

نظرة عبر العقيد

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

الجزء الأول

عبد الرزاق أحمد السنهوري

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

الطبعة الثانية الجديدة

منشورات الحلبي الحقوقية

بيروت - لبنان

١٩٩٨

شرح القانون المدني
النظرية العامة للالتزامات

نظريات العقيد

الجزء الأول

عبد الرزاق أحمد السنهوري

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

الطبعة الثانية الجديدة

منشورات الحلبي الحقوقية

بيروت - لبنان

١٩٩٨

يتناول هذا الجزء الموضوعات الآتية :

كلمة تمهيدية في الالتزام . ترتيب مصادر الالتزام . تعريف العقد . مبدأ سلطان الإرادة . تفسير العقود . وجود الرضا . التعبير عن الإرادة . الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة . الإرادة المنفردة . النيابة في التعاقد . تعاقد الشخص مع نفسه . توافق الإرادتين : عقود الأذعان . التعاقد بالمراسلة . صحة الرضا . (الأهلية . الغلط . التدليس . الإكراه . الغبن) . المحل . السبب . البطلان المطلق والبطلان النسبي . 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 . المسؤولية التعاقدية . (القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة)

جميع حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأصلية الجديدة

١٩٩٨

منشورات الحلبي الحقوقية

بيروت - لبنان - شارع القنطاري بناية الزين

هاتف : ٠٣ / ٦٤٠٥٤٤ - ٠٣ / ٦٤٠٨٢١

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة افتتاحية

كنت بين أن أخرج اليوم هذا الكتاب أعالج فيه النظرية العامة للعقد، على النحو الذى يراه القراء بين أيديهم ، وبين أن أتربص سنوات أخرى، أكل الناقص فيه، وأصلح المعوج منه، حتى أرضى بذلك حرصى على الإتيان . فاثرت الأولى، لا زهدا فى الإتيان، ولكنى قدرت أن الأمد يطول، وأن ما أعالج من المسائل لن أفرغ من تهذيبه فى ناحية حتى يبدو النقص فى نواح أخرى . يعرف ذلك كل من عالج نظرية الالتزامات بكتابة أو بدرس ، فهى النظرية التى لا تنتهى الى حد، ولا تقف عند غاية . وقد قست مجهودى الى ما أحاول من أمر، فرأيت الشقة بعيدة، والطريق وعرا، ولم أجد بدا من القناعة بجهد المقل . فقد كان أشق ما عانيت فى تأليف هذا الكتاب أننى كنت لا أكاد أتتهى من كتابة مسألة من مسائله، فأعيد قراءتها، حتى أحس أنى لم أصنع شيئا ، سوى أنى رسمت خطة عامة لبحث هذه المسألة فى غير استفاضة ولا استيعاب . فأهم بأن أعيد البحث فى تفصيل أوفى ، ولكن يقف دون ذلك جهد قاصر، ووقت محدود، وإنى مهما حاولت الدنو من الكمال فلن أدنو إلا خطوات معدودة أستنفذ فيها السنين . فرأيت أن الأولى، والمراجع العربية فى نظرية الالتزامات بالندرة التى يعرفها المشتغلون بالقانون ، أن أستبقى الجهد والوقت أستعين بهما

على المضى بالكتاب الى غايته فيعقب هذا الجزء أجزاء أخرى أكمل بها دراسة النظرية . حتى إذا فرغت من هذه المحاولة تهيأت للمراجعة والتهذيب، في شيء من اطمئنان من أنجز العمل .

ولقد كان حرصى على أن أقوم بهذه المحاولة هو الذى حدا بى أن أقف ما كنت قد بدأت به من الكتابة فى عقدى الاستصناع والعمل بعد أن أخرجت كتاب الايجار . لا سيما بعد أن وقف بى عن معالجة عقد العمل، مذ فرغت من عقد الاستصناع، عدم صدور تشريع العمال الى اليوم . وبينما أنا فى ارتقاب صدور هذا التشريع، إذ طافت بنفسى الرغبة فى معالجة نظرية الالتزامات . ولم يغب عنى أن هذا العمل الحديد لا يلبث أن يطغى على غيره، فيصبح هو الفرض وسواه نافلة . ولم يفتنى أنى أخذت نفسى بتكاليف مضية . على أنى استسلمت لما نازعتنى اليه نفسى، ولم أجد فى خشونة المركب إلا حافظا على العمل .



وبعد فان مصر من الفقه القانونى لا تزال فى أول مراحلها . لست أنكر ما قام به أساتذتى وزملائى من جهود جليلة، فتحت الباب لمن أتى بعدهم يترسم خطاهم . إلا أننا أصبحنا بحمد الله أمة طموحا، تبغى الدتو أبدا من الكمال . ولا تزال المرحلة التى قطعناها، على ما فيها من جهود ومشقة، صغيرة الى جنب المراحل التى بقى علينا أن نجتازها . وإذا كنا قد وفقنا الى تأدية الفقه الحديث فى لغة عربية صحيحة، غير مضطربة ولا سقيمة، فقد بقى أمامنا خطوتان أخريان أجل شأنًا وأكبر خطرا، علينا أولا أن "نمصر" الفقه، فنجعله فقها مصريا خالصا، نرى فيه طابع قوميتنا، ونحس أثر عقليتنا . ففقهنا حتى اليوم لا يزال، هو أيضا،

يحتله الأجنبي . والاحتلال هنا فرنسي . وهو احتلال ليس بأخف وطأة ، ولا بأقل عنتا ، من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المسمى يتلمس في الفقه الفرنسي الهادى المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أفقه ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق ، وتابعه الأمين .

فاذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا ، وأن نفرغه في جو مصري ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية الى الدائرة العالمية ، ونؤدى قسطا مما تفرضه علينا الانسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمى ، أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن .



وما علينا أن نتعجل الحوادث . يكفيننا الآن فيما نحن آخذون فيه من أسباب النهضة القانونية أن "نمصر" الفقه المصرى . ولقد حاولت في هذا الكتاب أن أسير خطوة متواضعة في هذا الطريق ، الى جانب من سبقونى . وإذا لم تكن الخطوة واسعة ، فان ذلك يرجع لا الى الحدود الضيقة التى تفرضها على طاقتي القاصرة فحسب ، بل يرجع أيضا الى طبيعة الموضوع الذى أكتب فيه ؛ فان نظرية الالتزامات لها لون عالمى ، فمن العسير على الكاتب أن يعطيها لونا مصرية خاصا . على أنى لم آل جهدا في ذلك ، واستعنت فيما حاولته بأمرين :

رسمت لنفسى أفقا أتنقل فيه أوسع من الأفق الفرنسى المحض ، فلم أكتف في مسائل كثيرة باستعراض النظريات الفرنسية واللاتينية ، بل جاوزتها الى النظريات الجرمانية والانجليزية . وحاولت أن أستخلص من مجموع ذلك نواحي من النظر تكون أكثر انسجاما مع تقاليدنا المصرية .

ثم أنى لم أغفل الى جانب ذلك الشريعة الاسلامية ، شريعة الشرق ، ووحى إلهامه ، وعصارة أذهان مفكريه . نبتت في صحرائه ، وترعرعت في سهوله ووديانه ، فهي قبس من روح الشرق ، ومشكاة من نور الاسلام . يلتقى عندها الشرق والاسلام ، فيضيء ذلك بنور هذا ، ويسرى في هذا روح ذلك ، حتى ليمتزجان ويصيران شيئا واحدا . هذه هي الشريعة الاسلامية ، لو وطئت أكفافها ، وعبدت سبلها ، لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهاءنا وفي قضائنا وفي تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد ، فنضيء به جانبا من جوانب الثقافة العالمية في القانون .



وقد عانيت بالقضاء المصرى ، وقدمته على القضاء الفرنسى . واتخذته ذخيرة أستعين بها على نشر ما هو خالص المصرية من صفحات قانوننا . وتمنيت لو أن هذا القضاء مَدَّ لى من أسباب ذلك ، فأوسع الخطا في طريق الاستقلال والتطور الذاتى ، وأعانه المشرع المصرى بما يستد خطاه وينير سبيله .

ووقفت فيما استعرضته من النظريات القديمة والجديدة موقف المعتدل ، لا يستهوينى من الجديد جدته ، ولا يثنيى عن القديم قدمه . حتى اذا آنست فى الحديد ثباتا ، وأحسست منه عمقا ومطاوعة للتطور ، تركت القديم اليه ، وتعرفت فيه وجه القانون الحى المتجدد .

وجانبى التعقيد فى المصطلحات العربية . فأثرت السهل البسيط اذا كان دقيقا فى الدلالة على المعنى . ولم أعدل عن تعبيرات تؤدى المعنى فى سهولة ودقة ، "كلاشتراط لمصلحة الغير - والتعهد عن الغير" ،

كلمة افتتاحية

(ز)

الى غيرها من التعبيرات الفخمة التي قد تخط في الدقة بقدر ما ترتفع في الفخامة . ولم أغير من المصطلحات ما استقر في لغة القانون ، وألفته الكتاب ، وتذوقه الجمهور . فان من السفه أن نبذ ثروة تم لنا كسبها ، وأن نهدم ما بكل بناؤه ، لنستجد بناء غيره ، لا يكون فيه من الصقل ما كان في البناء المهدوم .

ولم أستطع مجانبة ما تعودته من الاطالة في الحواشي . وقد وجدت فيها عوناً على التمييز ما بين المبادئ العامة ، ومكانها المتن ، والمسائل التفصيلية ، وتنحدر الى الحاشية . بل اني ميزت في المبادئ العامة نفسها ما بين الرئيسي وغير الرئيسي ، حتى لا يختلط على القارئ ما هو جدير باطالة النظر والتدبر فيه ، وما يقنع منه بالقراءة والإلمام . وحملني على ذلك تدرج نظرية الالتزامات تدرجاً يميزها عن سائر النظريات القانونية ، فهي الأساس الذي يقوم عليه القانون . وهي بهذا الوصف تنكشف انكماشاً ضيقاً حتى تتركز قواعدها ، وتنفرج انفراجاً واسعاً حتى تنبسط تفاصيلها على جميع نواحي القانون .

هذا وصف موجز للخطة التي انتهجتها في وضع هذا الكتاب ، بعد أن استخرت الله في تأليفه . وأراني سعيداً أن أقدم منه اليوم للقراء الجزء الأول .

الجزء الأول

نظريتنا العقلية

كلمة تمهيدية

في

التعريف بالالتزام

تعريف الالتزام تعريفاً مبدئياً (في القانون المصري) . تحديد مركز نظرية الالتزامات من القانون المدني . الحق العيني والحق الشخصي . أهمية نظرية الالتزامات وتأثيرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية . تعريف القانون الفرنسي للالتزام . أركان الالتزام . المذهبان الشخصي والمادى في الالتزام . اختيار تعريف للالتزام . ترتيب موضوعات الكتاب

تعريف الالتزام تعريفاً مبدئياً (في القانون المصري) :

* ١ - تنص المادتان ١٤٤/٩٠ من القانون المدني المصري على أن " التعهد هو ارتباط قانوني، الغرض منه حصول منفعة لشخص ، بالتزام المتعهد بعمل شيء معين ، أو بامتناعه عنه " .

وقد أورد القانون الفرنسي تعريفه للالتزام ضمن تعريف العقد (انظر م ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي) . ونقتصر هنا على تعريف القانون المصري . وسنعرض لتعريف الالتزام تفصيلاً فيما يلي . غير أننا نلاحظ منذ الآن أن القانون المصري استعمل لفظ " التعهد " بدلاً من لفظ " الالتزام " ، ونحن نؤثر اللفظ الثاني على الأول ، لا لأنه الترجمة الدقيقة للفظ الفرنسي (obligation) فحسب ، بل لأنه أيضاً أدل على المعنى المقصود ، فلفظ " التعهد " يفهم منه التزام مصدره العقد ، فيكون " الالتزام " إذاً أعم من " التعهد " ، إذ يتضمن ، الى جانب الالتزامات التعاقدية ، التزامات لا يكون العقد مصدرها .^(١)

تحرير مركز نظرية الالتزامات في القانون المدني :

* ٢ - الاموال الشخصية والمعاملات - ينقسم القانون المدني - وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض الآخر - الى قسمين رئيسيين : قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات (الأحوال العينية) .

(١) انظر في هذا المعنى أحمد فتحي زغلول في شرح القانون المدني ص ١٢٦

فقواعد الأحوال الشخصية هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته، من وقت ميلاده الى يوم مماته . فتدخل في ذلك القواعد المتعلقة بثبوت النسب، وحقوق الأولاد من نفقة ورضاع وحضانة، والأهلية، والزواج وما يشتمل عليه من نظم وما يترتب عليه من حقوق وواجبات، وهذه كلها من الأحوال الشخصية المحضة . وهناك أحوال شخصية ذات عنصر مالى، وهي تتعلق بتوزيع مال الفرد على أسرته، ويكون ذلك غالباً بعد موته، فالمراث هو الأساس، ويلحق بالمراث الوقف والوصية والهبة .

وقواعد المعاملات تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد (وفيهم أفراد أسرته اذا لم ينظر اليهم بهذا الاعتبار) من حيث المال .

والمال في نظر القانون، يتكون من حقوق .

والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية، يقرها القانون للفرد . وهو إما حق عيني، أو حق شخصي .

* ٣ - الحق العيني والحق الشخصي - فالحق العيني سلطة يعطيها القانون لشخص على شيء معين، يخول الشخص بمقتضاها حقوقاً معينة على هذا الشيء . والحقوق العينية محصورة في القانون، وهي الملكية وحق الانتفاع ويلحق به السكنى والاستعمال وحقوق الارتفاق وحق الحكر وحق المستحق في الوقف، وهذه حقوق عينية أصلية، وحق الرهن بنوعيه من حيازة ورسمي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز وحق الحبس، وهي حقوق عينية تبعية (انظر م ١٩/٥) .

أما الحق الشخصي - وهذا هو الالتزام موضوع بحثنا (ويطلق عليه اسم "الحق الشخصي" اذا نظر اليه من جانب الدائن، و"الالتزام" اذا نظر اليه من جانب المدين) - فهو رابطة ما بين شخصين، دائن ومدين، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل . ولا يمكن حصر الالتزامات بذواتها كما تحصر الحقوق العينية، وإنما تحصر الالتزامات بمصادرها، وسيأتى الكلام على هذه المصادر . فالالتزام المشتري بدفع الثمن والالتزام البائع بعدم التعرض مصدرهما عقد البيع، والالتزام من يدهس شخصاً بتعويض هذا

الشخص عن الضرر الذي أصابه مصدره العمل الضار ، والتزام الأب بالنفقة على ولده مصدره القانون .

* ٤ - محاولة هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي - ولا زال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني . ولم تُجدِ محاولات بعض الفقهاء في هدم هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء فريقان : فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وآخر على العكس من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني .

أما الفريق الأول ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول^(١) ، فيرى أن الحق العيني رابطة ما بين شخصين كالحق الشخصي ، لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص ، ولا يمكن أن يقال في الحق العيني أنه رابطة ما بين الشخص والشئ ، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . ففي هذا إذا يتفق الحق العيني مع الحق الشخصي ، ويتفق معه أيضا في أنه يشمل مثله على ثلاثة عناصر : موضوع الحق والدائن والمدين ، فحق الملكية مثلا موضوعه الشئ المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة إذ يجب عليهم احترام حق الملكية هذا . فالحقان إذا يمتثلان من حيث الطبيعة والعنصر ، وإنما يختلفان في شئ غير جوهري هو جانب المدين ، ففي الحق العيني يكون المدين دائما هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العيني حقا شخصيا عاما من حيث المدين (passivement universel) ، ويختلفان أيضا في شئ آخر غير جوهري كذلك هو موضوع الحق ، فموضوع الحق العيني سلبي دائما ، إذ أن الناس كافة مدينون بعدم التعرض لصاحب الحق العيني في التمتع بحقه^(٢) .

هذا ما يقوله الفريق الأول ، وهم يقصدون من ذلك هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، من وراء جعل الحق العيني كالحق الشخصي . ولا جدال في أنه من الخطأ أن يقال أن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشئ ، فالرابطة لا توجد إلا بين الشخص

(١) انظر أيضا ديموج في المبادئ الرئيسية في القانون الخاص القسم الثاني الفصل الرابع ، وفي الالتزامات الجزء الأول فقرة ٤ - ميكاس (Michas) في الحق العيني باعتباره التزاما عاما من حيث المدين ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ ، وكيري (Quérn) في الحق العيني والحق الشخصي ، رسالة من كان سنة ١٩٠١ ، وبرودان (Prodant) في النظرية العامة للحق العيني ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٩

(٢) بلانيول ١ فقرة ٢١٥٩ - فقرة ٢١٦٠

والشخص، كما يقول الأستاذ بلانيول . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني أنه "سلطة لشخص على شيء" ولم نقل أنه "رابطة ما بين شخص وشيء" . وأما القول بأن الحق العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين، ففيه مغالطة لا تخفى عند التعمق في النظر، إذ الحق الشخصي فيه أيضا هذا الجانب العام من حيث المدين وتلتزم الناس كافة باحترام الحق العيني . فإذا أخل شخص بهذا الالتزام، بأن حرض المدين مثلا على خرق ما التزم بالقيام به، كان مسئولا ووجب عليه التعويض، أو ساعد المدين على عدم تمكين دائئه من التنفيذ بحقه، كأن اشترى منه ماله بإضرار بحق الدائن، كان هذا التصرف غير ساري في حق الدائن، ولهذا أن يطعن في التصرف بطريق الدعوى البوليصة^(١) . ولكن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئا جوهريا مميزا هو الجانب الخاص من حيث المدين الى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره، ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين، أو عدة مدينين معينين، هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق بواسطتهم . ولا وجود لهؤلاء في الحق العيني، وهذا فرق جوهري ما بين الحقين تترتب عليه نتائج هامة سيأتي ذكرها^(٢) .

وهناك الفريق الثاني، وهو الذي يحاول هدم التمييز من وراء جعل الحق الشخصي كالحق

(١) انظر في هذا المعنى مذكرات الأستاذ ليفي ايلبان غير المطبوعة في "الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين" ص ٢١ - ص ٢٢

(٢) وينتقد الأستاذان كولان وكايتان رأي الأستاذ بلانيول فيما يأتي : « يوجد فرق جوهري ما بين الحق العيني والحق الشخصي من حيث الطبيعة . فالحق الشخصي حق نسبي، وهو رابطة ما بين شخصين، يرى أحدهما جزءا من حرية الطبيعة مفيدا في خدمة الآخر، ويكون للأخر سلطة الأمر على الأول . والحق العيني هو على العكس من ذلك حق مطلق . والحق المطلق ليس برابطة ما بين شخصين، بل هو سلطة ممنوحة للشخص، وهي بالنسبة الى حق عيني معين، تحت الملكية، تتضمن استعمال الشيء واستغلاله والحصول منه على كل فائدة ممكنة، وبالجملة هو سلطة تستعمل مباشرة على الشيء . و يترتب على هذا الاختلاف الجوهري ما بين الحقين فروق عديدة . فالحق العيني دائم يبق ما دام الشيء، وينتقل من شخص الى آخر دون أن يزول مطلقا . أما الحق الشخصي فعلى العكس من ذلك رابطة مؤقتة بطبيعتها ما بين شخصين، يحتم عليها أن تزول بمحادث متظفر هو الوفاء . والقول بأن الحق العيني انما يزول الى حق شخصي عام من حيث المدين لا يعطى عن الحق العيني الافكرة ناقصة براء . وفي هذا القول أيضا تحوير لكلمة « الحق الشخصي » عن معناها القانوني، وأعطاها معنى جديدا، لأن الحق الشخصي بطبيعته حالة شاذة استثنائية . اذ الحالة المعتادة هي استقلال كل فرد، لا خضوعه لأحد . أما هذا الالتزام العام المزعم الذي يقضى على الناس جميعا باحترام حق الملكية (واحترام الحقوق المطلقة جميعها) فليس هو في الواقع الا الحالة المعتادة التي ينظمها القانون العام، وهو الشرط الضروري المبدئي لكل حياة في المجتمع » (جزء ٢ ص ١ - ص ٢) . قارن ديموج وهو يلاحظ أن الالتزام ليس حالة استثنائية، كما يقول الأستاذان كولان وكايتان، بل هو حالة طبيعية تنفق مع التضامن الاجتماعي (الالتزامات جزء أول فقرة ١٠) .

العيني، وعلى رأس هذا الفريق الأستاذان سالى (Saleilles) ولامبر (Lambert) • ويتلخص رأيهما في أن الحق الشخصى هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية (patrimoine)، يتصرف فيه صاحبه، فيبيعه ويهبه ويرهنه ويجرى فيه كل أنواع التصرفات الأخرى، وقد حان الوقت الذى ينظر فيه الى الحق الشخصى، لا باعتبار أنه رابطة ما بين شخصين، بل باعتبار أنه عنصر مالى، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال، فتجرد القيمة المالية للحق الشخصى عن شخص الدائن وعن شخص المدين • وبذلك يتقرب الحق الشخصى من الحق العيني، وهذا هو المذهب المادى فى الالتزام، سنعود اليه فيما يلى • ويضيف الأستاذ لامبر الى الاعتبارات المتقدمة أن هناك حقوقا شخصية تقرب كثيرا من الحقوق العينية، حتى أنكاد تختلط بها، كحق المساجر، فهو حق مقرون بمزيتى التبعية والتقدم، وكالأوراق المالية، فهى حقوق شخصية تجسدت حتى أصبحت شيئا ماديا ملموكا، لا فرق بينها وبين الحقوق العينية، بل أن النظر الى الحق الشخصى باعتبار أنه رابطة ما بين شخصين معينين بالذات لا تتعدى الى غيرهما يضيق عن تفسير ما جد من النظم القانونية وما اتسع منها، كنظرية الاشتراط لمصلحة الغير وكعقد العمل الجامع^(١) (contrat collectif de travail) •

ونحن لا ننكر على المذهب المادى للالتزام انتشاره، ومطابقته للتطور القانونى الحديث، وفى أنه يفسر ما لا يستطيع تفسيره المذهب الشخصى • ولكننا مع ذلك لا نراه يهدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصى • فمن الممكن أن يُنظر الى الالتزام نظرية مادية، باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه، ويكون فى هذا تقريب بينه وبين الحق العيني، ولكن هذا لا ينهى أن هناك فرقا جوهريا ما بين الحقين، حتى اذا نُظر اليهما معاً من حيث موضوعهما. فالدائن فى الحق العيني يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما، بخلاف الحق الشخصى فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين •

* ٥ - بقاء التمييز ما بين الحق الشخصى والحق العيني قائماً - يبقى إذا التمييز ما بين الحق الشخصى والحق العيني قائماً، ومحتفظاً بأهميته • فالحق العيني سلطة مباشرة

(١) انظر سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى ص ٧١ - انظر أيضا محاضرات الأستاذ لامبر غير المطبوعة فى قسم الدكتوراه سنة ١٩٢٢ - سنة ١٩٢٣ عن الالتزام وتطوره فى القانون المقارن •

للشخص على الشيء، والحق الشخصي رابطة فيما بين شخصين، والأول حق مطلق دائم، والثاني حق نسبي مؤقت، والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع لا المدين، أما في الحق الشخصي فتحدد المدين لا الموضوع. ويزيد الحق الشخصي على الحق العيني عنصرا أساسيا هو وجود مدين معين يباشر بواسطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق^(١).

وهذا التمييز ما بين الحقين لا يزال تمييزا جوهريا في كل القوانين التي اشتقت من القانون الروماني^(٢). وتترتب عليه نتائج هامة نذكر منها ما يأتي: (١) لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أى شخص انتقلت إليه

(١) انظر في هذا الموضوع بنكاز (Bonnecase) في تكملة مطول بودرى جزء خامس ص ١ - ٨٣. ويمكن أن نشير هنا إلى وجود نوع ثالث من الحقوق، لا هو عيني ولا هو شخصي، لأن المدين يكون فيه ملتزما بصفته حائزا لشيء معين، ويزول التزامه بترك هذا الشيء (Déguerpissement)، كما في التزامات الدائن المرتهن رهن حيازة، والكفيل العيني، والحائز للعقار، والشريك في الشروع. ونحن نؤثر أن نسمى مثل هذه الالتزامات «بالالتزامات العينية» (propter rem) لأن المدين إنما يلتزم باعتباره حائزا لعين بالذات. (انظر في هذا الموضوع بنكاز في تكملة مطول بودرى جزء خامس ص ٣١٤ - ص ٤٣٦).

(٢) ونلاحظ هنا أن القوانين التي اشتقت من القانون الروماني تختلف عن القوانين الأخرى بهذا التمييز الجوهري ما بين الحق العيني والحق الشخصي. ففي القانون الإنجليزي، وصلته ضعيفة بالقانون الروماني، لانجد هذا التمييز على النحو الذي نجده في القوانين اللاتينية. وفي الشريعة الإسلامية لا نشعر بأثر لهذا التمييز إلا في بعض عبارات تأتي عرضا في موضوعات مختلفة. فقد ميز فقهاء المسلمين بين حق يتعلق بالعين وحق لا يتعلق بها، وجاء في كتاب شرح فرائض سراجية للعلامة السيد شريف الجرجاني ص ٥ ما يأتي: «واعلم أن الابتداء بالكفيل ليس مطلقا، كما تشعر به عبارة الكتاب، بل كل حق للغير يتعلق بعين من التركة، فإنه يقدم على تكفيله، كالدائن المتعلق بالمرهون، إذا لم يكن لبيت شيء سواه، فيقضى منه دينه أولا ... وكذا الحال في المبيع المحبوس بالثمن، إذا مات المشتري عاجزا عن أدائه الخ». وفي هذا القول ما يصح أساسا للتمييز بين الحق العيني والحق الشخصي، ولكنه تمييز غير واضح في الشريعة الإسلامية، ولم تعقب عليه الفقهاء تعقيبا يتفق مع أهميته، ولم تصغ منه نظرية مهيمنة، كما فعلت في النظريات الأخرى لفقهاء الإسلام (وان كان الفقهاء ربوا الحق الرهن مثلا حق التقدم: البدائع جزء ٦ ص ١٤٦). وقد لفت نظرنا أن هناك بعض نظريات أساسية نرى فيها الشريعة الإسلامية تختلف اختلافا واضحا عن القانون الروماني والقوانين التي اشتقت منه، وهي في هذا الاختلاف تماثل القانون الإنجليزي، مما يجعل على الاعتقاد بأن الشريعة الإسلامية، في هذه النظريات على الأقل، لا يزيد اتصالها بالقانون الروماني عن اتصال الشريعة الإنجليزية بهذا القانون. من هذه النظريات التي نشير إليها التمييز المتقدم بين الحق العيني والحق الشخصي، ومنها أيضا نظرية الالتزام بلا سبب، وسنعود إلى هذه المسألة في موضع آخر. ولا تختلف شريعة عن أخرى فيما يتصل بجوهر الفكرة، فإن هذا الجوهر واحد في كل القوانين، وقد يرجع ذلك إلى شيء من الوحدة في التفكير البشري وشيء من التماثل في النظم والحضارة الإنسانية. وإنما تختلف الشرائع باختلاف الصياغة الفنية التي تخصص بها كل شريعة تكون مستقلة في نمائها وتطورها. وعندما أن تقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية إنما هو ضرب من الصياغة الفنية، تستعين به الشرائع على تقرير المبادئ القانونية، وفي هذا يظهر الفرق بين قانون وقانون.

ملكيته . (٢) وله أيضا حق التقدم على جميع الدائنين الشخصيين (droit de préférence) في تقاضى حقه من الشيء، فان هؤلاء ليست لهم إلا سلطة غير مباشرة على الشيء . (٣) يتم التنازل عن الحق العيني بأرادة منفردة، لأن صاحب الحق ليست بينه وبين شخص بالذات علاقة مباشرة حتى يتفق معه على هذا التنازل . أما الحق الشخصى فالتنازل عنه لا يكون إلا باتفاق الدائن والمدين ، لأن الحق علاقة مباشرة فيما بينهما ، فلا تزول إلا باتفاقهما . (٤) تكسب الحقوق العينية، وتزول (عدا الملكية) ، بالتقادم . أما الحقوق الشخصية فلا تكسب بالتقادم ، ولكن تزول به . والسبب فى ذلك ، على ما نرى ، أن زوال الحق بالتقادم لا يقتضى إلا مضى مدة معينة، وهذا ممكن فى الحقوق العينية وفى الحقوق الشخصية على السواء . أما كسب الحق بالتقادم، فيقتضى، الى جانب مضى المدة، حيازة الحق ، والحيازة تتصور فى الحق العيني دون الحق الشخصى، لأن الأول سلطة على الشيء يمكن الاستيلاء عليها، أما الثانى فعلاقة ما بين شخصين يصعب أن تكون محلا للحيازة^(١) .

وعلى أساس التمييز بين الحق الشخصى والحق العيني، ينقسم القانون المدنى الخاص بالمعاملات الى قسمين، أحدهما يبحث فى الحقوق العينية لا شأن لنا به فى هذا الكتاب، والآخر فى الحقوق الشخصية، وهذا هو موضوع بحثنا ، ونقتصر منه على بسط النظرية العامة للالتزامات .

أهمية نظرية الالتزامات وتأثيرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والثقافية

٦ - أهمية نظرية الالتزامات وتطورها - بعد أن حددنا مركز نظرية

الالتزامات من القانون المدنى، بقى أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهى من

(١) ومع ذلك فهناك أحوال قد تصور فيها حيازة الحق الشخصى . فالدائن اذا رهن حقه الشخصى رهن حيازة، لا يتم الرهن الا بانتقال حيازة الحق الشخصى المرهون الى الدائن المرتهن (م ٥٤٩ / ٦٧٢ - ٦٧٣) . كما يجوز وفاء الدين وفاء صحيحا للدائن الظاهر، وهو من يكون حائزا لدين بحسن نية دون أن يكون الدائن الحقيقى، كما اذا اعتقد شخص أنه يرث فى تركة، واستوفى ديننا لها . فالوفاء للوارث الظاهر (héritier apparent) يكون صحيحا، اذا كان المدين حسن النية أيضا عند الوفاء، ويسرى الوفاء فى حق الوارث الحقيقى .

فرى مما تقدم أنه تجوز حيازة الحق الشخصى، وأن هذه الحيازة ترتب عليها آثار قانونية ، واذا كانت حيازة الحق الشخصى تختلف عن حيازة الحق العيني فى أنها حيازة معنوية ، فان القواعد العامة لا تأبى أن يكون هناك هذا النوع من الحيازة، هذا الى أنه يمكن تصور حيازة الدين ماديا مباشرة بعض أعمال خاصة به، كاستيفاء فوائده، وتقييد حق رهن بضمته، وتجديد هذا القيد ونحو ذلك .

من ذلك نرى أن منطق النظرية المادية للالتزام كان يقضى بجواز كسب الحقوق الشخصية بالتقادم كالحقوق العينية . ولكن المسلم به غير ذلك كما قدمنا .

القانون المدني، بل ومن القانون عامة، بمثابة العمود الفقري من الجسم^(١)، ويمجد علماء القانون فيها مجالا فسيحا للسمو بالمنطق القانوني الى ارفع مكان^(٢). بل قد يبالغ بعض الفقهاء، فيغفل ما تشتمل عليه المادة القانونية من حقائق اجتماعية واقتصادية وخلقية، ويمجد القانون من كل ذلك، ويبرزه قواعد فنية، خالية إلا من المنطق المحض، قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية. بل أن البعض قد غالى بالفعل، فوضع لها نظريات على مثال النظريات الهندسية^(٣).

على أنه إذا صح أن نظرية الالتزامات هي أصح النظريات القانونية قبولاً للمنطق، وأفسحها مجالا للتعميم، وأخصبها تربة لانبثاق النظريات العامة، وإذا صح أنها أولى النظريات قابلية للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة^(٤) لوحدة أصلها التاريخي، ولسيادة المنطق فيها، فليس بصحيح ما يزعم البعض من أن هذه النظرية لم تتطور، بل بقيت ثابتة على الزمن، تلقيناها^(٥).

(١) ويرى تارد (Tarde) أن نظرية الالتزامات من القانون بمكان نظرية القيمة من علم الاقتصاد السياسي، فهي نقطة الارتكاز، واليا تنجم النواحي المختلفة (تارد في تطورات القانون الخاص ص ١٢٥).

(٢) ويقول سالي: « في كل تشريع تكاد تكون نظرية الالتزامات قسما نظريا عاما بطبيعته. إذ أن الغرض في الواقع من هذه النظرية، على الأقل فيما يتعلق بقسم كبير منها، هو تحديد الأشكال المختلفة التي تبرز فيها الإرادة في دائرة الاتفاقات ما بين الناس، ودراسة الآثار التي تترتب على هذه الإرادة. فيظهر إذا أنه يكفي لهذا أن يكون التفكير مستقيما متفقا مع المنطق. وذلك هو الذي يكسب هذا القسم من القانون صبغته المنطقية، فتكون له صفة علمية أكثر وضوحا مما هي في أي قسم آخر. ولكن ذلك هو الذي يجعل أيضا هذه النظرية، دون سائر نظريات القانون الخاص أقرب للتوحيد، فإن آثار الإرادة البشرية تكاد تكون واحدة في كل جهة، والضرورات القانونية المماثلة تخلق في كل الجهات تقريبا اتفاقات مماثلة أو متشابهة. وبعد أن تحررت نظرية الالتزامات شتبا فشتبا من الشكليات القديمة، بل ومن الاعتبارات المحلية، اتجهت الى أن تكون في القوانين الحديثة خير تعبير عن المنطق القانوني، متفقة في ذلك مع المبدأ العالي الذي يقضي بالاحترام المطلق لحرية الاتفاقات » (الالتزامات في القانون الألماني ص ١). ويرى ديموج أن قابلية نظرية الالتزامات للتعميم لا ترجع الى احترام سلطان الإرادة، كما يقرر سالي، فإن سلطان الإرادة قد أصبح الآن محدودا، وإنما يرجع الى أن النظرية تعالج ضروبا من المسائل كثيرة الشعب، منفردة الخلف فيما بينها، فلا تقف عند حالات معينة، بل تسمو الى ما فوق ذلك من تعميم يمحو الاعتبارات الخاصة في الزمان والمكان (ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١).

(٣) انظر الفونس هيمار (Alphonse Hémar)، نقد موضوعي للصناعة القانونية في نظرية الالتزامات

باريس سنة ١٩٢٦

(٤) انظر المشروع الفرنسي الإيطالي في الالتزامات، وهو مشروع لتوحيد القانونين الفرنسي والإيطالي، وقد

رأى واضعو المشروع أن نظرية الالتزامات هي أقرب النظريات القانونية للتوحيد، فبدأوا بها.

(٥) انظر كولان وكايتان ٢ ص ٢

عن الرومان كما هي دون تغيير يذكر . والصحيح أن نظرية الالتزامات تطورت تطورا كبيرا منذ عهد الرومان الى اليوم ، وقد تأثرت في تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وخلقية^(١) .

٧ - تأثر نظرية الالتزامات بالعوامل الاجتماعية - فالنظريات الاشتراكية ، وما في منهاها من النظريات الاجتماعية الأخرى ، أثرت في نظرية الالتزامات تأثيرا واضحا . ولا يمكن أنكار النزعة الاشتراكية في القوانين الحديثة . فهذا عقد العمل ، وما ينطوي عليه من قواعد يقصد بها حماية العمال ، وإعطاؤهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل ، كحرية الاجتماع وحق تكوين النقابات وحق الإضراب عن العمل . وهذه نظرية العقد ذاتها ، وقد أخذت قوة الإلزام في العقد تبنى على التضامن الاجتماعي لا على إرادة الفرد الحرة . وهذه عقود الإذعان (contrats d'adhésion) ، وقد أخذت الدولة تتدخل في تنظيمه حتى لا تترك جانب المستهلك الضعيف دون حماية . وهذه نظرية الغبن ، وقد أخذت لتسع في القوانين الحديثة ، حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود ، على خلاف ما كانت تقضي به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حرا في تعاقد ، يلتزم بما أراده مهما أصابه من الغبن في ذلك .

٨ - تأثر النظرية بالعوامل الاقتصادية - كذلك للعوامل الاقتصادية تأثير كبير في نظرية الالتزامات . فقد كان من شأن تطور الحوادث الاقتصادية ، وسرعة تداول المال ، أن نشأ المذهب المادي للالتزام ، بما يترتب عليه من نتائج قانونية هامة ، سيأتي ذكرها فيما يلي . وإلى جانب السرعة في التعامل وجدت ظاهرة اقتصادية أخرى ، هي استغلال القوات الطبيعية ، كالبخار والغاز والكهرباء ، استغلالا اقتصاديا ، مما أدى الى تقدم الصناعة واستعمال الآلات الميكانيكية المختلفة . وكان لذلك أثره في نظرية الالتزامات ، فقد اقترن تقدم الآلات وكثرة استعمالها بمخاطرة تستهدف لها الناس ، وكان هذا سببا في خلق نظرية جديدة في مصادر الالتزامات ، وهي نظرية تحمل التبعة (théorie du risque) ، وكذلك اتسع نطاق عقد التأمين بأنواعه المختلفة ، فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، حتى بدت

(١) ويرى الأستاذ ديموج أن القسم الخاص بمصادر الالتزامات وكيفية إثباتها هو الذي يتطور متأثرا بالعوامل الاجتماعية ، أما القسم الخاص بآثار الالتزامات ، وبالأوصاف التي تدخل عليها ، وبطرق انقضاءها ، فلا يتغير كثيرا ، لأنه يتصل بالصياغة القانونية أكثر من اتصاله بالحقائق الاجتماعية (الالتزامات ١ فقرة ٨) .

في ثوب جديد. وظاهرة اقتصادية نالتة كان لها أثرها في نظرية الالتزامات، هي تجمع رؤوس الأموال للأنتاج يعد أن تقدمت الصناعة، وكان من وراء ذلك أن جدت نظريات في تنظيم التضامن في النشاط الاقتصادي، وأدى ازدياد هذا النشاط الى خلق أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل، كالعقود الجامعة (contrats collectifs) والمنشآت والمؤسسات المختلفة. هذا الى أن المشاكل الاقتصادية أثناء الحرب الكبرى قد خلقت نظريات قانونية جديدة، كما في نظرية الظروف الطارئة (théorie de l'imprévision)، وفي نظرية الوفاء اذا كان بعملة نقص سعرها^(١).

٩ - تأثر النظرية بالعوامل الخلقية - أما تأثير العوامل الخلقية في نظرية

الالتزامات، فهو وإن كان يبدو لأوّل وهلة ضعيفا، إلا أن هذه نظرة سطحية للموضوع. وقد أثبت الأستاذ ريبير (Ripert) في كتابه "القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية" أن للعوامل الخلقية تأثيرا كبيرا في نظرية الالتزامات، فنظرية سوء استعمال الحق، والنظرية التي تقضى بأن الغش يفسد العقود، والمبدأ القاضي بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام، كل هذه نظريات مشبعة بالروح الخلقية، وهي تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدي العابثين بالأخلاق والآداب العامة. وهناك الالتزامات الطبيعية، وهي الترامات تمت بصلة متينة الى قواعد الأخلاق، يعترف بها القانون ويضع لها نوعا من الجزاء، فتمتجج بذلك القواعد الأدبية بالقواعد القانونية حتى يصبح شيئا واحدا. هذا الى أن المصادر غير التعاقدية للالتزام تقوم في الواقع على أساس متين من القواعد الخلقية، فالالتزام بالتعويض عن العمل الضار يستند الى التزام بوجوب الامتناع عن الأضرار بالغير دون حق، كذلك مبدأ الأثراء دون سبب يمنع الشخص أن يستفيد من ضرر يصيب غيره، والالتزامات التي ينشأها القانون، كالتزامات الحوار والتزامات أفراد الأسرة بعضها للبعض الآخر، هي في الواقع أواصر خلقية تقضى بوجوب العطف على الجار وعدم الأضرار به والبر بذوى القربى والأرحام^(٢).

(١) وقد تولى الأستاذ ليفي إلهان، في محاضراته غير المطبوعة عن الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين، بسط تأثير العوامل الاقتصادية في نظرية الالتزامات بسطاً سهياً (انظر ص ١٢١ - ص ١٤٣).

(٢) انظر ريبير في "القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية" طبعة ثانية ص ٦ - ص ٧ ريبورّد الأستاذ ريبير أمثلة تفصيلية تدل على صدق نظريته، فيعرض للقاعدة المدنية التي تقضى بإعلان العقد اذا كان مخالفاً للآداب (فقرة ٢٥) أو كان اتفاقا على نحو مسئولية جنائية أو مدنية (فقرة ٢٨). بل أن نظرية عيوب الرضا من غلط =

فاذا قلنا أن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لا نكون مباغين في هذا القول، ونكون قد دللنا في الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيان متلازمان .

تعريف القانون الفرنسي للالتزام :

١٠ - مقارنة بالتعريف المصري - لم يرد تعريف الالتزام في القانون الفرنسي إلا عرضاً بصدد تعريف العقد، فقد نصت المادة ١١٠١ من هذا القانون على أن العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر، نحو شخص آخر أو أكثر، باعطاء شيء، أو بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل .

والواقع أن عدم إيراد القانون الفرنسي لتعريف مستقل للالتزام يرجع الى نقص في الطريقة التي عالج بها هذه النظرية ، فهو قد خلط بين نظرية الالتزام ونظرية العقد، وجمعهما معاً في محل واحد . وقد تكون هناك أسباب عملية تبرر مسلك المشروع الفرنسي ، إذ العقد أهم مصدر للالتزام، والخلاط بين الشئيين قد لا ينبو عن الذوق العملي . إلا أن الطريقة العلمية الصحيحة تقضى بوجود الفصل بين الالتزام والعقد ، والتمييز بينهما هو تمييز الشيء عن

= وتدلّس واكراه تمت للعوامل الخلقية بأقوى سبب (فقرة ٤١ - فقرة ٤٩) ، كذلك نظرية الذنب تنهى عن استغلال القوى للضعيف (فقرة ٦١ - فقرة ٧٣) . وهناك أحوال في تنفيذ العقد يتدخل فيها القاضي فيمنع التعسف والجور، كما في نظرية الظروف الطارئة وفي إعطاء المدين مهلة للوفاء ، ويخضع القاضي في ذلك لاعتبارات خلفية ترجع لوجوب الشفقة على مدين عثر به الحظ (فقرة ٧٦ - فقرة ٨٨) . ونظرية سوء استعمال الحق تقوم على أساس خلقى واضح (فقرة ٨٩ - فقرة ١٠٣) . ونظرية المسؤولية التقصيرية مبنية على فكرة الخطأ ، ونظرية تحمل التبعة جزاء عادل يصلح ما اختل من المساواة بين الناس (فقرة ١١٢ - فقرة ١٢٣) ، كذلك شأن نظرية عدم الإثراء على حساب الغير (فقرة ١٣٣ - فقرة ١٤٧) ، وهناك واجبات يأخذ بها القانون الأفراد، يستمدّها من الأخلاق ويؤيّدّها بسلطنته ، كما في الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب والأصهار ، وكما في التعويضات التي تعطى لمنكوب الحرب أو لمنكوب حوادث العمل (فقرة ١٤٨ - فقرة ١٥٦) ، ولحسن النية وسوئها أثر كبير في صحة وبطلان الأعمال القانونية (فقرة ١٥٧ - فقرة ١٥٩) كما أن النش يطل العمل القانوني (فقرة ١٦٠ - فقرة ١٦٧) . وهناك التزامات أدبية يعترف بها القانون وهي الالتزامات الطبيعية (فقرة ١٨٦ - فقرة ٢٠٢) ، وقد انتهى الأستاذ ريبير من بحثه على أن الالتزام، خلافاً لما يقول به المذهب المادى ، لا يزال رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين ، تقوم على اعتبارات خلقية لا اعتبارات مادية (فقرة ٢٠٣) .

وقد بين الأستاذ جوسران (Josserand) في كتابه "الباعث في الأعمال القانونية في القانون الخاص" باريس سنة ١٩٢٨ ، أن الباعث ، وهو عامل خلقى ، له أثر كبير في صحة وبطلان الأعمال القانونية ، والكتاب يثبت مبلغ تدخل القواعد الخلقية في القواعد القانونية وأن القانون قد أصبح الآن يمتزج بعلم الأخلاق .

مصدره . وقد كان المشرع المصرى أسد منطقاً إذ فصل بين النظريتين ، ومن ثم وجد تعريف للالتزام فى القانون المصرى وهو التعريف الوارد فى المادتين ١٤٤/٩ ، وقد تقدمت الإشارة إليه ^(١) . وهو يقرب من تعريف القانون الفرنسى ، المفهوم من المادة ١١٠١ ، فى أن كلا منهما ينص على أن موضوع الالتزام هو عمل شئ معين أو الامتناع عن عمل شئ معين ، ويزيد القانون الفرنسى فى موضوع الالتزام أنه قد يكون إعطاء شئ ، أى نقل ملكية أو حق عيى على الشئ . ولكن سنرى فيما يلى أن الالتزام بالإعطاء يدخل ضمن الالتزام بالعمل .

* ١١ — أصل التعريف الفرنسى — فالتعريف المصرى مأخوذ من التعريف الفرنسى ، وهذا مأخوذ من بوتيه ، وقد نقله هذا الفقيه عن القانون الرومانى .

فالأصل فى تعريف الالتزام يصعد بنا إذا إلى القانون الرومانى ، وكان الرومان يعرفون الالتزام بأنه " رابطة قانونية تلزمنا ضرورة بأن نقوم بوفاء شئ طبقاً للقانون " ^(٢) . وقد ورد كذلك التعريف الآتى عن بول : " يكون هناك التزام إذا كان الغير يستطيع أن يجبرنا على أن نعطى شيئاً ، أو أن نقوم بعمل ، أو أن نمتنع عن عمل " ^(٣) .

ويجمع بوتيه بين التعريفين المتقدمين ، فيعرف الالتزام بأنه " رابطة قانونية تجبرنا نحو شخص آخر ، على أن نعطى شيئاً ، أو أن نقوم بعمل ، أو أن نمتنع عن عمل " ^(٤) .

وعن بوتيه أخذ المشرع الفرنسى التعريف الوارد فى المادة ١١٠١ ، وقد أخذ شراح القانون الفرنسى بهذا التعريف . وأخذ كذلك المشرع المصرى كما تقدم .

(١) وقد تجنبت القوانين الحديثة (كالقانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى والمشروع الفرنسى الإيطالى) العيب الذى وقع فيه المشرع الفرنسى ، ففصلت بين نظرية الالتزام ونظرية العقد ، إلا أنها لم تورد تعريفاً للالتزام ، ولعلها أرادت بذلك أن تجنب ذكر تعاريف محلها المناسب هو المؤلفات الفقهية لا الأعمال التشريعية .

(٢) وهذا هو التعريف باللاتينية : *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura* (Inst. des Oblig. III, 13).

(٣) *Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis adstringat ad donandum aliquid vel faciendum vel praestandum* (D. 44. 7. d. o. et. A. 3 pra.).

(٤) انظر بوتيه فى الالتزامات فقرة ١

(٥) انظر أوبرى ورو ٤ ص ٣ — ديولومب ٢٤ فقرة ٤ — لوران ١٥ فقرة ٤١٤ — لارومبيير ١١٠١

فقرة ٥ — بيدان فى الالتزامات فقرة ٢ — بنوار ص ٤٤٦

أركان الالتزام :

* ١٢ - المحل والسبب - وقبل أن نختار تعريفا للالتزام ، نورد الأركان التي يقوم عليها ، وهي ثلاثة : (١) الرابطة القانونية . (٢) المحل . (٣) والسبب .

فالالتزام البائع مثلا ينقل ملكية المبيع الى المشتري يقوم على هذه الأركان : . فهناك رابطة قانونية تربط البائع بالمشتري ، محلها نقل ملكية الشيء المبيع ، وسببها قيام المشتري بالتزامه من الوفاء بالثمن .

فمحل الالتزام ، كما يتضح مما تقدم ، هو الشيء الذي يلتزم به المدين ، وهو تارة يلتزم بالاعطاء كما في المثل المتقدم وطورا بالعمل كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر ، وأخرى بالامتناع عن العمل كما في التزام التاجر ألا يزاحم منافسا له في التجارة .

وسبب الالتزام هو الغرض القانوني الذي من أجله أوجب المدين الالتزام على نفسه ، فالبايع انما التزم بنقل ملكية المبيع بقصد استيفاء ثمنه .

ويتبين مما تقدم أن كلا من المحل والسبب ركن في الالتزام لا في العقد . ولكن هناك اعتبارات عملية توجب أن يكون بحث هاتين المسألتين عند البحث في العقد . فمحل الالتزام وإن كان عاما في كل الالتزامات ، أيا كان مصدرها ، إلا أنه لا تبتين أهميته إلا في الالتزامات التعاقدية كما سيأتى تفصيل ذلك . والسبب لا يكون ركنا إلا في الالتزامات التعاقدية دون غيرها . ومن هنا كان بحث المحل والسبب متصلا بأوثق الاتصال بالبحث في العقد . ونحن نخضع لهذه الاعتبارات العملية ، ونخرج في هذا على المنطق المحض ، فنرجئ البحث في المحل والسبب الى الموضوع الذي نتكلم فيه على أركان العقد .

* ١٣ - الرابطة القانونية - بقى من أركان الالتزام الرابطة القانونية ، وهي التي يسميها الرومان (juris vinculum) . والظاهر من التطور التاريخي للالتزام أنه في أول أمره كان سلطة تعطى للدائن على جسم المدين لا على ماله ، وكان هذا هو الذي يميز بين الحق العيني والحق الشخصي ، فالأول سلطة تعطى للشخص على شيء ، والثاني سلطة تعطى للشخص على

شخص آخر^(١). أما سلطة الدائن على المدين فكانت واسعة، يدخل فيها حق الموت والاسترقاق والتصرف، ثم تلطفت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البدني بمحبس المدين مثلاً، ولم يصل الدائن الى التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل، وبعد التمييزين رابطة المسئولية (Haftung) ورابطة المديونية (Schuld)^(٢)، وستأتي الإشارة الى ذلك .

فأصبح بذلك للالتزام، منذ عهد الرومان، مظهران، مظهر باعتباره رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . ومظهر باعتباره عنصراً مالياً، يحسب للدائن ويحتسب على المدين .

ولا يزال الالتزام محتفظاً بهذين المظهرين الى الوقت الحاضر، وأن اختلفت المذاهب فيه . فمذهب يغلب الناحية الشخصية، وهو المذهب الفرنسي التقليدي الموروث عن القانون الروماني . ومذهب يغلب الناحية المالية، وهو المذهب الألماني الحديث^(٣) .

المزجه بين الشخصي والمادي في الالتزام :

* ١٤ - المزج الشخصي (théorie subjective) : أما المذهب الشخصي فيرى الأمر الجوهرى في الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذا ما حمل الأستاذ بلانيول على أن يزيد في تعريف الالتزام فكرة الرابطة الشخصية، فهو يعرف الالتزام بأنه علاقة قانونية ما بين شخصين، بمقتضاها يكون لأحدهما، وهو الدائن، الحق في تقاضى شيء معين من الآخر، وهو المدين^(٤) . ويزيد الأستاذان كولان وكايتان في تأكيد الرابطة الشخصية، أى رابطة خضوع المدين للدائن، اذ يعرفان الالتزام بأنه علاقة ما بين شخصين تتحلل الى سلطة تمنح للدائن على المدين، وتسمح له بأخضاع المدين للقيام بعمل فيه فائدة له^(٥) .

(١) وقد بنى الحق الشخصي على طراز الحق العيني، اذ سبق هذا الأخير الأول في الوجود . فقام الرومان على رابطة السيطر (vinculum dominium) في الحق العيني رابطة الالتزام (obligatio) في الحق الشخصي .

(٢) انظر بريسو (Brissaud) في تاريخ القانون الفرنسى جزء ٢ ص ١٢٨ هامش نمرة ٢

(٣) على أنه يلاحظ أن من فقهاء الألمان من يعتبر من زعماء المذهب الشخصي كسافيني (Savigny) ومن فقهاء

الفرنسيين من يعتبر من زعماء المذهب المادى كسالى (Saleilles) .

(٤) بلانيول ١ فقرة ٢١٥٤

(٥) كولان وكايتان ٢ ص ١٤٥

وأشهر من قال بالمذهب الشخصي من فقهاء الألمان سافيني (Savigny)، فقد كان يرى الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن، وهى صورة مصغرة من الرق، فالسلطة (Herrschaft) التى تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق كل حرية من يخضع لهذه السلطة، وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة. وقد لا تتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية، ولا تمتد إلا الى جزء من نشاط المدين، فيترتب من ذلك حق للدائن، قريب من حق الملكية ولكنه ليس إياها، فهو حق خاص يتعلق بعمل معين من أعمال المدين، وهذا ما نسميه بالالتزام. فالالتزام إذاً هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر. وتكون الملكية والالتزام، فى نظر سافيني، شيئين من طبيعة واحدة، ولا يختلفان إلا فى الدرجة، ففى الملكية يكون الخضوع كلياً، وهو جزئى فى الالتزام، ولكنه موجود فى الحالتين^(١).

* ١٥ — المذهب المادى — (théorie objective) : يتبين مما تقدم أن نظرية سافيني، وهى مطبوعة بطابع القانون الرومانى، تجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة، رابطة خضوع قريب من الرق، وتنسجها على طراز من حق الملكية.

هذه النظرية قام فى وجهها فقهاء الألمان، وعلى رأسهم أوتوفون جييرك (Otto von Gierke) وأبو أن تستقر فى الفقه الألمانى، بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية، وغلبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها^(٢). وقد بين جييرك أن الفكرة الجرمانية فى الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية، كما كان الأمر فى القانون الرومانى، بل تنظر الى محل الالتزام وهو العنصر الأساسى، وتجزئه من الرابطة الشخصية، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية. فينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً، العبرة فيه بقيمته المالية^(٣).

(١) ويبسط سافيني نظريته فى كتابه : كتابه فى القانون الرومانى المعاصر (Systeme des heutigen romischen Rechts) سنة ١٨٣٩ الجزء الأول — وكتابته فى قانون الالتزامات (Der Obligationem Recht) سنة ١٨٥١ — ١٨٥٢، انظر أيضاً فى نظرية سافيني مذكرات الأستاذ ليني إلمان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٥١ — ص ٥٢.

(٢) وقد بلغ أثرهم فى ذلك الى حد أن القانون المدنى الألمانى هجر كلمة الالتزام (obligation) الموروثة عن القانون الرومانى، واستعمل بدلاً منها تعبيراً آخر هو «علاقة الدين» (Schuldverhältnisse).

(٣) انظر جييرك فى القانون الخاص (Privat Recht) ص ٥٦ وما بعدها.

وقد تساندت النظرية المادية للالتزام في ألمانيا مع نظرية أخرى ألمانية، هي نظرية الذمة المالية (patrimoine). فقد كان الفرنسيون ينظرون الى الذمة المالية من ناحية شخصية، فيرونها متصلة بالشخص. وعندهم أن كل شخص له ذمة مالية، ولكل ذمة مالية شخص تتعلق به، وليس للشخص إلا ذمة مالية واحدة. هذه هي نظرية الأستاذين أوبري ورو المشهورة، تربط الذمة المالية بالشخص، فيندجنان أحدهما في الآخر. أما الألمان فينظرون الى الذمة المالية من الناحية المادية، ولا يربطونها بالشخص، فهي مجموع من المال يتكون من عناصر ايجابية (actif) ومن عناصر سلبية (passif)، ويتميز لا باستناده الى شخص معين، بل بتخصيصه في غرض معين (affectation à un but déterminé, Zweckvermögen)، سواء استند الى شخص أولم يستند. ويترتب على ذلك أن الذمة المالية قد توجد دون شخص، وقد تتعدد الذمات المالية للشخص الواحد. هذه النظرة المادية للذمة المالية، التي سادت في ألمانيا واشترك في نشرها جيرك نفسه، ساعدت على انتشار النظرة المادية للالتزام، لأن الالتزام من عناصر الذمة المالية، فاذا كانت هذه الذمة شيئا ماديا، كسب الالتزام منها هذه الصبغة^(١).

ولم تقتصر النظرية المادية للالتزام على ألمانيا، فقد نشرها في فرنسا، نقلا عن المدرسة الألمانية، سالي (Saleilles)، وهو يعتبر بحق زعيم هذا المذهب في فرنسا، ولو أن المذهب لم يسد في الفقه الفرنسي^(٢).

(١) وساعد أيضا على هذه النظرة المادية للالتزام في ألمانيا، نظرية ثالثة، ألمانية كذلك، سبقت الإشارة اليها، وهي تقضي بالتفريق بين رابطة المسئولية (Haftung) ورابطة المديونية (Schuld) في الالتزام. فاذا تغلبت رابطة المسئولية، نظرنا الى الالتزام من ناحية عنصره المال، اذ مال المدين هو المسئول عن التزامه (أو كما يقول الفرنسيون مال المدين ضمان عام لالتزامه)، وأغفلنا عنصره الشخصي، وهي رابطة المديونية التي تربط المدين بالدائن. وساعد على ذلك أخيرا تحليل الحق الشخصي على اعتبار أنه حق على شيء (jus ad rem)، كما أن الحق العيني حق في شيء (jus in re). وقد أوغل الألمان في التحليل على هذا النحو، حتى أصبح الحق الشخصي خطوة نحو الحق العيني، فهو يؤدي في النهاية الى إيجاد هذا الحق، اذ يبق حق الدائن شخصا، حتى اذا فقد، واستلم الدائن الدين، صار حقه عينيا على ما استلزمه. فتقريب الحق الشخصي من الحق العيني يجعل من الحق الشخصي شيئا ماديا كالحق العيني. (انظر في العوامل التي ساعدت على انتشار النظرية المادية للالتزام في ألمانيا مذكرات الأستاذ ليفي ايلمان ص ٥٩ - ص ٦٢).

(٢) ومن تلاميذ الأستاذ سالي، الذين نشروا عنه النظرية المادية في فرنسا، الأستاذ جوديميه (Gaudemet) في رسالته حوالة الديون للخلف الخاص (ديجون سنة ١٨٩٨) والأستاذ لاريور بيغونيير (Larebours-Pigeonnière) في مقاله المندج في كتاب «عمل ريمون سالي القانوني» (Euvre Juridique de Roymond Saleilles).

١٦ - ما يترتب منه النتائج على المذهب المادى للالتزام - ليس المذهب المادى للالتزام مجرد مذهب نظرى، بل هو خصب فى نتائج العملية، فان النظر الى الالتزام باعتباره شيئا ماديا يكون من شأنه أن يزيد فى سرعة التعامل، وهذا ما تقتضيه النظم الاقتصادية فى العصر الحاضر، من تبسيط فى المعاملات وتيسير لها، حتى يكسب تداول المال مرونة تستلزمها هذه النظم، بعد أن تكدست رؤوس الأموال، واشتدت حركة الإنتاج، وانتشرت الصناعات الكبيرة. فالنظرية المادية تضعف الصلة ما بين موضوع الالتزام وشخص الدائن والمدين، وينبنى على هذا نتائج عملية هامة^(١)، نذكر منها ثلاثا :

(أولا) لما كانت العبرة فى الالتزام بمحله دون أشخاصه، أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام، من دائن ومدين، مع بقاء محله لا يتغير. فتجوز إذا حوالة الالتزام، ليس من دائن الى آخر فحسب، وهذا ما يسلم به حتى القانون الفرنسى والقانون المصرى مع أنهما أخذوا بالمذهب الشخصى، بل أيضا من مدين الى آخر. فيوجد الى جانب حوالة الحق (cession de créance)، حوالة الدين (cession de dette)، وهذا ما اعترفت به القوانين المشبعة بالمذهب المادى، كالقانون الألمانى والقانون السويسرى .

على أن المنطق كان يقضى بأن الشرائع التى تعترف بجواز حوالة الحق من جهة الدائن، تعترف كذلك بجواز حوالة الدين من جهة المدين، فالفكرتان ترجعان لأصل واحد، هو مادية الالتزام وجعله عنصرا ماليا يجوز تداوله والتصرف فيه . وهو من حيث أنه عنصر مالى له وجهان : وجه من حيث الدائن يعتبر فيه عنصرا إيجابيا فهو حق، ووجه من حيث المدين يعتبر فيه عنصرا سلبيا فهو التزام . فاذا تقرر جواز تداوله وجب أن يكون التداول على كل من الوجهين المتقدمين^(٢) . والواقع أن موقف الشرائع التى تعترف بحوالة الحق دون حوالة الدين، كالقانون الفرنسى والقانون المصرى، فيه تناقض . وقد كان القانون الرومانى منطقيا حين كان ينكر حوالة الحق كما ينكر حوالة الدين، لأن الالتزام عنده رابطة شخصية، فلا يجوز أن يتغير أحد من طرفيه دون أن يتغير الالتزام ذاته^(٣) .

(١) انظر ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ٧

(٢) انظر سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى ٧٣ — ٧٤

(٣) وقد ذهب سالى الى انه لا يوجد ما يمنع فى القانون الفرنسى من الاتفاق على حوالة الدين، وان لم يرد نص =

(ثانياً) لما كانت الصلة ضعيفة بين محل الالتزام وأشخاصه ، فمن الممكن أن تتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه ، فيستند الالتزام الى المدين وحده ، وهذا يدل على أن الرابطة الشخصية فيما بين الدائن والمدين ليست هي العنصر الأول في الالتزام، إذ لو كان الأمر كذلك، لما أمكن تصور التزام ينشأ دون أن يكون هناك وقت نشوئه دائن ومدين، لأن الالتزام هو الرابطة الشخصية فيما بين هذين ، فاذا لم يوجد أحدهما استحال وجود هذه الرابطة . أما اذا أخذنا بالمذهب المادى، فيمكن تصور التزام يقع عبثاً في مال المدين، دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام، ويكفى أن يوجد هذا الدائن وقت تنفيذ الالتزام ، ففي هذا الوقت فقط تظهر الضرورة في أن يتقدم دائن يستوفى المدين التزامه، أما عند نشوء الالتزام، فلا ضرورة لوجود الدائن، ما دامت العبء في الالتزام بحمله، وهذا المحل قد وجد بوجود العبء المادى في مال المدين .

ولا شك في أن تفسير الالتزام على هذا النحو يفسر كثيراً من المسائل القانونية كثيرة الوقوع في الحياة العملية، والتي كان لا يمكن تفسيرها اذا تقيدنا بالمذهب الشخصى . ونذكر من هذه المسائل ما يأتى :

(١) التزام المدين بارادته المنفردة : ليس هنا محل الكلام على هذا المصدر من مصادر الالتزام، فسنعالجه في موضع آخر . ونكتفى الآن بالإشارة الى أن هناك حالات عملية نرى فيها شخصاً يلتم بمجرّد ارادته، دون أن تقتن هذه الارادة بارادة أخرى . مثل ذلك شخص يعرض جائزة على جمهور الناس اذا قام أحد بعمل معين، كالعثور على شيء ضائع . فالمدين هنا قد التزم بارادته المنفردة، وقد وجد الالتزام دون دائن ، على أن يوجد هذا الدائن فيما بعد ، عند

== في هذا، فإنه ليس مخالفاً للنظام العام وللالآداب، فهو جائز طبقاً لمبدأ سلطان الارادة، وعلى ذلك يصح للدائن والمدين أن يتفقا مع شخص ثالث على أن ينتقل الدين اليه فيصبح هو المدين بدلاً من المدين الأصلي، ويبقى الدين كما هو لا يتغير، محتفظاً بصفته ودفعه وتأميناته . ولا يمكن أن يحتاج على هذا الرأي بأن واضع القانون الفرنسى لم يفكر اطلاقاً في جواز حوالة الدين، فان وظيفة الفقه أن يدخل في القانون من المبادئ ما يتفق مع تطوره، ما دامت هذه المبادئ لا تصطدم مع القواعد العامة ولا مع نص خاص ، وما دامت تسد نقصاً حقيقياً في القانون (سالى في الالتزامات في القانون الألمانى ص ٧٤ هامش نمرة ٣) .

ولما كان القانون المصرى كالقانون الفرنسى في هذه المسألة، فلا نرى ما يمنع من الأخذ برأى الأستاذ سالى في القانون المصرى (فان مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهى بك في حوالة الدين في التشريعات الأوروبية والشرعية الاسلامية في مجلة مصر المصرية السنة الثانية والعشرين ص ٣٧ — ص ٦٦ وص ١٣٧ — ص ١٩٠) .

تنفيذ الالتزام . فمثل هذا التحليل ، وهو التحليل العلمى الصحيح ، لا يتفق إلا مع المذهب المادى ، ويستعصى على المذهب الشخصى الذى يأبى إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام .

(٢) نظرية الاشتراط لمصلحة الغير : اذا طبقت هذه النظرية فى حالة عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لم يوجد وقت نشوء الالتزام ، كما اذا أتمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ، ولم يكن له ولد وقت التأمين ، فان الالتزام فى هذه الحالة ينشأ دون أن يوجد الدائن ، ولا يمكن تفسير التزام . مثل هذا اذا تقيدنا بالمذهب الشخصى ، فلا يستطيع تفسيره اذا إلا طبقا للمذهب المادى .

(٣) السند لحامله (titre au porteur) : من يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف ، هو حامل السند ، فهنا أيضا نشأ الالتزام دون دائن ، ولا يفسر ذلك إلا المذهب المادى .

(٤) الدين العقارى (dette foncière) : يعرف القانون الألمانى ما يسميه بالدين العقارى (م ١١٩١ من القانون المدنى الألمانى) ، فيبيع لمالك العقار أن يأخذ رهنا على عقاره لمصلحة نفسه (م ١١٩٦) ، ويصح أن يكون هذا الرهن فى صورة سند لحامله (م ١١٩٥) ، ويتصرف المالك فى هذا السند ، أى فى قيمة مالية معينة يضمنها الرهن المأخوذ على العقار . فيكون المالك صاحب السند مدينا لغير دائن معين ، ويبقى الالتزام فى ذمته دون دائن ، حتى يختار الدائن فيحول له السند . وهذا مثل رابع على أن الالتزام قد ينشأ مرتكزا فى ذمة المدين ، دون أن يكون هناك دائن وقت نشوء الالتزام . ولا شك فى أن مثل هذا النظام من شأنه أن يجعل تداول العقار فى مثل السهولة التى يتداول بها المنقول ، ولذلك سمي "بتحويل الأرض الى منقول" (mobilisation du sol) ، وهو نظام لا يستقيم إلا اذا أخذ بالمذهب المادى للالتزام . وقد كان الفرنسيون يعرفون فى عهد الثورة نظاما يشبه النظام الألمانى ، يسمى بنظام "السند العقارى" (cédula hypothécaire) ، أنشأه قانون ٩ مسيدور من العام الثالث من الثورة ، ويسمح هذا النظام بأن يأخذ الشخص رهنا على أرضه فى سند قابل للتصرف .

(ثالثا) لما كان الالتزام ، طبقا للمذهب المادى ، ينظر فيه الى موضوعه أكثر مما ينظر فيه الى أشخاصه ، فان أثر ذلك يظهر أيضا فى تنفيذ الالتزام . فعلى القانون الألمانى يلتزم

الالتزامات (نظرية العقد)

المدين بتنفيذ التزامه على النحو الذى تقتضيه الذمة والثقة المتبادلة ، طبقا للعادات المرعية فى التعامل (م ٢٤٢ من القانون المدنى الألمانى) . ومن هذا نرى أن المشرع الألمانى لم يحذ حذو المشرع الفرنسى ، فان هذا يتطلب أن يكون تنفيذ الالتزام طبقا لما يقتضيه حسن النية (م ١١٣٤ فقرة ثالثة من القانون المدنى الفرنسى) ، فالمعيار الذى يتخذه القانون الفرنسى فى تنفيذ الالتزام معيار نفسى محض ، فهو ينظر الى نية طرفى الالتزام ، وهذا يتفق مع المذهب الشخصى الذى لا يفصل ما بين الالتزام وأشخاصه . أما المشرع الألمانى فقد وضع الى جانب المعيار النفسى ، الذى طلب من أجله أن يكون تنفيذ الالتزام على " النحو الذى تقتضيه الذمة والثقة المتبادلة " ، معيارا ماديا ، يمتشى مع المذهب المادى للالتزام ، وهو معيار " العادات المرعية فى التعامل " .

* ١٧ - **تفريغ المزهين المادى والشخصى** — لا شك فى أن النظرية المادية من شأنها أن تؤدى الى نتائج عملية خطيرة الشأن ، رأينا جانبا منها ، وأدركنا كيف أنها لئمتشى مع النظم الاقتصادية القائمة فى الوقت الحاضر ، ومع سرعة تداول المال ، وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التى يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز فى الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصى إغفالا تاما ، فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين ، ولا تزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير فى تكوين الالتزام وفى تنفيذه ، فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفى الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسرى أن نية الطرفين ، وهذا شئ نفسى ، يؤثر تأثيرا كبيرا فى وجود الالتزام صحيحا ، وفى تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هى السبيل الذى تتسرب منه العوامل الخلقية الى القواعد القانونية ، وقد علمنا أن للعوامل الخلقية أثرها البالغ فى القانون^(١) . ونضيف الى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية فى الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل عند نشوئه أيضا . وهذا ما يعترف به المذهب المادى ذاته . ووجود مدين معين فى الالتزام يقوم عليه فرق جوهري ما بين الحق الشخصى والحق العيى ، فقد سبق أن أشرنا الى أن سلطة الدائن على الشئ فى الحق الشخصى سلطة

(١) انظر فى تأكيد الرابطة الشخصية فى الالتزام ، وبنائها على دعائم الأخلاق ، الى ريبيير فى القاعدة الخلقية

فى الالتزامات المدنية فقرة ٢٠٣ وانظر أيضا بلانيول وريبيير واسمان ١ فقرة ٢

غير مباشرة يستعملها الدائن بواسطة المدين، فهو لا ينفذ الى الشيء إلا بعد الالتجاء الى الشخص، وهذا ما يجعل من غير المستطاع أغفال الرابطة الشخصية في الالتزام^(١).

امتنابار تعريف لالتزام :

* ١٨ — يمكننا الآن بعد هذه النظرة العامة للالتزام، واستعراض أركانه ، أن نختار تعريفا له . وقد سبق أن أوردنا تعريف الالتزام في القانون الروماني ، وفي القانون الفرنسي القديم، وفي قانون نابليون، وفي القانون المصري . وذكنا تعريف بعض الفقهاء الفرنسيين ممن ينتمون الى المذهب الشخصي . وفي رأينا أن خير تعريف للالتزام هو الذى يجمع بين المذهبين الشخصي والمادى . فالإقتصار على مذهب دون الآخر يعطى صورة غير كاملة مما يراد تعريفه . والتعريف الصالح للالتزام هو التعريف الذى يبين النقط الثلاث الآتية : (١) ان للالتزام ناحية شخصية، كما أن له ناحية مادية . (٢) ليس من الضرورى وجود دائن عند نشوء الالتزام . (٣) كذلك ليس من الضرورى أن يكون للالتزام قيمة مالية ، بل يكفى أن يكون هناك صالح أدبي مشروع يحبه القانون^(٢) .

وقد اقترح الأستاذ ليفي ايلمان التعريف الاى للالتزام ، وهو تعريف طويل ، إلا أن له منزلة الجمع بين المذهب المادى والمذهب الشخصى : ” الالتزام هو النظام القانونى الذى يحدد حالة شخصين : أحدهما ، وهو المدين ، يجب عليه أن يفيد الآخر، وهو الدائن ، بعمل

(١) ويقول الأستاذ ديموج في تأكيد الرابطة الشخصية في الالتزام ، أنه إذا نظر الى الالتزام في المرحلة الأولى الودية ، أى قبل التقاضى ، فلا يمكن إغفال شخص المدين وما يشتمل عليه من خصال ترجع الى ذاته وذكائه وقدرته على العمل الفكرى والجسمى . وفي المرحلة القضائية يظهر شخص المدين واضحا ، فهو الذى تتخذ منه الاجراءات القضائية ، وهو الذى يحكم عليه بوفاء التزامه . فلا يختفى شخص المدين إذا إلا في المرحلة الثالثة ، وهى مرحلة التنفيذ ، فيها يتركز الالتزام في مال المدين لا في شخصه (ديموج في الالتزامات ١ فقرة ٥ مكررة) .

(٢) وهذه هى وجهة القانون الفرنسى ، ووجهة القانون الألمانى كذلك (انظر تعليق اللجنة الرسمية على الترجمة الفرنسية للقانون الألمانى م ٢٤١) . فيكون التزاما الواجبات غير المالية التى يقضى بها قانون الأسرة ، كالالتزام بالوصاية ، والتزام الزوجة بطاعة زوجها ، والتزام الزوج بحماية زوجته الخ . والقانون الفرنسى وان كان يعترف بالالتزام حتى لو لم تكن له قيمة مادية ، يضع جزاء ماديا تلحق هذا الالتزام ، فيجوز التعويض بنقود عن التزام قبته أدبية محضة . أما القانون الألمانى فقد نص في المادة ٢٥٣ على أن الضرر غير المادى لا يجوز التعويض عنه بنقود إلا في الحالات التى حددها القانون (انظر تعليق اللجنة الرسمية على الترجمة الفرنسية للقانون الألمانى جزء أول ص ٢٧١ — ص ٣٧٢ ، سالى في الالتزامات في القانون الألمانى فقرة ٨ — ديموج ١ فقرة ٥ — مذكرات الأستاذ ليفي ايلمان ص ٥٨ — ص ٥٩) .

أو بامتناع عن عمل، وهو يمثل عنصرا خاصا، ذا جانب إيجابى باسم الحق وجانب سلبى باسم الدين، أوجدته هذه العلاقة القانونية فى مال الطرفين^(١). ويتبين من هذا التعريف أن الشرط الأول منه ينظر الى الالتزام من الناحية الشخصية، والشرط الثانى ينظر اليه من الناحية المادية.

ويعرف الأستاذ ديموج الالتزام بأنه "حالة قانونية، المقصود منها قيام أشخاص معينين بعمل أو بالامتناع عن عمل، ذى قيمة مالية أو أدبية"^(٢). ولهذا التعريف ميزة الاختصار والوضوح وتأكد الناحية المادية من الالتزام، وإغفال ذكر الدائن. ولكنه يغفل الناحية الشخصية للالتزام أكثر مما يجب، وقد يكون التعريف أكثر وضوحا من هذه الناحية لو عدل كما يأتى: "الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، ذى قيمة مالية أو أدبية".

ترتيب موضوعات الكتاب :

* ١٩ — بعد هذه الالماسة العجلى بالالتزام، نتقدم بترتيب موضوعات هذا الكتاب. ولسنا متبعين الترتيب الذى توخاه المشرع الفرنسى والمشرع المصرى فى نظرية الالتزام، فهو محل للنقد^(٣).

(١) انظر فى تفصيلات هذا التعريف ومبرراته مذكرات الأستاذ ليفى أبلهان ص ١٢ وما بعدها.

(٢) ديموج ١ فقرة ٧

(٣) قسم المشرع الفرنسى القانون المدنى الى كتب ثلاثة : الأول فى الأشخاص ، والثانى فى الأموال ، والثالث فى طرق اكتساب الملكية . ووضع نظرية الالتزامات فى الكتاب الثالث ، وخصها بالقسمين الثالث والرابع من هذا الكتاب . وفى القسم الثالث خلط بين نظريتي الالتزام والعقد ، فعرض فى الفصل الأول لتعريف العقد وتقسيماته ، وفى الفصل الثانى لأركان العقد ، وفى الفصل الثالث لآثار الالتزام تعاقديا كان أو غير تعاقدى ، وفى الفصل الرابع للالتزام الموصوف ، وفى الفصل الخامس لانقضاء الالتزام ، وفى الفصل السادس لطرق إثباته . ثم خص القسم الرابع بالالتزامات غير التعاقدية ، أى بمصادر الالتزام الأخرى غير العقد . وهذا الترتيب معيب من الناحية العلمية كما لا يخفى . والقانون المدنى المصرى مقسم الى أربعة كتب : فى الأموال والالتزامات والعقود المحيطة والتأمينات العينية . وقد أفرد المشرع الباب الأول من كتاب الالتزامات لنظرية الالتزام العامة ، فعرف الالتزام ، وذكر أركانه ، ثم عرض للالتزامات الموصوفة ، ولآثار الالتزام . ثم استعرض مصادر الالتزام فى الأبواب الثلاثة التالية ، فتكلم على العقد فى الباب الثانى ، والفعل فى الباب الثالث ، والقانون فى الباب الرابع . وجعل الباب الخامس لانقضاء الالتزامات والباب السادس لإثباتها .

وهذا الترتيب أدق من ترتيب القانون الفرنسى ، وإن كان لم يصل من الدقة الى الحد المرغوب فيه ، ولا يزال هناك محل للاستزادة من ذلك ، سيما إذا رجعنا الى القوانين الحديثة ، كالقانون الألمانى والقانون السويسرى والمشرع =

وستكون خطة بحثنا في هذا الكتاب كما يأتي : نبدأ بدراسة مصادر الالتزام ، حتى نعرف أولا كيف ينشأ . وهذا البحث يستغرق من الكتاب جزءين ، نخصص الأول منهما لدراسة العقد ، إذ هو يأتي في المرتبة الأولى بين مصادر الالتزام ، ونجعل الجزء الثاني للمصادر غير التعاقدية . وفي الجزء الثالث من الكتاب نتولى بحث نظرية الالتزام في ذاته ، فندرس آثاره ، سواء كان بسيطا أو موصوفا ، وسواء كان مدنيا أو طبيعيا ، ثم ندرس طرق انتقاله في حوالة الحق وحوالة الدين ، وطرق انقضائه المختلفة . أما طرق اثبات الالتزام فقد تكون موضوعا لجزء رابع من هذا الكتاب ، أو لعلنا نجعلها مع طرق إثبات الحقوق العينية ونجعل اثبات مصادر الروابط القانونية بوجه عام موضوعا لكتاب مستقل .

= الفرنسية الايطالى . ولانمرض هنا للترتيب الذى سار عليه كل من هذه القوانين ، فنشير الى ذلك فيما يلى (انظر فقرة ٤ هـ وما بعدها) ولكننا لا نرى بأسا ، وقد شعرنا بالحاجة الى مراجعة القانون المدنى المصرى بعد أن مر عليه نصف قرن وأظهر العمل قصصه من نواح متعددة ، من أن تقترح على المشرع المصرى ترتيبا آخر لموضوعات الالتزامات ، توخينا فيه الدقة العلمية من جهة ، ومقتضيات الصياغة التشريعية من جهة أخرى ، واستأنسنا فيه بترتيب القوانين الحديثة دون تقييد بواحد منها .

ففى رأينا عند مراجعة القانون المدنى المصرى أن نوضع نظرية الالتزامات فى أربعة أبواب تبحث فى مصادر الالتزام وآثاره وانتقاله وانقضائه (أما طرق الإثبات فتجعل شاملة لحقوق الشخصية ولحقوق العينية ، وتوضع فى قسم مستقل يحتم به القانون المدنى) . ويلاحظ بوجه عام أن المشرع المصرى التزم فى الترتيبات النظرية والتقسيمات الفقهية . ويقسم الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام الى ثلاثة فصول ، يخصص الفصل الأول منها للعقد والعمل القانونى بوجه عام ، والفصل الثانى للعمل المادى (العمل الضار والاثراء بلا سبب) ، والفصل الثالث للقانون . ويقسم الباب الثانى الخاص بالانتقال الى ثلاثة فصول ، أحدها فى الالتزام المدنى البسيط ، والثانى فى الالتزام المدنى الموصوف ، والثالث فى الالتزام الطبيعى . ويقسم الباب الرابع الخاص بانتقال الالتزام الى فصلين : فى حوالة الحق الى دائن آخر ، وفى حوالة الدين الى مدين آخر (فيقر هذا النوع من الحوالة لخاصة اليه) . ويفصل فى الباب الخامس أسباب انقضاء الالتزام .

مصادر الالتزام

مقدمة

في ترتيب مصادر الالتزام^(*)

* ٢٠ - تعريف « مصدر الالتزام » - المقصود بمصدر الالتزام هنا هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام . فالترام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع . والترام المتسبب في ضرر بتعويض هذا الضرر مصدره العمل الضار . والترام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص في القانون .

* ٢١ - الترتيب التفرعي لمصادر الالتزام - يذكرون عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) ، وشبه العقد (quasi - contrat) ، والجريمة (délit) ، وشبه الجريمة (quasi - délit) ، والقانون (loi) .

(*) المراجع : جيار الطبعة السادسة ص ٣٩٨ - ص ٣٩٩ - بوتييه في الالتزامات فقرة ٢ و ١١٣ و ١١٤ و ١١٧ و ١٢٣ - توليه ١١ فقرة ٢ و ٩ وما بعدها - ديرانتون ١٠ فقرة ١٩ - ٣٠ - أوبري ورو الطبعة الخامسة ٤ ص ١٤٥ - ديمولومب ٣١ فقرة ٥ - لوران ٢٠ فقرة ٣٠٧ - ٣٠٨ - ديمانت وكوليه دى سانتير ٥ فقرة ٣٤٧ - هيك ٨ فقرة ٣٧٣ - لارومبيير ١٣٧٠ فقرة ٢ رم ١٣٧١ فقرة ٢ - بيدان فقرة ١١ وما بعدها و فقرة ١١١٣ - ١١١٧ - بفتوار ٤٣٣ و ٤٥١ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٨٧ و ٢٧٨٨ - بلانيول ٢ فقرة ٨٠٥ وما بعدها ومقال له في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها - كولان وكايتان الطبعة الثالثة ٢ ص ٢٥٣ - ٢٥٦ - بودرى لا كانتري ٢ فقرة ٦٧٧ - بنكاز (تكلمة بودرى الجزء الثاني والثالث) - جوسران ٢ فقرة ١١ - بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٧ - ديموج ١ فقرة ١١ وما بعدها - والتون ١ ص ١٣ وما بعدها - هالتون ١ ص ٢٢٩ - ٢٣١ - فتحي زغلول ص ١٢٦ - سالى الالتزامات في القانون الألماني الطبعة الثالثة فقرة ١٣٦ و ٣٤٠ ومقال له في مجلة التشريع المقارن السنة الرابعة والعشرين ص ٧٢١ - روسل في قانون الالتزامات السويسرى ص ٢٤ - المشروع الفرنسى الايطالى (المذكرة الابضاحية ص ٥٣ - ٥٥) - بولوك في العقد في القانون الانجليزى الطبعة التاسعة لندن سنة ١٩٢٠ بولوك في العمل الضار (Law of torts) الطبعة الحادية عشرة لندن سنة ١٩٢٠ - كارتر في العقد لندن سنة ١٩٠٧ (كينز Keener) في شبه العقد نيويورك سنة ١٨٩٣ - وود وورد (Woodward) في شبه العقد بوستن سنة ١٩١٣ - سامون (Salmond) في العمل الضار طبعة خامسة لندن سنة ١٩٢٠ - جنكس في القانون الانجليزى - يدائع الصنائع للإمام علاء الدين الكاسانى . ردة المختار لابن عابدين . فتح القدير لابن همام . الهداية لبرهان الدين الميرغياتى . مجمع الضمانات لأبى محمد بن غانم البغدادى . الأشباه والنظائر لابن نجيم المصرى وشرحه غمزه عيون البصائر للحموى . التلويح لسعد الدين التفتازانى والتوضيح لصدر الشريعة والتنقيح لابن الحاجب . المستصنى من علم الأصول للفرالى . إرشاد الفحول للشوكانى . شرح المجلة لسليم رستم باز . مرشد الحيران لقدرى باشا .

الرسائل : جوبليه (Goublet) في شبه العقد وفي تقسيم منطلق لمصادر الالتزامات باريس سنة ١٩٠٤ - فيزيوز (Vizioz) في شبه العقد بوردو سنة ١٩١٢

فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام، كعقد البيع، يتفق فيه البائع والمشتري على إنشاء التزامات، منها ما هو في جانب البائع، كالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض، ومنها ما هو في جانب المشتري، كالتزام بدفع الثمن والمصاريف.

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع، ينشأ عنه التزام نحو الغير، وقد ينشأ عنه أيضا التزام مقابل في جانب ذلك الغير (أنظر المادة ١٣٧١ من القانون المدني الفرنسي). مثل ذلك الفضولي، فهو يقوم مختارا بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك، فيلزم بأن يستمر في العمل الذي بدأه، وبأن يقدم حسابا عنه، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختياري المشروع الذي قام به الفضولي. وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر في جانب رب العمل، فيلزم هذا، في حالة ما إذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه، بأن يرد ما أنفقته الفضولي من مصاريف ضرورية ونافعة، وبأن ينفذ ما عقده من التزامات، سواء كان ذلك بأسمه خاصة أو باسم رب العمل، في سبيل القيام بمهمته (انظر المادة ١٣٧٥ من القانون المدني الفرنسي والمادتين ٢٠٥/١٤٤ من القانون المدني المصري).

والجريمة هي عمل ضار، يأتيه فاعله متعمدا الاضرار بالغير، فيلزم بتعويض الضرر الذي أحدثه. كما إذا أتلّف شخص عمدا مالا مملوكا لغيره، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بأن يعرض عن المال الذي أتلّفه.

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الاضرار بالغير، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط، فيلزم بتعويض الضرر كما في الجريمة، فاذا سار شخص في سيارة بسرعة غير معتادة، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصا في الطريق، فانه يلزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذي أحدثه.

والقانون قد يكون أخيرا مصدرا للالتزام، فينشئه في حالات معينة، كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها للبعض الآخر، من نفقة ورضاعة وحضانة ووصاية وقوامة الى غير ذلك، وكما في التزامات الجار نحو جاره.

هذه هي مصادر الالتزام التي تذكر عادة بالترتيب المتقدم. وقد اتفق الشراح المصريون على نقد هذا الترتيب. ولكنهم اختلفوا في الترتيب الذي يجب الأخذ به.

ولكى نستوعب هذه المسألة الهامة، نبحث أولاً من أين أتى هذا الترتيب الذى قدمناه، ثم نبين وجوه النقد فيه، ونخلص من ذلك الى معالجة الوصول الى ترتيب آخر، مستعرضين آراء الفقهاء ومستأنسين بالشرائع المختلفة .

§ ١ - من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

* - ٢٢ القانون الرومانى - لم يرد هذا الترتيب فى القانون الرومانى فى عهده المدرسى، فقد كان هذا القانون يرجع الالتزامات الى نوعين من المصادر : الجريمة (delicta. maleficia)، والعقد (contractus)، ثم الى مصادر أخرى للالتزامات التى لا تنشأ من الجريمة ولا من العقد، وهى مصادر مختلفة متفرقة، لم يحاول القانون الرومانى ترتيبها، وأطلق عليها اسم "الأسباب المختلفة" (variae causarum figurae) ^(١).

٢٣ - والغالب أن أول مصدر للالتزامات عرفه القانون الرومانى هو الجريمة ^(٢). وكانت الجرائم التى تنشئ الالتزامات محدودة على سبيل الحصر، وهى تعرف بالجرائم الخاصة (delicta privata)، تميزاً لها عن الجرائم العامة (delicta publica)، وهى الجرائم التى تقع على المجموع لا على شخص بالذات، وتطالب الدولة لا الفرد بالعقاب عليها، سواء كانت العقوبة بدنية أو مالية. أما الجرائم الخاصة فهى التى تقع على الأفراد، وتلزم من وقعت منه الجريمة بعقوبة مالية، تدفع لمن وقعت عليه الجريمة؛ وليس هذا المال المدفوع يقتصر الجاني به على تعويض الضرر الذى أصاب المجنى عليه، بل هو ملحوظ فيه معنى العقوبة أيضاً، ولذلك قد يزيد على حد الضرر، ولا يورث عن الدائن. وبعض هذه الجرائم يقع على النفس بجريمة الاضرار (injuria)، وهى عمل يضيىء المجنى عليه بالضرر فى جسمه، ثم تطورت الجريمة فتناولت العمل الذى يصيب المرء فى شرفه. وبعضها يقع على المال، كالسرقة (furtum)، والاضرار بمال الغير فى أحوال معينة (damnum injuria datum)، يعاقب عليها قانون معين (Lex Aquilia)، والتهديد (metus)، والغش (dolus malus).

والذى تهم ملاحظته ان هذه الجرائم محصورة، ولم توجد فى القانون الرومانى قاعدة عامة نوجب التعويض عن كل عمل ضار كما فى القانون الفرنسى (م ١٣٨٢ من القانون المدنى

(١) جيران طبعة سادسة ص ٣٩٨

(٢) أنظر بريسو (Brissaud) فى تاريخ القانون الفرنسى ٢ ص ١٣٥٨

الفرنسي) والقانون المصري (م ٢١٢/١٥١) . وأقرب جريمة للتعميم ، وإن كانت قد بقيت محدودة الى حد ما ، هي الجريمة التي يعاقب عليها قانون اكيليا (lex aquilia) .

