهم (١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٠ ج ٢٢ عدد ١٨ / ١). انظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤١ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٠ — ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥ — ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٦ — ٢١ يونيه ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ — وقارن استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٩ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١١.

ويلاحظ أن القانون الفرنسى فى حالتين من حالات القسمة (قسمة التركة: م ٨٨٢ فرنسى، وقسمة الأموال المشتركة بين الزوجين: م ١٤٧٦) نص صراحة على عدم جواز الطعن فى القسمة بعد تمامها. فاذا لم يتدخل الدائنون فى إجراءات القسمة قبل تمامها، فليس لهم بعد ذلك أن يطعنوا فيها بالدعوى البوليصية (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٩ — فقرة ٧٠٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥١ — ديموج ٧ فقرة ١١٢٠، وفيما عدا هاتين الحالتين يجوز الطعن فى القسمة بعد تمامها (نقض فرنسى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ١٨٩١ — ١ — ٢٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٤).

(١) على أنه لا يجوز الطعن فى تصرف المدين، اذا لم يؤدّ هذا الطعن إلا الى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص المدين، وذلك كما اذا تنازل الواهب عن حقه فى الرجوع فى الهبة، فليس لدائن الواهب أن يطعن فى هذا التنازل، لأنه لا فائدة تعود عليه من هذا الطعن، اذ بفرض أنه نجح فيه وعاد للواهب حقه فى الرجوع فى الهبة، فان الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الحق باسم المدين، لأنه متصل بشخص هذا الأخير (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٧ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٤٧).

(٢) وهذا مقصور على القانون المختلط (م ٤١٨ مرافعات مختلط) ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٣٧ — =

* ٧٣٤ – *تصرف مفقر* (acte d'appauvrissement) – لا يكفى أن يكون هناك عمل قانونى صادر من المدين ، بل يجب أن يكون هـذا العمل القانونى تصرفا مفقرا . و "للتصرف المفقر" معنى خاص فى الدعوى البوليصية ، فهو التصرف الذى ينقص من حقوق المدين[1] . ولكى نبين ما ينطوى عليه هـذا المعنى من تحديد ضيق ، نذكر أن المدين يستطيع الإضرار بدائنـه إما بأن يمتنع عن تقوية الضمان العـام للدائن (وذلك بأن يمتنع هذا المدين عن زيادة حقوقه أو عن إنقاص التزاماته) ، و إما بأن يضعف هذا الضمان (وذلك بأن يزيد فى التزاماته أو ينقص من حقوقه) . فهذه أمور أربعة تضر الدائن : امتناع المدين عن زيادة حقوقه ، وامتناعه عن انقاص التزاماته ، وزيادته فى التزاماته ، وانقاصه من حقوقه . ومن هـذه الأمور الأربعة لا يعتبر "تصرفا مفقرا" فى عرف الدعوى البوليصية إلا الأمر الأخير ، وهو انقاص المدين من حقوقه . فاذا وهب المدين عينا مملوكة له ، أو أبرأ مدينا من حق له فى ذمته ، فقد أنقص حقوقه ، إذ تبرع بحق عينى فى حالة الهبة و بحق شخصى فى حالة الابراء[2] . كذلك إذا باع عينا أو حقا شخصيا فى ذمة مدين له ، فقد أنقص من حقوقه كذلك

= ٣٣٨) . دون القانون الأهلى (أبو هيف فى المرافعات فقرة ١٢٨٧) . انظر فى هذا الموضوع استئناف مختلط ١٢ يوليه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ — ٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ — ٤ يونيه سـنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨ — وانظر أوبرى ورو ٤ ص ٢٣٣ — ديمولب ٢٥ فقرة ١٥٧ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٢ — هيك ٧ فقـرة ٢٢٤ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٤٤ — بودرى و بارد ١ فقـرة ٦٩٣ — بلانيـول ٢ فقرة ٣٣٦ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٢ — بلانيول و ريپير و ردوان ٢ فقرة ٩٤٤) .

(١) وهذا المعنى الخاص تلقاه القانونان الفرنسى والمصرى عن تقاليد القانون الرومانى (انظر جايس (Gaius) ٢ فقرة ١٩٥ — استئناف مختلط فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨) .

(٢) و يلاحظ أن رفض المدين لوصـية أو ميراث يعتبر انقاصا لحقوقه ، فهو عمل مفقر يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية . ذلك لأن الموصى له يملك الشىء الموصى به بموجب الوصية وكذلك الوارث يملك التركة بحكم القانون ، فاذا رفض أى منهما بعد ذلك الوصية أو الميراث ، فان رفضه يكون بمثابة تنازل عن شىء مملوك له كما سبقت الاشارة الى ذلك . و يجوز للدائن بعد الطعن فى رفض المدين أن يقبل باسمه الوصية أو الميراث ، فان القبول هنا ليس مجرد رخصة ، بل هو حق يجوز للدائن استعماله باسم المدين كما تقدم ذكر ذلك (انظر فى هذا الموضوع بودرى و بارد ١ فقرة ٦٥٦ — بلانيول و ريپير و ردوان ٢ فقرة ٩٤٢ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٤٤ — نقض فرنسى ٢٩ يوليه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٨٣ — قارن دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٤٤ — فقرة ٤٥ ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٦ ص ١٦١ — وانظر عكس ذلك مسينا ٣ فقرة ٧١٨ ص ٣٢٤ — استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٢ — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — انظر فى امكان الطعن فى رفض المدين لربح أصابه من رهان أو "يانصيب" ، وهو ربح أصبح ملكا للدين فرفضـه له يكون انقاصا لحقوقه ، الى دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٤٦) . =

حقا عينيا أو حقا شخصيا ، أما الثمن الذى قبضه فى مقابل ذلك فيجب أن نفرض أنه كان ثمنا بخسا أو أنه استطاع أن يخفيه أو يبدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه ، حتى يمكن القول بأن هذا التصرف المفقر كان سببا فى اعسار المدين أو فى زيادة اعساره ، وهو شرط لازم فى الدعوى البوليصية كما قدمنا .

أما عن امتناع المدين من زيادة حقوقه أو من انقاص التزاماته ، كما إذا رفض هبة أو لم يقبل ابراء ذمته من دين ، فظاهر أن هذا العمل السلبى ، وإن أضر بالدائن ، ليس بعمل مفقر . وليس للدائن أن يشكو منه ، فانه لم يجرد المدين من حق كان داخلا فى ضمان الدائن ولم يثقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان (١) .

= هذا وقد كان قبول الميراث فى القانون الرومانى يكسب الوارث ملكية التركة ، ولذلك كان رفضه للميراث لا ينقص من حقوقه ، بل يمنع من زيادتها ، فكان لا يجوز للدائن الطعن فى هذا الرفض (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٣) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش نمرة ١٦ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٤ وما بعدها — لاروم بيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٢ — هالتون ١ ص ٣٤١ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ١٣ — والتون ٢ ص ١١٣ — وانظر عكس ذلك ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٦ (حيث يجيز الطعن فى امتناع المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته ، ومن باب أولى فى زيادة المدين لالتزاماته وانقاصه لحقوقه ، أى فى الأمور الأربعة التى يضربها المدين الدائن) .

ويلاحظ أنه اذا فرض أن الدائن يسمح له بالطعن فى عدم قبول المدين لهبة أو ابراء ، فان هذا الطعن لا يعود عليه بفائدة ، وذلك لأنه بعد ذلك لا يستطيع أن يقبل الهبة أو الابراء باسم المدين ، اذ القبول فى هاتين الحالتين مجرد رخصة لا يجوز استعمالها باسم المدين كما سبقت الاشارة الى ذلك (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٢ — ص ٦٦٤ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣٩ — فقرة ٩٤٠) .

واذا أمّن المدين لمصلحة شخص ثالث ، فليس للدائنين إلا أن يطعنوا فى عقد التأمين ذاته اذا أثبتوا تواطؤ شركة التأمين مع المدين ، وكانت أقساط التأمين باهظة بالنسبة لدخل المدين . ولا يجوز للدائنين أن يبقوا عقد التأمين ويستولوا على مبلغ التأمين الذى تدفعه الشركة ، لأن هذا المال لم يكن ملكا للدين ولم يدخل فى ضمان الدائنين ، حتى يقال إن المدين تصرف فيه بعمل مفقر (والتون ٢ ص ١١٣ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٦ — المادة التاسعة والستون من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ بفرنسا) . وسنعود لهذا الموضوع بتفصيل أوفى عند الكلام فى الاشتراط لمصلحة الغير .

وكان من مقتضى ما قدمناه من أنه لا يجوز للدائن الطعن فى امتناع المدين عن زيادة حقوقه أو عن انقاص التزاماته أن المدين اذا امتنع عن التمسك بالتقادم لكسب حق أو لاسقاط التزام ، فليس للدائن أن يطعن فى ذلك ، لأن المدين لا يكسب الحق ولا يسقط الالتزام إلا اذا تمسك بالتقادم ، فاذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أو زاد فى التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن زيادة حقوقه أو عن انقاص التزاماته . إلا أن القانون الفرنسى أورد نصا خاصا (م ٢٢٢٥ مدنى) أجاز فيه للدائن الطعن فى تنازل المدين عن التمسك بالتقادم المكسب أو المسقط ، وأجاز بعد ذلك للدائن أن يتمسك بالتقادم باسم مدينه مع أن التمسك بالتقادم رخصة كما قدمنا عند الكلام فى الدعوى غير المباشرة . وقد كان هذا النص ضروريا حتى يتم للدائن هذان الاستثناءان (كولان وكابيتان ٢ ص ٥٦ — بلانيول وريبير =

لكن زيادة المدين لالتزاماته (ولا يعتبر ذلك "عملا مفقرا" فى عرف الدعوى البوليصية كما قدّمنا) أمر يستوقف النظر . فان المدين الذى يقترض حتى يزيد فى ديونه فيعسر ، يضر بدائنيه بالقدر الذى يضرهم به لو باع عينا مملوكة له وكان هـذا البيع سببا فى اعساره . فهو قد أضعف ضمان الدائنين فى الحالتين بعمل إيجابى ، ولا فرق بين أن يفعل ذلك بزيادة ديونه أو بانقاص حقوقه ، فالنتيجة واحدة بالنسبة للدائنين[1] . كان المنطق يقضى بجعل زيادة المدين لالتزاماته كانقاصه لحقوقه عملا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية[2] ، ولكن تقاليد هذه

= وردوان ٢ فقرة ٩٤١ — قارن بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٥ وفقرة ٦٩٤ وبودرى وتيسيه فقرة ١١٦ — فقرة ١١٧ حيث يذهبون الى أن التقادم فى ذاته يكسب الحق أو يسقط الالتزام ، وعلى ذلك تكون المادة ٢٢٢٥ ليست استثناء من قواعد الدعوى البوليصية ، اذ المدين بتنازله عن التمسك بالتقادم يكون قد أنقص حقوقه أو زاد فى التزاماته — ومن رأى هؤلاء الفقهاء أن العمل الذى يزيد به المدين فى التزاماته يصح الطعن فيه كما سيتبين ذلك فيما يلى) أما القانون المصرى فلم يرد فيه نص إلا فى حالة التقادم المسقط ، فقد نصت المادتان ٢٠٦ / ٢٧٠ على أنه اذا كان لمدين واحد عدة دائنين ، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من دين أحدهم ، فباقى الدائنين أن يتمسكوا بمضى تلك المدة ، ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليسا منه واضرارا بحقوقهم . فخلص للدائن استثناءان فى التقادم المسقط : الطعن فى امتناع المدين عن انقاص التزاماته واستعمال رخصة باسمه . أما التقادم المكسب فلم يرد فيه نص فى القانون المصرى ، وقد يؤدى التفسير الدقيق للنصوص الى وجوب الرجوع الى القواعد العامة فى التقادم المكسب ، اذ أن النص الوارد فى التقادم المسقط نص استثنائى لا يجوز التوسع فيه ، وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يطعن فى امتناع المدين عن التمسك بالتقادم المكسب ولا أن يتمسك عنه به (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١١ م ٣ ص ٢١٢ — محكمة مصر الابتدائية المختلطة فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٨٠ نمرة ١٢٨) . ولكننا نرى مع جمهور فقهاء القانون المصرى أن التسوية واجبة بين التقادم المسقط والتقادم المكسب فى هذه المسألة ، وأن المشرع المصرى لم يقصد أن يوجد بينهما فرقا ، ولكنه لما فصل بين النوعين من التقادم ، وأورد النص الاستثنائى فى أحدهما ، سها عن أن يورد مثله فى الآخر ، بخلاف المشرع الفرنسى فقد جمع النوعين وأورد فيهما نصا استثنائيا واحدا كما قدّمنا (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٧ — دى هلتس فى مضى المدة فقرة ٣١ فتحى زغلول ص ١٠٠ — كامل مرسى بك فى الحقوق العينية فقرة ٥٤٩ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٤٥ — قارن مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى بك فقرة ٤٩٠) . ويلاحظ أن القانون الفرنسى لا يشترط فى جواز الطعن فى تنازل المدين عن التمسك بالتقادم أن يكون هذا التنازل حصل اضرارا بالدائن ، أما القانون المصرى فيشترط ذلك ، ولا يجيز الطعن فى تنازل المدين عن التمسك بالتقادم اذا فعل ذلك تحرجا من أن يأكل مال الناس بالباطل (انظر كامل مرسى بك فى الحقوق العينية فقرة ٥٤٩) .

(١) والواقع أنه اذا وجد فرق بين امتناع المدين عن تقوية ضمان الدائن ، وهو عمل سلبى يمتنع به عن تحسين حاله فلا يمس إلا أملا للدائن ، وبين اقدامه على أضعاف هذا الضمان ، وهو عمل ايجابى يسوى به حالته فيمس حق الدائن ، فان هذا الفرق غير موجود بين انقاص المدين لحقوقه وزيادته فى التزاماته ، فكلا العملين ايجابى ، وكلاهما يسوئ حالة المدين ، وكلاهما يمس حق الدائن .

(٢) وقد سار على هذا الرأى بعض الفقهاء . انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ وفقرة ٦٧٠ — قارن أيضا بلانيول ٢ فقرة ٣٠٨ حيث يرى أن تواطؤ المدين مع دائن جديد على أن يتقاسما ما يأخذه هذا الدائن =

الدعوى تأبى إلا أن تميز بين الشيئين، ولا تجعل " العمل المفقر " إلا ذلك النقص المادى فى الحقوق وهو النقص المباشر الذى يقع تحت الحس ، بخلاف زيادة الالتزامات فهى لا تنقص الحقوق إلا بطريق غير مباشر(١) . وينبنى على ذلك أن المدين، بدلا من أن يبيع عينا مملوكة له بثمن بخس إضرارا بدائنه ، يؤثر أن يشترى عينا بثمن باهظ متواطئا مع البائع حتى يصبح هذا دائنا له بالثمن أى بمبلغ جسيم يكون سبباق إعساره . فيصل من هذا الطريق الى الاضرار بدائنه حيث يعجز عن ذلك من الطريق الأول ، ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائن باليمين قد سلبه منه بالشمال(٢) . وهذه نتيجة لايصح الوقوف عندها، وكان الأولى عدم التقيد بتقاليد القانون الرومانى الى هذا الحد، فيجوز الطعن فى تصرف المدين، سواء كان هذا التصرف بالانقاص من حقوقه أو بالزيادة فى التزاماته(٣) .

* ٧٣٥ — نية الاضرار بالدائن (الغش) (concilium fraudis) — وهذا هو الشرط الثالث فى العمل الذى يصدر من المدين . وهو أهم الشروط، بل هو العمود الفقرى للدعوى البوليصية ، فإن هذه الدعوى تقوم على محاربة الغش(٤) . فلا يكفى أن يكون

= من المدين استيفاء لحقه يعتبر انقاصا لحقوق المدين يصح الطعن فيه ، لامجرد زيادة فى التزامات المدين . وانظر جواز الطعن فى قبول المدين لتركة أو "روكية" معسرة فيما يلى .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش نمرة ٣٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٤ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٧ — بلانيول ٢ فقرة ٣٠٨ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٤٥ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٢٤ .

(٢) انظر مثلا آخر من هذا القبيل فى بودرى وبارد ١ فقرة ٦٧٠ ، ومثلا ثالثا فى كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٧ (وهذا المثل محل للنظر لأن المدين فيه لم يقتصر على أن يقترض فيزيد فى التزاماته بل تنازل عن الأجرة مقدما فانقص من حقوقه . قارن أيضا هذا المثل محورا فى مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى بك فقرة ٤٩٢) .

(٣) على أن القضاء والفقه فى فرنسا لم يتقيدا بهذه النتيجة غير العادلة تقيدا دقيقا . فهما يجيزان للدائن أن يطعن فى قبول الوارث المدين لتركة معسرة ، أو فى قبول الزوجة المدينة " للروكية " المعسرة . ومعنى هذا أنه يجوز للدائن الاعتراض على عمل مدينه فى هذا القبول ، لأنه يزيد فى التزاماته بأكثر مما يزيد فى حقوقه بحيث أن زيادة الالتزامات على الحقوق يترتب عليها اعساره هو . فالعمل الذى يطعن فيه الدائن هو اذن زيادة المدين لالتزاماته (انظر محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ أبريل سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ١ — ٢٣٩ — ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٧ فقرة ١١٤ و ٢٥ فقرة ١٥٥ — لوران ٩ فقرة ٣٦٤ و ١٦ فقرة ٤٧٨ — بودرى وفال فى الميراث ٢ فقرة ١٦٨٠ — فقرة ١٦٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٢ ص ٧١٦ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٤٥ ص ٢٤٧ هامش ٨ نمرة ٢) .

(٤) ويمكن تجميع شروط الدعوى البوليصية كلها فى شرط الغش . فان الغش لا يتوافر فى جانب المدين إلا اذا تصرف تصرفا مفقرا يؤدى الى اعساره للاضرار بدائن حقه ثابت قبل هذا التصرف .

العمل القانونى الصادر من المدين تصرفا مفقرا تسبب فى إعساره على النحو الذى بيناه ، بل يجب أن يكون قد صدر غشا (١) .

وهناك خلاف فى تعريف الغش (fraude) (٢) فى الدعوى البوليصية . فالبعض يذهب الى أنه مجرد علم المدين بأن التصرف الذى ينويه يسبب إعساره ولو لم يقصد بذلك الاضرار

---

(١) استئناف مصر الأهلية ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٦٤ رقم ٤٣٥ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ .

وشرط الغش هذا هو الذى يدخل العنصر النفسى فى الدعوى البوليصية ، وبذلك تتصل هذه الدعوى اتصالا وثيقا بعلم الأخلاق ، لأن الباعث هنا له الأثر الأكبر فى نفاذ التصرف فى حق الدائن أو عدم نفاذه .

والدعوى البوليصية فى القانون التجارى لها صورتان : صورة مماثلة لصورتها فى القانون المدنى وتنص عليها المواد ٢٢٩/٢٢٧ — ٢٣٠/٢٣٨ وهى نصوص أوفى وأدق من النصوص المدنية كما قدمنا ولكنها لا تخرج عن أحكامها . وصورة أخرى مقصورة على تصرفات التاجر المفلس منذ إشهار إفلاسه وقبل ذلك بقليل وتنص عليها المواد ٢٢٧/٢٣٥ — ٢٢٨/٢٣٦ ، والذى يميز هذه الصورة الأخيرة أن القانون يفترض فيها الغش فى جانب المدين ، ولا يكلف الدائنين أو السنديك باثباته ، ولا يسمح للمدين بنفيه عنه ، ما دامت هذه التصرفات قد صدرت من المدين فى وقت غير سابق على تاريخ توقفه عن الدفع بأكثر من عشرة أيام (انظر فى هذا الموضوع كتاب الافلاس للأستاذين عبد الفتاح السيد بك ومارك دسرتو (Desserteaux) فقرة ٧٤ وما بعدها) .

(٢) ويلاحظ أن الغش (fraude) هنا هو غير التدليس (dol) الذى عرفناه عيبا فى الرضاء . فقد قدمنا أن التدليس يدخله فى الغالب طرق احتيالية ويراد به خديعة أحد المتعاقدين ، ولذلك يكون العقد باطلا لمصلحة العاقد المخدوع . أما الغش فى الدعوى البوليصية فلا تصحبه طرق احتيالية ، ولا يراد به خديعة أحد المتعاقدين ، بل كثيرا ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على الغش ، ولذلك يبقى العقد صحيحا فيما بين المتعاقدين كما سنبين ذلك فيما يلى . وانما يراد بالغش الاضرار بحقوق الدائن ، ولذلك يكون أثره عدم نفاذ العقد فى حق هذا الدائن .

هذا والغش فى الدعوى البوليصية والتدليس كعيب فى الرضاء انما هما تطبيقان للنظرية العامة فى الغش . فالغش فى ذاته جريمة مدنية تكون مصدرا للالتزام بالتعويض . والغش فى العقد يتخذ خاص يأخذ صورا مختلفة . فيقصد به تارة الاضرار بأحد المتعاقدين ، ويقع إما فى تكوين العقد أو فى تنفيذه ، وهذا هو التدليس (dol) . ويقصد به طورا الاضرار بالغير فيحتفظ باسم الغش (fraude) ، والغير إما أن يكون دائنا لأحد المتعاقدين ، كما فى الدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، وإما أن يكون غير دائن يريد المتعاقدان إلحاق الضرر به بمحاولتهما التخلص من واجب عليهما نحوه ، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أو أقل من الحقيقة لانقاص الرسوم المستحقة .

وقد يكون هناك شك فى توافر شروط الدعوى البوليصية ، ومع ذلك يكون الغش ظاهرا فيؤثر فى العقد . كما اذا باع شخص عقارا ، ثم باعه مرة ثانية الى شخص آخر وبادر هذا الى التسجيل ، أو باع عقارا كان قد وعد ببيعه غير المشترى . وهاتان حالتان أجزنا فيهما الدعوى البوليصية فيما قدمناه على اعتبار أن هناك نوعا من الاعسار هو عدم استطاعة المدين تنفيذ التزامه عينا وان كان قادرا على دفع التعويض . فاذا كان هناك شك فى جواز رفع الدعوى البوليصية ، فانه يمكن تطبيق قاعدة أوسع نطاقا ، وهى القاعدة التى تقضى بأن الغش يفسد العقود (fraus omnia corrumpit) =

بالدائن[1] . ويذهب البعض الآخر الى أن هذا لا يكفى، بل يجب أن تتوافر لدى المدين نية الإضرار بالدائن[2] . فهناك حالات يتصرف فيها المدين تصرفا يسبب إعساره وهو عالم بذلك، ولكنه لا يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل يكون الدافع له على التصرف باعثا آخر، كتلبيته لنداء واجب أدبى يقدّمه بحسن نية على وفاء دينه ، أو كتصرفه فى بعض ماله للحصول على ما يقوم بحاجات المعيشة من مأكل وملبس ومسكن[3] . بل قد يتصرف المدين تصرفا يعلم أنه يسبب إعساره، ومع ذلك لا تكون عنده نية الاضرار بدائنه، فهو واثق من أن إعساره وقتى لا يلبث أن يزول فيفى دائنه، ثم تخلف الأيام ظنه فيبقى معسرا . ونحن نختار تعريف الغش بأنه نية الإضرار بالدائن[4] . فلا يكفى مجرّد علم المدين بأن تصرفه يسبب إعساره . على أننا لا نرى المبالغة فى إبعاد الغش عن مدين يتصرف وهو عالم بأن تصرفه يسبب اعساره، فليس من الانصاف للدائن أن نتلمس لمثل هذا المدين الأعذار فنفترض أنه تصرف تلبية لواجب

= وجزاء الغش اذا لم يكن فى عقد هو التعويض . واذا كان فى عقد ، فتارة يكون بطلان العقد (كما فى التدليس عند تكوين العقد ، وكما فى تواطؤ شخص يوشك أن يحجر عليه مع شخص آخر على أن يتصرف له هربا من الحجر)، وتارة يكون تعويضا (اذا كان تدليسا فى تنفيذ العقد، سواء وقع التدليس من المتعاقد أو من شخص آخر شريك المتعاقد) ، وتارة يكون عدم نفاذ العقد فى حق الغير (كما فى الدعوى البوليصية) ، وتارة يكون ارجاع الأمر الى حقيقته (كما فى الصورية) . وهو على كل حال يوجب التعويض اذا أحدث ضررا باعتباره عملا ضارا فى ذاته . (انظر فى هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٤٦ — فقرة ٣٥١ — ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ١٥٧ وما بعدها — جوسران فى الباعث فقرة ١٧١ وما بعدها — ديموج ٧ فقرة ١١٣٣ وما بعدها — ديبواه (Desbois) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — لجريولو (Ligeropoulo) رسالة من اكس سنة ١٩٢٨) .

ويلاحظ أنه اذا اشترط القانون طرقا خاصة للاثبات، فان الغش يبرر الخروج على هذه القاعدة، ويجيز الاثبات بجميع الطرق .

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥ — ١ — ٤٨٦ — ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ١٦٦ — ١١ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٦٥ — محكمة ليج بلجيكا ٣٠ مايو سنة ١٩٢٥ محاماه ٦ ص ٢٩٨ رقم ٢٣٥ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٧ — بلانيول ٢ فقرة ٣١٥ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٢ .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٩ فبراير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥ — ١ — ٣١ — ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٩ سيريه ٩٩ — ١ — ٣٤٥ — ٢٩ يوليه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٨٣ — ٣ مايو سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٤٦٢ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩١ — لوران ١٦ فقرة ٤٥٤ — هيك ٧ فقرة ٢٢١ — لا روميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٤ .

(٣) والتون ٢ ص ١٠٢ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٩ .

أدبى أو اعتقادا منه أن إعساره لا يدوم، فإن مثل هـذه القروض لا تتفق مع ما يعرف من طبائع الناس . والواجب أن نفرض عكس ذلك ، فيكون علم المدين بأن تصرفه يسبب إعساره، اذا لم ينطو فى ذاته على الغش، قرينة على الغش[1]. وهى قرينة يجوز إثبات عكسها، والمكلف بالاثبات هو المدين ، فعليه أن يبين ما دفعه الى تصرف يسبب إعساره و يضر بدائنه، فاذا أثبت أن الدافع له على ذلك باعث غير نية الاضرار بدائنه، سلم تصرفه من الطعن ونفذ فى حق الدائن، و إلا أخذنا الأمر بدلالته، واعتبرنا نية الاضرار متوافرة، وجاز للدائن الطعن فى تصرف المدين . فالمسألة إذن خاضعة لتقـدير القاضى، وهو يكلف الدائن باثبات أن المدين قد تصرف عالما بأن تصرفه يسبب إعساره، فاذا أثبت المدين ذلك فرض القاضى وجود الغش فى جانب المدين وكلفه باثبات أن هذا الفرض غير صحيح[2] .

والغش فى جانب المدين شرط فى الدعوى البوليصية فى القانون الفرنسى ، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعا . وقد كان هناك رأى فى فرنسا يذهب الى أن التبرع لا يشترط فيه الغش فى جانب المدين، لأن التبرع فى ذاته قرينة على الغش[3]، ولكن هذا الرأى

(١) استئناف مختلط فى ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣١ ديسمبر سـنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — بلانيول وريبير وردران ٢ فقرة ٩٣٠ ص ٢٣٣ — ٢٣٤ — جوسران ٢ فقـرة ٦٨٩ — ريبير فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ١٦٩ — وقد يتعاقد المدين تعاقدا يؤدى الى اعساره وهو عالم بذلك ، وانما يقـدم على التعاقد لاغشا واضرارا بحقوق الدائن ، بل اعتقادا منه أن هـذا التعاقد الذى أدى الى اعساره سيكون سببا فى ترويج أعماله وعودته الى اليسار، ففى مثل هذه الحالة لا يجوز للدائن الطعن فى العقد لانعدام الغش (انظر فى هذا المعنى عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٤٦) .

(٣) ديفرجييه على توليه ٣ فقرة ٣٥٤ هامش نمرة ١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٣ ص ٢٢٤ — ٢٢٥ وهامش نمرة ١٨ ، ويستند أصحاب هذا الرأى بنوع خاص على أن القانون الفرنسى ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل ، فيسمح للدائن بالطعن فى هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين ، بل اقتصر النص على اشتراط وجود ضرر للدائن من هذا التنازل (وهذه الأحوال هى : م ٦٢٢ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع — م ٧٨٨ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث — م ١٠٥٣ المتعلقة بتنازل الموهوب له عن الهبة لمن يحل بعده فيها) . وقـد استنتجوا من ذلك — ومن أن مشروع القانون المدنى الفرنسى كان يتضمن نصا يشترط الغش فى هـذه الأحوال ثم حذف — أن تنازل المدين عن حقـه دون مقابل يجوز فيه الطعن حتى لو لم يوجد هناك غش فى جانب المدين، ما دام هـذا التنازل ضارا بحقوق الدائن . ثم عمموا هذه القاعدة ، فجعلوها تشمل كل التبرعات سواء كانت فى صورة تنازل أو فى صورة أخرى .

وهناك من الفقهاء ما يقصر القاعدة على التنازل دون غيره من التـبرعات (ديرانتون ١٠ فقـرة ٥٧٨ — كولميه دى سانتيره فقرة ٨٢ مكررة — فيجيه ٢ فقرة ١٢٥٠) .

لم يسد لا فى الفقه ولا فى القضاء[1] . أما فى القانون المصرى فالظاهر أن المشرع قد تأثر بهذا الرأى فأخذ به ، وميز بين المعاوضات والتبرعات ، ففى الأولى يشترط الغش فى جانب المدين ، وفى الثانية لا يشترط ذلك[2] . ويتضح هذا من الرجوع الى نصوص القانون المصرى .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٤٣ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٤ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٥٨ — بلانيول ٢ فقرة ٣١٣ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٣ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٨ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣١ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٣ ص ٤٠٩ — محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦١ — ١ — ٢٦٥ — ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٨٠ — ١ — ٢٨ — محكمة بيزانسون الاستئنافية ٢٩ مارس سنة ١٨٩٣ الباندكت ٩٣ — ٢ — ٣٣٩

ويرد أصحاب هذا الرأى على أصحاب الرأى الأول بأنه اذا كان المشرع الفرنسى أغفل شرط الغش فى الأحوال الثلاث التى أشير اليها ، فذلك لأنه لم يكن اتخذ لنفسه موقفا فى هذه المسألة . حتى اذا وصل الى المادة ١١٦٧ ، وهى النص الأساسى فى الموضوع ، تراه اتخذ موقفا واضحا ، إذ اشترط الغش بعبارة مطلقة ، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع ، أو بين التنازل وغيره . ثم لما عرضت له حالة من أحوال التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ (وهى حالة تنازل الزوجة عن حقها فى الركية (communaute) : م ١٤٦٤ مدنى فرنسى) اذا به يشترط فيها الغش صراحة (انظر فى هذا المعنى بودرى و بارد ١ فقرة ٦٥٩ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٣ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣١) .

ويلاحظ أن القانون المصرى لا يتضمن النصوص الثلاثة التى يحتج بها أصحاب الرأى المهجور . ولكنه يوجد من جهة أخرى فى صياغة المادتين ١٤٣/٢٠٤ والمادتين ٥٥٦/٦٨٠ ما يحمل على القول بأن المشرع المصرى قصد التفرقة بين المعاوضات والتبرعات ، وسيتضح ذلك مما يلى .

(٢) نرى ذلك واضحا من صياغة المادتين ١٤٣/٢٠٤ ، فهما تنصان على أن للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب ابطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم ، وفى طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق إضرارا بهم . والنص الفرنسى لهاتين المادتين أدق من النص العربى ، وهذا هو : Les créanciers pourront toujours faire annuler : (Code mixte : Les créancreis ont, dans tous les cas, le droit de faire annuler) les actes faits en fraude de leurs droits, et les donations et renonciations consenties à leur préjudice.

فالمشرع المصرى ذكر تصرفات المدين فى أول الأمر بعبارة عامة واشترط الغش ، ثم أفرد التبرعات والتنازل بالذكر فلم يشترط إلا الضرر . ويؤيد ذلك ما جاء فى المادتين ٥٥٦/٦٨٠ فهما تنصان على أنه لا يجوز الطعن من الدائنين فى تصرف مدينهم فى أمواله بمقابل ، إلا اذا كان التصرف حاصلا للاضرار بحقوقهم . والنص الفرنسى أدق ، وهذا هو : L'aliénation à titre onéreux par le débiteur de ses biens ne peut être attaquée par ses créanciers que quand elle est faite en fraude de leurs droits.

ولا عبرة باختلاف العبارة فى النصوص العربية فان الترجمة غير دقيقة ، والعبرة بالنصوص الفرنسية ، فهى تستعمل عبارة واحدة عند ذكر التصرف بمقابل ، فتشترط الغش صراحة (en fraude de leurs droits) ، فاذا ذكرت التبرعات والتنازل اكتفت بذكر الضرر (à leur préjudice) . وانظر ما يؤكد ذلك نص المادتين ٥٣/٧٦ فى الوقف وهو تبرع : Nul ne peut constituer (code mixte : immobiliser) son bien à titre = de Wakf, au préjudice de ses créanciers à peine de nullite de la constitution

على أن القانون المصرى والفرنسى متفقان فى وجوب التمييز بين المعاوضات والتبرعات من حيث توافر شرط الغش فى جانب من تصرف له المدين . ففى التبرعات لا يشترط الغش فى جانب من تبرع له المدين، فقد يكون الموهوب له مثلا حسن النية لا علم له باعسار المتبرع، ومع ذلك فللدائن أن يطعن فى التبرع ويكتفى فى القانون الفرنسى باثبات غش المدين، أما فى القانون المصرى فلا يكلف باثبات غش أحد منهما . والسبب فى ذلك أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تصرف مدينه اذا بقى هذا التصرف قائما، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من نفع فاته اذا جاز للدائن الطعن فى التبرع ؛ وفرق بين من يتوقى ضررا ومن يبتغى نفعا،

= (code mixte : l'immobilisation) وانظر أيضا نص المادة ٧٤ من القانون المختلط وهى خاصة بالتبرعات (وليس لها مقابل فى القانون الأهلى) : Nul ne peut faire une donation au préjudice de ses créanciers actuels.

هذا الى أنه يؤخذ من نص المادتين ٥٥٦/٦٨٠ أن المشرع المصرى اقتصر فى اشتراط الغش على تصرفات المدين فى أمواله بمقابل ، أما التبرعات فلم يذكرها فى النص المذكور، مما يفهم منه ضمنا أنه لا يشترط فيها الغش كما يشترطه فى المعاوضات .

والقضاء والفقه فى مصر متفقان على التمييز بين المعاوضات حيث يشترط الغش ، والتبرعات حيث لا يشترط (شبين الكوم الكلية فى ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٤٦ — رقم ٣٢٩ — أسيوط الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٦٩ رقم ٢٩٣ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ بوريللى بك م ٢٠٤ فقرة ٥ — ٢١ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٧ — ١٢ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٦ — ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧١ — ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩١ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٥ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ — ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ — ٢٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٢٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١١٨ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ — ٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩ — ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٨ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ — ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٢٧ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٣٤ — هالتون ١ ص ٣٤٣ — فتحى زغلول ص ٣٦٩ — والتون ٢ ص ١١١ — عبد السلام ذهنى بك فقرة ٣٤١ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى بك فقرة ٤٩٩) .

ويلاحظ أن المشرع المصرى أجاز للدائن الطعن فى تنازل المدين عن التمسك بالتقادم، ولكنه اشترط النش صراحة (م ٢٠٦/٢٧٠) بخلاف القانون الفرنسى (م ٢٢٢٥ مدنى فرنسى) . فلم يشترط الغش كما سبقت الاشارة الى ذلك . ويمكن تعليل موقف المشرع المصرى بأنه اشترط الغش فى تنازل المدين، لا عن حق موجود، بل عن ايجاد حق معدوم كما قدمنا . وهذه حالة خاصة لا تدخل فى أحوال التنازل عن حقوق موجودة . وعذر المدين فيها وهو يمتنع عن زيادة حقوقه أرضح من عذره وهو ينقص من حقوقه الموجودة، لذلك اشترط المشرع المصرى الغش فى جانب المدين حتى يمكن الطعن فى تصرفه — هذا الى أن التمسك بالتقادم مسألة للضمير فيها دخل كبير ، فاذا تنازل المدين عن التمسك بالتقادم دون أن يريد الغش ، فهو إنما ينقاد لوحى ضميره، ولا يجوز للدائن التدخل فى ذلك .

فالأول هو الأجدر بالرعاية[1] . أما فى المعاوضات فلا يكفى اثبات الغش فى جانب المدين، بل يجب فوق ذلك اثبات الغش فى جانب من تصرف له المدين أيضا . فاذا باع المدين عينا مملوكة له بنية الإضرار بدائنه، وجب على الدائن اذا أراد الطعن فى هذا البيع أن يثبت غش البائع والمشترى معا، ولا يكتفى باثبات غش البائع. والسبب فى ذلك أن المفاضلة بين الدائن والمشترى غيرها بين الدائن والموهوب له . ففى الثانية فضلنا الدائن الذى يتوقى ضررا على المرهوب له الذى لا يبتغى إلا نفعا . أما فى الأولى فالمشترى يتوقى ضررا كالدائن ، لأنه دفع مقابلا للمدين، فاذا كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن ، اذ أن هذا الأخير لم يحتط لنفسه فيأخذ ضمانا خاصا لاستيفاء حقه . لذلك ينبغى حتى يفضل الدائن على المشترى فيجوز له الطعن فى البيع، أن يكون المشترى سيئ النية، أى يجب أن يثبت الدائن الغش فى جانب المشترى كما أثبته فى جانب البائع ، حتى لا يصبح هذا المشترى مستحقا للرعاية التى جعلته يفضل على الدائن. ولا يكفى لتوافر الغش فى جانب المشترى أن يكون عالما بالغش فى جانب البائع، بل يجب أن يكون الاثنان متواطئين على هذا الغش، فكما أن البائع عنده نية الاضرار بدائنه كذلك المشترى يجب أن يكون متفقا معه على هذا الاضرار بالدائن[2] . على أن علم

---

(١) انظر المادتين ٢٢٩/٢٣٧ من القانون التجارى المصرى — هالتون ١ ص ٣٤٣ — والتون ٢ ص ١١٧ — ص ١١٨ .

و يلاحظ أن الموهوب له اذا كان حسن النية ، فلا يسترد منه الدائن إلا بمقدار ما اغتنى من وراء هذا التبرع ، و يكسب الموهوب له ثمرات الشيء الموهوب ما دام قد قبضها وهو حسن النية طبقا للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٢٩ — هيك ٧ فقرة ٢٢١ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٦١) .

(٢) انظر المادتين ٢٣٠/٢٣٨ من القانون التجارى المصرى . ولم يذكر القانون المدنى المصرى ولا الفرنسى هذا التمييز بين المعاوضات والتبرعات . ولكنه تمييز تقليدى كان معمولا به فى القانون الرومانى . وقد أخذ به القضاء والفقه فى فرنسا وفى مصر (انظر فى القضاء الفرنسى : نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ١ — ٢٦٣ — ١١ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٦٥ — ٦ يناير سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٤٠ — وفى الفقه الفرنسى : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٦ — فقرة ١٩٧ — لوران ١١ فقرة ٤٤٦ — هيك ٧ فقرة ٢٢٠ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٢٦ وفقرة ٣٠ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٦٠ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣٢ — بلانيول ٢ فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٤ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٤ ، وفى الفقه المصرى : دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٢٦ وفقرة ٣٦ — هالتون ١ ص ٣٤٣ — والتون ٢ ص ١١٢ و ص ١١٧ — ص ١١٨ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٤٢ — الأستاذ محمد صالح فى التعهدات فقرة ٦٨ ، وفى القضاء المصرى : استئناف أهلى ٨ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٤٢٥ — ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٣٣ — ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ٢٢ — ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ مج ١٤ ع ١٩ — ٣ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ع ١٩٥ ص ١٨١ — ٢٧ مارس سنة ١٩١٨ مج ٢٠ ع ١٩ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ =

المشترى بغش البائع يجب أن يوخذ قرينة على التواطؤ، ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس، وعلى المشترى أن يدحض هذه القرينة[1]. ويتبين مما تقدم أن الدائن الذى يطعن فى تصرف

= المحاماة ٦ ص ٢٣٣ رقم ١٨٧ — مصر الكلية الأهلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ١٠٣ — بنى سويف الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ ج ٢ ص ٣١ — أسيوط الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٢ ج ١٤ ع ١٠ — مصر الكلية الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ ج ٢٩ ع ٨٥/٣ — بنى سويف الجزئية أول يوليه سنة ١٩٠٣ ج ٥ ع ٧٧ — شبين الكوم الجزئية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ ج ٥ ع ١٠٣ — بيا الجزئية ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ٩٣٦ رقم ٤٥٧ — استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٥ ص ٧٣ — ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨ — ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٥ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٠ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٢٤ — ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧.

واذا فرض أن المدين باع عقارا، وأثبت الدائن الغش فى جانبه وجانب المشترى معا، ولكن شفيعا أخذ هذا العقار بالشفعة، فهل يجب على الدائن أن يثبت غش الشفيع كذلك؟ اذا اعتبرنا أن الشفيع تلقى الحق عن المشترى فانه يجب اثبات غشه أيضا (كما سنرى فى حالة بيع المشترى الأول لمشتر ثان)، ولكن من القواعد المقررة فى الشفعة أن الشفيع يتلقى الحق عن البائع مباشرة، ولا يتلقاه عن المشترى، فلسنا اذن بصدد مشتر ثان من المشترى الأول. لذلك لا نرى اشتراط تواطؤ الشفيع (وهو يكاد يكون مستحيلا عملا) ويكفى تواطؤ المشترى. والأولى أن يقال أن البيع الذى كان سببا فى الأخذ بالشفعة لا ينفذ أثره بالنسبة للدائن. ويترتب على ذلك أن الأخذ بالشفعة، وهو من أثر البيع، لا يسرى فى حق الدائن، فيخفد هذا الأخير بحقه على العقار المشفوع فيه، ويرجع الشفيع على البائع. ولا يعترض على هذا الرأى بأن الشفيع حسن النية تأثر من سوء نية المشترى، فمن المتفق عليه أنه لو كان المشترى ارتكب غشا فى عقد البيع، فالبائع يحتج بهذا الغش على الشفيع الذى لا ذنب له فى ذلك.

(١) وذلك أنه يمكن أن نتصور أن الغير الذى يتعامل مع المدين يكون عالما بغش المدين دون أن يكون متواطئا معه على ذلك (انظر أوبرى ورو ٤ ص ٢٣١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٨٠ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٤٠ — بلانيول ٢ فقرة ٣٠٦ — والتون ٢ ص ١١٥ — ص ١١٦ — استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٦ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ — بنى سويف فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٠ ج ٢ ص ٣١).

فاستيفاء أحد الدائنين حقه من المدين لا يمكن أن يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للاضرار بحقوق الدائنين الآخرين، حتى بفرض أن المدين أراد بالوفاء له أن يميزه على الباقى للاضرار بهؤلاء، وحتى لو علم الدائن الذى استوفى حقه بسوء نية المدين. فان علمه بغش المدين فى هذه الحالة ليس بدليل على أنه متواطئ معه، فانه دائن يستوفى حقه، فهو يسعى الى غرض مشروع، فلا يلام على ذلك. وما دام الاعسار المدنى غير منظم على مثال الافلاس التجارى، فان المدين المعسر يستطيع أن يوفى أحد الدائنين قبل الآخرين، دون أن يجوز الطعن فى هذا الوفاء، بخلاف التاجر المفلس فلا يجوز له أن يخل بالمساواة بين الدائنين فيوفى أحدهم قبل الآخرين. ومن هذا يتبين أن الوفاء عمل قانونى لا يتصور الطعن فيه بالدعوى البوليصية كما سبقت الاشارة الى ذلك (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٤٨ — بلانيول ١ فقرة ٣٠٦ — دى هلتس ١ فى الدعوى =

مدينـه يبدأ باثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدى الى اعساره وأن

= البوليصية فقرة ٢٣ — هانتون ١ ص ٣٤٢ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى بك فقرة ٤٩٢ — استئناف مختلط ٢٣ مايو سـنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ٢٢٦ — ١٢ فبراير سـنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ — ١٣ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٦ — محكمة اسكندرية المختلطة الكلية ٨ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ١ ص ١٠٠ — انظر عكس ذلك فى حالة تواطؤ المدين مع الدائن الذى استوفى حقه : جوسران فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٥ — ١ — ١٤٥ — جوسران ٢ فقـرة ٦٨٤ — نقض فرنسى ٧ يوليه سـنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ — ١ — ٥١٩ — ومما هو جدير بالذكر أن حكم الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة كحكم القانون المدنى ، فقد جاء فى المـادة ٢١١ من كتاب مرشـد الحيوان ما يأتى : " إذا كثرت غرماء المدين ، وكان ماله لا يفى بجميع الديون المطلوبة لهم ، فله أن يقدّم من شاء منهم و يؤثره على غيره ، وأن قضى دين أحدهم فليس للآخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه و بينهم ") — ونلاحظ أن هناك سـببا وجيها غير السبب الذى يذكر عادة فى تبرير عدم جواز الطعن فى الوفاء ، وذلك أن الوفاء لا يمكن أن يكون من شأنه أن يجعل المدين معسرا اذا لم يكن قد أعسر من قبل الوفاء ، فاذا فرض أن ديون المدين تعـدل حقوقه تماما ووفى بدين منها ، فقد أنقص من ديونه بقدر ما أنقص من حقوقه ، وبقى التعادل موجودا ما بين الحقـوق والديون ، فلا يمكن اذن أن يعسر المدين بسبب الوفاء (انظر كولان وكابيتان ٢ ص ٥٢) . بقيت حالة ما إذا كان معسرا قبل الوفاء ، فان الوفاء لأحد الدائنين بحقه كاملا قد يزيد فى اعساره بالنسـبة لبقية الدائنين . وهنا لا يجوز أيضا الطعن فى الوفاء ، لأن شرط تواطؤ الدائن الذى استوفى حقه مع المدين لا يمكن توافره كما قدمنا (هذا إلا اذا كان الدين الذى وفاه المدين مؤجلا ، وتعجل المدين وفاءه متنازلا عن الأجل ، فانه يمكن تصوّر التواطؤ فى هذه الحالة ويجوز الطعن فى الوفاء : بلانيول و ريبير وردوان ٢ فقرة ٩٤٨ — نارن بودرى و بارد ١ فقرة ٦٩٥ حيث يكتفيان بجعل الدائن الذى استوفى حقه قبل الأجل يرد الفوائد القانونية عن المدة التى تعجلها المدين) . أما الوفاء بمقابل (dation en paiement) فيمكن الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، وذلك أن الدائن الذى استوفى مقابلا لحقه إما أن يكون قد أخذ ما يساوى حقه ، ولم يدفعه الى ذلك غير استيفاء هذا الحق ، وفى هذه الحالة لا يجوز الطعن (استئناف أهلى ١٧ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ عـ ١٩١ / ٢ ص ٥٥٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩١٨ مج ٢٠ عـ ١٩ ص ٢١ — أسيوط الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٢ مج ١٤ عـ ١٠ ص ١٧ — أسيوط جزئى ٢٧ أبريل سنة ١٩١١ الحقوق ٢٩ ص ٨٤ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — جرينوبل الاستئنافية ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٢ — ٢ — ٢٧٧ — لوران ١٦ فقـرة ٤٨١ — بودرى و بارد ١ فقـرة ٦٦٣) ، وأما أن يكون المقابل الذى أخذه يزيد كثيرا على حقه ، وثبت أنه أراد بذلك الوصول الى فائدة غير مشروعة اضرارا بالدائنين الآخرين ، وفى هذه الحالة يجوز الطعن (بودرى و بارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول و ريبير وردوان ٢ فقرة ٩٤٩ — استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ١٦٦) — ومثـل الوفاء بمقابل اتفاق المدين مع أحد الدائنين على اعطائه ضمانا خاصا ، فقد يكون الدائن الذى حصل على هـذا الضمان عالما بغش المدين ولكنه يسعى فى التأمين على حقه ، وهذا غرض مشروع ، ولا يجوز الطعن فى هذه الحالة (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنه ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٤٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ ص ١٤١ رقم ١٨٩ — نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ١ — ٢٠٠ — بودرى و بارد ١ فقرة ٦٦٣ — ولكن يجب أن يكون الدائن الذى حصـل على ضمان خاص لحقـه قد أعطى شيئا فى مقابل ذلك ، كأن مدّ فى أجل الدين أو أعطى أجلا جديدا ، أما اذا لم يعط شيئا فى مقابل حصوله على الضمان الخاص فالعقد تبرع ، ولا يشترط فى جواز الطعن عليه التواطؤ ، بل يكفى إثبات غش المدين وحده : بودرى و بارد ١ فقرة ٦٦٩ — بلانيول و ريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣٥ والأحكام =

من تلقى الحق عن المدين بعوض يعلم ذلك أيضا . فاذا تمكن من هذا الاثبات فرضنا الغش فى جانب المدين وفى جانب من تلقى الحق عن المدين ، حتى يثبت أى منهما أنه لم تكن عنده نية الاضرار بالدائن . والاثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق، بما فيها البينة والقرائن(١)، لأن المراد إثبات واقعة مادية ، ولأن الغش يجوز إثباته بجميع طرق الاثبات .

= المشار اليها — وقد يكون من أعطى الضمان كفيلا عينيا ، فالاتفاق على الضمان ، وان كان قد يعتبر بالنسبة له تبرعا ، قد يعتبر بالنسبة للدائن معاوضة اذ قد يكون دفع مقابلا لغير الكفيل العينى كأن يمد أجل المدين ، وفى هذه الحالة يعتبر العقد من ناحية الدائن الذى حصل على الضمان لا من ناحية الكفيل العينى ، فيكون معاوضة ويشترط تواطؤ الدائن مع الكفيل العينى) . أما اذا حصل الدائن على ضمان يربو على حاجته ، وكان يقصد بذلك الاضرار بالدائنين الآخرين ، فقد توافر شرط التواطؤ ، وجاز الطعن فى هذا الاتفاق (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٠ — استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٨٩٢ بوريلى بك م ٢٨٠ نمرة ١٦ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٥٤ .

وقد رأينا أن علم الغير بغش المدين قرينة على علمه باعساره ، كما أن علم الأول بغش الثانى قرينة على التواطؤ فيما بينهما (استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣٣) . واثبات علم الغير باعسار المدين قد يكون أيضا بالقرائن ، كعلاقة الزوجية أو القرابة فيما بينهما مما يكون من شأنه أن يمكن الغير من الاطلاع على الحالة المالية للمدين ، فاذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا دليلا على العلم باعسار المدين ، وكان العلم بالاعسار قرينة على العلم بالغش ، وكان العلم بالغش قرينة على التواطؤ (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٥ — وانظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٩ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٠ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — المنصورة المختلطة فى ٨ يناير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٧٢ نمرة ١٣٧ — ١٣ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ ص ٦٩ نمرة ١٧٨ — انظر أيضا استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ : مدين باع أملاكه لأولاده وادعى أنه قبض الثمن من أمهم — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ : باع المدين الأرض لقريب له يعيش معه فى بيت واحد واستمرا يستغلانها معا ، وانظر فى هذا المعنى أيضا اسكندرية الكلية الأهلية أول سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ عدد ١٧٨/١ ص ١٥٧ : باع المدين لزوجه المقيمة معه فى معاش واحد كافة ما يملكه ، ثم بقيت الأعيان المبيعة فى حيازة المدين بعد البيع — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠ : باع المدين لزوجه عقارا ولم يتمكن المشترى أن يثبت من أين أتت له النقود التى دفع منها الثمن ، ولم يكن فى حالة مالية تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة . انظر أيضا فى هذا المعنى الأخير استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ - ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٧) . ولكن مجرد قرابة المشترى والمشترى من باطنه للبائع دون قرائن أخرى لا يكفى لاثبات سوء النية (استئناف مصر الأهلية ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٣٣ رقم ١٨٧) . ولا يكفى كذلك مجرد وجود علاقة الزوجية دون قرينة أخرى (استئناف أهلى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ مج ١٤ عدد ٤ ص ٨ — استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩) . =

ويجوز أن يكون من تلقى الحق عن المدين قد تصرف فيه بدوره الى غيره، كأن يبيع المدين عينا ثم يبيعها المشترى الى مشترٍ ثان أو يهبها لشخص آخر، أو يهب المدين عينا ويهبها الموهوب له لموهوب له ثان أو يبيعها لمشترٍ . ففى هذه الأحوال لا تنجح الدعوى البوليصية إلا اذا توافر شرط الغش فى جانب المدين وخلف المدين وخلف الخلف تبعا لما اذا كان التصرف معاوضة أو تبرعا[1] . فاذا تبرع المدين لخلفه وتبرع الخلف كذلك لخلف الخلف فلا يشترط

= ومن الفرائن على التواطؤ التسجيل بعد حكم الدين، وسرعة التصرف من المدين لمشترٍ، ومن هذا المشترى لآخر، ولذا يعد باطلا شراء شخص عقارا مدين بعد صدور حكم أثبت فى ذمته دينا، وبعد أخذ الدائن اختصاصا، ولا يمكن للمشترى الثانى الادعاء بأنه حسن النية بمجرد عدم وجود تسجيلات على المشترى الأول فى سجلات انتقال الحقوق العينية وترتيبها، لأن من عادة المشترى الكشف ليس فقط ضد البائع بل ضد بائع البائع (استئناف أهلى ١٢ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ١) . وفى قضية زوج حكم عليه بدين، وبعد صدور هذا الحكم باع منزلا كان يمتلكه، ثم بعد ذلك بأيام اشترت زوجته أرضا فضاء وأنشأت فيها منزلا، قضت المحكمة بأن هذه الظروف تكفى للحكم بأن الأرض الفضاء اشترتها الزوجة بمال المدين، وأن البناء كذلك من ماله، وانما جعلا باسم الزوجة هروبا من الدين، وأنه لذلك يصح للدائن أن ينزع ملكيته وفاء لدينه (استئناف أهلى ١٠ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ع ٢٣٠ ص ٢١٧) . وحصول الشراء فى وقت مشتبه فيه، وشراء الشخص لأطيان فى جهة بعيدة عنه، لا يملك فيها شيئا، ولا مصلحة له فيها، مع علمه بالظروف الحاصل فيها البيع، يعد قرينة على التواطؤ (استئناف مصر الأهلية فى ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧) .

لكن مجرد علم الغير بأن المدين له دائنون وأنهم يطالبونه بحقوقهم لا يكفى قرينة على علمه باعسار المدين (والنون ٢ ص ١١٦) . كذلك لا يكفى لإثبات الغش أن الدائن حقه ثابت قبل التصرف المطعون فيه (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١) .

وقد قدمنا عند الكلام فى النيابة أن النائب اذا كان سيئ النية، وتعامل مع مدين معسر متواطئ معه، فذلك يكفى لاستعمال الدعوى البوليصية حتى لو كان الأصيل حسن النية (أوبرى ورو ٤ ص ٣٤٣ مكررة ص ٥٠٦ هامش نمرة ٢٨ — والنون ٢ ص ١١٧) .

ويجب أن يبين طالب التحقيق فى الدعوى البوليصية الوقائع التى يريد اثباتها للدلالة على سوء نية المشترى، لا أن يظهر استعداده لاثبات سوء النية بدون توضيح وقائع معينة (استئناف أهلى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ع ٣/٣٢٧ ص ١٨٣) .

ووجود التواطؤ فى الدعوى البوليصية مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها . كذلك استنتاج انتفاء حصول التواطؤ بين البائع والمشترى من ظروف الدعوى ووقائعها مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها (محكمة النقض الأهلية فى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ٨٥٠ رقم ٤١٩ — مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٣) .

(١) ويجب رفع الدعوى البوليصية على المدين وخلف المدين وخلف الخلف (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — والنون ٢ ص ١٢٠) . وللمتصرف له الثانى حق المتصرف له الأول فى التمسك بطلب تجريد المدين من أمواله اذا حاول الدائن أن يرجع عليه بالدعوى البوليصية (بنى سويف الكلية ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ مج ٢١ ع ٨٥) .

الغش إلا فى جانب المدين فى القانون الفرنسى ، وأما فى القانون المصرى فلا يشترط الغش فى جانب أحد . واذا باع المدين العين لخلفه وباعها الخلف لخلف الخلف فانه يشترط فى القانونين المصرى والفرنسى أن يثبت الغش فى جانب المدين والخلف وخلف الخلف (١) .

(١) استئناف أهلى ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ع ٢٥٧ ص ٢٤٤ — بنى سويف الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ مج ١ ص ٣٣١ — مصر الكلية الأهلية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ مج ٦ ص ٤٣ ع ٢١ — ولكن اذا باع المشترى العين بعد أن رفعت عليه الدعوى البوليصية وصدر الحكم فيها وسجل فلا ضرورة لاثبات سوء نية المشترى الثانى (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧ — انظر أيضا المادة ٧ من قانون التسجيل الجديد) — كما يلاحظ أنه قد يتواطأ المدين مع آخر ، وبدلا من أن يبيع له العين مباشرة ، يبيعها لآخر حسن النية ، وهذا الأخير يبيعها للمتواطئ مع المدين ، ففى هذه الحالة يكفى تواطؤ المدين مع المشترى من المشترى وان كان المشترى حسن النية (أوبرى ورو ٤ ص ٢٢٧ هامش نمرة ٢٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ ص ٦٧٨ هامش نمرة ٢) .

هذا والفرض الغالب فى الفروض الأربعة هو الفرض الذى نحن بصدده : المدين يبيع لمشتر والمشترى يبيع لمشتر آخر . وقد قررنا أنه لا بد من إثبات الغش فى جانب المدين والمشترى والمشترى من المشترى . وقد وجه الى هذه القاعدة انتقادان : (أولا) أنها قاعدة تخرج على القواعد العامة ، فما دام البيع الصادر من المدين للمشترى سيئ النية غير نافذ فى حق الدائن ، فكل أثر لهذا البيع يجب ألا ينفذ أيضا فى حق الدائن ، ومن أهم آثار البيع انتقال الملكية الى المشترى الأول ، وعلى ذلك لا تعتبر هذه الملكية قد انتقلت اليه ، فلا يمكن أن تنتقل الى المشترى من المشترى ولو كان حسن النية . فالقواعد العامة كانت تقضى اذن بالاقتصار على اشتراط الغش فى جانب المدين والمشترى دون المشترى من المشترى . وقد ذهب بعض الفقهاء والمحاكم الى ذلك (لوران ١٦ فقرة ٤٦٥ — فقرة ٤٦٦ — ديفرجيه على توليه ٣ فقرة ٢٥٢ ص ٢٢٧ هامش نمرة ١ — محكمة امبان الاستئنافية ٢٦ مارس سنة ١٨٢٥ سيريه ٢٥ — ٢ — ٤١٧ — محكمة ليون الاستئنافية ٢٣ يناير سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٦ — ١ — ١٦٥) . ولكن تقاليد الدعوى البوليصية هى التى قضت بهذا الخروج على القواعد العامة ، وقد كان القانون الرومانى يشترط غش المشترى من المشترى . فنزل جمهور الفقهاء والمحاكم على تقاليد هذه الدعوى (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٢ — فقرة ٥٨٣ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٢٦ وص ٢٢٧ مع هامش نمرة ٢٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٠٠ — هيك ٧ فقرة ٢٢٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٩ مكررة — لاروميير ٢ م ١١٦٧ ص ٤٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٩ — بلانيول ٢ فقرة ٣٢٥ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٥٩ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٢٩ — هالتون ١ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥ — والتون ٢ ص ١٢١ — ص ١٢٢ — نقض فرنسى ٢٤ مارس سنة ١٨٣٠ سيريه ٣٠ — ٢ — ٢٥٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٤٩ — باريس الاستئنافية ٩ أغسطس سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ٢ — ٤٨٥ — دوبه الاستئنافية ١٣ يناير سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٧ — ٢ — ١٤٢ — محكمة الاستئناف الأهلية ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٤٤ — بنى سويف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ مج ١ ص ٣٣١ — محكمة الاستئناف المختلطة ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ — انظر عكس هذا استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ — ٢ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢ وتعليق الأستاذ جبريل بسطوروس بك على هذا الحكم فى كتابه التعليق على القانون المدنى المختلط م ٢ ص ٤٠٦ هامش نمرة ١ — انظر دفاعا طيبا عن القاعدة التقليدية فى دى هلتس ١ الدعوى البوليصية =

أما اذا باع المدين العين لخلفه ووهبها الخلف لخلف الخلف، فانه يشترط الغش فى جانب المدين والخلف دون خلف الخلف فى القانونين المصرى والفرنسى . كذلك بق أن يهب المدين العين لخلف ويبيعها الخلف لخلف الخلف ، وفى هذه الحالة يشترط الغش فى جانب المدين وخلف الخلف دون الخلف فى القانون الفرنسى ولا يشترط الغش إلا فى جانب خلف الخلف فى القانون المصرى (١) .

= فقرة ٣٠ وانظر أيضا بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٩ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) . (ثانيا) أن التمشى مع القاعدة التقليدية يسهل سبيل التهرب من الدعوى البوليصية ، ويكفى لذلك أن يبادر المشترى المتواطئ مع المدين الى بيع العين لمشتر حسن النية ، فيعجز الدائن عن رفع الدعوى البوليصية قبل المشترى من المشترى (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٥٩ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) . ولكن يلاحظ أن الدائن فى هذه الحالة يستطيع رفع الدعوى البوليصية على المدين والمشترى ، ويجب أن يرد المشترى الثمن الذى أخذه من المشترى الثانى (أو قيمة العين ان كانت أكبر من الثمن) لينفذ عليه الدائن بحقه ، وكذلك الأمر لو وهب المدين العين ثم باعها الموهوب له لمشتر حسن النية ، وثبت غش المدين وحده ، فان الدائن يرفع الدعوى البوليصية على المدين والموهوب له ولو كان حسن النية ، دون المشترى من الموهوب له اذ هو حسن النية ، وينفذ بحقه على الثمن الذى دفعه المشترى للموهوب له (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٨ — استئناف مختلط فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — جازيت ٢٠ ص ٥ نمرة ١) . وسيأتى ذكر ذلك فيما يلى (انظر فقرة ٧٤٦ فى الحاشية) .

(١) يلاحظ أن هذا الفرض صعب التصور عملا ، فما دام الموهوب له حسن النية ، بل أن المدين نفسه قد يكون حسن النية فى القانون المصرى ، فيبعد أن يكون المشترى من الموهوب له سيئ النية (ومع ذلك فقد يتحقق الفرض فى فرضا فى حالة المهر ، فقد يهب أب معسر لابنته مهرا وهى حسنة النية أو تعطى البنت المهر لزوجها وهو سيئ النية متواطئا مع الأب ، وسنأتى الاشارة الى ذلك) . وانما يتحقق الفرض عملا اذا كان كل من المدين والموهوب له سيئ النية ، وعندئذ يمكن أن يكون المشترى من الموهوب له سيئ النية فيجوز للدائن رفع الدعوى عليه ، أو يكون حسن النية فلا يجوز للدائن ذلك (دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩) .

ويترتب على ما تقدم أن الموهوب له اذا رتب حق رهن رسمى على العين لدائن حسن النية ، فان حق الدائن المرتهن لا يتأثر بالدعوى البوليصية التى يرفعها دائن الواهب (انظر عكس ذلك حكما منتقدا من محكمة الاستئناف المختلطة فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣) .

بق أن نشير الى أنه يتضح مما قدمناه أن التمييز بين المعاوضات والتبرعات له أهمية كبيرة فى الدعوى البوليصية . اذ لو كان التصرف معاوضة فلا بد من اثبات غش المدين وخلف المدين وخلف خلفه وهكذا ، أما لو كان تبرعا فلا ضرورة لاثبات شىء من ذلك (إلا الغش فى جانب المدين وحده فى القانون الفرنسى) . ومن ذلك يجب تحديد ما اذا كان التصرف تبرعا أو معاوضة حتى نجرى على كل حالة ما تقتضيه من الحكم . وقد سبق تعريف عقود المعاوضة ، وعقود التبرع فلا نرجع الى ذلك . ولكن نستعرض هنا بمناسبة الدعوى البوليصية بعض حالات دقيقة .

فعقود المعاوضة تبقى معاوضة ، ويشترط فيها التواطؤ ، حتى لو تضمنت غبنا فاحشا . وقد رأينا ذلك فى الوفاء بمقابل ، ونعممه هنا على جميع عقود المعاوضة . فلو تصرف المدين فى عين بثمن هو ربع قيمتها ، كان العقد معاوضة ، واشترط لجواز الطعن فيه تواطؤ المشترى مع المدين ، إلا اذا لم يكن الثمن جديا فيكون العقد تبرعا لا يشترط فيه التواطؤ . =

§ ٢ — أحكام الدعوى البوليصية

• ٧٣٦ — **ترتيب الموضوع** — نتكلم فى طبيعة الدعوى البوليصية وفى حكمها بالنسبة للدائن وحكمها بالنسبة للمدين ومن تصرف له المدين .

= على أن هذا الغبن الفاحش نفسه قد يصلح قرينة على التواطؤ فيما بين المدين والمشترى (انظر بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣٦) .

والاقراض دون فائدة تبرع لا يشترط فيه تواطؤ المقترض . أما الاقراض بفائدة فمعاوضة يشترط فيها التواطؤ .

وهناك عقود تبرع ليست تبرعا خالصا إلا من ناحية أحد المتعاقدين ، وهى معاوضة من ناحية المتعاقد الآخر . مثل ذلك عقد الكفالة اذا لم يأخذ الكفيل عوضا لا من المدين ولا من الدائن ، فهو تبرع بالنسبة للكفيل ومعاوضة بالنسبة للدائن . ولكن يلاحظ أن عقد الكفالة لا يصح الطعن فيه بالدعوى البوليصية لأنه يزيد فى التزامات المدين ولا ينقص من حقوقه . لذلك يجب أن نفترض حالة كفيل عينى حتى نتمكن من تطبيق الدعوى البوليصية ، فالكفيل العينى يقدم رهنا على عين مملوكة له لضمان المدين ، وهو بذلك ينقص حقوقه بترتيب هذا الحق العينى ، فهذا العمل الصادر منه قابل للطعن عليه بالدعوى البوليصية ، والعقد بالنسبة له تبرع وبالنسبة للدائن معاوضة ، وقد قدمنا أن العبرة فى هذه الحالة بالدائن الذى تعاقد معه الكفيل العينى ، ولما كان العقد بالنسبة له معاوضة وجب اشتراط تواطئه مع الكفيل العينى ، حتى يتمكن دائن الكفيل من الطعن فى الكفالة .

وهناك عقود تبرع ليست تبرعا خالصا ، بل يدخل فيها عنصر المعاوضة . مثل ذلك هبة تصدر من شخص اعترافا منه بجميل أسداه اليه الموهوب له (donation rémunératoire) . هذه الهبة قل أن تدخلها نية الغش ، لا من جانب المدين الذى وهب حتى لو علم بأن الهبة تسبب إعساره ما دام مدفوعا فى هبته بعامل الاعتراف بالجميل لا بعامل الاضرار بدائنه ، ولا من جانب الموهوب . ما دام قد قبل الهبة على أنها اعتراف بالجد التى أسداها الواهب . (ويمكن القول من جهة أخرى أن الواهب إنما يوفى بالتزام طبيعى فى ذمته للموهوب له ، والوفاء بالتزام لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية كما سبقت الاشارة الى ذلك) . على أننا لو فرضنا أن المدين كان مدفوعا فى هبته ، الى جانب الاعتراف بالجميل ، بنية الاضرار بدائنه ، فالغ فى قيمة الهبة ، فالأولى اعتبار الموهوب له فى مقام من تلقى الحق بعوض ، ويجب إثبات تواطئه مع الواهب ، ويعتبر قرينة على هذا التواطؤ أنه قبل هبة تزيد كثيرا على ما يستحقه مع علمه أن هذه الهبة تسبب إعسار الواهب — مثل ذلك أيضا الهبة بعوض ، حيث يجب اعتبار العوض الذى دفعه الموهوب له ، لا سيما اذا كان قد التزم بدفعه الغير . (انظر فى هذا الموضوع بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٣١ ص ٢٣٨) — مثل ذلك أخيرا عقد المهر فى القانون الفرنسى ، فقد ثار فى شأنه خلاف كبير لا ندخل فى تفاصيله . وخلاصة المسألة أن محكمة النقض الفرنسية تعتبره بالنسبة للدعوى البوليصية عقد معاوضة فتستلزم الغش فى جانب الزوج المهور وتواطؤ الزوج الآخر معه (نقض فرنسى ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ٥٠٠ — أما الفقه الفرنسى وكثير من المحاكم الاستئنافية فى فرنسا فتعتبره عقد تبرع يكفى فيه إثبات غش المدين الذى قدم المهر (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٨٠ كولان وكابتان ٢ ص ٥٤٠ ، ويميز الأستاذان بودرى وبارد بين العقد الذى أعطت به الزوجة المهر لزوجها وهو معاوضة لأن الزوج يستعين بهذا المهر على القيام بأود المعيشة المشتركة) ، ولذلك لا يستطيع مقدم المهر للزوجة أن يطعن فى هذا العقد إلا اذا أثبت غش الزوج لأن الزوج لم يأخذ المهر عن طريق التبرع ، وبين العقد الذى أعطى به مقدم المهر هذا المهر للزوجة ، وهذا هو العقد الذى فيه الخلاف ، فالقضاء الفرنسى يرى أنه معاوضة أيضا لأن من قدم المهر لا يقدمه من تبرع خالص بل هو ملزم بتقديمه التزاما طبيعيا ولذلك يشترط إثبات غش الزوجة لأنها أخذت المهر . وفقه =

(أولا) طبيعة الدعوى البوليصية :

* ٧٣٧ — **هى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن** — تعمدنا الكلام فى الدعوى البوليصية بين مباحث العقد، خلافا لما جرى عليه الفقهاء فى العصر الحاضر، حيث يبحثونها فى نظرية الالتزام فى ذاته[1] . وقد فعلنا هذا لا تمشيا مع القانون المصرى (الذى وضع هذه الدعوى فى باب العقد) فحسب، فان هذا وحده لم يكن يكفى لمخالفة ما درج عليه الفقهاء فى هذا الأمر، بل أردنا بذلك أن نبين أهم مميز للدعوى البوليصية، المميز الذى يكشف عن طبيعتها . فان الفقهاء يتساءلون عادة هل الدعوى البوليصية دعوى تعويض أو دعوى بطلان ، وينقسمون بين الرأيين . أما نحن فلا نذهب الى رأى منهما، ولا نقنع بما ذهب اليه الأستاذان كولان وكابيتان من أنها دعوى من نوع خاص أقرتها التقاليد وأعطتها مميزاتها الخاصة[2] .

نحن لا نرى فى الدعوى البوليصية إلا طريقا يسلكه الدائن لينال من القضاء حكما بأنه من الغير فى تصرف قام به مدينه المعسر إضرارا بحقوقه . فقد قررنا أن الدائن ينصرف اليه أثر العقد الصادر من المدين، بشرط أن يكون هذا الأخير حسن النية، فان كان سيئ النية فان أثر العقد لا ينصرف الى الدائن، والدعوى البوليصية لا يراد بها إلا أن ينال الدائن حكما من القضاء بذلك،

= لا تبرعا ، أما الفقه فيرى أن هذا تبرع ممن قدم المهر يجوز الطعن فيه حتى لو كانت الزوجة حسنة النية . كذلك يعتبر المهر الذى يقدمه الغير للزوج تبرعا فى نظر الفقه ومعاوضة فى نظر القضاء) . وفى الشريعة الاسلامية المهر مبلغ من المال يعطيه الزوج لزوجته ، وفيه معنى المقابل لحل استمتاعه بها ولذلك يسقط نصف المهر بعدم الدخول . ومن هذا نرى عدم اعتبار المهر تبرعا ، فيجب على دائن الزوج أن يثبت تواطؤ الزوجة مع زوجها على الزيادة فى مهرها زيادة فاحشة بقصد الاضرار بحقوق الدائن . أما الهدايا التى يقدمها الخطيب لخطيبته والزوج لزوجته فترى اعتبارها تبرعات لا يشترط فيها الغش . وكذلك ما قد يقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية فوق مهرها فى تجهيزها يعتبر تبرعا منه يجوز الطعن فيه من الدائنين دون حاجة الى اثبات الغش ، إلا اذا كان الأب ملتزما التزاما قانونيا أو طبيعيا بتجهيز ابنته ، ففى هذه الحالة تكون الهبة وفاء بالالتزام ، ولا يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية (انظر فى هذا الموضوع استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٧) . على أنه حتى فى هذا الفرض الأخير يجب ألا يجاوز الأب فى تجهيزه لابنته الحد المألوف (أى جهاز المثل) إضرارا بحقوق دائنه (انظر فى هذا المعنى م ٢٢٩/٢٣٧ من القانون التجارى . وانظر فى مسألة المهر وتكييفه من حيث المعاوضة والتبرع من ناحية القانون الدولى الخاص أبو هيف فى القانون الدولى الخاص فقرة ٣٨٠) .

(١) انظر مؤلفات الأساتذة بلانيول ، وكولان وكابيتان ، وجوسران ، وبلانيول وريبير وردوان الخ الخ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ ص ٥٩ .

فاذا ما صدر هذا الحكم أصبح من الغير بالنسبة لتصرف المدين[1] . ومن هذا نرى أن الدعوى البوليصية متصلة بمباحث العقد اتصالا وثيقا، فهى قائمة على أن الدائن يعتبر من الغير فى عقد صدر من مدينه، فلا ينصرف اليه أثر هذا العقد . أما فصل هذه الدعوى من مباحث العقد، ووضعها فى مباحث النظرية العامة للالتزام، كما يفعل كثير من الفقهاء، فمن شأنه أن يزيد فى الغموض الذى يكتنف طبيعتها .

* ٧٣٨ — النتائج التى تترتب على هذا التكييف الجرير للدعوى البوليصية — ويترتب على هذا التكييف الصحيح لطبيعة الدعوى البوليصية نتائج هامة نذكر منها ما يأتى : (١) ليست الدعوى البوليصية دعوى بطلان ولا دعوى تعويض ولا دعوى عينية ولا دعوى مختلطة، وكثيرا ما يخوض الفقهاء فى مناقشة هذه الآراء دون جدوى . (٢) تسقط هذه الدعوى بمدة التقادم المعتادة، لا بمدة التقادم الخاصة بدعاوى البطلان فى القانون الفرنسى . (٣) يدخل خصما للدائن فى هذه الدعوى المدين ومن خلفوه على حقه بالتتابع ، حتى يحصل الدائن على حكم بعدم نفاذ تصرفاتهم جميعا بالنسبة له . (٤) الحكم الذى يصدر فى الدعوى لا يبطل التصرف، بل يبقى هذا التصرف قائما بالنسبة للجميع عدا الدائن ، فهو وحده الذى اعتبر من الغير بمقتضى الحكم . (٥) يقوم الدائن بعد صدور الحكم باجراءات تنفيذية متميزة عن الدعوى، فان الحكم لا يقرر أكثر من عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه .

ونستعرض فى ايجاز هذه المسائل الخمس .

* ٧٣٩ — الدعوى البوليصية ليست بدعوى بطلان ولا دعوى تعويض ولا دعوى عينية ولا دعوى مختلطة — ليست الدعوى البوليصية بدعوى بطلان[2]، فان

(١) أما قبل صدور هذا الحكم فلا يستطيع الدائن التنفيذ على الحق الذى تصرف فيه المدين (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ — ومع ذلك فهناك أحكام تجيز للدائن التنفيذ على عقار وقفه المدين اضرارا بحقه قبل الحصول على حكم فى دعوى مرفوعة بصفة أصلية : استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٥٨ — ٨ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٤ — مصر الكلية المختلطة ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ جازيت ٩ ص ١٥ نمرة ١٠٤ — انظر عكس ذلك استئناف أهلى فى ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ عدد ٢٠١ ص ١٨٤) .

(٢) يذهب كثير من الفقهاء الى أن الدعوى البوليصية دعوى بطلان . فالتصرف الذى يطعن فيه الدائن يحكم ببطلانه . وقد أيد الأستاذان بودرى وبارد هذا الرأى بأدلة ، منها أن كلمة "البطلان" وردت فى نصوص القانون الفرنسى فى صدد تطبيقات الدعوى البوليصية (انظر المواد ٢٤٣ و ٦٢٢ و ٧٨٨ من القانون المدنى الفرنسى — ويلاحظ أن نصوص القانون المصرى أوردت لفظ "البطلان" غير مرة : م ٥٣/٧٦ و ١٤٣/٢٠٤) واستدلا =

الدائن لا يبطل التصرف الصادر من مدينه، وسنرى أن هذا التصرف يبقى قائما . وكل ما يطلبه الدائن هو ألا يسرى فى حقه أثر هذا التصرف، فيعتبر من الغير بالنسبة له . وليس من الدقة أن يقال أن شخصا يعتبر من الغير فى عقد ثم يطلب بطلانه . لأن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين كما قدمنا، أما الغير فليس له أن يطلب بطلان عقد، بل يطلب عدم نفاذ هذا العقد فى حقه .

وليست الدعوى البوليصية بدعوى تعويض[1]، لأن الدائن لا يطلب تعويضا عن ضرر وقع له، بل يطلب منع ضرر أن يلحق به . ولو أن تصرف المدين كان ينفذ فى حق الدائن فيضره فيعطى تعويضا عن هذا الضرر، لصح أن تكون الدعوى للتعويض . ولكن الواقع غير ذلك، فان تصرف المدين لا ينفذ فى حق الدائن، فهو ليس فى حاجة الى تعويض اذ لم

= أيضا بتقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم (بودرى و بارد ١ فقرة ٧٠٦) . انظر أيضا فى هذا المعنى ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٨٣ — فقرة ٤٨٥ — بلانيول ٢ فقرة ٣٢٧ (وقد كان رأى الأستاذ بلانيول أولا أنها دعوى تعويض فى مقال له فى المجلة الانتقادية مجلد ٣١ سنة ١٨٨٢ ص ٤٩٤ وما بعدها) — جوسران ٢ فقرة ٧٠٤ — هانون ١ ص ٣٤٤ .

ويرى الأساتذة بلانيول وريبير وردوان أن الدعوى البوليصية أقرب الى أن تكون دعوى بطلان، ولكنها دعوى بطلان من نوع خاص، يميزه عن البطلان المعتاد عدة فروق أهمها أن هذا البطلان لا يكون إلا فى حق الدائنين (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٧ ص ٢٧٢ — جرو بيه فقرة ٢٥٤) . ويلاحظ أن هذا الرأى يقرب كثيرا من رأينا، ولا ينقصه فى نظرنا إلا شىء من الدقة فى التعبير، فان البطلان الذى لا يكون إلا فى حق الغير هو عدم نفاذ لا بطلان . على أن الأساتذة بلانيول وريبير وردوان يرون أن الدعوى فيها أيضا معنى التعويض، ولكنه تعويض من نوع خاص كذلك، يميزه عن التعويض المعتاد عدة فروق، منها أن الدائن لم يشمل فى الواقع تعويضا عن ضرر تحمله بنفاذ تصرف المدين فى حقه، بل أن هذا الضرر قد رفع عنه بعدم نفاذ هذا التصرف (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٧ ص ٢٧٣) . وهذا معناه أننا لسنا أمام تعويض عن ضرر وقع، بل نحن بصدد منع ضرر كاد أن يقع، وكان الأولى التمييز بين الأمرين . وقد استخلصت الأساتذة من كل ذلك أن الدعوى البوليصية هى دعوى بطلان بغرض التعويض (action en nullité à but indemnitaire) (انظر المرجع المتقدم فقرة ٩٦٧ ص ٢٧٣ — انظر أيضا جوسران ٢ فقرة ٧٠٤) . ونحن نرى أن تكييف الدعوى بأنها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن أدق من الناحية القانونية . ولا شك فى أن الاعتبارات التى دعت الى عدم نفاذ التصرف ترجع للعدالة والنزاهة (انظر ريبير فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ١٦٩)، ولكن هذا لا يغير من التكييف القانونى للدعوى البوليصية .

(١) ومن يرى أن الدعوى البوليصية دعوى تعويض أوبرى ورو ٤ ص ٢٢٧ هامش نمرة ٢٤ وص ٢٣٤ هامش نمرة ٣٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٥ — فقرة ٢٤٧ — انظر أيضا مقال الأستاذ بلانيول فى المجلة الانتقادية وهو المقال المشار اليه فى الحاشية السابقة، وانظر مقالا للاستاذ جان أشر (Jean Acher) فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية (الفصلية) سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ — ص ١١٨ — ديموج ٧ فقرة ١١١٢ .

يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه . واذا كان الدائن يطالب بتعويض، فان هذا التعويض مستقل عن الدعوى البوليصية، ومبنى على أساس آخر هو العمل الضار (م ١٥١/٢١٢/١٣٨٢) ، ويرجع الى سوء نية المدين وسوء نية من تلقى الحق عن المدين ، وسيأتى ذكر ذلك[١] . أما فى الدعوى البوليصية فان المدين لا يطالب تعويضا، بل يطالب عدم نفاذ تصرف فى حقه[٢] .

ولا يمكن القول أخيرا بأن الدعوى البوليصية دعوى عينية[٣] أو دعوى مختلطة[٤] . فان القول بأحد هذين الرأيين إنما كان مبنيا على أساس أنها دعوى بطلان . وقد قدمنا أن دعاوى البطلان هى دعاوى شخصية، ولكن هناك رأى يذهب إلى أن دعوى البطلان شخصية فى أولها، ثم متى بطل التصرف ورجعت العين إلى ملك المدين صارت الدعوى عينية . ومن ذلك قيل أن دعوى البطلان هى دعوى عينية أو هى دعوى مختلطة، وطبق هذا الرأى على الدعوى البوليصية باعتبار أنها دعوى بطلان . والآن بعد أن تبينا أن هذه الدعوى ليست بدعوى بطلان، فلم يعد هناك محل للقول بأنها عينية أو مختلطة[٥] . إنما هى دعوى شخصية .

(١) وقد قدمنا أن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البوليصية ضد خلف الخلف اذا تلقى الحق بعوض وكان حسن النية : فتقتصر دعواه على المدين والخلف ، وينفذ بحقه على المقابل الذى أخذه هذا الأخير . وهنا تقرب الدعوى البوليصية الى أن تكون دعوى تعويض ، ولكنها ليست كذلك ، لأن المقابل الذى ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذى كان ضمانا للدائن ، وهذا نوع من الحلول العينى (قارن بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٧) .

(٢) ومن الفقهاء من يسند الدعوى البوليصية الى نظرية سوء استعمال الحق ، فالمدين يسىء حق التصرف فى ماله اذا صدر منه التصرف بقصد الاضرار بدائنه (جوسران فى روح الحقوق ونسبيتها ص ١٤٠ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٧) . ولا اعتراض على هذا الرأى ، ولكن المسألة لا تقف عند هذا التحليل ، فقد بين أن نعرف ما جزاء سوء استعمال المدين لحقه ؟ أبطلان التصرف الصادر منه أم عدم نفاذه فى حق الدائن باعتباره من الغير ؟ نحن لا نتردد فى الأخذ بالرأى الثانى دون الأول .

(٣) انظر فى معنى أنها دعوى عينية محكمة امبان الاستئنافية ١٦ مارس سنة ١٨٣٩ سيريه ٤٠ — ٢ — ١٠ .

(٤) يذهب فريق من الفقهاء والمحاكم الى أن الدعوى البوليصية دعوى مختلطة : لاروميير ٢م١١٦٧ فقرة ٤٥ — محكمة النقض الفرنسية ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٤٣ سيريه ٤٤ — ١ — ١٢٢ — محكمة جرينوبل الاستئنافية ٢ مارس سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ — ٢ — ١٤٦ ، وأهمية القول بأن الدعوى عينية أو مختلطة ترجع الى تعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى .

(٥) يضاف الى هذا أن الدائن فى الدعوى البوليصية لا يطالب بحق عينى ، ولا تؤول دعواه الى انتقال حق عينى له أو لمدينه (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٧ ص ٧٣٠ — بلانيول ٢ فقرة ٣٢٨ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٦ وفقرة ٩٦٨ — نقض فرنسى ٣٠ يوليه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٦٢) . وكل ما يطلبه الدائن هو عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه . ولا يترتب على إجابة طلبه أن العين التى تصرف فيها المدين ترجع الى ملكية هذا الأخير ، فان تصرف المدين يبقى قائما . كما أن العين لا ترجع الى ملكية الدائن ، فان هذا إنما يقتصر على التنفيذ عليها بحقه باعتبار أنها لم تخرج من ضمانه العام .

ولكن ليس ذلك لأنها دعوى تعويض، فقد نفينا عنها هذا الوصف . بل لأن الدائن عند ما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه يبنى هذا الطلب على التزام المدين بألا يتصرف فى ماله إضرارا بدائنه، وهذا التزام شخصى فى ذمة المدين مصدره القانون .

٧٤٠ — سقوط الدعوى البوليصية بالتقادم المعتاد — وينبنى على أن الدعوى البوليصية ليست بدعوى بطلان أنها لا تسقط فى القانون الفرنسى إلا بعد ثلاثين سنة[1] لا عشر سنوات[2] . أما فى القانون المصرى فهى تسقط بخمس عشرة سنة[3] كسائر الدعاوى ولو كانت دعاوى بطلان كما قدمنا . وتسرى المدة من وقت صدور التصرف من المدين لا من وقت علم الدائن بالتصرف، لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور التصرف[4] .

---

(١) أوبرى ورو ٤ ص ٢٣٨ وهامش نمرة ٤٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٧ — فقرة ٤٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤٤ — هيك ٧ فقرة ٢٢٩ — بودرى و بارد ١ فقرة ٧٢٩ — بلانيول ٢ فقرة ٣٣٢ — كولان وكابيتان ٢ ص ٦١ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٥ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٦ — جروبيه فقرة ٢٥٩ وما بعدها — ديموج ٧ فقرة ١١٠٩ ، وهنا نرى بعض الفقهاء الذين يذهبون الى أن الدعوى البوليصية دعوى بطلان يجعلونها تسقط مع ذلك بثلاثين سنة لا بعشر، وذلك لأنهم يرون أنها دعوى بطلان من نوع خاص .

و يعلل الأستاذان بودرى و بارد (١ فقرة ٧٢٦ ص ٧٤٧ وهامش نمرة ٢) عدم سقوط الدعوى البوليصية بعشر سنوات بأن سقوط دعاوى البطلان بهذه المدة مبنى على اجازة ضمنية للبطلان ، والاجازة الضمنية لا تتصور فى الدعوى البوليصية . ولا نرى هذا التعليل وجيها ، فنرى أن للدائن أن يتنازل عن الدعوى البوليصية ، اذ ليست هذه الدعوى من " نظام العام ولم تقرر إلا لمصلحة الدائن ، ولا يخفى أن تنازل الدائن عن الدعوى إنما هو بمثابة اجازة ضمنية لتصرف المدين ، وان كان الأدق أن يقال أن الدائن — وهو من الغير — يقر التصرف (ratifier) لا يجيزه (confirmer) .

(٢) وهناك من الفقهاء من يتقيد بمنطق البطلان فيجعل الدعوى تسقط بعشر سنوات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥ — انظر أيضا بلانيول فى رأيه الأول فى مقاله بالمجلة الانتقادية سنة ١٨٨٢ ص ٥٠١ وقد عدل عن هذا الرأى كما قدمنا) . و يذهب توليه الى أن الدعوى البوليصية تسقط بالتقادم بعد مدة تترك لتقدير القاضى كما كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم (توليه ٦ فقرة ٣٥٦) .

(٣) استئناف أهلى فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ع ١٦٢/٣ ص ٤٨٣ (و يقرر الحكم أن الوقف له حق التمسك بسقوط الدعوى بالتقادم باعتباره شخصا أدبيا ، وذلك فى حالة الوقف اضرارا بالدائنين) — انظر دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٥٤ — والتون ٢ ص ١٢٦ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٦٠ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى بك فقرة ٥١٨ .

(٤) ديمولومب ٢٩ فقرة ٢٤٢ — بودرى و بارد ١ فقرة ٧٣٠ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٥٥ .

و يلاحظ أنه اذا كانت الدعوى البوليصية تسقط بالتقادم المسقط ، فان من تلقى الحق عن المدين لا يتصور فيه أن يكسب هذا الحق بالتقادم المكسب . وذلك لأنه مالك بمقتضى التصرف الصادر من المدين ، وهذا التصرف يبقى قائما =

٧٤١ – خصوم الدائن فى الدعوى البوليصية – ولما كانت الدعوى البوليصية هى دعوى يطلب فيها الدائن عدم نفاذ التصرف فى حقه، فطبيعى أن يكون خصم الدائن فى هذه الدعوى هو كل شخص صدر منه تصرف يطلب الدائن عدم نفاذه فى حقه . فيرفع الدائن الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين ، وإذا كان هذا الأخير قد تصرف بدوره إلى شخص ثالث وجب إدخال هذا الشخص أيضا فى الدعوى وهكذا .

فالمدين إذن لا بد أن يكون خصما فى الدعوى البوليصية . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة، فقد رأينا أن عدم إدخال المدين فى الدعوى لا يكون سببا فى عدم قبولها ، بل تبقى الدعوى صحيحة وإن كان الحكم لا يصبح حجة على المدين . ويبرر هذا الفرق بين الدعويين أنه فى الدعوى غير المباشرة يستعمل الدائن حق المدين نيابة عنه، فلا ضرورة إذن لإدخال المدين خصما فى الدعوى ما دام نائبه موجودا ، أما فى الدعوى البوليصية فالدائن يرفع الدعوى لا باسم المدين بل باسمه هو ، فهو غير نائب عن المدين فى هذه الدعوى، بل المدين خصمه، فوجب إذن إدخال هذا الخصم فى الدعوى .

* **٧٤٢ – بقاء التصرف قائما الا فى حق الدائن** – وما دام الدائن لا يطلب فى الدعوى البوليصية إلا عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه ، فيترتب على ذلك أن تصرف المدين لا يبطل، بل يبقى قائما بالنسبة للمدين ومن تصرف له المدين ومن تلقى الحق عن هذا الأخير . وإنما يكون التصرف غير نافذ فى حق الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية وحده دون غيره من الدائنين الذين لم يشتركوا معه فى الدعوى[1] . وهو وحده يستطيع التنفيذ على الحق الذى تصرف فيه المدين . وسنعود إلى تفصيل ذلك فيما يلى .