٢٤ - وتلا الجريمة العقد في مصادر الالتزامات ، ولكن العقود التي تنشئ الالتزام كانت محصورة كالجرائم . ولم يصل القانون الروماني الى تقرير القاعدة الحديثة من أن كل اتفاق بين طرفين ، في حدود القانون والآداب ، يوجد عقدا وينشئ التزامات ، بل كان يجب أن يحاط الاتفاق بأشكال وأوضاع مختلفة^(١) ، حتى يوجد العقد وتنشأ الالتزامات^(٢) . ولما تطورت الحضارة الرمانية ، واتسع نطاقها ، وجدت عقود تتم بتسليم الشيء ، وتسمى بالعقود العينية ، وأخرى تتم بمجرد الرضاء (solo consensu) . ولكن هذه وتلك كانت أيضا محصورة العدد . فالعقود العينية هي القرض (mutuum) ، وطارية الاستعمال (commodatum) ، والوديعة (depositum) ، ورهن الحيازة (pignus) . والعقود الرضائية هي البيع (emptio venditi) ، والايجار (locatio conductio) ، والشركة (societate) ، والوكالة (mandatium) . ثم وجد الى جانب ذلك عقود أخرى لا تتم إلا اذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه نحو الآخر ، وهي العقود غير المعينة ومن أهمها المقايضة والقسمة . ووجدت كذلك عقود ملزمة بمجرد الاتفاق تسمى بالاتفاقات البريطورية (pactes pretoriens) ، منها الاتفاق على تحديد ميعاد للوفاء بدين سابق (constitut) ، والاتفاق على الحلف لاثبات أو نفي حق معين (serment) . ووجدت أخيرا عقود ملزمة كذلك بمجرد الاتفاق ، بمقتضى القانون الامبراطوري (droit impérial) ، وتسمى بالاتفاقات الشرعية (pactes légitimes) ، وهي عقدا الهبة والمهر .

هذه هي قائمة العقود الملزمة ، وما عدا ذلك من الاتفاقات لم يكن ملزما ، إلا إذا وضع في شكل معين ، عقد كتابي أو عقد لفظي . وكانت العقود اللفظية هي الغالبة ، وقد بقيت الى عهد جوستنيان .

٢٥ - على أن كلا من الجرائم والعقود - وهي محصورة العدد كما قدمنا - لم تكن كافية وحدها لتكون مصادر الالتزام في حضارة تتطور سريعا . فوجد الى جانب هذه المصادر

(١) فكان يوجد عقد القرض الشكلي (nexum) ، والعقود اللفظية (verbis) ، والعقود الكتابية (litteris) .

(٢) وكانت هذه الأشكال والأوضاع تنفق مع الحالة العقلية لهذه الأزمان الغابرة . فلم يكن يستطاع وقتئذ أن يفهم

قانون دون شكلية أكثر مما كان يفهم دين دون طقوس (انظر في هذا المعنى بريسو ٢ ص ١٣٥٨) .

مصادر أخرى تنشئ الالتزامات، وهى التزامات ينشأ بعضها من أعمال غير مشروعة، وإن لم يكن مصدرها احدى الجرائم المعروفة، وينشأ البعض الآخر من أعمال مشروعة، وإن لم يكن مصدرها أحد العقود المبينة فيما تقدم. فاكثى فقهاء الرومان. بجمع هذه المصادر، ووضعها مختلطة باسم "الأسباب المختلفة"^(١).

* ٢٦ — هذا هو ترتيب القانون الرومانى لمصادر الالتزامات فى عهده المدرسى، ولم يكن فيه شىء عن شبه العقد ولا عن شبه الجريمة. ولكن جاييس (Gaius)، أحد فقهاء الرومان المعروفين، رأى أن يضع الالتزامات التى تنشأ من أعمال غير مشروعة الى جانب الالتزامات التى تنشأ من الجرائم المعروفة، بجامعة أن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع. والذى كان يعنيه جاييس هو أن تعتبر هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة — لا من حيث مصدرها، لأنها لا تنشأ من جريمة فى الواقع من الأمر — بل من حيث أثرها، فهى فى حكمها كالتزامات التى تنشأ من الجرائم، فلا تنتقل الى ورثة المدين ويصح ان تجاوز حد الضرر الذى أحدثه العمل. فيكون المقصود اذا أن هذه الالتزامات يلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بجريمة، فهى ليست التزامات تنشأ ~~منه~~ ^{بسبب} ~~بجريمة~~ ^{بجريمة}. والفرق واضح بين المعنيين، إذ أن الشبه فى المعنى الأول يقع على المصدر والمنشأ، وفى المعنى الثانى يقع على الأثر والحكم. وكان جاييس يقول عن هذه الالتزامات أن المدين فيها يلتزم كما لو التزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur). ورأى جاييس أيضا أن يضع الالتزامات التى تنشأ من أعمال مشروعة الى جانب الالتزامات التى تنشأ من العقود المعروفة. ويقصد المعنى الذى قصد اليه فى الأعمال غير المشروعة؛ فهى التزامات يلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بعقد، فليست تنشأ اذا من شبه عقد من ناحية المصدر،

(١) جيرار ص ٣٩٨ — ص ٣٩٩

(٢) من هذه الأعمال الملحقه بالجرائم عمل القاضى الذى يخل بواجبات وظيفته عمدا أو عن إهمال (qui litem suam facit) ووقوع الشىء من نافذة منزل واحداه ضررا للغير، وكذلك وضع شىء فى نافذة بحيث يمكن أن يصيب الغير بالضرر، ويعتبر رب السفينة وصاحب الفندق والسيد مسئولين عن السرقات والاضرار الصادرة من هم فى خدمتهم، وتلحق هذه المسئولية بالجرائم.

(٣) من الأعمال الملحقه بالعقد عمل الفضول ودفع ما لا يجب وبعض الأعمال التى يعمل شخصا يثرى على حساب الغير. ويدخل أيضا فى ذلك بعض حالات تحدث أثرا قانونيا، كحالة الجوار تنشئ بعض التزامات على الجار لجاره، ومركز الشخص فى أمرته ينشئ بعض التزامات، من تقصير ووصاية وقوامة وما الى ذلك. ويلاحظ أن هذه الأمثلة الأخيرة يعتبرها القانون الحديث التزامات مصدرها القانون.

بل هي التزامات كتلك التي تنشأ من العقد من ناحية الأثر . وإلا فالفرق كبير بين العقد وما يسمى بشبه العقد . فالأول توافقي إرادتين ، والثاني لا وجود لهذا التوافق فيه . وكان يقول عن هذه الالتزامات أن المدين فيها يلتزم كما لو التزم بعقد (quasi ex contractu tenetur) . ولم يلبث الفرق الدقيق بين المعنيين أن زاد دقة وعموضاً ، حتى ورد فيما كتبه جايس نفسه ، ونقله عنه جوستنيان ، شيء من الخلط بينهما ^(١) .

على أنه يلاحظ أن كلا من جايس وجوستنيان لم يستعمل لفظي "شبه العقد" و"شبه الجريمة" اللذين استعملهما بوتيه والقانون الفرنسي من بعده . وقد أخذ هذان اللفظان مدلولاً آخر غير الذي كان يعنيه جايس من اللفظين المقابلين لهما في ترتيبه ، وسيتبين ذلك فيما يلي :

٢٧ - القانون الفرنسي القديم : أما ترتيب مصادر الالتزامات في القانون الفرنسي القديم فتاريخه تحوير مستمر للنظرية الرومانية حتى خرجت عن معناها الصحيح . ولم يلبث التعبير الروماني (quasi ex delicto, contractu) أن انقلب فأصبح (ex quasi delicto, contractu) . ولكن المعنى في أول الأمر لم يتغير ، واقتصر التحوير على اللفظ . وإن كان "شبه العقد" اتسع نطاقه ، فأصبح يشمل مسائل أخرى كالقوامة والميراث .

وفي عهد "المفسرين" (glossateurs) صارت مصادر الالتزام العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة ومصادر أخرى متفرقة (variae causarum figurae) . فاستبقى "المفسرون" المصادر الأربعة التي عرفت عن جايس وجوستنيان ، وزادوا عليها هذه المصادر المتفرقة ، وجعلوها مستقلة عن ملحق العقد وملحق الجريمة ، حتى ينسبوا إليها الالتزامات التي لا يمكن إرجاعها إلى مصدر من المصادر الأربعة الأولى كما في دعوى "الاسترداد بسبب السرقة" ^(٢) (condictio furtiva) .

* ٢٨ - أما المدرسة البارتولية ، فقد حملها روح التحليل المنطقي ، وهي الروح التي اشتهرت بها ، على بحث الأساس الذي بنيت عليه الالتزامات الناشئة من "ملحق العقد" .

(١) انظر في هذا الموضوع جيرار ص ٣٩٩ هامش نمرة ٣

(٢) انظر فيوز (Vizioz) في شبه العقد ص ١٢٩

وكان رأى بارتول أن "ملحق العقد" هذا ليس مبنيًا على إرادة حقيقية أو مفترضة ، بل هو مبني على إرادة وهمية خلقها القانون^(١) . وهذه هي الخطوة الأولى نحو تقريب "ملحق العقد" من العقد وإخراج هذا التعبير الأول عن المعنى الذي قصد إليه الرومان .

ثم تلا ذلك الخطوة الثانية، وأصبح "ملحق العقد" يتضمن إرادة مفروضة ، بقربه من العقد، الذي يتضمن إرادة حقيقية . وهكذا ابتعدنا عن النظرية الرومانية، وانفجرت مسافة الخلف بين النظريتين، فالنظرية الأولى كانت ترى "ملحق العقد" هو العمل المشروع الذي ليس بعقد، أى أن الفكرة الأساسية فيه هي فكرة سلبية، وهي انتفاء صفة العقد عن "الملحق بالعقد" . أما الآن "فالملحق بالعقد" هو عمل مشروع يقرب من العقد في أن كلا منهما ليس عملاً مشروعاً فحسب، بل هو أيضاً مبني على إرادة : مفروضة في الحالة الأولى وحقيقية في الحالة الثانية . وعلى ذلك أصبح "ملحق العقد" "شبه عقد" .

٢٩ — ولم يذهب دوما (Domat) هذا المذهب في ترتيب مصادر الالتزامات، فعنده أن الالتزامات إما أن تكون اختيارية أو غير اختيارية ، فالأولى تنشأ من اتفاق أو من إرادة واحدة كما في الترام الوارث والتزام الفضولى ، والأخرى يفرضها الله على الناس دون دخل لارادتهم في ذلك (ceux où Dieu met les hommes sans leur propre choix) كما في التزام رب العمل بإزاء الفضولى والتزامات الجوار^(٢) . فيمكن إذاً أن نرجع مصادر الالتزامات فيما نقلناه هنا عن دوما إلى الإرادة والقانون^(٣) .

وكانت القوانين المستمدة من العادات لا تعرف التقسيم الرومانى ، بل كانت تقسم الالتزامات إلى تعاقدية وأخرى تنشأ من غير العقد . ثم أثر القانون الرومانى في هذه القوانين؛ وأدخل فيها تقسيمه المعروف .

(١) بارتول الجزء التاسع في الالتزامات .

(٢) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الثانى البابان الخامس والسادس .

(٣) ويلاحظ أن دوما جعل أيضاً العمل الضار مصدراً للالتزام بصفة عامة فقرر أن كل الخسائر والاضرار التي تنجم من فعل شخص ، سواء كان ذلك عن عدم تبصر أو عن خفة أو عن جهل بما تجب معرفته أو عن أى خطأ من هذا القبيل ، يجب أن يموض عنها من كان عدم تبصره أو خطؤه سبباً فيها (وما القسم الأول، الكتاب الثانى، للباب الثامن الفصل الرابع) .

أما ديمولان (Dumoulin) فلم يحاول أن يقرب شبه العقد من العقد، بل جعل الالتزامات التي تنشأ من شبه العقد مصدرها العدالة .

* ٣ - ولعل أول من قال بترتيب مصادر الالتزامات على النحو الذي أخذ به القانون الفرنسى هاينيكيس (Heineccius) أحد شراح القانون الرومانى فى مؤلفه (Antiquitatum romanarum syntagma) وقد ظهر فى أوائل القرن الثامن عشر (سنة ١٧١٨)، فقد ذكر أن مصادر الالتزامات خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وفرق بين العقد وشبه العقد بأن الإرادة فى الأول حقيقية وفى الثانى مفروضة، وبين الجريمة وشبه الجريمة بوجود العمد فى الأول وانعدامه فى الثانى . وهذا الترتيب، وإن كان فيه كثير من التناقض، بعيد عن الفكرة الرومانية .

ثم عرض پريفو دى لا جانيس (Prévôt de la janès) فى كتابه (Principes de la jurisprudence française) (طبعة سنة ١٧٥٠) لمصادر الالتزامات، فذكر أنها اثنان : الاتفاق والعدالة الطبيعية (équité naturelle). وهذا المصدر الأخير يتفرع الى قسمين : "عمل الضار، وهو بدوره إما أن يكون عمدا فيسمى جريمة أو غير عمد فيسمى شبه جريمة، مجرد العلاقات البشرية (seul effet des relations humaines)، أما بشكل مباشر وهذا هو القانون وأما على أثر عمل صادر من طرفي الالتزام، وهذا هو شبه العقد أو العقد المفروض ويشمل عمل الفضولى ودفع مالا يجب والوصاية الخ .

* ٣١ - والظاهر أن بوتييه نقل ترتيب مصادر الالتزام عن هاينيكيس وبريفو دى لا جانيس . فانه جعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون^(١) . وعرف العقد بأنه اتفاق بمقتضاه يلتزم شخصان كل منهما نحو الآخر، أو يلتزم شخص منهما نحو الثانى، باعطاء شيء، أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل . وعرف شبه العقد بأنه عمل^(٢) يسمح به القانون ، يصدر من شخص فيلزمه نحو شخص آخر، أو يلزم شخصا آخر نحوه ، دون أن يكون بين الشخصين أى اتفاق . وأورد أمثلة لشبه العقد، فذكر أن قبول الوارث للميراث يلزمه نحو الموصى له ، ودفع شخص لدين غير مستحق عليه عن خطأ يلزم

(١) بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢

(٢) بوتييه فى الالتزامات فقرة ٦ وما بعدها .

المدفوع له برد مأخذه ، وعمل الفضولى فى القيام بأمر لمصلحة شخص غائب يلزمه بتقديم حساب عن عمله لهذا الشخص ويلزم هذا الشخص أن يرد اليه ماتحمله من المصاريف فى القيام بالعمل^(١) . ولم يفت بوتييه أن يقرر أن الالتزام الذى ينشئه شبه العقد لم يأت من اتفاق كما فى العقد ، بل أتى من طريق القانون أو العدالة ، وأنه انما سمي بشبه العقد لأنه — دون أن يكون عقداً — ينشئ الالتزام كالعقد^(٢) . وعرف الجريمة بأنها عمل يصيب به شخص آخر بضرر ما عن عمد وسوء نية . أما شبه الجريمة فهو عمل يصيب به شخص آخر بضرر دون عمد بل عن إهمال لا يغتفر^(٣) . وذكر أن الفرق بين شبه العقد من جهة والجريمة وشبه الجريمة من جهة أخرى أن الأول عمل يسمح به القانون والثانى عمل يعمره^(٤) .

نم ذكر أن كل الالتزامات مصدرها فى الواقع هو القانون الطبيعى ، وأن كان مصدرا غير مباشر فى الأحوال المتقدمة . فالعدالة تقضى بأن يفى الانسان بوعده — وهذا هو العقد — وأن يصلح الضرر الذى أصاب به الغير — وهذه هى الجريمة وشبه الجريمة — وأن يرد مأخذ بغير حق أو يتم عملا بداه حتى يمنع الضرر عن صاحبه — وهذا هو شبه العقد . ولكن هناك من الالتزامات ما يستند إلى القانون رأسا فيكون هو مصدرها المباشر ، كاللزام الابن المוסر بالنفقة على أبويه الفقيرين ، وكاللزام الزوجة برد ما اقترضته من الغير دون إذن زوجها وبقدر استفادتها من هذا القرض ، والتزامها هذا لا يرجع إلى عقد القرض اذ هو باطل مادام الزوج لم يأذن ، ولكن يرجع إلى القانون الطبيعى الذى لا يرضى بأن يثرى شخص على حساب غيره^(٥) .

(١) بوتييه فى الالتزامات فقرة ١١٣

(٢) بوتييه فى الالتزامات فقرة ١١٤ ؛ ولكنه يرجع بعد ذلك ، فيقرب شبه العقد من العقد ، ويقول عن عمل الفضولى : « شبه العقد هنا تقليد للوكالة ، وبينهما شبه ، لأن ادارة شؤون شخص له مصلحة فى أن تدار ، وقد أدير على غير علم منه ، انما تمت دون وكالة صريحة ، ولكننا نفترض نوعا من الوكالة الوهمية أو المفروضة ، فنفترض أن من أدير شؤونه دون علمه كان يأذن فى ذلك لو علم ، لأن مصلحته هى فى أن هذا العمل يتم . وهذا النوع من الوكالة الوهمية أو المفروضة من الشخص الذى أدير شؤونه — وهو أساس شبه العقد فى عمل الفضولى — لا يمكن أن يوجد اذا أجرى العمل بالرغم من ارادته الصريحة ، وفى هذه الحالة لا يكون مثل هذا العمل شبه عقد ناشئا عن عمل فضولى » (بوتييه فى الالتزامات فقرة ١٩١) .

(٣) بوتييه فى الالتزامات فقرة ١١٦

(٤) بوتييه فى الالتزامات فقرة ١١٧

(٥) بوتييه فى الالتزامات فقرة ١٢٣

٣٢ - ونلاحظ على الترتيب الذى أتى به بوتيه ملحوظتين : (أولاً) عدم الدقة من الوجهة العلمية، فهو لم يستطع أن يفصل مصادر الالتزامات بعضها عن البعض الآخر فصلاً دقيقاً، إلا فيما يتعلق بالعقد والجريمة وشبه الجريمة. فالعقد توافق إرادتين على إنشاء التزام والجريمة عمل ضار عن عمد، وشبه الجريمة عمل ضار عن غير عمد. أما شبه العقد والقانون فقد اختلطا أحدهما بالآخر اختلاطاً لا أمل معه في تمييز كل منهما عن الآخر، فإن عمل الفضولى ودفع مالا يجب يدخلان عند بوتيه في شبه العقد، أما الإثراء على حساب الغير فيستند إلى القانون، مع أن أساس هذه الأمور الثلاثة واحد، بل أن كلها ترجع إلى الأمر الثالث. هذا إلى أنه خلط بين شبه العقد وبين التزام الشخص بإرادته المنفردة، كما فعل في الترام الوارث نحو الموصى له إذا قبل الميراث. (ثانياً) عدم الدقة من الوجهة التاريخية، إذ يختلف ترتيب المصادر على النحو الذى أتى به بوتيه عن الترتيب المعروف في القانون الرومانى في عهده المدرسى، بل ويختلف أيضاً عن الترتيب الذى أتى به جاييس ونقله عنه جوستنيان. فهو يختلف عن الترتيب الأول، لأن هذا لا يعرف للالتزامات مصادر سوى العقد والجريمة وغير مصادر أخرى متفرقة ليست مرتبة ولا مقسمة، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك. وهو يختلف أيضاً عن ترتيب جاييس في أن هذا لم يقل بالقانون مصدراً مباشراً للالتزامات، ولم يعن ماعناه بوتيه من لفظى "شبه العقد" و"شبه الجريمة"، فعنده "ملحق العقد" أعمال متفرقة لرابطة بينها تنشأ عنها التزامات كذلك التى تنشأ عن العقد، وليست هذه الالتزامات مقصورة على التى يجعلها بوتيه تنشأ من شبه العقد، بل هى تشمل أيضاً ما يجعل بوتيه القانون مصدراً، كالاتزامات الناشئة من الجوار ومن مركز الشخص في أسرته. "وملحق الجريمة" أعمال متفرقة لا تميز عن الجريمة بانعدام ركن العمد^(٢)، ولكنها أعمال لم تذكر بين الجرائم المحدودة التى عرفها القانون

(١) وملحق العقد عند جاييس يختلف أيضاً عن شبه العقد عند بوتيه لا في المشتملات فحسب، بل في الطبيعة أيضاً، فبوتيه يبنى الالتزامات الناشئة عن عمل الفضولى على وكالة مفروضة أو وهمية، فيجعل أساس شبه العقد الإرادة، ويرجع بذلك إلى تقاليد القانون الفرنسى القديم التى تقدمت الإشارة إليها. أما جاييس فلا يبنى الأعمال الملحقة بالعقد على أية إرادة، لا حقيقية ولا مفروضة ولا وهمية، بل أنه إذا ألحق بعض الأعمال بالعقد فليدل بذلك على أنها ليست بعقد أصلاً، لا على أنها قريبة من العقد.

(٢) فن الجرائم الرومانية ما لم يكن من الضرورى أن يتوافر فيه ركن العمد، كالجرائم التى ينص عليها قانون إكليا (Lex Aquilia). ومن الأعمال الملحقة بالجرائم ما كان يصح أن يتوافر فيها العمد، كعمل القاضى الذى يخل بواجبات القضاء (انظر جيرار ص ٦٥٠ — هامش نمرة ٤).

الرومانى، ومع ذلك فهى تنشئ التزامات كذلك التى تنشئها الجرائم . هذا إلى أن جايليس لم يرد أن يجعل شبه ما بين العقد وشبه العقد، وما بين الجريمة وشبه الجريمة، من حيث انشاء الالتزامات وتكوينها، ولكنه قصد إلى الشبه فى آثار هذه الالتزامات بعد أن تنشأ، وقد تقدم ذكر ذلك .

* ٣٣ — قانونه نابليوره — وانتقل الترتيب الذى أتى به بوتيه إلى قانون نابليون على علاته، فجعل هذا القانون مصادر الالتزامات خمسة هى ذات المصادر التى قال بها بوتيه وبذات التعريف الذى قدم به كل مصدر^(١).

وسلم كثير من شراح القانون المدنى الفرنسى بهذا الترتيب، ولم يتعرضوا له بنقد، بل

(١) وقد عرف قانون نابليون العقد فى المادة ١١٠١ وسأنى ذكرها . ثم نص فى المادة ١٣٧٠ على أن بعض التزامات تنشأ دون أن يكون هناك أى اتفاق لا من جانب من التزم، ولا من جانب من التزم نحوه . وقد تنشأ بعض هذه الالتزامات بحكم القانون وحده، ويتولد البعض الآخر من عمل شخصى صادر من التزم، فالالتزامات الأولى التزامات غير اختيارية كالتزامات الملاك المتجاورين والالتزامات الأوصياء وغيرهم من المديرين ممن لا يملكون التنى عن المهمة التى نيظت بهم . أما الالتزامات التى تتولد من عمل شخصى صادر من التزم، فهى تنشأ أما من شبه العقد، أو من الجريمة، أو من شبه الجريمة .

وعرف شبه العقد فى المادة ١٣٧١ . وقد لاحظ الأستاذ ديموج أن هناك فرقا بين فكرة بوتيه وفكرة قانون نابليون عن شبه العقد، فقد كان بوتيه يرى أن الالتزامات التى تنشأ من شبه العقد انما تنشأ من ارادة منفردة، ولكن هذه الارادة قد تكون ارادة المدين وقد تكون ارادة الدائن . أما قانون نابليون فيرى أن الشخص لا يصبح بارادته إلا مدينا، ولا يصبح أن يصبح دائنا، وإن كان يصح أن توجد الارادة المنفردة التزامات متقابلة . فقانون نابليون أكر توغلا من بوتيه فى مذهب الفردية، اذ يأتى أن يصبح الشخص دائنا بارادته طبقا لما يقتضيه النظام الاجتماعى . (انظر ديموج فى الالتزامات ٢ فقرة ١ ص ٢) .

ولم يفرق قانون نابليون بين الجريمة وشبه الجريمة، بل جمعهما فى المادة ١٣٨٢، ويرى بينيه (Bugnet) ناشر كتاب بوتيه فى الالتزامات أن المشرع الفرنسى يشير إلى الجريمة فى المادة ١٣٨٢ وإلى شبه الجريمة فى المادة ١٣٨٣ ويلاحظ أن بوتيه يشترط فى « شبه الجريمة » أن تكون صادرة عن اهمال لا يفتقر (imprudence qui n'est pas excusable) والظاهر أن هذا يتفق مع ما كان معروفا فى عصر بوتيه عن شبه الجريمة (انظر بلانيول ٢ فقرة ٨٢٣ وهامش نمرة ١)، وإن كان دوما (Domat) قد عرف شبه الجريمة بما يقرب من التعريف المتبع فى العصر الحاضر، ولم يشترط الا الخطأ البير (الكتاب الثانى الباب الثامن) . وقد أشار بلانيول إلى أن هناك أحكاما فرنسية حديثة لا تزال تعرف شبه الجريمة بأنها تتضمن نية الأضرار، وأنها تقرب من الجريمة الجنائية (بلانيول ٢ فقرة ٨٢٤) . أما فى ألمانيا فعلى العكس من ذلك يميلون إلى قصر كلمة « شبه الجريمة » على العمل الذى لا يتضمن خطأ ولو يسيرا ولكن يرتب عليه المسئولية، كما فى نظرية تحمل التبعة (انظر سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٣٠٣ ص ٣٥٧) .

جعلوه أساسا لتعليقاتهم وشروحاتهم . ومن هؤلاء ديرانتون^(١)، واوبري^(٢) وورو^(٣) ولوران^(٤)، وبيدان^(٥) وديمانت وكولبه دي سانتير^(٦)، وهيك^(٧)، وماركديه .

§ ٢ - نقد الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام

٣٤ - ليس من الحق أن يقال أن هذا الترتيب الذي أتى به قانون نابليون، نقلا عن بوتيه، لم يثر اعتراضا من الفقهاء إلا منذ عهد غير بعيد^(٨). فالواقع من الأمر أنه إذا كان كثير من الشراح قد سلموا بهذا الترتيب دون نقد وتمحيص، فإن بعضهم منذ عهد بعيد، قد نقده نقدا دقيقا، وتعبه في أصله وهو القانون الروماني، وأثبت أنه ليس بالصحيح لامن حيث مصدره التاريخي ولا من حيث المنطق القانوني. غير أن هؤلاء النقاد في العهد الأول لم يستطيعوا أن يؤثروا في الفقه فيهدموا الترتيب الذي أتى به القانون^(٩). فبقى سائدا، حتى أتى المتأخرون من الفقهاء وأجمعوا على نقده، فلم يبق له من القوة ما كان له في العهد الأول .

العصر الأول منه النقد :

٣٥ - رأى تولييه - ولعل تولييه هو أول من نقد الترتيب الذي أتى به قانون نابليون نقدا جديا، ويحس القارى في كتابته الدقة والتعمق عند معالجته هذا الموضوع .

(١) جزء عاشر فقره ١٩ - فقره ٣٠

(٢) طبعة خامسة جزء رابع فقره ٣٠٥ - جزء سادس نمرة ٤٤٠ وفقره ٤٤٣ وفقره ٤٤٦

(٣) جزء ٢٠ فقره ٣٠٥ - ٣٠٨ وفقره ٣٨٤ وفقره ٤٦٢ على أن لوران أشار إشارة بسيطة الى أن الالتزامات لا تنشأ في الواقع من عمل يصدر من الشخص (شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة)، ولكنها تنشأ من القانون ذاته في حالة شبه العقد، ومن انتهاك حرمة الحق في حالي الجريمة وشبه الجريمة - لوران جزء ٢٠ فقره ٣٠٧ .

(٤) في الالتزامات فقره ٧ - فقره ١٣ وفقره ١١١٣ - ١١٢٤ .

(٥) جزء ٥ فقره ٣٤٦ - فقره ٣٤٧ وفقره ٣٦٣

(٦) جزء ٨ فقره ٣٧٣

(٧) جزء ٥ ص ٢٥٠

(٨) انظر مثلا ما يقوله الأستاذ بلانيول في مقاله المنشور بالمجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٥ : « هذا الترتيب لم يخضع مطلقا لنقد جدى، ولو أن بعض الفقهاء، كديولومب ولوران بنوع خاص، قد لاحظ العيب الجوهرى فيه . فكلما الفقهاء قد رأى ما يتضمنه "شبه العقد" من زيف مجرّد من المعنى، ولكنهما لم يستخلصا نتيجة من ملاحظتهما، ثم أنهما بعد أن أبدأ ما لاحظاه، رجعا الى الخوض للترتيب التقليدى وتطبيقاته، ولم يعنهما أن يضعا ترتيبا آخر محله . وسرى فيما بلى كفى أن الترتيب التقليدى قد نقد في الماضى على نحو أشد مما يصوره الأستاذ بلانيول في مقاله .

(٩) لا سيما أنهم بعد أن نقدوا الترتيب التقليدى، واقترحوا ترتيبات أخرى، رجعوا في شروحاتهم الى الترتيب التقليدى ولم يحيدوا عنه .

فهو يرى أن الالتزامات لا يمكن أن يكون لها إلا مصدران : ارادة الانسان والقانون^(١)، وأن الالتزامات التي يكون مصدرها القانون إما أن تنشأ بحكم القانون وحده دون أى عمل يصدر من المدين، وإما أن يكون مصدرها عملاً صدر من المدين أو من الدائن أو حادثة قهرية^(٢). ثم يحمل على الترتيب الذى أتى به القانون حملة قوية^(٣)، فيرى أن التعبير بلفظ "شبه العقد" تضليل من شأنه أن يؤدي الى اللبس، كما وقع لبوتييه نفسه، وقد تجنب دوما أن يستعمل هذا التعبير الذى كان من وراء استعماله أن زعم بعض الكتاب، مثل هاينكييس، أن الالتزام الذى ينشأ من شبه العقد مبنى على ارادة مفروضة^(٤).

ويضع تولييه بعد هذا أساساً يرجع اليه ما أسماه القانون شبه العقد. ويبنى هذا الأساس على حرمة الملكية، فلا يجوز لشخص أن يستولى على شيء لم يملكه بسبب شرعى، وألا كان مغتنياً على حساب المالك، ووجب عليه أن يرد لهذا الأخير ما استولى عليه. والالتزام بالرد لم ينشأ من اتفاق بينه وبين المالك، وإنما نشأ من القانون على أثر عمل صدر منه، وهو استيلاؤه على الشيء مهما كان سبب هذا الاستيلاء مشروعاً، ومهما كان بعيداً عن الخطأ، فهذا العمل الذى تولد الالتزام على أثره يسميه القانون شبه عقد. كذلك إذا أنفق من استولى على الشيء مالا في سبيل صيانتة أو تحسينه، كان هذا العمل ملزماً للمالك برد هذه المصاريف، وإلا كان هو أيضاً مستولياً على ملك غيره دون حق. فالمسألة إذاً ترجع الى مبدأ عادل، هو عدم الاغتناء على حساب الغير دون حق. وكان من الخير أن يضع المشروع مادة تقابل المادة ١٣٨٢، فينص على أن كل عمل مشروع يستفيد به شخص على حساب آخر، يلزم من استفاد من هذا العمل برد ما استفاده عن غير طريق التبرع، كما نص في المادة ١٣٨٢ على أن كل عمل (غير مشروع) يحدث ضرراً للغير يلزم من أحدث هذا الضرر بتعويضه^(٥).

٣٦ — ولا شك في أن هذا التحليل الذى أتى به تولييه هو محاولة جديّة لوضع أساس

(١) تولييه ١١ فقرة ٢

(٢) تولييه ١١ فقرة ٩

(٣) وهو يحمل أيضاً على الترتيب الذى أتى به جوسنيان نقلاً عن جايس، ففي هذا الترتيب لم يعتبر القانون مصدراً من مصادر الالتزامات، مع أنه المصدر الذى ترجع اليه المصادر الأخرى غير العقد (تولييه ١١ فقرة ١٠).

(٤) تولييه ١١ فقرة ١٤ — ١٥

(٥) تولييه ١١ فقرة ١٩ — فقرة ٢٠

قوى يبنى عليه ترتيب مصادر الالتزامات ترتيباً منطقياً معقولاً . وقد ظهر مما تقدم أنه بين في وضوح وجلاء حقائق جديدة بالنظر، هي ما يأتي : (أولاً) أن مصادر الالتزامات لا تعدو أن تكون الاتفاق أو القانون . (ثانياً) أن الالتزامات التي يكون مصدرها القانون إما أن تستند إلى القانون رأساً، وإما أن تنشأ على أثر عمل مشروع صادر من المدين أو من الدائن . (ثالثاً) أن ما يسميه القانون بشبه العقد إنما يرجع إلى قاعدة عادلة ، هي عدم مشروعية الاغتناء على حساب الغير، وأن المشرع أراد — كما ألزم من يأتي بعمل غير مشروع بتعويض الضرر الذي يحدث من هذا العمل — أن يلزم كذلك من يفتنى بعمل مشروع على حساب غيره أن يرد إلى هذا الغير ما اغتنى به على حسابه ، وهذا تقابل منطقي عادل^(١) .

٣٧ — رأى لارومبيير — ولقد كان للنقد الدقيق الذي وجهه توليه إلى ترتيب مصادر الالتزامات تأثير فيمن أتى بعده من الشراح .

فقد ذهب لارومبيير إلى أن مصادر الالتزامات إذا لم تكن في العقد فهي في القانون . وإذا كانت هناك التزامات تنشأ من عمل صادر من الدائن أو من المدين، فالقانون وحده هو الذي ينشئ هذه الالتزامات ، مادامت لا ترجع إلى إرادة المتعاقدين ، وإذا كانت تنشأ دون عمل يسبقها فالقانون هو مصدرها المباشر . فلا يوجد في الواقع إلا مصدران للالتزامات :

(١) سرى أن كثيراً من هذه الأفكار العميقة تداولتها الشراح بعد توليه . وسرى كذلك أن الأستاذ بلانيول أخذ شيئاً منها . وقد ذكر في مختصره (جزء ٢ فقرة ٨١١ هامش نمرة ١) أن فكرة بناء شبه العقد على أساس عدم مشروعية الاغتناء على حساب الغير قد ذكرها توليه من قديم ، وقد أخذ على "شبه العقد" أنه لفظ غير مفيد وغير دقيق ، وذكر كذلك أن فكرة "شبه العقد" ما هي إلا الجزاء على انتهاك حرمة الملكية .

ولكن بلانيول يأخذ على توليه أمرين : (أولهما) أنه لم ير أن الدعوى الناشئة عن شبه العقد باعتباره جزاء على انتهاك حرمة الملكية ليست إلا دعوى شخصية حلت محل دعوى الاسترداد العينية ، بعد أن أصبحت هذه الدعوى الأخيرة غير ممكنة . (والثاني) أنه ذكر أن هذه الدعوى أساسها عمل مشروع ، مع أن الأساس فيها عمل غير مشروع . وسرى أن الأستاذ بلانيول يذهب إلى أن شبه العقد عمل غير مشروع كالجرime وشبه الجريمة .

وقد أنصف بلانيول توليه حين ذكر في آخر عبارته عنه ما يأتي : "و بالرغم من هذا فإن هاتين الصحيفتين من كتابه ، وهما صادرتان عن تفكير قوى وإنشاء متين ، لم يلفتا نظراً من جاء بعده من الفقهاء . ولا ندرى كيف أن ديمولومب ، وهو الذي استعان بكتاب توليه كثيراً في هذا الموضوع ، لم يخلص منه بفائدة ، فأننا إذا لم نقرأ آراء توليه إلا عن طريق ما اقتبس منه ديمولومب ، لا نحزر أن توليه قد أتى بهذه الأفكار العميقة المنتجة" . (بلانيول ٢ فقرة ٨١١ هامش نمرة ١) .

العقد والقانون . والالتزامات التي تنشأ من القانون إما أن يكون مصدرها القانون وحده، أو هي تنشأ على أثر عمل صادر من الدائن أو من المدين^(١) .

و بعد أن أورد لارومبيير خلاصة صحيحة لترتيب المصادر في القانون الروماني، بين الأساس^(٢) الذي تبني عليه الالتزامات الناشئة من القانون على أثر عمل صادر من المدين أو من الدائن، فتلمس هذا الأساس في قاعدة عدم مشروعية الاغتناء على حساب الغير وفي قاعدة وجوب تعويض الشخص للضرر الذي يحدثه بعمله^(٣) .

فترى مما تقدم أن لارومبيير ردّد بشكل واضح آراء تولييه التي سبق بسطها .

٣٨ - رأى ديمولومب - وعالج ديمولومب الموضوع بتوسع أكبر كمادته، فأورد خلاصة تاريخية وافية لترتيب مصادر الالتزامات في القانون الروماني^(٤) . ثم انتقل بعد ذلك الى نقد ما أدلى به تولييه - ومن بعده لارومبيير - من الآراء . وعنده أنه لا يجوز قصر مصادر الالتزامات على العقد والقانون ، فان الالتزامات التي يقال أن مصدرها القانون يأتي بعضها على أثر عمل، فيكون مصدرها المباشر هو هذا العمل ذاته، ويأتي القانون بعد ذلك كمصدر غير مباشر، يقر هذه النتيجة ويعترف بها^(٥)، كما أن الالتزامات التعاقدية ذاتها مصدرها المباشر هو اتفاق المتعاقدين، والقانون يفر هذا الاتفاق كمصدر غير مباشر . فيجب إذا وضع العمل الى جانب الاتفاق كمصدرين مباشرين للالتزامات، والقانون يأتي من وراءهما بعد ذلك .

وهنا يميز ديمولومب بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي، فالقانون الوضعي مصدر غير مباشر لجميع الالتزامات، حتى ما كان منها تعاقدياً^(٦) . أما المصدر المباشر فهو القانون الطبيعي، وذلك أن الالتزامات التي تنشأ من العقد مصدرها المباشر هو العقد ذاته، أي الاتفاق الواجب الاحترام، وهذا من قواعد القانون الطبيعي . والالتزامات التي لا يكون مصدرها

(١) لارومبيير جزء ١٣٧٠ م ٢

(٢) لارومبيير جزء ١٣٧١ م ٢

(٣) لارومبيير جزء ١٣٧١ م ٣

(٤) ديمولومب جزء ٣١ فقرة ٤ - فقرة ٦

(٥) وهذا عكس ما قال به تولييه ولارومبيير، فعندما أن القانون هو المصدر المباشر والعمل هو المصدر غير المباشر.

(٦) ديمولومب ٣١ فقرة ١٦ - فقرة ١٧

العقد تأتي أيضا بطريق مباشر من قواعد القانون الطبيعي، أما القانون الوضعي فيقرها لا ينشئها، فتحريم الاغتناء على حساب الغير دون حق، ووجوب أن يعرض الشخص الضرر الحاصل بخطئه، كل هذا من القانون الطبيعي يقره القانون الوضعي في كثير من نصوصه^(١). كذلك الالتزامات التي تقول عنها المادة ١٣٧٠ أنها تنشأ من حكم القانون وحده إنما تنشأ في الواقع من قواعد القانون الطبيعي بطريق مباشر، ثم تأتي نصوص القانون الوضعي لاقرارها، فالالتزامات الجوار قررت بالنظر الى حالة خاصة، هي حالة الجوار وما تقتضيه العدالة من وجود التزامات على الجار لجاره، كذلك الأمر بشأن الالتزامات التي تنشأ من مركز الشخص في أسرته، فيلزم في بعض الأحيان بالنفقة، وفي أحيان أخرى بالقيام بالوصاية، وبغير ذلك من الالتزامات التي يقرها القانون الوضعي، ولكن يقضى بها قبل ذلك القانون الطبيعي، بالنظر الى وجوب قيام الأسرة على أساس التضامن والتعاون^(٢).

٣٩ — ونرى الصواب فيما قرره ديمولومب، اذا استثنينا استمساكه بالقانون الطبيعي كمصدر مباشر للالتزامات. والشئ الجديد فيما قرره أنه جعل العمل الى جانب العقد مصدرا مباشرا للالتزام (وإن كان قد أسنده بعد ذلك الى القانون الطبيعي كما أسند العقد ذاته). لا شك في أن العمل من حيث أنه مصدر للالتزام يأتي في مرتبة العقد، فاذا قلنا أن الالتزامات التي يولدها القانون الوضعي من العقد يكون مصدرها المباشر هو العقد ذاته لا القانون، وجب القول أيضا أن الالتزامات التي يولدها القانون من العمل يكون مصدرها المباشر هو العمل.

ولا نسير مع ديمولومب الى النهاية، فنقول أن الالتزامات التي تنشأ بحكم القانون وحده لا يكون القانون بالنسبة لها إلا مصدرا غير مباشر. فمن رأينا أن القانون الوضعي — جريا على لغة ديمولومب — هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات، ولا يكفي أن يقال أن حالة الجوار ومركز الشخص من الأسرة تقضى بوجود التزامات على الجار وعلى أفراد الأسرة، فمثل هذه الالتزامات غير محددة تحديدا كافيا، ويبقى أن يحددها القانون الوضعي، فيذكر أي الحالات يريد أن يجعلها مصدرا للالتزام، ومدى الالتزامات التي ينشئها، فيختار أشخاصا معينين

(١) ديمولومب ٣١ فقرة ١٧ — ص ١٧

(٢) ديمولومب ٣١ فقرة ٢١ — فقرة ٢٣

من أفراد الأسرة يوجب عليهم النفقة والقيام بالصيانة، ويحدد النفقة، ويبين التزامات الوصى .
لذلك لا نرى بأسا من التمييز الذي وضعته المادة ١٣٧٠ فيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية،
بجعلت بعضها ينشأ بحكم القانون وحده ومن طريق واقعة قانونية غير ارادية (involontairement)،
والبعض الآخر ينشأ من واقعة قانونية ارادية (fait volontaire)، ففي الفرض الأول يرتب
القانون التزاما على حالة موجودة ليس لارادة الانسان شأن فيها، وفي الفرض الثاني ينشأ
الالتزام من واقعة قانونية حدثت بارادة الانسان^(١).

المصدر الثاني منه النقص :

٤ - على أنه اذا كان بعض الفقهاء في العهد الأول - كدوليه ولاروميير
وديمولومب^(٢) - قد انتقدوا بشيء قليل أو كثير من الاسهاب الترتيب الذي أتى به قانون
نابليون لمصادر الالتزامات، فقد رأينا أن أكثر الفقهاء لم يتعترض لهذا الترتيب بنقد جدى .

(١) انتقد ديمولومب هذا التمييز الوارد في المادة ١٣٧٠ بين واقعة غير ارادية وواقعة ارادية (انظر ج ٣١
فقرة ٢٥ - فقرة ٢٨) ، وذكر حالة الوصى الملزم بحكم القانون بقبول الوصاية وحالة وصى آخر غير ملزم بها ولكنه
قبلها اختيارا، فالقول بالتمييز المذكور يؤدي في نظر ديمولومب الى وضع التزام الوصى في الحالة الأولى بين الالتزامات
التي ينشأها القانون مباشرة، أما التزام الوصى في الحالة الثانية فيرجع الى واقعة ارادية هي التي أنشأته، وهي قبول
الوصى للصيانة، ولا مبرر للتمييز بين الحالتين . ونحن نرى في هذا الدليل شيئا من الابهام، فنحن نبحث في التزام
الوصى بقبول الوصاية، هل أتى من القانون مباشرة أو نشأ من واقعة ارادية؟ وظاهر أنه في الحالة الأولى يوجد
الزام في ذمة الوصى بقبول الوصاية أتى من طريق القانون مباشرة، وأما في الحالة الثانية فهذا الالتزام غير موجود
أصلا في ذمة الوصى، فلا محل للبحث عن مصدر التزام غير موجود . أما الالتزامات التي تكون في جانب من قبل
الوصاية اختيارا بعد قبوله هذه الوصاية - من إدارة أموال القاصر وتقديم حساب عن هذه الإدارة - فهي راجعة
لارادة الوصى الذي قبل الوصاية مخارعا، ولا نقول مع لاروميير (جزء ٧ مادة ١٣٧٠ فقرة ٥) أنها ناشئة عن
عقد، لأن الطرف الآخر للعقد غير موجود، ولا يمكن لشخص أن يتعاقد مع القانون كما لاحظ ديمولومب بحق
(جزء ٣١ فقرة ٢٧)، بل هي التزامات ناشئة عن الارادة المفردة، وسنرى أن الارادة المفردة كالعقد تكون مصدرا
للالتزام .

ومع أن ديمولومب لم يوافق على التمييز المتقدم من الوجهة النظرية، إلا أنه أخذ به عملا باعتباره جزءا من التشريع
الفرنسي، ورتب عليه نتائج قانونية هامة بشأن الأهلية الواجب توافرها فيمن يلتزم من طريق الواقعة غير الارادية
أو من طريق الواقعة الارادية (ديمولومب ٣١ فقرة ٢٩ - فقرة ٣٠ و فقرة ٩١ - فقرة ٩٩) .

(٢) انظر أيضا بفرنوار (Bufnoir) طبعة ثانية ص ٤٥٥ - بودرى وبارد جزء ١ فقرة - فقرة ٦

ولكن العهد الأخير امتاز بقيام حملة شديدة على هذا الترتيب، وقد - هذه الحملة الأستاذ بلانيول^(١) .

* ٤١ - رأى الأستاذ بلانيول - لم يكن الأستاذ بلانيول مبتدعا في انتقاده لترتيب مصادر الالتزام إلا بقدر محدود، كما سيتبين ذلك مما يلي . ولكن يرجع الفضل إليه في أنه أثار بانتقاده عاصفة قوية زعزعت نهائيا الأساس الذي بنى عليه الترتيب المذكور، وبعد أن كان أكثر الفقهاء قد تعود أن يسلم به دون مناقشة بالرغم من اعتراض أقلية مثل توليه وزملائه، أصبح فقهاء العصر الحاضر لا يتركونه دون نقد، بل لقد اتفق الجميع على أنه ليس بالترتيب المنطقي، وإنما اختلفوا في أي ترتيب يتبع .

يقول الأستاذ بلانيول أن ترتيب القانون لمصادر الالتزامات يستهوى العقل بما فيه من معنى التقابل . فالمصادر الأربعة الأولى يمكن تقسيمها على نحوين مختلفين، فإذا نظرنا إلى العمل المنشئ للالتزام من ناحية المشروعية وضعنا العقد وشبه العقد في قسم باعتبارهما عملا مشروعاً، ووضعنا الجريمة وشبه الجريمة في قسم آخر باعتبارهما عملاً غير مشروع . وإذا نظرنا إلى العمل من ناحية القصد والتعمد، وضعنا العقد والجريمة في قسم، وشبه العقد وشبه الجريمة في قسم آخر . ثم جمعنا ما تبقى من الالتزامات التي لا ترجع إلى مصدر من هذه المصادر الأربعة وجعلنا مصدرها القانون . ولكن هذه البساطة في التقسيم ليست إلا بساطة ظاهرية، ولم نصل إليها إلا على حساب الحقيقة^(٢) .

* ٤٢ - أما تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزامات إلى جريمة وشبه جريمة، بحسب وجود نية التعمد أو عدم وجودها، فلا أهمية له لا من حيث نشوء الالتزام ولا من حيث مداه . فشبه الجريمة ينشئ التزاماً كالجريمة سواء بسواء، والتعويض يدفع كاملاً في الحالتين، ولا تفريق بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع كما هو الأمر في المسؤولية

(١) انظر مقال الأستاذ بلانيول في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها . وانظر كذلك مختصر الأستاذ بلانيول في القانون المدني جزء ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها .

وانظر أيضاً مقال الأستاذ شيالويجا (Scialoja) في مجلة القانون التجاري (Rivista de dīr' comm.) سنة ١٩٠٤ ص ٥٢٠ وما بعدها .

(٢) انظر مقال بلانيول المشار إليه ص ٢٢٤

(١) التعاقدية . وليس لهذا التقسيم أصل في القانون الروماني ، فقد رأينا أن هذا القانون لا يعرف التراما ينشأ من "شبه الجريمة" ، بل يعرف التزامات تنشأ من مصدر غير الجريمة ، ولكنها في أثرها تعتبر كأنها نشأت من الجريمة ، وفوق ذلك أن الفرق في القانون الروماني بين الجريمة والمصدر الذي تنشأ منه هذه الالتزامات ليس هو القصد والتعمد ، كما تقدم بيان ذلك .^(٢) بل أن القانون الفرنسي ذاته لم يشر إلى هذا التقسيم إلا إشارة بسيطة في المادة ١٣٧٠ تقليدا لبوتييه ، ولم يعلق عليه بعد ذلك أهمية ما ، ففي المواد ١٣٨٢ - ١٣٨٦ ، وهي التي تكلمت على المسؤولية عن الأعمال الضارة لم تقسم هذه الأعمال إلى جريمة وشبه جريمة ، بل إلى أعمال إيجابية (م ١٣٨٢) وأعمال سلبية (م ١٣٨٣) . فالأفضل إذاً عدم التمييز بين الجريمة وشبه الجريمة من حيث أنهما مصدر للالتزام ، وجعلهما شيئاً واحداً هو "العمل غير المشروع" (fait illicite) .

* ٤٣ - وإذا كان "شبه الجريمة" لا فائدة في جعله مصدراً مستقلاً للالتزام ، فشبه العقد دون "شبه الجريمة" في ذلك ، بل هو فوق هذا تعبير مضلل . فهم يزعمون أن "شبه العقد" قريب من العقد في أنه أرادي ، وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة في أنه عمل مشروع . والواقع عكس ذلك تماماً ، فشبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادي ، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع .

(١) بلانيول في المجلة الانتقادية ص ٢٣٢ هامش نمرة ١ ، انظر أيضاً كولان وكايتان ٢ ص ٣٦١ ويرد الأستاذ بلانيول على من يريد التفريق في التعويض بين الجريمة وشبه الجريمة قياساً على المسؤولية التعاقدية بأن هذا التفريق لا مسوغ له في القانون المدني بعد أن انفصل عنه القانون الجنائي انفصال تاماً ، فهو قد كان مفهوماً وقت أن كان هناك امتزاج بين القانونين ، فيحاسب الشخص مدنياً على القصد وتكون مسؤوليته أشد . أما الآن فلا معنى لاعتبار القصد في المسؤولية المدنية ، سواء أكانت المسؤولية تعاقدية أم غير تعاقدية ، وبهذا أخذ القانون الألماني . والافاً معنى عدم التعويض عن الضرر غير المتوقع ، ما دام هذا الضرر قد حصل فعلاً ، لمجرد أن من تسبب في هذا الضرر لم يكن لديه قصد في ذلك ، وهل التعويض المدني عقوبة يراعى فيها القصد ؟ (المجلة الانتقادية ص ٢٣٢ هامش نمرة ١) .

و يلاحظ الأستاذ بلانيول في مختصره (جزء ٢ فقرة ٨٩٧) أنه لا معنى للتفريق بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في التعويض عن الضرر غير المتوقع ، فإذا أجزى هذا التعويض في إحدى المسؤوليتين دون قيد ، وجب الأخذ بذلك أيضاً في المسؤولية الأخرى . إلا أن الظاهر أن الأستاذ بلانيول يميل في هذا الموضع من كتابه إلى التفريق بين الجريمة وشبه الجريمة عند التعويض عن الضرر غير المتوقع ، فهو يريد تقريب المسؤولية التقصيرية من المسؤولية التعاقدية في هذه المسألة ، وهذا يناقض رأيه المتقدم كما هو مبسوط في المجلة الانتقادية .

(٢) المجلة الانتقادية ص ٢٣٦

(٣) كذلك وردت إشارة إلى شبه الجريمة في المادة ١٣١٠ من القانون المدني الفرنسي .

أما أن "شبه العقد" عمل غير إرادى ، فيظهر هذا من أن الالتزام الناشئ من شبه العقد ليس وليد الإرادة من أى وجه — بله توافق الإرادتين — بل قد ينشأ هذا الالتزام رغم إرادة الملتزم ، لذلك لا يشترط توافر الأهلية فيه ، بينما يشترط توافرها في المتعاقد الذى لا ينشأ الالتزام إلا بإرادته . وإذا كنا في شبه العقد قد نصادف عملا إراديا في مبدأ الأمر ، كما إذا أقام شخص بناء على أرض الغير ، وهذا من شأنه أن ينشئ التزاما في ذمة صاحب الأرض بأن يرد ما اغتنى به على حساب صاحب البناء ، فليس هذا العمل الإرادى هو الذى خلق الالتزام ، وليس من صدرت منه هذه الإرادة هو الملتزم ، بل الملتزم هو الشخص الآخر الذى لم تصدر منه أية إرادة ، وهو صاحب الأرض الذى فوجئ بالبناء مقاما على أرضه دون إرادته ^(١) .

وأما أن "شبه العقد" عمل غير مشروع ، فيظهر ذلك إذا تعمقنا في تحليل الالتزام الذى ينشأ من شبه العقد ، فإننا نقف عادة في أول الطريق عند العمل الذى يبدأ به "شبه العقد" ، وهذا العمل مشروع دون شك ، فمن يدفع ديننا غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير لا يقوم بأعمال غير مشروعة ، ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذى ينشئ الالتزام ، فان الملتزم ليس هو الشخص الذى دفع الدين أو الشخص الذى أقام البناء ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن ، وإلا أصبح الشخص مدينا بسبب لا يتصل بشخصه بل هو من عمل غيره ، وهذا لا يجوز . فإذا أردنا أن نعرف سبب الالتزام متمسكين بإياه متصلا بشخص المدين ، وجدنا أن هذا السبب ، في الحالتين المتقدمتين وفي الحالات الأخرى ، يرجع إلى اغتناء المدين دون سبب على حساب الدائن ، فوجب عليه أن يرد للدائن ما اغتنى به على حسابه . فالأغتناء دون حق هو مصدرا للالتزام أذا ، وهذا عمل غير مشروع . ومن ذلك يتبين أن "شبه العقد" ليس بالعمل الإرادى ولا بالعمل المشروع كما يزعمون ^(٢) .

٤٤ — ثم يقدم الأستاذ بلانيول أساسا آخر لترتيب غير هذا الترتيب المتشدد ، فيذهب إلى أن للالتزام مصدرين : العقد والقانون . أما شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة فمردوها

(١) المجلة الانتقادية ص ٢٢٧ — ص ٢٢٨

(٢) المجلة الانتقادية ص ٢٢٩ ، وهنا يقول الأستاذ بلانيول أن لفظ «شبه العقد» محض خطأ ، وقد لا يوجد في القانون كله لفظ آخر ينافسه في عدم الدقة . فان الشيء الذى يعنيه هذا اللفظ لا وجود له ، فليس هناك مصدر للالتزام يشبه العقد ، وليست هناك حالة يصبح فيها الشخص ملتزما نحو آخر لأنه قام تقريرا بالتعاقد معه » (المجلة الانتقادية ص ٢٢٩) .

كلها للقانون . وتفصيل ذلك أن الالتزام أما أن يفرضه الشخص على نفسه بتوافق إرادته مع إرادة شخص آخر، وهذا هو العقد ، وأما أن يفرضه عليه القانون . والالتزامات التي يفرضها القانون كثيرة متنوعة، فمنها ما يرجع إلى القانون الجنائي، وهي الامتناع عن الجرائم التي حددها هذا القانون، ومنها ما يرجع إلى القانون المدني، كالاتزامات الناشئة من مركز الشخص في أسرته والتماته نحو الجيران والتماته بحفظ سر المهنة وغير ذلك . ويمكن تقسيم هذه الالتزامات من حيث الموضوع إلى الالتزام باعطاء شيء ، كالاتزام بالنفقة ، والتمام بعمل ، كالاتزام بالقيام بالوصاية ، والتمام بالامتناع عن عمل ، كالاتزام بعدم ارتكاب جريمة أو عدم إفشاء سر المهنة . أما السبب الذي بنيت عليه هذه الالتزامات فيرجع إلى أنه لو لم يفرضها القانون على الشخص الملتزم بها لكان من وراء ذلك خطر جسيم على شخص آخر، فالوصي يلتزم بالوصاية حتى يدرأ عن الصغير خطر ضياع ماله ، والأب يلتزم بالنفقة على ابنه حتى يدرأ عنه خطر الموت جوعا وهكذا . فالقانون إذا فرض التاماً على شخص فهو يلقي عليه عبئاً بسيطاً ليدرأ بذلك خطراً كبيراً عن شخص آخر . أما الالتزامات التي يقال أن مصدرها شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة، فهي ليست إلا التامات قانونية، وبعبارة أدق، هي التامات جزائية عن التامات قانونية، إذ هي تعويض مالي عن عدم القيام بالتزام قانوني، فالشخص الذي يحدث للغير ضرراً بخطأه قد خرق التامه القانوني من عدم الإضرار بالغير، فينشأ عن خرق هذا الالتزام التام جزائي هو التعويض عن هذا الضرر . والشخص الذي يغتني على حساب غيره قد خرق أيضاً التامه القانوني ألا يستولى على ما لاحق له فيه ، فينشأ عن خرق هذا الالتزام التام جزائي هو رد ما اغتنى به . وبذلك تكون هذه الالتزامات الجزائية ليست درءاً لضرر قد يقع في المستقبل كما في الالتزامات القانونية ، بل هي تعويض عن ضرر قد وقع في الماضي . على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هي في الواقع ذات الالتزامات القانونية قد استحال إلى تعويض ، كما تستحيل الالتزامات التعاقدية إلى تعويض كذلك عند عدم إمكان تنفيذها عينا . فكل التام غير تعاقدى يكون التاماً قانونياً ، أما في صورته الأصلية ، وأما في صورة استحالة فيها إلى تعويض . وهو في الصورة الأولى يراد به درء ضرر مستقبل ، وفي الصورة الثانية يراد به تعويض ضرر ماضٍ ^(١) .

٤٥ — هذه هي النظرية الجديدة التي يقدمها الأستاذ بلانيول، وهي نظرية خلافة ، بسيطة المظهر، سهلة الفهم . ولكن حظها من الابتداع أقل مما يظهر لأؤل وهلة . فهي متفقة مع آراء تولييه فيما يأتي :

(أولا) ليس للالتزامات غير مصدرين : العقد والقانون . (ثانيا) الالتزامات التي تنشأ من شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة أنما مصدرها كلها هو القانون . (ثالثا) الالتزامات التي تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة ترجع إلى فكرة وجوب تعويض الشخص عن الضرر الحاصل بخطأه، والالتزامات التي تنشأ من شبه العقد ترجع إلى فكرة عدم جواز الاغتناء على حساب الغير دون حق .

ولكن الأستاذ بلانيول كان مبتدعا عند ما أوجد الصلة بين الالتزامات القانونية والالتزامات التي تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد، فهذه الالتزامات الأخيرة كما يقول ، ما هي الالتزامات القانونية استحال إلى تعويض مالي . وكان مبتدعا كذلك عند ما أرجع كل هذه الالتزامات غير التعاقدية إلى فكرتين أساسيتين : درء خطر قد يقع ، أو التعويض عن ضرر قد وقع .

على أنه بالرغم من روعة ما في هذا التحليل من جدة وبساطة، ليس فيه ، يلقى كثيرا من النور على ترتيب مصادر الالتزامات ، إذ نكاد نكون بعد نظرية بلانيول حيث كنا ، دون أن نتقدم خطوة كبيرة إلى الأمام . فهي أقرب إلى التعليل منها إلى التحليل ، لأنها توضح علة وجود الالتزامات أكثر مما تبين مصدر نشوئها .

٤٦ — هذا هو بوجه إجمالي موضع الضعف في نظرية الأستاذ بلانيول ، وإذا أردنا نقد تفاصيلها أخذنا عليها ما يأتي : (أولا) يمكن الاعتراض عليها بمثل ما اعترضنا به على نظرية تولييه ، فالقانون إذا كان مصدرا لكل الالتزامات غير التعاقدية ، فهو مصدر غير مباشر بالنسبة لبعضها، ومصدر مباشر بالنسبة للبعض الآخر، وكان الأولى أن يبرز العمل كما برز العقد مصدرا مستقلا من مصادر الالتزامات ، وقد سبق أن أشرنا إلى رأى ديمولومب في هذا الموضوع . (ثانيا) بالغ الأستاذ بلانيول في تأكيد أن شبه العقد ليس عملا إراديا ولا عملا مشروعا ، مع أن القول بأنه عمل إرادى مشروع لا يخلو من

الوجهة ، فان المقصود بعبارة الارادة في شبه العقد ليس هو أن الملتزم يوجه إرادته لإيجاد الالتزام ، وإلا لكان شبه العقد عملا قانونيا (acte juridique) ، وهو ليس كذلك . وإنما المراد هو أن العمل الذي يقوم به المدين أو الدائن في شبه العقد عمل صادر عن إرادته ، سواء أراد به إيجاد الالتزام أو لم يرد ، وهذا لتمييزه عن الأحوال التي لا دخل لارادة الانسان فيها ، والتي ينشأ فيها الالتزام بحكم القانون وحده . وأما القول بأن شبه العقد عمل مشروع فصحيح أيضا إذا نظرنا الى العمل في أصله لا في نتيجته ، فهو عمل يتسبب عنه اغتناء على حساب الغير ، والعمل في ذاته مشروع ، ولكن تسبب عنه نتيجة غير مشروعة ، ويمكن القول بأن الالتزام ينشأ عن العمل المشروع حتى يمكن توقي النتيجة غير المشروعة^(١) . (ثالثا) لم يجعل الأستاذ بلانيول محلا للارادة المنفردة بين مصادر الالتزامات ، ولكن يلاحظ هنا أن الأستاذ ينكر على الارادة المنفردة أن تكون مصدرا للالتزام^(٢) .

على أنه من العدل أن يقال أن للأستاذ بلانيول فضلا كبيرا في توجيه نظر الفقهاء إلى ضعف الترتيب الذي أتى به القانون لمصادر الالتزامات ، وقد أجمع الشراح على نقد هذا الترتيب^(٣) على أثر الحملة التي قام بها بلانيول ، ولكنهم مختلفون في الترتيب الذي يحل محله ، كما تقدمت الإشارة إلى ذلك . ونحن نورد هنا ، على سبيل الاستئناس بعضا من هذه الآراء .

٤٧ - رأى الأستاذين كولدز ولبيناه - يرى الأستاذان كولان وكايتان

أن أول مصدر للالتزامات هو العقد . وقد تكون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ، كما في عمل الفضولي^(٤) ، والايضاء ، وقبول الميراث ، والوصية ، وتطهير العقار . وإلى جانب هذين المصدرين يوجد مصدر ثالث هو القانون ، ويميز الأستاذان في هذا المصدر الأخير بين الترام ينشأ من عمل غير مشروع مصحوب بنية الاضرار أو غير مصحوب بها ، وبين الترام ينشأ مباشرة من القانون ذاته ، ويدخل في هذا النوع الثاني - عدا الالتزامات المنصوص عليها في القانون كالتزامات أفراد الأسرة والتزامات الجوار - الالتزامات التي تنشأ من الأثراء على حساب الغير دون حق ، فتكون المصادر إذا أربعة : (١) العقد . (٢) الارادة المنفردة . (٣) الجريمة وشبه الجريمة . (٤) القانون .

(١) انظر في هذا المعنى ديموج ١ فقرة ١٧ ص ٤٦ هامش ص ٤

(٢) بلانيول ٢ فقرة ٨٣٢

(٣) ومع ذلك قارن بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ٧ ص ٨

٤٨ - والجديد في هذا الترتيب شيان : (أولاً) جعل الارادة المنفردة مصدرا للالتزام ، وسنرى فيما يلى ، كيف تنشئ إرادة الشخص المنفردة فى بعض الفروض التراما فى ذمته دون قبول من الدائن . (ثانياً) إدخال الالتزامات التى تنشأ طبقاً للنظرية التقليدية من شبه العقد بين الالتزامات التى تنشأ مباشرة من القانون (مع استثناء التزام الفضولى ، فقد جعل بين الالتزامات التى تنشأ من الارادة المنفردة) ، ثم تمييز الالتزامات التى تنشأ من عمل غير مشروع عن الالتزامات التى تنشأ من القانون . وهنا محل النقد . ذلك أنه إذا عد العمل غير المشروع مصدراً مستقلاً للالتزامات ، كان من الواجب أيضاً أن يعد العمل المشروع مصدراً مستقلاً كذلك ، فكلاهما متميز عن القانون فى درجة واحدة ، وإدماج أحدهما فى القانون وفصل الآخر عنه لا يخلو من التحكم . نضيف إلى ذلك أن الأستاذين كولان وكايتان يعتبران عمل الفضولى عملاً قانونياً (acte juridique) ، فيولدان منه التزامات الفضولى من طريق الارادة المنفردة ، ونحن لا نذهب إلى هذا رأى ، فإن عمل الفضولى ليس عملاً قانونياً ، بل هو واقعة قانونية (fait juridique) ، وستبين ذلك فيما يلى .

(١)

٤٩ - رأى الأستاذ ديموج - ويرى الأستاذ ديموج أن ترتب مصادر الالتزامات بالرجوع إلى عامل مؤثر، ويختار هذا العامل فى الارادة ، فهى مؤثرة من حيث وجوب توافر الأهلية . وعنده أن مصادر الالتزام : (١) إما أن ترجع إلى إرادة طرفى الالتزام ، وهذا هو العقد ، ويجب توافر أهلية التعاقد فى كل من الطرفين . (٢) وإما أن ترجع إلى إرادة المدين وحده ، وهذه هى الارادة المنفردة ، ويجب أن تتوافر فى الملتزم أهلية الالتزام بمرادته . (٣) وإما أن ترجع إلى إرادة الدائن ، وهذا هو شبه العقد ، ويحتفظ الأستاذ ديموج بهذا التعبير وإن كان ينتقد دقته من الناحية اللفظية - وهو يدخل فى شبه العقد التزام رب العمل نحو الفضولى ، فهذا الالتزام ناشئ عن إرادة الفضولى وهو الدائن طبقاً لنا موسى التضامن الاجتماعى ، فهو يقضى بتشجيع من يتدخل فى عمل غيره بقصد الأصلح^(٢) . (٤) وأما أن ترجع إلى عمل

(١) ديموج ١ فقرة ١٧

(٢) ويذهب الأستاذ ديموج الى أن هناك التزامات كثيرة تنشأ من ارادة الدائن المنفردة ، كاللزام رب العمل المتقدم الذكر ، كاللزام من أثرى على حساب الغير إذا كان هذا الاثراء نتيجة عمل صادر من المفقر ، كاللزام مدينى التركة للوارث إذا قبل التركة ، واللزام القاصر للوصى الذى قبل الوصاية اختياراً . وتوجد أمثلة أخرى فى القانون الادارى ، كأمر السلطات العسكرية بجمع مؤونة الجيش من أفراد الناس ، وكنزاع الملكية للنفعة العامة . =

غير مشروع (الجزيمة)، وهذا العمل يفترض درجة محدودة من الإرادة لدى الملتزم، فقد صدر منه العمل طوعا، وإن كان لم يرد أن يلتزم به، لذلك تشترط درجة محدودة من الأهلية، بأن يكون الملتزم عاقلا، وإن كان هناك ميل في القوانين الحديثة إلى جعل المجنون مسئولاً عن أعماله غير المشروعة. (٥) وإما أن يرجع مصدر الالتزام إلى مجزء واقعة لا يهم اعتبار الإرادة فيها، لذلك لا ينظر إلى أهلية الملتزم، فالالتزام بالنفقة يرجع إلى مركز الشخص في أسرته، وكذلك التزام من أثرى على حساب الغير (بعمله هو لا بعمل من افتقر) أو التزام من استوفى شيئا دون حق يرجع إلى واقعة الإثراء أو واقعة الإستفاء، ولا يهم إذا كانت هذه الواقعة ترجع أو لا ترجع إلى إرادة الشخص^(١).

٥. - وأساس هذا الترتيب اعتبار إرادة طرفي الالتزام، فهي معبرة بدرجات متفاوتة في المصادر المختلفة، ويتدرج اعتبار الإرادة من القوة إلى الضعف حتى ينعدم في المصدر الأخير. وينبنى على اعتبار الإرادة وجوب توافر درجة معينة من الأهلية.

ولكن الأستاذ لم يوضح ما يقصده من الإرادة، فهناك نوعان منها: إرادة الملتزم أن يوجد التزاما وهذا هو العمل القانوني (acte juridique)، وإرادة الملتزم أن يصدر منه العمل المادى دون أن يقصد حتما إيجاد التزام، وهذه هي الواقعة الاختيارية (fait volontaire). والظاهر أن الأستاذ ديموج يدخل في حسابه النوعين معا، فهو يعتبر النوع الأول في العقد والارادة المنفردة، ويعتبر النوع الثانى في العمل غير المشروع، ولا يعتبر أى نوع من الارادة في العمل المشروع الذى ينشأ منه الإثراء بلا سبب؛ مع أن هناك محلا لاعتبار الارادة في العمل المشروع كما اعتبر في العمل غير المشروع. على أن الخلط بين النوعين من الارادة لا يؤدى إلى النتيجة التى يريد الوصول إليها، فليس إلا النوع الأول هو الذى ينظر فيه إلى وجوب

= ويسمى الأستاذ ديموج هذا المصدر الجديد للالتزام (أى إرادة الدائن) بشبه العقد، وينبئ على أساس النظام الاجتماعى، فيستطيع الشخص، طبقا لهذا الأساس، أن يصبح دائنا بإرادته وحدها، على أن يقوم من جهته ببعض الالتزامات، وهذه فكرة يمارس بها فكرة القانون المدنى المشيع بروح الفردية، إذ أبى هذا القانون أن يصبح الشخص بإرادته الامدينا (ديموج في الالتزامات ٣ فقرة ٣ ص ٥).

(١) ويلفت الأستاذ ديموج النظر إلى أن مصادر الالتزامات لا يمكن فصلها بعضها عن البعض الآخر فصلا تاما. فقد يتدخل العمل الضار في العقد اذا ارتكب الشخص تقصيرا في المفاوضات التى تسبق العقد. وقد تكون العلاقة بين شخصين قائمة على العقد وعلى عمل الفضولى مجتمعين. وقد تنشأ الواقعة الواحدة علاقة معينة فيما بين الطرفين، وعلاقة من نوع آخر بالنسبة للغير، وهكذا (ديموج ١ فقرة ١٧ مكررة).

توافر الأهلية . أما العمل المسمى الارادى فلا ينظر فيه إلى ذلك ، وهذه هي القوانين الحديثة تميل إلى جعل غير ذى الأهلية مسئولاً عن عمله غير المشروع ، أما العمل المشروع فقد أجمعت القوانين على عدم اعتبار الأهلية فيه . فوجب إذاً أن يكون محور الترتيب هو النوع الأول من الارادة دون النوع الثانى ، لأنه هو وحده الذى يترتب عليه وجوب توافر الأهلية . وهذا يؤدى إلى جعل العقد والارادة المنفردة فى قسم ، والعمل المشروع والعمل غير المشروع فى قسم آخر . وهذا القسم الآخر لا يمكن إرجاعه إلا إلى القانون . فتكون مصادر الالتزام هى العقد والارادة المنفردة والقانون ، وهذا ما يقول به الأستاذ بلانيول (إذا استثنينا الارادة المنفردة) ، فلا نتقدم بهذا الترتيب كثيراً عن ذى قبل .

* ٥١ - آراء أخرى فى ترتيب مصادر الالتزام - ويذهب الأستاذ بودرى فى مختصره^(١) إلى ترتيب مصادر الالتزام غير التعاقدية بحسب ما إذا كان القانون قد أنشأها على أثر عمل غير مشروع أو على أثر عمل مشروع . وعنده أن مصادر الالتزام اثنان : العقد والقانون . والالتزامات التى تنشأ من القانون إما أن تأتى على أثر عمل غير مشروع (الجريمة وشبه الجريمة دون تمييز بينهما) ، وإما أن تأتى على أثر عمل مشروع غير العقد (ويتضمن الالتزامات التى تنشأ من الأثر بلا سبب ومن القانون) . وقد تقدم نقد ترتيب كهذا يجعل القانون مصدراً مباشراً للالتزامات تنشأ من عمل مشروع أو غير مشروع .

ويرتب الأستاذ جوسران^(٢) مصادر الالتزامات ، فيجعلها العمل القانونى (العقد والارادة المنفردة) والعمل غير المشروع (الجريمة وشبه الجريمة) والأثر بلا سبب والقانون . وهذا هو الترتيب الذى وصلت إليه القوانين الحديثة كما سيتبين ذلك مما يلي^(٣) .

(١) طبعة ١٩٢٥ جزء ٢ فقرة ٦٧٧

(٢) جزء ٢ فقرة ١١

(٣) ونذكر هنا طريقتين أخريين فى ترتيب مصادر الالتزام : (الأولى) للأستاذ جوبليه (Gonblet) ذكرها فى رسالته (شبه العقد والترتيب المنطقى لمصادر الالتزام باريس سنة ١٩٠٤ ص ٤٨ - ٥٠) ، وهو يجعل مصادر الالتزام أربعة : العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . ويجعل القانون مصدراً للالتزام فى خمسة أحوال : (أ) الالتزام الناشئ فى ذمة من يستفيد من عمل (الزام رب العمل نحو الفضولى) . (ب) الالتزام الناشئ فى ذمة من يأتى بعمل مفيد (الزام للفضولى بالاستمرار فى العمل) . (ج) الالتزام الناشئ فى ذمة من يستفيد من عمل لا يقصد به فائدته (حالات الأثر بلا سبب) . (د) التزامات الجوار . (هـ) الالتزامات الناشئة من مركز الشخص فى أسرته . والأستاذ جوبليه يتبع فى الواقع الترتيب التقليدى الذى أخذ به القانون الفرنسى ، مع إدخال تعديل فيه ، هو محور شبه =

§ ٣ - ترتيب مصادر الالتزامات في القانون المصري وفي القانون المقارن .

* ٥٢ - القانون المصري - نستطيع الآن أن نتبين موقف المشرع المصري من ترتيب مصادر الالتزامات، فقد نص في المادتين ١٤٧/٩٣ على أن التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون .

وهذا الترتيب خير بكثير من الترتيب الذي أتى به القانون الفرنسي، فقد تجنب أكثر وجوه النقد التي توجه إلى الترتيب الأخير، فلم يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة، ولم يجعل ما يسمى "بشبه العقد" مصدرا للالتزام، بل جمع المصادر التي وزعها القانون الفرنسي بين شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة في مصدر واحد، وأسماه "فعلا" (fait)، وأبقى العقد والقانون مصدرين مستقلين .

وكل ما يمكن أن يوجه للقانون المصري من النقد أنه لم يبين ما ينطوي تحت كلمة "الفعل" من معان، فالمراد بالفعل هو عمل صادر عن إرادة الإنسان، وهذا العمل إما أن يكون مشروعا أو غير مشروع، وأما أن يفقر الدائن دون حق، أو يغني المدين دون سبب، وهكذا يتكشف عن "الفعل" أكثر من مصدر واحد، كان فصلها بعضها عن البعض الآخر أكثر إيضاحا وأوسع إحاطة بالموضوع . هذا إلى أن القانون المصري لم يشر إلى أن الإرادة المنفردة قد تكون مصدرا للالتزام في بعض الأحيان^(١) .

= العقد كمصدر للالتزام، وإدخال أكثر حالاته في الالتزامات الناشئة من القانون. (الثانية) الطريقة التي اتبعها الأستاذ فيزيوز (Vizioz) في رسالته (شبه العقد بوردوس ١٩١٢) ، فهو يرجع مصادر الالتزام إلى إرادة الإنسان وإرادة القانون ولكن لا يوجد التزام مصدره إرادة الإنسان المحضة أو القانون المحض ، بل لابد من امتزاج الشئيين امتزاجا يقل أو يجل فيه أحد الشئيين عن الآخر ، مع تدرج في الضعف والقوة ، فالعقد يرجع إلى الإرادة والقانون معا ، ولكن عنصر الإرادة يرتفع إلى القمة في القوة ويخدر القانون إلى أدنى درجات الضعف وهكذا . ويمكن بعد هذا ملاحظة الشبه بين هذا الترتيب والترتيب الذي يقول به الأستاذ ديموج وقد بسطناها فيما تقدم .

(١) انظر في هذا الموضوع والتون ١ ص ١٣ - ١٧ ، هاتون ١ ص ٢٢٩ - ٢٣١

ولا نريد أن نفعل هنا تحليلا دقيقا لمصادر الالتزام، أتى به المرحوم أحمد فتحي زغلول في كتابه شرح القانون المدني (ص ١٢٦)، فهو يقول «وعليه تنقسم مصادر التعهدات إلى ثلاثة أقسام : الأول اختياري وهو محض إرادة الطرفين أي اتفاقهما ، وتلك هي التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين أعني العقد - الثاني قهري ؛ لا يتوقف لزمه على الاختيار، وتلك هي التعهدات المترتبة على أمر القانون - الثالث مشترك بين الاثنين ؛ فهو من عمل الإنسان وأمر =

٥٣ - القانون المفاخره - ونرى من تمام الفائدة أن نعرض لما ورد في بعض القوانين، غير القانونين المصرى والفرنسى، من الترتيب لمصادر الالتزام. فنستعرض القانون الألمانى، وقانون الالتزامات السويسرى، والمشروع الفرنسى الايطالى، والقانون الانجلىزى والشرعية الإسلامية.

٥٤ - القانون الملالى - لم يحاول المشرع الألمانى ترتيب مصادر الالتزام بنص تشريعى، كما فعل القانون الفرنسى والقانون المصرى وغيرهما من القوانين الأخرى^(١). ولكن يمكن إستخلاص الترتيب الذى أخذ به من الرجوع إلى مجموع النصوص، وتقريبها بعضها من البعض الآخر.

جاء القانون الألمانى فى خمسة أقسام: قسم عام يبحث فى الحق من حيث صاحبه، وموضوعه، وطريق إكتسابه بالعمل القانونى، وكيفية استعماله، والضمانات التى تؤخذ من أجله، وانقضاؤه بمضى المدة. والقسم الثانى يبحث فى الالتزامات، والثالث فى الحقوق العينية، والرابع فى قانون الأسرة، والخامس فى الموارىث والوصايا.

والذى يهمنا بنوع خاص فى ترتيب مصادر الالتزامات هو القسم الثانى المتعلق بالالتزامات، وهو فى سبعة أبواب، الستة الأولى منها تضع نظرية عامة للالتزامات من حيث هى لا من حيث مصادرهما، إلا فيما يتعلق بالعمل القانونى، فقد وزعت مسائله بين هذا القسم والقسم العام، فتكلم القانون على الإرادة والرضاء والأهلية والشرط والأجل والانابة فى القسم العام، وبحث فى القسم الثانى العقد وآثار الالتزام وطرق إنقضاؤه وانتقاله من الدائن أو المدين وتعدد طرفى الالتزام.

== القانون مما، كأعمال الفضول، وكالجرائم بأنها المرء باختياره فليق عليه القانون تبعها، وتلك هى التعهدات المنزبة على الأفعال. وقد قصرنا كلمة التعهدات على القسم الأول، وجعلنا كلمة «الزام» خاصة بالقسمين الثانى والثالث طلبا للتمييز».

والجديد فى هذا التحليل أن المؤلف أرجع ترتيب القانون المصرى لمصادر الالتزامات إلى كونها من خلق إرادة القانون أو من خلق إرادة الإنسان، وجعل نوعا وسطا هو من خلق القانون ومن خلق إرادة الإنسان معا. ورأى المرحوم فتحى زغول يقرب من رأى الأستاذ فيز يوز والأستاذ ديموج، وقد بسطناهما فيما تقدم.

(١) انظر مثلا القانون المدنى الايطالى، وقد نصت المادة ١٠٩٧ من هذا القانون على التقسيم الخامس الذى اتبعه القانون الفرنسى.

ثم أبقى القانون الألماني الباب الأخير من القسم الثاني يتكلم فيه على مصادر الالتزامات ، وإن كان لم يصرح بذلك في عنوان هذا الباب . فقد قسمه إلى خمسة وعشرين فصلا ، خصص منها ثمانية عشر لتنظيم عقود معينة تنشئ الالتزامات ، وخصص فصلين للالتزامات التي تنشأ من الإرادة المنفردة . أما خمسة الفصول الباقية فقد خصص أحدها للالتزام بلا سبب والثاني للعمل غير المشروع ، والثلاثة الأخرى جعل أحدها للالتزامات التي تنشأ من عمل الفضولي ، والثاني للالتزامات التي تنشأ من الشيوع في الملكية ، والثالث للالتزام الحائز بتقديم الشيء الموجود في حيازته يفحصه من يدعى حقا عليه ، وهذا الالتزام كان معروفا في القانون الروماني ، له دعوى تسمى بدعوى الكشف من الشيء (actio ad exhibendum) .

٥٥ — فإذا تأملنا في هذا التوزيع نجد أن المشرع الألماني لم يرد أن يضع ترتيبا خاصا لمصادر الالتزامات ، وهو أقرب في ذلك إلى القانون الروماني في عهده المدرسي ، إذ كانت مصادر الالتزام غير مرتبة ولا مقسمة ، فيما عدا أنواعا خاصة من العقود والجرائم .

ومع ذلك يمكن القول — بشيء من التعميم — أن المصادر التي يعترف بها المشرع الألماني أسبابا تولد الالتزامات هي ما يأتي : (١) العقد . (٢) الإرادة المنفردة . (٣) العمل

(١) وعنده هي حسب الترتيب الذي وردت به : البيع والمقايضة والهبات وإيجار الأشياء وعارية الاستعمال والقرض وعقد الاستئجار وعقد السمسرة والوكالة والوديعة والشركة والإيراد المرتب مدى الحياة والمراهنة والكفالة والصلح والعقد غير المسبب أو الاعتراف بالمديونية (promesse non causée; reconnaissance de dette) والكيالة .

(٢) فنكلم : (أولا) على عرض مكافأة أو جائزة على الجمهور ، وأتى هذا الفصل بعد الفصل المعقود للسمسرة ، وقد يكون هذا التفرع بين الشئيين راجعا إلى الشبه بين الخدمة التي يؤديها السمسار والخدمة التي يؤديها من يستحق الجائزة المعروضة . (ثانيا) وعلى السند لحامله ، وأتى بعد الكيالة ، والصلة بينها ظاهرة .

(٣) وأتى هذا الفصل عقب الفصل المعقود للوكالة ، للعلاقة الظاهرة بين الشئيين .

(٤) وجاء مباشرة بعد الفصل المعقود للشركة ، لما بينها وبين الشيوع من الاتصال .

(٥) انظر ديموج ١٧ فقرة ٤٩

(٦) وتكلم عليه في القسم الأول في الباب المتعلق بالأعمال القانونية ، وفي القسم الثاني في الباب الذي خصصه لوضع نظريته العامة ، وكذلك في الباب الذي نظم فيه العقود المعينة التي سبقت الإشارة إليها ، وفي مواضع أخرى منفردة .

(٧) وتكلم عليها في عرض جائزة على الجمهور وفي السند لحامله وقد سبقت الإشارة إليهما ، وكذلك في المنشآت الخيرية (م ٨٠ — ٨٨) وفي الإيجاب الملزم (م ١٣٠ وم ١٤٥) وفي الاشتراط لمصلحة الغير (م ٣٢٨ — ٣٣٥) . وسنتكلم على هذه الأحوال الخمسة عند الكلام على الإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام .

غير المشروع (الجريمة وشبه الجريمة)^(١) . (٤) الاثراء بلا سبب^(٢) . (٥) مصادر أخرى متفرقة يمكن إرجاعها إلى القانون^(٣) .

(٤)

٥٦ - القانون السويسري - أما القانون الالتزامات السويسري ، فلو أنه كالقانون الألماني لم يتضمن نصا تشريعيًا يرتب مصادر الالتزامات ، إلا أنه جمع أكثر هذه المصادر في باب واحد تحت عنوان "تكوين الالتزامات"^(٥) فتكلم على العقد . وتعرض في هذا

- (١) وتكلم عليه في القسم الثاني في الفصل الأخير من الباب الأخير وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .
 (٢) وتكلم عليه في القسم الثاني في الفصل قبل الأخير من الباب الأخير ، فيسبق مباشرة الكلام على العمل غير المشروع وطبق مبدأ الاثراء بلا سبب على عمل الفضولي باعتباره مولدا للالتزامات في ذمة رب العمل (م ٦٨٣ - ٦٨٧) .
 (٣) ومن هذه عمل الفضولي باعتباره منشئا للالتزامات في ذمة الفضولي (م ٦٧٧ - ٦٨٢) ، والشروع في الملكية . كذلك ذكر التزام الحائز بتقديم الشيء لفحصه ، وذكر أيضا التزامات ترتب في ذمة من يعثر على شيء ضائع (م ٩٦٥ - ٩٨٣) والالتزامات ترجع إلى علاقة الشخص بأسرته كالنفقة بين الأقارب (م ١٦٠١ - ١٦١٥) والوصاية (م ١٧٧٣ - ١٩) الخ .

هذا وقد كان المشروع الأول للقانون الألماني يرتب مصادر الالتزام ، فيجعلها ترجع إلى العمل القانوني (العقد أداة المنفردة) والعمل غير المشروع (الجريمة وشبه الجريمة) ومصادر أخرى متفرقة يدخل فيها عمل الفضولي والاثراء سبب . وعند وضع المشروع النهائي عدل عن ذلك إلى ما تقدم (أنظر مقالا لسالي في نظرية الالتزامات طبقا للشروع ثاني من القانون الألماني في مجلة جمعية التشريع المقارن المجلد التاسع والعشرين ص ٧٢١ وما بعدها - أنظر أيضا د. بوج في الالتزامات ١ فقرة ١٧ ص ٤٨) .

وقد أحسن المشرع الألماني صنعا هو وغيره من المشرعين الحديثين ، في أنه لم يحاول ترتيب مصادر الالتزام في نص تشريعي ، بل ترك ذلك للفقه يمشي فيه طبقا لأحدث النظريات العلمية .

- (٤) يمتاز القانون السويسري بالوضوح والتمق والسير مع أحدث النظريات القانونية ، وهو يجمع في ذلك بين مزايا القانون الفرنسي ومزايا القانون الألماني . وأول جزء ظهر كان الجزء الخاص بالالتزامات في ١٤ يونيو سنة ١٨٨١ ثم وضع بقية القانون المدني في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ ، وهذه البقية هي التي تسمى الآن بالقانون المدني السويسري وتشتمل على أربعة أجزاء : في الأشخاص (الحقيقية والاعتبارية) ، والأسرة ، والميراث والوصية ، والحقوق العينية . وحدد ميعاد لسريانه في أول يناير سنة ١٩١٢ . ثم أعيد النظر في قانون الالتزامات الصادر في سنة ١٨٨١ ، وصدر هو أيضا بعد المراجعة باسم «قانون الالتزامات لجمهورية الاتحاد السويسري» في ثلاثة أقسام : القسم الأول يضع نظرية عامة للالتزامات ومصادرها ، والقسم الثاني يتناول العقود المدنية (ومنها الهبة) ، والقسم الثالث في العقود والأوراق والدوائر التجارية ، ولم يراجع من قانون الالتزامات إلا القسم الأول ، أما القسم الثالث الخاص بالقانون التجاري فترك على ما كان عليه في سنة ١٨٨١ على أن يراجع فيما بعد ، وذلك لأنه كان يراد من قانون الالتزامات مع القانون المدني في أول يناير سنة ١٩١٢ ، على أن يكون الأول هو القسم الخامس من الأخير .

- (٥) ويلاحظ أن تبويب قانون الالتزامات السويسري أكثر وضوحا من تبويب القانون الألماني والفوانين الأخرى . فإن القسم الأول منه وهو الذي يتضمن النظرية العامة للالتزامات يتضمن خمسة أبواب تبحث في مصادر الالتزامات وآثارها وطرق انقضاءها وما يدخل عليها من الوصف وانتقالها من الدائن ومن المدين .

الفصل للكلام على الالتزام الذي ينشأ من الإرادة المنفردة^(١). ثم تكلم على العمل غير المشروع. ومما يستحق الذكر أن المشرع السويسري فرق في نتيجة العمل غير المشروع بين عمل يأتيه فاعله عمدا أو عن إهمال جسيم، فيوجب تعويضا كاملا، وبين عمل يأتيه عن إهمال يسير، فيجوز في بعض الأحوال إنقاص التعويضات إذا كان دفعها كاملة بوقع المدين في العوز والحاجة (م ٤٤ فقرة ثانية)، وهذا أساس جديد للتفريق في الأعمال غير المشروعة بين الجريمة وشبه الجريمة. ثم تكلم على الالتزامات الناشئة من الأثراء بلا سبب ودفع ما لا يجب، ولم يتكلم في هذا الفصل على عمل الفضولي، بل أتى به بعد الكلام على الوكالة كما فعل القانون الألماني. وهناك التزامات نص عليها المشرع السويسري وجعل القانون مصدرها المباشر، نذكر منها على سبيل المثال الالتزام بقبول الوصاية (م ٣٨٢ من القانون المدني السويسري) والالتزام بالنفقة على الأقارب (م ٣٢٨ من القانون المدني السويسري) والالتزام بتقديم الدفاتر التجارية والخطابات والتلغرافات إذا كانت هناك حاجة تدعو لذلك (م ٨٧٩ من قانون الالتزامات السويسري).