= بالرغم من نجاح الدعوى البوليصية ، فلا حاجة له اذن وقد كسب الحق بهذا التصرف أن يكسبه من طريق آخر بالتقادم المكسب (بودرى و بارد ١ فقرة ٧٢٧ — فقرة ٧٢٨ — بلانيول ٢ فقرة ٣٣٤) . و يترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يرفع الدعوى البوليصية على خلف المدين ، ولو بقى هذا واضعا يده على العين مدة التقادم المكسب، مادامت الدعوى البوليصية نفسها لم تسقط بالتقادم (انظر تأييدا لذلك استئناف مختلط فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — وانظر أيضا عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٦٠) . و يمكن أن نتصور تمام مدة التقادم المكسب مع عدم تمام مدة التقادم المسقط اذا كانت مدة التقادم المكسب هى المدة القصيرة (عبد السلام ذهنى بك فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٢ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى بك فقرة ٥١٩)، أو كانت هى المدة الطويلة وقد تمت قبل تمام مدة التقادم المسقط لأن هذه المدة الأخيرة قد قطعها الدائن ، ولم تنقطع مدة التقادم المكسب .

(١) وذلك أنه ما دام كل دائن يستطيع أن يطلب عدم نفاذ تصرف صدر من مدينه وتوافرت فيه شروط الدعوى البوليصية ، فانه ينبنى على ذلك أن كل دائن يستطيع أن ينضم الى الدائن الذى قام برفع الدعوى البوليصية أولا ، فيشترك =

٧٤٣ — إجراءات تنفيذية متميزة عن الدعوى — وإذا كان الدائن فى الدعوى البوليصية لا يطلب أكثر من عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه، فمعنى ذلك أنه إذا نجح فى دعواه فان الحق الذى تصرف فيه المدين يعتبر كأنه لم يخرج من ضمانه العام. فيبقى أن يقوم باجراءات تنفيذية متميزة عن إجراءات الدعوى البوليصية لينفذ بها على الشىء الذى رجع إلى ضمانه. ولكنه هو وحده الذى يقوم باجراءات التنفيذ هذه دون سائر الدائنين، لأن الشىء إنما رجع إلى ضمانه هو دون غيره كما قدمنا.

(ثانيا) حكم الدعوى البوليصية بالنسبة للدائنين الذى رفعها:

٧٤٤ — ما يستطيع الدائن المطالبة به — اذا توافرت شروط الدعوى البوليصية،

= معه فى نتائجها. وكذلك اذا بقى هذا الدائن وحده فى الدعوى، وحصل على حكم، ونفذ بمقتضاه على الحق الذى تصرف فيه المدين، فلم يستغرق التنفيذ هذا الحق بل بقى منه شىء، فان كل دائن آخر يستطيع أن يرفع بدوره الدعوى البوليصية بالنسبة لما تبقى من الحق. كذلك اذا تنازل الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية عن هذه الدعوى، أو سقط حقه فيها (بأن استوفى الحق الذى له فى ذمة المدين مثلا) فهذا لا يمنع بقية الدائنين من رفعها مشتركين أو منفردين. والذى يلاحظ فى كل هذا أن الدائن فى الدعوى البوليصية يقوم باجراءات فردية تفيده وحده دون الدائنين الذين لم يشتركوا معه، فكل دائن يرفع الدعوى باسمه خاصة ولحسابه هو، وليست الدعوى قائمة على اجراءات عامة تفيد جميع الدائنين كما فى الافلاس التجارى.

وقد يترك الدائنون أحدهم يرفع الدعوى البوليصية ولا يشتركون معه فيها، ومع ذلك يتفقون مع المدين ومع من تصرف له المدين على عدم نفاذ هذا التصرف فى حقهم هم أيضا، فيشاركون بذلك الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية فى التنفيذ على الحق الذى تصرف فيه المدين. وقد طبق هذا المبدأ فى قضية فرنسية: باع موثق عقود (notaire) مكتبه وتنازل لزوجته عن الثمن اضرارا بدائنيه، فطعن أحد الدائنين فى هذا التنازل بالدعوى البوليصية ولم يشترك بقية الدائنين فى هذا الطعن، ولكن الزوجة تنازلت عن الحوالة لصالح هؤلاء الدائنين، فقضت محكمة النقض الفرنسية باشتراكهم مع الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية فى التنفيذ على الثمن الذى حوله موثق العقود لزوجته (نقض فرنسى ٣٠ يونيه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ١٣٦ — داللوز ١٩٠٤ — ٥ — ٦٢٣). ومن هذا نرى أن الدائن يتقرر عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه إما بالتقاضى (أى برفع الدعوى البوليصية) أو بالتراضى (أى بالاتفاق على ذلك مع المدين ومن تصرف له المدين). فعدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن يتقرر اذن، كالبطلان والفسخ، بالتقاضى أو بالتراضى.

وما دمنا نقرر أن الدائن يبقى متحملا أثر تصرف مدينه حتى يتقرر اعتباره من الغير بالتقاضى أو بالتراضى، فان الدائن يستطيع ألا يرفع الدعوى البوليصية الى أن تسقط هذه الدعوى بالتقادم ويبقى متحملا أثر التصرف بل يستطيع قبل سقوط الدعوى بالتقادم أن يتنازل عنها، فلا يعود لرفعها. والتنازل قد يكون صراحة أو ضمنا، ولكن نية الدائن فى التنازل يجب أن تكون واضحة. فمجرد توقيعه حجزا على الثمن المستحق فى ذمة المشترى للبائع مدينه لا يعتبر تنازلا منه عن الطعن فى البيع بالدعوى البوليصية (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٣ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٥٠ — فقرة ٥١ — بوردى وبارد ١ فقرة ٧٢٥).

ولم يستوف الدائن حقه بعد رفعها، فانه يحصل على حكم يجعل تصرف المدين غير نافذ فى حقه، وقد يستطيع أيضا الحصول على تعويض طبقا للقواعد العامة . وموقف الدائن الذى ينجح فى الدعوى البوليصية، فينفذ على العين التى انتقلت الى خلف مدينه ، قريب من موقف الدائن المرتهن، وهذا يدعو للموازنة فيما بين الدائنين .

فعندنا إذن مسائل أربع : (١) عدم مضى الدائن فى الدعوى اذا استوفى حقه . (٢) عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن اذا استمر هذا فى الدعوى . (٣) رجوع الدائن بالتعويض طبقا للقواعد العامة . (٤) الموازنة بين الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية والدائن المرتهن .

٧٤٥ — *عدم مضى الدائن فى الدعوى اذا استوفى حقه* — الدائن لا يرفع الدعوى البوليصية إلا بصفته دائنا . فاذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى، ثم فقدها أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم، فانه لا يستطيع الاستمرار فى الدعوى أو التنفيذ . هذا الى أنه لم تعد له مصلحة فى ذلك بعد أن استوفى حقه . وقد قدمنا مثل ذلك فى الدعوى غير المباشرة .

وقد يقوم المدين نفسه بوفاء الدائن، فينهى بذلك الدعوى أو يوقف التنفيذ . ومصلحته فى هذا الأمر أنه يفى بدين فى ذمته ، ويتوقى رجوع من تصرف له فى الحق لو استمر الدائن فى الدعوى أو نفذ على هذا الحق .

ولكن الغالب أن المدين لا يستطيع وفاء الدائن لإعساره . فيقوم بالوفاء من تصرف له المدين . ومصلحته فى ذلك أن يوقف الدعوى أو تنفيذ الحكم اذا كان قد صدر ، فلا ينفذ الدائن على الحق الذى تلقاه[1] .

---

(١) انظر لوران ١٦ فقرة ٤٩١ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٣ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمشترى أن يوقف تنفيذ الحكم الصادر بالبطلان (فى الدعوى البوليصية) بعرضه مبلغ الدين على الدائن (٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ ج ٢ ص ٩٠) . وقضت أيضا بأنه اذا حكم ببطلان تصرفات مدين بناء على طلب دائنه، فهذا الحكم لا يستفيد منه إلا الدائنون فقط، وعليه فلا يمكن أن ينتفع منه المدين . ولهذا يجوز للمشترى الذى حكم ببطلان التصرف بالنظر اليه أن يمنع نتيجة الحكم بعرضه مبلغ الدين على الدائنين، وليس لهؤلاء إلا أن يقبلوا وفاء دينهم، وحينئذ ينفذ عقد البيع ويخرج جميع نتائجه القانونية بين المدين والمشترى . كذلك اذا دفع المدين دينه من ماله، وجب عليه تنفيذ عقد البيع المحكوم ببطلانه، إذ ليس له أن يستفيد من غشه (٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤) .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى أن الدعوى البوليصية لا توقف بوفاء الدائن، لأنها دعوى بطلان، ومتى توافر سبب البطلان وجب المضى فى الدعوى والحكم به (انظر فيجيه (Vigié) ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٠) . وقد سبق أن بينا خطأ القول بأن الدعوى البوليصية هى دعوى بطلان . على أنه اذا فرضت صحة هذا التكييف، فان هذا لا يمنع من أن =

ثم يرجع بما وفاه للدائن على المدين شأن كل شخص وفى دين غيره (م١٦١/٢٢٤/١٢٤٩)[1].

* ٧٤٦ — **عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن** — فاذا لم يستوف الدائن حقه استمر فى الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة له ، فلا يسرى عليه أثر هذا التصرف، إذ يعتبر فيه من الغير . ويترتب على ذلك أمران :

أولها أن الحق الذى تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه[2]، ويتخذ فى ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات الدعوى البوليصية وان كانت تقترن

= الدائن بعد أن يستوفى حقه يفقد الصفة اللازمة فى طلب البطلان ، ولا تبقى له مصلحة فى ذلك ، والدعوى لا تقوم بغير المصلحة (لوران ١٦ فقرة ٤٩١ ص ٤٧٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٤ — كولان وكابيتان ٢ ص ٦٠ — ويقيس الأستاذان بودرى وبارد هذه الحالة على حالة الغبن فى القسمة إذ تسقط الدعوى برد الغبن نقدا أو عينا الى المتقاسم المغبون كما تقضى بذلك المادة ٨٩١ مدنى فرنسى ، وعلى حالة الغبن فى البيع إذ تسقط الدعوى كذلك بتكملة الثمن الى تسعة أعشار القيمة الحقيقية كما تقضى بذلك المادة ١٦٨١ مدنى فرنسى ، وقد اقتضى الأمر نصا خاصا فى هاتين الحالتين حتى يجوز رد الغبن نقدا لا عينا فى الحالة الأولى ، وحتى تقتصر تكملة الثمن على تسعة أعشار القيمة فى الحالة الثانية : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٤) . كذلك من يقول بأن الدعوى البوليصية هى دعوى تعويض يقر سقوطها اذا استوفى الدائن حقه ، فقد أصبح لا محل للتعويض بعد ذلك (أوبرى ورو ٤ ص ٢١٩) .

(١) ولما كان المفروض أن المدين معسر ، فان من وفى الدين عنه لا يستطيع الرجوع عليه بكل ماوفاه ، وينتظر يساره حتى يرجع بالباقى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٤ مكررة) .

(٢) فاذا كان التصرف المطعون فيه هو ترتيب حق عينى على مال للمدين (كحق ارتفاق أو انتفاع أو رهن) ، سقط هذا الحق بالنسبة للدائن ، ونفذ هذا على المال كأن لم يترتب عليه حق مما ذكر . كما أنه اذا كان التصرف اسقاطا حق عينى للمدين ، كالتنازل عن حق ارتفاق ، رجع هذا الحق بالنسبة للدائن ، ونفذ هذا على العين كما لو كان حق الارتفاق ثابتا لها . واذا كان التصرف ابراء المدين لذمة مدين له ، لم ينفذ هذا الابراء فى حق الدائن ، واعتبر الدين لا يزال موجودا فى ذمة مدين المدين ، وللدائن أن يحجز عليه حجز ما للمدين لدى الغير (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ — بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ٩٦١) .

على أنه يلاحظ أن من تصرف له المدين قد يكون دفع الى المدين عوضا عن هذا التصرف كما اذا كان التصرف بيعا ؛ فاذا كان المشترى حسن النية فلا تنزع العين من تحت يده ، لأن التصرف معاوضة ، ولا بد من تواطؤ المدين مع المشترى . أما اذا كان سيئ النية ، ونجح الدائن فى الدعوى البوليصية ، فان لهذا الدائن أن ينتزع العين من تحت يد المشترى لينفذ عليها بحقه . ولكن اذا كان للدائن أن يمنع عن نفسه الضرر الذى يصيبه من جراء تصرف المدين ، فانه لا يجوز له أن يستفيد من هذا التصرف . فالثمن الذى قد يبقى دينا فى ذمة المشترى ، أو الذى قد يكون المشترى دفعه وسدد به المدين بعض ديونه ، قد استفاد منه الدائن ، أما على اعتبار أنه زاد فى حقوق مدينه اذا بقى دينا فى ذمة المشترى فيستطيع أن ينفذ عليه ، وأما على اعتبار أن بعض ديون مدينه قد وفيت فقل أو زال اعسار المدين بذلك ، وأما على أى اعتبار آخر يستفيد منه الدائن . فيجب اذن أن تكون هذه الفائدة محل اعتبار ، وللمشترى أن يتمسك بها قبل الدائن ، ولا يجعله ينفذ على العين المبيعة إلا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التى عادت على الدائن =

بها وقد سبقت الإشارة الى ذلك . ومن هذا نرى أن دخول الحق فى ضمان الدائن يكون بأثر رجعى إذ يعتبر أنه لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا[1] . على أن الدائن قد يضطر الى التنفيذ على الحق منقوصا، كما اذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية فيملك هذا الأخير الثمرات بالقبض طبقا للقواعد العامة[2] . وقد يضطر الدائن الى التنفيذ على حق آخر حل محل

= (أوبرى ورو ٤ ص ٢٣٥ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٦ وفقرة ١٤٦ مكررة — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٢ ص ٢٦٦) . فاذا لم تعد على الدائن فائدة أصلا ، بأن كان الثمن الذى قبضه المدين مالا غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب فى الدعوى البوليصية ، كان للدائن أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها .

ويلاحظ أن عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدائن انما يكون بالقدر اللازم لوفاء حقه . فاذا كان التصرف هبة نقود أو قرضا مثلا فانه لا ينفذ من هذه الهبة أو القرض بالنسبة للدائن جزء يفى بحقه ، أما الباقى فينفذ حتى فى حق الدائن (لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ — بلانيول وريبير وردوان فقرة ٩٦٢ — جوبيه فقرة ٢٢٩ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٥٦٤ — استئناف أهلى فى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ عدد ٣٢٧/١ ص ١٨٣) .

(١) ذلك أن التصرف الذى صدر من المدين ينعدم أثره ويعتبر كأن لم يكن بالنسبة للدائن . وكان يترتب على ذلك أن جميع التصرفات التى انبت على تصرف المدين تزول أيضا بفضل الأثر الرجعى . ولكن تقاليد الدعوى البوليصية تقضى كما رأينا بوجوب اثبات الغش فى جانب من تلقى العين معاوضة من خلف المدين حتى يزول التصرف الثانى الذى انبنى على التصرف الأول . ويترتب على ذلك أن الدائن ينفذ بحقه على العين مرهونة أو مثقلة بحق ارتفاق أو حق انتفاع اذا لم يستطع اثبات الغش فى جانب الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق أو حق الانتفاع اذا كسب هؤلاء حقهم معاوضة من المشترى من المدين .

على أن الأثر الرجعى للدعوى البوليصية يظهر فى القانون الفرنسى فى حالة ما إذا كان الدائن قد أخذ رهنا قضائيا على جميع أموال مدينه ، وكان المدين قد تصرف فى عين وحكم بعدم نفاذ تصرفه بالنسبة للدائن ، فان الرهن القضائى العام المأخوذ بعد صدور التصرف وقبل الحكم بعدم نفاذه يثقل هذه العين اذ تعتبر كأنها لم تخرج من ضمان الدائن ، وتكون درجة الرهن من يوم قيده لا من يوم الحكم فى الدعوى البوليصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦١ ص ٢٦٥ — نقض فرنسى فى ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٨ داللوز ٨٠ — ١ — ٣٢٣ — انظر أيضا فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠) . ويظهر الأثر الرجعى كذلك فى القانون المصرى اذا باع مدين عقارا للاضرار بدائنه وتواطأ فى ذلك مع المشترى ، ثم أخذ شفيع هذا العقار بالشفعة فان الشفيع لا يعتبر مشتريا من المشترى بل يتلقى حقه من البائع كما هو معروف . لذلك لا محل هنا لتطبيق قاعدة وجوب اثبات الغش فى جانب المشترى من المشترى ، بل تطبق قاعدة الأثر الرجعى ، وتعتبر العين كأنها لم تخرج من ملكية المدين بالنسبة للدائن فيسقط أثر الأخذ بالشفعة تبعا لذلك ، ولو كان الشفيع حسن النية . هذا الى أن الشفيع يحل محل المشترى بحالته وبنفس الشروط ، فاذا كان المشترى قد اشترى فى ظروف من شأنها أن تجعله خاضعا للدعوى البوليصية ، وجب اعتبار الشفيع فى نفس هذه الحالة ولو لم يثبت الغش فى جانبه . وقد تقدم ذكر هذه المسألة (انظر آنفا فقرة ٧٣٥ فى الحاشية) .

(٢) أوبرى ورو ٤ ص ٢٣٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ — ص ٧٤٣ .

الحق الذى تصرف فيه المدين، كما اذا كانت العين تحت يد مشترٍ ثان حسن النية فان الدائن فى هذه الحاله لا ينفذ إلا على الثمن المستحق فى ذمة المشترى الثانى للمشترى الأول(١)، وقد تقدّمت الإشارة الى ذلك .

والأمر الثانى أن رجوع الحق الى ضمان الدائن لا يكون إلا بالنسبة له . فهو وحده الذى يستفيد من الدعوى ولا يشاركه فى ذلك أحد من الدائنين — ممن لم يدخلوا فى الدعوى(٢) . فلا يوجد

---

(١) هذا اذا كان الثمن مساويا لقيمة العين أو أكبر من قيمتها، أما اذا كان أقل فان الدائن يرجع بقيمة العين على المشترى الأول . واذا فرضنا موهوبا له حسن النية بدلا من المشترى الأول، وقد باع العين الموهوبة لمشترٍ حسن النيه، فان الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية إلا بقدر ما استفاد، فان كان قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢) . والدائن فى رجوعه على المشترى الأول أو الموهوب له يتحمل مزاحمة دائنى هذين طبقا للقواعد العامة وسيأتى ذكر ذلك (انظر ما يلى فقرة ٧٥٠ فى الحاشية) . انظر فى هذا الموضوع محكمة الاستئناف المختلطة ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ .

(٢) استئناف أهلى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ع ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٢ ج ٢٢ ص ٧٨ — اسكندرية الأهلية أول سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٥٧ — منفلوط الجزئية أول فبراير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ ص ٨٣ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٣ — ١ — ٢٥٤ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٣٥ وهامش نمرة ٤١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٦٦ — هيك ٧ فقرة ٢٢٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٥ — بلانيول ٢ فقرة ٣٣١ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٦٠ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٢ .

ويعلل الفقهاء عادة كون الدائن الذى رفع الدعوى هو وحده الذى يستفيد منها بنسبية الشيء المحكوم فيه، فما دام الدائنون الآخرون لم يدخلوا فى الدعوى فلا يستفيدون من الحكم (بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٥) . على أن نسبية الحكم وحدها لا تكفى لتعليل ذلك بل يجب أن يقترن معها أن الدائن يرفع الدعوى باسمه لا باسم المدين (بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٥ ص ٢٦٩)، ولذلك لم تجد نسبية الحكم فى منع الدائنين من الاستفادة فى الدعوى غير المباشرة لأن الدائن يرفع الدعوى باسم المدين لا باسمه . كذلك يجب أن يضاف الى هذا أن الدائن يرفع الدعوى باسمه لاعتبار التصرف غير نافذ فى حقه هو وحده، ولا يطلب رجوع العين الى ملك المدين بالنسبة للجميع كما فى دعوى الصورية، فان الدائن فى هذه الدعوى يرفع الدعوى باسمه، والحكم نسبى، ومع ذلك يستفيد منه بقية الدائنين، لأن ما يطلبه الدائن هو تقرير صورية التصرف أى اعتبار أن المال لم يخرج من ملكية المدين بالنسبة للجميع . وقد قدم الأستاذان بودرى وبارد علة أخرى، فذكرا للتدليل على أن الدائن فى الدعوى البوليصية لا يمثل إلا نفسه أنه لو استوفى حقه سقطت الدعوى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٨ ص ٧٤٠)، ولكن هذه علة غير مقنعة فان الدائن فى الدعوى غير المباشرة اذا استوفى حقه لا يستطيع أيضا المضى فى الدعوى .

وهناك رأى يذهب الى أن كل الدائنين يستفيدون من الدعوى البوليصية، حتى من لم يشترك منهم فيها، وحتى من كان حقه لاحقا للتصرف المطعون فيه (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٩٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٨٨ — فقرة ٤٩٠ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٠١ — كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة ١٤ — دى هلتس فى الدعوى البوليصية فقرة ٥٩ — استئناف =

إذن من يكون التصرف غير سار فى حقه إلا الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية . أما سائر الدائنين الذين لم يشتركوا فى الدعوى، وأما المدين نفسه، وأما من تصرف له المدين ومن يخلفه، فكل هؤلاء يبقى التصرف ساريا فى حقهم، وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى .

٧٤٧ — *رجوع الدائن بالتعويض* — وللدائن إذا أصابه ضرر أن يطالب المسئول عن هذا الضرر بالتعويض طبقا للقواعد العامة . مثل ذلك أن يثبت الدائن أن المدين بمبادرته الى التصرف فى حقه حرمه من التنفيذ فى الوقت المناسب، وقد أصابه ضرر من ذلك يزيد على الفوائد القانونية أو الفوائد المشترطة ، فيجوز فى هذه الحالة أن يحكم له بتعويض يزيد على هذه الفوائد ، ويتقاضاها ممن تسبب بغشه أو بخطأه فى هذا الضرر . ويتضامن فى دفع هذا التعويض المدين نفسه اذا كان سيئ النية ومن تصرف له المدين اذا كان متواطئا معه وخلف هذا الأخير اذا تواطأ مع سلفه وهكذا . وكذلك الأمر اذا لم يكن هناك سوء نية، كما فى التبرعات، ولكن وجد تقصير . ونحن فى ذلك إنما نطبق القواعد العامة لا القواعد الخاصة بالدعوى البوليصية[1] .

ويترتب على تطبيق القواعد العامة أيضا أن العين اذا هلكت فى يد المشترى أو الموهوب له سيئ النية كان مسئولا عن هلاكها ، حتى لو كان الهلاك قضاء وقدرا اذا ثبت أن العين لم تكن تهلك لو بقيت فى يد المدين . أما اذا هلكت فى يد الموهوب له حسن النية، فلا يرجع الدائن بتعويض عليه حتى لو هلكت العين بخطأه، لأن تقصير الموهوب له هنا متعلق بهلاك العين لا بمنع الدائن من التنفيذ عليها . وكالهلاك التلف الكلى أو الجزئى . كذلك يرد المشترى

= مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ . انظر ردا مفصلا على حجج هؤلاء الفقهاء فى بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٧ — فقرة ٧١٨) . ويرى البعض أن الدائنين يستفيدون من الدعوى البوليصية حتى لو لم يشتركوا فيها بشرط أن يكون حقهم سابقا على التصرف المطعون فيه حتى يكونوا مستوفين لشروط الدعوى (لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٢)، ولكن يمكن الرد على هذا الرأى بأن العبرة ليست بصلاحية الدائن لرفع الدعوى البوليصية، بل بأن يرفعها فعلا .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٢ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧ .

وقد لا يكون هناك محل للمسئولية التقصيرية ، فلا يحكم بالتعويض بالرغم من وجود الضرر ، ويقتصر الأمر على تطبيق قواعد الدعوى البوليصية ، فيقضى بعدم نفاذ التصرف فى حق الدائن دون تعويض . ويتحقق ذلك فى فرض يكون فيه المدين ومن خلفه على حقه حسنى النية ولا تقصير فى جانبهم . وهذا ممكن فى القانون المصرى إذا كان التصرف الذى صدر من المدين هبة وانتقلت العين الموهوبة بطريق الهبة أيضا من سلف الى خلف .

أو الموهوب له سيئ النية الثمار قبضها أو لم يقبضها ، أما الموهوب له حسن النية فلا يرد الثمار كما قدمنا (١) .

واذا بنى حائز العين أو غرس أو أنفق مصاريف ضرورية أو مصاريف نافعة فانه يعامل طبقا للقواعد العامة (٢) .

٧٤٨ — الموازنة بين الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية والدائن المرتهن — يخطر بالبال بعد الذى قدمنا أن هناك شبها غريبا بين الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية، فيسترد عينا تصرف فيها مدينه وينفذ عليها وحده دون غيره من الدائنين، وبين دائن أخذ رهنا (أو كان له حق امتياز) على هذه العين ثم باعها المدين، فان الدائن المرتهن كالدائن الذى رفع الدعوى البوليصية يستوفى حقه من العين المبيعة دون غيره من الدائنين، ويتحمل المشترى للعين اجراءات دعوى الرهن كما يتحمل اجراءات الدعوى البوليصية، إلا اذا وفى الدائن حقه فيسقط كلا من الدعويين ويرجع فى الحالتين على المدين بما وفاه من دينه، واذا استمر الدائن فى دعواه (دعوى الرهن أو الدعوى البوليصية) ونفذ بحقه على العين فان المشترى يرجع على المدين بالضمان فى الحالتين . فهل نفهم من هذا أن الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية هو فى مركز الدائن المرتهن ، وهل يجوز أن دائنا شخصيا ليس له ضمان خاص يرقى من طريق الدعوى البوليصية الى مرتبة دائن له هذا الضمان ؟

قد يبدو هذا الأمر غريبا لأول وهلة . ولكن عند التأمل نجد أن الدائن الشخصى اذا نشط ورفع الدعوى البوليصية وحده، ولم يشاركه فى رفعها أحد من الدائنين، يرقى بالفعل من حيث النتائج العملية الى مرتبة دائن ذى ضمان خاص . وشأنه فى ذلك شأن دائن بادر الى أخذ حق اختصاص على عقار مملوك لمدينه، فانه يتقدم فى هذا العقار على بقية الدائنين .

---

(١) انظر فى كل هذا ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٥٥ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٢ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٦٢ وفقرة ٦٥ — فقرة ٦٦ — والتون ٢ ص ١١٧ ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدائن الذى يطالب بالثمار التى قبضها خلف المدين بعد أن ثبت سوء نيته لا يستعمل حقه هذا بدعوى غير مباشرة ، بل بمقتضى دعوى مباشرة مستمدة من حق خاص ثابت لهذا الدائن الذى لحقه الضرر (٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٤) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٣ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٦٣ — فقرة ٦٤ وفقرة ٦٨ فيما يتعلق بحق الحبس لاسترداد المصاريف .

والفرق بين الموقفين أن الدائن فى الدعوى البوليصية لم يكن يستطيع أن يأخذ اختصاصا على عين خرجت من ملكية مدينه، فلم يجد أمامه إلا أن يجعل تصرف المدين غير نافذ فى حقه، وهذا يقوم مقام اختصاص يأخذه على العين .

على أنه يجب ألا ننسى أن هناك فرقين جوهريين بين الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية والدائن المرتهن : (أولا) أن الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية لا ينجح فيها، ولا يستوفى حقه من العين التى تصرف فيها المدين ، اذا كان هذا التصرف معاوضة، إلا اذا أثبت تواطؤ المدين مع خلفه فى العين، وأثبت أيضا تواطؤ خلف الخلف مع الخلف فى المعاوضات كذلك . أما الدائن المرتهن فانه يتتبع العين وينفذ عليها بحقه فى يد خلف المدين وخلف الخلف ، ولو كان هؤلاء حسنى النية وكان التصرف معاوضة . (ثانيا) أن الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية لا يستمر متمتعا بميزة استئثاره بالتنفيذ على العين دون غيره من الدائنين اذا نشط هؤلاء واشتركوا معه فى الدعوى . أما الدائن المرتهن فانه يبقى متمتعا بهذه الميزة مهما بدا من نشاط الدائنين الآخرين . هذا الى أنه لو تزاحم الدائن المرتهن مع الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية، فان الأول هو الذى يتقدم .

وتبقى بعد ذلك فروق فنية دقيقة نذكر منها مايأتى : (١) اذا رفع الدائن المرتهن دعوى الرهن على خلف المدين ، فهو فى الواقع انما يتتبع العين فى يد هذا الخلف الذى يعتبر مالكا للعين حتى بالنسبة للدائن المرتهن . أما الدائن فى الدعوى البوليصية فلا يتتبع العين فى يد الخلف، إذ ليس له حق عينى يخول له ذلك، فهو مضطر أولا قبل التنفيذ على العين أن يطلب عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه، فتعود العين الى ضمانه، و بعد ذلك يستطيع التنفيذ عليها . فالعين تعتبر مملوكة للمدين بالنسبة له فى الدعوى البوليصية ، وقد رأينا أنها تعتبر مملوكة لخلف المدين بالنسبة للدائن المرتهن . (٢) وينبنى على الفرق المتقدم أنه فى حالة الدائن المرتهن يجوز لخلف المدين أن يلجأ الى تطهير العين إذا كانت عقارا مرهونا رهنا رسميا ، فان العقار المرهون ملكه وله أن يطهره . أما فى الدعوى البوليصية فان خلف المدين لا يستطيع التطهير لأن العقار غير مرهون وهو معتبر ملك المدين بالنسبة للدائن ، وليس أمام الخلف إلا أن يوفى الدائن حقه كما قدمنا . (٣) فى حالة الدائن المرتهن اذا وفى الخلف الدائن حقه، فانه يستطيع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . أما فى الدعوى البوليصية فالخلف لا يرجع على المدين، بعد إن وفى دينه، إلا بدعوى الاثراء بلا سبب .

(ثالثا) حكم الدعوى البوليصية بالنسبة للمدين ومن تصرف له المدين :

* ٧٤٩ — حكم التصرف المطعون فيه — قررنا أن الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان، فليس من أثرها أن تبطل تصرف المدين . وانما تجعل هذا التصرف غير نافذ فى حق الدائن . أما فى حق غيره فيبقى التصرف قائما ينتج كل آثاره إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد فى حق الدائن . ويترتب على ذلك : (أولا) أن التصرف المطعون فيه يبقى قائما فيما بين المتعاقدين، بل يبقى منصرفا أثره الى من يمثله المتعاقدان من خلف عام وخلف خاص ودائنين غير الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية . (ثانيا) عند تعارض المبدأ المتقدم مع مبدأ عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن يعالج الموقف بتطبيق القواعد العامة .

* ٧٥٠ — بقاء التصرف المطعون فيه قائما — يبقى التصرف قائما نافذ الأثر بين الطرفين[1] . فاذا كان بيعا مثلا بقى الشيء المبيع ملكا للمشترى، وبقى المشترى ملتزما بدفع الثمن، وأنتج البيع كل آثاره من التزامات فى جانب كل من المتعاقدين[2] . واذا كان التصرف وقفا صدر اضرارا بالدائنين بقيت العين موقوفة بعد أن يستوفى منها الدائن حقه، فاذا بيعت لوفاء هذا الحق وبقى من ثمنها شيء بعد الوفاء كان الباقى من الثمن وقفا، واشتريت به عين أخرى تحل محل الأولى دون حاجة لوقفها من جديد، وبقى المستحقون فى الوقف كما هم وكذلك شروط الوقف ونظارته لا تتغير[3] . كما أنه إذا نفذ الدائن على العين التى باعها المدين، واستوفى حقه منها، فان الباقى من ثمن العين يكون ملكا للمشترى لا ملكا للبائع[4] . كذلك لو ترتب على

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٠ — بلانيول ٢ فقرة ٣٢٩ وفقرة ٣٣١ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٤ — نقض فرنسى ٧ مايو سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ — ١ — ٥٠٥ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٥٦٤ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٧١ نمرة ٢٧١ .

(٢) استئناف أهلى فى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ ج ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ ج ٢٢ ع ٤٤ — محكمة ايتاى البارود الجزئية فى ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ ج ٢٢ ع ٤٤ ص ٧٨ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — محكمة مصر المختلطة فى ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٦ — منفلوط الجزئية فى أول يناير سنة ١٩١٩ ج ٢٠ ع ٩٢ ص ١٢٠ .

(٤) وهذا بالرغم من أن المشترى سيء النية متواطئ مع البائع (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠) .

البيع ان أخذ العين شفيع ، ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها، رجع ما بقى من العين أو من ثمنها إلى الشفيع .

وكما يبقى التصرف قائما فيما بين الطرفين، فان أثره ينصرف أيضا إلى من يمثله هذان الطرفان من خلف عام أو خلف خاص فى الحدود التى بيناها فيما تقدم . فورثة المدين لا يرثون الباقى من العين التى تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها، ويرث ذلك ورثة المشترى . وإذا كان تصرف المدين فى العين بالبيع فان دعوى الضمان التى نشأت من عقد البيع تنتقل مع العين إلى المشترى من المشترى باعتباره خلفا خاصا للمشترى .

بل ان أثر التصرف يبقى نافذا فى حق دائنى المدين عدا الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية كما قدمنا . وتبقى العين خارجة عن ضمانهم، فلا يستطيعون التنفيذ على ما تبقى منها[1] إلا بعد أن يرفعوا بدورهم الدعوى البوليصية . فاذا رفعوها بعد تنفيذ الدائن الأول على العين نفذوا هم على الباقى منها . أما إذا تمكنوا من الاشتراك فى الدعوى مع الدائن الأول، أو رفعوا دعوى مستقلة وقضى لهم فيها قبل أن ينفذ الدائن الأول، فان الجميع ينفذون على العين كلا بقدر حقه . كذلك ينفذ أثر التصرف فى حق دائنى من تصرف له المدين ، فلهم أن يعتبروا العين مملوكة لمدينهم وينفذوا عليها بعد أن يستوفى الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية حقه[2] ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم فى الرجوع على المدين الذى تصرف له .

* **٧٥١ — تعارضه قيام التصرف مع عدم نفاذه فى حق الدائنين وتطبيق القواعد العامة** — على أنه لا يمكن تفادى تعارض المبدأين اللذين قدمناهما : قيام

---

(١) أوبرى ورو ٤ ص ٢٣٦ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٦٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٥ — هيك ٧ فقرة ٢٢٧ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٥٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١١ وفقرة ٧١٥ — بلانيول ٢ فقرة ٣٣١

ولكن لهم اذا كان تصرف المدين معاوضة، أن ينفذوا على المقابل الذى حصل عليه المدين بعد أن دخل فى ملكه ، وأن يستعملوا حق المدين فى الرجوع بهذا المقابل على من تصرف له .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦١ ص ٢٦٥ — انظر عكس ذلك بلانيول فى مقاله فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٢ ص ٤٩٢ ، على أنه يلاحظ أن العين المبيعة اذا تحولت الى مجرد دين فى ذمة المشترى (كما اذا باع المشترى العين لمشتر آخر حسن النية) فان الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية يتحمل مزاحمة دائنى المشترى فى الرجوع على هذا الأخير .

وسنرى فى الصورية أن دائن المشترى الصورى يتقدم على دائن البائع خلافا لما تقرره هنا فى الدعوى البوليصية .

التصرف فيما بين الطرفين من جهة وعدم نفاذ هذا التصرف فى حق الدائن من جهة أخرى . فلو فرضنا التصرف بيعا ، فان من حق المشترى أن تخلص له ملكية العين المبيعة طبقا لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تخلص له هذه الملكية إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه من العين طبقا لمبدأ عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن . فلا يبقى إذن إلا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هـذه القواعد تؤدى الى أن الدائن يستوفى حقه من العين المبيعة لأن البيع غير نافذ فى حقـه . ثم لمـا كان البيع لا يزال قائمـا فيما بين المشترى والمدين الذى باع له العين ، فان المشترى يرجع على المدين بضمان الاستحقاق[1] ، وله أن يطلب فسخ البيع[2] . وله كذلك أن يرجع عليه بما استوفاه الدائن فقد حصل ذلك من ماله فيرجع بدعوى الاثراء بلا سبب شأن كل شخص وفى دينا فى ذمة الغير[3] .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٤ — نقض فرنسى ٢ مايو سـنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٢١٧ .

هذا ويلاحظ أنه اذا كان التصرف تبرعا فلا يرجع الموهوب له على المدين بضمان الاستحقاق إلا اذا اشترط ذلك فى عقد الهبة ، تطبيقا للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٧١ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٢) . وكذلك الأمر اذا كان التبرع هبة مستترة ، أو هبـة غير مباشرة ، كتنازل عن حق شخصى أو عن حق عينى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٣) .

(٢) ويترتب على الفسخ أن يحلل المشترى من جميع التزاماته التى نشأت من عقد البيع ، فيزول التزامه بدفع الثمن بالرغم من تواطؤه مع المدين (واذا كان قد دفع الثمن فيسترده ويترقب فى ذلك يسار المدين) ، ويرد الى المدين ما بقى من العين بعد تنفيذ الدائن ، وفى هذه الحالة يستطيع الدائنون الآخرون الذين لم يشتركوا فى الدعوى البوليصية أن ينفذوا على الباقى من العين بعد أن رجع الى ملكية مدينهم من طريق الفسخ .

(٣) يتبين مما تقدم أن المشترى له فى الواقع دعويان : دعوى ضمان استحقاق وهى التى تتضمن دعوى الفسخ ويرفعها ضدّ البائع ، ودعوى إثراء بلا سبب لأنه وفى دين غيره ويرفعها ضـدّ المدين . فاذا كان المشترى قد تعامل مع المدين رأسا فهو بالخيار فى الرجوع عليه باحدى الدعويين ، إما أن يرجع عليـه باعتباره مدينا وفى عنه دينه بدعوى الاثراء بلا سبب ، وإما أن يرجع عليـه باعتباره بائعا بدعوى ضمان الاستحقاق . ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما اذا كان المدين قد تصرف فى العين لآخر وهذا باعها للمشترى ، ففى هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين ، دعوى الاستحقاق ترفع ضـدّ البائع ، ودعوى الاثراء بلا سبب ترفع ضدّ المدين ، وللمشترى أن يختار احداهما (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هوامش نمرة ٣٨ وما بعدها — بلانيول ٢ فقرة ٣٣١ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦٤ — جروبيه فقرة ٢٣٦ — نقض فرنسى فى ٢ مايو سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٢١٧) .

المطلب الثالث — دعوى الصورية (*)

(action en simulation)

* ٧٥٢ — **النصوص القانونية** — لا يوجد فى القانون المصرى نص عام على الصورية . وانما عرض المشرع لأحد تطبيقاتها عند ما أشار الى الهبة الموصوفة بعقد آخر فى المادتين ٤٨/٧٠ ، أما القانون الفرنسى فقد تضمن نصا مقتضبا جاء فى مكان غير مناسب ، هو نص المادة ١٣٢١ وقد ورد فى باب اثبات الالتزامات ، ويقضى بأن العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير (١) .

فنحن فى بحث الصورية فى القانون المصرى نعتمد إذن على القواعد للعامة ، وعلى النص الوارد فى القانون الفرنسى وهو متفق مع هذه القواعد . وقد أيد القضاء المصرى كل ذلك .

ونتكلم فى تحديد الصورية وفى بيان أحكامها .

---

* المراجع : بارتان (Bartin) رسالة من باريس سنة ١٨٨٥ — فوركاد (Fourcard) رسالة من نانسى سنة ١٨٨٧ — بول جلاسون (Paul Glasson) رسالة من باريس سنة ١٨٩٧ — كازل (Cazel) رسالة من مونبلييه سنة ١٨٩٧ — ديكار (Descart) رسالة من بوردرو سنة ١٩٠٧ — دافيد (David) رسالة من بواتييه سنة ١٩٢١ — بواسلو (Boisselot) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — فلافان (Flavin) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — مقال للاستاذ بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ ص ٦٢٢ وما بعدها — مقال للاستاذ صليب سامى بك فى مجلة المحاماة السنة الثامنة .

(١) ويجدر بنا هنا أن نشير الى أن القوانين الحديثة قد تضمنت نصوصا عامة على الصورية . وقد قضت المادة ١١٧ من القانون المدنى الألمانى بجعل العقد الحقيقى هو الذى يسرى دون العقد الظاهر حتى بالنسبة للغير . أما قانون الالتزامات السويسرى فقد قضى على العكس من ذلك بسريان العقد الظاهر (م ١٨ فقرة ثانية) . وقد جاءت نصوص المشروع الفرنسى الايطالى أحكم من نصوص القانونين المتقدمين وأكثر استيعابا للموضوع ، فنصت المادة ٤٩ من هذا المشروع على أنه "فى حالة الصورية لا ينتج العقد الظاهر أثرا فيما بين المتعاقدين ، واذا قصد المتعاقدان ، باتخاذهما شكل عقد معين ، أن يبرما عقدا آخر ، فهذا العقد الأخير يكون صحيحا اذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته ، ويجوز لدائنى المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر اذا كانوا حسنى النية ، ويجوز لهم أيضا أن يثبتوا الصورية التى وقعت ضارة بهم ، ويجوز اثبات الصورية بكل الطرق حتى فيما بين المتعاقدين" . وتقضى المادة ٥٠ بأن "العقود المستترة التى لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام ، ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفا فيها ، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها" . ونلاحظ أن المشروع الفرنسى الايطالى قد خرج على القواعد العامة فى أحكام الصورية فى مسألة واحدة ، وهى اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الاثبات بجميع الطرق .

§ ١ — تحديد الصورية

* ٧٥٣ — *شروط تحقق الصورية وصورها المختلفة* — يلجأ المتعاقدان عادة الى الصورية عند ما يريدان اخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب معين . فيكون لهما موقفان، موقف ظاهر وموقف مستتر . ومن هنا وجد العقد الظاهر وهو العقد الصورى، والعقد المستتر وهو العقد الحقيقى وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد (contre-lettre) .

وللصورية صور مختلفة أهمها ما يأتى : (١) صورية مطلقة (simulation absolue) تتناول وجود العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر لاوجود له فى الحقيقة، كما اذا أراد شخص أن يمنع دائنيه من التنفيذ على شيء مملوك له ،فيبيع هذا الشيء بيعا صوريا الى شخص يتفق معه على ذلك ويكتبان به عقدا ظاهرا، ويكتبان فى الوقت ذاته سندا مستترا يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له، وهذا السند المستتر هو "ورقة الضد" . ومن هنا نرى قرب دعوى الصورية من الدعوى البوليصية فى الغرض، ففى كليهما يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه، وفى كليهما يعطى القانون سلاحا للدائنين يحاربون به غش المدين . وقد يكون للصورية المطلقة غرض آخر غير الاضرار بحقوق الدائن، كما اذا اتفق شخص مع أحد ممن يلوذ به على أن يبيعه بيعا صوريا النصاب المطلوب لمركز يرشح نفسه له . ويتبين من هذا أن الدعوى الصورية أوسع نطاقا من الدعوى البوليصية[1]، وسنرى فى الصورتين التاليتين ما يؤيد ذلك .

(٢) صورية نسبية بطريق التستر (simulation relative par voie de déguisement) تتناول نوع العقد دون وجوده، كهبة فى صورة بيع . العقد الظاهر (acte apparent) هو البيع وهو عقد صورى (acte simulé, fictif) ، والعقد المستتر (acte secret) هو الهبة وهو العقد الحقيقى (acte réel) . ويكون الغرض من الصورية عادة فى مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما اذا ظهرت الهبة فى ثوبها الحقيقى .

---

(١) والصورية مجال واسع النطاق . إلا أن هناك أعمالا قانونية لا يسمح فيها بالصورية لما تنطوى عليه من الخطورة، وهى أعمال تتصل عادة بالأحوال الشخصية وتستلزم الاستقرار والجدية، كالزواج والطلاق . وفى الحديث : "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الزواج والطلاق والعتاق" . وذهب البعض الى أن شركات المساهمة لا يجوز أن يسلم بالصورية فيها مادامت قد استوفت شرائطها الشكلية . ولكن البعض الآخر يخالف هذا الرأى، ويقول بجواز صورية شركة تكون فى الحقيقة فرعا من فروع شركة أخرى، تشترك معها فى حساباتها وفى ادارتها وفى رأس المال . وبهذا الرأى الأخير قضت محكمة النقض الفرنسية (١٣ مايو سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ — ١ — ٢٨٩ — انظر بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٤٦ هامش نمرة ٢) .

وتوجد أمثلة أخرى لهذه الصورية، منها أن يكتب شخص صكا على نفسه بدين لآخر يقول عنه أنه ثمن لشيء اشتراه وهو فى الحقيقة قرض بربا فاحش أراد الطرفان اخفاءه، ومنها أن يخفى الطرفان رهن الحيازة تحت صورة بيع الوفاء .

(٣) صورية نسبية بطريق المضادة (simulation relative par voie de contre-lettre) لا تتناول وجود العقد أو نوعه، بل ركنا أو شرطا فيه، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى تخففا من رسوم التسجيل، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقى منعا للأخذ بالشفعة . ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر هو "ورقة الضد" يذكر فيها الثمن على حقيقته .

(٤) صورية نسبية بطريق التوسيط (simulation relative par vioe d'inter-position de personnes) ، كهبة لشخص يراد بها أن تعطى لشخص آخر . وهناك فرق بين هذه الصورية حيث يتفق الوسيط مع المتعاقد الآخر عليها ، وبين التعاقد باسم مستعار (prête-nom) حيث لا يكون هناك اتفاق بين الوسيط ومن يتعاقد معه على الصورية بل يلتزم كل منهما التزاما جديا نحو الآخر[1] .

ويتبين مما قدمناه أن الصورية لا تتحقق إلا اذا توافرت الشروط الآتية : (١) أن يوجد عقدان (أو موقفان) اتحد فيهما الطرفان والموضوع . (٢) أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الشروط . (٣) أن يكونا متعاصرين ، أى يكونا قد صدرا فى وقت واحد . (٤) أن يكون أحدهما ظاهرا علنيا وهو العقد الصورى، ويكون الآخر مستترا سريا وهو العقد الحقيقى[2] .

٧٥٤ — تمييز الصورية عن حالات مشابهة لها — وهناك حالات مشابهة للصورية يجب تمييز الصورية عنها . من ذلك :

(١) أن الصورية تختلف عن التدليس فى أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٣ — ١ — ٩٦ — ٢٨ يوليه سنة ١٨٦٩ سيريه ٦٩ — ١ — ٤٢٧ — بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٤٥٩ هامش نمرة ٤ — هذا وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن الصورية تكون باخفاء حقيقة العقد فى شكل عقد آخر، أو باخفاء اسم أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار، كما تكون باظهار وجود عقد لا حقيقة له فى الوجود (أول مايو سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٢١٦ رقم ٢١٣) .

(٢) بنى سويف الكلية ٣ يونيه سنة ١٩٢٥ محاماة ٦ ص ٤٤٥ رقم ٣٠٩ — كفر الشيخ الجزئية ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المحاماة ١١ ص ٩٤ رقم ٥١ .

معـا ، فلا يغش أحدهما الاخر ، وانمـا يريدان غش الغير أو اخفاء أمر معين . أما التدليس فعمل يقـوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر[1] . وليست الصـورية تزويرا كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر ، فلا يجوز اذن الطعن فى العقد العرفى أو الرسمى بالتزوير بسبب صوريته[2] .

(٢) تختلف الصورية أيضا عن التحفظ الذهنى (réserve mentale) فى أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق بين الطرفين ، أما التحفظ الذهنى ففيـه يظهر أحد الطرفين ارادة ويبطن أخرى ، فارادته الظاهرة غير جدّية اذ تحفظ ذهنيا بارادة باطنة تختلف عنها . وهذا نوع من الصورية فى الارادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين .

(٣) ثم أنه لا صورية فى عقد جدى تم بين المتعاقدين ، ثم بدا لهما بعد ذلك أن يعدلا فيه . فاذا اتفق الطرفان على عقـد إيجار مثلا ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضاها ، لم يكن هناك عقـد صورى وعقد حقيق ، بل هناك عقـدان حقيقيان والأخير منهما يعدل الأول . وقد رأينا أن الصورية لا تتحقق إلا اذا كان العقدان متعاصرين[3] .

(٤) ولا صورية كذلك فى عقـد جدى يتم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن ذلك العقد إلا وسـيلة للوصول الى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقـد . كما اذا عقد مسلم على زوجة ثانية يريد بذلك تخفيض النفقة التى يحكم بها للزوجة الأولى أو تخفيض القدر الذى يجوز لهذه الزوجة أن تحجز عليـه من مرتبـه[4] . وكما اذا تصرف المدين فى ماله تصرفا جدّيا حتى يضـيع على الدائن فرصـة التنفيذ عليه ، فتصرف المدين فى هـذه الحالة تصرف جدّى لاصورى ، ويطعن فيه بالدعوى البوليصية لا بدعوى الصورية[5] .

---

(١) انظر محكمة الاستئناف الأهلية فى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ — بلانيول ٢ فقرة ١١٨٧

(٢) ديموج ١ ص ٢٦٠ — والسون ٢ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ — استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٩ .

(٣) ديموج ١ ص ٢٦٣ ومع ذلك انظر ديمولومب ٢٩ ص ٣٠٥ .

(٤) والذى يقع غالبا فى ذلك هو أن يحمل الزوج بعض أقاربه (كوالديه) على أن يرفع دعوى نفقة عليـه ، حتى ينتقص من مقدار ما يحكم به للزوجة . ففى هـذه الحالة لاتكون دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية ، بل هى دعوى حقيقية .

(٥) وفى فرنسا قـد يتبنى شخص آخر تبنيا حقيقيا بقصد أن ينتقص بذلك من حقوق الورثة . وقد يتزوج الطبيب امرأة يعالجها وهى فى مرض الموت ، حتى يجوز له أن يتلقى منها تبرعا ممنوعا عنـه بمقتضى المـادة ٩٠٩ لو لم يتزوجها (بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٤٦٠ هامش نمرة ١ — انظر أيضا ديموج ١ ص ٢٦٠) .

(٥) ولا صورية فى عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command, élection d'ami) ، لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقد مستتر لا يشار اليه فى العقد الظاهر ، بل يبقى سرا بين الطرفين[1] .

(٦) وأكثر ما تكون الصورية فى العقود ، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون فى العمل القانونى الصادر من جانب واحد ، بشرط أن يكون هذا العمل موجها لشخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ، ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معا . فالتنازل عن حق عينى ، وهو عمل قانونى صادر من جانب واحد ، قد يكون صوريا اذا اتفق على ذلك المتنازل والمتنازل له . أما الوعد بجائزة لغير شخص معين فلا تتصور فيه الصورية ، فاذا كان الواعد ليس جادا فى وعده ، فلا تكون هناك صورية ، بل يكون هناك اختلاف بين الارادة الحقيقية والارادة الظاهرة قريب من التحفظ الذهنى[2] .

§ ٢ — أحكام الصورية (دعوى الصورية وطرق إثباتها)

(أولا) أحكام الصورية :

* ٧٥٥ — **وجوب التمييز بين الطرفين والغير** — تبين مما تقدم أن الصورية كثيرا ما تستعمل لخديعة الغير وللتحايل على القانون . ولذلك كانت الصورية تختلط بالغش ، فكان كلا العقدين الظاهر والمستتر يعتبر باطلا . ولم يميز القضاء الفرنسى بين الغش والصورية إلا فى النصف الثانى من القرن الأخير[3] ، فاقتصر فى الصورية على منع تحقيق الأغراض غير المشروعة التى يراد الوصول اليها من طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه الى إبطال العقد الحقيقى الذى قصد اليه المتعاقدان . واقتفى القضاء المصرى أثر القضاء الفرنسى فى ذلك[4] .

---

(١) لذلك يصعب تحقق الصورية اذا كان العمل المستتر من شأنه ألا يكون نافذا على الغير إلا بطريقة من طرق الاشهار ، كتسجيل أو قيد أو إعلان ، ففى هذه الحالة يفقد العمل المستتر سريته ، ولا تتوافر شروط الصورية (ديموج ١ ص ٢٦٨) .

(٢) ديموج ١ فقرة ١٦٤ ص ٢٦٧ .

(٣) ديموج ١ فقرة ص ٢٥٩ هامش نمرة ٣ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن الدعوى بصورية عقد لا تكفى للحكم ببطلانه ، وإنما يجب بيان العلة التى من أجلها تحرر العقد الصورى ، لأن الصورية وحدها لا تقتضى بطلان العقد ، وإنما يبطل اذا كان الغرض من الصورية مخالفة القوانين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٤٧٧ رقم ٣١٠) .

وأصبحت القاعدة وجوب التمييز فى الصورية بين المتعاقدين والغير. "والغير" فى الصورية يحتاج الى التحديد . فان هناك فرقا بين "الغير" فى الصورية "والغير" فى العقد "والغير" فى التسجيل "والغير" فى القيد "والغير" فى التاريخ الثابت "والغير" فى أثر الحكم . ونكتفى هنا بتحديد "الغير" بالنسبة للصورية بعد أن حددناه بالنسبة لأثر العقد .

يكون "غيرا" فى الصورية كل من اعتمد على العقد الصورى واطمأن اليه معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيق، فبنى عليه تعامله . والعدالة تقضى فى هذه الحالة أن يعتبر العقد الصورى بالنسبة له عقدا قائما ينتج أثره اذا كانت له مصلحة فى ذلك. أما اذا كان عالما وقت تعامله بصورية العقد فالعقد الحقيق هو الذى يسرى فى حقه شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين[1] . ويترتب على ذلك أنه يدخل فى "الغير" الفريقان الآتيان :

(١) كل من كسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشيء الذى كان موضوعا

---

(١) ويكفى أن يجهل الصورية وقت تعامله، حتى لو علم بهذه الصورية بعد ذلك . أما اذا علم بالصورية وقت التعامل، فانه لا يعود هناك مبرر لحمايته (استئناف مصر الأهلية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٣١٧ رقم ٢٣٧ — بنى سويف الكلية ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ بج ٢١ ع ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٨٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٨ — يقرب أيضا استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٧٠ — انظر أيضا نقض فرنسى فى ١٥ يوليه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ — ١ — ٤٦٠ — ١٣ مارس سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ — ١ — ٧٢ — أوبرى ورو طبعة رابعة ٨ فقرة ٢٦٨ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٣٤٧ — هيك ٨ فقرة ٢٣٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤١١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣٧ ص ٤٦٦) .

واشهار العقد المستتر قرينة على العلم به (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٨٨ — نقض فرنسى ١٨ مايو سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ — ١ — ٥٠٥)، ولذلك يصعب تحقق الصورية فى العقود الواجب اشهارها كما تقدمت الاشارة الى ذلك . على أن هذه القرينة ليست قاطعة، فقد يستطيع "الغير" أن يثبت أنه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر بالرغم من اشهاره (ديموج ١ فقرة ١٦١ ص ٢٦٤) .

والمفروض أن "الغير" لا يعلم بالعقد المستتر، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه . ولما كان العلم واقعة مادية فانه يجوز اثباتها بجميع الطرق، بما فى ذلك البينة والقرائن . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز لطرفى العقد أن يثبتا بالبينة علم الغير بالصورية (١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣) .

ولو ثبت أن الصورية قصد بها غش الدائنين، فانه يجوز بالرغم من ذلك أن يتمسك البائع على المشترى بالصورية، ولو باع المشترى العين لمشترٍ ثان يعلم بالصورية (استئناف أهلى فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ بج ١١ ع ٣٣) .

لتصرف صورى، سواء كان هـذا الحق سابقا للتصرف أو تاليا له[1]، كالدائن المرتهن من جانب البائع أو جانب المشترى اذا كان البيع صـوريا . ويلاحظ أن الغير الذى كسب الحق العينى قبل التصرف الصورى (دائن مرتهن من جانب البائع قبل أن يصدر منه البيع الصورى) يندر أن تكون له مصـلحة فى التمسك بالصورية، لأن حقـه العينى محفوظ حتى لو كان التصرف جديا، ولكن مع ذلك قـد يتفق أن تكون له مصلحة كما اذا لم يكن قد أشهر حقه العينى على النحو الواجب بالتسجيل أو القيد مثلا[2] .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ١٤٤ — قارن نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٣ — ١ — ٣٦٩ .

واذا كان الشىء دينا وجوده صـورى فيعتبر من الغـير من كسب حقا عينيا على هـذا الدين، كالمحال له بدين صورى وهو يجهل صوريته، فالمحال عليه فى هـذه الحالة اذا كان يستطيع التمسك بالصورية قبـل المحيل لأنه طرف فى العقد، لا يستطيع التمسك بها قبل المحال له لأنه من الغير، إلا اذا ثبت أن المحال له كان يعلم بالصورية قبل حصول الحوالة (بنى سويف فى ٦ أكتوبر سـنة ١٩١٩ ج ٢١ ع ١٠٧ ص ١٧٢ — اسـتئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩) . ولكفيل المدين أن يتمسك بصورية الدين الذى يكفله . أما اذا كان الدين حقيقيا غير صورى، وحوّله الدائن حوالة صورية، فان هـذه الحوالة تكون نافذة على المدين، إذ لا مصلحة له فى التمسك بالصورية، فهو مدين على كل حال، سـواء كان دائنه المحيل أو المحال له (استئناف مختلط أول فبراير سـنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥) . ولكن لا يجوز التمسك بالصورية فى حوالة بحق متنازع فيه اذا أراد المدين استرداد الدين بدفعه الثمن والمصاريف، لأنه يعتبر من الغير فى هذه الصورية وله مصلحة فى ذلك حتى يستعمل حق الاسترداد (استئناف مختلط ١٧ مارس سـنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٤) . كذلك لا يجوز التمسك على الشفيع بسـند مستر جاء فيه أن البيع ليس إلا ضمانا للمشـترى لحق له فى ذمة البائع، حتى اذا دفع البائع الدين وفسـخ البيع (استئناف مختلط ٢٧ مارس سـنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . ولا يجوز للبائع أن يتمسك على الدائن المرتهن للعقار المبيع اذا كان هذا الأخير كسب حق الرهن من المشترى، بسـند مستر جاء فيه أن المشترى لم يدفع الثمن خلافا لما ورد فى عقد البيع (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣)، ولا يجوز أيضا التمسك بذلك قبل المشترى من المشترى (استئناف مصر الأهلية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٣١٧ رقم ٢٣٧) .

(٢) كذلك قد يكون الغير دائنا مرتهنا قيـد رهنه قبل التصرف الصورى الصادر من مدينه، ومع ذلك تكون له مصلحة فى التمسك بصورية التصرف، حتى لا يتتبع العقار فى يد المشترى فيتحمل اجراءات التطهير . وفى بعض القضايا التى عرضت على محكمة الاستئناف المختلطة، تبين أن الدائن المرتهن الذى قيـد رهنه قبل التصرف الصـورى الصادر من مدينه له مصلحة فى التمسك بالصورية، فانه كان قد اتخـذ اجراءات نزع ملكية العقار المرهون فى مواجهـة المدين وحده دون الحائز، فتمسك بصورية تصرف المدين حتى لا يحكم ببطلان هـذه الاجراءات (٣ مارس سـنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — انظر أيضا استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٦٩ — ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧ — قرب أيضا استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤) .

(٢) الدائنون الشخصيون للمتعاقدين[(١)]، فدائن المشترى فى البيع الصورى يعتبر من "الغير"، وكذلك دائن البائع، وكل منهما يتمسك بما هو فى مصلحته، فيتمسك دائن المشترى بالعقد الصورى، ويتمسك دائن البائع بالعقد الحقيق. وهنا نجد الدائنين الشخصيين يعتبرون من "الغير"، وهم لا يعتبرون كذلك بالنسبة لأثر العقد (إلا فى الدعوى البوليصية)، ولا بالنسبة للتسجيل ولا بالنسبة لثبوت التاريخ ولا بالنسبة لأثر الحكم، ويعتبرون من "الغير" بالنسبة للقيد كما فى الصورية. ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين يعتبرون من الغير حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا الى المركز الظاهر ويتعاملوا على مقتضاه كما فى الدعوى البوليصية وفى الصورية وفى القيد[(٢)].

والدائن الشخصى يعتبر من الغير سواء كان حقه مستحقا أو غير مستحق ما دام خاليا من النزاع، وسواء كان سابقا على التصرف الصورى أو تاليا له. فدائن البائع الذى ثبت حقه بعد صدور البيع له أن يتمسك بالعقد الحقيق. ودائن المشترى الذى ثبت حقه قبل صدور البيع له أن يتمسك بالعقد الصورى[(٣)].

أما ورثة المتعاقدين فلا يعتبرون من "الغير" فى الصورية، ويسرى فى حقهم العقد

---

(١) استئناف أهلى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ ج ١٥ ع ٧ ص ١٤ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ ج ١٨ ع ٤٣ ص ٧٥ — استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٥ ص ١٣٧ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٩.

(٢) وهذه القاعدة تنطبق أيضا على الورثة، فيعتبرون من "الغير" اذا كانوا فى حاجة الى الحماية من تصرف مورثهم، كما فى البيع والهبة والوقف فى مرض الموت، وقد تقدم بيان ذلك (انظر بلانيول ٢ فقرة ١١٩٥).

(٣) استئناف أهلى أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ — استئناف أهلى ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٧٤ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ ج ٢٩ ع ٧٥/١ — استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣ م ٤٣ ص ١٥٥ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — فالأمر اذن ليس مقصورا على حماية الدائنين الذين كان لهم أن يطمئنوا الى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقهم، فان دائن المشترى الذى ثبت حقه قبل صدور البيع الصورى لا يستطيع أن يقول انه اطمأن وقت ثبوت حقه الى أن البائع مالك للشيء المبيع، لأن المدين لم يكن قد اشترى وقت ذلك، ولا يستطيع من جهة أخرى أن يستند الى عقد البيع الذى ملك المشترى بمقتضاه فى الظاهر، لأنه عقد صورى ليس له وجود قانونى. فهناك اذن فكرة ايقاع عقوبة على متعاقدين يبطنان غير ما يظهران، فيؤخذان بما يظهر انه اذا كان للغير مصلحة فى ذلك (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣٧ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٥).

المستتر بالشروط وفى الحدود التى يسرى فيها على المتعاقدين[1]، فوارث البائع صوريا يرث الشيء المبيع لأنه لا يزال فى تركة موزثه ، ووارث المشترى صوريا لا يرث ما اشتراه موزثه لأنه لم يدخل فى ملكه حقيقة[2] .

* ٧٥٦ — *حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين والورثة* — الآن وقد حددنا الغير وميزناه عن المتعاقدين والورثة، بقى أن نعرف حكم الصورية بالنسبة لكل من الفريقين .

أما بالنسبة للمتعاقدين والورثة فالعقد الصورى لا وجود له[3] ، والعقد الحقيقى هو الذى يسرى فى حقهم بقدر ما تتوافر فيه شروط الصحة[4] . ونحن فى هذا انما نطبق مبدأ سلطان الارادة،

---

(١) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

(٢) ولا يجوز لناخب التمسك بصورية عقد يملك مرشح بمقتضاه النصاب القانونى (نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٧ — ١٤ مارس سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٩ — ديموج ١ فقرة ٢٦٥) . وللخزينة العامة أن تتمسك بالصورية اذا تضمن العقد بيانا غير حقيقى للاضرار بها (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢١٣) .

(٣) ولكن العقد الصورى اذا لم يكن له وجود قانونى فيما بين المتعاقدين فان له وجودا ماديا قد ينتج أثرا قانونيا فالتصرف الصورى الصادر من الموصى له فى العين الموصى بها يعتبر قبولا للوصية ، وكذلك التصرف الصورى الصادر من الوارث فى عين من أعيان التركة يعتبر قبولا للميراث فى القانون الفرنسى (ديموج ١ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣) .

(٤) وقد لا يبيح القانون فى حالات معينة عقدا ولو ستره المتعاقدان تحت اسم عقد مباح ، وفى هذه الحالة يكون كل من العقد الظاهر والعقد المستتر باطلا ، مثل ذلك ما تقضى به المادة ٩١١ من القانون المدنى الفرنسى من أن الهبة لشخص غير أهل لقبولها تكون باطله ولو كانت مستترة . بل قد يبيح القانون العقد الظاهر فى نفسه والعقد المستتر فى نفسه أيضا ، ولكنه لا يبيح أن يجتمع العقدان ليستر الأول منهما الثانى ، مثل ذلك ما تقضى به المادتان ٤٢٢/٣٣٩ (المعدلتان بالقانونين رقم ٤٩ و ٥٠ لسنة ١٩٢٣) من أنه اذا كان الشرط الوفائى مقصودا به اخفاء رهن عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له ، سواء بصفته بيعا أو رهنا . ففى هذا الفرض البيع الوفائى مباح فى ذاته ، وكذلك رهن الحيازة ، ولكن غير مباح أن يستتر رهن الحيازة فى صورة بيع وفائى ، فاذا وقع ذلك كان كل من رهن الحيازة والبيع الوفائى باطلا ، لاعتبارات ترجع للنظام العام . ولكن لما كان النص مقصورا على العقار ، فان رهن الحيازة فى المنقول اذا استتر فى صورة بيع وفائى تطبق عليه القاعدة التى قدمناها ، ويكون العقد صحيحا فيما بين المتعاقدين باعتباره رهن حيازة ، وهو العقد الحقيقى الذى أراده المتعاقدان ، لا باعتباره بيع وفاء وهو العقد الصورى الذى لم يكن مقصودا .

وقد يترتب على الصورية التى قصد بها الغش جزاء جنائى فى العلاقة ما بين الطرفين فيؤخذان بالعقد الصورى دون الحقيقى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد فى العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقى ، اذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التى يجب دفعها للخزينة . ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق فى الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . ومن هذا الحكم يتبين أن محكمة الاستئناف المختلطة جعلت العقد الصورى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين عقابا لهما على غش الخزينة .

فالمتعاقدان قد أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر، فيلتزمان بما أراداه لا بما لم يريداه[1] . وهذا يتفق مع ما تقضى به المادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى من أن العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين . وقد استقر الفقه والقضاء فى فرنسا[2] على ذلك، كما أن الفقه والقضاء فى مصر[3] قد سلما بالمبدأ أيضا دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويلاحظ أن الطرف الذى يريد أن يتمسك بالعقد المستتر هو الذى يجب عليه أن يثبت وجوده طبقا لقواعد الاثبات التى سنبينها فيما يلى . أما اذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقدا

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦ — شبين الكوم الكلية فى ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٤٦ رقم ٣٢٩ .

وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستئنافية أن تجعل العقد الظاهر هو الذى يسرى فى العلاقة فيما بين المتعاقدين على أساس القاعدة التى تقضى بأنه لا يستطيع شخص أن يتمسك بالغش الصادر منه (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) ولكن هذا الرأى لم يسد . وقد قدمنا أن المتعاقدين فى الصورية لا يغش أحدهما الآخر . حتى لا يجوز له أن يتمسك بغشه قبله، بل الاثنان متواطئان معا على الصورية .

(٢) أوبرى ورو ١ فقرة ٣٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٧٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٠٠ — ديموج ١ فقرة ١٦٠ و ٧ فقرة ١١٤٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣٥ — محكمة النقض الفرنسية ٦ مارس سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ — ١ — ١١ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ١٥١ — ٢١ يونيه سنة ١٨٩٧ سيريه ٩٩ — ١ — ٣٠٨ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٢٧ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٢٢٩ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٥ — ١ — ١٤ — ٢ مارس سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٦١٥ — ١٢ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢ — ١ — ٧١ .

(٣) دى هلنس ١ لفظ (actes) فقرة ١٠٢ — والتون ٢ ص ١٣٢ — ص ١٣٣ — الأستاذ محمد صالح فى الالتزامات فقرة ٣١٥ — فتحى زغلول ص ١٤٢ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى بك فقرة ٥٤٢ — استئناف أهلى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ع ٣١٠/٣١ ص ٤٧٧ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ع ١٢٣ ص ٢١٦ — بنى سويف ٣ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ع ٣٠٩/١ ص ٤٤٥ — كفر الشيخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١١ ع ٥١ ص ٩٤ — شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ع ٣٢٩/٣ ص ٦٤٦ — استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٤ ص ٣٧٦ — ١٥ مارس سنة ١٨٨٨ — بور يللى بك م ٢٩٣ نمرة ٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ١١ ص ٢٩٠ — ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٥ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٤ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٧ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣ .

مستترا ، فالعقد الظاهر هو الذى يعمل به ، ويعتبر عقدا جديا لا صوريا . فاذا ما ثبت وجود العقد المستتر، وجب أن يكون من حيث الموضوع قد توافرت فيه شروطه حتى تجرى عليه أحكامه(٢) . فعقد الهبة المستتر فى صورة بيع مثلا يجب أن يصدر من ذى أهلية للهبة وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها . فاذا توافر ذلك أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيها إلا لمانع (فى الشريعة الاسلامية) ، وتحتسب من نصيب الموهوب له فى الميراث (فى القانون الفرنسى)(٣) ، وتعتبر تبرعا لا معاوضة من حيث الدعوى البوليصية(٤) . أما من حيث الشكل فلا يشترط فى العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التى قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة فى صورة بيع لا يشترط فيها عقد رسمى ، ويكفى أن يكون العقد الظاهر بيعا فى شكله(٥) ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادتان ٤٨/٧٠ وما تقضى به المحاكم فى فرنسا .

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٤٦٢ هامش نمرة ١ — نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ — ١ — ٤٢٧ — ١٤ يونيه سنة ١٨٦٩ داللوز ٧٣ — ١ — ١٥٨ — ١٢ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ — ١ — ٤٧٥ — ٣٠ يونيه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ — ١ — ٣٥٣ .

(٣) كذلك يجرى إنقاص الهبة (réduction) حتى تصل الى الحد المسموح به بالنسبة للورثة (quotité disponible) اذا كانت الهبة لوارث . ويلاحظ أن هذه الأحكام (الاحتساب من النصيب و إنقاص الهبة) تسرى فى علاقة الموهوب له بالورثة ، وهؤلاء يعتبرون من الغير فى مثل هذه الحالة .

(٤) فلا يشترط فى القانون المصرى أن يثبت دائن الشخص الذى صدرت منه هبة فى صورة بيع الغش فى جانب منه ، ولا يشترط فى القانونين المصرى والفرنسى اثبات التواطؤ ما بين المدين والموهوب له .

(٥) نقض فرنسى ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ سيريه ١٨٩٤ — ١ — ٤٤٢ — ٧ مارس سنة ١٨٩٨ سيريه ١٩٠٢ — ١ — ٢٣١ .

وهناك رأى يقول بوجوب توافر الشروط الموضوعية فى العقد الظاهر ، كما يجب توافر الشروط الشكلية . وعلى هذا الرأى سارت محكمة الاستئناف الأهلية فى دوائرها المجتمعة فيما يتعلق بالهبة المستترة فى صورة البيع ، فيشترط أن يكون البيع الصورى بيعا كاملا فى مظهره من حيث استكماله للشروط الموضوعية ، فاذا نص على هبة الثمن بطل العقد حتى فيما بين المتعاقدين (أول مايو سنة ١٩٢٢ ج ٢٣ ع ٤٢ ص ٦٨ — ويميل القضاء المختلط الى عكس ذلك : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ — ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) . وهذه مسألة مختلف فيها فى فرنسا ، فرأى لا يشترط ذلك (نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٤ — ١ — ٣٨٨) ، ورأى يشترط (نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ — ١ — ٤١٣ — ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ١٩٣ — وانظر فى هذا الموضوع ديموج ١ فقرة ١٦٧ ص ٢٧٠ — ص ٢٧١) .

* ٧٥٧ — **حكم الصورية بالنسبة للغير** — أما بالنسبة "للغير"، وقد حددناه فيما تقدم، فان المادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى تقضى بأن العقد المستتر لا أثر له ضد الغير (contre les tiers). وتفسر هذه العبارة بأن العقد المستتر لا يسرى ضد مصلحة الغير[(١)]، ولكن هذا لا يعنى أنه لا يسرى فى مصلحته، فقد يكون الأصلح له أن يسرى العقد المستتر دون العقد الظاهر. فالقاعدة اذن أن "الغير" له أن يختار بين العقدين حسب مصلحته، وهو اذا تمسك بالعقد المستتر فلأنه العقد الحقيقى الذى أراده المتعاقدان فيأخذهما بما أرادا، واذا تمسك بالعقد الظاهر فلأنه قد خلق من الظواهر ما انخدع به واطمأن اليه وليس للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما فى علاقتهما بالغير.

فللغير اذن أن يتمسك بالعقد المستتر[(٢)] اذا تحققت له مصلحة فى ذلك[(٣)]. ويترتب على هذا أن لدائنى البائع، اذا كان البيع صوريا، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة باعتبار أنها لم تخرج من ملكية البائع[(٤)]، ولهم أيضا أن يتمسكوا بأن البيع حقيقته

(١) انظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤.

(٢) حتى لو كان لا يعلم بوجوده فى أول الأمر، واعتقد أن العقد الظاهر جدى. وقد يكون العقد الظاهر تأيد بحكم، فلا يمنع هذا من الطعن فيه بالصورية والتمسك بالعقد المستتر (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ — ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦). كذلك الدعوى الصورية لا تضر الغير، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه على المحاكم أن تحكم برد وبطلان كل دعوى يظهر لها أنها صورية، ولو وافق المدعى عليه فيها، متى تبين لها أنها لم ترفع إلا بقصد الاضرار بحقوق مكتسبة لآخر (٢١ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٠٥).

(٣) نقض فرنسى ٢ أبريل سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ٦١ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ — ٣٦ — ١١ أبريل سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ٢٦٢ — استئناف مصر أهلى فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ مج ٢٩ ع ١٢٦ / ٣ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٣٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — انظر أيضا فى هذا المعنى دى هلتس ١ لفظ (actes) فقرة ١٠٤ — عبد السلام ذهنى بك فى الاثبات ١ ص ٣٢٦ وما بعدها — أحمد نشأت بك فى الاثبات فقرة ٢١٩ وما بعدها.

(٤) وعلى دائن البائع أن يرفع دعوى الصورية مستقلة ليصل الى تقرير أن عقد البيع صورى لا وجود له، وهذا أدق من ناحية الاجراءات من أن يطلب الحكم بالصورية بشكل دفع فى دعوى استحقاق رفعت أثناء اجراءات التنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٣) ويلاحظ أن دعوى الصورية ليست بدعوى بطلان ولا بدعوى فسخ وانما هى دعوى يطلب فيها التقرير بعدم وجود العقد (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤).

هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البوليصية دون حاجة لاثبات الغش، وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم فى ذمة البائع إلا بعد صدور البيع كما أسلفنا الاشارة الى ذلك . كذلك لذوى الحقوق العينية الذين كسبوا حقوقهم من البائع على العين المبيعة صوريا أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ومصلحتهم فى ذلك ظاهرة اذا كانوا قد كسبوا حقوقهم بعد صدور البيع الصورى حتى يكون كسبهم لهذه الحقوق صحيحا، ولهم مصلحة كذلك فى التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسبوا حقوقهم قبل صدور البيع الصورى اذا كانت هذه الحقوق لم تشهر على الوجه الذى يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصورى أو اذا أرادوا تجنب إجراءات حق التتبع وتحمل حق التطهير كما سبقت الاشارة الى ذلك . مثل ذلك أن يبيع الراهن العين المرهونة بيعا صوريا، ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصورى ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيعا صوريا بعد أن يكون قد باعها بيعا جديا فى المرة الأولى ويسجل المشترى الثانى عقده قبل المشترى الأول . فللدائن المرتهن فى المثل الأول ، وللمشترى الأول فى المثل الثانى، أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا فى العقد الظاهر بالصورية[1] .

وللغير كذلك أن يتمسك بالعقد الظاهر[2] اذا تحققت له مصلحة فى ذلك[3] . ويترتب على

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن اذا باع المالك عينا مرتين، وسجل المشترى الثانى عقده دون الأول، فان يجوز لهذا الأخير أن يطعن فى عقد المشترى الثانى بالصورية (١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ مج ٢٩ ع ١٢٦ / ٣ — وقد سلفت الاشارة الى هذا الحكم فى الحاشية السابقة) .

هذا وقد يكون "الغير" شخصا آخر غير الدائن، فالشفيع مثلا اذا أراد الأخذ بالشفعة من المشترى، وباع المشترى العقار لمشترٍ ثان، له مصلحة فى أن يطعن فى البيع الثانى بالصورية، حتى يأخذ العقار من المشترى الأول بشروط البيع الأول اذا كانت هذه الشروط أصلح له من شروط البيع الثانى (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ — قرب أيضا استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١) .

وغنى عن البيان أنه اذا تمسك الغير بالعقد المستتر، وكان هذا العقد لم يستوف الاشهار اللازم لسريانه قبل كما فى الرهن ، فان العقد المستتر، كالعقد الظاهر، لا يسرى أيضا فى حق الغير (نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٢١) .

(٢) بشرط أن يكون جاهلا صورية هذا العقد وقت التعامل كما قدمنا . والدائن يتمسك بالعقد الظاهر اذا يعمل باسمه، أما اذا كان يعمل باسم مدينه من طريق الدعوى غير المباشرة فانه لا يستطيع أن يتمسك إلا بالعقد كمدينه (نقض فرنسى ٢٣ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ — ١ — ١٠٩) .

واذا فرض أن المدين التزم بالعقد المستتر أن يدفع مبلغا أكبر مما هو مذكور فى العقد الظاهر وقد دفع بالفعل، فليس للدائن أن يسترد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر (محكمة النقض الفرنسية سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٢ — ١ — ٤٥٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٤٦٦) .

(٣) استئناف مصر الأهلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٣١٧ رقم ٢٣٧ — اسكندرية الكلية الأهلية

هذا أن لدائنى المشترى فى البيع الصورى أن يتمسكوا بالعقد للمستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين التى اعتبرت بالنسبة لهم داخلة فى ملك المشترى بمقتضى العقد الظاهر، حتى لو كان حق هؤلاء الدائنين ثابتا فى ذمة المشترى قبل صدور البيع الصورى كما تقدمت الاشارة الى ذلك[1]. كذلك لذوى الحقوق العينية الذين كسبوا هذه الحقوق من المشترى أن يتمسكوا بالعقد الظاهر، مثل ذلك دائن مرتهن[2] أو صاحب حق ارتفاق أو صاحب حق انتفاع أو مشتر ثان[3]، كل هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر، فيعتبر الحق العينى قد انتقل اليهم من مالك[4].

ولما كان "الغير" له أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر طبقا لمصلحته، فانه يتفق كثيرا أن يوجد تنازع فيما بين الغير لتعارض المصلحة. ويكفى أن نفرض فى بيع صورى أن يكون للبائع دائن وللمشترى دائن آخر. فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر،

= ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٥٢ رقم ١٩٦ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ ج ٢٩ عدد ٢/٧٥ — شبين الكوم الكلية ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١٠٥ رقم ٥٠٤ — أسيوط الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٨٨٧ رقم ٤٣٨ — أجا الجزئية ٢١ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ ص ٢٤٣ رقم ١٧١ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٢٥ يناير ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — ٩ مايو سنة ١٩٢٩ م ٣٩ ص ٤٢٠ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٨٤ رقم ٨٢ — نقض فرنسى ١١ مايو سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ٢٩٧ — ٨ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ٢٤٣.

(١) كذلك للدائن أن يطلب اخراج دائن آخر بعقد مستتر من مقاسمة مال المدين، حتى لا يسرى عليه بذلك عقد الدين المستتر (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ٢٤٣).

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣.

(٣) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥. وقد قضت محكمة أسيوط الكلية بأنه اذا كان البيع الأول صوريا، وكان المشترى الثانى حسن النية، فعقده صحيح ولو لم يضع يده خمس سنوات، لأنه تعامل مع المالك الظاهر، ولأن العدالة تقضى باستقرار المعاملات وتأمينها (١١ أبريل سنة ١٩٢٨ ج ٢٩ عدد ٢/٧٥ — انظر والتون ٢ ص ١٣٦).

(٤) حتى لو كان العقد المستتر قد أشهر قبل إشهار حقهم العينى، دامو يثبتون أنهم كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت تعاملهم مع المشترى الظاهر بالرغم من إشهاره، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٦٥).

وتطبيقا لمبدأ القاضى بأن الغير يتمسك بالعقد الظاهر اذا كانت له مصلحة يكون لمن اشترى عقارا كان قد أجره البائع، وذكر فى عقد الايجار أجرة أكبر من الحقيقة، أن يطالب المستأجر بالأجرة الظاهرة، ويرجع المستأجر على البائع بالفرق بين الأجرة الظاهرة والأجرة الحقيقية (كولان وكابيتان ٢ ص ٣١٧ — والتون ٢ ص ١٣٦). كذلك اذا كان هناك عقد مستتر بين شريك وشركائه على ألا يدفع الشريك نصيبه، فان دائنى الشركة لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر لا المستتر (نقض فرنسى ١١ مايو سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ٢٩٧).

ودائن المشترى مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا، فلا بد اذن من تغليب احدى المصلحتين . فإما أن نحرص على احترام الارادة الحقيقية للتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقا عينيا من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، وإما أن نعنى بثبات المعاملات واستقرارها فنغلب مصلحة دائن المشترى أو من كسب حقا عينيا من المشترى ونأخذ بالعقد الظاهر . وقد اختلفت الآراء فى ذلك، فالبعض يأخذ بالعقد المستتر(١)، والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر(٢) . ونحن من هذا الرأى الأخير، وهو رأى محكمة النقض الفرنسية فى أحكامها الحديثة ورأى جمهور الفقهاء . ويترتب على الأخذ بهذا الرأى أن من كسب حقا عينيا من المشترى الظاهر يفضل على من كسب حقا عينيا من البائع الظاهر(٣)، فلو أن

---

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٩٩ — والتون ٢ ص ١٣٩ — محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ ج ١٥ ع ٣ — ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ وقد قضى هذا الحكم بأنه بعد تقديم الدائن المرتهن للبائع على الدائن المرتهن للمشترى، يستوفى هذا الأخير حقه مما يبقى من ثمن العين بعد تنفيذ دائن البائع، ولكنه يكون فى ذلك كدائن شخصى) — محكمة النقض الفرنسية ٢٥ يونيه سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ — ١ — ٢٤٢ — محكمة الجزائر الاستئنافية ٨ يوليه سنة ١٨٩٦ سيريه ١٩٠٠ — ٢ — ٧٢ — محكمة باريس الاستئنافية ٣ يونيه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ — ٢ — ١٢٩ .

(٢) أوبرى ورو ٤ ص ٢٤٢ هامش ٥٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣٢ — بلانيول ٢ فقرة ١١٩٩ — ديموج ١ فقرة ١٦٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٤٦٧ — ص ٤٦٨ — دى لوان فى تعليقه فى داللوز ١٩٠٨ — ٢ — ١٢٩ — فتحى زغلول ص ١٤٣ — ص ١٤٤ — الأستاذ محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٣١٥ ص ٢٧٤ — أسيوط الكلية فى ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٤٣٧ رقم ٢٥٠ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ٢ ص ٨٨٧ رقم ٤٣٨ — استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — (انظر أيضا فى اشتراط حسن نية خلف المشترى الظاهر ليقوم على خلف البائع : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ — ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢) — وانظر فى القضاء الفرنسى فى تغليب العقد الظاهر على العقد المستتر نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٤٩ — ٢٠ يوليه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٣٩٢ — ١٣ نوفمبر ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٤٣٣ .

(٣) وهناك رأى يفضل دائن البائع فى بيع صورى على الموهوب له من المشترى، لأن تفضيل الموهوب له يؤدى الى اثرائه على حساب الدائن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ هامش نمرة ٥٣ — والتون ٢ ص ١٤٠) .

ويترتب على تغليب العقد الظاهر أن دائن المشترى الظاهر، حتى لو كان حقه ثبت فى ذمة المشترى قبل صدور البيع الصورى أى فى وقت لم يكن يعتمد فيه على ملكية المدين الصورية، يفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن البائع . وهذه نتيجة يصعب تبريرها، لاسيما اذا لوحظ أنه لو كان البيع الصورى بيعا جديا لأمكن دائن البائع أن يطعن فيه =

البائع بعد أن صدر منه البيع الصورى باع مرة أخرى بيعا جدّيا لمشترٍ آخر وسجل هذا المشترى عقده ، ثم باع المشترى الظاهر بعد ذلك العقار بيعا جدّيا لمشترٍ ثان ، فان المشترى من المشترى يفضل على المشترى من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولا ، لأن كلا منهما لا يعتبر من الغير بالنسبة للتسجيل حتى يفضل السابق اليه إذ لم يتلقيا الحق من شخص واحد ، وانما نحن بصدد تنازع فيما بين الغير بالنسبة للصورية ، فنأخذ بالعقد الظاهر ونفضل المشترى من المشترى على المشترى من البائع ، ولا عبرة بالأسبقية فى التسجيل[1] . على أن المشترى من المشترى لا تنتقل اليه الملكية ، إلا اذا سجل عقده طبقا لقانون التسجيل الجديد ، ولكنه يفضل على المشترى من البائع ولو تأخر عنه فى التسجيل .

(ثانيا) الصورية من حيث الدعوى وطرق الاثبات :

٧٥٨ — الدعوى — قد ترفع الدعوى من أحد طرفى العقد الصورى على الطرف الآخر ، يطعن فى العقد بالصورية[2] . وقد يكون الطعن بالصورية دفعا فى دعوى يرفعها أحد الطرفين بموجب العقد الظاهر ، ويجوز ابداء هذا الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى[3] .

= بالدعوى البوليصية ، ويفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن المشترى ، فكيف يكون حق دائن البائع على مال مدينه عند تصرف المدين فى هذا المال تصرفا صوريا أقل نفاذا من حقه على هذا المال عند تصرف المدين فيه تصرفا جدّيا ؟ سنرى فيما يلى أن دائن البائع له محيص عن ذلك فى أن يتمسك بالعقد الظاهر الصادر من مدينه ، ويتخلى عن الطعن فيه بالصورية ، فيعتبره عقدا جدّيا يستطيع الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، فلا يسرى فى حقه تصرف صورى كان لا يسرى فى حقه لو كان جدّيا (انظر ما يلى فقرة ٧٦٤ الحاشية الأخيرة) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٤٦٧ — ص ٤٦٨ .

(٢) وفى هذه الحالة يجب إدخال من له مصلحة فى التمسك بالعقد الصورى فى الدعوى ، كالمشترى الظاهر اذا كان سيّء النية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ — ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٠) . على أنه اذا طعن ناظر الوقف فى عقد ايجار بالصورية ومات فى أثناء الدعوى ، فان خلفه يستمر فى الدعوى دون حاجة لادخال ورثة الناظر السابق (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٦) .

(٣) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ ، ولكن لا يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض بعد أن اعترف الخصم بجدّية العقد أمام محكمة الموضوع ، وقد قضت محكمة النقض الأهلية بأن من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محرّرة بعقد عرفى لا يجوز له ، بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد المدة الطويلة ، وناقشه هو فى ذلك ، أن ينبى طعنه أمام محكمة النقض على صورية هذا العقد ، لأن الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض (٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٩) .

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين[(١)]، فيطعن الغير فى العقد بالصورية و يتمسك بالعقد المستتر لوجود مصلحة له فى ذلك . وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه ، وفى هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير، ولا يجوز له اثبات الصورية إلا بالطرق التى يستطيع بها المدين اثبات ذلك، و يجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها قبل المدين[(٢)] .

ومن يدعى الصورية هو الذى يتحمل عبء اثبات ذلك[(٣)]، على النحو الذى سنبينه فيما يلى :

والحكم الذى يصدر فى الصورية لا يسرى على الخصمين وحدهما، بل يتعدّى أثره الى الدائنين . فاذا حكم بصورية عقد ، وكان الخصم فى الدعوى دائنا لأحد طرفى العقد ، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كل منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصما فى الدعوى ، وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد فان الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم[(٤)] .

ودعوى الصورية فى ذاتها لا تسقط بالتقادم — سواء رفعت من أحد طرفى العقد أو من الغير — لأن المراد انما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهى حقيقة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان المدّة بالنسبة لها . أما اذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى، كما اذا طعن الورثة فى الهبة الصادرة من مورّثهم وكانت مستترة فى عقد بيع ، فان هناك دعويين : إحداهما متعلقة بصورية عقد البيع، وهذه لا تسقط بالتقادم. والأخرى

---

(١) ويجب إدخال كل من طرفى الصورية خصما فى الدعوى (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤) .

(٢) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ ص ٣٠٩ — بودرى و بارد ١ فقرة ٧٣٤ ، أما اذا رفع الدائن الدعوى باسمه اعتبر من الغير، ولا يتمسك قبله بالدفوع الجائزة قبل مدينه (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦) .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٠ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ ، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يتعين على المحاكم احترام العقود حسب نصوصها ، مالم تقم قرائن قوية يستدل منها على أن المتعاقدين قصدا شيئا آخر خلاف المدوّن بالعقد (٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ مج ٢٦ ع ٤٠) .

(٤) ويعلل لاروميير ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرّر أن العقد الظاهر غير موجود ، وأن العين التى وقع عليها التصرف الصورى لم تخرج بتاتا من مال المدين ، فيستفيد من ذلك الدائنون ما دامت هذه العين لم تنقطع عن أن تكون داخلة فى الضمان العام لحقوقهم (لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣) . ولكن الأستاذين بودرى وبارد لا يريان أن هذا تعليل صحيح ، ويذهبان الى أن الدائنين إنما يتمسكون بالحكم باعتبار أن الخصوم يمثلونهم فى الدعوى (بودرى و بارد ١ فقرة ٧٣٩) . ويرى الأستاذان كولان وكابيتان (جزء ٢ ص ٦٣) أن دعوى الصورية اذا رفعها الدائن لا يستفيد منها غيره من الدائنين .

متعلقة بالطعن فى عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأن سائر دعاوى البطلان[1] .

* ٧٥٩ — طرق الاثبات — تختلف طرق اثبات الصورية بحسب ما اذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين (أو ممثل له كالوارث وكالدائن الذى يرفع الدعوى باسم المدين)، أو كانت مرفوعة من الغير .

ففى الحالة الأولى يراد اثبات العقد المستتر فيما بين الطرفين، فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها اذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات[2] . أما اذا لم تزد على ذلك فيجوز اثبات

---

(١) نقض فرنسى فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠ — ١ — ١٤٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٤٧٣ هامش نمرة ٢ .

هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا كان التنازل صوريا، وأريد به جعل المحاكم المختلطة هى المختصة، وجب الحكم بعدم الاختصاص، ولو أبدى هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، لأن هذا الدفع من النظام العام (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنه ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٣٠ — ٦ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٠ — ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٠٥ — ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٠) — ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ — ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٨٢ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨٨ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩) . وليس لقاضى الأمور المستعجلة أن يبت فى صورية حوالة ما لم يكن هناك غش واضح (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨) .

(٢) استئناف أهلى فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ مج ٢٢ ع ١٤٠ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ مج ٢٥ عدد ٨٥ — استئناف مصر الأهلية ٢١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١٢٢ رقم ٧٢ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣١ ص ١٣٦ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٢٢٦ نمرة ٢٦٠ — نقض فرنسى ١٠ يوليه سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩ — ١ — ٣٦٨ — ٣١ يناير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٨٠ — والوارث لأحد المتعاقدين يحل محل مورثه فيتقيد بطرق الاثبات التى يتقيد بها مورثه (استئناف مصر الأهلية ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ مج ٢٩ رقم ١١٣ — الزقازيق الكلية فى ٩ مايو سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ١٧٥ رقم ٩١) إلا اذا كان التصرف حاصلا من المورث لأحد الورثة، فيصبح باقى الورثة بالنسبة للعقد أجانب، فلهم إثبات صوريته بجميع طرق الاثبات (استئناف مصر الأهلية ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ محاماة ٥ ص ٤١٥ رقم ٣٥٨ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ محاماة ٨ ص ٧٦١ رقم ٤٦٢ — أول مايو سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٢١٦ رقم ١٢٣ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ٣٧٢ رقم ٢٠٩ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ٦٢٧ رقم ٣٩١ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ مج ٣٢ ص ١٣٢ رقم ٥٧ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ولا يقال إن الصورية غش يجوز إثباته بجميع الطرق، فقد قدمنا أن هناك فرقا بين الصورية والغش (استئناف أهلى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦) . فيجب التمييز بين الصورية =

العقد بجميع الطرق بما فيها البينة والقرائن، إلا اذا كان العقد الظاهر مكتوبا، فلا يجوز اثبات عكسه إلا بالكتابة، وذلك طبقا للقواعد العامة[1].

= والغش، فالصورية فيما بين المتعاقدين لاتثبت إلا بالطرق التى يثبت بها العقد، أما الغش فهو واقعة لا عقد، ويثبت بجميع طرق الاثبات (بلانيول ٢ فقرة ١٢٠٤ ص ٣٩٨).

واذا كانت الصورية قصد بها التحايل على القانون، فانه يجوز الاثبات بجميع الطرق، حتى لو زادت القيمة على عشرة جنيهات (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ — ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤ — نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٦١٥ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١١ — ١ — ١٤٢ — ١٤ فبراير سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٢٤٠ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٤١ — ديموج ١ ص ٢٧٣ — ص ٢٧٤). مثل ذلك محاولة التخلص من حكم المادة ٣٣٩ مدنى (أبو حمص أول نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٣١ رقم ٤٥٤)، ويعتبر غشا وضع رهن فى صورة بيع للتحايل على قانون خمسة الأفدنة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤)، وأن يتعمد المتعاقدان إلباس العقد صورة ظاهرية تجعل الاخلال به جريمة يعاقب عليها القانون، فمن استصدر من مدينه كتابة بأنه سلمه مبلغ الدين بصفة أمانة حتى يهدده بالمحاكمة الجنائية اذا تأخر عن الدفع لايجوز له اتهام مدينه بأنه اتهم نخان، لأن أصل الدين دين مدنى وألبس ثوبا جنائيا عمدا لغرض خاص (بورجا الجزئية ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٨٧ رقم ٤٩).

(١) استئناف أهلى أول يناير سنة ١٩٠٧ ج ٨ ع ٩٩ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ ج ١١ ع ٦٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ ج ١١ ع ٣٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٠ ج ١١ ع ٦٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ ج ١٥ ع ١١٩ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ ج ٢٢ ع ١٤٠ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٤١١ رقم ٣٤٤ — استئناف مصر الأهلية ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٣٢٥ رقم ٢٨٩ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٤٧٧ رقم ٣١٠ — اسكندرية الكلية الأهلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٥٢ رقم ١٩٦ — شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٤٦ رقم ٣٢٩ — استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠١ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨٠ — نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢١ — ١ — ٧١، وقد قضت محكمة النقض الجنائية الأهلية بأنه اذا كان الدين ثابتا بسند رسمى ذكر فيه أن النقود دفعت أمام كاتب العقود، فلا يمكن إثبات الصورية بشهادة الشهود، ومن ثم لايجوز إثبات أن مبلغ الدين يشتمل على فوائد ربوية (٤ يناير سنة ١٩٢٤ ج ٢٧ ع ٧٦).

ومن التطبيق للقواعد العامة جواز الاثبات بغير الكتابة اذا وجد مانع من الحصول عليها، وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن علاقة الزوجية مانعة من الحصول على كتابة تثبت الصورية، فللزوجة أن تثبت صورية عقد البيع الصادر منها الى زوجها بشهادة الشهود وبالقرائن (٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٢٥١ رقم ١٨١). وكذلك يجوز الاثبات بغير الكتابة فى المواد التجارية (استئناف مختلط فى ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٧).

وقد تقدم الكلام فى صورية السبب وإثبات ذلك (انظر فقرة ٥٥٠ — ٥٥١).

واذا استطاع الخصم إثبات عدم صحة ما ورد فى العقد الظاهر، فتكون العلاقة القانونية بينه وبين خصمه هى العلاقة التى تكون بينهما لو لم يوجد هذا العقد الظاهر، ما دام لم يثبت أن هناك عقدا مستترا حقيقيا يحدد هذه العلاقة (نقض فرنسى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٠).

وفى الحالة الثانية — اذا كان يراد اثبات الصورية بين الغير وطرفى العقد[1] — لا يتقيد الغير بالكتابة حتى لو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات[2] . ويجوز الاثبات بجميع الطرق بما فيها البينة والقرائن[3] .

(١) والذى يثبت الصورية هو الغير . أما اذا أراد أحد طرفى العقد الصورى أن يثبت صورية العقد قبل الغير، فلا يجوز له ذلك، لأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر اذا كانت له مصلحة فى ذلك، حتى لو ثبتت صوريته (بلانيول ٢ فقرة ١٢٠٨) . هذا ما لم يثبت أن الغير كان يعلم بالصورية، فيسرى عليه العقد المستتر كما سبقت الإشارة الى ذلك .

(٢) استئناف أهلى ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ مج ١٦ ع ٥٥ — ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٣٢٥ رقم ٢٨٩ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ رقم ١٢٣ — مغاغة الجزئية ٢٢ مايو سنة ١٩٠٥ مج ٧ ع ٢٤ — استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٨٧٩ بوريللى بك م ٢٠٤ فقرة ٢ — ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ٢٠ ديسمبر سنه ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٥ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٥٤ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٦٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠٨ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٦ — نقض فرنسى فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٥ — ١ — ١٤ .

ويجوز إثبات صورية عقد رسمى دون الطعن فيه بالتزوير، مادام الخصم لا يدعى تزوير العقد ذاته، بل يقتصر على الادعاء بأنه عقد غير جدى (نقض فرنسى فى ٤ يوليه سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ٢٨٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٤٢) .

والشفيع يعتبر من الغير، فيستطيع أن يثبت صورية الثمن المذكور فى العقد بكل طرق الاثبات (استئناف مختلط فى ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . واذا طلب أن يثبت بالبينة أن المشارطة بين الذين رفع عليهم دعوى الشفعة كانت على بيع وليست على بدل، كما هو مذكور بتلك المشارطة، فليس ثمت ما يمنع من الترخيص له بذلك، ولا يكون هناك محل للقول بعدم جواز الاثبات بالبينة بحجة أن الواقعة المراد إثباتها تخالف ما تدون بالعقد، لأن طالب الشفعة لم يكن طرفا فى ذلك العقد (استئناف أهلى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ مج ٢٥ ع ٦٩) .

(٣) ويجب أن تكون القرائن مقنعة، وإلا فلا يحكم بالصورية (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣) .

ومن القرائن على الصورية وجود علاقة زوجية أو قرابة مابين المتعاقدين، أو أن البائع بقى حائزا للشىء المبيع، أو أن المشترى لم يسجل عقد البيع (مصر المختلطة ١١ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٢ — استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٢ — ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ — ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١ — انظر أيضا استئناف =

لأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية، ولأن الغير كان لا يستطيع الحصول على سند كتابى لاثبات صورية لم يكن طرفا فيها .

= مختلط ٩ نوفبر سنة ١٨٩٨م ١١ ص ٥ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣١ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧م ١٩ ص ٢٥٤) ولكن ليس من الضرورى أن يكون العقد صوريا بالرغم من وجود هـذه القرائن فهى قرائن قابلة لاثبات العكس (استئناف أهلى ١٩ نوفبر سنة ١٩٠١ مج ٤ ع ٢/٢٧ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ — ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٩ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٥ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٠ — ١١ نوفبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٧ — ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٠ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩) . ومن القرائن على الصورية أن يشترى أب باسم ابنه عينا حارما ابنيه الآخرين ، ولم يثبت أن للابن المشترى مالا خاصا (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥)، وأن يبيع شخص دون ضمان (استئناف مختلط فى ٥ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥)، وأن يبيع الوارث بعد يومين من موت مورثه دون أن يحصل على اعلام شرعى ، ودون أن يطلب المشترى منه ما يدل على أنه وارث وما هو نصيبه فى الميراث ، ودون أن يكون الوارث حائزا للعين المبيعة (استئناف مختلط فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩م ٤٢ ص ١٣٤)، وأن يصدر البيع عقب اعلان الدائن مدينه البائع ، و يتصرف المشترى بعد ذلك مباشرة فى العين المبيعة (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠) أو أن يصدر البيع بعد بضعة أيام من الحكم على البائع بالدين ، و يسجل بعد ذلك بمدة طو يلة ، و يثبت أن البائع جعل نفسه معسرا بهـذا البيع ، وأن المشترى عالم بذلك (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٣٧) . وأن يتنازل المستحق فى وقف عن استحقاقه دون مقابل ، بشرط أن يعود اليه الاستحقاق فيما بعد ، وقد ثبت أن المستحق فى الوقف كان مثقلا بالديون وقت تنازله (استئناف مختلط ٩ أبر يل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠) ، وأن يتصرف المدين فى ماله ، والدائن موشك أن يتخذ اجراءات قضائية قبله ، (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١)، و يكون تصرفه لأقارب ليس عندهم من المال مايدفعونه مقابلا لما تصرف فيه المدين (استئناف مختلط فى ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٠٨) ، وأن يتنازل المؤجر عن الأجرة ضمانا ووفاء لدين صورى (استئناف مختلط فى ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧) ، وأن يقوم المشترى على الشراء بالرغم من انذار دائن البائع له بأن البيع يقع اضرارا بحقوقه (استئناف مختلط فى ١١ نوفبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١)، وأن يتقدم الدائن المطعون فى سنده بالصورية بحكم غيابى على المدين وافق عليه هذا الأخير بالرغم من = سقوطه (استئناف مختلط فى ٨ نوفبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧) . وعند تقدير القرائن ينظر الى حالة المدين وقت التصرف لا بعده ، فاذا كان معسرا وقت تصرفه كان هذا قرينة على صورية هذا التصرف ، حتى لو أيسر بعـد ذلك ، وقبل الطعن فى التصرف بالصورية (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣)، و يجب أن ينظر الى القرائن فى مجموعها ، دون أن تفصل احداها عن الأخرى (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٧٢ رقم ٣٥٤) .

ولا يعتبر قرينة على الصورية اشتراط المشترى وفاء على البائع أن يلتزم بدفع المصاريف القضائية الناشئة عن التعرض للمشترى فى الشيء المبيع (استئناف مختلط فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٥)، ولا أن يدفع جزء من الثمن مع وجود شرط فى العقد يقضى بدفع الثمن جميعه فورا (استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٨٩٣م ٦ ص ٨٤)، ولا أن =

والحكم بصورية عقد حكم فى مسألة موضوعية، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه[1].

المطلب الرابع — مقارنة الدعاوى الثلاث بعضها بالبعض الآخر

* ٧٦٠ — **سبب هذه المقارنة** — بعد أن فصلنا أحكام هذه الدعاوى الثلاث : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية، قد يكون من استكمال الوضوح أن نقارن هـذه الدعاوى احداها بالأخرى، حتى تتبين ذاتيه كل دعوى بإزاء الدعويين الأخريين . فان هذه الدعاوى الثلاث ، وان وضعت لغرض واحد هو علاج موقف المدين المعسر[2]، تختلف احداها عن الأخرى اختلافا كبيرا .

ونحن نعقد المقارنة : (أولا) فيما بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية . (ثانيا) فيما بين الدعوى البوليصية ودعوى الصورية . (ثالثا) فيما بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة .

§ ١ — المقارنة بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية

٧٦١ — **مقارنة اجمالية** — قدمنا أن الدعويين يشتركان فى أن الدائن يعالج بهما موقف مدين معسر يتعمد الاضرار بدائنه أو يهمل إهمالا من شأنه أن يضر بهذا الدائن ،

... يكون الثمن بخسا (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٠ ص ١٨)، ولا أن ... قد ذكر فى العقد ثمن أكبر من الحقيقة لعرقلة الأخذ بالشفعة (استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ... ١٩٠ — محكمة مصر المختلطة ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ ص ٣٨ رقم ٣٩)، ولا أن يكون التصرف ... من الوقت الذى امتنع فيه التاجر عن وفاء ديونه (محكمة المنصورة التجارية المختلطة فى ٦ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ ص ٣٠ رقم ٥٦)، ولا أن يعطى المدين بعض المقولات مقابلا لوفاء دينه (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧)، ولا أن يحل المشترى نفسه محل الدائنين المرتهنين فى الرهون التى تثقل العقار المبيع، فان مثل هذا الاحتياط معقول لا سيما اذا كان هناك احتمال لوجود وجه لبطلان البيع (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣)، ولا أن تسجل عقود البيع المتالية بالرغم من امكان الاقتصار على تسجيل العقد الأخير (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤) .

(١) محكمة النقض الأهلية فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ٨٣٩ رقم ٤١٤ — مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٢٢ — محكمة النقض الفرنسية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٤٠٧ — هذا مالم يقرر القانون ... ائن تعرف بها صورية العقد، فيجب على محكمة الموضوع الأخذ بها اذا كانت قرائن قاطعة (بلانيول وريبير واسمان ١ ... ٣٤٢ — ديموج ١ ص ٢٧٥) .

(٢) إلا أن دعوى الصورية لا يشترط فيها أن يكون المدين معسرا ، فدعوى الصـورية اذن ليست مقصورة على ... موقف المدين المعسر .

ويشتركان كذلك فى أن الاجراءات فيهما فردية لا عامة بخلاف إجراءات الافلاس التجارى .

وتختلف الدعويان فى أن الذى يعالجه الدائن فى حالة الدعوى غير المباشرة هو عمل سلبى من المدين ، امتناعه عن استعمال حقوقه عمدا أو إهمالا . وما يعالجه فى حالة الدعوى البوليصية هو عمل إيجابى من المدين ، تصرفه فى حقوقه إضرارا بالدائن . لذلك كانت الحماية ضد العمل الإيجابى أشد نشاطا من الحماية ضد العمل السلبى ، فالدعوى البوليصية يرفعها الدائن باسمه لا باسم المدين ، ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة للتصرف الذى يطعن فيه ، ويستقل بما يترتب عليها من أثر دون سائر الدائنين . أما الدعوى غير المباشرة فيرفعها الدائن باسم المدين ، ويعتبر نفسه نائبا عن المدين فى الحق الذى يستعمله باسمه ، ويشترك مع سائر الدائنين فيما يترتب من أثر على الدعوى (١) .

* ٧٦٢ — *مقارنة تفصيلية* — أما من حيث التفاصيل فهناك فروق كثيرة بين الدعويين فى الشروط وفى الأحكام . نذكر منها ما يأتى :

(*أولا*) *من حيث الشروط* — تختلف الدعويان فى وجوه عديدة ، منها :

(١) فى الدعوى غير المباشرة لا يشترط فى الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء طبقا للرأى الذى ذهبنا اليه ، ويشترط ذلك فى الدعوى البوليصية .

(٢) فى الدعوى غير المباشرة لا يشترط فى الدائن أن يكون حقه ، بقا على ثبوت حق المدين الذى يستعمله الدائن ، أما فى الدعوى البوليصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين ، على التفصيل الذى بيناه . ويترتب على ذلك أنه يشترط فى أكثر الأحيان أن يكون حق الدائن ثابت التاريخ فى الدعوى البوليصية حتى يمكن إثبات أسبقيته على التصرف ، ولا يشترط ثبوت التاريخ فى الدعوى غير المباشرة .

(٣) فى الدعوى غير المباشرة قد يكون مصدر الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه

---

(١) وقد قدمنا أن الدائن يستطيع أن يستعمل كلا من الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة ، اذا أخفق فى احداهما استعمل الأخرى . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما فى اجراءات واحدة ، لأنهما دعويان مختلفتان (انظر آنفا فقرة ٧٢٩ فى الهامش) .

عملا قانونيا أو عملا ماديا أو غير ذلك . أما فى الدعوى البوليصية فالتصرف الذى يطعن فيه الدائن لا بد أن يكون عملا قانونيا توافرت فيه شروط معينة تقدّم ذكرها .

(٤) فى الدعوى غير المباشرة لا يجوز للدائن أن يستعمل باسم المدين حقا متصلا بشخص المدين . أما فى الدعوى البوليصية فانه يجوز للدائن فى بعض الأحوال أن يطعن فى عمل قانونى صادر من المدين يستعمل به حقا متصلا بشخصه ، كما تقدّمت الاشارة الى ذلك .

(٥) فى الدعوى غير المباشرة قد يكون المدين سيئ النية وقد يكون مهملا فى استعمال حقه بنفسه ، أما فى الدعوى البوليصية فلا بد أن يكون المدين (فيما عدا التبرعات فى القانون المصرى) سيئ النية يريد بتصرفه الاضرار بحقوق دائنه ، بل ان سوء نية المدين وحده لا يكفى إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، إذ يجب تواطؤ المدين مع من تصرف له .

(٦) فى الدعوى غير المباشرة تقبل الدعوى ولو لم يدخل المدين خصما فيها ، وإنما لا يكون الحكم حجة عليه . أما الدعوى البوليصية فلا تقبل إلا إذا كان المدين وخلف المدين خصما فيها .

(ثانيا) من حيث الاحكام — ويوجد كذلك ، من حيث الأحكام ، فروق كثيرة بين الدعويين ، نذكر منها :

(١) فى الدعوى غير المباشرة لا يستفيد الدائن وحده ، بل يشترك معه الدائنون شركة غرماء . أما فى الدعوى البوليصية فالدائن الذى رفع الدعوى هو الذى يستفيد وحده كما قدّمنا . وذلك لأن الدائن فى الدعوى غير المباشرة يعمل باسم المدين فيستفيد من عمله سائر الدائنين ، أما فى الدعوى البوليصية فالدائن يعمل باسمه ولحسابه فلا يستفيد غيره من عمله .

(٢) الأثر الذى يجنيه الدائن من الدعوى غير المباشرة يختلف باختلاف الحق الذى يستعمله باسم المدين ، ذلك لأنه لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى متعدّدة بقدر ما للمدين من حقوق يستطيع أن يستعملها الدائن باسمه ، وهى تارة تكون عينية ، وطورا تكون شخصية ، حسب طبيعة الحق الذى يستعمله الدائن . أما الأثر الذى يجنيه الدائن من الدعوى البوليصية فهو واحد دائما ، اعتباره من الغير فى التصرف المطعون فيه ، ذلك أنه لا توجد إلا دعوى بوليصية واحدة يرفعها الدائن باسمه ، وهى دائما دعوى شخصية .

§ ٢ — المقارنة بين الدعوى البوليصية ودعوى الصورية

* ٧٦٣ — **مقارنة اجمالية** — يدعو إلى مقارنة الدعويين إحداهما بالأخرى شبه واضح فيما بينهما[1].

---

(١) وكثيرا ما كان يخلط بين الدعوى البوليصية ودعوى الصورية (محكمة النقض الفرنسية ٢٥ يناير سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ — ٤ — ٣٤٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢ — ١ — ٢٣٤ — محكمة نيم الاستئنافية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٤٩ سيريه ٥٠ — ٢ — ١٦٤ — محكمة رن الاستئنافية فى ١٦ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٧ — ٢ — ٤٥) . ولكن التمييز بينهما أصبح الآن واضحا (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ٢٢ ص ٢٨٩ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — نقض فرنسى فى ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ — ١ — ٣٠١ — محكمة بوردو الاستئنافية فى ٥ مارس سنة ١٨٩٦ مجموعة بوردو ٩٦ — ١ — ٢٤١ — حكم آخر فى ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ الباندكت ٩٧ — ٢ — ٢١ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١ وهامش نمرة ٤٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٥ — فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — فقرة ٤٩٩ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣١ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٦٢ وما بعدها — والتون ٢ ص ١٤١) .

ويجوز رفع الدعويين احداهما بعد الأخرى، لأنهما دعويان مختلفتان، فترفع أولا دعوى الصورية، ثم بعد ذلك الدعوى البوليصية . بل يجوز رفع الدعويين معا، فيبدأ الدائن باثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى، ثم يطعن بعد ذلك فى العقد الحقيق بالدعوى البوليصية . مثل ذلك هبة فى صورة بيع : يبدأ الدائن باثبات صورية البيع وأن حقيقته هبة، ثم يطعن بعد ذلك فى الهبة بالدعوى البوليصية فلا يحتاج الى اثبات تواطؤ الموهوب له (بل ولا غش الواهب فى القانون المصرى) . (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٤٥٤ — نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٣ — ١ — ٨٠ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٧٦ ص ٢٨٢ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٦٤ — دى هلتس ١ دعوى بوليصية فقرة ٢١) . ويجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالصورية و بالدعوى البوليصية معا على سبيل الخيرة، فيحاول اثبات الصورية أولا، فان لم ينجح انتقل الى الدعوى البوليصية (استئناف مختلط فى ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٤٦ — قارن استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٧) . ولكن يبدأ الدائن بالصورية، ثم اذا لم ينجح فيها ينتقل الى الدعوى البوليصية، لأن فى الدفع بالدعوى البوليصية أولا معنى الاقرار بوجود العقد، وهذا لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك (مصر الكلية الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ ج ٢٩ ص ٨٥ / ٢ — استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠ — ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية فى ٧ مارس سنة ١٩٢٨ محاماة ٨ ص ٨٨٩ رقم ٥٣٤ بأنه اذا دفع بصورية البيع ونفى بصحته، فلا يجوز الدفع أمام محكمة الاستئناف لأول مرة بأن التصرف قد حصل اضرارا بالدائن . وقضت من جهة أخرى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ بأنه لا يوجد ما يمنع الدائن من تحويل الدعوى البوليصية الى دعوى الصورية، أى يجوز له أن يطعن بالدعوى البوليصية أولا ثم بعد ذلك بدعوى الصورية) . وقضت فى حكم آخر فى ٢٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤١ =

ففى كليهما[1] يحاول المدين أن يستخلص بعض ماله من تنفيذ الدائن ، ويتصرف فى هذا المال تصرفا جدّيا أو صوريا إضرارا بالدائن . وفى كلا الدعويين يكون الدائن من الغير بالنسبة لتصرف المدين .

ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك . ففى الدعوى البوليصية يتصرف المدين فى ماله تصرفا جدّيا ، لذلك ينتج هذا التصرف أثره فيما بين المتعاقدين ، وبالنسبة لخلف كل منهما سواء كان عاما أو خاصا وبالنسبة للدائنين ، ويستثنى من ذلك الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية ، فان العقد لا ينتج أثره بالنسبة له . أما فى الصورية فالمدين لا يتصرف فى ماله تصرفا جدّيا ، وليس للعقد الظاهر وجود قانونى ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقى ، لذلك لا ينتج العقد الصورى أى أثر فيما بين المتعاقدين وورثة كل منهما ، ولا ينتج أثرا إلا بالنسبة للغير حماية لاستقرار المعاملات كما قدّمنا[2] . والدائن فى الدعوى البوليصية يرمى إلى إدخال شىء خرج من ملك المدين ، أما فى دعوى الصورية فيرمى إلى إبقاء شىء لم يخرج من ملك المدين[3] .

* ٧٦٤ — *مقارنة تفصيلية* — وفى التفاصيل تختلف الدعويان من عدّة وجوه ، نذكر منها :

(١) فى الدعوى البوليصية يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، أما فى دعوى

= بأنه يجوز للدائن ، اذا كان قد طعن فى تصرف مدينه أمام محكمة أول درجة بالغش دون أن يبين ما اذا كان يعتبر التصرف صوريا أو جدّيا ، أن يطعن فى التصرف بالصورية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف) . هذا واذا نجح الدائن فى اثبات صورية العقد ، اكتفى بذلك ، ولا يصبح فى حاجة الى اثبات توافر شروط الدعوى البوليصية (مصر الكلية الأهلية فى ٥ فبراير سنة ١٩١٠ ج ١١ ع ١٤٠ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦) .

(١) يلاحظ أن الصورية قد تكون اتخذت سبيلا للوصول الى غرض آخر غير الاضرار بحقوق الدائن ، كما تقدّمت الاشارة الى ذلك .

(٢) وفى الصورية يجوز للدين أن يسترد العين التى باعها للمشترى بعقد صورى ، أما فى الدعوى البوليصية فلا يستطيع ذلك لأن البيع جدّى . والدعوى البوليصية لا يرفعها إلا الدائن . أما دعوى الصورية فقد يرفعها الخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين (جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ — استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٨ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — استئناف مصر الأهلية أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ رقم ١٢٣) .

(٣) انظر فى هذا المعنى محكمة ليون الاستئنافية فى ٢٨ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥ — ٢ — ١٢٩ — وانظر أيضا استئناف مختلط فى ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .

الصـورية فيكفى أن يكون حقه خاليا من النزاع . فالدائن إلى أجل أو تحت شرط موقف يستطيع رفع دعوى الصورية دون الدعوى البوليصية (١) .

(٢) فى الدعوى البوليصية يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف على النحو الذى بيناه، أما فى دعوى الصورية فلا يشترط ذلك (٢) .

(٣) فى الدعوى البوليصية يجب أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب أو زاد فى إعسار المدين ، أما فى دعوى الصورية فيجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كان التصرف الصورى لا يسبب إعسار المدين بفـرض أنه جدّى لأن الدائن فى دعوى الصورية يطلب تقرير عدم وجود التصرف ، وهـذه حقيقة لا تتغير سـواء كان المدين معسرا أو غير معسـر (٣) .

---

(١) أوبرى ورو ٤ ص ٢٤٠ هامش نمرة ٤٨ ثالثا — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى و بارد ١ فقرة ٧٣٢ . أما اذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، فليس له أن يرفع دعوى الصورية حتى يخلو الحق من النزاع باتفاق أو بحكم (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ١٢ ص ٥٠ — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٣٢) .

(٢) استئناف أهلى ١٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٣ — استئناف مصر الأهلية أول مايو سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٢١٦ رقم ١٢٣ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ محاماة ١٢ ص ١٧٤ رقم ٧٤ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٤٣٧ رقم ٢٥٠ — أسيوط الجزئية ٢٢ أبريل سنة ١٩١٥ ج ١٦ ع ٨١ ص ١٣٥ — استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٨٧٩ بوريللى بك م ٢٠٤ فقرة ٢ — ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ — ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧١ — ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ — ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٠٨ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٣ — ١٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٩ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — وقد كان القضاء يخلط كثيرا فى هذه المسألة ما بين الدعوى البوليصية ودعوى الصورية فيشترط فى الأخيرة كما يشترط فى الأولى أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين — وقد يكون التصرف الصورى سابقا على تاريخ التوقف عن الدفع (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٢) .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — مصر الكلية الأهلية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ ج ١١ ع ١٤٠ ص ٣٧٧ — بنى سويف جزئى ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٣٨ — أوبرى ورو ٤ ص ٢٤٠ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — =

(٤) فى الدعوى البوليصية يشترط إثبات غش المدين ومن تصرف له بعوض ، أى تواطئهما على الاضرار بحقوق الدائن . أما فى الصورية فلا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الاضرار بحقوق الدائن، فقد يكون المقصود بها غرضا آخر، فلا يمنع ذلك الدائن من الطعن فى التصرف الصورى (١) .

(٥) الدعوى البوليصية تسقط بالتقادم ، أما دعوى الصورية فيراد بها تقرير أمر واقع، وهذا الأمر صحيح مهما انقضى عليه من الزمن، لذلك لا تسقط هذه الدعوى بالتقادم (٢) .

(٦) فى الدعوى البوليصية يستأثر الدائن وحده بالتنفيذ على الحق الذى تصرف فيه المدين، أما فى دعوى الصورية فالدائن يقرر أمرا واقعا هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين ، وبذلك تبقى فى الضمان العام لكل الدائنين ، فلا يستأثر الدائن الذى رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده، بل يشترك معه فى ذلك سائر الدائنين (٣) .

= بودرى و بارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٦ – بلانيول و ريبير و ردوان ٢ فقرة ٩٧٢ ص ٢٧٩ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٦٣ — والتون ٢ ص ١٤٢ ، ومع ذلك انظر بلانيول ٢ فقرة ١٢٠٣ — جروبيه فقرة ٣٣٣ .

والواقع كما تقول الأستاذة بلانيول و ريبير و ردوان أن الدائن ، اذا وجد مالا كافيا غير المال الذى تصرف فيه المدين صوريا، لا يتعب نفسه فى رفع دعوى الصورية، فهو لا يلجأ اليها فعلا إلا عند اعسار المدين (بلانيول و ريبير و ردوان ٢ فقرة ٩٧٢ ص ٢٧٩) .

و يلاحظ أنه كما لا يشترط فى دعوى الصورية أن التصرف بسبب إعسار المدين، لا يشترط كذلك أن يكون المدين معسرا، بقطع النظر عن علاقة التصرف بهذا الاعسار، فيستطيع الدائن أن يطعن بالصورية فى تصرف مدينه حتى لو كان موسرا (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٣٢ نمرة ٥٧)، وان كان ذلك لا يقع كثيرا فى العمل كما قدمنا . كما يستطيع الدائن الطعن بالصورية اذا كان المدين معسرا، ولو لم يكن التصرف المطعون فيه هو السبب فى الاعسار .

(١) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٧ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٠٣ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٦٤ — بلانيول و ريبير و ردوان ٢ فقرة ٩٧٢) .

(٢) لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — جروبيه فقرة ٣٣٥ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٦٦ ص ٣٥٨ — عكس ذلك أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٤٥٨ هامش نمرة ٢٩ — بودرى و بارد ١ فقرة ٧٤٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ — ص ١٤٣ – انظر كذلك بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٣٤٥ وهم يوفقون بين الرأيين، فدعوى الصورية نفسها لا تسقط بالتقادم ، ولكن قد ينشأ عن العقد الصورى مركز فعلى يتثبت بالتقادم (انظر استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١) .

(٣) لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — وانظر كذلك بودرى و بارد ١ فقرة ٧٣٩، ولكنهما يعللان هذا الحكم تعليلا آخر، فعندهما أن الدائنين اذا استفادوا جميعهم من دعوى الصورية، فذلك لأن المتعاقدين كانا طرفا =

(٧) فى الدعوى البوليصية اذا باع المدين عينا اضرارا بدائنه يعتبر البيع غير نافذ فى حق الدائن ، ويتقدم هذا الدائن فى استيفاء حقه من العين على دائن المشترى (١) . ولو كان المدين قد باع العين بيعا صوريا ، وتنازع دائن البائع مع دائن المشترى (٢) وكلاهما من الغير ، لتقدم دائن المشترى على دائن البائع إيثارا للعقد الظاهر كما قدمنا (٣) .

= فى الدعوى ، فيسرى الحكم فى حقهما وفى حق الدائنين تبعا لهما ، أما فى الدعوى البوليصية فالعقد لا يزال قائما صحيحا فيما بين المتعاقدين ، فكذلك هو بالنسبة للدائنين غير الدائن الذى رفع الدعوى .

ويلاحظ أن كثيرا من الفقهاء يذهبون الى أن دعوى الصورية لا تفيد إلا الدائن الذى رفعها ، ويستندون فى ذلك الى نسبية الحكم والى أن الدائن يرفع الدعوى باسمه ، وهذه هى الاعتبارات التى جعلت الدعوى البوليصية لا تفيد إلا الدائن الذى رفعها (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش نمرة ٥٢ — جرو بيه فقرة ٣٣٩ — كولان وكابيتان ٢ ص ٦٣ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٧٤) . ولكننا نرى أن هناك فرقا واضحا بين الدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، ففى الأولى يوجد تصرف جدى نفذ فى حق المدين ودائنيه ، وقد رفع أحد الدائنين الدعوى باسمه ليجعل هذا التصرف غير نافذ فى حقه هو وحده ، فمن المعقول أن الحكم لا يفيد أحدا غيره من الدائنين . أما فى دعوى الصورية فان التصرف غير موجود فى الواقع ، وقد رفع أحد الدائنين الدعوى باسمه ليقرر هذا الأمر ، فاذا ما تقرر لزم أن نعتبر الحق الذى تصرف فيه المدين لم يخرج أصلا من ذمته ، أى لم يخرج من الضمان العام لكل الدائنين ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك (انظر آنفا فقرة ٧٤٦ فى الحاشية ، وانظر فى هذا المعنى استئناف أهلى ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ ج ١٥ ع ٧٢ — استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٧) .

(١) على أنه يلاحظ أنه اذا كان الحق الذى تصرف فيه المدين نقدا ، فان دائن البائع يشترك مع دائن المشترى فى الرجوع على المشترى شركة غرماء ، تطبيقا للقواعد العامة (بلانيول ٢ فقرة ٣٣٠ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٠) .

(٢) أما لو تنازع دائن البائع مع مشتر من المشترى حسن النية ، فالمشترى من المشترى هو الذى يفضل ، سواء كان البيع جديا وقابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية أو كان العقد صوريا . واذا تنازع دائن البائع مع موهوب له من المشترى ، ففى الدعوى البوليصية يقدم الدائن حتى لو كان الموهوب له حسن النية ، وفى دعوى الصورية لا يقدم الدائن ما دام الموهوب له حسن النية (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش نمرة ٥٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ — جرو بيه فقرة ٣٤٠ — فتحى زغلول ص ١٤٤ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٧٥ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٣٦٥ ص ٣٥٧) .

(٣) وقد قدمنا أن هذه النتيجة تبدو غريبة ، لأن دائن البائع يكون أسعد حظا اذا كان البيع الذى صدر من مدينه جديا منه لو كان هذا البيع صوريا ، فهو لا يحمل أثر تصرف جدى صدر من مدينه ، ويحمل فى الوقت ذاته أثر هذا التصرف لو كان صوريا ، وكان الأولى ألا يحمله وهو صورى ما دام لا يحمله وهو جدى (انظر آنفا فقرة ٧٤٧ فى الحاشية قبل الأخيرة) . ولكننا نجد عند التأمل أن المدين اذا صدر منه بيع صورى فلا يخلو الحال من أحد أمرين : إما أن يكون تواطؤه مع المشترى يقصد به الاضرار بدائنه ، وفى هذه الحالة رأينا أن الدائن يلتزم باحترام العقد الظاهر الذى يتمسك به دائن المشترى ، ولكنه يستطيع من جهة أخرى أن يتمسك هو أيضا بالعقد الظاهر ويتنازل عن الطعن فيه بالصورية ويعتبره جديا ، فيطعن فيه بالدعوى البوليصية وقد توافرت شروطها ، فيقدم على دائن المشترى ، وبذلك لا يقال أنه تحمل أثر العقد الصورى فى غرض كان لا يحمل فيه أثر العقد الجدى . وإما أن يكون تواطؤ المدين البائع والمشترى على الصورية لم يقصد به الاضرار بدائن البائع ، بل قصد به الى غرض آخر ، وفى هذه الحالة لا يستطيع دائن البائع

§ ٣ — المقارنة بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة

* ٧٦٥ — **وجوه الشبه** — رأينا من مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية أن دعوى الصورية أقرب الى الدعوى غير المباشرة منها الى الدعوى البوليصية من حيث الشروط والأحكام . فقد رأينا أنه لا يشترط فى دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء بل يكفى أن يكون خاليا من النزاع ، ولا تشترط أسبقية الحق على التصرف ، وهذا هو الأمر فى الدعوى غير المباشرة . ورأينا أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء من اشترك منهم فى الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضا حكم الدعوى غير المباشرة .

وحتى نصوّر الأمر تصويرا واضحا نفرض أن مدينا باع عينا بيعا صوريا ، فدائن البائع يستطيع أن يطعن فى العقد بالصورية فلا ينفذ فى حقه ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصورى ، واذا طعن بالصورية استفاد من هذا الطعن سائر الدائنين لأن العين لم تخرج من ضمانهم . ويستطيع الدائن أيضا ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع فى التمسك بالعقد المستتر فيصل الى نفس النتيجة التى يصل اليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو فى ذلك أيضا لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصورى ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين .

* ٧٦٦ — **وجوه الخلاف** — على أن هناك فروقا بين أن يطعن الدائن بالصورية فى العقد الظاهر وأن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين :

(١) فالدائن اذا طعن فى العقد الظاهر بالصورية يرفع الدعوى باسمه ، واذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين يرفع الدعوى باسم هذا المدين . ويترتب على ذلك أنه فى الحالة الأولى يستطيع إثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير ، أما فى الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين فلا يستطيع الاثبات إلا بالطرق التى يستطيعها المدين ، فيجب الاثبات بالكتابة

= المشترى بالعقد الظاهر ، ويتقدم على دائن البائع ، ولا يعترض على ذلك بأن عقدا صوريا تحمل دائن البائع أثره وكان لا يحمله لو كان جديا ، لأن العقد لو كان جديا لتحمل الدائن أثره أيضا اذ لا يمكنه الطعن فيه بالدعوى البوليصية ما دام شرط التواطؤ للاضرار به غير متوافر . ومن ذلك نرى أنه حيث يستطيع دائن البائع ألا يتحمل أثر تصرف جدى صدر من مدينه ، يستطيع كذلك عدم تحمل أثر هذا التصرف لو كان صوريا .

فيما جاوزت قيمته عشرة جنيهات أو فيما لا يجاوز هذه القيمة اذا كان العقد الصورى مكتوبا حتى لا يثبت عكس المكتوب إلا بالكتابة[1].

(٢) واذا طعن الدائن بالصورية فليس هو فى حاجة الى إثبات إعسار المدين، فقد قدمنا أن هذه الدعوى يجوز رفعها ولو لم يكن المدين معسرا. أما اذا تمسك الدائن بالعقد المستتر نيابة عن مدينه وجب عليه أن يثبت أن المدين يكون معسرا اذا لم يتمسك بهذا العقد.

(ثالثا) اذا اختار الدائن دعوى الصورية فلا يستطيع المشترى أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر، أما اذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين كان للمشترى أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفوع التى يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذى تمسك بالعقد المستتر[2].

(رابعا) دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم، أما الدعوى غير المباشرة فتسقط بالمدة التى يسقط بها الحق الذى يستعمله الدائن.

ويتبين مما تقدم أن الدائن يفضل الطعن بالصورية على استعمال الدعوى غير المباشرة.

الفرع الثانى
أثر العقد بالنسبة للغير[3]

* ٧٦٧ — "الغير" فريقان — قدمنا أن العقد كقاعدة عامة لا ينصرف أثره الى الغير (Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse rotest)،

---

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧٩ وفقرة ١٨١ وما بعدها وفقرة ٥٩٠ — لوران ١٩ فقرة ٦٠٣ — لاروميير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ وفقرة ٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ وفقرة ٧٣٧ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٠٤ وفقرة ١٢٠٧ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٦٣ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٧٣ وفقرة ٩٧٨ ص ٢٨٣ — والتون ٢ ص ١٤٣.

ولكن يلاحظ أنه حتى فيما بين المتعاقدين يمكن إثبات الصورية بكل الطرق اذا كان هناك احتيال على القانون كما تقدمت الاشارة الى ذلك (ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٤ — فقرة ١٨٨ — لاروميير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ — فقرة ١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٧).

(٢) هبك ٧ فقرة ٢٣٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٧٦ ص ٢٨٣ — والتون ٢ ص ١٤٣.

(٣) انظر فى هذا الموضوع مقالين للاستاذ عبد العظيم الشنقيرى فى العقود العرفية بالنسبة لغير المتعاقدين (الشرائع السنة الرابعة ص ٤١٣ — ص ٤١٥ وص ٤٦٥ — ص ٤٧٢).

فالحقوق التى تنشأ من العقد والالتزامات التى يولدها لا تنتقل الى الغير[1]. وقد نصت المادتان ٢٠٢/١٤١ على أنه لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها . ونصت المادتان ٢٠٣/١٤٢ على أنه لا تترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها .

وقد بينا فيما تقدم من ينصرف اليه أثر العقد من متعاقدين وخلف عام وخلف خاص ودائنين . فاذا أردنا الآن تحديد "الغير" ، وهو من لا ينصرف اليه أثر العقد ، حددناه بأنه أحد شخصين : (١) أما أن يكون شخصا يدخل فى طائفة الخلف أو الدائنين ولكنه لا ينصرف اليه استثناء أثر العقد . (٢) وأما أن يكون شخصا لا يدخل فى هذه الطائفة فهو أجنبى بتاتا عن العقد (penitus extranei) .

والآن نحدد كل فريق من هذين الفريقين .

* ٧٦٨ — الفريق الأول : الخلف والدائنون فى أحوال استثنائية — قدمنا أن الخلف والدائنين قد يكونون من الغير فى أحوال استثنائية ، فلا ينصرف اليهم أثر العقد .

فالخلف العام يكون من الغير اذا أثبت أن التصرف الذى صدر من سلفه هو بيع أو هبة أو وقف فى مرض الموت[2] ، وعليه هو عبء إثبات ذلك .

والخلف الخاص يكون من الغير كذلك إلا اذا أثبت أن هذا العقد سابق على انتقال الشيء اليه وأن الحق الناشئ من العقد متكامل للشيء ، أو أثبت من يريد تحميله أثر العقد أن العقد سابق على انتقال الشيء وأن الالتزام المتولد منه محدد للشيء . فعبء الاثبات يقع على عاتق الخلف فى انتقال الحق ، وعلى عاتق الغير فى انتقال الالتزام .

والدائن يكون من الغير فى الدعوى البوليصية ، وفى الصورية اذا تمسك بأحد العقدين فيكون من الغير بالنسبة للعقد الآخر . وعليه هو عبء الاثبات .

ويتبين مما تقدم أن الخلف والدائنين يكونون من "الغير" فى أحوال معينة . وهم بهذه الصفة لا يحتج عليهم بالعقد إلا اذا كان ثابت التاريخ . وهذا ما قضت به المادة

---

(١) استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٤ — ١٨ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٠.

(٢) ونلاحظ أيضا أن البيع والهبة فى مرض الموت ، كما يأخذان حكم الوصية فى حق الورثة ، يأخذ هذا الحكم فى حق الدائنين ، فلا ينفذان من التركة إلا بعد أن يستوفى الدائنون حقوقهم كما فى الوصية . وعلى ذلك اذا أراد الدائنون إثبات أن العقد قد صدر فى مرض الموت فلا يحتج عليهم بالتاريخ العرفى (دى هلتس فى الخلف فقرة ٣١ وفقرة ٣٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٠) .

٢٠٣/١٤٢، فقد نصتا على أنه لا يترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها، ولا يجوز التمسك بها على الغير إلا اذا كان تاريخها ثابتا بوجه رسمي[(١)]. ومعنى "الغير" هنا هو المعنى الذى قدمناه: خلف عام أو خلف خاص أو دائن فى الأحوال التى يكون فيها هؤلاء من الغير[(٢)].

ويترتب على ذلك أن الخلف العام اذا كان "غيرا" لا يحتج عليه بالعقد إلا إذا كان ثابت التاريخ. فاذا صدر بيع أو هبة من المورّث فى مرض موته، فان التاريخ العرفى للعقد لا يكون حجة على الوارث، بل يستطيع هذا أن يثبت أن التاريخ الحقيق للعقد يرجع الى وقت كان فيه المورّث فى مرض الموت، وأن التاريخ المكتوب قد قدّم حتى لا يظهر أن العقد قد صدر فى مرض الموت[(٣)]. ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أريد التمسك على الخلف الخاص بعقد، ودفع الخلف بأن هذا العقد متأخر على انتقال الشيء اليه فيعتبر من الغير بالنسبة له،

---

(١) لا نريد هنا الافاضة فى شرح المادتين ٢٠٣/١٤٢، فمحل ذلك موضوع الاثبات. وقد عاد المشرع المصرى بالفعل الى هذه القاعدة فى باب اثبات الالتزامات، فنص فى المادتين ٢٩٣/٢٢٨ على أن المحررات غير الرسمية لا تكون حجة على غير المتعاقدين إلا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا. وكان الأولى ألا يكرر المشرع المصرى القاعدة فى نصين مختلفين، وأن يكتفى بالنص الثانى دون الأول كما فعل المشرع الفرنسى (م ١٣٢٨ مدنى فرنسى). ونحن نكتفى هنا بتحديد معنى "الغير" فى هذا الموضوع.

(٢) ولا يقصد بالغير الذى لا يجوز التمسك عليه بالعقد إلا اذا كان ثابت التاريخ الأجنبى بتاتا من العقد (أى الفريق الثانى). فتكون المادتان ٢٠٣/١٤٢ استعملتا كلمة "الغير" التى تكررت بمعنيين مختلفين، فى المرة الأولى بمعنى الغير اطلاقا أى الفريقين الأول والثانى، وفى المرة الثانية بمعنى الفريق الأول دون الثانى.

وبديهى أن المتعاقدين نفسيهما ليسا من "الغير"، فالتاريخ العرفى للعقد يكون حجة عليهما حتى لو تعاقد عنهما نائب (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥١). والتاريخ العرفى حجة عليهما حتى يثبتا عكسه بالكتابة طبقا للقواعد العامة التى تقضى بأنه لا يجوز اثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة. ويستثنى من ذلك الغش فانه يبيح الاثبات بجميع الطرق. مثل ذلك أن يؤخر التاريخ حتى لا يظهر أن المتعاقد كان قاصرا وقت صدور العقد، أو يقدم حتى لا يظهر أن المتعاقد كان وقت ذلك محجورا عليه. ففى مثل هذه الأحوال يكون للمتعاقد اثبات التاريخ الحقيق بجميع الطرق (استئناف أهلى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ عدد ١٢٧/١ ص ١٢٠ — استئناف مصر الأهلية ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٧٠ رقم ٤٧ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٧٢ رقم ٤٨). كذلك يجوز للمتعاقد أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفى للعقد غير صحيح اذا كان قد تعاقد بواسطة نائب، وقدم النائب التاريخ حتى يكون العقد صادرا فى وقت كانت نيابته فيه قائمة (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥١ — انظر أيضا استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١)، وفى هذه الحالة يعتبر المتعاقد من الغير، لأن العقد قد صدر من شخص سقطت نيابته عنه، فسقوط حجية التاريخ العرفى للعقد انما هو متفق مع القواعد العامة.

(٣) استئناف مصر الأهلية ٢٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٩٧٦ رقم ٥٢٧ — ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٦٨٢ رقم ٣٤٠ — اسكندرية الكلية الأهلية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٦٨ رقم ٢٨٣.

فان التاريخ العرفى للعقد لا يكون حجة عليه، وله أن يثبت أن هذا التاريخ قد قدّم، ولا يحتج عليه بالتاريخ إلا اذا كان ثابتا ثبوتا رسميا (١) . ويترتب على ذلك أخيرا أن الدائن فى الدعوى البوليصية، إذا كان حقه ثابت التاريخ، لا يحتج عليه بالعقد الصادر من المدين إلا اذا كان ثابت التاريخ، فاذا كان التاريخ عرفيا فلا يكون حجة عليه حتى لو كان سابقا على حقه، لأنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف (٢) .

* ٧٦٩ — الفريق الثانى : الغير الأجنبى أصلا عن العقد (penitus extranei) من الواضح أن شخصا ليس طرفا فى العقد ولا خلفا عاما أو خاصا أو دائنا لأحد من طرفى العقد لا ينصرف اليه أثر العقد (٣) . وما ينبغى أن ينصرف اليه هذا الأثر ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد . رجلان يتبايعان منزلا فما شأنى أنا فى هذا الأمر ؟ قد يكون البيع صحيحا أو باطلا، قد يفسخ العقد أو لا يفسخ، قد تنتقل الملكية الى المشترى أو لا تنتقل،

(١) على أن المخالصات تعتبر حجة على الغير ولو لم تكن ثابتة التاريخ تسهيلا للمعاملات اليومية (محكمة مصر الكلية الأهلية فى ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٢٥٥ — محكمة الفشن الجزئية ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ ج ١٧ ع ٥٧ ص ٩٤ — دى هلتس ١ فى الخلف فقرة ٣٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٨) . وكذلك لا يشترط ثبوت التاريخ فى المعاملات التجارية، فيسوغ للقاضى أن يستخلص من قرائن الأحوال أن حوالة الحق حصلت بعد الاستحقاق، ولو كان تاريخ الحوالة سابقا له (الموسكى الجزئية ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المحاكم ١٢ ص ٢٥٢٢) .

هذا واذا كان الخلف الخاص قد تلقى الشىء الذى انتقل اليه بعقد، فانه يكون هناك عقدان قد صدرا من شخص واحد لشخصين هما خلف له، وما لم تكن هناك قاعدة للاشهار فان من يريد من الخلفين أن يتمسك بعقده ضد الآخر وجب أن يكون عقده ثابت التاريخ وسابقا على العقد الآخر (دى هلتس ١ فى الخلف فقرة ٢٦) . فاذا فرض أن شخصا باع سيارة لشخصين مختلفين، فمن كان عقده أسبق فى ثبوت التاريخ تثبت له الملكية .

وتقضى المحاكم المصرية بأنه اذا لم يكن من اللازم تسجيل السند المبرعه بالسبب الصحيح لاكتساب الملكية بمضى خمس سنين، لكن يلزم أن أريد الاحتجاج به ضد غير المتعاقدين، أن يكون ذا تاريخ ثابت، وتحتسب الخمس السنوات من بدء هذا التاريخ (استئناف أهلى فى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ ج ١ ص ٤ نمرة ٢ — بورسعيد الجزئية أول أكتوبر سنة ١٩١٦ ج ١٨ ع ١٢/١ — استئناف مختلط فى ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٨ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٩ — ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٩١ — ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ — هالتون ١ ص ٤١٩ — والتون ٢ ص ٢٧ — قارن دى هلتس ١ فى الخلف فقرة ٢٤ — انظر أيضا بودرى وتيسييه فى التقادم فقرة ٦٧٧) .

(٢) كذلك اذا طعن الدائن بالصورية فى العقد الظاهر، فلا يكون التاريخ العرفى لهذا العقد حجة عليه، فله أن يثبت أن هذا التاريخ قدم أو أخر حتى لا يكون معاصرا لتاريخ العقد المستتر، وبذلك يتمكن من اثبات هذه المعاصرة التى هى شرط فى الصورية .

(٣) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٠ .

قد يلتزم كل من البائع والمشترى بالتزامات معينة بمقتضى هذا العقد . أما أنا فبعيد عن كل ذلك، لا يلحقنى شىء من أثره، إذا كان هذا الأثر ناشئا من العقد[1] . قد أتأثر من هذا التعامل بطريق غير مباشر . مثل ذلك أن يكون المنزل الذى يتعامل فيه المتعاقدان هو منزلى، فيستأجره المشترى وهو حسن النية ، ويستمر واضعا يده خمس سنوات ، فيملكه بالتقادم القصير ، فأكون فى مثل هذه الحالة قد فقدت ملكية منزلى . ولكن هذا الأثر القانونى الذى لحقنى لم ينتج من البيع — أى من العقد الذى لم أكن طرفا فيه — ولكنه نتج من سبب قانونى آخر هو وضع اليد المدة القصيرة . وكذلك لو كان موضوع التعامل منقولا وحازه المشترى بحسن نية، فانه يملكه فى الحال بمقتضى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية لا بمقتضى العقد . فالعقد ذاته، ما دمت غير طرف فيه ولا خلفا ولا دائنا لطرف، لا ينصرف الىّ أثره[2] .

---

(١) وهناك أمثلة أخرى لعدم انصراف أثر العقد الى الغير : صلح يقع بين الدائن وأحد الورثة ، فهذا عقد لا يسرى فى حق بقية الورثة (كولان وكابيتان ٢ ص ٣١٨) ، شخص يتعهد للدائن بدفع الدين عن المدين ، فهذا التعهد لا يبرئ ذمة المدين (نقض فرنسى فى ٣ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٨١ — ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٢٧٢) ، عقد يصدر من أحد الشركاء فى الشيوع ، فهذا العقد لا يقيد بقية الشركاء إلا فى حدود عمل الفضولى (استئناف مختلط فى ١٨ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٠ — والتون ٢ ص ٢٩) ، تصرف ما بين شخصين ، فهذا التصرف لا يضر بحقوق الحائز الذى لم يكن طرفا فيه (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧) ، اتفاق جديد ما بين المدين والدائن ، فهذا الاتفاق لا يؤثر فى حق الكفيل الذى لم يشترك فيه (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٨) ، مدين لا يستطيع أن يضع مكانه مدينا آخر باتفاق لا يكون الدائن طرفا فيه (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٦) . انظر أيضا أمثلة أخرى : استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٠ — ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٤ — محكمة اسكندرية التجارية المختلطة فى ٨ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ ص ٤٥ نمرة ٨٣) .

(٢) أما فى التعاقد بالنيابة ، فالنائب هو الغير ، ولا ينصرف اليه أثر العقد ، بل ينصرف الى الأصيل وهو الطرف فى العقد ، وقد تقدم ذكر ذلك .

هذا والغير لا ينصرف اليه أثر العقد حتى لو كان موضوع التعاقد شيئا مملوكا له كما قدمنا . فالعقد غير نافذ فى حقه (inopposable) ، ولا نقول أن العقد باطل (nul) فبطلان العقد انما يكون بالنسبة للمتعاقدين ومن يحمل معهما أثر العقد من خلف ودائن كما تقدمت الاشارة الى ذلك . فبالنسبة للغير يكون العقد غير نافذ ، سواء كان صحيحا أو باطلا فيما بين المتعاقدين . فبيع ملك الغير وايجار ملك الغير ورهن ملك الغير رهن حيازة أو رهنا رسميا ، كل هذه العقود لا تنفذ فى حق الغير لأنه لم يكن طرفا فى العقد . وهذه العقود تشترك فى أنها لا تنفذ فى حق المالك الحقيق ، وتختلف من حيث الصحة والبطلان فيما بين المتعاقدين ، فايجار ملك الغير ورهنه رهن حيازة عقدان صحيحان ، وبيع ملك الغير عقد باطل بطلانا نسبيا وقد تلحقه اجازة المشترى فينقلب صحيحا ولكنه يبقى غير نافذ فى حق المالك الحقيق ، ورهن ملك الغير رهنا رسميا عقد باطل بطلانا نسبيا . ومن ذلك نرى ألا شأن للغير فى صحة أو بطلان العقد ، فاذا كان موضوع هذا العقد شيئا مملوكا له =

على أن هذه القاعدة ليست مطلقة . فكما رأينا أن الفريق الذى ينصرف اليه أثر العقد من خلف ودائن قد لا ينصرف اليه هذا الأثر استثناء، كذلك الفريق الذى لا ينصرف اليه أثر العقد الأجنبي أصلا عن العقد قد ينصرف اليه استثناء هذا الأثر . ويتحقق ذلك إذا وجد اعتبار من العدالة أو من المصلحة العامة يبرر هذا الاستثناء . أما العدالة فتبرر أن يكون للغير فى بعض الأحوال دعوى مباشرة فى عقد لم يكن طرفا فيه وهذه هى الدعوى المباشرة التى سبق ذكرها(١) . أما المصلحة العامة فتقضى بوجوب استقرار المعاملات، وهذا يقتضى فى بعض الأحوال أن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفا فيه، سواء كان هذا العقد من أعمال التصرفات ومن أعمال الادارة . مثل ذلك التصرفات التى تصدر من الوارث الظاهر(٢) والإيجار الذى

= فلا يعنيه من العقد بطلانه أو صحته، بل يكفيه أن العقد لا ينفذ فى حقه، فيبقى الشيء مملوكا له كما كان قبل العقد، ويستطيع استرداده أين وجده .

ونلاحظ أنه اذا كان العقد لا ينصرف أثره الى الغير، فليس معنى هذا أن الغير لا يجبر على احترام العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين، بل هو يجبر على هذا الاحترام، ويتبين أثر هذا فيما لو حرض الغير أحد المتعاقدين على خرق التزامه التعاقدى، كما لو حرض صاحب متجر أحد عمال متجر آخر منافس له على ترك العمل فى هذا المتجر قبل انتهاء مدة العقد والدخول فى خدمة المتجر الأول، ففى هذه الحالة يكون صاحب المتجر الأول مسئولا مع العامل عن خرق هذا الأخير لالتزامه التعاقدى، ولكن صاحب المتجر يكون مسئولا عن عمل ضار صدر منه هو تحريضه العامل على خرق التزامه، وهذه مسئولية تقصيرية، أما العامل فمسئول عن خرق التزامه التعاقدى، فمسئوليته تعاقدية (انظر فى هذا الموضوع هيجينى (Hugueney) رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ — جوسران ٢ فقرة ٢٦١ ص ١٣٧ — ديموج ٧ فقرة ١١٦٢ — فقرة ١١٩٧ — والتون ٢ ص ٢٩، وانظر فى تكييف المسئولية على أساس أنها مسئولية تعاقدية يدخل فيها مسئولية تقصيرية بالنسبة للتعاقد ومسئولية تقصيرية بالنسبة للشريك فيكون الاثنان متضامنين الى هيجينى ص ٢٢٢ وما بعدها، وعلى أساس أنها مسئولية تعاقدية بالنسبة للتعاقد ومسئولية تقصيرية بالنسبة للشريك الى مازو فى المسئولية المدنية ١ فقرة ١٤٤، وعلى أساس أنها مسئولية تعاقدية بالنسبة للتعاقد وللشريك معا الى ديموج ٧ فقرة ١١٧٦) .

(١) وقد وجدنا تطبيقا لذلك فى عقد الاستصناع حيث يكون للصانع من الباطن قبل المستصنع دعوى مباشرة (م ٤١٤/٥٠٦/١٧٩٨)، وفى عقد الوكالة حيث يكون للوكل دعوى مباشرة قبل نائب الوكيل (م ٥٢٠/٦٣٧/١٩٩٤)، وفى عقد الايجار حيث يكون للمؤجر دعوى مباشرة قبل المستأجر من الباطن فى القانون الفرنسى (م ١٧٥٣ مدنى فرنسى)، وفى عقد التأمين حيث يكون للمصاب دعوى مباشرة قبل شركة التأمين طبقا للقانون الفرنسى الصادر فى يوليه سنة ١٩٣٠ وقد سبقت الاشارة الى كل هذه الأحوال . وقد قدمنا أن الدعوى المباشرة لا تثبت إلا بنص، لأنها خروج على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره الى الغير .

(٢) فيسرى تصرف الوارث الظاهر فى حق الوارث الحقيق مع أن هذا لم يكن طرفا فى العقد، وذلك لأن من يتعامل مع الوارث الظاهر معتقدا بحسن نية أنه المالك الحقيق لم يصدر منه أى تقصير . فمن حقه استقرارا للتعامل مع الوارثين، أن يعتمد على ثبات هذا التعامل، حتى لو ظهر بعد ذلك أن من تعامل معه ليس وارثا فى الواقع . هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر الوارث الحقيق قد قصر فى ترك نصيبه من الميراث فى يد الوارث الظاهر، فهو الذى يتحمل تبعة تقصيره (كولان وكابيتان ١ ص ٩٧٣ — ص ٩٧٤) . =

يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فى بعض الأحوال[1] .

لكن الأثر الذى انصرف الى الغير فى الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، ولم يرده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبنى على اعتبارات لا دخل للارادة فيها[2] . أما ان العقد ينتج أثرا ينصرف الى الغير و يكون أثرا مقصودا أراده المتعاقدان ، فذلك هو محل البحث . ويمكن القول بوجه عام أن القانون الحديث ، بعد تدرّج فى التطوّر ، أصبح يعترف بأن المتعاقدين يستطيعان بارادتهما أن يشترطا حقا للغير ، ولكنه وقف عند ذلك ، فلم يعترف حتى اليوم

= ومثل الوارث الظاهر الدائن الظاهر اذا تقاضى دينا ليس له ، فان وفاء المدين للدين فى هذه الحالة يكون صحيحا وينفذ فى حق الدائن الحقيق مع أنه لم يكن طرفا فى هذا الوفاء (كولان وكابيتان ٢ ص ٧٩) .

(١) وذلك كحالة المشترى وفاء اذا أجر العين لمدة ثلاث سنوات دون غش ، واسترد البائع وفاء العين قبل انقضاء مدة الايجار ، فان الايجار ينفذ فى حق البائع وفاء مع أنه لم يكن طرفا فيه (م ٤٣١/٣٤٥/١٦٧٣) . وهذا النص يعتبر تطبيقا لمبدأ عام لا يقتصر على بيع الوفاء ، فحيث يصدر عمل من أعمال الادارة دون غش من شخص لا يملك هذا العمل لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات تنفذ العمل فى حق المالك الحقيق ولو لم يكن طرفا فيه ، كالمشترى تحت شرط فاسخ والمشترى الذى فسخ عقده والمشترى بعقد باطل والمنتفع الذى انقضى حق انتفاعه (كتاب الايجار للمؤلف فقرة ٥١ — فقرة ٥٢ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣١٩ — جوسران ٢ فقرة ٢٦١) .

هذا وهناك حالات أخرى يتحمل فيها الغير أثر اتفاق لم يكن طرفا فيه . من ذلك حالة الافلاس ، اذا اتفقت أغلبية الدائنين على الصلح مع المفلس (concordat) ، وكان لهم ثلاثة أرباع الديون ، فيسرى هذا الاتفاق على أقلية الدائنين الذين لم يرضوا بهذا الصلح ولم يكونوا طرفا فيه (م ٣١٧/٣٢٧ تجارى) . كذلك يتحمل الغير أثر العقد فى الاتفاقات التى تنشئ مراكز منظمة كالزواج والشركة والجمعيات والاتفاق الجامع للعمل . وقد ينتج العقد مصلحة للغير دون أن يكون هناك اشتراط مباشر لهذه المصلحة ، كما اذا تعاقد شخص مع آخر على توريد مصنوعات من "ماركة" معينة ، فورد له مصنوعات من "ماركة" أخرى غشا ، فلصاحب "الماركة" المشترطة فى هذه الحالة حق الرجوع بالضرر الذى أصابه من وراء هذا الغش (نقض فرنسى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ — ١ — ١٥٦ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٨ يونيه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ٢ — ٢٧٠) . وفى تجديد الدين بتغيير المدين قد يتم هذا التجديد دون رضاء المدين ، ومع ذلك تبرأ ذمته بمقتضى عقد لم يكن طرفا فيه (م ١٢٧٤,٢٥١,١٨٧) كذلك وفاء غير المدين بالدين يبرئ ذمة المدين مع أنه لم يكن طرفا فى هذا الوفاء (م ١٢٣٦/٢٢٣/١٦٠) . (انظر فى كل ذلك والتون ٢ ص ٢٨ — ص ٢٩) .

وقد يتمسك على الغير بعقد لم يكن طرفا فيه كعنصر من عناصر الاثبات ، وقد وقع ذلك فى قضية اتفق فيها صاحب الأرض مع آخر على أن يستغل هذا الأخير منجما فى الأرض فى مقابل جعل قدراه فى العقد ، ثم وضعت شركة قضبانا حديدية لها على الأرض حالت دون استغلال المنجم ، ورجع صاحب الأرض بالتعويض على الشركة ، وقدر هذا التعويض بقدر الجعل المذكور فى العقد المتقدم ، مع أن الشركة لم تكن طرفا فيه (نقض فرنسى فى ٣ يناير سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ١٣٣ — ٣ فبراير سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ — ١ — ٣٠٨ — ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٣٧٩ — والتون ٢ ص ٣٠) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ٢٦٢ .

بأن المتعاقدين يستطيعان بارادتهما كذلك أن ينشئا التزاما فى ذمة الغير[(١)] . ولم يجر هـذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات العملية ، فهى التى اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقا من عقد لم يكن طرفا فيه ، ولعلها لم تقتض بعـدُ جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانونى دون ذلك[(٢)] .

يتبين مما تقدم أن المتعاقدين قد يتعهد أحدهما للآخر عن الغير فلا ينشئ هذا التعهد التزاما فى ذمة الغير ، وقد يشترط أحدهما على الآخر حقا لمصلحة الغير فينشئ الاشتراط هذا الحق[(٣)] . فليس اذن فى التعهد عن الغير خروج على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره الى الغير ، أما الاشتراط لمصلحة الغير ففيه خروج على هذه القاعدة .

ونحن نبحث هاتين المسألتين : التعهـد عن الغير (promesse de porte-fort) والاشتراط لمصلحة الغير (stipulation pour autrui) .

---

(١) والواقع من الأمر أن القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره الى الغير قاعدة عتيقة بالية ، ورثناها عن القانون الرومانى ، ونحن نستبقيها الآن اسما لا فعلا ، و إلا فنحن نخرج عليها كلما اقتضى تقدم المعاملات ذلك وكثيرا ما يقتضيه . والقانون الرومانى نفسه اذا كان قد أقر القاعدة فلمقتضيات ترجع الى صياغته الفنية ، ومع ذلك فقد اضطر الى الخروج عليها فى كثير من الاستثناءات كما سنرى . فنحن اذا كنا لا نزال نقرر أن العقد لا ينصرف أثره الى الغير ، فانما نفعل ذلك مجاراة لما يقرره الفقهاء فى هـذا الشأن ، واحتراما لتقاليد عتيقة آن لها أن تهدم ، وقد تهدمت بالفعل بالنسبة للاشتراط لمصلحة الغير (بلانيول ٢ فقرة ١٢٣٤ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٤) .

وليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن شخصين يتفقان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليـد التزام فى ذمتـه ، وليس هـذا معناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك ، فقبوله ضرورى فى الحالتين حتى لا يكون دائنا أو مدينا بالرغم من ارادته ، ولكنه اذا قبل يعتبر الحق الذى كسبه أو الالتزام الذى تعلق فى ذمته قد نشأ من نفس العقد الذى لم يكن طرفا فيه .

(٢) ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير فى ذلك . ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقا أما التعهد عن الغير فيولد التزاما ، وأنه اذا صح أن الغير يكسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيـه ، فلا يصح أن يتعلق فى ذمته التزام من عقد لم يصدر منه قبول به . ذلك لأن قبول الغير ضرورى فى الحالتين كما قدمنا . ففى الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من قبول المنتفع كما سنرى . كذلك فى التعهد عن الغير لا بد من اشتراط قبول الغير ، فاذا صدر هـذا القبول فما الذى يمنع من حيث المنطق القانونى ، من اعتبار الالتزام الذى نشأ فى ذمة الغير ، وقد قبله التزاما فى ذمته ، متولدا من العقد الذى لم يكن طرفا فيه ، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير ؟

(٣) والأصل أن كل شخص يتعاقد لنفسه أو عن نفسه ، إلا اذا قام الدليل على عكس ذلك (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٤٤ — ١٢ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٦٦) . واذا صدر من الوارث عمل باسمه الخاص ، فلا يتعدى أثر ذلك الى بقية الورثة (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠٨) .

المبحث الأول — التعهد عن الغير(*)

(Promesse de porte-fort)

* ٧٧٠ — **النصوص القانونية** — لم يرد فى القانون المصرى نص فى هذه المسألة(١). أما القانون الفرنسى فبعد أن ذكر فى المادة ١١١٩ أنه لا يجوز للتعاقد أن يلتزم إلا عن نفسه ، أورد استثناء لهذا المبدأ فى المادة ١١٢٠ فنص على ما يأتى : " ومع ذلك يجوز للشخص أن يوثق للغير (se proter fort pour un tiers) بأن يتعهد بصدور عمل منه ، أو يدفع من تعهد عن الغير ، أو وعد بالحصول على اقراره ، تعويضا اذا رفض الغير أن يقر هذا التعهد" . وسنرى أن مايزعمه المشرع الفرنسى استثناء ليس باستثناء فى الواقع . فالتعهد عن الغير ليس إلا تطبيقا للقاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره الى الغير(٢) . والقانون المصرى بالرغم من عدم وجود النص كما قدمنا ، يسلم بمبدأ التعهد عن الغير على النحو المسلم به فى القانون الفرنسى ، ويصل الى ذلك من مجرد تطبيق القواعد العامة(٣) .

* ٧٧١ — **الصور العملية للتعهد عن الغير** — والتعهد عن الغير كثير الوقوع فى الحياة العملية . ويقصد به فى الغالب معالجة موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاء

---

* المراجع : شامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ — بلومار (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — سافاتيه (Savatier) فى (Répertoire pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص ٦١ وص ١٠٠ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢١٣ وفقرة ٢٢١ — لوران ١٥ فقرة ٥٣٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٠ .

هذا وقد آثرنا تعبير " التعهد عن الغير " لبساطته ودقته . على أنه يمكن استعمال تعبير أقل بساطة يشتق من مادة " التوثيق " فيقال " عقد التوثيق للغير " ، ولكنا نفضل التعبير الأول لوضوحه . وقد استعمل الأستاذ محمد صالح فى مؤلفه فى الالتزامات لفظ " القبالة " (ص ٢٦٣) ، ولكن القبالة هى الكفالة ، وسنرى أن " التعهد عن الغير " يختلف عن الكفالة .

(١) ومع ذلك فمن فقهاء القانون المصرى من يذهب الى أن نص المادتين ١٣٧/١٩٨ ينصرف الى حالة التعهد عن الغير لا الى حالة الاشتراط لمصلحة الغير . (دى هلتس ٤ الاشتراط لمصلحة الغير فقرة ٢ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ١٨٥) . وسنناقش هذه المسألة عند الكلام فى الاشتراط لمصلحة الغير .

(٢) وقد كان المشرع الفرنسى أكثر دقة فى المادة ١١٦٥ ، فقد قرر فيها أن العقود لا تضر بالغير (ولم يستثن التعهد عن الغير) ولا تفيد الغير (واستثنى الاشتراط لمصلحة الغير) .

(٣) والنون ٢ ص ٤٨ — استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١٤ ، انظر كذلك المادة ٣٣٥ من القانون المدنى المختلط ، وهى تطبيق تشريعى للتعهد عن الغير فى حالة البيع .

ذى الشأن لسبب ما ، فيلتزم عنه غيره . مثل ذلك شركاء فى الشيوع يتصرفون فى الشيء المشترك بينهم ، وفيهم قاصر أو محجور عليه أو غائب ، ويريدون تجنب اجراءات المجلس الحسبي المعقدة، أو كان فيهم شخص غير حاضر وقت العقد ولا يمكن انتظاره خوف ضياع الصفقة ، أو كانوا يقتسمون الشيء المشاع وفيهم قاصر ويريدون تجنب اجراءات القسمة القضائية . فى مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد : أولا عن أنفسهم، وثانيا ملتزمين عن غيرهم ممن لا يمكنه التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة . كذلك الورثة اذا تعاقدوا بشأن التركة وكان بينهم قاصر ، فانهم يستطيعون التعاقد عن أنفسهم ويتعهدون عن القاصر . والوكيل اذا رأى مجاوزة حدود الوكالة، ولم يستطع الحصول على اذن بذلك من الموكل، يستطيع فيما يجاوز حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه تعهدا عن الموكل[1] ، بخلاف ما يلزم فيه حدود الوكالة فانه يتعاقد فيه باسم الموكل لا باسمه هو[2] .

* ٧٧١ — شروط التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه — ويتبين مما تقدم أنه يجب فى التعهد عن الغير أن تتوافر الشروط الآتية :

(أولا) أن يتعاقد الشخص باسمه لا باسم الغير الذى يتعهد عنه . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والوكالة وعمل الفضولى . ففى الوكالة يعمل الوكيل باسم الأصيل وينصرف أثر العقد الى الأصيل لا الى الوكيل ، وكذلك الفضولى يعمل باسم رب العمل ولمصلحته فيلزمه بعمله ،أما فى التعهد عن الغير فالمتعهد يعمل باسمه وينصرف اليه هو أثر العقد .

(ثانيا) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . ذلك أنه اذا تعاقد باسمه وأراد الزام الغير بتعاقده فان العقد يكون باطلا لاستحالة المحل[3] ، إذ أنه

(١) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ ، أما اذا لم يتعهد الوكيل عن الموكل فيكون هو المسئول شخصيا عما جاوز فيه حدود الوكالة . ويظهر الفرق بين الحالتين فيما اذا كان المتعاقد مع الوكيل يعلم بمجاوزته حدود الوكالة . ففى الحالة الأولى ، اذا تعهد الوكيل عن الموكل ، كان الوكيل مسئولا اذا لم يقر الموكل التعاقد . أما فى الحالة الثانية ، اذا لم يتعهد الوكيل عن الموكل ، فلا يكون الوكيل مسئولا حتى لو لم يقر الموكل التعاقد ، لأن المتعاقد معه يعلم مجاوزة الوكيل لوكالته ولم يشترط عليه أن يتعهد عن الموكل .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٩ ص ٦٣ — ص ٦٤ — بلانيول ٢ فقرة ١٠٢٢ — جوسران ٢ فقرة ٢٦٦ — والتون ٢ ص ٥١ — ص ٥٢ .

(٣) بلانيول ٢ فقرة ١٠١٧ — استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٧٣ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦

لا يمكن قانونا أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفا فيه . والتزام الغير ليس مصدره تعاقد المتعهد، بل مصدره عقد آخر يتم باقرار الغير للتعهد عنه كما سيأتى . ومن ذلك نرى أن التعهد عن الغير ليس فيه خروج على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره الى الغير، فان هذا التعهد لم يلزم الغير بل ألزم نفس المتعاقد[1] .

(ثالثا) أن يكون الالتزام الذى أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بحمل الغير الذى تعهد عنه على اقرار هذا التعهد . فالمتعهد إذن يلتزم دائما بعمل شيء . أما الغير اذا أقر التعهد ، فانه يلتزم بما أقره، وقد يكون محل التزامه عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل، أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر ، أو نقل حق عينى كما اذا تعاقد الشركاء فى الشيوع عن شريك لهم فى بيع الشيء المشاع[2] . والمتعهد يلتزم بحمل الغير على اقرار التعهد، ولا يكفى مجرد السعى فى ذلك، حتى لو أثبت أنه بذل كل ما فى وسعه لحمل الغير على الاقرار ولكن الغير امتنع، فان المتعهد ملتزم بالحصول على هذا الاقرار لا بمجرد السعى فى الحصول عليه[3] . ولكن هذا هو كل ما التزم به ، فمتى حصل على اقرار الغير انقضى التزامه ، وأصبح الغير هو الملتزم، ولا يلتزم المتعهد بضمان تنفيذ الغير لالتزامه . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفالة،

---

(١) وقصد المتعهد فى أن يلزم نفسه هو قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا . واذا كان صريحا فليس هناك ألفاظ شكلية للتعبير عنه ، فأى لفظ يؤدى المعنى يكفى (ديمولومب ٢٤ فقرة ٢١٤ — لاروميير ١ م ١١٢٠ فقرة ٢ — لوران ١٥ فقرة ٥٤٣ — بفنوار ص ٥٦٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٣١) . وقد يتبين هذا القصد من الظروف فيكون ضمنيا (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣) ، كما اذا ارتضى المتعهد شرطا جزئيا اذا لم يقر الغير المتعهد ، فان هذا معناه أنه يريد الزام نفسه بتعهده . بل اذا اكتفى المتعهد بأن تعاقد متعهدا عن غيره، ولم يذكر صراحة أنه قصد بذلك الزام نفسه ، فهذا القصد يجب أن يفهم ضمنا من تعاقده ، لأنه لو قصد إلزام الغير لكان العقد باطلا ، وأعمال الكلام خير من إهماله (كولان وكابيتان ٢ ص ٢٩٤ — قارن بودرى وبارد ٩ فقرة ١٣١) ، هذا ما لم يقم الدليل على أنه انما قصد بتعاقده إلزام الغير لا إلزام نفسه ، ففى هذه الحالة يكون تعاقده باطلا لما قدمناه . واذا كان هناك شك فى قصد المتعاقد فسر فى مصلحته ، ومصلحته هى فى عدم الالتزام ، فيفرض أنه قصد إلزام الغير لا إلزام نفسه ، ويكون العقد باطلا (استئناف مختلط فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٧٣ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ — توليه ٦ فقرة ١٣٦ — ديرانتون ١٠ فقرة ٢٠٩ — أوبرى ورو ٤ ص ٥١١ وهامش نمرة ٤ — لاروميير ١ م ١١٢٠ فقرة ٢ — بفنوار ص ٥٦٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٩ ص ٦٢ — والتون ٢ ص ٥٠ — ص ٥١) .

(٢) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢١٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٤٩ ص ٦٢ .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٢ ص ١٧٧ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٠ ص ٦٤ والتون ٢ ص ٥٠ .

فالكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ولا يضمن إيجاده ، أما المتعهد عن الغير فيضمن إيجاد الالتزام فى ذمة الغير ولا يضمن تنفيذه[1] ، هذا الى أن التزام الكفيل التزام تبعى والتزام المتعهد عن الغير التزام أصلى[2] .

وبحث التعهد عن الغير يقتضى بحث فرضين : (أولا) اذا أقر الغير التعهد . (ثانيا) اذا لم يقره .

§ ١ — اقرار الغير للتعهد

٧٧٣ — قبل الاقرار — الغير الذى تعهد عنه المتعاقد حر فى اقرار التعاقد (ratification de la promesse) أو عدم اقراره ، وذلك لأن هذا التعاقد لم يلزمه[3] بشىء ما . فهو أجنبى عن العقد أصلا (penitus extranei) ، فلا ينصرف اليه أثره ، تطبيقا للقواعد العامة .

---

(١) أما قانون الالتزامات السويسرى فقد قضى فى المادة ١١١ أن المتعهد عن الغير لا يضمن ايجاد الالتزام فى ذمة الغير ، بل يضمن أيضا تنفيذ هذا الالتزام . فالتعهد عن الغير فى القانون السويسرى يتضمن الكفالة (انظر ديموج ٧ فقرة ٩١٥) .

(٢) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٢١ — لوران ١٥ فقرة ٥٤٣ — بودرى و بارد ١ فقرة ١٣٢ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٥٠ ص ٦٥ — يضاف الى ما تقدم أن الكفيل اذا دفع الدين رجع به على المدين ، أما المتعهد عن الغير ، اذا دفع تعويضا لعدم الحصول على اقرار الغير ، فلا يرجع على الغير بشىء (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤١ — ٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٩٢ — والتون ٢ ص ٥٠ — كامل مرسى بك فى التأمينات فقرة ١٩) .

هذا ولا شىء يمنع من أن يجمع المتعهد عن الغير فى نفسه الصفتين ، فيلتزم بايجاد الالتزام فى ذمة الغير وهو فى هذا متعهد عن الغير ، ويلتزم أيضا بضمان تنفيذ هذا الالتزام وهو فى هذا كفيل ، وتبقى الصفتان متميزتين احداهما عن الأخرى ، لكل صفة قواعدها الخاصة (ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٢٢ — لوران ١٥ فقرة ٥٤٤ — بودرى و بارد ١ فقرة ١٣٢ — بلانيول ٢ فقرة ٢٣٢٦ — كولان وكابيتان ٢ ص ٧٥ — جوسران ٢ فقرة ٢٦٨ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٥٠ ص ٦٥ — والتون ٢ ص ٤٩ — كامل مرسى بك فى التأمينات فقرة ١٩) . وقد قدمنا أن القانون السويسرى يجعل المتعهد عن الغير كفيلا .

(٣) وقد يكون الغير وارثا للمتعهد ، فينتقل اليه التزام المتعهد بعد موته فى الشرائع التى تنتقل فيها الالتزامات الى الوارث . ويصبح الغير فى هذه الحالة وقد جمع فى نفسه الصفتين ، فاما أن يقر الالتزام باعتباره المتعهد عنه ، واما ألا يقره فيدفع تعويضا باعتباره وارثا للمتعهد (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ثالثا ص ٥١٥ — بودرى و بارد ١ فقرة ١٣٨ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٥٢ ص ٧٠ — ديموج ٧ فقرة ٩٠٥) .

وقد يحدث العكس : يموت الغير فيرثه المتعهد . وفى هذه الحالة يكون المتعهد باعتباره متعهدا ملزما بالحصول على اقرار المتعاقد من نفسه باعتباره وارثا للغير ، فيعتبر أنه قد أقر التعاقد ، ويصبح ملزما باعتباره متعهدا عنه ، بعد أن كان ملتزما باعتباره متعهدا (بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٥٢ ص ٧٠) .

وكما أن الغير لم يلتزم بالتعاقد قبل الاقرار ، فانه لم يكسب منه حقا كذلك . وقبل الاقرار يستطيع المتعهد عن الغير باتفاقه مع من تعاقد معه أن يعدل فى التعاقد أو يعدّل عنه أو يحوّله الى شخص آخر، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة(١) .

* ٧٧٤ — *صدور الاقرار* — فاذا اختار الغير اقرار التعهد، فيكون ذلك بصدور رضاء منه صريح أو ضمنى . ويكون رضاؤه ضمنيا(٢) اذا قام فعلا أو بدأ فى القيام بتنفيذ الالتزام الذى أراد اقراره(٣) . والاقرار عمل قانونى يجب صدوره من ذى أهلية . ولما كان الاقرار قبولا لايجاب، كما سنبين ذلك فيما يلى، وجب أن تكون الأهلية متوافرة كذلك فى المتعاقد مع المتعهد وقت صدور الاقرار . ولا يشترط فى الاقرار شكل خاص ، إلا اذا كان التعهد قد صدر فى عقد شكلى، كما اذا تعهد شخص عن آخر فى رهن رسمى أو فى هبة(٤) .

* ٧٧٥ — *أثر صدور الاقرار* — فاذا صدر الاقرار من الغير اعتبر قبولا لايجاب صدر من المتعاقد مع المتعهد ، فلا حاجة لقبول جديد من هذا المتعاقد(٥) . ذلك لأن التعهد هو ، بالنسبة للغير، بمثابة إيجاب معروض عليه من جانب المتعاقد مع المتعهد ، فاذا أقرّ الغير فقد قبل هذا الإيجاب وتم عقد جديد(٦) يلتزم بمقتضاه نحو هذا المتعاقد . وهذا العقد

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ثالثا ص ٥١٣ — لوران ١٥ فقرة ٥٤٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٧ — فقرة ١٤١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥١ — ديموج ٧ فقرة ٨٩١ . بل أن المتعاقد مع المتعهد قد يستطيع وحده الرجوع عن التعاقد اذا بدا له ذلك ، قبل صدور الاقرار من الغير ، وذلك اذا كان التعاقد كله لمصلحته ، لأن عدوله فى هذه الحالة انما يكون تنازلا عن مصلحة له وهو حر فى ذلك (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥١ ص ٦٦ هامش نمرة ٤) . والعدول جائز أيضا فى هذا الفرض حتى بعد صدور الاقرار من الغير . ويكون المتعاقد قد تنازل فى هذه الحالة عن حق كسبه ، لا عن مجرّد فرصة لكسب هذا الحق كما فى الحالة الأولى .

(٢) ويجب أن يكون الرضاء الضمنى واضحا (نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ٤١٣ — ليموج الاستئنافية فى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٣ — ديموج ٧ فقرة ٨٨٦) . فمجرّد امضاء الغير على السند ، دون أن يبين اذا كان قد أمضى كشاهد أو أمضى للاقرار، لا يكفى (استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤٧) .

(٣) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥١ ص ٦٧ .

(٤) نقض فرنسى فى ٢١ يونيه سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ١ — ٢٠١ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٢٩ — لوران ١٥ فقرة ٥٤٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥١ ص ٦٧ .

(٥) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٠٢٩ — لوران ١٥ فقرة ٥٤٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥١ ص ٦٧ .

(٦) بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٢ .

الجديد هو غير العقد الذى تم أولا ما بين المتعهد والمتعاقد معه . والعقدان يختلفان من حيث طرفى العقد ومن حيث الالتزامات التى ينشئها كل منهما .

أما من حيث طرفى العقد فالعقد الأول طرفاه المتعهد عن الغير ومن تعاقد معه . والعقد الثانى طرفاه هذا المتعاقد الأخير نفسه والغير . فهناك طرف مشترك فى العقدين، أما الطرف الآخر فهو مختلف .

ومن حيث الالتزامات ينشئ العقد الأول التزاما بعمل شىء فى ذمة المتعهد عن الغير، هو حمل الغير على إقرار المتعهد . أما العقد الثانى فينشئ التزاما فى جانب الغير، قد يكون محله نقل حق عينى أو عملا أو امتناعا عن عمل كما سبقت الإشارة الى ذلك[1] . ومن ذلك نرى أن الغير لم يلتزم بمقتضى العقد الأول الذى لم يكن طرفا فيه، بل التزم بمقتضى العقد الثانى الذى كان فيه أحد طرفيه . فلا يكون التعهد عن الغير اذن استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره الى الغير، وقد أشرنا الى ذلك غير مرة .

ولكن العقدين يتحدان من حيث تاريخهما . فاذا فرض أن التعهد عن الغير كان عن بيع شىء مملوك للغير، وأقر الغير التعهد، فالعقد الثانى يعتبر صادرا فى نفس الوقت الذى صدر فيه العقد الأول . وليس فى هذا إلا تفسير لنية المتعاقدين ، فان الغير باقراره التعهد أراد أن يلتزم

---

(١) كذلك يختلف العقد الثانى عن العقد الأول من حيث الدفوع ، فليس للغير ، بعد أن التزم بمقتضى العقد الثانى ، أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالعقد الأول .

ونلاحظ بمناسبة التمييز بين العقدين أن هناك فرقا بين التعهد عن الغير وبيع ملك الغير . فاذا فرضنا أن شخصا باع ملك غيره ، فانه يجب التمييز بين حالتين : (الحالة الأولى) أن البائع قد باع الشىء على أنه ملكه ، وهذه هى حالة بيع ملك الغير . وحكم البيع أنه باطل بطلانا نسبيا لمصلحة المشترى ، تصححه اجازة المشترى كما يصححه إقرار المالك الحقيقى . وهذا الاقرار لا يقتصر على تصحيح البيع فحسب ، بل يجعله أيضا نافذا فى حق المالك الحقيقى . فليس عندنا فى هذه الحالة إلا عقد واحد صحح باقرار المالك الحقيقى ونفذ فى حقه . (الحالة الثانية) أن البائع لم يبع الشىء على أنه ملكه ، بل تعهد بالبيع عن المالك الحقيقى ، وهذه هى حالة التعهد عن الغير . وحكم العقد أنه تعهد صحيح ، واذا أقره المالك الحقيقى وجد عقد جديد . تنتقل بمقتضاه الملكية من المالك الحقيقى الى المشترى وهما طرفا هذا العقد الجديد . ويلاحظ أن القانون المدنى المختلط قد ميز بين الفرضين فى المادتين ٣٣٤ و ٣٣٥ ، وتظهر الأهمية العملية من هذا التمييز فى حالة ما اذا فقد المشترى الأهلية بعد صدور العقد الأول وقبل صدور الاقرار من المالك الحقيقى ، ففى حالة بيع ملك الغير لا يؤثر ذلك على تصحيح الاقرار للبيع ، أما فى حالة التعهد عن الغير فان اقرار المالك الحقيقى اذا صادف مشترياً فقد أهليته لا يتم به عقد جديد .

من وقت صدور هذا التعهد[1]، فالإقرار اذن له أثر رجعى[2]. ولكن هذا الأثر الرجعى إنما يكون فيما بين المتعاقدين نزولا على إرادتيهما، وهو ينتفى بالنسبة لكل شخص غير المتعاقدين كسب حقا يؤثر فيه هذا الأثر الرجعى. فاذا فرضنا أن (أ) تعهد عن (ب) ببيع منقول الى (ح)

(١) أما اذا لم يرد المتعاقدان أن يكون للاقرار أثر رجعى فلهما ذلك، ويتم العقد الثانى من وقت صدور الاقرار لا من وقت صدور العقد الأول. على أنه يغلب أن يكون التفسير المعقول لنية المتعاقدين فى جانب الأثر الرجعى، فكثيرا ما يكون المتعهد عن الغير متعهدا فى الوقت ذاته عن نفسه، كما اذا كان شريكا فى الشيوع مع الغير فى منزل وباعه كله، متعاقدا عن نفسه ومتعهدا عن شريكه، فاذا أقر الشريك البيع فان التفسير المعقول لنيته هو أنه أراد أن يصدر منه البيع فى الوقت الذى صدر فيه من الشريك الأول، لا أن يكون بيع المنزل صادرا فى وقتين مختلفين.