من ذلك يتبين أن المشرع السويسري جعل مصادر الالتزامات خمسة: (١) العقد. (٢) الإرادة المنفردة. (٣) العمل غير المشروع. (٤) الأثراء بلا سبب. (٥) القانون. وهذا هو ترتيب القانون الألماني، كما رأينا.

(٢)

٥٧ - المشروع الفرنسي الإيطالي - ولا نجد كذلك في المشروع الفرنسي الإيطالي نصا يرتب مصادر الالتزامات. ونقرأ في التقرير الذي تقدم به واضعو المشروع أنهم

(١) وفي القانون السويسري خمسة أحوال تنشئ فيها الإرادة المنفردة الالتزام، وهو في ذلك كالقانون الألماني. وسيأتي بيان هذه الأحوال عند الكلام على الإرادة المنفردة.

(٢) كلمة موجزة عن تاريخ المشروع الفرنسي الإيطالي: في أثناء الحرب العظمى تقدم الأستاذ شيا لويبا (Scialoja) باقتراح وضع مشروع قانون يوحد بين القانونين الفرنسي والإيطالي، ويكون أساسا لتوحيد القانون الخاص في أكثر بلاد العالم، وتآلف على أثر اقتراحه بلتان: إحداهما في فرنسا (تحت رئاسة الأستاذ لارنود (Larnaude) الذي كان عميدا لكلية الحقوق بباريس)، والأخرى في إيطاليا (تحت رئاسة الأستاذ شيا لويبا صاحب الاقتراح). وقد حصل بعد ذلك تعديل في تشكيل اللجنتين، وانقلبتا أخيرا إلى لجتين رسميتين وكانتا قد أخذتا من مبدأ الأمر في وضع مشروع لقانون الالتزامات والعقود، واستمرت في الاجتماع إما بهبئتها أو بمندوبين عن كل لجنة، وما زالتا تقادلان الآراء في هذا المشروع، حتى أتمناه وقدمناه إلى كل من الحكومتين. وهو لا يزال مشروع قانون إلى الآن (انظر في الروح التي قام عليها العمل التقرير المرفق بالمشروع ص ٣٥ و ٣٩ و ٤١).

تعمدوا إغفال ذلك النص . وقد تناولوا بالنقد في تقريرهم الترتيب الذي أتى به كل من القانون الفرنسي (م ١٣٧٠) والقانون الإيطالي (م ١٠٩٧) بما لا يخرج عما ذكرناه^(١) . ثم ذكروا أن اللجنة الإيطالية حاولت في مبدأ الأمر أن تضع ترتيباً كاملاً لمصادر الالتزامات ، فأضافت إلى المصادر التي ذكرها القانونان الفرنسي والإيطالي الوصية والارادة المنفردة وأدججت الجريمة وشبه الجريمة في مصدر واحد وأسمته العمل غير المشروع ، فأصبحت مصادر الالتزامات العقد والارادة المنفردة والوصية وشبه العقد والعمل غير المشروع والقانون . ولكن تقرر بعد ذلك أن يحذف من المشروع كل نص يعدّ مصادر الالتزامات أو يرتبها ، لأن هذه المسألة ليست محللاً للنصوص التشريعية ، بل هو بحث فقهي يترك لاجتهاد علماء القانون ، يرتبونه على الأساس العلمي الذي يصلون إليه في أبحاثهم ، لا سيما أن بعضاً من أعضاء اللجنتين الفرنسية والإيطالية طلبوا حذف المصدر المسمى بشبه العقد لأنه لا يتضمن قاعدة عامة تتناول كل ما يتولد من الالتزامات عن هذا المصدر ، وهو بعدُ تعبير خداع يوهم أن هناك شبهاً بين مدلوله وبين العقد^(٢) .

ومن ثم لا نرى في المشروع نصاً يربط مصادر الالتزامات كما تقدّم ، ولكننا إذا رجعنا تبويب المشروع نرى أن الباب الأول منه تناول الكلام على النظرية العامة للالتزامات من حيث مصادر الالتزام والاثار التي تترتب عليه والأنواع التي ينقسم إليها وطرق انقضائه . انتقله وإثباته^(٣) . وتخصص الفصل الأول من هذا الباب للكلام على مصادر الالتزامات . فتناول بالتتابع العقد والارادة المنفردة وعمل الفضولي ودفع ما لا يجب والاثراء بلا سبب والأعمال غير المشروعة والتزام الحائز بتقديم الشيء لفحصه . ولم يذكر واضعو المشروع القانون مصدراً للالتزامات لأن هذا بديهى لا محل للنص عليه في التشريع . وقد ختموا ملاحظاتهم بالعبارة الآتية : ”والنتيجة أن الفقه يستطيع أن يحتفظ بالترتيب القديم ، كما أن له أن يجعل محله ترتيباً آخر أقرب للمنطق . أما نحن فقد اتهمنا إلى أنه لم يعد في النصوص التشريعية ، بعد أن أغفلنا وضع ترتيب معين في المشروع ، ما يعوق حرية صوغ المبادئ القانونية“^(٤) .

(١) انظر ص ٥٣ من التقرير المذكور .

(٢) انظر ص ٥٥ من التقرير .

(٣) وهذا تبويب يقرب من تبويب القانون السويسري ، وقد سبقت الإشارة إليه .

(٤) انظر التقرير ص ٥٧ .

وإذا نظرنا إلى ما ذكره المشروع من مصادر للالتزامات ، أمكن حصرها فيما يأتى :

(١) العقد . (٢) الارادة المنفردة . (٣) العمل غير المشروع . (٤) الاثراء بلا سبب (ويدخل فيه دفع ما لا يجب وعمل الفضولى بالنسبة للالتزامات التى تنشأ فى ذمة رب العمل) . (٥) القانون (ويدخل فيه عمل الفضولى بالنسبة للالتزامات التى تنشأ فى ذمته ، والالتزام الحائز بتقديم الشيء لفحصه ، وكذلك ما عسى أن يذكر فى مواضع أخرى غير نظرية الالتزامات ، كما فى الجوار والأسرة) .

ويظهر مما تقدم أن المشروع الفرنسى الايطالى قريب من قانون الالتزامات السويسرى فى ترتيب مصادر الالتزام ، والاشنان قريبان من القانون الألمانى ، والترتيب الذى أتى به الثلاثة هو الترتيب الذى بدأ يسود فى الفقه فى الوقت الحاضر^(١) .

٥٨ - القانون الانجليزى - معروف عن القانون الانجليزى أن أكثره غير مكتوب ، لذلك لا يستطيع الباحث أن يرجع إلى وثيقة رسمية تضم بين دفتيها هذا القانون ، ويستخلص من تبويبها المصادر التى جعلها المشرع منشئة للالتزامات فى نواحيها المختلفة .

ولكن لما أن نستنتج من البحث أن هذا القانون اعترف بالعقد والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون مصدرا للالتزامات على التفصيل الآتى :

٥٩ - ينشئ العقد التزامات فى ذمة المتعاقدين فى القانون الانجليزى . وهو نوعان :

نوع شكلى (covenant, deed) لا يتم الا باستيفاء شكل معين ، هو أن يختم العقد^(٢) (وتضاف عادة الامضاء إلى الختم بعد أن انتشرت الكتابة) ويتم تسليمه ، ويقوم مقام التسليم عبارة تفيد حصوله ، كأن يقول الملتزم "أسلم هذا عقدا وسندا على"^(٣) . والنوع الثانى هو العقد الرضائى (agreement, promise) ، ويتم بمجرد الايجاب والقبول ، ويشترط أن يكون هناك اعتبار قانونى فى التعاقد (consideration) شبيه بالسبب (cause) الذى يعتبره القانون الفرنسى ركنا للالتزام^(٤) .

(١) انظر رأى كولان وكابيتان ورأى بودرى ، وبنوع خاص رأى جوسيران . وقد تقدمت الإشارة الى هذه الآراء .

(٢) لذلك يسمى العقد الشكلى (deed under seal) . ويسمى أيضا (covenant, specialty) .

(٣) وهذه هى العبارة بلفظها الأصلية (I deliver this as my act and deed) .

(٤) ونلاحظ هنا بصيغة عامة أن «الاعتبار» فى القانون الانجليزى أصبغ من «السبب» فى القانون الفرنسى ، =

والكل شخص بوجه عام إذا تعاقد أن يتخذ العقد الرسمي أو العقد العرفي ، إلا أن الأول يمتاز عن الثاني بأنه لا يشترط في انعقاده وجود "اعتبار قانوني" ، فالرسمية ذاتها تقوم مقام هذا الاعتبار" ، كما أن الالتزامات التي تنشأ عن العقد الرسمي لا تنقضى من طريق التقادم إلا بعشرين سنة . أما العقد العرفي فتنتقضى التزاماته بست سنوات . ولا يجوز تعديل العقد الرسمي إلا بعقد رسمي مثله . على أنه استثناء من قاعدة حرية اتخاذ العقد الرسمي أو العرفي ، توجد بعض اتفاقات لا يجوز عملها إلا في عقد رسمي ، كعقود التبرع والايجار لمدة تزيد على ثلاث سنوات وبيع سفينة انجليزية أو أسهم معينة في بعض الشركات^(١) .

٦٠ - ويعترف القانون الانجليزي بالعمل غير المشروع مصدرا للالتزامات . وهو لا يتضمن نصا عاما يقضى بأن كل عمل ضار غير مشروع يوجد التزاما بتعويض الضرر الذي أحدثه هذا العمل ، بل يعدد ، كما كان يفعل القانون الروماني ، الأعمال الضارة غير المشروعة ، ولا يخلص من ذلك إلى قاعدة عامة . وهذه الأعمال بعضها يقع على المال (trespass, nuisance etc.) ، وبعضها يقع على النفس (agression, sequestration, etc.) والبعض يقع على العرض (seduction, libel, slander, etc.) ، ويعترف القانون الانجليزي بمسئولية المخدم عن خادمه والشخص عن الحيوان المجهول في حراسته^(٢) .

= فلا يمكن أن تكون فيه التبرع « اعتبارا » ، وهي تعتبر « سببا » طبقا للنظرية التقليدية في فرنسا (انظر بولوك في العقد ص ١٨٥) . والمعنى المتغلب في « الاعتبار » ليس هو الفائدة التي يجنيها الملتزم في مقابل التبرع ، بل هو العبء الذي يقوم به الدائن في مقابل هذا الالتزام ، فإذا تعاقد شخص مع طبيب على أن يعود مريضا في مقابل أجر معين ، فالاعتبار في التزام الشخص بوفاء أجر الطبيب ليس هو الفائدة التي يجنيها هذا الشخص الملتزم فهو ليس المريض الذي يعالج ، بل العبء الذي أخذه الدائن (أي الطبيب) على نفسه في أن يعالج المريض (انظر بولوك في العقد طبعة تاسعة ص ١٧٧ و ص ١٨٦) .

(١) و يلاحظ أن العقد الرسمي في القانون الانجليزي لا يقضى قبوله للايجاب ، فهو يستمد قوته الملزمة من رسميته لا من قبول الطرف الآخر . فيلتزم المدين اذا مجرد ايجابه ، إلا أن الدائن اذا رفض هذا الالتزام فانه يسقط (انظر بولوك في العقد ص ٥٤ - ص ٥٥) . وعلى هذا يقرب «العقد الرسمي» من أن يكون ارادة منفردة تولد الالتزام . أما اذا كان العقد عرفيا ، فان مجرد الايجاب لا يلزم ، حتى لو حدد للقبول ميعاد ، وللوجب أن يرجع عن ايجابه دائما ، إلا اذا تعاقد تعاقد صريحا مع الطرف الآخر على عدم الرجوع قبل انتهاء الميعاد المحدد (انظر جنكس م ١٩٥) . كذلك يعتبر القانون الانجليزي العرض على الجمهور عقدا يتم بايجاب من صاحب العرض وبقبول من نفذ مشيئة الأول (جنكس م ١٩٩) . ومن ذلك نرى أن الارادة المنفردة لا تكون مصدرا للالتزام في القانون الانجليزي لعدة عامة ، ويستثنى من ذلك التمهيد الرسمي فالظاهر أنه يتم بالارادة المنفردة كما تقدم .

(٢) جنكس م ٧٦٧ وما بعدها .

(٣) جنكس م ٧٧٨ وما بعدها .

على أنه يمكن أن نستخلص من التطبيقات المختلفة للأعمال الضارة في القانون الإنجليزي أن هذا القانون ينهى عن ثلاث : (أولاً) تعمد الإضرار بالغير . (ثانياً) الإهمال الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير . (ثالثاً) خرق جريمة الملكية^(١) .

والتعويض عن الضرر أما أن يكون عيناً ، أو مبلغاً من المال . والالتزام الناشئ عن العمل الضار شخصي لا يورث ، لا من جهة الدائن ولا من جهة المدين ، عدا استثناءات أخذت تكثر^(٢) ، وهي تدل على تطور القانون الإنجليزي من فكرة العقوبة إلى فكرة التعويض المدني .

٦١ - ولا يعترف القانون الإنجليزي بالاثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا في حدود ضيقة . وأوسع ما يعترف به في ذلك هو الالتزام الناشئ عن دفع مالا يجب ، فمن دفع مبلغاً من النقود إلى غير دائن معتقداً بحسن نية أنه يدفع للدائن ، فله أن يسترد ما دفعه بشروطين : (١) أن المال الذي يراد إسترداده يكون مبلغاً من النقود . (٢) أن النلظ الذي وقع فيه من دفع هذا المبلغ يكون غلطاً في الوقائع لافي القانون^(٣) .

(١) أنظر بولوك في قانون الجرائم ص ٢٠ - ص ٢١

(٢) ويجوز للقاضي ، بمأله من حق التقدير ، أن يصدر أمراً (injunction) بالامتناع عن عمل غير مشروع ، أو بعدم الاستمرار فيه ، أو بعدم اتيانه مرة أخرى ، أو بالقيام بعمل يجب القيام به . وجزء عدم احترام هذا الأمر هو الحبس . وإذا كان القاضي يريد أن يصدر أمراً بالامتناع عن عمل وجب التثبت من أن هناك احتمالاً كبيراً في أن هذا العمل يقع لو لم يصدر الأمر بالامتناع عنه (انظر سامون في الجرائم ص ١٢٦ - ص ١٢٧ - رجكس م ٨٠٥) . (٣) جنكس م ٧٨٦ - ٧٨٩

(٤) انظر كيزر (Keener) في شبه العقد ص ٨٥ وما بعدها و ص ١٣٩ وما بعدها . قاعدة دفع مالا يجب بالقيود المتقدمة اعترف بها القانون الإنجليزي تحت تأثير القانون الروماني ، وذلك بعد تطور يتلخص فيما يأتي : كان في الأصل لا يوجد في القانون الإنجليزي إلا دعوى قديمة تسمى بدعوى الدين (debt) لاسترداد مبلغ واجب الدفع بموجب عقد رسمي . ثم وجدت دعوى أخرى (assumpsit) لطلب تعويض عن الضرر الناشئ من عدم تنفيذ عقد عرفي . ثم استعملت هذه الدعوى الأخيرة حتى في العقود الرسمية التي كانت تستعمل فيها دعوى الدين القديمة . ثم امتدت إلى حالة ليس فيها لا عقد رسمي ولا عقد عرفي ، وتفصيل ذلك أن شخصاً مدنياً بسند دفع للدائن مبلغاً أقل من قيمة السند ، وأخذ عليه تعهداً عرفياً إلا يقاضيه بقيمة السند ، ولكن الدائن قاضاه بالرغم من ذلك ، واستوفى منه قيمة السند مرة أخرى . فدفع المدين دعوى العقد العرفي (assumpsit) يطالب برد ما دفعه دون حق ، فدفع الدائن بأن الدعوى غير مقبولة لأنه لا يوجد لا عقد عرفي ولا عقد رسمي يستند إليه المدعي فيها يطالب به ، فقضت المحكمة (برأسه اللورد مانسفيلد في قضية موسى ضد ما كفرن لان سنة ١٧٦٠ (Burr - 1005)) بأنه ولو لم يوجد عقد ، إلا أنه في مثل هذه الحالة تقضى العدالة بافتراض وجود « شبه عقد » يعطى الحق في الدعوى ، كما لو كان هناك عقد على حد قول الرومان ، بأن هذا النوع من الدعوى تسترد به النقود التي تكون قد دفعها « بناء على اعتبار » لم يتحقق ، أو تحت =

أما مبدأ الأثر بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون إلا في تطبيقات خاصة^(١) ، نذكر منها ما يأتي : (١) إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الحسارة المؤمن عليها ، فلها أن ترجع على المؤمن بالتعويض الذى أخذه من الغير عن هذه الحسارة . (٢) إذا استولى أحد الشركاء فى الشيوع على أكثر من نصيبه فى غلة العين المشاعة ، التزم برده هذه الزيادة . (٣) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما عليه من التزام ، فللاخر أن يفسخ العقد ، وأن يسترد النقود التى دفعها للطرف الأول ، أو أن يطلب تعويضا عما قام به هو من الأعمال تنفيذا للعقد .

وكذلك الفضولى ليس له الحق فى استرداد ما أنفقه من المصاريف إلا فى حالات محدودة ، منها حالة إنقاذ سفينة من الغرق ، وحالة الدائن المرتن فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المرهونة^(٢) .

٦٢ - ويعترف القانون الانجليزى بالقانون مصدرا لالتزامات كثيرة متنوعة ، منها ما يرجع لمركز الشخص فى أسرته ، كالوصاية على النفس والوصاية على المال والنفقة فى حدود ضيقة^(٣) ، ومنها ما يرجع إلى غير ذلك كالتزامات التى تنشأ عن الجوار ، ونكتفى هنا بهذه الإشارة .

٦٣ - الشريعة الإسلامية - لا بعقد فقهاء الشريعة الإسلامية فصلا خاصا يبحثون فيه عن الالتزام ومصادره وآثاره ، ويجب على الباحث أن يستعرض أبواب الفقه وفصوله ، لا سيما ما يختص منها بالعقود المعينة ، ليستقصى ما يراه يصاح أساسا لنظرية =

= منط ، أو نتيجة استغلال غير مشروع . (أنظر وود ورد (Woodward) فى قانون شبه العقد بوستن سنة ١٩١٣ ص ٢ - ص ٤) .

(١) وهى دعاوى يقول عنها الانجليز : 'for actions had and received, and money received to the use of another.' - تراجع هذه التطبيقات فى جنكس م ٧٠٧ وما بعدها ، لاسيام ٧١٣

(٢) انظر جنكس م ٧٢٠ ؛ وسنرى فيما يلى أن الشريعة الإسلامية لا تعترف كذلك بمبدأ الأثر بلا سبب إلا فى حدود ضيقة ، وهى تشبه فى ذلك القانون الانجليزى ، ويختلف عن القانون الرومانى . وهذه احدى المسائلين (والأخرى هى مسألة التمييز بين الحق العيني والحق الشخصى) اللتين نرى فىهما الشريعة الإسلامية لا تتصل بالقانون الرومانى أكثر من اتصال الشريعة الانجليزية بهذا القانون ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك .

(٣) وهذه هى احدى مظاهر تشعب القانون الانجليزى بالروح الفردية .

في هذا الموضوع . ونحن نتعقب في الفقه الإسلامى مصادر الالتزام المعروفة : العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والأثر بلا سبب والقانون ، لنرى هل تعترف بها الشريعة الإسلامية مصادر للالتزامات .

٦٤ - أما العقد فأحكامه لها أظهر موضع من كتب الفقه ، وتستغرق من أبوابه أكثر من النصف ، وهو منشئ للالتزامات ؛ فقد عرفه صاحب كتاب مرشد الحيوان في المادة ٢٦٢ بأنه عبارة عن إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر ، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، وذكر أنه يترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر . ومن ذلك يتبين جليا أن العقد مصدر للالتزامات في الشريعة الإسلامية .

ولم تضع الفقهاء نظرية عامة للعقد ، بل نجد أحكامه منتثرة في العقود المتفرقة ، لا سيما عقد البيع^(١) . والذي يلفت النظر في أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء ، تقضى بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ، ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث ، لم يصل القانون الرومانى على عراقتة الى تقريرها كقاعدة عامة ، حتى في آخر مراحل تطوره . ولعل السرفى وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولا وفروعا . ويكفى لترجيح هذا رأى أن نذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائيا إلا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحى وقوانين الكنيسة ، وهى تحض على وجوب الوفاء بالعهد ، فصار تقييد الانسان بكلمته متفقا مع آداب الدين ، ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية . وقد تم ما يعدل هذا في الشريعة الإسلامية ، فإن مشروعية العقد تستند عادة إلى القرآن والحديث^(٢) .

٦٥ - وهناك أحوال تجعل فيها الشريعة الإسلامية الارادة المنفردة مصدرا للالتزام ،

(١) وقد بحث الفقهاء ، عدا البيع ، الاجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والوكالة والرهن والصلح .

(٢) قال الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود - وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا - وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلا . قال النبي عليه السلام : لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له .

نذكر منها الهبة ، فركنها عند أبي حنيفة وصاحبيه الإيجاب من الواهب ، وأما القبول من الموهوب له فليس بركن^(١) . ومنها العارية وهي كالهبة ركنها الإيجاب من المعير دون القبول من المستعير^(٢) . وكذلك النذر وركنه الصيغة الدالة عليه ، وهو قوله لله عز شأنه على كذا وكذا ، أو هذا هدي أو صدقة ، أو ما لي صدقة ، أو ما أملك صدقة ونحو ذلك^(٣) .

هذا إلى أن الإرادة المنفردة ، وهي العمل القانوني الصادر من جانب واحد ، يترتب عليها آثار قانونية غير انشاء الالتزام ، فتارة تكون سببا لكسب الملكية كالوصية^(٤) ، وأخرى تكون أسقاطا كالإبراء والوقف .

٦٦ — ولا نجد في الشريعة الإسلامية — كما لم نجد في القانون الروماني ولا في القانون الانجليزي — قاعدة عامة تقضي بأن كل عمل ضار غير مشروع يلزم فاعله بتعويض الضرر الذي ينشأ عنه . ولكننا نجد تطبيقات واسعة تكاد تكون في مجموعها تقريرا للقاعدة .

(١) والقياس أن يكون قبول الموهوب له ركنًا في الهبة ، وهو قول زفر . وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه ، فلم يقبل ، أنه يحث استحسانا ، وعند زفر لا يحث ما لم يقبل (انظر البدائع جزء ٦ ص ١١٥) .

(٢) انظر البدائع ٦ ص ٢١٤

(٣) ” والنادر لا يخلو من أن يكون نذروسمي ، أرزدر ولم يسم . فان نذروسمي ، فحكمه وجوب الوفاء بما سمى ، بالكتاب العزيز والسنة والاجماع والمعقول . أما الكتاب الكريم فقول الله عز شأنه : وليوفوا نذورهم ، وقوله تعالى : وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا ، وقوله سبحانه : وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم .. وقوله جلت عظمتة : وأوفوا بالعقود ... وأما السنة قوله عليه الصلاة والسلام : من نذر وسمي فعليه الوفاء بما سمى ، و « على » كلمة إيجاب . وقوله عليه الصلاة والسلام : المسلمون عند شروطهم الخ الخ “ (البدائع جزء ٥ ص ٨١ وما بعدها) . وقد نقلنا ما تقدم تأييدا لما سبق أن ذكرناه من أن الدين له أثر كبير في جعل العقد والعمل القانوني بوجه عام مجردا من الشكل في الشريعة الإسلامية .

وسرى عند الكلام على الإرادة المنفردة أن القانون الروماني ، وأن لم يعترف بها مصدرا للالتزام ، كان يستثنى النذر للآلهة والتعهد لصالح مدينة من المدن .

(٤) وهناك خلاف في الوصية كما في الهبة . فالأئمة الثلاثة يرون أن ركن الوصية الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له ، فلم يوجد جميعا لا يتم الركن . وقال زفر الركن الإيجاب من الموصي فقط . ومن ذلك نرى أن الأئمة في الوصية اتخذوا موقفا عكس موقفهم في الهبة ، فن يقول بالإيجاب وحده ركنًا في الهبة يقول بالإيجاب والقبول في الوصية ، ومن يقول بالإيجاب والقبول في الهبة يقول بالإيجاب وحده في الوصية . وزفر ، وهو صاحب الرأي الأخير ، هو الذي يتفق مع القانون الحديث .

على أن المتأمل في قول الأئمة الثلاثة بشأن ركن الوصية يرى أنهم يعنون في الواقع أن يكون الإيجاب وحده هو الذي تتم به الوصية بشرط عدم الرد من الموصى له وقد جاء في البدائع ص ٣٣٢ — ص ٣٣٣ ، يأتي : =

وقبل أن نورد هذه التطبيقات نمهّد للموضوع بأن الحق عند فقهاء الشريعة الإسلامية نوعان: حق الله وحق العبد^(١). فجزاء حق الله عقوبة عامة. وجزاء حق العبد يكون أما عقوبة خاصة أو ضمناً (تعويضاً مدنياً) أو جزءاً فيه معنى العقوبة والضمان^(٢). فالعقوبة العامة هي

« وان شئت قل ركن الوصية الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له ، وهو أن يقع اليأس عن رده ... ولو مات الموصى ، ثم مات الموصى له قبل القبول ، صار الموصى به ملكاً لورثة الموصى له استحساناً ، والقياس أن تبطل الوصية ، ويكون لورثته الخيار ، أن شاءوا قبلوا ، وأن شاءوا ردوا . وجه القياس الأول أن القبول أحد ركني العقد ، وقد فات بالموت ، فيبطل الركن الآخر ، كما إذا أوجب البيع ثم مات المشتري قبل القبول ، أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول ، أنه يبطل الايجاب لما قلنا ، كذا هذا . وجه القياس الثاني أن الموصى له في حياته كان له القبول والرد ، فإذا مات تقوم ورثته مقامه . وجه الاستحسان أن أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه ، وذلك بوقوع اليأس على الرد منه ، وقد حصل ذلك بموته ، فتم الركن » . يضاف إلى هذا أن الملك في الموصى به يثبت للموصى له ، إذا قبل ، من وقت موت الموصى لا من وقت القبول . وهذا دليل قوي على أن الوصية إنما تتم بالايجاب ، وتسقط إذا ردها الموصى له .

(١) المراد بحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد ، فينسب إلى الله تعالى أعظم خطره وشمول نفعه . ومعنى حق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة . أما حقوق الله ثمانية : عبادات خالصة كالإيمان ، وعقوبات خالصة كالحدود ، وقاصرة كحرمان الميراث ، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات ، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر ، ومؤونة فيها معنى العبادات كالعشر ، ومؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج ، وحق قائم بنفسه تكمس الغنائم (التلويح ص ٧٠٥) .

وهناك ما يجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحدّ القذف ويلحق بحقوق الله ، وما يجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالقصاص ويلحق بحقوق العبد (التلويح ص ٧١٣) .

هذا ويمكن القول أن التفريق بين حق الله وحق العبد في الشريعة الإسلامية هو أساس صالح للتمييز بين القانون العام (الدستوري والاداري والمالي والجنائي الخ) والقانون الخاص في هذه الشريعة .

(٢) تقسم الجزاء إلى عقوبة عامة وعقوبة خاصة وضمناً لم يصرح به الفقهاء ، ولكننا استخلصناه مما ورد في أقوالهم في هذا الباب . ويمكن تحديد مميزات كل نوع من هذه الأنواع : فالعقوبة العامة تميز بأنه لا يجوز فيها العفو أو الإبراء أو الصلح ، ولا يجري فيها الارث (أي أنها لا تنتقل إلى ورثة الجاني إذا مات هذا قبل توقيع العقوبة عليه) ويجري التداخل (أي إذا تكررت الجريمة الواحدة لا يقام إلا حد واحد) ، وتنصف بالرق (لحدّ الرقيق نصف حدّ الحر) ، ويؤمّن استيفائها إلى الأمام (وتقوم النيابة العمومية مقام الإمام في القوانين الحديثة) — والعقوبة الخاصة على العكس من ذلك يجوز فيها العفو والإبراء والصلح ، ولا يجري التداخل ، ولا تنصف بالرق ، ويؤمّن استيفائها إلى المجني عليه أو وليه (ولكن الظاهر أن العقوبة الخاصة لا يجري فيها الارث من جهة الجاني ، وإن كان يجري الارث من جهة المجني عليه) . أما الضمان فهو تعويض مدني ، يقصده إصلاح الضرر ، لا إيقاع عقوبة ما . فمن غصب شيئاً ضمه ، أي رده إذا كان قائماً ، أو ضمن قيمته إذا كان قد هلك ، وهذا هو التعويض المدني ، ومن ذلك يتبين أن الضمان يجوز فيه الإبراء والصلح ، ويجري فيه الارث من جهة المجني عليه فترثه ورثته (ومن جهة الجاني ولكن يبقى ديناً في التركة يستوفى قبل الارث) ، ولا يجري فيه التداخل ، ولا ينصف بالرق ، ويؤمّن استيفائه إلى من وقع عليه الضرر ، فهو إذا كالعقوبة الخاصة من أكثر الوجوه : فيه معنى التعويض .

الحّد، والتعزير في حقوق الله، والكفارة والحرمان من الميراث^(٣). والعقوبة الخاصة هي التعزير في حقوق العبد^(٤)، والقصاص^(٥). أما الجزاء الذي يكون فيه معنى العقوبة والضمان فيتضمن

(١) يمكن تعريف الحّد بأنه عقوبة مقدّرة حدّدها الشارع، وسمى بالحّد لأنه يحد ويمنع. والحدود خمسة أنواع: حدّ السرقة (قطع اليد) وحدّ الزنا (الجلد مائة جلدة أو الرجم) وحدّ الشرب (الجلد ثمانين جلدة) وحدّ السكر (الجلد ثمانين جلدة) — والشرب يكون من شراب معين ولو لم يسكر، أما السكر فن أي شراب بشرط أن يسكر منه (وحدّ القذف (الجلد ثمانين جلدة) (البدائع ٧ ص ٣٣ وما بعدها).

يضاف الى هذه الحدود الخمسة حدّ قاطع الطريق، لأن عقوبته يتوافر فيها شروط الحّد ويميزات العقوبة العامة، وان لم تضمها الفقهاء بين الحدود. وقاطع الطريق اذا أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف، واذا قتل ولم يأخذ المال قتل، واذا أخذ المال وقتل فالامام بالخيار ان شاء قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه وان شاء لم يقطعه وقتله أو صلبه، واذا أخاف ولم يأخذ مالا ولا قتل نفسا ينفي (وقد استند البعض الى هذه العقوبة الأخيرة في تبرير تشريع النفي الاداري الذي عملا به وقتنا قصيرا في مصر) (انظر البدائع جز ٧ ص ٩٣ وما بعدها). ويلاحظ أن حدّ قاطع الطريق خالص حق الله تعالى قطعاً كان أو قتلاً (أما القتل الذي هو قصاص، وهو عقوبة القاتل اذا لم يكن قاطع طريق، فعقوبة خاصة، ومن حق العبد لا من حق الله، كما سيتبين ذلك مما يلي) لأن سببه محاربة الله ورسوله — وعند الشافعي اذا كان الحّد قتلاً ففيه حق الله من جهة أنه حدّ يستوفيه الامام دون الولي ولا يسقط بالعفو، وحق العبد من جهة أن فيه معنى القصاص حيث لا يجب إلا بالقتل (التلويح ص ٧١٣).

(٢) وسبب وجوب التعزير ارتكاب جناية ليس لها حدّ مقدّر في الشرع. فان وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحّد، فالامام فيه بالخيار، ان شاء عزر بالضرب، وان شاء بالحبس، وان شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام. وأن وجب بجناية في جنسها الحّد لكان يجب لفقد شرطه، فالتعزير يكون بالضرب ولكن لا يبلغ التعزير الحّد. (البدائع ٧ ص ٦٣ وما بعدها). وجاء في فتح القدير على الهداية: "يجوز التعزير الذي يجب حقاً لله تعالى لكل أحد بمسلة النيابة عن الله... وهذا لأنه من باب ازالة المنكر... بخلاف التعزير الذي يجب حقاً للعبد بالقذف ونحوه، فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه إلا الحاكم، إلا أن يحكما فيه... وفي فتاوى قاضيان التعزير حق العبد كسائر حقوقه، يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجرى فيه اليمين... ولا يخفى على أحد أنه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله، فحق العبد لا شك في أنه يجري فيه ما ذكر، وأما ما وجب منه حقاً لله تعالى فقد ذكرنا آنفاً أنه يجب على الامام ولا يحل له تركه" (جز ١ ص ١١٣).

(٣) والكفارة عقوبة دائمة بين الخالصة والقاصرة وتجب في القتل الخطأ، والحرمان مع الميراث عقوبة قاصرة، كما بينا ذلك عند الكلام على حقوق الله. ويمكن القول، بلغة القانون الحديث، أن الحرمان من الميراث عقوبة تبعية، توقع على القاتل اذا كان يرث من المقتول، الى جانب العقوبة الأصلية.

(٤) والتعزير في حقوق العبد كالتعزير في حقوق الله، من حيث وجوبه في جناية ليس لها حد مقدّر في الشرع، ومن حيث قدره من ضرب وحبس وكهر واستخفاف بالكلام. ولكن الجناية التي يعزفها هنا تكون جناية من حقوق العبد، ولذلك كان التعزير عليها عقوبة خاصة، يجوز فيها العفو والبراء والصلح، ولا تحتل التداخل، الخ (البدائع جز ٧ ص ٦٥).

(٥) يجب القصاص فيما يمكن فيه الممانلة بين المحلين — جاء في كتاب الله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين، والجروح قصاص" فهو يجب: (أولاً) في القتل العمد، والقصاص هنا أما من حق الميت والورثة خصوم في استيفاء حقه كما في المال، وأما حق الورثة ابتداء كما قال أبو حنيفة، ويسقط القصاص بالعفو =

الدية^(١)، والأرث^(٢)، وحكومة العدل^(٣).

يبقى الضمان وهو التعويض المدني، ولا يكون إلا في الجرائم التي تقع على المال، وهو واجب في بعض الجرائم التي تستوجب الحد أو تستوجب عقوبة عامة، كالسرقة^(٤) وقطع

= (إما من المقتول قبل موته أو أحد أولياء الدم) وبالصلح على الدية. (ثانيا) في الجناية عمدا على مادون النفس (كإصابة الأطراف والشجاج والجراح) إذا أمكنت المماثلة بين المحلين في المنافع والفعالين، فن قطع أصبع آخر متعمدا قطع أصبعه، ومن قلع عينا لآخر عن عمد قلعت عينه وهكذا. والقصاص هنا أيضا من حق المجني عليه فيسقط بالعفو والصلح.

ومن الغريب أن عقوبة القتل، تعتبر عقوبة خاصة في الشريعة الإسلامية يجوز فيها العفو والبراء والصلح، بينما تكون عقوبة السرقة والزنا والقذف والشرب والسكر، وهي الحدود المعروفة، عقوبة عامة لا يجوز فيها شيء من ذلك. ولعل حالة المدنية العربية في الوقت الذي أنزلت فيه هذه الأحكام هي التي تفسر ذلك.

ويلاحظ بنوع عام أن القانون الجنائي والقانون المدني في الشريعة الإسلامية غير منفصلين: أحدهما عن الآخر انفصالا تاما، شأن كل الشرائع القديمة. وسيتبين ذلك عند الكلام على الجزاء الذي يتضمن معنى العقوبة ومعنى التعويض معا.

(١) والدية تجب: (أولا) في القتل غير العمد، والدية الواجبة على القاتل نوعان: نوع يجب عليه في ماله، ونوع يجب عليه وتحمله عنه العاقلة (عاقلة الشخص قبيله) وهو منها. وكل دية وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد تحمله العاقلة (وفي هذا معنى تضامن أفراد القبيلة بعضهم مع البعض الآخر، كما لاحظ ذلك علماء الاجتماع الجنائي) وما لافلا، فلا تعقل الصلح ولا الاقرار ولا العمد. والدية مائة من الابل أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم. (ثانيا) وتجب في الجناية على مادون النفس، فيما إذا كان عمدا يستوجب القصاص، فإن كان خطأ يستوجب الدية أي تجب في الجناية عن غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة.

(٢) والأرث جزء من الدية، فإذا تعدد العضو الذي تمكن فيه المماثلة، وأصيب بعض منه، فالدية تجب بنسبة ما أصيب، وتسمى في هذه الحالة أرثا. مثل ذلك يجب نصف الدية في العين الواحدة، وربعها في أحد أشجار العين الأربعة وهكذا.

(٣) وحكومة العدل تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرث، أي في الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة، عمدا كان ذلك أو غير عمد. ويترك تقدير الجزاء للقاضي، وهذا معنى حكومة العدل. ويستخلص من ذلك أن حكومة العدل، وهي أكثر مرونة من القصاص والدية والأرث، تكاد تضع مبدأ عاما في الشريعة الإسلامية يقضي بأن العمل الضار الذي يصيب النفس فيما لا تمكن فيه المماثلة (ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج)، عمدا كان أو غير عمد، يوجب التعويض حسب تقدير القاضي. وهذا المبدأ بكل المبدأ الآخر الذي يستخلص من قواعد الغصب والاتلاف، وهو متعلق بالعمل الضار الذي يصيب المال، كما سيأتي بيان ذلك.

(انظر في القصاص والدية والأرث وحكومة العدل البدائع ٧ ص ٢٣٣ وما بعدها).

(٤) والسرقة حكمان أحدهما يتعلق بالنفس وهو القطع، والآخر يتعلق بالمال وهو الضمان، وعند الشافعي يجمع بين الجزامين (وهذا يتفق مع القانون الحديث حيث تتميز الدعوى العمومية عن الدعوى المدنية ويجمع بينهما) أما الحنفية فلا تجمع بين القطع والضمان، لأن المضمونات عندهم تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ، فلو ضمنا السارق قيمة المسروق أو مثله، لملك المسروق من وقت الأخذ، فبين أنه قطع في ملك نفسه، وذلك لا يجوز (البدائع جزء ٧ ص ٨٤). والضمان يكون إذا هلك الشيء المسروق، أما إذا بقى قائما، فيجب رده إلى صاحبه (البدائع جزء ٧ ص ٦٥).

(١) الطريق . وقد يجب أيضاً في الإكراه والتغريم^(٢) . ولكن هناك عمليتين جوهريتين يجب فيهما الضمان، أى يلتزم فيهما من صدر منه العمل بتعويض الضرر الذى يحدث ، ومن هذين العاملين يمكن استخلاص قاعدة عامة في الشريعة الإسلامية ، هى أن كل عمل غير مشروع يصيب الغير بالضرر فى ماله يوجب الضمان . وهذان العاملان هما الغصب والاتلاف .

فalgصب هو أخذ مال متقوم محترم؛ بلا إذن من له الاذن ، على وجه يزيل يده ، بفعل فى العين^(٤) . ويجب على الغاصب رد المغصوب ، لو كان قائماً ، فى مكان غصبه ، أو رد قيمته لو هلك ، حتى لو كان الهلاك بقوة قاهرة .

(١) ولقطع الطريق ، كما للسرقة ، حكام : أحدهما يتعلق بالنفس وهو وجوب الحسد ، والآخر يتعلق بالمال ، وهو وجوب الرد إن كان المال قائماً بعينه ، ولصاحبه أن يأخذه أينما وجده فى يد المحارب أو فى يد من ملكه المحارب بيع أو هبة أو غير ذلك ، وإن لم يكن المال قائماً ضمنه قاطع الطريق (البدائع جزء ٧ ص ٩٣) . ومن ذلك يتضح أن الجناية الواحدة قد يكون لها جزاءان ، كالسرقة وقطع الطريق ، وكالقتل الخطأ له جزاءان عقوبة عامة وهى الكفارة وعقوبة خاصة ، وهذا يقرب من القانون الحديث ، حيث قد يترتب على العمل الواحد دعويان : الدعوى العمومية والدعوى المدنية ، كما تقدمت الإشارة الى ذلك .

(٢) والاكراه هو حمل الغير على ما لا يرضاه ولا يختار مباشرة ، لو خلى نفسه . وسنرى فى باب الاكراه ، أنه يكون تارة ملجئاً لعدم الرضا ويفسد الاختيار ، وطورا غير ملجئ . لعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار . وأثر الاكراه فى الأعمال القانونية أنه يفسدها ، ملجئاً كان أو غير ملجئ . أما فى التصرفات القعالية (أى الأعمال المادية) فلا يفسدها الا الاكراه الملجئ . وإذا أكره شخص آخر على الاتيان بعمل ضار ، فتحكمه أن يضاف الحكم الى الحامل ابتداء لا نقلا من الفاعل اليه ، فلو أكرهه على رمى صيد فأصاب انسانا ، فالدية على عاقلة الحامل ، والكفارة عليه ، كذلك لو أكرهه على اتلاف المال اعتبر الحامل متلفا بتسبب ، ووجب الضمان لوجود ركن التعدى (انظر فى ذلك التلويح ص ٧٩١ — ٧٩٨ والتوضيح ص ٧٩١ — ٧٩٢) .

(٣) والتغريم يفسد العقد اذا تسبب عنه غبن فاحش ، وسياق بيانه ذلك عند الكلام على الغبن الفاحش . أما فيما بين المقرر والمقر به فان ” الغرور لا يوجب الرجوع ، فلو قال اسلك هذا الطريق فانه آمن ، فسلكه ، فأخذه اللصوص ، أو كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم ، فأكله ، فسأت ، لا ضمان إلا فى ثلاث مسائل : الأولى اذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ، ثم استحققت ، فانه يرجع على المخبر بما غرمه للستحق من قيمة الولد . الثانية أن يكون فى ضمن عقد معارضة ، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد ، اذا استحققت بعد الاستيلاء ، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشتري ، ثم استحققت الدار بعد أن يسلم البناء له . الثالثة أن يكون فى عقد يرجع نفعه الى الدافع ، كالوديعة والاجارة ، حتى لو هلك الوديعة أو العين المستأجرة ، ثم استحققت ، وضمن المودع والمستأجر ، فانهما يرجعان على الدافع بما ضمناه ، وكذا من كان بمناهما ، وفى العارية والهبة لا رجوع ، لأن القبض كان لنفسه “ (مجمع الضمانات ص ٤٥٤) .

(٤) فخرج نحر المسلم ومال الحربى والمال المودع . والشيخان اعتبرا فى الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطله بفعل فى العين ، ومحمد اكتفى باثبات اليد المبطله ، وكذلك الشافعى . فزوائد المغصوب غير مضمونة عند الشيخين لأن اثبات اليد المبطله غير مصحوبة بازالة اليد المحقة ، وكذلك العقار لا يغصب عندهما لأن ازالة اليد المحقة واثبات اليد =

والإتلاف قد يكون مباشرة أو تسببا ، فالإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ، من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر والإتلاف تسببا يكون بعمل يقع على شيء ، فيفضي الى تلف شيء آخر ، فمن قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلّف الحبل مباشرة ، وكسر القنديل تسببا . والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمدا أو متعديا^(١) .

٦٧ — أما الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام فبانه ضيق في الشريعة الإسلامية ، كما هو ضيق في القانون الانجليزي . والشريعة الإسلامية والقانون الانجليزي في ذلك يختلفان عن القانون الروماني والقوانين التي اشتقت منه ، فان هذه القوانين الأخيرة تعترف بالإثراء بلا سبب كمصدر عام للالتزامات ، وتفرع منه دفع ما لا يجب ومبدأ الإثراء بلا سبب ذاته ، وعمل الفضولي .

أما دفع ما لا يجب فالظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها تجعله مصدرا للالتزام ، فلو أن شخصا ظن أن عليه ديناً ، فبان خلافه ، رجع بما أدى^(٢) .

= المبطله لم يكن بفعل وقع على العين بل على الشخص ، حتى لو منع رجلا من دخول داره أو لم يمكنه من أخذ ماله لا يكون غاصبا بذلك ، وكذلك لو منع المسالك عن المواشي حتى ضاعت المواشي لا يضمن ، ولو نقلها من موضعها يصير غاصبا (قارن الجرائم المنصوص عنها في قانون اكيليا (Aquilina) الروماني : انظر جيار طبعة سادسة ص ٤٢٣) انظر في الفصب مجمع الضمانات ص ١١٧ وما بعدها) .

(١) مجمع الضمانات ص ١٤٦ . فاذا زلق واحد وسقط فأتلّف مال آخر ، ضمنه ، ولو كان قد زلق رغما عنه ، لأن الإتلاف هنا حدث مباشرة ، والمباشر ضامن وإن لم يتعد . وإذا أتلّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله ، ولو كان غير مميز ، لأنه وإن كان مجبورا في الأصل حتى لا تعتبر تصرفاته القولية ، إلا أنه لا يعفى عن ضمان الضرر الذي نشأ عن فعله . وإن لم يكن له مال ينتظر الى حين الميسرة ، ولا يضمن وليه (وفي الأخذ بمسئولية الصبي غير المميز والمجنون تمتنى الشريعة الإسلامية مع أحدث المبادئ التي أخذت بها القوانين العصرية ، وقد ورد في شرح المجلة لـ سليم باز ص ٣٤٥ نقلا عن الهندية : حتى أن طفلا يوم ولد لو انقلب على مال انسان فأتلّفه ، يلزم الضمان ، وكذا المجنون الذي لا يفيق اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان . ولو أن دابة يركبها انسان داست شيئا بيدها وأتلّفته ، يعد الراكب أنه أتلّف ذلك الشيء مباشرة ، فيضمن في كل حال (أى دون تعمد أو تعد ، وبعبارة أخرى دون أن يكون هناك سوء نية أو إهمال) ومثل الراكب القائد والسائق (انظر في كل ذلك شرح المجلة ص ٥٠٨ وما بعدها) . ومن العبارة الأخيرة نرى أنه يمكن التوفيق بين مبادئ الشريعة الإسلامية ونظرية تحمل التبعة في حوادث النقل ، فلو أن سيارة في عصرنا هذا داست شخصا فراكب السيارة مسئول ، ولو لم يثبت خطأ في جانبه ، طبقا لأحكام الشريعة المتقدم ذكرها .

(٢) والقانون الروماني — كهأدته في العقود والجرائم — لا يضع قاعدة عامة في الإثراء بلا سبب ، بل يورد حالات معينة ، يمكن أن يستخلص من مجموعها القاعدة العامة . واعترف القانون الروماني بمبدأ الإثراء بلا سبب قديم يرجع الى المراحل الأولى من تطوره (جيار ص ٦٢٥ — ص ٦٢٦) .

(٣) الأشباه والنظائر جزء أول ص ١٩٤ ، وفي شرحه غمزعين البصائر من دفع شيئا ليس واجبا عليه ، فله =

ولكن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالاثراء بلا سبب مصدرا للالتزام كقاعدة عامة^(١). على أنه توجد أحوال معينة يكون فيها الاثراء بلا سبب ملزما للثرى على حساب الغير، ويكون ذلك عادة اذا كان الشخص الذى افقر وجعل غيره يثرى على حسابه، وإنما اضطر إلى ذلك، ولم يكن له بد منه، كما لو بنى صاحب العلو السفلى بدون اذن صاحبه أو اذن الحاكم، لا يكون متبرعا، ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى لأنه مضطر الى البناء، إذ لو رفع الأمر الى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفلى على بناء سفله لعدم تعديده^(٢).

وكذلك لا تعترف الشريعة الإسلامية بعمل الفضولى مصدرا للالتزام، لأنه يعتبر متبرعا،

= استرداده، إلا اذا دفعه على وجه الهبة. وجاء في المادة ٢٠٧ من كتاب مرشد الحيران: من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه، فتبين عدم وجوبه، فله الرجوع به على من قبضه منه بغير حق. وجاء في المادة ٢٠٢ اذا أمر أحد غيره بقضاء دينه، ثم أن الأمر قضى الدين بنفسه الى دائنه، والمأمور قد دفعه اليه أيضا، فللمأمور أن يرجع بما دفعه على القابض لا على الأمر، فان أقام المأمور البينة على أنه أدى الدين بعد الأمر قبل أداء الأمر، فله الرجوع بما له، ان شاء على القابض، وان شاء على الأمر.

(١) يؤيد ذلك النصوص الآتية: عمر أحد الشريكين الملك المشترك بلا اذن شريكه، يكون متبرعا، لا رجوع له عليه بما صرفه على العمارة (مرشد الحيران م ٧٦٥). زرع بينهما، فغاب أحدهما، وأتفق الآخر، يكون متبرعا (شرح المجلة للاستاذ سليم باز ص ٧٠٥، عن جامع الفصولين). كل من بنى في دار غيره بأمره فالبناء لأمره، ولو بنى لنفسه بلا أمره، فهو له، وله دفعه، إلا أن يضر بالبناء فيمنع (مجمع الضمانات ص ٤٥٣).

(٢) وفي جامع الفصولين زرع بينهما، فغاب أحدهما، وأتفق الآخر، يكون متبرعا، بخلاف ذى العلو، مع أن كلا لا يصل الى حقه إلا بالاتفاق، والفرق أن الأول غير مضطر، لأن شريكه لو كانت حاضرا يجبره القاضى على الاتفاق، ولو غابا يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر، فلها زال الاضطراب كان متبرعا، أما ذى العلو فاضطر في بناء السفلى، إذ القاضى لا يجبر صاحبه لو حاضرا، فلا يأمر غيره لو غابا، والمضطر ليس بتبرع (شرح المجلة ص ٧٠٥). وفي الوجيز من نفقة المشترك أصله أن من أصلح ملكا مشتركا بينه وبين غيره وهو مضطر للاتفاق لحياء نصيبه، ان كان بأمر القاضى يرجع على شريكه بقدر نصيبه، وبغير أمره لا يرجع، ثم ينظر ان كان الاتفاق لاصلاح ملك الرقبة، يجبر الشريك الآبى على العمارة، وان كانت العمارة لأجل استيفاء المنفعة لا يجبر الآبى عليها، اذا لم يرد الانتفاع به، ولكن يرجع على الآبى بقسطه (مجمع الضمانات ص ٢٨٨). وجاء في رد المحتار: والذي تحصل في هذا المحل أن الشريك اذا لم يضطر الى العمارة مع شريكه، بأن أمكنه القسمة، فأفق بلا اذنه، فهو متبرع. وان اضطر، وكان الشريك يجبر على العمل معه، فلا بد من اذنه أو أمر القاضى، فيرجع بما أتفق، والا فهو متبرع. وان اضطر، وكان شريكه لا يجبر، فان أتفق باذنه أو بأمر القاضى، رجع بما أتفق، وان فبقية البناء (نقلا عن شرح المجلة ص ٧٠٥).

وتطبيقا للبدأ المتقدم، يكون الاثراء على حساب الغير مصدرا للالتزام في الأحوال الآتية (غير الحالة السابقة): (١) حالة شخص يضطر، حتى يدرأ مضرة عنه، الى أن يفسد خدمة للغير، كما لو قضى الولد دين أبيه، وأفنى ماله المرهون في هذا الدين، لم يكن متبرعا، ويرجع بجميع ما قضى على أبيه، لأنه مضطر الى قضاء الدين، إذ لا يمكن الوصول الى ملكه إلا بقضاء الدين كله. وكما لو استعار من انسان عبده ليهته يهين نفسه، فلهن، ثم أن المعبر قضى =

إذ أنه لم يكن مضطرا الى العمل الذى قام به ، فلا يرجع بشئ على رب العمل .^(١)

ومن هذا نرى أن الاثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام فى الشريعة الاسلامية إلا فى حالات معينة^(٢) .

٦٨ — وهناك التزامات فى الشريعة الاسلامية مصدرها القانون . كالالتزام بالنفقة على الزوجة وعلى الأقارب ، والتزام الولى والوصى ومن إليهما ، وكذلك التزامات الجوار^(٣) .

= دين المستعير ، وأفك الرهن ، أنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير ، لما قلنا ، كذا هذا (البدائع جزء ٦ ص ١٣٦) .
(ب) إذا اختلط ملكان قضاء . وقدرا ، فالك الأكثر يملك الاثنين جميعا ، ومالك الأقل يرجع بقيمته على مالك الأكثر ، إلا إذا اتفقا على غير ذلك . وإن كانت قيمة الشئين سواء ، يباع عليهما ، ويقسمان النصف (مجمع الضمانات ص ٤٤٥ — ص ٤٤٦) .
(ج) إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية ، فالعقد باطل ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى (مجمع الضمانات ص ٤٤٨ — مرشد الحيران م ٢١٨ — انظر أيضا المادتين ١٣١/١٩١ من القانون المصرى) .
(د) إذا دفع شخص لأخر رشوة لقضاء حاجة ، فله أن يستردها ، وقد جاء فى مجمع الضمانات : قاض أو غيره دفع اليه سمح لاصلاح المهم ، فأصلح ، ثم ندم ، يردهما دفع اليه — أبرأه عن الدين ليصلح مهمة عند السلطان ، لا يبرأ وهو رشوة — المتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء فهو رشوة ، لا يثبت الملك فيها ، وللدافع استردادها ، لأن الرشوة لا تملك (مجمع الضمانات ص ٤٥٨ — ويلاحظ أن رشوة المتعاشقين مبنية على أساس آخر هو مخالفة هذه الرشوة للأداب العامة) .
(هـ) المراجعة (ويقابلها الآن الفوائد) التى لم تستحق ودفعت تسرد ، كما إذا قضى المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، أو مات فأخذ من تركته ، بغواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المراجعة التى جرت المباعدة بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام ... ولو أخذ المقرض المراجعة قبل مضى الأجل ، فللمديون أن يرجع منها بمحصة ما بقى من الأيام (مجمع الضمانات ص ٤٥٩) .

(١) يؤيد هذا النصوص الآتية : عمر دار امرأته لها بلا اذنها ، قال النسفى العمارة كلها لها ، ولا شئ . عليها من النفقة ، فانه متبرع . وعلى هذا التفصيل عمارة كرم امرأته وسائر أملاكها (مجمع الضمانات ص ٤٥٣) — لو كان للابن الغائب مال فى يد أجنبي ، فاتفق على أبويه بغير اذن القاضى ، ضمن ، وإذا ضمن لا يرجع على القابض (مجمع الضمانات ص ٤٥٠) — المديون إذا أئق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره ، لا يبرأ عن الدين ، ولا يرجع بما أئق على من أئق عليه (مجمع الضمانات ص ٤٤٩) — رجل أمر رجلا يقضى من دينه ألفا ، فقضى من دينه أكثر من الألف ، يرجع على الأمر بألف ، ويكون متبرعا بالزيادة (مجمع الضمانات ص ٤٤٨) — لو قضى دين غيره بغير أمره جاز ، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه ، يعود الى ملك القاضى ، لأنه تطلع بقضاء الدين ، ولو قضى بأمر ، يعود الى ملك من عليه الدين ، وعليه للقاضى مثلها (مجمع الضمانات ص ٤٤٨ — ص ٤٤٩) — فضولى أذان مال غيره ، فقضى المديون الدين من الفضولى ، برى . (مجمع الضمانات ص ٤٥٠) .

(٢) ونكرهنا ذكرناه ما قبلنا من أن الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع تبعد عن القانون الرومانى ، بعد الشريعة الانجليزية عن هذا القانون .

(٣) وقد جاء فى المادة ٥٧ من كتاب مرشد الحيران : لا لك أن تصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، ميعى حائله ، ويبنى ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا . وقد أخذت المحاكم المختلطة بهذا المبدأ فى أحكامها ، ونقلته مباشرة عن الشريعة الاسلامية .

§ ٤ - أساس منطقي لترتيب مصادر الالتزامات ولمصادر الحقوق بوجه عام

* ٦٩ - **تعميم المصادر لتشمل كل الحقوق** - تبين مما تقدم أن الفقه - ويتفق في هذا مع التشريعات الحديثة - أخذ يميل الآن الى حصر مصادر الالتزامات في خمسة أنواع : العقد والإرادة المنفردة والعمل الضار والاثراء بلا سبب والقانون . وهذا الترتيب تغلب فيه الناحية العملية، وينقصه الأساس المنطقي الذي يركز عليه، فلا يكفي أن نقول أن هذه هي مصادر الالتزامات، بل يجب ارجاع هذه المصادر الى أصول يقرها المنطق .

ونحن اذا أردنا أن نرجع ترتيب مصادر الالتزامات الى أساس منطقي، وفهمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانوني الذي يوجد الالتزام، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التي تخلق الالتزامات ليست مقصورة على هذه الدائرة - دائرة الحقوق الشخصية - بل هي لتناول أيضا الحقوق العينية، بل تجاوز قانون الأموال الى قانون الأسرة، بل هي تخلق في سماء القانون، وتوجد كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها، سواء أ كانت هذه العلاقات ترجع الى بن المدني أو القانون الخاص في مجموعه ، أم كانت علاقات يقرها القانون العام بأقسامه .

* ٧٠ - **الواقعة القانونية** (fait juridique) ومن الواضح أن السبب الذي يوجد علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يحدّ فيحدّ تعدّلات في العلاقات القانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصوّر أن الأرض كفت عن الدوران، وأن كل مخلوق عليها ركن الى السكون، أمكن أن نقول أن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير في الفترة التي تجدد فيها كل حركة . فاذا حدثت بعد ذلك أية حركة، فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات . هذه الحركة التي وقعت نسميها بالواقعة، فاذا كان من شأنها أن تنتج أثرا قانونيا سميت "بالواقعة القانونية" . وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الانسان ، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة ، بأن تكون من عمل إنسان مفقود الإرادة، أو عمل مخلوق آخر غير الإنسان، أو عمل الطبيعة ذاتها . فهبوب العواصف، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض، كل هذه وقائع من عمل الطبيعة قد تؤثر في العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف وانفجار البراكين قد يكون قوّة قاهرة تعنى المدين من التزامه ، ودوران الأرض حول نفسها قد يحدّد ساعات

تنفيذ الالتزام في عقد العمل، ودورانها حول الشمس يحصى عدد السنين اللازمة للتملك بمضى المدة . وقد تكون الواقعة من عمل الجهاد ، كانهيار سقف على مستأجرى منزل ، فهو قد يسبب مسئولية المؤجر . وتكون من عمل النبات ، كنضوج الثمر يحدد نهاية الإيجار الواقع على أرض زراعية (م ٣٩٧/٤٨٤ - ٤٨٥) . وتكون من عمل الحيوان ، كنتاج المواشى يملكه المزارع في عقد المزارعة في بعض الأحوال (م ٣٩٩/٤٨٧) . وتكون من عمل الانسان مفقود الإرادة كالمجنون يتلف مال الغير فيلتم بالتعويض طبقا لبعض الشرائع الحديثة . بل قد تكون من عمل الإنسان ذى الإرادة دون أن تكون لإرادته دخل فيها ، كالموت يثبت للورثة والموصى لهم حقوقا ، وكالميلاد يثبت للولود حقوقا كذلك . ويلاحظ أن الوقائع التي لا دخل لإرادة الإنسان فيها (سواء كانت من عمل الطبيعة مباشرة أو كانت آتية من جهاد أو نبات أو حيوان أو انسان) تخضع كلها لنواميس طبيعية ، بخلاف الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان ، فهي وإن كانت تخضع هي الأخرى لنواميس طبيعية يبحث فيها علم النفس ، إلا أن حرية الإرادة تجعل لهذه الوقائع صبغة خاصة تميزها عن الوقائع التي لا دخل لإرادة الانسان فيها . لذلك يصح أن نقول بوجه عام أن الوقائع إما أن ترجع الى عمل الطبيعة أو الى إرادة الانسان .

والوقائع التي ترجع لإرادة الانسان أكثرها أعمال مادية ، يريد صاحبها أو لا يريد بها أن يحدث أثرا في الروابط القانونية الموجودة . فهو يأكل ويمشى ويتحدث ويعاشر الناس ويحاملهم وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر في علاقاته القانونية . ولكن هذه العلاقات قد تتأثرون أن تتجه إرادته الى شيء من ذلك . فاذا أكل شيئا لا يملكه أصبح مسئولا عن تعويض المالك ، واذا مشى دون حيلة فالتف شيئا وجب عليه أن يعرض عما ألتفه ، واذا تحدث فذكر مثالب للغير فقد يكون هذا سببا أو قذفا يجعله مسئولا ، واذا جامل الغير فقام ببعض شؤونهم قد يجد نفسه ملزما باتمام ما بدأ به ويكون دائما لهذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ أنه في الوقائع المتقدمة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية . وقد يكون قد أراد النتائج التي تترتب عليها في بعض الفروض ، ولكنه في أكثر الفروض لم يرد شيئا من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التي ترجع لإرادة الانسان ما ليس بأعمال مادية ، بل هي أعمال ارادية . ونريد بالعمل الارادى عمل الارادة المحضة نتجه الى إحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه

الوقائع تسمى أعمالاً قانونية (actes juridiques) تميزها لها عن الأعمال المادية. ومنها ما يرجع لارادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف وتطهير العقار، ويسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral). ومنها ما يرجع لارادته مقرونة بارادة طرف آخر، وهو العقد (contrat).

* ٧١ - أقسام الوقائع القانونية مستخلصاً مما تقدم - من ذلك نرى أن الوقائع هي مصادر الروابط القانونية. والوقائع إما أن تكون طبيعية (faits naturels)، أو اختيارية (faits volontaires)، والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية (actes matériels) أو أعمالاً قانونية (actes juridiques)، والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد أو صادرة من الجانبين. والقانون من وراء كل ذلك محيط، فهو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال.

ويلاحظ في هذا التقسيم أننا تدرجنا من الأعم إلى الأخص، فالوقائع القانونية تشمل الطبيعية والاختيارية، والوقائع الاختيارية تشمل الأعمال المادية والأعمال القانونية، والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال الصادرة من الجانبين. ولو رمزنا لك بدوائر، كان لنا منها أربع، دائرة كبرى للوقائع القانونية، ودائرة أصغر تدخل في الأولى للوقائع الاختيارية، ودائرة ثالثة تدخل في الثانية للأعمال القانونية، والرابعة وهي الصغرى تدخل في الثالثة وهي للعقود.

هذه هي الأسباب القانونية التي لا تقتصر على توليد الالتزامات فحسب، بل هي أيضاً ولد الحقوق العينية، وحقوق الأسرة، وكل الروابط القانونية بوجه عام.

* ٧٢ - تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية - المعروف أن اكتساب الحقوق العينية يرجع إلى سبعة أسباب: العقود والهبة والميراث والوصية والاستيلاء والاتصاق والشفعة ومضى المدة (م ٦٦/٤٤) فإذا رتبناها على النحو المتقدم، كان منها الوقائع الطبيعية وهي الميراث والشفعة ومضى المدة، ومنها الأعمال المادية وهي الاستيلاء والاتصاق والحيازة في مضي المدة، ومنها الأعمال القانونية، بعضها عمل صادر من جانب واحد وهي الوصية، والبعض الآخر عمل صادر من الجانبين وهي الهبة وسائر العقود^(١).

(١) والترتيب الذي توخيناه نظهر فيه مزيتان متصلتان بأسباب اكتساب الحقوق العينية :

٧٣ - تطبيق الترتيب على حقوق الأسرة - أما حقوق الأسرة فالبعض مصدره وقائع طبيعية، كالتفقة والتزام القيام بالولاية والوصاية والقوامة، والبعض مصدره أعمال مادية، كإدارة الولي والوصي والقيم ومن في حكمهم لمال الغير، والبعض مصدره أعمال قانونية، منها العقد كالزواج (والتبني في القانون الفرنسي)، ومنها الإرادة المنفردة كالطلاق واللعان في الشريعة الإسلامية وإنكار النبوة في القانون الفرنسي (م ٣١٢ من القانون المدني الفرنسي) .

٧٤ - تطبيق الترتيب على روابط القانون العام - وكذلك الروابط التي ينظمها القانون العام بعضها يرجع للوقائع الطبيعية، كحق من توافرت فيه شروط الانتخاب أو الترشيح في أن ينتخب أو يرشح . وبعضها يرجع لأعمال مادية، كالحقوق والالتزامات التي

= (الأولى) أنه يفسر بعض المسائل الفامضة، فكثيرا ما يتناقش الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو هي شيء غير ذلك . وكذلك يتناقشون في طبيعة الحياة، وهل هي حق عيني . ونحن لا تردّد في الجواب على هذه المسائل بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحياة بحق عيني أو حق شخصي، بل هما واقعان قانونيان : الأولى، وهي الشفعة، واقعة طبيعية . والثانية، وهي الحياة، واقعة مادية . وهاتان الواقعتان يعتبران من أسباب اكتساب الملكية، فهما إذا لهما بحقوق بل هما مصدر للحقوق، ولا يصح أن يقال على أي منهما أنه حق شخصي أو حق عيني بالقدر الذي لا يصح أن يقال به أن العقد، وهو مصدر للحقوق أيضا، حق شخصي أو حق عيني .

والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقا أنه لا يجوز لدائن الشفع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينهم .

(الثانية) أن هذا الترتيب يزيل لبسا نشأ من عدم الدقة في تعريف العمل المادي والعمل القانوني . فقد جرت عادة الشراح أن تعرف العمل المادي بأنه واقعة اختيارية لا يقصد منها صاحبها النتيجة القانونية التي تترتب عليها، أما العمل القانوني فواقعة اختيارية يقصد نتيجتها القانونية . فإذا سلينا بهذا التعريف تساؤلنا أين نضع إذا الاستيلاء والاتصاق والحياة ! نضعها طبقا للتعريف المتقدم في الأعمال القانونية لأن القائم بها يقصد ما يترتب عليها من النتائج . ولكن القول بهذا يخالف المعقول، فن غير الممكن التسليم بأن الاستيلاء والحياة من الأعمال القانونية، لذلك يخرجها البعض من دائرة هذه الأعمال بتعليلات مشكوك في وجاهتها (انظر ديموج ١ فقرة ١٢ ص ٢٦) . ولا شك في أن الاستيلاء والاتصاق والحياة أعمال مادية . لذلك وجب أن نصحح تعريف العمل المادي والعمل القانوني . فالأول هو عمل مادي يقع من الإنسان باختياره، سواء أراد النتيجة القانونية التي تترتب عليه أو لم يرد (فالعمل الضار هو عمل مادي اختياري لا يرد صاحبه ما يترتب عليه من النتائج القانونية، والاستيلاء عمل مادي اختياري يرد صاحبه هذه النتائج، والاتصاق وعمل الفضولي من الأعمال المادية الاختيارية قد يرد صاحبها نتائجها القانونية وقد لا يرد بها) . أما العمل القانوني فليس بعمل مادي، بل هو مجرد اتجاه الإرادة لحدث نتيجة قانونية معينة . فالذي يميز إذا بين العمل المادي والعمل القانوني، ليس هو كما يظن الكثيرون أن الأول لا تقصد نتيجته القانونية والثاني تقصد منه هذه النتيجة، فقد يكون العمل ماديا ومع ذلك تقصد نتيجته القانونية كما بينا . ولكن الفرق بين العاملين هو أن الأول مادي، والثاني غير مادي، إذ هو مجرد إرادة تنبئ اتجاهها معينة .

تنشأ فيما بين الدول في حالة اعلان الحرب . وبعضها يرجع لأعمال قانونية، كتحسين الموظف (نمّل قانونى صادر من جانب واحد) ، وعمل الهيئات التشريعية للقوانين، فهو أيضا عمل قانونى صادر من جانب واحد . أما العقود التي تبرمها الجهات الادارية مع الأفراد فهي أعمال قانونية صادرة من الجانبين .

والأسباب القانونية التي حصرناها في الوقائع الطبيعية والأعمال المادية والأعمال القانونية لا تقتصر على توليد الحقوق في جميع نواحي القانون، بل هي أيضا قد تعدل في هذه الحقوق وقد تنقلها، وقد تكون سببا في انقضائها .

* ٧٥ - تطبيق الترتيب على مصادر الالتزام - ونريد الآن أن نقتصر على هذه الأسباب باعتبارها مصادر للالتزام . فالوقائع الطبيعية، كالحوار والقرابة، يرتب عليها القانون التزامات معينة، لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي ، لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة، فيكون هو مصدرها . أما الأعمال القانونية، فلئن كان القانون هو مصدر الالتزامات التي تنشأ عنها ، إلا أنه مصدر غير مباشر، والمصدر المباشر هو ذاته العمل القانوني، سواء كان صادرا من جانب واحد أو من الجانبين .

بقيت الأعمال المادية، وهذه قسمان : القسم الأول أعمال غير مشروعة تصدر من المدير فتفقر الدائن دون حق ، فيلتزم المدين أن يعرض الدائن ما أصابه من الضرر، وهذا الالتزام مصدره غير المباشر هو القانون، ومصدره المباشر هو العمل المادى الضار . والقسم الثاني أعمال مشروعة تصدر من الدائن فتغني المدين دون سبب، فيلتزم المدين أن يرد للدائن ما اغتنى به على حسابه ، وهذا الالتزام مصدره غير المباشر هو القانون ، ومصدره المباشر هو العمل المادى . وخلاصة القول أن الأعمال المادية تكون مشروعة أو غير مشروعة ، فالمشروعة تصدر من الدائن فتغني المدين دون سبب ، وغير المشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق، فيرد من اغتنى بقدر ما اغتنى، ويعرض من افتقر بقدر ما افتقر، وهذا ما يقتضيه العدل، قبل أن يقره القانون^(١) .

(١) وإذا أردنا من ناحية أخرى أن ندخل مصادر الالتزامات المعروفة (العقد والارادة المنفردة والعمل الضار والاثراء بلا سبب والقانون) في الترتيب الذي توخيناه ، وجدنا العقد والارادة المنفردة تتضمنها الأعمال القانونية . وهذه يقابلها الأعمال المادية ويدخل فيها العمل الضار والاثراء بلا سبب ، وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية وقائع اختيارية، تقابلها الوقائع الطبيعية وهذه هي التي تنسب للقانون .

العقد

والإرادة المنفردة

مقدمة

* ٧٦ - نقدم للكلام على العقد بكلمات ثلاث : إحداها في تعريف العقد، والثانية في مبدأ سلطان الإرادة، والثالثة في تقسيم العقود .

§ ١ - تعريف العقد

الاتفاق والعقد (Convention et Contrat)

* ٧٧ - الاتفاق - الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام، أو نقله، أو إنهائه^(١) .

ومثل الاتفاق على إنشاء التزام عقد البيع ، ينشئ التزامات في جانب البائع ، وأخرى في جانب المشتري .

وقد يكون الاتفاق موضوعه نقل التزام كما في الحوالة ، تنقل الحق من الدائن الى شخص آخر يحل محله .

كذلك قد يكون موضوع الاتفاق تعديل التزام موجود، كالاتفاق على مدّ أجل للالتزام، أو على إضافة شرط^(٢) له .

وقد يكون موضوع الاتفاق أخيرا إنهاء التزام ، كالوفاء ، إذ هو اتفاق ينقضي به الدين بتقاضي الدائن إياه، وكالابراء ، فهو اتفاق ينتهي به الدين أيضا بإبراء الدائن لذمة المدين .

(١) ويعرف الأستاذان أوربى ورو الاتفاق بأنه توافق فيما بين شخصين أو أكثر ، على أمر ذي فائدة قانونية (أوربى ورو ، فقرة ٣٤٠) .

(٢) قد يعدّ الوفاء مع الحلول (paiement avec subrogation) تمديلا للالتزام ، لأنه يبقى الالتزام الأصلي مع تعديل في شخص الدائن ، وهو قريب من حوالة الدين ، والفرق بينهما أن المحال له في حوالة الدين ينتقل اليه الحق ، أما في الوفاء مع الحلول ، فالملوف بالدين يقضيه فيتعدّل الحق مرتكزا في شخص الملوف . وكان المنطق يقضى بأن الدين في هذه الحالة ينقضى بالوفاء ، ولكن القانون يقضى ببقاءه معدّلا على النحو المذكور لاعتبارات عملية .

ولا يعدّ تجديد الدين (novation) اتفاقا معدّلا للدين . لأنه يقضى الدين القديم ، وينشئ دينا جديدا مكانه . فهو مجموع اتفاقين : أحدهما اتفاق يقضى التزاما ، والآخر عقد ينشئ التزاما غيره .

* ٧٨ — **العقد** — والعقد أخص من الاتفاق ، فهو توافق ارادتين على إنشاء التزام أو على نقله^(١) . ولم يرد تعريف له في القانون المصري . أما القانون الفرنسي فقد عرفه بما يأتي : العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين ، بإعطاء شيء ، أو بفعله ، أو بالامتناع عن فعله (م ١١٠١) . والتعريف يتضمن العقد والالتزام معاً . ويبين أن العقد هو مصدر الالتزام ، وأنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء التزام ، فموضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو سلبي .

ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً ، إلا إذا كان منشئاً للالتزام ، أو ناقلاً له . فإذا كان يعدل الالتزام ، أو ينهيه ، فهو ليس بعقد . وقد نقل القانون الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتييه (Pothier)^(٢) وعن دوما (Domat)^(٣) .

* ٧٩ — **عزم أهمية التمييز بينهما** — ولسنا نرى لهذا التمييز أهمية عملية . ونتفق في هذا مع رأي كثيرين من الفقهاء^(٤) . وإن كان بعض الفقهاء يرى للتمييز أهمية من حيث أهلية ، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق^(٥) . ولكننا نلاحظ أن الأهلية تختلف باختلاف نمود ذاتها ، فهي في عقود التبرع مثلاً غيرها في عقود المعارضة . ومع ذلك لم يقل أحد أن

(١) انظر أدبى ورو ٥ فقرة ٣٤٠ وهامش ٣ — ويرى الأستاذة بلانيول وريبير واسمان في مطولهم أن تنصروا على القول بأن العقد ينشئ الالتزام . لأن العقد الذي ينقل التزاماً إنما هو في الواقع ينشئ التزاماً ينقل هذا الالتزام . ويكون تنفيذ الالتزام الذي نشأ تنفيذاً فوراً من وقت وجوده . وعلى ذلك يكون العقد دائماً منشئاً للالتزامات . فن هذه الالتزامات ما يبق ، ومنها ما ينفذ في الحال . وتكون نتيجة تنفيذه نقل التزام هو غير الالتزام الذي أنشأه العقد (انظر بلانيول وريبير واسمان جزء أول فقرة ١٣ ص ١٨) — انظر أيضاً بلانيول ٢ فقرة ٩٤٣ وهذه وجهة نظر صحيحة ، مبنية على تحليل دقيق . غير أنه يلاحظ أنه يمكن القول كذلك في الاتفاق الذي يعدل أو ينهي التزاماً موجوداً ، أن هذا يتم بناءً على تنفيذ التزام أنشأه العقد ، فيكون الاتفاق بناءً على هذا منشئاً للالتزامات دائماً ، فلا فرق بينه وبين العقد — وسنرى فيما يلي أن عدم التفريق بين الاتفاق والعقد رأى وجيه . ولكن القائلين به ينون رأيهم ، لا على الاعتبار المتقدم ، بل على أنه لا توجد فائدة عملية من التمييز بين اتفاق ينشئ التزاماً أو ينقله ، واتفاق يعدل الالتزام أو ينهيه .

(٢) الالتزامات فقرة ٣

(٣) القوانين المدنية (Lois Civiles) القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة ١ — ٢

(٤) هيك ٧ فقرة ٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦ — كولان وكايتان ٢ ص ٢٥٧ — والتون ص ١٤١ و ٦٣

(٥) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣ ص ١٨ و ١٩ — بلانيول ٢ فقرة ٩٤٣

هناك فرقا ما بين الهبة والبيع، من حيث أن كلا منهما عقد، لمجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر^(١).

لذلك نرى تعريف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء الترام، أو نقله، أو إنهاؤه^(٢).

والمهم أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني يصح إيفاءه قضاء (animo contrahendi negotii). فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر، فليس هناك عقد بالمعنى القانوني من هذه الكلمة. فقد يدعو شخص آخر لوليمة، فيقبل المدعو، ولا يريد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشئا التزاما قانونيا فيما بينهما. فإذا تخلف المدعو، أو عدل الداعي، لا ترتب

(١) انظر فيما يقرب من هذا المعنى بيير فيغورونو (Pierre Viforeanu) في العقد في المشروع الفرنسي الإبطالي وفي القانون المقارن باريس سنة ١٩٣٢ فقرة ٣ ص ١١

(٢) وكان يحل أن يشمل تعريف العقد ذكر «الجنس» الذي ينتمي إليه هذا «النوع»، فإذا اعتبرنا العقد «نوعا» كان «جنسه» ليس هو «الاتفاق» كما كان يذهب إلى ذلك بوتييه فيما سبقت الإشارة إليه، بل الجنس هو «العمل القانوني» فالعقد هو عمل قانوني «أدرك من الجانبين»، فيعرف بأنه عمل قانوني بمقتضاء توافقي إرادتان على إحداث أثر قانوني (انظر في هذا المعنى دروس الأستاذ ليفي إيلان في موضوع الالتزام في الربع الأول من القرن العشرين ص ١٩٠). ولكنا نلاحظ أن العمل القانوني هو أيضا نوع، جنسه الواقعة الاختيارية والواقعة الاختيارية نوع، جنسه الواقعة القانونية. وبحل بيان ذلك في ترتيب مصادر الالتزام، وقد قدمناه تفصيلا — وإذا قبل أن التعريف يشمل أقرب جنس للنوع، ففي تعريف العقد لا يرد ذكر «العمل القانوني» شيئا. وإذا اقتصرنا في التعريف على أن العقد «توافق إرادتين» فهم من ذلك حتما أن العقد عمل قانوني.

ونلاحظ أيضا في التعريف الذي أوردناه أن العقد يحدث أثرا قانونيا، وليس من الضروري أن يكون هذا الأثر متعلقا بالترام، فالبني في القانون الفرنسي عقد لا ينشئ التزامات فحسب، بل يوجد إلى جانب ذلك أثرا قانونيا آخر، هو إنشاء مرسوم قانوني جديد (statut) أو تعديله.

و نلاحظ الأستاذ ليفي إيلان في دروسه المشار إليها (ص ١٩٢ — ١٩٤) أن العقد يجب أن يبق في دائرة القانون الخاص. فلا تسمى المعاهدة فيما بين دولتين في القانون الدولي العام عقدا. ولا الاتفاق الذي يتم بين الحكومة والموظف على تعيين هذا الأخير في وظيفة عقدا (القانون الإداري). ولا الاتفاق الذي يتم بين النائب وناخبيه عقدا (القانون الدستوري) وهكذا.

و يميز الأستاذ ديجيه (Duguit) — حتى في دائرة القانون الخاص — بين العقد (contrat) وما يدعوه بالاتفاق الجماعي (acte collectif) والاتفاق الاتحادي (union)، ففي النوعين الآخرين من الاتفاق لا يكون هناك تضارب فيما بين مصالح المتعاقدين، كالشركاء في عقد الشركة، والزوجين في عقد الزواج. أما العقد فيميزه أن مصالح المتعاقدين متضاربة كالبيع الإيجار (القانون الدستوري جزء أول ص ٢٨٠). وسنعرض لهذا بتفصيل واف فيما يلي (انظر فقرة ١٣١ وما بعدها)، ولا يرى الأستاذة بلانيول وريبير واسمن في مطلقهم (جزء أول فقرة ١٣ ص ١٨) أهمية لهذا التمييز.

على ذلك مسئولية في جانب من لم يقيم بما وعد . وكما إذا وعد الأب ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان ، فانه لم يرد باتفاقه هذا مع ابنه أن يوجد رابطة قانونية^(١) . ولكن قد يكون تقديم الطعام ، وإعطاء الجائزة ، التراما قانونيا ، إذا قصد المتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف : فإذا اتفقت شركة مع مستخدم عندها على أن يذهب الى جهة نائية ، في مهمة تعهد بها اليه ، وتعهدت أن تقدم للمستخدم الغذاء أثناء رحلته ، فهذا التعهد ذو أثر قانوني ، وهو ملزم للشركة . وكذلك إذا وعد شخص باعطاء جائزة لمن يكون الفائز في سابقة ، فهذا الوعد أريد به إحداث أثر قانوني ، ويصبح ملزما .

٨٠ - القانون المقارن - ويؤيد القانون المقارن وجهة النظر التي اخترناها ، من عدم التمييز ما بين الاتفاق والعقد . فان تميزا مثل هذا لم يرد في القوانين الحديثة : لا في القانون الألماني ، ولا في القانون السويسري ، ولا في القانون البرازيلي ، ولا في المشروع المدني الإيطالي . بل أن هذه القوانين - عدا الأخير منها - لم تورد تعريفا ما لا للاتفاق للعقد . وهي قد تركت التعاريف لرجال الفقه ، ولم تدخلها في شؤون التشريع ، وخيرا ت . هذا الى أن الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني قد ورد فيها ، تعليقا على مادة ١٤٥ من هذا القانون (ص ١٦٥) ، أن كلمة "عقد" في الاصطلاح القانوني الألماني ، يقصد بها كل اتفاق يكون الغرض منه إحداث أثر قانوني ، دون قصر على الاتفاق الذي شئ التراما .

أما المشروع الفرنسي الإيطالي ، فقد عرف العقد ، في المادة الأولى بأنه اتفاق شخصين أو أكثر ، على إنشاء ، أو تعديل ، أو إنهاء رابطة قانونية . فهو لم يميز ما بين الاتفاق والعقد . وهو لم ير أيضا ما يدعو الى أن يشير الى أن العقد قد ينقل التراما ، مكتفيا في ذلك بما سبق

(١) بوتييه في الالتزامات ٢ و ٣ وميتان وهيدلو (Mitman, Hudelot) في الالتزامات الطبعة الرابعة باريس سنة ١٩٠٨ فقرة ٢٣ ص ٢١ وجوسران ٢ فقرة ١٦ - والتون ١ ص ٦٣ و ٦٤ ومقال للأستاذ بير في المجاملة والمكايمة والعرف غير الملزم في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٤٨١ وقد قضت محكمة النقض البلجيكية ، تطبيقا لهذا المبدأ ، بأنه اذا تألفت جمعية موسيقية ، ليس غرضها الكسب المادي ، بل مجرد التسلية ، فان النظم التي تسير عليها هذه الجمعية لا تكون ملزمة لأعضائها إلا ما قانونيا ، لأنهم لم يقصدوا ذلك (محكمة النقض البلجيكية في ٢ ديسمبر سنة ١٨٧٥ باسبكريزي ٧٦ - ١ - ٣٧) - انظرا أيضا في القانون الانجليزي بولوك في العقد طبعة تاسعة لندن سنة ١٩٢١ ص ٣ و ٤ وجنكس م ١٨٦

أن لاحظ بعض الفقهاء، من أن العقد الذي ينقل التزاما، إنما هو عقد ينشئ لالتزام بالنقل، وليس النقل إلا تنفيذا فوريا لهذا الالتزام .

ومما يجعل ذكره أن تعريف العقد في الشريعة الإسلامية لا يجعل محلا للتمييز المتقدم . فقد ورد في المادة ٢٦٢ من كتاب مرشد الحيران أن العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من إحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه .^(١)

المذهبان الشخصي والمادي في العقد:

٨١ - سبق أن أشرنا الى مذهبين في الالتزام: أحدهما شخصي ينظر الى الالتزام كرابطة شخصية، والآخر مادي ينظر اليه كقيمة مالية . هذان المذهبان نراهما أيضا في العقد . فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادي يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .

٨٢ - فالقانون الفرنسي، والقانون الإيطالي، والمشروع الفرنسي الإيطالي، على رأس التشريعات التي تذهب مذهبا شخصيا في العقد، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة (volonté interne)، وعندها أن العبرة بإرادة المتعاقدين التي تختلج في الضمير، وما التعبير المادي عن هذه الإرادة ألا مجزؤ دليل عليها، فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذه، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .^(٢)

(١) ونذكر هنا أن القانون الإنجليزي يفرق بين الاتفاق (agreement) والعقد (contract) كما يفعل القانون الفرنسي (م ١١٠١) . ويعرف فقهاء الانجليز العقد بأنه نوع من الاتفاق، بمقتضاه ينشأ التزام قانوني فيما بين الطرفين (انظر ساموند (Salmond) ووتفيلد (Winfield) في مبادئ قانون العقد سنة ١٩٢٧ ص ١ - جنكس (Jenks) م ١٨٣، وينقسم الاتفاق في القانون الإنجليزي الى خمسة أقسام: (أ) اتفاق ناقل للملكية، ويسمى (conveyance) إذا كان ينقل ملكية عقار بموض، و (assignment) إذا كان ينقل ملكية غير عقارية بموض، و (gift) إذا كان ينقل الملكية تبرعا . (ب) اتفاق ينهي حقا موجودا كالإبراء (release) والترك (abandonment) . (ج) اتفاق ينشئ مركزا قانونيا ثابتا (status) كما في الزواج . (د) اتفاق ينشئ حقا عينيا، كحق رهن أو ارتفاق . ومثل هذا الارتفاق يسمى (grant) . (هـ) اتفاق ينشئ التزاما، ينفذ في المستقبل . وهذا هو العقد (contract) (انظر في هذا الموضوع ساموند ووتفيلد الكتاب المتقدم الذكر ص ١ وما بعدها - انظر دروس الأستاذ ليفي إيلمان ص ٢٠٠ - ٢٠٦) .

(٢) يلاحظ أن العقد يتكون « من توافق ارادتين » . فالعبرة إذا ليست بإرادة كل فرد من المتعاقدين، وهي الإرادة الكامنة في نفسه، والتي قد لا يستطيع المتعاقد الآخر أن يعرفها، بل العبرة بالإرادة المشتركة فيما بينهما، وهي إرادة يعرفها كل منهما، لأنها مشتركة بينهما جميعا . ومتى توافقت الإرادتان تكون العقد . وأصبحت الإرادة =

٨٣ — أما القانون الألماني ، والقانون السويسري ، والقانون النمساوي ، والقانون البرازيلي ، والمشروع البولوني ، والمشروع النشيكوسلوفاكي — وهذه هي صفوة القوانين الحديثة — فتتجه اتجاهها مادياً ، وتأخذ بالإرادة الظاهرة (volonté externe; declaration de volonté) وتقف عند التعبير عن الإرادة . ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالتعبير المادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها ، بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة في ثوبها الاجتماعى ، حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادى هو المظهر الذى يجب الوقوف عنده ، مادام العقد ينشئ روابط اجتماعية ؛ ولا عبرة بالإرادة التى تنطوى عليها النفس ، فهى من الظواهر النفسية ، لا يعبا القانون بها ، وهو ينظم الروابط الاجتماعية . وسنعود الى هذا الموضوع ببيان واف فيما يلى^(١) .

٨٤ — ولا يفوتنا أن نذكر ، قبل أن نترك هذا الموضوع ، أن بعض القوانين قد تنطرف في المادية ، الى حد الشككية . فتكون العقود مجموعة من الأوضاع والأشكال ، تجب مراعاتها حتى يتكون العقد . وقد كان هذا شأن القانون الرومانى ، لا سيما في العهود الأولى . ولا يزال الأمر كذلك الى حد كبير في القانون الإنجليزى^(٢) . ولكن أكثر القوانين الحديثة — سواء ما يأخذ منها بالمذهب الشخصى أو بالمذهب المادى — قد خففت من الشككية الى حد كبير . ولم يبق فيها من العقود الشككية إلا القليل النادر على سبيل الاستثناء . وذلك بخلاف القوانين القديمة ، فقد أشرنا الى شككية القانون الرومانى والقانون الإنجليزى . ويحمل بنا أن نذكر هنا أن الشريعة الإسلامية — وهى من الشرائع القديمة — تجنببت الشككية الى حد تبارى فيه أحدث القوانين . والمبدأ القاضى بأن العبرة بالمقاصد والمعانى مبدأ عنى رجال الفقه الإسلامى بتطبيقه ، وعندهم قد نقلنا ما صاغوه له من عبارة .

= المفردة لكل متعاقد لا أثر لها بعد تكوين العقد ، إلا في حالات خاصة وفي بعض العقود . (انظر في هذا المعنى فيفوردونو (Viforeanu) في العقد في المشروع الفرنسى الايطالى وفي القانون المقارن فقرة ٥ ص ١٥ — ص ١٦) .

(١) انظر فقرة ١٦٩ وما بعدها .