(٢) نقض فرنسى ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ — ١ — ٤٧٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ثالثا ص ٥١٤ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٣٠ — لوران ١٥ فقرة ٥٥٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٢ مكررة — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥١ ص ٦٧ — ص ٦٨ — ديموج ٧ فقرة ٨٩٢ — والتون ٢ ص ٥١.

وقد يبدو الأثر الرجعى للاقرار متناقضا مع تكوين الاقرار لعقد جديد. فاذا دمنا قد اعتبرنا الاقرار قبولا لايجاب سابق، فقد كان المعقول أن العقد لا يوجد إلا من وقت اقتران القبول بالايجاب أى من وقت صدور الاقرار. ولكننا جعلنا للاقرار أثرا رجعيا تفسيرا لنية المتعاقدين كما قدمنا، وليس هناك ما يمنع من أن يصدر ايجاب من أحد المتعاقدين على أن يتم العقد فى حالة القبول من وقت صدور الايجاب لا من وقت صدور القبول.

وبعد فنحن لا ننكر أن قاعدة الأثر الرجعى للاقرار لم تكن تنتظر مع التسليم بوجود عقد جديد، وكان الأولى أحد أمرين: إما أن نسير فى فكرة العقد الجديد الى النهاية، فيتم هذا العقد من وقت اقتران القبول بالايجاب أى من وقت صدور الاقرار، وإما أن نعدل عن فكرة العقد الجديد، فنجعل التزام الغير ينشأ من العقد الأول بعد صدور الاقرار، ويكون التعهد عن الغير كالاشتراط لمصلحة الغير استثناء حقيقيا من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره الى الغير. والواقع من الأمر أن قاعدة التعهد عن الغير وقفت فى منتصف الطريق، فلا هى استبقت المألوف من المبادئ العامة، فيعتبر العقد الجديد قد تم من وقت صدور الاقرار، ولا هى خرجت على هذه القواعد كما فى الاشتراط لمصلحة الغير، فيعتبر التزام الغير قد نشأ من نفس العقد الأول. ويمكن القول أن قاعدة التعهد عن الغير لم تستكمل تطورها كما استكملته قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، ولعل السبب فى ذلك أن الضرورات العملية التى هيأت لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير استكمال التطور لم تهيئ ذلك لقاعدة التعهد عن الغير، وقد أسلفنا الاشارة الى هذه المسألة.

هذا ولا يفوتنا أن نذكر أن قاعدة التعهد عن الغير قد تطورت فى القانون الرومانى، وسارت فى تطورها الى مرحلة لم يصل اليها القانون الحديث. فأجاز القانون الرومانى أن ينشئ العقد الواحد التزاما فى ذمة الغير فى حالة ما اذا تعهد المورث عن وارثه، وقد رأينا فى القانون الحديث أن الغير اذا ورث المتعهد كان له مندوحة عن الالتزام وذلك بأن يدفع التعويض.

ولو سلمنا بأن التعهد عن الغير يكون كالاشتراط لمصلحة الغير: ينشئ العقد نفسه التزاما فى ذمة الغير، لكان هناك فرق بين مثل هذا التعهد والتعهد عن الغير الذى يتضمن عقدين على النحو الذى بيناه من ناحيتين عمليتين: (١) يكون للغير فى حالة العقد الواحد أن يتمسك بالدفوع الخاصة بهذا العقد، أما فى حالة العقدين فلا يكون للغير التمسك بالدفوع الخاصة بالعقد الأول. (٢) فى حالة العقد الواحد اذا فقد المتعاقد مع المتعهد عن الغير أهليته بعد صدور العقد فان ذلك لا يؤثر، أما فى حالة العقدين اذا فقد هذا المتعاقد أهليته بعد صدور العقد الأول، قبل صدور الاقرار فان هذا يمنع من تمام العقد الثانى.

وقبل أن يقر (ب) البيع باع هذا المنقول الى (ء) ثم أقر التعهد، فيكون (ب) قد باع المنقول الى كل من (حـ) و(ء) . فاذا جعلنا لإقراره التعهد الصادر من (أ) أثرا رجعيا، أضر هذا بالمشترى (ء) اذ يعتبر البيع الصادر له متأخرا على البيع الصادر للمشترى (حـ) . لذلك لا يكون للاقرار أثر رجعى بالنسبة الى (ء)، ويعتبر عقده سابقا على عقد (حـ) فيقدم عليه . أما اذا كان المبيع عقارا فالتفاضل يكون بالأسبقية الى التسجيل[1] .

هذا واذا كان صدور الاقرار من الغير يرتب فى ذمته التزاما على النحو الذى بيناه ، فانه يبرئ ذمة المتعهد مما أخذه على نفسه من التزام، فقد نفذ هذا الالتزام بالحصول على اقرار الغير للتعهد[2] . هذا ما لم يكن كفيلا، فيبقى التزامه بضمان تنفيذ الغير لالتزامه، ولكن هذا الضمان مصدره عقد الكفالة لا التعهد عن الغير، وهذان مصدران متميزان أحدهما عن الاخر كما سبقت الاشارة الى ذلك .

§ ٢ — عدم اقرار الغير للتعهد

* ٧٧٦ — *عدم مسئولية الغير* — قدمنا أن الغير حر فى اقرار التعهد أو عدم اقراره . فاذا لم يقره كان غير مسئول، لأن التعهد عنه لم يولد فى جانبه التزاما[3] .

---

(١) نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ — ١ — ٣١٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥١ ص ٦٨ — ديموج ٧ فقرة ٨٩٣ ، وقارن ديموج ٧ فقرة ٨٩٤ .

(٢) هذا ما لم يكن الاقرار الذى صدر من الغير غير صحيح ، كأن يصدر من غير ذى أهلية أو يشوبه عيب من عيوب الرضاء، فيبقى المتعهد عن الغير ملتزما حتى يصدر من الغير اقرار صحيح . أما اذا كان التزام المتعهد مقصورا على حمل الغير على الاقرار ، أيا كانت قيمة هذا الاقرار، فان هذا الالتزام ينقضى ولو كان الاقرار باطلا (أوبرى ورو ٤ ص ٥١٢ وهامش نمرة ٨ — لاروميير ١ م ١١٢٠ فقرة ٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥١ ص ٦٨) .

وهناك أثر آخر لصدور الاقرار من الغير ، فانه بعد صدور هذا الاقرار لا يستطيع المتعاقد مع المتعهد أن يعدل عن ايجابه بعد أن اقترن به القبول حتى لو اتفق على ذلك مع المتعهد . ولا يجوز للمتعهد كذلك أن يعدل عن تعاقده أو يعدل فيه ، ولو اتفق مع المتعاقد معه ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (أوبرى ورو ٤ ص ٥١٣ — لوران ١٥ فقرة ٥٤٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ — نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ١٦٩ ، ولكن قد يكون التعهد عن الغير فى حدود عمل الفضول ، ففى هذه الحالة يلتزم الغير ، ولكن مصدر التزامه ليس هو العقد الذى لم يكن طرفا فيه ، بل هو عمل الفضول . كذلك قد يلتزم الغير طبقا لقاعدة الاثراء بلا سبب ، اذا أثرى من وراء التعهد الذى لم يقره (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٢ ص ٦٨) .

* ٧٧٧ — مسئولية المتعهد — ولكن المتعهد يبقى مسئولا عن العقد الذى تم بينه وبين المتعاقد معه[(١)]. وهو لا يتخلص من التزامه التعاقدى إلا اذا أثبت أنه لم يستطع القيام به قضاء وقدرا أو لقوة قاهرة أو خطأ من المتعاقد الآخر[(٢)]. ولا يعتبر امتناع الغير عن الاقرار قوة قاهرة[(٣)].

فاذا لم يوجد سبب يعفى المتعهد من المسئولية كان مسئولا[(٤)]. وجزاء المسئولية دفع تعويض للطرف الآخر عما أصاب هذا من الضرر من جراء عدم صدور الاقرار من الغير[(٥)].

ولا يمكن إجبار المتعهد على التنفيذ العينى[(٦)]، ولا حمله على تنفيذ الالتزام الذى كان يريد من الغير أن يقره[(٧)].

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٣ ثالثا وهامش نمرة ١٤ ثالثا — بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٢ ص ٦٩ هامش نمرة ١ — ديموج ٧ فقرة ٩٠٠ .

(٣) فان التزام المتعهد انما هو فى الواقع التغلب على ما يدعو الغير الى الامتناع عن الاقرار . ولكن تعتبر قوة قاهرة أن يكون الغير قد أصبح فى حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه اقرار صحيح ، بعد ان كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه ، بأن يكون قد حجر عليه أو مات وكان الالتزام متصلا بشخصه لا تستطيع أن تقوم به ورثته .

كذلك لا يكون المتعهد مسئولا اذا كان عدم صدور الاقرار من الغير لم يحدث ضررا (محكمة السين الابتدائية فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٤٠٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٢ ص ١٧٧ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٢ ص ٦٩ هامش نمرة ١) .

وغنى عن البيان أن المتعهد لا يتولد فى جانبه التزام أصلا اذا كان تعهده باطلا لسبب من الأسباب ، كأن كان مبنيا على سبب غير مشروع (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٢ ص ٦٩ هامش نمرة ١) .

(٤) على أن هذه المسئولية لا تتحقق إلا اذا حل الوقت لتنفيذ التزامه ولم يقم بالتنفيذ . فاذا كان قد تعهد عن قاصر وجب انتظار الوقت الذى يبلغ فيه القاصر ، أو تعهد عن غائب وجب انتظار وقت معقول ليحضر الغائب . وللتعاقد مع المتعهد أن يحدد للتعهد ميعادا معقولا للقيام بالتزامه (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٢ ص ٦٩ وهامش نمرة ٣) .

(٥) ويراعى فى تقدير هذا التعويض القواعد الخاصة بتقدير التعويض عن المسئولية التعاقدية ، والى هذا تشير المادة ١١١٩ من القانون المدنى الفرنسى عند ما تقضى بدفع المتعهد للتعويض اذا رفض الغير أن يقر التعهد . وليس هذا إلا تطبيقا للقواعد العامة بشأن المسئولية التعاقدية (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٣ — نقض فرنسى فى ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ١ — ٢٠١ — محكمة دوبه الاستئنافية فى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٤ — ٢ — ٢١٧) .

(٦) ذلك لأن المتعهد قد التزم بحمل الغير على الاقرار . وهذا عمل يتعلق بشخص الغير ، ولا حيلة للمتعهد فيه اذا امتنع الغير عن تنفيذه ، فلا سبيل إذن إلا التعويض . وهذا تطبيق للقواعد العامة التى تقضى بأن الالتزام بعمل يتحول الى تعويض اذا استحال التنفيذ العينى .

(٧) ذلك لأن المتعهد لم يلتزم إلا بحمل الغير على الاقرار ، فلا يستطيع المتعاقد معه أن يجبره على تنفيذ التزام لم يلتزمه . كذلك يرى البعض أن المتعهد لا يستطيع أن يجبر الطرف الآخر على أن يقبل منه أن يقوم هو (أى المتعهد) بتنفيذ الالتزام الذى كان يريد من الغير إقراره . فالمتعهد لا يستطيع إذن أن يحل محل التعويض قيامه بتنفيذ الالتزام =

المبحث الثانى — الاشتراط لمصلحة الغير (*)

(Stipulation pour autrui)

* ٧٧٨ — **النصوص القانونية** — تنص المادتان ١٣٧/١٩٨ على أن من

= الذى لم يقرّه الغير اذا لم يرد الدائن ذلك ، ولا يستطيع الدائن من جهة أخرى أن يجبره على ذلك اذا لم يردّه هو . أما اذا اتفق الطرفان على أن يقوم المتعهد بتنفيذ الالتزام بدلا من التعويض جاز ذلك (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ثالثا ص ٥١٥ — لوران ١٥ فقرة ٣٤٣ — بفنوار ص ٥٦٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٢ ص ٦٩ — دى هلتس فى الاشتراط لمصلحة الغير فقرة ٣) . وحتى فى هذه الحالة لا يجوز للمتعهد أن يحل نفسه محل الغير فى تنفيذ الالتزام إلا اذا امتنع الغير من اقرار التعهد ، أما اذا صدر الاقرار فلا محل لتنفيذ المتعهد الالتزام بنفسه فى مكان الغير (أوبرى ورو ٤ ص ٥١٣ — لوران ١٥ فقرة ٥٤٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٢ وفقرة ١٤٤) .

ويذهب بعض الفقهاء الى أن الدائن يستطيع اجبار المتعهد على القيام بتنفيذ الالتزام مكان الغير اذا كان فى الامكان ذلك ، لأن هذا هو خير تعويض عينى (ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٢٤) . ولكن هذا الرأى لم يسد . ويذهب آخرون الى أنه اذا أراد المتعهد القيام بتنفيذ الالتزام فى مكان الغير عند امتناع هذا عن اقرار التعهد ، فلا يستطيع الدائن أن يرفض ذلك ، لأن التنفيذ العينى هو تعويض كاف فلا معنى لرفضه ، ويشترطون لجواز ذلك شرطين : أولهما أن يكون تنفيذ الالتزام بواسطة المتعهد كتنفيذه بواسطة الغير دون فرق . والثانى أن يطلب الدائن تعويضا ، فيقوم المتعهد بتنفيذ الالتزام بدلا من دفع التعويض ، أما اذا لم يطلب الدائن تعويضا فليس للمتعهد أن يجبر الدائن على أن يقبل منه تنفيذ الالتزام مادام الدائن لا يطلب شيئا . وهذا رأى وجيه (لاروميير م ١١٢٠ فقرة ٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٤ — ديموج ٧ فقرة ٩٠٤ — نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٦٥ — انظر عكس ذلك لوران ١٥ فقرة ٥٤٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٢) .

واذا كان المتعهد عن الغير تعاقد عن نفسه الى جانب تعهده عن الغير فى عقد ملزم لجانبين ، كما اذا باع منزلا شائعا بينه وبين شريك ، وكان التعاقد عن نفسه وعن شريكه ، فله قبل أن يقر الشريك التعهد أن يطالب الطرف الآخر بكل الالتزامات التى نشأت فى ذمته بمقتضى العقد ، فيطالبه بكل الثمن . ولا يقال فى هذه الحالة أن المتعهد قد استولى على نصيب شريكه ، فان هذا النصيب ليس للشريك قبل أن يقر التعهد ، بل هو للمتعهد الذى انصرف اليه وحده أثر العقد ، فيكون له أن يتقاضى كل الثمن ، ثم يدبر الأمر مع شريكه ، فيعطيه نصيبه من الثمن حتى يحمله على الاقرار (نقض فرنسى فى ٢٧ يوليه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٣٦ — لوران ١٥ فقرة ٥٤٦ ص ٦٢٢ — ص ٦٢٤ — لاروميير ١ م ١١٢٠ فقرة ٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٣٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٠ ص ٦٥ — ديموج ٧ فقرة ٩٠٢ — والتون ٢ ص ٥٢) . فاذا تقاضى المتعهد كل الثمن من المشترى ، وعجز بعد ذلك عن الحصول على إقرار الشريك للبيع ، وجب عليه أن يدفع تعويضا للمشترى ، وهذا التعويض يشمل رد ما يعادل نصيب الشريك من الثمن ، ويعوّض المشترى كذلك من الضرر الذى أصابه من جراء تفرق الصفقة . بل للمشترى أن يطلب فسخ البيع اذا لم يكن يقدم على الشراء لو علم بتفرق الصفقة . وكل هذا إنما هو تطبيق للقواعد العامة .

* **المراجع** : رسالة موريس فينى (Maurice Vignes) باريس سنة ١٨٩٢ — رسالة الأستاذ لامبر (Lambert) باريس سنة ١٨٩٣ — رسالة الأستاذ شامبو (Champeau) باريس سنة ١٨٩٣ — رسالة لبرى (Le Bray) باريس سنة ١٨٩٩ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٤ — =

عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها . وهذا النص العربى غامض ، والنص الفرنسى أوضح منه ، فقد جاء فيه ما يأتى : " اذا اشترط شخص لمصلحة الغير دون توكيل ، فلهذا الغير الخيار بين أن يقر العقد أو أن يرفض الاعتراف به[1] " . ومن ذلك نرى غموض النص العربى ، فهو حائر بين أن يكون نصا فى التعهد عن الغير كما قال بذلك بعض فقهاء القانون المصرى[2] ، أو أن يكون نصا فى عمل الفضولى ، أو أن يكون نصا فى الاشتراط لمصلحة الغير . والرجوع الى النص الفرنسى يبعد الفرض الأول ، كما أن وجود نص آخر فى عمل الفضولى (م ١٤٤/٢٠٥) يبعد الفرض الثانى . فالأولى اذن قصر

= فقرة ٢٥٨ — مقال للابيه (Labbé) فى المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٨٩ ص ٣١٤ — پنشون (Pinchon) مقال له فى المجلة الانتقادية (Revue critique) المجلد التاسع والعشرون ص ٦١٢ . الأستاذ (Tabbah) فى مجلة مصر العصرية المجلد الثامن ص ٣٣٧ — ص ٣٥٨ — الأستاذ (Goldenberg) فى الجازيت ٢١ ص ٢٦٩ — ص ٣٧١ — رسالة الدكتور حامد الهيتى فى الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الانجليزى باريس سنة ١٩٢٥ .

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Lorsqu'une personne a stipulé pour un tiers sans mandat, ce tiers a le choix de confirmer le contrat ou de refuser de le reconnaître.

ويرى الأستاذ دى هلتس (جزء ٤ فى الاشتراط لمصلحة الغير فقرة ٢ وفقرة ٥ — فقرة ٦) ، ويوافقه فى ذلك الأستاذ عبد السلام ذهنى بك (الالتزامات فقرة ١٨٥) أن المادتين ١٣٧/١٩٨ لا تعنيان الاشتراط لمصلحة الغير بل التعهد عن الغير . وقد فهما عبارة (a stipulé pour) بمعنى التعهد لا بمعنى الاشتراط . ولا نرى فهم هذه العبارة على هذا الوجه . فهى إما أن يكون معناها الاشتراط أو الاشتراط والتعهد معا (انظر فى هذا المعنى الأخير محكمة النقض الأهلية فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٥١٢ رقم ٢٥٣ — مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١١٢) ، ولكن لا يجوز قصر معناها على التعهد دون الاشتراط .

ويرى الأستاذ والتون (جزء ٢ ص ٥٣) أن المادتين ١٣٧/١٩٨ وردتا فى موضوع الاشتراط لمصلحة الغير ، وكذلك يرى الأستاذ هالتون (جزء أول ص ٣٣٨) . انظر أيضا فى هذا المعنى الأستاذ بسطوروس فى تعليقاته على القانون المدنى المختلط م ١٩٨ جزء ٢ ص ٣٥٩ هامش نمرة ١ — بور يللى م ١٩٨ فقرة ١ — استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ — ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦ .

ونحن لا نعتقد أن المشرع المصرى أراد بالمادتين ١٣٧/١٩٨ التعهد عن الغير ، مادام قد استعمل كلمة "الاشتراط" . كذلك لا نرى أن النص يشمل الاشتراط والتعهد معا للاختلاف الكبير بين الشيئين ، فنرى أن الاشتراط لمصلحة الغير فيه خروج عن القواعد العامة وقد رأينا أن التعهد عن الغير انما هو نزول على القواعد العامة . فالأولى اذن أمام هذا الغموض والاضطراب قصر النص على الاشتراط لمصلحة الغير ، فنحن فى غير حاجة الى نص التعهد عن الغير اذ نكتفى فيه بالقواعد العامة ، أما الاشتراط لمصلحة الغير فهو الذى نحتاج فيه الى نص ، فخير أن نصرف النص الى ما يجعله ذا معنى جديد من أن نقصره على أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة .

(٢) دى هلتس ٤ الاشتراط لمصلحة الغير فقرة ٢ و فقرة ٥ — فقرة ٦ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ١٨٥ .

النص على الاشتراط لمصلحة الغير بالرغم من اضطراب العبارة وغموضها وعدم دقتها[1] .

وتنص المادة ١١٢١ من القانون المدنى الفرنسى على ما يأتى : "ويجوز كذلك الاشتراط لمصلحة الغير اذا كان هذا محملا على اشتراط اشترطه الشخص لنفسه ، أو على هبة وهبها لآخر. ولا يجوز لمن اشترط للغير أن ينقض ما اشترطه اذا أعلن الغير رغبته فى الاستفادة منه"[2] .

والنصوص المتقدمة ليست إلا مجرد تقرير لمبدأ عام دون خوض فى التفاصيل[3] . والتقاليد هنا فائدتها محدودة ، وهى أقل أهمية بكثير من التقاليد فى الدعوى البوليصية . لأن قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير قد تطورت فى السنين الأخيرة تطورا سريعا ، لاسيما بعد انتشار ونمو شركات التأمين على الحياة ، حتى أصبحت تقاليد هذه القاعدة فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم تضيق عن مقتضيات العصر الحاضر .

٧٧٩ — *سرعة تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير* — فقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير من أهم القواعد القانونية فى الوقت الحاضر من حيث سرعة التطور وخطورته . وهى قاعدة تتسع يوما عن يوم . ومكانها فى القانون الحديث مكان الدفع بالغش (exception de dol) عند الرومان ، يتخذها القانون الحديث تكئة يستند اليها فى تجديد العتيق البالى من القواعد التقليدية[4] . وهى وان بدت فى ثوب متواضع على أنها استثناء من القاعدة التى تقضى بأن الغير لا يكسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه ، إلا أنها استثناء التهم القاعدة وسما الى مكانها . ولم يكن للمشرع يد فى هذا التطور السريع ، ولم يكن للتقاليد أثر ذو بال ، إنما هى مقتضيات التعامل ضاقت بها القواعد المألوفة ، وانفرجت ثغرات كان من

---

(١) ونرى عدم الدقة فى استعمال لفظ " قبول " ويراد بها " اقرار " (confirmer) .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : (On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter).

(٣) يلاحظ ان المشرع الفرنسى قد تعرض لتفاصيل الاشتراط لمصلحة الغير فى تطبيق من أهم تطبيقاته ، هو عقد التأمين ، فى قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ ، وسنأتى الاشارة الى هذا القانون .

(٤) لامبر (Lambert) فى الاشتراط لمصلحة الغير — جوسران ٢ فقرة ٢٧٤ ص ١٤٤ — ويلاحظ أن نظام الوقف فى الشريعة الاسلامية يسد بعض الحاجات التى يسدها الاشتراط لمصلحة الغير ، فمن الممكن طبقا لهذا النظام الوقف على مستحقين غير معينين أو غير موجودين .

الواجب سدّها فسدّت . وقد انهدمت تلك القاعدة التى كانت تقضى بأن العقد لا يكسب حقا للغير لأنها لم تعد تصلح للبقاء ، وأصبح الآن من المقرر جواز الاشتراط لمصلحة الغير فيكسب العقد حقا للغير . واذا كان لا يزال يقال أن هذا الجواز أتى على سبيل الاستثناء، فان هذا الوصف خداع لا ينم عما يخفيه من تطور عميق . فقد أصبح الاستثناء اليوم هو القاعدة . وكان هذا كله من عمل القضاء والفقه لا من عمل التشريع والتقاليد . فقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تبين الى أى مدى بعيد يمكن للقضاء والفقه أن يكونا من مصادر القانون .

* ٧٨٠ — **وضع المسألة** — ونبدأ بوضع المسألة على نحو يبين علاقتها بما تقدّم : لو سرنا فى الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا فى التعهد عن الغير، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكوّن من عقدين، الأول ما بين المشترط والمتعهد يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع، والثانى ما بين المتعهد والمنتفع يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع . ويكون الأساس القانونى واحدا فى الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير. فى كليهما يكسب الغير حقا أو يرتب فى ذمته التزاما لا بمقتضى العقد الذى لم يكن طرفا فيه بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه .

لو كان الأمر هو ذلك فى الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج الى كبير عناء ، ولكنا عالجنا الاشتراط مع التعهد فى مكان واحد لوحدة الأساس القانونى . ولكن الأساس القانونى فى الاشتراط لمصلحة الغير غيره فى التعهد عن الغير . ذلك أن المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير انما يكسب حقه من نفس العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد ، أى من عقد لم يكن هو طرفا فيه . فكيف ثار المشرع الفرنسى، وافتفاه المشرع المصرى، هذه الثورة على القواعد التقليدية ، وأجاز أن ينشئ العقد حقا للغير؟ الواقع من الأمر أن المشرع الفرنسى لم يكن مبتدعا عند ما قرر ذلك، فقد سبقه القانون الرومانى فى هذا الطريق ، ومن بعده القانون الفرنسى القديم . ثم أن القاعدة لم تقف عند ما قرره المشرع الفرنسى ، بل تطورت تطورا سريعا كما قدمنا ، حتى أصبحت شيئا آخر غير الذى قصده المشرع الفرنسى .

فنحن نبحث : (أولا) كيف تطورت القاعدة . (ثانيا) شروط تحقيقها . (ثالثا) أحكامها .

المطلب الأول ــ تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

(أولا) القانون الرومانى :

٧٨١ ــ **العقد لا ينشىء حقا للغير** ــ كان القانون الرومانى فى أول الأمر أمينا على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير[1] . فاذا اشترط متعاقد لمصلحة غير طرف فى العقد كان اشتراطه باطلا بمعنى مزدوج : لا يكون للغير الذى اشترط لمصلحته المتعاقد دعوى لأنه لم يكن طرفا فى العقد ، ولا يكون للمشترط نفسه دعوى بما اشترط للغير لأن هذا الذى اشترطه لم يشترطه لنفسه فلا تجوز له المطالبة به .

٧٨٢ ــ **الضرورات العملية التى دعت الى الخروج على هذه القاعدة** ــ على أن هذه القيود التى ترجع للصياغة الرومانية لم تلبث أن تصدعت أمام الضرورات العملية ، فهناك أحوال جدت تسوغ أن يشترط المتعاقد للغير : مدين باع عينا ويريد أن يشترط دفع الثمن لدائنه سدادا للدين . ولد يحب أن يكفل لأبيه ايرادا طول حياته ، فيريد أن يشترط له ايرادا مرتبا ما دام حيا يدفعه المشترى ، ويجعل هذا ثمن ما باعه لهذا المشترى . فى مثل هذه الفروض لا شك فى أن هناك مصلحة للمشترط لمصلحة الغير ، وهى مصلحة مادية فى الفرض الأول ومصلحة أدبية فى الفرض الثانى . فما الذى يمنعه من ذلك إلا تلك القاعدة الضيقة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير . فكر الرومان فى معالجة الأمر ، فخطوا فى ذلك الطريق مراحل من التطور .

٧٨٣ ــ **الشرط الجزائى الصريح** ــ فكروا أولا فى أن يبقوا فى حدود القاعدة ، فلا يجعلوا العقد ينشئ حقا للغير لأنه لم يكن طرفا فيه ، ولكنه ينشئ حقا للمتعاقد المشترط لمصلحة الغير اذ هو طرف فى العقد . ولكن ما هو هذا الحق ؟ ليس هو الذى اشترطه المتعاقد للغير لأن هذا حق لم يشترطه لنفسه . فخرجوا من ذلك الى أن المشترط لمصلحة الغير عليه أن يصطنع لنفسه حقا خاصا به فى العقد يستطيع أن يطالب به ، وذلك بأن يضع شرطا جزائيا

(١) بل وصلت أمانته فى ذلك الى حد أنه منع النيابة فى أول الأمر ، فكما أن المتعاقد لا يستطيع أن يشترط للغير أو يتعهد عن الغير اذا كان لا ينوب عن هذا الغير ، كذلك لا يستطيع أن يفعل حتى لو كان نائبا عن الغير فى الاشتراط أو فى التعهد . ومن ذلك نرى ارتباط نظرية النيابة بنظرية أثر العقد بالنسبة للغير . على أن نظرية النيابة تطورت فى طريق غير الطريق الذى تطورت فيه نظرية الاشتراط للغير والتعهد عن الغير .

(Stipulatio poene) يستوفيه من المتعهد اذا لم يقم بما تعهد به نحو المتنفع . فكأن الشرط الجزائى هو ما تعاقد عليه المشترط أصلا وجعله معلقا على شرط عدم قيام المتعهد بما أخذه على نفسه لمصلحة المتنفع . هذه هى الصياغة القانونية التى اهتدوا اليها ، وهى صياغة فيها قلب للواقع ، فالشرط الجزائى ليس هو الأصل ، بل الأصل هو ذلك الشىء الذى يريد المشترط أن يؤديه المتعهد للمتنفع ، وانما جعل الشرط الجزائى وسيلة قانونية لحمل المتعهد على القيام به ، لذلك كان يجعل الشرط الجزائى عادة أشد مؤونة وأكثر كلفة حتى يؤثر المتعهد أن يؤدى للمتنفع ما وعد به من أن يلتزم بالشرط الجزائى[1] . ولم يكن للمشترط اذ ذاك دعوى يطالب بها المتعهد أن يقوم بالأمر المشترط نحو المتنفع اذا لم يقم المتعهد بهذا الأمر من تلقاء نفسه .

٧٨٤ — *الشرط الجزائى المفروض* — فكر الرومان بعد ذلك فى أن المشترط قد تكون له مصلحة مادية فى أن يقوم المتعهد بالأمر نحو المتنفع ، فأعطوا المشترط دعوى تعويض فى هذه الحالة اذا لم يقم المتنفع بالأمر دون حاجة لوضع شرط جزائى ، فقد جعل هذا الشرط مفروضا ، إلا أنه انقلب فأصبح تبعيا — كما هى الحقيقة — بعد أن كان أصليا . ثم اعترف الرومان بمبدأ التعويض حتى لو لم تكن للمشترط إلا مصلحة أدبية ، وذلك فى بعض عقود تقوم على حسن النية .

---

(١) قارن بلانيول ٢ فقرة ١٢٣٢ ص ٤٠٧ هامش نمرة ١ ، وهناك فرق بين هذه الطريقة الرومانية وما يشير به بعض الفقهاء فى العصر الحاضر لتصحيح اشتراط لمصلحة الغير لم يقم فيه المشترط بدور شخصى ، لا مشترطا لنفسه ولا ملتزما عنها . فانهم يرون أن يضع المشترط شرطا جزائيا لنفسه على الطريقة الرومانية ، فيكون قد اشترط لنفسه مع اشتراطه للغير ، وبذلك يصح العقد . ولكن فى القانون الرومانى لم يكن فى العقد إلا التزام واحد هو التزام المتعهد بدفع قيمة الشرط الجزائى للمشترط ، وهو التزام معلق على شرط هو عدم قيامه بما اشترطه المشترط لمصلحة المتنفع . أما فى القانون الحديث ، اذا أدمجنا فى الاشتراط للغير شرطا جزائيا ، فانه يوجد التزامان لا التزام واحد ، أحدهما التزام المتعهد بدفع الشرط الجزائى للمشترط وهو التزام معلق على شرط عدم قيامه بما التزم به نحو المتنفع كما فى القانون الرومانى ، والثانى التزام المتعهد أيضا بأن يقوم بما تعهد به نحو المتنفع وهو التزام يستطيع المتنفع أن يطالبه بتنفيذه بدعوى مباشرة ولم يكن هذا الالتزام موجودا فى القانون الرومانى (انظر بلانيول ٢ فقرة ١٢٣٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٣٤٥ — انظر عكس ذلك بودرى و بارد ١ فقرة ١٥٣ وهما يريان أن المشترط لمصلحة الغير اذا وضع شرطا جزائيا ليس له إلا أن يتقاضى هذا الشرط الجزائى ، وهو التزام معلق على شرط موقف هو عدم قيام المتعهد بالتزامه نحو المتنفع ، فليس له اذن أن يطالب المتعهد بتنفيذ إلتزامه نحو المتنفع ، ويرى الأستاذ جوسران (جزء ٢ فقرة ٢٨٦) أن الاحتيال على تصحيح الاشتراط لمصلحة الغير فى الغرض المتقدم من طريق وضع شرط جزائى ليس له أساس صحيح ، لأن الشرط الجزائى إنما هو التزام تبعى ، ويكون باطلا اذا كان الالتزام الأصلى باطلا ، فاذا كان الاشتراط لمصلحة الغير باطلا فى الأصل ، فلا يصححه ادماج شرط جزائى فيه ، بل على العكس من ذلك يبطل الاشتراط لمصلحة الغير الشرط الجزائى .

ولم يكن فى كل ما تقدّم خروج على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير، فلا يزال المنتفع لا يستطيع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه نحوه إذا لم يقم المتعهد بذلك من تلقاء نفسه، فالمنتفع لم يكسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه. بل أن المشترط نفسه، وهو طرف فى العقد، لا يستطيع أن يطلب من المتعهد تنفيذا عينيا لالتزامه، وليس له أن يطلب إلا تعويضا عن خرقه لهذا الالتزام[1]، وهو تعويض لا يسمح له به فى كل الأحوال.

٧٨٥ — **اعطاء حق مباشر للغير فى أحوال استثنائية** — لم يقف تطور القانون الرومانى عند هذا الحدّ، بل استمر فى تطوره حتى خرج صراحة على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير، فأعطى للمنتفع حقا ينشأ من العقد الذى لم يكن طرفا فيه، ولكنه بدأ باعطائه هذا الحق فى شكل دفع (exceptio) لا فى شكل دعوى (actio) وفى أحوال معينة[2]. ثم استمر فى تطوره حتى وصل فى عهد جستنيان إلى إعطاء الغير حقا ينشئه عقد لم يكن هذا الغير طرفا فيه، ويعطيه هذا الحق فى شكل دعوى، ولكن فى أحوال معينة اقتضتها ضرورة تقدّم المعاملات هى: (١) الهبة اذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له إلتزاما نحو الغير، فيكسب الغير من هذه الهبة حقا ينشئه عقد لم يكن طرفا فيه (donation sub modo)، وهذا استثناء يرجع الى عهد ديوكلسيان (Dioclétien). (٢) اشتراط المورّث لمصلحة ورثته: وقد أجاز القانون الرومانى أيضا تعهد المورّث عن ورثته. (٣) اشتراط المتعاقد لمصلحة الغير فى عقد المهر (بأن يشترط شخص على آخر أن يعطى مهرا لشخص ثالث)، وفى عقدى الوديعة وعارية الاستعمال (بأن يشترط المودع أو المعير على حافظ الوديعة أو المستعير

---

(١) والى هذه المرحلة من التطور وصلت قاعدة التعهد عن الغير فى القانون الحديث كما رأينا فيما تقدم، ووقفت عند ذلك فلم تستمر فى تطورها كما كان شأن قاعدة الاشتراط للغير.

على أن قاعدة التعهد عن الغير خطت فى تطورها فى القانون الرومانى خطوة لم تخطها حتى الآن فى القانون الحديث، فكان من الجائز فى القانون الرومانى أن يتعهد المورّث عن وارثه، وينشأ التزام الوارث من هذا التعهد ذاته، لا من عقد آخر يصدر من الوارث (جيرار ص ٤٦١ — ص ٤٦٢). وقد تقدّمت الاشارة الى ذلك.

(٢) وهذه الأحوال كما أوردها جيرار (ص ٤٥٨ هامش نمرة ١): (أ) الوفاء عن الغير، ويبرئ ذمة المدين، ولو حصل الوفاء دون علمه، بل وبالرغم من ارادته. (ب) الاشتراط لشخص ثالث أن يكون أهلا لاستيفاء الدين من المدين، فليس لهذا الشخص الثالث أن يطالب المدين بالدين، بل له أن يستوفى الدين اذا أراد المدين وفاءه له، ويقدّم حسابا للدائن عما استوفاه، إلا اذا كان الدائن قد أراد أن يتبرع له به. (حـ) اشتراط البائع على المشترى أن يبقى مستأجر العين، ويكون للمستأجر فى هذه الحالة أن يدفع دعوى المشترى عليه بالاخلاء تمسكا بالشرط الذى وضع لمصلحته فى عقد البيع.

أن يرد الشيء المودع أو المعار الى الغير)، وفى عقد رهن الحيازة (بأن يبيع الدائن المرتهن العين لاستيفاء دينه منها ويشترط على المشترى ردّ العين الى الراهن اذا ردّ هذا الثمن اليه) .

إذن احتفظ القانون الرومانى بقاعدته من أن العقد لا ينشئ حقا للغير، ولم يسلم بالخروج على هـذه القاعدة إلا فى أحوال استثنائية . وفى غير هـذه الأحوال، مهما يكن من مصلحة للتعاقد فى أن يشـترط للغير، فلا يتسنى له ذلك إلا من طريق غير مباشر، بأن يكون له هو — لا للغير — دعوى تعويض قِبل المتعهد إذا لم يقم بتنفيذ تعهده نحو المتفع. إما أن يكون للغير حق مباشر يكسبه من العقد ذاته ، فهذا ما لم يسـلم به القانون الرومانى إلا فى الأحوال المحدودة المتقدّمة .

(ثانيا) القانون الفرنسى القديم :

٧٨٦ — **الاحتفاظ بالقاعدة** — أما القانون الفرنسى القديم فقـد ظل محتفظا بالتقاليـد الرومانيـة، فلم يكن يسمح كقاعدة عامة، بأن ينشئ العقـد حقا للغير، وإلى هذا يشير پوتييه فى كتابه فى الالتزامات[1] . ولكن هذا القانون كان يعطى المشترط حقا ينشئه العقد هو حق التعويض ، إذا كانت له مصلحة مادية من اشتراطه للغير وفاتته هذه المصلحة بعدم تنفيذ المتعهد لمـا التزم به نحو المتفع . ولم يكن هذا إلا تطبيقا للقواعد العامة، فكان الاشتراط للغير كالتعهد عن الغير خاضعا للقواعد العامة فى مبدأه الأساسى .

٧٨٧ — **التوسع فى الاستثناءات** — إلا أن القانون الفرنسى القـديم ورث عن القانون الرومانى أيضا الاستثناءات التى أدخلها هـذا القانون فيما يتعلق بجواز الاشـتراط للغير فى الهبـة بشرط، وفى الاشـتراط لمصلحة الوارث، وفى عقود المهر والوديعـة وعارية الاستعمال ورهن الحيازة، وأضاف استثناء آخر كان الرومان لا يعطون فيه للغير إلا دفعا فأعطى القانون الفرنسى القـديم دعوى بدل الدفع فى حالة اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الثمن لشخص ثالث، فأصبح لهذا الشخص الثالث حق مطالبة المشـترى بالثمن ، وبذلك صار له حق كامل ينشئه عقـد لم يكن طرفا فيه[2] .

(١) پوتييه فى الالتزامات فقرة ٥٤ .

(٢) پوتييه فى الالتزامات فقرة ٧١ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٨ ص ١٩١ — ص ١٩٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٢ — بلانيول ٢ فقرة ١٢١٤ — ڤولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٢ — جوسران ٢ فقرة ٢٧٢ .

ولكن فيما عدا هـذه الاستثناءات بقى القانون الفرنسى القديم محتفظا بالقاعدة الرومانية من أنه لا يجوز أن ينشئ العقد حقا للغير .

(ثالثا) قانون نابليون :

* ٧٨٨ — **احتفاظ المشرع الفرنسى بالتقاليد** — أراد المشرع الفـرنسى أن ينقل قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير كما بسطها پوتييه ، فبدأ يقرر فى المـادة ١١١٩ أنه لا يجوز لمتعاقد أن يشـترط باسمه إلا لنفسه . وهـذا تقرير للقاعدة الرومانية القديمة من أن العقد لا ينشئ حقا للغـير . ثم استثنى من هـذه القاعدة حالتين فى المـادة ١١٢١ ، وكان سـبيله فى ذلك أن ميز بين عقود التبرع وعقود المعارضات . فقرر فى الهبات أن للمتعاقد أن يشترط للغير ، وهذه هى حالة الهبة بشرط ، قررها القانون الرومانى ومن بعده القانون الفرنسى القديم كما رأينا فيما تقدم . أما فى المعاوضات فيجوز للمتعاقد أن يشـترط لغيره اذا كان هـذا شرطا فى حق عقده لنفسه .

* ٧٨٩ — **الاستثناءات التى سلم بها المشرع الفرنسى** — ومن ذلك نتبين أن المشرع الفرنسى أراد فى الأصل نقل القانون الفرنسى القديم المأخوذ عن القانون الرومانى ، ولكنه جدد بعض الشىء . وتفصيل ذلك أنه طبقا للقانون الفرنسى اذا اشترط المتعاقد للغير كان العقد باطلا طبقا للمـادة ١١١٩ ، فالقاعدة الرومانية لم يرد القانون الفرنسى أن يهجرها ، بل نص عليها صراحة فى المـادة ١١١٩ ، إلا أنه مع ذلك يصح الاشـتراط للغير إما تطبيقا للقواعد العامة وإما استثناء من هذه القواعد .

أما الاشـتراط للغير الذى هو تطبيق للقواعد العامة فهو أن يشـترط المتعاقد للغـير ، ويكون قصده من ذلك أن يوجد حقا لنفسه هو حق التعويض اذا لم يقم المتعهد بما التزم به نحو الغير ، وذلك بأن تكون له مصلحة شخصية من الاشتراط للغير يناله من فواتها ضرر يستحق من أجله التعويض . فالعقد فى هذه الحالة لا ينشئ حقا للغير بل حقا للمتعاقد وهو المشترط ، وليس فى هذا خروج على القواعد العامة بل تطبيق لها على النحو الذى رأيناه فى التعهد عن الغير . ولم يحتج المشرع الى النص على هذه الحالة ، فهى ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة كما قدمنا .

ويجوز أيضا للمتعاقد — استثناء من القواعد العـامة — أن يشـترط للغير بحيث ينشئ

العقد حقا لهذا الغير . وهذا هو الاشتراط لمصلحة الغير بمعناه المعروف . ولكن هذا لا يجوز إلا فى حالتين : (١) اذا وهب المشـترط شيئا للمتعهد، واشترط عليه فى مقابل ذلك شروطا فى مصلحة الغير . مثل هـذه الهبة لا تقتصر على اعطاء حق للمشترط يطالب المتعهد بمقتضاه أن ينفذ ما التزم به فى مصلحة الغير، بل هى تنشئ أيضا للمنتفع حقا فى مطالبـة المتعهد بمـا التزم به . ولا شك فى أن هذا خروج على القاعدة العامة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير، وهو خروج كان المشرع الفرنسى فيه مقلدا لا مبتدعا، فقد رأينا القانون الرومانى ومن بعده القانون الفرنسى القديم يجيزان هذا الاستثناء . (٢) اذا صدر من المشترط عقد معارضة اشترط فيه لنفسـه، وقرن ذلك بأن اشترط للغير أيضا . وهنا نجد شيئا من التجديد لم نعهده لا فى القانون الرومانى ولا فى القانون الفرنسى القديم . فان هذين القانونين كانا يستثنيان من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغـير عقودا معينة بالذات ذكرناها فيما تقـدم . أما المشرع الفرنسى فقد وسع من جهة وضيق من جهة أخرى . وسع فى أنه لم يخص عقودا دون أخرى بالاستثناء، وضيق فى أنه لم يجز للمتعاقد أن يشـترط لغيره إلا اذا كان هذا مقرونا باشتراطه لنفسه . فالأصل أن يشترط المتعاقد لنفسه أولا، ثم يتبع ذلك باشتراطه للغير يستكمل به اشتراطه لنفسه . إما أن يشترط لغيره أصلا دون أن يشترط لنفسه شيئا فهذا لا يجوز اذا أراد به أن ينشئ حقا للغـير، أما اذا أراد أن ينشئ به حقا له فى التعويض فان هـذا يجوز طبقا للقواعد العامة لا استثناء منها كما قدمنا .

فالمشرع الفرنسى لم يجز إذن الاشتراط لمصلحة الغير إلا فى حالتين استثنائيتين، ولم يرد أن يهجر القاعدة الرومانية . هذا هو التفسير الصحيح للمـادة ١١٢١ من القانون المدنى الفرنسى، ونحن لا نشك فى أنه تفسـير يضيق بمـا تقتضيه ضرورات التعامل، ولكنه التفسـير الذى ينطبق على نيـة المشرع وقت أن وضع نص المـادة ١١٢١ ؛ أما كيف ارتفع هذا الحرج، وتهيأ من هـذا النص الاستثنائى معول هدمت به القاعدة، فقد كان ذلك من عمل القضاء والفقه فى العصر الحاضر، قاما به ليسدّا ثغرة فى التشريع فتحها ماجد من ضروب التعامل .

(رابعا) بعد قانون نابليون : تطور القاعدة فى العصر الحاضر . القانون المصرى :

* ٧٩٠ — **ما استجد من الحاجات العملية** — لم يكن من الميسور أن يحتفظ القانون الفرنسى بالقاعدة الرومانية القديمة تحت ضغط التطور وما يستجد من الحاجات . وقد كان

القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم يجاريان تطور المعاملات فى زمنهما، فيوجدان حلولا لما يواجهانه من ذلك، ويضعانها فى شكل مستثنيات من القاعدة، وقد ورث قانون نابليون هذه الاستثناءات مع تحوير فيها على النحو الذى قدمناه. ولكن كان مقدرا أن يستمر سيل هذا التطور جارفا، فيكتسح أمامه القاعدة العتيقة، ولا يبقى منها إلا الاسم يردد نزولا على حكم التقاليد واحتراما لما خطه المشرع فى عصر لم يكن يتوقع فيه هذا التطور.

قدمنا أن المشرع الفرنسى استمر يحرم الاشتراط لمصلحة الغير اذا جاء هذا الاشتراط فى غير الهبات، ولم يكن مقترنا باشتراط شخصى للتعاقد. ولكن هذا التحريم لم يعد ملائما لروح التعامل فى العصر الحاضر. فقد جد، الى جانب ما اعترف به المشرع الفرنسى من جواز الاشتراط لمصلحة الغير فى المادة ١١٢١ وفى غيرها من نصوص القانون المتفرقة[1]، حاجات أخرى لم تكن هناك مندوحة من أن يلتوى أمامها هذا التحريم. وأهم ما جد من هذه الحاجات هو التأمين على الحياة والتأمين ضد مخاطر العمل، ففى هذين نرى المؤمن قد لا يشترط شيئا لنفسه، وانما يلتزم بدفع أقساط التأمين للشركة على أن تلتزم من جانبها بدفع مبلغ معين لشخص يعينه المؤمن لم يكن طرفا فى عقد التأمين. فاذا أردنا تطبيق القانون الفرنسى على هذا الفرض، وتلمسنا هذا الذى اشترطه المتعاقد لنفسه حتى يصح أن يقترن به ما اشترطه للغير، لا نجد شيئا من ذلك، فلا يدخل الفرض اذن فى الاستثناء الذى نصت عليه المادة ١١٢١، لأن المؤمن اشترط لغيره أصلا، ولم يشترط لنفسه شيئا. لم يبق اذن إلا أن تتكسر هذه القيود الضيقة، حتى ينفسح الطريق أمام هذا الضرب الجديد من التعامل.

* ٧٩١ — **زيادة التوسع فى الاستثناء** — وهذا ما قام به الفقه والقضاء فى فرنسا، من طريق التوسع فى الاستثناء الذى نصت عليه المادة ١١٢١، ففسروا كلمة (stipulation) الواردة فى هذه المادة لا بالاشتراط كما هو معناها الدقيق، بل بالتعاقد على العموم، سواء كان المتعاقد مشترطا لنفسه أو ملتزما عنها[2]. فيكفى أن "يتعاقد" المشترط لمصلحة الغير لنفسه، ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير أصلا دون أن يشترط لنفسه شيئا. وانما

(١) انظر فى الحالات الأخرى التى نص عليها القانون الفرنسى وأجاز فيها الاشتراط لمصلحة الغير (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٥ ص ٤٨٩ — ص ٤٩٠).

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٨ ص ١٨٩ — ص ١٩١ — بلانيول ٢ فقرة ١٢١٥ وفقرة ١٢٣٠ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٣ ص ٤٨٥ — ديموج ٧ فقرة ٧٦٣.

المهم أن يتوافر شرطان : (أولا) أن يتعاقد لنفسه مشترطا أو ملتزما كما قدّمنا ، فاذا كان لم يشترط شيئا لنفسه فلا أقل من أن يلتزم بشيء عن نفسه ، وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استجد من الحاجات . ففي الفرضين المتقدّمين — المؤمّن على حياته لمصلحة الغير ورب العمل الذي يؤمّن لمصلحة عماله — نرى المتعاقد لمصلحة الغير اذا كان لم يشترط شيئا لنفسه ، فهو على الأقل قد التزم بشيء عن نفسه ، فانه قد أصبح بمقتضى العقد مدينا للشركة بدفع أقساط التأمين[1] . (ثانيا) أن يكون للتعاقد مصلحة مادية أو أدبية تدفعه الى الاشتراط لمصلحة الغير ، لأن محل التعاقد يشترط أن تكون فيه فائدة للتعاقد . فالمشترط قد تعاقد على منفعة تؤدى للغير ، فيجب أن تكون له في هذه المنفعة مصلحة مادية أو أدبية و إلا بطل التعاقد .

* ٧٩٢ — **القانون المصري** — أما القانون المصري فلو أنه أورد النص في جواز الاشتراط لمصلحة الغير في عبارة مبهمة ، إلا أنه لم يحدّد الحالات التي يجوز فيها الاشتراط لمصلحة الغير كما فعل القانون الفرنسي ، فقد نص في عبارة عامة على أنه إذا اشترط شخص لمصلحة الغير دون توكيل ، فلهذا الغير الخيار بين أن يقر العقد أو أن يرفض الاعتراف به . ويفهم من ذلك أن المشرع المصري أجاز للتعاقد أن يشترط للغير ، وترك للغير الخيار في الرفض أو في القبول . فاذا ما قبل الغير اعتبر حقه هذا ناشئا من العقد الذي تم بين المشترط والمتعهد . فالاشتراط لمصلحة الغير جائز إذن في القانون المصري دون أن يكون مقصورا على حالات معينة . فسواء ورد الاشتراط في عقد هبة ، أو كان مقرونا باشتراط المتعاقد لنفسه ، أو كان غير مقرون بشيء من ذلك ، بأن اقتصر المتعاقد على الاشتراط للغير دون أن يشترط لنفسه شيئا ، فان كل هذه الفروض تدخل في نص المادتين ١٣٧/١٩٨ دون أن يضيق بها هذا النص .

---

(١) ويستشهد الفقهاء عادة على جواز الاشتراط لمصلحة الغير مع عدم ضرورة الاشتراط الشخصي بالمادة ١٩٧٣ من القانون المدني الفرنسي ، فهي تفرض أن شخصا يلتزم بدفع رأس مال لآخر مع أن يقرر هذا للغير إيرادا مرتبا . فالمشرع يسلم في هذا الفرض بجواز الاشتراط لمصلحة الغير أصلا ، ويكفي أن يكون المشترط قد التزم بشيء أو دفع شيئا للمتعهد (بودري و بارد ١ فقرة ١٤٨ ص ١٩٠ — ص ١٩١ بلانيول ٢ فقرة ١٢٣٠ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٣ ص ٤٨٥ هامش نمرة ٣) .

ويلاحظ أنه يكفي أن يؤدّي المشترط شيئا للمتعهد ، وليس من الضروري أن "يلتزم" . فقد يكون العقد هبة يشترط فيه التسليم ، ولا يكون التسليم في هذه الحالة التزاما بل هو ركن في العقد ، ومع ذلك يجوز أن يشترط لمصلحة الغير من سلم الشيء في العقد العيني ، كما اذا كان ترتيب الايراد لمصلحة الغير بمقتضى عقد عارية ، فان المقرض سلم رأس المال للمقترض ، ولم يلتزم بشيء ، ولكنه مع ذلك يجوز له أن يشترط ردّ رأس المال الى الغير ايرادا مرتبا طول حياته .

ولا شك فى أن المشرع المصرى قد تجنب ما يوقع فيه نص المشرع الفرنسى من الحرج، فأبى أن ينقل هذ النص على حاله، ولم يرد أن يحصر جواز الاشتراط لمصلحة الغير فى الحالتين اللتين وردتا فى القانون الفرنسى. على أنه من الغريب أن يعمد المشرع المصرى بعد ذلك فى المادتين ١٤١/٢٠٢ الى تقرير قاعدة مناقضة، فيقضى بألا يترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها، وقد نسى أنه قرر عكس ذلك فى المادتين ١٣٧/١٩٨ إذ أجاز الاشتراط لمصلحة الغير. وأقرب من ذلك أن المشرع المصرى، عند ما أراد أن يورد استثناء من هذه القاعدة، لم يذكر الاشتراط لمصلحة الغير وهو الاستثناء الحقيق بل هو الاستثناء الذى يهدم القاعدة، ولكنه ذكر الدعوى غير المباشرة وهى ليست استثناء حقيقيا كما قدّمنا.

* **٧٩٢ مكررة — الاشتراط لمصلحة الغير استثناء هدم القاعدة** — إذن قد أصبح الآن مقررا فى القانون الفرنسى — فقها وقضاء — وفى القانون المصرى — تشريعا وفقها وقضاء — أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير. ويشترط فى القانون الفرنسى قيام المشترط بدور شخصى فى العقد كدائن أو مدين. وهذا شرط قل أن يعدمه عقد فيه اشتراط للغير. وهو بعد شرط أخذت أهميته تتناقص حتى قيل بالاستغناء عنه كما سيتبين ذلك مما يلى.

وقد وصلنا بهذا التطور الحديث الى هدم القاعدة التى لا تجيز أن ينشئ العقد حقا للغير. فأجزنا ذلك باجازتنا الاشتراط للغير. وأصبح تصوير الاشتراط لمصلحة الغير على اعتبار أنه ورد على سبيل الاستثناء تصويرا غير صحيح. فالقاعدة هى جواز الاشتراط للغير دون قيد، إلا تلك القيود التى قل أن تنعدم، وبذلك هدم الاستثناء القاعدة.

(خامسا) التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير:

* **٧٩٣ — أهم التطبيقات العملية** — وقد هدم الاستثناء القاعدة تبعا لمقتضيات التعامل كما قدّمنا. ويكفى أن نلقى نظرة سريعة على مدى تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى الوقت الحاضر لنقتنع بأن هذه القاعدة، بفضل التوسع فى تفسيرها، قد أحدثت كثيرا من ضروب التعامل الجديدة، وفسرت كثيرا من أنواع التعامل القديمة، وأن هذا التوسع كان ضروريا حتى يتمشى القانون مع ما يستجد من الحاجات[1].

(١) والنون ٢ ص ٥٥.

ونحن نشير هنا بايجاز الى أهم التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى العصر الحاضر ، سواء فى ذلك اشترط المتعاقد لنفسه عند الاشتراط للغير كما كان يقضى التشريع الفرنسى على النحو الذى قدمناه ، أو اشترط للغير دون أن يشترط لنفسه على حسب التفسير الجديد الذى ذهب اليه الفقه والقضاء فى فرنسا وعلى حسب نصوص القانون المصرى .

وأهم تطبيقات عملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير[1] نراها فى عقود التأمين وفى الأوراق التجارية وفى عقود الاحتكار وفى عقود النقل وفى الاشتراط لمصلحة العمال فى المقاولات وبيع المتاجر وفى قروض أخرى متفرقة .

* **٧٩٤ — عقود التأمين** — أما فى عقود التأمين فعقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط لمصلحة الغير ، والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده اذا مات قبل سن معينة ، وطورا يؤمن لمصلحة أقارب له معينين بطريق مباشر دون أن يشترط لنفسه شيئا . وفى الحالتين يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، يكسب المنتفع بمقتضاه حقا مباشرا من عقد التأمين على النحو الذى سنفصله فيما يلى[2] .

وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير . وكثيرا ما يؤمن رب العمل على مسئوليته نحو العمال مما يحدث لهم من الاصابات أثناء العمل ، ويؤمن فى الوقت ذاته لمصلحة العمال (assurance collective) ضد ما يصيبهم من الضرر أثناء العمل أيا كان سبب هذا الضرر . ففى الحالة الأخيرة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، والغير هنا هم العمال يكسبون حقا مباشرا قبل شركة التأمين فى التعويض عما يصيبهم من الضرر[3] .

---

(١) ونترك جانبا التطبيقات التقليدية للقاعدة ، كالهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشترى ترتيب ايراد للغير أو التزام ما نحو الغير ، وكبيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشترى أن يدفع أقساط الدين الى الدائن المرتهن (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ١٨٤ — ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧) ، ويلاحظ أن المشترى للعين المرهونة اذا تعهد بدفع الدين للدائن أصبح ملتزما التزاما شخصيا بهذا الدين فلا يستطيع أن يقوم بتطهير العقار . وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى حالة اشترط فيها البائع على البحار ألا يأخذ بالشفعة مراعاة لمصلحة المشترى ، فالمشترى يكسب حقا من هذا العقد الذى لم يكن طرفا فيه (أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣ .

(٣) ومثل ذلك اذا تعاقد رب العمل مع طبيب لمصلحة عماله ، واشترط رب العمل أن يعالج الطبيب العمال مجانا ، ففى هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الطبيب اذا أهمل أو رفض معالجتهم (محكمة بور الاستئنافية ٣٠ يوليه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ — والتون ٢ ص ٥٩) .

أما فى الحالة الأولى ، اذا أمّن رب العمل على مسئوليته هو ، وبوجه عام اذا أمّن شخص على مسئوليته ، سواء كان رب عمل قد تحقق مسئوليته قبل عماله ، أو كان صاحب سيارة قد تحقق مسئوليته عن الحوادث التى تنجم عن السيارة ، أو غير ذلك ، فان المؤمّن لا يعدّ مشترطا لمصلحة الغير بل لمصلحته هو ، ولا يكسب من كان دائنا فى هذه المسئولية حقا مباشرا قبل شركة التأمين[1] ، وكل ما يستطيع الدائن أن يفعل فى هذه الحالة هو أن يستعمل دعوى مدينه المؤمّن قبل شركة التأمين ، ولكنه يتعرض إذ ذاك لمزاحمة دائنى المؤمّن[2] .

• ٧٩٥ — الأوراق التجارية — أما الأوراق التجارية فنخص بالذكر منها السند تحت الاذن (titre à ordre)، فان ساحب السند (tireur) يتعاقد مع حامله (preneur)، وهذا يشترط على الساحب أن يدفع قيمة السند لأى شخص يحوّل له الحامل هذا السند . فالحامل اذن قد اشترط للغير وهو من يحوّل له السند[3] .

---

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ (جريدة مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى العدد العاشر ص ١٠) بأن للصاب فى حادثة سيارة حق الرجوع مباشرة على شركة التأمين بالتعويض الذى يستحقه المؤمن ، وهو المسئول عن الحادثة ، وبنت حكمها على أن عقد التأمين على المسئولية يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير وهو الدائن فى هذه المسئولية (انظر نقدا لهذا الحكم للدكتور حامد زكى فى جريدة مصر القضائية السنة الأولى عدد ١٩ ص ٢ — ص ٣ — وانظر حكما يقرر المبدأ الصحيح وهو عكس المبدأ الذى يقرره الحكم المتقدم : استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩) .

(٢) وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة ، ويكون هذا اشتراطا لمصلحة الغير (استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٧١) . كذلك عقد التأمين لحساب من يملك الشىء المؤمن عليه (assurance pour le compte de qui il appartiendra) فيه اشتراط للغير ، لأن المتعاقد يؤمن مثلا منزلا ضد الحريق أو بضاعة ضد التلف أو الغرق أو نحو ذلك من المخاطر ، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التعويض فى حالة تحقق الضرر لأى شخص يكون مالكا فى ذلك الوقت للشىء المؤمن عليه ، فيكون هذا الغير وهو مالك الشىء قد كسب حقا مباشرا قبل شركة التأمين من عقد لم يكن طرفا فيه (محكمة النقض الفرنسية فى ٥ مارس سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ — ١ — ٣٦٥ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٢٨٧ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٣٥١ — محكمة باريس الاستئنافية ١٤ مايو سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٥١) .

وقد يؤمن المستحق فى وقف على حياته لمصلحة دائنه ، حتى اذا مات وانقطع استحقاقه استطاع الدائن أن يستولى على حقه من مبلغ التأمين . وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الدائن على حياة مدينه ضمانا لحقه (قارن استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧) .

(٣) ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل بأنه يمكن الاستغناء عنه بالذهاب الى أن حامل السند انما تنازل عن حقه لمن حوّل له السند ، فانه لو كان الأمر كذلك لاستطاع صاحب السند أن يتمسك قبل المحوّل له بالدفوع التى كان يستطيع التمسك بها قبل الحامل ، وهذا مالا يجوز . أما فى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، فان الغير وهو المحوّل له =

أما اذا كان السند لحامله فالتحليل الصحيح فى نظرنا أن ساحب السند يتعهد بموجب ارادته المنفردة لشخص غير معين بأن يدفع له قيمة السند ، وليس فى الأمر اشتراط للغير ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . ولكن بعض الفقهاء يرون فى السند لحامله أيضا تطبيقا للاشتراط لمصلحة الغير ، فعندهم أن هناك عقدا بين ساحب السند والحامل الأول لهذا السند واشتراطا من الحامل لمصلحة كل من يحمل السند من بعده (١) .

* ٧٩٦ — **عقود الاحتكار** — وفى عقود الاحتكار ، اذا منحت الحكومة أو مجلس بلدى مثلا احتكارا لشركة من الشركات لتأدية خدمة عامة بأجر تتقاضاه من الجمهور ، كالاحتكار الذى يمنح لشركات المياه والنور والغاز والتلفون والنقل ونحو ذلك ، فان من يمنح الاحتكار يشترط عادة على الشركة المحتكرة شروطا فى مصلحة المنتفعين من الجمهور . فيشترط مثلا حدّا معينا للأجور ، لا يجوز للشركة أن تجاوزه . فى مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى الشركة و يطلب منها تنفيذ الشروط التى اشترطت لمصلحته (٢) .

= يكون له حق مباشر يكسبه من العقد الذى لم يكن طرفا فيه ، فلا يتمسك قبله بدفوع خاصة بشخص المشترط (انظر فى هذا المعنى بودرى و بارد ١ فقرة ١٧٧ — ورمز (Worms) ص ١٣٨ — ص ١٤٨ — قارن سالى فى الالتزامات ص ٢٩٠ هامش نمرة ١) .

(١) بودرى و بارد ١ فقرة ١٧٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥ — محكمة النقض البلجيكية ٢١ يوليه سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٩ — ٤ — ٩ — قارن استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٢ — وانظر استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٣ .

ويرى الأستاذ والنون (٢ ص ٥٧ — ص ٥٨) أن أفراد الجمهور يكسبون من هذه العقود حقا مباشرا أولا يكسبون هذا الحق حسب تفسير نية المتعاقدين فى عقد الاحتكار . ففى بعض الأحيان لا تقصد الحكومة عند تعاقدها مع شركة على احتكار أن تعطى للافراد حق مقاضاة الشركة مباشرة ، ولكن تحفظ لنفسها هى حق إلزام الشركة بمراعاة الشروط المتفق عليها (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ — ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٣) .

ويرى الأستاذ بلانيول أن الحكومة (أو المجلس البلدى) فى تعاقدها مع شركات الاحتكار انما تمثل الجمهور ، فهى نائبة عنه ، فيكسب أفراد الجمهور حقا مباشرا من هذا التعاقد لا بناء على قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، بل بناء على قاعدة النيابة ، اذ يعتبر الجمهور أصيلا والحكومة نائبة عنه فى التعاقد (بلانيول ٢ فقرة ١٢١٦ ص ٤٠١ هامش نمرة ٤ — قارن بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٠ هامش نمرة ٦) . ولكن يعترض على هذا الرأى بأن الحكومة ليست نائبة عن كل فرد من الأهالى ، بل هى تمثل المجموع ، فاذا اشترطت لمصلحة كل فرد فانها تشترط لمصلحة الغير الذى لا تنوب عنه فى التعاقد .

٧٩٧ — **عقود النقل** — وفى عقود النقل يتم العقد بين المرسل وشركة النقل، ومع ذلك يتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل اليه يخوله الحق فى مطالبة شركة النقل بتنفيذ شروط العقد، كتسليم البضاعة فى حالة جيدة وفى مكان معين وغير ذلك، وهذا تطبيق لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير[(١)].

٧٩٨ — **عقود المقاولات** — وفى عقود المقاولات كثيرا ما يشترط رب العمل (لاسيما اذا كان رب العمل هذا هو الحكومة أو مجلس بلدى أو احدى الشركات) فى تعاقده مع المقاول لمصلحة العمال، ويثبت ذلك فى "دفتر الشروط" (cahier des charges). فيضع حدا معينا للأجور وشروطا معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الاصابات ونحو ذلك. والمقاول مسئول مباشرة نحو العمال عن تنفيذ هذه الشروط، حتى لو كان لم يتعاقد مع العمال، بل تعاقد معهم "مقاول" من الباطن. فللعمال إذن حق مباشر، لم يستمدوه من عقد العمل فيما بينهم وبين "المقاول" من الباطن أو فيما بينهم وبين "المقاول" الأصلى، بل من عقد "المقاولة" فيما بين رب العمل و"المقاول" الأصلى، وهو عقد لم يكونوا طرفا فيه، ولكن رب العمل اشترط فيه لصالحهم، فتولد لهم حق مباشر طبقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير[(٢)].

---

(١) نقض فرنسى ٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ١٦١ — ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ داللوز ٤ — ١ — ٢٤٤ — ٢٤ مايو سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ٢٣ — هيك ٧ فقرة ٥٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٧٨ مكررة ٢ — جوسران فى النقل فقرة ٣٨٤ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩١.

والمرسل اليه هو الذى يكسب حقا مباشرا من العقد. أما مالك البضاعة فلا يكون له هذا الحق مادام لم يشترط شيء لمصلحته (نقض فرنسى ٢٤ مايو سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ٢٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٧٨ مكررة ٢).

(٢) نقض فرنسى ١٣ مارس سنة ١٨٨٩ سيريه ٨٩ — ١ — ٢٦٣ — ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ — ١ — ٣١١ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٨٨ — ٣ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١١ — ١ — ٣٦٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٧٨ مكررة ١ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٠ — والتون ٢ ص ٥٧.

كذلك قد يشترط رب العمل فى مصلحة العمال اذا ما باع متجره، فيأخذ على المشترى عهدا أن يبقى العمال فى عملهم، أو إلا ينقص من أجورهم أو نحو ذلك من شروط يراعى فيها مصلحة العمال، ففى هذه الحالة أيضا يكسب العمال من عقد بيع المتجر حقا مباشرا يرجعون به على المشترى بفضل قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير (نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٦ — ١ — ٢٨٩ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٥).

٧٩٩ — تطبيقات أخرى — وهناك فروض تطبق فيها قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . منها حالة التنازل عن الايجار ، فان المستأجر اذا استطاع أن يتنازل عن حقوقه قبل المؤجر الى المتنازل له عن الايجار بفضل القواعد المعروفة فى حوالة الحق ، فانه لا يستطيع أن يتنازل عن التزاماته قبل المؤجر لأن حوالة الدين لا تجوز . لذلك يفسر تنازل المستأجر عن التزاماته الى المتنازل له عن الايجار بأن المستأجر اشترط على المتنازل له أن يقوم بهذه الالتزامات لمصلحة المؤجر ، فيكسب المؤجر من هذا الاتفاق حقا مباشرا باعتباره منتفعا طبقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير[(١)] .

وفى الاكتتابات العامة ، اذا فتحت جريدة أو مجلة اكتتابا لعمل خيرى أو لعمل عام ، يرى الأستاذ والتون[(٢)] اعتبار من قام بفتح الاكتتاب وكيلا عن المكتتبين فى تنفيذ الغرض الذى افتتح من أجله الاكتتاب[(٣)] . ولكن اذا كان الاكتتاب لمصلحة شخص موجود ، فقد يمكن القول بأن المكتتب اتفق مع من نظم الاكتتاب مشترطا لمصلحة الغير[(٤)] .

ونشير أخيرا الى حالة معروفة : شركة أراضى تبيع الأرض وتشترط للبناء عليها شروطا خاصة ، كترك مسافات معينة وعدم العلو بالبناء إلا الى حد معين وغير ذلك من الشروط التى تكفل تنظيم البناء . وقد اختلف فى تحديد طبيعة الحق المشترط فى مثل هذه الأحوال ، هل هو حق شخصى للشركة يزول بزوالها ، أو هو حق عينى أى حق ارتفاق على الأرض المبيعة لصالح الأراضى المجاورة . واذا كان حق ارتفاق فما مصدره ؟ أهو تخصيص رب الأسرة (destination du père de famille) ، أو هو الاشتراط لمصلحة الغير ؟ ومن رأينا أن هذا حق عينى اشترطته الشركة لمصلحة سكان الحى جميعا ، فلكل من هؤلاء أن يطالب به الجار الذى يخالف شروط الشركة[(٥)] .

---

(١) كتاب الايجار المؤلف فقرة ٤٢٧ — والتون ٢ ص ٥٥ — ص ٥٦ .

(٢) جزء ٢ ص ٥٨ .

(٣) هيك ٨ فقرة ٣٧٦ — نقض فرنسى ٦ فبراير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ — ١ — ٧٩ — محكمة باريس الاستئنافية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ١٢١ .

(٤) والتون ٢ ص ٥٨ — ص ٥٩ .

(٥) انظر محكمة النقض الأهلية فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٨٧ نمرة ٤٨٧ — مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٨٩ — ص ٩٠ — استئناف مصر الأهلية فى ٨ مايو سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ ص ٢٣٠ — انظر عكس ذلك محكمة استئناف مصر الأهلية ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٤١١ رقم ٢٠٦ — استئناف =

(سادسا) التطور المنتظر لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير :

* ٨٠٠ — **الاشتراط لمصلحة شخص غير معين** — رأينا فيما قدمناه من التطبيقات العملية أن المتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير كما يكون شخصا معينا فانه قد يكون شخصا غير معين، فرب العمل الذى يؤمن ضد أخطار العمل فى مصلحة عماله انما يؤمن لمصلحة أى عامل يدخل فى خدمته ، سواء كان هذا العامل موجودا بالفعل فى خدمته وقت التأمين أو سيوجد فيما بعد ، فالمتفع بالتأمين هنا أشخاص غير معينين . كذلك من يؤمن لحساب من يملك الشىء المؤمن عليه يشترط لمصلحة شخص غير معين . وفى عقود الاحتكار الجمهور هو المتفع ، والجمهور أفراده متغيرون غير معينين . ومن ذلك نرى أن كثيرا من التطبيقات العملية فى الاشتراط لمصلحة الغير يكون المتفع فيها شخصا غير معين . وقد أجاز القضاء الفرنسى والقضاء المصرى ذلك . وهذا مما يوسع من نطاق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير توسيعا بعيد المدى . فانه اذا أراد شخص اعطاء حق، ولجأ فى ذلك الى طرق التعاقد المعتادة ، وجب أن يكون أمامه شخص معين بالذات للتعاقد معه على اعطائه ذلك الحق . فاذا لم يكن الشخص معينا استحال عليه التعاقد . ولكنه يستطيع بفضل قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن يعطى الحق لشخص غير معين، وذلك بأن يتعاقد مع شخص معين لمصلحة شخص غير معين . ومن هنا كان لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فضل كبير فى توسيع نطاق التعامل وسد الحاجات المتجددة .

إلا أن القضاء الفرنسى لا يزال غير قاطع فى مماشاة هذا التطور الجديد لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير مع وضوح الحاجة اليه . فهو فى عقود التأمين التى يؤمن الشخص بمقتضاها لمصلحة ورثته دون تعيين لأفرادهم يعتبر أن الورثة — ما داموا لم يعينوا وقت التأمين أو بعده حتى موت المؤمن — لا يكسبون حقا مباشرا من عقد التأمين ، بل ان الحق فى الحصول على مبلغ

= مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٧١ رقم ٦٨ — انظر أيضا مقالات فى هذا الموضوع للاستاذ عبد السلام ذهنى بك فى مجلة كلية الحقوق السنة الأولى عدد أول ص ٨ — ص ١٣ — عدد ٢ ص ١٤ — ص ١٧ — عدد ٣ ص ٩ — ص ١٥ — السنة الثانية عدد ٢ ص ١١ — ص ٢١ — والرد على هذه المقالات من قاض فى السنة الثانية عدد ٢ ص ٢١ — ص ٢٤ — والرد على الرد فى السنة الثانية عدد ٢ ص ٢٥ — ص ٢٦ — وانظر الأحكام المذكورة فى هذه المقالات .

التأمين يدخل فى تركة المؤمّن عند موته، وينتقل تركة الى ورثته، فيتحمل هؤلاء ديون التركة وهذا عكس ما قصد اليه المؤمّن (١).

غير أن هذا القضاء منتقد . والفقه الحديث على أن المنتفع قد يكون شخصا غير معين . فيجوز أن يؤمّن الشخص لصالح ورثته من غير تعيين لهم ، ويعينون عند موته ، فيصبح لهم حق مباشر يكسبونه من عقد التأمين ويرجعون به على شركة التأمين دون أن يتلقوه من تركة المورّث فيتحملوا فيه مطالبة دائنى التركة (٢). ومن ذلك نرى أن التطوّر القريب المنتظر لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير هو عدم التردّد فى التسليم بجواز أن يكون المنتفع شخصا غير معين ، وبذلك يرتفع الحرج فى كثير من المعاملات . بل نستطيع أن نقول أن هذا التطوّر قد تم فعلا ، فان القضاء — فيما عدا التأمين فى صالح الورثة (٣) — يطبق هذه القاعدة كما رأينا فى فروض كثيرة . والتشريع الفرنسى الصادر فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ خاصا بعقد التأمين أتم هذا التطوّر فيما يتعلق بالتأمين لصالح الورثة (٤) . والفقه يسلم بهذا الأمر وينظم شروطه، وعنده (٥) أنه يجوز أن يشترط المتعاقد لمصلحة الغير وان كان غير معين ما دام قابلا للتعيين ، أى أن

---

(١) نقض فرنسى ١٥ ديسمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ — ١ — ١١٣ — ١٥ يوليه سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ — ١ — ٢٣٥ — ٧ فبراير سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ — ١ — ٣٣٧ — ٢٧ فبراير سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ — ١ — ٢٣٠ — ١٠ فبراير سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٠ — ١ — ١٥٣ .

وقد سارت محكمة الاستئناف المختلطة على هذا المبدأ أيضا : استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٢ .

(٢) كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣٣ — ص ٣٣٤ — جوسران ٢ فقرة ٢٩١ — فقرة ٢٩٢ — بلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ٣٦٧ .

(٣) وحتى فى التأمين لصالح الورثة نرى الفقه يتوقع أن القضاء يعدل عن هذا التضييق الذى سار عليه فى وقت لم يكن فيه مستقرا فى مسائل التأمين (كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣٤ ، وانظر محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ١٣٥ — جازيت دى باليه ١٩٢٨ — ١ — ٤٢٨ — وانظر استئناف مختلط فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٧ ، وهذا الحكم لا يثبت أكثر من أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الورثة دون تسميتهم ما داموا معروفين بالذات وقت التأمين وهم هم لم يتغيروا وقت موت المؤمّن — قارن استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧ — (وانظر والتون ٢ ص ٧٨ — ص ٨٣) .

ثم صدر بعد ذلك قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ فى فرنسا ، فأجاز فى المادة ٦٣ التأمين لمصلحة الورثة دون تعيينهم ، ويكسبون حقا مباشرا من عقد التأمين (انظر جوسران ٢ فقرة ٢٩٢) .

(٤) المادة ٦٣ من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ (انظر الحاشية السابقة) .

(٥) كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣٣ — ص ٣٣٤ — بلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ٣٦٧ .

يكون هناك وقت الاشتراط عوامل محددة تسمح بتعيين المنتفع فى المستقبل عند ما يحين وقت انتفاعه بالحق . وقد يكون تعيين المنتفع موكولا للحوادث ذاتها تعينه كالتأمين لصالح من يملك الشيء المؤمن عليه ، فان المنتفع شخص غير معين ولكنه قابل للتعيين ، وتعينه ظروف انتقال ملكية الشيء من شخص الى آخر، فالمنتفع هو المالك وقت تحقق مسئولية شركة التأمين[1] . كذلك تأمين الشخص لصالح ورثته فى الفرض السابق صحيح ، لأن الورثة وان كانوا غير معينين بالذات وقت التأمين إلا أنهم قابلون للتعيين و يعينون بالفعل عند موت المورث . كما قد يكون تعيين المنتفع موكولا للشرط ، فرب العمل عند ما يؤمن لصالح عماله يقوم بتعيين المنتفعين ، وهم العمال الذين يدخلهم فى خدمته ، وان كان يخضع فى ذلك لحاجة العمل . بل لا يوجد ما يمنع من أن يكون تعيين المنتفع موكولا للمتعهد نفسه ما دامت هناك عوامل تقيد من اطلاق حريته فى هذا التعيين ، فاشتراط الحكومة فى عقد المقاولة شروطا لمصلحة العمال الذين يستخدمهم "المقاول" هو اشتراط لمصلحة أشخاص غير معينين ، وتعيينهم موكول "للمقاول" أى للمتعهد ، ولكن حريته فى التعيين خاضعة لحاجة العمل . كذلك يستطيع شخص أن يشترط لمصلحة فقراء القرية أو حفاظ القرآن فى بلد معين أو اللقطاء فى جهة معينة ، و يترك للمتعهد اختيار أشخاص معينين من الطائفة التى عينها ، ما دام قد وضع له فى هذا الاختيار من الحدود ما لا يجعله مطلق الارادة فى تحديد مدى التزامه يضيقه اذا أراد أو يجعله قريبا من العدم حتى لا يكون الالتزام معلقا على شرط ارادى محض[2] .

* ٨٠١ — **الاشتراط لمصلحة شخص غير موجود** — واذا أمكن التسليم بجواز الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ما دام أنه قابل للتعيين وما دام أنه كان موجودا وقت صدور العقد ونشوء الحق لصالحه ، فقد يكون من الصعب أن نسلم بالاشتراط لمصلحة شخص لم يكن موجودا وقت نشوء الحق . ومع ذلك فهناك اعتبارات عملية تقضى علينا

(١) نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ — ١ — ٣٦٥ .

(٢) انظر كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣٣ — بلانيول و ريپير واسمان ١ فقرة ٢٦٧ ص ٥٠٢ هامش نمرة ١ واذا حدد المشترط عدد المنتفعين وترك اختيارهم للمتعهد جاز ذلك .

أما من حيث الأساس القانونى للاشتراط لمصلحة شخص غير معين فليس فى الأمر صعوبة . فليس هناك ما يمنع من أن يكون هناك التزام الدائن فيه غير معين ما دام قابلا للتعيين وقت نشوء الالتزام . بل أن حق هذا الشخص غير المعين — والقابل للتعيين — يكون موجودا منذ صدور العقد لا من وقت تعيينه ، و يعتبر مالكا للحق من ذلك الوقت مادام أنه كان موجودا حينئذ (قارن والتون ٢ ص ٧٧ — ص ٧٨) .

بالتسليم بصحة مثل هذا الاشتراط . فكثيرا ما يؤمّن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم (enfants nés et à naître) ، بل قد لا يكون له أولاد ومع ذلك يؤمّن لمصلحة من عسى أن يوجد من أولاده فى المستقبل . وفى كثير مما قدّمناه من الأمثلة على الاشتراط لمصلحة شخص غير معين قد يكون هذا الشخص غير موجود أيضا وقت الاشتراط لمصلحته . ففى عقود الاحتكار تكسب أفراد الجمهور كما قدّمنا حقا مباشرا من العقد وهم غير معينين وقت العقد ، بل أن منهم من لم يكن قد ولد فى ذلك الوقت ، ومع ذلك فان حقه المباشر لا ينكر عليه ، وإلا قصرت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير عن أداء مهمتها .

من أجل هذه الاعتبارات نرى الفقه يسلم بصحة الاشتراط لمصلحه شخص مستقبل[1] ، أما القضاء فيتردد[2] ، ثم يأتى بعد ذلك التشريع الفرنسى الصادر فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠

---

(١) لامبير (Lambert) فقرة ١٣٩ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٤٢ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣٤ — ص ٣٣٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٨ — جوسران ٢ فقرة ٢٩٣ — تعليق لابيه على محكمة النقض فى ٢ يوليه سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥ — ١ — ٨ — ليفور (Lefort) فى التأمين على الحياة جزء ٢ ص ٢٥٦ — والتون ٢ ص ٨٢ — ويبيح القانون الانجليزى التأمين لمصلحة الأولاد قبل أن يولدوا (Married Women's Property Act) : والتون ٢ ص ٨٦ — ص ٨٧ — دى هلتس ٤ فى الاشتراط لمصلحة الغير فقرة ١٢ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ١٩٥ .

(٢) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٧ — ١ — ٣٣٧ — ٢٧ يناير سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ — ١ — ٢٣٠ — ٧ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ١ — ٧٧ — ٤ فبراير سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٣٧٧ — محكمة رن الاستئنافية ٥ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٣٧٧ مع تعليق ديبويش (Dupuich) — استئناف مختلط فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٧ — ومع ذلك انظر محكمة اسكندرية الكلية المختلطة فى ٢٩ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ١ ص ١١٨ — وقد قضت محكمة طنطا الكلية الأهلية بأن عقد التأمين على الحياة ما هو إلا عقد قائم بذاته ، وهو المثل العملى لنظرية التعاقد لمصلحة الغير ، فيجب احترام إرادة المؤمن فيه ، باعتبار أن حق المؤمن له ينشأ بمجرد العقد قبل التركة مباشرة ، ويتولد هذا الحق بغير توقف على قبول الغير المنتفع ، وعلى ذلك يجوز للمؤمن أن يؤمن لمن لم يولد ، سواء من أولاده أو من غيرهم (٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١٤٠ رقم ٨٣) .

وحجة القضاء الفرنسى فى عدم التسليم بصحة الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل الاستناد الى المادة ٩٠٦ من القانون المدنى الفرنسى ، فهى تقضى بأن الموهوب له أو الموصى له يجب أن يكون موجودا ولو جنينا فى بطن أمه وقت صدور الهبة أو وقت موت الموصى ، والا كانت الهبة أو الوصية باطلة . فاذا اعتبر الاشتراط لمصلحة أولاد لم يوجدوا ولو أجنة هبة لهم ، وأن حقهم المباشر يثبت من وقت الاشتراط كما هى القاعدة ، لترتب على ذلك بطلان الهبة اذ تكون قد صدرت لموهوب لهم غير موجودين . أما الفقه فيدحض حجة القضاء بالحجج الآتية : (أ) ان التأمين لمصلحة الأولاد قبل أن يولدوا هو بمثابة تأمين لمصلحة شخص غير معين ولكنه قابل للتعيين ، وهناك فروض معترف بصحتها نرى فيها المنتفع غير معين وغير موجود وقت الاشتراط ، كما فى عقود الاحتكار وعقود التأمين لمصلحة المال . =

خاصا بعقد التأمين وهو يبيح التأمين لمصلحة الأولاد قبل أن يولدوا[1] . فتطوّر قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير إلى حدّ التسليم بصحة الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أمر قريب . أما من حيث الأساس القانونى فمن الممكن القول مع أنصار النظرية المادية للالتزام أنه ليس من الضرورى وقت نشوء الالتزام أن يكون الدائن موجودا و يكفى وجود المدين، وما دام الدائن سيوجد وقت تنفيذ الالتزام فان الالتزام يعتبر قائما صحيحا .

٨٠٢ — *عدم ضرورة قيام المشترط بدور شخصى* — فاذا ما وصل تطوّر قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير الى هذا الحدّ يبقى أن نتساءل الى أى حدّ يجب الاستمرار فى القيد الباقى والقول بوجوب أن يكون للمشترط دور شخصى . أما أن تكون له مصلحة مادية أو أدبية فهذا مما لا شك فيه، لأن هذا شرط فى المحل لا يمكن الاستغناء عنه، وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن عمل الفضولى كما سيأتى ذكر ذلك . ولكن هل يجب أن يكون للمشترط — الى جانب مصلحته المادية أو الأدبية — دور شخصى، فيكون دائنا أو مدينا، مشترطا لنفسه أو ملتزما عنها ؟ وما فائدة ذلك الدور الشخصي ، أما تكفى المصلحة وهى وحدها التى تبرر التعاقد ؟ الحق أن المنطق القانونى يكتفى بذلك، ولا يأباه إلا تلك القاعدة

= (ب) ان المادة ٩٠٦ انما تنطبق على الهبة المباشرة ، وهى التى تصدر بايجاب من الواهب وقبول من الموهوب له . ولذلك كان من المعقول اشتراط وجود الموهوب له وقت الهبة ، حتى يقبل هو أو يقبل عنه نائبه . أما الاشتراط لمصلحة الغير فهو اذا كان هبة انما يكون هبة غير مباشرة ، والتعاقد فيه لا يتم مع الموهوب له حتى يشترط وجوده ، فلا حاجة اذن تدعو لوجود الموهوب له وقت التعاقد ، لا سيما أنه من المقرر أن قبول المنتفع (وهو الموهوب له) ليس ضروريا لوجود حقه . (حـ) ومما يدل على أن القانون يسمح بأن يكون الموهوب له غير موجود وقت الهبة ما دام الواهب لم يتعاقد مباشرة معه ما نصت عليه المادة ١٠٨٢ من القانون المدنى الفرنسى من أن المهر الذى يعطى لأحد الزوجين بموجب عقد الزواج (contrat de mariage) يفرض فيه أن ينتقل الى ما عسى أن يولد للزوج الموهوب له فى حالة موته قبل الواهب . ففى هذا النص اذن اشتراط لمصلحة أولاد قبل أن يولدوا (انظر أيضا المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ من القانون المدنى الفرنسى) . (د) على أن القضاء فيما ذهب اليه كان أقل تسامحا من القانون الفرنسى القديم ، فقد كان هذا القانون يبيح الاشتراط لمصلحة شخص لم يولد . (هـ) وهو فى أحوال أخرى يجيز الاشتراط لمصلحة أشخاص لم يوجدوا وقت الاشتراط ، إذ يجيز الهبة لشخص مع الاشتراط لمصلحة شخص معنوى لم يكسب بعد الشخصية المعنوية (نقض فرنسى فى ٨ أبريل سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٦ — ١ — ٢٢٥ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٦ جازيت دى باليه ١٩٢٦ — ١ — ٦٠٦) فلا معنى لوقوفه فى منتصف الطريق ، وأى فرق بين شخص معنوى لم يكسب شخصيته وشخص طبيعى لم يولد من ناحية الوجود القانونى؟ (انظر فى هذه الحجج بلانيول ٢ فقرة ١٢٣٩ — فقرة ١٢٤٤ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣٤ — ص ٣٤٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٨ — جوسران ٢ فقرة ٢٩٣ — فقرة ٢٩٦ — رسالة الأستاذ لامبير فقرة ١٧٦ وما بعدها) .

(١) انظر المادة ٦٣ من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ ، وقد سبقت الاشارة اليها .

العتيقة الضيقة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير . ومع ذلك فقد هدم الفقه والقضاء هذه القاعدة بالتوسع فى استثناءاتها على النحو الذى تقدّم، فما فائدة استبقاء هذا الشرط الأخير ووجوب أن يكون للمشترط دور شخصى ؟ ليس ذلك فى الواقع من الأمر إلا احتراما شكليا لنص المادة ١١٢١، فهى تبيح الاشتراط للغير إذا ورد ضمن اشتراط المتعاقد لنفسه . وقد كان هذا القيد مفهوما فى الوقت الذى كانت نية المشرع فيه تفسر على حقيقتها، وكان يفهم من كلمة "الاشتراط" (stipulation)، معنى اشتراط الحق لا التعاقد مطلقا، فقد كان غرض المشرع ألا يشترط المتعاقد للغير إلا تبعا لاشتراطه لنفسه، فالاشتراط للغير يبقى استثنائيا وتبعيا لأن الاشتراط للنفس هو القاعدة فيجب أن يبقى هو الأصل . أما الآن وقد حوّر النص حتى يتفق مع الضرورات العملية، وفسرت كلمة "الاشتراط" بمعنى التعاقد على العموم ولو التزم المتعاقد ولم يشترط، فقد ضاعت الحكمة من القيد، وأصبح الأولى أن نهدم القيد كله ولا نشترط إلا وجود مصلحة للمتعاقد فى الاشتراط للغير . قد يقال ولكننا بذلك نهدم القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير . ولكن أليست هذه القاعدة قد هدمت بالفعل منذ توسع الفقه والقضاء هذا التوسع ، فلماذا نتحرج من أن نسمى الأشياء بأسمائها، ونقرر القانون طبقا للقواعد التى تطبق بالفعل لا طبقا للنصوص التى لا تطبق .

ومهما يكن من أمر القانون الفرنسى — وفيه نص المادة ١١٢١ وما تتضمنه من القيد الذى يقتضى أن يكون اشتراط الشخص للغير واردا ضمن اشتراطه لنفسه — فان القانون المصرى خال من هذا القيد كما رأينا . فهو يقرر بعبارة عامة جواز الاشتراط لمصلحة الغير (م ١٣٧/١٩٨)، ولم يقيد ذلك بوجوب أن يكون الاشتراط للغير واردا ضمن اشتراط المتعاقد لنفسه كما فعل المشرع الفرنسى فى المادة ١١٢١[(١)]، لذلك يحق لنا أن نفهم أن المشرع المصرى أراد أن يقرر قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير مطلقة من كل قيد[(٢)] . ولو كان لنا أن نستبدل بنص المادتين ١٣٧ / ١٩٨ نصا أدق، لكان هذا النص ما يأتى : يجوز للمتعاقد أن يشترط لشخص ليس طرفا فى العقد، ولهذا الشخص أن يقر الاشتراط أو لا يقر[(٣)] .

(١) انظر فى هذا المعنى دى هلتس ٤ فى الاشتراط لمصلحة الغير فقرة ١١ .

(٢) وذلك بالرغم من وجود المادتين ١٤١/٢٠٢، وهما يقضيان بأنه لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها . وهذا مبدأ يناقض مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير .

(٣) وقد نحت القوانين الحديثة هذا المنحى فأجازت الاشتراط لمصلحة الغير، وجعلت منه قاعدة عامة، ولم تورد =

المطلب الثانى — شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

* ٨٠٣ — متى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير — الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود ثلاثة أشخاص : المشترط (stipulant) ، والمتعهد (promettant) ، والمنتفع (bénéficiaire) . ولكى يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الآتية : (١) أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفا فى العقد . (٢) أن يشترط على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع . (٣) أن يكون له من وراء هذا الاشتراط مصلحة مادية أو أدبية .

§ ١ — المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع

* ٨٠٤ — الاشتراط لمصلحة الغير والنيابة — حتى يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير يجب أن يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه الشخصى لا بصفته نائبا عن المنتفع . وهذا ما ذكرته صراحة المادتان ١٣٧/١٩٨ : من عقد على ذمته مشارطة بدون توكيل منه . ولو تعاقد المشترط بصفته نائبا فان المتعاقد فى هذه الحالة انما يكون هو المنتفع لأنه هو الأصيل .

فالاشتراط لمصلحة الغير يختلف اذن اختلافا جوهريا عن النيابة ، لأن المشترط لا ينوب عن المنتفع لا نيابة قانونية ولا نيابة اتفاقية ، وانما هو يتعاقد باسمه لمصلحة المنتفع[1] ، ولذلك كان لا بد من رضاء المنتفع لأنه لم يكن طرفا فى العقد . أما الأصيل فلا حاجة الى رضائه ، لأن رضاء النائب كاف ، أما لأنه اتفق مع الأصيل على ذلك (فى النيابة الاتفاقية) ، أو لأن القانون أباح له ذلك (فى النيابة القانونية[2]) .

= القيود العتيقة التى أوردها القانون الفرنسى (انظر المواد ٣٢٨ الى ٣٣٥ من القانون المدنى الألمانى والمادة ١١٢ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٤٥ من المشروع الفرنسى الايطالى — انظر أيضا فى هذا الموضوع ديموج ٧ فقرة ٨٦٨ — فقره ٨٨٠) .

(١) كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٠ .

(٢) ويستخلص من ذلك أنه اذا كان فى الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة أشخاص متميزين لا يحل أحدهم محل الآخر ، وهم المشترط والمتعهد والمنتفع ، ففى النيابة لا يوجد إلا شخصان متميزان هما الأصيل أو نائبه (وهما بمثابة شخص واحد) والمتعاقد الآخر (جوسران ٢ فقرة ٢٧٩) .

هذا والعلاقة بين المشترط والمنتفع غير العلاقة بين النائب والأصيل ، ففى النيابة يقدم النائب حسابا للأصيل ويسترد ما أنفقه من المصاريف ، وليس هذا ضروريا فى الاشتراط لمصلحة الغير . كذلك لا يستطيع النائب بعد أن استقر الحق فى شخص الأصيل أن يرجع عن ذلك ، أما المشترط فيستطيع الرجوع كما سيتبين ذلك فيما يلى .

* ٨٠٥ — الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة — والمشترط لمصلحة الغير يتعاقد باسمه كما قدمنا وليس كالفضولى يتعاقد باسم رب العمل . وقد كان هناك رأى ، تبين الآن فساده ، يجعل المشترط لمصلحة الغير فضوليا يتعاقد لمصلحة المنتفع وهو رب العمل، ورضاء المنتفع يعتبر اقرارا لعمل الفضولى فينقلب هذا وكيلا ، ومن هنا ينصرف أثر العقد الى المنتفع[1] . أما فساد هذا الرأى فراجع الى أن المشترط لمصلحة الغير انما يتعاقد باسمه كما قدمنا ، أما الفضولى فيتعاقد نيابة عن رب العمل ، ونيابته يستمدها من القانون . وهذا الفرق بين المسألتين تترتب عليه نتائج عملية هامة منها :

(١) لما كان المشترط لمصلحة الغير ليس بنائب عن المنتفع ، فان كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية فى ذلك . وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير لمصلحة هذا الغير إلا اذا وجدت ضرورة .

(٢) يجب فى الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية و إلا لما جاز له أن يتعاقد باسمه لغير مصلحة له ، فالمشترط اذن انما يدير فى الواقع شؤونه وشؤون المنتفع . أما الفضولى فهو على العكس من ذلك يدير شؤون رب العمل لا شؤونه الخاصة ، ويجب إلّا تكون له أية مصلحة شخصية و إلا فقد صفة الفضولى ، ولا يستطيع أن يرجع إلا بدعوى الاثراء بلا سبب .

(٣) لما كان الفضولى نائبا عن رب العمل فان القانون يلزمه باتمام ما بدأ به ، و يلزم رب العمل بتعويضه عما أنفقه من المصاريف . وهذا بخلاف المشترط لمصلحة الغير ، فهو ليس بنائب عن المنتفع ، بل يعمل لحسابه ، فلا يلتزم بالمضى فى عمله أو بعدم الرجوع عنه ، بل بالعكس من ذلك يثبت له القانون حق العدول عن الاشتراط للغير واضافة الحق لنفسه

---

(١) انظر توليه ٦ فقرة ١٥٥ — بينيه (Bugnet) فى تعليقاته على بوتييه فى الالتزامات فقرة ٥٤ هامش نمرة ١ وفقرة ٥٥ هامش نمرة ٢ وفقرة ٦٠ هامش نمرة ٣ — ديمولوب ٢٤ فقرة ٢٣٦ وما بعدها — كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٣٣ مكررة — تعليقات لابيه (Labbe) فى سيريه ٧٧ — ١ — ٣٩٣ وفى سيريه ٨٨ — ٢ — ٩، — بلانيول ٢ فقرة ١٢٢٤ و ١٢٢٦ — هانرى ١ ص ٣٣٨ — قارن والنسون ٢ ص ٦٦ — انظر أيضا محكمة مونبلييه الاستئنافية فى ٥ مايو سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ — ٢ — ٢٩٢ — محكمة دوبه الاستئنافية فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ — ٢ — ١١٣ .

أو لشخص آخر غير المتفع الأول . وليس من الضرورى أن يرجع المشترط على المتفع بشىء، فقد يكون اشترط له تبرعا (١) .

(٤) الحق الذى ينشأ للمتفع من الاشتراط لمصلحة الغير يستطيع أن يطالب المشترط المتعهد بتنفيذه لما له من المصلحة الشخصية فى ذلك . أما الفضولى فلا يستطيع مطالبة المتعهد بتنفيذ الحق الذى كسبه رب العمل إلا اذا كان نائبا فى المطالبة بتنفيذ الحق كما كان نائبا فى ايجاده (٢) .

(٥) رب العمل لا يعتبر من الغير فى العقد الذى قام به الفضولى نيابة عنه ، أما المتفع فيعتبر من الغير فى العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد (٣) .

§ ٢ — اشتراط حق مباشر للمتفع

٨٠٦ — *لا يجب أن يكون الاشتراط هو فمجرد الفائدة لا يكفى* — يجب حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المشترط قد اشترط حقا لمصلحة المتفع . فاذا كان الحق الذى اشترطه انما اشترطه لنفسه ، ولكن تعود منه فائدة على الغير، فلا يكون هذا اشتراطا لمصلحة الغير (٤) . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسئوليته عما ينجم من الضرر بفعله (أو من شىء مملوك له كسيارة أو مصنع)، فلا يعد هذا اشتراطا لمصلحة الغير ، لأن المؤمن انما أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب ، وان كان التعويض الذى يأخذه من شركة التأمين يعود بالفائدة

---

(١) كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٨ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٢ — والتون ٢ ص ٦٥ — ص ٦٦ — قارن بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٣ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٧ وفقرة ٣٥٤ ص ٤٨٩ — ومع ذلك انظر فقرة ٣٥٤ ص ٤٨٩ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٣ ص ٤٨٧ .

(٣) جوسران ٢ فقرة ٢٨٠ — واذا دخل المتفع طرفا فى العقد فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير، بل يكون هناك عقد معتاد أطرافه المشترط والمتعهد والمتفع ، ولا يستطيع المشترط فى هذه الحالة العدول عن الاشتراط واضافة الحق الى غير المتفع (بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٧ مكررة ١ — جوسران ٢ فقرة ٢٧٨ — قارن بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٠ ص ٤٩٥ هامش نمرة ١) .

(٤) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٤ ص ٤٨٨ — جوسران ٢ فقرة ٢٨١ — كذلك لا يعد اشتراطا لمصلحة الغير أن يشترط الشخص لنفسه ، وان اشترط أن يكون وفاء الالتزام للغير (adjectis solutionis gratia) لأن هذا الغير لم يكسب حقا ، بل أنه اذا استوفى الالتزام وجب أن يؤدى عنه حسابا للدائن (أوبرى ورو ٤ ص ٥٢١ وهامش نمرة ٢١ سابعا — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٤٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٧) .

على المصاب اذ يستطيع أن يستوفى منه حقه ، وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين ، فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى غير مباشرة يشترك فيها معه سائر دائنى المؤمن (١) .

و يترتب على ذلك أيضا أنه لو باع شخص منزلا بايراد مرتب لنفسه للنفقة منه على أولاده لا يكون هذا اشتراطا لمصلحة الغير ، لأن المتعاقد انما اشترط الايراد لنفسه هو لا لأولاده ، وان كان للأولاد فائدة من هذا العقد (٢) .

كذلك لو اشترى شخص عقارا لتخصيص ريعه فى التصدّق على الفقراء ، فان عقد البيع الذى اشترى به العقار لا يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير ، وان كان الغير ينتفع من هذا العقد (٣) .

* ٨٠٧ — ولا يكفى مجرد هذا بل يجب أن يكون هذا مباشرا — ولا يكفى اعطاء حق للمنتفع ، بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذى تم ما بين المشترط والمنتفع . فاذا كان المشترط قد اشترط هذا الحق الذى نشأ من العقد لنفسه أولا ، ثم حوّله بعد ذلك الى المنتفع ، لم يكن فى هذا اشتراط لمصلحة الغير (٤) . واذا قصد المشترط أن

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ — وتعليق الدكتور حامد زكى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٤٧٨ — ص ٤٧٩ ، انظر عكس ذلك محكمة اسكندرية الكلية المختلطة أول مارس سنة ١٩٢٨ جورنال المحاكم ٨ نمرة ٨٨٧ — محكمة مصر الكلية المختلطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ جورنال المحاكم ٩ نمرة ١٠٥٤ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ جريدة مصر القضائية السنة الأولى عدد ١٠ ص ١٠ مع تعليق الدكتور حامد زكى فى جريدة مصر القضائية السنة الأولى عدد ١٩ ص ٢ — ص ٣ .

(٢) كذلك اذا أمّن الشخص لمصلحة نفسه فلا يوجد فى هذه الحالة اشتراط لمصلحة الغير ، حتى لو مات المؤمّن وانتقل حق التعويض الى ورثته ، فانهم يتلقون الحق عن مورّثهم ولا يكسبون حقا مباشرا من عقد التأمين نفسه (جوسران ٢ فقرة ٢٧٩ حرف ب) .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه يشترط لانتفاع الأجنبي بالمشارطات التى لم يكن طرفا فيها أن يكون منصوصا فيها صراحة على التزام أحد عاقديها بالوفاء له بموضوع الالتزام مباشرة . فالمباشرة القاصرة على الاقرار من جانب المدين بمشاركة آخر مع الدائن ليست اشتراطا لمصلحة هذا الآخر ، وأما ذكر اسمه فى المشارطة فلا عبرة به اذ أن الغرض منه لم يكن بقصد التزام المدين بالوفاء له بنصيبه فى الدين مباشرة ، بل بقصد تعيين هذا الدين من طريق إضافته لاسم صاحبه (٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ١٤٥ رقم ٨٥) .

(٤) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ . و يترتب على ذلك أن المتعهد اذا أصبح دائنا للمشترط لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين ما له فى ذمة المشترط وما فى ذمته للمنتفع (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) .

والفرق واضح بين الاشتراط لمصلحة الغير واشتراط المتعاقد لنفسه ثم تحويله حقه للغير : (١) ففى الاشتراط =

يلتزم المتعهد قبل المتنفع بعقد جديد (وهذه هى الحالة المقابلة للتعهد عن الغير) فلا يكون هذا اشتراطا لمصلحة الغير ، لأن المشترط لم يقصد انشاء حق مباشر للمتنفع من العقد الذى تم بينه وبين المتعهد[1] . كذلك لا يقصد المشترط لمصلحة الغير أن يعرض ايجابا على المتنفع ليقبله

= لمصلحة الغير لا يوجد إلا عقد واحد هو الذى تم ما بين المشترط والمتعهد ، وقد أنشأ هذا العقد حقا للمتنفع . أما فى الحوالة فهناك عقدان ، عقد ما بين المشترط والمتعهد ، ولم ينشأ عن هذا العقد حق للمتنفع ، بل أن الحق نشأ للمشترط نفسه ، والعقد الثانى ما بين المشترط والمتنفع ، وهذا هو العقد الذى يستمد المتنفع منه حقه . (٢) ويترتب على ذلك أن المتنفع فى حالة الحوالة إنما يتلقى الحق عن المشترط بموجب عقد حوالة ، ولذلك يكون لدائن المشترط الطعن فى هذا العقد بالدعوى البوليصية ، وينفذون على الحق الذى حوّل للمتنفع . أما فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير ، اذا طعن دائنو المشترط على العقد ، فهم إنما يرجعون الى ضمانهم ما دفعه المشترط للمتعهد فى مقابل حق المتنفع ، ولا شأن لهم بحق المتنفع نفسه . (٣) ولما كان المتنفع فى حالة الحوالة يتلقى حقه من عقد الحوالة لذلك يدفع قبله بكل الدفوع الجائزة فى هذا العقد الى جانب الدفوع الجائزة فى عقد الاشتراط نفسه . أما فى الاشتراط لمصلحة الغير فالمتنفع لا يكون معرّضا إلا للدفوع الجائزة فى عقد الاشتراط وحده ، لأنه استمدّ حقه منه ولم يستمدّه من عقد آخر . (٤) فى حالة الحوالة اذا مات المشترط قبل أن يحوّل الحق للمتنفع دخل الحق فى تركته ، وتلقته الورثة عنه مثقلا بديونه . أما فى الاشتراط لمصلحة الغير ، اذا مات المشترط بعد الاشتراط ، فالحق الذى اشترطه للغير يخلص لهذا الغير دون أن يتلقاه من التركة مثقلا بالديون . (٥) فى حالة الحوالة ينشأ حق المتنفع من وقت صدور الحوالة ، أما فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير فمن وقت الاشتراط (كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٧) . ويترتب على ذلك أنه لو فقد المشترط أهليته قبل صدور قبول المتنفع ، فلا ينتقل الحق الى المتنفع فى حالة الحوالة ، ويثبت الحق للمتنفع فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير . (٦) اذا أمّن شخص لمصلحته على أن يحوّل حقه فيما بعد الى الغير ، فان دائنيه يمكنهم أن ينفذوا على هذا الحق لأنه دخل فى ضمانهم العام . أما اذا أمّن لمصلحة الغير ، فالدائنون لا يحق لهم أن ينفذوا على الحق الناشئ من عقد التأمين ، لأنه لم يدخل فى ضمانهم ، بل هو حق كسبه الغير مباشرة من العقد (بلانيول ٢ فقرة ١٢٢٠ — والتون ٢ ص ٦٤ — ص ٦٥) .

(١) ويكون التحليل القانونى لهذه الحالة أن المتعهد يعرض ايجابا على المتنفع ، فاذا قبله هذا تم عقد جديد هو الذى ينشئ حق المتنفع . وهذا هو نفس التحليل الذى اتبعناه فى التعهد عن الغير بشكل معكوس . والفرق واضح بين حق ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط وحق ينشأ من عقد جديد فيما بين المتعهد والمتنفع : (١) ففى الحالة الأولى يثبت الحق للمتنفع من وقت عقد الاشتراط لا من وقت رضائه ، أما فى الحالة الثانية فالحق لا يثبت إلا من وقت رضائه ، حيث يقترن قبوله بالايجاب المعروض من المتعهد ، فيتم العقد الذى ينشأ منه حقه ، ويترتب على ذلك أن المتعهد اذا فقد أهليته قبل صدور رضاء المتنفع ، فلا يثبت الحق للمتنفع فى الحالة الثانية ويثبت فى الحالة الأولى . (٢) فى الحالة الأولى يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المتنفع بالدفوع الجائزة فى العقد ما بين المتعهد والمشترط ، لأن حق المتنفع انما نشأ من ذلك العقد . أما فى الحالة الثانية فلا يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المتنفع بهذه الدفوع ، وانما يتمسك قبله بالدفوع الجائزة فى العقد الذى تم بينه وبين المتنفع ، لأن حقه انما نشأ من ذلك العقد (قارن فى هذا الموضوع والتون ٢ ص ٦٢ — ص ٦٤ ، وبالرغم من هذا الفرق الواضح فيما بين الحالتين ، فقد ذهب بعض الفقهاء فى تحليل الاشتراط لمصلحة الغير الى أنه ايجاب معروض من المتعهد يقترن به قبول من المتنفع : (تعليق تالير (Thaller) فى داللوز ٨٨ — ٢ — ١) . وسنرى فيما يلى أن هذين الفرقين موجودان أيضا بين الاشتراط لمصلحة الغير والوفاء بطريق الانابة (délégation) ، لأن الوفاء بطريق الانابة ما هو فى الواقع إلا اتفاق بين المدين وشخص آخر ، يتعهد بمقتضاه هذا الشخص بأن يلتزم قبل الدائن بوفاء الدين ، فيثبت حق الدائن قبل المتعهد من وقت صدور رضاء الدائن ، لأن =

أو يرفضه، فان حق المتفع ينشأ مباشرة من العقد الذى تم ما بين المشـترط والمتعهد، لا من عقد جديد يتم ما بين المشترط والمتفع[1]، ولا من عقد جديد يتم ما بين المتعهد والمتفع .

ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذى يكسبه المتفع ليس مبنيا لا على عقد بينـه وبين المشترط، ولا على عقد بينـه وبين المتعهد، ولا على حوالة صدرت له من المشترط، كما أنه ليس مبنيا على نيابة المشترط عن المتفع ولا على نيابة الفضولى عن رب العمل . وانمـا ينشأ هذا الحق مباشرة من العقد الذى م ما بين المشترط والمتعهد .

٨٠٨ — ويكفى أن يكون للمتفع حق مباشر ولو حول عنه بعد ذلك —

ومتى قصد المشترط انشـاء حق مباشر للمتفع فهناك اشتراط لمصلحة الغـير، وبالرغم من أن للمشترط حق تحويل هذا الحق عن المتفع واضافته لنفسه أو لمتفع آخر . فالعبرة اذن فى انشاء الحق المباشر للغـير أن يكون ذلك وقت صـدور العقد، ولو أضاف المشـترط الحق لنفسه بعد ذلك .

= حقه انمـا يستمده من عقـد بينه وبين المتعهد، ولا يتمسك المتعهد على الدائن بالدفوع الجائزة فى العقد الأول، بل بالدفوع الجائزة فى العقد الثانى (كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٥ — ص ٣٢٧) .

(١) وهناك رأى يذهب الى تحليل الاشتراط لمصلحة الغير على اعتبار أن المشترط يعرض ايجابا على المتفع بأن يحل الأخير محل الأول فى الحق الذى كسبه هذا من المتعهد بمقتضى العقد الذى تم بين المشترط والمتعهد، فاذا قبل المتفع الايجاب المعروض عليه تم بينه وبين المشترط عقد جديد يكون له أثر رجعى من وقت صدور العقد الأول بين المشترط والمتعهد . وقد أخذ بهـذه النظرية بعض الأحكام القديمة (نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ — ١ — ٣٣٧ — محكمة اميان الاستئنافية ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨ — ٢ — ٢٢٤ — محكمة بيزانسون الاستئنافية ١١ نوفمبر سـنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ٢ — ٨١ — وانظر أيضا استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣) وبعض الفقهاء (ديمولومب ٢٤ فقـرة ٢٤٨ — فقـرة ٢٥٥ — لاروميير م ١١٢١ — لوران ١٥ فقرة ٥٥٩ — دى هلتس ٤ فى الاشتراط لمصلحة الغير فقرة ٦ وفقرة ١٢) .

وضعف هذا الرأى هو نفس ضعف الرأى الذى يقول بالحوالة، فكلاهما يجعل المتفع يتلقى حقه من قبل المشترط لا من العقد مباشرة، ولو أن الرأى الأول يتجنب عيبا من عيوب الرأى القائل بالحوالة، بجعله حق المتفع يبدأ من وقت صدور العقد الأول لا من وقت رضائه (بلانيول ٢ فقرة ١٢١٨ — فقرة ١٢٢٠ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٨ — جوسران ٢ فقرة ٢٩٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٥٤ — والتون ٢ ص ٦٢) .

ويلاحظ أن نظرية الايجاب من جانب المشترط أو المتعهد تعتمد على أن رضاء المتفع انمـا هو "قبول" . وقد تجنب المشرع الفرنسى أن يسمى رضاء المتفع قبولا (م ١١٢١ مدنى فرنسى)، وهذا بخلاف المشرع المصرى فقد صرح بكلمة القبول (م ١٣٧/١٩٨) فى النص العربى، أما النص الفرنسى فيفهم منه أن المشرع المصرى اعتبر الحق موجودا قبل رضاء المتفع، اذ استعمل لفظ الاقرار (confirmer) .

§ ٣ — مصلحة شخصية للمشترك

* ٨٠٩ — *ضرورة هذا الشرط فى محل التعاقد* — ويشترط أخيرا لتحقق الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط مصلحة ولو أدبية من الاشتراط لمصلحة الغير، لأن محل تعاقده هو الاشتراط للغير، ومحل التعاقد يجب أن يكون ذا فائدة للتعاقد، وإلا كان التعاقد باطلا، وهذا انما هو تطبيق للقواعد العامة[1]. ولو لم يكن للمشترط مصلحة شخصية لكان فضوليا، فالمصلحة الشخصية هى الفرق الجوهرى ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والعمل الفضولى، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك.

ووجوب أن يكون للمشترك مصلحة شخصية له أهمية أخرى غير تصحيح التعاقد بتصحيح المحل الذى يقوم عليه، وذلك أن هذه المصلحة الشخصية تعطى للمشترط حق الرقابة على المتعهد فى تنفيذ التزامه نحو الغير، فاذا لم يقم المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام جاز للمشترط أن يطلب فسخ العقد الذى تم بينه وبين المتعهد، وجاز له كذلك مطالبة المتعهد بالتنفيذ العينى لهذا الالتزام، وسيأتى تفصيل ذلك.

على أنه لا يتصور أن يقدم المشترط قصدا على الاشتراط لمصلحة الغير دون أن تكون له مصلحة فى ذلك، ولو كانت مصلحة أدبية. لذلك يفرض دائما أن هناك مصلحة للمشترط فى اشتراطه لمصلحة الغير، لأن عمل العاقل يجب أن ينزه عن العبث. ولكن مع ذلك اذا أثبت المشترط أنه لم تكن له مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير جاز له أن يبطل هذا الاشتراط، وذلك اذا كان قد توهم وجود هذه المصلحة وهى غير موجودة بالفعل، بأن أثبت مثلا أنه اشترط لمصلحة شخص كان يعتقد أنه دائن له وفاء للدين ثم اتضح أنه ليس بدائن، وكذلك اذا اشترط لمصلحة شخص ظنا منه أنه تربطه به رابطة قرابة واتضح بعد ذلك أن هذه الرابطة غير موجودة أو أن المنتفع دلس عليه حتى أوهمه بوجودها[2].

---

(١) ونحن لما صرفنا النظر عن وجوب أن يكون للمشترط دور شخصى فى العقد، مشترطا لنفسه أو متعهدا عنها، واستغنينا عن هذا بوجود مصلحة شخصية للمشترط، انما حورنا الشرط الأول تحويرا شكليا، دون أن يكون التحوير فى الصميم من الموضوع. فانه اذا كان للمشترط مصلحة شخصية فى الاشتراط لمصلحة الغير، فهو اذن فى الواقع يشترط لنفسه فى اشتراطه للغير. ولقد كان القانون الفرنسى يتطلب فى مبدأ الأمر أن يكون المشترط قد اشترط لنفسه مع اشتراطه للغير، والآن يكفى أن يكون المشترط قد اشترط لنفسه فى اشتراطه للغير، فالمسألة اذن لم تتغير فى أساسها.

(٢) وقد يعترض على ما قدمناه باعتراضين: (١) فى الفرضين المتقدمين يمكن للمشترط أن يلجأ الى الطعن =

وواضح أن توهم المشترط لوجود مصلحة له فى الاشتراط للغير يجب أن يكون توهما يعذر من أجله اذا أراد ابطال العقد، حتى لا يلحق ضرر بالمتعهد اذا كان حسن النية .

٨١٠ — *تكفى المصلحة الشخصية ولا ضرورة للدور الشخصى* — ويكفى وجود مصلحة شخصية للمشترط، وليس من الضرورى ما يذهب اليه أكثر الفقهاء فى فرنسا من أن يقوم المشترط بدور شخصى فى العقد ولو ملتزما[1] . فقد بينا فيما تقدم كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، وبعد أن كان يجب اشتراط المتعاقد لنفسه الى جانب اشتراطه للغير، أهمل هذا القيد، واقتصر الأمر على أن يقوم المشترط بدور شخصى فى العقد ولو ملتزما.

= فى الاشتراط بالغلط أو بالتدليس، فلاحاجة اذن للشرط الثالث . ولكن يجاب على هذا بأنه لو لم يكن هذا الشرط الثالث موجودا، واقتصر المشترط على الطعن فى العقد بالغلط أو بالتدليس، لكان العقد باطلا بطلانا نسبيا لعيب فى الرضاء، هذا الى أنه لو أخذنا بالرأى الذى يذهب الى أن التدليس يجب أن يكون صادرا من أحد المتعاقدين حتى يبطل العقد، وصدر التدليس من المنتفع دون تواطؤ مع المتعهد، فان المشترط لا يستطيع إبطال العقد . ولكن وجود الشرط الثالث يمكن المشترط من أن يطعن فى العقد بأنه باطل بطلانا مطلقا لعدم توافر الشروط الأساسية فى محل التعاقد، والفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبى معروف قد فصلناه فيما تقدم . (ب) وقد يقال أيضا وما فائدة إثبات حق الطعن بالبطلان المطلق للمشترط . اذا تبين أنه لم تكن له مصلحة فى الاشتراط للغير مادام يستطيع أن يرجع فى اشتراطه، فيضيف الحق لنفسه أو لمنتفع آخر . والرد على ذلك ظاهر : لو اكتفينا بحق المشترط فى الرجوع واضافة الحق لنفسه، لأجبرناه على تحمل أثر العقد فيما بينه وبين المتعهد، فيبقى ملتزما نحوه . أما اذا أعطى المشترط حق الطعن بالبطلان فانه يمكنه أن يتخلص من هذا الالتزام .

(١) بوتييه فى الالتزامات فقرة ٧٠ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ثالثا هامش نمرة ١٩ وما بعده — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٢٣ و ٢٦ فقرة ٦٤١ — لوران ١٥ فقرة ٥٥٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٨ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٣ .

ويرى بعض هؤلاء الفقهاء أنه اذا اشترط المتعاقد لمصلحة الغير دون أن يلتزم هو، فيجب أن يتبع الطريقة الرومانية من وضع شرط جزائى فى العقد (توليه ٦ ص ٨١٤ — ديرانتون ١١ فقرة ٣٣٠ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٣٣ — لوران ١٥ فقرة ٥٥٣ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٣١ — فقرة ١٢٣٢ — وينتقد الأستاذ جوسران ٢ فقرة ٢٨٦ هذا الرأى، ويرى أنه اذا كان الالتزام الأصلى باطلا فلا يصححه التزام تبعى كالشرط الجزائى) وينتقد الأساتذة بلانيول وريبير واسمان هذا الرأى أيضا، ويرون أنه لا حاجة للمشترط الى وضع شرط جزائى على الطريقة الرومانية العتيقة، ويكفى أن تكون له مصلحة ولو أدبية، ولكن اذا لم يلتزم المشترط فى العقد، فيحلل الاشتراط على أنه عمل فضولى لا على أنه اشتراط لمصلحة الغير (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٣ وفقرة ٣٥٤ ص ٤٨٩) .

وهناك من الفقهاء من لا يرى ضرورة قيام المشترط بدور شخصى فى التعاقد، بل يكفى أن تكون له مصلحة ولو أدبية .

وهناك على كل حال مصلحة مادية للمشترط فى جواز نقضه حق المنتفع واضافة هذا الحق لنفسه (كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٣ — ص ٣٢٤) .

وهناك من الفقهاء من ينكر فائدة الاشتراط لمصلحة الغير اذا لم يكن للمشترط دور شخصى (جوسران ٢ فقرة ٨٥ ؛).

ثم بينا أن هذا القيد أيضا ليس ضروريا، لا سيما فى القانون المصرى الذى لم يضع قيودا على قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير كما فعل المشرع الفرنسى (١).

لذلك نرى أنه يجوز للتعاقد أن يشترط لمصلحة الغير دون أن يكون له دور شخصى فى هذا الاشتراط، لا مشترطا لنفسه ولا متعهدا عنها. ويؤول الأمر فى هذه الحالة الى أن المشترط قد اتفق مع المتعهد على أن يقوم المتعهد بالتزام نحو الغير، فالمتعهد هو الذى قدم المنفعة للمتفع، بخلاف الاشتراط الذى يكون للمشترط فيه دور شخصى فان المشترط هو الذى يقدم المنفعة للمتفع. ولكن لا فرق بين الفرضين من حيث التكييف القانونى، فكلاهما اشتراط لمصلحة الغير، مادام للمشترط مصلحة شخصية فى هذا الاشتراط. ويمكن تصوير فرض تتحقق فيه الحالة التى نشير اليها: أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد الأب بترتيب ايراد للابن طول حياته، دون أن تلتزم الأم بشىء قبل الأب. ففى هذا الفرض نرى الأم قد اشترطت لصالح ابنها دون أن تقوم بدور شخصى فى العقد، لا مشترطة لنفسها ولا ملتزمة عنها. وليست الأم فى هذا الفرض تقوم بعمل الفضولى، لأن لها مصلحة شخصية فى الاشتراط، فهى مدفوعة فيه بعامل الأمومة نحو ابنها لا بعامل المروءة نحو صديق، وقد لا تكون بنوة الابن من أبيه ثابتة، فهى تريد أن توجد لابنها وسيلة ثابتة للعيش، وهى فى ذلك لا تقتصر على ادارة شؤون هذا الابن، بل هى تدير شؤون نفسها فى ادارة شؤون ابنها (٢).

* ٨١١ — ويكفى أن تكون المصلحة الشخصية مصلحة أدبية — والمصلحة الشخصية التى يجب توافرها فى المشترط حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير قد تكون مصلحة مادية أو مصلحة أدبية (٣).

(١) ومع ذلك قارن استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٥ ص ١٤ — ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ — ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤).

(٢) وقد عرضت الاساتذة بلانيول وريبير واسمان لهذا المثل وناقشوه، واستخلصوا بعد تردد أن الأم فى هذه الحالة تقوم بعمل الفضولى ولا تشترط لمصلحة الغير (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٣ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٧). ثم قرروا ذلك صراحة فى مكان آخر (فقرة ٣٥٤ ص ٤٨٩).

ويمكن تصوير فرض آخر: بعد أن تمنح البلدية احتكارا لاحدى الشركات، تعود فتشترط عليها فى عقد مستقل شروطا لمصلحة السكان، وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل، فيتحقق فى هذا الفرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشترط دور شخصى.

(٣) جوسران ٢ فقرة ٢٨٤.

وهناك من الفقهاء من يشترط أن تكون المصلحة مادية[1] . ولكننا لا نرى سببا لماذا لا يسمح للتعاقد أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة أدبية فى ذلك . أليس فى هذا التضييق تحريم على الشخص أن يؤمن لمصلحة زوجته أو لمصلحة أولاده ، ولاشك فى أن المصلحة الشخصية التى تدعوه لذلك هى مصلحة أدبية ، وأن يشترط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو اللقطاء أو عمل البر بوجه عام ، وليس له من وراء ذلك مصلحة مادية ، وانما هو مدفوع فى اشتراطه بواجب أدبى لا يقل فى قوته عن المصلحة المادية[2] .

لذلك نرى أنه يكفى أن تكون للمشترط مصلحة شخصية فى الاشتراط ولو كانت هذه مصلحة أدبية .

المطلب الثالث — أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

* ٨١٢ — **العلاقات المختلفة فى الاشتراط لمصلحة الغير** — عندنا ثلاثة أشخاص فى الاشتراط لمصلحة الغير : المشترط والمتعهد والمنتفع . فعلينا أن نبحث علاقات هؤلاء الثلاثة بعضهم بالبعض الآخر ، فنتكلم فى ثلاث مسائل : (أولا) علاقة المشترط بالمتعهد . (ثانيا) علاقة المتعهد بالمنتفع . (ثالثا) علاقة المنتفع بالمشترط .

§ ١ — علاقة المشترط بالمتعهد

* ٨١٣ — **العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد** — علاقة المشترط بالمتعهد يحددها العقد الذى تم فيما بينهما ، أو العمل القانونى الذى صدر من المشترط (كوصية) . فاذا كان العقد عقد تأمين على الحياه مثلا ، فان المشترط يلتزم بموجب هذا العقد أن يدفع

---

(١) أوبرى ورو ٤ ص ٥١٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٤٨ — فقرة ١٥١ — والتون ٢ ص ٥٤ — ص ٥٥ .

(٢) انظر المادة ٤٥ من المشروع الفرنسى الايطالى وهى تنص صراحة على جواز أن تكون المصلحة أدبية . على أنه اذا كان لا بد من توافر المصلحة المادية فيمكن الذهاب مع الأستاذين كولان وكاپيتان الى أنها متوافرة دائما فى كل اشتراط لمصلحة الغير بحكم أن للمشترط أن ينقض حق المنتفع ويضيف هذا الحق لنفسه (كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٣ — ص ٣٢٤) . على أننا لا نرى داعيا الى القول بهذا ، لأن هذه المصلحة المادية غير محققة بل هى مجرد احتمال فاذا لم تقع فانها تكون معدومة ، ولأن حق المشترط فى اضافة حق المنتفع لنفسه ليس من الضرورى وجوده دائما ، فهو لا يوجد اذا تنازل عنه المشترط وقت التعاقد أو اذا كان للتعهد مصلحة فى أن يبقى الحق للمنتفع ، ففى هاتين الحالتين وغيرهما نرى أن المشترط لايجوز له أن يضيف حق المنتفع الى نفسه ، فليست له إذن مصلحة مادية ولو محتملة فى الاشتراط لمصلحة الغير ، وقد تكون له مصلحة أدبية كبيرة فى هذا الاشتراط ، فلماذا نحرمه عليه ؟

أقساط التأمين فى مواعيدها وأن يقوم بغير ذلك من الالتزامات التى يوجبها العقد . وتلتزم شركة التأمين فى حالة ما إذا كان المؤتمن قد اشترط لنفسه الى جانب اشتراطه للغير أن تقوم بما عليها من التزام نحو المشترط ، فتدفع له مثلا المبلغ المتفق عليه إذا بقى المؤتمن حيا الى مدة معينة .

و إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر ، وجب تطبيق القواعد العامة . فيجوز للمتعاقد الذى لم يحصل على حقه من المتعاقد الآخر أن يطلب التنفيذ عينا إذا كان هذا ممكنا أو يطلب تعويضا عن عدم التنفيذ . وله أيضا أن يطلب فسخ العقد أو أن يوقف تنفيذ التزاماته حتى يقوم المتعاقد الآخر بما أخذه على نفسه من التزامات ، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

ولكل من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة للعقد الذى تم فيما بينهما ، من أوجه بطلان مطلق أو بطلان نسبى ومن أوجه انقضاء للالتزامات .

* ٨١٤ — *موقف المشترط صه التزام المتعهد للمنتفع* — أما فيما يتعلق بالتزام المتعهد للمنتفع . فهذا خاص بالعلاقة فيما بينهما وسنفصله فيما يلى . ونقتصر هنا على بيان موقف المشترط من هذا الالتزام . فان للمشترط أن يراقب تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع ، لأنه ليس أجنبيا عنه ، فهو لم يشترط هذا الالتزام على المتعهد إلا لأن له مصلحة شخصية فى ذلك كما قدمنا . وعلى هذه المصلحة الشخصية بنينا صحة الاشتراط لمصلحة الغير ، وعليها الآن نبنى حق المشترط فى مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع .

والمشترط بناء على ما تقدم يستطيع ، إذا لم ينفذ المتعهد التزامه نحو المنتفع ، أن يطلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين ، فيزول بذلك التزام المشترط نحو المتعهد إذا كان قد التزم بشىء[1] .

---

(١) حتى لو كان العقد هبة مقرونة بشرط (donation sub modo) ، فان العقد فى هذه الحالة يكون ملزما للجانبين . فاذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط لمصلحة الغير استطاع المشترط المطالبة بفسخ الهبة (أوبرى و رو فقرة ٣٤٣ ثالثا هامش نمرة ٣٠ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٥٦ — لوران ١٥ فقرة ٥٦٩ — بودرى و بارد فقرة ١٦٥ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٣١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٤ — فقرة ٣٦٦) .

و يلاحظ أن المشترط اذا فسخ العقد بعد صدور رضاء المنتفع ، فان الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه ، ويستعمله هذا قبل المتعهد نفسه اذا لم يدخل المنتفع خصما فى دعوى الفسخ . أما اذا دخل فيستعمله قبل المشترط (أوبرى و رو ٤ ص ٥٣١ — ص ٥٣٢) . ويرى الأستاذان بودرى و بارد أن المنتفع يستعمل حقه دائما قبل المتعهد حتى لو دخل =

وكما يجوز للمشترط المطالبة بفسخ العقد يجوز له كذلك إيقاف تنفيذ ما أخذه على نفسه من التزامات، طبقا لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ[1].

وله أيضا أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، ويستطيع أن يرفع عليه دعوى مباشرة يطالبه فيها بذلك[2]. ولا يجوز الاعتراض بأن المشترط ليس نائبا عن المنتفع حتى يطالب بحقه و بأنه لا يجوز لشخص أن يرفع الدعوى بحق للغير (Nul ne plaide par procureur) فقد قدمنا أن المشترط له مصلحة شخصية مادية أو أدبية فى تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع، وعلى هذه المصلحة الشخصية تقوم الدعوى[3]. بل أن هذه الدعوى، و إن كانت تبدو فى بعض

= هذا خصما فى دعوى الفسخ (بودرى و بارد ١ فقرة ١٧٤ ص ٢٢٦). و يرى البعض أن المنتفع يفقد حقه اذا فسخ العقد (لاروميير ١ م ١١٢١ فقرة ١٠ — والنون ٢ ص ٨٩). وعلى كل حال اذا اضطر المتعهد الى وفاء التزامه قبل المنتفع بعد الفسخ، فانه يرجع على المشترط (أوبرى ورو ٤ ص ٥٣٢ هامش نمرة ٣١ — بودرى و بارد ١ فقرة ١٧٤ ص ٢٢٦ — ص ٢٢٧).

ولكن اذا بطل العقد سقط حق المنتفع باتفاق، وذلك لأن المتعهد يتمسك قبل المنتفع بالدفوع الجائزة فى العقد، ومنها البطلان (بودرى و بارد ١ فقرة ١٧٥ مكررة — والنون ٢ ص ٨٨).

(١) و ينتقل حق الفسخ وحق ايقاف التنفيذ من المشترط الى ورثته، و يجوز للدائنين استعمال هذا الحق باسم مدينهم إلا اذا كان يدخل فى تقدير استعماله اعتبارات أدبية، يؤثر المشترط معها أن يعدل عن طلب الفسخ الى طلب تنفيذ العقد (انظر فى هذا الموضوع ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٥٦ — بودرى و بارد ١ فقرة ١٦٠ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٣١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٤).

(٢) واذا كان قد استحال تنفيذ الالتزام عينا فانه يجوز للمشترط أن يطالب المتعهد بتعويض يدفع للمنتفع (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٤ ص ٥٠٠).

و يلاحظ أن هذه الدعوى التى تثبت للمشترط على المتعهد هى غير الدعوى التى تعطى للمنتفع على المتعهد والتى تبنى على الحق المباشر الثابت للمنتفع.

(٣) أوبرى ورو ٤ ص ٥١٦ هامش نمرة ١٧ — ديمولب ٢٤ فقرة ٢٣٢ — فقرة ٢٣٣ — بودرى و بارد ١ فقرة ١٥٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٤ ص ٥٠٠ — والنون ٢ ص ٧٢ — نقض فرنسى ١٠ أبريل سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٩ — ١ — ٢٧٠.

إلا أن هناك من الفقهاء من ينكر أن يكون للمشترط دعوى يطالب بها المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، و يكتفى بدعوى المنتفع نفسه قبل المتعهد، أما المشترط، فما لم يكن له صالح مادى، فليس له أن يطالب بتنفيذ التزام ليس واجبا له هو. أما اذا كان له صالح مادى فيستطيع أن يرفع دعوى على المتعهد، ولكنه لا يطالب بتنفيذ الالتزام نحو المنتفع، بل بتعويض الضرر الذى أصابه هو شخصيا من جراء عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع، كما اذا كان المنتفع دائنا للمشترط، واشترط هذا لمصلحته لوفاء الدين، ولم يقم المتعهد بالتزامه، فان المشترط قد أصابه ضرر شخصى فى هذه الحالة لأن دينه لم يوف. وليس للمشترط حتى فى حالة ما اذا أصابه ضرر شخصى من جراء عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه الشخصى قبل المنتفع، أن يطالب المتعهد بتعويض إلا بقدر ما أصابه هو شخصيا من الضرر لا بقدر ما أصاب المنتفع. =

الحالات كما فى عقود التأمين محدودة الفائدة ، تزيد أهميتها الى حد كبير فى حالات أخرى كما فى عقود الاحتكار التى تمنحها الحكومة أو المجالس البلدية الى الشركات ، وتشترط فيها شروطا متنوعة لمصلحة الجمهور ، إذ أن إعطاء الحكومة أو المجلس البلدى فى مثل هذه الحالات دعوى تجبر بها الشركة المحتكرة على تنفيذ ما التزمت به نحو الجمهور له من الأهمية ما لا يخفى . بل أن هناك أحوالا يتبين فيها أن نية المشترط قد انصرفت الى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه قبل المنتفع دون أن يكون لهذا الأخير دعوى أخرى للمطالبة بذلك (١) .

§ ٢ — علاقة المتعهد بالمنتفع

* ٨١٥ — **هو مباشر للمنتفع . مصدر هذا الحق** — وعلاقة المتعهد بالمنتفع هى أخص ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد . ذلك لأن المنتفع — ولم يكن طرفا فى العقد الذى التزم بمقتضاه المتعهد — يكسب من هذا العقد

= والقائلون بهذا الرأى انما ينظرون فى الواقع الى حالة اشترط فيها المشترط لنفسه كما اشترط للغير ، فهو اذا رفع دعوى على المتعهد يطالبه فيها بتنفيذ ما اشترطه ، فانما يطالبه بتنفيذ ما اشترطه لنفسه هو لا ما اشترطه للغير (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٥٨ — لاروميير ١ م ١١٢١ فقرة ١١ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٥٨) ، وهم على كل حال يسلمون للمشترط بدعوى يرفعها على المتعهد اذا لم يقم بتنفيذ التزامه نحو المنتفع فى حالة ما اذا كان المشترط قد وضع شرطا جزائيا فى العقد الذى تم بينه وبين المتعهد حتى يستوثق به من تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع ، ولكنهم حتى فى هذه الحالة انما يطبقون القواعد العامة بشأن الشرط الجزائى ، واذا أثبتوا للمشترط دعوى فليفند بها اشتراطه لنفسه الذى تضمنه الشرط الجزائى لا اشتراطه للغير (بلانيول ٢ فقرة ١٢٥٩) .

ولا شك فى أن الرأى الذى ينكر على المشترط دعواه قبل المتعهد لمطالبة هذا بتنفيذ التزامه نحو المنتفع رأى ينظر نظرة ضيقة الى مصلحة المشترط . فما دام للمشترط مصلحة شخصية فى أن يقوم المتعهد بالتزامه نحو المنتفع ، فلماذا لا يكون تعويضه كاملا ، بأن يخول له حق إجبار المتعهد على تنفيذ هذا الالتزام عينا أو دفع تعويض للمنتفع اذا استحال التنفيذ العينى .

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٤ ص ٥٠٠ هامش نمرة ٢ — انظر أيضا حكما من محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ أبريل سنة ١٨٩٤ (سيريه ٩٨ — ١ — ٤٩٣) وهو يقضى بأن الواهب الذى اشترط فى هبته شروطا لمصلحته ولمصلحة الغير ، وأخذ لضمان هذه الشروط رهنا رسميا على عقار الموهوب له ، يجوز له تجديد قيد الرهن الثابت لمصلحته ولمصلحة الغير معا ، ولو كان الواهب لا يجوز له أن يعمل لتنفيذ التزام المتعهد قبل المنتفع لما كان يجوز له أن يجدد الرهن إلا فيما يتعلق بضمان حقه هو لا حق المنتفع معه (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٤ ص ٥٠٠ هامش نمرة ٢) .

هذا وقد اعترفت التشريعات الحديثة للمشترط بالحق فى رفع دعوى على المتعهد يطالبه فيها بتنفيذ التزامه قبل المنتفع (انظر القانون المدنى الألمانى م ٣٢٨ وقانون الالتزامات السويسرى م ١٢٨) .

حقا شخصيا مباشرا (droit propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد[١] . وهكذا يتحقق ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من خروج على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير ، فان المنتفع يعتبر من الغير فى العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد ، ومع ذلك فان هذا العقد ذاته يكسبه حقا مباشرا[٢] .

فالعقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد هو اذن مصدر الحق المباشر الذى ثبت للغير ، وهذا العقد هو الذى أنشأ هذا الحق . واذا قيل كيف ينشئ العقد حقا للغير قلنا ولهذا كانت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من المبدأ القاضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير . ثم ما الذى يمنع من ذلك ؟ ولماذا لا ينشئ العقد حقا للغير ما دام هذا الغير يرضى بأن يكون له هذا الحق ؟ ليس فى المنطق القانونى ما يجعل هذا مستحيلا ، وانما هى القاعدة الرومانية العتيقة ، التى تقضى بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين ، هى التى تحول دون التسليم بهذا الرأى ، وهى قاعدة توارثناها واستبقيناها بعد أن زالت مقتضياتها التى ترجع لاعتبارات فى الصياغة القانونية عند الرومان . وقد آن هجر هذه النظرية والتسليم بأن العقد قد ينشئ حقا للغير[٣] .

ما كنا لنسهب فى تقرير ذلك مع وضوحه لولا أن الفقهاء يعقدون عادة بحثا مشهورا يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذى ثبت للمنتفع : لعله يكون فى عقد جديد تم ما بين المشترط والمنتفع ، أو ما بين المتعهد والمنتفع . أو لعله قد نشأ من عمل المشترط باعتبار أنه فضولى

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ — نقض فرنسى فى ٢ يوليه سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥ — ١ — ٥ مع تعليق لابيه (Labbé) .

(٢) وحق المنتفع المباشر قبل المتعهد انعقد عليه اجماع الفقهاء ، وشذ لوران ، فهو يرى أن المنتفع انما يستعمل حق المشترط (لوران ١٥ فقرة ٥٦٨) ، وهذا رأى ظاهر الفساد .

(٣) انظر اعتراض الأستاذ بلانيول على هذا الرأى (بلانيول ٢ فقرة ١٢٢٥) ، ويراه تقريرا (constation) لا تفسيرا (explication) . والواقع من الأمر أن التقرير والتفسير هنا يتحدان ، واذا كان لا بد من تفسير الى جانب التقرير ، فمن الممكن بعد أن نقرر أن العقد ينشئ حقا للغير ، تفسير ذلك بأنه لا يوجد فى طبيعة الأشياء ما يمنع من أن عقدا أو عملا قانونيا ما ينشئ حقا لشخص لم يكن طرفا فيه . بل ان الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد اذا أنشأت حقوقا فانها تنشئ هذه الحقوق لأشخاص لم يكونوا طرفا فيها ، فاذا يمنع من أن العقد — وهو عمل قانونى صادر من الجانبين — ينشئ حقا لشخص لم يكن طرفا فيه . وتكون العلاقة القانونية ما بين المنتفع والمتعهد هى علاقة التزام ، لأن المتعهد ملتزم نحو المنتفع ، ولكنها ليست علاقة تعاقدية ، لأنه لا يوجد عقد ما بين المتعهد والمنتفع ، وان كان مصدر الالتزام الثابت فى ذمة المتعهد للمنتفع هو العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد .

يعمل لمصلحة المتنفع . أو لعله أخيرا يكون هو حق المشترط كسبه من العقد وحوّله بعد ذلك للمتنفع . ولكل نظرية من هذه النظريات أنصا ٠افعون عنها . على أنه من السهل تفنيدها جميعا . فقد قدّمنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشترط يعرض ايجابا على المتنفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب الى ذلك نظرية الايجاب المعروض (théorie de l'offre)، لأن حق المتنفع انما ينشأ من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد لا من عقد جديد بين المتنفع و بين المشترط أو بينه و بين المتعهد . وليس معناه أن المشترط يقوم بعمل فضولى بالنسبة للمتنفع (théorie de la gestion d'affaire)، لأن هناك فرقا جوهريا مابين الاشتراط لمصلحة الغير وعمل الفضولى هو وجود المصلحة الشخصية فى الحالة الأولى وانعدامها فى الحالة الثانية . وليس معناه أن المشترط يكسب الحق لنفسه أوّلا ثم يحوّله بعد ذلك للمتنفع (théorie de la cession)، لأن المتنفع لا يتلقى الحق عن المشترط بل يكسبه مباشرة من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد[1] .

سبق أن فندنا كل هذا، ونفند الآن كذلك النظرية التى يلجأ اليها بعض الفقهاء[2] أخيرا من أن حق المتنفع مصدره ارادة المتعهد المنفردة ، ولو كان هذا صحيحا لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المتنفع بالدفوع الواردة على العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد، ولكان للمتعهد وحده لا للمشترط حق النقض الى أن يصدر إقرار المتنفع ، ولما صح أن يكون الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير ما دام حق المتنفع قد نشأ من الارادة المنفردة لا من العقد، ولدخلت قاعدة الاشتراط للغير فى حظيرة القواعد التقليدية دون أن يكون فيها استثناء أو خروج على هذه القواعد .

والواقع من الأمر أن الفقهاء يتناقضون عند ما يقررون أوّلا أن الاشتراط للغير فيه خروج على القواعد العامة واستثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقا للغير فيقررون ضمنا بهذا أن العقد هو الذى أنشأ حق المتنفع، ثم اذا وصلوا الى المكان الذى يبحثون فيه عن مصدر حق المتنفع نسوا ما قرروه ضمنا وذهبوا فى البحث مذاهب شتى، وحاولوا أن يخضعوا منشأ حق المتنفع للقواعد العامة بعد أن قرروا أنه خارج على هذه القواعد . فلا يجرأ فقيه على

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ .

(٢) ومن هؤلاء الفقهاء ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ ص ١١٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٦١ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٨ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٤ .

أن يرجع هذا الحق الى العقد خوفا من أن يصطدم بالقاعدة التى تقضى بأن العقد لاينشئ حقا للغير ، مع أنهم يسلمون جميعا بأن الاشتراط لمصلحة الغير فيه استثناء من هذه القاعدة (١) . أما نحن فلا نتردد فى أن نقرر أن حق المتفع مصدره العقد الذى تم مابين المشترط والمتعهد (٢) ، وليس للحق مصدر غير ذلك العقد . ونقرر كذلك أن هذا الحق مباشر لم يتلقه المتفع من المشترط . ولكل من هاتين الميزتين (حق مباشر لايتلقاه المتفع من المشترط ، وحق مصدره العقد) نتائج عملية هامة تترتب عليها .

٨١٦ — **ما يترتب من النتائج على أنه حق المتفع مباشر** — أما النتائج التى تترتب على أن حق المتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشترط فهى ما يأتى :

(١) لاشأن لدائنى المشترط بهذا الحق بعد موت المشترط ، بل يخلص الحق للمتفع وحده ، لأنه حق لم يتلقه من المشترط . ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث مثلا لتلقاه مثقلا بديون المشترط . وأهم تطبيق لهذه القاعدة هو عقد التأمين على الحياة ، فاذا تعاقد المؤمن مشترطا لمصحة أولاده مثلا ومات ، فان الأولاد لايتلقون الحق فى تركة أبيهم ، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين . ويترتب على ذلك أن دائنى التركة ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلا فى التركة حتى ينفذوا عليه بحقوقهم ، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصا لهم ، ولايدفعون منه شيئا لسداد ديون أبيهم (٣) . وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر .

---

(١) على أن الفقهاء الذين يقولون بالارادة المنفردة لاتعوزهم الحيلة لهم لا يستطيعون أن يفردوا هذه الارادة فيجعلوها وحدها مصدر الحق ، دون أن يجعلوها تستند الى العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد . ففى لغتهم تكون ارادة المتعهد المنفردة مستندة الى هذا العقد هى مصدر حق المنتفع . انظر وورمز (Worms) فى رسالته ص ١١٥ — ص ١١٦ — بودرى و بارد ١ فقرة ١٦١ ص ٢١٠ — ص ٣٢٨ — ص ٣٢٩ — جوسران ٢ فقرة ٢٩٩) .

(٢) يستأنس فى هذا الموضوع تأييدا لما نقول به ، بما جاء فى المشروع التمهيدى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٤٧ ص ٢٧٢ — ص ٢٧٣ وفقرة ٢٤٩ ص ٢٦٠ — ص ٢٦١ — بفنوار ص ٥٧٧ — لامبر (Lambert) فى رسالته المعروفة فقرة ٤٦ ص ٥٧ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٤ ص ٤٨٨ — والنون ٢ ص ٦٧ — ص ٦٨ .

(٣) هيك ٨ فقرة ٥١ — بودرى و بارد ١ فقرة ٢٠٤ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٢ — ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة — والنون ٢ ص ٦١ — ص ٦٢ — نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ — ١ — ١٧٧ — ٩ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ — ١ — ٣٩١ — ٢٩ يونيه سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ١ — ٣٦١ — انظر أيضا المادة ٦٩ من القانون الفرنسى الصادر فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ خاصا بعقد التأمين .

(٢) كذلك لاشأن لدائنى المشترط بحق المنتفع حال حياة المشترط، فان الحق لم يدخل يوما ما فى مال المشترط حتى يكون داخلا فى ضمانهم العام. وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق[1]. وليس لهم أن يستعملوا الحق باسم مدينهم لأنه ليس حقا لهذا المدين.

(٣) وإذا كان لدائنى المشترط أن يطعنوا فى اشتراطه بالدعوى البوليصية عند توافر شروطها، فيجب ألا نعتبر المنتفع فى مركز من تلقى الحق عمن تصرف له المدين. ولتوضيح ذلك نفرض أن (ا) أعطى (ب) منزلا قيمته ١٠٠٠ جنيه واشترط عليه فى مقابل ذلك أن يعطى (حـ) مبلغا قدره ٥٠٠ جنيه. وأراد د ئن (ا) أن يطعن فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية. فى هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين. التصرف الأول هو التصرف الصادر من (ا) إلى (ب)، وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب) فيشترط التواطؤ بين (ا) و(ب) لنجاح الدعوى البوليصية (ولا يشترط تواطؤ (حـ) لأنه تلقى حقا مباشرا ولم يتلقه من المشترط عن المتعهد)، وإذا ثبت التواطؤ اعتبر التصرف غير نافذ فى حق الدائن، وكان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل، ويرجع (ب) على (ا) بما أعطاه الى (حـ) أو يفسخ العقد حتى يزول التزامه نحو (حـ). والتصرف الثانى هو التصرف الذى صدر من (ا) الى (حـ) عن طريق اشتراط (ا) لمصلحة (حـ)، فاذا كان (حـ) موهوبا له فان دائن (ا) يستطيع أن يجعل هذه الهبة غير نافذة فى حقه حتى لو كان (حـ) حسن النيه، وينفذ الدائن بحقه بقدر المبلغ الموهوب (أى ٥٠٠ جنيه)، سواء فى ذلك كان (ب) حسن النية أو سيئها. أما إذا كان (حـ) قد

= محكمة المنيا الكلية فى ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٤٦٠ رقم ٢٣٢ — طنطا الكلية فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١٤٠ رقم ٨٣ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١١ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٤ ص ٢٧ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧ — ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٤٩ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ ص ٤٨ رقم ١٣٦ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ — قارن استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٨ — ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٢.

وينبنى على ذلك أنه اذا أمّن شخص لمصلحة ابن له، وقتل الابن أباه، فبالرغم من أن القاتل لا يرث المقتول، إلا أن الابن له أن يرجع على شركة التأمين، لأن حقه مباشر قبل هذه الشركة، ولم يرثه من أبيه حتى يحرم منه. هذا وقد يكون للشركة حق الرجوع بالتعويض على القاتل، فيكون هناك محل للمقاصة.

(١) وليس لهم أن يستعملوا باسم مدينهم حقه فى نقض حق المنتفع واضافة هذا الحق لنفسه، فان هذا أمر شخصى يرجع لاعتبارات خاصة بالمشترط.

تلقى الحق معاوضة ، فليس لدائن (١) حق الطعن إلا اذا أثبت سوء نية (حـ) وتواطأ مع (١) .

(٤) ولما كان المتنفع لايتلقى حقه من المشترط بل يكسبه مباشرة من العقد، فيصبح دائنا للمتعهد لا للمشترط ، ترتب على هذا أن دائنى المتعهد، وقد أصبح المتنفع واحدا منهم ، يشتركون مع المتنفع شركة غرماء فى استيفاء حقوقهم من مال المتعهد، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم فى الطعن فى التزام هذا المدين نحو المتنفع بوجه من وجوه البطلان أو انقضاء الالتزامات ولكن ليس لهم أن يطعنوا فى التزام مدينهم بالدعوى البوليصية، لأن هذه الدعوى لا تجوز فى عمل يزيد به المدين من التزاماته دون أن ينقص من حقوقه كما قدمنا (١) .

* ٨١٧ — *ما يترتب من النتائج على أنه حق المتنفع مصدره العقد* — أما النتائج التى تترتب على أن حق المتنفع المباشر مصدره العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد فهى ما يأتى :

(١) لما كان حق المتنفع مصدره العقد فهو يوجد منذ صدور هذا العقد (٢) ، لا من وقت صدور رضاء المتنفع بالحق ، لأن هذا الرضاء ليس هو الذى يكسب المتنفع الحق ، بل العقد هو الذى يكسبه إياه . و يترتب على ذلك أنه اذا فقد المتعهد أهليته فى الفترة ما بين صدور العقد وصدور رضاء المتنفع ، فلا يكون هذا مانعا للمتنفع من أن يصدر رضاءه ، فيثبت حقه نهائيا . ولو كان الحق لا يوجد إلا وقت صدور رضاء المتنفع ، وفقد المتعهد أهليته قبل ذلك ، لما كسب المتنفع الحق فى هذه الحالة (٣) .

(٢) لما كان حق المتنفع مصدره العقد ، فان المتعهد يستطيع أن يتمسك بكل

---

(١) ومما يترتب أيضا من النتائج على أن المتعهد أصبح مدينا للمتنفع لا للمشترط أن المتعهد لا يستطيع أن يتمسك بمقاصة بين حق له على المشترط والتزامه نحو المتنفع (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . و يترتب أيضا على ذلك أن المتعهد لا يستطيع عند رجوع المتنفع عليه أن يطلب تجريد المشترط أولا (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ .

(٣) كذلك اذا اتبعنا رأى من يقول بسقوط الايجاب بموت الموجب - اذا مات المتعهد قبل صدور رضاء المتنفع ، واعتبرنا أن المتنفع لا يكسب حقه من العقد بل من اقتران قبوله بايجاب المتعهد ، لما أمكن المتنفع أن يكسب الحق اذا مات المتعهد قبل صدور القبول . أما اذا اعتبرنا أن المتنفع يكسب حقه من العقد لا من قبوله ، فانه يكسب الحق حتى لو مات المتعهد قبل صدور رضاء المتنفع .

الدفوع الجائزة فى هذا العقد، فله أن يطعن فيه بسبب من أسباب البطلان المطلق أو النسبى، وله أن يتمسك بفسخ العقد اذا تحقق ما يوجب فسخه وهكذا[1] .

(٢) لما كان حق المتفع مصدره العقد الذى تم مابين المشترط والمتفع، فالمتعاقدين أن يكيفا هذا الحق طبقا لما يريدان . فهما أنشآه ، و يستطيعان أن ينشئاه محدودا بما يريدان وضعه من الحدود ، و يستطيعان كذلك أن يطلقاه من الحدود الموضوعة له . و يترتب على ذلك أنه يجوز للمشترط عند انشائه لحق المتفع أن يتفق مع المتعهد على أن يحتفظ لنفسه وحده بحق رفع الدعوى لمطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المتفع ، فلا يكون للمتفع فى هذه الحالة حق فى رفع دعوى يطالب بها المتعهد بتنفيذ التزامه[2] ، وهذا الاحتفاظ من جانب المشترط قد يكون مفهوما ضمنا تبعا للظروف ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك فى عقود الاحتكار التى تتضمن اشتراطا لمصلحة الجمهور . و يترتب على ذلك أيضا أنه يجوز للمتعاقدين (المشترط والمتعهد) أن يجعلا حق المتفع غير قابل للنقض من جانب المشترط حتى قبل صدور رضاء المتفع ، وفى هذه الحالة يولد حق المتفع غير قابل للنقض من مبدأ الأمر ، ولا يجوز للمشترط الرجوع فيه . كما يجوز أن يتفق المشترط مع المتعهد على أن المشترط ليس له أن ينقض حق المتفع إلا بعد الاتفاق على ذلك مع المتعهد ، وهذا الشرط مفهوم ضمنا اذا ثبت أن للمتعهد مصلحة فى الاشتراط للغير، فلا يجوز فى هذه الحالة للمشترط أن يستقل وحده بنقض حق المتفع . كذلك يجوز للمتعاقدين — المشترط والمتعهد — أن يجعلا حق المتفع معلقا على

---

(١) بلانيول ٢ فقرة ١٢٦٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٣ ص ٤٩٩ ، واذا كان المتعهد ضحية تدليس فله أن يتمسك ببطلان العقد للتدليس قبل المتعهد ، سواء صدر التدليس من المشترط لأنه يكون قد صدر من أحد المتعاقدين ، أو صدر من المتفع لأن هذا لا يستطيع أن يستفيد من غشه (قارن بلانيول ٢ فقرة ١٢٦٤) .

هذا والنتيجتان المتقدمتان (وجود حق المتفع منذ صدور العقد وتمسك المتعهد بالدفوع الجائزة فى العقد) يبينان الفرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والانابة فى الوفاء (délégation) فقد يحدث أن المدين يتفق مع شخص آخر فى أن يقوم هذا الشخص بوفاء الدين ، و يقبل الدائن هذه الانابة . فالتزام المناب قبل الدائن فى هذه الحالة لا يكون إلا منذ قبول الدائن بالانابة و بمقتضى عقد جديد) . و يترتب على ذلك أن حق الدائن لا يوجد إلا من وقت رضائه ، بخلاف حق المتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير فانه يوجد وقت العقد . و يترتب على ذلك أيضا أن المناب لا يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع الجائزة فى العقد فيما بينه و بين المدين ، لأن التزامه لم ينشأ من ذلك العقد ، بل نشأ من عقد جديد فيما بينه و بين الدائن ، بخلاف الاشتراط لمصلحة الغير فان المتعهد فيه يتمسك قبل المتفع بالدفوع الجائزة فى العقد الذى تم مابين المتعهد والمشترط كما قدمنا . وقد سبقت الاشارة الى ذلك (انظر سابقا فقرة ٨٠٧ فى الحاشية . وانظر كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٥ — ص ٣٢٧ — وقارن استئناف مختلط فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٧) .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٤ ص ٤٨٨ .

شرط موقف أو شرط فاسخ أو مقرونا بأجل ، وأن يدخلا عليه من الأوصاف غير ذلك طبقا للقواعد العامة[١]

(٤) وينبني أخيرا على أن المتفع يكسب حقه من العقد لا من الاقرار الذى يصدر منه بعد ذلك أن هذا الاقرار لا يعتبر قبولا لايجاب، بل هو تثبيت لحق وجد قبل الاقرار، كما فى إقرار الموصى له للوصية[٢] .

* ٨١٨ — *قابلية حق المتفع للنقض الى أن يصدر اقراره* — وحق المتفع المباشر الذى يكسبه من العقد قابل للنقض الى أن يصدر منه اقرار لهذا الحق[٣] . وهذا ما ينص عليه صراحة القانون الفرنسى (م ١١٢١ مدنى فرنسى) . أما القانون المصرى فغير صريح فى هذه المسألة، فهو يقضى بأن المتفع له الخيار بين الاقرار أو الرفض (م ١٣٧/١٩٨)، ولم يبين ما اذا كان للمشترط أن ينقض حق المتفع فى الوقت السابق على استعمال المتفع لحق الخيار، ولكن لا يوجد من الأسباب ما يدعو الى الظن بأن القانون المصرى أراد أن يخالف القانون الفرنسى فى هذا الموضوع[٤] .

والذى يثبت له حق النقض هو المشترط[٥] ، إلا اذا تنازل عن هذا الحق ، لأن إعطاءه

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٤ ص ٤٨٨ .

(٢) وهذا هو السبب فى أن القانون الفرنسى لم يعبر عن هذا الاقرار بلفظ " القبول " (انظر م ١١٢١ مدنى فرنسى — انظر أيضا كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٢٧) ، وكذلك النص الفرنسى للقانون المصرى لم ترد فيه كلمة القبول ، وان ورد هذا اللفظ فى النص العربى فى غير تحر للدقة (انظر م ١٣٧/١٩٨) . ويلاحظ أن القانون الفرنسى الصادر فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ استعمل لفظ " القبول " (acceptation) ، وقد كان عدم الدقة فى استعمال هذا اللفظ موضع نقد الفقهاء (انظر جوسران ٢ فقرة ٣١٥) .

(٣) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ — ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٦ .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ — ١٧ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٧ — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة ٢٨ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ ص ٨٠ رقم ٩٢ — والنون ٢ ص ٧٠ .

وحق المشترط فى النقض الى وقت صدور اقرار المتفع انما هو تفسير معقول لنية المشترط وقت اتفاقه مع المتعهد ، فما دام الحق لم يثبت باقرار المتفع ، فهو لا يزال حقا قابلا للنقض من جانب من أوجد هذا الحق (بلانيول ٢ فقرة ١٢٤٧ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣٠ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٤ ص ٤٨٨ وفقرة ٣٥٧) .

(٥) استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — نقض فرنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٤ — ١ — ٣٦١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ثالثا هامش نمرة ٢٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٨ .

حق النقض ما هو إلا تفسير لنيته ، فاذا ظهرت نيته واضحة فى أنه لا يريد هذا الحق فلا يثبت له . كذلك قد يتفق المشترط مع المتعهد على أن المشترط لا يستعمل حقه فى النقض إلا بموافقة المتعهد[1] ، واذا كان للمتعهد مصلحة ولو أدبية فى أن يقوم بالتزامه نحو المتفع فالمفروض إنه أراد ألا يجعل المشترط يستقل وحده بحق النقض دون موافقته[2] .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز اشتراط أن يكون للمتعهد حق النقض كما للمشترط ، ويعتبر نقضا من المتعهد فسخه للعقد قبل اقرار المتفع (١٧ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٧) . انظر أيضا محكمة جرينوبل الاستئنافية فى ٦ أبريل سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ٢ — ٩ — ومن ذلك نرى أن للمتعهد أن يشترط أن يكون له هو أيضا حق الاستقلال بنقض حق المتفع كما للمشترط ، بشرط أن يُحل محل المتفع المشترط أو متفعا آخر حتى لا يخلل من التزامه بمحض ارادته (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٨ — استئناف مختلط ١٧ ديسمبر ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨) .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ يوليه سنة ١٨٧٧ سيريه ١٨ — ١ — ٥٥ — محكمة جرينوبل الاستئنافية ٦ أبريل سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ٢ — ٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٨ .

وحق النقض ، لا سيما اذا كان الاشتراط لغير تبرعا ، حق شخصى يرجع لاعتبارات خاصة بالمشترط أو بمن يملك هذا الحق معه . لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ٢١٢ هامش ٤٨ مكرر — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٣٠ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٨ — والتون ٢ ص ٧١ — ص ٧٢ — محكمة باريس الاستئنافية فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ — ٢ — ٤٦٥) . كذلك لا يجوز لسنديك التفليسة أن يستعمله باسم المدين (محكمة باريس الاستئنافية فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ — ٢ — ٤٦٥) ، وعلى ذلك لا يمنع إشهار إفلاس المشترط من أن يصدر إقرار من المتفع (نقض فرنسى فى ٨ أبريل سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥ — ١ — ٤٤١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٨ ص ٤٩٣ هامش نمرة ٥ — قارن نقض فرنسى فى ٥ أغسطس سنة ١٨٣٩ سيريه ٣٩ — ١ — ٧٦٣) . ولا ينتقل حق النقض الى الورثة ، لأنه موكول لتقدير صاحب الحق شخصيا ، فاذا مات قبل أن ينقض فليس للورثة حق النقض ولو لم يصدر إقرار المتفع ، وإلا لاندفعت الورثة بعامل حب الكسب الى نقض حق كان مورثهم لا يريد نقضه لدواع أدبية ليست متوافرة عند الورثة . ويترتب على ذلك أنه اذا أمّن شخص لمصلحة الغير ، ومات دون أن ينقض وقبل أن يصدر إقرار الغير ، فلا يجوز لورثة المؤمّن أن ينقضوا الحق ، بل يعتبر الحق قد أصبح غير قابل للنقض بموت المشترط (لامبر ص ١٠٠ — ديمولومب ٢٠ فقرة ٩٣ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٣٠ — جوسران ٢ فقرة ٣١٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٨ ص ٤٩٣ — ص ٤٩٤) . على أنه بالرغم من هذه الاعتبارات الوجيهة فان محكمة النقض الفرنسية قررت فى حيثيات بعض أحكامها أن حق النقض ينتقل الى الورثة (نقض فرنسى فى ٢٢ يونيه سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ — ١ — ٣٨٥ — ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٤ — ١ — ٣٨٩ — قارن حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص — ١٦٣ وقد أثارت المحكمة المسألة دون أن تحلها) . ويرى بعض الفقهاء أن حق النقض ينتقل الى الورثة مالم يحرمهم المورّث من ذلك الحق (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ثالثا هامش نمرة ٢٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٧١) . ويرى آخرون أن حق النقض لا ينتقل الى الورثة اذا كان المشترط قد أراد باشتراطه لمصلحة المتفع تمييزه على الورثة ، حتى لا يكون للورثة من مصلحتهم الشخصية ما يدفعهم الى استعمال حق النقض ، وفى غير هذه الحالة ينتقل حق النقض الى الورثة (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٨ ص ٤٩٣ هامش نمرة ٤) . وهذا أجازت المادة ٦٤ من القانون الفرنسى الصادر فى ١٣ يوليه سنة ١٩١٣ لورثة المؤمّن لمصلحة الغير أن =

واذا نقض المشترط حق المنتفع ، ولم يعين منتفعا آخر ، فان الحق ينصرف اليه هو ، و يعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض ، وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل اليه من المنتفع[1] . ويجوز للمشترط عند النقض أن يعين منتفعا آخر يحل محل المنتفع الأول ، و يثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المنتفع الأول[2] .

* ٨١٩ — *صدور الاقرار من المنتفع* — ولا ينقطع حق المشترط فى النقض إلا اذا صدر اقرار المنتفع[3] (أو مات المشترط ولو قبل صدور اقرار المنتفع) . فاقرار المنتفع

= ينقضوا حق المنتفع ولكن بعد دعوته الى استعمال حقه فى الاقرار وامتناعه من ذلك (انظر فى هذا الموضوع والتون ٢ ص ٧٠ — ص ٧١) .

و يوجه المشترط النقض الى المنتفع أو الى المتعهد ، ولكن يجب إعلان المتعهد دائما بالنقض حتى لا يوفى التزامه للمنتفع الذى نقض حقه (استئناف مختلط فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧) ، على أن عدم اعلان المتعهد بالنقض لا يتمسك به إلا المتعهد وحده لا المنتفع الذى نقض حقه (محكمة اسكندرية المختلطة الكلية ٢٨ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ ص ٨٦ رقم ٩٢) . وليس للنقض شكل مخصوص ، وقد يكون صريحا أو ضمنيا . ومثل النقض الضمنى أن يعين المشترط شخصا آخر غير المنتفع ليحل محله ، أو يتقاضى الالتزام من المتعهد لنفسه ، أو يترك دائنيه ينفذون على هذا الحق دون أن يعترض و بشرط أن يفهم من موقفه أنه أراد هو نقض الحق واضافته لنفسه ، اذ لا يجوز للدائنين أن يستعملوا هذا الحق باسم مدينهم كما قدمنا (بلانيول وريبير ١ فقرة ٣٥٨ ص ٤٩٤) . وقد يكون اقتراض المؤمن من شركة التأمين على حساب التأمين نقضا ضمنيا لحق المنتفع (محكمة اسكندرية المختلطة الكلية فى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ ص ٨٦ رقم ٩٢ — محكمة روان الاستئنافية ٣١ مارس سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ — ٢ — ٥٠ ٢) . وقد لا يكون ، تبعا لنية المؤمن وقت الاقتراض (نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ — ١ — ١٧٧ مع تعليق لابيه — محكمة باريس الاستئنافية فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٨ — ٢ — ٢٤٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٨ ص ٤٩٤ وهامش نمرة ١) . وقد يرهن المؤمن "بوليصة" التأمين لدائنه ، وفى هذه الحالة لا يعود مبلغ التأمين الى الورثة إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه (استئناف مختلط فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢) .

(١) ويشترط ألا يكون فى اضافة المشترط الحق لنفسه زيادة فى مؤونة الالتزام على عاتق المتعهد . مثل ذلك أن يكون الشرط لمصلحة الغير هو دفع ايراد مرتب لرجل متقدم فى السن ، ثم يضيف المشترط الشرط لنفسه ، فلا يأخذ الايراد إلا طول حياة هذا الرجل لا طول حياته هو (بودرى و بارد ١ فقرة ١٧٠ — والتون ٢ ص ٧٠ — محكمة جرينوبل الاستئنافية ٦ أبريل سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ٢ — ٩) .

(٢) كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣١ — هذا واذا نقض المشترط شرطه وأضاف الحق لنفسه ، فانه يجوز له بعد ذلك أن يعدل عن اضافة الحق لنفسه ، و يعين منتفعا آخر ، سواء كان هو المنتفع الأول أو غيره ، و يعتبر حق أى من هؤلاء ثابتا من وقت العقد دائما .

(٣) ومع ذلك فقد لا ينقطع حق المشترط فى النقض حتى بعد صدور رضاء المنتفع ، اذا احتفظ لنفسه بهذا الحق طول حياته ، كما فى التأمين على الحياة لمصلحة الغير تبرعا لهذا الغير ، وسيأتى ذكر ذلك .

واذا صدر نقض من المشترط واقرار من المنتفع قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر ، فالعبرة ليست بتاريخ صدور =

إذن هو تثبيت لحقه، وليس قبولا لايجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط كما قدمنا. وكان لا بد من صدور اقرار من المنتفع حتى لا يثبت له حق بدون رضاه. فاذا صدر الاقرار تثبت الحق واعتبر موجودا من وقت العقد لا من وقت الاقرار كما سبقت الاشارة الى ذلك(١).

ويستطيع المنتفع أن يصدر اقراره فى أى وقت شاء ما دام المشترط لم ينقض الحق(٢)، ولا يسقط حقه إلا بالتقادم(٣). والاقرار قد يكون صريحا أو ضمنيا(٤)، ولا يشترط له شكل

= النقض والاقرار، بل باعلانهما الى المتعهد، فمن أعلن المتعهد أولا هو الذى يسرى عمله، فيعتبر حق المنتفع منقوضا اذا سبق المشترط الى اعلان النقض للمتعهد، أو يعتبر قد تثبت غير قابل للنقض اذا سبق المنتفع الى اعلان اقراره للمتعهد (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦١).

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ١٥٤ ص ٢٠٢ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٧.

والذى يصدر منه الاقرار هو المنتفع. واذا مات قبل أن يصدر منه الاقرار ولم يكن حقه قد نقض فورثته تحل محله فى الاقرار (كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٩) ما لم يكن الحق خاصا بشخص المنتفع، وما لم يكن المشترط قد اشترط صراحة أو ضمنا أن الحق لا ينتفع به إلا المنتفع شخصيا دون أن ينتقل الى ورثته (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٠ ص ٤٩٥). وكذلك لدائنى المنتفع استعمال حق مدينهم فى الاقرار حتى يجعلوا حقه بذلك غير قابل للنقض، مالم يكن الحق خاصا بشخص مدينهم.

(٢) استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١، ولا يستطيع من له حق النقض — المشترط أو المنتفع — أن يحتج بنقضه الصادر قبل صدور اقرار المنتفع إلا اذا كان هذا النقض ثابت التاريخ (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١).

(٣) وللمنتفع أن يقر حتى لو مات المتعهد قبل الاقرار أو فقد أهليته، لأن حق المنتفع قد ثبت له بمقتضى العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد، لا بمقتضى عقد جديد بينه وبين المتعهد حتى يمنع موت المنتفع أو فقد أهليته من تمام هذا العقد. ويستطيع المنتفع الاقرار كذلك حتى بعد موت المشترط، وهذا ما يحدث عادة فى عقود التأمين على الحياة (كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٩ — استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣)، وذلك لأن العادة قد جرت أن المشترط فى عقد التأمين على الحياة يشترط لنفسه أو لورثته، فهو يشترط لنفسه اذا عاش مدة معينة، ويشترط لورثته اذا مات قبل هذه المدة. فالاشتراط لمصلحة الغير فى التأمين على الحياة يكون معلقا على شرط موقف هو موت المؤمن قبل المدة المعينة، فلا يستطيع المنتفع اذن أن يقر إلا اذا تحقق الشرط أى بعد موت المؤمن (على أنه يمكن أن نتصور إقرار المنتفع لحق معلق على شرط بمجرد وجود هذا الحق ولو قبل تحقق الشرط). ويحتفظ المؤمن على الحياة عادة بحقه فى تغيير المنتفع أو اضافة الحق لنفسه حتى لو مات قبل المدة المعينة (وينتقل الحق فى هذه الحالة الى ورثته) ويثبت له هذا الحق حتى بعد صدور اقرار المنتفع (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٠ ص ٤٩٥ — ص ٤٩٦ وفقرة ٣٦٢).

ويستطيع المنتفع الاقرار حتى بعد إفلاس المشترط (ديمولومب ٢٠ فقرة ٩٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٧ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٠ ص ٤٩٥).

(٤) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٧٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٠ ص ٤٩٤ — ص ٤٩٥ — والتون ٢ ص ٧٣ — ص ٧٤. =

مخصوص حتى لو تلقى المنتفع الحق تبرعا، فان التبرع هنا ليس هبة مباشرة حتى تستلزم ورقة رسمية[1].

فاذا صدر الاقرار وصار الحق غير قابل للنقض[2]، كان المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته، فللمنتفع أو ورثته مطالبة المتعهد بتنفيذه بدعوى مباشرة[3]، فاذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض[4]. ولكن لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد لأنه لم يكن طرفا فيه[5]. وقد قدمنا أن للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بأوجه الدفع الجائزة فى العقد من أسباب بطلان أو أسباب فسخ أو غير ذلك من الدفوع لأن حق المنتفع مستمد من العقد[6]. وقد يحرم المنتفع من حق الدعوى المباشرة — مع بقاء الحق له — اذا احتفظ المشترط بالدعوى لنفسه دون المنتفع، واحتفاظ المشترط بالدعوى لنفسه مسألة يفسر فيها القاضى نيته تبعا للظروف.

* ٨٢٠ — *رفض المنتفع للحق* — وقد يرفض المنتفع الحق الذى اشترط لمصلحته

= ويعتبر اقرارا ضمنيا من المنتفع اقتراضه من شركة التأمين على حساب التأمين (محكمة اسكندرية الكلية المختلطة ٢٧ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ ص ٨٠ رقم ٩٢).

(١) كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٩ — ويعلن المنتفع اقراره للمتعهد أو للمشترط (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٠). ولكن لا بد من اعلان المتعهد بالاقرار حتى يسرى فى حقه.

(٢) استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ — والتون ٢ ص ٧٢.

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦ — ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ثالثا هامش نمرة ٣٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٦٠ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٣٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٣.

(٤) وهناك خلاف فيما اذا كان للمنتفع أن يتمتع بالضمانات التى تثبت للمشترط. مثل ذلك أن يكون المشترط بائعا، وقد اشترط على المشترى أن يدفع جزءا من الثمن لدائن، فهل يتمتع الدائن (وهو المنتفع) بامتياز البائع فى استيفاء حقه من المشترى؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التزام المشترى نحو دائن البائع التزام مستقل عن التزامه نحو البائع، فلا يكون امتياز البائع ضامنا للالتزام الأول (١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢١). انظر فى هذا المعنى لوران ١٥ فقرة ٥٦٩ وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ثالثا هامش نمرة ٣٠ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٥٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٦٥ — بودرى ولوران فى عقد الرهن فقرة ٥٨٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٣ ص ٤٩٩ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٦٣ — والتون ٢ ص ٧٣ — ونحن نميل للأخذ بالرأى الأخير (قارن كولان وكابيتان ٢ ص ٣٣٢ حيث اكتفى بعرض المسألة دون أن يحلها).

(٥) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٥٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٦٥ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٦٢ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٣٢ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٧ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٣ ص ٤٩٩ وفقرة ٣٦٦.

(٦) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٥ — ١ — ٢٢٥ — ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ — ١ — ٢٤٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٣ ص ٤٩٩.

صراحة أو ضمناً[1] . وفى هـذه الحالة ينصرف حقه الى المشترط أو الى ورثته . ويجوز لدائنى المتفع أن تطعن فى هذا الرفض بالدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها ، لأن رفض المتفع عمل قانونى مفقر إذ هو ينقص من حقوقه بعد أن وجد الحق قبل صدور الرفض من جانبه[2] .

ويجوز للمشـترط عند رفض المتفع أن يعين منتفعا آخر يحل محل الأول ، ويثبت حقه من وقت العقد لا من وقت التعيين[3] .

§ ١ — علاقة المتفع بالمشترط

* **٨٢١ — تنوع هذه العلاقة** — تختلف هـذه العلاقة باختـلاف الأحوال . فقد تكون نية المشترط من اشتراطه لمصلحة المتفع هى أن يتبرع له بذلك . وقد تكون نيته ليست تبرعا ، بل كان يقصـد وفاء دين عليه للمتفع ، أو كان يقصـد إقراضه ، أو أن يودع عنده ما اشترطه لمصلحته أو غير ذلك[4] .

* **٨٢٢ — عمر التبرع** — فاذا كان المشـترط يريد التبرع — وهو ما يحدث غالبا — فالتبرع يتم بالاشتراط لمصلحة المتفع فى أى شكل كان . وليس من الضرورى عمل عقد رسمى ، لأن الهبة هنا غير مباشرة[5] .

---

(١) استئناف مختلط فى ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ — ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٨

(٢) واذا رفض المتفع كان لرفضـه أثر رجعى ، فيعتبر كأنه لم يكن صاحب الحق أصـلا . وينصرف الحق الى المشترط أو الى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض .

أما اذا كان المتعهد قد اشترط ألا ينتقل الحق الى غير المتفع بدون اذنه ، أو كان له صالح ولو أدبى فى أن يؤدى الالتزام للمتفع بالذات ، ورفض المتفع ، فان الحق لا ينصرف الى المشترط أو الى متفع آخر بدون اذن المتعهد . فاذا امتنع من الاذن ، فلا يبقى إلا فسخ العقد فيما بين المشترط والمتعهد ، لاستحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة منه .

(٣) وليس لدائنى المشـترط الاعتراض على ذلك ، لأن الحق لم يدخل فى ضمانهـم . كذلك اذا رفض المتفع الأول ، وانصرف الحق بذلك الى المشترط ، فانه يجوز لهذا الأخير أن يضيفه الى متفع آخر يحل محله فيه ، ويعتبر حق هذا المتفع ثابتا من وقت العقد ، وليس لدائنى المشترط الاعتراض على ذلك .

ويلاحظ أن هناك فرقا ما بين الاشتراط لمصلحة الغير فى صورته المعتادة وصورة خاصة منه هى الهبة المقترنة بشرط (donation sub modo) ؛ ففى الاشتراط لمصلحة الغـير اذا رفض المتفع انصرف الحق الى المشترط كما قدمنا . أما فى الهبة المقترنة بشرط فانه اذا رفض المتفع بطل الشرط وبرأت ذمة الموهوب له ، فيكون المتعهد لا المشترط هو الذى يستفيد من رفض المتفع (كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٩ — ص ٣٣٠) .

(٤) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٥ .

(٥) كولان وكابيتان ٢ ص ٣٣٢ — جوسران ٢ فقرة ٢٨٨ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥٦ . انظر أيضا المـادة ١٩٧٣ من القانون المدنى الفرنسى — محكمة النقض الفرنسية فى ٥ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ٢٠ .

واذا تثبت حق المنتفع بصدور اقراره، فالمنتفع يعتبر موهوبا له . والعلاقة فيما بينه و بين المشترط تخضع لأحكام الهبـة لا من حيث الشكل بل من حيث الموضوع . فيجب توافر أهلية التبرع فى المشـترط[1] ، ويجوز له وهو واهب أن يرجع فى الهبـة إلا اذا وجد مانع من الرجوع . وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور العقد كما قدمنا فاذا صدرت من المشترط وهو فى مرض موته أخذت حكم الوصية . كذلك فى الدعوى البوليصية لا يشترط أن يكون المنتفع سيئ النية لأنه موهوب له[2] .

ولكن يلاحظ أننا إذا كنا نعتبر المشترط واهبا للمنتفع، فالمقدار الموهوب بالنسبة للمشترط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنتفع، بل هو مقدار ما دفعه المشترط للمتعهد، بشرط ألا يزيد هذا المقـدار عما التزم به المتعهد للمنتفع . وتطبيقا لذلك نفـرض أن شخصا أمّن على حياته لمصلحة أولاده تبرعا منـه لهم، فان مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذى تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمّن، بل هو مقـدار الأقساط التى دفعها المؤمّن لشركة التأمين حال حياته بشرط الا تزيد عن مبلغ التأمين[3] . أما إذا أعطى شخص آخر شيئا قيمته ألف جنيه

= ولكن اذا كان العقد الذى تم مابين المشترط والمتعهد واشترط فيه للغير هو عقد هبة، فلا بد من عمل عقد رسمى اذا لم تكن الهبة موصوفة بعقد آخر أو كانت هبة يدوية أو هبة غير مباشرة . أما اذا كان التزام المتعهد نحو المنتفع يستغرق كل الهبة التى تلقاها من المشترط، فالعقد فى هذه الحالة يكون معاوضة بالنسبة للمتعهد ولا تشترط الرسمية .

واذا كان المشترط متبرعا للمنتفع، فظاهر أنه يستطيع قبل صـدور اقرار المنتفع نقض حقـه على النحو الذى بيناه وليس للمنتفع فى هـذه الحالة أن يرجع على المشترط بشىء، فقد أراد المشترط أن يتبرع له، ثم بدا له فعدل عن ذلك، فلا مسئولية عليه (نقض فرنسى ٦ يونيه سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ — ١ — ٥٥ — بودرى و بارد ١ فقرة ١٥٩).

(١) بلانيول ٢ فقرة ١٢٦٥ .

(٢) وقد سبق أن أشرنا الى فرض فيه يضمن دائن المشترط لمصلحة الغير فى الاشتراط بالدعوى البوليصية، و بينا أن الدائن يطعن فى تصرفين : أحدهما صادر من المشترط للمتعهد، والثانى من المشترط للمنتفع (انظر سابقا فقرة ٨١٦) .

(٣) ويترتب على ذلك أنه لو طعن دائن المشترط بالدعوى البوليصية فى عقد التأمين الصادر من مدينه، وتوافرت شروط الدعوى، فان الدائن لا ينفذ بحقه إلا بقدر أقساط التأمين (استئناف مختلط ١١ فبراير سـنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١١ — ٢٧ ديسمبر سـنة ١٩١٦ جازيت ٧ ص ٤٨ رقم ١٣٦ — انظر أيضا فى حق الورثة فى الرجوع بأقساط التأمين على المنتفع باعتبارها هبة لا تنفذ فى حقهم استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — محكمة اسكندرية التجارية المختلطة ٨ يونيه سنة ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٧٦ رقم ٥٣٦) . وقد قضت المادة ٦٨ فقرة ثانية من القانون الفرنسى الصادر فى ١٣ يوليه سـنة ١٩٣٠ بأن المنتفع فى عقـد التأمين على الحياة، اذا كان وارثا، لا يرجع الى التركة (rapport) ولا ينقص من نصيبه فى الميراث (réduction) حتى أقساط التأمين ذاتها إلا اذا كان مبالغا فيها بالنظر الى حالة المؤمّن .

واشترط عليه التزاما لمصلحة الغير قيمته خمسمائة جنيه، فان المقدار الذى وهبه المشترط للمتفع هو خمسمائة لا ألف .

ومتى تحددت قيمة التبرع على النحو المتقدم ، فهذه هى القيمة التى تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للهبة فى العلاقة فيما بين المشترط والمتفع . مثل ذلك أن يؤمن شخص لمصلحة آخر تبرعا، ويتقاضى المتفع مبلغ التأمين فى حياة المؤمن ، ويريد المؤمن الرجوع فى الهبة، فانه يرجع على المتفع بمقدار الأقساط التى دفعها لشركة التأمين لا بمقدار مبلغ التأمين الذى تقاضاه المتفع من الشركة . وهذا بخلاف ما إذا كان المشترط قد نقض حق المتفع قبل تثبيته، فانه يسترجع الحق فى مبلغ التأمين كله لا فى الأقساط وحدها[1] .

* **٨٢٣ — عبرة التبرع المعاوضة** — أما إذا كان المشترط لا يريد التبرع، فالعلاقة فيما بينه وبين المتفع يحددها موقف الأول من الثانى على حسب الأحوال .

فقد يكون المشترط مدينا للمتفع ، واشترط له وفاء لدينه . وهذا لا يمنع المشترط من أن ينقض حق المتفع قبل صدور الاقرار ، ولكنه إذا فعل فان الدين الذى فى ذمته للمتفع يبقى دون وفاء[2] . أما إذا تثبت حق المتفع فانه يصبح دائنا للمتعهد بالحق الذى اشترط فى مصلحته، وينقضى حقه قبل المشترط كله أو بعضه حسب ما اتفقا عليه[3] ، ويكون هذا وفاء للدين بمقابل (dation en paiement)[4] .

---

(١) انظر فى هذا الموضوع بودرى وبارد ١ فقرة ٢٠٦ وفقرة ٢٠٨ مكررة — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦٥ .

(٢) ويستطيع المشترط نقض حق المتفع حتى لو اتفق معه على أن يفى له الدين من طريق الاشتراط لصالحه ، فهذا الاتفاق ملزم فيما بين المشترط والمتفع ، ولكنه غير ملزم فيما بين المشترط والمتعهد لأن المتعهد لم يكن طرفا فيه . وانما يلتزم المشترط بعدم النقض اذا أخذ على نفسه عهدا بذلك فى العقد الذى تم بينه وبين المتعهد .

(٣) كولان وكاپيتان ٢ ص ٣٣٢ — بلانيول ٢ فقرة ١٢٦٥ .

هذا واذا رفض المتفع الحق فلا يصبح متفعا فى اشتراط لمصلحة الغير . ولكن يجوز للمتعهد اجباره على استيفاء الدين ، لأن الغير له أن يفى بالدين مكان المدين (دى هلتس ٤ الاشتراط لمصلحة الغير فقرة ٩) . ولا فرق بين رفض المتفع واقراره من حيث أنه يجبر على استيفاء الدين ، ولكن فى حالة الرفض لا يستطيع المتفع أن يجبر المتعهد على ايفاء الدين ويستطيع ذلك فى حالة الاقرار .

(٤) فاذا فرض مثلا أن المتفع لم يستطع الرجوع على المتعهد لأن التزامه كان باطلا أو لأن المتعهد نجح فى فسخ العقد فيما بينه وبين المشترط ، فان المتفع يرجع على المشترط بالضمان . ولكن المشترط لا يضمن للمتفع يسار المتعهد إلا اذا اتفق معه على ذلك . =

وقد يكون المشترط أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لمصلحته . وفى هذه الحالة يستطيع نقض الحق قبل صدور الاقرار كما قدمنا ، وإنما يكون مسئولا قبل المنتفع بمقتضى عقد وعد باقراض إذا وجد هذا العقد . أما إذا تثبت حق المنتفع اعتبر مقترضا من المشترط ، ويطبق عقد القرض فى العلاقة فيما بينهما من حيث التزامات المقترض والمقرض ومن حيث الدعوى البوليصية[1] وغير ذلك من الأحكام .

ومثل القرض الوديعة . فاذا تثبت حق المنتفع ، وتقاضى هذا الحق من المتعهد ، أصبح بالنسبة للمشترط حافظا لوديعته ، وطبقت أحكام عقد الوديعة فى العلاقة فيما بين المشترط والمنتفع . وهكذا .

= و يأخذ الوفاء بمقابل أيضا حكمه من حيث الدعوى البوليصية ، فدائن المشترط لا يستطيع أن يطعن فى هذا التصرف الصادر من مدينه إلا اذا أثبت تواطؤ المنتفع مع المشترط لأن الوفاء بمقابل عقد معاوضة .

(١) و يكون القرض تبرعا اذا كان دون فائدة ، ومعاوضة اذا كان بفائدة .

الفصل الثانى

قــوة العقد الملزمة بالنســبة للموضــوع

٨٢٤ — **نسبية العقد من حيث الموضوع** — العقد نسبي أيضا فى أثر قوته الملزمة من حيث الموضوع . بل أن قاعدة النسبية هنا أدق من نظيرتها من حيث الأشخاص . فقد رأينا أن العقد قد يتعدى أثره الى الغير . لكنه لا ينشئ حقا ولا يولد التزاما لم يرد فى موضوع التعاقد .

فالملتزم بالعقد لا يلتزم إلا بما ورد فى العقد ، محددا حسب ما يفسر به طبقا لقواعد التفسير . ولكنه يلتزم — اذا ما تحدد الموضوع — بتنفيذ كل ما التزم به مما ورد فى العقد، وهو مسئول عن ذلك، وهذه المسئولية هى ما نسميها بالمسئولية التعاقدية .

فنحن نبحث اذن أمرين : (أولا) تحديد موضوع التعاقد (أى تفسير العقد لإلزام المتعاقدين به) . (ثانيا) المسئولية التعاقدية .

الفــــرع الأول

تحــديد موضوع التعــاقد

تفسير العقــد لالزام المتعاقدين به (*)

٨٢٥ — لا يلتزم المتعاقد إلا بما ورد فى العقد . فيجب اذن تحديد موضوع التعاقد حتى يتبين مدى التزام المتعاقد . ومتى تحدد موضوع الالتزام فى ضوء نية المتعاقدين وجب على الملتزم أن يقوم بالتزامه كما تحدد فى العقد دون نقص أو زيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

---

* بعض المراجع : دريه (Dereux) فى تفسير الأعمال القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ — جنى (Gény) فى طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ — جونو (Gounot) فى مبدأ سلطان الارادة فى القانون الخاص، رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى — سالى فى إعلان الارادة — والتون ١ ص ٣٦٢ — ص ٣٩٤ .

فنحن نتكلم اذن فى : (١) تفسير العقد . (٢) إلزام المتعاقدين بالعقد باعتباره شريعة المتعاقدين .

المبحث الأول — تفسير العقد

(Interprétation du contrat)

٨٢٦ — احترام ارادة المتعاقدين — القاعدة الجوهرية فى تفسير العقد هى احترام إرادة المتعاقدين طبقا لمبدأ سلطان الارادة .

وسواء أخذنا بمذهب الارادة الباطنة أو بمذهب الارادة الظاهرة، فالقاضى إنما يفسر مظهر التعبير عن الارادة، كتابة كان هذا المظهر أو كلاما أو إشارة أو سكوتا .

٨٢٧ — قواعد التفسير فى القانونين الفرنسى والمصرى — وقد أسهب كل من المشرع الفرنسى والمشرع المصرى فى وضع قواعد يسترشد بها القاضى فى تفسير العقد . فعقد المشرع الفرنسى لتقرير هذه القواعد فصلا مستقلا (م ١١٥٦ — ١١٦٤ من القانون المدنى الفرنسى) . أما المشرع المصرى فقد خص قواعد تفسير العقد بثلاث مواد (م ١٣٨/١٩٩ — ١٤٠/٢٠١) مع ما هو عليه من الاقتضاب والايجاز .

ولا يوجد مبرر لهذا الاسهاب ، فان القواعد التى ذكرها المشرعان ليست اجبارية . وانما يستأنس بها القاضى فى تفسيره للعقد . وهو بعد ذلك حر فى أن يأخذ بها أو لا يأخذ . بل له أن يخالفها صراحة اذا رأى أن اتباعها لا يؤدى به الى تعرف نية المتعاقدين . وهو اذا جهر بهذه المخالفة لا يكون عرضة لرقابة محكمة النقض[1] . فالمهم اذن هو أن يتبين ارادة المتعاقدين، وهذه مسألة موضوعية[2] . فاذا ما تبين هذه الارادة، وقررها على النحو الحقيق،

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧ — لوران ١٦ فقرة ٥٠٠ — هيك ٧ فقرة ١٧٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٥٢ — جوسران ٢ فقرة ٢٤١ — نقض فرنسى فى ١٦ فبراير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٢٤٨ — ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ داللوز ١٩١٨ — ١ — ٩ .

كذلك لم يقصد المشرع المصرى ولا المشرع الفرنسى أن يذكرا على سبيل الحصر كل القواعد التفسيرية ، فانهما لم يذكرا إلا القواعد المشهورة ، وهناك قواعد تفسيرية أخرى يستطيع القاضى الأخذ بها دون أن تكون قد وردت فى التشريع . (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٥٢ ص ٥٦٩ هامش نمرة ١) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المدنية الأهلية بأن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه ، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدين قصدا به أن يكون البيع تاما منجزا بشرط جزائى ، ولم يقصدا أن يكونا بيعا بعربون أو سعا =

كيفها بعد ذلك التكييف القانونى الصحيح غير متقيد فى ذلك بتكييف المتعاقدين . ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية . وهو خاضع فى التكييف القانونى وما رتبه عليه من آثار لرقابة محكمة النقض لأنه يطبق القانون على الوقائع ، وتطبيق القانون مسألة قانونية لا موضوعية.(1)

= معلقا على شرط فاسخ (٥ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ٨٣٩ رقم ٤١٥) . وقضت كذلك بأن تفسير العقود هو من شؤون محكمة الموضوع ، فلها أن تقرر معناها على أى وجه تراه مفهوما من صيغتها وتعتبره متفقا مع قصد المتعاقدين ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى تأخذ به (نقض مدنى فى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ٨٤٩ رقم ٤١٨) . انظر أيضا نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٥ — ص ٤٧٦ — واستئناف أهلى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٧ مج ١٩ عدد ٨ .

هذا ولا يكون تفسير إرادة المتعاقدين مسألة موضوعية اذا ذهبنا مع المدرسة الألمانية الى أن العبرة بالارادة الظاهرة ، فان تفسير هذه الارادة يكون اذن مسألة قانونية كتفسير نصوص القانون ذاته ، ويكون التفسير فى هذه الحالة خاضعا لرقابة محكمة النقض ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . وانما نحن نجرى هنا على مذهب المدرسة اللاتينية من أن العبرة هى بارادة المتعاقدين الباطنة ، وعلى القاضى أن يتبينها من مظهرها الخارجى ، وهو فى هذا إنما يقرر وقائع لا يفسر قانونا ، فيكون بعيدا عن رقابة محكمة النقض (نقض فرنسى أول أغسطس سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١١٨ — ٢ أغسطس سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧ — ٢ — ٧٩٢ — ٣ يوليه سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ٣١٤ — بلانيول ٢ فقرة ١١٨٣ — كولان وكاپيتان ٢ ص ٣١٠ — ص ٣١١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٥) .

(١) انظر رسالتين فى هذا الموضوع : تالامون (Talamon) فى رقابة محكمة النقض على تفسير العقود وتطبيقها (باريس سنة ١٩٢٦ — مارتى (Marty) التمييز بين الوقائع والقانون أمام محكمة النقض (تولوز سنة ١٩٢٩) — وقد قضت محكمة النقض المدنية الأهلية بأن من حق محكمة النقض أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانونى لما تثبته فى حكمها من الوقائع ، وذلك لتعرف ما اذا كان هذا التكييف قد جاء موافقا للقانون أم مخالفا له ، كما أن من حقها أن تراقب ما اذا كانت محكمة الموضوع قد أغفلت الأخذ بالنصوص الواردة بالمستندات المقدمة لها ، وكان لها تأثير فى مصير الدعوى . فاذا ادعى بائع قطعة من الأرض الى زوجته ، بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه ، أن هذا البيع هو فى الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك باقرار قدمه صادر له من المشترية ، تبيح له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته ، وتصرح فيه بأنه فى حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع اليه ، وتمسكت هى فى دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الاقرار الصادر منها بمدة طويلة ، يتنازل لها فيها عن ريع الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مكيفا للعقد المتعلق بالملكية الوارد فى اقرار المشترية ، ومتمما لعقد البيع بجميع أركانه ، زعما بأنها بعد هذا التنازل تكون قد نقلت ملكية الرقبة والمنفعة معا الى المشترية ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسبانه تفسيرا لعقد البيع ولا لاقرار المشترية أو تنازل البائع وانما هو وصف وتكييف للعقد ، أغفلت المحكمة فيه عنصرا هاما هو ما نص عليه فى اقرار المشترية من عودة الملكية الى البائع ، اذا ما توفيت هى قبله . ويكون لمحكمة النقض أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذى لا خلاف على ثبوته ولا على دلالته ، فتعتبره وصية لا بيعا صحيحا (٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٥ — ص ٩٦) .

انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية فى ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ١١٦ — ٢٢ فبراير سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ — ١ — ٥٠٠ — ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٣ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ — ١ — ٣١٧ — ٧ يوليه سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٤ — =

= ١ — ٢٢٣ — أول يوليه سنة ١٩٢٥ سيريه سنة ١٩٢٦ — ١ — ٢٦٩ — ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ٢٥ — ١ — ١٦٦ .

بودرى و بارد ١ فقرة ٣٣٦ وفقرة ٥٥٧ — جومران ٢ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤١ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٥ — ص ٥١٨ — والنون ١ ص ٣٧٢ — ص ٣٧٣ .

فاذا وصف المتعاقدان العقد بأنه ايجار، واتضح أنه بيع، طبق القاضى أحكام البيع لا أحكام الايجار. والمتعاقدان قد يخطئان فى تكييف العقد جهلا أو عمدا . والتعمد يكون عادة لاخفاء غرض غير مشروع، كربا فاحش يستتر تحت اسم ايجار أو بيع (استئناف أهلى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ مج ١٠ عدد ٨٥ — اسنا الجزئية ١١ أبريل سنة ١٩٠٥ مج ٧ عدد ٤١)، وكرهن حيازة يستتر تحت اسم بيع وفاء، وكشركة محاصة هى فى الواقع قرض (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٦)، وكبيع هو فى الواقع تأمين لدين على البائع للمشترى (زقازيق استئنافى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص ٣٠) . وقد يوصف الصلح بأنه وكالة (استئناف أهلى فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مج ٢٥ عدد ٥٢/١) . انظر أيضا استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٧ — ٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٢ — ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٩٩ — ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٣ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٤ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٤ .

وكثيرا ما تستتر الوصية تحت اسم آخر، فعلى محكمة الموضوع أن تتبين نية المتصرف، فاذا ظهر أنه أراد وصية، ولم يرد أن يسميها باسمها الحقيق هربا من أحكام الوصية، وأخص هذه الأحكام أنها لا تجوز لوارث، كيفت المحكمة التصرف التكييف القانونى الصحيح خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى أهلى فى ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٥ — ص ٩٦ وهو الحكم الذى سبقت الاشارة اليه)، ورتبت عليه أحكامه . وهناك أحكام كثيرة صدرت فى هذا الموضوع من المحاكم الأهلية، يفسر بعضها التصرف على أنه وصية فيبطلها لأنها وصية لوارث، والبعض الآخر يفسر التصرف بأنه بيع و يعتبره صحيحا . وقد قضت محكمة النقض المدنية بأن نية المتصرف فى تصرفه (بيع أو وصية مثلا) هى المعول عليها، واستظهار هذه النية مسألة موضوعية لا مدخل فيها لمحكمة النقض، ما دامت الوقائع التى سردتها المحكمة فى حكمها والظروف التى بسطتها فيها تؤدى الى النتيجة القانونية التى قررتها المحكمة فى حكمها (٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١٢١٩ رقم ٦٢١) .

ومن الأحكام التى فسرت نية المتصرف بأنه يريد الوصية ما قضت به محكمة استئناف مصر الأهلية من أنه لا يعتبر بيعا العقد الصادر من المورث فى حال حياته لأولاده، اذا ثبت أنه كان يتصرف فى أطيانه وهو حى تصرف المالك فى ملكه، وكان يؤجرها الى الغير، ويسدد ما عليها من الأقساط، وكان يتقاضى باسمه فى المحاكم، وأن من صدر العقد لهم ما كانوا يعلمون بوجوده (٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٤ ص ٤٤٩ رقم ٣٤٧) . وقضت أيضا بأنه اذا باع رجل بعقد عرفى عقارا لأولاده، ولم يعين فى العقد ثمن العقار، وانما ذكر فيه تعهد المشترين بدفع دين على العين المبيعة هو دون قيمة العقار، ثم استمر البائع واضعا يده على العين يستغلها لنفسه الى يوم وفاته، فان العقد وصية باطلة شرعا، لأنه لا وصية لوارث، وليس بيعا لعدم تعيين الثمن، ولا هبة صحيحة لعدم حصولها بعقد رسمى، ولأن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة أى نافذة (استئناف مصر الأهلية ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ ص ١٤٤ رقم ٤٦) . وقضت أيضا بأنه اذا حفظ البائع لنفسه حق وضع يده على العين المبيعة والانتفاع بها مدة حياته، وظهر من قرائن الدعوى أن المشترى لم يدفع الثمن، كان العقد عقد وصية لا عقد بيع (استئناف مصر الأهلية فى ٢٢ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ١٦٢ رقم ١٠٨) . وقضت أيضا بأنه اذا باع شخص عقارا لآخر، وأبرأه من الثمن، واشترط على المشترى ألا يتصرف فى العقار المبيع مادام هو على قيد الحياة، يعتبر العقد وصية تجوز فقط فى ثلث التركة اذا كان المشترى غير وارث، وذلك لأن الابراء من الثمن ثم اشتراط عدم التصرف فى المبيع انما يتكونان منهما معنى الايصاء، وهو تمليك بغير عوض مضاف الى =

= ما بعد الموت (استئناف مصر الأهلية فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ج ٢٧ رقم ٩) . وقضت أيضا بأنه لا يعتبر عقد بيع ناقل للملك العقد الذى يوصف بأنه بيع ، ولكن يتحرر فى وقت إمضائه تعهد على المشترى بعدم التصرف فى رقبة وفى منفعة العين المبيعة لا ببيع ولا برهن إلا بعد وفاة البائع ، وأنه اذا مات البائع قبل المشترى تعود الأعيان كلها الى ملكه بغير مقابل ، ولا تدخل فيما سيترك عنه ، فمثل هذا العقد يكون فاقدا ركنين من أركان البيع ، نقل الملكية والثمن (استئناف مصر الأهلية فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٣٢٧ رقم ٢٥٠) . وقضت أيضا بأنه اذا شرط البائع على مشترى الرقبة عدم التصرف فيها طول حياة البائع ، فمعنى هذا أن البائع إنما أوصى بالعين للمشترى ، فيأخذ هذا التصرف حكم الوصية (استئناف مصر الأهلية فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ١٧٢ رقم ١٢٧) . وقضت أيضا بأنه اذا تصرف والد فى أطيانه لأولاده بعقود بيع حررها ولم يسلمها اليهم ، بل أودعها لدى أمين ، وأوصاه ألا يسلمها الى أحد منهم إلا بعد وفاته ، وظل واضعا اليد عليها حتى مات ، فان هذه العقود تعتبر وصية من غير مقابل ، وليس لمن حصل التصرف اليهم أن يطالبوا التركة بثمن لم يدفعوه (استئناف مصر الأهلية فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٢٩١ رقم ١٤٣) — وقضت أيضا بأنه اذا حرر والد عقدا لولديه ببيع أرض ، واعترف بقبض الثمن ، وأقر الولدان بأنهما لم يدفعا ثمنا ، وأن العقد بقى فى حيازة والدهما حتى توفى ، ولم يصدر منهما أى عمل يدل على أنهما انتفعا بالأعيان المبيعة فى حياته ، فان هذا العقد إما أن يكون هبة عقار لم يقبلها الموهوب له لا صراحة ولا ضمنا فهى باطلة إذ أن القبول الضمنى يلزم أن يظهر بعمل يدل عليه و إما مجرد العلم بالهبة فغير كاف فى الدلالة على القبول ، و إما وصية لتحريرها بغير علم الولدين وحفظها تحت يد الوالد و بقائها فى حيازته حتى توفى ثم ظهورها بعد ذلك مما يدل على أنه لم يرد أن يملكها فى حياته وأن نيته كانت الايصاء والوصية لا تجوز لوارث ان لم يجزها الورثة الآخرون (استئناف مصر الأهلية فى ١٢ يوليه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٥١٩ رقم ٢٦٢ — انظر كذلك ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٤٦ رقم ٣٢) . وقضت أيضا بأنه اذا كان البيع الصادر من المورث الى بعض الورثة لم يدفع فيه ثمن ، وثبت أن العين المبيعة بقيت فى حيازة المورث وكذا عند البيع حتى توفى ، وجب اعتبار العقد هبة لم تقبل أو وصية لبعض الورثة ، لأن احتفاظ المورث بالعقد و بالعين المبيعة دليل على أنه لم يرد أن يملكهم فى حياته ، وأن نيته كانت تمليكهم بعد الموت ، ليميزهم عن باقى الورثة (استئناف مصر الأهلية فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ ج ٣٢ ص ٢٠٩ رقم ٩٣) . وقضت محكمة أسيوط الكلية بأنه اذا حفظ البائع لنفسه حق الانتفاع بالأطيان المبيعة وحق التصرف فيها مدة حياته ، وأضاف التمليك للمشترى الى ما بعد الموت ، اعتبر هذا العقد وصية لا بيعا ، ولا يغير من هذه الصفة ذكر الثمن فى العقد واقرار البائع باستلامه ، متى ظهر من قرائن الدعوى أو من نصوص العقد مايدل على أن الثمن لم يدفع فعلا (أسيوط الكلية فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٢٤ ج ٢٥ عدد ١/٨٩) . وقضت محكمة طنطا الكلية بأن تمليك العقار بلا عوض اذا أضيف الى ما بعد الموت يعتبر وصية ، وهى لوارث غير جائزة شرعا إلا اذا أجازها بقية الورثة (طنطا الكلية حكم استئنافى فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ ج ٢٧ رقم ٢/٤٧) . وقضت محكمة طهطا الجزئية بأن العقد الذى يشمل بيع أرض مع الابراء من الثمن واشتراط عدم تصرف المشترى وعدم انتفاعه بالقدر المبيع ما دام البائع على قيد الحياة لا يعد بيعا ولا هبة ولا عقد بيع ساتر لهبة ، بل يعتبر وصية (طهطا ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٤٨٥ رقم ٤٤٩) . وقضت محكمة ميت غمر الجزئية بأنه اذا صدرت ورقة ضد من مشترى العقار فى وقت تحرير عقد البيع الصادر لمصلحته ، وجب تفسير عقد البيع على ضوء ورقة الضد ، فاذا ذكر فى ورقة الضد إقرار صريح من المشترى بأنه لم يدفع ثمنا ، و بأنه محروم من التصرف ومن الانتفاع بالعقار طالما كان البائع له على قيد الحياة ، وجب اعتبار عقد البيع وصية لا تجوز لوارث إلا اذا أجازها باقى الورثة (ميت غمر الجزئية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٨ ص ٨٢ رقم ٤٥) . وقضت محكمة إيتاى البارود الجزئية بأنه اذا قصد المتعاقدان إضافة التمليك الى ما بعد الموت بطريق التبرع كان العقد وصية (محكمة إيتاى البارود ١٣ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٧ ص ١٠٧٨ رقم ٥٥٠) .

ومن الأحكام التى فسرت نية المتصرف بأنه يريد بيعا لا وصية ما قضت به محكمة استئناف مصر الأهلية من أنه اذا =

= باع رجل لزوجته عقارا ، وأقر فى عقد البيع بانه قبض منها الثمن ، وحصل الرجل بعد ذلك من زوجته على ورقة تنازلت له بموجبها عن حق زراعة الأرض وتأجيرها طول حياته ، وشرطت على نفسها عدم التصرف فى العين ما دام حيا ، فان عقد البيع صحيح ناقل للملكية ، وتعتبر الورقة تنازلا من المشترية عن حق الانتفاع للبائع ، واذا كان شرط البائع عدم التصرف فى العين فى الأصل باطلا ، إلا أنه يصبح صحيحا استثناء اذا كان للبائع مصلحة فيه (استئناف مصر الأهلية فى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ ص ٢١٠ رقم ٦٤) . وقضت أيضا بأنه اذا باع رجل لابنته ولزوجته عينا ، وذكر فى عقد البيع أنه وهب لهما الثمن ، وشرط لنفسه حق الانتفاع بالعين طول حياته ، فالعقد يشمل هبة مستورة صحيحة ، وشرط الانتفاع بالعين لا ينافى انتقال ملكية الرقبة للمشترين ، لأنه شرط ثانوى كشرط تأجيل تسليم المبيع الى أجل (استئناف مصر الأهلية فى ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ ص ٥٠٥ رقم ١٠٥) . وقضت أيضا بأنه اذا باع شخص لآخر عينا بثمن يقل عن ثمن المثل ، وفى نظير ذلك شرط على المشترى أن يعطيه نصف غلة الأرض طول حياته ، وألا يتصرف فى العين طالما كان البائع على قيد الحياة ، فان البيع صحيح نافذ وليس وصية ، والشرط صحيح أيضا لأنه من قبيل ترك جزء من حق الانتفاع أو تقرير مرتب مقيد بمدة الحياة ، أما تعهد المشترى بعدم التصرف فى العين فنتيجة طبيعية لهذا الشرط (استئناف مصر الأهلية فى ٧ مايو سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ ص ٦٥ رقم ٢٥) . وفى قضية أخرى باعت سيدة الى أحفادها ما تملك من عقار فى مقابل أن يدفعوا لها تسعة جنيهات شهريا طول حياتها ، وشرطت عليهم ألا يتصرفوا فى العين المبيعة بيعا أو رهنا طول حياتها ضمانا لدفع المبلغ المذكور ، ثم أخذت عليهم تعهدا يفوضونها بموجبه فى قبض ريع العقار وفاء لذلك المبلغ ، فقضت محكمة الاستئناف بأن العقد يعتبر بيعا صحيحا لأنه بمقابل ، وليس اشتراط عدم التصرف فى العين إلا ضمانا لدفع الثمن المتفق عليه ، ولا حرج من تنازل المشترين عن ريع العقار للبائعة فى مقابل ذلك الثمن ، وأن العقد ليس وصية لأنه تمليك بمقابل ، ولأن الموصى يظل مالكا للعقار طول حياته بينما هنا قد انتقلت الملكية بالبيع (استئناف مصر الأهلية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ ص ٢٠٧ رقم ٦٣) . وقضت محكمة استئناف مصر الأهلية أيضا بأنه اذا نص فى عقد بيع أن البائع قبض الثمن وسلم العين المبيعة ، فشل هذا العقد يعتبر عقد بيع مستوف للشرائط القانونية ، ولو شرط فى العقد أن المشترى لا يتصرف فى رقبة العين المبيعة إلا بعد وفاة البائع ، لأنه يجوز قانونا أن يحفظ لنفسه حق الانتفاع وأن يقيد الملكية تقييدا موقتا (استئناف مصر الأهلية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ١٦٢ رقم ١٠٩) . وقضت أيضا بأنه اذا باع المورث لأحد ورثته عقارا ، وشرط عليه عدم التصرف فيه طول حياة البائع ، فهذا الشرط لا ينفى البيع ولا يقلبه الى وصية ، طالما كانت سائر أركان البيع متوافرة فى العقد (استئناف مصر الأهلية فى ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٩٦ رقم ٤٨٦) . وقضت أيضا بأنه اذا اشتمل عقد على أركان البيع من ثمن واعتراف بقبضه ، ومن بيان العقار وملحقاته ، فلا يعتبر ذلك العقد وصية لمجرد النص فيه على أن وضع يد المشترى مضاف الى ما بعد وفاة البائع ، لأن تأجيل وضع اليد لا يفيد تأجيل نقل الملكية (استئناف مصر الأهلية فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٢ رقم ٣٢) . وقضت أيضا بأنه اذا نص العقد صراحة على البيع وقبض الثمن ونفاذ البيع فى الحال ، فلا يمكن القول بأن العقد كان وصية فى الواقع (استئناف مصر الأهلية فى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٩١٧ رقم ٥٥٦) . وقضت أيضا بأن مجرد حفظ البائع حق الانتفاع بالشيء المبيع لنفسه لا يجعل عقد البيع وصية ، لأن الوصية هى تمليك مضاف الى ما بعد الموت (استئناف مصر الأهلية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٩٠ — انظر فى هذا المعنى أيضا استئناف مصر الأهلية فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ١٥٢ رقم ٧٣) . وقضت أيضا بأنه لا يعيب عقد البيع أن المورث استمر واضعا يده وأجر الأطيان باسمه خاصة لأنه الولى الشرعى ، وتصرفه فى الواقع نيابة عن أولاده (استئناف مصر الأهلية فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٦٨ رقم ٤٣٨) . وقضت أيضا بأنه اذا نص فى عقد البيع الصادر من الجد لأولاد ابنه على أنه ليس للمشترى الحق فى استلام الأطيان إلا بعد وفاته ، وليس لهم الحق أيضا فى طلب شيء من ريعها ولا من محصولاتها ، فيعتبر هذا العقد عقدهبة فى صورة عقد بيع ، لأن البائع ملك القصر القدر المبيع فى الحال ، واحتفظ فقط =

= بحق المنفعة ، وهو شرط جائز قانونا ، ولا ينقل العقد من بيع الى وصية (استئناف مصر الأهلية فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٧٥ رقم ٤٤١) . وقضت محكمة طنطا الكلية بأن كل عقد دلت عبارته على رغبة المتعاقدين فى البيع يعتبر عقد بيع لا وصية ، ولو حفظ البائع لنفسه حق الانتفاع (طنطا الكلية ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٥١٦ رقم ٤٢٠) . وقضت محكمة الاسكندرية الأهلية بأن عقد بيع الأب لأولاده ، لو ذكر فيه أنه قبض الثمن على خلاف الواقع ، ثم وجدت ورقة ضد يتعهد فيها الأولاد بدفع مبالغ معينة وتوريد حبوب للأب ، يكون عقد بيع لا وصية (الاسكندرية الأهلية فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٦٨٤ رقم ٥٦٢) . وقضت محكمة بنها الجزئية بأن العقد الذى به يبيع الأب ملكه لأولاده ، ويحتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع بالعقار ما دام حيا ، ويشترط على أولاده عدم التصرف فى رقبة الملك ما دام حيا ، هو عقد صحيح ، ولا يمكن اعتباره وصية ، لأن الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، وهنا التمليك منجز (بنها الجز ئية ٣ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٤٥٠ رقم ٣٨٣) .

وقضت محكمة النقض المدنية الأهلية بأنه وان كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى الى نية المتعاقدين ، مستعينة على ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها ، إلا أنه اذا أدى هذا التفسير الى اعطاء العقد وصفا قانونيا خاطئا ، فان حكمها فى ذلك يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض التى يجب عليها فى هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ ، فاذا صدر عقد من شخص الى حفيده يبيع قطعة من الأرض له ، نص فيه على أن البائع باع تلك الأطيان لحفيده بيعا قطعيا لارجوع فيه ، ونزل له عنها فى مقابل ثمن قدره كذا قبضه من المشترى ، وأنه سلم الأطيان للمشترى لكى يضع يده عليها ويزرعها ويبيع محصولاتها الخاصة بنفسه الى غير ذلك ، وسجل هذا العقد تسجيلا تاما ، واستمر البائع واضعا يده على الأطيان ثم تنازع مع المشترى على ملكيتها ، ودفع لدى القضاء بأن هذا العقد عقد وصية ، وأنه سبق أن أخذ ورقة ضد من المشترى مقتضاها أن تبقى الأطيان تحت يده هو يستغلها لحين وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه — اذا حصل ذلك وحكمت محكمة الموضوع باعتبار هذا العقد وصية بناء على ما بان لها من الظروف التى لابست تحرير العقد وحالة البائع وظرف المشترى ومركزه بالنسبة للبائع وبقاء العين تحت يد صاحبها ، كان حكمها خاطئا فى تطبيق القانون ، ووجب على محكمة النقض تصحيحه باعتبار هذا العقد عقد تبرع منجز أى هبة مستترة فى صورة بيع ، فهى هبة صحيحة (نقض مدنى أهلى فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٦٧) .

ويحار الباحث اذا أراد التوفيق ما بين هذه الأحكام المتضاربة ، والواقع من الأمر أن المبدأ الشرعى القاضى بألا وصية لوارث هو الذى أدى الى الالتجاء الى هذه الضروب من الحيل للخلاص من قاعدة تقصر فى بعض الأحوال عن التمشى مع الظروف التى تحيط ببعض الأسر ومع المقتضيات التى تدعو المورّث الى تفضيل وارث عن وارث لأسباب معقولة . فالمورّث الذى يرغب فى ايثار بعض الورثة لو انفتح أمامه باب الوصية ولو بقدر لما حاد عنها ، ولما لجأ الى هذه الحيل الظاهرة للتوفيق ما بين غرضين متناقضين : يخرج عن ملكه فى الحال حتى يقال أنه يبيع ، ويحتفظ بملكه الى وقت موته لأنه يريد فى الحقيقة أن يوصى لا أن يبيع . فهو اذا لم يلجأ الى الوقف (وفيه يجد مخرجا واسعا يستطيع منه أن يعطى ويحرم من يشاء من الورثة لولا ما يحيط الوقف من قيود تجعل ضرره أكبر من نفعه) لجأ الى ما رأيناه من الحيل يخفى بها غرضه الحقيق ، وقد يوفق وقد لا يوفق تبعا لتقدير المحكمة التى تنظر القضية . وخير علاج فى نظرنا لهذه الحالة القلقة المضطربة هو العلاج الذى يتجه مباشرة الى مكان الداء ، فيعاد النظر فى المبدأ الشرعى القاضى بألا وصية لوارث بشىء من المرونة يتفق مع روح الشريعة الاسلامية السمحاء .

ولما كانت هذه المسألة خارجة عن نطاق بحثنا فاننا نقتصر هنا على استخلاص مبادئ يمكن أن نرد اليها كثيرا من الأحكام التى ذكرناها فيما تقدم . فالمطلع على هذه الأحكام يستطيع أن يردها — أو يرد أكثرها — الى المبادئ الآتية : (١) كل عقد لم يثبت فيه أن الطرف الآخر صدر منه رضاء ، ولو كان هذا الرضاء ضمنيا ، ولو كان بطريق السكوت بعد العلم بصدور الايجاب ، ولو كان بطريق الولاية من الأب أو الجد البائع ، يكون وصية . (٢) اذا ثبت =

واذا كانت هناك قواعد قانونية فى التفسير تلزم القاضى ولا تكون مجرّد إرشـاد ، فهذه القواعد يمكن حصرها فى مسألتين : (المسألة الأولى) هى أن القاضى فى تفسـير العقد يجب

= توافق الارادتين ، ولكن تبين من القرائن أن العقد هبة فى صورة بيع ، وقد ذكر فيها أن المشترى أبرئ من الثمن ، تكون الهبة باطلة . (٣) اذا كان الظاهر أن العقد بيع ذكر فيه أن الثمن قد قبض ، ولكن دلت القرائن على أن البائع لم يرد التجرّد من الملكية إلا بعـد الموت ، كأن يشترط بقاء الملكية الى وقت موته ، أو كأن يستبقى لنفسه حق الانتفاع مع اشتراطه عدم التصرف فى الرقبة ، كانت حقيقة التصرف أنه وصية لا بيع . ومن القرائن على أن البائع لم يرد التجرّد عن الملكية إلا بعد الموت أن يتصرف فى المـال المبيع بعد البيع تصرف المـالك دون أن تكون له صفة النيابة عن المشترى (بأن يكون وليـه أو وصيه مثلا) ، أو أن يستبقى العقد فى حيازته دون تسجيل أو اشهار بحيث يمتنع على المشترى أن يتمسك بالعقد فى حياة البائع . ولا يعتـبر قرينة أن يحتفظ البائع بالمنفعة لنفسه ما دام لم يشـترط عدم جواز التصرف فى الرقبة ، أو أن يشترط عدم جواز التصرف فى العين المبيعة طول حياته مادام لم يشترط المنفعة لنفسه ، أو أن يشترط عدم تسليم العين المبيعة إلا بعد موته مادام لم يشترط عدم نقل الملكية إلا بعد الموت . على أن هذا كله خاضع لتقدير القاضى . (٤) اذا ذكر أن العقد بيع ، ونص صراحة على قبض الثمن ونفاذ البيع فى الحال ، ولم تقم قرينة من القرائن المتقدّمة على أن البائع أراد عدم التجرد من الملكية الى وقت موته ، لم يعتبر التصرف وصـية ، وكان صحيحا . على أن المسألة تترك هنا أيضا لتقدير القاضى . إذ يجب ألا يغيب عن البال أن المورّث انما أراد فى الواقع أن يوصى لأحد الورثة ، وقد اضطر الى البيع لأن الوصية لا تجوز . فاذا كان هناك من ظروف الأسرة ما يبرر ايثار بعض الورثة على البعض الآخر ، اطمأن القاضى الى أن المورّث قد لجأ الى حيلة صالحة للخلاص من قاعدة فاسدة . أما اذا لم يكن هناك من الظروف ما يبرر هذا الايثار ، فقد ينعكس الأمر ، و يتبين للقاضى أن المورّث قد لجأ الى حيلة فاسدة للخلاص من قاعدة صالحة .

هـذا وقد صدر أخيرا من محكمة النقض المدنية حكم يقضى بأن كون الانسان وارثا أو غير وارث ، وكونه يستقل بالارث أو يشركه فيـه غيره الى غير ذلك من أحكام الارث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لم لهم الحق فيها شرعا ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحيل على مخالفة هـذه الأحكام باطـل بطلانا مطلقا لا تلحقـه الاجازة ويحكم القاضى به من تلقاء نفسـه فى أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز التعامل بين وارث محتمل فى تركة مستقبلة و بين شخص أجنبى من هذه التركة بأن يبيع الوارث نصيبه فى التركة أو يتنازل له عنه ، ولا بين وارث محتمل ووارث محتمل آخر ، ولا بين المورّث نفسـه ووارث محتمل له أو أجنبى عنه كأن يتفق المورّث على أن يعطى وارثه نصيبا من تركته أكبر أو أقل من نصيبه الشرعى أو أن يجعل الأجنبى وارثا له بغير أن يقوم به سبب شرعى من أسباب الارث عند استحقاق هذا الارث . وبالجملة لا يجوز قبل وفاة أى انسان الاتفاق على شىء يمس بحق الارث عنه ، سـواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهـة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهـة التصرف فى حق الارث قبل افتتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، فان جميع هذه الاتفاقات وما شابهها تخالف النظام العام — هـذا وقد ثبت من وقائع هذه الدعوى أن زوجين باع كل منهما للآخر أمواله فى يوم واحد ، فقضت محكمة النقض بأن هذا بين الدلالة على أن أيا من الزوجين لم يرد حقيقة الوصية التى هى تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ، بل ان كلا منهما جعل وصـية صاحبه له سببا فى وصيته هو لصاحبه ، فالواقع أن تصرفهما هو تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر ولا غرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقهم الشرعية فى الميراث ، أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه ، ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه ، لأن لكل من العاقدين ورثة يمنع وجودهم من هـذه الموالاة ، وترى المحكمة موافقة لرأى النيابة العامة انه من قبيـل الرقبى المحرمة شرعا (نقض مدنى فى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ فى الطعن المقيد بجدول المحكمة نمرة ٢ سنة ٤ قضائية — وهو حكم لم ينشر بعد) .

عليه أن يتبين نية المتعاقدين المشتركة[1] . فالقاضى الذى يقرر فى حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئا معينا، وكان هذا الشيء جائزا قانونا، ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضى بما أراد المتعاقدان ، بل بما تقضى به العدالة فى نظره، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه[2] . (والمسألة الثانية) هى أنه يجب على القاضى، اذا كانت ارادة المتعاقدين واضحة وضوحا لا يتطرق اليه الشك، أن يحكم بمقتضى هذه الارادة، ولا يخرج عنها بدعوى تفسير العقد . فان محل تفسير العقد أن يكون فيه غموض، أما الارادة الواضحة فليست فى حاجة الى تفسير ، بل يجب أن تنفذ كما هى. على أن معرفة ما اذا كانت ارادة المتعاقدين واضحة لا تحتاج الى تفسير أو مبهمة تحتاج اليه مسألة موضوعية تترك للقاضى، ولا يخضع فى تقديرها لرقابة محكمة النقض .

و يتبين مما تقدم أن القاضى فى تفسيره للعقد يجد نفسه فى أحد موقفين : إما أن تكون ارادة المتعاقدين واضحة فعليه أن يحكم بمقتضاها ولا يجوز له تفسيرها، و إما أن تكون هذه الارادة غامضة فعليه أن يفسرها مسترشدا فى ذلك بقواعد وردت فى القانونين الفرنسى والمصرى .

المطلب الأول — إرادة المتعاقدين واضحة

٨٢٧ — لا محل لتفسير الارادة الواضحة — إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة من التعبير الذى اختاراه مظهرا لارادتهما ، فلا يجوز للقاضى أن يعدل عن هذه الإرادة الواضحة الى إرادة أخرى يفرض أنها الارادة الحقيقية للمتعاقدين لأنه لا سبيل لفرض إرادة للمتعاقدين غير تلك الارادة التى وضحت من تعبيرهما[3] .

---

(١) استئناف مختلط فى ١١ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ — ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٣ — ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ — استئناف أهلى ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٥ — محكمة الزقازيق الكلية فى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ المحاكم ١٧ ص ٣٦٧٤ — انظر أيضا المواد ١٣٨ — ١٣٩/١٩٩ — ٢٠٠ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١٥٦ من القانون المدنى الفرنسى .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٥ سيريه ٦٦ — ١ — ٢٣ — ٢٨ مايو سنة ١٨٧٣ سيريه ٧٤ — ١ — ٧٩ — ١٩ يوليه سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٥٣ — ١٠ مارس سنة ١٩١٩ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ١٠٥ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٦٨ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١٥٩ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٣٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٣٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٥ .

(٣) أوبرى ورو ٤ ص ٥٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٤ — لارومبير ٢ م ١١٥٦ فقرة ٤ — لوران ١٦ فقرة ٥٠٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٥٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٣ — استئناف أهلى ٦ فبراير =

وهناك ميل لبسط رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع فى تحديد ما اذا كانت عبارة العقد واضحة لا تحتاج الى تفسير، أو غير واضحة تحتاج الى ذلك[1] .

= سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٢٥ — استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٥ — ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٦ — ١٩ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٧ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٦ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢١٦ . وقد قضت محكمة النقض المدنية المصرية بأن محكمة الموضوع إذ تأخذ بالمعنى الظاهر لنصوص العقد الصريحة المحكمة ، لا يكون حكمها خاضعا لرقابة محكمة النقض — فاذا تنازع المؤجر والمستأجر على رفع أجرة الأطيان التى ادعى المستأجر عجزها من العين المؤجرة وأجرة الأطيان التى ادعى تخلفها شراق ، وكانت نصوص عقد الاجارة المحرر بينهما مانعة من اجابة المستأجر الى ما طلبه ، فاعطتها المحكمة حكمها ورفضت طلباته ، فلا سبيل الى الطعن على حكم المحكمة فيما قضى به (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٩) .

(١) يبدو هذا الميل من محكمة النقض الأهلية ، اذ تتطلب من محكمة الموضوع اذا خالفت نص العقد أن تذكر أسباب هذه المخالفة ، حتى يتبين لمحكمة النقض ما اذا كان العقد محتاجا الى تفسير . من ذلك ما قضت به من أنه اذا طعن على الحكم بأنه بنى على تفسير أو استنتاج مخالف لصريح نص العقد المقدم فى الدعوى ، فالطاعن ملزم بتقديم هذا العقد الى محكمة النقض لتتبين منه ما اذا كان قد وقع من محكمة الموضوع خطأ فى تفسيره يدخل تحت رقابتها هى ، أم أن هذا العقد يحتمل التفسير الذى فسرته به محكمة الموضوع واستخرجت منه قصد المتعاقدين ، واذن فلا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما فعلت (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٢٠ رقم ٣٥٥) . وما قضت به من أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها ، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن الظاهر الى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحته أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت فى تفسيرها باعتبارات معتدلة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها ، فان قصر حكمها فى ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانونا أن يبنى عليها . و بناء على ذلك لا يصح — عند الاختلاف بين صيغة التنازل الصادر من شخص بشروط معينة وصيغة القبول الصادر من طرف آخر بلا قيد ولا شرط — أن تعتبر المحكمة هذا الاتفاق نهائيا من غير أن تبين فى حكمها كيف تلاقى كل من الايجاب والقبول بين الطرفين تلاقيا محققا لغرض القانون ، ومؤديا الى انعقاد الالتزام ، إذ يكون الحكم الصادر باعتبار هذا التنازل نهائيا مبهما إبهاما يجعله كأنه غير مسبب (نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ٩٦٤ رقم ٤٨١) . وقضت أيضا بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفهم نصوص العقد وما قصده العاقدان منها دون أن تتقيد بألفاظها ، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها فى ذلك ما دامت قد بينت فى أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها الى الأخذ بما أخذت به فى قضائها ، ولماذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هى الظروف والملابسات التى رجحت اليها ما ذهبت اليه (نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٢٩) .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى أحكامها الى أنه اذا أخلت محكمة الموضوع بالمعنى الواضح المحدد المفهوم من نصوص العقد يكون حكمها عرضة للنقض (نقض فرنسى فى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ١٧٦ — أول يوليه سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ — ١ — ٢١٧ — ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ — ١ — ٤٦٩ — ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ١٠٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ جازيت دى باليه ١٩٠١ — ٢ — ٧٣٨) . ولا شك فى أن الذهاب الى هذا الحد هو أخذ بمذهب الارادة الظاهرة فى العقود . وقد قدمنا أن أنصار =

عليه أن يتبين نية المتعاقدين المشتركة[1] . فالقاضى الذى يقرر فى حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئا معينا، وكان هذا الشيء جائزا قانونا، ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضى بما أراد المتعاقدان ، بل بما تقضى به العدالة فى نظره، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه[2] . (والمسألة الثانية) هى أنه يجب على القاضى، اذا كانت ارادة المتعاقدين واضحة وضوحا لا يتطرق اليه الشك، أن يحكم بمقتضى هذه الارادة، ولا يخرج عنها بدعوى تفسير العقد . فان محل تفسير العقد أن يكون فيه غموض، أما الارادة الواضحة فليست فى حاجة الى تفسير، بل يجب أن تنفذ كما هى، على أن معرفة ما اذا كانت ارادة المتعاقدين واضحة لا تحتاج الى تفسير أو مبهمة تحتاج اليه مسألة موضوعية تترك للقاضى، ولا يخضع فى تقديرها لرقابة محكمة النقض .

ويتبين مما تقدم أن القاضى فى تفسيره للعقد يجد نفسه فى أحد موقفين : إما أن تكون ارادة المتعاقدين واضحة فعليه أن يحكم بمقتضاها ولا يجوز له تفسيرها، وإما أن تكون هذه الارادة غامضة فعليه أن يفسرها مسترشدا فى ذلك بقواعد وردت فى القانونين الفرنسى والمصرى .

المطلب الأول — إرادة المتعاقدين واضحة

٨٢٧ — لا محل لتفسير الارادة الواضحة — إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة من التعبير الذى اختاراه مظهرا لارادتهما ، فلا يجوز للقاضى أن يعدل عن هذه الإرادة الواضحة الى إرادة أخرى يفرض أنها الارادة الحقيقية للمتعاقدين لأنه لا سبيل لفرض إرادة للمتعاقدين غير تلك الارادة التى وضحت من تعبيرهما[3] .

---

(١) استئناف مختلط فى ١١ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ — ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٣ — ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ — استئناف أهلى ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٥ — محكمة الزقازيق الكلية فى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ المحاكم ١٧ ص ٣٦٧٤ — انظر أيضا المواد ١٣٨ — ١٣٩/١٩٩ — ٢٠٠ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١٥٦ من القانون المدنى الفرنسى .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٥ سيريه ٦٦ — ١ — ٢٣ — ٢٨ مايو سنة ١٨٧٣ سيريه ٧٤ — ١ — ٧٩ — ١٩ يوليه سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٥٣ — ١٠ مارس سنة ١٩١٩ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ١٠٥ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٦٨ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١٥٩ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٣٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٣٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٥ .

(٣) أوبرى ورو ٤ ص ٥٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٤ — لاروميير ٢ م ١١٥٦ فقرة ٤ — لوران ١٦ فقرة ٥٠٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٥٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٣ — استئناف أهلى ٦ فبراير =

وهناك ميل لبسط رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع فى تحديد ما اذا كانت عبارة العقد واضحة لا تحتاج الى تفسير، أو غير واضحة تحتاج الى ذلك[1] .

= سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٢٥ — استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٥ — ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٦ — ١٩ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٧ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٦ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢١٦ . وقد قضت محكمة النقض المدنية المصرية بأن محكمة الموضوع إذ تأخذ بالمعنى الظاهر لنصوص العقد الصريحة المحكمة ، لا يكون حكمها خاضعا لرقابة محكمة النقض — فاذا تنازع المؤجر والمستأجر على رفع أجرة الأطيان التى ادعى المستأجر عجزها من العين المؤجرة وأجرة الأطيان التى ادعى تخلفها شراق ، وكانت نصوص عقد الاجارة المحرر بينهما مانعة من اجابة المستأجر الى ما طلبه ، فاعطتها المحكمة حكمها ورفضت طلباته ، فلا سبيل الى الطعن على حكم المحكمة فيما قضى به (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٩) .

(١) يبدو هذا الميل من محكمة النقض الأهلية ، اذ تتطلب من محكمة الموضوع اذا خالفت نص العقد أن تذكر أسباب هذه المخالفة ، حتى يتبين لمحكمة النقض ما اذا كان العقد محتاجا الى تفسير . من ذلك ما قضت به من أنه اذا طعن على الحكم بأنه بنى على تفسير أو استنتاج مخالف لصريح نص العقد المقدم فى الدعوى ، فالطاعن ملزم بتقديم هذا العقد الى محكمة النقض لتتبين منه ما اذا كان قد وقع من محكمة الموضوع خطأ فى تفسيره يدخل تحت رقابتها هى ، أم أن هذا العقد يحتمل التفسير الذى فسرته به محكمة الموضوع واستخرجت منه قصد المتعاقدين ، واذن فلا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما فعلت (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٢٠ رقم ٣٥٥) . وما قضت به من أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها ، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن الظاهر الى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحته أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت فى تفسيرها باعتبارات معتدلة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها ، فان قصر حكمها فى ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانونا أن يبنى عليها . و بناء على ذلك لا يصح — عند الاختلاف بين صيغة التنازل الصادر من شخص بشروط معينة وصيغة القبول الصادر من طرف آخر بلا قيد ولا شرط — أن تعتبر المحكمة هذا التنازل نهائيا من غير أن تبين فى حكمها كيف تلاقى كل من الايجاب والقبول بين الطرفين تلاقيا محققا لغرض القانون ، ومؤديا الى انعقاد الالتزام ، إذ يكون الحكم الصادر باعتبار هذا التنازل نهائيا مبهما إبهاما يجعله كأنه غير مسبب (نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ٩٦٤ رقم ٤٨١) . وقضت أيضا بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفهم نصوص العقد وما قصده العاقدان منها دون أن تتقيد بألفاظها ، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها فى ذلك ما دامت قد بينت فى أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها الى الأخذ بما أخذت به فى قضائها ، ولماذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هى الظروف والملابسات التى رجحت اليها ما ذهبت اليه (نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٢٩) .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى أحكامها الى أنه اذا أخلت محكمة الموضوع بالمعنى الواضح المحدد المفهوم من نصوص العقد يكون حكمها عرضة للنقض (نقض فرنسى فى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ١٧٦ — أول يوليه سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ — ١ — ٢١٧ — ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ — ١ — ٤٦٩ — ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ١٠٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ جازيت دى بالية ١٩٠١ — ٢ — ٧٣٨) . ولا شك فى أن الذهاب الى هذا الحد هو أخذ بمذهب الارادة الظاهرة فى العقود . وقد قدمنا أن أنصار =

٨٢٨ — قد تتضح الارادة من طريقة التنفيذ — وقد تتضح ارادة المتعاقدين، لا من التعبير الذى اختاراه مظهرا لارادتهما، بل من الطريقة التى اتفقا عليها فى تنفيذ هذه الارادة . فاذا قام المتعاقدان بتنفيذ العقد على نحو معين مدّة من الزمن، كان هذا كافيا فى فهم ارادتهما واضحة على ضوء الطريقة التى تراضيا عليها فى تنفيذ العقد . مثل ذلك ألّا يذكر فى عقد ايجار أين تدفع الأجرة، وتقضى القواعد العامة بأن الدين يدفع فى محل المدين، أى أن الأجرة تدفع فى محل المستأجر، ولكن اذا اعتاد المستأجر مدة كافية أن يدفع الأجرة فى محل المؤجر، حمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة فى هذا المحل[1] .

= هذا المذهب يجعلون نصوص العقد كنصوص القانون، اذا أخطأ القاضى فى تفسيرها كان حكمه عرضة للنقض، لأن العبرة بالارادة الظاهرة، و يعتبر إغفال الأخذ بهذه الارادة خطأ قانونيا لمحكمة النقض أن تحول دونه (انظر نقض المذهب محكمة النقض الفرنسية فى بودرى و بارد ١ فقرة ٣٣٧ — تعليق لابيه (Labbé) على حكم محكمة النقض فى ٥ فبراير سنة ١٨٧٣ سيريه ٧٣ — ١ — ٢٨٩ — جوسران ٢ فقرة ٢٤٢ — فارن هيك ٧ فقرة ٨٨ ص ١٣٠ — شارمون (Charmont) فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٤ ص ٧٤) . وتوافق الأساتذة بلانيول وريبير واسمان (جزء أول فقرة ٣٧٥) على مذهب محكمة النقض الفرنسية ، فهى الآن تنقض الحكم اذا مسخ المعنى الواضح المحدود المفهوم من نصوص العقد بحجة تفسير هذه النصوص، وقد اضطرد قضاء هذه المحكمة بهذا المعنى (نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٢٦٧ — ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٧ — ١ — ١٢٧ — ٨ مارس سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٧٩ — ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ — أول يوليه سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٢٨٦ — ٢٧ يوليه سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧ — ١ — ٥٥٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٥٨٩ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ ص ٢٠٤ — ٢١ يوليه سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠ — ١ — ٣٦٥) . وقد رأينا أن محكمة النقض المصرية تقرب من محكمة النقض الفرنسية فى تطلبها من محكمة الموضوع، اذا حادت عن ظاهر ألفاظ العقد، أن تبين الأسباب التى دعتها الى ذلك . وهذا معناه أنه لايجوز لمحكمة الموضوع أن تعدل عن الارادة الظاهرة إلا اذا وجدت أسبابا قوية تدعوها الى هذا العدول، وتقدير هذه الأسباب خاضع لرقابة محكمة النقض، وفى هذا ميل واضح للأخذ بالارادة الظاهرة كمبدأ عام حتى يقوم الدليل على أن هذه الارادة ليست هى الارادة الحقيقية للمتعاقدين .

(١) انظر أيضا استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٤ ص ٤ — ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٠٥ — ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ — ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٤ — ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٥ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٣٩ — ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٥ — ١٦ مارس ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣ — ٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠١ — ٢٩ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٧٦ — ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٨٢ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨١ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤١ — ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ص ٤٤٧ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٦ — هيك ٧ فقرة ١٧٥ — بودرى و بارد ١ فقرة ٥٥٤ ص ٥٧٢ — والتون ٢ ص ٣٧٤ — ص ٣٧٥ .

هذا و يغلب أن يكون عمل واحد من أعمال التنفيذ غير كاف لتوضيح نية المتعاقدين، وانما تتضح هذه النية من تكرار =

٨٢٩ — *وضوح الارادة غير وضوح التعبير* — ويلاحظ أن وضوح الارادة غير وضوح التعبير. فقد يكون التعبير فى ذاته واضحا، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يفهم منه هذا المعنى، وان كان اللفظ واضحا فى معنى آخر. ففى مثل هذه الحالة لا يتقيد القاضى بالألفاظ التى استعملها المتعاقدان مهما كان المعنى اللغوى لهذه الألفاظ (م ١٣٨/١٩٩)، وعليه أن يعدل عن المعنى الواضح من الألفاظ وهو الذى لم يقصده المتعاقدان الى المعنى الواضح من ارادة المتعاقدين وهو الذى قصداه. ولكن القاضى لا يعمد الى ذلك إلا فى كثير من الحذر والحيطة، فهو يفترض أولا أن المعنى الواضح من اللفظ هو ما قصده المتعاقدان، إلا اذا قام الدليل الجازم على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا اللفظ ولم يقصدا منه معناه الواضح، ففى هذه الحالة يفسر ارادة المتعاقدين حسب مايظهر له أنهما قصداه، أو كما يقول المشرع المصرى: "على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه"[1].

المطلب الثانى — إرادة المتعاقدين غير واضحة

٨٣٠ — *تلمس الارادة الحقيقية للمتعاقدين* — أما اذا كانت ارادة المتعاقدين غير واضحة، فعلى القاضى أن يفسر العقد. والقاعدة الرئيسية التى يراعيها فى التفسير هى ما سبق أن قررناه من وجوب تلمس الارادة الحقيقية للتعاقدين فى جميع مظانها دون ادخار وسع فى ذلك[2].

= العمل (استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٤). على أن طريقة التنفيذ لا تفسر نية المتعاقدين إلا اذا كانت هذه النية غير مبينة فى العقد، فاذا كانت النية ظاهرة وجب الوقوف عندها، ولو كانت طريقة التنفيذ متعارضة معها (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٥٣).

(١) استئناف مختلط فى ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٨ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٠٥ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨١ — نقض فرنسى فى ١٢ يوليه سنة ١٩٢٦ — ٢ — ٥٢٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٥٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٣.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه وإن كان من المبادئ المقررة أن العقود قانون المتعاقدين، إلا أنه يجب تفسيرها بمايلائم نية المتعاقدين دون التقيد بنصوصها حرفيا، فالشرط الوارد بعقد الاجارة والقاضى بأن المحصولات القائمة على الأرض عند انتهاء الاجارة تكون حقا للمؤجر هو شرط باطل، مادامت لم تتوافر فيه الأركان اللازمة لاعتباره شرطا جزائيا، ومادام لم يثبت من جهة أخرى أن المؤجر ناله ضرر نظرا لأن التاريخ المحدد لنهاية الاجارة لا يقع فى الوقت الذى تهيأ الأرض فيه عادة للزراعة أو يحصل فيه البذر (٢١ يناير سنة ١٩٢٢ مج ٢٤ عدد ٣٢). =

والقاضى فى تفسير ارادة المتعاقدين لا يقتصر على التعبير الذى اختاره المتعاقدان ، بل له أن يستهدى بعوامل أخرى خارجة عن هذا التعبير ، اذا كان من شأنها أن تساعد على تبين ارادة المتعاقدين من نحو مهنة المتعاقد وعلاقته السابقة بالمتعاقد الآخر والعقود التى تساعد على تفسير العقد المراد تفسيره والعادات المتبعة والعرف الجارى[1] وغير ذلك مما سيأتى تفصيله فيما يلى .

٨٣١ — قواعد التفسير التى ذكرها المشرعان الفرنسى والمصرى — وقد ذكر المشرع المصرى بعض قواعد للتفسير يستهدى بها القاضى، وهى كما قررنا ليست ملزمة ، فللقاضى أن يتعمد عدم تطبيقها ، وله أن يطبق غيرها . وهذا هو شأن قواعد التفسير الكثيرة التى أوردها المشرع الفرنسى .

واقتصر المشرع المصرى — بعد أن قرر القاعدة الرئيسية فى التفسير من وجوب تلمس ارادة المتعاقدين (م ١٣٨ — ١٣٩/١٩٩ — ٢٠٠) — على ذكر قواعد ثلاث يستعين القاضى بها فى تفسيره للعقد وهى : (١) تفسير العقد طبقا لما يقتضيه نوع المشارطة (nature du contrat) (م ١٣٨/١٩٩) . (٢) تفسير العقد طبقا لما يقتضيه العرف الجارى (م ١٣٨/١٩٩) . (٣) وفى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد (م ١٣٩/٢٠٠) .

أما المشرع الفرنسى فقد توسع فى تقرير قواعد التفسير، فهو يأخذ بالقواعد الثلاث المتقدمة[2] ، وقد نقلها عنه المشرع المصرى ، ويزيد على ذلك القواعد الآتية : (١) اذا كانت العبارة تحتمل أكثر من معنى واحد فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثرا (م ١١٥٧ مدنى فرنسى) . (٢) واذا كانت العبارة عامة فيحددها الموضوع الذى تم عليه المتعاقد (م ١١٦٣ مدنى فرنسى) . (٣) عبارات العقد يفسر بعضها بعضا (م ١١٦١ مدنى فرنسى) . (٤) تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى) . (٥) يفسر العقد طبقا لما

= انظر أيضا استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٢٧ — ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ — ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٧٠ — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٩ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤ .

(١) نقض فرنسى ٨ يناير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ — ١ — ١٧٤ — ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ — ١ — ٨٧ — ١٩ يوليه سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١١ — ١ — ٥٨٢ — والتون ١ ص ٣٦٧ .

(٢) فنص على تفسير العقد طبقا لما يقتضيه نوع المشارطة (م ١١٥٨)، وطبقا لما يقتضيه العرف مع إضافة الشروط التى جرت العادة بادراجها (م ١١٥٩ — ١١٦٠)، وتفسير الالتزام عند الشك لمصلحة الملتزم (م ١١٦٢) .

تقتضيه العدالة وحسن النية (م ١١٣٤ — ١١٣٥ مدنى فرنسى) . ولا شك فى أن المشرع المصرى لم يقصد أن يستبعد هذه القواعد التى أتى بها القانون الفرنسى ، ولكنه لم ير حاجة لذكرها ، واكتفى بما قدّمه نموذجا لقواعد التفسير . ونحن فى شرحنا للموضوع نتناول كل هذه القواعد ، سواء تلك التى [illegible] القانونان أو التى انفرد بها القانون الفرنسى .

٨٣٢ — *تقسيم قواعد التفسير الى أقسام ثلاثة* — ونلاحظ أن هذه القواعد يمكن وضعها فى ثلاثة أقسام : (القسم الأول) قواعد يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع الى نفس العقد ، وهى الغالبية العظمى من القواعد التى سبق ذكرها ، وهذه هى : (١) اذا كانت العبارة تحمل أكثر من معنى ، فتفسر بالمعنى الذى يجعلها تنتج أثرا قانونيا ، ثم من بين المعانى التى تنتج أثرا قانونيا بالمعنى الذى يقتضيه نوع المشارطة أو طبيعة العقد . (٢) اذا كانت العبارة عامة فتحدّد بالرجوع الى الموضوع الذى تم عليه التعاقد . (٣) عبارات العقد يفسر بعضها بعضا . (٤) تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم . (القسم الثانى) قواعد يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع الى عوامل أخرى غير العقد ، وهى : (١) يفسر العقد طبقا لما يقتضيه العرف الجارى . (٢) يضاف الى العقد الشروط التى جرت العادة بادراجها فيه حتى لو لم تكن مذكورة فى العقد . (٣) تفسير العقد بما تقتضيه العدالة وحسن النية . (القسم الثالث) قاعدة ليست فى الواقع من قواعد التفسير ، بل هى تطبق عند ما يعجز القاضى عن التفسير ، ولا يستطيع من ورائه تبين نية المتعاقدين ، فانه فى هذه الحالة يحدد الالتزام بما فيه مصلحة للملتزم .

ونحن نشرح بايجاز هذه الأقسام الثلاثة من القواعد :

§ ١ — قواعد تفسر بها عبارات العقد بالرجوع الى نفس العقد

٨٣٣ — *تحمل العبارة أكثر من معنى واحد* — اذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد ، فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثرا قانونيا ، ثم من بين المعانى التى تجعلها تنتج هذا الأثر تحمل على المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد .

أما ان العبارة اذا تحملت أكثر من معنى واحد فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثرا قانونيا ، فذلك ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الاسلامية بقاعدتهم المشهورة : "أعمال الكلام

خير من إهماله " . وهى قاعدة تستند الى أن القاضى ينزه المتعاقدين عن العبث، فلا يسلم أنهما تعمدا أن يكون اتفاقهما لغوا . فاذا رهن شخص عند آخر أرضا، واشترط الدائن المرتهن أن يستولى على ريع الأرض فى نظير الفوائد ولا ترد الأرض إلا عند سداد الدين ، فان مثل هذا العقد اذا فسر بأنه غاروقة (إذ هو يجمع مميزات هذا النوع من الرهن) فانه لا ينتج أثرا قانونيا ، لأن الغاروقة لا ترد إلا على أرض خراجية ، ولا توجد الآن أراض خراجية فى مصر . فالأولى إذن أن يفسر العقد على أنه رهن حيازة ، ويصحح بناء على هذا التكييف ولو أدى ذلك الى تعديل الاتفاق الذى تم، فلا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن ٩٪ من أصل الدين وهذا هو الحد الأقصى للفوائد، وأن يحدد لوفاء الدين ميعاد معقول[1] . على أن هذا لا يكون إلا اذا كانت عبارة المتعاقدين تحمل هذا المعنى الذى يجعل العقد ينتج أثرا قانونيا ، أما اذا كانت العبارة لا تحمل إلا معنى لا ينتج أثرا، وظهر أن هذه هى نية المتعاقدين، فلا يستطيع القاضى أن يجاوز هذه النية بقصد تصحيح العقد ، وإلا كان العقد من عمله هو لا من عمل المتعاقدين . فمثلا اذا نص فى عقد ايجار على أنه مؤبد ، وحملت هذه العبارة على معناها الظاهر، كان عقد الايجار باطلا لضرورة توقيت المدة، ولكن من الجائز تصحيح العقد على اعتبار أن المتعاقدين أرادا به بيعا بثمن هو ايراد مؤبد، فعلى القاضى أن يتبين نية المتعاقدين، فاذا وجد أن عبارتهما تحمل هذا المعنى الأخير (بيع بايراد مؤبد) فسر العقد بهذا المعنى لا بمعنى الايجار ، لأن معنى البيع هو الذى يجعل العقد ينتج أثرا قانونيا[2]، أما اذا كانت العبارة لا تحمل معنى البيع، وتبين للقاضى أن المتعاقدين

---

(١) استئناف أهلى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ ج ١٢ عدد ٤٠ — ٦ مارس سنة ١٩١٢ ج ١٣ عدد ٦٢ — ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ ج ١٦ عدد ٢٣ — ٦ يناير سنة ١٩٢٠ ج ٢١ عدد ١/٦٥ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٧١٦ رقم ٣٦٥ — مصر الكلية ٢٩ مارس سنة ١٩٠٤ ج ٥ ص ١٩٢ — بنى سويف الكلية ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٠٨ ج ١٠ عدد ١/٥٤ — أسيوط الكلية ٧ مارس سنة ١٩١١ ج ١٢ عدد ١/٨٦ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند الشك يجب تفسير العقد بما يجعله ينتج أثرا قانونيا ، فلو وصف العقد بأنه شركة لكان باطلا لصدوره من حارس قضائى لا يملكه ولاحتوائه على "شرط الأسد" ، ولو وصف بأنه إيجار لكان صحيحا ، وجب تفسيره على أنه إيجار حتى يصح (١٥ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٢) .

ويوجد تطبيق آخر للقاعدة المتقدمة فى المادتين ٤٩٦ / ٦٠٥ ، وهما تنصان على أن الكفالة باطلة اذا كان الدين المكفول به باطلا ، ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين . فهنا يفسر المشرع نية الكفيل الذى كفل شخصا ناقص الأهلية بأنه يريد كفالة هذا النقص فى الأهلية ، ولو كان الأمر غير ذلك لكان عقد الكفالة باطلا .

(٢) وقد تكون عبارة العقد غامضة تحمل تأويلين ، وهى بتأويل منهما تجعل العقد باطلا لمخالفته للنظام العام ، —

يقصدان ايجارا لا بيعا، فعليه أن يفسر العقد طبقا لنية المتعاقدين، ولو أدى هذا الى بطلانه. كذلك يقع كثيرا أن المتعاقدين يذكران فى تعاقدهما عبارات لا ضرورة لها لأنها مجرد تقرير أحكام توجبها القواعد العامة، ففى كثير من عقود البيع والإيجار يقرر المتعاقدان أن البائع أو المستأجر ضامن للاستحقاق أو للعيوب الخفية وما الى ذلك، ولا يقصد المتعاقدان فى الغالب من وراء ذكر هذه العبارات إلا مجرد تأكيد القواعد العامة، فاذا تبين القاضى أن هذه هى نية المتعاقدين فلا يعطى للعبارات معنى جديدا[1].

كذلك اذا تحملت العبارة معانى تنتج كلها أثرا قانونيا، فالمعنى الذى يختاره القاضى هو المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشارطة: (matière du contrat, nature du contrat). وذلك لأن المعقول أن المتعاقدين قصدا أن يتركا العقد محكوما بالقواعد التى تقتضيها طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك. فاذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشىء أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشىء برد مثله ولا يقتصر على دفع تعويض[2].

٨٣٤ — تحرير العبارة بالرجوع الى موضوع العقد — واذا كانت عبارة العقد عامة فانها تحدد بالرجوع الى الموضوع الذى تم التعاقد عليه، وذلك لأن المتعاقدين

= و بالتأويل الآخر تكون لغوا لا أثر لها، ففى هذه الحالة يأخذ القاضى بالتأويل الثانى حتى لا يعرض العقد للبطلان (بودرى و بارد ١ فقرة ٥٦٠ — والتون ١ ص ٣٧٦). مثل ذلك أن يبيع شخص عقارا بيع وفاء، ويشترط شرطا مبهما قد يؤول على أنه يقضى ببقاء العين تحت حيازته وقد يؤول تأويلا آخر لا يجعل للشرط فائدة، فالأولى الأخذ بهذا التأويل الأخير، لأن الأخذ بالتأويل الأول يقلب بيع الوفاء رهنا فيصبح الرهن باطلا (م ٣٣٩/٤٢٢ — ٤٢٣).

(١) مثل ذلك أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر أن يكون العقد مفسوخا اذا لم يقم بتنفيذ التزامه، وقد قدمنا أن مثل هذا الشرط لا يكون فى أكثر الأحوال إلا مجرد تقرير للقواعد العامة، فوجوده لا يحرم القاضى من حق التقدير، ولا يعفى المتمسك بالفسخ من أعذار الطرف الآخر ولا من رفع دعوى الفسخ. ومثل ذلك أيضا أن يشترط البائع على المشترى أنه غير ضامن لحقوق الارتفاق التى توجد على العين، فالغالب أن يفسر هذا الشرط أنه مجرد تقرير للقاعدة التى تقضى بأن البائع لا يضمن حقوق الارتفاق الظاهرة، إلا اذا كان هناك محل لتفسيره بمعنى جديد هو أن البائع أراد أن يشترط عدم ضمان حقوق الارتفاق جميعها حتى ما كان منها خفيا. (انظر فى هذا الموضوع استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٤ ص ٣٩٢ — ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — دمولومب ٢٥ فقرة ١٣ — فقرة ١٤ — لوران ١٦ فقرة ٥٠٦ — بودرى و بارد ١ فقرة ٥٦٠ — والتون ١ ص ٣٧٥ — ص ٣٧٦).

(٢) انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية ١١ نوفمبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٢١٣ — استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩٢.

يتعاقدان على موضوع محدد ، فليس من المعقول أنهما يريدان أن يخرجا عن هـذا الموضوع إلا اذا كانت عبارتهما صريحـة فى ذلك . فاذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى المـيراث ، واتفق مع المتعاقد معه على أنه يتنازل له عن جميع حقوقه الموروثة ، فسر ذلك بأنه يتنازل عن جميع حقوقه فى التركة التى يتخارج بشأنها ، ولا تشمل هـذه العبارة حقوقا موروثة من تركة أخـرى (١) .

٨٣٥ — **عبارات العقد يفسر بعضها بعضا** — وعبارات العقد عند التفسير يجب أن تؤخذ فى مجموعها ، فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقيـة العبارات ، بل يجب

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الجنائية الأهلية بأنه اذا وقع التزوير على شخص معين ، وكان له شريك فى أطيان مؤجرة حصـل بسببها التزوير ، ثم تنازل لشريكه عن حقه فى ايجار تلك الأطيان ، فان هذا التنازل يكون قاصرا على موضوع الايجار ، ولا يتعداه الى الحقوق الشخصية التى بينه وبين المتهم بسبب التزوير موضوع التهمة ، ومن ثم فلا يحق لذلك الشريك مطالبة المتهـم بأى تعويض عن ذلك ، اذ لا صـفة له فى طلب التعويض عن تزوير وقـع على غيره (٣٠ أكتوبر سـنة ١٩٢٣ مج ٢٧ رقم ١٠٩/١) . وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن استعمال المتعاقدين عبارة البراءة العامة بعد أن حصروا موضوع التخالص وحدوده فيما هو مبين بالعقد إنما يفيد عموم البراءة فى نوع الحقيقة التى كانت هى الغرض الوحيد من التعاقد ، فلا يجوز أن تتعدى الى غيرها مما لم تتجه اليه أفكار المتعاقدين ولم يذكروا عنه شيئا من اتفاقهم لا تصريحا ولا تلميحا مهما كان اللفظ عاما ، لأن القاعدة القانونية التى لم تكن المـادة ٥٣٤ مدنى إلا جزءا منها تقضى بأن العقود لا يصح التوسع فى معنى عباراتها ، ولا يسوغ مهما كانت ألفاظها عامة أن تتناول غير الموضوع الذى كان هو الغرض من انشائها (٤ مايو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٧٣) . انظر أيضا استئناف مصر الأهلية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ محاماة ٦ ص ٤٢٩ رقم ٣٠١ — استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٧ — ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٦ — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٩ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨١ — أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — محكمة النقض الفرنسية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ — ١ — ٤٦٤ — ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٢ — ١ — ٤٦٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٧٥ — والتون ١ ص ٣٩٢ — انظر أيضا المواد ٥٣٤/٦٥٦/٢٠٤٨ — ٢٠٥٠ فيما يتعلق بالصلح ، فلا يؤول الترك بالصلح إلا عن الحقوق المنحصرة فى موضوع المـادة الواقع فيها الصلح .

ويلاحظ أنه اذا كان موضوع التعاقد مجموعة من المـال كنصيب فى تركة أو متجر ، فان التعاقد يشمل كل العناصر المكونة لهذه المجموعة ، حتى لو كان بعضها مجهولا من المتعاقدين وقت التعاقد . فلو تخارج وارث على نصيبه فى الميراث ، فذلك وان كان لا يشمل إلا نصيبه فى التركة التى يتعاقد بشأنها ، إلا أنه يشمل كل نصيبه فى التركة المذكورة ، حتى لو كانت هناك أموال للتركة لم يكن الوارث عالما بها وقت التعاقد (انظر بوتييه فى الالتزامات فقـرة ٩٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٧٦ — والتون ١ ص ٣٩٢) . إلا اذا كانت هذه الأموال التى يجهل الوارث وجودها ليست مما ينتظر أن تشتمل عليها التركة ، كما اذا كشف الوارث بعد بيعه نصيبه فى الميراث مجوهرات ثمينة فى التركة كانت مخفية ولم يكن أحد يتوقع وجودها (محكمة باريس الاسـتئنافية ٢٧ أبريل سـنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ — ١ — ١٤١ — والتون ١ ص ٣٩٣) .

تفسيرها باعتبارها جزءا لا يتجزأ من كل هو العقد.[(١)] فقد تكون مطلقة تحددها عبارة سابقة أو عبارة تالية، وقد تكون أصلا يرد عليها استثناء ذكر قبلها أو بعدها، وقد تكون مبهمة تفسرها عبارة وردت فى موضع آخر وهكذا، فاذا باع شخص مثلا مفروشات منزله، ثم حدد هذه المفروشات فى عبارة أخرى، فان تخصيص العبارة الثانية تحدد من عمومية العبارة الأولى، ولا يدخل فى الشيء المبيع مالم يذكر من بين المفروشات المبيعة حتى لو كان داخلا ضمن مفروشات المنزل.[(٢)]

أما اذا كانت عبارتان ظاهرهما التناقض، فيجتهد القاضى فى التوفيق بينهما بقدر ما يستطيع. فلو أمكن أعمال العبارتين معا فعل،[(٣)] وإلا فيجتهد فى أعمالها الى أقصى حد يتمكن فيه من ذلك دون ارهاق للفظ أو قسره على غير معناه. أما اذا كان التناقض بحيث لا يمكن اعمال العبارتين معا، فيختار تطبيق العبارة التى يظهر أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى.[(٤)] أما اذا تعذرت ليب عبارة على غيرها، فالظاهر أن العبارتين تمحو إحداهما الأخرى.[(٥)]

(١) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٠ — ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ — ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢.

(٢) انظر تطبيقات أخرى: محكمة النقض الفرنسية ١٥ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٤٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٦٥ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٠ — ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٨.

وهناك قاعدة مماثلة فى الفقه الاسلامى تقضى بأن الخاص يقيد العام.

(٣) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٠ — ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٦٢ — ٢١ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٦ ص ٣٧٠ — محكمة بروكسل ١٠ مارس سنة ١٨٦٤ — باسيكريزى ٦٤ — ٢ — ١٩٢ — لوران ١٦ فقرة ٥١٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٦٧ — والتون ٢ ص ٣٨٦

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٦٨، ويغلب القاضى عادة العبارة المكتوبة على العبارة المطبوعة اذا كانت العبارتان متناقضتين. وقد قضت محكمة بنى سويف الكلية الأهلية بأنه اذا وجد شرط فى العقد بأحرف مطبوعة، وكان به شرط آخر محرر بخط اليد يعترض الشرط المطبوع ويناقضه، فيؤخذ من هذا أن ارادة المتعاقدين قد انصرفت الى العمل بالشرط المكتوب بخط اليد الذى عنيا بتحريره، وتطبيقا لهذا اذا وجد نص فى العقد محرر بالكتابة يشترط الاعتماد على مقاس العين المؤجرة وكشف المساحة، فيقتضى العمل بهذا الشرط رغم وجود نص آخر فى العقد بأحرف مطبوعة يقضى بأن المؤجر غير مسئول عن أى عجز فى الأرض (بنى سويف الأهلية الكلية فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ١١ ص ٦٤٢ رقم ٣٢٠). انظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ — ولكن يلاحظ أن العبارة المكتوبة لا تغلب على العبارة المطبوعة إلا اذا وجد تناقض تام ما بين العبارتين لا يمكن معه التوفيق بينهما (محكمة اسكندرية التجارية المختلطة فى ٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٢٢ رقم ٥٤).

ولا يجوز تغليب عبارة تحوى شروطا ثانوية على عبارة تحوى شروطا جوهرية (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢).

(٥) والتون ٢ ص ٣٨٧.

٨٣٦ — *تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم* — فاذا باع شخص أرضا زراعية ، وكان من توابعها مخزن لحفظ المحصولات خص بالذكر فى عقد البيع ، فليس هذا معناه أن المخزن وحده هو الذى يدخل ضمن الشىء المبيع ، فكل التوابع من مواش وآلات مخصصة لزراعة الأرض ونحو ذلك تدخل أيضا . أما تخصيص المخزن بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشيا أن يقوم شك فى أن الشىء المبيع يشمله فصرحا بذلك حسما للنزاع ، أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة على هذا المخزن فافرداه بالذكر[1] .

§ ٢ — قواعد يفسر بها العقد بالرجوع الى عوامل خارجية

٨٣٧ — **العرف** — يفسر العقد طبقا لما يقتضيه العرف الجارى . وذلك لأن المسائل التى توطد فيها عرف جرى عليه العمل يكون من المعقول أن يفرض فيها أن المتعاقدين عالمان بهذا العرف وقد رضياه ، و إلا لصرحا بمخالفته . فاذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها فى ضوء هذا العرف[2] .

---

(١) بودرى و بارد ١ فقرة ٥٧٧ — والتون ١ ص ٣٩٤ — على أنه قد يتبين من نية المتعاقدين أنهما أفردا شيئا بالذكر لتخصيصه بالحكم دون غيره من الأشياء التى لم يذكراها (والتون ١ ص ٣٩٤) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه يجب فى تفسير المشارطات اتباع العرف ، وهو يقضى بأنه اذا دفع المشترى مبلغا بصفة عربون وعدل عن الشراء ، فلا يكون له الحق فى المطالبة بهذا المبلغ ، وأن مثل هذا الشرط كما يصح أن يكون قد وضع لمصلحة البائع بطلب الفسخ مع حفظ العربون يجوز عدلا أن يستفيد منه المشترى للتخلص من العقد مع تحمله دفع قيمة العربون (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٢٩ رقم ٢٧٠ — انظر أيضا ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ج ٢٧ رقم ٨٠ واذا دفع العربون وقت تحرير العقد الابتدائى كان هذا دليلا على جواز الرجوع ، أما اذا دفع عند تحرير العقد النهائى فلا يجوز الرجوع : استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ ج ٢٦ رقم ٣٩) . وقضت أيضا بأنه اذا لم يبين الشركاء بطريقة صريحة قاطعة ما هى حصة كل منهم فى الأرباح ، كان للمحكمة أن تحددها بطريقة العدالة بين الخصوم ، وقد جرت العادة فى هذه البلاد على أنه اذا اشترك شخصان ، وقدم أحدهما رأس المال وتعهد الثانى بادارة الأعمال ، فيكون للأول ثلثا الأرباح وللثانى الثلث (استئناف مصر الأهلية ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٤٠٤ رقم ٣٣٩) . وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية بأنه يجوز تفسير العقد الكتابى بالرجوع الى العرف والعادة المتبعين فى التجارة اللذين يكون من شأنهما أن يفسرا نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه ، وهذا العرف وهذه العادة يصح اثباتهما بالبينة ، و ينتج من ذلك أنه اذا امتلك دباغان عقارا شائعا بينهما لحاجات صناعتهما مع الحكم تبعا للعادة والعرف عند أرباب طائفتهما بأن من يكون منهما قد أقام معملا على العقار بعد الامتلاك له الحق فى طلب تثبيت ملكيته له خاصة ولو لم يكن ثمت شرط صريح (١١ أبريل سنة ١٩٠٥ ج ٦ عدد ٦٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السماسرة ٢ ½ ٪ من قيمة الصفقة (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٠٩) .

و يجب أن يكون العرف عاما (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٩ — ٢٣ فبراير =

وهناك مسائل يجرى فيها العرف مجرى القانون، كما فى المسائل التجارية[1] وفى المعاملات البحرية وفى عقود التأمين والحساب الجارى[2] ونحو ذلك . ففى هذه المسائل يرجع القاضى للعرف لتفسير نية المتعاقدين، بل لتكملة العقد ذاته .

واذا كان العقد قد نشأ فى جهة على أن ينفذ فى جهة أخرى، وكان لكل من الجهتين عرف يناقض الآخر، فان القانون الفرنسى يحدد عرف الجهة التى نشأ فيها العقد (م ١١٥٩ مدنى فرنسى) . ولكن ليس هذا ضروريا، لان المشرع انما ذكر ذلك على اعتبار أن العقد ينفذ فى الجهة التى نشأ فيها، فاذا اختلفت الجهتان فان القاضى ينظر أى عرف أحق بالتطبيق وقد يرى هذا فى عرف الجهة التى ينفذ فيها العقد[3] .

ويلاحظ أن العرف الذى يكون عاملا من عوامل تفسير العقد غير العرف الذى يكون مصدرا من مصادر القانون . فان القاضى اذا خالف العرف الأول لا يكون حكمه عرضة للنقض . أما العرف الثانى فهو قانون ، اذا خالفه القاضى كان حكمه قابلا للنقض[4] .

٨٣٨ — الشروط المألوفة (clauses de style) — ويضاف الى العقد الشروط التى جرت العادة بادراجها فيه وإن لم تدرج بالفعل . وهذه القاعدة قريبة من السابقة، ولكن الشروط التى جرت العادة بادراجها فى العقد أكثر تحديدا من العرف .

= سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٢)، ومستقرا (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٠ — ١٥ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٣٣ — ٦٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التى تقضى بأن يكون نزح البئر فى جهة رمل الاسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها : ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٠) وغير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩١٣ — ٥ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٩٢ — ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٦١) . ويجب أيضا أن يكون العرف عادلا (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٩) . واذا تنازع عرف عام مع عرف خاص ، تغلب العرف الخاص (سينا جزء أول فقرة ٦١) .

(١) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص ٤١١ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧ — لوران ١٦ فقرة ٥٠٨ — لاروميير ٢ م ١١٥٩ فقرة ٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٦٢ — والتون ١ ص ٣٧٩ — ص ٣٨٠ .

(٤) نقض فرنسى ١٢ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤١١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩ — لاروميير ٣ م ١١٦٠ فقرة ٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٦٣ .

فهناك من العقود ما أصبح مألوفا أن يشتمل على عبارات معينة ، حتى صار تكرار هذه العبارات لا فائدة منه ، وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضى به هذه الشروط ولو لم تذكر ، لأنها أصبحت عرفا خاصا بهذا العقد . مثل ذلك ما جرت به العادة فى الفنادق والمطاعم والمقاهى أن يضاف الى حساب العميل نسبة مئوية تنفح بها الخدم، فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوبا[1] .

وغنى عن البيان أن للمتعاقدين أن يمنعا صراحة تطبيق شرط كان يقضى به العرف[2] .

§ ٣ — تفسير الالتزام عند الشك لمصلحة الملتزم

* **٨٣٩ — الاعتبارات التى تبرر هذه القاعدة** — نصت المادتان ٢٠١/١٤٠ على أنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد (انظر أيضا م ١١٦٢ من القانون المدنى الفرنسى) . وقد قدمنا أن هذه القاعدة ليست بقاعدة تفسير[3]، لأنها إنما تستند الى عدة اعتبارات لا ترجع الى فكرة تفسير نية المتعاقدين .

ونذكر من هذه الاعتبارات ما يأتى : (أولا) أن القاضى لا يلجأ الى هذه القاعدة إلا إذا عجز عن تبين نية المتعاقدين، فهو إذا لجأ اليها فليس يفعل ذلك ليفسر نية المتعاقدين ، فان المفروض أنه عاجز عن هذا الأمر، بل هو يضع حدا للشك من طريق افتراض قانونى وضعه المشرع . (ثانيا) وتبنى القاعدة أيضا على فكرة أن الأصل براءة الذمة، فالالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه . (ثالثا) ويقولون أيضا فى تبرير القاعدة أن الالتزام يمليه الدائن لا المدين، فاذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة

---

(١) انظر أمثلة أخرى : محكمة النقض الفرنسية ١٥ فبراير سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ — ١ — ٤٠٣ — ١٢ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤١١ — انظر أيضا لاروميير ٢ م ١١٦٠ فقرة ٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٦٤ .

(٢) نقض فرنسى ٢٦ مايو سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ — ١ — ٤٧١ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠ — ١ — ١٠٨ — لاروميير ٢ م ١١٦٠ فقرة ٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٦٤ .

وغنى عن البيان أنه يجب فى تفسير العقود مراعاة العدالة وحسن النية (انظر م ١١٣٤ — ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى ، وانظر استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٥ — ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٠ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٥٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٣ ص ٥١٣ — والتون ١ ص ٣٨٨ .

المدين، إذ كان فى مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحا فلا يحتاج الى تفسير. (رابعا) و يبنون القاعدة على الأصل الذى يقضى بأن الدائن هو المكلف باثبات الالتزام، فاذا كان فى الالتزام شك من حيث مداه، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع، كان عاجزا عن إثبات ذلك، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذى قام عليه الدليل . فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة فى الإثبات لا قاعدة فى التفسير .

على أنه يمكن إدخال القاعدة ضمن قواعد التفسير إذا استندنا فى تبريرها الى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم الى أضيق مدى تحتمله عبارات العقد، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن و إرادة المدين إلا فى حدود هذا المدى الضيق .

* ٨٤٠ — **متى تطبق القاعدة** — ويلاحظ فى تطبيق هذه القاعدة أمران : (أولا) أنها لا تطبق إلا فى حالة عجز القاضى عن تبين إرادة المتعاقدين كما قدمنا . فاذا أمكن أن يتبين هذه الارادة، وجب عليه تفسير العقد بمقتضاها ، ولو كان التفسير ضد الملتزم[1] وينبنى على ذلك أنه إذا وجدت ظروف تعارض الاعتبارات التى قدمناها فى تبرير القاعدة، فان التفسير قد يكون ضد الملتزم . مثل ذلك أن تفسير التزام البائع بالتسليم يكون ضده لا لمصلحته ، لأنه أعلم بالشىء المبيع من المشترى ، ويستطيع أن يحدده تحديدا دقيقا[2] (ثانيا) وفى الحالات التى يصح فيها تطبيق القاعدة — أى فى الحالات التى يعجز فيها القاضى عن تبين إرادة المتعاقدين — لا يكون القاضى ملزما باتباع هذه القاعدة، فانها وجدت ليستأنس بها دون أن يتقيد ، كما هو شأن قواعد التفسير الأخرى فاذا تبين له مثلا أن إبهام العقد يرجع الى سوء نية المدين أو الى خطأ منه ، فله أن يفسر العقد لمصلحة الدائن لا لمصلحة

(١) بودرى و بارد ١ فقرة ٥٧١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٥ — ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ ، وهناك نص فى القانون المدنى الفرنسى (م ١٦٠٢) يقضى بأن تفسير عقد البيع يكون ضد البائع . ولا مقابل لهذا النص فى القانون المصرى ولذلك تطبق المحاكم المصرية القاعدة العامة فى البيع كما تطبقها فى غيره من العقود ، فتفسر التزامات كل من المتعاقدين لمصلحة الملتزم (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٥ — ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧٠ — ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٣ — قارن ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢) . على أن المادة ١٦٠٢ من القانون المدنى الفرنسى يقتصر تطبيقها فى فرنسا على عقد البيع ، ولا تجاوزه الى غيره من العقود كالمقايضة والوفاء بمقابل والايجار ، كما أن النص مقصور أيضا على الالتزامات المعتادة التى تنشأ من عقد البيع ، فلا تطبق على الالتزامات غير المعتادة (بودرى و بارد ١ فقرة ٥٠٢ — بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٢٧٣ ص ٥١٣ — والتون ١ ص ٣٨٨ — ص ٣٩١) .