(٢) لا يزال القانون الانجليزى ، كما كانت القانون الرومانى ، لا يعترف لكل اتفاق بقوة قانونية ملزمة . ولا يزال يفرق بين اتفاق غير ملزم (pacte) ، واتفاق ملزم (agreement) . (انظر بولوك ص ٩ ، وجنكس م ٢٠١ — ٢٠٣) . والعقد لا يكون ملزماً في هذا القانون إلا اذا استوفى أحد شرطيه : الأول اجراءات وأوضاع خاصة ، وهذا هو ما يسمى بالعقد المختوم (act under seal, covenant, speciality) . والثانى أن يكون العقد — بفرض عدم مراعاة الاجراءات المشار اليها — متضمناً «لاعتبار» . وهذا الاعتبار هو ما يسمى في القانون الانجليزى (consideration) . أما النوع الأول من العقد فله دعوى خاصة به تسمى (action of covenant) . وقد سبق في الوجود النوع الثانى بمدة طويلة . ولما وجد النوع الثانى سميت دعواه (action of assumpsit) . قد سبقت الإشارة الى ذلك .

مشمولات العقد :

٨٥ - ويقسم بوتيه مشمولات العقد الى جوهرية (essentielles)، وهى مالا يقوم العقد بدونها - أى أركان العقد - كالشئ المبيع أو الثمن في عقد البيع . وإلى طبيعية (naturelles)، وهى ماتفهم من العقد دون أن تذكر. ويجرى حكمها، إلا إذا نص المتعاقدان على مخالفتها، كالضمان في عقدى البيع والإيجار . وإلى عرضية (accidentelles)، وهى مالا بد من النص عليها حتى يعمل بها، كاعطاء أجل للشترى في دفع الثمن^(١) .

ولا نفيض في هذا الموضوع لوضوحه .

§ ٢ - مبدأ سلطان الإرادة^(*)

(Principe de l'Autonomie de la volonté)

* ٨٦ - يذهب أنصار هذا المبدأ الى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

(١) بوتيه الالتزامات فقرة ٥ - فقرة ٨ - بودرى وبارد ١ فقرة ٢٥ - والتون ١ ص ٨٥ - ص ٨٧ (*) المراجع : رسائل الدكتوراه والمقالات : مامرون (Masseron) في حرية مباشرة الأعمال القانونية وحدود هذه الحرية مونبليه سنة ١٩٠٤ - دريه (Dereux) في تفسير الأعمال القانونية في القانون الخاص باريس سنة ١٩٠٥ - جونو (Gonnot) في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ديجون سنة ١٩١٢ - أحمد ماهر في مبدأ سلطان الإرادة الفردية بالنسبة الى التعديلات التي تطرأ على العقود مونبليه سنة ١٩١٣ - دورموسيو (Dourmoussio) في مبدأ حرية التعاقد في القوانين الغريبة وفي الشريعة الاسلامية - بونو (Ponceau) في الإرادة في العقود طبقاً للقانون المدني ليون سنة ١٩٢١ - ادمون ساليه (Edmond Sallé) في التطور الفنى للعقد باريس سنة ١٩٣٠ - دريه (Dereux) مقال عن الأفكار الجديدة في العقد في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٥١٦ - مينال (Meynial) مقال عن اعلان الإرادة في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٠٢ بنوع خاص ص ٥٥٢ وما بعدها - بيرو (Perreau) مقال عن الصباغة في القضاء في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩١٢ ص ٦٣٦ .

المراجع الأخرى : جيرار (Girard) في القانون الزماني طبعة سادسة ص ٤٤٠ - ص ٤٥١ - بريسو (Brissaud) في تاريخ القانون الفرنسى جزء ٢ ص ١٣٧٧ وما بعدها - اسمان (Esmein) في العقود في تاريخ القانون الفرنسى الأقدم باريس سنة ١٨٨٣ - فيوليه (Viollet) في تاريخ القانون الفرنسى طبعة ثانية ص ٥٩٤ - ص ٦٠٢ - ثالير (Thaller) في الحياة القانونية للفرنسى جزء أول ص ٢٠ وما بعدها - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٤ وما بعدها - بلانيول ١ فقرة ٢٨٨ وما بعدها - كولان وكايتان ٢ ص ٣٠٠ - ص ٣٠٧ - ٢٥٧ - كايتان في مقدمة القانون فقرة ٢٥ وما بعدها وفقرة ٢٣٦ وما بعدها - جنى (Gény) في طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ جزء ثان ص ١٧١ - ص ١٧٢ - ريبيير (Ripert) في القاعدة الخلفية طبعة ثانية باريس سنة ١٩٢٧ =

وعندهم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد ، فهو الغاية ، وخدمته يسخر المجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل أن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة ، وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية^(١) ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية^(٢) . ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة ، فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مخاراً ، فكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشى مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذاً مبدأ القانون ، والغاية التي ينتهي إليها ، وما المهمة التي يضطلع بها القانون ألا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حرية الآخرين . هذا التوازن بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به ، وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحريتيفق مع ما تقتضيه المبادئ الخلقية ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق الح المجموع مع صالح الفرد ، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون .

* ٨٧ — هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث ، بعد انتشار المذهب الفردي ، على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم في التطور ، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهدد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن انتكس مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يبالغون في نقده وعدم الاعتداد به ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين ، ينتصرون له من جديد ، ولكن في حدود معقولة .

= ص ٣٦ — مالى (Saleilles) في إعلان الإرادة ص ٤٣ — ص ٤٦ — ديجيه (Duguit) في التطورات العامة للقانون الخاص ص ٥١ و ص ٨٣ وما بعدها — الدولة والقانون المأدى والقانون الوضعي ص ١٥٠ — هوريو في مقدمة القانون الإداري ص ٢ — ص ٣ — بنكاز تكملة بودر ، جز ٢ ، فقرة ٣٨٣ وما بعدها — باوند (Pound) مقدمة لفلسفة القانون لندن سنة ١٩٢٢ — تارد (Tarde) في تطورات القانون . جورج دافى (George Davy) في المهد المقطوع (La foi jurée) دراسة اجتماعية للعقد — تكوين رابطة التعاقد باريس سنة ١٩٢٢

(١) فكانوا يقولون « أنى أفكر فأنا اذا موجود » (Je pense, donc je suis) .

(٢) سالى في الشخصية المعنوية سنة ١٩١٠ ص ٥٣١ — جونو (Gounot) في مبدأ سلطات الإرادة

في القانون الخاص ديجون سنة ١٩١٢ ص ٢٧ هامش نمرة ٢

فنتجّن نتبع في بحثنا هذه المراحل الأربع، فنرى كيف نشأ هذا المبدأ، وما بلغ اليه من المدى عند استكمال نموه، وكيف رجع الفقهوى بعد ذلك، ثم كيف انتعش بعد التقهقر^(١).

(١) كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة :

٨٨ - ليس هذا المذهب قانوننا طبيعيا - يزعم أنصار هذا المبدأ أن مبدأهم قانون طبيعى، والواقع أنه مهما قيل في بدايته، فهو لم يكن المبدأ الذى سارت عليه الإنسانية في العصور الأولى، بل لم يعرف هذا المبدأ إلا منذ بضعة قرون . وكان القانون في بدء تطوره يسير على سنة مناقضة له، فلم تكن الإرادة مصدرا للعلاقات القانونية، ولم يكن العقل البشرى في بداوته يستطيع أن يدرك أن مجرد توافق إرادتين يولد التزاما .

٨٩ - المذهب في القوانين الضمنية - لم يكن المجتمع البشرى في عصر الفطرة محتاجا للعاملات المبنية على التبادل الاختيارى، فقد كانت الأسرة هى محور النظام، ورب الأسرة يملكها بما تحويه من مال ورجال، وللأسرة ما يكفيها من حاجات أولية بسيطة، لم يدخل فيها ما أحدثته المدنية من تعقيد وتنوع، فلم تكن تحتاج للبدالة مع غيرها من الأسر إلا في القليل النادر، فاذا احتاجت الى ذلك لجأت الى التعامل الفورى، فتأخذ في الحال بقدر ما تعطى . إما أن تتعاقد أسرتان على التزام لا ينفذ في الحال، بل يوكل تنفيذه الى المستقبل، فلم يكن معروفا في هذه العهود الأولى، ذلك لأن القانون لم يكن يعنى بتنفيذ العقود، ولم يكن همه إلا حفظ السلام، على أن السلام ذاته لم يدخل في أغراض القانون إلا بعد أن تطور المجتمع البشرى وتماسكت دعائمه، فقد كان اذا اعتدى فرد من أسرة على فرد من أسرة أخرى فذلك هو الحرب بين الأسرتين^(٢)، ثم قامت الدية مقام الأخذ بالثأر . وكانت كل أسرة متضامنة مع صاحبها، فالمعتدى عليه تطالب أسرته بثأره أو بديته، والمعتدى يُثار منه ومن

(١) لا نزم بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملا في التاريخ، والا فان سلطان الإرادة لم يحقق في العمل في أية مرحلة، على النحو الذى يصفه أنصار هذا المبدأ المتطرفون . وإنما ننى أن هناك تطورا في منحنى التفكير الاجتماعى، نقسمه الى مراحل، توخيا للإيضاح في بسط هذه الآراء . ونحن في ذلك لا نؤرخ وقائع اجتماعية، بل نتبع تطور نظريات ومذاهب .

(٢) أما اعتداء فرد على آخر من الأسرة نفسها، فلم تكن عقوبته أخذا بالثأر كما يكون في اعتداء أسرة على أسرة، بل كانت عقوبة صحيحة فيها معنى التكفير عن الذنب (انظر تارد (Tarde) في تطورات القانون ص ١٥ - ص ١٧).

أسرته معاً، وتعاونه الأسرة في دفع الدية^(١). ثم توثقت ألفة النظام، فانقلبت الدية من اختيارية الى إجبارية (تمهيدا لحلول العقوبة بالمعنى الحديث محل الدية)، فاذا ما حكم على المعتدى بالدية، فكثيرا ما يتفق ألا يكون معه المال اللازم لأدائها في الحال، فيستمهل المعتدى عليه حتى يجمعها — ويقال أن هذا هو الأصل التاريخي للالتزام التعاقدى — وكان يعطيه تأمينا لهذا الدين؛ رهنا أو رهينة تنتقل ملكيتها — سواء كانت مالا أو انسانا — الى الدائن. فاذا حل ميعاد الأداء، ولم تؤد الدية، كان الدائن في حل من امتلاك الرهن نهائيا، ومن استرقاق الرهينة أو الأخذ بالثأر منه، ولكن المدين كان يسعى بقدر ما في استطاعته لأداء الدية، اذ كان يعتبر عدم افتكاك الرهن أو الرهينة من يد الدائن عارا لا يحجى^(٢). وهكذا ألقت الناس أن يتعاقد المدين على التزام يؤديه في المستقبل لا في الحال^(٣). بعد أن ميزت بين رابطة المديونية (Schuld) ورابطة المسؤولية^(٤) (Haftung)، فيكون الأصل التاريخي للعقد هو الاتفاق الذي يتم على اعطاء مهلة في دفع الدية.

(١) قارن «العاقل» في الشريعة الاسلامية، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك.

(٢) بريسو في تاريخ القانون الفرنسى جزء ٢ ص ١٣٨٠ — ص ١٣٨١

(٣) ومن عن الرهن الحقيقي رمز للرهن، لما قويت الحكومة وأصبحت قادرة على إجبار المدين على وفاء. ثم أصبح المدين، بدلا من تقديم رهينة، يتعهد بتقديم نفسه رهينة اذ لم يوف الدين في الميعاد. ولعل هذا أصل التزام المدين في شخصه في مبدأ الأمر.

(٤) كشف فقهاء الألمان نظرية التمييز بين رابطة المديونية (Schuld, debitum) ورابطة المسؤولية (Haftung, obligation) في الالتزام. وقد بدأ بذلك الفقهاء في القانون الرومانى من الألمان، فذكروا أن القانون الرومانى كان يميز بين الرابطين (انظر أيضا كورنيل : منفرقات في القانون الرومانى سنة ١٩١٢ جزء أول ص ١٩٩ — ص ٢٦٣ ومع ذلك أنظر جيرار طبعة سادسة ص ٣٩٦ هامش نمرة ١). ثم أتى فقهاء القوانين الجرمانية القديمة وأبدوا هذا التمييز أيضا في هذه القوانين، وقيل ان القانون الانجليزى يعرف هذا التمييز كذلك، فيفرق بين رابطة المديونية (duty) ورابطة المسؤولية (liability) (انظر مذكرات الأستاذ ليفي ايلمان في الالتزام في الربع الأول من القرن العشرين ص ١٧). والفقيه الذى أعطى النظرية صيغتها الحاضرة هو جيبيرك (Gierke) الألمانى، في رسالته المعروفة «رابطة المديونية ورابطة المسؤولية في القانون الألمانى القديم» (Schuld und Haftung im alteren Deutschen Recht).

ويذهب القائلون بهذه النظرية الى أن الالتزام يخلل الى عنصرين : عنصر المديونية، وموضوعه عمل شئ. أو الامتناع عن عمل شئ، وعنصر المسؤولية، وموضوعه خضوع (ligatio) شخص أو مال لسلطة الدائن أداء للمديونية. فالغاية هي عنصر المديونية، ووسيلتها هي عنصر المسؤولية. ولم يكن القانون في القديم يدرك الالتزام إلا منفصلا بعنصره، فكان هناك شخص هو المدين، وشخص آخر أو مال معين هو المسئول عن الدين. ثم امتزج العنصران حتى صارا شيئا واحدا، هو الالتزام، لأن المدين اعتاد ألا يقدم رهنا حقيقيا أو رهينة حقيقية، بل يقدم رمزا للرهن، أو يقدم نفسه رهينة عند عدم وفاء الدين، فاجتمع العنصران، المديونية والمسئولية، في شخص المدين. ومع ذلك فلا يزال في القانون الحديث أمثلة نرى فيها انفصال العنصرين، فهناك التزام لا يظهر فيه إلا عنصر المديونية، كالتزام =

وهناك رأى آخر يرجع أصل العقد الى اجراءات التقاضى فى العصور الأولى ، فقد كانت تم بمقتضى اتفاقات بين الخصمين ، فيتفقان على التحاكم ، وعلى الرضاء بما يصدر من حكم ، وعلى تنفيذ هذا الحكم . ثم انتقلت فكرة التعاقد من دائرة اجراءات التقاضى الى دائرة المعاملات^(١) ، بعد أن تطوّر المجتمع البشرى فانتقل من دائرة المراكز القانونية الثابتة (statuts) الى دائرة التعاقد الحز^(٢) .

ولعل الدين كان أيضا ذا شأن عظيم فى ظهور فكرة التعاقد ، واحترام الالتزامات التى تأتى من هذا الطريق ، فلقد كان المجتمع البشرى يقوم على أسس ثلاثة : الدين والنظام الداخلى للقبيلة والقانون . ولم يكن القانون أقوى هذه الأسس ، بل كان الدين له المقام الأول . ولا يزال فى القوانين الهندية القديمة ما يدل على أن الالتزام التعاقدى ليس إلا التزاما دينيا محضاً^(٣) ، وكذلك كان الأمر عند الرومان^(٤) ، حتى قوى القانون وأخذ يحمل بالتدريج محل الدين ، فوجدت العقود الشكلية ، وأخذت مكان العقود الدينية^(٥) ، فكانت الأوضاع والأشكال من = الطبعى ، والزام لا يشتمل إلا على عنصر المسؤولية ، كالإزام الكفيل وكالدين العقارى المعروف فى القانون الألماني (Grundschuld) .

(انظر أيضا فى هذا الموضوع مذكرات الأستاذ لى ايلان ص ١٥ — ص ١٧ — و ص ٥٦ — ص ٥٨ و ص ٢٢٦ — ص ٢٢٧ وانظر أيضا بريسو فى تاريخ القانون الفرنسى جز ٢ ص ١٣٨٠) .

(١) انظر بريسو فى تاريخ القانون الفرنسى ٢ ص ١٣٨١

(٢) وقد رجع البعض فى أصل العقد الى أبعد من هذا ، فىرى الأستاذ جورج دافى (George Davy) أن المنشأ التاريخى للالتزام التعاقدى ليس هو الالتزام بدفع الدية أو الاتفاق على اجراءات التقاضى ، فان هذه التعليقات يفترض فيها أن فكرة الالتزام التعاقدى قد وجدت ، مع أن المطلوب هو أن نعرف كيف وجدت هذه الفكرة . ويرى أن الالتزام التعاقدى انما نشأ على نمط الالتزام الذى يتولد من علاقة الشخص بأمرته ، وكانت الجمعية البشرية فى عصر الفطرة لا تعرف إلا هذا النوع من الالتزام ، فاذا أراد شخص أن يلتزم نحو آخر ، فلم يكن أمامه إلا أن يوجد معه علاقة قرابة مصطنعة ، تحمل محل قرابة الدم ، وتولد التزاماتها . وكان فى هذا يعمد الى إجراء رسوم وأعمال تؤدى الى إيجاد هذه العلاقة ، كأن يمزج دمه بدمه ، وكان يأكلان طعاما واحدا ، فتولد بينهما علاقة القرابة المصطنعة ، وهذه العلاقة هى التى توجد الالتزامات المقصودة . ويقول الأستاذ دافى أن الختان الذى ورد فى التوراة من أنه رمز للحلف بين الله والناس يؤيد فكرة التعاقد من طريق الدم . (انظر جورج دافى فى العهد المقطوع (La foi jurée) دراسة اجتماعية للعقد ، تكوين رابطة التعاقد باريس سنة ١٩٢٢ ، George Davy : La Foi jurée : étude sociologique du problème du contrat ; la formation du lien contractuel)

(٣) انظر باوند (Pound) . مقدمة لفلسفة القانون لندن سنة ١٩٢٢ ص ٢٤٢ — ص ٢٤٣

(٤) انظر جبرار طبعة سادسة ص ١ — ص ٢

(٥) باوند مقدمة لفلسفة القانون ص ٢٤٣

العقد بمنزلة الشعائر من الدين، وكما أن العقل البشرى يصعب عليه إدراك دين دون شعائر، فهو كذلك كان لا يفهم العقد دون أوضاع^(١).

ومن ذلك نرى أن الباحثين يرجعون أصل العقد الى عدة أمور : إهمال من ارتكب جريمة في دفع ديته، والاتفاق على اجراءات التقاضى، وأثر الدين .

ويمكن الى جانب هذه الفروض أن يوجد محل لفرض آخر، فالتعامل الفورى الذى وجد في مبدأ الأمر، كما أشرنا الى ذلك، تحول الى تعاقد يسلم فيه أحد المتعاقدين ما عليه في الحال ويبقى الآخر ملتزما على أن يؤدى التزامه في المستقبل، وهذه هى العقود العينية، لم تكن إلا تطورا للتعامل الفورى، اذا صح أنها نشأت مستقلة عن العقود الشكلية^(٢).

وهكذا ظهرت طوائف من العقود بعضها الى جانب البعض الآخر : عقود شكلية وعقود عينية وعقود رضائية^(٣). ومن السهل أن نتبع تطوّر هذه العقود في العصور التاريخية المتعاقبة.

٩٠ - المذهب في القانون الرومانى — ففى القانون الرومانى بدأت العقود تكون

كلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة، فلا يتم العقد بدونها^(٤).
ما مجزّد توافق ارادتين (nudum pactum) فلا يكون عقدا ولا يولد التزاما . فكان المدين

(١) بريسوجن، ٢ ص ١٣٥٨ — ص ١٣٧٩

(٢) ولا يمنع هذا من أن تكون العقود العينية أحدث في الظهور من العقود الشكلية، فالمعروف في القانون الرومانى أن عقد القرض العيني (mutuum) ظهر بعد عقد القرض الشكلى (nexum) والرأى الراجح أن الأول لم يؤخذ من الثانى، بل أن ظهور العقود العينية، وان كان تاليا لظهور العقود الشكلية، أتى مستقلا عنها، وأصله من التعامل الفورى على النحو الذى بناه . وقد بنى أساسه القانونى على فكرة الجريمة (فالمقرض مثلا اذا لم يرد ما اقترض يرتكب جريمة يلتزم بمقتضاها بالرد) أو على فكرة الاثراء بلا سبب وهى فكرة قديمة جدا (فن استلم شيئا ولم يردّه يكون قد أثرى على حساب غيره) أو على الفكرتين معا (فان الاثراء على حساب الغير يعدّ جريمة) (انظر بريسو في تاريخ القانون الفرنسى ص ١٣٧٩ — ص ١٣٨٠) .

(٣) والظاهر أنه عند اجتياز الانسانية مرحلة الدين الى مرحلة القانون، كانت أول العقود التى عرفت هى العقود الشكلية، وعرف القانون الرومانى بعدها عقدا من العقود العينية هو عقد القرض العيني (mutuum). ثم عرف العقود الرضائية والعينية معا . على أنه لا يمكن وضع ترتيب تاريخى دقيق لظهور الطوائف المختلفة من العقود، وكل ما يقال في هذا الصدد أقرب للافتراضات منها الى الحقائق العملية . وانما يمكن القول بأن العقود الشكلية سبقت غيرها من العقود، وحلت محل العقود الدينية .

(٤) وقد سبقت الإشارة الى هذه العقود الشكلية في القانون الرومانى، عند الكلام على ترتيب مصادر الالتزامات في هذا القانون .

يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة، ويكون التزامه صحيحا حتى لو كان السبب الحقيقي الذى من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفا لآداب. فالعقد الشكلي كان عقدا مجزدا (abstrait) صحته تستمد من شكله لا من موضوعه^(١).

على أن هذه الشكلية لم تكن تخلو من فائدة، فهي ثابتة محددة، لاتدع مجالا للشك في أن الاتفاق، قد تم، ولا تلجئ القاضى الى البحث في نية المتعاقدين، فليس أمامه إلا أوضاع مادية، إن تمت فقد تم العقد، وألا فالعقد غير موجود. كذلك كان للشكل فائدة كبرى في تسهيل الإثبات، ولم يكن ثمت في ذلك العهد كبير ضرر من اشتراط الشكلية، على ما فيها من تعقيد موجب للبطء في المعاملات، فإن التعاقد في تلك العصور كان نادرا، لا يلجأ اليه الناس إلا عند الحاجة القصوى، وكان يعتبر ذلك حادثا خطيرا يستوجب العناية به والاحتفال بأمره، مما يتفق مع الأشكال المطلوبة.

ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت، وتعقدت سبل الحياة، وتنوعت أسبابها، فكان من شأن ذلك توزيع العمل، ومن ثم الحاجة الى كثرة التبادل، ووجوب السرعة في المعاملات. واقترن ذلك بتقدم في التفكير القانوني، مما أدى الى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، وإعطاء الإرادة قسطا من الأثر القانوني. ودعا ذلك الى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين، والشكل ليس إلا سببا قانونيا (causa civilis) للالتزام، قد توجد أسباب أخرى غيره. ومن ثم ظهر الى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المعينة. وانتصر مبدأ سلطان الإرادة انتصارا كاملا في دائرة العقود الرضائية. وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية (pactes prétoirs)، والعقود الشرعية (pactes légitimes).

ولكن القانون الروماني لم يقرر في أى عصر من عصوره مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، بل ظلت الأوضاع، بعد أن تهذبت، هي التى تخلق العقد بقدر اختلاف قوّة وضعفا حسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات. وبقي العقد اللفظي

(contrat verbal)، الى آخر عهود القانون الروماني ، هو القالب الذي يصبون فيه ما تبدو لهم حاجة اليه من الاتفاقات غير المعروفة، حتى تصبح ملزمة ^(١).

٩١ - المذهب في القوانين الجرمانية الغربية — ولم يكن مذهب سلطان الارادة مقروا في القوانين الجرمانية القديمة ، بل كانت هذه القوانين على النقيض من ذلك تحوى من الأشكال والأوضاع التي يستلزمها تكوين العقد ما برزت به القانون الروماني في أول نشأته . وما قيل من أن هذه القوانين كانت تحترم منذ عهدها الأول مجرد الاتفاق ، وتجعله ملزماً ^(٢) ، ليس صحيحاً ، والأمثال التي تؤثر عن بعض العهود القديمة لم يكن لها من المعنى ما يفهم من ظاهرها ^(٣) .

(١) على أنه كان يكفي في أواخر عهود القانون الروماني أن يكتب العقد ، و يذكر في الكتابة أن الأوضاع اللفظية قد استوفيت ، وبذلك انقلب العقد اللفظي الى عقد مكتوب ، وأصبحت الكتابة شكلاً في العقد لا مجرد طريق للاثبات . و يلاحظ أن مجرد الاتفاق في القانون الروماني ، وإن كان لا يوجد العقد ولا يعطى حق الدعوى (action) ، كان يعطى حق الدفع (exception) ، فلو رفع شخص على آخر دعوى يطالبه فيها بشئ . يتناقض مع ما اتفقا عليه بمجرد توافق ارادتهما ، كان للدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بدفع النش (exception de dol) ، ولكن لم يكن للدعى عليه أن يرفع دعوى يطالب فيها بتنفيذ هذا الاتفاق ، اذا أباه المدعى .

(٢) انظر مثلاً لوران جزء أول فقرة ٢٤ وجزء ١٥ فقرة ٢٨ . وانظر في بعض الكتاب الذين يذهبون الى هذا الرأي ما نقله عنهم بريسو وتولى نقده (بريسو في تاريخ القانون الفرنسى جزء ٢ ص ١٣٧٨ هامش نمرة ٢) .

(٣) مثل ذلك قولهم : « الرجل ليست له إلا كلمة واحدة » (ein Mann, ein Wort) ، ولم يكن هذا المثل يراد به أن العقد من حيث القانون يوجد بمجرد توافق الارادتين ، فان الشكلية بقيت في القوانين الجرمانية حتى أواخر القرن الخامس عشر ، كما سيتبين ذلك مما يلى . والمثل المتقدم إنما قصد به وضع قاعدة خلقية لا مبدأ قانوني .

أما ما نقله لوازيل (Loysel) من أمثال القرن الثالث عشر ، وهى توهم أنت مجرد الرضاء كاف ، كقولهم : « تقبل الثيران بقرونها ، والرجال بكلامهم » ، ومجرد وعد أو اتفاق يعدل عقود الرمان اللفظية . (On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain.)

وكقولهم : « الاتفاق يغلب القانون » . (Convenances vainquent loy) .

فعناء الحقيق ليس ما يظهر من مطلق لفظه ، وذلك أن العادات الجرمانية كانت تقضى بانتقال أموال الشخص بعد وفاته الى قرابته من الورثة ، ولكن ذلك لم يكن يمنع الشخص في حال حياته أن يتصرف في أمواله بعقود ملزمة (بعد استيفاء الشكائية طبعا) ، فكانت هذه العقود هى التي تنفذ دون قانون الميراث ، وهذا يفسر قولهم « الاتفاق يغلب القانون » . أما الأقوال الأخرى فلم يكن يقصد منها أن تكون مبادئ قانونية تسرى على العقود فنجعلها رضائية ، فالثابت أن العقود في ذلك العهد كانت شكلية أو عينية ، وهذه الأقوال لم تكن إلا سابقة لأوانها ، وإن كانت تدل على بدء تطور اتجاه نحو مبدأ سلطان الارادة في العقود (انظر في ذلك بريسو جزء ٢ ص ١٤٠٧ — ص ١٤٠٩ ورسالة الدكتور أحمد ماهر في مبدأ سلطان الارادة ص ٣٥) .

وقد ظهر من الأبحاث التاريخية الدقيقة التي قام بها بعض العلماء^(١) أن العقود بدأت عند ظهورها تكون شكلية، كما في القانون الروماني، ثم وجدت العقود العينية الى جانب العقود الشكلية ولم تظهر العقود الرضائية إلا أخيرا. وقد عرف العهد الفرنجي (époque franque) في فرنسا طرقا شكلية مختلفة للتعاقد^(٢)، ثم عرف العقود العينية كالقرض، وقد بنيت هذه العقود في الغالب على فكرة الجريمة، كما تقدمت الإشارة الى ذلك. والبيع ذاته بدأ يكون على الراجح عقدا عينيا، بعد أن كان فوريا؛ ثم تطور بعد ذلك الى عقد رضائي.

ومن ذلك يتبين أن الارادة في تلك العهود لم يكن لها سلطان في تكوين العقود، بل كانت الشكلية هي الظاهرة الغالبة.

* ٩٢ - المذهب في العصور الوسطى - أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية، وتستقل الارادة بتكوين العقد إلا تدرجا. وقد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر الى نهاية القرن الثاني عشر. ثم أخذت تتبدل وتتحور، وكانت متجهة في تطورها الى التناقص. وأخذت الارادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئا فشيئا. وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

(١) تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة، فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها. بل أن مجزء عدم الوفاء بالوعد جريمة دينية. وسهل الانتقال من فكرة العقوبة الى فكرة الالتزام المدني، حتى

(١) لا سيما زوم (Sohm) (في القانون الخاص (Privatrecht 1874, 246)، وهوزلر (Heusler) جزء أول فقرة ٧٩ وفقرة ٨٥ وجزء ٢ فقرة ٢٢٨ وفقرة ٢٥٠).

(٢) من هذه الطرق ما يأتي : (أ) التفوه بألفاظ معينة مع امساك عصا (festuca) كانت رمزا للسلاح الجرماني في ذلك العهد. (ب) تسليم شيء، كقفاز (wadium)، يذمه المدين للدائن؛ وليس هذا تسليمًا يقرب العقد من العينية، بل مجزء رمز للالتزام، وإلا كان التسليم للدين لا للدائن (انظر اسمان في تاريخ القانون الفرنسي ص ٧٠ هامش ١). (ج) الكتابة (Carta)، والكتابة وحدها لا تكفي، بل كان يجب تسليم الورقة تسليمًا ماديًا للدائن.

وقد بدأت هذه العقود الشكلية (fides facta) تكون عقودا قضائية : وعدا بدفع دية الجريمة، أو اتفاقا على اجراءات قضائية، كما سبقت الإشارة الى ذلك. ثم جازت هذه الدائرة الى غيرها من المعاملات، وعممت حتى أصبحت في شيوخها كالعقد اللفظي في القانون الروماني. (انظر في هذا الموضوع بريسوفي تاريخ القانون الفرنسي جزء ٢ ص ١٣٨٤ - ص ١٣٩٦).

أصبح مجرد الاتفاق يجوز طلب تنفيذه بدعوى (actio ex nudo pacto) أمام المحاكم الكنسية^(١).

(٢) إحياء القانون الروماني والبدء في دراسته، والتأثر به. ونحن نعلم أن القانون الروماني كان قد وصل في تطوره، من حيث استقلال الإرادة، إلى حد كبير، بعقوده الرضائية واتفاقاته الملزمة. وتوسعوا في تفسير تلك الروح، وفهموا خطأ أن القانون الروماني يقرر مبدأ سلطان الإرادة، فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ، وأصبحت القاعدة ما كان في القانون الروماني استثناء^(٢).

(٣) العوامل الاقتصادية: بعد أن زاد النشاط التجاري، وقويت حركة التعامل، اقتضى الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال، فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تحكم طبقاً لقواعد العدالة، والعدالة لا تميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الالتزام.

(٤) العوامل السياسية: وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة، وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق.

وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة المعروفة (festuca, wadium, carta) وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في الفطرية والسذاجة، كالمصافحة بقبضة اليد (paumée)^(٣).

(١) وهذا ما حللنا، فيما تقدم، على تحليل الظاهرة الغريبة في الشريعة الإسلامية من كون العقود سارت فيها رضائية من أول الأمر، بأن الدين الإسلامي كان له أثر كبير في ذلك. ولا شك في أن العرب في الجاهلية كانت العقود عندها شكلية، وقد انقلبت رضائية بتأثير الدين.

(٢) انظر في هذا المعنى بلانيول ٢ فقرة ٩٦٧

(٣) المصافحة بقبضة اليد عادة قديمة، لا يزال أثرها مشاهداً حتى اليوم عند العامة، فإذا تمت صفقة خطيرة تصاغ الطرفان دلالة على تمام الصفقة. على أن هذه العادة، وإن أمكن تفسيرها اليوم بذلك، كان لها معنى آخر في القديم، فقد كان المدين، إذا وضع يده في يد الدائن، يريد بذلك أن يضع نفسه تحت سلطة دائن، ضماناً للدين (انظر بريسو في تاريخ القانون الفرنسي جزء ٢ ص ١٤٠١ — ص ١٤٠٢). ويؤيد ذلك أن البيعة في الإسلام أخذت من هذه العادة التي كانت منتشرة في جاهلية العرب، ولا شك في أن المعنى المقصود من مبايعة الخليفة هو أن يضع المبايع نفسه تحت ولايته.

واليمين (serment promissoire)^(١)، والعربون (arrhes)^(٢)، والكفالة^(٣).

٩٣ — ثم ألفت الناس — بعد أن أوجب الدين عليها الوفاء بالمعهد — أن تنقيد بما يصدر منها من وعود مجزدة عن الأوضاع المعروفة. وانتقل هذا من قضاء الكنيسة الى القضاء المدني، وأصبح عدم القيام بالوعد خرقا لالتزام قانوني، فصار للإرادة بذلك سلطان في تكوين العقد وإيجاد الالتزامات. ولم يكذب ينشق بخسر القرن السادس عشر حتى اعترف بهذا المبدأ في إيطاليا وفي فرنسا، ولم تعد الكفالة لازمة إلا لاثبات العقد. أما وجود العقد فكان من عمل الإرادة وحدها. وأمكن بذلك أن يتم التعاقد بين الغائبين، وأن يكون التعاقد بطريق الوكالة، وصارت العبرة بالمعاني التي قصد اليها المتعاقدان لا بالألفاظ التي جرت على لسانيهما، وأصبح سبب الالتزام ومحله ركنين أساسيين، وحلا في ذلك محل الشكلية. وكان بطلان العقد في القديم يرجع لعدم مراعاة الأوضاع المطلوبة، فأصبح الآن لا يرجع للشكل، بل يتصل بالموضوع، فانعدام الرضا يوجب البطلان المطلق، وكذلك الأمر في انعدام المحل والسبب

(١) والدين هو الذي أدخل اليمين، ولا يزال معروفا حتى الآن عند عامة المسلمين أن قراءة الفاتحة عقب صفقة من شأنها أن تؤكد الصفقة، وتلزم المتعاقدين. وكان المدين الذي يقسم اليمين يلتزم التزاما أصليا نحو الله، والتزاما تبعا نحو الدائن. والتزامه يأتي من نفس القسم لا من الاتفاق (انظر بريسو ٢ ص ١٤٠٢ وما بعدها).

(٢) والعربون مبلغ من النقود، أو أي شيء آخر تكاثم مثلا، يعطيه المدين للدائن. وكان العربون في مبدأ الأمر ذا قيمة كبيرة، ويراد به أن يكون تعويضا للدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، فكان في الواقع وسيلة للرجوع في التعاقد. ثم انقلب بعد ذلك الى العكس، فأصبح وسيلة لتأكيد العقد وعدم جواز الرجوع فيه، وفي هذه الحالة لم يكن العربون ذا قيمة كبيرة، بل كان المراد باعطائه أن يكون هناك شيء مادي يدل على تمام الصفقة. وكان تارة يحسب من أصل الدين، وطورا يخصص لعمل ديني (denier à Dieu)، وأخرى يشتري به نبيذ يوله المتعاقدان دليلا على الاتفاق (vin de marché) — وقد يكون العربون هو الحلقة التي تصل العقود الشكلية بالعقود العينية في التطور (إذا تركنا الرأي الراجح من أن العقود العينية نشأت مستقلة عن العقود الشكلية وأصلها التعامل الفوري كما سبق أن أشرنا الى ذلك) ويكون قد استغنى عن الشكل بالعربون، ثم أصبح التعاقد يدفع كل ما عليه بدلا من العربون وحده، فينعقد العقد بمجرد تسليم أحد المتعاقدين للشيء الذي تمهد به. وفي العصر الحاضر احتفظ العربون بصفتيه اللتين تقلب بينهما في الماضي، فهو إما دليل على جواز الرجوع إذا كان مقداره كبيرا بحيث يصلح أن يكون تعويضا، أو بده في تنفيذ العقد فلا يكون هناك محل للرجوع فيه (انظر بريسو ٢ ص ١٣٩٧ وما بعدها).

(٣) وقد كانت الكفالة في بعض الأحيان تطلب لمجرد الإثبات، وفي أحوال أخرى تكون ضرورية لوجود العقد نفسه. والغالب أن الكفالة بدأت تكون شكلا من الأشكال لا يتم العقد بدونها (وكان لا بد من أختم لعدم انتشار الكفالة في تلك العصور)، ثم انقلبت بعد ذلك طريقا من طرق الإثبات عند ما تقرر مبدأ رضائية العقود (بريسو جزء ٢ ص ١٤١١ وما بعدها).

أو عدم شرعيتها . وصارت عيوب الرضا من غلط وغش وإكراه تؤثر في صحة العقد وتجعله قابلاً للبطلان . وكل هذا معناه أن العبرة بالارادة والرضا، لا بالأشكال والأوضاع^(١) .

* ٩٤ - **المذهب في المصور الجريئة** - وما جاء القرن السابع عشر حتى صارت القاعدة ثابتة مقررة، وحتى صارت دوما (Domat) يقول : اذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد (Les conventins étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites) عبارة أدمجها الشرع الفرنسي في المادة ١١٣٤^(٢)، وصارت عنواناً على مبدأ سلطان الادادة .

وما كاد تأثير الدين يضعف حتى حل محله ما انشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية، وكلها مشبعة بروح الفردية، وقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر، وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد، ووجوب استقلال إرادته، وتسير هذه الارادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية^(٣) .

وقد قام الفيزقراطيون (physiocrates)^(٤) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً، ويذهبون الى أنه لو تركت الناس أحراراً في نشاطهم الاقتصادي، وفتحت أبواب المنافسة بينهم، (١) على أن استقلال الارادة في تكوين العقود كان يحده في تلك المصور وجود نقابات منظمة للصناعات (corporations)، فكل صناعة تندمج في نظام ينضم اليه أبناء الحرفة . وكانت أثمان السلع وأجور الصناع يحددها القانون، ولا يجوز التعاقد على مجاوزة هذا التحديد، وهذا ما كان يسمى بالثمن المدل (juste prix) والأجرة العادلة (juste salaire). (انظر في ذلك برانتس (Brants) في النظريات الاقتصادية في القرنين الثالث عشر والرابع عشر ص ١١ وما بعدها - تارد (Tarde) فكرة الأجرة العادلة ص ٣١ وما بعدها - الدكتور أحمد ماهر في مبدأ سلطات الارادة ص ٣٨ وما بعدها) .

كذلك كان لا يجوز الاتفاق على عقود ربوية، وهذا من أثر الدين المسيحي (برانتس ص ١٥٧ - ماهر ص ١٥ وما بعدها) .

(٢) تنص هذه المادة على أن الاتفاق اذا تم شرعاً يقوم مقام القانون لمن تعاقد (Les conventions légales-ment formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites)

(٣) انظر بعض الآراء القوية في هذا الموضوع للاستاذ باوند (Pound) في كتابه "مقدمة لفاسفة القانون" لندن سنة ١٩٢٢ ص ٢٥٢ - ص ٢٦٠

(٤) يعرف هذا المذهب الاقتصادي بمبارتين مشهورتين، جعلنا عنواناً له : دع الأمور تجري (laissez faire) ودع الأشياء تنقل (laissez passer) ويراد بذلك اطلاق الحرية في العمل، وجعل التجارة حرة من القيود الحكومية . والفيزقراطيون يؤسسون مذهبهم على مبدأ الحرية هذا، وعلى مبدأ آخر يقضي بحمل الأرض هي الثروة الحقيقية والزراعة هي المورد الوحيد الذي يزيد في الثروة، بخلاف الصناعة والتجارة، والصناعة لا تزيد في السلعة، بل تقتصر على تغيير شكلها، =

فلا تلبث الأمور أن تستقر، وتتحدد الأسعار من طريق المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحككي يمليه الشرع . ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي ، وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين .

وصحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية ، حمل لواءها روسو (Roussesu) في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي (contrat social)^(١) ، فكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هو المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العصر . وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات ، وقامت عليها^(٢) ، وسلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع قانون نابليون على أساس تقديس حرية الفرد ، والامعان في احترام إرادته^(٣) .

وظلت فلسفة القرنين الثامن عشر والتاسع عشر مشبعة بروح الفردية وسلطان إرادة الفرد ، وقام من للفلاسفة والفقهاء بعد روسو من نصبوا أنفسهم دعاة لهذا المذهب الفردي . ومن هؤلاء فوييه (Fouille)^(٤) ، وبيلان (Beudant)^(٥) من الفرنسيين ، وكنت

= والحياء تنقلها من مكان إلى مكان أنزودون أنزود فيها شيء . ولما سموا بالفيزيائيين اشتقاقا من كلمة (physique) أي الطبيعة .

(١) وقد كان لهذا الكتاب أثر كبير في الفلسفة والسياسة والاجتماع والقانون في القرن التاسع عشر ، وما جاء فيه تأكيد سلطان الفرد وحرية الإرادة : " لما كان الإنسان ليست له سلطة طبيعية على أخيه الإنسان ، ولما كانت القوة ليست مصدرا لأي حق من الحقوق ، فلم يبق إلا العقود أساسا لكل سلطة بين الناس " (العقد الاجتماعي الكتاب الأول الفصل الرابع) .

(٢) وقد جاء في المادة الرابعة من " إعلان حقوق الإنسان " (Declaration des droits de l'homme) ، وهي المبادئ النظرية التي قامت عليها الثورة الفرنسية ، " أن الحرية هي أن يستطيع المرء أن يفعل كل شيء . ليس من شأنه أن يضر بالآخرين " .

(٣) وقد كانت المشاريع الأولى للقانون الفردي أشد إيمانا في احترام إرادة المتعاقدين ، وقد جاء في تقرير كامباسرس (Camboures) عن المشروع الأول (فييه (Fouille) جزء أول ص ٤) ما يأتي : " إرادة المتعاقدين هي أكثر القواعد اطلاقا ، وليس لها من حدود إلا تلك التي يستلزمها الصالح العام " . ولكن لما هدأت الثورة الفرنسية ، وتأسست الأبراطورية في جده المشروع الأخير (وهو قانون نابليون) أقل تسبعا بروح الفردية .

(٤) وكان يذهب إلى أن العقد (أي لإرادة الفرد) هو الأساس الذي يجب أن يرجع إليه كل نظام قانوني ، وفي هذا يقول : " مما لا نزاع فيه من الوجهة التاريخية أن النظام التعاقدى في المجتمعات الحديثة يترجع إلى الإغريق في التعلب ، ويسل القانون الفكرة العقدية أهمية تزايدت حتى وصلت إلى أن تملأ مساحة أبحاث قوانينها ، وتستنتج يوما إلى أن تصود القانون من أوله إلى آخره (فوييه في العلم الاجتماعي ص ٣٩٤ — انظر أيضا ص ٨ د ص ٤٥ د ص ٤٧) .

(٥) ويذهب إلى أن الحرية الفردية لا حدود لها ، ولا يجوز التقييد من استعمالها ، ما دامت حرية الآخرين لم تمس (بيدان في القانون الفردي والمادة ص ٩٨) . وهذا يتفق مع المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان : " وقد سبقت الإشارة إليها .

(١) (Kant)، وفشت (Fichte)، وسافيني (Saviyny) من الألمان .

(ب) مرى ما وصل اليه مبرأ سلطان الإرادة :

* ٩٥ - استقر هذا المبدأ، وصار دعامة تبني عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشى فيه المنطق القانوني أصبح يشتمل على أصليين : (أولاً) كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية، ترجع في مصدرها الى الإرادة الحرة . (ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من الآثار . فالإرادة الحرة هي التي تولد الحق، وهي التي تحدد آثاره .

٩٦ - الإرادة هي التي تولد الحق - أما ان الإرادة الحرة هي مصدر الالتزامات فذلك ظاهر من الروح التي كانت متفشية في عصر الثورة الفرنسية والعصر الذي وضع فيه قانون نابليون . وقد خلط هذا القانون بين الالتزام والعقد، فوضع النظريتين في باب واحد لأنه يرى أن أهم مصدر للالتزامات هو العقد، الى حدّ حملة على التوسع والافاضة في هذا المصدر، وعلى الإيجاز والاقتضاب في المصادر الأخرى، فبينما هو قد خصص للعقد ما يقرب من سبعين مادة (م ١١٠١ - م ١١٦٧)، اذا به لم يضع لمصادر الالتزامات غير التعاقدية إلا عددا قليلا من المواد، معظمها (م ١٣٧١ - م ١٣٨١) فيما يسميه بشبه العقد لما يراه من الصلة بينه وبين العقد . أما الالتزامات الأخرى فلم يتناولها في أكثر من خمس مواد (م ١٣٨٢ - م ١٣٨٦)، وهو مع ذلك لم يشأ إلا أن يوجد صلة بينها وبين الإرادة . فعنده أن الالتزامات اذا لم تنشأ من العقد أو شبه العقد، أى من عمل إرادى مشروع، فهي تنشأ من عمل غير مشروع، ولكنه إرادى أيضاً، وترتكز المسؤولية فيه على الإرادة الحرة، فلا يعد

(١) ويذهب الى أنه لا يوجد إلا حق طبيعى واحد، يملكه الانسان بحكم أنه انسان، وهذا هو حقه في الحرية، على ألا تتعارض حرية شخص مع حرية الآخرين (كانت في المبادئ الميتافيزيقية لنظرية القانون سنة ١٧٩٦ ترجمة بارنى (Barni) سنة ١٨٥٣ ص ٥٥) .

(٢) انظر كتابه « مبادئ القانون الطبيعى » وقد غالى أكثر من أستاذه « كانت » وبمخس لآراء روسو، وبالغ فيها، ومما يؤثره قوله : « أن روسو الذين لا تعجبون من تسميته بالخيالى، في الوقت الذى يتحقق فيه خياله أمام أعينكم، كان يدار بكم أكثر مما يجب أيها الرجال العمليون ! وقد كان هذا هو الخطأ الذى وقع فيه » (انظر « اعتبارات يقصد بها تصحيح حكم الجمهور على الثورة الفرنسية » سنة ١٧٩٣ ترجمة بارنى ص ٨٧) .

(٣) انظر سافيني في القانون الرومانى (جزء ٣ ص ٢٤٩ وما بعدها) .

مسئولا الطفل أو المجنون، ولا يسأل الشخص إلا عن خطاه، فاذا انتفى الخطأ فالمسئولية لا تتحقق . وظل القضاء في فرنسا وفي مصر أمينا على هذا المبدأ، من الناحية النظرية على الأقل، فالمسئولية اذا لم تستند الى خطأ موجود، تلمس لها خطأ مفترضا . أما القول بمسئولية مادية، لا تبني على الإرادة الداخلية، ولا على الخطأ النفسى، بل على التضامن الاجتماعى وعلى اشتباك المصالح فى الحياة، فهذا لم يكن أحد يقول به، لا فى التشريع ولا فى الفقه إلا من زمن غير بعيد، ولم يأخذ به القضاء حتى اليوم^(١).

* ٩٧ — فالإرادة الحرة هى التى تهيمن على جميع مصادر الالتزامات . وهذه الإرادة تتجلى قوية فى العقد، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه، وإن كان التزامه مبنيًا على إرادة غير إرادته، كما لا يكسب أحد حقا من عقد لم يشترك فيه . أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة فى قانون نابليون . ولم يحصل التوسع فيها إلا فى العهد الأخير . فالعقد اذا يرتكز على الإرادة، بل هو يتمحض إرادة خالصة اذا قلنا أن إرادة المدين وحدها هى التى تلزمه، كما سنرى ذلك عند الكلام على الإرادة المنفردة . وشبه العقد مبنى على إرادة مفروضة . والجريمة وشبه الجريمة مردهما الى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزامات فانما هو يفترض فى ترتيبها أن الملتزم قد ارتضاها فى ذمته التزاماً^(٢).

* ٩٨ — وليس سلطان الإرادة مقصورا على توليد الالتزامات وحدها، بل هو أيضا يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة، بل هى الحرية فى مظهرها الملموس المادى^(٣) . وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أى على الإرادة . والميراث مبنى

(١) انظر فى هذا المعنى ديجيه فى الدولة والقانون المادى والقانون الوضعى ص ٢٢١ — ديموج فى المبادئ الرئيسية فى القانون الخالص ص ٤٨٢

هذا وقد اتجه القضاء المصرى بعض الشئ ناحية المسئولية المادية، وسيأتى تفصيل ذلك فى الجزء الثانى من هذا الكتاب . والسبب فى ذلك أنه لا يوجد فى مصر (كما يوجد فى فرنسا) تشريع للعمال يأخذ بمذهب المسئولية المادية، فنزع بعض المحاكم الى تكملة هذا النقص فى التشريع المصرى بقضاء اجتهادى .

(٢) انظر فى هذا المعنى ما بقوله كامباسرس (Cambacérès) فى تقريره (Fenet) جزء أول ص (١٦٩) .

(٣) انظر فورييه فى العلم الاجتماعى ص ٦٤ ؛ ويقول فى ذلك أيضا : « انزل بنكرة الحرية من سماء الخيال المعنوى واهبط بها فى دائرة الحقائق المحسوسة، تجدها اتخذت شكلا جديدا واسما جديدا، فأصبحت تسمى بالملكية » (فورييه فى الفكرة الحديثة عن القانون ص ١٢٢ — ص ١٢٣) .

على وصية مفروضة^(١) . وطرق التنفيذ الاجبارى ذاتها تتركز على الإرادة الحرة، فهى طرق ، وإن كانت اجبارية، قد ارتضاها المدين وقت الاستمالة^(٢) . بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا فى الإرادة، فالمجرم الذى نخرج على المجتمع قد ارتضى مقلداً أن يناله الجزاء ، ذلك لأن القانون نفسه ما هو إلا وليد الإرادة ، ارتضاه الناس بأنفسهم أو بمثلهم، واختاروا الخضوع لسلطانه . والمجتمع البشرى ذاته، أليست دعامة هذا العقد الاجتماعى الذى نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين^(٣) ؟

٩٩ - الإرادة هى التى ترتب الأثر - وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة كذلك الأثر الذى يترتب على الالتزام فهو خاضع للإرادة أيضاً ، ولهذا الأصل ناحيتان :
الناحية الأولى أن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً فى ذمته يكون صحيحاً، وينتج أثره، لأن التزامه إنما بنى على إرادته . فلا يصح أن نقيه من أثر العقد بدعوى أن هناك غيباً لحق أحد المتعاقدين، ما دام قد ارتضى هذا الغبن . والعامل الذى يتعاقد مع رب العمل حراً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتاج بأن الشروط التى ارتضاها جائزة . وليس المهم فى العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئيين المتبادلين ، بل يكفى أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل فى الإنسان الحرية واستقلال الإرادة . ولا يكون الأمر غير ذلك إلا فى حدود رسمها القانون، كأن يكون المتعاقد قاصراً فى السن أو فى العقل، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش . أما فى غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل فى إرادته، فإذا التزم بشئ كان من العدل أن يقوم بما التزم به . وقد يكون هذا الالتزام شديد الوطأة عليه، وقد يكون من الرحمة به ألا يؤخذ بما التزم، ولكن الرحمة شئ والعدل شئ آخر، والقانون يتميز عن علم الأخلاق .

(١) انظر جونو (Gounot) فى مبدأ سلطان الإرادة ص ١٠٣ - ص ١٠٤

(٢) انظر فروبييه فى العلم الاجتماعى ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٣) انظر جونو ص ٦١ وما بعدها - ديريه (Dereux) فى تفسير الأعمال القانونية ص ٣١٣ - ص ٣١٤ ، وهو يصف أنصار هذا المبدأ وحرصهم على تلبس الإرادة فى كل ناحية ، ولو كانت إرادة وهمية ، بالعبارة الآتية : « ويقعون حائرين ، كما لو كانوا يخفونهم عن نهر لا منبج له ، أو عن سلم لا يقوم على شئ ... حتى إذا أنت فكرة الإرادة ، كان لها من النشاط فى قوة التفسير ، ما يجعل الاتفاق الوهمى وحده كافياً لالقاء الضوء على كل شئ » .

أما ما يقال من التضامن الاجتماعي، وسوء استعمال الحقوق، وقواعد العدالة والنظام العام، فهذه الأشياء لا يصح أن تفرق في تحديد سلطان الارادة . وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعني بشيء، فلا أحق بعنايتها من سلطان الارادة والتسليم بأثره كاملا في تفسير العقد وترتيب نتائجها القانونية^(١) .

* ١٠٠ — والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد، وقد تم بتوافق ارادتين مستقلتين، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الارادتين، فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله، ولا يجوز للقاضي نفسه، بدعوى اتباع قواعد العدالة، أن يعدله أو يضيف اليه ما ليس منه^(٢) .

١٠١ — هذه هي الجوانب المختلفة لمبدأ سلطان الارادة، بعد أن وصل الى القمة من سيطرته على نواحي القانون المتعددة^(٣) . وقد كان المشرع الفرنسي خاضعا لهذا المبدأ عندما قرر في المادة ١١٣٤ أن العقود التي تم قانونا تكون شريعة لمن تعاقدا، فلا يجوز الرجوع فيها إلا بإرادة المتعاقدين المتبادلة، أو لأسباب يحددها القانون . نعم أن المشرع ذكر بعد ذلك ما يقيد من هذه القاعدة^(٤)، مما يدل على الاعتقاد أنه لم يكن متشبثا بنظرية سلطان الارادة الى الحد الذي نسبته اليه المفسرون، إلا أن هؤلاء كانوا يفسرون القانون في ظل النظريات

(١) وقد ورد في حكم صدر في قضية انجليزية ما يؤيد هذا المعنى — يقول القاضي سير جيسل (Sir Jessel) « اذا كان هناك شيء يقتضيه النظام العام أكثر من غيره، فذلك أن الشخص كامل السن والعقل تكون له الحرية المطلقة في التعاقد، وأما أن تكون عقودها التي أبرمها عن حرية واختيار مقدسة، ويأمر بتنفيذها القضاء » (Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson 1875, L. R. 19 Eq. p. 465, 44, L. J. Ch. 70, 5.)

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للقاضي بدعوى العدالة أن يلغي شروطا صريحة اتفق عليها الطرفان عن حرية وهما ما لكان لحقوقهما، فان هذه الشروط تقوم مقام القانون بالنسبة لهما (٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٣٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المحاكم لا تملك أن تعدل بدعوى العدالة اتفاقا أبرمه الطرفان عن رضاه، أو تزيد شروطا جديدة، ولا تملك إلا أن توجب احترام هذا الاتفاق (٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣) .

(٣) وقد لمس الأستاذ ديوج نتائج نظرية سلطان الارادة في ست : (أولا) التعاقد ونوعه وحرفي حدود النظام العام . (ثانيا) أثر الالتزام هو ما أراده المتعاقدان . (ثالثا) العبرة بالارادة الباطنية لا بالارادة الظاهرة . (رابعا) يفسر القاضي العقد طبقا لنية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . (خامسا) لا يجوز تعديل الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . (سادسا) لا ينقض الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين .

(٤) انظر المادة ١١٣٤ فقرة ثالثة والمادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي، وسيأتي إيضاح ذلك .

الفلسفية والاقتصادية الجديدة؛ وكلها تنادى بحرية الفرد واستقلاله . ولم يستقر القرن التاسع عشر إلا والناس معتقدون أن الدولة في القانون للعقد، وأن تطور النظم القانونية ليس إلا تاريخاً لتحرر الإرادة من الشكلية شيئاً فشيئاً، حتى أصبحت مجزأة عن كل وضع، وهي الآن تبسط سيادتها وسلطانها على جميع نواحي القانون، وتسيطر على كل النظم الاجتماعية والاقتصادية^(١) .

(ح) انطامى مبدأ سلطان الإرادة (نظر المبرأ) :

١٠٢ — إذا أرجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة الى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التي أدت الى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، فهذه العوامل ذاتها، بعد أن تطورت، وقامت الصناعات الكبيرة، وتأسست الشركات الضخمة، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوت الاقتصادية ، مما أدى الى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية، هذه العوامل، كما قلنا، كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة، فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي، وانتكص متأثراً بعوامل اقتصادية^(٢) .

على أن المبدأ لم يتول نقده الاشتراكيون وحدهم بل غير الاشتراكيين، ممن يقولون بنظرية التضامن الاجتماعي وغيرها من النظريات البعيدة عن مذهب الفردية، كان لهم حظ كبير في تفنيده .

(١) انظر ما سبق ذكره من رأى فوييه من أن نظام التعاقد لا يلبث أن يستغرق كل القانون (العلم الاجتماعي ص ٣٩٤) وانظر في توسع القضاء في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة مقالاً للاستاذ بيرو (Perrean) في الصياغة في القضاء (مجلة القانون المدني ربيع السنوية سنة ١٩١٢ ص ٦٣٧ وما بعدها) . وانظر في تحرر الإرادة من القيود من حيث التطور التاريخي سامر مين (Summer Maine) في القانون القديم الفصل التاسع، وكذلك ليون بورجوا (Léon Bourgeois) في التضامن ص ٦٠

و يلاحظ الكثير من أنصار سلطان الإرادة أن المجتمع البشري انتقل من دائرة المراكز القانونية الثابتة (statuts) الى دائرة التعاقد الحر . على أنه، كما لاحظ بعض الفقهاء المعاصرين، يرجع الآن شيئاً فشيئاً الى دائرة المراكز القانونية الثابتة : انظر في هذا المعنى محاضرات الأستاذ لاميير بقسم الدكتوراه سنة ١٩٢٢ — سنة ١٩٢٣ في العقد في القانون المقارن — وانظر جورج دافى في تكوين رابطة التعاقد ص (٣٧٤) .

(٢) قارن الدكتور أحمد ماهر في مبدأ سلطان الإرادة ص ٣٩٦ — ص ٣٩٧

قام مذهب سلطان الإرادة كما بينا على حرية الفرد، وكان هذا هو أساسه الفلسفي : توغل في روح الفردية، وتقديس لسلطان الإرادة . أما نتائجه القانونية فتتلخص كما قدمنا في أن الإرادة مصدر كل حق، وهي التي تحدّد نطاق ذلك الحق .

ولكن الروح الفردية، التي كانت قد سادت في أوروبا وقام عليها المذهب لم تستبق سيطرتها الى النهاية، لما بيناه من الأسباب . فقام خصوم المذهب الفردى يفندون مبدأ سلطان الإرادة، في نتائجه، وفي الأساس الذى بنى عليه .

* ١٠٣ - تفسير النتائج - يقول خصوم المبدأ أن جعل الإرادة مصدرا لكل الحقوق فيه إغراق في نواح، ووهم في نواح أخرى . فالاتزامات التعاقدية ذاتها، وهى مبنية على توافق ارادتين، لا تستند الى محض الإرادة الداخلية، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقده لأنه أراد ذلك فحسب، بل هناك اعتبارات اجتماعية، ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين، وهى التي تستند اليها قوة الالتزام في العقود^(١). وقد لا يتم اتحاد حقيقى بين الارادتين عند التعاقد، ومع ذلك فاتحادهما حكما يكفى، ما دام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الاخلال بها ضرر^(٢). وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية، يراد به تحقيق التضامن الاجتماعى، وتوجيه الإرادة في هذا السبيل، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان^(٣). وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة، ولا تجعل لها سلطانا، بل تنظر الى الإرادة الظاهرة، لأنها وحدها الشيء المحسوس وجوده كحقيقة اجتماعية، وهى التي يؤبه لها لأنها تولد الثقة المشروعة^(٤).

(١) انظر في هذا المعنى مقالات الأستاذ ليني أمانويل في مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٠٣ ص ١٠٢ وسنة ١٩١٠ ص ٧٢٠ والمجلة الاجتماعية ١٥ مارس سنة ١٩١١ ص ٢٤١

(٢) مثل ذلك : يرسل الموجب ايجابه، ثم يعدل عنه، ولكن الايجاب يصل الى الطرف الآخر قبل العدول، ويقبل الطرف الآخر، فيتم العقد، رغم عدم توافق الارادتين . انظر أيضا في هذا المعنى جونو في مبدأ سلطان الإرادة ص ١٤٣ - ص ١٤٦

(٣) انظر في هذا المعنى سالى في اعلان الإرادة ص ٢٢٩ - جونو ص ١٤٢ - أدمون ساليه في التطور الفنى للعقد رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ ص ٣٣٧ - ص ٣٣٨ - جورج دافى في تكوين رابطة التعاقد ص ٣٧٤

(٤) سنشرح هذه النظرية تفصيلا فيما يلى، ويكفى الآن أن نشير الى أنها تخالف مبدأ سلطان الإرادة، وتجعل أساس الالتزام في العقد الثقة المشروعة التي يولدها، لا الإرادة الكامنة في النفس (انظر في هذا المعنى جونو ص ١٦٢).

* ١٠٤ — أما إسناد مصادر الالتزامات الأخرى الى الإرادة ، فالجثة فيه اوهى . وقد تبين أن ما يسمى بشبه العقد لا يشبه العقد في شيء من حيث استناده الى الإرادة^(١) . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون ، وهو الترام يترتب على عكس مقتضى إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله ، بل أراد التقيض من ذلك ، فيلزمه القانون رغما من إرادته ، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ؟ ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقا يحول دون الأخذ بمسئولية المجنون والطفل ، وفي الأخذ بهذه المسئولية اعتبار فيه للعدالة شأن كبير ، وقد بدأت تأخذ بها الشرائع الحديثة . كذلك نظرية المسئولية المادية ، وقد سبقت الإشارة اليها ، أخذت تستقر في القانون ، وهي تتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة .

* ١٠٥ — وإذا تركنا الالتزامات جانباً ، ونظرنا الى الحقوق الأخرى التي يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا الوهم يتجسم في شكل فروض مصطنعة . فالملكية ليست إرادة المالك متجسمة ، بل يرد على هذه الإرادة قيود متعددة ترجع الى التضامن الاجتماعي ومراعاة حسن الحوار . وليس الميراث مبني على وصية مفترضة ، بل الواقع من الأمر أن الميراث سبق وصية في التطور التاريخي ، وأساسه اشتراك الأسرة في ملكية الأموال ، ولو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أصبح الزعم بأن ميراثه وصية مفروضة ، وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ؟ الواقع أن الميراث قد بناه المشرع على اعتبارات ترجع للمصلحة العامة وصالح الأسرة الى جانب إرادة المورث المفروضة وعواطفه المقدورة نحو أفراد أسرته . كما أن روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج ، فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين في مركز قانوني نظم المشرع بنفسه ، طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأمرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك . أما القول بأن المجرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب للتهكم منه للحقيقة ، وإلا فأى مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ، إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها لاعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها .

* ١٠٦ — أما القول بأن العقد اذا تم يجب أن يكون خاضعاً في آثاره وفي تفسيره لسلطان الإرادة أيضاً ، فقول لانهض به حجة ، ذلك لأن أكثر آثار العقد يرتبها القانون بنفسه ،

(١) وقد سبقت الإشارة الى ذلك عند الكلام على ترتيب مصادر الالتزام .

ولا يفكر المتعاقدان في شيء من ذلك، بل هما بعد أن يتفقا على الشيء الجوهرى يتركان الأمر للقانون، وهو الذى يرتب آثار العقد الأخرى، ناظرا في ذلك الى مصلحة المجتمع وقواعد العدل، لا الى إرادة المتعاقدين المزعومة، واذا فرض شيئا فانما يفرض حسن نية المتعاقدين، ورغبتهما في أن يتمشيا مع المصلحة العامة، وإلا يحيدا عن العدل فيما يتم بينهما من التعامل. واذا كان القانون الفرنسى قد قرر في المادة ١١٣٤ أن العقد شريعة المتعاقدين، فقد قرر في الفقرة الثالثة من ذات المادة أن الرائد هو حسن النية في تنفيذ العقود، وقرر في المادة التالية أن العقد لا يلزم المتعاقدين بما اشتمل عليه فحسب، بل هو يلزمهما أيضا بما تقتضيه العدالة والعرف وبما يقرره القانون من أحكام طبقا لطبيعة الالتزام. فهل بعد هذا نقول أن إرادة المتعاقدين وحدها هي التي تحدد آثار الالتزام^(١)؟

والقاضى اذا فسر العقد لا يتوقع أن يجد المتعاقدين قد نظرا في كل شيء واتفقا عليه، فهو لا يستعين في الواقع بافتراض إرادة موهومة، كما يدعى أنصار مبدأ سلطان الإرادة، بل هو يطبق قواعد العدالة، بعد النظر في ظروف التعاقد، ومن بين هذه الظروف إرادة المتعاقدين، فلا يقتصر على تفسير الإرادة كما هي، بل يحورها التحوير الملائم للظروف الجديدة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان^(٢). ولا يُخشى من تحكم القاضى اذا تركاه يطبق قواعد العدالة فيما لم يكن فيه للمتعاقدين إرادة أكثر مما يُخشى هذا التحكم من جانبه اذا تركاه يفترض إرادة موهومة ويرتب عليها أحكاما قد تكون عكس ما قصد اليه المتعاقدان^(٣). واذا سلمنا للقاضى أن يفسر العقد

(١) انظر سالى في اعلان الإرادة ص ٢٠٤ — ص ٢٠٥

(٢) ديموج في المبادئ الرئيسية في القانون الخاص ص ٢٩٨ — ويلاحظ الأستاذ جونو (Gonnot) أن القائلين بنظرية سلطان الإرادة يجب أن يسلموا بأن هذه الإرادة — كإرادة المشرع — لا تستطيع أن تتوقع كل شيء حتى ترتب عليه أحكامه. فالأولى بكون المتعاقدين — أو المشرع — إرادة حقيقية لا يصح افتراض إرادة وهمية، والأولى تطبيق قواعد العدالة (وهذا ما يذهب اليه جنى (Gény) في تفسير القانون)، أو نقول مع سالى (في رأيه في تفسير القانون أيضا) أن الأولى التمشي مع الإرادة الظاهرة، والفصل بينها وبين الإرادة الباطنة، وتفسير الإرادة الظاهرة باعتبارها كائنا مستقلا له حياته الخاصة، وهي حياة تتطور ويدخلها التحوير حسب مقتضيات الظروف. والقول بأحد الرأيين آمن من التمشي ورا. افتراض إرادة موهومة (انظر جونو في مبدأ سلطان الإرادة ص ٢١٣ — ص ٢١٥).

(٣) وذلك كما فعلت محكمة بوردو الاستثنائية في حكمها الصادر في ٤ فبراير سنة ١٩٠٧ (جازيت دى تريبينو ١٩٠٧ — ٢ — ٣١٣)، فقد طالبت فتاة ترهبت، وحكم بحل جمعية الرهبان التي انتمت اليها طبقا للقانون، باسترداد المال الذى قدّمته مهورا (dot moniale) عند ترهبها. فقضت محكمة بوردو برفض طلبها مستندة الى «أنه من غير المعقول أن الفتاة تكون قد وزنت ظروف حياتها الجديدة التي اعتمدت أن تخضع لها طول الحياة، دون أن تكون =

تبعاً لما تقتضيه قواعد العدالة ، فإن آثار العقد لا تخضع إذا خضوعاً تاماً لإرادة المتعاقدين^(١) .

على أن نظرية سلطان الإرادة تحاول أن تقلل من شأن القيود التي وضعها المشرع على إرادة المتعاقدين ، فهما لا يستطيعان أن يتعاقدا إلا في دائرة النظام العام والآداب ، وهذه الدائرة تضيق وتوسع طبقاً للمقتضيات الاجتماعية والخلقية ، فهذه المقتضيات إذاً من أكبر القيود على سلطان الإرادة المزعوم .

١٠٧ — يضاف الى ما تقدم أن القول بمبدأ سلطان الإرادة ، وإرجاع كل النظم الى إرادة الفرد ، يتعارض مع وجود ما اتفق على تسميته بالمراكز القانونية الثابتة (institutions) ، وهذه مراكز ، وإن كانت في الأصل وليدة الإرادة من حيث المصدر ، لا ترجع الى هذه الإرادة من حيث الأثر . فالزواج مثلاً عقد ، ولكنه لا يخضع لإرادة المتعاقدين في آثاره ، بل ينشئ مركزاً قانونياً (statut) ينظم المشرع أحكامه دون اعتبار لإرادة الزوجين . وكالزواج الجمعيات ركائز والمنشآت الخيرية والتقانات ، فهذه كلها مراكز قانونية منظمة^(٢) . كذلك توجد ، لا يجوز أن تحكم إرادة المتعاقدين في آثارها ، بل يجب أن يتغلب فيها اعتبار العدالة اصلحة العامة ، وذلك كعقود الإذعان وعقود العمل ، وفيها نرى أحد الجانبين قوياً ، على إرادته على الجانب الضعيف .

١٠٨ — نقر الأساسي — على أننا إذا ارتقينا الى الأساس الذي قامت عليه نظرية سلطان الإرادة ، وهو مبني على أن الفرد هو المحور الذي يرتكز عليه القانون ، رأينا أساساً = قد وقفت على ما يلزمها من المعلومات ، ودون أن تكون قد عرفت أحكام قانون سنة ١٨٢٥ ، وهو القانون الذي يتوقع كل جمعيات الرهبان وسحب ما أعطى لها من الترخيص ! » . انظر الى نقد الأستاذ ربيير لهذا الحكم في المجلة الانتقادية (سنة ١٩٠٧ ص ١٩٧ وما بعدها) ، وهو يقول فيه « يفرض القاضي للطرفين إرادة لم تجل في خاطرهما يوماً ما ، ويرسم لهما خططا لم يختاراهما ، ويفكر عنهما في وقائع لم يعلمها بهما ، وهو في ظل تفسير ارادتهما يفرض عليهما حلولاً لا تنطبق لاهل ارادتهما الحقيقية ، ولا على نصوص العقد الصريحة ، ولا على الغاية من التعاقد ، بل هي لا تدل إلا على مهارة القاضي في التخمين والحدس » .

(١) من ذلك أن القاضي قد يعدل في العقد اذا جئت ظروف طارئة لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد ، وهذه نظرية الظروف الطارئة (théorie de l'imprévision) ، أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي لعدم تقبده بنصوص قانونية . وسيأتى تفصيل هذه النظرية في موضع آخر .

(٢) انظر في ذلك سالي في الشخصية المعنوية ص ٤٢٩ — هوربو في الحالة القانونية المنظمة والقانون المظم ص ١٤٠ وما بعدها .

لا يثبت أمام النقد الصحيح . فالفرد ليس له حق إلا في المجتمع وبالمجتمع . أما هو، كفرد منعزل، فالقانون لا شأن له به . على أن الفرد منعزلا لا يمكن تصوّره^(١) ، فالإنسان مدني بالطبع ، لا يستطيع العيش إلا في الجمعية البشرية ، والجمعية البشرية تقوم على أساس التضامن والمنفعة العامة ، لذلك كانت الروابط الاجتماعية تعلو على إرادة الفرد ، والصالح العام يسيطر على هذه الإرادة^(٢) .

١٠٩ — حرية الإرادة لا تصلح أساسا للعقد، ولا تصلح أساسا للقانون . ولو كان حقا أن العقد يقوم على إرادة المتعاقدين ، وبدا لمن التزم بالأمس ألا يلتزم اليوم ، فأى الإرادتين يحترم ؟ لا شك في أن أنصار مذهب سلطان الإرادة يقولون باحترام الإرادة السابقة . ولكن أما كان منطق سلطان الإرادة يقضى بأن الإرادة اللاحقة تنسخ الإرادة السابقة ؟ الواقع أن أساس العقد ليس في الإرادة ، بل في العدالة والمصلحة العامة^(٣) . أما حرية الفرد فلا ينفصح لها مجال إلا بقدر ما تتفق مع المصلحة العامة^(٤) .

ولا تصلح حرية الفرد أساسا للقانون ، فالمجتمع ليس مجموعا متنافرا من شخصيات محتفظة بذاتها ، بل هو وحدة متجانسة متضامنة ، لكل فرد فيها وظيفة اجتماعية ، وتضافر مجهودات الأفراد نحو غاية مشتركة ، يقوم على حمايتها القانون^(٥) .

(١) وفي هذا يقول ديجيه : « ان المذهب الفردي في ذاته غير قابل للاخذ به ، فان فكرة وجود رجل فطري منعزل مستقل ، يستمد من صفته هذه حقوقا سبقت وجود المجتمع ، ويتقدم الى المجتمع بهذه الحقوق ، هي فكرة بعيدة كل البعد عن الحقيقة . فالرجل المنعزل المستقل إنما هو محض خيال ، فهو لم يوجد مطلقا . والفرد لا يمكن أن يكون له حقوق إلا عندما يعيش في المجتمع ، ولأنه يعيش في المجتمع . والتحدث عن حقوق سبقت الجمعية البشرية هو تحدث عن شيء معدوم » (ديجيه في التطورات العامة للقانون الخاص ص ١٨) .

(٢) انظر جونو ص ٣٢٩

(٣) وفي هذا يقول تارد : « في الوقت الذي يقال فيه ان ارادتي تلزمني ، تنعدم هذه الارادة ، وتصبح أجنبية عني ، بحيث أصبح تماما كمن يتلقى أمرا من غيره فارادتي الماضية ، التي لم تعد باقية ، ولكنها مع ذلك تفرض عليّ ، ويمكن الاحتجاج بها قبلي ، هي شبيهة بإرادة الموتى من الأسلاف تحرك الأحياء » (تارد في تطورات القانون الطبعة الرابعة سنة ١٩٠٣ ص ١٢١) .

(٤) جونو ص ٣٦٧

(٥) جونو ص ٣٨٧ و ٣٨٨

(٦) انظر أوجست كومت (Auguste Comte) في السياسة الوضعية سنة ١٨٩٢ جز أول ص ١٥٦ — انظر أيضا ديجيه في تطورات القانون ص ١٥٧ وهو يقول : « نحن نشعر شعورا جليا بأن الفرد ليس غاية ، بل هو وسيلة . وما الفرد إلا جزء من الآلة الضخمة التي يتركب منها الجسم الاجتماعي ، ولا معنى لوجود كل منا في الحياة إلا بقدر النصيب الذي يقوم به في العمل الاجتماعي » .

١١٠ - وما قيل من أن تطور النظم القانونية اتجه نحو تحرير الإرادة من القيود ليس إلا نظرا سطحيا، وإذا كانت الأوضاع الخارجية قد زال معظمها فانما هذا مقصور على ناحية الشكل^(١)، ولا يزال العقد من حيث الموضوع خاضعا لقيود قد تكون أشد من قيود الماضي. فهذه نظرية السلب تستوجب ألا يستند الالتزام الى إرادة المتعاقدين وحدها، بل الى سلب صحيح مشروع. وقد اتسعت دائرة النظام العام، فهناك نظم كثيرة ارتفع بها المشرع فوق إرادة المتعاقدين، فلا يسعها مخالفتها. والمشاهد أن المشرع في العصر الحديث قد ضعفت ثقته بسلطان الإرادة، وهو كثيرا ما يخطئ الظواهر ويتدخل في الصميم، فلا يرى أمامه في العقد إرادتين هرتين لتساجلان ثم تنفقان، بل يرى في الميدان الاقتصادي قوتين غير متكافئتين. فيتقدم لنصرة الجانب الضعيف، ويحميه من استغلال الجانب القوي.

(٥) انتعاسه مبرأ سلطان الإرادة منه بهرير - الى أى مر تبسط

الإرادة على العقود

* ١١١ - ضرورة الرجوع الى سلطان الإرادة كمبرأ هام ولكيه الى مرور معينة - تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقا في كل نواحي القانون. وهذه المبالغة هي التي كانت سببا في رد الفعل، وقام خصوم المبدأ يقولون بهذه مرة واحدة. ولكن هؤلاء بالغوا في نبذ المبدأ مبالغة أنصاره في تأييده. والمعتدلون يرون الرجوع الى سلطان الإرادة كمبدأ عام، ولكن في حدود معينة.

فالعقد يستند في قوته الملزمة الى إرادة المتعاقدين^(٢)، باعتبار أن هذه الإرادة هي خير سبيل لتقدير الصالح العام في المسألة التي تم التعاقد عليها^(٣). ويبالغ خصوم النظرية في التفريق بين صالح الفرد والصالح العام، فإن الصالح العام هو أن تكون صواحب الأفراد مضمونة بحمية^(٤)، وكما أنه لا يجوز تسخير المجموع لخدمة الفرد، كذلك لا يجوز تسخير الفرد لخدمة المجموع، فيصبح

(١) ولرب لا يرجع الى سلطان الإرادة، بل الى تسهيل المعاملات والاسراع في اتخاذها (جورج ص ٤٠١ - أنظر أيضا فيوليه (Viollet) تاريخ القانون الفرنسي ص ٦٤٦).

(٢) بلانيول ٢ فقرة ٩٤٤

(٣) ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٥ ص ٣١ - أنظر أيضا ص ٨١

(٤) ويلاحظ الأستاذ شارمون (Charmont) أن التضامن الاجتماعي ليس هو وحده القانون الذي يقوم عليه =

آلة صماء ، في يد موجود وهمي يسلب الأفراد حريتهم^(١) ، وليس المجتمع اذا نظر اليه باعتبار أن له وجودا ماديا مستقلا عن وجود الأفراد ، إلا خيالاً لا يقل في الوهم عن خيال وجود الفرد المنعزل عن الجمعية البشرية^(٢) .

وفي نظام اجتماعي يُعترف فيه بالملكية الفردية وبحرية العمل لا مناص من إفساح المجال لحرية الإرادة^(٣) . كما أنه يجب الاعتراف بما يوجبه الضمير من رعاية العهد في عقد اتفق عليه المتعاقدان^(٤) .

* ١١٢ - هرور مبدأ سلطان الإرادة : ولكن مع التسليم بسلطان الإرادة يجب تحديد مجال هذا السلطان . واذا وازنا بين أقوال أنصار المذهب وأقوال خصومه ، نتبين أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام ، فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد . أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية غثيفة مهجورة .

واذا انتقلنا الى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة ، مصدر إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع ، وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدريجياً ، فبعد أن كانت في حكم المعدم في القانون العام ، ثم يظهر لها أثر ضئيل في قانون الأسرة ، نراها تقوى

= المجتمع البشري ، بل هناك أيضا الكفاح من أجل الحياة مع عدم تكافؤ القوى ، وتوجد المهارة ، كل هذه قوانين طبيعية يجب أن تكون محل اعتبار (شارمون في بحث القانون الطبيعي ص ١٩٦) .

(١) فارن ديموج ١ ص ٨٥ و ٨٦

(٢) جونو ص ٣٢٧

(٣) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٦ ص ٢٣ و ٢٤ — كابينان في مقدمة القانون طبعة سنة ١٩٢٩ ص ٥٦

(٤) وفي هذا يقول ريبير : « يوجب علينا علم الأخلاق ألا نعتبر العقد ظاهرة اجتماعية ترتب عليها الفاضل هذه النتيجة أو تلك ، ولا تكون محترمة إلا في حدود ما تولده من ثقة لا يصح الإخلال بها . بل يجب أن نحفظ للعقد بما له من قدسية يستمدّها من رعاية العهد ومن واجب الضمير يلتزم به المدين ، ومن حق الدائن المشروع في أمانته بعهد قد قطع » (ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات طبعة ثانية سنة ١٩٢٩ ص ٤١) .

في قانون الأموال، وهي في الحقوق الشخصية أشد نشاطا منها في الحقوق العينية، فإن هذه الحقوق الأخيرة، وإن كانت الإرادة مصدرا لكثير منها، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئا جديدا فيها، ثم أن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادرا، بل أن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها.

ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع، فهي مصدر لكثير من هذه الحقوق، وهي التي ترتب آثارها.

* ١١٣ — ومع ذلك لا نريد أن نبالغ في أهمية الإرادة حتى في الحقوق الشخصية، فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق فإنه يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها في الأهمية، كالعمل الضار. وإذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية، وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود الآداب والنظام العام^(١). بل أن إرادة الفرد — حتى في داخل هذه القيود — يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظما ثابتة للطوائف والجماعات، كما في الجمعيات والشركات والنقابات، فهذه تنظمها الجماعة التي تنتمي إليها، ولا تعتمد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها. وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs)، كعقد العمل الجامع (contrat collectif de travail) وصلح أغلبية الدائنين مع المفلس، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية. كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف، كما نرى في تشريع العمال، وفي عقود الاذعان، وفي نظرية الغبن الفاحش، وهي نظرية تتوسع تدريجيا في القوانين الحديثة حتى نتناول كل العقود.

ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضا لشكلية تتطلبها بعض العقود حماية للتعاقد الذي يقدم على أمر خطير، كما في الهبة والرهن الرهنى. وهي تخضع كذلك لقواعد الاشهار حماية للغير حسن النية، ولحق الدائنين في إبطال تصرفات مدينهم إذا قصد

(١) انظر في القضاء المصرى ما يؤيد مبدأ سلطان الإرادة لاسيما في المعاملات التجارية (محكمة الاستئناف المختلطة في أول يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٥) ولكن في دائرة النظام العام والآداب (محكمة مصر المختلطة في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٩، وانظر في تطبيقات مهمة ومختلفة في هذا الموضوع تعليقات الأستاذ بسطوروس على القانون المدنى المختلط في المادة ١٨٨ فقرة ٦٢).

الاضرار بهم . وتخضع أخيرا لقواعد الاثبات ، وهي قواعد من شأنها أن تقيّد سلطان الارادة من الناحية العملية ^(١) .

هذه هي الحدود التي يرسمها القانون في الوقت الحاضر ميدانا لسلطان الارادة . فهو يعترف بهذا السلطان كبداً عام ، ولكن يحصره في دائرة معقولة تتفق فيها الارادة مع العدالة ومع الصالح العام .

§ ٣ - تقسيم العقود

* ١١٤ - التقسيمات المختلفة - يمكن تقسيم العقود اذا نظر اليها من وجهات مختلفة عدة تقسيمات .

فالعقد من حيث التكوين إما أن يكون عقدا رضائيا أو عقدا شكليا أو عقدا عينيا . وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقدا مسمى أو عقدا غير مسمى ، وإما أن يكون عقدا بسيطا أو عقدا مختلطا .

وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقدا ذاتيا أو اتفاقا منظما ، وإما أن يكون ملزما للجانبين أو ملزما لجانب واحد ، وإما أن يكون عقدا معاوضة أو عقد تبرع .

وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقدا محددا أو عقدا احتماليا ، وإما أن يكون عقدا فوريا أو عقدا مستمرا ، وإما أن يكون عقدا أصليا أو عقدا تبعا ^(٢) .

(١) انظر في ذلك بلانول ورينير واسمان ١ فقرة ١٧ - ٢٦ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٥٧ - ٢٦٠ و ص ٢٦٦ - ٢٦٧

(٢) يلاحظ أن القانون الفرنسى لم يذكر من هذه التقسيمات إلا تقسيم العقد الى ملزم للجانبين وملزم لجانب واحد (م ١١٠٢ - م ١١٠٣) ، والى محدّد واحتمال (م ١١٠٤) ، والى تبرع ومعاوضة (م ١١٠٥ - م ١١٠٦) والى معين وغير معين (م ١١٠٧) - أما القانون المصرى فلم يتعرض لتقسيم العقد ، وكذلك فعل القانونان الألماني والسويسرى . والواقع أن هذه التقسيمات أُلقي بالكتب الفقهية منها بالتشريع . أما المشروع الفرنسى الايطالى فقد احتذى مثال القانونين الفرنسى والايطالى فذكر التقسيمات الأربعة المتقدمة مع تصحيح لبعض الأخطاء (انظر فيفورونو في العقد فى المشروع الفرنسى الايطالى والقانون المقارن فقرة ٧٤) .

هذا و يوجد ، عدا التقسيمات التسعة التى ذكرناها ، تقسيمات أخرى أقل أهمية من الناحية المدنية ، نذكر منها تقسيم العقد الى تجارى ومدنى ، فالتجارى هو ما كان موضوع الالتزام فيه عملا تجاريا . أما المدنى فموضوع الالتزام فيه عمل =

العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني :

* ١١٥ - العقد الرضائي (Contrat consensuel) هو ما كان يكفي في انعقاده اقتران القبول بالإيجاب . فرضاء المتعاقدين وحده هو الذي يكون العقد . وأغلب العقود في القانون الحديث رضائية، كالبيع والإيجار والشركة وغيرها من العقود المعنية وغير المعنية، حتى أصبحت العقود الرضائية هي القاعدة وغيرها استثناء . وقد تقدم أن القانون لم يصل إلى هذه القاعدة طفرة، بل تطور إليها تدريجاً، نزولاً عند مقتضيات الاقتصادية وغيرها من الاعتبارات .

ولا يمنع للعقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص، اذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين، فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة^(١) أو نحوها . وقد اشترط المشرع المصري في إثبات

= مدني، وأهم أثر عمل لهذا التقسيم هو الإثبات، فالعقد التجاري يصلح إثباته بكل الطرق، بما فيها البيّنات والقرائن، والعقد المدني لا يجوز إثباته إذا زادت قيمة الالتزام فيه على عشرة جنيهات إلا بالكتابة . وفي حالة المعاملة بين تاجر وغير يكون^٨ - الذي تم بينهما مختلطاً، أي مدنياً بالنسبة لتغير التاجر، وتجارياً بالنسبة للتاجر، ولذلك يتبع في الدعوى يتعلق بها من الأحكام صفة المدعى عليه فيها، فيصح الدفع ضد التاجر بجميع الدفوع التجارية (محكمة الأقصر الأهلية ١ يناير سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ١٤٥ رقم ٨٦) - وينقسم العقد كذلك إلى عقد للنفعة العامة (contrat d'utilité publique) وعقد للنفعة الخاصة (contrat d'utilité privée)، فكل الأول عقود الاحتكار التي مدتها المجالس البلدية عادة مع الشركات للقيام بعمل ذي منفعة عامة (كتوزيع المياه والنور والغاز ونحو ذلك) . ومثل ثانياً العقود الأخرى كالبيع والإيجار (انظر سائكلت (Sainctelette) في مجلة القانون الدولي السنة العشرين ص ٤٢٥ ، بعدها وبلانيوك ٢ فقرة ٩٦٦) وينقسم العقد إلى قضائي (contrat judiciaire) وغير قضائي، فالأول هو ما يسجله القضاء بناء على إقرار المتقاضين أمامه، وهو يشترك مع سائر العقود من حيث القواعد الواجب تطبيقها كالأثار التي ينتجها العقد وأرجه البطلان وغير ذلك (انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مايو سنة ١٩٢١ ٣٣ م ص ٣١٨ جازيت ١٢ ص ٢٧٠ فقرة ٤٥ - حكماً آخر في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ١٩٧ فقرة ١٧٧)، ويمتاز العقد القضائي بأنه يكون رسمياً وبأنه يشارك الحكم القضائي في بعض مميزاته (انظر في هذا الموضوع ديموج ٢ فقرة ٦٣٢ - فقرة ٦٦٠) . وينقسم العقد إلى مسبب (causé) ويذكر فيه السبب، وغير مسبب أو مجرد من السبب (abstrait) ولا يذكر فيه السبب (انظر ديموج ١ فقرة ٢١٥)، وسنعود لهذا الموضوع عند الكلام على السبب) . وينقسم إلى عقد أقل للحق العيني كالبيع، وعقد يولد التزاماً بعمل أو بالامتناع عن عمل كالإيجار وعقد منع المنافسة التجارية . وينقسم إلى عقد يستلزم أن تليه عقود أخرى كالوكالة والشركة، وعقد لا يستلزم ذلك كالبيع والإيجار .

(١) فيكون العقد غير المكتوب موجوداً، ولكن لا توجد وسيلة كتابية لإثباته . والفائدة العملية في تمييز مثل هذا أنه في حالة ما إذا كانت الكتابة لازمة للإثبات (ad probationem) يجوز إثبات العقد غير المكتوب بالأقوال واليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً في العقد (ad solennitatem) بأن كان شكلياً فالعقد غير موجود مادامت الكتابة لم توجد، حتى عند الأفراد واليمين .

الالتزامات الناشئة عن عمل قانوني وتزيد قيمتها على عشرة جنيهاً الكتابة أو الاقرار أو اليمين ، ومع ذلك فالعقود التي تنشئ هذه الالتزامات عقود رضائية . وهناك من العقود ما يشترط في إثباتها إحدى الطرق المشار إليها ، حتى لو تزد قيمة الالتزامات التي تنشئها هذه العقود على عشرة جنيهاً ، كعقد الإيجار ، وعقد الصلح في القضاء المختلط ، فهذه العقود رضائية كذلك لما قدمناه .

١١٦ — وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون تعاقدهما بالكتابة ، وفي هذه الحالة ينظر فيما إذا دأبا يقصدان أن تكون الكتابة للإثبات ، فيوجد العقد يجوز الرضاء ، أو لاتمام العقد ، فلا يتم العقد دون كتابة ، ولكل من المتعاقدين أن يعدل عن التعاقد ما دامت الكتابة لم تتم^(١) . وإذا قام شك في تفسير نية المتعاقدين ، ولم يوجد مرجح لأحد الفرضين ، فالقضاء في فرنسا وفي مصر يذهب الى ترجيح الفرض الأول ، وهو أن تكون الكتابة للإثبات^(٢) . أما القانونان الألماني والسويسري فيغلبان أن تكون الكتابة لتكوين العقد إبقاء للشيء على أصله^(٣) .

* ١١٧ — العقد الشكلي (Contrat solennel) — هو ما لا يتم بجور اقتران القبول بالايجاب ، بل يجب لتكوينه اتباع شكل مخصوص يحدده القانون . وأكثر ما يكون هذا

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١ — ويرى بلانيول أن العقد لا يتقلب شكليا بناء على هذا الاتفاق ، وتقتصر الكتابة على أن تكون علامة الاتفاق النهائي (انظر بلانيول ٢ فقرة ٩٧٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١١١) . ويرى بودري وبارد أن العقد يتقلب شكليا بالاتفاق (جز أول فقرة ٢٢) . وسواء انقلب العقد شكليا أو بقى رضائيا ، فانه يخلف عن العقد الشكلي بحكم القانون في أن هذا العقد الأخير (كالمدة مثلا) لا يجوز الاتفاق على جعله رضائيا ، أما العقد الشكلي بالاتفاق فيجوز فيه العدول عن هذا الاتفاق والرجوع الى جعله رضائيا .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ يونيو سنة ١٩٠١ سيرة ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٣ — حكم آخر في ١٤ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ مع تعليق فاليري (Valéry) . انظر أيضا بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١١١ ص ١٤١ — ديموج ٢ فقرة ٨٩٤

وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الاشتراط في عقد بيع تام بنفسه بأن يحتر هذا العقد فيما بعد بصفة رسمية ، لا يجعل هذا البيع معلقا على هذا الشرط ، ومن ثم ينفذ مفعول البيع المذكور من تاريخ التعاقد (٢١ فبراير سنة ١٩١٤ مج ١٥ عدد ١٠٥) .

(٣) انظر المادة ١٥٤ فقرة ثانية من القانون المدني الألماني ، وكذلك المادة ١٢٥ من هذا القانون . وانظر المادة ١٦ من قانون الالتزامات السويسري . انظر ديموج ١ فقرة ٢١١ ثالثا وفقرة ٥٩٧

الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد^(١) . وقد تقدمت الإشارة الى أن العقود بدأت تكون شكلية، وتطورت بعد ذلك الى أن صار أكثرها رضائيا . والغرض من شكلية العقود القليلة الباقية في القانون الحديث تنبيه المتعاقدين الى خطر ما أقدموا عليه، كما في الهبة والرهن ، هذا الى أن العقود الشكلية مظنة الطعن فيها ، كما في الهبة فأراد المشرع أن يسد هذا الباب ، فاشتراط رسمية العقد، حتى لا يجعل مجالا للطعن فيه إلا بطريق التزوير^(٢) .

* ١١٨ — والعقود الشكلية في فرنسا قليلة العدد . وهي تشمل عقدى الزواج والتبني فيما يخص قانون الأسرة ، والهبة والرهن الرسمي والوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين وحلول الدائن محل الزوجة في رهنها القانوني والعقد الذى ينظم العلاقات المالية فيما بين الزوجين (contrat de mariage) فيما يخص قانون الأموال^(٣) .

أما في مصر فالعقود الشكلية قليلة العدد أيضا ، وهي في دائرة الأحوال الشخصية تنحصر وأ- . وفي دائرة الأموال تنحصر في الهبة والرهن الرسمي والحكر في الأموال الموقوفة والاتفاق نقل التأمينات الشخصية في تجديد الدين بتغيير الدائن أو المدين والوفاء مع الحلول بالاتفاق الدائن في القانون المختلط . وكذلك بيع السفن يعتبر عقدا شكليا في القانون المصرى يشترط فيه أن يكون بورقة رسمية^(٤) . أما البيع بوجه عام فهو عقد غير شكلي ، حتى بعد قانون

(١) و يقسم الأستاذ ديموج الشكلية الى رسوم خارجية (extrinsèques) كوجوب أن يكتب العقد شخص معين . يشهد عليه عدد معين من الشهود ، وأن يكتب في وقت مخصوص ، والى رسوم داخلية (intrinsèques) كالبيانات التى يجب ذكرها في العقد الشكلى (ديموج ١ فقرة ٢١١ رابعا) .

(٢) ديموج ١ فقرة ١٩٢ و فقرة ١٩٤

(٣) انظر حصر جميع الأعمال القانونية الشكلية في القانون الفرنسى فى ديموج ١ فقرة ١٩٦ انظر أيضا بلانيول وريير وامسان ١ فقرة ١١٥

٠ (٤) وينعقد فى الشريعة الاسلامية بحضور شهود على بعض المذاهب ، فهو شكلى من هذه الجهة ، لا من جهة اشتراط طريق مخصوص لاثباته . أما فى الأديان الأخرى فينعقد الزواج على يد رجال الدين . وهناك قواعد لاثبات الوصية جاءت فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ولكنها للاثبات لا للانعقاد . على أن الوصية ليست عقدا بل هى عمل قانونى صادر من جانب واحد ، وقد تقدم بحث ذلك فى الشريعة الاسلامية .

(٥) انظر م ٣/٣ من القانون التجارى البحرى . ويذكر الأستاذ هالتون (جز ١ فقرة ٣٣٢) أن رضا المدين فى حوالة الدين فى القانون الأهلى يجب أن يكون بالكاتب واعتبر هذا شكلا للرضا ، ولكننا نرى أن الكتابة هنا طريق للاثبات (انظر نجيب الهلالى بك فى عقد البيع فقرة ٨٠١) .

أما الوقف فهو وإن كان لا يتم إلا باشهاد شرعى ، إلا أنه تصرف لا عقد ، أى عمل قانونى صادر من جانب واحد .

التسجيل الحديث، فإن التسجيل ليس لازماً لتكوين العقد بل لنقل الملكية، وعلى هذا استقر القضاء المصرى .

على أن ما ذكرناه مقصور على القانون المدنى ، وإلا فإن القانون التجارى فيه كثير من الأوضاع والأشكال^(١) .

١١٩ - ويلاحظ أن كل عقد شكلى يكون التوكيل فى عمله شكلياً أيضاً^(٢)، وكذلك إجازة العقود الشكلى تكون شكلىة مثلها^(٣) . كما أنه تجوز تجزئة العقد الشكلى ، وعمل الإيجاب فى ورقة غير الورقة التى يوضع فيها القبول ، بل اذا كانت الشكلىة قد قررت لحماية أحد المتعاقدين دون الآخر ، كما فى الرهن ، فتكفى الشكلىة فى رضاء من قررت لمصلحته (رضاء المدين الراهن مثلاً) ، ويجوز أن يوضع رضاء الطرف الآخر فى عقد عرقى ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، كما فعل فى عقد الهبة (م ٧٠/٤٨)^(٤) .

(١) ومن الغريب أن الشكلىة التى هجرت لتسهيل المعاملات والامراع فى انجازها ، عادت الى الظهور فى القانون التجارى لهذا الغرض ذاته الذى كان سبباً فى تجنبها ، فالأوراق التجارية يشترط فى كتابتها شكل خاص لتبسيطها وسرعة تداولها (انظر فى هذا المعنى أدمون ساليه فى التطور الفنى للعقد فقرة ٣١٠ - فقرة ٣١١) . وقد سبق أن أشرنا الى أن الشكلىة فى العصر الحديث قد ظهرت فى ثوب جديد ، فطرق الاشهار من قيد وتسجيل ، وطرق الاثبات ، كل هذه فى الواقع تعتبر نوعاً من الشكلىة الحديثة (انظر ديموج ١ فقرة ١٩٢) ، على أنه من الناحية الفقهية يجب تمييز الشكلىة عن طرق الاشهار وطرق الاثبات (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١١٣ - ديموج ١ فقرة ١٩٢ وفقرة ٢٠٢) .

وتختلف الشكلىة الحديثة عن الشكلىة القديمة فى أنها أكثر مرونة وفى أنها لا تكفى وحدها فى تكوين العقد ، فهى وان كانت لازمة ، إلا أنها لا بد أن تقترن بإرادة المتعاقدين ، فهى شكلىة وضعت للإرادة لا للعقد ، وكانت الشكلىة فى العصور الماضية هى وحدها هى التى تكون العقد ، لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط أو الغش أو الاكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية (انظر ديموج ١ فقرة ١٩١) .

هذا ويجب أن نميز بين الشكلىة فى ذاتها ، وهى لا توجد إلا باستيفاء الشروط التى حددها القانون ، وبين اثبات الشكلىة بعد أن حصلت ، فهى واقعة مادية تثبت طبقاً للقواعد العامة بجميع طرق الاثبات بما فيها البيئة والقرائن . وكثيراً ما سمح القضاء الفرنسى بالبيئة فى اثبات حصول وصية مستوفاة فى الشكل بعد ضياعها ، اذا ثبت أن هذا الضياع لقوة قاهرة (انظر ديموج ١ فقرة ١٩٥ والأحكام والمراجع المشار إليها) .

(٢) ديموج ١ فقرة ١٩٧ - ١٩٨

(٣) ديموج ١ فقرة ١٩٩

(٤) ديموج ١ فقرة ٢٠٨ - وانظر أيضاً فيما يتعلق بتعديل العقد الشكلى ، وهل يستوجب ذلك عقداً شكلياً

ديموج ١ فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ ، وفما يتعلق بالوعد بعمل عقد شكلى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١١٨

* ١٢٠ - **العقد العيني** (Contrat réel) — هناك بعض عقود محصورة العدد، وهي العارية بقسميها (الاستهلاك والاستعمال) والوديعة ورهن الحيازة^(١)، لا تتم إلا بتسليم العين المعقود عليها . أما قبل التسليم فالعقد لا يكون موجودا بصفته هذه . بل قد يوجد — اذا توافرت أركانه — بصفته عقدا غير معين، فيكون وعدا بعارية أو بوديعة أو برهن . فالتسليم إذا ركن من أركان العقد، لا يتم العقد بدونه، وليس هو التراما ينشأ عن العقد بعد أن يتم^(٢) .

وهذه الفكرة ورثها القانون الفرنسى عن القانون الرومانى، ونقلها عنه القانون المصرى . وقد كان الأمر مفهوما فى القانون الرومانى، اذ لم يكن مجزء الرضاء فى هذا القانون كافيا فى تكوين العقد، وكانت العقود شكلية، ثم وجدت العقود العينية الى جانب العقود الشكلية، واستغنى عن الشكل فيها بتسليم العين، وذلك لأن الرضاء وحده لم يكن كافيا لتكوين العقد وتوليد الالتزام برد العين، فجعل التسليم منشئا لهذا الالتزام، إما على أساس أن من استلم العين ولم يردها يرتكب جريمة، وإما على أساس الأثراء بلا سبب، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك .

أما الآن فقد أصبح الرضاء كافيا لتوليد الالتزام، فلم يعد هناك معنى لاشتراط التسليم فى تكوين هذه العقود، مادام السبب الذى كان يشترط التسليم من أجله فى القانون الرومانى قد زال . وقد سارت بعض التشريعات الحديثة فعلا على هذا الرأى . فالقانون السويسرى

(١) وقد وردت أحكام كثيرة تقضى بأن انتقال الحيازة فى رهن الحيازة إنما يقصده حماية الغير، ويعتبر الرهن صحيحا فيما بين المتعاقدين حتى لو لم تنتقل حيازة الشيء المرهون الى الدائن (انظر محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢٦ مارس سنة ١٩١٢ مج ١٣ عدد ٩١ — حكما آخر فى أول مارس سنة ١٩٢٠ مج ٢١ عدد ١١٧ — حكما ثالثا فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٠ مج ٢٢ عدد ٩٦ — محكمة أسيوط الكلية حكم استئنافى فى ٧ مارس سنة ١٩١١ مج ١٢ عدد ٢٨٦ — محكمة طنطا الكلية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ مج ٢٤ عدد ١٠٨/٢ — انظر أيضا مذكرة لجنة المراقبة فى ٦ مايو سنة ١٩١٥ مج ١٧ عدد ١٠) . ولكن هذا لا يعنى حتما أن رهن الحيازة يتم دون تسليم العين، بل يمكن تأويل هذه الأحكام بأنه قبل تسليم العين يوجد عقد ملزم يقضى بتسليم العين للدائن، وإن كان هذا العقد ليس هو عقد الرهن بالذات، بل عقد غير معين هو وعد بالـ

(٢) وقد يتفق المتأيدان على أن العقد لا يتم إلا اذا قام أحدهما بتنفيذ شطرن من التزامه، كما فى عقود التأمين، فانه قد يشترط فيها ألا تتم إلا بعد دفع أول قسط من المؤمن، فبئل هذا الشرط صحيح، ولا يتم العقد إلا اذا نفذ الشرط (محكمة النقض الفرنسية فى ٢ يولية سنة ١٩١٨ — سيريه ١٩١٨ — ١ — ٢٠٤ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٦ يولية سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧ — ٢ — ٩٣ — بلانيول وريبيير واسمان ١ فقرة ١٤٢) . ويكون العقد فى هذه الحالة عينيا، ولكن العينية مصدرها الاتفاق لا القانون (فان مع ذلك بلانيول وريبيير واسمان ١ فقرة ١١١) .

يجعل عقود عارية الاستهلاك وعارية الاستعمال والوديعة عقوداً رضائية تتم قبل التسليم ، ولم يبق فيه إلا عقد عيني واحد هو رهن الحيازة^(١) . والقانون الألماني لم يجعل عينا الا عقدين ، هما عارية الاستهلاك ورهن الحيازة ، أما عارية الاستعمال والوديعة فلم يقض بالعينية فيهما^(٢) .

١٢١ — وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا الأخذ بهذا المبدأ والعدول عن تقاليد القانون الروماني ، فذهبوا الى أنه لا توجد عقود عينية في القانون الفرنسي ، وأن العقود الأربعة المتقدمة عقود رضائية ، تتم بالاتفاق دون حاجة الى التسليم ، ويكون التسليم التزاماً لا ركناً . وبذلك تكون عقود عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك ورهن الحيازة ملزمة للجانبين ، وعقد الوديعة ملزماً للجانب واحد لأن كلا من التسليم والرد يبقى التزاماً في ذمة حافظ الوديعة^(٣) . ولكن هذا الرأي بقي شاذاً في الفقه الفرنسي ، وذهب أكثر الفقهاء^(٤) الى القول بعينية العقود الأربعة ، ونزلوا في ذلك عند تقاليد القانون الروماني وتقاليد القانون الفرنسي^(٥) ، واستندوا الى نصوص القانون المدني الفرنسي التي وردت في تعريف العقود العينية المختلفة ، فعارية الاستعمال عرفها القانون بأنها عقد يسلم به أحد المتعاقدين الآخر شيئاً لاستعماله (م ١٨٧٥) .

(١) انظر المواد ٣١٢ و ٣٠٥ و ٤٧٠ من قانون الالتزامات السويسري . والمواد ٨٨٤ و ٨٨٥ و ٨٨٨ من القانون المدني السويسري .

(٢) انظر المواد ٦٠٧ و ٦١٠ و ١٢٠٥ و ٥٩٨ و ٦٨٨ من القانون المدني الألماني .

(٣) انظر في هذا المعنى فيجيه ٢ فقرة ١١١١ ص ١٠٦ و ٣ فقرة ١٠١٥ ص ٥٣٦ — ص ٥٢٧ و فقرة ١٠٥٠ ص ٥٤٨ و فقرة ١٢٠٠ ص ٦٢٣ — ص ٦٢٤ ، انظر أيضاً فردينان كومبسكي (Ferdinand Combescure) في مقال له بالمجلة الانتقادية السنة الثانية والعشرين ص ٤٧٧ — ص ٤٩١ — ديموج ٢ فقرة ٥٠٢ وما بعدها — ليديك (Ledue) رسالة دكتوراه ص ١٧٥ — ص ٢٠٨ — بلسنيل (Plesnilla) رسالة دكتوراه سنة ١٩١٠ ص ١١٥ وما بعدها — موري (Maury) رسالة دكتوراه سنة ١٩٢٠ ص ١ — ص ١١٩ — ص ١٤٠ . ويساعد على هذا الرأي أن القانون الفرنسي لم يقسم العقود الى رضائية وعينية (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢١ ص ١٥٣) .

(٤) كوليه دي سانتيير ٥ فقرة ٩ مكررة فقرة ٢ — أوبري ورو ٤ ص ٤٦٧ هامش نمرة ٦ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ — لارومبيير ١ م ١١٠٧ فقرة ٦ — لوران ١٥ فقرة ٤٤٥ — بنفوار ص ٤٦٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٢٣ .

انظر أيضاً محكمة النقض الفرنسية في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ دالوز ١٩٠٠ — ١ — ٤٨١ ، ومع ذلك انظر من الوجهة الجنائية من حيث التبديد في رهن الحيازة محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دي باليه ١٩٢٨ — ١ — ١١٤ .

(٥) دوما القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة ٩ والباب الرابع الفصل الثاني فقرة ٣ بوتيه في الالتزامات فقرة ٦ و فقرة ٧ و فقرة ٨ و فقرة ١٠ و فقرة ١٣ و فقرة ٢٠ .

وعارية الاستهلاك عقد يسلم به أحد المتعاقدين الخ (م ١٨٩٢ انظر كذلك الوديعة م ١٩١٥ ورهن الحيازة م ٢٠٧١)، في حين أن عقد البيع، وهو عقد رضائي. يعرفه القانون بأنه عقد يلتزم به أحد المتعاقدين بتسليم شيء (م ١٥٨٢). فالفرق واضح بين تعريف العقد العيني وتعريف العقد الرضائي. ويضيفون الى ذلك نصا حاسما ورد في المادة ١٩١٩ بشأن الوديعة، وهو يقضي بأن الوديعة لا تتم إلا بالتسليم^(١).

ويمكن في القانون المصري الاستناد الى هذه الحجج للقول بعينية العقود الأربعة، لاسيما أن المشرع المصري نقل عن المشرع الفرنسي النصوص المتعلقة بهذا الموضوع^(٢).

(١) راجع كذلك الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسي، حيث أشير الى أن التسليم يعتبر من جوهر العقد (essence du contrat) (انظر فينيه (Fenet) ١٥ ص ٢٠٤ و ص ٢١٤ — لوكريه (Loerie) ١٦ ص ٢٣ و ص ٣٧).

على أن الأستاذين بودرى وبارد، مع تسليمهما بأن هذا هو التشريع الفرنسي، ينتقدانه من الوجهة العلمية، ويشيران الى أن الذى حل كلا من دوما وبوتيه على متابعة القانون الرومانى والقول بعينية العقود الأربعة هو أنهما لم يسبقا أن يتولد الزام برد الشيء، قبل استلام هذا الشيء. ويجب الأستاذان بأن ذلك سائق، بدليل أن عقد الإيجار يولد التزاما في جانب المستأجر برد العين المؤجرة حتى قبل استلامها ويكون الالتزام معلقا على الاستلام (بودرى وبارد ١١ فقرة ٢٣ ص ٣٠، وانظر حجة دوما وبوتيه بردها الأستاذ هاتون ١ ص ٣٣٣).

وتنقد الأستاذة بلانيول وريبير واسمان (١ فقرة ١٢١ و ص ١٥١ — ص ١٥٤) أيضا فكرة العقود العينية، وتذهب على كل حال الى عدم التوسع فيها، فلا تضاف اليها عقود جديدة، كعقد النقل مثلا (انظر في هذا المعنى ليون كان ورينو في القانون التجارى ٣ فقرة ٥٥٩ — تالير وبرسرو في القانون التجارى فقرة ١١٦٦ — سارى في النقل بالسكك الحديدية فقرة ٤)، وبالنسبة لعقد الايراد المرتب (محكمة باريس الاستئنافية ١١ أبريل سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٢ — ٢ — ٢٧٣). كما أنه يجب تطبيق نظرية الفسخ في هذه العقود العينية، فإذا لم يتم المقرض مثلا بدفع الفوائد، كان للمقرض أن يفسخ العقد، ويسترد الشيء المقرض، كما لو كان العقد ملزما للجانبين (انظر في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ٢٥٧ القضية الثالثة — حكما آخر في ١١ يناير سنة ١٩٢٦ جازيت دى باليه ١٩٢٦ — ١ — ٣٦٧ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٤٩٢ — فقرة ٤٩٤ — كاييتان في السبب فقرة ١٥٦). وسنبين فيما يلى أننا نذهب الى أن عقد القرض إنما هو عقد ملزم للجانبين، خلافا للرأى الشائع.

(٢) انظر تعريف هذه العقود في المواد ٤٦٤/٥٦٥ (عارية الاستعمال) و ٤٦٥/٥٦٦ (عارية الاستهلاك) و ٤٨٢/٥٩٠ (الوديعة) و ٥٤٠/٦٦٢ (رهن الحيازة). وقارن بين هذه التعريفات وتعريف البيع في المادتين ٢٣٥/٣٠٠، وانظر كذلك المادتين ٥٤١/٦٦٣، وهما تنصان على أن رهن الحيازة يبطل اذا رجع المرهون الى حيازة راعته.

انظر أيضا من هذا الرأى والتون ١ ص ٨٣، وان كان يرى أن النصوص المصرية أقل وضوحا ودلالة على عينية هذه العقود من النصوص الفرنسية.

١٢٢ — على أن القول بوجود عقود عينية في القانونين المصرى والفرنسى لا يجعل لهذه العقود الشأن الذى كان لها في القانون الرومانى، فان هذا القانون الأخير كان لا يعدّ عقدا اتفاق المتعاقدين على عارية أو وديعة أو رهن قبل أن يتم التسليم، فلا يلتزم المتعاقد بشيء، ولذلك كان لابد من انتظار التسليم، ووجود العقد العينى، حتى تتولد الالتزامات . أما في القانونين المصرى والفرنسى، فاتفاق المتعاقدين قبل التسليم عقد رضائى ملزم، باعتبار أنه وعد بعارية أو وديعة أو رهن، وللعود أن يطلب تنفيذ هذا العقد، فيحوّله بالتنفيذ الى عقد عينى، وبذلك أصبحت هذه العقود العينية تتم على مرحلتين : المرحلة الأولى مرحلة الوعد، وهو عقد رضائى ملزم لجانب واحد هو مالك الشيء أو حائزه (إلا في الوديعة فالالتزام على من وعد باستلام الشيء)، والمرحلة الثانية مرحلة العقد العينى، وهو ملزم لجانب واحد، هو من يستلم الشيء .

١٢٣ — وقد يكون الفرق غير كبير من الناحية العملية بين الرأى السائد الذى يقول بوجود العقود العينية والرأى الذى ينكر وجود هذه العقود، مادام القانون الحديث — بخلاف القانون الرومانى — يعطى لمجرد الاتفاق على عقد عينى قوة قانونية تلزم المتعاقدين باتمام العقد المتفق عليه . وسواء مر العقد على مرحلتين أو نشأ من أول الأمر عقدا رضائيا ملزما للجانبين (إلا في الوديعة كما تقدم) فان النتيجة العملية تكاد تكون واحدة في كلا الرأيين .

إلا أنه مع ذلك يمكن أن نتصور فروقا بين الرأيين : (١) في عارية الاستهلاك تنتقل الملكية عند تمام العقد، ويكون ضمان العين المعارة على المستعير بمجرد انتقال الملكية (م ٥٧٣/٤٧٣) . فاذا قلنا بعينية العقد، وهلك العين (إذا كانت معينة) قبل التسليم، فيكون الهلاك على صاحبها لأن العقد لم يتم، ولم تنتقل الملكية . أما اذا قلنا بأن العقد رضائى، فالهلاك قبل التسليم على المستعير، لأن العقد قد تم وانتقلت الملكية إليه^(١) . (٢) اذا قلنا بعينية عارية الاستهلاك والرهن، وتصرف صاحب الشيء فيه قبل التسليم، نفذ التصرف في حق الطرف الآخر، لأنه لم يستلم الشيء، فلا يثبت له أى حق عينى عليه، وليس له إلا حق شخصى يؤول الى

(١) انظر في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ١٥ مارس سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ — ١ — ٢٨ —

٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٨ — ١ — ٥٤٥ ، ويلاحظ أن القانون المصرى يقضى بجعل هلاك الشيء المبيع على البائع قبل التسليم، فاذا قصرنا هذه القاعدة على البيع دون غيره من العقود، كان الهلاك على المفترض قبل التسليم، ويستقيم الفرض الموجود في المتن مع القانون المصرى . وسيأتى بحث قاعدة الهلاك في القانون المصرى .

تعويض لعدم إمكان تنفيذه عينا. أما إذا قلنا برضاية العقدين، وصدر التصرف قبل التسليم، فلا يضر ذلك بحق المقرض أو المرتهن، فإن كلا منهما قد انتقل إليه الحق العيني بمجرد الاتفاق ولو قبل التسليم، فيتبعان هذا الحق في يد من تصرف له صاحب الشيء، إلا إذا حال دون ذلك القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية . (٣) كذلك فيما يتعلق بحق الدائنين، يكون لدائني المقرض أو الراهن، قبل تسليم الشيء، حق التنفيذ عليه، دون أن يلزموا باحترام حق المقرض أو المرتهن، لأن العقد عيني، ولم ينتقل هذا الحق قبل التسليم . أما إذا كان العقد رضائيا فيجب على هؤلاء احترام الحق، لأنه انتقل بالرضاء، ويكون في هذه الحالة لدائني المقرض حق التنفيذ، ولو قبل استلام المقرض للشيء، لأنه أصبح ملكه بمجرد الاتفاق^(١). (٤) ينظر في توافر الأهلية عند المتعاقدين الى وقت تمام العقد، فإذا قلنا بعينية هذه العقود الأربعة، وجب النظر في توافر الأهلية وقت التسليم لا وقت الرضاء، وإذا قلنا بالرضائية كان كافيا أن تتوافر الأهلية وقت الرضاء، ولو انعدمت عند التسليم^(٢).

العقد المسمى والعقد غير المسمى :

١٢٤ - أهمية التقسيم في القانون الروماني - كان لهذا التقسيم أهمية كبرى

في القانون الروماني، وقد سبق أن أشرنا الى أن هذا القانون كان لا يعترف - فيما خلا العقود الشكلية - إلا بعقود محدودة العدد، بعضها رضائي، وبعضها عيني، وأخرى اتفاقات يعطيها قوة العقود . ومن هذه الاتفاقات عقود اعترف بها تدرجا وبعد تطوّر طويل، وهى العقود غير المسماة . ولم يعترف بها في نظريتها المعروفة إلا في عهد جوستينيان^(٣) . وهى عقود لا تتم

(١) انظر والتون ٢ ص ٨٤

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ ص ١٥٣ هامش نمرة ٢ - وهناك فرق خامس في القانون الفرنسى، ففي هذا القانون يشترط لاثبات العقد الملزم للجانبين أن يكتب من نسختين (م ١٣٢٥)، فإذا قلنا بالعينية كان العقد ملزما لجانب واحد، فلا تكتب نسختان، وإذا قلنا بالرضائية كان العقد ملزما للجانبين (عدا الوديعة) فتجب كتابة نسختين (بودرى وبارد ١ فقرة ٢٣ - بلانيول وريبير واسمان ١ ص ١٥٣ هامش ٢) . ولا يوجد في القانون المصرى نص يقابل المادة ١٣٢٥ من القانون المدنى الفرنسى .

(٣) انظر في منشأ هذه العقود جيران ص ٩٨ وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقودا، بل كان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه مع الآخر، فليس له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه، لأنه لم يوجد عقد ما يولد هذا الالتزام، ولم يكن أمام الطرف الأخرى إلا أن يلجأ الى دعوى الإثراء بلا سبب، إذا توافرت شروطها، فيسرد بها ما يكون قد أداه ولم يستوف مقابلا له . ثم أن لابيون (Labéon) - الفقيه الروماني المعروف - أدخل في القانون دعوى تعطل =

إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر، فإذا فعل كان من ذلك أن يتكوّن العقد، ويتولد التزام بمقتضاه في جانب الطرف الآخر بأن يقوم هو أيضا بما اتفق عليه مع الطرف الأول .

وكان الرومان تقسم هذه العقود الى أربعة أقسام: (الأولى) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني، فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عيني كذلك (do ut des)، مثل ذلك المقايضة (premutatio) . (والثانية) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني، فيلتزم الآخر بعمل شيء (do ut facias)، مثل ذلك الهبة بعوض (sub modo) . (والثالثة) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء، فيلتزم الآخر بعمل شيء كذلك (facio ut facias)، مثل ذلك أن يسلم شخص حيازة شيء لآخر، فيلتزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طالب (convention de précaire) . (والرابعة) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء، فيلتزم الآخر بنقل حق عيني (facio ut des)، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر، فيلتزم الآخر إذا باعها أن يدفع ثمنها المتفق عليه، وإلا رد البضاعة الى صاحبها، ومن هذا نرى أن هذا العقد يكون تارة عملا في مقابل نقل حق عيني (facio ut des)، وطورا عملا في مقابل عمل (facio ut facias)، وهو أول عقد طبق الرومان فيه دعوى العقود غير المسماة (praescriptis verbis)، لما رأوه عقدا يدور بين البيع والعمل والوكالة^(١) .

* ١٢٥ - ونرى مما تقدّم أن تسمية هذه العقود في القانون الروماني بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة، فإن أغلب هذه العقود كان معينا ومعروفا بالاسم، ولكنها سميت كذلك لأنها لا تدخل في نوع من أنواع العقود المسماة التي اعترف بها القانون الروماني . ونرى أيضا

= للدائن، إذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها، فيجعل هذا الدائن، حسب التعبير اللاتيني الذي استعملوه (aegere praescriptis verbis) . وانتقلت هذه الدعوى من دائرة العقود المعترف بها الى دائرة الاتفاقات . فكانت تعطى في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بما اتفق عليه مع الآخر، فيستطيع بمقتضى هذه الدعوى أن يطالب الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه، فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد، ولا يقتصر على استرداد ما وفاء بدعوى الاثراء بلا سبب . على أن تعميم هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بما عليه لم يأت إلا متأخرا في عهد جوستنيان، كما ثبت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني . ولم تعط في الغالب للدعوى (praescriptis verbis) إلا في عهد جوستنيان أيضا، وقد صيغ من عبارة (aegere praescriptis verbis) المتقدمة .

مما أسلفناه أن التمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى كان ذا أهمية كبرى في القانون الروماني ، لأن العقد غير المسمى — خلافا للعقد المسمى — كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه مع الآخر، ولا يوجد العقد قبل ذلك . فهي عقود قريبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم .

* ١٢٦ — أهمية التقسيم في القانون الحديث — أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد رضا المتعاقدين (إلا في العقود الشكلية والعينية على النحو الذي بيناه) . وإذا كنا لا نزال نخص بعض العقود باسم معين ، فما ذلك إلا لاعتبار عملي محض ، وذلك أن العقد المسمى هو عقد كثير الشبوع بين الناس في معاملاتهم ، فرأى المشرع أن يخصصه بنصوص تفصل أحكامه ، تسهila للأمر على المتعاقدين ، حتى لا يحتاجوا إلى الخوض في التفاصيل ، بل يتركوا ذلك للقانون ينظمه بأحكام هي ثمرة التجارب . ومع ذلك يستطيع المتعاقدان — إذا أرادا — أن يخالفا هذه الأحكام في حدود الآداب والنظام العام .

* ١٢٧ — العقود المسماة (contrats nommés) — والعقود المسماة التي نص عليها القانون المصري ورتب أحكامها هي البيع ، والمقايضة (في القانون الأهلى دون المختلط) ، والإيجار (إجارة الأشياء وعقد الاستصناع وعقد العمل) ، والشركة ، والعارية بنوعها ، والإيرادات المرتبة ، والوديعة ، والكفالة ، والوكالة ، والصلح ، والرهن ، والغاروقة ، والرهن العقاري .^(١) هذا مد العقود التجارية التي نظمها القانون التجارى .

ويلاحظ أن هذه العقود هي أكثر العقود تداولاً بين الناس^(٢) . على أن عقوداً غيرها عظم شأنها في الحياة العملية ، وأصبحت لا تقل في التداول عن العقود المتقدمة ، وذلك كمعقود

(١) و يلاحظ أن المشرع المصرى لم يخص الهبة إلا بأحكام قليلة ، لأنه يمتدّها من الأحوال الشخصية . وفي القانون الفرنسى نظمت عقود المقامرة والمراهنات (jeu et pari) . وفي القانون الألمانى نظم العقد غير المسبب أو المجرد (promesse non causée, abstraite, reconnaissance de dette) . وفي قانون الالتزامات السويسرى نظم عقد النشر (contrat d'edition) .

(٢) ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان ، إذا كان الواقع أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذى سمياه ، فقد يكونان مخطئين في التسمية ، وقد يردان أن يخفيا العقد الحقيقى تحت اسم العقد الظاهر ، كما في الهبة المستترة في صورة بيع ، وكما في الرهن المستتر في صورة بيع وفا . (لوران ٢٥٤٢ ، ٤٤٢ ، بودرى وبارد ١ فقرة ٢٠ ص ٢٠ =

التأمين المختلفة (assurance)، وعقود الاحتكار (concession de monopole)، وعقود الأعمال العامة (contrats de travaux publics)، وعقود الإذعان (contrats d'adhésion).
وهي تستحق من المشرع نفس العناية التي خص بها العقود السابقة .

* ١٢٨ - العقود غير المسماة (contrats innommés) — أما العقود غير المسماة فهي ما لم تخص باسم معين . وهي تخضع في تكوينها وأحكامها للقواعد العامة التي قررت لجميع العقود، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة، ولكنها لما كانت أقل شيوعاً من العقود المسماة وهي على كل حال لا يمكن حصرها، لم يفصل المشرع أحكامها اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر المادة ١١٠٧ من القانون المدني الفرنسي) .

ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه وعلى أن يقوم بدفع المصاريف التي يستلزمها ذلك ، في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا نجح في عمله (contrat de révélation de succession) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول على ذمة الثاني شيئاً ويعطيه مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه .
وعقد المحاسبة الذي أشرنا إليه في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين ، وعقد النشر ، والعقد بين مصور أو رسام يتفق مع شخص على أخذ صورته أو رسمه ، كل هذه عقود غير مسماة .^(٤)

== محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في ١٧ مارس سنة ١٩٠٤ سيرة ١٩٠٥ — ١ — ٢٤٥ — محكمة النقض الفرنسية في ٧ يولييه سنة ١٩٢٤ سيرة ٢٤ — ١ — ٢٢٣ . وسنعود لهذا الموضوع عند الكلام على تفسير العقد فنورد أحكام القضاء المصري في ذلك .

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٢٠ ص ١٩

(٢) درما القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة ٧

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ سيرة ١٩٢٣ — ١ — ٣٣٨

(٤) انظر ديموج ٢ فقرة ٩١٧ — والنون ١ ص ٨٠ — ص ٨١ ، وقد أورد الأستاذ والنون (١ ص ٨٠ — ٨١) أمثلة على العقود غير المعينة ، منها : (أ) اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدة أسرة تستخدم للتعليم الطبي ، ولم يحدد أجل لذلك . فقضت المحكمة الفرنسية بأن العقد ليس بإيجار ولا بيعاً ولا عقداً مقرراً الحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير معين (محكمة دويه الاستئنافية في ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ — ٢ — ١٧٣) . (ب) اتفق تاجر مع صاحب مصرف على أن يعطيه معلومات عن الحالة المالية للتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ، ولا بإيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجرة ، فهو إذا عقد غير معين .

١٢٩ - والعقود غير المسماة لا حصر لها، فهي 'تنوع حسب إرادة المتعاقدين، وحسب الموضوع الذي يتفقان عليه، مادام التعاقد حرا في دائرة الآداب والنظام العام . ويذهب الأستاذ بلانيول^(١) الى أن العقود جميعها - مسماة أو غير مسماة - يمكن حصرها في طوائف محدودة . وذلك أن موضوع الالتزام إما أن يكون شيئا أو عملا أو حقا، والملتزم بموجب عقد إما أن يأخذ مقابلا لما أعطى وإما ألا يأخذ. فإذا كان الموضوع ملكية الشيء، ولم يأخذ الملتزم مقابلا، فالعقد هبة، أما إذا أخذ مقابلا فالعقد بيع أو مقايضة بحسب ما إذا كان المقابل نقودا أو غير نقود، ويكون وفاء بمقابل (dation en paiement) إذا كان المقابل ديناً، ويكون عقد شركة إذا دفع المقابل حقه في شركة . أما إذا كان الموضوع هو مجرد الانتفاع بشيء، ولم يأخذ الملتزم مقابلا، فالعقد عارية استعمال، وإذا أخذ مقابلا، فالعقد إيجار أو قرض بفائدة، وقد يكون المقابل ذاته مجرد انتفاع، فتكون هناك مقايضة انتفاع بانتفاع، كما توجد مقايضة ملكية بملكية. وإذا كان الموضوع عملا، وكان بغير مقابل، فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة، أو وديعة غير مأجورة، أو خدمة ما غير مأجورة، أما إذا كان بمقابل، وهو الغالب، فقد يكون العقد إيجار عمل، أو عقد استصناع، أو شركة (والعمل حصة فيها)، أو وكالة مأجورة، أو وديعة مأجورة، وقد يكون المقابل شيئا آخر غير النقود، كعامل يأخذ أجره طعاما ومسكنا، بل قد يكون المقابل نفسه عملا، فيقوم شخص بعمل لآخر في مقابل أن يقوم الآخر بعمل له، وهذه مقايضة عمل بعمل، كما في مقايضة انتفاع بانتفاع، وملكية بملكية . وإذا كان الموضوع حقا (عينا أو شخصيا)، فيجوز أن يكون بغير مقابل (هبة)، كما يجوز أن يكون بمقابل (بيعا أو مقايضة أو شركة أو وفاء بمقابل)، والحق في كل ذلك كالشيء. هذا إذا كان موضوع العقد نقل الحق، وقد يكون موضوعه رهن الحق ضمنا لدين، أو التنازل عن الحق تنازلا كلياً أو جزئياً، بمقابل أو بغير مقابل . والمهم في نظر الأستاذ بلانيول هو إمكان حصر العقود، ما دامت العناصر المكونة لها محصورة بطبيعتها .

والذي نراه أن الأستاذ بلانيول استطاع أن يثبت أنه يمكن وضع أساسى منطقي لتقسيم العقود جميعها، ولكن ذلك لا يدل على أنه يمكن حصر كل عتد بالذات، وما يدخل في ذلك

(١) انظر مقاله المنشور في المجلة الانتقادية الجزء الثلاثين سنة ١٩٠٤ ص ٤٧٠ وما بعدها . وانظر مختصره في القانون المدني جز ٢ فقرة ١٣٥٢ مكررة .

من تليفقات متنوعة ، ومزج واختلاط ، مما يقتضيه التعامل ، وما تستحدثه ضروب النشاط الاقتصادي المنفرقة فيه من تعقيدات .

العقد البسيط والعقد المختلط :

١٣٠ — على أن العقد — مسمى أو غير مسمى — يكون بسيطا (simple) إذا لم يكن مزيجا من عقود متنوعة كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد واحد امتزجت جميعا فأصبحت عقدا واحدا ، سمي عقدا مختلطا (mixte, complexe) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار (بالنسبة للسكن) ، وبيع (بالنسبة للأكل) ، وعمل (بالنسبة للخدمة) ، ووديعة (بالنسبة للأمتعة) . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار (بالنسبة للمقعد) وعمل (بالنسبة لوسائل التسلية التي تعرض على المسرح) ^(١) .

وليس هناك من أهمية كبيرة في مزج عدة عقود وتسميتها جميعا بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد انما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان ، أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا توافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه

(١) تورد الأستاذة بلاينول وريبير واسمان من الأمثلة على العقود المختلطة ما يأتي : (١) عدة عقود تمتاز في عقد واحد ، وذلك كمدير لشركة ينولى إدارتها ويكون وكيلها ، فيمترج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد ينوال العقدان الواحد بعد الآخر ، كعقد نقل بحري يعقبه عقد نقل برى (انظر محكمة النقض الفرنسية في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢١ — ١ — ٢٠٥) ، وعقد إيجار يقترن بوعده بالبيع (محكمة النقض الفرنسية في ٨ مارس سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧ — ١ — ٦٧٢) . (ب) إضافة شرط على العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأمين ، والتحقيق بعقد النقل شرط للتخزين (محكمة النقض الفرنسية في ١٦ يولييه سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ٥٧٤) . (ج) الجمع بين عناصر متفرقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذى يجمع بين الإيجار والبيع (location - vente) ، وكالوديعة فى المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض (محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ٤٨) .

ويلاحظ أنه بدق فى بعض الأحيان تمييز العقد غير المسمى عن العقد المختلط ، غير أن التمييز بين النوعين سهل من الناحية النظرية : فالعقد غير المسمى يكون بسيطا إذا لم يشتمل إلا على عقد واحد كالعقد الذى توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طلبة ، ويكون مختلطا إذا اشتمل على أكثر من عقد كالعقد الذى يلتزم به شخص بإثبات ميراث ودفع المصاريف فى مقابل أخذ جزء منه .

العقود باعتباره العنصر الأساسي ، وتطبيق أحكام ذلك العقد دون غيره ، كما في عقد التليفون^(١) .

العقد الذاتي والاتفاق المنظم :

١٣١ - معنى هذا التقسيم - يدين القانون المدني للأستاذ ديجيه (Duguit)

بهذا التقسيم^(٢) ، وفيه شيء من التعقيد نبسطه فيما يلي :

يميز الأستاذ بين العقد الذاتي (contrat subjectif) وبين الاتفاق الجامع^(٣) (acte collectif, Gesamttakt) ، وبين الاتفاق الاتحادي (union, Vereinbarung) .

وهو لا يعترف بصفة العقد إلا للنوع الأول (العقد الذاتي) . أما الاتفاق الجامع والاتفاق الاتحادي - وتمكن تسميتهما معاً بالاتفاق المنظم - فليس في نظره من فصيلة العقود، وإن كانا يرجعان في تكوينهما الى توافق ما بين ارادتين أو أكثر .

فالنوع الأول هو العقد الذي ورثناه عن القانون الروماني ، يتفق بمقتضاه شخصان ، لهما مصلحةتان متناقضتان ، فيصبح أحدهما دائناً والآخر مديناً ، وتكون الرابطة بينهما رابطة

(١) عقد التليفون يدور بين إيجار العمل وإيجار الأشياء ، ولكن القضاء الأهلي (محكمة مصر الكاية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ بمحكمة ٨ ص ٣٦١ فقرة ٢٦٠) نأب عنصر إيجار العمل ورفض دعوى إعادة وضع اليد التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة التليفونية (انظر في ذلك كتاب الإيجار للزواف فقرة ١٧ ص ٢٦ هامش نمرة ٢) .

ويمكن تقريب العقد المحوّل من العقد المختلط . والعقد المحوّل يخضع في أحوال يتفق فيها المتعاقدان على عقد ما ، ثم ينضج أن هذا العقد باطل ، ولكنه يصلح أن يكون عقداً آخر يدخل في قصد المتعاقدين ، كما إذا انضج بطلان كميالة وهي تصلح في الوقت ذاته أن تكون تعهداً بسيطاً بدفع مبلغ من النقود ، أو بطلان هبة وهي تصلح أن تكون إبراء . فهنا لا يوجد عقدان متعاضدان قد امتزج أحدهما بالآخر ، بل يوجد عقدان متتابعان : أحدهما قد حل محل الآخر . وهذا ما يعرف بالتحويل (conversion) نص عليه القانون المدني الألماني في المادة ١٤٠ (انظر ديموج ١ فقرة ٢١٤) - وسنعود لهذا الموضوع عند الكلام على الآثار التي يمكن أن يولدها العقد الباطل .

(٢) انظر ديجيه في القانون الدستوري جزء أول ص ٢٨٠ وما بعدها . انظر أيضاً ديموج ٢ ص ٨٣٩ - ص ٨٨٨ - بلانيول وريبير واممان ١ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٨ ، هذا وقد استمد الأستاذ ديجيه نظريته من الفقه الألماني .

(٣) انظر كذلك للأستاذ نفسه تقسيماً آخر للأعمال القانونية الى عمل يقوم مقام القاعدة (acte - règle) وعمل يقوم مقام الشرط (acte - condition) وعمل ذاتي (acte subjectif) (القانون الدستوري جزء أول ص ٢١٩ وما بعدها) . والعلاقة بين هذا التقسيم والتقسيم السابق ترجع الى أن العقد الذاتي يتم بعمل ذاتي ، أما الاتفاق الجامع والاتفاق الاتحادي فيبان بأحد العاملين الآخرين أو بهما معاً .

ذاتية عرضية، تقتصر عليهما ولا تتعدى الى غيرهما . وهي قد خلقت لغرض وقى، وقدّر لها أن تزول سريعا بزوال الغرض . مثل ذلك عقد البيع، نرى فيه تناقضا بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري، والرابطة بينهما ذاتية مقصورة عليهما، وهي لا تلبث أن تزول في أهم مشتملاتها بانتقال ملكية الشيء المبيع الى المشتري .

أما النوعان الثانى والثالث — وهما الاتفاق المنظم — فعلى التقيض من العقد الذاتى، فهما لا يوجدان رابطة ذاتية عرضية، بل مركزا قانونيا منظما ثابتا (statut, institution) هو أقرب الى القانون منه الى العقد، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هذا الى أن الطرفين فى الاتفاق المنظم لا تناقض بين مصالحهما، وليس فيهما دائن ومدين، بل لهما غاية متحدة وغرض مشترك . مثل ذلك الشركة، فإن الشركاء اتفقوا على أن يوجد بينهم هذا المركز المنظم الثابت لغرض مشترك، هو الغرض الذى يسعون اليه من وراء اشتراكهم، ولا تناقض فيما بين مصالح الشركاء يماثل التناقض بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري فى عقد البيع، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء فحسب، بل هو أيضا يسرى على الغير الذى يتعامل مع الشركة . وكالشركات الجمعيات الأخرى المختلفة . ومثل ذلك أيضا عقد الزواج، يجمع ما بين الزوجين برابطة مستقرة هى مركز قانونى ثابت (statut)، تسرى أحكامه على الزوجين وعلى من يتعامل معهم، ولا يوجد تناقض بين مصلحة الطرفين . ومثل ذلك أخيرا الاتفاق الجامع للعمل (contrat collectif de travail)، وهو يرمى الى تنظيم القواعد التى تسرى على عقود العمل الفردية بين العامل ورب العمل، فينظم بذلك حالة مستقرة ثابتة، تسرى على من اشترك فى العقد وعلى من لم يشترك^(١) .

ويفرق الأستاذ ديجيه فى الأمثلة المتقدمة بين الشركة والجمعيات الأخرى ويسميا بالاتفاق الجامع، وبين الزواج واتفاق العمل ويسمى ذلك بالاتفاق الاتحادى، على أساس أن ارتباط المصالح ووحدها أوثق فى الحالة الثانية منه فى الحالة الأولى^(٢) .

١٣٢ — أهمية — وأهمية هذا التمييز فى نظر الأستاذ ديجيه هى أنه يرى أن النوع الأول (العقد الذاتى) هو وحده الذى تطبق عليه قواعد العقد المعروفة . أما الاتفاق المنظم

(١) انظر ديجيه فى القانون الدستورى ١ ص ٣٠٥ وما بعدها .

(٢) انظر نقدا لهذا التمييز الغامض، ولكل التقسيم الذى يقول به الأستاذ ديجيه مقالا للدكتور دجنى فى مجلة القانون المدنى ربيع السنوية سنة ١٩٢٢ ص ٨٢٥ وما بعدها .

(جامعا كان أو اتحاديا) فتطبق عليه قواعد تتفق مع طبيعته . ومن أهم هذه القواعد أن الحالة الناشئة من الاتفاق المنظم هي أقرب الى القانون منها الى العقد ، فتسرى على غير المتعاقدين ، وتكون عرضة للتغيير، ولكن لا يكون ذلك بالاتفاق كما في العقد بل تبعا لمقتضيات الظروف الطارئة^(١) .

١٣٣ - نقره - ويتبين مما قدمناه أنه يمكن تلخيص الفروق بين ما يسميه الأستاذ ديجيه بالعقد الذاتي وما يسميه بالاتفاق المنظم فيما يأتي : (أولا) العقد الذاتي يوجد رابطة ذاتية مؤقتة؛ أما الاتفاق المنظم فيوجد حالة مادية ثابتة^(٢). (ثانيا) العقد الذاتي تتناقض فيه مصالح المتعاقدين ، والغرض منه هو التوفيق بين هذه المصالح المتعارضة . أما الاتفاق المنظم فصالح الطرفين فيه متفقة ، والغرض منه تنظيم هذه المصالح للوصول الى غاية مشتركة . (ثالثا) العقد الذاتي لا يسرى أثره الى غير المتعاقدين لأنه رابطة ذاتية مقصورة على صاحبها . أما الاتفاق المنظم فيسرى أثره الى الغير ، لأنه يوجد حالة ثابتة غير ذاتية تنظم علاقة الغير بالطرفين .

وإذا تأملنا في هذه الفروق نجد أنها ليست من الواضوح والتحديد بحيث تكفى للتمييز بين نوعين من العقود . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية ، كعقد الإيجار، لا سيما إذا كانت مدته طويلة . فانه يخلق رابطة مستمرة بين المؤجر والمستأجر . وهذه الرابطة قد يتعدى أثرها الى غير المتعاقدين كالشترى للعين المؤجرة ، وبذلك يغمض الفرق الثالث غموض الفرق الأول . بل أن هذا الفرق الثالث يزول اذا نظرنا الى عقد الوكالة ، فهو عقد ذاتي ، ولا شك في أنه يتعدى أثره الى الغير الذي يتعامل مع الوكيل . يبقى الفرق

(١) ويرى الأستاذ ديجيه التمييز الذي يقول به ، والذي يجعل عقد الزواج اتفاقا اتحاديا لا عقد ذاتيا ، يمنع من أن يكون الطلاق باتفاق الزوجين نتيجة منطقية من انعقاد الزواج باتفاق الزوجين . فقد تقدم أن الرابطة التي ينشأها الاتفاق الاتحادي ، إذا كانت عرضة للتغيير ، فلا يكون ذلك باتفاق الطرفين ، لأنها رابطة مستقرة ثابتة أقرب الى قانون منها الى عقد . ويرى كذلك أن تكييف عقد العمل الجامع بأنه اتفاق جامع يتعدى أثره الى الغير هو وحده الذي يفسر ما عجزت النظريات التقليدية عن تفسيره في هذا العقد ، وكيف أنه يخرج على القواعد العامة التي تنطبق على سائر العقود . وقد حاول البعض تخريج هذا الاتفاق على قواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، أو على قواعد الوكالة ، أو الفضالة ، فلم تفلح هذه المحاولات (انظر ديجيه في القانون الدستوري ١ ص ٣٠٦ وما بعدها) .

(٢) وهذا مادعا الى تسمية الاتفاق المنظم بالعقد المادي (contrat objectif) .

الثاني، وهو تناقض المصالح في العقد الذاتي وعدم تناقضها في الاتفاق المنظم، وهذا أيضا فرق غير واضح. فأننا اذا قصدنا بتناقض المصالح في عقد البيع مثلا أن مصلحة البائع هي أن يبيع بالأعلى من الثمن ومصلحة المشتري أن يشتري بالأوكس، فإن الشركاء في عقد الشركة لهم أيضا مصالح متناقضة، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن. وإذا قصدنا بتوافق مصالح الشركاء في عقد الشركة أن كل شريك يسعى إلى غرض مشترك يريده الجميع، فإن البائع والمشتري في عقد البيع يريدان كذلك الوصول إلى غرض مشترك هو الوصول إلى صفقة رابحة للفريقين، وكثيرا ما يتحقق هذا الغرض فيكون البيع صفقة رابحة لكل من البائع والمشتري، هذا يكسب من الشراء وذلك يحنى ربحا من البيع.

والواقع أن التقسيم الذي أتى به الأستاذ ديجيه، مهما كان حظه من النجاح في الفقه الإداري، لم يسد في الفقه المدني^(١) فضلا عن أنه معقد غامض. ويعرف فقهاء القانون المدني تقسيما قديما يعني عنه إلى حد كبير، وإن لم تكن له طلاوة الجدة التي نحسبها في تقسيم الأستاذ ديجيه. فسنرى أن العقود تنقسم إلى عقود فورية وعقود مستمرة، وهذه العقود المستمرة تخلق مركزا ثابتا، يبقى مدة معينة، ويتعدى أثره غالبا إلى الغير، ويعتبر الأيثار والوكالة والشركة والزواج كلها عقودا مستمرة.

العقر الملزم للجائين والعقر الملزم لجانب واحد :

* ١٣٤ - العقر الملزم للجائين^(٢) - (contrat bilatéral, synallagmatique) :
أو العقد التبادلي، عرفته المادة ١١٠٢ من القانون المدني الفرنسي كما يأتي : يكون العقد تبادليا أو ملزما للجائين إذا التزم المتعاقدان بالتقابل فيما بينهما، كل منهما نحو الآخر.

(١) انظر نقدا لنظرية الأستاذ ديجيه في مقال الأستاذ جنى المشار إليه في مجلة القانون المدني ربيع السنوية (سنة ١٩٢٢ ص ٨٢٥ وما بعدها). وفي ديموج ١٢٣ ص ٦٨ - ص ٦٩، وفي بلانيول وريبير واسمان ١٣ ص ١٨، انظر أيضا جوسران ٢ ص ١٤ - ص ١٥، انظر بحثا في نظرية المركز القانوني المنظم (institution) للأستاذ ديلوس (Delos) في مجموعة «كراسات في فلسفة القانون والاجتماع القانوني» سنة ١٩٣١ الكراسة ١ - ص ٢ ص ٩٧ - ص ١٥٣ Archives de philosophie de droit et de sociologie juridique : double (1931 - 2 - cahier 1) - انظر أيضا رينار (Renard) في نظرية المركز القانوني الثابت.

(٢) ويفضل الأستاذان بودري وبازد كلة (bilatéral) فهي مشتقة من كلمتين لاتينيتين (latus, bis) يؤيدان المعنى المطلوب. أما كلة (synallagmatique) فمشتقة من كلة يونانية معناها «فد»، فلا تؤدى المعنى (بجاء أول فقرة ١٠ هامش عمرة ٣).

فالعقد الذى ينشئ ، منذ تكوينه التزامات متقابلة ، فى ذمة كل من المتعاقدين ، هو عقد ملزم للجانبين . ففى عقد البيع مثلا يلتزم البائع نحو المشتري بنقل ملكية الشيء المبيع ، ويلتزم المشتري نحو البائع بدفع الثمن . وفى عقود الايجار يلتزم المؤجر نحو المستأجر بتسليم العين ، ويلتزم المستأجر نحو المؤجر بدفع الأجرة ، وهكذا .

* ١٣٥ - **العقد الملزم لجانب واحد** (contrat unilatéral) - أو العقد غير التبادلى ، هو العقد الذى لا ينشئ التزامات إلا فى جانب واحد (انظر المادة ١١٠٣ من القانون المدنى الفرنسى) . فىكون أحد طرفى العقد دائنا غير مدين ، والطرف الثانى مدينا غير دائن .

مثل ذلك عقد العارية ، يلتزم المستعير فيها برد الشيء المعار (فى عارية الاستعمال) أو رد مثله (فى عارية الاستهلاك) دون أن يلتزم المعير بشيء ، لأن تسليم العين ركن فى عقد العارية كما تقدم . وكذلك رهن الحيازة والوديعة غير المأجورة عقدان عينيان ملزمان لجانب واحد . والوكالة والكفالة عقدان رضائيان ملزمان لجانب واحد اذا كانا دون أجر . والهبة عقد شكلى ملزم لجانب واحد اذا كان بغير عوض ^(١) .

والعقد الملزم لجانب واحد هو عقد لا يتم إلا بتوافق ارادتين . بخلاف العمل القانونى الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فانه يتم بإرادة واحدة . ويكون التعبير بلفظ "جانب واحد" (unilatéral) اذا اقترن بالعقد يعتبر فيه أثر العقد لا تكوينه ، واذا اقترن بالعمل القانونى يلحظ فيه تكوين العمل القانونى لا أثره ^(٢) .

* ١٣٦ - **أهمية التمييز بين النوعين** - ينشئ العقد الملزم للجانبين التزامات متقابلة ، ويعتبر تنفيذ التزام الطرف الأول سببا (cause) لالتزام الطرف الثانى ، كما أن تنفيذ

(١) ونحن نرى أن عقد العارية بنوعيه ورهن الحيازة ، وان كانت تذكر عادة على أنها عقود ملزمة لجانب واحد ، هى فى الواقع عقود ملزمة للجانبين ، وسنبين ذلك فيما يلى (انظر فقرة ١٣٦ ص ١٣١ هامش نمرة ١) .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٣ . والعقد الملزم لجانب واحد تقدم العقد الملزم للجانبين فى الظهور ، فان العقود الشكلية الأولى فى القانون الرومانى لم تكن تنشئ إلا التزاما فى جانب طرف واحد . ولما وجدت العقود العينية (وأولها عقد القرض) كانت هى أيضا ملزمة لجانب واحد . ولم يظهر العقد الملزم للجانبين إلا فى العقود الرضائية ، وهذه لم تظهر إلا بعد بعض العقود العينية (عقد القرض) ومع البعض الآخر . ثم ظهر بعد ذلك العقود غير المسماة وهى ملزمة لجانب واحد .

التزام الطرف الثاني يعتبر هو أيضا سببا لالتزام الطرف الأول . وهذه هي نظرية السبب المشهورة ، وسنشرحها بالتفصيل في موضعها . هذا التقابل (interdépendance) ما بين الالتزامات في العقد الملزم للجانبين غير موجود في العقد الملزم لجانب واحد ، فان هذا العقد ينشئ التزاما في ذمة أحد الجانبين دون الآخر . وينبنى على هذا الفرق الجوهرى ما بين النوعين من العقود نتائج مهمة نذكر منها ما يأتى :

(١) في العقد الملزم للجانبين ، اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذا ما يسمونه بالشرط الفاسخ الضمنى (condition résolutoire tacite, lex commissoria) وهو مفهوم في كل عقد ملزم للجانبين ، وسيأتى تفصيل ذلك في موضعه . أما في العقد الملزم لجانب واحد ، كالوديعة ، فلا يتصور هذا الفسخ ، لأن المقصود منه أن يتحمل الطرف الآخر من التزامه ، وهو لا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه بالفسخ ، فبقي أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت في ذمة الطرف الأول^(١) .

(١) الواقع أن بعض العقود الملزمة لجانب واحد ، وهى العارية بنوعها و رهن الحياة ، يمكن أن تصورها فائدة الفسخ . فاذا كان المستعير لا يحافظ على الشيء المعار (في عارية الاستعمال) ، أولا يدفع الفوائد (في عارية الاستهلاك) أو كان الدائن المرتهن يسيء استعمال الشيء المرهون (في رهن الحياة) ، أليس من المفيد أن تقرر حقا للطرف الآخر في فسخ العقد ، واسترداد الشيء قبل انتهاء الأجل ؟ لا نرى ما يمنع من ذلك . بل نحن نذهب الى أن العقود المتقدمة ، وإن كانت تذكر عادة على أنها عقود ملزمة لجانب واحد ، يتبين عند التأمل أنها عقود ملزمة للجانبين . فالمعير في عارية الاستعمال يلتزم — لا بتسليم العين لأن التسليم ركن كما تقدم — بل بترك المستعير ينتفع بالعين دون مقابل مدة العارية دون أن يتعرض له ، فاذا أخل المستعير بالتزامه ولم يحافظ على العين ، أمكن المعير أن يطلب فسخ العقد ، فيتحلل من التزامه ، ويسترد الشيء المعار قبل انتهاء مدة العارية . كذلك في القرض ، يلتزم المقرض ألا يطلب من المقرض مثل ما أقرضه إياه إلا بعد أجل ، فاذا لم دفع المقرض فوائد الدين ، فسخ المقرض العقد ، وطالبه بالدين قبل الأجل . وكذلك الأمر في رهن الحياة ، فالراهن يلتزم بنقل الحق العيني (وهو حق الرهن) الى الدائن المرتهن ، ويضمن له التعرض والاستحقاق ، فاذا لم يقم المرتهن بالتزامه من استغلال الشيء فيما أعد له ، فسخ الراهن الرهن واسترد الشيء . لأن التزامه بضمان التعرض يكون قد زال بفسخ العقد .

وهذا رأى الذى نقول به يحل أشكالا عسيرا . فن المقرر أن العقود المتقدمة تنطبق عليها قاعدة الفسخ . فن قال أنها عقود ملزمة لجانب واحد ، وهم الغالية العظمى من الشراح ، يحارون في تعليل هذا الفسخ . لذلك انقسموا الى فريقين ، فقايل بأن الفسخ ينطبق على العقود الملزمة لجانب واحد كما ينطبق على العقود الملزمة للجانبين ، وآخر يقول أن الفسخ هنا ليس فسحا بالمعنى الصحيح ، بل هو إسقاط يتم من تلقاء نفسه دون حاجة لحكم بذلك ، بخلاف الفسخ في العقود الملزمة للجانبين ، فانه لا بد فيه من حكم . وسنستعرض هذه الآراء المختلفة عند الكلام على فسخ العقد لعدم التنفيذ . أما اذا أخذ بالرأى الذى قدمناه ، استقامت نظرية الفسخ ، لأن العقود المتقدمة تكون عقودا ملزمة للجانبين ، تنطبق عليها قاعدة الفسخ كما تقتضى بذلك القواعد العامة .

(٢) في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما تعلق بذمته من الترام، كان للمتعاقد الآخر، بدلا من أن يطلب فسخ العقد، أن يمتنع عن تنفيذ الترامه، فإذا طوّل بالتنفيذ دفع بالايقاف حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ الترامه، وهذا ما يسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus). وسيأتى تفصيل ذلك في موضعه . أما في العقد الملزم لجانب واحد، فلا محل لهذا الدفع، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته الترام، حتى يطلب ايقاف تنفيذه .

(٣) في العقد الملزم للجانبين، يطبق المبدأ القاضى بأن نحمل التبعة (risque) يكون على المدين، ويتلخص هذا المبدأ في أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ الترامه لسبب خارج عن ارادته، فإن الترام المتعاقد الآخر يسقط، لأن سببه أصبح مستحيلا، ويكون المتعاقد الأول وهو المدين قد تحمل تبعة استحالة تنفيذ الترامه .

أما في العقد الملزم لجانب واحد فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين، فإذا استحال تنفيذ الترام المدين بسبب خارج عن ارادته سقط هذا الالتزام، ولا يعرض الدائن عنه شيئا، لأنه لم يتعلق في ذمته الترام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول، فيكون هو الذى تحمل التبعة^(١). وسيأتى تفصيل ذلك .

١٣٧ - العقر الملزم للجانبين غير التام — (contrat bilatéral imparfait)

وقد كان القانون الرومانى يعرف نوعا من العقود، هى وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد

= أما الوديعة والوكالة والكفالة فهى عقود ملزمة لجانب واحد إذا لم تكن مأجورة، وكذلك الهبة إذا لم تكن بعوض . ولا يمكن أن تصور الفسخ في هذه العقود، لأن طرفا واحدا هو الملزم، فإذا لم يقم بتنفيذ الترامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طلب الفسخ، إذ لم يتعلق بذمته أى التزام يحلّل منه بفسخ العقد، وإنما تكون مصلحته في طلب تنفيذ التزام الطرف الأول كما تقدّم .

(قارن في هذا الموضوع ديمولومب ٢٤ فقرة ٢١ و ٢٥ و فقرة ٤٩٢ و فقرة ٤٩٤ — بودرى وإردو ١٥ فقرة ١١ — بلانيول ٢ فقرة ٩٤٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥ ص ٤٢ — والتون ١ ص ٧٠) .

(١) ويوجد في القانون الفرنسى وجه رابع في أهمية التمييز بين العقد الملزم للجانبين، والعقد الملزم لجانب واحد . فان العقد الملزم للجانبين، إذا أريد اثباته بورقة عريضة، وجب أن يكتب في نسخ متعددة تمتد أطراف العقد (م ١٣٢٥ من القانون المدنى الفرنسى) . أما العقد الملزم لجانب واحد فتكفى فيه نسخة واحدة، ولكنه إذا كان تعهدا بدفع مبلغ من النقود أو شئ سهل تقديره بالنقود وجب أن يكتب العقد بخط الملزم، أو يضع هذا امضاء عليه، مع اضافة كلمة (bon) أو كلمة (approuvé) الى جانب موضوع الالتزام بعد أن يكتب هذا الموضوع بحروف كاملة (انظر م ١٣٢٦ من القانون المدنى الفرنسى) .

الملزِم لجانب واحد . وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم في الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلترم بعد نشوء العقد بسبب خارج عنه ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الشيء المودع أو برد المصروفات الضرورية التي أنفقت في حفظ الشيء من الهلاك .

ولم ينقل المشرع الفرنسي هذا النوع من العقود . وقد أصاب في ذلك ، لأن ما يسمى بالعقد الملزم للجانبين غير التام حقيقته عقد ملزم لجانب واحد . وما عسى أن ينشأ من الالتزامات بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هي التزامات مصدرها سبب آخر : العمل الضار في حالة التعويض عن الضرر ، والإثراء بلا سبب في حالة رد المصروفات الضرورية . والدليل على عدم وجود مسوغ للتمييز بين العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم للجانبين غير التام أن النتائج الثلاث التي قدّمناها في أهمية التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم للجانبين (الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل المدين للتبعة) لا تتحقق هنا ، بل يستوى الأمر فيها سواء أكان العقد ملزماً لجانب واحد ، أو كان ملزماً للجانبين غير تام ، فهذا إذاً هو ذاك ، ووجود التزامات نشأت متأخرة ، ولسبب خاص مستقل عن العقد ، ليس من شأنه أن يغير الوصف القانوني لهذا العقد ^(١) .

ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً في القانون الروماني ، لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هي التي كانت تعتبر في هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية في تنفيذها (de bonne foi) أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ (de droit strict) . فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام ، حتى يتيسر ادخال حسن النية في تنفيذها . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة في القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود — سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد — يجب أن يتوافر حسن النية في تنفيذها ، فلم تعد هناك فائدة في أن تنسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين ^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى لوران ٢٥ فقرة ٤٣٥ — هيك ٧ فقرة ٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ١١ — بلانيول ٢ فقرة ٩٥٠ — كولان وكايتان ٢ ص ٢٦٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٥ ص ٤١ ، انظر عكس ذلك من يتمسك من الفقهاء بالتقسيم الروماني الذي اتبعه بوتيه : أوبري ورو ٢ ص ٤٦٩ — لاروميير ١ م ١١٠٢ فقرة ٢ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٢) .

(٢) جيرار ص ٤٤٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ١١ ص ١٠

١٣٨ - تحويل العقود الملزمة لجانب واحد الى عقود ملزمة للجانبين -

على أن حرية التعاقد تسمح يجعل العقد الملزم لجانب واحد ملزما للجانبين إذا أراد ذلك المتعاقدان، كالوكيل يشترط أجرة على الموكل، وكالمودع يلتزم بدفع أجرة لحافظ الوديعة^(١)، وكالموهوب له يلتزم بعوض عن الهبة^(٢). وتحديد ما إذا كان العقد أريد به أن يلزم الجانبين أو أن يلزم جانبا واحدا مسألة موضوعية، لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى. ولكن النتائج القانونية التي تترتب على ما يثبت من الوقائع لمحكمة الموضوع مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض^(٣).

عقد المعاوضة وعقد التبرع :

* ١٣٩ - عقد المعاوضة (contrat à titre onéreux) - كما عرفه بوتييه -

هو العقد الذي تكون فيه فائدة ومنفعة متبادلة لكل من الطرفين^(٤). وعرفه القانون المسدني

(١) انظر عكس هذا أوربي وروطوبة خامسة ٤ ص ٤٧٠ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٣

(٢) انظر في كل هذا لوران ١٥ فقرة ٤٣٣ و ٢٧ فقرة ٣٤٠ - بودري وبارد ١ فقرة ١٤ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦

و يلاحظ أنه لا يكفي في تحويل العقد من ملزم لجانب واحد الى ملزم للجانبين، أن يشترط صراحة التزام يرجع لطبيعة العقد أو بوجه القانون. فلا يكفي في تحويل الوكالة الى عقد ملزم للجانبين أن يشترط الوكيل على الموكل أن يرد إليه ما ينفعه من المصاريف في القيام بالوكالة، فان هذا الالتزام بوجه القانون، اشترط أو لم يشترط، وهو لا ينشأ عن العقد، بل عن الاتراء بلا سبب كما قدمنا، فلا يكفي اشتراطه لتحويل الوكالة الى عقد ملزم للجانبين (انظر في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ أبريل سنة ١٨٧٧ سيرييه ٧٨ - ١ - ٣٩٩).

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيرييه ١٨٩٠ - ١ - ٢٥٧ - أوربي ورو ٤ فقرة ٣٤١ ص ٤٦٨ هامش ١ مكرر - بودري وبارد ١ فقرة ١٥ - ديموج ٢ فقرة ٩١٤ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦ ص ٤٣

وقد يتفق أن يجتمع عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد، فيتوهم أنهما عقد واحد ملزم للجانبين، وذلك كعقد القرض المصحوب بعقد الرهن، قد يظن أنهما عقد رضائي واحد ملزم للقرض وللقرض. والواجب أن يميز بين العقدين، فهما عقدان عيانان منفصلان وإن كان أحدهما تابعا للآخر. ولكن هذا لا يمنع المتعاقدين من أن يتفقا على أن يكون هناك عقد واحد رضائي ملزم للجانبين، يلتزم فيه المقرض بالاقتراض والمقرض بالرهن (قارن بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٦ ص ٤٣).

(٤) بوتييه في الالتزامات فقرة ١٢

الفرنسي في المادة ١١٠٦ بأنه عقد يلزم كل طرف باعطاء شيء أو بفعله ، وهو تعريف معيب ، لأنه أقرب لأن يكون تعريفا للعقد الملزم للجانبين ^(١) .

والأدق في نظرنا أن يعترف عقد المعاوضة بأنه العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة للبائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل نقل ملكية الشيء المبيع . وبالنسبة للمشتري لأنه يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة للمقرض لأنه يأخذ الفوائد في مقابل إعطاء الشيء لأجل ، وبالنسبة للمقرض لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل إعطاء الفوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة للدائن المكفول لأنه أخذ كفالة في مقابل الدين الذي له ، وهو بالنسبة للكفيل يكون تبرعا إذا لم يأخذ أجرا على كفالته اذ يكون قد التزم دون مقابل . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة للآخر ^(٢) .

* ١٤٠ — عقد التبرع (contrat à titre gratuit) — عرفته المادة ١١٠٥ من القانون المدني الفرنسي بأنه عقد يولى به أحد الطرفين الآخر فائدة دون أى مقابل ^(٣) .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ١٦ — بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ٣٧ هامش ص ١
(٢) ويلاحظ أنه اذا سلمنا بالنظرية التقليدية في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، وجعلنا العارية ورهن الحيازة من العقود الملزمة لجانب واحد ، فان تقسيم العقود الى معاوضة وتبرع لا تظهر ضرورته إلا في العقود الملزمة لجانب واحد ، لأن العقود الملزمة للجانبين تكون دائما عقود معاوضة ، وليس فيها عقد تبرع ، إذ أنها تنشئ الالتزامات متقابلة ، فيكون كل طرف قد التزم في مقابل التزام الآخر . أما العقود الملزمة لجانب واحد فبها عقود معاوضة كالقرض بفائدة ، ومنها عقود تبرع كعارية الاستعمال .
أما اذا سلمنا بالرأى الذى نذهب اليه من أن العارية والرهن من العقود الملزمة للجانبين ، تنعكس القاعدة المتقدمة ، وتصبح كل العقود الملزمة لجانب واحد عقود تبرع (كالودعة والكفالة والوكالة والهبة ، اذا لم يكن هناك مقابل) ، وتصبح العقود الملزمة للجانبين منها عقود معاوضة كالبيع والايجار والقرض بفائدة ورهن الحيازة ، ومنها عقود تبرع كعارية الاستعمال والقرض دون فائدة .

(٣) ويلاحظ الأستاذ ديموج على هذا التعريف أنه ينظر الى جانب من اغنى في عقد التبرع (أى من تلقى التبرع) لا الى جانب من افقر (أى المتبرع) ، وكان الأولى النظر الى الجانب الأخير . فيكون العقد تبرعا اذا افقر شخص دون مقابل . أما اذا افقر بمقابل ، كمن يتنازل عن نصيبه في الحائط المشترك حتى لا يشاطر الجار في مصاريف ترميمه ، لا يكون متبرعا ، ولو أن الجار قد اغنى دون مقابل ، لأن المتنازل قد افقر في مقابل أن يتخلص من مصاريف الترميم (أنظر ديموج ٢ فقرة ٩١٦) .

وممن نرى أن العقد في القرض المتقدم يكون معاوضة من جانب المتنازل عن الحائط المشترك ، وتبرعا من جانب الجار المتنازل له .

وإذا أردنا أن نمثلي مع التعريف الذي قدمناه لعقد المعاوضة ، كان عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابل لما أعطاه ، ولا يعطى المتعاقد الآخر مقابل لما أخذه .

مثل ذلك عارية الاستعمال فهي عقد تبرع بالنسبة للمعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير في مقابل الانتفاع بالشئ المعار الذي تبرع به له ، وهي عقد تبرع بالنسبة للمستعير أيضاً لأنه لا يعطى شيئاً للمعير في مقابل الانتفاع بالشئ المعار . وكذلك الهبة دون عوض ، والقرض والوديعة والوكالة إذا كانت دون مقابل ، كلها عقود تبرع على النحو الذي قدمناه^(١) .

١٤١ - الهبة والتفضل - ومن المفيد أن نميز في عقود التبرع بين نوعين :

(١) عقود التفضل (actes de bienfaisance, contrats désintéressés) وفيها يولى المتبرع للمتبرع له فائدة دون أن يخرج عن شئ من ماله ، كالوديعة والوكالة والكفالة دون مقابل والقرض دون فائدة وعارية الاستعمال ، لحافظ الوديعة يتبرع بحفظها ، والوكيل يتبرع بعمله ، والكفيل يتبرع بضمان المدين ، والمقرض يتبرع بالفائدة التي تعود عليه من استغلال ماله ، والمعير يتبرع بفعلة الشئ المعار ، فيستفيد من ذلك كل من المودع والموكل والدائن والمقرض والمستعير ، دون أن ينقص شئ من مال المتبرع . (٢) الهبات (actes de libéralité) ، وفيها يخرج المتبرع عن شئ من ماله ، كعقد الهبة ينقص من مال الواهب بقدر ما وهب .

ومن ذلك يتبين أن الهبات أشد خطورة من التبرعات ، ولذلك احتاط لها المشرع احتياطاً خاصاً ، يظهر أثره في استلزام شكل مخصوص في عقد الهبة ، وخضوعها لقواعد موضوعية يقصد منها حماية الواهب وورثته من تأثير الغير فيه^(٢) .

(١) ويرى بوتيه تمييز طائفة ثالثة من العقود ، هي وسط بين عقود التبرع وعقود المعاوضة ، كالهبة بموض ، فهي ليست تبرعاً محضاً لأن العوض موجود ، وليست معاوضة لأن العوض دون الشئ الموهوب بكثير (بوتيه في الالتزامات فقرة ١٢) ، ولكن أكثر الشراح لا يذهبون الى هذا الرأي ، بل ينظرون في العقد الى العنصر الغالب ، فان كانت فكرة التبرع هي الغالبة ، كان العقد تبرعاً ، وإلا فهو معاوضة (ديبولومب ٢٤ فقرة ٢٥ - بودرى وبارد ١ فقرة ١٦ ص ١٤ هامش فقرة ٤ - ديموج ٢ ص ٨٩٤) . ويوافق بعض الشراح بوتيه في رأيه المتقدم (توليه ٦ فقرة ٢٠ - لاروميير ١١٠٢ - ١١٠٦ فقرة ٧) .

(٢) كما في الهبة في مرض الموت فانها تأخذ حكم الوصية - ويرى البعض اشتراط أهلية التبرع في الهبات دون التبرعات ، أما هذه فيكفي فيها أهلية التصرف ، وسنعود لهذا الموضوع عند الكلام على الأهلية .

* ١٤١ - **أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع** - على أن عقود التبرع بمعناها العام (من عقود تفضل وهبات) تتميز عن عقود المعاوضة، ويترتب على هذا التمييز نتائج نذكر منها ما يأتي :

(١) تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية من يتعاقد معاوضة . فمسئولية حافظ الوديعة أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية من يتلقى التبرع ، كالمستعير ، أشد من مسئولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة : الوديعة والإيجار والعارية ، تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفا ، وتدرج من الضعف الى القوة طبقا لما اذا كان المتعاقد يتبرع لحافظ الوديعة ، أو يتعاقد معاوضة كالمستأجر ، أو يتلقى تبرعا كالمستعير .

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

(٣) يجوز الطعن في عقود التبرع بدعوى إبطال التصرفات دون حاجة الى إثبات تواطؤ من تلقى التبرع ، فاذا وهب المدين المعسر آخر شيئا من ماله (عقد هبة) أو أقرضه قرضا دون فائدة (عقد تفضل) ، جاز للدائن الطعن في هذا التصرف ولو لم يثبت تواطؤ الموهوب له أو المقترض مع المدين . أما في عقود المعاوضة ، فلا بد من إثبات التواطؤ عند من تعامل معه المدين ، وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه ^(١) .

١٤٢ - **كيف يكون التمييز** - لذلك يكون من المهم تحديد ما اذا كان العقد تبرعا أو معاوضة . وقد يكون هذا التحديد دقيقا في بعض الفروض . وهذه على كل حال

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٨ وسرى أن القانون المصري لا يشترط سوء نية المتبرع نفسه في دعوى إبطال التصرفات . هذا ويوجد فرق رابع ، هو أن عقود التبرع قل أن تكتسب الصفة التجارية (بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٥٥) ولا يكون ذلك إلا في فروض نادرة ، كما في عقد الكفالة ، فقد تكون تجارية مع بقائها تبرعا (انظر التأمينات للاستاذ كامل بك مرمى فقرة ٢١) . ويوجد أخيرا فرق خامس ، فقد قضت المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي بأن الشروط المستحيلة والشروط المخالفة للقانون أولا داب ، إذا كانت في التبرعات (هبة أو وصية) تكون باطلة دون أن يبطل التصرف نفسه . وهذا يؤدي الى التفريق بين التبرعات والمعاوضات ، فحكم الشروط المستحيلة والشروط المخالفة للقانون أو الآداب في التبرعات هو ما تقدم ، وحكمها في المعاوضات هو أنها تبطل ويبطل معها التصرف طبقا للقواعد العامة . على أن القضاء الفرنسي قد أضعف من أهمية هذا التفريق بتطبيقه نظرية الدافع المؤثر (mobile déterminant) فهو يبطل التبرع كله ولا يقتصر على إبطال الشرط ، اذا كان هذا الشرط هو الباعث على التصرف .

مسألة موضوعية ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض من حيث ثبوت الوقائع التي يستخلص منها صفة العقد، أما من حيث ترتيب الصفة القانونية على هذه الوقائع فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا .

ولتمييز عقد المعاوضة من عقد التبرع ينظر الى نية المتعاقدين، فالهبات التي تتم في عقود الزواج، والهبات التي يشترط فيها عوض لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير، يكون بعضها معاوضة وبعضها تبرعا تبعا لنية المتعاقدين . وينظر كذلك الى الباعث الذي دفع الى التعاقد، كما في الهبات التي تعطى مكافأة على عمل أفاد الواهب، والهبات التي تكون تنفيذا لالتزامات طبيعية، والاشتراط لمصلحة الغير^(١)، وتقديم ضمان عن دين موجود . مع ملاحظة أنه لا يشترط حتى يكون العقد معاوضة أن يكون العوض ماديا، فيصح أن يكون أدبيا^(٢)، وقد يكون شيئا محتملا^(٣)، وقد يكون أمرا مستقبلا، كالمهر يقدمه الأب لابنه أو لابنته، وكالهبة يعطيها أحد الزوجين للآخر بعد موته . وقد يعتبر العقد تبرعا في بعض الأحكام ومعاوضة في أحكام أخرى، وذلك كالمهر في القانون الفرنسي، فهو تبرع من حيث وجوب احتسابه من نصيب المتبرع له، ميراث الواهب (rapport)، وهو معاوضة من حيث تطبيق دعوى إبطال التصرفات . ذلك يكون العقد تبرعا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومعاوضة بالنسبة للآخر كما في الكفالة على النحو الذي قدمناه^(٤) .

(١) وفي الاشتراط لمصلحة الغير، كما في عقد التأمين لمصلحة شخص ثالث مثلا، يكون العقد فيما بين المشتري والمتعهد معاوضة، وكذلك العلاقة فيما بين المتعهد والمتفع . أما العلاقة فيما بين المشتري والمتفع فقد تكون تبرعا أو معاوضة تبعا للسبب الذي من أجله باشر المشتري العقد . وسأتي تفصيل ذلك عند الكلام على الاشتراط لمصلحة الغير . (انظر أيضا في هذا الموضوع ديموج ٢ ص ٩٠١ — ص ٩٠٣) .

(٢) فإذا كان المدين لم يأخذ مقابلا للضمان الذي قدمه ولم يكن ملزما بتقديمه، فالعقد تبرع . أما إذا حصل على مقابل، كأن أفسح الدائن له في أجل الدين، فالعقد معاوضة، وسنعود لهذا الموضوع عند الكلام على الدعوى البوليصية .

(٣) وهذا إنما هو تطبيق للقاعدة التي تفضي بأن مصلحة الدائن من الالتزام قد تكون أدبية، وقد سبقت الإشارة الى ذلك . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن العقد الذي يهب بمقتضاه شخص مبلغا من المال الى إحدى الكنائس لتعيد ناقوسا كان شديدا الكلف بأعادته يكون عقد معاوضة (١٤ أبريل سنة ١٨٦٣ سيرييه ١٨٦٣ — ١ — ٣٦٢) .

(٤) ويكون معاوضة ما تعطيه بعض التجار للجمهور بفرض الاعلان عن متاجرهم وترغب العملاء في الاقبال عليهم، كالمطاعم و”الكوبونات“ ونحو ذلك . والعوض هنا شيء محتمل أو شيء محقق، تبعا لما اذا كانت الهبة يعطيها التاجر للعميل قبل الصفقة أو بعد تمامها .

(٥) انظر في هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٩ ص ٤٦ — ص ٤٨، انظر أيضا والنون ١ ص

العقد المحدد والعقد الاحتمالي :

* ١٤٣ - العقد المحدد (contrat commutatif) — : عرفت المادة ١١٠٤ (فقرة أولى) من القانون المدني الفرنسي العقد المحدد بأنه عقد يلتزم بمقتضاه كل من الطرفين بأن يعطى أو يفعل شيئا يعدّ معادلا لما يعطيه أو يفعله له الطرف الآخر . وفي هذا التعريف عيبان : (١) يقتصر على العقد الملزم للجانبين ، مع أن العقد الملزم لجانب واحد قد يكون هو أيضا محددًا أو احتماليًا (٢) يعتبر أن العقد يكون محددًا إذا أخذ أحد المتعاقدين ما يعدّ معادلا لما أعطى ، وهذا غير صحيح ، لأن العقد قد يكون محددًا حتى لو أن ما أخذه أحد المتعاقدين لا يعدّ معادلا لما أعطى ، وقد يكون احتماليًا حتى لو عدّ كذلك .

وانما يكون العقد محددًا إذا كان كل من المتعاقدين يستطيع أن يحدّد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين . وعلى ذلك يكون بيع شيء معين بثمن معين عقدًا محددًا ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله ، ما دامت قيمة الشيء المبيع والثمن يمكن تحديدهما وقت البيع . كذلك القرض بفائدة سعرها معروف عقد محدد .

= ص ٧٨ — ص ٧٩ ، وقد أورد الأستاذ والتون بعض أمثلة على عقود ظاهرها تبرع وحقيقتهما معاوضة تبعا لنية المتعاقدين ، نذكر منها ما يأتي : (١) وهبت بلدية مرسيليا الى الامبراطور نابليون الثالث قطعة أرض لبنى عليها قصرا ، وبعد سقوط الامبراطور وموته أرادت البلدية استرداد الأرض ، وقد قضى بأن العقد ليس هبة في الواقع بل هو عقد معاوضة ، وقد قصدت البلدية من إعطائها الأرض للامبراطور أن يبني عليها قصرا ، فيعود ذلك بالفائدة على المدينة من وراء إقامة الامبراطور فيها من وقت لآخر . (انظر محكمة إكس الاستئنافية في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٨٢ دالوز ١٨٨٣ — ٢ — ٢٤٥ ومحكمة النقض الفرنسية في ٧ مارس سنة ١٨٨٨ دالوز ١٨٨٨ — ١ — ٢٦٧ وسيريه ١٨٩٠ — ١ — ١٨١) . (ب) باع رجل في كويبك أرضا لشركة من شركات السكك الحديدية ، لتمتد عليها خطا من خطوطها ، وكان البيع بثمن صوري والعقد عرفي ، فظن الرجل بعد ذلك في العقد باعتبار أنه هبة لم تعمل في عقد رسمي ، ولكن المحكمة لم تأخذ بذلك ، واعتبرت العقد معاوضة ، لأن الرجل لما أعطى الأرض للشركة ، لم يكن في نيته التبرع لها بالأرض ، بل كان يقصد من وراء ذلك أن ترتفع قيمة أراضيه المجاورة بسبب وجود خط للسكة الحديدية بجوارها (Turieff V. Cie. de, Quebec Central, R. J. Q. 2 Q. B. 559) . (ح) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تعهد رب العمل بأن يصرف للعامل جزءا من مرتبه أثناء اشتراك العامل في الحرب لا يكون عقد تبرع بل هو معاوضة (٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧) .

رفضت محكمة النقض الفرنسية أن بيع عقار بإيراد مرتب هو أقل من ريع العقار يعتبر تبرعا (١٥ مايو سنة ١٩٠٦

سيريه ١٩٠٦ — ١ — ٤٠٨) .

* ١٤٤ - **العقد الاحتمالي** (contrat aléatoire) - : وقد عرفته المادة ١١٠٤ (فقرة ثانية) من القانون المدني الفرنسي بأنه عقد يكون المقابل فيه احتمال مكسب أو خسارة لكل من المتعاقدين، احتمالا يتوقف تحققه على حادثة غير مؤكدة الوقوع . والأولى أن نعرفه على النحو الذي عرفنا به العقد المحدد ، فيكون العقد احتماليا إذا كان كل من المتعاقدين لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل ، تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله ^(١) . فالبيع بثمن يكون إرادا مرتبا طول الحياة هو عقد احتمالي ، لأن البائع ، وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذي أعطى ، لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت القدر الذي أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته ، والموت أمر محقق الحصول ولكن لا يعرف وقت حصوله . والمشتري أيضا كالبائع يباشر عقدا احتماليا فهو يعرف القدر الذي أخذ ، ولكن لا يعرف القدر الذي أعطى ، وهو الثمن الذي لا يمكنه تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . كذلك القرض بفائدة يختلف سعرها باختلاف سعر القطع عقد احتمالي . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة ، فهذه وإن تحدد فيها وقت العقد القدر الذي يعطيه المؤمن والمرهن والمقامر

(١) وهناك من الفقهاء من يدخل تعديلا في التعريف فيجعل العقد احتماليا إذا كان كل من المتعاقدين أو أحدهما لا يستطيع تحديد ما أخذ أو ما أعطى ، هذا التعديل وإن كان يخالف نص المادة ١١٠٤ ، إلا أنه يتفق مع المادة ١٩٦٤ وهي تقضي بأن العقد قد يكون احتماليا بالنسبة لأحد الطرفين دون الآخر ، مثل ذلك عقد التأمين ، يكون محددا بالنسبة للشركة لأنها تستطيع أن تعرف على وجه التقريب ما تعطيه وما تأخذه في مجموع العقود التي تتم بينها وبين المؤمنين ، وهو عقد احتمالي بالنسبة للمؤمن (انظر كولان وكايتان ٢ ص ٢٦٨ وما بعدها) . ولكن الصحيح أن العقد إذا كان احتماليا بالنسبة لأحد الطرفين فهو احتمالي حتما بالنسبة للطرف الآخر ، فعقد التأمين احتمالي للشركة إذا نظر اليه بمفرده ، وإن كانت العقود التي باشرتها الشركة في مجموعها تبعد عنصر الاحتمال ، ولكن الواجب النظر الى كل عقد على حدة (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ١٨ - ديموج ٢ ص ٨٩١ - بلانيول ٢ فقرة ٩٥٧ - بلانيول وريبيرواسمان ١ ص ٢٩ هامش ١) .