المـدين ، لأن الاعتبارات العادلة التى بنيت عليها القاعدة غير موجودة فى هـذه الحالة ، بل وجدت اعتبارات تقضى بعكسها . ويتحقق ذلك كثيرا فى عقـود التأمين وفى عقود الاذعان على العموم ، فيفسر القاضى هذه العقود لمصلحة الطرف الضعيف ولو كان هو الدائن[1] .

فاذا طبق القاضى القاعدة ، ففى العقد الملزم لجانب واحد يفسر العقـد لمصلحة الجانب الملتزم ، وفى العقد الملزم للجانبين يفسر العقـد تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وتارة لمصلحة الآخر تبعا للمدين فى الالتزام الذى يفسره[2] .

---

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٧٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٣ ص ٥١٢ — ص ٥١٤ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٥ مايو سـنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ — ٢ — ٤١٤ — انظر فى تفسير عقود الاذعان فصلا هاما من كتاب التطور الفنى للعقد فقرة ٥٤ وما بعدها .

ويقرر الأستاذ والتون أن الالتزام يفسر ضد الملتزم فيما اذا كان قد التزم التزاما عاما واستثنى حالات معينة فلا يتوسع فى هـذه الحالات ، وفيما اذا كان ملتزما التزاما عاما بحكم القانون فاشترط عدم التزامه فى حالات معينة فلا يتوسع أيضا فى هـذه الحالات (والتون ١ ص ٣٩٠ — ص ٣٩١) . ولكن يلاحظ أننا هنا أيضا نفسر العقد ضد من اشترط لنفسه ، فان المدين قـد اشترط لنفسه عدم المسئوليـة فى أحوال محدودة كان مسئولا فيها لو لم يورد هـذا الشرط . وكل استثناء أو تنازل يفسر عادة تفسيرا ضيقا (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٦٧ — ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٨) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ — ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ — ١٨ ديسمبر سـنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ — استئناف مصر الأهلية ٢٥ يناير سـنة ١٩٣٢ محاماة ١٢ ص ٧٣ رقم ٢٥ — سوهاج الجزئية ٢٣ سبتمبر سـنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ٣٣٠ — أجا الجزئية ٢١ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٥٣٧ رقم ٣٥٧ — نقض فرنسى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ جازيت دى باليه ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ .

وقد قضت محكمة طنطا الأهلية بأنه اذا اتضح من عبارات العقد ما يوجب الشك فى قصد المتعاقدين من جهة اعتباره عقد رهن أو عقـد بيع وفائى تعين تأويل العقد على الوجه الأخف ضررا وهو ارادة الراهن ، ولو لم يحصل تسليم العين المرهونة للمرتهن (٢٧ مارس سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٢٥٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا كان هناك شك فى وجوب أعذار المدين لحلول أجل الدين فسر هـذا الشك لمصلحة المدين ووجب الأعذار ما لم يشترط الدائن صراحة إعفاءه منه (٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) . وقضت أيضا بأنه اذا كان المدين ملتزما بانشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية انشاء هـذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها ، كان للدين أن يتبع ما هو أيسر له وأخف مؤونة (١٩ نوفمبر سـنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩) . وقضت أيضا بأن التزام الكفيل يفسر لمصلحته (٥ أبريل سـنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣) ، فاذا كفل المدين فلا تمتد الكفالة الى الفوائد ما لم ينص على ذلك (٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٨٧) . وقضت أيضا بأنه اذا قام شك فيما اذا كان الشرط الجزائى واجبا فى حالة التأخر من التنفيذ أو هو غير واجب إلا فى حالة عدم التنفيذ ، فسر الشك فى مصلحة الملتزم ، ولا يكون الشرط الجزائى واجبا إلا فى حالة عدم التنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ — ١١ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠) . وقضت محكمة اسكندرية الكلية التجارية المختلطة بأنه اذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ، فسر هـذا الشرط لمصلحة الملتزم ، فلا يجب دفع العمولة إلا عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها (١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٦٥ رقم ٢٨٧) . =

المبحث الثانى — إلزام المتعاقدين بالعقد

العقد شريعة المتعاقدين

٨٤١ — **العقد شريعة المتعاقدين** — إذا تبين للقاضى نية المتعاقدين — سواء لأنها كانت واضحة أو لأنها اتضحت بطريق التفسير — وجب عليه أن يطبق هذه الارادة كما لو كان يطبق قانونا ، ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين ، أو كما تقول المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى : "الاتفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم مقام القانون لمن عقدوها". وقد نقل المشرع الفرنسى هذا النص عن دوما (Domat)[1] كما قدمنا . أما القانون المصرى فلم يتضمن نصا يقابل هذا النص ، ولكن يجب تطبيق القاعدة فى مصر كما تطبق فى فرنسا ، لأن النص لم يقرر إلا ما تقتضيه القواعد العامة[2] .

٨٤٢ — **ولكنه فى حدود النظام العام والآداب** — على أن العقد لا يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين إلا فى الدائرة التى يجيزها القانون ، أى فى نطاق لا يصطدم مع النظام العام ولا مع الآداب ، وقد سبق الكلام فى ذلك .

ولكن العقد فى هذه الدائرة ينسخ القانون[3] ، وذلك أن القواعد القانونية غير المتعلقة بالنظام

= وقد توخى المشرع مصلحة المدين فى عدة نصوص ، منها النص القاضى بأن الوفاء يكون فى محل المدين (م ١٧٠/٢٣٣/١٢٤٧) . انظر أيضا م ٩٦/١٥٠/١١٨٩ والمادتين ١١٨٧ و ١١٩٠ من القانون المدنى الفرنسى .

(١) دوما القوانين المدنية القسم الأول الباب الأول الكتاب الأول الفصل الثانى .

وقد عقد الأستاذ جوسران (جزء ٢ فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨) مقارنة بين العقد والقانون . أما وجوه الشبه ففى أن كلا منهما ملزم ، وفى أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو عادات ، و يجوز حل العقد كما يجوز الغاء القانون بنفس الطريقة التى عمل بها كل منهما ، و يجب تفسير العقد كما يفسر القانون طبقا لمقتضيات العدالة وحسن النية . و وجوه الخلاف هى أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام . أما القانون فيلغى قانونا آخر مثله ولو كان معتبرا من النظام العام ، والعقد قد يحل بارادة واحدة وقد لا يحل مع توافق الارادتين أى أنه يمكن عمله بطريقة غير التى عمل بها وذلك فى أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلغى إلا بالطريقة التى عمل بها ، وتفسير العقد مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها . أما تفسير القانون فمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٢) استئناف مختلط ١٣ يونيه سنه ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٥ — ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٧ ٦ أبريل ١٩١١ م ٢٣ ص ٥١ ؛ ٦ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٥ — ٣ أبريل ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٨ .

(٣) وهو ينسخ من باب أولى العادات والعرف (بودرى و بارد ١ فقرة ٣٣٢ — مينا جزء أول فقرة ٧١ — استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص ٢٣٣ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٨٥ — محكمة اسكندرية الابتدائية التجارية ٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٢٢ رقم ٥٤) .

العام أو بالآداب ليست إلا قواعد وضعها المشرع لتنظيم العلاقات فيما بين الأفراد إذا لم يقوموا بتنظيمها طبقا لارادتهم . فاذا نظم المتعاقدان العلاقة فيما بينهما كان العقد هو القانون الذى يسرى عليهما .

٨٤٣ — **القوانين المفسرة لارادة المتعاقدين** — على أنه يصعب فى كثير من الأحوال على المتعاقدين أن ينظما العلاقة فيما بينهما فى المسألة الخاصة التى تعاقد عليها فى كل تفاصيلها . فهما فى الغالب يحددان الأمور الرئيسية و يتركان بقية التفاصيل، إما اعتمادا على أحكام القانون، و إما لأنهما لم يتوقعاها . وهنا تأتى القواعد القانونية تكمل العقد وتعتبر مفسرة لنية المتعاقدين، ما دام لم تظهر لها إرادة تخالفها . مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع، فيحددا الشيء المبيع والثمن ، وقد يقفان عند ذلك و يتركان التفاصيل ينظمها القانون، كتحديد ميعاد تسليم البيع ومكانه وميعاد وفاء الثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وضمان عيوب خفية وما إلى ذلك . كل هذه القوانين المفسرة تكمل عقد البيع، ولكنها تكمل العقد على أنها تفسير لنية المتعاقدين، فكأنها جزء من العقد وليست قانونا، وكأن القانون يضع للمتعاقدين نموذجا للتعاقد يكون هو الذى اختاراه اذا لم يبديا ارادة تخالف ذلك(١).

وهذا ما يعلل أن القوانين التى هى من هذا القبيل ليس لها أثر رجعى ينسحب على العقود التى وجدت قبل صدورها(٢)، لأن هذه العقود وجدت فى وقت كانت تفسر فيه نية المتعاقدين قوانين أخرى، وهذه القوانين الأخرى كانت جزءا من العقد اختارها المتعاقدان، فلا يجوز أن تفسر نيتهما قوانين لاحقة لم يكن لهما بها علم وقت التعاقد(٣) .

٨٤٤ — **مراعاة العدالة والعرف** — وينبنى على أن العقد شريعة المتعاقدين أنه لا يجوز للقاضى أن يخالف ارادة المتعاقدين ما دامت لم تخرج عن الدائرة التى حددها القانون . وليس معنى هذا أن القاضى لاينظر الى العدالة والعرف، و يفسر العقد طبقا لطبيعته، فقد قدمنا فى قواعد التفسير أن القاضى يستعين بهذه العوامل المختلفة فى تفسير العقد . وتنص

---

(١) بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ٢٧ وفقرة ٣٧٤ .

(٢) فلو أن شخصا اقترض مبلغا من النقود بالسعر القانونى (٥ ٪)، وعدل القانون بعد ذلك فكان السعر القانونى ٤ ٪ أو ٦ ٪ فان هذا التعديل لا يسرى على عقد القرض، و يبقى السعر كما كان ٥ ٪ (كولان وكابيتان ٢ ص ٣٠٤) .

(٣) بلانيول و ريبير واسمان ١ فقرة ١٨٠ .

المادة ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى على أن العقود لا تلزم بما هو مذكور فيها فحسب، بل أيضا بما يستتبع الالتزام طبقا لطبيعته مما تقضى به العدالة والعرف والقانون . ومن هذا النص نرى أن العدالة والعرف يكملان العقد كما تكمله قواعد القانون التفسيرية التى سبقت الاشارة اليها . فالقاضى إذن فى تطبيق العقد يجب أن ينظر الى العدالة، وكما أنه لا يتقيد فى تطبيق القانون بحرفيته كذلك هو لا يتقيد بحرفية العقد. وقد أصبحت العقود كلها فى القانون الحديث عقودا رائدها حسن النية، وليست هناك عقود حرفية التنفيذ (de droit strict) كما كان ذلك موجودا فى القانون الرومانى. والى هذا تشير الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى عند ما تنص على أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية .

٨٤٥ — **لا يملك القاضى تعديل العقد** — على أنه اذا كان على القاضى ألا تغيب العدالة عن نظره فى تفسير العقد وتطبيقه، فانه لا يجوز له أن يغفل ارادة المتعاقدين مادامت فى حدودها، بدعوى أن هذه الارادة لا تتفق مع قواعد العدالة . فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها[1] . وشأن العدالة فى ارادة المتعاقدين شأنها فى القانون : لا يجوز للقاضى أن يمتنع من تطبيق نص صريح فى القانون أو فى العقد بدعوى أنه يتناقض مع العدالة.

على أن هناك أحوالا استثنائية يملك القاضى فيها حق تعديل العقد خضوعا لاعتبارات عادلة، كما فى جواز تعديل الشرط الجزائى وفى جواز اعطاء مهلة للمدين (délai de grâce) وفى جواز تعديل أجرة الوكيل وفى نظرية الحوادث الطارئة .

٨٤٦ — **كذلك لا يملك أحد المتعاقدين تعديل العقد** — وكما أن القاضى لا يملك تعديل العقد، كذلك لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بتعديله . فان العقد وليد توافق الارادتين، وما تعقده الارادتان لا تحله ارادة واحدة[2] . فاذا أراد أحد المتعاقدين حل العقد أو تعديله وجب عليه الاتفاق مع المتعاقد الآخر على ذلك (م ٢/١١٣٤ مدنى فرنسى) .

---

(١) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦م ٨ ص ٣١٣ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٣٦ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦٥ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٨ — ١٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٢ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٨ .

(٢) بل أن ما تعقده الارادة الواحدة لا تستطيع وحدها أن تحله اذا تعلق به حق للغير . مثل ذلك أن يلتزم شخص بارادته المنفردة، فهو لا يستطيع العدول عن التزامه اذا علم الغير بذلك طبقا للنظريات الحديثة . وتنازل الشخص عن حق عينى، وهو ارادة منفردة، لا يجوز الرجوع فيه، لأن المتنازل له قد تعلق حقه بهذا التنازل .

فالغاء العقد وتعديله لا يكون من عمل أحد المتعاقدين ، بل يجب أن يكون من عمل الاثنين معا ، أما باتفاقهما على ذلك عند الالغاء أو التعديل ، أو باتفاقهما على إعطاء هذا الحق لأحدهما عند التعاقد كما فى بيع الوفاء[1] . والقواعد التى تطبق على توافق الارادتين فى ايجاد العقد هى نفسها التى تطبق على توافق الارادتين فى حله أو فى تعديله . و يصح أن يكون الاتفاق على الغاء العقد أو على حله ضمنيا ، كما يصح ذلك فى التعاقد نفسه[2] .

على أن هناك عقودا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بالغائها . وهذه عقود نص القانون فيها على ذلك ، كالوكالة والايجار غير محدد المدة وعقد الاستصناع وعقد العمل غير محدد المدة وعقد الشركة غير محدد المدة والوديعة ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

٨٤٧ — *تفسير ارادة المتعاقدين مسألة موضوعية* — ولكن اذا كانت ارادة المتعاقدين تحل محل القانون فى الحدود السابقة ، فانه لا يترتب على ذلك أن قاضى الموضوع فى تفسيره لارادة المتعاقدين يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض كما يخضع لتلك الرقابة فى تفسير القانون (وهذا فى غير مذهب الارادة الظاهرة كما قدمنا) . فتفسير ارادة المتعاقدين مسألة موضوعية ، أما التكييف القانونى لهذه الارادة وتطبيق أحكام القانون عليها فهذه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض كما قدمنا .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧١ .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٣٨ . وقد تنقيد الأقلية برأى الأكثرية كما فى الصلح مع المفلس وكما فى الجمعيات العمومية للشركات (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧١ ص ٥١٠) .

والمتعاقدين إلغاء العقد أو تعديله . ولهما أن يجعلا لذلك أثرا رجعيا ، ما دام هذا الاتفاق لا يضر بحق مكتسب للغير . فاذا اكتسب الغير حقا فلا يجوز لهما أن يمسا هذا الحق ما دام الغير لم يكن طرفا فى الاتفاق . فاذا باع شخص عينا لآخر ، ثم قرر المشترى حقا للغير على العين ، واتفق بعد ذلك مع البائع على إلغاء البيع بأثر رجعى ، فان ذلك لا يمس حق الغير الذى كسب حقا من المشترى ، ويسترجع البائع العين مثقلة بهذا الحق (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٢) . ومن الحقوق التى يجب أن يحترمها المتعاقدان حق الخزينة العامة ، فالغاء العقد (اذا كان عليه رسوم) بأثر رجعى لا يعنى أن العقد يعتبر كأن لم يكن من حيث الرسوم الواجب دفعها ، بل أن هذه الرسوم لا تسترد ، وقد تدفع رسوم أخرى جديدة على الالغاء أو التعديل (نقض فرنسى ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٢٨٧ — بلانيول ٢ فقرة ١١٦٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٢) . وكذلك التسجيل ، فيسجل الالغاء كما سجل العقد الملغى (بلانيول ٢ فقرة ١١٦٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٢) .

الفـــرع الثـــانى

المسئوليـــة التعاقـــدية (*)

(La Responsabilité Contractuelle)

* ٨٤٨ — **تحرير الموضوع** — لا نتناول هنا الكلام فى المسـئولية التعاقدية من جميع نواحيها، فان ذلك لا يكون إلا بعد الكلام فى المسئولية التقصيرية، فنبحث عند ذلك وحدة المسئولية وتنوعها، ومقارنة المسئوليتين إحداهما بالأخرى، وإلا بعد الكلام فى نظرية الالتزام، فنبحث الجزاء الذى يترتب على المسـئولية التعاقدية من تنفيذ عينى أو تعويض، وكيف يقدّر التعو يض، وأعذار المدين، ونحو ذلك من المسائل التى تتصل بنظرية الالتزام بوجه عام.

وانمـا نقتصر هنا على بيان أركان المسئولية التعاقدية. وهـذه المسئولية كالمسئولية التقصيرية لها أركان ثلاثة: (١) الخطأ (faute). (٢) الضرر (dommage). (٣) علاقة السببية بين الخطأ والضرر (lien de causalité).

المبحث الأوّل — الخطأ التعاقدى

(Faute contractuelle)

* ٨٤٩ — **نظرية تدرج الخطأ** (gradation des fautes) — يجب على المدين فى الالتزام التعاقدى أن ينفذ التزامه، فاذا لم يقم بتنفيذ التزامه عن عمـد أو عن إهمـال كان مسئولا عن خطأه التعاقدى. فما هو هذا الخطأ التعاقدى؟

---

* المراجـــع: مازو فى المسئوليتين التعاقدين والتقصيرية (ومقال للأستاذ هنرى مازو فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سـنة ١٩٢٩ ص ١ ٥) — مينيه Meynié فى المسئولية والعقد رسالة من ليل فى سنة ١٩٢٤ — جرانمولان رسالة من رن سـنة ١٨٩٢ — ليفبفر (Lefebvre) فى المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية (مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦) — كروزيل (Crouzel) فى المسئولية التعاقدية (مقال فى المجلة العامة سنة ١٩٢٦ ص ١١ وص ٦٥) — بنكاز (ملحق بودرى) الجـزء الثانى — ديموج فى الالتزامات الجـزء السادس — اميـل بيكيه (Emile Becqué) فى المسئولية عن فعل الغير فى الدائرة التعاقدية (مقال فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٢٥١ — ص ٣٢٠) — الظروف الطارئة مقال للاسـتاذ صليب بك سامى فى المحاماة ١٢ عدد ٩ — نظرية الظروف الطارئة فى القانون الانجليزى — رسالة للدكتور حامد زكى باريس سنة ١٩٣٠ — اضطراب سعر النقد ونظرية الطارئ المفاجئ مقال للاستاذ نصيف زكى فى المحاماة ١٣ عدد ٢ — مذكرات غير مطبوعة للاستاذ نيوايه (Niboyet) فى دروس لقسم الدكتوراه.

هنـاك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ غير العمـد الى ثلاثة أقسام : خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو خطأ أقرب ما يكون الى العمـد ويلحق به . وخطأ يسـير (culpa levis) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه الشخص المعتـاد . وخطأ تافـه (culpa levissima) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص . وهـذه النظرية تقسم العقـود الى ثلاث طوائف : عقد لمنفعـة الدائن وحده كالوديعة، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم . وعقد لمنفعة المتعاقدين معا كالايجار، وفيـه يسأل المدين عن الخطأ اليسير . وعقـد لمنفعة المدين وحده كعارية الاستعمال، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه .

* ٨٥٠ — **النظرية الصحيحة (معيار الشخص المعتاد)** — وقـد نسبت نظرية تدرج الخطأ الى القانون الرومانى، وهى نسبة خاطئة . وقد أصبحت النظرية الآن مهجورة، ولم يعد أحد يقول بها . وقضى عليها القانون المدنى الفرنسى إذ نص فى المـادة ١١٣٧ على أن الالتزام بحفظ الشىء يلزم الشخص الموكول اليـه ذلك أن يبذل فيـه عناية الشخص المعتاد (les soins d'un bon père de famille) . سـواء كان العقد لمنفعة أحد المتعاقدين أو كان لمنفعتهما معا . ومن ذلك نرى أن المشرع المصرى قضى بوجه عام على التفرقة ما بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير والخطأ التافه[1] .

والنظرية الصحيحة هى أن الملتزم التزاما تعاقديا مسئول عن خطأه، وهذا الخطأ يقاس بمعيار عناية الشخص المعتاد كما يقـول المشرع الفرنسى (م ١١٣٧ فرنسى[2]) ، فالمعيار مادى لا شخصى، والعبرة لا بشخص المدين بالذات بل بشخص معتاد، فقـد يكون المدين مهملا

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٩ ص ٥٢٣ — ص ٥٢٤ — وان كان المشرع الفرنسى نص فى أحوال معينـة على مسئولية المدين عن الخطأ الجسيم، كمسئولية الوارث (م ٨٠٤) ، ومسئولية الوكيل غير المأجور (م ١٩٢٢)، ومسئولية الفضولى (م ١٣٧٤/٢) . وكذلك نص المشرع المصرى على مسئولية المدين عن الخطأ الجسيم، كمسئولية حافظ الوديعة (م ٤٨٥/٥٩٣)، ومسئولية الوكيل غير المأجور (م ٥٢١/٦٣٨) .

(٢) ولم يرد هـذا المعيار فى القانون المصرى ، ولكنه مفهوم من نصوصه ضمنا (انظر المواد ١١٩/١٧٧ و ١٧٧ — ١٧٨/٢٤٠ — ٢٤١) ويرد ذكره فى قضاء المحاكم المصرية (استئناف مختلط فى ٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨١) .

وقد يكون حريصا ، ولكن المطلوب منه هو عناية الرجل المعتاد ، عناية لا تنخفض الى معيار الرجل المهمل، ولا ترقى الى معيار الرجل الحريص (١) .

على أن المشرع قد ينص فى حالات معينة على معيار للمسئولية أشد أو أخف، كما فعل فى العارية (م ٤٦٨ / ٥٦٩)، وفى الوديعة (م ٤٨٥ / ٥٩٣)، وفى الوكالة (م ٥٢١ / ٦٣٨) .

٨٥١ — رفع تناقضه — وهنا قد يبدو للباحث تناقض بين المعيار الذى اتخذناه للخطأ التعاقدى وهو يقتضى أن يكون المدين مسئولا عن خطأ الشخص المعتاد أى الخطأ اليسير (م ١١٣٧ مدنى فرنسى) وبين ما سنقرره من أن الملتزم تعاقديا مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك بقوة قاهرة أو حادث فجائى (م ١١٤٨ مدنى فرنسى) ، مما يجعله مسئولا حتى عن الخطأ التافه، فكيف يمكن التوفيق بين هذين المتناقضين؟

بحث بعض الفقهاء هذه المسألة، وعللها كل منهم بتعليل خاص (٢) . ونحن نرى أن سبب التناقض الظاهرى راجع الى الخلط بين الخطأ وعلاقة السببية وهما ركنان منفصلان أحدهما عن الآخر . فاذا ما ميزنا بين هذين الركنين، لم يعد هناك تناقض بين أن نطلب من جهة أن يكون المدين مهملا إهمالا يسيرا، وأن نطلب من جهة أخرى ألا يتخلص المدين من المسئولية إلا إذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى . ويكفى لرفع هذا التناقض أن

---

(١) وقد يكون الشخص مسئولا عن خطأ الغير مسئولية تعاقدية . مثل ذلك أن يتعهد مقاول ببناء منزل ويساعده فى بنائه مقاولون من الباطن ، فهو مسئول عن خطأ كل منهم قبل صاحب العمل بموجب عقد المقاولة الأصلى . والمسئولية هنا، كما فى المسئولية التقصيرية ، مبنية على خطأ مفترض فى جانب المقاول الأصلى (خطأ فى الاختيار وفى الرقابة) ، ويجب أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ أثناء تأدية عمله كما فى المسئولية التقصيرية كذلك . مثل آخر أن يكون المستأجر مسئولا نحو المؤجر عن خطأ المستأجر من الباطن . انظر أيضا استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٨ . ولا تمنع مسئولية الشخص عن تابعه مسئولية تعاقدية أن يكون التابع مسئولا مباشرة نحو الدائن مسئولية تقصيرية أو تعاقدية (انظر فى هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٨١) .

(٢) من ذلك أن الأساتذة بلانيول وريبير واسمان يطبقون المادة ١١٤٨ حيث يكون المدين ملزما بالوصول الى نتيجة معينة كنقل ملكية أو نقل شىء من مكان الى آخر أو اقامة بناء، ويطبقون المادة ١١٣٧ حيث يكون المدين ملزما بالقيام بعمل معين دون أن يلتزم بالوصول الى نتيجة فيه كالطبيب يعالج المريض والمحامى يترافع فى القضية (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٧٧ ص ٥٢٢) . ويرى الأستاذ جوسران أن المادة ١١٤٨ هى التى تطبق كقاعدة عامة ، ولا تطبق المادة ١١٣٧ إلا فى حالة ما اذا كان المدين ملتزما بتسليم عين معينة وفى حالة ما اذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو محل النزاع (جوسران ٢ فقرة ٦١٣) — انظر أيضا كولان وكابيتان ٢ ص ٩ — مذكرات نبويه (Niboyet) غير المطبوعة — ص ١٠٦ — ص ١١٠ .

نقـرر أن الخطأ التعاقدى مفروض فى جانب المدين فرضا لا يقبل إثبـات العكس . فنحن نفرض أن المدين الذى لا يقوم بتنفيذ التزامه التعاقدى مهمل، وأن اهماله هو ذلك الاهمال اليسـير الذى لا يصح أن يرتكبه الشخص المعتاد ، ولا نقبل منـه أن يثبت عكس ذلك . ونفرض كذلك أن هناك علاقة سببية بين هـذا الاهمال المفروض وبين الضرر الذى أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام، غير أن هذا الفرض يقبل إثبات العكس، فيجوز للمدين أن يثبت أن هنـاك قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أو خطأ من الدائن نفسـه هو الذى أحدث الضرر، وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى علاقة السببية . ومن ذلك نرى ألا تناقض بين أن نتطلب ثبوت الاهمال اليسـير فى جانب المدين وإلا نعفيـه من المسئولية إلا إذا أثبت القوة القاهرة وما اليها .

* ٨٥٢ — اشتراط التخفيف أو الاعفاء من المسئولية التعاقدية (clauses d'exonération de responsabilité) — قد يشترط المدين على الدائن فى الالتزام التعاقدى تخفيف معيار الخطأ التعاقدى أو محو نتائج هـذا الخطأ ، وبعبارة أخرى قـد يشترط تخفيف المسئولية التعاقدية أو الغاءها[1] . وهناك أنواع ثلاثة من هذه الشروط : شرط يعفى به المدين نفسه من المسئولية بتـاتا ، وشرط يحمل به الدائن عبء الاثبـات ، وشرط يحدد به المدين مسئوليته بمبلغ معين من المـال .

أما النوع الأول، وهو الشرط الذى يعفى به المدين نفسه من المسئولية بتاتا ، فلا يقره القضاء الفرنسى[2] ، أما الفقه الفرنسى فيجيز الاعفاء من الخطأ اليسير ولا يجيز ذلك لا فى العمد

---

(١) ويجوز كذلك أن يشترط الدائن على المدين تشـديد المسئولية ، فيجعله مسئولا حتى عن الحادث الفجائى وحتى عن القوة القاهرة، ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩٩ — مذكرات الأستاذ نبويه (Niboyet) ص ١٦٩ — ص ١٧٠ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٢٧١ ص ٢٥٩) .

(٢) نقض فرنسى ١٩ يناير سنة ١٨٦٣ سيريه ١٨٦٣ — ١ — ١٨٥ — ١٥ مارس سـنة ١٨٧٦ سيريه ١٨٧٦ — ١ — ٣٣٧ — ٢٧ نوفمبر سـنة ١٩١١ سـيريه ١٩١٥ — ١ — ١١٣ — ٦ مارس سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ — ١ — ٣٥٥ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ٨٠ .

وقـد حرم قانون رابيه (Loi Robier) الصادر فى فرنسا سـنة ١٩٠٥ شرط الاعفاء من المسئولية فى عقود النقل البرى .

ولا فى الخطأ الجسيم[1] . وجرى القضاء والفقه فى مصر مجرى الفقه الفرنسى فأجيز الاعفاء من الخطأ اليسير دون الخطأ الجسيم والعمد[2] .

والنوع الثانى، وهو الشرط الذى يحمل الدائن بمقتضاه عبء الاثبات ، يجيزه القضاء الفرنسى فى الخطأ اليسير دون العمد والخطأ الجسيم[3] .

(١) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٦٩ — سوردا فى المسئولية ١ فقرة ٦٦٢ — جوسران فى عقود النقل فقرة ٨٦٦ . كذلك يجوز أن يعفى المدين نفسه فى العقد من مسئوليته عن عمل تابعه اذا كان خطأ التابع يسيرا وذلك فى الفقه والقضاء الفرنسيين (سوردا فى المسئولية ٢ فقرة ٧٩٦ — نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٢٨ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٥ — ١ — ١١٥ — محكمة باريس الاستئنافية ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ داللوز ١٩٢١ — ٢ — ٣٩) . ويرى بعض الفقهاء أنه يجوز للدين إعفاء نفسه من المسئولية عن عمل تابعه ولو كان خطأ التابع جسيما (بوتو (Boutaud) ص ٢٢٦ — بيكيه (Becqué) فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية ١٩١٤ ص ٣١٨ — جوسران فى عقود النقل فقرة ٦٢٤ ص ٥١٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١١ — ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة ١٥ يونيه سنة ١٩١٢ جازيت ٤ رقم ٢٧٣ — والتون ٢ ص ٢٧٠ و ٢٧٢ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٢٧٣ — الأستاذ محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٤٧ .

أما فى عقود النقل فالقضاء المصرى يحرم الاعفاء من المسئولية عن العمد والخطأ الجسيم (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٧٣ رقم ٢٢٢) . وشرط الاعفاء من المسئولية عن الخطأ اليسير كان من شأنه أن ينقل عبء الاثبات فيجعله فى جانب الدائن كما كان الأمر فى فرنسا قبل قانون رابيه (Rabier) (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ — ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٠ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١)، ولكن قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعد ذلك أن شرط الاعفاء من المسئولية فى عقود النقل غير جائز حتى عن الخطأ اليسير بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الاثبات الى الدائن (استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ — قارن استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ — انظر والتون ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختلط على حكم قانون رابيه دون أن يكون فى مصر قانون مماثل له ، وذلك لاعتبارات خاصة فى عقود النقل تجعل التشديد فى تأكيد مسئولية عامل النقل أمرا مرغوبا فيه (انظر فى هذه الاعتبارات والتون ٢ ص ٢٨٠ — ص ٢٨٣) .

أما الاعفاء الاتفاقى من المسئولية التعاقدية عن عمل التابع فى الخطأ اليسير فجائز فى مصر فى القضاء والفقه (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ — والتون ٢ ص ٢٧٢ — ص ٢٧٤) . واذا كان خطأ التابع جسيما فلا يجوز الاعفاء من المسئولية فى القضاء (استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ — ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٢٢٢) ويجوز فى الفقه (والتون ٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٢) .

(٣) نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ سيريه ٧٤ — ١ — ٢٧٣ — ٦ مارس سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ — ١ — ٣٥٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٩١٥ سيريه ١٩٢١ — ٢ — ١ — ٣ يوليه سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٣ — ١ — ١٠٨ .

ولكن قانون رابيه (Rabier) يحرم هذا الشرط فى عقود النقل البرى .

والنوع الثالث، وهو الشرط الذى يحدّد مدى المسئولية التعاقدية بمبلغ معين من المال، يقرّه القضاء الفرنسى إلا فى حالتى العمد والخطأ الجسيم كذلك، وبشرط أن يكون المبلغ المشترط جدّيا لا صوريا[(١)].

ويلاحظ أن التأمين على المسئولية غير اشتراط الاعفاء من المسئولية. فيجوز التأمين على المسئولية التعاقدية حتى عن الخطأ الجسيم دون العمد، ويجوز التأمين على المسئولية التعاقدية عن فعل الغير حتى فى العمد[(٢)].

المبحث الثانى — الضرر

(Dommage)

٨٥٣ — وجود الضرر — ولكى تتحقق المسئولية التعاقدية يجب أن يكون هناك ضرر أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى. فاذا لم يوجد الضرر فلا محل للمسئولية. مثل ذلك أن يوكل شخص محاميا لرفع استئناف فيتأخر المحامى فى رفع الاستئناف حتى يفوت الميعاد، ويتبين أن الاستئناف لو رفع فى الميعاد لكان مآله الرفض[(٣)].

وقد يكون الضرر احتماليا، فلا تتحقق المسئولية حتى يتحقق الضرر. مثل ذلك أن يوكل شخص آخر فى شراء منزل فيشتريه مثقلا برهن، فلا يرجع الموكل على الوكيل بتعويض إلا اذا تحقق هذا الضرر الاحتمالى ولم يستوف الدائن المرتهن حقه من البائع فيريد التنفيذ على المنزل المبيع[(٤)].

---

(١) نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٩٢٢ سيريه ٢٣ — ١ — ١٠٨ — ٢٤ أبريل ١٩٢٨ سيريه سنة ١٩٢٨ — ١ — ٢٥٨ — ولا يحترم قانون رابيه مثل هذا الشرط.

هذا وقد قضت المادتان ٢٧٦ و ٢٧٨ من القانون المدنى الألمانى بأن المدين يستطيع اشتراط إعفائه من المسئولية التعاقدية عن خطأه اليسير، وكذلك إعفائه من المسئولية التعاقدية عن فعل الغير ولو كان خطأ جسيما. والمادتان ١٠٠ و ١٠١ من قانون الالتزامات السويسرى فى هذا المعنى. وكذلك قضت المادة ١٠٥ من المشروع الفرنسى الايطالى بأن المدين لا يستطيع اشتراط إعفائه من المسئولية عن غشه أو عن خطأه الجسيم.

(٢) انظر مادتى ١٢ و ١٣ من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ فى فرنسا. وانظر فى هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩٩ — فقرة ٤٠٩ — بنكاز ملحق بودرى ٢ فقرة ٥١٥ — فقرة ٥٣٩ — كولان وكابيتان ٢ ص ١٣ — ص ١٤ — مذكرات بنوبيه ص ١٩٣ — ص ٢٣٢ — والتون ٢ ص ٢٦٩ — ص ٢٩٤ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٢٧٢ — فقرة ٢٧٣ — الأستاذ محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٤٧.

(٣) انظر أيضا نقض فرنسى فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ سيريه ١٨٩١ — ١ — ٧٢ — ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٤٥٣.

(٤) نقض فرنسى ٣١ نوفمبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٢١٤ — ٢٤ يناير سنة ١٩١٥ سيريه ١٩١٦ — ١ — ١٤٦ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢١ — ١ — ١٦١.

وقد يكون الضرر مستقبلا ، فتتحقق المسئولية ما دام الضرر مؤكد الوقوع فى المستقبل ، وانما يوقف تقدير التعويض حتى يقع الضرر . مثل ذلك أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته ، فيهمل الطبيب ويزداد المرض ولا يمكن تحديد جسامته إلا بعد مدة ، فتتقرر مسئولية الطبيب ثم يتربص فى تقدير التعويض الى اليوم الذى يتحدد فيه مبلغ الضرر الذى سيلحق المريض (١) .

ويكون الضرر التعاقدى عادة ضررا ماديا . ومع ذلك فقد يقع ضرر أدبى ، كما اذا أذاع موكل عن وكيله أنباء تمس كرامته وتخدش سمعته ، فللوكيل أن يرجع على موكله فى هذه الحالة بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبى . وقلما يقع ذلك فى المسئولية التعاقدية ، أما فى المسئولية التقصيرية فالضرر الأدبى كثير الوقوع ، وقد استقر الفقه والقضاء على إعطاء تعويض عنه (٢) .

* ٨٥٤ — **مدى التعويض عن الضرر** — قد يكون الضرر مباشرا (direct) أو غير مباشر indirect ، والضرر المباشر قد يكون متوقعا (prévu) أو غير متوقع (imprévu) . مثل ذلك أن يضطر المستأجر لاخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الايجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر ، فينتقل الى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة ، وتتلف بعض المفروشات أثناء النقل ، ثم يكون فى المنزل الجديد "ميكروب" مرض معد ينقل اليه هذا المرض . فالفرق فى الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع ، وقيمة المفروشات التى تلفت هى الضرر المباشر غير المتوقع ، وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمدين فى الالتزام التعاقدى لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمدا فيكون مسئولا عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما فى المسئولية التقصيرية (م ١٢١ — ١٢٢ / ١٧٩ — ١٨٠ / ١١٥٠ — ١١٥١) . ولا يكون المدين مسئولا عن الضرر غير المباشر أصلا حتى فى المسئولية التقصيرية (٣) .

---

(١) نقض فرنسى فى دوائره المجتمعة ١٥ يونيه سنة ١٨٢٣ سيريه ١٨٢٣ — ١ — ٤٥٨ — نقض فرنسى فى ٤ فبراير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢١ — ١ — ٨٦ .

(٢) انظر فى هذا الموضوع مذكرات الأستاذ نبويه (Niboyet) ص ٢٦١ — ص ٢٦٧ .

(٣) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ — نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٨٩٧ سيريه ٩٧ — ١ — ٤١١ — ١٨ مايو سنة ١٩١٥ سيريه ١٧ — ١ — ٣٨ .

ولكن هل يكفى لتوقع الضرر أن يكون سببه هو المتوقع، أو يجب أيضا أن يكون مقداره متوقعا ؟ مثل ذلك أن تتعهد شركة نقل بنقل "طرد"، فيضيع فى الطريق، ويتبين ان "الطرد" يحوى أشياء ثمينة لم يكن أحد يتوقع وضعها فى هذا "الطرد"، فهل يكفى أن يكون سبب ضياع "الطرد" (كاهمال العمال) متوقعا حتى تدفع الشركة تعويضا عن هذه الأشياء الثمينة كلها، أو يجب أيضا توقع قيمة الضرر أى توقع وجود هذه الأشياء فى "الطرد"؟ ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكم حديث الى أن مقدار الضرر يجب أن يكون متوقعا ولا يكفى توقع سببه[1]، فلا يكون المدين مسئولا إلا عن مقدار الضرر الذى توقعه[2].

المبحث الثالث — علاقة السببية بين الخطأ والضرر

(Lien de causalité)

* **٨٥٥ — فرض علاقة السببية فرضا قابلا لاثبات العكس** — لا يكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب المدين فى الالتزام العاقدى، ولا يكفى أن يكون الى جانب الخطأ ضرر حدث للدائن، بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الضرر ناشئا عن الخطأ. فقد يكون هناك خطأ من المدين، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب فى هذا الضرر. مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التى ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يرتبها صاحبها بحيث يأمن عليها التلف حتى لو كان السير بسرعة معتدلة، فتنكسر البضائع، فيكون الضرر الذى أصاب الدائن فى هذه الحالة غير ناشئ عن خطأ المدين من الاسراع فى السير، بل هو ناشئ عن خطأ الدائن نفسه من أنه لم يرتب البضائع بحيث يأمن عليها التلف.

وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر مفروضة لا يطلب من الدائن إثباتها. إلا أن الفرض هنا قابل لاثبات العكس، بخلاف الخطأ فانه مفروض فرضا لا يقبل إثبات العكس. ويتضح من ذلك أن الدائن ليس عليه إلا أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عدم تنفيذ المدين لالتزامه؟

---

(١) نقض فرنسى ٧ يوليه سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ٣٢١.

(٢) انظر فى هذا الموضوع مذكرات الأستاذ نبويه ص ٢٧٠ — ص ٢٨٢ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٢ — ص ٢٤.

ومتى أثبت ذلك فرض فى جانب المدين خطأ غير قابل لاثبات العكس . ثم فرض أيضا أن هناك علاقة سببية بين هذا الخطأ المفروض والضرر الثابت ، ولكن للمدين أن ينفى هذه العلاقة باثبات أن الضرر إنما وقع نتيجة لخطأ الدائن أو بقوة قاهرة أو حادث فجائى . أما الحوادث الطارئة التى تجعل تنفيذ التزام للمدين مرهقا دون أن تصل به الى حدّ الاستحالة فلا تعفى من المسئولية .

فنحن نتكلم إذن فى مسألتين : (١) ما ينفى علاقة السببية من خطأ الدائن والقوة القاهرة والحادث الفجائى . (٢) نظرية الحوادث الطارئة .

المطلب الأول — ما ينفى علاقة السببية
خطأ الدائن — القوة القاهرة — الحادث الفجائى
(faute du créancier, force majeure, cas fortuit)

§ ١ — خطأ الدائن

* ٨٥٦ — تنوع خطأ الدائن — اذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى قد نشأ عن خطأ الدائن ، فان مسئولية المدين لا تتحقق ، ويتحمل الدائن تبعة خطأه .

وقد يكون خطأ الدائن خطأ شخصيا ، كما اذا كان المشترى لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد ، فامتنع البائع عن التسليم ، فليس للمشترى أن يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تأخر البائع عن التسليم ، فان عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه يرجع لخطأ المشترى فى عدم دفع الثمن . وقد قدمنا أن للبائع حق حبس العين حتى يستوفى الثمن بفضل قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد .

وقد يكون خطأ الدائن راجعا الى تقصير ارتكبه أحد أتباعه (préposés) فيحمل هو مسئوليته ، كما اذا عهد الى خادم له فى استلام ما تعهد المدين بتسليمه ، فتأخر الخادم عن الذهاب فى الميعاد ، وتسبب عن ذلك تأخر المدين فى التسليم ، ففى هذه الحالة لا يكون المدين مسئولا عن هذا التأخر لأنه وقع بسبب خطأ تابع الدائن ، والدائن مسئول عن خطأ تابعه مسئولية تقصيرية ومسئولية تعاقدية .

وقد يكون الخطأ راجعا الى عيب فى الشىء الذى سلمه الدائن للمدين ، كأن كان هذا

الشيء مشرفا على العطب فتلف فى الطريق . ففى مثل هذه الحالة لا يكون المدين مسئولا، لأن الضرر قد نشأ عن عيب فى الشيء[1] .

§ ٢ — القوة القاهرة والحادث الفجائى

* ٨٥٧ — *النصوص القانونية* — نصت المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى على أن المدين يكون مسئولا ، إلا اذا كان عدم تنفيذه لالتزامه راجعا الى سبب خارجى ليس منسوبا له . ونصت المادة ١١٤٨ على أن المدين لا يكون مسئولا عن التعويض اذا لم يقم بتنفيذ التزامه بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى .

ولم يتضمن القانون المدنى المصرى مقابلا لهذه النصوص[2] . إلا أنه أشار الى أن مسئولية المدين لا تترتب إلا اذا وجد تقصير فى جانبه ، فنص فى المادتين ١١٩/١٧٧ على أن التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد إلا اذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوبا لتقصير المتعهد المذكور ، ونص فى المادتين ١٧٨/٢٤١ على أنه اذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفا رسميا ألزم بالتضمينات . ثم أشار فى أماكن متفرقة الى القوة القاهرة والى الحادث الفجائى فى تطبيقات متنوعة[3] .

---

(١) انظر فى هذا الموضوع مذكرات الأستاذ نبويه (Niboyet) ص ١٢٧ — ص ١٣٢ .

(٢) وإن كان القضاء المصرى يردّدها فى أحكامه باعتبار أنها القانون المصرى (انظر على سبيل المثال استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٨) .

(٣) مثل ذلك المواد ٣٤٢/٣٤٧ (سقوط حق استرداد المبيع وفاء بعد فوات الميعاد ولو فى حالة القوة القاهرة) — ٣٩٢/٤٧٩ (عدم تنقيص الأجرة ولو هلكت الزراعة بحادثة جبرية) — ٣٩٣/٤٨٠ (تنقيص الأجرة عند منع الحادثة الجبرية المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة) — ٤١١/٥٠٢ (انقضاء عقد الاستصناع بالحادثة القهرية) — ٤١٧/٥٠٩ (تلف المهمات التى أحضرها صاحب العمل بسبب قهرى يتحمل هو تبعته) — ٤٨٩/٥٩٨ (هلاك الشيء المودع بسبب قوة قاهرة يكون على مالكه) — ٥٤٤/٦٦٦ (تلف الشيء المرهون رهن حيازة بسبب قهرى على مالكه) ٥٦٢/٦٨٦ (هلاك العقار المرهون رهنا رسميا بحادثة قهرية يلزم المدين برهن عقار غيره أو يؤدى الدين) . وهناك أمثلة أخرى لا يذكر المشرع المصرى فيها القوة القاهرة ولا الحادث الفجائى ، بل يقتصر على نفى التقصير فى جانب المدين : م ٢٩٧/٣٧١ (هلاك المبيع دون تقصير البائع يكون عليه) . م ٣٩٩/٤٨٧ (هلاك الحيوانات دون تقصير المزارع لا يعوّض إلا من التاج فقط) .

انظر والتون ٢ ص ٢٩٨ — ص ٢٩٩ — عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٢٦٩ — فقرة ٢٧٠ — الأستاذ محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٤٤ — فقرة ٤٥

* ٨٥٨ — **عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى** — لا يميز القضاء فى فرنسا وفى مصر، ومعه كثير من الفقهاء، بين القوة القاهرة والحادث الفجائى . فهما اسمان مختلفان لمعنى واحد، اذا نظر اليه من حيث أنه غير متوقع الحصول فهو حادث فجائى، واذا نظر اليه من حيث أنه لا يمكن دفعه فهو قوة قاهرة (١) .

* ٨٥٩ — **شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائى** — وعلى هذا الأساس يمكن تعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائى بأنه أمر غير متوقع الحصول (imprévisible) وغير ممكن الدفع (irrésistible) يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا (impossible) دون أن يكون هناك خطأ فى جانب المدين (٢) . فهناك إذن شروط أربعة يجب توافرها فى الحادث حتى يكون قوة قاهرة أو حادثا فجائيا :

= وقانون الالتزامات السويسرى كالقانون المصرى، قضى فى المادة ٩٧ بأنه اذا لم يحصل الدائن على تنفيذ الالتزام، أو لم يحصل عليه إلا ناقصا، التزم المدين بتعويض الضرر الذى ينشأ عن ذلك، إلا اذا أثبت أنه لا يوجد خطأ فى جانبه . فلم يذكر القوة القاهرة والحادث الفجائى . وانما ذكر هذين اللفظين فى تطبيقات متفرقة (مثل ذلك المواد ١٠٣ و٢٩٩ و٣٠٦ و٤٢٠ و٤٤٧ و٤٧٤ و٤٨٧ و٤٩٠) انظر روسل ومنتا (Rossel et Mentha) فى القانون المدنى السويسرى ٣ ص ١٢٨ وص ١٥٤) . أما القانون الألمانى فقضى فى المادة ٢٧٥ بأن المدين تبرأ ذمته من الالتزام، اذ يصبح مستحيلا، بسبب ظرف طرأ بعد نشوء علاقة الالتزام، لا يكون المدين مسئولا عنه . وقد ذكر القوة القاهرة فى تطبيقات معينة (مثل ذلك المواد ٢٠٣ و٢١٢ و٢١٥ و٧٠١ و١٩٩٦) . (انظر والتون ٢ ص ٣٢٨ — ص ٣٢٩) وانظر فى القوة القاهرة فى القانون الانجليزى والتون ٢ ص ٣٢٩ — ص ٣٣٧ .

وقضت المادة ٩٦ من المشروع الفرنسى الايطالى بأنه يقضى على المدين بدفع تعويض، سواء بسبب عدم تنفيذه للالتزام، أو بسبب التأخر فى التنفيذ، اذا لم يثبت أن عدم التنفيذ أو التأخر فيه نشأ عن سبب أجنبى لا يمكن أن ينسب اليه، ولو لم يكن هناك أى سوء نية فى جانبه . وقضت المادة ٩١ بأن الالتزام بالمحافظة على الشىء أو بادارته يجعل من وكل اليه ذلك ملزما ببذل عناية الرجل المعتاد . ولكن المشروع ذكر القوة القاهرة والحادث الفجائى فى تطبيقات متفرقة (من ذلك المواد ٤٤٨ و٤٦١ و٤٦٢ و٥٣٠ و٦٢٦ و٦٦٤ و٦٦٧) .

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول ٢ فقرة ٢٣١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٨٢ — والتون ٢ ص ٢٩٧ — نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ — ١ — ٣٣ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢١ — ١ — ٣٥٣ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٢١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ سيريه ٢٤ — ١ — ١٥١ .

وقد استعمل المشرع الفرنسى اللفظين أحدهما مكان الآخر دون تمييز (مثل ذلك المواد ٨٥٥ و١١٤٨ و١٣٠٢ و١٧٢٢ و١٧٣٣ و١٧٥٥ و١٧٦٩ و١٧٧٢ و١٧٧٣ و١٧٨٤ و١٨٨١ و١٩٢٩ و١٩٣٤) . ولم يلتزم المشرع المصرى فى نصوصه العربية لفظا واحدا، فتارة يذكر القوة القاهرة (م ٣٤٢/٤٢٧ و٤٨٩/٥٩٨)، وطورا يذكر الحادثة الجبرية أو الحادثة القهرية (م ٣٩٢/٤٧٩ و٣٩٣/٤٨٠ و٤١١/٥٠٢ و٥٦٢/٦٨٦) وثالثة يذكر السبب القهرى (م ٤١٧/٥٠٩ و٥٤٤/٦٦٦) وهكذا .

(٢) انظر حكما جمع هذه الشروط وقد صدر من محكمة الاستئناف المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٨

(أولا) لا يمكنه توقع محصوله — فاذا كان يمكن ذلك لم يكن الحادث قوة قاهرة . كما اذا كان يقع عادة فى فصول معينة من السنة، ففى فصل الصيف لا تستطيع شركة سكك حديدية أن تحتج بأن هناك قوة قاهرة نشأت من زيادة عدد الركاب الذاهبين الى المصايف زيادة كبيرة، وكذلك الأمر فى الأعياد وفى مواسم المحصولات الزراعية، فمثل هذا كان يجب أن تتوقعه الشركة لأنه يقع فى مواعيد دورية معروفة[1] .

(ثانيا) لا يمكنه دفعه — ولا يكفى عدم إمكان توقع حصول الأمر، بل يجب أيضا إذا حصل ألا يكون فى الامكان دفعه . فاذا أمكن ذلك لا يكون الأمر قوة قاهرة . مثل ذلك أن يتعهد شخص بنقل بضائع كان ينوى نقلها من طريق النهر، فيستحيل عليه ذلك لعلو الفيضان ، ولكنه يستطيع نقلها بالسكة الحديدية، فلا يكون الفيضان قوة قاهرة ما دام المدين لم يشترط النقل بطريق النهر[2] . ويجب على المدين أن يفعل ما فى استطاعته لتخفيف أثر القوة القاهرة إذا وقعت، كأن يعلن الدائن الذى باع له محصوله بأن المحصول سيكون أقل بكثير مما يتوقع لقوة قاهرة[3] ، ولكنه يتخذ فى ذلك الوسائل المعتادة وليس ملزما أن يتخذ وسائل غير معتادة[4] .

(ثالثا) يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا — ويجب فى الأمر غير ممكن التوقع وغير ممكن الدفع أن يكون أيضا قد جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا ، ولا يكفى أن يجعله

(١) انظر فى هذا المعنى محكمة روان الاستئنافية ٢٢ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ — ٢ — ٢٤١ — انظر أيضا نقض فرنسى ٢٩ مارس سنة ١٨٩٧ سيريه ١٨٩٨ — ١ — ٦٥ — ١٦ مارس سنة ١٨٦٤ سيريه ١٨٦٤ — ١ — ١٨٨ — وقد حكم فى هذه القضية بأن المرصد لا يعتبر أمرا غير متوقع الحصول (انظر أيضا فى هذا المعنى نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ — ١ — ١٨١ — نقض فرنسى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٤٧ — ٩ مايو سنة ١٩١١ سيريه ١٩١١ — ١ — ٥٧٦) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع لا يستطيع أن يتمسك باستحقاق العقار المبيع كقوة قاهرة تمنعه من تنفيذ التزاماته بموجب عقد البيع (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٢٠) . انظر أيضا استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٠٨ .

(٢) نقض فرنسى فى ٦ يونيه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٣٣٦ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب أن تكون القوة القاهرة التى تعفى من المسئولية التعاقدية بحيث لا يمكن التغلب عليها (٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧١) .

(٣) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٨ .

(٤) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٢ — ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢١ .

صعبا مرهقا . فالمتعهد بتسليم مقدار معين من أشياء مثلية أصبحت نادرة أو صار ثمنها عاليا لا يستطيع الاحتجاج بندورة الشيء أو بعلو ثمنه كقوة قاهرة تخليه من المسئولية التعاقدية ، فقد يكون تنفيذ التزامه قد أصبح مرهقا عسر التنفيذ، إلا أنه ما دام لم يصبح مستحيل التنفيذ فليس هناك قوة قاهرة تخلية من المسئولية[1] .

(رابعا) لا خطأ فى جانب المدين — ويجب أخيرا ألا يكون هناك خطأ فى جانب المدين[2] . وقد يسبق هذا الخطأ القوة القاهرة، مثل ذلك أن تخل صحيفة بالتزامها من نشر إعلان تعاقدت على نشره، ويكون السبب فى إخلالها بالالتزام قوة قاهرة هى حكم بوقف الصحيفة ، ولكن يتبين أن الوقف كان مبنيا على مخالفة الصحيفة للقانون، فالقوة القاهرة هنا سبقها خطأ المدين فلا تعفيه من المسئولية[3] . كذلك إذا أعذر المدين ، ثم هلك الشيء فى يده بقوة قاهرة، فانه يكون مسئولا عن الهلاك، لأن خطأ فى جانبه سبق القوة القاهرة،

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٣٥ — ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ — ٧ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٦ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٠٨ — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٩ — نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٣٣٦ — ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٣١١ — ٤ أغسطس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩١٦ — ١ — ٢٢ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٠ داللوز ١٩٢٠ — ١ — ١٣٧ .

وقد تكون الاستحالة معنوية، كاستحالة فتح ملعب فى وقت أعلنت فيه الحرب مراعاة للشعور العام (محكمة شامبرى الابتدائية ٣١ يوليه سنة ١٩١٥ جازيت دى تريبينو ١٩١٦ — ٢ — ٨٥) ، وكاستحالة تمثيل رواية فيها موسيقى ألمانية مراعاة للشعور الوطنى عقب الحرب السبعينية (نقض فرنسى ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٤ — ١ — ٣١٥) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٧ .

(٣) نقض فرنسى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٩ — ١ — ١٧٥ — انظر أيضا نقض فرنسى ١٠ نوفمبر سنة ١٨٥٨ سيريه ٥٩ — ١ — ٦١ — مثل آخر : شركة من ذوات المنافع العامة تعجز عن القيام بالتزاماتها نحو الجمهور، ويتبين أن السبب فى ذلك كان قوة قاهرة (كفيضان النيل) ، ولكن يتبين من جهة أخرى أن فيضان النيل ما كان ليحدث كل هذا التلف لو كانت معدات الشركة صالحة غير بالية ، ففى مثل هذه الحالة يكون خطأ الشركة سببا فى ازدياد خطورة القوة القاهرة (انظر فى هذا المعنى نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٣٤٤) . والافلاس لا يكون قوة قاهرة إلا اذا تبين أنه لم يكن بخطأ المدين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٣ — محكمة باريس الاستئنافية ١٧ فبراير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤ — ٢ — ١) . كذلك الحجز الادارى لا يكون قوة قاهرة اذا كان سببه خطأ من المدين (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٣) . وصدور حكم بمنح مهلة للمستأجر لاخلاء العين لا يكون قوة قاهرة اذا ثبت أن المدين أهمل فى اعلان المستأجر بالاخلاء وترتب على ذلك أنه تأخر فى تنفيذ التزامه من هدم العين وبناء عين جديدة مكانها لأن القوة القاهرة هنا سبقها خطأ من المدين (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١) .

إذ تأخر عن التسليم وثبت هذا التأخر بالاعذار (م ١٧٨/٢٤١/١٣٠٢ و ١١٣٨) . وقد يكون خطأ المدين تاليا لحدوث القوة القاهرة، مثل ذلك أن تنشب حرب أو ثورة أو يقع إضراب يمنع المدين من تسليم ما التزم بتسليمه فى الوقت المتفق عليه ، ولكن المدين يتأخر فى التسليم حتى بعد تمكنه منه وانقضاء المانع ، أو لا يتخذ من الاحتياطات المناسبة ما يكون من شأنه أن يحصر الضرر فى أضيق دائرة ممكنة[1] .

* ٨٦٠ — **أمثلة على القوة القاهرة أو الحادث الفجائى** — ونرى مما تقدم أن الأمثلة كثيرة على القوة القاهرة أو الحادث الفجائى . فالحرب[2] والثورة والاضراب[3]

(١) محكمة باريس الاستئنافية ٩ يونيه سنة ١٨٣١ سيريه ١٨٣١ — ٢ — ٢٤٠ — إكس الاستئنافية ١٩ يوليه سنة ١٧٨٢ سيريه ١٨٧٢ — ٢ — ٢٥٩ — روان الاستئنافية ٨ أغسطس سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ — ٢ — ٢٨٩ انظر فى جمع الشروط الأربعة الواجب توافرها فى القوة القاهرة فى شرط واحد، هو شرط استحالة تنفيذ الالتزام، الى مذكرات الأستاذ نبويه (Niboyet) ص ١٤٢ — ص ١٤٧ وص ١٦٥ .

والقوة القاهرة واقعة مادية تثبت بجميع طرق الاثبات، وعلى المدين اثباتها (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٧ — ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥١ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٦٠) . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما اذا كان الحادث الذى يدعيه المدين ثابتا أو غير ثابت، ولكن توافر شروط القوة القاهرة فى هذا الحادث مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٨ فبراير سنة ١٨٦١ سيريه ١٨٦١ — ١ — ٦٧١ — ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ سيريه ١٨٩١ — ١ — ٢٣٩ — ٢٥ يونيه سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٦ — ١ — ١٥٠ — ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ٤٤) . انظر أيضا بودرى وبارد ١ فقرة ٤٥٦ — مذكرات الأستاذ نبويه ص ١٦٥ — ص ١٦٩ — والتون ٢ ص ٣٠٦ — ص ٣٠٧ وص ٣٢٥ .

(٢) الحرب ليست فى ذاتها قوة قاهرة، ولكنها تكون كذلك اذا كانت قد جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا بالفعل، ولم يكن فى الامكان توقعها (نقض فرنسى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٧٣ سيريه ٧٤ — ١ — ٤٣٠ — ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٣٥٨ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ جازيت دى باليه ١٩٢٤ — ١ — ٣٨٤) . فاذا لم تجعل الحرب تنفيذ الالتزام مستحيلا فلا تكون قوة قاهرة ولو جعلت هذا التنفيذ مرهقا عسيرا (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨ — ٢٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٤٤ — ١٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٢ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧ — ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٨ — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٩) . وقد تكون الحرب سببا غير مباشر لعدم تنفيذ الالتزام فلا تكون قوة قاهرة ، كما اذا تعهد شخص ببيع بضاعة كان فى نيته أن يستوردها ثم شبت الحرب فامتنع عليه استيراد البضاعة، فاحتج بالحرب كقوة قاهرة، ولم يكن قد ذكر فى عقد البيع أن البضاعة التى باعها سيستوردها من الخارج، ففى هذه الحالة ليست الحرب إلا سببا غير مباشر فى استحالة التنفيذ (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٤) .

انظر فى الحرب كقوة قاهرة والتون ٢ ص ٣١٧ — ص ٣٢٤ — جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ — ليمونيه (Lemonnier) رسالة من كان سنة ١٩١٨ — ليبارنيير (Lepargneur) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ .

(٣) والاضراب لا يكون قوة قاهرة إلا اذا كان فجائيا عاما مستمرا بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا (استئناف =

والحريق[١] والمرض[٢] والسرقة[٣]، قد يكون أى منها قوة قاهرة إذا توافرت فيه الشروط الأربعة المتقدمة. وهبوب العواصف وانفجار البراكين وفيضان الأنهار قد يكون أيضا قوة قاهرة إذا توافرت فيه الشروط. كذلك انفجار آلات المصنع، وصدور قوانين أو أوامر إدارية (fait de prince) تجعل تنفيذ التزام الدين مستحيلا قد يكون قوة قاهرة[٤].

٨٦١ — التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى — استقرت التقاليد فى فرنسا على عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى كما قدمنا. على أن بعض الفقهاء يميزون بين القوة القاهرة والحادث الفجائى[٥]. ولكنهم اختلفوا على أى أساس تكون التفرقة. فالبعض يرى أن القوة القاهرة هى حادث خارجى كصاعقة تنقض أو عاصفة تهب أو حرب تشب، أما الحادث الفجائى فهو أمر داخلى كامن فى نفس الشىء كآلات تنفجر فى مصنع

= مختلط فى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٦٠ — ٨ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٦ — ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٨٣ — نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٢٨٢ — ١٧ يوليه سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ — ١ — ٣٣١ — ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٢٠ — والنون ٢ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٥).

(١) والحريق لا تكون قوة قاهرة إلا اذا تبين أنها لم تحدث بخطأ المدين (انظر فى إثبات الحريق كقوة قاهرة والنون ٢ ص ٣٠٩ — ص ٣١١ — الايجار للمؤلف فقرة ٢٩٢ وفقرة ٣٠٠).

(٢) انظر فى المرض كقوة قاهرة والنون ٢ ص ٣١٢.

(٣) والسرقة حتى تكون قوة قاهرة يجب ألا يسبقها أو يتلوها تقصير من المدين (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٣ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٢٩ — والنون ٢ ص ٣١٢ — ص ٣١٥).

(٤) وأوامر السلطات العسكرية تعتبر قوة قاهرة (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٧ — ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٦ — ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٤٢ — ٢٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ — ١٤ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠). كذلك جمع الذخائر والمهمات أثناء الحرب يعتبر قوة قاهرة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٦)، واحتكار الحكومة لصنف معين يعتبر قوة قاهرة (استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٢ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١٣٢).

(٥) ويستندون فى ذلك الى أن المشرع الفرنسى نفسه ميز بين الشيئين: م ١٧٧٢ مدنى فرنسى (يجوز أن يحمل المستأجر مسئولية الحادث الفجائى بشرط صريح) و م ١٧٧٣ (وهذا الشرط لا يتناول إلا الحوادث الفجائية المعتادة، ولا يجاوزها الى الحوادث غير المعتادة كالحرب والفيضان إلا اذا شرط ذلك) — م ١٩٥٣ و ١٩٥٤ تجعلان صاحب الفندق مسئولا عن السرقة أو الاضرار التى تحدث لأمتعة النزيل، سواء كان ذلك بفعل الخدم أو اتباع صاحب الفندق أو بفعل أجنبى، ولكنه لا يكون مسئولا عن السرقات التى تقع بالقوة المسلحة أو بالقوة القاهرة — قانون سنة ١٨٩٨ فى فرنسا يجعل صاحب المصنع مسئولا عن الحوادث التى تقع للعمال، حتى لو كانت ناشئة عن حادث فجائى، ولكنه لا يكون مسئولا عن القوة القاهرة.

ومواد قابلة للالتهاب تلتهب وقطار يخرج عن "الشريط"[(١)]. ويرى فريق آخر أن القوة القاهرة هى التى تسبب استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة، فلا يستطيع هذا المدين ولا غيره تنفيذ الالتزام، أما الحادث الفجائى فيسبب استحالة نسبية، أى أن هذا المدين بالذات لا يستطيع القيام بالالتزام، وإن كان غيره لو وجد مكانه يستطيع ذلك[(٢)]. ويقول فريق ثالث أن القوة القاهرة هى حادث يؤدى بنفسه الى استحالة التنفيذ، أما الحادث الفجائى فحادث لا يؤدى الى استحالة التنفيذ إلا بالنسبة للظروف المحيطة به[(٣)].

المطلب الثانى — نظرية الحوادث الطارئة[(٤)]

(Théorie de l'Imprévision)

٨٦٢ — لمحة تاريخية — نظرية الحوادث الطارئة تطبق عادة فى العقود المستمرة وفى العقود الفورية المؤجلة، وذلك لأن امتداد التنفيذ مدة طويلة أو تأجيله الى مدة معينة قد يخل بالتوازن الاقتصادى الملحوظ فى العقد. فقد يتعهد شخص بتوريد بضائع لآخر مددا مختلفة الى آجال متعددة، ثم يطرأ فى خلال تنفيذ الالتزام من الحوادث ما يكون مفاجئا، كقيام حرب أو اشتعال ثورة، ويكون من شأن هذه الحوادث الطارئة أن تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا عسيرا. وفى هذا تختلف نظرية الحوادث الطارئة عن نظرية القوة القاهرة،

---

(١) كولان فى تعليقه فى داللوز ١٩٠٤ — ٢ — ٧٣ — هوريو فى تعليقه فى سيريه ١٩١٢ — ٣ — ١٦١ — جوسران ٢ فقرة ٤٥١.

(٢) كولان وكابيتان ٢ ص ١٠.

(٣) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٨٣ ص ٥٣٥.

انظر فى موضوع القوة القاهرة والحادث الفجائى اكسنر (Exner) المسئولية فى عقد النقل ترجمة سليجمان (Séligmann) باريس سنة ١٨٩٢ — بورجوان (Bourgoin) رسالة من ليون سنة ١٩٠٢ — ديفورمانتل (Dufourmantelle) فى القوة القاهرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — ردوان (Redouant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠.

(٤) انظر فى هذا الموضوع برينيه (Brunet) رسالة من اكس سنة ١٩١٧ — سان مارك (Saint-Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ — موري (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ — ردوان (Radouant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — فيو (Fyot) رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ — بريزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ — فواران (Voirin) رسالة من نانسى سنة ١٩٢٢ — لاپير (Lapeyre) بوانيه سنة ١٩٢٣ — مانيان دى بورنيه (Magnan de Bornier) رسالة من مونپلييه سنة ١٩٢٤ — ديجونكير (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ — حامد زكى رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ (فى القانون الانجليزى).

فقد رأينا فى هـذه النظرية الأخيرة أن من شأن القوة القاهرة أن تجعل تنفيـذ التزام المدين مستحيلا ولا تقتصر على جعله مرهقا عسيرا .

وقد كان رجال الكنيسة فى العصور الوسطى يجعلون لهذه الظروف الطارئة التى تجعـل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين أثرا قانونيا . وسلم رجال الفقه الاسلامى بنظرية الحوادث الطارئة فى بعض العقود، ومن ذلك عقد الايجـار حيث يقولون بفسخ الايجـار للعذر[1] . والأساس الذى بنيت عليـه النظرية هو أن يفترض فى كل عقـد شرط ضمنى هو شرط تغـير الظروف (rebus sic stantibus) . ومعنى ذلك أن العقد ينفذ كما هو ما دامت ظروفه الاقتصادية لم تتغير، فاذا تغيرت هذه الظروف تغيرا جوهريا ، بحيث يصبح تنفيذه كما هو جائرا بالنسبة لأحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ عن هذا التغيير المفاجئ فى الظروف الاقتصادية . وقد بقيت نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى العام، وهجرها فقهاء القانون الخاص فى القرون الأخيرة بعد أن انتصروا لنظرية سلطان الارادة[2] .

وقد رجعت نظرية تغير الظروف باسم جديد، فأصبحت تسمى بنظرية الحوادث الطارئة . ولكنها لم تنتصر فى ميـدان القانون الخاص، بل بقيت مقصورة على القانون العـام إلا أنها جاوزت القانون الدولى إلى القانون الادارى .

ونحن نبحث نظرية الحوادث الطارئة فى القانون الإدارى حيث أخذ بهـا، وفى القانون المدنى حيث لم يؤخذ .

---

(١) ينفسخ الايجار للعذر الطارئ فى مذهب الحنفية، وذلك لأن الحاجة تدعو الى الفسخ عنـد العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه با عقد، فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعا من التزام الضرر (البدائع ٤ ص ١٩٧) . والعذر إما أن يرجع للعين المؤجرة، كمن استأجر حماما فى قرية مدة معلومة، فتفر الناس وتمنع الجلاء، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وإما أن يرجع للمؤجر، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة، فيجعل الدين عذرا فى فسـخ الاجارة ، وكذلك لو اشترى شيئا فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ص ٤٦٣) . وإما أن يرجع العذر للمستأجر، نحو أن يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفرا، أو ينتقل من الحرفة الى الزراعة، أو من الزراعة الى التجارة، أو ينتقل من حرفة الى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧)، وكما اذا كانت الاجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعا، تنتقض الاجارة من غير نقض، كما لو استأجر انسانا ليقلع سنه فتقع الأكلة، أو لقلع السن عند الوجع، فبرأت الأكلة وزال الوجع، تنتقض الاجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ — ابن عابدين ٥ ص ٧٦) . وقـد وضع الفقهاء للعذر معيارا مرنا، فقال ابن عابدين (٥ ص ٧٦) "والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ" .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩١ .

§ ١ — نظرية الظروف الطارئة في القانون الادارى

٨٦٣ — كيف طبقت النظرية أثناء الحرب الكبرى — كانت الحرب الأخيرة سببا فى انتعاش نظرية الظروف الطارئة فى القانون الادارى فى فرنسا . وقد صدر حكم ادارى أخذ بهذه النظرية من المحكمة الادارية العليا (مجلس الدولة : Conseil d'Etat) فى قضية ثبت فيها أن شركة الغاز فى مدينة بوردو وجدت نفسها ملزمة بتوزيد الغاز للمدينة بسعر ثمانية سنتيمات ، وقد ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانيـة وعشرين فرنكا للطن فى سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكا فى سنة ١٩١٥ ، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد . ثم أعقب هذا الحكم أحكام كثيرة من القضاء الإدارى بهذا المعنى (٢) .

٨٦٤ — شروط تطبيق النظرية — ويمكن من متابعة القضاء الادارى الفرنسى أن تستخلص الشروط الآتية لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة :

(١) يجب ألا يكون العقد قد نفذ بمجرد نشوئه ، بل وكل أمر تنفيذه إلى المستقبل ، سواء لأنه عقد مستمر أو لأنه عقد فورى مؤجل . لأن اختلال التوازن الاقتصادى وهو محور النظرية ، لايكون إلا إذا تغيرت الظروف الاقتصادية مابين نشوء العقد وتنفيذه . فاذا نشأ العقد ونفذ فى وقت واحد أو فى وقتين متقاربين لم يعد هناك مجال لتغيير الظروف . ويلاحظ أن العقود الاحتمالية وعقود المضاربة لاتطبق عليها النظرية ، ولو وكل أمر تنفيذها إلى المستقبل ، لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو مكسب كبير .

(٢) ويجب أن يقع أمر مفاجئ لم يكن أحد من المتعاقدين يتوقعه ، ولم يكن يستطيع أن يتوقعه الرجل المعتاد ، ويكون من شأن هذا الأمر أن يخل بالتوازن الاقتصادى للعقد .

(٣) ويجب أن يكون هـذا الاختلال قد بلغ حدا جسيما يصبح معه تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا وان لم يصبح مستحيلا (٣) .

---

(١) مجلس الدولة فى ٣٠ يونيه سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ — ٣ — ١٧ .

(٢) مجلس الدولة فى ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ — ٣ — ٢ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٣ — ٣ — ٣٣ — ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٧ — ٣ — ١٠٨ .

(٣) يضاف الى هذه الشروط الشرط المفهوم من المواد ٤٧٤/٥٧٥/١٨٩٥ اذ يقضى القانونان المصرى والفرنسى بأن الشيء المستعار نقودا لزم رده بعين قيمته العددية ، أيا كان اختلاف أسعار المسكوكات الذى حصل بعد =

* ٨٦٥ — **حكم الحوادث الطارئة** — ومتى توافرت هذه الشروط فان أثر الحادث الطارئ لا يكون كأثر القوة القاهرة يقضى التزام المدين، فالفرق بين الاثنين من حيث الشروط يقابله فرق من حيث الأحكام. إذ يشترط فى القوة القاهرة أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، ويكتفى فى الحادث الطارئ أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا. ويترتب على ذلك أن القوة القاهرة تقضى الالتزام فتبرأ ذمة المدين، أما الحادث الطارئ فلا يقضى الالتزام ولا يبرئ ذمة المدين، وإنما يكون سببا لتعديل الالتزام، فينقصه القاضى الى الحد الذى يجعله محتملا، ولا يعنى ذلك أن الانقاص ينزل بالالتزام الى الحد الذى كان يقدره المدين وقت التعاقد، لأن ذلك يجعل الدائن يتحمل كل الخسارة التى سببتها الظروف الطارئة، بل ينقص القاضى الالتزام الى حد معقول، بحيث يجعل هذه الخسارة يتقاسمها كل من الدائن والمدين بنسبة عادلة[1].

* ٨٦٦ — **سبب نجاح النظرية فى القانون الادارى** — ويلاحظ أن القضاء الإدارى فى فرنسا استطاع أن يسير هذا الشوط فى نظرية الظروف الطارئة لسببين: (أولا) ليس هذا القضاء مقيدا بنصوص تشريعية كالقضاء المدنى. فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب الى التشريع، وتيسر له على كل حال أن يماشى تطور الظروف. أما القضاء المدنى فمقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا بكثير من الجهد والتحيل، وهو يعرف القوة القاهرة، ويعرف أن أهم شرط لها هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وإلا فان الالتزام يبقى كما هو دون أن يعدل. فلا يسهل على القضاء المدنى أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئا من المرونة على فكرة القوة القاهرة، ويتدرج بها من المستحيل الى المرهق، ويجعل لكل أمر حكمه. (ثانيا) وهناك سبب آخر سمح للقضاء الادارى أن يأخذ بنظرية الظروف الطارئة. فان الأقضية التى تعرض على هذا القضاء لها صبغة عامة، ولذلك تحرص المحاكم الادارية على أن توفق فى أحكامها بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة وبين المصلحة العامة. فاذا رفعت أمامها قضية مثل قضية شركة الغاز التى أشرنا اليها، وجب أن تحسب حسابا للخدمة العامة التى تقدمها الشركة للجمهور، فلا تأخذ الشركة بالعنت، وإلا

= وقت العارية. ومعنى ذلك أنه لو طرأت ظروف مفاجئة رفعت أو خفضت أسعار المسكوكات الى حد كبير، فلا يعدل العقد بما يتفق مع هذا التغيير فى سعر المسكوكات.

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩٦.

أفلست ، وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل العقد نزولا على حكم الظروف الطارئة . أما القضاء المدنى فأكثر أقضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة ، فليس أمامه هذا الاعتبار الذى يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية الى ما تقتضيه المصلحة العامة .

§ ٢ — نظرية الظروف الطارئة فى القانون المدنى

٨٦٧ — موقف القانون المدنى من هذه النظرية — هذا الفرق بين القضائين الادارى والمدنى هو الذى جعل القضاء المدنى الفرنسى يأبى أن يسلم بالنظرية . وحجته فى ذلك أن تعديل العقد لا يصح أن يكون من عمل القاضى ، بل يجب أن يكون من عمل المتعاقدين[1] . وللقاضى أن يفسخ العقد أو يوقف تنفيذه ، ولكن ليس له أن يعدله .

ويمكن بوجه عام تحديد موقف القانون المدنى من النظرية كما يأتى : الفقه منقسم فى أمرها ، والتشريع لم يأخذ بها إلا فى أحوال معينة ، والقضاء لا يزال على خطته من عدم التسليم بها .

٨٦٨ — موقف الفقه من النظرية — أما فى الفقه فللنظرية أنصار وخصوم . وقد أراد الأنصار أن يدعموا النظرية على أساس المبدأ القاضى بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية ، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين اذا أصبح التزام هذا مرهقا بسبب ظروف طارئة لم تكن فى حسبانه[2] . وأرادوا أيضا أن يفسروها فى ضوء المبدأ القاضى بأن المدين فى التزام تعاقدى لا يدفع تعويضا إلا عن الضرر المتوقع (م ١٢٢/١٨٠/١١٥٠) ، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضررا جسيما لم يكن متوقعا وقت التعاقد[3] . وأرادوا كذلك أن يرجعوها الى مبدأ الاثراء بلا سبب ، فالقاضى بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يغتنى على حساب المدين[4] . وأرادوا عدا ذلك بناءها على نظرية السبب ، فمتى وصل التزام المدين الى حد الارهاق أصبح لا يستند الى سبب كامل ووجب

(١) نقض فرنسى فى ١٧ يونيه سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٥٠٩

(٢) ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٨٤ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

(٣) قارن بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٤ .

(٤) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٥ .

إنقاصه وأرادوا أخيرا اسنادها الى نظـرية سوء استعمال الحق ، فالدائن يسيء اسـتعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقا لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها .

ولكن خصوم النظرية يخشون أن يسلموا بهـا خوفا من تحكم القاضى إذا أعطى له حق تعديل العقد[1] . ويقولون أن حسن النية يقضى بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه لا أن يعدل القاضى هذا الاتفاق . أما عدم التعويض عن الضرر غير المتوقع فهذا حكم لا يطبق إلا فى تقدير التعويض عن خطأ المدين، ولسنا بصدد ذلك فى نظـرية الحوادث الطارئة . ولا يمكن أن يقال فى هذه النظرية أن الدائن قد أثرى بلا سبب فما دام العقد موجودا فهناك سبب للاثراء. كما أن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادى ،ولا استمراره إذا وجد، و إلا لكان الغبن سببا فى بطلان العقـود . ولا يمكن أن يقال أن الدائن يسيء اسـتعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزامه وأبى أن يشترك معه فى خسارة المدين أولى بتحملها ما دام قد رضى أن يتقيد بالعقد لمدة من الزمن[2] .

٨٦٩ — **موقف التشريع من النظرية** — أما التشريع فقـد أخذ فى بعض أحوال معينة بنظرية الحوادث الطارئة . لا سيما على أثر الحرب الكبرى ، كما فعـل المشرع فى مصر وفى فرنسا فى تأجيل الديون (moratorium)، وفى عقود الإيجار، وفى بعض العقود التجارية (قانون فايو: Faillot الصادر فى فرنسا فى ٢١ يناير سنة ١٩١٨[3]) .

* ٨٧٠ — **موقف القضاء من النظرية** — ومهما يكن من عدالة نظرية الحوادث الطارئة ومرونتها ، فان القضاء الفرنسى لم يأخذ بها كما قدمنا . فقـد رفضت محكمة النقض الفرنسية أن تعـدل عقدا يرجع الى القـرن السادس عشر، حيث كان متفقا أن تروى مياه ترعة الأراضى المجاورة فى نظـير مقابل أصبح بعد أن تغـيرت الظروف الاقتصادية تافها كل التفاهة[4] . ورفضت أيضا أن تعدل عقود التأمين ضد خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية

---

(١) انظر فى تفنيد هذه الحجة بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩٥ .

(٢) انظر من بين خصوم نظرية الحوادث الطارئة الأستاذ نبويه (Niboyet) فى مذكراته ص ١٧٦ — ص ١٨٤

(٣) انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩٣ — مذكرات الأستاذ نبويه ص ١٨٩ — ص ١٩٢ .

(٤) نقض فرنسى فى ٦ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ١٨٧٦ — ١ — ١٦١ — انظر أيضا ٨ أغسطس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٤٦ — وقارن تصفيع الحكر (كتاب الايجار المؤلف فقـرة ١٦١ — ص ٢٠٩) .

فى فرنسا بالاقتراع، ثم زيد عدد الجيش الى النصف تقريبا مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالا، فزاد بذلك الخطر الذى تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ[1].

أما القضاء المصرى فهو كالقضاء الفرنسى لا يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة. وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية بأن ارتفاع سعر الأشياء التى تعهد الملتزم بتسليمها الى المتعاقد معه، وتكبده خسائر لم تكن فى حسبانه، لا يخليه من الالتزام بالوفاء، لأن ذلك لا يعد حادثا قهريا يعفيه من المسئولية[2]. ولكن محكمة استئناف مصر الأهلية قضت بعكس ذلك وأخذت بنظرية الظروف الطارئة، وقد ثبت من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من الذرة من نوع مخصوص بسعر معين، فورد بعض ما تعهد به، ثم طالبته المصلحة بتوريد جزء آخر فامتنع، فاضطرت أن تشترى المقدار اللازم لها من السوق بسعر عال جدا، وأخيرا طالبته بفرق الثمن معتبرة إياه ممتنعا عن تنفيذ العقد، فدفع المتعهد بأن صنف الذرة الذى تعهد بتوريده للمصلحة كان نادرا وكاد يكون منعدما فى السوق، وأن الثمن بعد أن كان جنيهين و ٢٥٠ مليما حسب التسعيرة الجبرية التى وضعتها الحكومة ارتفع بغتة الى ما فوق الخمسة الجنيهات بسبب إلغاء التسعيرة بعد التعاقد وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه و إن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهرى، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة وروح الانصاف، فاذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنها فى العقد إخلالا خطيرا، وتجعل التنفيذ مرهقا لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الاحوال، فانه يكون من الظلم احترام العقد فى مثل هذه الظروف، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب، وأن نظرية الطارئ بما لم يكن فى حسبان المتعاقدين

---

(١) نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيريه ١٨٥٦ — ١ — ١٢٩ — انظر أيضا بين الأحكام التى أبت أن تأخذ بنظرية الحوادث الطارئة — نقض فرنسى ١٧ يونيه سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ١٠٩ — ٦ يونيه سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ — ١ — ١٩٣.

(٢) محكمة اسكندرية الكلية الأهلية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ج ٢٨ ص ٢٢٣ رقم ٣/١١٦.

تختلف عن نظرية الحادث الجبرى ، إذ أن هذه تتطلب لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية، وتلك تتطلب استحالة نسبية أو بالأحرى ظرفا يجعل تنفيذ الالتزام أفدح خسارة وأعظم إرهاقا للمدين ، وأن الروح التى أملت نظرية الاثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما هى نفسها التى تملى نظرية احترام الظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد (١) .

ولكن محكمة النقض المدنية لم تأخذ بنظرية الحوادث الطارئة، وكذلك القضاء المختلط لم يأخذ بهذه النظرية (٢) . وقد نقضت محكمة النقض المدنية حكم محكمة الاستئناف المتقدم الذكر ، وقضت بأنه لا ينقضى الالتزام العقدى بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لنشوء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه ، فان كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك ، بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقا للمدين فحسب ، فلا ينقضى الالتزام ، وإذن فالحكم الذى يقرر المساواة بين هذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ فى كليهما ، زعما بأن القانون المصرى ، وان لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقا للمدين ، إلا أنه قد أباح الأخذ بها فى بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الانصاف الى ذلك ، وبأن فى نظريتى الاثراء

---

(١) استئناف مصر الأهلية ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٣ رقم ٤١ — انظر تعليق الدكتور حامد زكى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية .

انظر أيضا محكمة طنطا الاستئنافية فى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٧٧ رقم ٤٢ .

(٢) قضاء المحاكم المختلطة مضطرد على عدم الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة ، وان الالتزام لا ينقضى إلا اذا صار تنفيذه مستحيلا ، أما اذا كان التنفيذ ممكنا فانه يجب القيام به ، حتى لو كان مرهقا للمدين (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨ — ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ١٥٥ — ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٢٠٢ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٢٦٠ — ٧ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤ — ٧ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٦ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧ — ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٨ — ٨ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٦ — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٩ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٨ — ١٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ — محكمة اسكندرية الأهلية المختلطة ٦ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ ص ٢٥٥ رقم ٢٥٦ — قارن استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١) .

على حساب الغير والافراط فى استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر — الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه ، لأن الشارع وإن كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارئ فى بعض الأحيان ، إلا أنه قد استبق زمامها بيده ، يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب ، ولمصلحة العاقدين كليهما ، فما يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه (١) .

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص٧٣٣ رقم ٣٥٩ — مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٢٢١ — ص ١٢٢ . هذا ونلاحظ أن محكمة النقض قد نظرت الى المسألة من ناحية انقضاء الالتزام بالحادث الطارئ فلم تسلم بذلك . وقد رأينا أن نظرية الحوادث الطارئة انما تؤدى الى انتقاص الالتزام لا الى انقضائه ، فهى بهذا الجزاء المناسب نظرية عادلة . وقد سبق القضاء الادارى القضاء المدنى الى الأخذ بها ، كما فعل فى نظرية سوء استعمال الحق ، ولنا أن نتوقع عدول القضاء المدنى عن رأيه ، وكما أنه قد أخذ بنظرية سوء استعمال الحق اقتداء بالقضاء الادارى فمن المتوقع أن يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كذلك .

مراجع الكتاب

لما كانت مراجع الكتاب كثيرة متشعبة، فقد آثرنا أن نفرد كل موضوع بمراجعه . ويجدها القارئ مبينة فى أمكنتها .

ومن الكتب ما أكثرنا من الرجوع اليه، وقد ظهرت منه طبعات متعددة : من ذلك أوبرى ورو وقد رجعنا فى أكثر الأحيان الى الطبعة الخامسة، وجيرار وقد رجعنا الى الطبعة السادسة ، وكولان وكابيتان ورجعنا فيه الى الطبعة الثالثة ، وبلانيول ورجعنا الى الطبعة السادسة .

ورجعنا كذلك على خلاف المعتاد الى مذكرات غير مطبوعة ، ولكنها مذكرات قيمة : من ذلك مذكرات الأستاذ ليفى ايلمان (Lévy-Ulmann) فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ، ومذكرات الأستاذ بارتان (Bartin) فى التمييز بين النصوص الآمرة والنصوص المفسرة ، ومذكرات الأستاذ نبوييه (Niboyet) عن بعض موضوعات فى المسئولية . وهذه المذاكرات تتضمن دروسا ألقيت على طلبة قسم الدكتوراه بجامعة باريس فى سنين مختلفة .

جـــدول الرمـــــوز

م ...../... : المـادة ... من القانون المدنى الأهلى تقابلها المـادة ... من القانون المدنى المختلط .

م : مجموعة التشريع والقضاء المختلط (مثل ذلك استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٧) .

مج : المجموعة الرسمية .

ع : عـــدد .

* : علامة توضع أمام نمرة الفقرة للدلالة على أهمية الموضوع أو على أنه يتضمن مبدأ عاما .

فهرس تحليلي مفصل لموضوعات الكتاب

صفحة		فقرة
	كلمة تمهيدية فى التعريف بالالتزام	
١	تعريف الالتزام تعريفا مبدئيا (فى القانون المصرى)	١
١	تحديد مركز نظرية الالتزامات فى القانون المدنى : الأحوال الشخصية والمعاملات	٢
٢	الحق العينى والحق الشخصى	٣
٣	محاولة هدم التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى	٤
٥	بقاء التمييز ما بين الحق الشخصى والحق العينى قائما	٥
٧	أهمية نظرية الالتزامات وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية : أهمية نظرية الالتزامات وتطورها	٦
٩	تأثر نظرية الالتزامات بالعوامل الاجتماعية	٧
٩	تأثر النظرية بالعوامل الاقتصادية	٨
١٠	تأثر النظرية بالعوامل الخلقية	٩
١١	تعريف القانون الفرنسى للالتزام : مقارنة بالتعريف المصرى ...	١٠
١٢	أصل التعريف الفرنسى	١١
١٣	أركان الالتزام : المحل والسبب	١٢
١٣	الرابطة القانونية	١٣
١٤	المذهبان الشخصى والمادى فى الالتزام : المذهب الشخصى... ...	١٤
١٥	المذهب المادى...	١٥
١٧	ما يترتب من النتائج على المذهب المادى للالتزام	١٦
٢٠	تقدير المذهبين المادى والشخصى...	١٧
٢١	اختيار تعريف للالتزام	١٨
٢٢	ترتيب موضوعات الكتاب	١٩

مصادر الالتزام

مقدمة فى ترتيب مصادر الالتزام

صفحة		فقرة
٢٧	تعريف "مصدر الالتزام"	٢٠
٢٧	الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام	٢١
	§ ١ — من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام	
٢٩	القانون الرومانى	٢٢—٢٦
٣٢	القانون الفرنسى القديم	٢٧—٣٢
٣٧	قانون نابليون	٣٣
	§ ٢ — نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام	
٣٨	رجوع الاعتراض على هذا الترتيب الى عهد قديم	٣٤
٣٨	العهد الأول من النقد : رأى توليه	٣٥—٣٦
٤٠	رأى لاروميير	٣٧
٤١	رأى ديمولومب	٣٨—٣٩
٤٣	العهد الثانى من النقد	٤٠
٤٤	رأى بلانيول	٤١—٤٦
٤٩	رأى كولان وكاپيتان	٤٧—٤٨
٥٠	رأى ديموج	٤٩—٥٠
٥٢	آراء أخرى فى ترتيب مصادر الالتزام	٥١
	§ ٣ — ترتيب مصادر الالتزامات فى القانون المصرى وفى القانون المقارن	
٥٣	القانون المصرى	٥٢
٥٤	القانون المقارن	٥٣
٥٤	القانون الألمانى	٥٤—٥٥
٦٥	القانون السويسرى	٥٦
٥٧	المشروع الفرنسى الايطالى	٥٧
٥٩	القانون الانجليزى	٥٨—٦٢
٦٢	الشريعة الاسلامية	٦٣—٦٨

§ ٤ — أساس منطق اترتيب مصادر الالتزامات

ولمصادر الحقوق بوجه عام

صفحة		فقـــرة
٧٢	تعميم المصادر لتشمل كل الحقوق	٦٩
٧٢	الواقعة القانونية	٧٠
٧٤	أقسام الواقعة القانونية	٧١
٧٤	تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية	٧٢
٧٥	تطبيق الترتيب على حقوق الأسرة	٧٣
٧٥	تطبيق الترتيب على روابط القانون العام	٧٤
٧٦	تطبيق الترتيب على مصادر الالتزام...	٧٥

العقد والارادة المنفردة

مقـــدمة

٧٩	تقســـيم	٧٦

§ ١ — تعريف العقد

٧٩	الاتفـاق	٧٧
٨٠	العقـــد...	٧٨
٨٠	عدم أهمية التمييز بينهما	٧٩
٨٢	القانون المقارن	٨٠
٨٣	المذهبان الشخصى والمـادى فى العقد	٨١ — ٨٤
٨٥	مشتملات العقد	٨٥

§ ٢ — مبدأ سلطان الإرادة

٨٥		٨٦ — ٨٧

(أ) كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة

٨٧	ليس هذا المذهب قانونا طبيعيا	٨٨
٨٧	المذهب فى القوانين القديمة	٨٩
٩٠	المذهب فى القانون الرومانى	٩٠
٩٢	المذهب فى القوانين الجرمانية القديمة	٩١

صفحة فقـــرة

٩٣ المذهب فى العصور الوسطى ... ... ٩٢—٩٣

٩٦ المذهب فى العصور الحديثة ٩٤

(ب) مدى ما وصل اليه مبدأ سلطان الإرادة

٩٨ تقســـيم ٩٥

٩٨ الإرادة هى التى تولد الحق ... ... ٩٦—٩٨

١٠٠ الإرادة هى التى ترتب الأثر ... ... ٩٩—١٠١

(ج) مبدأ سلطان الإرادة (نقد المبدأ)

١٠٢ نقد المبـدأ ١٠٢

١٠٣ تفنيـد النتـائج ... ... ١٠٣—١٠٧

١٠٦ نقد الأساس ... ... ١٠٨—١١٠

(د) انتعاش مبدأ سلطان الإرادة من جديد —
الى أى حدّ تسيطر الإرادة على العقود .