ثم إننا قد ذكرنا في التعريف بشأن الحادثة التي يتوقف على وقوعها انتحديدا أنها غير محققة الحصول أو غير معروف وقت حصولها ، ذلك لأن الحادثة قد تكون محققة الحصول ، كالموت ، ولكن وقت حصولها غير معروف .

هذا وقد يلاحظ لأول وهلة أن تقسيم العقد الى محدد واحتمالي لا يكون إلا في عقود المعاوضة ، وليس في عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن عند التأمل نرى أن عقد التبرع قد يكون احتماليا ، إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إرادا مرتبا طول حياته .

(٢) وإن كان في أكثر الأحيان لا يعلم المؤمن قدر ما يدفعه من أقساط التأمين بالرغم من علمه بمقدار كل قسط . وفي هذه الحالة لا يعرف المتعاقد لا مقدار الذي أعطى ولا مقدار الذي أخذ إلا بعد تحقق الحادثة المحتملة الحصول .

إلا أن القدر الذي يأخذه لا يتحدد إلا تبعا لأمر غير محقق الحصول، هو وقوع الحادثة المؤمن عليها أو كسب الرهان أو نجاح المقامرة^(١).

ومن ذلك نرى أن أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال (aléa) في المكسب أو الخسارة^(٢).

* ١٤٥ - أهمية التمييز بين العقد المبرم والعقد الاحتمالي - والتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي له أهمية كبيرة من الوجهة الاقتصادية كما تبين مما تقدم. أما من الوجهة القانونية، فتكاد تكون أهمية التفريق محصورة في أن الغبن يؤثر في بعض العقود محددة البذل، ولا يؤثر في العقود الاحتمالية لأن الأساس الذي بنيت عليه هذه العقود هو كما سبق أن قررنا غبن احتمالي يتحمله أحد المتعاقدين^(٣).

(١) وثارة تكون الحادثة المعلق عليها العقد شرطا موقفا كما في عقد التأمين، لا تدفع الشركة تعويضا إلا اذا وقعت هذه الحادثة، وطورا تكون شرطا فاسخا كالإيراد المرتب طول الحياة ينتهي بوقوع الموت (انظر بلانيول ٢ فقرة ٩٥٦).
(٢) فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود في الواقع، وإن حسب المتعاقدان موجودا، فالعقد باطل، كما اذا بعث منزلا بإيراد مرتب طول الحياة يعطى لشخص ثالث أظنه حيا، واتضح أنه قد مات. بل يكفي أيضا لعدم وجود الاحتمال أن يكون الشخص على وشك الموت وإن لم يميت بالفعل (انظر جيلوار في العقود الاحتمالية فقرة ١٤٩ والتون ١ ص ٧٤). هذا كله ما لم يكن المتعاقدان قد نظرا في احتمال أن الحادثة تكون قد وقعت بالفعل قبل اتفاقهما، كما اذا أتم شخص على سفينة سواء كانت قد غرقت أو لم تغرق وقت التأمين، ففي هذه الحالة يكون عقد التأمين صحيحا حتى لو تبين أن السفينة كانت قد غرقت قبل تمام العقد (بودرى وقال في العقود الاحتمالية فقرة ٢١٢ - والتون ١ ص ٧٤).

(٣) انظر المادة ٨٨٩ من القانون المدني الفرنسي، وانظر أيضا محكمة مصر الكلية المختلطة في ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٧ ص ٢٣٣ نمرة ٣٣٨، ومع ذلك فهناك رأى يقول بجواز الطعن في بيع العقار بسبب الغبن الفاحش حتى لو كان البيع احتماليا (محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونيو سنة ١٨٩٥ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٨٩ - محكمة نانسي الاستئنافية في ٦ يولييه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ٢ - ٣٦٧ - ديموج ١ فقرة ٤١٣ - كولان وكايتان ٢ ص ٤٥٠).

وهناك وجوه أخرى تظهر فيها أهمية التقسيم : (أ) في بيع المحصولات المستقبلية، وهو محظور في القانون المختلط (انظر م ٣٣٠) يذهب القضاء المختلط الى أن المحظور منه هو البيع الاحتمالي عند تحديد الثمن بحلة واحدة، لا بالنسبة لمقدار الحصول (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٧). (ب) في حوالة الديون اذا كان العقد محدد البذل ضمن المحيل وجود الدين، أما اذا كان احتماليا فلا يضمن (م ١٠ ص ٤٣٤)، وانظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٥ ص ٢٧٣). (انظر في هذا الموضوع والتون ١ ص ٧٦).

١٤٦ - عقود مختلطة - وهناك عقود مختلطة، فيها عنصر محدد وعنصر احتمالي، وذلك كما اذا دفع المشتري الثمن بعضه مبلغا معيناً والبعض الآخر ايرادا مرتبا . وينظر في هذه الحالة الى العنصر الغالب، فيكون العقد محددًا أو احتماليا تبعا لذلك^(١) .
والوقائع التي يؤخذ منها أن العقد محدد أو احتمالي مسألة موضوعية من حيث ثبوت هذه الوقائع . أما النتائج القانونية التي تترتب على هذه الوقائع فمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض^(٢) .

العقد الفوري والعقد المستمر :

* ١٤٧ - العقد الفوري (contrat instantané) - هو العقد الذي يكون تنفيذه فورا في الوقت الذي يختاره المتعاقدان، كالبيع ينفذ البائع فيه التزامه بالتسليم فورا وينفذ المشتري فورا كذلك التزامه بدفع الثمن . والعبرة في العقد الفوري بتنفيذ الالتزام لا بالمدة التي يبقى فيها، فقد يكون الالتزام مؤجلا كما في رد القرض، أو معلقا على شرط كما في ضمان التعرض، ولكن العقد الذي ينشئ هذا الالتزام هو عقد فوري، لأن تنفيذ الالتزام، عندما يحين ميعاده يكون فوريا .

* ١٤٨ - العقد المستمر (contrat successif) - وهو الذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن، كالايجار وعقد العمل والشركة . وقد ينقلب العقد الفوري الى عقد مستمر، كالبيع بثمن مقسط والاشتراك في مجلة أو صحيفة والتعاقد مع صاحب مخبز أو مطعم لتوريد الخبز أو الأطعمة .

* ١٤٩ - أهمية التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر - وتظهر أهمية التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر فيما يأتي :

(١) العقد المستمر لتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاما، فماتم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر . ففي عقد الايجار الأجرة تقابل الانتفاع، فاذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع فيها .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٠ يولييه سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٩ - ١ - ٥٩٢

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٩ أبريل سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٧٧

(٢) اذا فسخ العقد المستمر لم يكن للفسخ أثر رجعي، فماتم يبقى أثره، ولا يكون الفسخ إلا عن المستقبل، كما في الايجار والشركة، وذلك بخلاف العقد الفوري، فانه اذا فسخ كان للفسخ أثر رجعي^(١).

(٣) مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة (théorie de l'imprévision) اذا طبقت يكون عادة في العقود المستمرة، وقلما يكون في العقود الفورية^(٢).

(٣)

العقد الاصلى والعقد التبعية :

* ١٥٠ - العقد الاصلى (contrat principal) — هو ما كان مستقلا في وجوده غير تابع لعقد آخر، كالبيع والايجار .

والعقد التبعية (contrat accessoire) : هو ما كان تابعا لعقد أصلى وجد قبله ، كال كفالة والرهن .

والعقد الاصلى له وجود مستقل كما تقدم . أما العقد التبعية فيتبع في وجوده وصحته العقد الاصلى الذى يستند اليه ، فيكون صحيحا أو باطلا ، ويبقى أو ينقضى تبعا للعقد الاصلى^(٤).

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٨ يولييه سنة ١٩٢٥ جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ٢ — ٦٠٦ ومع ذلك فن الممكن القول بأن العقد المستمر، كالايجار مثلا، يكون لفسخه أثر رجعي ، وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة لفسخه بمثابة تعويض لا أجرة ، والفرق بين الأمرين أن التعويض لا يكون مضمونا بامتياز المؤجر . (انظر في هذا الموضوع كتاب الايجار للؤلف فقرة ٥٠١) .

(٢) انظر في ذلك القوانين التى صدرت في فرنسا بشأن عقد الايجار : قانون ٢١ يناير سنة ١٩١٨ (قانون فايو Faillot) — قانون ٣١ مارس سنة ١٩٢٢ — قانون ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ — ٢ أغسطس سنة ١٩٢٤ — ٦ يولييه سنة ١٩٢٥ — أول أبريل سنة ١٩٢٦ — ٢٩ يونيو سنة ١٩٢٩

(٣) والأصح أن يقال الحق الاصلى والحق التبعية ، لأن العقد نفسه لا يكون لا أصليا ولا تبعا ، بل الحق الذى ينشأ عن العقد هو الذى يتصف بأحد الوصفين (انظر في هذا المعنى بلانيول ٢ فقرة ٩٥٩) . وهذه الملاحظة تصدق أيضا على العقد الفوري والعقد المستمر .

(٤) انظر في هذا الموضوع ديموج ٢ ص ٩١٢ — ص ٩٣٨ — و يورد عادة ، استثناء من قاعدة أن العقد التبعية يكون باطلا ببطالان العقد الاصلى ، كفالة القاصر ، فهى صحيحة ، ولو أن التزام القاصر المكفول باطل (م ٦٠٥/٤٩٦) . والصحيح في نظرنا أن كفالة القاصر في هذا الفرض ليست عقدا تبعية بل هى عقد أصلى ، فان من يكفل القاصرا انما يلتزم بدفع الدين الذى في ذمته اذا تمسك القاصر ببطالان العقد الذى بذره . ومعنى هذا أن الكفيل يلتزم التزاما أصليا مطلقا على شرط .

ترتيب البحث في العقد

* ١٥١ — قدمنا أن القانون الفرنسى قد خلط بين نظرية العقد ونظرية الالتزام ، فعرض لهما معاً ممتزجتين إحداهما بالأخرى . وهو قد نحى في ذلك منحى عملياً ، إذ يكاد يكون أهم مصدر للالتزامات هو العقد^(١) . ولكن القانون المصرى تجنب هذا الخلط ، فأفرد باباً للنظرية الالتزامات ، وباباً آخر يتلوه لنظرية العقد . ففصل بذلك النظريتين إحداهما عن الأخرى . ومهما كان من شك في الفائدة العملية لهذا الفصل^(٢) ، فلاشك في أنه أدق من الوجهة العلمية . وهو يشعر أيضاً بأن العقد ليس هو كل شيء بين مصادر الالتزامات . فهناك مصادر أخرى تقرب من العقد في الأهمية ، كالعمل الضار .

ونحن في كلامنا على العقد نبحث في قسمين متعاقبين أركان العقد وأحكامه .

(١) انظر في ذلك بنكاز تكملة بودرى جزء ٢ فقرة ٢٦٨ وما بعدها ، وقرة ٢٨١ وما بعدها ، وقرة ٣٠٨ وما بعدها ، وقرة ٣٦٣ وما بعدها .

(٢) قارن والتون في الالتزامات ١ ص ٦٢

القسم الاول أركان العقد

أركان العقد

* ١٥٢ مصر أركان العقد — ذكرت المادة ١١٠٨ من القانون المدنى الفرنسى (ولا نظير لها فى القانون المصرى) أنه يجب توافر شروط أربعة لصحة العقد : الرضاء والأهلية والمحل والسبب .

فاذا أردنا أن نعرف أى شىء من هذه يكون ركنا للعقد تبينا أن الأهلية شرط فى الرضاء لا ركن مستقل عنه . أما المحل والسبب فركان فى الالتزام لا فى العقد كما سنبين ذلك فلا يبقى إلا الرضاء ركنا للعقد . ولكن المؤلف أن يبحث المحل والسبب فى نظرية العقد لا فى نظرية الالتزام ، لأن أهمية المحل لا تظهر إلا فى الالتزامات التعاقدية ، والسبب بمعناه القانونى الذى سنسطة لا يوجد إلا فى هذه الالتزامات ، كما سبق أن بينا ذلك .

ونحن نجرى على هذا المؤلف ، وإن انحرفنا فى ذلك عن الدقة العلمية ، توخيا للفائدة العملية . على أنه يمكن تبرير الرأى الذى نذهب اليه من الناحية المنطقية . فان العقد ركناه الرضاء ، وموضوع الرضاء التزام متوافر الأركان ، أى مشتمل على محل وسبب . فالرضاء لا يقوم اذا انعدم من الالتزام أحد أركانه . لذلك يكون كلامنا فى الباب الأول على الرضاء وفى الباب الثانى على المحل والسبب .

الباب الأول

الرضاء (Le Consentement)

* ١٥٣ — وجود الرضاء وصحته — العقد يفترض وجود متعافدين رضى كل منهما بالتعاقد ، فتوافق الإيجاب والقبول . وقد يكون الرضاء مشروطا فيه أن يكون فى شكل

(١) وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الرأى الصحيح ، فذكر السبب (م ٩٤) والمحل (م ٩٥) فى نظرية الالتزام لا فى نظرية العقد .

مخصوص كما في العقود الشكلية التي سبق ذكرها ، ففي هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركنا من أركان العقد . وكذلك التسليم في العقود العينية ركن في العقد وقد سبقت الإشارة الى ذلك .

ولا يكفي أن يكون الرضاء موجودا ، بل يجب أيضا أن يكون صحيحا . ونحن نتكلم على وجود الرضاء ، ثم على صحته ^(١) .

الفصل الأول

وجود الرضاء

• ١٥٤ — التعبير عنه ارادتين متوافقتين --- الرضاء يكون بتحريك الارادة الى شيء معين وتعلقها به ، فالرضاء يفترض اذا وجود الارادة ، والشخص معدوم الارادة لا يمكن أن يصدر منه رضاء ، كالمجنون والطفل غير المميز ، ومن فقد الوعي لسبب ما كالسكران أو الممرض ، ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الايحاء اذا صح ذلك علميا ^(٢) ، ونحو ذلك ^(٣) .

(١) يميز الفقهاء بين أركان العقد — وهي التي لا يوجد العقد بدونها (الرضاء في كل العقود والشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية) — وبين أسباب صحته ، وهي التي لا تؤثر في وجود العقد بل في قوته الملزمة . وحتى يكون العقد صحيحا يجب أن يكون الرضاء صادرا من ذي أهلية وغير معيب . ونحن نسير على هذا النهج في الكلام على وجود الرضاء . ثم على صحته (انظر في هذا الموضوع المادتين ١٠ و ١١ من المشروع الفرنسي الابطال والمذكرة التفسيرية الملحققة بهذا المشروع ص ٥٩) .

(٢) والسكر لا يعدم الرضاء إلا اذا انعدم التمييز (ديمولومب ١ فقرة ٧٩ وما بعدها — بفتوار ص ٤٨٢ — بارو في القانون الجنائي ١ فقرة ٢١٩ — هولوفمان فقرة ٥٠ — محكمة دييجون الاستئنافية في ٩ مارس سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢ — ٢ — ٢٢٠ — محكمة رن الاستئنافية في ٦ يونيو سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢ — ٢ — ٢٣ — محكمة نيم الاستئنافية في ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ — ٢ — ٩٧ — قارن مع ذلك أوربري ررو ٤ فقرة ٣٤٣ وهامش نمرة ٤ ونمرة ٥ — ويذهب الأستاذ دي هلتس (جزء أول تحت كلمة "اتفاق" (convention) فقرة ٣٧) الى أن السكر لا يعدم الرضاء بل يفسده فيكون العقد باطلا بطلانا نسبيا لا مطلقا سواء سكر المتعاقد بخر بض المتعاقد الآخر (فيكون هناك تدليس) أو سكر بغير بخر يض منه فيكون الرضاء موجودا ولكنه غير صحيح .

(٣) دي هلتس ١ كلمة (convention) فقرة ٣٨

(٤) وفقهاء الشريعة الاسلامية يميزون بين الاختيار والرضاء ، وعندهم أن الرضاء قد يفوت مع بقاء الاختيار ، فالرضاء ينعدم بالاكراه غير الملجئ ولكن الاختيار الصحيح يبق ، فاذا كان الاكراه ملجئا انعدم الرضاء وفسد الاختيار (انظر التلويح والتوضيح جزء ٢ ص ٧٨٩ — ص ٧٩٠) . ويتبين من ذلك أن الرضاء الذي نتكلم فيه هو الاختيار في لغة الفقه الاسلامي وأن هذا الرضاء (الاختيار) قد يفسد بالاكراه كما تقدم .

والعقد يستلزم التعبير عن إرادتين متوافقتين ، فنبحث : (أولاً) التعبير عن الإرادة .
(ثانياً) تعدد الإرادة . (ثالثاً) التوافق فيما بين الإرادتين .

الفرع الأول - التعبير عن الإرادة

١٥٥ - الإرادة ومظهر التعبير عنها - يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس (volonté interne, psychologique)، والمظهر الخارجى للتعبير عنها (manifestation extérieure de volonté)

أما الإرادة فهي عمل نفسى، ينعقد به العزم على شىء معين . ويقتر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان، ويليهما عمل تنفيذى . فأول مرحلة هي اتجاه الفكر الى أمر معين، أى الإدراك (conception) . ثم يلي ذلك مرحلة التدبر (délibération) ، فيزن الشخص هذا الأمر ويتدبره . ثم تأتى المرحلة الثالثة، وهي امضاء العزيمة في هذا الأمر والبت فيه، وهذه هي الإرادة (volition) . فاذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا المرحلة الرابعة وهي مرحلة التنفيذ (exécution) ، وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجى . أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية : اثنان منها يرجعان الى التفكير، والثالثة هي الإرادة المقصودة^(١) .

(١) انظر فى ذلك لار (Lahr) فى كتابه فى الفلسفة الطبعة الرابعة والعشرون سنة ١٩٢٣ جزء أول ص ٣٤١ وما بعدها - وتميز علماء النفس هذه المراحل بعضها من البعض ، حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شىء سابق ، ولا تلتبس بالتنفيذ ، وهذا شىء لاحق .

ويجب تمييز الإرادة عن الرغبة ، فالإرادة هي ما عرفنا . أما الرغبة فهي مجتزء الميل الى أمر من الأمور . وقد يرغب الانسان فى أمر ولا يريد به ، كما اذا استهواه السفر ، ولا طاقة له به ، فيعزم على الإقامة . فهو وان كان يرغب فى السفر ، إلا أن إرادته لم تتعلق به .

كذلك يجب تمييز الإرادة عن الغريزة ، فالأولى عمل عن إدراك وبعد تدبر واختيار . أما الغريزة فاندفاع لا إدراك فيه ولا تدبر ولا اختيار .

وقد سار الأساذ ديجيه فى تحليل الإرادة على النحو المتقدم . فهو يتكلم عن الإدراك والتدبر وموضوع الإرادة المباشر وموضوعها غير المباشر والباعث والعزم والتنفيذ (القانون الدستورى ١ ص ٢٢٤) .

على أن النظريات الحديثة فى علم النفس لا تسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة للإرادة هذا التمييز الدقيق ؛ فانه يصعب القول بأن العمل النفسى ، وهو بطبيعته عمل معقد ، يمر على مراحل متميزة بعضها عن البعض الآخر تميزاً فيه كل هذا الوضوح . ومن الصعب الجزم بأن الانسان لا يدخل فى مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فان كلا من الإدراك والتدبر يفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلان كقطرة تسقط فى مجرى ، فتمتزج بالماء ، فتؤثر فيه ، ويتأثر به . =

من ذلك نرى أن الإرادة تبقى عملا كامنا في النفس حتى تبرز إلى العالم الخارجي بطريق الإفصاح عنها، سواء تلا ذلك عمل التنفيذ أو بقيت إرادة غير منفذة . وهي على كل حال ، ما دامت عملا نفسيا ، لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بمظهر من مظاهر التعبير . والتعبير هذا إما أن يكون صراحة أو دلالة ، بل قد يكون السكوت في بعض الأحيان طريقا للتعبير .

ونحن نبحث هنا مسألتين : (١) كيف يكون مظهر التعبير عن الإرادة . (٢) هل العبرة بالإرادة الكامنة أم بمظهر التعبير عنها : بالإرادة الباطنة أم بالإرادة الظاهرة .

المبحث الأول - كيفية التعبير عن الإرادة

* ١٥٦ - تقدم أن التعبير عن الإرادة قد يتخذ مظهرا إيجابيا صراحة أو دلالة . وقد يتخذ مظهرا سلبيا بالسكوت .

المطلب الأول - التعبير الصريح والتعبير الضمني

(déclaration expresse et déclaration tacite)

١٥٧ - أهمية التفريق بين النوعين منه التعبير - التعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي ، وعنصرها المادى المحسوس . وهو تارة يكون تعبيرا صريحا ، وطورا يكون ضمينا .

وقبل أن نميز بين التعبير الصريح والتعبير الضمني نذكر ما يترتب على هذا التمييز من أهمية في العمل . لا يشترط القانون في الأصل طريقا خاصا للتعبير عن الإرادة ، فبمظهر من مظاهر التعبير - صريحا كان أو ضمينا ، مباشرة أو غير مباشرة - يصح ، مع مراعاة أن هناك عقودا شكلية ، سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ الرضاء مظهرا خاصا في شكل معين يقرره القانون ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للبراهين تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ،

== ثم أن مرحلة التدبر لا يزن فيها الإنسان الأمر على هذا المادى ، فيستخلص أسبابا للاقدام على العمل ، وأخرى للاجتماع عنه ، فان العمل النفسى أكثر تعقيدا وأقل وضوحا . فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة ، خويل لمن ينتج التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هي التي تبث في الأمر وتكون حكا لا يرد له حكم . مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهى إليه الإدراك والتدبر ، فهي ليست مستقلة عنهما ، وما هي إلا امتداد طبيعى لما أودع في الإنسان من تفكير وتميز وتبصر . (انظر روستان (Roustan) في كتابه : دروس في الفلسفة الطبعية السادسة سنة ١٩١٩ ص ٥٠٩ وما بعدها منقولاً عن بنكاز تكملة بودرى وبارد ٢ فقرة ٣٧١) .

ولكن الكتابة في هذه الحالة ليست مظهرا للتعبير عن الإرادة ، بل طريقا لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها^(١) .

ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيرا صريحا ولا يكتفى بالتعبير الضمني ، وهنا تظهر أهمية التمييز بين النوعين من التعبير — في هذه الأحوال التي يشترط فيها التعبير الصريح يراد تنبيه العاقد قبل التعاقد الى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروي ، وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة ، وهذا نوع من الشكلية المهذبة المرنة^(٢) .

والتعبير الصريح تارة يشترطه المشرع نفسه ، وطورا يشترطه القضاء ، وأخرى يشترطه المتعاقدان . أما الذي يشترطه المشرع فمثله ما فعل المشرع المصري في ضمان الدائن المحيل ليسار المدين المحال عليه في الحال وفي الاستقبال ، إذ نص على أن هذا الضمان لا يكون إلا بشرط صريح (م ٤٤٠/٣٥٢) ، وفي ضمان الكفيل لما يجاوز أصل الدين وتضامنه مع المدين ، إذ أوجب أن يشترط ذلك صراحة في عقد الكفالة (م ٦٠٨/٤٩٨)^(٣) ، وكما فعل المشرع الفرنسي في التضامن الاتفاقي للدينين إذ قضى أن يكون هذا الاتفاق على التضامن صريحا (م ١٢٠٢ فرنسي) ، وقضى كذلك ألا تكون الكفالة إلا برضاء صريح (م ٢٠١٥ فرنسي)^(٤) .

(١) بلانيول وريبير واسمان جزء أول فقرة ١١٠

(٢) ديموج في الالتزامات ١ ص ٢٨٠

(٣) انظر أيضا م ٨٩ مخطط (البناء أو الغرس في أرض الغير باذن صريح من المالك) ، وم ١٥٠/٩٦ (الالتزامات التخيرية التي يكون فيها الخيار لغير الملتزم) ، وم ٣٦٩/٢٩٥ (الفاط الواقع في الشيء المبيع) ، وم ٤٠٧/٣٢٩ (مكان وزمان الوفاء بالتأمين في عقد البيع) ، وم ٦٣٦/٥٢٠ (الاذن للوكيل في إنابة غيره) ، وم ٧٢٧/٦٠١ (تأمين المبيع المدفوع من غير المشتري) .

(٤) انظر أيضا م ٦٢١ (تنازل المتفع عن حقه عند بيع العين) م ٨٤٣ مدني فرنسي (الهبة لو ارث دون احتسابها من نصيبه في الميراث) ، وم ٩٢٧ (الترتيب بين الوصايا) ، وم ١١٩٠ (الالتزامات التخيرية التي يكون الخيار فيها للدائن) ، وم ١١٩٧ (تضامن الدائنين) ، وم ١٢٥٠ (الحلول الاتفاقية) ، وم ١٣٩٢ (تقديم الزوجة مالا يكون مهرها) (régime dotal) و ١٤٣٤ — ١٤٣٥ (الاستبدال في مال الزوجة remploi) ، وم ١٤٤٠ (الفوائد الواجب دفعها عن المهر الذي قدّمته الزوجة) ، وم ١٦٩٥ (ضمان يسار المحال عليه في الاستقبال) ، وم ١٧٧٢ (جعل هلاك الزرع بقوة فاهرة على المستأجر) ، وم ٢٠٥٤ (عدم جواز الطعن في الصلح المبني على سند باطل اذا وقع الصلح صراحة على هذا البطلان) — انظر في هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ ص ١٢٧ . وانظر قائمة كاملة بالنصوص القانونية التي تقضي بوجوب الشرط الصريح في ديموج ١ ص ٢٨٠ — ص ٢٨١

والقضاء يتشدد في بعض الأحوال فلا يدع مجالاً لافتراض ارادة ضمنية، ويتطلب ارادة صريحة . كما يفعل في عقد القرض اذا أراد المتعاقدان أن يكون قرضاً بفائدة فالاتفاق على الفوائد يجب أن يكون صريحاً^(١) .

وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الارادة شكلاً خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً^(٢)، أو يكون عقداً مكتوباً اذا أريد بالكتابة أن تكون ركناً في العقد لا مجرد طريق لاثباته^(٣)، وقد يتفق المتعاقدان على أن تكون الكتابة رسمية فيجب احترام هذا الاتفاق^(٤) .

* ١٥٨ — التمييز بين التعبير الصريح والتعبير الضمني — الآن وقد تبين أن هناك أحوالاً يشترط فيها أن يكون التعبير صريحاً، وجب أن نميز بين التعبير الصريح والتعبير الضمني .

يكون التعبير عن الارادة صريحاً اذا كان المظهر الذي اتخذه — كلاماً أو كتابة أو إشارة — غير ذات — مظهراً موضوعاً للكشف عن هذه الارادة حسب المألوف بين الناس .
لتعبير الصريح قد يكون بالكلام وذلك بايراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه ارادة ، وقد يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة الى من هي موجهة اليه ، وقد يؤديها

(١) محكمة استئناف مصر الأهلية في ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ حقوق ١٢ ص ١٦٧ (وانظر الى القضاء الفرنسي في ديموج ١ ص ٢٩٥) . ومن شراح القانون المصري من يرى وجوب أن يكون رضا الكفيل صريحاً اتباعاً لحكم القانون الفرنسي في ذلك (انظر كامل مرسى بك : التأمينات الشخصية والعينية طبعة ثمانية فقرة ٢٩) — وبالعكس من ذلك هناك أحوال أخرى يتساهل فيها القضاء ، ويستخلص الارادة من أى ظرف يدل عليها ، كتنازل المؤجر تنازلاً ضمنيّاً عن الشرط المانع من الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار (محكمة بنى سويف في ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ مج ٢٢ ص ٢٣٧ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ ص ١٦٣ نمرة ٢٣٨ — انظر أيضاً كتاب الإيجار للزلف فقرة ٤٠٢) ، وانظر أمثلة أخرى في ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٧٤ — فقرة ١٨١ ، ويساعد على ذلك أن البت في وجود الارادة أو عدم وجودها مسألة موضوعية ، يترك تقديرها لمحكمة الموضوع ، إلا في فرض يصدر فيه من الشخص تعبيران متناقضان ، فتغلب أحد التعبيرين على الآخر يكون في كثير من الأحوال مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (محكمة القضاة الفرنسية ١٤ أبريل سنة ١٨٩٩ سيريه ٩٩ — ١ — ٤٣٩) . والفائدة أنه اذا صدر تعبير صريح وآخر ضمني لا يتفق مع الأول ، فالتعبير الصريح هو الذي يؤخذ به (ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨٤ مكررة) .

(٢) ديموج في الالتزامات ١ ص ٢٨٢

(٣) انظر آفا فقرة ١١٥

(٤) ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٥ — لوران ١٥ فقرة ٤٤٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٢

بالواسطة كالمخاطبة التليفونية أو بتسجيل الألفاظ في آلة ميكانيكية (كالفونوغراف)، وقد يبعث بها عن طريق رسول ليست له صفة النيابة . وكما يكون التعبير الصريح بالكلام يكون بالكتابة أيضا في أى شكل من أشكالها — عرفية أو رسمية، خاصة أو عامة، في شكل سند أو خطاب أو نشرة أو اعلان ، موقعا عليها أو غير موقع، مكتوبة باليد أو بالآلة الكتابية أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى، أصلا كانت أو صورة^(١)، وسواء كانت هذه الصورة مصنوعة باليد أو مصورة (بالفوتوغرافية)، وسواء كان نقل الكتابة مباشرا أو بطريق التلغراف أو بطريق إشارات مصطلح عليها أو بغير ذلك من الطرق . ويكون التعبير الصريح بالإشارة كذلك، فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصا تكون تعبيرا صريحا عن الإرادة كهز الرأس عموديا (دليل القبول) وهزها أفقيا أو هز الكتف (دليل الرفض)^(٢) .

ويكون التعبير ضمنا إذا كان المظهر الذى اتخذته ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة . مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه ، فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكالموعود بالبيع يرتب حقا على العين الموعود ببيعها، وكذلك يسلّم سند الدين للدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك^(٣) (م ١٢٨٣/٢٨٤/٢١٩) .

(١) وهذا غير قواعد الإثبات . فالصورة قيمتها كمظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة غيرها كطريق من طرق إثبات وجود هذه الإرادة بعد أن تم التعبير عنها . ويلاحظ أن قيمة الصورة — من حيث الإثبات — محدودة .

(٢) وإذا كان التعبير عن الإرادة صريحا فلا ينتج أثره في الأصل إلا إذا وصل إلى علم من هو موجه له ، ويستخلص من ذلك أن التعبير عن الإرادة بالنطق ، إذا كان موجهها لأصم ، ولم يكن مصحوبا بإشارات يفهمها ، لا ينتج أثره (بلابول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢٦ ص ١٦٤) .

(٣) وهناك أحوال يتعرض فيها المشرع لبيان الشرط الضمنى ، فهو شرط تدل عليه قرائن الأحوال (م ٤٦٦/٣٨١) أو يتضح من حالة الوكيل (م ٦٢٧/٥١٣) ، أو يتضح القبول من إجراء الوكيل العمل الموكل فيه (م ٦٢٦/٥١٢) ، أو يستدل على تنازل الشفع الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفع عرف المشتري بصفته مالك العقار نهائيا (م ١٩ من قانون الشفعة) .

أما المشرع الفرنسى فقد تعرض لبيان الرضا الضمنى في مواضع متفرقة منها م ٧٧٨ (قبول الميراث) و م ٢٢٢١ (التنازل عن التقادم) . انظر أيضا م ٨٦٣ من القانون النمساوى (سنة ١٨١١) — ومحكمة النقض الفرنسية في ١٥ أبريل سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٥ — ١ — ٣٥٦ — حكما آخر في أول يولييه سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ — ١ — =

وهناك رأى يذهب الى التمييز — لا بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى — بل بين التعبير المباشر والتعبير غير المباشر . فالأول هو المقصود به إيصال العلم بالارادة مباشرة الى من توجه اليه هذه الارادة، والثانى لا يراد به إيصال العلم بالارادة مباشرة بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الارادة^(١) . ولا نرى أن هناك فرقا محسوسا بين النظريتين، بل يمكن القول بأن التعبير الصريح هو التعبير المباشر، والتعبير الضمنى هو التعبير غير المباشر^(٢) .

* ١٥٩ — **بعض تطبيقات عملية** — ونورد هنا — زيادة فى الايضاح — بعض تطبيقات عملية تين كيف يكون التعبير عن الارادة، صراحة كان ذلك أو دلالة .

فالأرادة إما أن تكون إيجابا أو قبولا . والايجاب الصريح، كما يكون بالكلام والكتابة والاشارة على النحو الذى تقدم ، يكون كذلك باتخاذ موقف يفهم منه الايجاب صراحة ،

= ٤٩٣ — محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يونيو سنة ١٩١٦ جازيت ٧ ص ١٩ نمرة ٤٠ — محكمة الاستئناف المختلطة أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ — حكما آخر فى ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١١ — حكما ثالثا فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت ٢٠ ص ٧ نمرة ٥ — حكما رابعا فى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢

(١) انظر فبا يسلق بالقانون الألماني (Saleilles) فى كتابه "الاعلان عن الارادة" ص ١٥٦ وقد ورد فيه بآى "ويظهر أنه يمكن أن يستخلص من مجموع نصوص القانون الجديد (القانون المدنى الألماني) أن صفة الارادة الضمنية انما تلحق الاعلان الذى يكون مظهر التعبير عنه لا يقصد به — فى ذاته أو طبقا لاتفاق المتعاندین — أن يصل مضمون هذا الاعلان الى علم ذى الشأن ... " .

وانظر فى التمييز بين التعمية المباشر والتعبير غير المباشر كولان وكايتان ٢ ص ٢٨٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ ص ١٢٨

ويرى الأستاذة ديموج (١ فقرة ١٨٢ — فقرة ١٨٣) وكولان وكايتان (٢ ص ٢٨٩) التوسع فى التعبير الصريح أو المباشر ، واعتبار كل عمل لا يمكن أن يتفق مع ارادة عكسية تعبيرا صريحا ، كما اذا أرسل البائع البضاعة الموصى عليها، فهذا الارسال يكون تعبيرا صريحا عن قبوله البيع ، وكما اذا تعهد المؤجر بتعويض المستأجر عند بيع العين المؤجرة ، فهذا التعهد تعبيرا صريحا عن ارادة المؤجر لفسخ الايجار اذا باع العين .

ويرى سافيني (القانون الروماني ترجمة جينو (guenoux) جزء ٣ ص ٢٤٦) أن التعبير الصريح هو التعبير الذى لم يقصد به إلا غرض واحد هو الافصاح عن الارادة ، أما التعبير الضمنى فيقصد به غرض آخر، ولكنه يؤدى الى الافصاح عن الارادة، وهذا الرأى قريب من الرأى الذى أوردناه من أن التعبير الصريح هو مظهر موضوع للكشف عن الارادة . إلا أن المعيار شخصى فى رأى سافيني ، ومادى فى الرأى الآخر .

(٢) ومع ذلك فهناك من الشراح من يرى أن التعبير المباشر قد يكون تعبيرا ضمنيا كن يركب عربة الترام فى محطة من محطاتها (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٤٣ ص ٧٣ — محكمة بروكسل ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٢ — ٢ — ٣٥٦ — محكمة إكس فى ٨ فبراير سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٥ — ٢ — ٢٣٩ — انظر كذلك والتون ١ ص ١٢٩ وهالتون ١ ص ٣١٥) .

فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً من التاجر بأن يبيع هذه البضائع بالثمن الذى بينه ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين ، كميزان ميكانيكى أو آلة لبيع الحلوى ونحوها أو لتوزيع طوابع البريد أو ترخيصات للدخول فى محطات السكك الحديدية ، كل هذا يعدّ إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعتدة لذلك عرض صريح على الجمهور ^(١) . ويعدّ إيجاباً ضمناً بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار وصدور عمل منه يفهم على أنه يريد تجديد الايجار .

(١) هذا ويلاحظ أن هناك عقوداً لشخصية المتعاقد فيها اعتبار ، فوقوف العمال والخدمة فى محل معدّة لذلك ، يعرضون خدماتهم على الجمهور ، ليس معناه إيجاباً منهم دون تحفظ بخدمة أى شخص يريد استخدامهم ، بل أن لهم الحق فى التعاقد مع من يريدون من يتقدم اليهم لاستخدامهم ، فهم فى الواقع لا يصدر عن إيجاباً ، بل يعرضون التعاقد مع من يرغبون التعاقد معه من يتقدم اليهم ، فاذا تقدّم أحد كان هذا منه إيجاباً ، ينقصه قبول العامل أو الخادم (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ ص ١٣٠) .

وقد قضت المحاكم المصرية والفرنسية بوجود الإيجاب من المتعاقد فى ظروف متفرقة . مثل ذلك : إذا دعا رب المنزل طبيباً لمعالجة شخص يعيش فى المنزل ، كان هذا إيجاباً من رب المنزل بالتعاقد مع الطبيب ، إلا إذا أخبر الطبيب أنه غير مسئول عن مصاريف العلاج (محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة ١٨ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٩٢٢ : نمرة ٢٩٨) ، وإذا وضع ابن الأخ عمه فى مستشفى لتربيته ، أصبح مسئولاً عن مصاريف المستشفى ، وعدّ هذا منه إيجاباً ، لا سيما إذا كان قد وضع المريض (وهو مصاب بالجنون) فى مكان من المستشفى يتفق مع مكانه الاجتماعية الراقية ، وأصر على أن يبقى فيه بعد أن أريد تحويل المريض الى مكان آخر (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠٤) . وقد قضت محكمة استئناف ديجون فى ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ (دالوز الأسبوعى سنة ١٩٢٨ ص ٤٨٨) أن مجزّد اصطحاب مريض الى طبيب لا يكفى فى ذاته لإثبات النية الصريحة ولا الضمنية فى الالتزام نحو هذا الأخير بدفع أجره ، أما إذا اقترن ذلك بظروف أخرى ، كالقربة مثلا أو وجود صالح خاص ، فيصبح من استدعى الطبيب ملزماً نحوه بأجره ، ويستنتج من ذلك أن قيام شخص باستدعاء طبيب لآخر بدافع الانسانية فقط لا يكفى لاعتباره ملزماً بأجر الطبيب ، بخلاف ما إذا فعل ذلك حفيد ملزم بنفقة جدّه ، فهو ملزم بأجر طبيبه الذى يدعوه لعلاجّه ، كما هو حال من استدعى طبيباً للعلاج صديق يقيم فى ضيافته مدة معينة (حكم محكمة السين فى ٨ فبراير سنة ١٩٠٩ ، ومحكمة تولوز فى ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ — انظر المحاماة ٩ ص ٥٧٩ رقم ٣٦٣) . وقضت محكمة النقض الفرنسية فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ (محاماة ١٠ ص ٤٧٩ نمرة ٢٤٣) بأنه ليس لطبيب إذا ما أحضر لديه صاحب سيارة أحد المسارة ، الذى رعى بنفسه على سيارته فخرج جرحاً بليفاً ، أن يطالب صاحب السيارة بأجر العلاج ، ما لم يقدم الدليل على أنه عندما أحضره للعبادة تهاد بدفع الأجر شخصياً . ويلاحظ فى هذه القضية أن صاحب السيارة لم يرتكب أى خطأ فى إصابة الجريح .

وقضت محكمة الصلح بباريس فى ١٨ يونيه سنة ١٨٩٧ (جازيت دى ترابينو ٩ يولييه سنة ١٨٩٧) أنه إذا اصطحب أشخاص أحد المرشحين فى الانتخابات الى احدى المطابع لعمل منشورات انتخابية لصالح هذا المرشح ، يلتزمون بدفع قيمة هذه المنشورات ، اذا تبين أنهم كانوا يقومون علناً بالدعوة الى انتخابه ، وأن المرشح كان فى حالة ظاهرة من الفقر لا يستطيع معها دفع قيمة هذه المنشورات — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن قبول شخص استد تحت الاذن =

وقد يكون القبول صريحا ، كالناجر الذي يقبل طلبا من عميل له ، فيرسل اليه ما يطلبه ، ويكون هذا الارسال قبولا صريحا منه . ويكون القبول ضمنيا ، كما اذا قام الوكيل بتنفيذ الوكالة (م ١٩٨٥/٦٢٦/٥١٢ فقرة ثانية^(١)) ، وباع الموعد بالبيع الشيء الموعد ببيعه^(٢) ، وأعد مدير ملعب للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه^(٣) . ويلاحظ أن استخلاص القبول الضمني أيسر من استخلاص الإيجاب الضمني^(٤) .

المطلب الثاني — السكوت وقيمته في التعبير عن الإرادة^(*)

* ١٦٠ — السكوت لا يكون إيجابا وقبر يكون قبولا — لا محل للكلام عن السكوت باعتباره معبرا عن الإيجاب ، إذ يتعذر تصوّر أن يكون مجرد السكوت إيجابا .

= ونحوه إلى مصرف وقبض هذا المصرف لقيمة السند ، كل هذا بعد رضا بالصفقة التي تحرر من أجلها السند المذكور (١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) — انظر أيضا في ظروف أخرى عدت رضا من المتعاقد محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٤٢ — جازيت ١٥ ص ٧١ نمرة ١١٣ — محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٥٢ نمرة ٧١ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ليس هناك إيجاب في الحالة الآتية : قبل زوج إيواء بنت لزوجته في منزله ، ثم تحوّلت البنت إلى منزل أحد أقاربها ، وأريد اعتبار إيواء الزوج رضا لها منه بالنفقة عليها ، حتى لو تركته إلى منزل آخر ، فقضت المحكمة بأنه لا التزام على الزوج في هذه الحالة بالنفقة ، مادام القانون لا يلزمه بذلك ، وما دام هو لم يرض بهذا الالتزام (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) .

(١) أما اذا كانت الأعمال الصادرة من الوكيل موجهة إلى الموكل بطريق مباشر ، وكانت مظهرا يقصده الكشف عن الإرادة أو موضوعا لهذا ، كان القبول في هذه الحالة صريحا .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ — ١ — ٢٧١ — هذا ولا يعدّ قبولا مجرد تسجيل الوعد بالبيع (محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٢٥ مع تطبيق الأستاذ برسو) وقضى بأن بيع عقار مرة ثانية ، بعد أن فسخ البيع الأول ، يعدّ رضا باستيفاء التحسينات التي قام بها المشتري الأول (محكمة النقض الفرنسية في ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ ص ٣٨٤) .

(٣) محكمة باريس الاستئنافية في ١٩ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٣٥ .

(٤) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠٧ — انظر أيضا (Ed. sallé) في رسالته التطور الفني للعقد فقرة ٤١٩

(*) المراجع : ديمولومب ٢٤ فقرة ٥٧ — أوربري ورو ٤ فقرة ٣٤٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٤٤ — فقرة ٤٨ — بنكاز (تكملة بودري) ٢ فقرة ٣٩٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠٨ وما بعدها — ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨٥ وما بعدها ٢ فقرة ٥٥٦ — كولان وكايتان ٢ ص ٢٧٤ وما بعدها — والتون ١ ص ١٣٠ — ١٣٢ — فاليري في العقد بالمراسلة فقرة ٢١ وما بعدها وتعليقاته في دالوز ١٩٠٥ — ١ — ٣٤٥ و ١٩٠٨ — ٢ — ١٠ و ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ جيز نظرية العمل السلي (مجلة القانون العام ١٩٠٥ ص ٧٦٤) — بارولت ١ السكوت باعتباره منشئا للالتزامات (ديجون ١٩١٢) — كوهين : العقد بالمراسلة (باريس ١٩٢١ ص ١٠٣ وما بعدها) — لبني (ديجون ١٩٢٧) — كوهين (Cohin) العمل السلي الخاطئ (باريس سنة ١٩٢٩) .

أما السكوت تعبيرا عن القبول فيمكن تصوّره ، بل هو غير نادر الوقوع في العمل ، وبخاصة في التعاقد بالمراسلة . وقد جاء في المثل : "السكوت رضا" ، ويقول الفرنسيون : "من لم يقل شيئا فقد رضى" (Qui ne dit mot consent) . إذ يتفق في بعض الأحيان أن يعرض التعاقد على شخص فيلزم الصمت ، فيكون سكوته هذا في بعض الظروف دليلا على الرضاء .

* ١٦١ - القاعدة العامة - على أن القاعدة العامة هي أن السكوت في ذاته ، مجزئا عن أى ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيرا عن الرضاء ، لأن الرضاء عمل إيجابى والسكوت شىء سلبى ، ويقول فقهاء المسلمين "لا ينسب لساكت قول" . ومهما يكن من التساهل في استخلاص الإرادة الضمنية ، فلا شك في أن هذا التساهل لا يصل الى الحد الذى يعتبر فيه امتناع الشخص عن إبداء رضائه صراحة أو دلالة رضاء منه ، فنخلق بذلك من الوجود عدما . ولو أخذنا بهذا رأى جعلنا كثيرا من الناس يرتبطون بعمود لا يرتضون بها ، ولكنهم لم يجدوا ما يقتضى أن يكلفوا أنفسهم عناء رفضها ، أو وجدوا مانعا أدبيا من المجابهة بالرفض ، فلزموا الصمت . فتصبح الروابط القانونية عرضة للتقلقل والاضطراب^(١) . ولئن دل السكوت ضمنا على شىء فأولى أن تكون دلالة الرفض لا القبول ، والعدم لا ينتج إلا العدم .

هذا هو المبدأ الذى يقول به جمهور الفقهاء في فرنسا^(٢) ، ويطبقه القضاء الفرنسى ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مجزئ سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبر فيه مرسله مساهما في شركة معينة ، ويخبره فيه أنه سيجل في حسابه قيمة الأسهم التى احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولا بالاكتتاب في الأسهم المذكورة^(٣) . كذلك قضت المحاكم الفرنسية بأن الناشر

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير واممان ١ فقره ١٠٨ من ١٣٣ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٩٠ - بودرى وبارد ١ فقره ٤٤ وما بعدها - بنكاز (ملحق بودرى) ٢ فقره ٣٩٧ - ديپولومب ٢٤ فقره ٥٧ - أوبرى ورو ٤ فقره ٣٤٣ ص ٣٨٤ هامش ٢) .

(٢) انظر المراجع السابقة في الحاشية المتقدمة .

ويتنبأ الأستاذ ديموج (الالتزامات ١ ص ٣٨ - ٣٩ و ص ٣٠٦) بظهور طائفة من الأعمال القانونية تكون وسطا بين العقد والعمل القانونى الصادر من جانب واحد ، وهى أعمال تتم بمجرد الإيجاب من أحد الطرفين بشرط أن يسكت الطرف الآخر ، فلا يقبل ولا يرفض ، ويكون سكوته في هذه الحالة قبولا (فانر بلانيول وريبير واممان ١ ص ١٣٣ وهم يعترضون على هذا الرأى بأنه ينقصه التحديد - انظر أيضا لارومبيير ١ مادة ١١٠١ فقره ١١) .

(٣) ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ١ - ٢٥٧

(٤) انظر كذلك محكمة النقض الفرنسية في ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٢٠٧ .

الذي يرسل لشخص، دون سابق اتفاق، مجلة دورية، لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه المجلة، ما دام لم يصدر منه قبول بذلك، ولا يعتبر قبولاً مجرد امتناع هذا الشخص عن رد المجلة، حتى لو ذكر في المجلة أن عدم الرد يعدّ قبولاً بالاشتراك^(١). كذلك إذا أرسل تاجر نموذجاً من بضاعته إلى بعض الناس وذكر أنه يعتبرهم قد رضوا بالشراء إذا لم يردوا هذا النموذج، فلا يعتبر عدم الرد قبولاً^(٢). كما أنه إذا سكت أحد المتعاقدين على شروط استثنائية في العقد، دون أن يصدر منه قبول بها، لا يعدّ ذلك قبولاً بهذه الشروط، حتى لو بدئ في تنفيذ العقد^(٣).

وهذا المبدأ ذاته يأخذ به الفقه في مصر، وكذلك القضاء، فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية

(١) محكمة السين الابتدائية في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دي باليه ٩٣ — ٢ — ١٦٢ — محكمة دويه الاستئنافية في ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ داللو ٧٤ — ٢ — ١٥٣ — هذا وإذا كان الطرف الذي ذكر أن السكوت يعتبر قبولاً لا يستطيع أن يتمسك بالسكوت فإن الطرف الآخر الذي سكت يستطيع أن يتمسك بسكوته هذا على الطرف الأول، ويعتبر أن العقد قد تم، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شخصاً استلم خطاباً من آخر، يعرض عليه فيه صفقة، ويخبره بأن سكوته يعدّ قبولاً، يستطيع أن يتمسك بسكوته، وأن يعتبر البيع قد تم، وأن هذا البيع ينقض بيعاً قضائياً وقع بعد ذلك (٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥٨ ص ١٠٨) .

و يلاحظ أن من يتلقى المجلة ويسكت، إذا كان سكوته لا يعدّ قبولاً، فإن قبوله قد يستنتج ضمناً من أعماله. أدية يقوم بها — لا من مجرد السكوت — كأن يواظب على استلام المجلة وقراءتها بانتظام، أو كأن يفصل ما بين صفحات الكتاب الملتصقة تمهيداً لقراءته (انظر دي هلتس جزء ١ الاتفاق (conventin) فقرة ٦) .

(٢) محكمة نولوز الاستئنافية في ١١ يونيو سنة ١٨٨١ داللو ٨٢ — ٢ — ٢٠٦ — محكمة مونبلييه الاستئنافية في ٢٢ يولي سنة ١٩٠٤ داللو ١٩٠ — ٢ — ٢٩٦ — محكمة دويه الاستئنافية في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ مجموعة دويه (Rec. Douai) ١٩٢٧ — ٥٨ — تطبيق فاليري في داللو ١٩٠ — ١ — ٣٤٧ — وفي داللو ١٩٠٨ — ٢ — ٣١٣ . وهناك أحكام تقضى بمسئولية من أرسل له شيء ولم يردّه بناءً على دعوى الإثراء بلا سبب (محكمة السين الابتدائية في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دي باليه ٩٣ — ٢ — ١٦٢ — محكمة الصلح بكومبيين (Compiègne) في ١٦ أغسطس سنة ١٨٩٥ داللو ٩٦ — ٢ — ٢٨٩) وبعض الأحكام تقضى بالمسئولية بناءً على خطأ طبقاً للسادة ١٣٨٢ من القانون الفرنسي (محكمة دويه الاستئنافية ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ مجموعة دويه ١٩٢٧ — ٥٨) .

(٣) ريبير في القانون البحري طبعة ثالثة جزء ٢ فقرة ١٧٤٥ — وإذا انقضت مدة الاشتراك في مجلة، وبقي صاحب المجلة يرسلها بالرغم من ذلك للشتراك، فلا يعدّ سكوت المشترك، وعدم ردّه للمجلة، قبولاً بتجديد الاشتراك (فاليري : العقد بالمراسلة فقرة ٢٣٦) . وهذا الرأي محل للنظر، فقد تكون هناك ظروف ملائمة في هذا الفرض، يفهم منها أن السكوت رضاً بتجديد الاشتراك .

في مصنعه ، لا يعدّ قبولاً أو ترخيصاً من جانبها ، حتى لو تأخرت الحكومة في الردّ عن الميعاد القانوني ، وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب^(١) . كذلك قضت محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة في دائرتها التجارية بأن سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يردّ على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطاً في صفقة ظلت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة أسابيع عديدة ، لا يعتبر رضاء من المشتري ، بل يجب أن يكون رضاؤه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة^(٢) .

* ١٦٢ - الاستثناءات - على أن هذه القاعدة العامة يقيد منها استثناءات ، بعضها ينص عليه القانون ، والبعض الآخر يقترحه القضاء^(٣) .

١٦٣ - أما ما نص عليه المشرع فمقتضى نواحي القانون ، نذكر منه ما يأتي :

(١) إذا بقي المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار ، قد يكون في هذا إيجاب ضمني منه بتجديد العقد كما تقدّم ، فإذا سكت المؤجر اعتبر سكوته قبولاً لهذا الإيجاب ، وتجدد عقد الإيجار (م ٣٨٦/٤٧١/١٧٥٩ و ١٧٧٦)^(٤) .

(٢) إذا سكت الدائن عن المطالبة بدينه المدة القانونية سقط هذا الدين بالتقادم . ويكون سكوت الدائن هذه المدة الطويلة بمثابة اعتراف منه أن الدين قد انقضى ، كما هو معروف في القواعد الخاصة بالتقادم .

(١) ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٣

(٢) ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ نمرة ٢٧٦

(٣) وهي استثناءات يعترفها السكوت رضاء ، ومن ثم يقرر الأستاذ ديموج (الالتزامات ١٨٨ فقرة ١ ص ٣٠٠) أنه في مثل هذه الأحوال يكون هناك التزام قانوني يقضى على الشخص بالتعبير عن إرادته إذا اختار الرفض ، وإلا اعتبر سكوته قبولاً ، وقد يعدّ السكوت سوء استعمال للحق في مثل هذه الفروض (انظر مثلاً للأستاذ بوسكورا مينسيانو في مجلة القانون المدني ربيع السنوية سنة ١٩٣٠ ص ٩٩٩ - ص ١٠٠٩) .

(٤) ولا يرى الأستاذ ديموج في التجديد الضمني قبولاً من جانب المؤجر من طريق السكوت ، بل هو قبول ضمني ، لأن سكوته أفترن بحد دل على القبول ، وهو تركه المستأجر في العين المؤجرة ، وهو موقف أصرح من مجرد السكوت ، كما أن الوكيل إذا نفذ الوكالة يعتبر تنفيذها لها قبولاً ضمناً ، لا مجرد سكوت يفهم منه القبول (الالتزامات ١ ص ٢٩٩) . انظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠٨ ص ١٣٢ هامش ٣ - انظر عكس

ذلك كولان وكابيتان ٢ ص ٢٩٠

(٣) اذا سكت الدائنون المرتهنون عند التجاء الحائز للعقار المرهون لتطهيره وعرضه عليهم قيمة العقار، فإن الدائنين يعتبرون قد قبلوا هذا العرض اذا مضى ستون يوما ولم يقرر أحد منهم رغبته في الزيادة على الثمن المعروض (م ٥٨٣/٧٠٦/٢١٨٦)^(١) .

* ١٦٤ — أما ما جرى عليه القضاء فهو اعتبار السكوت رضا ، اذا أحاطته ظروف ملائمة من شأنها أن تجعله دليلا على هذا الرضا ، فالسكوت وحده لا يكفي ، ولكنه ، مقرونا بهذه الظروف ، يكون تعبيراً صحيحاً عن الإرادة^(٢) .

هذه الظروف الملائمة ، التي يستخلص منها أن السكوت رضا ، متوافرة في كثير من الأحوال ، نذكر منها ما يأتي :

(١) اذا وجد بين المتعاقدين علاقة عمل سابقة تسمح بتفسير السكوت دليلا على القبول ، كما اذا اعتاد عميل استيراد البضائع التي يريدتها من تاجر بالكتابة اليه ، فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول أولاً ، فاذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكناً كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضا ، وأن التاجر سيرسل له ما طلبه كما عودته^(٣) . وقد يكون هناك عقد

(١) انظر أيضاً أحوالاً أخرى في ديموج (الالتزامات ١ فقرة ١٨٧ مكررة وص ٣٠٩ الفقرة الأخيرة) . وقد يكون السكوت ركناً في جريمة جنائية ، كما يكون ركناً في جريمة أو شبه جريمة مدنية . كما أنه قد يكون أيضاً طريقاً من طرق الإثبات في الأحوال التي يؤخذ فيها بالقرائن ، وفي الحالة التي يمنع فيها الخصم من الإجابة عند استجوابه (انظر محكمة النقض الفرنسية في ١٩ أبريل سنة ١٨٤٢ سيريه ٤٢ — ٢ — ٢٣٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٢) .

(٢) المسألة في نظر القضاء ليست مسألة تعبير عن الإرادة ، بل مسألة إثبات لوجود هذه الإرادة من طريق القرائن التي تستخلص من هذه الظروف مصحوبة بسكوت المتعاقد (انظر في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ٧ يولييه سنة ١٨٥٨ سيريه ٥٩ — ١ — ٨٥ — حكماً آخر في ١٥ أبريل سنة ١٨٧٤ داللو ٧٥ — ١ — ٣٥٦ — حكماً ثالثاً في ٤ يولييه سنة ١٩٢٣ جازيت دي باليه ١٩٢٣ — ٢ — ٤١٦ — حكماً رابعاً في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ الأسبوع القضائي (Semaine Juridique) ١٩٢٨ (٨٠٧) . انظر أيضاً ديموج في الالتزامات ١ ص ٣٠١ هامش نمرة ٣

(٣) محكمة بورردو الاستئنافية في ٣ يولييه سنة ١٨٦٧ داللو ٦٧ — ٢ — ١٠٦ — محكمة روان الاستئنافية في ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ داللو ١٩٠٣ — ٢ — ١٠٩ — محكمة باريس الاستئنافية في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٠ داللو ١٩٢٢ — ٢ — ٤١ — انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٠ وقد قضت هذه المحكمة في قضية استلم فيها عميل من صهار خطابين : أحدهما يخبره بأن مركزه سيصفي ، والآخر ينبئه بأن التصفية قد تمت وقد تضمن المستندات الخاصة بحساب العميل ، بأن سكوت العميل وعدم اعتراضه يمنعه فيما بعد ، اذا طُوب بوفاء ما في ذمته ، أن يعترض على السمسار بأنه قد تأخر في تصفية مركزه (٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٠ ص ٣١٥) .

سابق بين الطرفين فيستخلص السكوت قبولاً إذا كان العقد الحديد من مكملات تنفيذ العقد السابق، أو معدلاً له، أو فاسخاً^(١)، أو فاسخاً^(٢).

(٢) إذا كان العرف والتقاليد التي جرى عليها العمل تقضي بأن السكوت يدل على الرضاء، كالحساب الذي يؤديه الوكيل للوكيل فلا يعترض هذا عليه فيعتبر سكوته دليلاً على إقراره لهذا الحساب^(٤)، كذلك إذا أرسل المصرف بياناً لعميله عن حسابه في المصرف وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له^(٥)، وإذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف

(١) كولان وكايتان ٢ ص ٢٧٦ — فالمشتري لآلات ميكانيكية، وقد استنفذ الأجل المضروب لفحص هذه الآلات، وطلب أجلاً جديداً لفحص تكميل كان متوقفاً في عقد البيع، له أن يعتبر سكوت البائع رضاء بمنحه هذا الأجل الجديد (محكمة النقض الفرنسية في ٧ مارس ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٥ — ١ — ٤٠٧).

(٢) كما إذا عدل صاحب المصنع من لوائح مصنعه (règlement d'atelier)، وسكت العمال ولم يعترضوا، فله أن يعتبر سكوتهم رضاء بالتعديل الذي أدخله. كذلك إذا أصدر رب المصنع أمراً بزيادة أو نقص أجر العمال، فسكوتهم على ذلك يعتبر قبولاً (محكمة تونس الابتدائية في ٢٢ يناير سنة ١٩١٧ جازيت دي تريدينو ١٩١٨ — ٢ — ٦٠. مجلة القانون الانتقادية ١٩١٨ ص ١١٤) — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب للتسليم أجلاً محدداً، بل جعله في أقرب ميعد مستطاع، وسكت المشتري على ذلك، فسكوته يعتبر رضاء بهذا التعديل (١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ — ٥٦ — جازيت ١٢ ص ١٨٠ نمرة ٢٧٤). ويكون السكوت قبولاً بالتعديل إذا كان الاتفاق قد تم شفويًا على التعديل، ولم يكن الخطاب الذي بق دون رد إلا تسجيلًا كتابيًا لما تم من الاتفاق الشفوي (محكمة النقض الفرنسية في ٤ يولييه سنة ١٩٢٣ جازيت دي باليه ٢٣ — ٢ — ٤١٦).

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة (في دعوى شخص أوصى بكيات كبيرة من القمح من إنجلترا)، ثم نشبت الحرب فأخبره المصنع أنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب بعد أن منعت الحكومة الإنجليزية تصدير القمح، فسكت، ثم عاد بعد ذلك ليطالب المصنع بتنفيذ تعهده أو بأن يدفع تعويضاً، بأنه بصرف النظر عما إذا كان الزام المصنع أصبح تنفيذه مستحيلًا بقوة فاهرة، فإن سكوت المشتري وعدم رده على خطاب المصنع، قد جعل المصنع يعتقد أن المشتري قد رضى بفسخ العقد، فليس للمشتري بعد ذلك أن يعود إلى المطالبة بتنفيذه (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨ — جازيت ٧ ص ١٢٩ نمرة ٣٩٠).

(٤) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ مارس سنة ١٨٨٩ جازيت دي باليه ٨٩ — ٢ — ٢٩١ ومع ذلك انظر حكماً آخر في ١١ يناير سنة ١٨٨٦ جازيت دي باليه ٨٦ — ١ — ٣٠٥.

(٥) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٩ — حكم آخر في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ — حكم ثالث في ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ (ولكن لا يعتبر سكوت امرأة قليلة التجربة خطاباً وصل إليها من مصرف، ينبئها فيه بأن ابنها ألزمها بضمان لم تلزم به، رضاء بهذا الضمان) — حكم رابع في ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — حكم خامس في ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٤ — ويلاحظ أن الأحكام السابقة، إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب المقدم، فإنها تستثنى حالة الغلط في الحساب والحذف والإضافة والتزوير وما إلى ذلك، فتل هذا يصحح.

في "الفاتورة" عبارة لم يكن متفقاً عليها في العقد ، كأن يشترط وفاء الثمن في محل اقامته هو لا في محل اقامة المشتري ، أو يحدد ميعادا يسقط بانقضائه حق المشتري في التقدم بأى اعتراض على الصفقة ، أو يجعل المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ من العقد هي محكمة البائع ، فسكوت المشتري يعتبر قبولاً لهذه الشروط الجديدة^(١) ، فقد أصبح العرف التجارى يقضى بأن مجرد السكوت كافٍ لقبول مثل هذه الشروط التي تستجد في "الفواتير"^(٢).

(٣) إذا كان العرض نافعا من كل الوجوه للعروض عليه ، وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاء ، كالهبة تعرض على الموهوب له فيسكت (وذلك في الهبات التي لا تشترط فيها الرسمية ، كالهبة المسترة والإبراء ، وإلا فالهبة في الأصل لا يكفي في انعقادها إيجاب وقبول صريحان بل يجب أن تكون في عقد رسمي) ، وكمارية الاستعمال تعرض على المستعير (على أن عقد العارية لا يتم إلا بالتسليم ، وإن كان رضاء المستعير الذي هو أيضا من أركان العقد يستخلص من السكوت) ، وكمن صدر منه الإيجاب يحدد ميعادا للطرف الآخر لينظر في القبول ، فيسكت هذا ويكون سكوته قبولاً للهبة التي أعطاها إياه الطرف الأول ، ويعتبر التزام الموجب بعدم "رجوع عن إيجابه في المدة التي حددها ناشئا عن هذا العقد الذي كان فيه السكوت قبولاً"^(٣).

(١) كولان وكايتان ٢ ص ٢٧٦

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ يناير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ — ١ — ١٧٥ — حكم آخر في ١١ يولييه سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١١٧ — حكم ثالث في ١٥ يولييه سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٢٦٢ . على أن القضاء الفرنسى يمنع من سوء استعمال هذه الاضافات في «الفواتير» ، فاذا كانت هذه الاضافات تتناقض مع ما جرى عليه المتعاقدان من التعامل فيما مضى ، أو مع شروط السوق المعروفة ، فإن السكوت عليها لا يعد قبولاً بها (محكمة النقض الفرنسية ٨ فبراير سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ — ١ — ١٧١ — حكم آخر في ١٧ يونيو سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ — ١ — ٣٤٥ — حكم ثالث في ٢٤ يونيو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٣٦٣)

(٣) انظر مع ذلك بلانيول وريبير واسمان ١ ص ١٣٩ ، وتذهب نظرية حديثة الى أن الموجب يلتزم هنا ، لا بناء على عقد ، بل بموجب ارادته المنفردة ومنفصل ذلك فيما يل . انظر في هذا الموضوع ديمولومب ٢٤ فقرة ٥٨ — فقرة ٥٩ — أوبرى ورو ٧ فقرة ٦٥٨ هامش نمرة ٥ وفقرة ٦٥٩ هامش نمرة ٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٥ ثالثا — ديموج في الالتزامات ٢ فقرة ٥٥٥ ص ١٧٥ — والنون ١ ص ١٣٠ — محكمة النقض الفرنسية ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٩ دالوز ٧٠ — ١ — ٢٠٧ — حكما آخر في ١٥ أبريل سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٥ — ١ — ٣٥٦ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشخص الذي يصدر منه إيجاب بضمان آخر يريد استجار عين من الحكومة (وقد دخل من يريد الاستجار في المزايدة ورسا عليه المزايدة) يعد مقيدا بهذا الضمان بمجرد رسو المزايدة على من كفله ، دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة ، إذ السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولاً (١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨) .

(٤) إذا كان للشخص حق يستطيع استعماله في وقت غير محدد، ولا يسقط هذا الحق إلا بمضي المدة ، وتعجل الطرف الآخر الأمر فأعلن صاحب الحق بوجوب استعمال حقه في مدة معقولة (يترك للقضاء تحديدها عند الاختلاف)، وإلا اعتبر متنازلا عن هذا الحق، فإن السكوت عن استعمال الحق في المدة المحددة يعد تنازلا يسقط الحق قبل أن يسقط بالتقادم. مثل ذلك عقد باطل بطلانا نسبيا، ولا يطلب البطلان من له الحق في التمسك به، فيحدد له الطرف الآخر ميعادا معقولا للتمسك بالبطلان وإلا اعتبر سكوته إجازة للعقد. وكإجازة العقد الباطل إجازة الوصية أو بيع المريض مرض الموت أو هبته مما لا ينفذ إلا بإجازة الورثة، فيحدد من يتمسك بهذا التصرف القانوني القابل للطعن ميعادا معقولا للورثة إذا انقضى وسكتوا عده سكوتهم إجازة^(١).

(٥) إذا رأى شخص آخر يتعرض لشؤونه فيسكت ، يعد سكوته رضاء بهذا التعرض وإجازة^(٢) له ، ويتفرع على ذلك أن علم الموكل بتجاوز الوكيل حدود الوكالة وسكوته على ذلك يعد إجازة من الموكل لعمل الوكيل^(٣) ، وعلم رب العمل بما قام به الفضولي وسكوته عليه حيث يستطيع أن يعترض بكون إجازة كذلك ، والمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقرارا للبيع^(٤).

١٦٥ — وهناك حالتان أخريان هما محل للنظر :

(١) إذا كان من توجه إليه العرض تاجرا وجب أن يجيب على كل عرض بالرفض أو بالقبول ، فإذا سكت اعتبر سكوته قبولا طبقا للعرف الجاري في التجارة ، وقد أخذ بهذا

(١) محكمة بوردو الاستئنافية في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٣١ سيريه ١٨٣٢ — ٢ — ٦٣٢ . انظر أيضا المواد ٣٨ و ٢٢٤ — ٢٢٥ من قانون الالتزامات والسويزي والمواد ١٠٨/٢ و ١١٧/٢ و ٢٦٤/٢ و ١٣٩٦ و ١٨٢٩ من القانون المدني الألماني .

(٢) ديموج في الالتزامات ١ ص ٣٠٣

(٣) م ١٩٩٨/٦٤٨/٥٢٧ — محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ يولييه سنة ١٨٦٣ سيريه ١٨٦٣ — ١ — ٤٥٧ — حكم آخر في ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ١٨٩٦ — ١ — ١١٤

(٤) كذلك يعتبر القضاء الفرنسي أن الزوج راض بمباشرة زوجته للتجارة ، إذا لم يعترض على ذلك ولزم الصمت (انظر م ٤ من القانون التجاري الفرنسي) — انظر أيضا أحوالا يعتبر فيها السكوت انضماما لعقد العمل الجامع في القانون الفرنسي الصادر في ٢٧ مارس سنة ١٩١٩ الخاص بهذا العقد .

الرأى بعض الفقهاء وبعض المحاكم^(١) . ولكن الرأى الراجح أن مجزء صفة التاجر لا تستوجب فى كل عمل تجارى أن يجيب التاجر على كل عرض يوجه له ، مالم يقض عرف خاص بعكس ذلك ، ويكون العرف متعلقا بعمل معين من الأعمال التجارية ، ففى مثل هذه الأعمال المعينة (كإقرار الحساب المقدم للعميل والشروط التى تستجد فى " الفواتير " مما تقدم بيانه) يعتبر السكوت رضاء ، نزولا على العرف فى ذلك^(٢) .

(٢) إذا كان العرض الصادر من طرف ليس مبتدأ منه ، بل استناره الطرف الآخر ، ففى هذه الحالة يكون سكوت الطرف المستنير للعرض قبولا له . ومحل النظر فى هذا الفرض أن الواقع فيه يخالف الظاهر ، فاسمى عرضا إنما هو فى الواقع قبول ، والعرض إنما جاء من الطرف الآخر المستنير^(٣) .

(١) مرلان : الحساب الجارى - دلمار ولبواتقان : عقد التوكيل بالعملة ٢ فقرة ١٥٥ - محكمة موبيليه فى ٣ يوليه سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٣٣١ - ويميل القضاء المختلط الى اتباع هذا الرأى : محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٩ - حكم آخر فى ٥ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٢ ، وبخاصة إذا كان الخطاب الذى يقى دون رد ليس إلا مجرد تسجيل كتابى لاتفاق شفوى سابق : محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢ - حكم آخر فى ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٤ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠٩ ص ١٣٨ - بودرى وبارد ١ فقرة ٤٦ - فاليرى فقرة ٩٧ - ديموج فى الالتزامات ٢ فقرة ٥٥٥ ص ١٧٧ - محكمة النقض الفرنسية ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ١ - ٢٥٧ - حكم آخر فى ١٧ يونيه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٤٥ مع تعليق فاليرى .

(٣) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠٩ ص ١٣٨ - بودرى وبارد ١ فقرة ٢/٤٥ محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٢٠٧ - محكمة الاستئناف المختلطة ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣١

ويظهر أن العرض إنما جاء من الطرف المستنير من الأمثلة التى يوردها الشراح : من يعرض صفقة لمن يرسو عليه أعلى أو أقل عطاء ، فى هذا الفرض من رسا عليه العطاء لاجابة له بقبول الطرف الأول (بودرى وبارد ١ فقرة ٤٥ - والتون ١ ص ١٣١) - من يقدم خدماته للجمهور بأجر كالحامى والطبيب والسمسار والوكيل بالعمولة ، كل هؤلاء سكوتهم قبول لاجباب يعرض عليهم من الجمهور ، لأنهم هم فى الواقع الذين يعرضون خدماتهم على الجمهور ، فالاجباب صادر منهم هم (محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥١ سيريه ٥١ - ١ - ٣٥٣ - حكم آخر فى ٢ نوفمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ١٨٨٩ - ١ - ٩ - بلانيول وريبير واسمان ١ ص ١٣٩ - كولان وكايتسان ٢ ص ٢٧٥ - فاليرى : العقد بالمراسلة فقرة ٩١ - ليون كان وريينو ٣ فقرة ١٦ - انظر أيضا م ٣٢٣ من القانون التجارى الألمانى وم ٦٦٣ من القانون المدنى الألمانى وم ٣٩٥ من قانون الالتزامات السويدى) .

ولا يظهر الاستثناء حقيقة (من قاعدة أن السكوت لا يعتبر رضاء) إلا إذا كان العرض على الجمهور عرضا بصفة عامة ، فيتقدم أحد الأشخاص بايجاب محدد فيسكت الطرف الأول ، ففى مثل هذه الحالة قد يعتبر سكوتة قبولا للايجاب (بودرى وبارد ١ فقرة ٢/٤٥) .

١٦٦ - القانون المقارن - يمكن أن نستخلص من القانون المقارن أن السكوت المحض خاليا من الظروف الملازمة لا يصلح تعبيرا عن الرضاء ، أما اذا اقترنت به ظروف من شأنها أن توجد التزاما في جانب من لزم الصمت بأن يتكلم ، فسكوته دليل على رضاه . وهذه هي المرحلة التي وصل اليها كل من القانون المصري والقانون الفرنسي كما تبين مما تقدم .

القوانين اللاتينية : قد عرفنا القانون الفرنسي مما تقدم . أما القوانين اللاتينية الأخرى ، كالقانون الايطالي والقانون الأسباني وقانون رومانيا ، فهي كالقانون الفرنسي لم تتضمن نصوصا تشريعية في هذا الموضوع ، ولكن القضاء والفقه في هذه البلاد نهجا منهج القضاء والفقه في فرنسا . وكذلك فعل المشروع الفرنسي الايطالي ، فهو خلو من نص على السكوت وقيمه في التعبير عن الارادة ، ولكن الروح اللاتينية التي سادت هذا المشروع تدعو الى الاعتقاد بأن واضعي المشروع لم يريدوا إدخال جديد . وفي القانون الأرجنتيني نصت المادة ٩١٩ على أن السكوت لا يكون تعبيرا عن الرضاء إلا في الأحوال التي يوجد فيها التزام بالاجابة يقضى به القانون أو علاقات الأسرة أو يستخلص من السكوت . مضافا الى ما سبقه من التصريحات . وهذا نص تشريعي لا يوجد قرينه في القوانين اللاتينية الأخرى التي سبقت الإشارة إليها ^(١) .

القوانين الجرمانية : جاء في المادة السادسة من قانون الالتزامات السويسري ما يأتي : ” إذا كان من صدر منه الايجاب لا يتوقع قبولا صريحا ، نظرا لطبيعة خاصة في التعامل ، أو نظرا للظروف ، فان العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب في مدة معقولة “ . ومن هذا نرى أن القانون السويسري يعتبر السكوت رضاء في بعض الأحوال ، وهي تترك لتقدير القاضي ، ويهتدى في ذلك بطبيعة التعامل وبالظروف الملازمة ^(٢) .

(١) انظر في هذا الموضوع فيفوردنو (Viforeanu) في رسالته ” العقد في المشروع الفرنسي الايطالي والقانون المقارن “ باريس سنة ١٩٣٢ ص ٥٤ — ص ٥٦ . هذا وتقضى المادة ٢٩ من القانون التونسي والمادة ٢٥ من القانون المراكشي بأن السكوت يعتبر رضاء ، اذا كانت هناك علاقة عمل سابقة ، وتضيف المادة ٣٨ من القانون المراكشي أن الرضاء يمكن أن يستخلص من السكوت ، اذا كان ذو الشأن حاضرا ، أو أحيط بالأمر ، ولم تصدر منه أية معارضة ، دون أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته .

انظر كذلك م ٦٤٧ من القانون البرتغالي وم ١٢٨٦ من القانون المكسيكي .

(٢) انظر أوزر (Oser) ص ٢٣ — روسل (Rossel) في الالتزامات ص ٢٦ — شنيدر وفيك (Schneider et Fick) م ١ فقرة ٦ وم ٦ فقرة ٢ — فقرة ٣ و ٥ — فقرة ٧ ، وتوجد في القانون =

أما القانون الألماني فلم يرد فيه نص يقابل النص المتقدم من قانون الالتزامات السويسري، فهو قد تجنب أن يضع قاعدة عامة في نص تشريعي، وآثر أن يأتي بتطبيقات معينة، يفهم منها أن السكوت مجزأ من ظرف يلابسه لا يعتبر رضا (م ١٠٨ وم ١٣٩٦ وم ١٨٢٩ من القانون المدني الألماني)، حتى إذا اقترن السكوت بهذا الظرف الملابس أمكن أن يكون معبرا عن الرضاء^(١).

وقد نحى القانون النمساوي منحى القانون الألماني، فالسكوت في هذا القانون لا يعتبر رضاء إلا إذا اقترن به ظرف ملابس^(٢).

القانون الإنجليزي : القاعدة العامة في هذا القانون أن السكوت لا يعتبر رضاء، حتى لو حتم أحد المتعاقدين على الآخر أن يجيب وإلا اعتبر سكوته قبولا^(٣). على أن السكوت قد يعتبر في بعض الأحوال رضاء إذا وجد الظرف الملابس. وأكثر ما يطبق ذلك في الشروط التي تضمنها شركات النقل "تذاكر" المسافرين أو "بوالص" البضائع المنقولة، فاذا تبين من الظروف أن المتعاقد مع شركة النقل علم بهذه الشروط أو كان يستطيع أن يعلم بها، فإن سكوته يعتبر رضاء بها ما دامت شروطا معقولة^(٤).

= السويسري نصوص متفرقة هي تطبيق للقاعدة المتقدمة، منها م ٣٩٥ (وهي خاصة بعقد الوكالة إذا كان الوكيل محترفا) وم ٤٢٥ (الوكالة بالعمولة) وم ٤٤٠ (عقد النقل) وم ٤٦٧ (الحوالة) وم ٥٥٨ (قبول الوارث للتركة). انظر أيضا أمثلة يعتبر فيها السكوت رضاء: شنيذر وفيك (Schneider et Fick) م ١٠ فقرة ٧ — فقرة ١٠ وم ٦ فقرة ٦ — فقرة ٧، هذا وقد نصت المادة ٢ من قانون ٢ أبريل سنة ١٩٠٨ الخاص بعقد التأمين في سويسرا على أن السكوت يعتبر رضاء إذا كان المراد مد أو تعديل أو إعادة تنفيذ عقد تأمين سابق.

(١) انظر المادة ٤٩٦ من القانون المدني الألماني وهي خاصة بالبيع تحت التجربة والمادة ٥١٦ (الحبة) والمادة ٦٦٣ (الوكالة عند ما يكون الوكيل محترفا) والمادة ١٩٤٣ (الميراث) — انظر أيضا المادة ٥٦٨ (التجديد الضمني لعقد الإيجار) والمادة ٦٢٥ (التجديد الضمني لعقد العمل) والمادة ٧٢٤ (التجديد الضمني لعقد الشركة).

(٢) انظر المادة ١١١٤ من القانون المدني النمساوي (التجديد الضمني) والمادة ٤١٨ (سكوت مالك الأرض عند بناء الغير في أرضه).

(٣) انظر كارتز (Carter) "مبادئ العقد" ص ١٠ — ص ١١، وقد أورد المؤلف قضية فيها أن شخصا كتب لآخر يعرض عليه أن يشتري منه حصانا بثمن معين، وذكر في كتابه أنه إذا لم يصله رد فهو يعتبر الحصان ملكا له بهذا الثمن، وقد قضى بأن سكوت الطرف الآخر عن الرد، رغم أن أنه قد تبين من التحقيق أنه كان قد صمم على القبول لا يعتبر رضاء، ولا يجعل العقد يتم (Felthouse V. Bindley).

(٤) انظر المرجع المتقدم، وفي قضية تعويض أقامها أحد المسافرين على شركة نقل، ودفعت فيها الشركة أن هناك شرطا مطبوعا في "التذكرة" يعفيها من المسؤولية، تبين أنه وإن كان المدعى يعلم بوجود كتابة على التذكرة إلا أنه =

الشريعة الإسلامية : أما في الفقه الاسلامي فالقاعدة أنه لا ينسب الى ساكت قول ، فلورأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينه لم يكن ويكلا بسكوته ، ولو رأى القاضي الصبي أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لا يكون أذنا في التجارة ، ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن ولا يكون رضا في رواية (وفي رواية أخرى يكون رضا ويبطل الرهن) . هذه هي القاعدة العامة ، ولكن يخرج عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق ، منها سكوت البكر عند استئجار وليها قبل التزويج وبعد هذا الاستئجار ، ومنها سكوت المتصدق عليه قبول لا الموهوب له ، ومنها سكوت الوكيل قبول ويرتد برده ، ومنها سكوت المقر له قبول ويرتد برده ، ومنها سكوت الشفيع حين علمه بالبيع مسقط للشفعة ، وقد أورد صاحب الأشباه والنظائر أكثر من ثلاثين فرضا يعتبر فيها السكوت رضا . والفقهاء يقولون في هذا : "السكوت في معرض الحاجة بيان" . ويتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر السكوت رضا في الأصل ، ولكنها على سبيل الاستثناء تجعله رضا اذا وجد الظرف الملابس ، مما يوجد التزاما بالكلام ، فيكون السكوت بيانا^(١) .

المبحث الثاني — الارادة الباطنة والارادة الظاهرة^(*)

(Volonté Interne et Déclaration de Volonté)

* ١٦٧ — تمهيد — اذا لم تختلف الارادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، وعبر الشخص عن ارادته بطريق من طرق التعبير ينطبق كل الانطباق على ما انطوت عليه نفسه

= كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم أن هذه الكتابة تتضمن شروطا مكملة للعقد ، نقض بطلبات المدعى (Richardson & Co. Henderson V. Stevenson 1875. L. R. 217 - 63). انظر أيضا V. Rounree 1894. A. C. 217 - 63). انظر بولوك (Pollock) في العقد طبعة تاسعة ص ٥٣ — ص ٥٤ والقضايا المشار اليها .

(١) الأشباه والنظائر جزء أول ص ١٨٤ — ص ١٨٨ — ولاحظ أن بعض التطبيقات المتقدمة لا يتفق حكمها مع ما ذكرناه ، كسكوت صاحب المال على الأجنبي وهو يبيع ماله ، وسكوت الموهوب له . إلا أن هذا الخلاف لا يرجع الى المبدأ بل الى تطبيق هذا المبدأ على الفروض التفصيلية .

(*) المراجع : سالي في الاعلان عن الارادة — بنكاز تكله بودرى جزء ٢ — ديموج في الالتزامات جزء أول — بلانيول وريبير واسمان جزء أول — دريه (Dereux) رسالته في تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٤ — وانظر أيضا مقالا له في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ — مقال الأستاذ مينايل (Meynial) في الاعلان عن الارادة في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ — ص ٥٧٣ — مقال الأستاذين هوريو (Haurion) ، وجيلوم دي بيزان (Guillaume de Bezin) ، الاعلان عن الارادة في القانون الاداري الفرنسي في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ — ص ٥٨٦ .

من ارادة ، فسيان الأخذ بالارادة الكامنة أو بمظهرها المادى ، مادام الاثنان ينطبقان .
أما اذا اختلف الشيطان — وكثيرا ما يختلفان^(١) — فالقاعدة المعروفة — فى مصر وفى فرنسا —
أن العبرة بالمعنى لا بالألفاظ ، وأن الارادة الكامنة لا بمظهرها المادى هى التى يؤخذ بها .
ولكن نظرية حديثة — كان للألمان الضلع الأكبر فيها — تأخذ بالمظهر المادى دون
الارادة الكامنة ، ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية فى العقد — كما
اختلفتا فى الالتزام ، وكما اختلفتا فى نظرتيهما العامة للعلاقات القانونية — فالأولى تقف أمام
المظاهر الماذية المحسوسة (conception objective) ، والثانية تنظر الى الشخص وإرادته
الحقيقية التى تجول فى نفسه (conception subjective) . فاذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة
الفرنسية تأخذ بالارادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالارادة الظاهرة . ونحن نوازن
هنا بين النظريتين .

* ١٦٨ — نظرية الارادة الباطنة — هذه هى النظرية التى كانت سائدة الى عهد
قريب ، لا فى القوانين اللاتينية فحسب ، بل فى القوانين الجرمانية أيضا ، وكان للألمان
مجهود فى تدعيمها أبعد أثرا من مجهود الفرنسيين ، فقد كان هؤلاء يعتبرونها بديهية لا تحتاج
الى دفاع ، أما فى ألمانيا فقد انبرى للدفاع عنها فقهاء فى المكان الأول مثل سافيني (Savigny) ،
وتستلمان (Zitelmann) ، وأنكروس (Enneccerus) .

والنظرية فى الواقع نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الارادة ، فما دامت إرادة المتعاقدين هى
التي تخلق الالتزام ، وتحدد مداه ، فيجب البحث عن هذه الارادة فيما تنطوى عليه النفس
وما يستكن فى الصدر . هذه الارادة التى جالت فى الخاطر وانعقدت فى الضمير هى التى
يعتد بها ، أما مظهر التعبير عنها فليس إلا دليلا عليها ، ولا يعتبر إلا بالقدر الذى يفصح به
عن الارادة الباطنة بأمانة ودقة ، فاذا قام دليل من جهة أخرى على أن هذا المظهر المادى

(١) مثل ذلك : عقد مطبوع يمضيه أحد المتعاقدين ، فاذا به يمضى دون أن يشعر ، شرطا من الشروط كان لا يقبل
به ، ففى مثل هذه الحالة تكون إرادة المتعاقد الباطنة (عدم قبول هذا الشرط) غير إرادته الظاهرة (قبول الشرط) .
وكالعقد المطبوع "بوليصة النقل" وقد سجل فيها شروط كان لا يرضاها المتعاقد لو علم بها . وكشخص ينزل فى فندق على
شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة فى غرفة نومه . وكن يوصى على أثاث منزل بطريق التأشير على بيان مطبوع فاذا
به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد فى الواقع أثاث غرفة استقبال . وهكذا . وانحراف الارادة الظاهرة عن
الارادة الباطنة كثير الوقوع فى الحياة العملية . (انظر أيضا مثلاً آخر فى ايموس وأرمنجون مسائل فى القانون المدنى
والتجارى المصرى القاهرة سنة ١٩٠٤ ص ٤١ مسألة نمرة ٦٢) .

لا يتفق مع الارادة النفسية، فلا يعبأ بالمظهر وهو عرض، بل يحرى حكم الارادة الحقيقية وهى الجوهر . واذا تعذر الوصول الى معرفة الارادة الحقيقية عن طريق اليقين والجزم، فما على القاضى إلا أن يتعرفها من طريق الظن والتخمين، أى من طريق الافتراض . فالارادة الحقيقية أولا، وإلا فالارادة المفروضة، ولكنها — حقيقية أو مفروضة — هى الارادة الباطنة لا الارادة الظاهرة: الارادة المختارة الحرة، فى معدنها الحقيقى، غير متأثرة لا بغش ولا باكراه ولا بغلط .

وهذه الارادة الباطنة يجب أن تكون إرادة جديّة، قد انصرفت الى إيجاد الأثر القانونى الذى تعلقت به، فالهازل لا يوجد هزله عقدا لأنه يظهر غير ما يضمن^(١)، والملتزم بشرط إرادى محض لا يلتزم لأنه لم يرد فى الواقع أن يلتزم .

* ١٦٩ - هذه هى إجمالا نظرية الارادة الباطنة، أخذ بها القانون الفرنسى فى المادة ١١٥٦، فقرر أنه يجب البحث فى العقود عن نية المتعاقدين المشتركة لا الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ . وتقضى المادتان ١٣٨/١٩٩ من القانون المصرى بوجوب تفسير المشاركات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها (انظر أيضا المادتان ١٣٩/٢٠٠) . ويقول فقهاء الشريعة الاسلامية : العبرة بالمعانى لا بالألفاظ والمباني .

* ١٧٠ - نظرية الارادة الظاهرة - فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الارادة الباطنة بحث المدقق المنتقد. وخرجوا من بحثهم على أن هذه الارادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر فى القانون، فهى شئ كامن فى النفس، لا يصح أن يحاسب عليه الانسان أو يحاسب . والارادة التى تنتج أثرا قانونيا هى الارادة فى مظهرها الاجتماعى، لا فى ممكنها وهى تختلج فى الضمير، ولا تأخذ الارادة مظهرها اجتماعيا

(١) ويقال لمن أظهر غير ما أضمر أنه تحفظ تحفظا ذهنيا (réserve mentale) — كذلك من لا يقصد الالتزام قانونا بعمل أتاؤه من باب المجاملة الاجتماعية، لا تعتبر إرادته قد انصرفت الى خلق أى التزام قانونى . وقد يدق التمييز فى بعض الأحوال بين من يريد المجاملة أو القيام بواجب أدبى وبين من يريد أن يلتزم التزاما قانونيا (انظر فى هذا الموضوع بلانيول وريبير واممان ١ ص ١٢١ — ص ١٢٢)، وانظر أيضا مقالا لـ لاسناز بيررو (Perreau) فى المجاملة والمكايسة والعرف غير الملزم أمام القضاء فى مجلة القانون المدنى ربيع السنوية ص ٤٨١ — ص ٥٢٢) .

إلا عند الإفصاح عنها، فالعبارة بهذا الإفصاح، إذ هو الشيء المادى الذى يستطيع القانون أن يحيط به، ويرتب أحكامه، دون حاجة الى البحث، على غير هدى، فى هواجس النفس، وإلى تحسس ما تنطوى عليه من نيات، فإن القانون ظاهرة اجتماعية، لا ظاهرة نفسية. والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا فى العالم النفسى. أما إذا أريد أن يكون لها وجود فى العالم الاجتماعى، وجب أن تكون عند حدّ المظهر المادى لها، وهو ما يستطيع الإنسان إدراكه، وفى هذا استقرار للعاملات، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها، فلا يُحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى على نية أخرى غير التى تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه النية.

١٧١ — هذه هى نظرية الإرادة الظاهرة، تدعى عادة بنظرية الإفصاح عن الإرادة (Declaration de Volonté)، قال بها أعلام من رجال القانون فى ألمانيا، منهم قندشيد (Windscheid) ودرنبرج (Dernburg) ورجلزبرجر (Regelsberger) وبكر (Bekker) وإيرنج (Ihering) وبنجمان (Bechmann) وبيلوف (Bülow) ودانتر (Danz)، وعارضوا بها النظرية الأولى — نظرية الإرادة الباطنة — ونشرها فى فرنسا سالى (Saleilles) فى شرحه للقانون المدنى الألمانى، وكان قد تأثر بها هذا القانون إلى حدّ كبير^(١).

١٧٢ — ولا يريد القائلون بهذه النظرية أن يرجعوا إلى الأشكال والأوضاع التى نحتر منها القانون، فإنهم إذا كانوا يعتدون بمظهر التعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، فهم لا يشترطون طريقاً خاصاً للتعبير عنها، فأى مظهر من مظاهر هذا التعبير يصح عندهم، وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً، وقد يكون تعبيراً ضمناً. بل قد يكون مجرد السكوت فى بعض الأحوال مظهراً من مظاهر التعبير، والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسى، بل تبرز إلى العالم المادى فى علامة ظاهرة، هى التى نقف عندها، ونزن الإرادة بقدرها^(٢).

(١) انظر سالى فى كتابه "الاعلان عن الإرادة" — انظر أيضاً بسطاً لنظرية سالى فى الإرادة الظاهرة فى بنكاز (تكملة بودرى) جزء ٢ ص ٧٧ وما بعدها.

(٢) وإلى هذا يشير الأستاذ جنى (Gény) فى كتابه «العلم والصنعة فى القانون الخاص» جزء ثالث ص ١٠٤ — ص ١٠٥. فهو يذكر أن أنصار نظرية الإرادة الظاهرة لا ينتصرون للشكل، وإنما هم يسلطون القاعدة القانونية، فيقفون عند علامة مادية ظاهرة، وهذه إحدى قواعد الصياغة القانونية، فيحل الكم، وهو مادى، محل الكيد، وهو =

وهم لا يكتفون من المظهر المادى للارادة بأن يكون مجزء دليل عليها — دليلا يقبل اثبات العكس اذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق مع الارادة الداخلية — ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أنصار نظرية الارادة الباطنة، فان هؤلاء، وان اعتدوا بالارادة النفسية دون مظهرها المادى، إلا أنهم لا يهتمون بهذا المظهر، بل يعتونه دليلا على الارادة الكامنة . ولكن أنصار مذهب الارادة الظاهرة يذهبون الى أبعد من هذا ، ويعتبرون هذا المذهب الخارجى هو العنصر الأصيل الذى ينتج الأثر القانونى ، وليس هو مجزء دليل على الارادة ، ويترتب على ذلك أنه يجب الوقوف عند هذا المظهر، فلا تنحرف عنه بحجة أن الارادة الحقيقية تتناقض معه ، واذا أريد اعتبار المظهر الخارجى دليلا على الارادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل اثبات العكس فى نظر أنصار مذهب الارادة الظاهرة، فلا يستمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر، ما دام قد أراد أن يوجد هذا المظهر^(١).

ذلك أن أنصار مذهب الارادة الظاهرة لا يهتمون بالارادة الباطنة على نحو مطلق — كما أن أنصار مذهب الارادة الباطنة لا يهتمون بالارادة الظاهرة بل يعتبرونها دليلا على الارادة الباطنة كما تقدم — فان القائلين بالوقوف عند المظهر الخارجى للارادة يشترطون أن يكون وراء هذا المظهر ارادة كامنة ، ولكن هذه الارادة تكون مقصورة على ارادة التعبير فى ذاته (la volonté de la déclaration) لا ارادة إحداث الأثر القانونى (la volonté de l'effet)، بمعنى أن الشخص الذى تصدر منه عبارة معينة أو فعل معين أو يتخذ موقفا معينا من شأنه أن ينتج أثرا قانونيا ، يجب أن يفعل ذلك وهو يريد هذا المظهر المادى الذى يقوم به ، فلا يصح أن تؤخذ أفعال الطفل أو المجنون مظهرا ماديا يعتد به ، لأن ارادته معدومة ، فلا يصح أن يقال أنه أراد أن يوجد هذا المظهر . ولكنهم يقفون عند ذلك، فلا يشترطون — كما يشترط أنصار مذهب الارادة الباطنة — أن يكون من صدر عنه هذا المظهر الخارجى، وأراد أن يصدر عنه، أن يكون قد تصرفت ارادته الداخلية أيضا الى إحداث الأثر القانونى الذى يكون من شأن هذا المظهر أن يحدثه^(٢).

= معنوى . (substitution du quantitatif au qualitatif) — انظر أيضا فى هذا المعنى دريه (Dereux)

فى رساله «تفسير الأعمال القانونية» ص ٣٥٧ — ص ٣٥٨

(١) انظر فى هذا المعنى دريه (Dereux) فى رساله «تفسير الأعمال القانونية» ص ٣٥٣

(٢) انظر دريه المرجع السابق ص ٣٥٤

١٧٣ — وطبقا لهذا التحليل يبرز المظهر الخارجى للارادة بعد أن يمر على ثلاث مراحل : المرحلة الأولى اتجاه الارادة الداخلية الى شئ معين ، والمرحلة الثانية بروز هذه الارادة في مظهر مادي ، والمرحلة الثالثة اصطحاب ذلك المظهر المادى بارادة صاحبه في أن يكون هذا المظهر عملا قانونيا من شأنه أن يحدث أثرا سواء تعلقت ارادته الداخلية بهذا الأثر أو لم تتعلق . ولكي يتجنب أنصار هذا المذهب البحث النفسى الذى يعيبونه على أنصار النظرية الأولى ، تراهم لا يتلمسون هذه الارادة (في أن يكون المظهر المادى عملا قانونيا) في خفايا الضمير ، بل هم يستدلون عليها بطريق مادي من ذات الشكل الخارجى الذى يقع تحت الحس والذى انخذه مظهر التعبير عن الارادة ، ويدخلون العرف في ذلك محلا للاعتبار^(١) .

* ١٧٤ — ويتضح مما تقدم أن نظرية الارادة الظاهرة ليست في الواقع إلا انتقاصا من مبدأ سلطان الارادة ، وانتصارا للبدا القاضى يجعل القانون أمرا اجتماعيا لا يعنى بالفرد من حيث هو ، بل ينظر اليه كعضو في المجتمع . فهو لا يأبه بارادته الكامنة ، لأن هذه الارادة جزء من نفسه ، ولا يعتد بالارادة إلا اذا جاوزت الفرد ودخلت في المجتمع ، بأن لبست ثوبا ماديا من شأنه أن يجعلها ذات أثرا اجتماعى ، فتدخل في حساب الناس ، ويتعاملون بمقتضى ما استقرت عليه هذه الارادة في شكلها الخارجى . فالمسألة اذاً هي مسألة الثقة المشروعة التى يجب احترامها حتى لا تضطرب المعاملات ، وهذا هو ما يذهب اليه خصوم المذهب الفردى ، فهم يبنون القوة الملزمة للعقد على العدالة والصالح العام^(٢) ، وهذان يقضيان بجعل الثقة المشروعة

(١) انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدنى الألماني في جزء أول م ١١٦ ص ١١٨

(٢) واليك ما يقوله ديجيه (Duguit) في هذا المعنى : ” وهذا أيضا نتيجة مباشرة لتغلب العنصر الاجتماعى في القانون ، فادعنا لم نكن نرى في القانون إلا وسيلة لحماية الفرد ، لم يكن العمل القانونى في جوهره إلا الارادة الباطنة ، وكانت هذه الارادة هي التى يحميها القانون . ولكن عند ما سلمنا بأن العلاقة القانونية لا قيمة لها ، ولا تستحق حماية ، إلا اذا حققت غرضا اجتماعيا ، وأن قوة هذه العلاقة لا تكون إلا بالقدر الذى يتوافرها به أساس اجتماعى ، فقد أصبحت العلاقة القانونية لا تنشأ إلا من عمل يكون له هو ذاته صبغة اجتماعية ، فلا تتولد إلا من الارادة الظاهرة لأن الارادة ، ما دامت كامنة لم تظهر في العالم الخارجى ، نهى عمل فردى محض ، ولا تصبح عملا اجتماعيا إلا بظهورها“ (ديجيه : تطورات القانون الخاص ص ٨٦ — ص ٨٧) .

ويقول ديموج : ” وكلنا زدنا تبينا أن القانون شئ اجتماعى ، وأن الأعمال القانونية ما هي إلا ضرورة من ضرورات الحياة الاجتماعية ، وليست مجرد جمع وترتيب لارادات حرة تستطيع أن تنصرف عن التعاقد ، اذا شاءت ، صارت النظرية الأولى (نظرية الارادة الباطنة) تفقد من شأنها . وكذلك كلما اشتد النشاط التجارى ، وصار من الضرورى أن نطمئن الى الظاهر ، وأصبح العقد ليس هو ذلك الشئ النادر ، كما كان الأمر في حضارة زراعية بين أناس يعيشون =

التي يولدها العقد أساساً للالتزام^(١) .

* ١٧٥ - **التقريب بين النظريتين من الناحية العملية** - تقوم نظرية الارادة الباطنة على أساس أن هذه الارادة النفسية هي التي تنتج الأثر القانوني ، وليس مظهرها الخارجي إلا مجرد دليل عليها . أما نظرية الارادة الظاهرة فتقف عند هذا المظهر الخارجي ، ولا تعتبره مجرد دليل ، بل هو الجسم الذي تتكون منه الارادة . وأياً كانت أهمية هذا التفريق من الناحية النظرية ، فلا شك في أنه محدود الأهمية من الناحية العملية ، ففي الحالتين تقف عند المظهر الخارجي ، باعتباره دليلاً أو أصلاً ، ولا تظهر أهمية عملية من التفريق بين هذين الاعتبارين إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الارادة الظاهرة تختلف عن الارادة الباطنة ، وقلماً يستطيع شخص اثبات ذلك ، ففي أكثر الأحوال إذاً تتعادل النظريتان من حيث النتيجة العملية وإن اختلفتا في الأساس النظري^(٢) .

وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل ، تختلف النظريتان في التطبيق العملي . فنظرية الارادة الظاهرة لا تسمح بقبول هذا الدليل العكسي ، ولا تنظر الى الارادة الباطنة التي قام الدليل على وجودها ، بل تقف عند الارادة الظاهرة . أما نظرية الارادة الباطنة فتأخذ بالدليل العكسي ، وتعديل عن الارادة الخارجية الى الارادة الداخلية . ولكن هل يبقى الفرق جسيماً من الوجهة العملية حتى في هذه الأحوال النادرة؟ لا شك في أن النظريتين تتقاربان من ناحية أخرى ، وذلك أن النظرية الثانية ، إذا اعتدت بالارادة الباطنة ، وأهملت مظهر التعبير عنها ، فهي لا تترك هذا المظهر الخاطئ دون أثر قانوني ، بل ترتب عليه الحق

= من أضرارهم ، أصبحت نظرية الارادة الظاهرة هي التي تنقلب ، فهي أكثر اتفاناً مع تطوراتنا الاجتماعية وحالتنا الاقتصادية“ (ديوج في الالتزامات ١ فقرة ٣٢ - ص ٩٢) .

(١) على أن هناك ميلاً في الوقت الحاضر الى الأخذ بالنظريتين كل في دائرة معينة . إذ أن نظرية الارادة الباطنة تحمي من صدرت منه الارادة ، وإن كانت تضحى من توجهت إليه هذه الارادة ، فهي أولى أن تسود في دائرة الأحوال الشخصية كالزواج والوصية حيث يجب أن تحترم الارادة الحقيقية . أما نظرية الارادة الظاهرة فهي على العكس تحمي من توجهت إليه الارادة وتضحى من صدرت منه ، فالأولى أن تسود في دائرة المعاملات الاقتصادية التي تبنى على الثقة المشروعة (انظر في هذا الموضوع سالي في كتابه “الاعلان عن الارادة“ سنة ١٩٠١ ص ٥ - ص ٦) .

(٢) انظر دريه (Dereux) في مقاله المنشور بمجلة القانون الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٢ - ص ٥٣٥ - وفي كتابه “تفسير الأعمال القانونية“ ص ٤٣٧ وما بعدها ، وسيأتى ذكر ذلك فيما يلي . انظر أيضاً أدون ساليه (Edmond Sallé) في رسالته “التطور الفنى للعقد“ ص ٣١٢ - ص ٣١٣

في التعويض لمن اطمأن لهذا المظهر حماية للثقة المشروعة، فتكون النتيجة العملية أن المظهر الخارجى ينتج أثرا في كلتا النظريتين : في النظرية الأولى على أساس أنه هو الأصل الذى ينتج الأثر، وفي النظرية الثانية على أساس أن هذا المظهر الخداع — وهو عمل ضار — فوت على من اطمأن اليه الأثر الذى يقصده، فوجب تعويضه عن فواته ، وهو ما يجعل الشخص في مركز معادل تقريبا لمركزه في النظرية الأولى .

ويبقى مع ذلك فرق دقيق ، هو أن أساس المسؤولية حسب النظرية الأولى هو العقد ، وأساسها حسب النظرية الثانية هو العمل الضار، والفرق بين النوعين من المسؤولية معروف : (١) ففي الأولى لا يعطى التعويض عن كل ضرر مباشر، بل يقتصر على ما كان متوقعا ، وفي الثانية يكون التعويض عن كل ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع ، فإذا فرض أن شخصا تعاقد مع عامل نقل (سكة حديدية أو برید أو نحو ذلك) على نقل بضاعة الى جهة معينة، وكانت الارادة الظاهرة من جانب عامل النقل غير ارادته الباطنة في تحديد الجهة التى تنتقل اليها البضاعة، فانه اذا أخذ بالارادة الظاهرة اعتبر التعاقد قد تم على هذه الجهة، واستحق التعويض عن كل الضرر المتوقع الحصول والنشئ من عدم نقل البضاعة الى الجهة المذكورة، كمصاريف إعادة نقلها وما ترتب من الضرر المتوقع في تأخر النقل . أما اذا أخذ بالارادة الباطنة فلا يتم التعاقد، وانما يستحق صاحب البضاعة تعويضا على ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه الى الارادة الظاهرة التى صدرت خطأ من جانب عامل النقل، ويعطى التعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع ، كما اذا كان قد ترتب على تأخر البضاعة في الوصول الى الجهة المقصودة أن يشتري هذه البضاعة فسخ عقد البيع الذى تم بينه وبين صاحبها ونال تعويضا من جراء هذا الفسخ . (٢) اذا فرض أن العقد الذى تضاربت فيه الارادة الظاهرة مع الارادة الباطنة هو عقد ناقل للملكية ، كما اذا باع شخص منزلا معينة ولكن ارادته الظاهرة تعلقت بمنزل آخر مملوك له غير المنزل الذى يريد بيعه حقيقة، فالأخذ بنظرية الارادة الظاهرة يجعل عقد البيع يتم، وتنتقل ملكية المنزل الذى عينته الارادة الظاهرة الى المشتري، فيتحمل هذا تبعه الهلاك (بعد الاستلام في القانون المصرى)، وله أن يتصرف في المنزل، ولدائيه أن ينفذوا بديونهم على هذا المال الذى انتقل الى ملكية مدينهم . أما اذا أخذ بنظرية الارادة الباطنة فعقد البيع لا يتم، ولا تنتقل ملكية المنزل الى المشتري، فلا يتحمل

تبعة الهلاك حتى بعد التسليم ، ولا يكون له حق التصرف ولا لدائنيه حق التنفيذ ، ويقتصر على طلب تعويض عما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه الى الارادة الظاهرة التي صدرت خطأ من البائع . (٣) أما اذا كان الأثر القانوني المراد من العقد إيجابه هو الالتزام بعمل شئ ، فنظرية الارادة الظاهرة تسمح بطلب تنفيذ الالتزام عينا لأن العقد يكون قد تم ونشأ منه التزام تعاقدى بعمل الشئ المطلوب ، كما اذا تعاقد شخص مع "مقاول" على بناء منزل بشكل معين تبين من الارادة الظاهرة ، ثم اتضح بعد ذلك أن إرادة المقاول الحقيقية لا تتفق مع هذه الارادة الظاهرة ، فيستطيع من تعاقد مع المقاول أن يتمسك بالعقد أو يلزم المقاول ببناء البيت بالشكل الذي تم الاتفاق عايه ظاهرا . أما اذا أخذ بنظرية الارادة الباطنة فالعقد لا يتم ، ويقتصر المتعاقد على المطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب اطمئنانه الى الارادة الظاهرة التي صدرت خطأ من المقاول^(١) . وهناك فروق أخرى معروفة بين المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية ترجع الى عبء الاثبات ، والتضامن بين المدينين ، وضرورة الأعذار ، ومعيار الخطأ ، والاعفاء الاتفاقى من المسئولية والأهلية ، وغير ذلك مما يمكن تطبيقه هنا .

على أن هناك من يقرب بين النظريتين (الارادة الظاهرة والارادة الباطنة) تقريبا تاما بهدم هذا الفرق الأخير ، فيجعل المسئولية تعاقدية في النظريتين ، فينمحي بذلك ما تقدم ذكره من وجوه التمييز بين النظريتين على أساس التفريق بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية . ويستعين بعض الفقهاء في هذا بنظرية إيرنج (Ihering) المعروفة في الخطأ عند تكوين العقد (culpa in contrahendo) ، وهي نظرية تجعل الخطأ تعاقديا اذا كان من شأنه أن يخلق مظهرا كاذبا لتعاقد باطل أو غير موجود^(٢) ، وسنعود لهذه النظرية فيما يلي .

(١) انظر في هذه الفروق الثلاثة دريه (Dereux) في المقال المشار اليه بمجلة القانون الانتقادية سنة ١٩٠١

ص ٥٢٦ — ص ٥٢٧

(٢) ولكن القائل بهذه النظرية لا يعطى حق التنفيذ العيني ، بل يكفي باعطاء الحق في التعويض ، ولا يكون التعويض كاملا ، بل يقتصر على الخسارة التي أصابت المتعاقد من جراء عدم اتمام العقد (ايرنج أعماله المختارة ص ٢٥) . على أن بعض الفقهاء يرى إعطاء التعويض كاملا (انظر ديموج في الالتزامات ص ٩٩ — ١٠٠ وشيروني (Chironi) اخطأ عند تكوين العقد ص ١٢ — ص ١٩ و ص ١٥٠ : نفس نمرة ١) . بل هناك من يرى جواز التنفيذ العيني ، ولا يكفي بالتعويض ، مع إبقاء المسئولية تقصيرية لا تعاقدية ، ويبني هذا الرأي على أن من حمل غيره بخطأه على توهم وجود عقد لا حقيقة له في الواقع ، تخلق بذلك مظاهر كاذبة اطمأن اليها المتعاقد الآخر ، وجب عليه تعويض الضرر الذي أحدثه بخطأه ، وخير تعويض هو التعويض العيني ، بأن تنظم العلاقات بين الطرفين كما لو كان العقد موجودا ، ولما =

* ١٧٦ - وجوب استبقاء التمييز بين النظريتين - فاذا انتهينا من أمر هاتين النظريتين الى هذا الحد، أيجوز لنا أن نقول قد كان عبثا اذا خلق نظرية جديدة، هي نظرية الارادة الظاهرة، الى جانب النظرية القديمة، نظرية الارادة الباطنة، ما دامت النظرية القديمة تؤدي الى نفس النتائج العملية التي تؤدي اليها النظرية الجديدة؟^(١)

نحن لا نميل الى هذا الرأي، فقد رأينا عند التقريب بين النظريتين أن النظرية القديمة هي التي تتقرب من النظرية الجديدة، فهي تأخذ بالمظهر الخارجي مثلها وان كان ذلك على اعتبار أنه مجرد دليل، وهي تعطي لهذا المظهر الخارجي حتى لو لم يكن صادقا في التعبير عن الارادة الداخلية أثرا قانونيا وان كان ذلك على أساس العمل الضار، وهي أخيرا على قول البعض تسلم في آخر مركز من مراكز الدفاع عن وجودها مستقلة فتجعل المسؤولية تعاقدية كما في النظرية الجديدة. فاذا أصبح لا يوجد فرق بين النظريتين، فليس ذلك لأن النظرية

= كانت طرق التعويض لم يحددها القانون، تخير طرفه هي التي تنفي بالتعويض على الوجه الأكمل (انظر ديموج في الالتزامات ١ ص ١٠١ - ص ١٠٢). وهناك من الفقهاء من يترك فكرة الخطأ ويلجأ الى فكرة الضمان، ويذهب الى أن كل من صدرت منه ارادة ظاهرة يضمن أن تكون هذه الارادة الظاهرة متفقة مع ارادته الباطنة. وقد قبل المتعاقد الآخر هذا الضمان لسكوته، فاذا اختلفت الارادتان كانت المسؤولية تعاقدية على أساس دعوى الضمان (انظر شيروفي وابالو (Chironi et abello) في شرح القانون المدني الايطالي جزء أول ص ٣٩٢ - فارن لالو (Farlon) في المسؤولية المدنية ص ١ - انظر نقدا لهذه الفكرة في (Viforeanu) المرجع المتقدم ص ٢٦).

(١) انظر في هذا المعنى بودري وبارد ١ فقرة ٢٧ مكررة ص ٣٥ - بنكاز (تكملة بودري) ٢ فقرة ٤١ ص ٥٠٢ - وانظر في الدفاع عن نظرية الارادة الباطنة سليس (L'elice) في رسالته "الغلط في العقود" باريس سنة ١٩٢٢ ص ١٦ وما بعدها) وبلانيول ٢ فقرة ٩٤ وكولان وكايتان مقدمة القوانين فقرة ٢٥٢ - ويرى الأساتذة بلانيول وريبير واسمان وجوب مزج النظريتين معا (جزء أول فقرة ١٠٣) وانظر في هذا المعنى أيضا ديموج ١ ص ٩٢ وما بعدها. وقد قدمنا أن هناك ميلا الى الأخذ بالنظريتين وجعل نظرية الارادة الباطنة تسود في دائرة الأحوال الشخصية ونظرية الارادة الظاهرة تسود في دائرة المعاملات (انظر آتقا فقرة ١٧٤ ص ١٧٣ هامش نمرة ١).

هذا وينتقد الأستاذ دريه (Dereux) نظرية الارادة الظاهرة انتقادا شديدا، ويرى أن المزية التي ترتكز عليها في نظرا أنصارها (وهي أنها تجنب البحث في خفايا النفس عن الارادة الداخلية) ليست متحققة، ما دامت النظرية تتطلب أن تقوم الارادة الظاهرة على ارادة داخلية هي ارادة التعبير الخارجي (volonté de la déclaration) كما تقدمت الإشارة الى ذلك، وهذا يعود بنا الى الارادة الباطنة، ومن هنا تفقد نظرية الارادة الظاهرة مزيها الأولى (انظر "تفسير الأعمال القانونية" ص ٣٧ وما بعدها وانظر أيضا ص ٤٤ وما بعدها - حيث يرى الأستاذ أن العمل القانوني يقوم على عنصرين أساسيين: الارادة الباطنة والارادة الظاهرة، فكلاهما موجود ويتطلب أحدهما على الآخر تبعا لما يقتضيه التعامل ومقتضيات الأحوال).

الجديدة تطابق النظرية القديمة في نتائجها ، بل لأن النظرية القديمة هي التي تطابق النظرية الجديدة في هذه النتائج . فاذا كان لا بد من الاكتفاء بنظرية من النظريتين فالنظرية الجديدة لا القديمة هي التي تبقى ، ولم يكن أذاً من العبث خلقها لأنها — دون الأولى — هي التي تصلح للبقاء .

على أنه ليس صحيحاً — بالرغم من محو كل الفروق المتقدمة — أن النظريتين تتفقان كل الاتفاق في النتائج ، فلا تزال هناك فروق تقتضي التمييز بينهما . وترجع هذه الفروق الى أن نظرية الارادة الظاهرة نظرية اجتماعية تجعل الارادة شيئاً محسوساً ، وتنظر اليها باعتبار اتصالها بالمادى بالروابط الاجتماعية ، حيث توجد الثقة التي لا بد من توافرها لاستقرار المعاملات . أما نظرية الارادة الباطنة فهي نظرية نفسية ، تنظر الى الارادة من حيث هي عمل داخلي ، ولا تعتد بها من حيث كونها ظاهرة من الظواهر الاجتماعية . وهذه فكرة جوهرية يتفرع عنها مسألتان عمليتان : (الأولى) أن القاضى عند تفسير العقد — اذا أخذ بنظرية الارادة الظاهرة — لا يكون ملزماً بأن يتحسس الارادة الداخلية فيما تجنسه سريرة المتعاقدين ، كما كان يفعل لو أخذ بنظرية الارادة الباطنة ، بل هو يترك هذه الأبحاث النفسية التي قد تؤدى الى الاضطراب والتخبط وعدم الاستقرار في المعاملات ، ويقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الارادة ، وهو الشيء الملموس الذى يستطيع الاحاطة به في تثبت ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك الى العرف الجارى والعادات المتبعة ، فيتوافر بذلك الثبات اللازم للمعاملات القانونية . (والثانية) هي أن مسألة التفسير هذه تصبح مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، مادام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين ، بل تفسير نص العقد في مظهره الخارجى ، فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون ، اذا أخطأ قاضى الموضوع فيه كان لمحكمة النقض الرقابة في ذلك . أما اذا كان التفسير ينطوى على بحث الإرادة الكامنة في النفس فهذه مسألة وقائع ، لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى^(١) .

(١) انظر في ذلك دريه (Dereux) في مقاله الذى سبقت الاشارة اليه في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٥٢٧ — ص ٥٢٨ — هذا وسرى فيما يلى أن محكمة النقض — في مصر وفي فرنسا — لا تسمح لمحكمة الموضوع أن تفسخ العقد بدعوى تفسيره اذا كانت عباراته واضحة لا تحتاج الى تفسير .

ويرى الأستاذ مينال (Meynial) أن الأخذ بنظرية الارادة الباطنة في القانون الفرنسى كان من شأنه أن يحل المشرع على أن يحدد نظرية السبب في العقد ، فلأنه ترك السبب للارادة الباطنة لاضطربت المعاملات ، لذلك آثر تحديد =

١٧٧ - العيب المشترك في النظرين - على أن هناك عيبا تشترك فيه النظريتان، ذلك أن كثيرا من الأحكام التفصيلية لم تتعلق بها الإرادة الباطنة، ولم تشملها الإرادة الظاهرة، ومع ذلك فهي تطبق، باعتبارها الإرادة المفروضة للمتعاقدين حسب النظرية الأولى، وباعتبارها تفسيرا للإرادة الظاهرة حسب النظرية الثانية، والواقع أنها أحكام لا علاقة لها بإرادة المتعاقدين الباطنة أو الظاهرة، بل أن المشرع هو الذي وضعها، على أساس من المصلحة العامة وتطبيقا لقواعد العدالة، وهي ثمرة التجارب مُحَصَّصَةٌ وجُعِلَ العقد يتزل على حكمها^(١).

* ١٧٨ - القانون المقارن - يمكن القول بوجه عام أن القوانين اللاتينية تأخذ بالإرادة الباطنة، أما القوانين الجرمانية والانجليزية فتأخذ بالإرادة الظاهرة. على أن هذا خلاف لا يوجد إلا من ناحية اعتناق المذاهب العلمية. أما في العمل فالفرق محدود فيما بين هذه القوانين المختلفة، كما هو محدود فيما بين النظريتين. فالقوانين اللاتينية لا تأخذ بالإرادة الباطنة إطلاقا بل تفسح مجالا واسعا للإرادة الظاهرة، كما أن القوانين الجرمانية والانجليزية تعتد بالإرادة الباطنة فلا تهملها بتاتا.

وقد علمنا أن المشرع الفرنسي يعول على الإرادة الباطنة، ولا يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا باعتبار أنها مجتزء دليل على الإرادة الباطنة، وهكذا تفعل التشريعات المأخوذة عن التشريع الفرنسي، كالقانون المصري، والقانون الإيطالي، والقانون الإسباني، وقانون رومانيا، وقوانين

= السبب في كل طائفة من العقود حتى لا يتغير بتغير الإرادة الداخلية. أما الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة فن شأنه أن يترك تحديد السبب للمتعاقدين، وهما يفصحان عنه في التعبير الخارجي عن الإرادة، فيتوافر له ثباته بذلك، لا من طريق تحديده مقدما. لهذا تكون نظرية السبب قيّدا على سلطان الإرادة في مذهب الإرادة الباطنة، وهي مظهر لهذا السلطان - باعتبار أن الإرادة هي التعبير الخارجي - في مذهب الإرادة الظاهرة (مجلة القانون المدني الربع السنوية سنة ١٩٠٢ ص ٥٣٣ - ص ٥٥٤).

(١) انظر المادة ١١٣٥ مدني فرنسي في وجوب مراعاة العدالة والعرف وطبيعة الالتزام، والمادتين ١٣٨/١٩٩ في وجوب مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجاري - وقد سبق أن ذكرنا أن العقد يُأخذ في التطور ليكون من المراكز القانونية الثابتة (statut) للشرع في تنظيمها أثرا كبيرا من الأثر الذي يكون لإرادة المتعاقدين.

(٢) نصت المادتان ١٣٨، ١٩٩ على أنه يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصده بهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها. وهذا النص يوجب على القاضى أن يبحث عن الإرادة الحقيقية (أي الإرادة الباطنة) للمتعاقدين، ولا يتخذ بالإرادة الظاهرة التي تعبر عنها الألفاظ المستعملة في العقد. أما ما ورد في المادة من وجوب البحث عن الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصده فليس المقصود منه أن يبحث القاضى عن

أمريكا الجنوبية، والمشروع الفرنسى الايطالى . على أن الأخذ بالارادة الباطنة فى هذه التشريعات محدود بقيود، نذكر منها — عدا ما يتقيد به القاضى من وجوب مراعاة العدالة والعرف وطبيعة الالتزام (م ١٣٨/١٩٩/١١٣٥) وهو قيد على الارادة الظاهرة وعلى الارادة الباطنة معا كما سبقت الإشارة الى ذلك — قيدان : (١) القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بكتابة مثلها (م ١٣٤١ مدنى فرنسى ولا مقابل لها فى القانون المصرى ولكنها قاعدة معمول بها فى القضاء وماخوذ بها فى الفقه)، ومعنى هذا أن الارادة الظاهرة، اذا أخذت الكتابة مظهرها، يعمل بها، ولا يعتد بالارادة الحقيقية اذا خالفت الارادة الظاهرة، مالم تأخذ هذه الارادة مظهرها خارجيا فى كتابة أخرى، أى مالم تصبح إرادة ظاهرة، ويؤدى هذا عمليا الى أن كل عقد ثابت بالكتابة يؤخذ فيه بالارادة الظاهرة، أى بما يتبين من الكتابة أنه هو إرادة المتعاقدين، سواء كانت هذه هى التى وضعت لإثبات العقد، أو كتابة أخرى وضعت لإثبات عكس ما جاء فى الكتابة الأولى . ولما كانت أكثر العقود المدنية لا يجوز

= الارادة الظاهرة، بل عن الارادة التى يظهر للقاضى (من وقائع الدعوى وملابساتها) أنها هى الارادة المقصودة من المتعاقدين، أى إرادتهما الحقيقية . فكلمة « يظهر » الواردة فى النص إنما يراد بها معنى « يثبت »، فالقاضى يأخذ بالارادة التى يثبت أنها الارادة الحقيقية للمتعاقدين . وقد أسهبنا بعض الامهات حتى لا يلتبس الأمر على الباحث الذى يريد أن يقف على مبلغ ما أخذه القانون المصرى من نظرية الارادة الظاهرة . أما القضاء المصرى فهو يميل الى الأخذ بالارادة الباطنة، وذلك يظهر عند ما تفسر المحكمة عقدا من العقود، فهى تأخذ بالنية الحقيقية للمتعاقدين، وهى قاعدة جوهرية مقررة فى أحكام كثيرة كما سيتضح ذلك مما يلى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أن المتعاقد الذى يرضى بالتعاقد على أثر مناقشة حادة بينه وبين المتعاقد الآخر عن قيمة أوراق مالية باعها له على أثر هذه المناقشة، وكان فى إرادته هذه متورطا وماخوذا بحماس المناقشة أكثر منه راضيا براض حقيقيا، لا يلتزم بإرادته الظاهرة التى أعلنها وبإدراك المتعاقد الآخر الى قبولها، بل يؤخذ بإرادته الحقيقية، فلا يكون هناك تعاقد (١٩ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٧ ص ١٧٨ نمرة ٢٧١) . على أنه قد قضى بأن الشخص الذى يرضى ظاهرا بالتعاقد، ويحفظ فى دخيلة نفسه فلا يكون راضيا (وهذا هو التحفظ الذهنى : *réserve mentale*)، ويجوز للطرف الآخر الى التعاقد معه بأن يوجهه أنه أمضى العقد، مع أنه لم يكتب إلا عبارة لم يبينها الطرف الآخر بصرح فيها بأنه لا يقبل التعاقد، يكون ملزما بإرادته الظاهرة، ويعتبر العقد قد تم بناء على ذلك . (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٣٢)، ولكن يلاحظ أن المحكمة فى هذه القضية قد تأثرت بالغش الذى ارتكبه المتعاقد وإيهامه للطرف الآخر أنه قد أمضى العقد، أكثر مما تأثرت بالارادة الظاهرة، ولو أريد تخرج هذا الحكم على القواعد التقليدية لنظرية الارادة الباطنة، لسهل ذلك وأمكن القول بأن العقد لم يتم على أساس الاعتداد بالارادة الظاهرة، بل أن المتعاقد الذى ارتكب الغش التزم بتعويض عن عمله، وخير تعويض هو أن يعتبر القضاء العقد قد تم . هذا ويلاحظ أن الأخذ بالارادة الباطنة فى القانون المصرى محدود بما هو محدود به فى القانون الفرنسى كما سيتبين ذلك مما يلى .

(١) انظر المواد ١١٥١ — ١١٥٩ من القانون المدنى الايطالى . وانظر فى المشروع الفرنسى الايطالى

(Viforentu) فقرة ٢٧ وفى القوانين الأخرى نفس المراجع فقرة ٢٩

إثباتها إلا بالكتابة ، تبين أن هذا القيد على الإرادة الباطنة إنما هو قيد خطير يستغرق أكثر الفروض ، ويجعل قاعدة الأخذ بالإرادة الباطنة نظرية أكثر منها عملية . (٢) القاعدة التي تقضى بأن العقد المستتر في الصورية لا يسرى على الغير إلا إذا كان في مصلحته (م) ١٣٢١ مدني فرنسي وهي قاعدة معمول بها أيضا في مصر دون نص) . ومعنى هذا أن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، وهي التي يتضمنها العقد المستتر ، لا تسرى على الغير من يضار بسريان هذه الإرادة عليه ، وإنما يؤخذ في حقه بالعقد الصوري ، أي بالإرادة الظاهرة وسيتبين ذلك مما يلي . ونذكر إلى جانب هذين القيدين المبدأ الذي قرره القضاء في مصر وفي فرنسا من أنه إذا كانت عبارة العقد (أي الإرادة الظاهرة) واضحة فلا يجوز العدول عنها بدعوى البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين ، ففي هذا الفرض أيضا نرى أن القضاء يأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، وسنعود إلى تفصيل هذا المبدأ فيما يلي^(١) .

وقد تغلغات نظرية الإرادة الظاهرة في القانون الألماني ، فنصت المادة ١١٦ من هذا القانون على أن التعبير عن الإرادة لا يكون باطلا لمجرد أن من صدر منه هذا التعبير تحفظ في سره بآلا يريد ما أعلن ، على أن التعبير يكون باطلا إذا توجه لشخص وعلم هذا الشخص بهذا التحفظ الذهني في التعبير عن الإرادة . فالتعبير عن الإرادة (أي الإرادة الظاهرة) هو الذي يجب الأخذ به إذا ، حتى لو كانت الإرادة الباطنة مخالفة لهذا التعبير ، وهذا ما يسميه المشرع الألماني بالتحفظ الذهني (réserve mentale) . وقد استثنى من ذلك حالة ما إذا كانت الإرادة الظاهرة موجهة إلى شخص وكان هذا الشخص يعلم بالإرادة الباطنة ، فلا عبرة في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة ، لأنه لا يمكن أن يقال أن من توجهت إليه انخدع بها واطمأن إليها ما دام يعلم حقيقة ما انطوت عليه سريرة من يتعاقد معه^(٢) . كذلك طبق القانون الألماني

(١) ويأخذ القضاء الإداري في فرنسا بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، فهو لا يعرف إلا التعبير الذي صدر من الشخص بياناً لإرادته ، ولا يأبه لنواياه الداخلية ، حتى أن المحكمة الإدارية العليا (Conseil d'Etat) لا تقبل دليلاً على التمسك في عمل من أعمال الإدارة (détournement du pouvoir) إلا إذا استخلص هذا الدليل من المظهر الخارجي للعمل المطلون فيه أو من أوراق أخرى صادرة من الإدارة (انظر في ذلك مقالاً للأستاذين مورييس هوريو (Maurice Hauriou) وجيلوم دي بزان (Guillaume de Bezin) منشوراً في مجلة القانون المدني الربع السنوية سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ — ص ٥٨٦) ، وانظر كذلك جيز (Jèze) :!!بادئ العامة للقانون الإداري ص ٦١ هامس نمرة ٣ ، وديجييه (Duguit) القانون الدستوري جزء أول ص ٢٢١ وما بعدها) .

(٢) و يقرب من هذا الفرض فرض الصورية ، وهو المنصوص عنه في المادة ١١٧ من القانون المدني الألماني ، =

نظرية الارادة الظاهرة في المادة ١٤٥ ، اذ قضى أن الايجاب وحده ملزم للوجب المدة المعقولة ، حتى لو عدل عنه الموجب ، وتفايرت بذلك ارادته الحقيقية عن ارادته الظاهرة . وأخذ كذلك بنظرية الارادة الظاهرة في تأثير الغلط في صحة العقد ، ولكنه توسط في هذا بين الارادة الظاهرة والارادة الباطنة . على أنه قد سلم من جهة أخرى في المادة ١٣٣

= وتقضى هذه المادة بأنه اذا كان التعبير عن لارادة الذي يتوجه للغير لم يصدر إلا في الظاهر بالاتفاق مع هذا الغير ، يكون هذا التعبير باطلا . وتضيف المادة ١١٧ بأنه اذا اختفى تحت غطاء العقد الظاهر عقد آخر ، فيجب تطبيق أحكام العقد الحقيقي . ويلاحظ أن القانون الألماني يجري أحكام العقد الحقيقي دون العقد الظاهر حتى بالنسبة لغير المتعاقدين . وهذا غريب من قانون أخذ الى حد كبير بنظرية الارادة الظاهرة ، لا سيما اذا قورن بالقانون الفرنسي ، وهو الآخذ بنظرية الارادة الباطنة ، وفيه قد يسرى العقد الظاهر على الغير . وتعليل ذلك أن القانون الألماني قد تولى حماية الغير في أكثر الفروض المهمة بأحكام خاصة ، فعنده نظام السجل العقاري (Livre Foncier) يحمي الغير للنهي انتقلت اليه الملكية العقارية من مالك ظاهر (م ٨٩٢ — ٨٩٤) ، كذلك يحمي القانون الألماني الغير في حالة انتقال ملكية المنقول (م ٩٣٢ وما بعدها) ويحميهم في حالة رهن الحياة وحق الانتفاع (م ١٢٠٧ وم ١٢٤٢) وفي حالة الوكالة الصورية (م ١٧١) وحوالة الديون (م ٤٠٥) — (انظر في ذلك سالي (Saleilles) في كتابه "اعلان الارادة" ستة ١٩٠١ ص ٩ — ص ١٠) .

(١) انظر في الغلط المادة ١١٩ من القانون المدني الألماني . والغلط في القانون المدني الألماني إما أن يقع : (أ) في شكل التعبير بأن يكون هناك غلط في الألفاظ أو المظهر الذي اختاره الشخص للتعبير عن ارادته ، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة من وقع في الغلط . (ب) في موضوع التعبير ، فالغلط الذي يقع في أى شيء يشمله التعبير يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا ، ولا يميز بين شيء جوهري وشيء غير جوهري ، فان كل شيء يشمله التعبير يعتبر جوهريا (وهذا إحلال للارادة الظاهرة محل الارادة الباطنة) . (ج) في الصفات الجوهرية للشخص أو للشيء ، حتى لو شمل التعبير هذه الصفات ، وتقديرا إذا كانت الصفات جوهرية يرجع فيه الى ما هو مألوف في المعاملات (أى أن المعيار مادي) ، ويكون العقد باطلا بطلانا نسبيا في هذه الحالة أيضا .

وفي الأحوال الثلاثة المتقدمة لا يؤثر الغلط في صحة العقد إلا اذا وصل حدا من الجسامة بحيث لو كان من وقع في الغلط قد شعر به لما صدر منه التعبير ، ويراعى في ذلك العرف والمقول (أى أن المعيار هنا شخص مادي في وقت معا) .

وبأى سالي يمثل يوضح ما تقدم : شخص عنده حصانان : أحدهما أبيض ، والآخر أسود ، فاذا أراد أن يبيع الأسود فأخطأ في التعبير وذكر الأبيض كان هذا غلطا في شكل التعبير ، وكان الواجب هنا أن يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا طبقا لنظرية الارادة الباطنة ، أو غير باطل أصلا طبقا لنظرية الارادة الظاهرة ، ولكن القانون الألماني يتوسط بين النظريتين فيجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا . أما إذا كان الشخص أراد أن يبيع الحصان المعيب من حصانيه وظن أنه الأبيض فرضه للبيع ، وظهر أن المعيب هو الأسود ، فان الشخص يلتزم بارادته الظاهرة ، ويقع البيع على الحصان الأبيض لا الأسود ، ولكن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا للغلط في صفة جوهرية في الشيء . أو في موضوع التعبير . اذا كانت هذه الصفة قد شملها التعبير ، وفي هذا أيضا توسط بين النظريتين (انظر في هذا الموضوع سالي ، "الاعلان عن الارادة" ص ٢٠ — ص ٢١) .

بوجوب الأخذ بالارادة الحقيقية في تفسير العقد^(١) . ومن ذلك يتضح أن المشرع الألماني لم يأخذ باحدى النظريتين إطلاقاً، بل أخذ بهما معاً، وأكمل نظرية الارادة الظاهرة بنظرية الارادة الباطنة^(٢) . وقد أخذ القانون الانجليزي الى حد كبير بالارادة الظاهرة وطبقها في كثير من الفروض^(٣) . أما الشريعة الاسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعاني أى بالارادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان ، فلا يتعدونها الى المعاني الكامنة في السرية ، ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعاني ، وما يوجبه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام ، فليس هذا منهم في رأينا استمساكاً باللفظ ، بل هو تغليب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة ، على أن هناك ثلاثاً جدهن جد وهزلهن جد ، أى الارادة الظاهرة فيها تغلب على الارادة الباطنة ، وهى الزواج والطلاق والعناق^(٤) .

(١) تنص المادة ١٣٣ من القانون المدني الألماني على أنه لتفسير التعبير عن الارادة يجب البحث وراء الارادة الحقيقية لا الوقوف عند المعنى الحرفي للتعبير . و يلاحظ أن هناك تناقضاً بين هذا المبدأ ومبدأ الأخذ بالارادة الظاهرة ، ولكن سالى يوفق بين المبدأين ، فيقرر أن المقصود " بالارادة الحقيقية " هى الارادة الظاهرة لا الارادة الباطنة ، وأن المشرع أوجب للبحث عن هذه الارادة الظاهرة ألا يقف المفسر عند الألفاظ بل يتلصص هذه الارادة في كل ملابساتها المادية الأخرى غير الألفاظ ، من عناصر خارجية وثق بها من اطمأن الى هذه الارادة الظاهرة ، فإذا ما تبينت الارادة الظاهرة وجب الأخذ بها ، حتى لو ثبت أنها تخالف الارادة الباطنة (الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدني الألماني جزء أول م ١٣٣ ص ١٤٩ — ص ١٥٠) .

(٢) انظر أيضاً القانون المدني النمساوى م ٨٦٩ ، وفي قانون الالتزامات السويسرى م ٧ فقرة ثانية . وفي مشروع القانون المدني التشيكوسلوفاكى م ٧٩٦ ، وفي مشروع القانون المدني البولوى م ١٥ ، وفي قانون السوفيت المدني م ٣٤ — وانظر في هذه القوانين المختلفة (Viforeanu) فقرة ٢٩ ، وديموج في الالتزامات ١ ص ١٠٣) .

(٣) انظر جنكس (Jenks) م ٧٧ : "إذا استعمل شخص طرقاً للتعبير عن ارادته بحيث يكون من المعقول ، تبعاً لظروف ، أن يفهم منها معنى معين ، فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف تصرفاً يتلاءم مع هذا المعنى عن حسن نية" . انظر أيضاً بولوك (Pollock) في العقد طبقة تاسعة ص ٥ — ص ٦ ، وولستن (Williston) في العقد جزء أول فقرة ٩٤ ، وديموج في الالتزامات جزء أول ص ١٠٤ .

(٤) انظر التلويح والتوضيح جزء ٢ ص ٧٨٧ — ص ٧٨٩

* المراجع : هيت ٧ فقرة ١٢ — فقرة ١٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٨ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٨ وما بعدها — ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨ وما بعدها — سالى : "الالتزامات" فقرة ١٣٨ — فقرة ١٤٤ — بلانيول ٢ فقرة ٨٣١ وما بعدها — كولان وكايتان ٢ ص ٢٧٠ وما بعدها — جوسيران ٢ فقرة ١٠ — والتون ١ ص ١٦ — ص ١٧

الفرع الثاني - تعدد الارادة

* ١٧٩ - العقد يفترض تعدد الارادة، ففي كل عقد يوجد طرفان على الأقل لكل طرف ارادة تتفق مع ارادة الآخر. أما الارادة المنفردة (volonté unilatérale) فلا توجد عقدا، وان كانت تنشئ التزامات في بعض الأحوال .

وقد يحل محل احدى الارادتين أو كليهما ارادة أخرى لشخص يمثل شخص من محل محله، وهذا ما يسمى بالنيابة أو التمثيل (représentation) .

وهناك حالة خاصة من أحوال هذه النيابة يكون فيها أحد المتعاقدين أصيلا عن نفسه ، وهو في الوقت ذاته نائب عن المتعاقد الآخر، كأن يكون وليه أو وصيه أو وكلا عنه، وقد يكون نائبا عن المتعاقدين معا ، فيظهر كأنه يتعاقد مع نفسه ، ولذلك يسمون هذا بتعاقد الشخص مع نفسه (acte juridique avec soi-même) .

يخلص لنا من ذلك مسائل ثلاث نجتها بالتعاقب : الارادة المنفردة، والنيابة، وتعاقد الشخص مع نفسه .

المبحث الأول - الارادة المنفردة (Volonté Unilatérale)

* ١٨٠ - الارادة المنفردة هي العمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، ولا شك في أنها تنج أثارا قانونية مختلفة، فالارادة المنفردة قد تكون سببا لا كتساب الحقوق العينية كالوصية ، وقد تكون سببا لسقوطها كالتنازل عن حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن ، والارادة المنفردة قد تثبت حقا شخصيا ناشئا عن عقد باطل كالأجازة، وقد تجعل عقدا يسرى على الغير كالأقرار (في بيع ملك الغير،

= بنوار (Bufnoir) مقال في مجلة التشريع المقارن (Bulletin de Légis. Comparée) سنة ١٨٩٩ ص ١٥٥ - ص ١٥٦ - لامبير (Lambert) "رسالة الاشراف للغير" - ورمز (Worms) باريس سنة ١٨٩١ - جهير (Guilhaire) رن سنة ١٩٠١ - الياس (Elias) باريس سنة ١٩٠٩ - تالنديه (Tallandier) تولوز سنة ١٩١٢ - جولدبرج (Goldberg) نانسي سنة ١٩١٣ - مارسكو (Maresco) باريس سنة ١٩١٥

تارد (Tarde) تطورات القانون ص ١١٩ وما بعدها - ديجيه (Duguit) في تطورات القانون الخاص .

وفي الاشتراط للغير، وكذلك في عمل الفضولي وإن لم يكن عمل الفضولي عقداً، وقد تنهى رابطة تعاقدية كما في عزل الوكيل أو تنازله عن الوكالة، وكما في إنهاء عقد ذي مدة غير محدودة كعقد عمل أو عقد إيجار أو عقد شركة أو عقد أيراد دائم^(١).

ويتضح من هذا أن الإرادة المنفردة بعيدة المدى باعتبارها تنتج آثاراً قانونية، فهي تكسب الحق العيني وتسقطه، وتثبت الحق الشخصي وتنهى الرابطة التعاقدية التي أنشأت الحق الشخصي. ولكن هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الحق الشخصي (أى الالتزام) وتسقطه، كما تستطيع ذلك في إلقاء المبنى؟ نحن نعلم أن الإبراء من الدين لا يكون بإرادة منفردة بل باتفاق بين الدائن والمدين^(٢)، فهل مع ذلك تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام؟ هذه هي المسألة التي نعالجها الآن فيما يلي.

§ ١ - هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً؟

النظريتان الفرنسية والألمانية

* ١٨١ - النظرية الفرنسية - أصبح من تقاليد القانون الفرنسي أن الالتزام الذى يتولد من عمل قانونى لا يكون منشأه إلا عقداً أى توافق إرادتين، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً. ولقد ورث القانون الفرنسى هذه القاعدة من تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم^(٤)، وأصبحت من القواعد المتفق عليها فقها وقضاء فى فرنسا

(١) انظر ديموج فى الالتزامات ١ ص ٣٩ - ص ٤٠ و ص ٥١ - ص ٥٢

(٢) وقد عللنا ذلك باعتباريات ترجع إلى الفرق بين الحق الشخصى والحق العينى، وإن كانت اعتبارات نظرية محضة (انظر آفا فقرة ٥).

(٣) و يقول بوتيه فى هذا الصدد: "كما أننى لا أستطيع بمجرد إرادتى أن أنقل إلى شخص حفا على أموالى إذا لم تتخذ إرادته مع إرادتى لكسب هذا الحق، كذلك لا أستطيع بمجرد أيجابى أن أعطى على نفسى حفا لآخر، حتى تتخذ إرادته مع إرادتى لكسبه، ويكون ذلك بقبوله" (الالتزامات فقرة ٢/٤).

(٤) كانت القاعدة فى القانون الرومانى أن الإرادة المنفردة لا تنشئ التزاماً، ولئن اعترف هذا القانون بجواز الاشتراط لمصلحة الغير، فقد تطوّر فى هذا الطريق تطوّراً طويلاً، وقد وصل فى آخر حلة من هذا التطور إلى أن الحق الذى ينشأ لمصلحة الغير إنما يستند إلى العقد فيما بين المشترط والمتعهد. على أن القانون الرومانى اعترف باستثنائين لقاعدة عدم توليد الإرادة المنفردة للالتزام: الأول هو النذر الآلهة، والثانى هو التعهد لصالح مدينة من المدن. أما النذر فيلزم بمجرد الإيجاب، وللكهنة أن يستوفوا المنذور (قارن ذلك بالنذر فى الشريعة الإسلامية)، وكذلك التعهد لصالح مدينة هو مجرد إيجاب يصدر من المتعهد يأخذ على نفسه بموجبه عهداً أن يقدم خدمة أو يعطى شيئاً لهذه المدينة، وهو إيجاب ملزم، ولن يمثل المدينة أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه.

(١) وفي مصر .

* ١٨٢ — النظرية الألمانية — على أن نظرة ألمانية ذهبت الى أن الارادة المنفردة تنشئ التزاماً^(٢) . وعلى رأس القائلين بهذه النظرية من الفقهاء الألمان سيجل (Siegel) ، فقد ذهب الى أن تقاليد القانون الجرمانى تساعد على الاعتراف بتوليد الارادة المنفردة للالتزام ، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالارادة الصادرة منه ، لا بتوافق هذه الارادة مع إرادته المتعاقد الآخر ، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم ، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه^(٣) .

= وقد ورث القانون الفرنسى القديم تقاليد القانون الرومانى ، وأصبح من القواعد المقررة فيه أن مجرد الارادة المنفردة لا تنشئ التزاماً . أما القوانين الجرمانية القديمة فاعترفت بالارادة المنفردة منشئة للالتزام ، ونطورت نظام النذرية فأصبح أساساً لما يسمى اليوم بالمؤسسات الخيرية (fondations) .

على أن الأستاذ لامير فى رسالته "الاشتراط للغير" (فقرة ٤٣ ص ٥٢ — ص ٥٤) يقول أن نظرية توليد الارادة المنفردة للالتزام لها مكان فى القانون الفرنسى القديم ، فقد قيل بها فى عقد الهبة ، ونسبت خطأ الى جستنيان . (١) وهذا ما يقوله الأستاذان بودرى وبارد فى هذا الصدد : "ولكن ألا يجوز للشخص أن ينشئ التزامات فى ذمته بمجرد اظهار ارادته ... يجب الفقه والقضاء فى فرنسا سلماً ، ويجب الاعتراف بأنهما لو أجابا بغير ذلك لخرجا على تقاليد كانت تعتبر حتى هذه الأيام الأخيرة من التقاليد التى لا يمكن أن تنزع . بل نستطيع أن نلاحظ بنوع خاص أنه يلوح أن واضع القانون الفرنسى لم يتصوروا احتمال أن ينشأ التزام بمجرد ارادة المدين . وليس فى هذا شئ يجوز أن يدهشنا ، لأنه يظهر لأول وهلة على الأقل أنه ليس من العدل ولا من المعقول ، كما أنه ليس من المفيد فى جميع الأحوال ، أن نعتبر شخصاً قد التزم بالإيجاب لم يقبله أحد (جزء أول فقرة ٢٨ ص ٣٦ — ص ٣٧) .

انظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٢ — لوران ١٥ فقرة ٤٦٥ — ديمولوب ٢٤ فقرة ٤٥ — بيدان فى الالتزامات فقرة ٥٨ — محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سريه ١٩٠٨ — ١ — ٤٠٤ . انظر أيضاً فى الفقه المصرى والتون ١ ص ١٧ ، وقد صدرت أحكام كثيرة من المحاكم المختلطة تقضى بأن مجرد الإيجاب لا يلزم ، بل يجوز العدول عنه ما دام لم يقترن به القبول . انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ — حكماً آخر فى ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ ، والمجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٣ ص ٣٣٧ — حكماً ثالثاً فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ٣٢ . انظر أيضاً محكمة مصر الابتدائية المختلطة فى ٢٦ يونيو سنة ١٩١١ جازيت ١ ص ١٤٤ .

(٢) ونكرهنا أن النظريات الألمانية فى العقد والالتزام قائمة على الفكرة المادية (conception objective) كما أن النظريات الفرنسية قائمة على الفكرة الشخصية (conception subjective) ، فقد رأينا أن الألمان يقفون عند الارادة الظاهرة فى العقد ، ويرون الالتزام قيمة مالية ، وها هم يرتبون إحدى نتائج هذه النظرة المادية للالتزام فيقولون بالتزام المدين بارادته المنفردة ولو لم يوجد دائن يقبل هذا الالتزام ، لأن الالتزام يرتب على المال أكثر مما يكون صلة فيما بين شخص وآخر ، والفرنسيون على العكس من ذلك يأخذون بالارادة الباطنة فى العقد ، ويرون الالتزام صلة ما بين شخص وآخر ، ولا يجيزون الالتزام بالارادة المنفردة . وسنرى عند الكلام على نصرة السبب أن هذا انفرق بين الفكرتين هو الذى حل الألمان على القول بالالتزامات المجردة (promesses abstraites) ، وهى التزامات لا يعرفها القانون الفرنسى .

(٣) انظر سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٤١

وقد انتصر لهذه النظرية ، غير سيجل من الفقهاء الألمان ، كثيرون ^(١) . وسائر الفقهاء الألمان بعض الكتاب الفرنسيين ^(٢) .

* ١٨٣ - مذهب الفريقين - أما أنصار النظرية الألمانية فمن أهم ما يستندون إليه المذهب الآتية : (١) أن القول بأن العقد يبنى على توافق إرادتين ليس أقل بعدا عن الحقيقة من القول بوجوب الأخذ بالإرادة الباطنة ، فكما أن الإرادة الباطنة يصعب تعزفها وهي كامنة في الضمير ، كذلك يصعب توافق إرادتين توافقا تاما يترتب عليه أن يوجد العقد ، فإنه لا يمكن التثبت من توافق الإرادتين إلا اذا تعاصرتا في لحظة واحدة

(١) من أنصار هذه النظرية من الفقهاء الألمان : سيجل (Siegel) في كتابه (Das Versprechen als Verpflichtungsgrund 1874) ، وجاكوبي (Jacobi) في مؤلفه (Das Rechts begriff der Bereiche rung, Iherings, Jahrbücher 1861. p. 283) و (Versprechen und Vertrag 1896. p.31.) ، وكوتس (Kuntze) في مؤلفه (Die Lehre von der Inhaberpapieren 1857) وكين (Koppen) في مؤلفه (das Obligatorische Vertrag unter abwesenden T. XI. p. 350) ، ومازمان (Mannesmann) في مؤلفه (die einseitige Versprechen, thèse 1898) ، وهولستندورف (Holzendorff) في (Encyclopédie T. I b. 524) .

واليك ما يقوله (Jacobi) : "ليس الأثر الملزم للعقد شيئا آخر غير الأثر الملزم للإرادتين اللتين يعتمد عليهما العقد . وهذا ناتج من طبيعة الأشياء ، فإذا لم يكن المتعهد يستطيع أن يلزم نفسه إلزاما صحيحا في داخل دائرته هو ، فإنه ليس من الممكن أن يلزم باعلان ينجم به الى الطرف الآخر ، لأن هذا الطرف الآخر لا يحق له أن يقرر أمرا في دائرة أجنبية عنه . فالقوة الملزمة للعقد اذا قد سبقها حتما القوة الملزمة للإرادة المنفردة" (انظر المؤلف المشار اليه ص ٣١) .

(٢) وسنرى فيما يلي أن كثيرا من الفقهاء الفرنسيين المعاصرين ينتصرون الآن للنظرية الألمانية ، ومن أسبق الفقهاء الفرنسيين الى نشر هذه النظرية في فرنسا (غير سالى الذى تولى نشر النظريات الألمانية في كتابيه المعروفين : الالتزامات في القانون والاعلان عن الإرادة) الأستاذ ورمز (Worms) ، فقد كتب رساله في هذا الموضوع في سنة ١٨٩١ وتشيع للنظرية الألمانية أكبر تشيع ، وهو يرى أن التطور التاريخي للإرادة ، باعتبارها منشئة للالتزام ، يدل على أنها تخلصت تدريجيا من الأوضاع التي كانت تحوط بها ، وأن لها أن تخلص من ذلك جملة واحدة ، فلا نبقى على اشتراط توافق إرادتين لانشاء الالتزام ، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشككية لا يزال باقيا ، فإذا قضينا عليه أصبحت الإرادة المنفردة كافية لانشاء الالتزام ، والدليل على أن الإرادة الواحدة هي التي تولد الالتزام أن من صدر منه الإيجاب اذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك الى علم الطرف الآخر قبل أن يقبل ، فإن العقد يتم رغما من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين ، ولا يمكن تفسير ذلك إلا بأن الإيجاب ، وهو إرادة منفردة ، ملزم بذاته (انظر رسالة الأستاذ ورمز ص ١٦٥ و ص ١٧٩) . ويقول أيضا أنه متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدرا للالتزام ، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب في العقد ذاته ، لأنه اذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاما ، فلماذا لا نستطيع أن تكون هي وحدها مصدر الالتزام اذا اقترنت بإرادة أخرى ، هل يمكن أن تكون الإرادة المقترنة بإرادة أخرى أضعف من الإرادة المنفردة ؟ (انظر رسالته ص ٩٣) . ومعنى ذلك أن مصدر الالتزام في العقد ليس هو العقد ذاته ، بل الإرادة المنفردة لكل من المتعاقدين .

(concours de volonté) وهذا مستحيل في التعاقد بالمراسلة، بل هو أيضا مستحيل حتى اذا وجد المتعاقدان في مجلس واحد فان أحد المتعاقدين لا بد أن يسبق الآخر في إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب، ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول، فالإيجاب والقبول يتعاقبان، فاذا أردنا التأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان فلا بد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول، وهذا محض فرض نأخذ به كما نأخذ بإرادة مفروضة نزع منها هي الإرادة الباطنة. والأولى أن نتجنب هذه الفروض وأن نواجه الحقيقة كما هي، فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن، فهو يوجد حقا في ذمته لشخص آخر يجزء إعلان إرادته، ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجزء انضمام (adhésion) تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقا دون إرادته. وقد لا تتوافق الإرادتان ومع ذلك يوجد العقد، كما اذا عدل الموجب عن إيجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بعدول الطرف الأول. (٢) ماذا يمنع في المنطق القانوني من أن يلتزم الشخص بإرادته؟ ليس الانسان حرا في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون، فتقيده لنفسه هو في الواقع مظهر من مظاهر حريته، بل أن سلطان الإرادة هنا أكبر نفوذا منه في نظرية توافق الإرادتين، فالإرادة المنفردة قادرة وحدها على إيجاد الالتزام، وهذا أقصى ما يصل اليه سلطانها. أما القول بوجود توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغائبة التي كانت تحت من سلطان الإرادة، فقديمًا كانت الإرادة لا توجد أثرًا قانونيًا إلا اذا اقترنت بأشكال وأوضاع معقدة، ثم أخذت هذه الأشكال في أن تندثر، حتى لم يبق منها الآن إلا النادر، وأصبحت الإرادة هي التي توجد الأثر القانوني الذي تتجه اليه، فالواجب أن نصل في هذا التطور الى غايته المنطقية، وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى، واذا لم يكن من العدل أن يصبح الشخص دائنًا بمحض إرادته لأن في هذا إفقارا لشخص آخر دون رضاه، فأى ظلم في أن يصبح الشخص مدينا بمحض إرادته اذا لم يكن في هذا إلا إغناء سواه؟ على أننا نتطلب رضاء الدائن كما قدّمنا حتى لا يكسب حقا بالرغم منه، ولكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام، بل أن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين. (١) واذا لم يكن

(١) وهنا تمتاز النظرية الألمانية بالدقة في التحليل والتعمق فيه الى حد الغموض. فان أنصار هذه النظرية يقررون أنه اذا أعلن شخص إرادته في أن يلتزم فهو يوجد بإرادته هذه شيئين: (أولا) التزاما في ذمته أخذه على نفسه ألا يعدل عن إيجابه. (ثانيا) حقا أوجده لمصلحة الطرف الآخر، هو أن ينفذ له ما تعهد به. أما الالتزام —

المدين يستطيع أن يلزم نفسه الزاما صحيحا بمحض إرادته ، فكيف يلتزم باقتران إرادة أخرى بإرادته ، وهى إرادة أجنبية عنه ، وقد عجز عن أن يلتزم بإرادته هو؟ لاشك فى أن القوة الملزمة للعقد قد سبقتها القوة الملزمة للإرادة المنفردة . (٣) القول بضرورة توافق إرادتين لوجود التزام يستلزم الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون ، فهل يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفرس كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور (أى لغير شخص معين) ، كأن يعد بمكافأة مثلا من يقوم بعمل معين ، فهنا لا يمكن أن تتوافق إرادتان إذ الدائن وقت وجود الالتزام غير معروف ، وقد يكون الدائن كذلك غير موجود فى الحال ولكنه سيوجد فى المستقبل فلا يمكن الالتزام نحوه إلا بالإرادة المنفردة ، كما لا يمكن الالتزام نحو شخص موجود ولكن حال بينه وبين القبول حائل ، بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته . ففى كل هذه الفروض ، وهى فروض تقع كثيرا فى العمل ، لا يمكن القول بوجود الالتزام فى ذمة المدين اذا حتمنا توافق الإرادتين ، فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج .

• ١٨٤ — أما أنصار النظرية الفرنسية^(١) فمن أهم ما يعترضون به على النظرية الألمانية ما يأتى : (١) يعترض الأستاذ بلانيول — وهو على رأس خصوم النظرية الألمانية — بأن

= الذى أخذه على نفسه إرادته هى التى حددته ، وبغضى القانون الطبيعى — كما يقول جروسييس (Grotius) بأن مثل هذا الالتزام يوجد ما دامت الإرادة قد اتجهت إليه ، فهذا الالتزام الذى يقال أنه طبيعى ، ليس هناك ما يمنع من أن يوضع له جزاء فيصبح التزاما مدنيا . أما الحق الذى أوجدته إرادة المدين فهو أيضا معقول ، لأن الشخص اذا كان لا يستطيع أن يغنى نفسه بمحض إرادته إذ يكون فى هذا إفتقار للغير ، فهو يستطيع إفتقار نفسه بمحض إرادته بأن يعطى حقا للغير . ولا يعترض على هذا بأن الحق لا يوجد دون رضا صاحبه ، فهناك أمثلة كثيرة على حق يوجد دون أن يشترك فى إيجادها رضا صاحب الحق ، فمن أصيب بخطأ الغير أصبح صاحب حق فى التعويض أراد أو لم رد ، والوارث والموصى له ينتقل اليهما حق المورث والموصى دون أن يتوقف ذلك على إرادتهما ، وكل ما فى الأمر أن هذا الحق الذى أوجدته إرادة المدين وحده يكون حقا مزرعا قابلا للإزالة ، فاذا أقره صاحب الحق كان فى هذا تثبيت له ويعتبر أنه قد وجد منذ رضا المدين ، واذا رفضه زال بأثر رجعى ويعتبر كأنه لم يوجد من الأصل . وما دام يمكن أن يوجد الحق دون رضا صاحبه ، فمن الممكن اذا أن يكون صاحب الحق غير معين أو شخصا مستقبلا ، ما دام رضائه لا يشترط إلا فى كذب الحق وجوده . فالحق موجود دون أن يوجد صاحب له ، حتى إذا وجد صاحبه كسبه برضائه وبعبارة أخرى يجب التمييز بين وجود الحق وكسبه ، فالوجود لا يتوقف على رضا الدائن ، وإنما الذى يتوقف على هذا الرضا هو كسب الحق .

(١) سبق أن أشرنا الى أن جمهور الفقهاء فى فرنسا خصوم لنظرية الإرادة المنفردة ، وقد ثبت كثير منهم على هذا الموقف ، رغم أن انتشار النظرية فى ألمانيا وفى التشريعات الحديثة الأخرى كالقانون السويسرى والمشروع الفرنسى الإطالى كما سنبينه فيما يلى . ولكن بعضا منهم أخذ يتحول عن هذا الموقف العدائى ويحازل للنظرية فى بعض تطبيقاتها ، =

هذه النظرية غير قائمة على أساس صحيح ، لأنه اذا أمكن فهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فلا يمكن أن نفهم كيف أن الدائن يصبح دائئا دون إرادته . فاذا قيل أن المدين يلتزم لغير دائن ، فما معنى هذا الالتزام وما قيمته ؟ واذا قيل أنه لابد من إرادة الدائن حتى يصبح دائئا ، فهذا هو "توافق الإرادتين" ، ومنه ينشأ العقد^(١) . (٢) ويتسع الاعتراض اذا انتقلنا من مؤلف الأستاذ بلانيول الى مؤلفه مع الأستاذين ريبير واسمان ، فالأستاذة الثلاثة لا يسلّمون بأن الإرادة المنفردة يصح أن تنشئ التزاما ، ولا يوجد في القانون مثل على هذا ، فالمهبة ، وهي مظنة التزام الشخص بإرادته المنفردة ، ينص القانون الفرنسي على أنها لا تتم إلا بقبول صريح من الموهوب له (م ٩٣٢ مدني فرنسي) ، أما الوصية فلا تولد التزاما ، بل تنتقل ملكية الشيء الموصى به الى الموصى له ، ولا يكون الإيجاب بوجه عام ملزما إلا اذا اقترن به القبول ، فمن صدر منه إيجاب بالبيع ثم عدل قبل أن يستلم قبول الطرف الآخر كان عدوله مانعا للعقد من أن يتم^(٢) . على أن المنطق ذاته يقضى بعدم التسليم بالنظرية ، فانه اذا قيل أن للإرادة المنفردة هذا السلطان ، وأن في مكنتها أن تولد التزاما ، فكيف لا يقال أن هذه الإرادة تستطيع أيضا أن تقضى هذا الالتزام ، وما تستطيع الإرادة وحدها أن تعقده تستطيع وحدها أن تحله ، وبهذا يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقا على محض إرادته ، فيكون التراما باطلا . (٣) ويعترض أيضا على نظرية الإرادة المنفردة بأنها مبنية على فروض غير صحيحة ، أي أن فيها العيب الذي يزعم أنصارها أنه موجود في نظرية توافق الإرادتين ، فهي تفترض دائما أن أحد المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد ، وبت فيه بقرار نهائي ، وأعلن طفرة عن إرادته ، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض ، مع أن الأمر غير ذلك ، فالذي يقع في العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان ، وما يزالان في أخذ ورد لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر ، وكل إرادة تؤثر

= ومن هؤلاء الأستاذة بودري وبارزد وتارد وتالير وقال وكولان وكايتان وجومران وديموج وستنغرس آراءهم فيما يلي .

(١) انظر بلانيول ٢ فقرة ٨٣٢ ، والظاهر أن الأستاذ بلانيول لا يسوغ هذا التمييز الذي يقول به الألمان بين وجود الحق وكسبه ، فالحق لا يوجد إلا اذا وجد له صاحب يكسبه ، ووجود الحق وكسبه يجب أن يتما في وقت واحد . ومع ذلك فالظاهر أن الأستاذ بلانيول يرى أن قبول الميراث يلزم الوارث بإرادته المنفردة (جز ٢ فقرة ٨١٣ هامش نمرة ١) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سريه ١٩٠٨ — ١ — ٤٠٨

(٣) انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠ — فقرة ١١ وفقرة ١٤٣ ص ١٨٧

في الأخرى وتعديل من اتجاهها ، حتى تتوافق الإرادتان ، وعند ذلك يتم العقد . ومن هذا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول ، بل كثيرا ما تؤثر فيها ويتفاعلان حتى ينتج من تفاعلهما إرادة متحدة هي العقد ، فكلا الإرادتين اشترك في تكوين الالتزام ولم تستقل إحداهما بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة .

١٨٥ - تقرير نظرية الإرادة المنفردة - لاشك في أن هذه النظرية بعيدة المدى ، فهي لا تقتصر على تقرير أن الإرادة المنفردة قد تنشئ التزاما ، بل تذهب الى أبعد من ذلك ، فتقرر أن كل الالتزامات التي تنشأ من العقد إنما تنشأ في الواقع من الإرادة المنفردة ، فإذا صححت النظرية انهدم العقد كمصدر من مصادر الالتزامات ، وحلت محله الإرادة المنفردة ، وهذا يعدل تعديلا جوهريا في القواعد الموروثة التي تنظم العلاقات الناشئة من العقود .

لذلك تقف قليلا لتقدير مبلغ ما في هذه النظرية من صحة . ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التي يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر الى حد أن تدك قواعدنا . فالاعتراض الأول يتلخص في أن الدين لا يوجد دون دائن ، وقد قدمنا أن النظرية المسادية للالتزام - وهي النظرية الألمانية أيضا - تنظر اليه باعتباره قيمة مالية أكثر منه باعتباره صلة شخصية ، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصوّر دين دون دائن ، ما دام المدين موجودا وقت نشوء الدين ، وما دام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك ، فمنطق الفقهاء الألمان يستقيم إذا من هذه الناحية وتكون نظريتهم في العقد مكتملة لنظريتهم في الالتزام .

أما القول بأنه إذا صح أن الإرادة المنفردة تستطيع أن تنشئ التزاما فهي تستطيع أيضا أن تقضيه ، فهذا صحيح ، ولكن لا يجب الخلط بين أثر الإرادة في العالم النفسي وأثرها في الروابط الاجتماعية ، فالإرادة إذا اتجهت اتجاهها خاصا تستطيع أن تعدل عن هذا الاتجاه ، ولكن هذا من الناحية النفسية ، أما من الناحية الاجتماعية ، وهي الناحية التي يأبه لها القانون ، فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن اليها ، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، فوجب احترام هذه الحالة التي أوجدتها الإرادة ، ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة . فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاما وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله لما بيننا . وهنا نرى الفقهاء الألمان يستقيم لهم المنطق أيضا في ذلك ، فهم يقولون بالإرادة الظاهرة التي تتولد منها الثقة المشروعة ، ويقفون عند هذه الإرادة ،

فمن المنطق اذاً أن يقولوا بعدم جواز العدول عن الارادة الظاهرة للعلّة ذاتها ، وهى استقرار المعاملات .

يبقى الاعتراض الثالث ، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الارادتان وتؤثر إحداها في الأخرى ، وهذا لا شك فيه ، ولكن من الناحية النفسية أيضا . أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن أن نميز مرحلة تنتهى عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب في دوره النهائى ، ويصبح إيجابا باتا ، ولا شك في أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك ، ومن أهم هذه العوامل ارادة الطرف الآخر ، ولكن لا شك أيضا في أنه بعد أن أصبح إيجابا باتا صار منسوبا لارادة من مصدر منه ، ما دام قد ارتضاه في النهاية . وعند ذلك تتحقق النظرية الألمانية ويكون أحد الطرفين قد تقدم بارادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها . هذا الى أن هناك أحوالا كثيرة تقع في العمل ، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات .

لذلك نحن لا نرى فيما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لهدمها ، فإدام الفقهاء الألمان يمشون في منطقهم الى غايته فينظرون الى الالتزام نظرة مادية ، يأخذون بالارادة الظاهرة حتى تستقر المعاملات وحتى لا يقع إخلال بالثقة المشروعة ، حق لهم أن يقولوا أن الارادة المنفردة هى التى تولد الالتزام ، ولا يخشون في ذلك أن يعترض عليهم باستحالة وجود دين دون دائن ، ما دام الدين شيئا ماديا ، أو بأن الالتزام المبني على الارادة المنفردة معلق على ارادة المدين ، ما دام المدين لا يستطيع الرجوع في ارادته بعد أن أظهرها وولدت عند الناس ثقة مشروعة .

ولكننا مع ذلك لا نعتقد أن الفرق كبير من الناحية العملية ، بين النظريتين الألمانية والفرنسية ، فإنا اذا تمسينا مع منطق النظرية الألمانية ، وصلت بنا الى نتيجة تقرب من النتيجة التى نصل اليها من طريق النظرية الفرنسية . فان الأساس المنطقى للنظرية الألمانية هو أن الارادة قادرة على إلزام صاحبها ما دام يلزم في دائرة القانون ، ولا حاجة لأن تقتصر ارادة الدائن بارادة المدين حتى ينشأ الالتزام ، ونحن لا نرى لماذا لا يكون هذا صحيحا ، لا من الناحية المنطقية فحسب ، بل من الناحية القانونية أيضا ، وما دام القانون قد وصل في تطوره الى أن يجعل للارادة سلطانا في إيجاد الآثار القانونية ، فلماذا يقف سلطان الارادة

دون انشاء الالتزامات ؟ يمكن اذا أن نفهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة ولكن المدين يستطيع أيضا، وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة ذاته، أن يتحمل من التزمه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تتولد منها ثقة مشروعة . فالالتزام الذي يعقده المدين بإرادته التزم محلول، وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية، فالنظرية الأولى ترى المدين قد أوجد التزمه بإرادته المنفردة ولكنه التزم يتحمل عنه في أى وقت شاء، والنظرية الأخرى ترى المدين لم يوجد بإرادته المنفردة أى التزم. ولا يوجد فرق عملي كبير بين التزم غير موجود والتزم موجود ولكن يمكن التحلل منه — بى أن النظرية الألمانية لا تسمح للتعزم بإرادته المنفردة أن يتحمل من التزمه في كل الأحوال، فهناك حالات لا يجوز له فيها ذلك، عند ما تولد إرادته ثقة مشروعة لا يجوز الإخلال بها. هنا يتحمل للباحث أن الفرق كبير بين النظريتين، فالنظرية الألمانية تخلق التزمه من الإرادة المنفردة لا يجوز الرجوع فيه، أما النظرية الفرنسية فتتكر أن تخلق الإرادة المنفردة أى التزم. ولكن هذا الفرق الكبير لا يزال فرقا نظريا أكثر منه عمليا، فإن الحالة التي يلتزم فيها المدين بإرادته المنفردة التزمه لا رجوع فيه يجب أن نفترض فيها أن إرادة المدين قد ولدت عند شخص معين ثقة مشروعة جعلته يطمئن إلى العمل بمقتضى هذه الإرادة، ومتى تحقق هذا الفرض وقال الفقهاء الألمان : هنا لا يجوز للمدين أن يرجع في التزمه بعد أن التزم بإرادته المنفردة، استطاع الفقهاء الفرنسيون أن يقولوا بالتزم المدين أيضا ولكن من طريق آخر، فهو قد التزم التزمه لا رجوع فيه، ولكن لا بإرادته المنفردة، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن، وهى إرادة تستخلص من اطمئنانه لإرادة المدين والتزول على مقتضاها في تصرفه . وسواء أكان سبب التزم المدين في هذه الحالة هى إرادته المنفردة، كما يقول الألمان، أو العقد، كما يقول الفرنسيون، فالنتيجة العملية واحدة، إذ المدين ملتزم التزمه لا رجوع فيه في كلا القولين .

على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين، فإنه لا يفوتنا أن الأساس الذى بنى عليه كل منهما لا يزال مختلفا . وهذا الاختلاف فى الأساس قد يؤدي إلى نتائج ذات بال، ويكفى أن نشير هنا إلى أنه فى الفرض الأخير الذى عالجناه، إذا قلنا مع الألمان بالتزم المدين بإرادته المنفردة، كان التزمه موجودا منذ صدور هذه الإرادة. أما إذا قلنا مع الفرنسيين أن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن، لم يوجد الالتزام إلا عند توافق الإرادتين، أى عند صدور الإرادة

الضمنية من الدائن . ثم ان التمشي مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف العقد من بين مصادر الالتزام وتحل الارادة المنفردة محله . أما النظرية الفرنسية فلا تفسح مجالاً للارادة المنفردة بين هذه المصادر وتجعل العقد وحده هو العمل القانوني الذي ينشئ التزاماً .

ولكننا رأينا فيما تقدم أن أكثر القوانين جعلت كلا من العقد والارادة المنفردة مصدراً للالتزام، ذلك لأن هذه القوانين لم تأخذ باحدى النظريتين على إطلاقها، بل مزجتهما معا، كما تقضى بذلك الحياة العملية، فجعلت الأصل أن العقد هو العمل القانوني الذي ينشئ الالتزام، ثم بينت بعد ذلك الى أي حد يمكن الأخذ بالارادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزامات كالعقد . وهذا ما نتولى بحثه الآن .

§ ٢ - الى أي حد أخذ بالارادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزامات

* ١٨٦ - لم تتغلب نظرية الارادة المنفردة في التشريع الحديث كنظرية عامة، فالمرجع الألماني لم يرد أن يجارى الفقه ويتخذها قاعدة، وانما أخذ بها على سبيل الاستثناء. فقد نص في المادة ٣٠٥ من القانون المدني الألماني على أن انشاء الالتزام من طريق العمل القانوني لا يكون إلا بعقد، عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك^(١).

(١) وفي هذا يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني: "ان الغرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الارادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً لانشاء الالتزامات، في الحد الذي ينشأ فيه الالتزام من عمل قانوني. صحيح أنه طلب، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألماني)، حذف هذا النص، لتترك المسألة لتقدير الفقهاء، وقد كان هذا يسمح للقضاء، مع تمسكه بالقاعدة التقليدية، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة. ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأي. ومع ذلك فقد أريدت الإشارة الى الأحوال الاستثنائية التي يعترف بها القانون، حتى يكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد إرادة منفردة يكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة ٣٠٥، وتطبيق لنظرية الارادة المنفردة" (الترجمة الفرنسية للقانون الألماني م ٣٠٥) .

هذا وقد احتاط المشرع الألماني، ولم يأخذ بنظرية الارادة المنفردة كقاعدة عامة، لاعتبارات عملية، وفي هذا يقول سالي (Saleilles): "إذا كان المشرع الألماني قد رفض الأخذ بالنظرية كبداً عام، فذلك راجع دون شك للأسباب التي أبداهها برتز (Brinz)، فان من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للارادة، اذ يصعب، أمام مظهر هذه الارادة المنفردة، أن نعين هل هناك التزام بات جدي، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقى جزافاً دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به" (الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٤٢) .

وأهم الأحوال التي أخذ فيها بالارادة المنفردة خمسة : (١) الإيجاب الملزم . (٢) الوعد بجائزة . (٣) الاشتراط لمصلحة الغير . (٤) المؤسسات (fondations) . (٥) السندات^(١) لحاملها .

ونحن نستعرض هذه الأحوال في القوانين المختلفة، وفي الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا، لنرى الى أي حد يمكن القول بأن الارادة المنفردة اعتبرت مصدرا للالتزام .

* ١٨٧ - الحالة الأولى : الإيجاب الملزم - ليس المراد هنا أن يكون الإيجاب ملزما للمدين بتنفيذ ما عرضه على المتعاقد الآخر، وإلا استغرق هذا الاستثناء القاعدة، وأصبحت الإرادة المنفردة ملزمة للمدين كبداً عام لا على سبيل الاستثناء، وهو ما تقول به نظرية الإرادة المنفردة كما عرضناها فيما تقدم. وإنما يراد أن يكون الإيجاب ملزماً للمدين بعدم العدول عنه مدة معينة، وعلى هذا الوجه يفهم أن المدين إذا التزم بإرادته المنفردة في هذه الحالة يكون هذا استثناء لا يغير على القاعدة فيهدمها، ويكون من صدر منه إيجاب عقبه قبول من الطرف الآخر قد التزم بالتزامين، لكل التزم مصدره : (١) التزم أولاً بعدم العدول عن إيجابه، وهذا التزم وجد منذ الإيجاب، وقبل اقتران القبول به، ومصدر الالتزام هنا هو إرادة المدين المنفردة، وفي هذا تكون الإرادة المنفردة قد أنشأت الالتزام على سبيل الاستثناء، وهذه هي الحالة التي نجحها . (٢) والتزم ثانياً بتنفيذ ما عرضه على المتعاقد الآخر، وهذا التزم لم يوجد إلا منذ اقتران القبول بإيجابه، أي بتوافق الإرادتين، ومصدر الالتزام هنا هو العقد لا الإرادة المنفردة، وفي هذا نكون قد طرحنا نظرية الإرادة المنفردة، ولم نأخذ بها في أهم تطبيق لها، وهذا ما يفسر أن القوانين التي تقول بالإيجاب الملزم لم تأخذ في الواقع بنظرية الإرادة المنفردة إلا في حالة استثنائية، دون الحالة العامة، أي في الالتزام الأول دون الالتزام الثاني .

١٨٨ - فالقانون الألماني عند ما نص في المادة ١٤٥ على أنه من عرض على آخر أن يتعاقد معه تقيده بإيجابه، إلا إذا نفى هذه الرابطة الملزمة، لم يرد بذلك أن يأخذ بنظرية

(١) هناك أحوال أخرى يمكن القول بأن الارادة المنفردة فيها تنشئ الالتزام، كقبول الميراث والوصية في القانون الفرنسي، فإن الوارث أو الموصى له بإرادته وحدها يصبح ملزماً بما على التركة من ديون، وكتعطير العقار، فإن الحائز يصبح ملزماً بمجرد عرضه التطهير على الدائنين، أي أنه يلتزم بإرادته المنفردة، فلا يستطيع الرجوع في التزامه (كولان وكايتان ٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٣ - انظر عكس ذلك بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠ وهم يلاحظون أن المدين في هذه الأحوال إنما التزم بدفع دين موجود من قبل، لا بإنشاء دين جديد) .

الإرادة المنفردة كما بسطناها فيما تقدم، بل هو قد نص صراحة على عدم الأخذ بها في المادة ٣٠٥. كما سبقت الإشارة الى ذلك . وإنما أراد أن يجعل من صدر منه الإيجاب ملزماً بعدم العدول عن إيجابه ، في المدة التي حددت للقبول (م ١٤٨ من القانون المدني الألماني) ، أو في مدة معقولة اذا لم تكن هناك مدة محدودة (م ١٤٧ من هذا القانون) . فالموجب إذا في القانون الألماني لا يلتزم بتنفيذ ما عرضه على المتعاقد الآخر إلا بمقتضى العقد كما تقتضى بذلك النظرية الفرنسية (نظرية توافق الإرادتين) ولا يوجد التزامه إلا بوجود العقد ، أى باقتران القبول بالإيجاب . أما التزامه بمجزة إيجابه ، أى بإرادته المنفردة ، فأنما يكون على سبيل الاستثناء ، وينصب على عدم جواز العدول عن الإيجاب ، فهو التزام سلبي لا إيجابي ، وتبقى لا أصل ، ويلاحظ أن الإيجاب لا يكون ملزماً إلا اذا وصل الى الطرف الآخر وذلك في حالة ما اذا كان الإيجاب موجها الى طرف معين ، وهى الحالة التى نعرض لها هنا ^(١) . ويترب على أن الموجب يلتزم بعدم العدول عن إيجابه أن هذا الإيجاب يبقى قائماً حتى لو مات الموجب أو فقد أهليته للتعاقد قبل صدور القبول من الطرف الآخر ، وقد قضت المادة ١٣٠ (فقرة ثانية) من القانون المدني الألماني بأنه اذا مات من صدرت منه إرادة بعد صدورها ، أو فقد أهليته ، فلا يؤثر ذلك في صحة الإرادة ^(٢) (انظر أيضا المادة ١٥٣ من القانون المدني الألماني) .

وقد سار قانون الالتزامات السويسرى على نهج القانون الألماني ، فنصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن كل شخص يعرض على آخر أن يتم معه عقداً ، ويحدد له مهلة للقبول ،

(١) أما اذا كان الإيجاب غير موجه لأحد — وهذا هو العرض على الجمهور ، وسنعرض له فيما يلى — فهو ملزم بمجزة صدره من الموجب (انظر التعليق على الترجمة الفرنسية للقانون الألماني م ١٣٠ ص ١٤٣) .

(٢) ويقول سالى في هذا الموضوع : ” يكون الإيجاب بمجزة صدره تعبيراً عن إرادة الموجب ، إذ أن هذه الإرادة قد قيدت نفسها ، بمعنى أنه لا يجوز العدول عن الإيجاب في مدة معينة ، سواء تحددت هذه المدة صراحة أو ضمناً ، فقد التزم الموجب نحو نفسه أن يبقى على إيجابه المدة المعقولة ، فإذا انقضت هذه المدة سقط الإيجاب ... على أنه يجب أن نلاحظ أن هذه القوة الملزمة لم يكسبها الإيجاب إلا منذ وصوله الى من توجه اليه ، لأن القاعدة في كل إرادة تتوجه الى الغير أنها لا تنتج أثرها القانونى بالنسبة له إلا من الوقت الذى وصلت اليه فيه . وقبل ذلك الوقت يبقى التعبير عن الإرادة مظهراً له وجود مستقل ، ولكنه لا يزال في حوزة صاحبه . ويترب على ذلك أنه اذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل هذا التعبير الى من توجه اليه ، يبقى الإيجاب قائماً ، لأنه هو مظهر الإرادة قد انفصل عن صاحبها وصار له وجود خارجى . ولكن صاحب الإرادة ، ما دامت لم تصل الى من توجهت اليه يستطيع الرجوع فيها ، فهى وان كان لها وجود مستقل ، لا تزال في حوزته . وانما تبدأ القوة الملزمة للإرادة وقت وصولها ، فالعدول عنها لا يصح إلا اذا وصل هذا العدول قبل وصولها أو معها في وقت واحد “ (الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٣٨ ص ١٤١ — ص ١٤٣) .