١٠٨ ضرورة الرجوع الى سلطان الإرادة كمبدأ عام ولكن فى حدود معينة ١١١

١٠٩ حدود مبـدأ سلطان الإرادة ... ... ١١٢—١١٣

§ ٣ — تقســـيم العقـــود

١١١ التقسيمات المختلفـة ١١٤

العقد الرضائى والعقد الشكلى والعقد العينى

١١٢ العقد الرضائى (Contrat Consensuel) ... ... ١١٥—١١٦

١١٣ العقد الشكلى (Contrat Solennel) ... ... ١١٧—١١٩

١١٦ العقد العينى (Contrat réel) ... ... ١٢٠—١٢٣

العقد المسمى والعقد غير المسمى

١٢٠ أهمية التقسيم فى القانون الرومانى ... ... ١٢٤—١٢٥

١٢٢ أهمية التقسيم فى القانون الحديث ١٢٦

١٢٢ العقـود المسماة (Contrats nommés) ١٢٧

١٢٣ العقود غير المسماة (Contrats innommés) ... ... ١٢٨—١٢٩

صفحة		فقـــرة
	العقد البسيط والعقد المختلط	
١٢٥	تعريف العقد	١٣٠
١٢٦	معنى هذا التقسيم	١٣١
١٢٧	أهميتـــه	١٣٢
١٢٨	نقـــده	١٣٣
	العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد	
١٢٩	العقـد الملزم للجانبين (Contrat bilatéral synallagmatique)	١٣٤
١٣٠	العقد الملزم لجانب واحد (Contrat unilatéral)	١٣٥
١٣٠	أهمية التمييز بين النوعين	١٣٦
١٣٢	العقد الملزم للجانبين غير التـام (Contrat bilatéral imparfait)	١٣٧
١٣٤	تحويل العقود الملزمة لجانب واحد الى عقود ملزمة للجانبين	١٣٨
	عقد المعاوضـة وعقد التبرع	
١٣٤	عقد المعاوضة (Contrat à titre onéreux)	١٣٩
١٣٥	عقـد التبرع (Contrat à titre gratuit)	١٤٠
١٣٦	الهبـة والتفضـل	١٤١
١٣٧	أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع	١٤١ مكررة
١٣٧	كيف يكون التمييز	١٤٢
	العقد المحـدّد والعقد الاحتمالى	
١٣٩	العقـد المحـدّد (Contrat Commutatif)	١٤٣
١٤٠	العقـد الاحتمالى (Contrat aléatoire)	١٤٤
١٤١	أهمية التمييز بين العقد المحدّد والعقد الاحتمالى	١٤٥
١٤٢	عقـود مختلطة	١٤٦
	العقد الفورى والعقد المستمر	
١٤٢	العقد الفورى (Contrat instantané)	١٤٧
١٤٢	العقد المستمر (Contrat successif)	١٤٨
١٤٢	أهمية التمييز بين العقد الفورى والعقد المستمر	١٤٩

صفحة فقـــرة

العقد الأصلي والعقد التبعي

١٤٣ العقـــد الأصـــلي (Contrat principal)، والعقـــد التبـــعي (Contrat accessoire) ١٥٠

ترتيب البحث في العقد

١٤٤ نظرية العقد في القانون الفرنسي والمصري ١٥١

القســـم الأول — أركان العقد

١٤٧ حصر أركان العقد ١٥٢

البـاب الأول — الرضـاء
(Le Consentement)

١٤٧ وجود الرضاء وصحته ١٥٣

الفصل الأول — وجود الرضاء

١٤٨ التعبير عن إرادتين متوافقتين ١٥٤

الفرع الأول — التعبير عن الإرادة

١٤٩ الإرادة ومظهر التعبير عنها... ... ... ١٥٥

المبحث الأول — كيفية التعبير عن الإرادة

١٥٠ تقســـيم ١٥٦

المطلب الأول — التعبير الصريح والتعبير الضمني
(déclaration expresse et déclaration tacite)

١٥٠ أهمية التفريق بين النوعين من التعبير ١٥٧

١٥٢ التمييز بين التعبير الصريح والتعبير الضمني ١٥٨

١٥٤ بعض تطبيقات عمليـة ١٥٩

المطلب الثاني — السكوت وقيمته في التعبير عن الإرادة

١٥٦ السكوت لا يكون إيجابا وقد يكون قبولا ١٦٠

١٥٧ القاعدة العـامة ١٦١

١٥٩ الاســـتثناءات ١٦٢

١٥٩ ما نص عليه المشرع منها ١٦٣

صفحة		فقرة
١٦٠	ما أقره القضاء منها	١٦٤
١٦٣	حالتان أخريان	١٦٥
١٦٥	القانون المقارن	١٦٦

المبحث الثانى — الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة
(Volonté Interne et déclaration de Volonté)

١٦٧	تمهيد	١٦٧
١٦٨	نظرية الإرادة الباطنة	١٦٨—١٦٩
١٦٩	نظرية الإرادة الظاهرة	١٧٠—١٧٤
١٧٣	التقريب بين النظريتين من الناحية العملية	١٧٥
١٧٦	وجوب استبقاء التمييز بين النظريتين	١٧٦
١٧٨	العيب المشترك بين النظريتين	١٧٧
١٧٨	القانون المقارن	١٧٨

الفرع الثانى — تعدّد الإرادة

١٨٣	تقسيم	١٧٩

المبحث الأول — الإرادة المنفردة
(Volouté unilatérale)

١٨٣	تعريف ونتائج	١٨٠

§ ١ — هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاما

النظريتان الفرنسية والألمانية

١٨٤	النظرية الفرنسية	١٨١
١٨٥	النظرية الألمانية	١٨٢
١٨٦	حجج الفريقين	١٨٣—١٨٤
١٩٠	تقدير نظرية الإرادة المنفردة	١٨٥

§ ٢ — إلى أى حدّ أخذ بالإرادة المنفردة

باعتبارها منشئة للالتزامات

١٩٣	الأحوال التى أخذ فيها بالإرادة المنفردة...	١٨٦
١٩٤	الحالة الأولى : الإيجاب الملزم...	١٨٧—١٨٩

صفحة فقـــرة
١٩٩ الحالة الثانيـة : الوعد بجائزه ... ... ١٩٠ — ١٩١
٢٠١ الحالة الثالثـة : الاشتراط لمصلحة الغير ١٩٢
٢٠٢ الحالة الرابعـة : المؤسسات (fondations) ... ... ١٩٣ — ١٩٤
٢٠٤ الحالة الخامسة : السـندات لحاملها ... ... ١٩٥ — ١٩٦

المبحث الثـانى — النيـابة فى التعاقـد
(Théorie de la représentation)

٢٠٦ النظرية العامة للنيابة ١٩٧
٢٠٧ النيابة الضرورية والنيابة النافعة ١٩٨
٢٠٧ النيابة القانونية والنيابة القضائية والنيابة الاتفاقية ١٩٩
٢٠٨ الأحوال التى لا تجوز فيها النيابة ٢٠٠
٢٠٩ النيـابة والوكالة ٢٠١
٢١٠ النائب يعبر عن إرادته ٢٠٢

§ ١ — شروط تحقق النيابة

٢١١ بيان شروط تحقق النيابة ٢٠٣

(أولا) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

٢١١ النائب والرسول ٢٠٤
٢١٢ النائب والوسيط ٢٠٥
٢١٢ العبرة بإرادة النائب ونيته ٢٠٦
٢١٤ أما الأهلية فينظر فيها للأصيل ٢٠٧

(ثانيـا) استعمال إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة

٢١٦ مجاوزة النائب لحدود النيابة ٢٠٨
٢١٧ إقرار الأصيل لهذه المجاوزة ٢٠٩

(ثالثـا) تعامل النائب مع الغير باسم الأصيل

٢١٨ التعاقد باسم الأصيل ٢١٠
٢٢٠ عدم تعيين الأصيل وقت التعاقد ٢١١

§ ٢ — حكم النيابة

٢٢٠ تقسـيم ٢١٢

صفحة فقـــرة

(أولا) العلاقة فيما بين النائب والغير

٢٢٠ لا يلتحق أثر العقد بالنائب... ... ... ٢١٣

٢٢١ فلا يكسب حقا ٢١٤

٢٢٢ ولا يترتب فى ذمته التزام ٢١٥

(ثانيـا) العلاقة فيما بين النائب والأصيل

٢٢٣ يحدد هذه العلاقة المصدر الذى أنشأ النيابة... ... ... ٢١٦

(ثالثـا) العلاقة فيما بين الأصيل والغير

٢٢٣ يلتحق أثر العقد بالأصيل ٢١٧

٢٢٤ فيعتبر متعاقدا مع الغـير ٢١٨

٢٢٥ ويعتبر الغير متعاقدا معه ٢١٩

المبحث الثالث — تعاقد الشخص مع نفسه

(L'acte juridique avec soi-même - seltscontrahiren)

٢٢٦ نظرة عامة فى الموضوع ... ... ٢٢٠—٢٢١

§ ١ — النيابة عن أحد طرفى العقد

٢٣١ تمييز بين ما إذا كانت نيابته قانونية أو قضائية أو اتفاقية ٢٢٢

٢٣١ النيابة القانونية والقضائية ٢٢٣

٢٣٢ النيابة الاتفاقية ... ... ٢٢٤—٢٢٥

§ ٢ — النيابة عن طرفى العقد معا

٢٣٤ إيضاح ٢٢٦

٢٣٤ النيابة القانونية والقضائيـة ٢٢٧

٢٣٥ النيابة الإتفاقية ٢٢٨

القاعدة التى تستخلص ممـا تقدّم

٢٣٦ بيانهـا ٢٢٩

الفرع الثالث — توافق الارادتين

٢٣٧ نقض التشريعين الفرنسى والمصرى ٢٣٠

صفحة فقـــرة

المبحث الأول — المتعاقدان فى مجلس واحد
(Contrats entre Présents)

٢٣٨ تقسيم ٢٣١

المطلب الأول — صدور الإيجاب

٢٣٨ إيضاح وتقسيم ٢٣٢

§ ١ — الأدوار التى يمر عليها الإيجاب

٢٣٨ المفاوضات ... ... ٢٣٣ — ٢٣٤

٢٤٠ الإيجاب المعلق ... ... ٢٣٥ — ٢٣٨

٢٤٢ الإيجاب البات ٢٣٩

§ ٢ — القوة الملزمة للايجاب

٢٤٣ مسألتان ٢٤٠

الأساس القانونى لقوة الإيجاب الملزمة

٢٤٣ للايجاب قوة ملزمة ٢٤١

٢٤٤ أساسها القانونى : الخطأ التقصيرى ٢٤٢

٢٤٥ الخطأ عند تكوين العقد والإرادة المنفردة ٢٤٣

٢٤٥ العقد المفترض ٢٤٤

٢٤٧ جزاء القوة الملزمة للايجاب ٢٤٥

المدة التى يبقى فيها الإيجاب ملزما

٢٤٨ تحديد هذه المدة ٢٤٦

٢٥١ الالتزام بالإيجاب أثناء المدة ٢٤٧

٢٥٢ عدم الالتزام بالإيجاب بعد انقضاء المدة ٢٤٨

٢٥٣ القبول بعد سقوط الإيجاب ٢٤٩

§ ٣ — حالات خاصة للايجاب

٢٥٤ استعراض الأحوال الأربعة ملخصة ٢٥٠

(١) الإيجاب الصادر للجمهور

٢٥٥ الإيجاب بطريق العرض ٢٥١

صفحة فقـــرة
٢٥٦ الإيجاب بطريق الإعلانات والنشرات ٢٥٢
٢٥٦ احتراف مهنة ٢٥٣
٢٥٧ احتكار تجارة ٢٥٤

(٢) الوعد بجـائزة

٢٥٨ القوانين الحديثة ٢٥٥
٢٥٩ القانون الفرنسى والمصرى ... ... ٢٥٦—٢٥٧
٢٦١ الدعاية من طريق الوعد بجائزة ٢٥٨

(٣) الوعد بالتعاقد

٢٦٢ أمثلة عملية ٢٥٩
٢٦٣ الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائى ٢٦٠
٢٦٤ كيف ينعقد الوعد بالتعاقد ٢٦١
٢٦٦ حكم الوعد بالتعاقد : ينشئ حقا شخصيا ٢٦٢
٢٦٨ تحديد مدة له ٢٦٣
٢٦٩ عدم ظهور رغبة الموعود له ٢٦٤
٢٦٩ ظهور هذه الرغبة ٢٦٥
٢٧٠ حكم التعاقد النهائى ٢٦٦

(٤) الرضاء الموقوف على الإجازة

٢٧٠ وجوب اقتران الإجازة بالرضاء ٢٦٧
٢٧١ متى تصدر الإجازة ٢٦٨

المطلب الثـانى — اقتران القبول بالإيجاب

٢٧٢ تقسيم ٢٦٩

§ ١ — متى يصدر القبول

٢٧٢ صدور القبول وقت قيام الإيجاب ... ... ٢٧٠—٢٧١
٢٧٤ موت الموجب أو فقده الأهلية ٢٧٢
٢٧٥ إفلاس الموجب أو إعساره ٢٧٣
٢٧٥ هلاك الشيء قبل صدور القبول ٢٧٤

صفحة فقـــرة

§ ٢ — كيف يطابق القبول الإيجاب

٢٧٥ قبول الإيجاب كله ٢٧٥

٢٧٧ قبول بعض الإيجاب ٢٧٦

§ ٣ — عقـــود الإذعان

(Contrats d'adhésion)

٢٧٩ معنى عقود الإذعان ٢٧٧

٢٨٠ دائرة هذه العقود ٣٧٨

(أولا) من حيث التكوين

٢٨١ الإيجاب فى عقود الإذعان ٢٧٩

٢٨٢ القبول فى عقود الإذعان ٢٨٠

(ثانيـا) من حيث الآثار

٢٨٣ طبيعة عقود الإذعان ٢٨١

٢٨٣ عقود الإذعان مركز قانونى منظم ٢٨٢

٢٨٤ عقد الإذعان عقد حقيقى ٢٨٣

٢٨٦ القضاء فى فرنسا وفى مصر ٢٨٤

المبحث الثـانى — المتعاقدان لايجمعها مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)

(Contrat par correspondance, ou entre absents)

٢٨٨ تحديد الموضوع ٢٨٥

٢٩٠ تطبيق قواعد التعاقد فيما بين حاضرين ٢٨٦

١٩٠ الملاحظة الأولى : التعاقد بطريق التليفون ٢٨٧

٢٩١ الملاحظة الثانية : وقوع غلط فى نقل إرادة أحد المتعاقدين ٢٨٨

٢٩٢ الوقت والمكان فى التعاقد بالمراسلة ٢٨٩

المطلب الأول — الوقت الذى يتم فيه العقد بالمراسلة

٢٩٣ أهمية تحديد الوقت ٢٩٠

§ ١ — الآراء المختلفة فى تحديد الوقت الذى يتم فيه العقد

٢٩٣ انقسام الآراء ٢٩١

صفحة فقـــرة

(أ) الفقـــه

٢٩٣ ٢٩٢ نظريات أربع ... ...

٢٩٤ ٢٩٣ نظرية إعلان القبول ... ...

٢٩٥ ٢٩٤ نظرية تصدير القبول ... ...

٢٩٦ ٢٩٥ نظرية استلام القبول ... ...

٢٩٦ ٢٩٦ نظرية العلم بالقبول ... ...

(ب) القضـاء

٢٩٨ ٢٩٧ القضاء فى فرنسا ... ...

٢٩٩ ٢٩٨ القضاء فى مصر ... ...

(ج) القوانين الأجنبية

٣٠٠ ٢٩٩ القانون الألمـانى ... ...

٣٠٠ ٣٠٠ قانون الالتزامات السويسرى ... ...

٣٠٠ ٣٠١ المشروع الفرنسى الإيطالى ... ...

٣٠١ ٣٠٢ القـانون الإنجليزى ... ...

٣٠١ ٣٠٣ الشريعة الإسلامية ... ...

نظرة فى الخلاف المتقدم

٣٠٢ ٣٠٤ وجوب اتباع إرادة الموجب وافتراض أنه أراد العـلم بالقبول ...

٣٠٣ ٣٠٥ تعديل التشريع المصرى ... ...

§ ٢ — النتائج التى تترتب على تحديد الوقت الذى يتم فيه العقد

٣٠٤ ٣٠٦ مقارنة نظرية العلم بنظرية الإعلان ... ...

(أ) من حيث تكوين العقد

٣٠٤ ٣٠٧ التفريق تبعا للأخذ بنظرية العلم بالقبول أو إعلان القبول ... ...

(ب) من حيث الآثار التى تترتب على العقد

٣٠٦ ٣٠٨ وجوب الاختيار بين نظريتى العلم أو الإعلان ... ...

٣٠٦ ٣٠٩ فيما بين المتعاقدين ... ...

٣٠٨ ٣١٠ بالنسبة للغير ... ...

صفحة فقـــرة

المطلب الثانى — المكان الذى ينشأ فيه العقد بالمراسلة

٣٠٩ تحديد المكان لا يتبع حتما تحديد الوقت ٣١١
٣٠٩ أمثـلة على اتفاق التحديدين ٣١٢
٣١٠ أمثلة على اختلاف التحديدين ٣١٣
٣١٢ مكان التعـاقد بالتليفون ٣١٤

الفصل الثـانى — صحة الرضاء

٣١٢ الأهلية وعيوب الرضاء ٣١٥

الفرع الأول — الأهليـــة
(La capacité)

٣١٣ النصوص القانونية ٣١٦

المبحث الأول — النظرية العامة للأهلية

٣١٤ أهلية الوجوب وأهلية الأداء ٣١٧

§ ١ — أهلية الوجوب

٣١٥ تعريف أهلية الوجوب ٣١٨
٣١٥ أهلية الوجوب الكاملة والقاصرة والمعدومة ٣١٩

§ ٢ — أهلية الأداء

٣١٧ تعريف أهلية الأداء ٣٢٠
٣١٨ أهلية الأداء الكاملة ٣٢١
٣١٩ أهلية الأداء القاصرة ٣٢٢
٣١٩ أهلية الأداء المعدومة ٣٢٣
٣٢٠ أحكام عامة فى الأهليـة ٣٢٤

المبحث الثانى — أحكام الأهلية فى الشريعة الإسلامية
وقانون المجالس الحسبية

٣٢ العوامل التى تتأثر بها الأهلية ٣٢٥

المطلب الأول — تأثر أهلية الأداء بالسنّ

٣٢٣ الأدوار الطبيعية فى حياة الإنسان ٣٢٦

صفحة فقـرة
٣٢٣ الجنين ٣٢٧
٣٢٤ الصبى غير المميز ٣٢٨
٣٣٠ الصبى المميز ٣٢٩
٣٣٣ البالغ الرشيد ٣٣٠
المطلب الثانى — تأثر أهلية الأداء بعوامل أخرى غير السنّ
(عوارض الأهليـــة)
٣٣٦ حصر عوارض الأهليـة ٣٣١
٣٣٦ المجنون ٣٣٢
٣٣٨ المعتـــوه ٣٣٣
٣٣٩ الســـفيه ٣٣٤
٣٤٢ ذو الغفـــلة ٣٣٥
٣٤٣ المفقـــود ٣٣٦
٣٤٥ المحكوم عليه بعقوبة جنائية ٣٣٧
الفـــرع الثانى — عيـــوب الرضـاء
(Vices du Consentement)
٣٤٦ النصوص القانونية : الرضاء غير الموجود والرضاء المعيب ٣٣٨
٣٤٧ الوجهة المـادية والوجهة النفسية فى عيوب الرضاء ٣٣٩
٣٤٨ اتصال نظرية عيوب الرضاء بنظرية ســلطان الإرادة ٣٤٠
٣٤٩ تعـداد عيوب الإرادة ٣٤١
المبحث الأوّل — الغلـــط
(Erreur)
٣٤٩ النصوص القانونيـة ٣٤٢
المطلب الأوّل — النظرية التقليدية فى الغلط
تقسيم الغلط الى ثلاثة أنواع
٣٥١ نظرية تقسيم الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد الى ثلاثة أنواع... ٣٤٣
٣٥١ غلط يبطل العقـد بطلانا مطلقا ٣٤٤

صفحة		فقرة
٣٥٣	غلط يبطل العقد بطلانا نسبيا	٣٤٥
٣٥٣	غلط لا يؤثر فى صحة العقد...	٣٤٦
	المطلب الثانى	
	(أ) نقد النظرية التقليدية	٣٤٧
٣٥٥	نظريتان متطرفتان	٣٤٨
٣٥٥	الغلط لا يبطل العقد إلا بطلانا نسبيا	٣٤٩
٣٥٦	الغلط لا يبطل العقد إلا بطلانا مطلقا	٣٥٠
٣٥٦	نقد هاتين النظريتين	٣٥١
	(ب) النظرية الجديدة فى الغلط	
٣٥٨	استبعاد الغلط الذى يبطل العقد بطلانا مطلقا	٣٥٢
٣٥٨	معيار "الغلط الدافع" فى الأحوال الأخرى من الغلط	٣٥٣
٣٦٠	(١) الغلط فى الشيء موضوع الالتزام	٣٥٤
٣٦٢	تطور الفقه الفرنسى "عهود ثلاثة"	٣٥٥
٣٦٤	القضاء الفرنسى	٣٥٦
٣٦٥	الفقه والقضاء فى مصر	٣٥٧
٣٦٨	الغلط فى الشيء والعيب الخفى فيه	٣٥٨
٣٧١	(٢) الغلط فى شخص المتعاقد (erreur sur la personne) ...	٣٥٩
٣٧٢	تطبيق معيار "الغلط الدافع"...	٣٦٠
٣٧٣	الغلط فى صفات الشخص الجوهرية	٣٦١
٣٧٤	الوقوف عند الصفات الجوهرية وعدم التوسع فى ذلك...	٣٦٢
٣٧٥	الغلط فى الباعث (erreur sur le motif, le mobile)	٣٦٣
٣٧٦	أمثلة على الغلط فى الباعث	٣٦٤
٣٧٦	(٤) الغلط فى القيمة (erreur sur la valeur)	٣٦٥
	(ج) الغلط الفردى والغلط المشترك	
	(erreur unilatérale et erreur commune)	
٣٧٨	نظرية الغلط المشترك وتفنيدها...	٣٦٦
٣٧٩	نظرية الغلط المشترك لاتتمشى مع المنطق	٣٦٧

صفحة		فقرة
٣٨٠	ولا مع العدالة	٣٦٨
٣٨٠	وليست ضرورية لاستقرار المعاملات	٣٦٩
٣٨٣	تطبيق نظرية الغلط الفردى	٣٧٠
	(ء) الغلط فى الوقائع والغلط فى القانون (erreur de fait et erreur de droit)	
٣٨٥	الغلط فى القانون يؤثر فى صحة العقد فى فرنسا	٣٧١
٣٨٦	وفى مصر...	٣٧٢
٣٨٧	مجال تطبيق قاعدة "الجهل بالقانون لا يقبل عذرا"	٣٧٣
٣٨٨	أمثلة على الغلط فى القانون...	٣٧٤
	المبحث الثانى — التدليس (Le dol)	
٣٩٠	النصوص القانونية	٣٧٥
	المطلب الأول — النظرية التقليدية فى التدليس	
٣٩١	شروط التدليس	٣٧٦
	§ ١ — استعمال طرق احتيالية	
٣٩٢	العنصر المادى والعنصر المعنوى	٣٧٧
	(ا) العنصر المادى	
٣٩٣	الطرق الاحتيالية	٣٧٨
٣٩٤	مجرد الكذب	٣٧٩
٣٩٦	مجرد الكتمان	٣٨٠
	(ب) العنصر المعنوى	
٣٩٨	نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع	٣٨١
	§ ٢ — التدليس هو الدافع الى التعاقد	
٤٠٠	معيار "التدليس الدافع" معيار نفسى	٣٨٢
٤٠١	التدليس التالى للعقد والتدليس أثناء التعاقد...	٣٨٣
٤٠٢	التدليس الدافع والتدليس غير الدافع	٣٨٤
٤٠٣	التمييز بين التدليس والغلط	٣٨٥

صفحة فقـــرة

§ ٣ — التدليس صادر من المتعاقد الآخر

٤٠٤ تناقض النصوص فى القانون المصرى ... ... ٣٨٦ — ٣٨٧
٤٠٨ صراحة النص فى القانون الفرنسى ٣٨٨
٤٠٨ نقد الشرط القاضى بصدور التدليس من المتعاقد الآخر ٣٨٩
٤١٠ عمـل الفقه والقضاء فى فرنسا على هدم هـذا الشرط بالاكثار من الاستثناءات فيه ٣٩٠
٤١٣ استثناء آخر : علم المتعاقد الآخر بالتدليس أو استطاعته العلم به ... ٣٩١
٤١٤ ماذا يبقى من القاعدة بعد هذه الاستثناءات... ... ... ٣٩٢

المطلب الثـانى — نقد النظرية التقليدية فى التدليس

٤١٤ تمشى النظرية التقليدية للتدليس مع النظرية التقليدية للغلط ٣٩٣
٤١٤ البطلان للغلط دون التدليس والبطلان للتدليس دون الغلط ٣٩٤
٤١٥ نظرية الغلط الحديثة تغنى عن نظرية مستقلة للتدليس ٣٩٥
٤١٥ امتزاج التدليس بالغلط ٣٩٦
٤١٦ البطلان للتدليس يكون بطلانا للغلط ٣٩٧
٤١٦ أهمية التدليس اذا صحب الغلط ٣٩٨

المبحث الثـالث — الاكـراه

(La violence)

٤١٨ النصوص القانونية ٣٩٩

المطلب الأول — النظرية التقليدية فى الإكراه

٤١٩ الإكراه الذى يفسد الرضاء والإكراه الذى يعدمه ٤٠٠
٤٢٠ شروط الإكراه ٤٠١

§ ١ — استعمال وسائل الإكراه

٤٢٠ العنصران المـادى والمعنوى ٤٠٢

(١) العنصر المـادى

٤٢١ الإكراه الحسى والإكراه النفسى ٤٠٣
٤٢٢ الشوكة والنفوذ الأدبى (Crainte revérentielle) ٤٠٤

صفحة فقـــرة

٤٢٤ الإكراه الصادر من الغير ٤٠٥

(ب) العنصر المعنوى

٤٢٥ نية انتزاع الرضاء ٤٠٦

٤٢٦ استعمال وسائل غير مشروعة ٤٠٧

§ ٢ — التهديد بخطر حال على النفس أو على المـال

٤٣٠ الخطر يهدّد المتعاقد نفسـه ... ... ٤٠٨—٤٠٩

٤٣١ الخطر يهدّد الغير ٤١٠

§ ٣ — الخطر جسيم بحيث يدفع الى التعاقد

٤٣٣ الخلط بين المعيار النفسى والمعيار المـادى ٤١١

٤٣٣ محاولة التوفيق بين المعيارين ٤١٢

٤٣٤ وجوب الأخذ بالمعيار النفسى ٤١٣

٤٣٥ تطبيق المعيار النفسى ٤١٤

٤٣٦ وجوب الأخذ به فى مصر ٤١٥

المطلب الثـانى — نقد النظرية التقليدية فى الإكراه

٤٣٧ تقـدّم نصوص القـانون المصرى فى عيوب الرضـاء عن نصوص القانون الفرنسى ٤١٦

٤٣٧ وجوب الاقتصار على معيار الإكراه ٤١٧

٤٣٨ عدم ضرورة الشروط الأخرى ٤١٨

٤٣٨ وعدم صحة كثير منهـا ٤١٩

٤٣٨ فقد يكون مجرّد النفوذ الأدبى كافيا لتحقيق الإكراه... ... ... ٤٢٠

٤٣٩ وقد يتحقق الإكراه ولو تهيأت ظروفه مصادفة ٤٢١

٤٤٢ والعبرة ليست بالوسائل المشروعة بل بالغرض المشروع ٤٢٢

٤٤٢ وقد يتحقق الإكراه ولو وقع على غير الأشخاص الذين عدّدتهم المـادة ١١١٣ من القانون المدنى الفرنسى... ... ... ٤٢٣—٤٢٤

المبحث الرابع — الغبن

(La lésion)

٤٤٥ النصوص القانونية ... ... ٤٢٥—٤٢٦

صفحة فقـــرة

المطلب الأول — النظرية العامة للغبن

٤٤٦ تعريف الغبن ٤٢٧

٤٤٧ الغبن باعتباره مسألة اجتماعية ... ... ٤٢٨—٤٣٠

٤٤٩ النظرية المادية والنظرية الشخصية فى الغبن ... ... ٤٣١—٤٣٢

المطلب الثانى — الغبن فى القانونين المصرى والفرنسى

٤٥٢ مميزات نظرية الغبن فى القانونين المصرى والفرنسى ٤٣٣

٤٥٤ الحالات التى يحرم القانون فيها الغبن ٤٣٤

٤٥٥ الغبن فى عقد البيع ٤٣٥

٤٥٨ الغبن الذى يلحق القاصر ومن فى حكمه ٤٣٦

٤٥٩ الغبن فى إيجار أعيان الوقف ٤٣٧

٤٥٩ الغبن فى فوائد النقود ٤٣٨

٤٦٠ الغبن فى عقد الشركة ٤٣٩

٤٦١ الغبن فى عقد الوكالة ٤٤٠

٤٦١ حالات أخرى فى الغبن ٤٤١

الباب الثانى — المحل والسبب

٤٦٣ المحل والسبب ركنان فى الالتزام لا فى العقد ٤٤٢

الفصل الأول — محل الالتزام

(objet de l'obligation)

٤٦٤ النصوص القانونية ٤٤٣

٤٦٤ تعريف محل الالتزام وتحديده ٤٤٤

٤٦٥ الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام ٤٤٥

٤٦٦ عدم مخالفة المحل للنظام العام ولا للآداب ٤٤٦

الفرع الأول — الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام

٤٦٦ تحديد ٤٤٧

المبحث الأول — المحل ممكن أو موجود

٤٦٦ تقسيم ٤٤٨

صفحة		فقـــرة
٤٦٧	قاعدة "لا التزام بمستحيل" (àl 'impossible nul n'est tenu)	٤٤٩
٤٦٧	الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، والاستحالة السابقة والاستحالة اللاحقة	٤٥٠
٤٦٨	الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية	٤٥١
٤٦٩	الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية ، والاستحالة الدائمة والاستحالة المؤقتة...	٤٥٢
	المطلب الثانى — المحل الموجود	
٤٧٠	المحل لم يوجد أصلا	٤٥٣
٤٧١	المحل وجد ثم هلك	٤٥٤
٤٧٢	المحل لم يوجد ولكنه يوجد فى المستقبل (المحل المستقبل)	٤٥٥
٤٧٤	التعامل فى تركة مستقبلة (pactes sur successions futures)	٤٥٦
٤٧٩	بيع المحصولات المستقبلة	٤٥٧
٤٨٠	رهن العقارات المستقبلة رهنا رسميا	٤٥٨
	المبحث الثانى — المحل معين أو قابل للتعيين	
٤٨١	تحديد طبيعة المحل	٤٥٩
٤٨١	تعيين العمل أو الامتناع عن العمل	٤٦٠
٤٨٢	تعيين الشيء موضوع الحق العينى	٤٦١
٤٨٢	الشيء معين بالذات	٤٦٢
٤٨٢	الشيء غير معين بالذات	٤٦٣
	المبحث الثالث — فى المحل مصلحة شخصية للدائن	
٤٨٤	ضرورة وجود مصلحة للدائن...	٤٦٤
٤٨٤	وجوب أن تكون هذه المصلحة شخصية للدائن	٤٦٥
٤٨٥	جواز أن تكون المصلحة أدبية	٤٦٦
	المبحث الرابع — المحل قابل للتعامل فيه (dans le commerce)	
٤٨٧	متى يعتبر المحل غير قابل للتعامل فيه	٤٦٧

صحة فقـــرة

٤٨٧ ما يرجع لطبيعة المحل ٤٦٨
٤٨٧ ما يرجع للغرض الذى خصص له الشيء ٤٦٩
٤٨٨ ما يرجع لعـدم المشروعية ٤٧٠

الفرع الثـانى — النظام العـام والآداب
(L'ordre public et les bonnes mœurs)
أو مشروعية المحل (Carnctère licite de l'objet)

٤٩٠ معنى اعتبار القاعدة من النظام العام ٤٧١
٤٩١ النص على اعتبار قاعدة من النظام العام ٤٧٢
٤٩٢ ما هو النظام العام ٤٧٣
٤٩٢ النظام العام فكرة نسبية ٤٧٤
٤٩٣ علاقة النظام العام بالمذهب الاشتراكى ٤٧٥
٤٩٣ إيراد تطبيقات على النظام العام ٤٧٦

المبحث الأول — الاتفاقات التى تخالف النظام العام

٤٩٤ نظرات مختلفة فى تحديد النظام العام ٤٧٧

المطلب الأول — روابط القانون العام

٤٩٦ أنواع هذه الروابط ٤٧٨

روابط القانون الدستورى

٤٩٦ تمثيل لهذه الروابط ٤٧٩

الحـــرّيات العـامة

٤٩٧ الحرّية الشخصية وحرية الإقامة وحرية الزواج وحرية الإيصاء ... ٤٨٠
٥٠٠ حرمة النفس والحرمة الأدبية ٤٨١
٥٠٠ حرية الدين والاعتقاد ٤٨٢
٥٠٠ حرية الاجتماع ٤٨٣
٥٠١ حرية العمل والتجارة ٤٨٤

النظـــم الإدارية

٥٠٤ المبدأ وتطبيقه على الموظف ٤٨٥

صفحة فقـــرة

النظام القضـائى

٥٠٦ حق التقاضى واختصاص المحـاكم ٤٨٦

٥٠٧ قواعد الإثبـات ٤٨٧

النظم المـالية للدولة

٥١٠ القوانين التى تفرض الضرائب ٤٨٨

٥١١ القوانين التى تنظم النقد والعملة ٤٨٩

القوانين الجنائيـــة

٥١٦ المبدأ وتطبيقه ٤٩٠

المطلب الثـانى — روابط القانون الخاص

٥١٨ تقسـيمها إلى روابط متعلقة بالأحوال الشخصـية وروابط داخلة فى دائرة المعاملات المـالية ٤٩١

§ ١ — الأحوال الشخصية

٥١٨ بعض روابط الأحوال الشخصية ٤٩٢

٥١٩ الحالة المدنية ٤٩٣

٥١٩ الأهليـــة ٤٩٤

٥٢٠ علاقة الشخص بأفراد أسرته ٤٩٥

§ ٢ — المعاملات المـالية

٥٢١ بعض روابط المعاملات المـالية ٤٩٦

٥٢١ المبادئ الأساسية التى يقوم عليها النظام الاقتصادى ٤٩٧

٥٢٥ الأحكام التى تكفل حماية الغير حسن النية ٤٩٨

٥٢٦ القواعد التى تقضى بحمـاية الجانب الضعيف ٤٩٩

٥٢٨ الحدود التى تمنع الشخص من التورط فى أمر مستقبله ٥٠٠

المبحث الثـانى — الاتفاقات التى تخالف الآداب

٥٢٨ تحديد القواعد المتعلقة بالآداب ٥٠١

٥٢٩ العلاقات الجنسية ٥٠٢

٥٣٠ بيوت الدعـارة ٥٠٣

صفحة فقـــرة
٥٣١ المقـامرة ٥٠٤
٥٣٣ كسب المـال من طريق غير شريف ٥٠٥
٥٣٣ عدم الذمة فى المعاملة وخديعة الناس ٥٠٦

الفصل الثـانى — سبب الالتزام
(La cause de l'obgliation)

٥٣٥ النصوص القانونية ٥٠٧
٥٣٦ تعريف السبب وقصره على الالتزام التعاقدى ٥٠٨

الفرع الأول — كيف نشأت نظرية السبب

٥٣٧ القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ٥٠٩

المبحث الأول — نظرية السبب فى القانون الرومانى

٥٣٧ السبب فى العقود الشكلية ٥١٠
٥٣٨ السبب فى العقود الرضائية ٥١١
٥٣٩ السبب فى العقود غير المسماة وفى عقد انظار المدين ٥١٢
٥٤٠ السبب فى التبرعات ٥١٣
٥٤٠ موقف القانون الرومانى من نظرية السبب ٥١٤

المبحث الثانى — نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم

٥٤١ تدرّج نظرية السبب فى القانون الفرنسى القـديم ٥١٥
٥٤١ نظرية السبب قبل دوما ٥١٦
٥٤٣ نظرية السبب من عهد دوما ٥١٧

الفرع الثـانى — النظرية التقليدية فى السبب

٥٤٤ النظرية وتقسيم مباحثها ٥١٨

المبحث الأول — تحديد معنى السبب

٥٤٤ أنواع السبب ٥١٩
٥٤٤ السبب الإنشائى ٥٢٠
٥٤٥ البـاعث ٥٢٢
٥٤٦ السبب فى العقود الملزمة لجانبين ٥٢٣

صحفة		فقـــرة
٥٤٦	السبب فى العقود الملزمة لجانب واحد	٥٢٤
٥٤٧	السبب فى عقود التبرع	٥٢٥
٥٤٧	خصائص السبب	٥٢٦
	المبحث الثانى — شروط صحة السبب	
٥٤٨	بيانها	٥٢٧
	§ ١ — كون السبب حقيقيا غير كاذب	
٥٤٨	علاقة السبب بعيوب الرضاء	٥٢٨
٥٤٩	السبب الكاذب (fausse cause)	٥٢٩
٥٥٠	السبب غير الموجود	٥٣٠
	§ — ٢ كون السبب مشروعا	
٥٥٤	السبب المشروع وتميزه عن المحل المشروع	٥٣١
	الفرع الثالث — نقد النظرية التقليدية . النظرية الحديثة	
	السبب فى القانون المقارن	
٥٥٨	خصوم السبب (anticausalistes) وأنصار السبب (causalistes)	
	ونظرية القضاء	٥٣٢
	المبحث الأول — نقد النظرية التقليدية	
٥٥٨	خصوم السبب	٥٣٣
٥٥٩	نقد الأستاذ إرنست	٥٣٤
٥٦٠	نقد الأستاذ بلانيول	٥٣٥
	المبحث الثانى — دفاع أنصار نظرية السبب	
٥٦٢	دفاع الأستاذ كابيتان	٥٣٦
٥٦٢	العقد الملزم للجانبين	٥٣٧
٥٦٥	العقد الملزم لجانب واحد	٥٣٨
٥٦٥	العقد العينى	٥٣٩
٥٦٦	التبرع	٥٤٠
٥٦٧	مقارنة نظرية الأستاذ كابيتان فى السبب بالنظرية التقليدية	٥٤١

صفحة فقـــرة
٥٦٧ اتفاق نظرية الأستاذ كابيتان مع النظرية التقليدية ٥٤٢
٥٦٨ انحراف نظرية الأستاذ كابيتان عن النظرية التقليدية ٥٤٣
المبحث الثالث – النظرية الحديثة في السبب : نظرية القضاء
٥٦٩ السبب هو الباعث الدافع إلى الالتزام ٥٤٤
تطبيق النظرية الحديثة على أنواع العقود المختلفة
٥٧٠ بيان أنواع العقود المختلفة ٥٤٥
٥٧٠ العقود الملزمة للجانبين ٥٤٦
٥٧٣ العقود العينية ٥٤٧
٥٧٣ التبرعات ٥٤٨
إثبات السبب
٥٧٦ عدم ذكر السبب في الالتزام ٥٤٩
٥٧٨ ذكر السبب في الالتزام ٥٥٠
٥٨٠ إثبات صورية السبب ٥٥١
٥٨٠ إثبات عدم مشروعية السبب ٥٥٢
٥٨٢ إثبات علم الدائن بالسبب ٥٥٣
§ ٣ – نظرية السبب في القانون المقارن
٥٨٣ نظرتان للسبب : نظرة شخصية ونظرة مادية ٥٥٤
(ا) النظرة الشخصية (القوانين اللاتينية)
٥٨٣ القانونان الفرنسي والمصري ٥٥٥
٥٨٣ القانونان الإيطالي والمشروع الفرنسي الإيطالي ٥٥٦
٥٨٤ القوانين اللاتينية الأخرى... ... ... ٥٥٧
(ب) النظرة المادية
(القوانين الجرمانية والقانون الإنجليزي والشريعة الإسلامية)
٥٨٥ القوانين الجرمانية (الالتزام المسبب والالتزام المجرد) ٥٥٨
٥٨٥ الالتزام المسبب (promesse causée) ٥٥٩
٥٨٦ الالتزام المجرد (promesse abstraite) ٥٦٠

صفحة فقـــرة
٥٩٠ القانون الإنجليزى ٥٦١
٥٩٢ الشريعة الإسلامية ٥٦٢

القسم الثانى — أحكام العقد

٥٩٧ تعريف وتقسيم ٥٦٣

الباب الأوّل — انحلال القوّة الملزمة للعقد

(dissolution du contrat)

٥٩٩ أسباب انحلال العقد ٥٦٤

الفصل الأوّل — بطلان العقد

٦٠١ النصوص القـانونية ٥٦٥
٦٠١ اضطراب نظرية البطلان ٥٦٦
٦٠١ التمييز بين بطلان العقد وعدم سريانه على الغير ٥٦٧
٦٠٢ ترتيب البحث ٥٦٨

الفرع الأوّل — تقسيم البطلان إلى بطلان مطلق و بطلان نسبى

النظرية التقليدية فى البطلان

٦٠٢ مراتب البطلان الثلاث ٥٦٩

§ ١ — التقسيم الثلاثى للبطلان

٦٠٢ الأصل التاريخى للنظرية التقليدية ٥٧٠
٦٠٣ النظرية التقليدية فى التقسيم الثلاثى للبطلان ٥٧١

§ ٢ — الانتقادات التى وجهت إلى التقسيم الثلاثى للبطلان

٦٠٥ أهمها نوعان من الانتقاد ٥٧٢
٦٠٦ هدم التمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق ٥٧٣
٦٠٧ تنوّع مراتب البطلان ومرونة هذا التنوّع ٥٧٤

§ ٣ — التقسيم الثنـائى للبطلان

بطلان مطلق و بطلان نسبى

٦٠٨ عدم تحديد نظرية تنوّع البطلان ٥٧٥

صفحة		فقرة
٦٠٩	وجوب هدم التمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق (التقسيم الثنائي للبطلان	٥٧٦
٦٠٩	تحديد البطلان المطلق	٥٧٧
٦١٠	تحديد البطلان النسبي	٥٧٨
٦١٢	القانون المقارن في تدرج البطلان	٥٧٩
	الفرع الثاني — أحكام البطلان المطلق والبطلان النسبي	
٦١٥	مقارنة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي	٥٨٠
	المبحث الأول — أثر العقد الباطل	
٦١٧	البطلان المطلق	٥٨١
٦١٧	البطلان النسبي	٥٨٢
٦١٨	كيف ينتج العقد الباطل أثرا قانونيا	٥٨٣
٦١٨	التمييز بين الآثار العرضية والآثار الجوهرية	٥٨٤
	المطلب الأول — الآثار العرضية للعقد الباطل	
٦١٩	استعراض بعض هذه الآثار	٥٨٥
٦٢٢	نظريتان ألمانيتان	٥٨٦
	§ ١ — نظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo)	
٦٢٢	أمثلة للخطأ عند تكوين العقد	٥٨٧
٦٢٤	كيف صاغ ايرنج نظرية الخطأ عند تكوين العقد	٥٨٨
٦٢٥	نظرية إيرنج في الخطأ عند تكوين العقد	٥٨٩
٦٢٨	نظرية الخطأ عند تكوين العقد في القانون الألماني	٥٩٠
٦٣٠	نظرية الخطأ عند تكوين العقد في القانون الفرنسي	٥٩١
٦٣١	نظرية الخطأ عند تكوين العقد في القانون المصري	٥٩٢
٦٣٢	تقدير نظرية الخطأ عند تكوين العقد	٥٩٣
	٢ — نظرية تحول العقد (Conversion du contrat)	
٦٣٤	أصل هذه النظرية	٥٩٤

صفحة		فقرة
٦٣٤	أمثلة على تحوّل العقد	٥٩٥
٦٣٥	شروط تحوّل العقد	٥٩٦
٦٣٦	التكييف القانوني لتحوّل العقد	٥٩٧
٦٣٨	تحوّل العقد في القانون الألماني	٥٩٨
٦٣٨	تحوّل العقد في القانون المصري والفرنسي	٥٩٩

المطلب الثاني — الآثار الجوهرية للعقد الباطل

٦٤٠	آثار وقتية وآثار دائمة	٦٠٠
٦٤١	الزواج الظني (mariage putatif)	٦٠١
٦٤١	الشركة الواقعية (société de fait)	٦٠٢
٦٤٤	أحوال أخرى يبررها حسن النية واستقرار المعاملات	٦٠٣
٦٤٥	متى ينتج العقد الباطل أثرا حقيقيا	٦٠٤

المبحث الثاني — تقرير البطلان

٦٤٥	مقارنة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من حيث تقرير البطلان	٦٠٥

§ ١ — كيف يتقرر البطلان

٦٤٦	البطلان المطلق	٦٠٦
٦٤٧	البطلان النسبي	٦٠٧

§ ٢ — من يتمسك بالبطلان

٦٤٩	البطلان المطلق	٦٠٨
٦٥٠	البطلان النسبي	٦٠٩

§ — أثر تقرير البطلان

٦٥٢	لا فرق بين النوعين من البطلان من حيث الأثر	٦١٠

(أولا) فيما بين المتعاقدين

٦٥٢	زوال كل أثر للعقد	٦١١
٦٥٣	البطلان المطلق لعموم المشروعية	٦١٢
٦٥٨	البطلان النسبي لنقص الأهلية	٦١٣

صفحة فقـــرة

(ثانيـا) بالنســبة للغير

٦٦١ تأثر حق الغـير بالبطلان ٦١٤

٦٦٢ عدم تأثر حق الغـير بالبطلان استثناء ٦١٥

المبحث الثالث — إجازة العقد الباطل

٦٦٤ مقارنة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من حيث الإجازة ... ٦١٦

§ ١ — البطلان المطلق

٦٦٦ العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ٦١٧

٦٦٧ ولكن يجوز عمله من جديد ٦١٨

§ ٢ — البطلان النسبي

٦٦٧ العقد الباطل بطلانا نسبيا تلحقه الإجازة ٦١٩

٦٦٨ من الذى تصدر منه الإجازة ٦٢٠

٦٦٨ متى تصدر الإجازة ٦٢١

٦٦٩ كيف تكون الإجازة ٦٢٢

٦٧١ أثر الإجازة ٦٢٣

المبحث الرابع — أثر التقادم فى البطلان

٦٧٢ مقارنة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من حيث التقادم ... ٦٢٤

§ ١ — البطلان المطلق

٦٧٢ دعوى البطلان المطلق لا تسقط بالتقادم ٦٢٥

٦٧٢ كذلك الدفع بالبطلان المطلق لا يسقط بالتقادم ٦٢٦

٢ — البطلان النسبي

٦٧٣ سقوط الدعوى والدفع بالتقادم ٦٢٧

٦٧٦ أثر سقوط البطلان بالتقادم ٦٢٨

الفصل الثـانى — فسخ العقد وما يتصل به من تحمل التبعة والدفع بعدم التنفيذ

٦٧٧ ترتيب الموضوع ٦٢٩

صفحة | فقـــرة

الفرع الأول — فسخ العقد وما يتضمنه من تحمل التبعة
(Résolution du contrat et question des risques)

٦٧٨ النصوص القانونيـة ٦٣٠
٦٧٨ تكييف قاعدة الفسخ باقتراض شرط فاسخ ٦٣١
٦٧٩ انتقاد نظرية الشرط الفاسخ الضمني ٦٣٢
٦٧٩ أساس نظرية الفسخ ٦٣٣
٦٨٠ نظرية الشرط الفاسخ الضمني ترجع لاعتبارات تاريخية ٦٣٤
٦٨١ خطة البحث ٦٣٥

المبحث الأول — متى يعطى الدائن حق المطالبة بالفسخ

٦٨١ شروط حق المطالبة بالفسخ ٦٣٦

§ ١ — لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين

٦٨١ العقود الملزمة للجانبين وحدها هي التي يجوز فيها الفسخ ٦٣٧
٦٨٣ ولكن ليست كل العقود الملزمة للجانبين يجوز فيها الفسخ ٦٣٨

§ ٢ — لا يكون الفسخ إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٦٨٥ عدم التنفيذ سبب للفسخ ٦٣٩
٦٨٥ عدم التنفيذ راجع لقوة قاهرة ٦٤٠
٦٨٦ عدم التنفيذ راجع لخطأ المدين ٦٤١
٦٨٦ عدم التنفيذ الكلي والجزئي ٦٤٢

§ ٣ — لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعدا للقيام بالتزامه من جهة وقادرا على إعادة الحال إلى أصلها من جهة أخرى

٦٨٧ وجوب أن يكون الدائن مستعدا للقيام بالتزامه ٦٤٣
٦٨٨ وأن يكون من الممكن إعادة الشيء إلى أصله ٦٤٤

المبحث الثاني — كيف يستعمل حق الفسخ

٦٨٨ الفسخ لا يكون إلا بالتقاضي أو بالتراضي ٦٤٥

§ ١ — الفسخ بالتقاضي

٦٨٩ أعذار المدين ٦٤٦

صفحة فقـــرة
٦٩٠ الخيار فى الفسخ أو فى التنفيذ ٦٤٧
٦٩٠ خيار الدائن ٦٤٨
٦٩١ خيار المدين ٦٤٩
٦٩١ خيار القاضى... ... ... ٦٥٠

§ ٢ — الفسخ بالتراضى

٦٩٣ متى يكون الاتفاق على الفسخ ٦٥١
٦٩٤ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا ٦٥٢
٦٩٥ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه... ... ... ٦٥٣
٦٩٦ الاتفاق على أن يكون مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار
ولا إلى حكم ٦٥٤

المبحث الثالث — مايترتب على الفسخ من الأثر

٦٩٧ انحلال العقد بأثر رجعى ٦٥٥

§ ١ — أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين

نظرية تحمل التبعة (risque) فى المسئولية التعاقدية

(ا) زوال كل أثر للعقد

٦٩٨ إرجاع كل شيء إلى أصله ٦٥٦

(ب) مبدأ تحمل التبعة (risque) فى العقد

٧٠٠ وضـع المسألة ٦٥٧
٧٠٠ تحمل التبعة فى العقود الملزمة لجانب واحد ٦٥٨
٧٠١ تحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين ٦٥٩
٧٠٢ العقود الناقلة للملكية ٦٦٠
٧٠٤ العقود غير الناقلة للملكية ٦٦١

§ ٢ - أثر الفسخ بالنسبة للغير

٧٠٥ تأثر حق الغير بالفسخ ٦٦٢
٧٠٦ عدم تأثر حق الغير بالفسخ استثناء ٦٦٣

صفحة فقـــرة

مقارنة بين الفسخ والبطلان النسبي

٧٠٨ وجوه الشبه ٦٦٤

٧٠٨ وجوه الخلاف ٦٦٥

الفـــرع الثـانى — الدفع بعـــدم تنفيـــذ العقـــد

(exceptio non adimpleti contractus)

٧٠٩ تطور هذا المبدأ ٦٦٦

المبحث الأول — متى يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

٧١٠ النصوص القانونية ٦٦٧

٧١٢ دائرة الدفع بعدم التنفيذ ٦٦٨

٧١٥ سوء استعمال الدفع بعدم التنفيذ ٦٦٩

٧١٦ سقوط الدفع بعدم التنفيذ ٦٧٠

المبحث الثانى — كيف يستعمل الدفع بعدم التنفيذ

٧١٦ ترك الأمر الى تقدير المتمسك بالدفع مع رقابة القضاء ٦٧١

٧١٧ عدم ضرورة الأعذار ٦٧٢

٧١٧ تمسك كل من الطرفين بالدفع ٦٧٣

المبحث الثالث — ما يترتب من الأثر على الدفع بالتنفيذ

(أولا) فيما بين الطرفين

٧١٨ إيقاف تنفيذ الالتزام ٦٧٤

٧١٩ حبس العين ٦٧٥

(ثانيا) بالنســـبة للغـــير

٧١٩ متى يسرى الدفع فى حق الغير ٦٧٦

٧٢٠ متى لا يسرى الدفع فى حق الغير ٦٧٧

الفصل الثالث — انحلال العقد بسبب غير البطلان والفسخ

انقضاء العقد بالرجوع والالغاء

٧٢٢ كيف ينقضى العقد ٦٧٨

صفحة فقـــرة

§ ١ — الرجوع فى العقد
(Révocation)

٧٢٣ الرجوع فى الهبة فى القانون الفرنسى ٦٧٩
٧٢٣ الرجوع فى الهبة فى الشريعة الإسلامية ٦٨٠

§ ٢ — إلغاء العقـــد
(Résiliation)

٧٢٤ إلغاء بعض العقود المستمرة قبل انتهاء ميعادها ٦٨١
٧٢٥ عارية الاستعمال ٦٨٢
٧٢٥ الإيراد المؤبد ٦٨٣
٧٢٥ الوكالة ٦٨٤
٧٢٥ الشركة ٦٨٥
٧٢٦ الوديعـــة ٦٨٦
٧٢٦ الإيجـار ٦٨٧
٧٢٦ الاستصناع ٦٨٨
٧٢٦ عقد العمل ٦٨٩

الباب الثـانى — أثر القوة الملزمة للعقد

٧٢٧ نسبية القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع ٦٩٠

الفصل الأول — قوة العقد الملزمة بالنسبة للأشخاص

٧٢٩ المتعاقدان والغير ٦٩١

الفرع الأول — أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

٧٢٩ النصوص القانونية ٦٩٢
٧٣٠ المتعاقدان والخلف والدائنون ٦٩٣

المبحث الأول — الخلف

٧٣٠ الخلف العام والخلف الخاص ٦٩٤

المطلب الأول — الخلف العام أو بسبب عام

٧٣٠ الفرق بين الخلف العام والخلف بسبب عام ٦٩٥

صفحة فقـــرة

٧٣١ انصراف أثر العقد الى الخلف العام... ... ... ٦٩٦
٧٣٣ ما يترتب على انصراف أثر العقد الى الخلف العام ٦٩٧
٧٣٣ متى لا ينصرف أثر العقد الى الخلف العام مع بقائه خلفا... ... ... ٦٩٨
٧٣٦ متى لا ينصرف أثر العقد الى الخلف العام باعتباره من الغير ٦٩٩

المطلب الثـانى — الخلف بسبب خاص

٧٣٧ تعريف الخلف بسبب خاص... ... ... ٧٠٠
٧٣٨ وضع المسألة بالنسبة للخلف الخاص... ... ... ٧٠١
٧٣٩ النصوص القانونية ٧٠٢
٧٤٠ فروض لاشك فى أن أثر العقد ينصرف فيها الى الخلف الخاص ... ٧٠٣
٧٤٠ معيار لانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص فى الفروض الأخرى ٧٠٤
٧٤١ الحقوق المكملة للشيء ٧٠٥
٧٤٣ الحقوق غير المكملة للشيء ٧٠٦
٧٤٤ الالتزامات المحدّدة للشيء ٧٠٧
٧٤٥ الالتزامات غير المحدّدة للشيء ٧٠٨

المبحث الثـانى — الدائنون

٧٤٦ كيف يتأثر الدائن بالعقود الصادرة من مدينه ٧٠٩
٧٤٧ مقارنة الدائن بالخلف... ... ... ٧١٠
٧٤٨ الدعاوى الثلاث التى تنظم الافلاس المدنى... ... ... ٧١١

المطلب الأول — الدعوى غير المباشرة (أو دعوى استعمال حقوق المدين)
(action indirecte, oblique, subrogatoire)

٧٥٠ النصوص القانونية ٧١٢
٧٥٠ ملاحظات على النصوص... ... ... ٧١٣
٧٥١ شمول الدعوى غير المباشرة لجميع حقوق المدين ... ... ٧١٤—١٥

§ ١ — شروط الدعوى غير المباشرة

٧٥٢ تقسيم هذه الشروط ٧١٦

صفحة فقـــرة

(أولا) الشروط التى ترجع للدائن : حق مستحق الأداء ومصلحة عاجلة (أى إعسار المدين)

٧٥٣ حق مستحق الأداء ٧١٧

٧٥٧ مصلحة عاجلة للدائن (إعسار المدين) ٧١٨

(ثانيـا) شرط يرجع للحق الذى يستعمله الدائن

٧٥٩ الحق غير متصل بشخص المدين ٧١٩

§ ٢ — أحكام الدعوى غير المبـاشرة

٧٦٧ الأشخاص الذين يتأثرون بهذه الدعوى ٧٢٠

٧٦٩ (أولا) الأثر بالنسبة للمدين الذى يستعمل الحق باسمه : بقاء المدين محتفظا بحقه ٧٢١

٧٧٠ عدم سريان الحكم على المدين إلا اذا دخل فى الدعوى ٧٢٢

٧٧٢ (ثانيـا) الأثر بالنسبة للخصم الذى يستعمل الحق ضده : علاقته بالدائن ٧٢٣

٧٧٣ علاقته بالمدين ٧٢٤

٧٧٤ (ثالثـا) الأثر بالنسـبة للدائن الذى يستعمل الحق باسم المدين : اشتراك سائر الدائنين معه ٧٢٥

٧٧٥ الدعوى المباشرة (action directe) ٧٢٦

المطلب الثانى — الدعوى البوليصية (أو دعوى إبطال التصرفات (Action paulienne, révocatoire)

٧٧٧ النصوص القانونية ٧٢٧

٧٧٧ ملاحظات على النصوص ٧٢٨

٧٧٨ أساس الدعوى البوليصية وعدم دقة تسميتها بدعوى إبطال التصرفات ٧٢٩

§ ١ — شروط الدعوى البوليصية

٧٨٠ تقسيم هذه الشروط ٧٣٠

(أولا) الشروط التى ترجع للدائن

٧٨٠ حق مستحق الأداء وسابق على التصرف ٧٣١

٧٨٥ مصلحة عاجلة للدائن (إعسار المدين) ٧٣٢

صفحة		فقـــرة
	(ثانيـا) الشروط التى ترجع للتصرف المطعون فيه	
٧٩٠	عمل قانونى صادر من المدين	٧٣٣
٧٩٣	تصرف مفقر (acte d'appauvrissement)	٧٣٤
٧٩٦	نية الاضرار بالدائن (الغش) (concilium fraudis)	٧٣٥
	§ ٢ ــ أحكام الدعوى البوليصية	
٨٠٩	ترتيب الموضوع	٧٣٦
	(أوّلا) طبيعة الدعوى البوليصية	
٨١٠	هى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن	٧٣٧
٨١١	النتائج التى تترتب على هذا التكييف الجديد للدعوى البوليصية ...	٧٣٨
٨١١	الدعوى البوليصـية ليست بدعوى بطـلان ولا دعوى تعـويض ولا دعوى عينية ولا دعوى مختلطة	٧٣٩
٨١٤	سقوط الدعوى البوليصية بالتقادم المعتاد	٧٤٠
٨١٥	خصوم الدائن فى الدعوى البوليصية	٧٤١
٨١٥	بقاء التصرف قائمـا إلا فى حق الدائن	٧٤٢
٨١٦	إجراءات تنفيذية متميزة عن الدعوى...	٧٤٣
	(ثانيا) حكم الدعوى البوليصية بالنسبة للدائن الذى رفعها	
٨١٦	ما يستطيع الدائن المطالبة به	٧٤٤
٨١٧	عدم مضى الدائن فى الدعوى إذا استوفى حقه	٧٤٥
٨١٨	عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن	٧٤٦
٨٢١	رجوع الدائن بالتعويض	٧٤٧
٨٢٢	الموازنة بين الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية والدائن المرتهن ...	٧٤٨
	(ثالثا) حكم الدعوى البوليصية بالنسبة للمدين ومن تصرف له المدين	
٨٢٤	حكم التصرف المطعون فيه...	٧٤٩
٨٢٤	بقاء التصرف المطعون فيه قائمـا	٧٥٠
٨٢٥	تعارض قيام التصرف مع عدم نفاذه فى حق الدائن وتطبيق القواعد العامة	٧٥١

صفحة فقـــرة

المطلب الثالث — دعوى الصورية
(Action en simulation)

٨٢٧ النصوص القانونية ٧٥٢

§ ١ — تحديد الصورية

٨٢٨ شروط تحقق الصورية وصورها المختلفة ٧٥٣

٨٢٩ تمييز الصورية عن حالات مشابهة لها ٧٥٤

§ ٢ — أحكام الصورية (دعوى الصورية وطرق إثباتها)

(أولا) أحكام الصورية

٨٣١ وجوب التمييز بين الطرفين والغير ٧٥٥

٨٣٥ حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين والورثة ٧٥٦

٨٣٨ « « « للغـير ٧٥٧

(ثانيـا) الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات

٨٤٢ الدعـــوى ٧٥٨

٨٤٤ طرق الإثبات ٧٥٩

المطلب الرابع — مقارنة الدعاوى الثلاث بعضها بالبعض الآخر

٨٤٨ سبب هذه المقارنة ٧٦٠

§ ١ — المقارنة بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية

٨٤٨ مقارنة اجمالية ٧٦١

٨٤٩ مقارنة تفصيلية ٧٦٢

§ ٢ — المقارنة بين الدعوى البوليصية ودعوى الصورية

٨٥١ مقارنة إجمـالية ٧٦٣

٨٥٢ مقارنة تفصيلية ٧٦٤

§ ٣ — المقارنة بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة

٨٥٦ وجوه الشبه ٧٦٥

٨٥٦ وجوه الخلاف ٧٦٦

الفرع الثانى — أثر العقد بالنسبة للغير

٨٥٧ "الغير" فريقان ٧٦٧

صفحة فقـــرة

٨٥٨ الفريق الأول : الخلف والدائنون فى أحوال استثنائية ٧٦٨

٨٦٠ الفريق الثانى : الغير الأجنبى أصلا عن العقد (penitus extranei) ٧٦٩

المبحث الأول — التعهـــد عن الغير

(promesse de porte-fort)

٨٦٥ النصوص القانونيـة ٧٧٠

٨٦٥ الصور العملية للتعهد عن الغير... ... ... ٧٧١

٨٦٦ شروط التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه ٧٧٢

§ ١ — إقرار الغير للتعهـــد

٨٦٨ قبل الإقرار ٧٧٣

٨٦٩ صـدور الإقرار ٧٧٤

٨٦٩ أثر صدور الإقرار... ... ... ٧٧٥

§ ٢ — عدم إقرار الغير للتعهـــد

٨٧٢ عدم مسئولية الغـير ٧٧٦

٨٧٣ مسئولية المتعهد ٧٧٧

المبحث الثـانى — الاشتراط لمصلحة الغير

(stipulation pour autrui)

٨٧٤ النصوص القانونية ٧٧٨

٨٧٦ سرعة تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ٧٧٩

٨٧٧ وضع المسألة ٧٨٠

المطلب الأول — تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

(أولا) القانون الرومانى

٨٧٨ العقد لا ينشئ حقا للغير ٧٨١

٨٧٨ الضرورات العملية التى دعت إلى الخروج على هذه القاعدة ٧٨٢

٨٧٨ الشرط الجزائى الصريح ٧٨٣

٨٧٩ الشرط الجزائى المفروض ٧٨٤

٨٨٠ إعطاء حق مباشر للغير فى أحوال استثنائية... ... ... ٧٨٥

صفحة فقـــرة

(ثانيـا) القانون الفرنسى القديم

٨٨١ الاحتفاظ بالقاعدة ٧٨٦

٨٨١ التوسع فى الاستثناءات ٧٨٧

(ثالثـا) قانون نابليون

٨٨٢ احتفاظ المشرع الفرنسى بالتقاليد... ... ... ٧٨٨

٨٨٢ الاستثناءات التى سلم بها المشرع الفرنسى ٧٨٩

(رابعـا) بعد قانون نابليون : تطور القاعدة فى العصر الحاضر

القانون المصرى

٨٨٣ ما استجد من الحاجات العملية ٧٩٠

٨٨٤ زيادة التوسع فى الاستثناء ٧٩١

٨٨٥ القانون المصرى ٧٩٢

٨٨٦ الاشتراط لمصلحة الغير استثناء هدم القاعدة ... ... ٧٩٢ مكررة

(خامسا) التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير

٨٨٦ أهم التطبيقات العملية ٧٩٣

٨٨٧ عقود التأمين... ... ... ٧٩٤

٨٨٨ الأوراق التجارية... ... ... ٧٩٥

٨٨٩ عقود الاحتكار ٧٩٦

٨٩٠ عقود النقل ٧٩٧

٨٩٠ عقود المقاولات ٧٩٨

٨٩١ تطبيقات أخرى ٧٩٩

(سادسا) التطور المنتظر لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٨٩٢ الاشتراط لمصلحة شخص غير معين... ... ... ٨٠٠

٨٩٤ الاشتراط لمصلحة شخص غير موجود ٨٠١

٨٩٦ عدم ضرورة قيام المشترط بدور شخصى... ... ... ٨٠٢

المطلب الثانى — شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٨٩٨ متى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير... ... ... ٨٠٣

صفحة		فقـــرة
	§ ١ — المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع	
٨٩٨	الاشتراط لمصلحة الغير والنيابة	٨٠٤
٨٩٩	الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة	٨٠٥
	§ ٢ — اشتراط حق مباشر للمنتفع	
٩٠٠	لا بد من اشتراط حق فمجرد الفائدة لا يكفى	٨٠٦
٩٠١	ولا يكفى مجرد حق بل يجب أن يكون حقا مباشرا	٨٠٧
٩٠٣	ويكفى أن يكون للمنتفع حق مباشر ولو حول عنه بعد ذلك	٨٠٨
	§ ٣ — مصلحة شخصية للمشترط	
٩٠٤	ضرورة هـذا الشرط فى محل التعاقد	٨٠٩
٩٠٥	تكفى المصلحة الشخصية ولا ضرورة للدور الشخصى	٨١٠
٩٠٦	ويكفى أن تكون المصلحة الشخصية مصلحة أدبية	٨١١
	المطلب الثالث — أحكام الاشتراط لمصلحة الغير	
٩٠٧	العلاقات المختلفة فى الاشتراط لمصلحة الغير	٨١٢
	§ ١ — علاقة المشترط بالمتعهد	
٩٠٧	العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد	٨١٣
٩٠٨	موقف المشترط من التزام المتعهد للمنتفع	٨١٤
	§ ٢ — علاقة المتعهد بالمنتفع	
٩١٠	حق مباشر للمنتفع . مصدر هذا الحق	٨١٥
٩١٣	ما يترتب من النتائج على أن حق المنتفع مباشر	٨١٦
٩١٥	ما يترتب من النتائج على أن حق المنتفع مصدره العقد	٨١٧
٩١٧	قابلية حق المنتفع للنقض إلى أن يصدر إقراره	٨١٨
٩١٩	صدور الإقرار من المنتفع	٨١٩
٩٢١	رفض المنتفع للحق	٨٢٠
	§ ١ — علاقة المنتفع بالمشترط	
٩٢٢	تنوع هذه العلاقة	٨٢١
٩٢٢	علاقة التبرع	٨٢٢
٩٢٤	علاقة المعاوضة	٨٢٣

صفحة فقـــرة

الفصل الثانى — قوة العقد الملزمة بالنسبة للموضوع

٩٢٦ نسبية العقد من حيث الموضوع ٨٢٤

الفرع الأول — تحديد موضوع التعاقد
تفسير العقد لإلزام المتعاقدين به

٩٢٦ تحديد وتقسيم... ... ... ٨٢٥

المبحث الأول — تفســـير العقـــد
(interprétation du contrat)

٩٢٧ احترام إرادة المتعاقدين ٨٢٦

٩٢٧ قواعد التفسير فى القانونين الفرنسى والمصرى... ... ... ٨٢٧

المطلب الأول — إرادة المتعاقدين واضحة

٩٣٤ لا محل لتفسير الإرادة الواضحة ... ... ٨٢٧ مكررة

٩٣٦ قد تتضح الإرادة من طريق التنفيذ ٨٢٨

٩٣٧ وضوح الإرادة غير وضوح التعبير ٨٢٩

المطلب الثانى — إرادة المتعاقدين غير واضحة

٩٣٧ تلمس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ٨٣٠

٩٣٨ قواعد التفسير التى ذكرها المشرعان الفرنسى والمصرى ٨٣١

٩٣٩ تقسيم قواعد التفسير الى أقسام ثلاثة ٨٣٢

§ ١ — قواعد تفسر بها عبارات العقد بالرجوع الى نفس العقد

٩٣٩ تحمل العبارة أكثر من معنى واحد ٨٣٣

٩٤١ تحديد العبارة بالرجوع الى موضوع العقد ٨٣٤

٩٤٢ عبارات العقد يفسر بعضها بعضا ٨٣٥

٩٤٤ تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم ٨٣٦

§ ٢ — قواعد يفسر بها العقد بالرجوع الى عوامل خارجية

٩٤٤ العـــرف ٨٣٧

٩٤٥ الشروط المألوفة (clauses de style)... ... ... ٧٣٨

صفحة فقـــرة

§ ٣ — تفسير الالتزام عند الشك لمصلحة الملتزم

٨٣٩ ٩٤٦ الاعتبارات التى تبرر هذه القاعدة ... ...

٨٤٠ ٩٤٧ متى تنطبق القاعدة ... ...

المبحث الثانى — إلزام المتعاقدين بالعقد

٨٤١ ٩٤٩ العقد شريعة المتعاقدين ... ...

٨٤٢ ٩٤٩ ولكن فى حدود النظام العام والآداب ... ...

٨٤٣ ٩٥٠ القوانين المفسرة لارادة المتعاقدين ... ...

٨٤٤ ٩٥٠ مراعاة العدالة والعرف ... ...

٨٤٥ ٩٥١ لايملك القاضى تعديل العقد ... ...

٨٤٦ ٩٥١ كذلك لا يملك أحد المتعاقدين تعديل العقد ... ...

٨٤٧ ٩٥٢ تفسير ارادة المتعاقدين مسألة موضوعية ... ...

الفرع الثانى — المسئولية التعاقدية

(La Responsabilité contractuelle)

٨٤٨ ٩٥٣ تحديد الموضوع ... ...

المبحث الأول — الخطأ التعاقدى

٨٤٩ ٩٥٣ نظرية تدرّج الخطأ (gradation des fautes) ... ...

٨٥٠ ٩٥٤ النظرية الصحيحة (معيار الشخص المعتاد) ... ...

٨٥١ ٩٥٥ رفع تناقض ... ...

٨٥٢ ٩٥٦ اشتراط التخفيف أو الاعفاء من المسئولية التعاقدية (clauses d'exonération de responsabilité) ... ...

المبحث الثانى — الضرر

٨٥٣ ٩٥٨ وجود الضرر ... ...

٨٥٤ ٩٥٩ مدى التعويض عن الضرر ... ...

المبحث الثالث — علاقة السببية بين الخطأ والضـــرر

(Lien de causalité)

٨٥٥ ٩٦٠ فرض علاقة السببية فرضا قابلا لاثبات العكس... ... ...

فقـــرة صفحة

المطلب الأول — ماينفى علاقة السببية

خطأ الدائن — القوة القاهرة — الحادث الفجائى

(faute du créancier, force majeure, cas fortuit)

§ ١ — خطأ الدائن

٩٦١ تنوع خطأ الدائن... ... ... ٨٥٦

§ ٢ — القوة القاهرة والحادث الفجائى

٩٦٢ النصوص القانونية ٨٥٧

٩٦٣ عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى ٨٥٨

٩٦٣ شرط القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ٨٥٩

٩٦٦ أمثلة على القوة القاهرة أو الحادث الفجائى... ... ... ٨٦٠

٩٦٧ التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى ٨٦١

المطلب الثانى — نظرية الحوادث الطارئة

(théorie de l'imprévision)

٩٦٨ لمعة تاريخية ٨٦٢

§ ١ — نظرية الظروف الطارئة فى القانون الادارى

٩٧٠ كيف طبقت النظرية أثناء الحرب الكبرى ٨٦٣

٩٧٠ شروط تطبيق النظرية ٨٦٤

٩٧١ حكم الحوادث الطارئة ٨٦٥

٩٧١ سبب نجاح النظرية فى القانون الادارى ٨٦٦

§ ٢ — نظرية الظروف الطارئة فى القانون المدنى

٩٧٢ موقف القانون المدنى من هذه النظرية ٨٦٧

٩٧٢ موقف الفقه من النظرية... ... ... ٨٦٨

٩٧٣ موقف التشريع من النظرية ٨٦٩

٩٧٣ موقف القضاء من النظرية ٨٧٠

فهرس مجمل لمشتملات الكتاب

صفحة

كلمة افتتاحية ... ... (ج)

كلمة تمهيدية فى التعريف بالالتزام ١

مصادر الالتزام

مقدمة فى ترتيب مصادر الالتزام ٢٧

§ ١ — من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام ٢٩

§ ٢ — نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام ٣٨

§ ٣ — ترتيب مصادر الالتزامات فى القانون المصرى وفى القانون المقارن ٥٣

§ ٤ — أساس منطق لترتيب مصادر الالتزامات ولمصادر الحقوق بوجه عام ٧٢

العقد والارادة المنفردة

مقدمة ٧٩

§ ١ — تعريف العقد ٧٩

§ ٢ — مبدأ سلطان الارادة ٨٥

§ ٣ — تقسيم العقود ١١١

القسم الأول — أركان العقد

أركان العقد ١٤٧

الباب الأول — الرضاء

وجود الرضاء وصحته ١٤٧

الفصل الأول — وجود الرضاء

التعبير عن إرادتين متوافقتين ١٤٨

الفرع الأول — التعبير عن الإرادة ١٤٩

المبحث الأول — كيفية التعبير عن الإرادة ١٥٠

المطلب الأول — التعبير الصريح والتعبير الضمنى ١٥٠

المطلب الثانى — السكوت وقيمته فى التعبير عن الإرادة ١٥٦

المبحث الثانى — الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ١٦٧

صفحة

الفـــرع الثـانى — تعدّد الإرادة ١٨٣

المبحث الأوّل — الارادة المنفردة... ... ... ١٨٣

§ ١ — هل تستطيع الارادة المنفردة أن تنشئ التزاما (النظريتان الفرنسية والألمانية) ... ١٨٤

§ ٢ — الى أى حدّ أخذ بالارادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزامات... ... ... ١٩٣

المبحث الثـانى — النيابة فى التعاقد... ... ... ٢٠٦

§ ١ — شروط تحقق النيابة ٢١١

§ ٢ — حكم النيابة... ... ... ٢٢٠

المبحث الثالث — تعاقد الشخص مع نفسه ٢٢٦

§ ١ — النيابة عن أحد طرفى العقد فقط ٢٣١

§ ٢ — النيابة عن طرفى العقد معا ٢٣٤

الفـــرع الثالث — توافق الارادتين ٢٣٧

المبحث الأوّل — المتعاقدان فى مجلس واحد ٢٣٨

المطلب الأوّل — صدور الايجاب ٢٣٨

§ ١ — الأدوار التى يمرّ عليها الايجاب... ... ... ٢٣٨

§ ٢ — القوّة الملزمة للايجاب ٢٤٣

§ ٣ — حالات خاصة للايجاب... ... ... ٢٥٤

المطلب الثـانى — اقتران القبول بالايجاب... ... ... ٢٧٢

§ ١ — متى يصدر القبول ٢٧٢

§ ٢ — كيف يطابق القبول الايجاب ٢٧٥

§ ٣ — عقود الاذعان ٢٧٨

المبحث الثـانى — المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد (المتعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)... ... ٢٨٨

المطلب الأوّل — الوقت الذى يتم فيه العقد بالمراسلة ٢٩٣

§ ١ — الآراء المختلفة فى تحديد الوقت الذى يتم فيه العقد ٢٩٣

§ ٢ — النتائج التى تترتب على تحديد الوقت الذى يتم فيه العقد ٣٠٤

المطلب الثـانى — المكان الذى ينشأ فيه العقد بالمراسلة ٣٠٩

الفصل الثـانى — صحة الرضاء

الفـــرع الأول — الأهلية ٣١٣

المبحث الأوّل — النظرية العامة للاهلية ٣١٤

§ ١ — أهلية الوجوب ٣١٥

صفحة
§ ٢ — أهلية الأداء ٣١٧
المبحث الثانى — أحكام الأهلية فى الشريعة الاسلامية وقانون المجالس الحسبية ٣٢٢
المطلب الأول — تأثر أهلية الأداء بالسن ٣٢٣
المطلب الثانى — تأثر أهلية الأداء بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية) ٣٣٦
الفـــرع الثانى — عيوب الرضاء ٣٤٦
المبحث الأول — الغلط ٣٤٩
المطلب الأول — النظرية التقليدية فى الغلط ٣٥١
المطلب الثانى — نقد النظرية التقليدية — النظرية الحديثة فى الغلط ٣٥٤
المبحث الثانى — التدليس ٣٩٠
المطلب الأول — النظرية التقليدية فى التدليس ٣٩١
§ ١ — استعمال طرق احتيالية ٣٩٢
§ ٢ — التدليس هو الدافع الى التعاقد ٤٠٠
§ ٣ — التدليس صادر من المتعاقد الآخر ٤٠٤
المبحث الثالث — الاكراه ٤١٨
المطلب الأول — النظرية التقليدية فى الاكراه ٤١٩
§ ١ — استعمال وسائل الاكراه ٤٢٠
§ ٢ — التهديد بخطر حال على النفس أو على المال ٤٣٠
§ ٣ — الخطر جسيم بحيث يدفع الى التعاقد ٤٣٣
المطلب الثانى — نقد النظرية التقليدية فى الاكراه ٤٣٧
المبحث الرابع — الغبن ٤٤٥
المطلب الأول — النظرية العامة للغبن ٤٤٦
المطلب الثانى — الغبن فى القانونين المصرى والفرنسى ٤٥٢

الباب الثانى — المحل والسبب

المحل والسبب ركنان فى الالتزام لا فى العقد ٤٦٣

الفصل الأول — محل الالتزام

تمهيـــد ٤٦٤
الفـــرع الأول — الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام ٤٦٦
المبحث الأول — المحل ممكن أو موجود ٤٦٦

صفحة
المطلب الأول — المحل الممكن ٤٦٧
المطلب الثانى — المحل الموجود ٤٧٠
المبحث الثانى — المحل معين أو قابل للتعيين ٤٨١
المبحث الثالث — فى المحل مصلحة شخصية للدائن ٤٨٤
المبحث الرابع — المحل قابل للتعامل فيه... ... ... ٤٨٧
الفـــرع الثـانى — النظام العام والاداب... ... ... ٤٩٠
المبحث الأول — الاتفاقات التى تخالف النظام العام ٤٩٤
المطلب الأول — روابط القانون العام ٤٩٦
المطلب الثانى — روابط القانون الخاص ٥١٨
§ ١ — الأحوال الشخصية ٥١٨
§ ٢ — المعاملات المالية ٥٢١
المبحث الثانى — الاتفاقات التى تخالف الآداب ٥٢٨

الفصل الثـانى — سبب الالتزام

الفـــرع الأول — كيف نشأت نظرية السبب ٥٣٧
المبحث الأول — نظرية السبب فى القانون الرومانى... ... ... ٥٣٧
المبحث الثانى — نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم... ... ... ٥٤١
الفـــرع الثـانى — النظرية التقليدية فى السبب ٥٤٤
المبحث الأول — تحديد معنى السبب ٥٤٤
المبحث الثانى — شروط صحة السبب ٥٤٨
§ ١ — كون السبب حقيقيا غير كاذب ٥٤٨
§ ٢ — كون السبب مشروعا ٥٥٤
الفـــرع الثـالث — فقد النظرية التقليدية. النظرية الحديثة. السبب فى القانون المقارن ٥٥٨
المبحث الأول — نقد النظرية التقليدية ٥٥٨
المبحث الثانى — دفاع أنصار نظرية السبب ٥٦٢
المبحث الثالث — النظرية الحديثة فى السبب . نظرية القضاء ٥٦٩
§ ١ — تطبيق النظرية الحديثة على أنواع العقود المختلفة ٥٧٠
§ ٢ — اثبات السبب ٥٧٦
§ ٣ — نظرية السبب فى القانون المقارن ٥٨٣

صفحة

القسم الثانى — أحكام العقد

أحكام العقد ٥٩٧

الباب الأول — انحلال القوة الملزمة للعقد

أسباب انحلال العقد ٥٩٩

الفصل الأول — بطلان العقد

الفرع الأول — تقسيم البطلان الى بطلان مطلق وبطلان نسبي... ... ... ٦٠٢
§ ١ — التقسيم الثلاثى للبطلان ٦٠٢
§ ٢ — الانتقادات التى وجهت الى التقسيم الثلاثى للبطلان ٦٠٥
§ ٣ — التقسيم الثنائى للبطلان ٦٠٨
الفرع الأول — أحكام البطلان المطلق والبطلان النسبي ٦١٥
المبحث الأول — أثر العقد الباطل ٦١٧
المطلب الأول — الآثار العرضية للعقد الباطل ٦١٩
§ ١ — نظرية الخطأ عند تكوين العقد ٦٢٢
§ ٢ — نظرية تحول العقد ٦٣٤
المطلب الثانى — الآثار الجوهرية فى العقد الباطل ٦٤٠
المبحث الثانى — تقرير البطلان ٦٤٥
§ ١ — كيف يتقرر البطلان ٦٤٦
§ ٢ — من يتمسك بالبطلان ٦٤٩
§ ٣ — أثر تقرير البطلان ٦٥٢
المبحث الثالث — اجازة العقد الباطل ٦٦٤
§ ١ — البطلان المطلق ٦٦٦
§ ٢ — البطلان النسبي ٦٦٧
المبحث الرابع — أثر التقادم فى البطلان ٦٧٢
§ ١ — البطلان المطلق ٦٧٢
§ ٢ — البطلان النسبي ٦٧٣

الفصل الثانى — فسخ العقد وما يتصل به من تحمل التبعة والدفع بعدم التنفيذ

الفرع الأول — فسخ العقد وما يتضمنه من تحمل التبعة... ... ... ٦٧٨

صفحة

المبحث الأول — متى يعطى الدائن حق المطالبة بالفسخ ٦٨١
§ ١ — لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة لجانبين ٦٨١
§ ٢ — لا يكون الفسخ إلا اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ٦٨٥
§ ٣ — لا يكون الفسخ إلا اذا كان الدائن مستعدا للقيام بالتزامه من جهة وقادرا على اعادة الحال الى أصلها من جهة أخرى ٦٨٧
المبحث الثانى — كيف يستعمل حق الفسخ ٦٨٨
§ ١ — الفسخ بالتقاضى ٦٨٩
§ ٢ — الفسخ بالتراضى ٦٩٣
المبحث الثالث — ما يترتب على الفسخ من الأثر ٦٩٧
§ ١ — أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين (نظرية تحمل التبعة فى المسئولية التعاقدية) ٦٩٨
§ ٢ — أثر الفسخ بالنسبة للغير ٧٠٥
الفرع الثانى — الدفع بعدم تنفيذ العقد ٧٠٩
المبحث الأول — متى يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ٧١٠
المبحث الثانى — كيف يستعمل الدفع بعدم تنفيذ العقد ٧١٦
المبحث الثالث — ما يترتب من الأثر على الدفع بالتنفيذ ٧١٨

الفصل الثالث — انحلال العقد بسبب غير البطلان والفسخ (انقضاء العقد بالرجوع والالغاء)

§ ١ — الرجوع فى العقد ٧٢٣
§ ٢ — الغاء العقد ٧٢٤

الباب الثانى — أثر القوة الملزمة للعقد

نسبية القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع ٧٢٧

الفصل الأول — قوة العقد الملزمة بالنسبة للأشخاص

الفرع الأول — أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين ٧٢٩
المبحث الأول — الخلف ... ...
المطلب الأول — الخلف العام أو بسبب عام ... ...
المطلب الثانى — الخلف بسبب خاص ٧٣٧
المبحث الثانى — الدائنون ٧٤٦
المطلب الأول — الدعوى غير المباشرة (أو دعوى استعمال حقوق المدين) ٧٥٠

صفحة
§ ١ — شروط الدعوى غير المباشرة ٧٥٢
§ ٢ — أحكام الدعوى غير المباشرة ... ...
المطلب الثانى — الدعوى البوليصية (أو دعوى إبطال التصرفات) ٧٧٧
§ ١ — شروط الدعوى البوليصية ٧٨٠
§ ٢ — أحكام الدعوى البوليصية ٨٠٩
المطلب الثالث — دعوى الصورية ٨٢٧
§ ١ — تحديد الصورية ٨٢٨
§ ٢ — أحكام الصورية (دعوى الصورية وطرق اثباتها) ٨٣١
المطلب الرابع — مقارنة الدعاوى الثلاث بعضها بالبعض الآخر ٨٤٨
§ ١ — المقارنة بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية... ... ... ٨٤٨
§ ٢ — المقارنة بين الدعوى البوليصية ودعوى الصورية... ... ... ٨٥١
§ ٣ — المقارنة بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة ٨٥٦
الفـــرع الثـانى — أثر العقد بالنسبة للغير ٨٥٧
المبحث الأول — التعهد عن الغير ٨٦٥
§ ١ — اقرار الغير للتعهد ٨٦٨
§ ٢ — عدم اقرار الغير للتعهد ٨٧٢
المبحث الثانى — الاشتراط لمصلحة الغير... ... ... ٨٧٤
المطلب الأول — تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ٨٧٨
المطلب الثانى — شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ٨٩٨
§ ١ — المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع... ... ... ٨٩٨
§ ٢ — اشتراط حق مباشر للمنتفع ٩٠٠
§ ٣ — مصلحة شخصية للمشترك ٩٠٤
المطلب الثالث — أحكام الاشتراط لمصلحة الغير ٩٠٧
§ ١ — علاقة المشترط بالمتعهد ٩٠٧
§ ٢ — علاقة المتعهد بالمنتفع ٩١٠
§ ٣ — علاقة المنتفع بالمشترط ٩٢٢

الفصل الثـانى — قوة العقد الملزمة بالنسبة للموضوع

الفـــرع الأول — تحديد موضوع التعاقد... ... ... ٩٢٦
المبحث الأول — تفسير العقد... ... ... ٩٢٧

صفحة
المطلب الأول — ارادة المتعاقدين واضحة ٩٣٤
المطلب الثانى — ارادة المتعاقدين غير واضحة ٩٣٧
§ ١ — قواعد تفسر بها عبارات العقد بالرجوع الى نفس العقد ٩٣٩
§ ٢ — قواعد يفسر بها العقد بالرجوع الى عوامل خارجية ٩٤٤
§ ٣ — تفسير الالتزام عند الشك لمصلحة الملتزم ٩٤٦
المبحث الثانى — إلزام المتعاقدين بالعقد (العقد شريعة المتعاقدين) ٩٤٩
الفرع الثانى — المسئولية التعاقدية ٩٥٣
المبحث الأول — الخطأ التعاقدى ٩٥٣
المبحث الثانى — الضرر ٩٥٨
المبحث الثالث — علاقة السببية بين الخطأ والضرر ٩٦٠
المطلب الأول — ماينفى علاقة السببية ٩٦١
§ ١ — خطأ الدائن ٩٦١
§ ٢ — القوة القاهرة والحادث الفجائى ٩٦٢
المطلب الثانى — نظرية الظروف الطارئة ٩٦٨
§ ١ — نظرية الظروف الطارئة فى القانون الادارى ٩٧٠
§ ٢ — نظرية الظروف الطارئة فى القانون المدنى ٩٧٢
مراجع الكتاب ٩٧٧
جدول الرموز ٩٧٨
فهرس تحليلى مفصل لموضوعات الكتاب ٩٧٩

كمل طبع الجزء الأول (نظرية العقد) من كتاب " النظرية العامة للالتزامات" بمطبعة دار الكتب المصرية فى يوم الثلاثاء ٢٨ رجب سنة ١٣٥٣ (٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤) م

محمد نديم
ملاحظ المطبعة بدار الكتب المصرية