يرتبط بعرضه حتى تنتهى المهلة، فإذا لم يردده القبول قبل انتهاء المدة تحلل من التزاه . وتقضى المادة الخامسة بأنه اذا وجه إيجاب لشخص غير حاضر دون تحديد مهلة للقبول، فان من صدر منه الإيجاب يبقى مقيدا طول الوقت الذى يتوقع فيه وصول رد يرسل فى معاد مناسب وبالطريقة المعتادة .

وقد انفرد المشروع الفرنسى الإيطالى بعقد فصل خاص للإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام، فقضى فى المادة ٦٠ بأن الإرادة المنفردة اذا كانت مكتوبة واقرنت بأجل محدد تلزم صاحبها بمجرد وصولها الى علم من توجهت اليه ولم يرفضها، وتنطبق على الإرادة المنفردة القواعد التى تنطبق على العقد عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الالتزامات^(١). هذا الى أنه نص فى المادة الثانية (فقرة خامسة) على أنه اذا التزم من صدر منه الإيجاب بعدم العدول عنه مدة معينة، أو تبين وجود هذا الالتزام من طبيعة التعامل، فالعدول عن الإيجاب قبل انقضاء المدة لا يمنع من تكوين العقد .

= انظر فى هذا المعنى كولان وكايتان ٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٣، على ان الأستاذين اذا كانا ينفقان مع القانون الألمانى فى أن الإيجاب يبقى قائما حتى بعد موت صاحبه، فانهما يريان أنه يسقط عند فقده للأهلية، لأن الموجب إنما التزم بأن يتعاقد، فإذا أمكن أن تنصوّر بقاء هذا الالتزام بعد موته ليم التعاقد مع الورثة، فان ذلك لا يستقيم فى حالة فقد الأهلية، اذ لا يمكن التعاقد فى هذه الحالة مع الورثة لأن المورث لا يزال حيا، ولا يمكن التعاقد مع المورث لأنه قد فقد الأهلية . ولكن اذا سرنا على هذا التحليل ألا يمكن القول بأن التعاقد ممكن فى حالة فقد الأهلية أيضا، ويكون ذلك مع من ينوب قانونا عن فاقد الأهلية كالقيم .

(١) وقد جاء فى مذكرة المشروع الايضاحية أن هذا النص كان ماثرا للنقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسيتين والإيطالية، فقد ظن البعض أن فى تقرير هذا المبدأ تجديدا جريئا لا يتطلب العمل، ولكن هذا الاعتراض، اذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة للقانون الفرنسى، غير وجيه بالنسبة للقانون الإيطالى، فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الإيطالى على أنه فى العقود الملزمة لجانب واحد يعتبر الإيجاب ملزما بمجرد وصوله الى علم من توجه اليه، فالتجديد ليس اذا كبيرا بالنسبة لهذا القانون، ومن المفيد ادخاله فى القانون الفرنسى، فهو يضع حدا للتلال فى تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية، هل هى عقود أو هى مجرد إرادة منفردة، كما فى تطهير العقار، وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من وعد، بالتمشى مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدودا معقولة لهذا التجديد، فهى لم تكن بالشروط الموضوعية للعقد من الأهلية ومشروعية المحل والسبب، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة (انظر ص ٧١ — ص ٧٣ من المذكرة الايضاحية المذكورة) .

انظر أيضا فى هذا الموضوع المادة ٢٢ من القانون التونسى والمادة ١٨ من القانون المراكشى . هذا وقد سبق أن بينا الى أى حد تكون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام فى القانون الانجليزى (انظر أما فقرة ٥٩ ص ٦٠ هامش ١) وفى الشريعة الاسلامية (انظر أيضا فقرة ٦٥) .

* ١٨٩ — هذه هي أهم التشريعات الحديثة، تجمع على أن الموجب يلتزم بعدم العدول عن إيجابه، ومصدر هذا الالتزام إرادته المنفردة. أما في القانونين المصري والفرنسي فلا يوجد نص على هذه الحالة، فبقى أن نعرف أين الفقه والقضاء من ذلك.

أما الفقه الفرنسي فقد أخذ يميل إلى الأخذ بهذا المذهب، ويسلم بأن الموجب يلتزم بعدم العدول عن إيجابه، وهو وإن لم يستقر على تحديد الأساس القانوني لهذا الالتزام (كما سيتضح ذلك عند الكلام على القوة الملزمة للإيجاب)، إلا أن الرأي الذي أخذ يتغلب هو أن مصدر التزام الموجب هي إرادته المنفردة^(١). وبذلك يكون الفقه الفرنسي — وإن بقي ثابتاً على مبدأه من أن التزام المتعاقد بتنفيذ ما تعاقد عليه إنما ينشأ من العقد لا من الإرادة

(١) أشرنا فيما تقدم أن كثيراً من الفقهاء الفرنسيين المعاصرين أخذوا يعترفون ببعض حالات استثنائية تنشئ فيها الإرادة المنفردة التزاماً. ومن أهم هذه الحالات الإيجاب الملزم، ونستعرض هنا بعض هذه الآراء: لا يعترف الأستاذان بودرى وبارد بنظرية الإرادة المنفردة كقاعدة عامة، ولكنهما يريان أن القضاء والتشريع قد طبقا النظرية في أحوال محدودة على سبيل الاستثناء، منها الإيجاب مع تحديد مهلة للقبول (بودرى وبارد ١ فقرة ٣٣)، ومنها الاشتراط لمصلحة الغير (فقرة ١٦١)، والسندات لحاملها (فقرة ١٧٧ — فقرة ١٧٨)، ويريان أن الضرورة العملية هي التي قضت بإنشاء الإرادة المنفردة للالتزام في هذه الأحوال، وألا تثير على المشرع ولا على القضاء في ذلك، فهما مدفوعان بواجب تشجيع نمو المعاملات وحماية الثقة المشروعة والتمشي مع التجديد الذي يقتضيه تقدم الحضارة (بودرى وبارد ١ فقرة ٢٨ ص ٤٠). ويذهبان إلى أنه إذا أراد المشرع أن يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، فالواجب أن تحاط بشيء من القيود الشكلية، تميز بين إرادة العاقد الذي لا يريد أن يلتزم، وإرادة الجاد الذي قصد أن يولد التزاماً في ذمته (فقرة ٢٨ ص ٤٠). انظر كذلك في هذا المعنى لامبير في رسالته "الاشتراط للغير" فقرة ٥ ص ٥٥ — ص ٥٧.

ويرى الأستاذ تارد (Tarde) وجوب التسليم بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام، وإلا تسبب عن إنكار ذلك وقوف دولاب المعاملات (تطورات القانون ص ١٢٠) — انظر أيضاً الأستاذ ورمز (Worms) في رسالته "الإرادة المنفردة" ص ١٧٥.

وينحى الأستاذ ديموج هذا المنحى، فيقول إن الضرورات الاجتماعية، وتأمين المعاملات، وضرورة استقرارها، كل هذا يوجب الأخذ بنظرية توليد الإرادة المنفردة للالتزام ولكن إلى حد معين، لأن الضمان الذي يحوط العقد غير موجود في الإرادة المنفردة، فالعقد ولید إرادتين توافقنا بالرغم من تناقض المصلحة، ففي هذا التوافق ضمان كاف. أما الإرادة المنفردة، فليست لها هذه الميزة، ولذلك يجب أن يكون أثرها القانوني محدوداً، فقد تأخذ صورة إجراء شكلي لتنتج أثراً لحق موجود، كما في الاعتذار والتنبية، وقد تفضي الضرورات الاجتماعية بتوليدها للأثر القانوني، كما في عمل الفضول (٩)، وقد يكون الأثر الذي ترتب عليها نافعا فحماً للطرف الذي توجهت إليه، كما في الأسقاط (ديموج في الالتزامات ١ ص ٣٦). ويرى الأستاذ ديموج أنه مادامت الإرادة المنفردة قد طرحت في سوق التعامل وأطبأنت لها النام، فيجب أن يقام لها وزر، وأن تنشئ الالتزام الذي قصدت إنشائه، حتى تستقر المعاملات (ديموج ١ فقرة ١٨ ص ٥٥ و ٢ فقرة ٥٥٣ ص ١٦٣). ويقترح الأستاذ تفسير المادة ١١٠٨ من القانون =

المنفردة — قد اعترف في حالة استثنائية بأن الإرادة المنفردة تولد التزاما، لا بتنفيذ ما تم التعاقد عليه، بل بعدم عدول الموجب عن الإيجاب. وقد أخذ الفقه المصري يمشي الفقه الفرنسي^(١). على أن القضاء — في مصر وفي فرنسا — أشد استعصاء من الفقه على تقبل هذا المذهب الجديد، ويرى — عدا أحكاما قليلة — أن للموجب أن يعمل عن إيجابه ما دام لم يقترب بالإيجاب القبول^(٢).

= المدنى الفرنسي (وهي تنكلم عن رضا المدين دون أن تذكر رضا الدائن) تفسيرا جديدا في ظل الحاجات العملية، ويستخلص من ذلك جواز أن تكون الإرادة المنفردة منشئة للالتزام طبقا لهذا النص (جزء أول فقرة ١٩). وكذلك يرى الأستاذان كولان وكايتان أن الإرادة المنفردة تكون مصدرا للالتزام في بعض الأحوال، كما في عمل الفضولى^(٣) وفي قبول الميراث والوصية وفي تطهير العقار وفي الإيجاب مع تحديد مهلة للقبول، ولا يريان ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته المنفردة دون أن يكون الدائن ذاته عالما بذلك، فهناك أحوال كثيرة يصبح فيها الشخص دائنا دون علمه، كما في عمل الفضولى، فإن رب العمل يصبح دائنا للفضولى دون أن يعلم في أكثر الأحيان، وكما في العمل الضار، فإن من وقع عليه العمل الضار قد لا يعلم بوقوعه ولكنه يصبح دائنا لمن صدر منه هذا العمل، وكما في تطهير العقار فإن الحائز للعقار يصبح ملتزما بعرضه قبل أن يعلم الدائنون بهذا العرض، وكما في عرض جائزة على الجمهور، فقد لا يعلم الدائن بذلك ومع هذا فله الحق في تقاضى الجائزة ممن وعد بها (كولان وكايتان ٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٢).

(١) انظر دى هلنس جزء أول الاتفاق (Convention) فقرة ١٤ — عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ١١٣.
(٢) انظر محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سيرة ١٩٠٨ — ١ — ٤٠٤ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ و ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢، والمجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٣ ص ٣٣٧ — حكما آخر في ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٣ — حكما ثالثا في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٢، وقد سبقت الإشارة الى هذه الأحكام (انظر فقرة ١٨١) وكما أن الإيجاب لا يلزم الموجب، فهو لا يعطيه كذلك حقا قبل الطرف الآخر، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أن الحكومة غير ملزمة بأي تعويض لشخص قدم أفضل عطاء في مزاد طرحته، ولم يرس عليه المزاد، لأن هذا مجرد إيجاب صادر منه، وللحكومة الحق في قبوله أو رفضه، لا سيما أنها قد اشترطت ذلك صراحة في دفتر العطاء (cahier des charges) (٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٦ والمجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٥ ص ١٩٩).

ولكن مع ذلك يذهب القضاء الى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب طول هذا الأجل (سواء تحدد الأجل صراحة أو ضمنا) لا على أساس الإرادة المنفردة، بل على أساس أن هناك عقدا تم بين الموجب والطرف الآخر يلزم الأول ألا يعمل عن إيجابه المدة المحددة، وقد تم هذا العقد بقبول ضمني من الطرف الآخر أو بسكوته، لأن هذا الأجل في مصلحته (انظر محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧١ — ١ — ٦١ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوديللى بك مادة ٣٠١ فقرة ٥ — حكم آخر في ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ — حكم ثالث في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢) وقد يعطى عدول الموجب عن إيجابه في وقت غير مناسب للطرف الآخر حقا في التعويض، على أساس العمل الضار (محكمة النقض الفرنسية في ٩ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩١٦ — ١ — ٢٥ مع تعليق بلانيول — محكمة رن الاستئنافية في ٨ يولي سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ — ٥ — ٤٨ — محكمة اسكندرية المختلطة الابتدائية في ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٣ نمرة ١٧)

ونحن لا نعترض على الفقه في ذهابه الى أن الموجب يلتزم بعدم العدول عن إيجابه ، بل ونذهب معه الى أن الارادة المنفردة قد تكون هي مصدر هذا الالتزام ، فما دام الموجب قد أعلن إرادته ، واطمأن الطرف الآخر الى أنه لا يعدل عن الإيجاب مدة معينة ، فمن الحق أن نلزمه بعدم العدول ، ما دام قد أراد ذلك ، وما دامت إرادته هذه قد ولدت ثقة مشروعة عند الغير . ولكننا لا نرى أن القول بالارادة المنفردة في هذه الحالة أمر ضروري ، فلا يوجد ما يمنع من تلمس مصدر آخر لالتزام الموجب ، فما دما نفترض أن الإيجاب قد توجه لشخص معين وعلم به (أو وصل اليه ، والوصول قرينة على العلم) ، فيمكن القول مع بعض الفقهاء أن من صدر منه الإيجاب قد عرض أيضا أن يلتزم بعدم العدول عن إيجابه مدة معينة ، وعلم الطرف الآخر بذلك وسكوته يعدّ قبولا ، إذ العرض نافع له نفعا محضا ، فيكون مصدر التزام الموجب عقدا لا إرادة منفردة^(١) . وسنعود لهذه النظرية فيما يلي .

١٩٠ - الحالة الثانية : الوعد بجائزة - تقضى المادة ٦٥٧ من القانون المدني

الألماني بأن من وعد - بطريق الاعلان العام - باعطاء جائزة لمن يقوم بعمل ، أو يحصل على نتيجة معينة ، يلتزم باعطاء الجائزة لمن يصل الى ذلك ، حتى لو كان هذا لم يقم بما قام به بفرض الحصول على الجائزة . وتقضى المادة ٦٥٨ من هذا القانون بأن من صدر منه الوعد يستطيع الرجوع فيه ، الى أن يقوم شخص بالعمل المطلوب . ويتضح من ذلك أن الواعد بالجائزة يلتزم بوعده ، ولا يملك الرجوع فيه ، اذا قام أحد الناس بالعمل الموضوع له الجائزة . فاذا كان هذا الشخص عالما بالجائزة وقت القيام بالعمل ، فلسنا في حاجة الى نظرية الارادة المنفردة ، لأننا نستطيع أن نخرج التزام الموجب على أنه نشأ من عقد فيما بينه وبين من قام بالعمل ، وقد صدر من هذا الأخير قبول ضمني . أما اذا كان الشخص غير عالما بالجائزة

(١) انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٤٣ ص ١٨٧ و ١٤٤ ص ١٩١ - بلانيول ٢ فقرة ٩٨٣ - ويرى الأستاذ ديموج أن الإيجاب اذا كان موجها لطرف معين ، يجوز تفسير قوته الملزمة بنظرية الارادة المنفردة ، ولكن هذا ليس ضروريا ، إذ يمكن تفسير القوة الملزمة في هذه الحالة بالعقد الضمني ، وانما تصبح نظرية الارادة المنفردة ضرورية اذا أريد تفسير القوة الملزمة لإيجاب موجه لشخص غير معين ، كما في العرض على الجمهور وفي الوعد بمكافأة ، وفي المرسات الخيرية ، وفي الاشتراط للغير ، وفي السندات لحامها ، ففي هذه الأحوال لا يوجد شخص معين يصدر منه قبول ضمني حتى يتم العقد (ديموج في الالتزامات ١ ص ٥٥ - ٥٧) .

على أن الأخذ بنظرية الارادة المنفردة في تفسير الالتزام بالإيجاب الموجه الى شخص معين له مزية عملية هامة في حالة موت الموجب أو فقدته للاهلية قبل علم الطرف الآخر بالإيجاب . وسنبين ذلك فيما يلي (انظر فقرة ٢٤٤) .

فهنا لا يمكن تصور صدور قبول ضمنى منه، فلا يبقى إلا أن الموجب قد التزم بإرادته المنفردة، وتصبح نظرية الإرادة المنفردة ضرورية في تفسير القوة الملزمة للإيجاب في هذه الحالة^(١).

وتقضى المادة الثامنة من قانون الالتزامات السويسرى بأن من يعد علنا بجائزة في مقابل القيام بشيء ما، يلتزم باعطاء الجائزة طبقا لوعده، وإذا رجع عن وعده قبل أن يصل اليه شيء، فيلتزم برد المصاريف التى صرفت بحسن نية، بشرط ألا يجاوز ذلك مقدار الجائزة الموعود بها، هذا ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يتحقق. ويؤخذ من هذا النص أن من يعد بجائزة يلتزم بوعده، ولا يملك الرجوع فيه، إذا تم العمل ووصل اليه. وقبل ذلك يستطيع الرجوع، وإنما يلتزم برد المصاريف بقدر النجاح المنشود، لا على أساس الإيجاب الملزم، بل على أساس الأثر بلا سبب. فإذا ما أصبح الوعد أمرا لا يجوز الرجوع فيه، فإن التزام الواعد يجوز إسناده الى عقد ضمنى إذا كان من قام بالعمل يعلم بالجائزة كما سبقت الإشارة الى ذلك، ولا يمكن تفسيره إلا بنظرية الإرادة المنفردة، إذا كان لا يعلم بالجائزة، كما قدمنا عند الكلام على القانون الألمانى^(٢).

(١) انظر سالى (Saleilles) فى الالتزامات فقرة ١٤٣ ص ١٥٠.

(٢) وتقضى المادة الرابعة من المشروع الفرنسى الإبطالى بأن من صدر منه عرض علنى فى أن يجيز من يقوم بعمل معين لا يملك أن يرجع فى هذا العرض إذا تم القيام بالعمل. والرجوع قبل ذلك يجب أن تبرره أسباب عادلة، وأن يكون علنا فى الشكل الذى حصل به العرض، أو فى شكل مماثل. وفى هذه الحالة يلتزم من عدل عن عرضه برد المصاريف التى أنفقها من بدأ فى القيام بالعمل المطلوب إذا كان قد فعل ذلك بحسن نية وقبل إعلان العدول، ولا يجاوز مجموع ما يرد من المصاريف مقدار الجائزة الموعود بها. وتسقط دعوى استرداد المصاريف فى ستة أشهر منذ إعلان العدول.

والظاهر من هذا النص أنه يقضى بحكم مماثل لما يقضى به قانون الالتزامات السويسرى والقانون الألمانى. فالواعد لا يملك الرجوع فى وعده متى تم القيام بالعمل الموضع له الجائزة، بل هو لا يملك الرجوع حتى قبل القيام بالعمل، إلا إذا وجدت أسباب عادلة تبرر الرجوع. ولا يميز المشروع بين حالة علم من قام بالعمل المطلوب بالجائزة وقت قيامه بالعمل وحالة جهله بذلك. ففى الحالتين إذا بيق الواعد بالجائزة ملتزما بوعده. ولا يمكن تفسير هذا الالتزام فى الحالة الثانية إلا على أساس أنه قد نشأ من الإرادة المنفردة كما قدمنا عند الكلام على القانونين الألمانى والسويسرى.

ومع ذلك فإن المذكرة الإيضاحية للشروع تذكر أن أساس الالتزام العقد، دون أن تميز بين حالة وحالة، وتعتبر أن قيام الشخص بالعمل المطلوب قبول ضمنى للإيجاب الذى صدر من الواعد. وظاهر أن القيام بالعمل المطلوب لا يمكن اعتباره قبولاً ضمناً إلا فى حالة ما إذا كان الشخص الذى يقوم بالعمل يعلم بأمر الجائزة (انظر المذكرة الإيضاحية للشروع ص ٧٥) (فارنت فيفورونو (Viforeanu) فقرة ٦٧ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ و ص ١٥٢ ومع ذلك انظر

* ١٩١ — فالترام الواعد بجائزة في حالة ما اذا كان الشخص الذى قام بالعمل لا يعلم بهذه الجائزة، الترام مصدره دون شك الارادة المنفردة، ونكون اذاً أمام استثناء حقيقى لقاعدة تولد الالتزام من توافق الارادتين . بخلاف الحالة الأولى، حالة الايجاب الملزم، فقد رأينا أنه يمكن الاستغناء عن الارادة المنفردة بالعقد الضمنى .

لذلك كان من يسلم بالترام الواعد بجائزة في الحالة التى نشير اليها يسلم حتماً بجواز توليد الارادة المنفردة للالتزام، وهذا مامنع كثيراً من الفقهاء في فرنسا من التسليم بذلك، فعندهم أن الواعد بالجائزة له أن يرجع في وعده حتى بعد القيام بالعمل، ما دام لم يقترب بالايجاب قبول ولو ضمناً . وسنعود الى هذا الموضوع تفصيلاً عند الكلام على توافق الارادتين .

١٩٢ — المحاضرة الثالثة : الاشتراط لمصلحة الغير — قضت المادة ٣٢٨ من القانون المدنى الألمانى بأنه يجوز أن يشترط في العقد القيام بعمل لمصلحة الغير، ويكون من شأن ذلك أن يكسب الغير حقاً مباشراً في المطالبة بتنفيذ التعهد . وقد تساءل المعلقون على الترجمة الفرنسية للقانون الألمانى عن مصدر هذا الحق المباشر الذى يثبت للغير، هل يكون القانون ذاته أو العقد أو الارادة المنفردة؟ وذكروا أن المشرع ترك للفقهاء بحث هذه المسألة، وأن رأى الغالب في الفقه هو أن مصدر الحق المباشر الارادة المنفردة الصادرة من المتعهد^(١) . والقانون السويسرى كالقانون الألمانى يعطى المستفيع في الاشتراط للغير حقاً مباشراً (انظر م ١١٢ من قانون الالتزامات السويسرى)، ولا يتعرض لبيان مصدر هذا الحق .

وسنرى عند الكلام على الاشتراط لمصلحة الغير أن المستفيع له كذلك، في القانونين المصرى والفرنسى، حق مباشر، نرى أن مصدره العقد لا الارادة المنفردة، وان كان كثير من الفقهاء يذهب الى أن المصدر هو الارادة المنفردة .

وعلى هذا لا تكون هذه الحالة الثالثة في نظرنا استثناء حقيقياً من قاعدة توافق الارادتين، فهى والحالة الأولى يمكن الاستغناء فيهما عن نظرية الارادة المنفردة .

(١) انظر الترجمة الفرنسية للقانون المدنى الألمانى في التعليقات على المادة ٣٢٨ — انظر أيضاً سالى في الالتزامات في القانون الألمانى فقرة ٢٤٧ ص ٢٧٢ — ص ٢٧٣ ، ولا يرى سالى أن مصدر حق المستفيع الارادة المنفردة، بل، يرى أن المصدر هو العقد الذى تم بين المشتري والمتعهد .

١٩٣ - الحالة الرابعة: المؤسسات (foundations) - لا نعرض هنا لهذا الموضوع إلا بالقدر الذى يقتضيه ارتباطه بنظرية الارادة المنفردة . ويكفى أن نشير الى أن هذه المؤسسات بدأت فى الأصل تكون عملا دينيا، فكانت الكنيسة تتلقى هبة على أن تقوم بالعمل الخيري المقصود، وبذلك يكون التكييف القانوني للمؤسسة أنها هبة مقرونة بشرط (donation sub modo) . ثم أصبحت الهبة تعطى للمجالس البلدية بدلا من الكنائس . ولكن الأمر من الوجهه القانونية لم يتغير، فلا يزال أمام هبة تعطى لشخص معنوى موجود قبل صدور الهبة ، على ان يقوم هذا الشخص المعنوى بالعمل الموكول اليه . ثم ما لبثت النظريات الألمانية أن تطورت ، وذهبت الى أن المؤسسة تنشأ مستقلة ، وذلك يجزئ تخصيص مال لها، وتكون هى ذاتها الشخص المعنوى ، فهى مجموعة من المال يخصصها المنشئ لعمل معين، فتصبح شخصا معنويا له وجود مستقل وادارة مستقلة، وليست هبة لشخص معنوى موجود من قبل ^(١) .

ويقضى القانون المدنى الألمانى (م ٨٠ - ٨٨) ^(٢) بأن المؤسسة تنشأ بعمل قانونى صادر من جانب واحد، فارادة المنشئ هى التى توجد المؤسسة، وهذه الارادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها إما فى حياته، أو بعد موته بوصية، ثم ياتزم المنشئ، بأرادته المنفردة أيضا، أن ينقل الى المؤسسة ملكية ما تعهد به من المال الذى خصصه لهذا الغرض . ومن هذا نرى أن الارادة المنفردة هنا أوجدت شخصا معنويا، وأنشأت التزاما نحو هذا الشخص المعنوى ^(٣) .

١٩٤ - ولا يوجد، لا فى القانون الفرنسى ولا فى القانون المصرى، نصوص خاصة لمؤسسات، كما هو موجود فى القانونين الألمانى والسويسرى، لذلك وجب تطبيق القواعد

(١) انظر سالى فى الالتزامات فى القانون المدنى الألمانى فقرة ١٤٤ ص ١٥١ .

(٢) انظر أيضا المواد ٨٠ - ٨٩ من القانون المدنى السويسرى .

(٣) انظر سالى فى الالتزامات فقرة ١٤٤ ص ١٥٢ هامش عمدة ١، ومن الضرورى فى القانون الألمانى الحصول على ترخيص من الجهة الادارية (بخلاف القانون السويسرى) ، ولكن هذا الترخيص لا يعنى أن المؤسسة تنشأ من عقد يتم بين المنشئ والجهة الادارية ، لأنه اذا كان هناك عقد فالطرف الآخر فى هذا العقد ليس هو فى الواقع الجهة الادارية التى صدر منها الترخيص ، بل هم المتفعون بالعمل الذى قامت عليه المؤسسة ، وليس لهؤلاء نائب يمكن التماقد معه ، ومن ثم اكتفينا بإرادة المنشئ المنفردة متى صدرت فى شكل معين (انظر سالى فى الالتزامات فقرة ١٤٤ ص ١٥٢ - ص ١٥٣) .

العامة على هذه المؤسسات . أما في فرنسا فن يريد أن ينشئ مؤسسة فأمامه طريق مباشر وطريق غير مباشر . أما الطريق المباشر فهو أن يخصص جزءا من ماله للغرض الذي يقصده من المؤسسة ، ثم يحصل بعد ذلك من الجهة الادارية على ترخيص باعتبار المؤسسة من المنافع العامة ، فتصبح بذلك شخصا معنويا له وجود مستقل ، ولكن هذه الشخصية المعنوية لم يخلقها المنشئ بارادته ، بل الترخيص الادارى هو الذى خلقها ، وقبل صدور هذا الترخيص يكون المال ملكا للمنشئ ، فليس فى هذا ما يجعل للارادة المنفردة أثرا قانونيا كما هو الحال فى القانون الألماني^(١) . وللنشئ أن يسلك طريقا غير مباشر بأن يهب أو يوصى لشخص معنوى موجود من قبل - سواء كان شخصا معنويا عاما أو خاصا - مالا على أن يخصصه الشخص المعنوى للغرض الذى يقصد اليه ، كأن يوصى لمجلس من المجالس البلدية مالا على أن ينشئ به مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك ، ولا بد من الحصول على ترخيص ادارى بقبول الشخص المعنوى لهذا التبرع تطبيقا للمادتين ٩١٠ و ٩٣٧ من القانون المدنى الفرنسى ، وأن يكون الغرض الذى خصص له المال داخلا فى مهمة الشخص المعنوى ، وقد يوصى المنشئ المال لشخص طبيعى لا معنوى ، على أن يقوم هذا الشخص بالحصول على الترخيص الادارى لاعتبار المؤسسة من المنافع العامة ، وفى هذه الحالة تنتقل ملكية المال الى الموصى له بعد موت المنشئ ، ويبقى هو المالك حتى يحصل على الترخيص الادارى ، فينقلب المال الى شخص معنوى له وجود مستقل . وفى كل هذا لا نرى أثرا لالتزام أنشأته الارادة المنفردة ، فالمنشئ يهب أو يوصى لشخص معنوى أو طبيعى ، فهو يقوم بعمل قانونى معروف - هبة أو وصية - ولم تنشئ ارادته المنفردة التراما فى ذمته^(٢) .

(١) ويرى الأستاذة بلانيول وريبير واسمان أن منشئ المؤسسة لا يلتزم ، بارادة المنفردة ، ولا بد من قبول يصدر إما من الجهة الادارية ، أو من شخص يمثل المنتفعين بهذه المؤسسة ، ولو من طريق أن يكون فضوليا . أما قبل صدور هذا القبول فللمنشئ أن يعدل عن ايجابه (انظر جزء أول ققرة ١٠ - ١١) .

(٢) وهناك مشروع قانون فى فرنسا يضع نظاما للمؤسسات ويجعل انشاءها بطريق مباشر بمجرد تخصيص المال ، وتكسب المؤسسة الشخصية المعنوية باعلان يماثل الاعلان الذى تكسب به الجمعيات الشخصية المعنوية ، ولا يسمح باسهار المؤسسة إلا بعد ترخيص من الجهة الادارية والترخيص تارة يكون حتميا ، وطورا يترك لتقدير الادارة مع جواز الطعن فى هذا التقدير أمام المحكمة الادارية العليا . وقد نظمت فى هذا المشروع رقابة الجهة الادارة على المؤسسات .

فاذا أصبح هذا المشروع قانونا ، كان فى هذا تطبيق لنظرية الارادة المنفردة ، كما فى القانونين الألماني والسويسرى .

أما في مصر فقد أغنانا الوقف عن هذه الطرق المعقدة ، فمن يريد إنشاء مؤسسة فما عليه إلا أن يقف المال الذي يريد تخصيصه للغرض الذي يقصد اليه ، فيصبح المال موقوفا على هذا الغرض ، ويقوم ناظر الوقف باستغلاله لما خصص له . وهنا نلاحظ أن الوقف تصرف يتم بإرادة الواقف المنفردة ، ولكن هذه الإرادة المنفردة لا تنشئ التزاما في ذمة الواقف ، بل تسقط ملكية العين الموقوفة عن مالكيها ، وتخصص الغلة لغرض معين ، وتخضع المال الموقوف لنظام معروف في الشريعة الإسلامية^(١) .

ومن هذا يتضح أن المؤسسات في فرنسا وفي مصر ، لا يتوسل في انشائها بنظرية الإرادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزامات .

* ١٩٥ - الحالة الخامسة : السندات لحاملها - السند لحامله فيه مزيتان : (١) الحامل الأخير للسند يستوفي قيمته من صاحبه ، ولا يستطيع هذا أن يدفع رجوعه عليه بالدفع التي كان يستطيع أن يدفع بها رجوع الحاملين السابقين . فلو كان هناك دفع يصلح في مواجهة هؤلاء ، كبطلان السند لا كراه أو غش أو غلط أو انقضاء الدين لسبب من أسباب انقضاء الالتزامات ، فإن الساحب لا يستطيع أن يحتج بذلك على الحامل الأخير . وهذه المزية لا يفسرها أن التزام الساحب قد نشأ من إرادته المنفردة ، فسواء كان مصدر هذا الالتزام الإرادة المنفردة أو العقد فإن القواعد العامة كانت تقضي بأن هذه الدفع تصلح أن يحتج بها في مواجهة أي حامل للسند ما دام يطالب بذات الدين الذي تجوز فيه هذه الدفع . ولا يفسر ذلك إلا القول بالالتزام المجرد (promesse abstraite) تمشيا مع النظرية الألمانية ،

(١) ولكن بالرغم من أن نظام الوقف يسد حاجه حقيقية ، إلا أنه من المرغوب فيه أن يوضع في مصر تشريع للمؤسسات ، على مثال التشريعين السويسري والألماني ، فإن هذا التشريع يكون أكثر مرونة من نظام الوقف المعروف ، فينظم إدارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتب في إنشاء مؤسسات حيث لا يسمح نظام الوقف بإنشائها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتو على الوصول إلى الغرض المقصود بإنشاء جمعيات من الأشخاص لامتلاك المؤسسات من الأموال ، كذلك ينظم هذا التشريع رقابة الجهة الإدارية على المؤسسات (أما في نظام الوقف فالجهة الشرعية هي التي لها حق الرقابة) ، ويرخص للمؤسسة أن تتحول من غرض إلى غرض آخر ، متى تبين أن الغرض الذي أنشئت من أجله قد فقد أهميته أو أصبح مخالفا لروح الزمن أو للنظام العام . كل هذه مزايا لا تتوفر في نظام الوقف . هذا إلى أن الوقف يجب أن ينتهي إلى جهة بر لا تنقطع ، فلا يمكن إذا وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء وانتهاء ، إذا لم تدخل هذه المشروعات في دائرة جهات البر .

كما لاحظ ذلك بحق الأساتذة بلانيول وريبير واسمان^(١) ، وليس هذا موضوع البحث .
(٢) وللسند لحامله ميزة أخرى . فإن الحامل الأخير للسند يتمتع بكل التأمينات التي تضمن الدين وهذا يتفق مع ما تقدم من أن الحق ذاته هو الذي ينتقل من دائن الى دائن، حتى يصل الى الحامل الأخير، مصحوبا بتأميناته وصفاته، ولكن خاليا من دفعه لما قدمناه من أنه الترام مجزء .

الى هنا يستقيم التحليل ، ويمكن اذا الاستغناء عن نظرية الارادة المنفردة بنظرية العقد، فيقال أن هناك عقدا تم بين الساحب وأول حامل للسند، وهذا العقد هو الذي ولد الالتزام في ذمة الساحب . وقد حوّل الحامل الأول حقه الى آخر، وهذا الى غيره ، الى أن يصل السند الى الحامل الأخير .

إلا أن هناك فروضا لا تنزل على هذا التحليل : هب أن الساحب بعد أن كتب السند لحامله ، لم يسلمه لأحد، ثم ضاع منه السند أو سرق ، فتبادله الأيدي ، الى أن وقع في يد شخص حسن النية، ألا يكون لهذا الشخص الحق في استيفاء قيمته من الساحب ؟ لا شك في أن له هذا الحق ، ولكن على أى أساس قانوني ؟ اذا قلنا أن الساحب ملتزم بموجب عقد بينه وبين أول حامل فأين نجد هذا العقد ؟ أن أول حامل للسند كان لصا سرق السند ، أو شخصا عثر عليه وهو ضائع . لم يبق اذا لتفسير هذا الالتزام إلا أن نقول — مع النظرية الألمانية — أن الساحب قد التزم بإرادته المنفردة التراما مجزءا، فمصدر الالتزام ليس عقدا بل هو مجزء ارادة المدين . كذلك اذا فرض أن الساحب قبل تسليمه السند لأحد مات أو فقد أهليته ، ثم تداولت الأيدي السند ، فهو (أو ورثته) يبقى ملتزما ، ومصدر التزامه لا يمكن

(١) يرى الأساتذة بلانيول وريبير واسمان أن التزام صاحب السند انما هو مبنى على عقد بينه وبين أول حامل للسند ، وهذا يحول الحق الى غيره الى أن يصل السند الى الحامل الأخير فيطالب الساحب بقيمته باعتباره محالا له ، وباعتبار الساحب محالا عليه . أما عدم جواز احتجاج الساحب على الحامل الأخير بالدفع المتعلقة بالدين فليس يرجع الى أن التزام الساحب نشأ من ارادته المنفردة ، فانه حتى اذا فرض ذلك فهو لا يمنع من الاحتجاج بهذه الدفع ، فللساحب أن يحنج مثلا بوقوعه في غلط أو غش أو إكراه ، سواء كان هناك عقد أو كانت ارادته المنفردة هي مصدر التزامه ، وانما يمنع من الاحتجاج بالدفع أن الساحب قد التزم التراما مجزءا (abstraite) لا يجوز الطعن فيه بعيب من العيوب (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠٠ — فقرة ١١) .

وهناك نظريات أخرى (غير الحوالة) — لا محل هنا لبسطها — تحاول تفسير السند لحامله ، منها نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ونظرية الانابة في الوفاء (délégation) .

أن يكون عقدا في هذه الحالة ، فليس إلا إرادته المنفردة مصدر الالتزامه هنا ^(١) .

ومن هذا نرى أن النظريات الفرنسية المختلفة تضيق بتفسير الترام الساحب في جميع الفروض ، وأن نظرية الارادة المنفردة هي وحدها التي تتسع لذلك .

وقد نص القانون الألماني صراحة على الحلول المتقدمة ، فقضت المادة ٧٩٤ بأن من يصدر منه سند لحامله يلزم به ، حتى لو سرق منه أو ضاع ، وحتى لو تبادله الأيدي رغم ارادته بأى شكل كان . وتقضى المادة ذاتها بأن السند لحامله يبقى حافظا لقوته القانونية حتى لو مات من صدر منه السند أو فقد الأهلية قبل التعامل به ^(٢) .

* ١٩٦ — يتبين مما تقدم أن من الحالات الخمس التي تقوم عادة على أنها استثناء من أن الارادة المنفردة لا تنشئ الالتزامات ، لا يوجد إلا ثلاث هي استثناءات حقيقية من هذا المبدأ . أما الإيجاب الملزم والاشتراط لمصلحة الغير فلا استثناء فيهما كما قدمنا ، فلم يبق إلا الوعد بجائزة والمؤسسات والسندات لحاملها . وفي هذه يحسن بالمشرع المصرى أن يعدل التشريع بحيث يتفق في هذا مع التشريعات الحديثة . فيضع نصوصا مماثلة للنصوص التي رأيناها في القانونين الألماني والسويسرى وفي المشروع الفرنسى الايطالى ، ولا بأس من وضع نص عام فى الإيجاب الملزم مماثل لنص المادة ٦٠ من المشروع الفرنسى الايطالى الذى تقدم ذكره ، يراعى فيه ألا يكون الإيجاب ملزما إلا اذا كان مكتوبا ، أو توافر فيه شيء من العلانية ، وتحدد فيه مدة الإلزام .

المبحث الثانى — النيابة فى التعاقد ^(*)

(Théorie de la Représentation)

١٩٧ — النظرية العامة للنيابة

مع انصراف الأثر القانونى لهذه الارادة الى شخص الأصيل ، كما لو كانت الارادة قد صدرت منه هو .

(١) انظر سالى فى الالتزامات فقرة ٢٧٦ — فقرة ٢٧٨ ويلاحظ أنه طبقا للنظرية الألمانية ، يكون الساحب ملتزما بطريق مباشر لشخص غير معين ، هو الحامل الأخير للسند ، وهذا الدائن لا يتلقى حقه من سببه فى حمل السند ، بل يتلقاه مباشرة من الساحب ، الذى خلق الالتزام فى ذمته بإرادته المنفردة (سالى فى الالتزامات فقرة ٢٧٧) .

(٢) انظر فى قانون الالتزامات السويسرى المواد ٨٤٦ وما بعدها .

* المراجع : ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ٨٩ — فقرة ١٥٥ ثالثا — بلانيول وريبير واسمان ١ =

وليس في القانون الفرنسى ولا في القانون المصرى نصوص على النظرية العامة للنيابة ، بل أن النصوص المتعلقة بهذا الموضوع متفرقة في مواضع مختلفة ، وأهمها في باب الوكالة ، إذ أن الوكالة نوع خاص من النيابة كما سنوضح ذلك . أما القوانين الحديثة ، كالقانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى والمشروع الفرنسى الإيطالى ، فقد عقدت للنيابة فصلا خاصا تناولت الكلام فيه على نظريتها العامة ، فنحن نأخذو حذف هذه القوانين ، ونود لو أن المشرع المصرى فعل ذلك عند مراجعة القانون المدنى .

ونعهد أولا للكلام على النيابة ، ثم نبحث شروط تحققها وحكمها .

١٩٨ - النيابة الضرورية والنيابة النافعة - فالنيابة بالتعريف الذى قدمناه ، قد تكون ضرورية ، كما لو كان الأصيل غير متوافرة فيه الأهلية اللازمة ، بأن كان قاصرا أو محجورا عليه مثلا ، فينوب عنه الولى أو الوصى أو القيم ، وقد يحتم القانون النيابة فيجعلها ضرورية في بعض الفروض ، كما في السنديك ينوب عن المفلس ودائنيه ، وكما في الحارس القضائى ينوب عن غيره في إدارة المال وحفظه . وقد تكون النيابة نافعة كما اذا وكل شخص آخر في عمل ، لبعد الأصيل عن الجهة التى يتم فيها العمل ، أو لأنه لا يحسد متسعا من الوقت لمباشرة العمل بنفسه ، أو لأن العمل الذى يريد إتمامه لا يستطيع أو لا يحسن القيام به .

* ١٩٩ - النيابة القانونية والنيابة القضائية والنيابة الاستغافية - والنيابة - ضرورية كانت أو نافعة - إما أن تكون قانونية ، بأن يكون القانون هو الذى يحدد نطاقها كما في الولى والوصى والقيم والسنديك^(١) ، وإما أن تكون قضائية بأن يكون القضاء هو الذى يتولى

== فقرة ٥٤ - فقرة ٦٧ - كابتان مقدمة القانون المدنى الطبعة الرابعة فقرة ٣١٦ - فقرة ٣٢١ - بيلون (Pilon) رسالة من كان (Aen) سنة ١٨٩٨ - اودينو (Audinot) (النيابة القاصرة) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - كوربسكو (Corbesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - بولاند (Boland) رسالة من ليج سنة ١٩٢٧ - بوبسكو رامنيكانو (Pobesco-Ramnicéano) رسالة في النيابة في القانون المقارن من باريس سنة ١٩٢٧ - مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٢٨ ص ١٩٠ وما بعدها - الترجمة الفرنسية للقانون الألمانى جزء أول ص ٢٠١ - ص ٢٤٢

(١) ولا يمنع أن تكون قانونية أن يكون القضاء هو الذى يعين النائب (كما في الوصى والقيم والسنديك) ، ما دام القانون هو الذى يحدد نطاق النيابة .

تحديدًا كما في الحارس القضائي ، وإما أن تكون اتفاقية بأن يكون الاتفاق هو الذي أنشأ هذه السلطة كما في الوكالة ، وإما أن تكون ناشئة من إرادة منفردة كما في الفضولي^(١) .

فيجب إذاً ألا تختلط النيابة بالوكالة ، فالأولى أوسع من الثانية كما رأينا . على أن النيابة الاتفاقية شيء غير الوكالة ، فالنيابة في ذاتها سلطة قانونية في تمثيل شخص معين ، أما الوكالة فعقد ينشئ هذه السلطة ، فيجب التمييز بين السلطة ومصدرها ، وقد ينقضي العقد وهو المصدر قبل انتهاء السلطة وهي الأثر ، كما إذا أنهى الموكل عقد الوكالة دون أن يخبر الوكيل بذلك فيستمر هذا محتفظاً بصفة النيابة ولو بعد انتهاء العقد . ولو أخبر الموكل الوكيل بانتهاء الوكالة ، وتعاقد الوكيل بالرغم من ذلك مع شخص حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة ، فالنيابة باقية كذلك بالرغم من انتهاء الوكالة ، كذلك الأمر في حالة انتهاء الوكالة وقيام الوكيل السابق بعمل الأعمال التي ابتدأها في حالة تقيها من الأخطار (م ٥٢٢/٦٤٠/١٩٩١) فان الوكالة تنتهي وتبقى النيابة .

٢٠٠ - الاموال التي لا تجوز فيها النيابة - والنيابة تصح في أكثر الأعمال ، إلا أن هناك أعمالاً قليلة لا تجوز فيها النيابة ، بل يجب على ذي الشأن أن يقوم بها بنفسه ، كما إذا وجه خصم اليمين لخصمه ، فلا يجوز لمن وجهت له اليمين أن ينيب عنه غيره في حلفها^(٢) . وهناك أعمال إذا كانت النيابة فيها اتفاقية ، فهي تقتضي نيابة خاصة لخطورتها ، كما في أعمال التصرف ، لا سيما في الهبات حيث يجب تحديد العين التي يقع عليها التصرف ولا يكتفى بتحديد نوع التصرف (م ٥١٦ - ٥١٧/٦٣٢ - ٦٣٣) . وإذا كان العمل الذي حصلت فيه النيابة يقتضي عقداً رسمياً ، فان النيابة ذاتها ، إذا كانت اتفاقية ، لا تكون إلا بعقد رسمي^(٣) .

(١) كذلك الدائن الحاجز الذي يبيع مال مدينه ، ينوب عن هذا المدين في البيع بإرادته المنفردة ، ومؤسس الشركة في فترة التأسيس ينوبون عن الشركة بإرادتهم المنفردة (ديموج ١ فقرة ٩٧ ص ١٨٤) .

(٢) على أنه إذا كانت توجد نيابة دون وكالة كما في الوصاية ، فقد توجد أيضاً وكالة دون نيابة كما في الاسم المستعار (prête-nom) (ديموج ١ فقرة ٩٨) .

(٣) وفي القانون الفرنسي لا تجوز النيابة في الزواج والتبني والافرار بالبوة والطبيعة والوصية ، وحيث لا يجوز العمل بنائب لا يجوز العمل برسول ولو لم تكن له صفة النيابة (ديموج ١ فقرة ٨٩ ص ١٧٥) .

(٤) انظر المادة ٣٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وقضت أيضاً هذه المادة بأنه إذا كان العمل الذي حصل التوكيل فيه لا يستلزم إلا عقداً عرفياً ، فالوكالة يصح أن تكون في عقد عرفي ، حتى لو تم العمل في عقد رسمي . وقضت المادة ٢٦٤ من قانون السوفيت أن الوكالة لا تكون إلا مكتوبة .

٢٠١ - النيابة والوكالة - على أن النيابة، وإن كانت تبدو في القانون الحديث نظاما معقولا منطقيا، لم تكن كذلك في القوانين القديمة، فالقانون الروماني لم يعرف النيابة إلا بعد تطور طويل^(١). وظلت النيابة في القوانين الحديثة تختلط بعقد الوكالة. فلم يعقد لها

(١) كان القانون الروماني يعترف بقديم بنياية الابن والعبد عن رب الأسرة في جعله دائنا لا مدينا. ثم أخذ يعترف بنيايتهما في جعل رب الأسرة مدينا أيضا ولكن في حدود معينة. أما غير الابن والعبد فليس له أن ينسب عن غيره من لا يخضع لسلطنته، لا دائنا ولا مدينا. فإذا وكل شخص آخر في عمل يقوم به مع الغير، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه، والموكل لا يعرف إلا الوكيل، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل. ثم تطور القانون فصار للغير دعوى قبل الموكل ولكنه استبقى دعواه الأصلية قبل الوكيل (مالم يكن النائب وكيلا بحكم القانون كالوصي والقيم، فقد كان يعطى دفعا لدعوى الغير، وفي هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل، فكانت النيابة كاملة). أما أن يعطى الموكل دعوى قبل الغير، أى أن يصبح الشخص دائنا بوكيل، فهذا ما لم يتم في القانون الروماني (إلا في حالات معينة منها حالة النيابة القانونية) بل بقي الوكيل هو الدائن للغير، ثم يؤدي حسابا بعد ذلك للموكل فيكون مدينا له. (انظر في هذا الموضوع جيرار ص ٦٧٨ - ص ٦٩٠) - وانظر في القانون الفرنسي القديم بريسو (Brissaud) ص ١٤٤٢ وما بعدها.

وفي الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب في هذا الموضوع، فأبو حنيفة يرجع حكم العقد الى الموكل، أما حقوق العقد فترجع الى الوكيل، وهو في هذا قريب من القانون الروماني على النحو الذي تقدم. والشافعي يرجع حكم العقد وحقوقه الى الموكل دون الوكيل، وهو في هذا يتفق مع القانون الحديث. واليك بعض ما جاء في هذا الموضوع منقولاً من كتاب البدائع: "وأما التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع الى الوكيل، فيسلم المبيع ويقبضه، ويقبض الثمن وبطال به، ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق، والأصل أن كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل، ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه، فحقوقه راجعة الى العاقد، كالياعات والأشربة والاحارات والصلح الذي هو في معنى البيع، فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه. ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك، والمالك كالأجنبي، حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن... غير أن المشتري اذا نقد الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحسانا. وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم البيع اذا نقد المشتري الثمن، ولا يطالب به الموكل... وهذا الذي ذكرنا أن حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا. وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق الى الوكيل، وإنما يرجع الى الموكل. وجه قوله أن الوكيل يتصرف بطريق النيابة عن الموكل، وتصرف النائب تصرف المنسوب عنه، ألا ترى أن حكم تصرفه يقع للموكل، فكذا حقوقه، لأن الحقوق تابعة للحكم، والحكم هو المتبوع، فإذا كان الأصل له فكذا التابع. ودلنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة، فكانت حقوق العقد راجعة اليه، كما اذا تولى الموكل بنفسه، ولا شك أن الوكيل هو العاقد حقيقة، لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة، ويستحيل أن يكون الانسان فاعلا بفعل الغير حقيقة... وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضا، لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعا، إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل، لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وأنايته، وفضل المأمور مضاف الى الأمر، فتعارض الشبهان، فوجب اعتبارهما بقدر الامكان، فعملنا بشبه الأمر والالافه بايجاب أصل الحكم للموكل، ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة باثبات توابع الحكم للوكيل، توفيراً على الشبهين حفظهما من الحكم، ولا يمكن الحكم بالعكس، وهو اثبات أصل الحكم للوكيل، واثبات التوابع للموكل، لأن الأصل في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية، لأنها علة نفاذه إذ لا ملك له، والموكل أصل في الولاية، والوكيل تابع له، لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك، بل بولاية تستفاد من قبل الموكل، فكان =

القانون الفرنسي فصلا خاصا اكتفاء بما ذكره في عقد الوكالة^(١) ، وهذا القانون المصري حذو القانون الفرنسي في ذلك . ولكن الفقه الحديث يميز بين النيابة والوكالة على النحو الذي قدمناه ، وهناك قوانين تختص النظرية العامة للنيابة ببعض النصوص كما في القانون الألماني (١٦٤ - ١٨٠) ، وقانون الالتزامات السويسري (٣٢ - ٤٠) والمشروع الفرنسي الإيطالي (٣٠ - ٣٧) . وقد سبقت الإشارة الى ذلك .

على أن ما سنذكره في النيابة هنا يجب أن يحل بالأحكام الخاصة بعقد الوكالة ، فالموضوعان متصلان أحدهما بالآخر أوثق اتصال . ولكننا لانعرض للوكالة في هذا الكتاب ، فان بحثها يكون عند بحث العقود المعينة .

* ٢٠٢ - النائب يعبر عنه ارادته - والفكرة الجديدة التي اهتدى اليها الفقه الحديث في موضوع النيابة ، أن من ينوب عن غيره انما يحل ارادته هو محل ارادة من ينوب عنه ، وقد تجرأ الرأي القديم الذي كان يذهب الى أن النائب انما يتقمص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن ارادته . فالواقع من الأمر أن النائب يعبر عن ارادته هو في حدود نيابته ، ولكن أثر هذه الارادة ينصرف الى الأصيل ، فالعمل عمل النائب ، ونتيجته تعود الى الأصيل^(٢) . وهذه الفكرة الجديدة تصطدم مع المبدأ الذي يقضى بأن العقود لا تنتج أثرا إلا بالنسبة لمن

= إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة ... بخلاف التكاح وأخواته (وفيه ترجع حقوق العقد للوكيل) لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل ، بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول ، ألا ترى أنه لا يضيف العقد الى نفسه بل الى موكله ، فاندست النيابة ، فبقى سفيرا محضا ، فاعتبر العقد موجودا من الموكل من كل وجه ، فترجع الحقوق اليه . ثم نقول انما تلزمه المهدة ، وترجع الحقوق اليه ، اذا كان من أهل المهدة . فأما اذا لم يكن ، بأن كان صبيا محجورا ، ينفذ بيعه وشراؤه ، وتكون المهدة على الموكل لا عليه ، لأن ذلك من باب التبرع ، والصبي من أهل التبرع ، لكونه من التصرفات الضارة المحضة ، فيقع محضا لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات ، ولا خيار للشترى من الوكيل المحجور ، سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف أنه أن كان عالما فلا خيار له ، فأما اذا كان جاهلا فله الخيار ، إن شاء فسخ العقد ، وإن شاء أمضاه (البدائع ٦ ص ٣٣ - ص ٣٤) .

(١) ومع ذلك انظر المادة ١١١٩ من القانون المدني الفرنسي ، ويفهم من هذا النص ضمنا ، وبطريق العكس ، أن التعاقد يجوز بطريق النيابة .

(٢) انظر في هذا المعنى القانون الألماني (التعليق على الترجمة الفرنسية الرسمية م ١٦٤ ص ٢٠١) . وقد كان بوتيه يفترض أن الأصيل هو الذي تعاقد لا النائب ، ثم خطا سافيني خطوة أخرى لجعل النائب معبرا عن ارادة الأصيل ، فهو سفيره ورسوله ، وقد تقمص شخصه ، فالأصيل هو الذي تعاقد لا النائب (انظر سافيني في الالتزامات ٢ ص ١٩٤ وما بعدها) ، وهذه هي النظرية التقليدية التي قال بها كثير من الفقهاء (ترويلنج : الوكالة =

اشترك فيها، فقد كان يمكن التوفيق بين النيابة وهذا المبدأ على أساس أن النائب إنما يعبر عن ارادة الأصيل، فيكون الأصيل قد اشترك في العقد في شخص النائب، أما بعد التسليم بالفكرة الجديدة، والقول بأن النائب يعبر عن ارادته هو مع انصراف أثر الارادة الى الأصيل، أصبحت النيابة استثناء من المبدأ المتقدم، إذ أن الأصيل لا يشترك في العقد ومع ذلك فهو يتحمل أثره.

وسنرى فيما يلي ما يترتب على هذه الفكرة الجديدة فيما يتعلق بشروط النيابة وآثارها.

§ ١ - شروط تحقق النيابة

* ٢٠٣ - حتى تكون هناك نيابة يجب أن تحمل اداة النائب محل ارادة الأصيل، وأن تجرى ارادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة، وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب.

(أولاً) مآل ارادة النائب محل ارادة الاصيل :

* ٢٠٤ - النائب والرسول - تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن ارادته هو، لا عن ارادة الأصيل، فهو ليس يجتهد وسيط بين الأصيل والغير، يقتصر على نقل ارادة كل منهما الى الآخر، وإلا كان رسولا (messenger, nuntius) لا نائباً.

= فقرة ٥٩٥ - جيلوار: الوكالة فقرة ١٨٤ - بودرى وقال: الوكالة فقرة ٣٦٣. وقد هجرت هذه النظرية الآن، إذ لوحظ أن القول بأن النائب يعبر عن ارادة الأصيل لا يتفق في كثير من الفروض مع الحقيقة، فقد لا يكون للأصيل ارادة (كالجنون) أو قد تكون له ارادة ناقصة (كالقاصر). وإذا كان النائب يعبر عن ارادة الأصيل في بعض الفروض، كما في حالة ما إذا أملى الأصيل على النائب ارادة معينة محدودة، فهو لا يعبر إلا عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل في كثير من الأحوال لا سيما في أحوال النيابة القانونية والنيابة القضائية، بل في بعض أحوال النيابة الاتفاقية، كما إذا كانت الوكالة عامة غير محدودة والوكيل يقوم بالعمل كما يرى، بل إن النائب يعبر في بعض الأحوال عن ارادة هي عكس ارادة الأصيل، كما في الدائن الحاجز عند ما يبيع مال مدينه.

ومن ثم نشأت الفكرة الجديدة (وعلى رأس أنصارها إيرنج وأنجر (Unger) وبعض فقهاء الألمان) من أن النائب إنما يعبر عن ارادته هو، ولكن أثر هذه الارادة ينصرف الى الأصيل. وهناك مذاهب أخرى مختلفة في هذا الموضوع أشار اليها ديموج (الالتزامات ١ فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٠)، وليني إيلمان (مذكراته في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٤٥٣ - ص ٤٥٥) وأهمها رأى يذهب الى ان النيابة تستند الى ارادتي النائب والأصيل معا وقد قال به بعض فقهاء الألمان مثل ميتيس (Mitteis)، وبعض الفقهاء الإيطاليين مثل تارتوفاري (Tartufari).

(١) أو كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية «سفير ورسول». وعلماء الفقه الاسلامي يميزون بين النائب والسفير على النحو الذي نراه في القانون الحديث.

وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . ففي الحالة الأولى لا يتعاقد الأصل بنفسه ، بل بطريق شخص نائب عنه ، ويعتبر التعاقد بين حاضرين اذا جمع النائب والغير مجلس واحد ، ولما كان النائب يعبر عن ارادته هو ، وجب أن تكون له ارادة مستقلة ، فلا يصح أن يكون مجنوناً أو صبيّاً غير مميز (وان صح أن يكون صبيّاً مميزاً كما سيأتي بيان ذلك) ، والعبرة في عيوب الرضاء بارادة النائب لا الأصل ، لأن الارادة إرادته كما قدمنا . أما في الحالة الثانية فالأصل يتعاقد بنفسه ، وليس الرسول سوى وسيلة مادية لتبليغ ارادته الى الطرف الآخر ، فالتعاقد إذاً يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد (وللتعاقد بين غائبين أحكام خاصة سيأتي ذكرها) ، كذلك الرسول لا يعبر عن ارادته هو بل عن ارادة من أرسله ، فما دام يقدر مادياً على نقل هذه الارادة صح عمله ، فيجوز أن يكون المجنون أو الصبي غير المميز رسولا اذا استطاع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر في عيوب الرضاء الى ارادة الرسول بل الى ارادة الأصل^(١) .

* ٢٠٥ - النائب والوسيط - من ذلك يتبين أن كل نائب وسيط ، ولكن ليس كل وسيط نائباً ، فالوسيط قد يكون رسولا كما تقدّم . وقد يكون سمساراً ، يقرب بين المتعاقدين ويسعى لملهما على التعاقد ، ولكن التعاقد يتم مباشرة بينهما ، ولا تحمل ارادة السمسار محل إرادة أى منهما . ومثل السمسار الوكلاء التجاريون بمختلف أنواعهم ، اذا لم يتحولوا سلطة في التعاقد نيابة عن المتجر الذي يمثلونه^(٢) ، فلو كانت لهم هذه السلطة فهم وكلاء لا مجرد سمسارة^(٣) .

* ٢٠٦ - العبرة بإرادة النائب ونهيه - من ذلك نرى أن النيابة لا تتحقق بمجرد وجود الوساطة ، بل يجب اتحققها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو ، لا عن إرادة من

(١) بلانيون وريير واسمان ١ فقرة ٥٧ - كابينان ، مقدمة القانون المدني فقرة ٣١٦ - فقرة ٣٢١ ديموج ١ فقرة ٩٢ وفقرة ١٣٥ ، كذلك ينظر في حسن النية وسونها الى ارادة النائب ، ولا ينظر في ذلك الى ارادة الرسول ، كما سيأتي ذكر ذلك (انظر محكمة النقض الفرنسية في ١٨ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ١ - ٥١٩ - سيريه ٩٩ - ١ - ٢٠٨ مع تعليق تيسيه) .

(٢) انظر محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢٦ يونيو سنة ١٩١١ جازيت ١ ص ١٤٤ .

(٣) واذا كان الوسيط وكيل بالعمولة (Commissionnaire) يعمل باسمه لا باسم موكله ، فالوكالة موجودة =

ينوب عنه ويترتب على ذلك : (أولاً) أن عيوب الرضاء ينظر فيها الى إرادة النائب لا الى إرادة الأصيل . (ثانياً) أن حسن النية وسوءها يتلمسان عند النائب لا عند الأصيل .

فاذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه، كان العقد باطلاً، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصيل لم يشبها عيب من ذلك . كذلك يعتد بالتدليس أو الإكراه الصادرين من النائب، فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . أما اذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصيل فانه يؤثر كذلك في صحة العقد، ولا يعتبر التدليس في هذه الحالة صادراً من الغير (بحيث لا يجعل العقد باطلاً طبقاً للقانون الفرنسي) لأن الأصيل طرف في العقد .

وحسن النية وسوءها — في الأحوال التي يرتب القانون أثراً على ذلك — يقدران في شخص النائب لا في شخص الأصيل — قياساً على عيوب الرضاء — فاذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر، فلا يجوز لدائني هذا المدين طلب إبطال تصرفات مدينهم . أما اذا كان النائب سيئ النية، ومتواطئاً مع المدين المعسر، فللدائنين طلب إبطال التصرف، حتى لو كان الأصيل حسن النية^(٢) .

= بينه وبين الموكل، ولكن النيابة معدومة، لأنه لا يعمل باسم الموكل . وهذه حاله توجد فيها وكالة دون أن توجد النيابة .

وقد يكون الوسيط لا رسولا ولا ممساراً، بل هو الوسيلة المادية للتعبير عن إرادة الشخص الذي يتوسط من أجله، فالإرادة التي يعبر عنها هي نفس إرادة ذلك الشخص، لا لأنه رسول ينقل هذه الإرادة، بل لأن الشخص الذي يعبر الوسيط عن إرادته لا يتسنى له أن يعبر عن إرادته إلا بهذه الوسيلة، وذلك يتحقق في الشخص المعنوي، فالعناصر التي تتكون منها شركة مثلاً، كالدير ومجلس الادارة والجمعية العمومية، تعبر عن إرادة الشركة، والوساطة هنا مادية محضة كما في الرسول . بخلاف ما اذا أُناب أحد عناصر الشركة شخصاً من موظفي الشركة مثلاً في القيام بعمل من أعمالها، فهذه تكون نيابة لا مجرد وساطة مادية (انظر في هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٩ — وقارن ديموج ١ فقرة ٩٢ مكررة ص ١٧٩ — ص ١٨٠) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني والتعليق عليها في الترجمة الفرنسية الرسمية ص ٢٠٨ — ص ٢٠٩ — وانظر أيضاً المادة ٣١ من المشروع الفرنسي الايطالي، وهي تقضي بأنه اذا كانت إرادة النائب مشوبة بعيب، فيكون العقد باطلاً لمصلحة الأصيل . أما اذا كانت إرادة الأصيل هي المشوبة بعيب، فالعقد يكون باطلاً بالقدر الذي كان فيه النائب معبراً عن إرادة الأصيل . ومن هذا نرى أن المشروع الفرنسي الايطالي يجعل النيابة تستند الى إرادتي النائب والأصيل معاً، كما ذهب الى ذلك بعض فقهاء الألمان والاطاليين، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك (انظر نقد هذا النص والدفاع عنه في فيفروبو ص ٤٧٨ — ص ٤٨٠) .

(٢) انظر ديموج ١ فقرة ١٣٩ ص ٢٣٢ — وقد ينظر في بعض الفروض الى نية الأصيل، كما لو وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات، وكان الأصيل يعلم بعيبه والوكيل يجهل ذلك، ففي هذه الحالة لا يجوز للأصيل أن يرجع هل البائع بدعوى العيب (ديموج ١ فقرة ١٣٩) .

* ٢٠٧ - أما الأهلية فينظر فيها الأصل - ولكن لا يؤخذ من أن النائب إنما يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره نيابة عن الأصل . ذلك لأن العقد ينتج أثره في شخص الأصل مباشرة لا في شخص النائب ، فالأصل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد ، فإذا لم تتوافر فيه هذه الأهلية فهو لا يستطيع أن يتعاقد بنفسه ، فأولى ألا يستطيع التعاقد بوكيل^(١) . ولكن هذا إذا كانت النيابة اتفاقية : أما إذا كانت غير اتفاقية ، كما في الوصاية ، فإن الأصل لا تتوافر فيه الأهلية اللازمة لمباشرة العقد بنفسه ، فيقوم به عنه نائبه ، بل أن النيابة ذاتها لم توجد إلا لعدم توافر الأصل على الأهلية اللازمة .

وإذا كانت الأهلية تشترط في الأصل فهي لا تشترط في النائب كما قدمنا ، فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف ، ولكن

= وإذا ارتكب النائب خطأ يكون مصدرا للمسئولية ، أصبح وحده مسئولاً لا الأصل (إلا إذا اعتبرت علاقة النائب بالأصل علاقة تبعية تجعل الأصل مسئولاً عن النائب مسئولاً المخدوم) . مثل ذلك : وصى باع عقارا قاصرا ، وأوهم المشتري أن ليس على العقار رهن ، واتضح أن هناك رهنا ، فيصبح الوصي لا القاصر هو المسئول عن غش المشتري (محملة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧) .

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ . وإذا لم يكن الأصل أهلا ، فله أن يظن بالبطان في العقد الذي يباشره الوكيل مع الغير ، وفي عقد الوكالة ذاته الذي تم ما بين الوكيل والأصل إذا كان هذا الأخير تنقصه الأهلية أيضا لإبرام عقد الوكالة (ديوج ١ فقرة ٩٦) .

انظر في ضرورة توافر الأصل على الأهلية اللازمة للعقد م ١٦٥ من القانون المدني الألماني (والتعليق على الترجمة الفرنسية الرسمية ص ٢٠٦ - ص ٢٠٧) ، والمادة ٣١ من المشروع الفرنسي الإبطالي .

والشريعة الإسلامية تشترط كذلك الأهلية في الموكل ، لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره ، فلا لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره (البدائع جز ٦ ص ٢٠) .

والعبرة في توافر الأهلية في الأصل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فلأن الأصل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل ، وكان أهلا له وقت مباشرة الوكيل للعقد ، صح العقد . أما إذا عكس الفرض (وكان الأصل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد) فلا يصح .

هذا وقد لا يكون الأصل أهلا للعقد ، ولكن نائبه القانوني (كالوصي أو القيم) يوكل شخصا عنه في ذلك العقد ، فيصح التوكيل ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوكيل يكون نائبا في هذه الحالة عن القاصر أو المحجور عليه ، حتى لو عزل الوصي أو القيم الذي صدر منه التوكيل (٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ - ١٦١ - جازيت ١٩ ص ١١٠ نمرة ٩١) . وهذا الحكم محل للنظر ، فإن الظاهر أن الوكيل يكون نائبا عن الوصي أو القيم ، وتزول نيابته بزوال صفة الأصل . وإلا استطاع الوصي أو القيم أن يمد نيابتهما بطريق التوكيل إلى ما بعد انتهاء هذه النيابة .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز لسفيه المحجور عليه أن يكون وكلا عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة به ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله ، ويؤيد هذا المبدأ نص المادة ١٩٩٠ من القانون المدني الفرنسي ، =

النائب يجب أن يكون أهلا لأن تصدر منه إرادة مستقلة ، لأنه يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه ، فيجب إذاً أن يكون مميزا يفهم ما يصدر منه ، ولو كان قاصرا ، أما إذا كان غير مميز فلا تجوز نيابته^(١) ، وان كان يمكنه أن يكون رسولا إذا استطاع أن يؤدي الرسالة ، كما تقدمت الإشارة الى ذلك .

على أنه يلاحظ أن النائب ، في النيابة الاتفاقية ، إذا كان قاصرا أو محجورا عليه ، وصحت نيابته لأنه مميز ، فصح العقد الذي باشره نيابة عن الأصيل ، فان عقد الوكالة ذاته فيما بينه وبين الأصيل ، يجوز أن يطعن فيه بالبطلان لتقصير الأهلية ، فلا يرجع عليه الأصيل إلا طبقا لقاعدة الاثراء بلا سبب^(٢) .

= الذى يجيز توكيل المرأة المتزوجة والصبي المأذون له ، لا سيما أنه لا يجب التضييق في تفسير هذه المادة (٨ يونيو سنة ١٩١٥ مج ١٦ عدد ٩ ص ١٤٨ حقوق ٣١ ص ١٣) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٦٥ من القانون المدنى الألمانى المشار اليها فيما تقدم . وكذلك المادة ٣١ من المشروع الفرنسى الايطالى . وانظر فى القانون الانجليزى المادة ١٢٢ من جنكس وتقضى بأنه لا يشترط فى النائب أن تنوافره أهلية العقد الذى يباشره ، بل يكفى أن يكون سليم العقل مميزا . وفى الشريعة الاسلامية لا يشترط المذهب الحنفى فى الوكيل إلا التمييز ، فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذى لا يعقل ، وأما البلوغ فليس بشرط لصحة الوكالة ، فتصح وكالة الصبي العاقل مأذونا أو محجورا ، وذهب الشافعى الى أن وكالة الصبي غير صحيحة (البدائع ٦ ص ٢٠) . والغريب أن الشافعى ، وهو يرجع حقوق العقد الى الموكل كما قدمنا ، لا يجيز وكالة الصبي مع عدم وجود المخرج اذا لا ترجع اليه حقوق . والحنفية وهم يرجعون حقوق العقد الى الوكيل ، يجيزون وكالة الصبي ، ويرفدون المخرج بارجاع الحقوق فى هذه الحالة الى الموكل .

ويصح أن يكون النائب شخصا معنويا ، فيعبر هذا الشخص المعنوى عن ارادته ككاتب من طريق أحد عناصره كما تقدم ، فالمدبر مثلا ، اذا كان هو الذى يعبر عن ارادة الشخص المعنوى النائب ، لا يكون نائبا عن نائب ، بل هو يعبر عن ارادة النائب ذاتها (أى عن ارادة الشخص المعنوى) (ديموج ١ فقرة ٩٤ - بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ٤٨ - بيلون (Pilon) فقرة ٤٣) .

(٢) ونلاحظ أنه اذا اختار النائب القاصر أن يبطل عقد الوكالة ، فان نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل ببطلان العقد ، ويعتبر فضوليا ، (والفضولى نائب اذا كان عمله مفيدا) ، فاذا أجاز الموكل السابق عمل وكيله القاصر ، انقلبت الفضالة الى وكالة فى العلاقة ما بين هذا الموكل والغير الذى تعامل معه القاصر . أما العلاقة ما بين القاصر والموكل — بعد إبطال عقد الوكالة — فتبقى علاقة فضولى برب العمل فى رجوع القاصر على الموكل ، وتخضع لقاعدة الاثراء بلا سبب فى رجوع الموكل على القاصر .

يتبين من ذلك أنه اذا جاز أن ينوب قاصر عن غيره ، فانما يلحق هذا اذا لم يبطل القاصر عقد الوكالة ، أو اذا أبطله فانقلب الى فضولى ولكن الموكل أجاز عمله .

(ثانياً) استعمال إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة

* ٢٠٨ - مجاوزة النائب لحدود النيابة - وإذا كنا نقرر أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو، لا عن إرادة الأصل، فلا نغني بذلك أنه يتصرف في الأمر كما يرغب، فهو وإن كان يستعمل إرادته الشخصية، إلا أنه يستعمل هذه الإرادة في حدود النيابة التي خولت إياه. وهذه الحدود بينها القانون أو القضاء أو الاتفاق، تبعاً لما إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية.

فإذا جاوز النائب حدود نيابته فقد صفة النيابة، فلا ينتج العمل الذي قام به أثره القانوني بالنسبة للأصل، بل يعتبر هذا أجنياً عنه^(١).

وعلى من يتعاقد مع النائب أن يتثبت من حدود نيابته، فإذا كان هذا قد جاوزها فالعقد لا يسرى على الأصل كما قدمنا، حتى لو كان الغير الذي تعاقد مع النائب حسن النية. أي لا يعلم بمجاوزة النائب لحدود النيابة، لأنه كان في إمكانه التثبت من الأمر بمطالبة النائب أن يثبت حدود نيابته قبل التعاقد معه. على أن الغير حسن النية له أن يرجع بتعويض على النائب الذي جاوز حدود سلطته دون أن يخبره بذلك^(٢).

(١) أوربري ورو ٦ فقرة ٤١٥ ص ١٨٢ - بودرى وقال فقرة ٧٧٧ - ديموج ١ فقرة ١٠٢ وفقرة ١٠٧ - بلانيول وريبير واسبان ١ فقرة ٦٣

(٢) ديموج ١ فقرة ١٠٥. على أن القضاء الفرنسي يجعل العقد الذي باشره النائب، مجاوزاً لحدود نيابته، يسرى على الأصل، إذا كان لدى الغير الذي تعامل مع النائب، إلى جانب حسن نيته، أسباب قوية دعت إلى الاعتقاد بأن النائب تعاقد في حدود النيابة، كأن كان النائب قد خولت له نيابة مستمرة (كعملاء التأمين ومديري الشركات ووكلاء الدوائر ونحو ذلك) وكان العمل الذي قام به يدخل عادة في حدود هذه النيابة أو يبقى بعد زوال صفة النيابة محتفظاً بالسند الذي يثبت نيابته دون أن يسرده منه الأصل (وقد قضت المادتان ٥٣١ / ٦٥٢ من القانون المصري والمادة ٢٠٠ من القانون الفرنسي والمادة ١٧٥ من القانون المدني الألماني والمادة ٣٦ من قانون الالتزامات والسو يسرى والمادة ٣٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي بالتزام النائب برّد هذا السند إلى الأصل عند انتهاء النيابة) (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير واسبان ١ فقرة ٦٣ - ديموج ١ فقرة ١٠٤ ص ١٩٣ وفقرة ١٠٩).

هذا ويلاحظ أن النائب إذا انتهت نيابته، ومع ذلك تعامل مع الغير باعتباره نائباً، وكان الغير حسن النية، فإن العقد يسرى في حق الأصل كما قدمنا، سواء كان النائب يعلم بانتهاء نيابته أو لا يعلم، فالواجب إذاً على الأصل ألا يكفى بإعلان النائب بانتهاء نيابته، بل عليه أن يعلن الغير بذلك أيضاً (م ٥٣٠ - ٦٥١ من القانون المصري وم ٢٠٠ من القانون الفرنسي وم ١٧٠ من القانون الألماني وم ٣٤ من قانون الالتزامات والسو يسرى وم ٣٤ من المشروع الفرنسي الإبطال). وهناك خلاف فيما إذا كان يكفي إعلان الغير بطريق النشر في الصحف، فالبعض لا يرى ذلك كافياً (ديموج ١ =

* ٢٠٩ - إقرار الأصيل لهذه المجاوزة - ومع ذلك إذا جاوز النائب حدود نيابته فقد يكون العمل الذي قام به صحيحا، ويسرى أثره قبل الأصيل، إذا اعتبر النائب فضوليا فيما جاوز فيه حدود النيابة، وهو ككل فضولى يقيد رب العمل بما قام به، بشرط أن يكون ذلك في صالح رب العمل^(١).

و يكون العمل المجاوز لحدود النيابة صحيحا كذلك، إذا أقره الأصيل، فيصبح العمل كأنه قد تم في حدود النيابة^(٢). والإقرار عمل قانونى صادر من جانب واحد^(٣)، وليس له شكل

= فقرة ١١٣ - محكمة بور دو الاستئناف في ٢ يونيو سنة ١٨٦٩ دالوز. ١٨٧ - ٢ - ٢٢٠، انظر أيضا المادة ١٧٦ من القانون المدنى الألمانى) والبعض يكتفى بذلك (هيك ١٢ فقرة ١١٩ - لوران ٢٨ فقرة ١٠٣). ومنهال طريقة عملية نصت عليها المادة ٢٠٠٤ من القانون الفرنسى، وهى أن يسحب الأصيل من النائب السند الذى يحوله حق النيابة، فإذا تعامل الغير مع النائب بعد ذلك يكون مخطئا، لعدم تثبته من وجود هذا السند (ديموج ١ فقرة ١١٤، انظر أيضا المادة ١٧٢ من القانون المدنى الألمانى). وقد رأينا أن أكثر القوانين تضمنت نصوصا تلزم النائب برد سنا النيابة الى الأصيل - و يلاحظ أنه حتى بعد انتهاء الوكالة يجب على الوكيل السابق أن يجعل الأعمال التى ابتدأها فى حاله سببا من الأخطار، وتكون هذه الأعمال نافذة قبل المراكل (م ٥٢٢/٦٤٠/١٩٩١) على اعتبار أنها عمل فضولى يزعم رب العمل لأنه فى صالحه (ديموج ١ فقرة ١١٧).

أما إذا جاوز النائب حدود النيابة، أو لم تكن لديه نيابة أصلا، وكان الغير الذى تعامل معه مخطئا فى عدم التثبت من حدود النيابة، فالعقد لا يسرى على الأصيل كما قد تمنا، ويرجع الغير على النائب بتعويض، وهذا ما ينص عليه المشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٣٦. وتقضى المادة ١٧٩ من القانون المدنى الألمانى بأن الغير يكون فى هذه الحالة بالخيار بين أن يطلب من النائب شخصيا تنفيذ العقد أو تعويضه عن الضرر من جراء عدم التنفيذ، وهذا إذا لم يجز الأصيل العقد الذى باشره النائب، على أن الغير يفقد هذا الخيار إذا كان النائب يجهل عدم ثبوت صفة النيابة له فى العمل الذى باشره، فلا يكون للغير إلا المطالبة بتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء اعتقاده فى ثبوت صفة النيابة للنائب، دون أن يجاوز هذا التعويض مقدار الفائدة التى كان يجنيها لو تم العقد، ولا يكون النائب مسئولا أصلا، لا عن تنفيذ العقد ولا عن التعويض، إذا كان الغير يعلم أو يجب أن يعلم بعدم ثبوت صفة النيابة للنائب فى العمل الذى باشره. أما قانون الالتزامات السويسرى فيقضى فى المادة ٣٩ بمسئولية النائب عن التعويض إلا إذا أثبت أن الغير الذى تعامل معه كان يعلم، أو كان يجب أن يعلم، بعدم ثبوت صفة النيابة له، أما إذا ثبت أن هناك خطأ فى جانب النائب فيجوز للقاضى أن يزيد فى مقدار التعويض طبقا لما تقتضيه العدالة.

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٣ ص ٨٢.

(٢) بخلاف عمل الفضولى الذى لم يجزه رب العمل فى الفرض السابق، فهو لا يقيد الأصيل إلا فى الحدود التى يكون فيها عمل الفضولى ملزما، أى إذا كان العمل الذى تم نافعا لرب العمل.

وتنص المادة ١٧٧ من القانون المدنى الألمانى على أن الغير الذى تعامل معه النائب يجوز له أن يطلب من الأصيل إعلان عزمه على إقرار العمل أو عدم إقراره، وللأصيل أسبوعان إذا لم يقر فيما العمل اعتبر غير مقر له، وتقضى المادة ١٧٨ من القانون ذاته أن للغير الرجوع عن العقد قبل إقرار الأصيل له، ما لم يكن يعلم وقت التعاقد أن النائب قد تجاوز حدود النيابة. وتقضى المادة ٣٨ من قانون الالتزامات السويسرى أن الغير له أن يعاد من الأصيل أن يعلن إذا كان يقر العقد أو لا يقره، وبعطيه مهلة معقولة، إذا انقضت دون إقرار من الأصيل، اعتبر غير مقر له. (٣) يجب التمييز بين الإجازة (confirmation) والانفراد (ratification)، والإجازة تصدر من طرف فى عقد =

مخصوص ، إلا اذا كان العمل الذى أقر يتطلب شكلا مخصوصا ، فيجب أن يكون الاقرار فى هذا الشكل^(١) . أما فى غير ذلك فالإقرار قد يكون بالكاتبه أو بالقول أو بالإشارة ، صريحا أو ضمنيا ، ما دام يمكن استنتاجه من الظروف^(٢) . ومتى صدر الاقرار فالعمل الذى صدر من النائب يقيد كلا من الأصيل والغير الذى تعاقد معه النائب من وقت التعاقد لا من وقت الاقرار^(٣) ، ولا حاجة لقبول من هذا الأخير مرة أخرى ، فهو قد رضى من قبل بالتعاقد مع النائب ، وهذا يكفى^(٤) .

(ثالثا) تعامل النائب مع الغير باسم الأصيل :

* ٢١٠ - انعقد باسم الأصيل - ولا يكفى أن يكون النائب معبرا عن إرادته فى حدود النيابة ، بل يجب أن يتعامل مع الغير باسم الأصيل ، فلو تعامل باسمه لما كانت هناك نيابة ، بل لا توجد إلا وكالة فيما بين الموكل والوكيل ، وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار^(٥) (prête-nom) ، وليس هنا موضع البحث فى ذلك .

= باطل لتصحبه ، والاقرار يصدر من شخص أجنبي عن عقد كان لا يسرى عليه لولا الاقرار . وفى الفرض الذى نحن بصدده يصدر الاقرار من الأصيل لعقد باشره النائب مجاوزا حدود نيابته ، فيسرى العقد على الأصيل بهذا الاقرار . وسياق التمييز بين الاجازة والاقرار عند الكلام على بطلان العقد .

(١) ديموج ١ فقرة ١٢٣

(٢) مثل ذلك أن يقوم الأصيل بتنفيذ العقد ، أو يقدم الضمانات اللازمة لتنفيذه ، أو يشير الى العقد فى عقد آخر إشارة المعترف به . وقد يكون سكوت الأصيل مدة طويلة بعد علمه بالعقد بمثابة إقرار له (ديموج ١ فقرة ١١٩ و فقرة ١٢٢) . أما اذا سكوت الأصيل مدة طويلة ولم تسمح الظروف باعتبار سكوته إقرارا ، وأراد بعد ذلك أن يتصل من العقد ، فقد يعتبر ركوته الطويل خطأ فى جانبه يوجب التعويض (ديموج ١ فقرة ١١٩ - محكمة مارسيليا التجارية فى ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٤ دالوز ١٨٩٦ - ١ - ٤٢١) .

(٣) ديموج ١ فقرة ١٢٦

(٤) ولكن اذا كان يجب إشهار العقد الذى أقره الأصيل ، فإن الأثر الرجعى للاقرار لا يسرى على الغير ، ممن كسب حقا على العين قبل حصول الاشهار (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٤ - ديموج ١ فقرة ١٢٧) .

(٥) والقانون الانجليزى ، والنيابة فيه (agény) خليط من أحكام ترجع للمصور الوسطى وأحكام أخرى حديثة تماشى الزمن وتطوره وما يجب أن يكون لأمة تتقدم الأمم فى التجارة (انظر فى هذا الموضوع ليف أولمان : نصيب القانون الانجليزى فى النظرية العامة للنيابة فى الأعمال القانونية ص ٣٤١ - أندريه ستراوس (André Strauss) روح العقد فى القانون الانجليزى سنة ١٩٣١ ص ٤٨ - ص ٤٩) ، يعرف نظاما غير يمتاز به يسمى بنظام الأصيل المكتمل (undisclosed principal) ، وفى هذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصيا مع الغير ، ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير . وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد ، ومن أن الغير الذى تعامل معه إنما كان يتعامل معه =

فيجب إذا وقت تعاقد النائب مع الغير أن يقصد كل منهما أن يكون التعاقد لحساب الأصيل وباسمه (Contemplatio domini)، فيصرف أثر العقد إليه^(١). وهذه النية قد يفصحان عنها صراحة، وقد تفهم ضمنا من الظروف، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومه في محل هذا المخدوم، وكما إذا تعاقد قبطان السفينة في شأن من شؤونها، وكالخدام يتعاقد عن سيده^(٢).

والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يكون مشتركا عند النائب والغير معا، فإذا كان النائب يتعامل باسم الأصيل، ولكن المتعاقد الآخر يتعامل مع النائب في شخصه لا في شخص الأصيل، فالنيابة لا تتحقق، والعقد لا يتم، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه، ولا مع الأصيل لأن المتعاقد الآخر لا يقصد التعامل مع هذا الأخير. ولكن إذا كان النائب يتعامل باسمه شخصيا، والغير يتعامل باسم الأصيل، فقد يحل ذلك على أن الغير فضولى بالنسبة للأصيل، ويتم العقد أولا مع النائب، فيرجع عليه المتعاقد الآخر بدعوى العقد، ثم تكون العلاقة ما بين الأصيل وهذا المتعاقد الآخر علاقة رب العمل بالفضولى، فيرجع كل منهما على الآخر بما تقتضيه هذه العلاقة^(٣).

= بصفته الشخصية لا بصفته نائبا، فإن الأصيل المكرم، بعد أن يظهر، تكون علاقته مع الغير الذي تعاقد معه النائب علاقة مباشرة، ويسرى في حقه العقد الذي باشره نائبه، ما دام هذا العقد لم تكن فيه شخصية المتعاقدين محل اعتبار، وما دام يثبت أنه كان يستوى لدى الغير الذي تعامل مع النائب أن يتعامل معه أو مع غيره. وهذا النظام الانجليزي هو في الواقع مرحلة إلى الأمام في نظام الاسم المستعار (prête-nom) الذي تعرفه القوانين اللاتينية (وكذلك القوانين الجرمانية: انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ص ٢٠١ — ص ٢٠٣) فإن هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير، بل يتوسط بينهما النائب، ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحد منهما على الآخر. أما النظام الانجليزي فيسمح بهذا الرجوع (انظر أيضا ما يقرب من القانون الانجليزي المادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسرى وهو تقضى بأنه إذا لم يذكر النائب صفته وقت التعاقد، فإن الأصيل لا يصبح دائنا أو مدينا بطريق مباشر قبل الغير، إلا إذا كان هذا الغير يمكنه أن يستنتج من الظروف وجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل). وظاهر أن نظرية "الأصيل المكتمل" في القانون الانجليزي لا تنطبق إلا في العلاقات المالية التي لا اعتبار فيها للشخص، فلا تنطبق على وعد بالزواج أو على أيجار العمل، كذلك لا تنطبق على العقود الشكلية (under seal) فإن هذه العقود لا تسرى إلا في حق الموقعين عليها، كذلك لا تنطبق على الأوراق التجارية، ولا في حالة ما إذا كان الأصيل أجنبي الجنسية (انظر في هذا الموضوع (Andre Strauss) روح العقد في القانون الانجليزي ص ٤٩ — ص ٥٢ مذكرات الاستاذ لينى أولمان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٤٥٥ — ص ٤٥٦).

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦١ — ديموج ١ فقرة ٩٩

(٢) ديموج ١ فقرة ٩٩

(٣) ديموج ٢ فقرة ١١١

٢١١ - عدم تعيين الأصيل وقت التعاقد - على أنه إذا كان من الضروري أن يتعامل النائب باسم الأصيل ، فليس من الضروري أن يذكر اسم الأصيل ، بل يكفي أن يقرر أنه يتعاقد نيابة عن الغير ، ويخفى اسم الأصيل على أن يعلنه فيما بعد، كما في الشراء بالنيابة عن الغير (déclaration de commande, élection d'ami) .

وقد لا يقتصر الأمر على عدم اعلان اسم الأصيل وقت تعاقد النائب مع الغير باعتباره نائباً، بل يكون الأصيل مجهولاً حتى للنائب في ذلك الوقت، ولكن يمكن تعيينه فيما بعد، كما إذا أتمن شخص على شيء مملوك له لصالحه ولصالح كل من يملك هذا الشيء من بعده (assurance pour le compte de qui il appartiendra) ، وكما إذا أتمن صاحب العمل لصالح عماله ، الموجود منهم وقت التأمين ومن سيوجد في المستقبل .^(١)
وإذا لم يعين الأصيل وقت تعاقد النائب ، وتعين فيما بعد ، فإن النيابة عنه تكون متحققة إذا أقرها ، وإقراره هذا يكون له الأثر الرجعي الذي سبقت الإشارة إليه .^(٢)

§ ٢ - حكم النيابة

* ٢١٢ - نبحث حكم النيابة : (أولاً) في العلاقة فيما بين النائب والغير الذي تعامل معه . (ثانياً) وفي العلاقة فيما بين النائب والأصيل . (ثالثاً) وفي العلاقة فيما بين الأصيل والغير .

(أولاً) المعرفة فيما بين النائب والغير :

* ٢١٣ - لا يلتزم الأمر العقبر بالنائب - تقدم أن النائب، وإن كان يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل ، فإنه يعمل باسم الأصيل لا باسمه ، فأثر العقد لا يلحقه هو . بل يلحق الأصيل .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ يونيو سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٥٢٩ - ديوج ١
فقرة ٩٩ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦١

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٣٥٣ - ديوج ١
فقرة ١٠٦

وينبنى على ذلك أن النائب، في علاقته مع الغير الذي تعامل معه، لا يكسب حقوقاً من العقد، ولا تترتب في ذمته التزامات، فشخصيته التي كانت ظاهرة ظهوراً كاملاً في إنشاء العقد وتكوينه، تختفى عند توليد العقد لآثاره^(١).

٢١٤ - **فلا يكسب حقاً** - وعلى ذلك لا يستطيع النائب، بصفته الشخصية، أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها أو نقلها العقد^(٢)، وإنما يستطيع ذلك بصفته نائباً، إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إنشائه. فهو إذا طالب المشتري بالثمن يفعل ذلك باعتباره نائباً عن البائع، لأن الدائن بالثمن هو البائع. وكذلك إذا كانت النيابة عن المشتري، وطالب النائب البائع بتسليم الشيء المبيع، يكون في ذلك نائباً عن المشتري، لأنه هو الدائن بالاستلام.

وإذا ولد العقد قابلاً للبطلان لنقص في الأهلية أو عيب في الرضاء، فالذي يملك حق المطالبة بالبطلان هو الأصيل لا النائب، وإنما يستطيع هذا الأخير أن يطالب ببطلان العقد نيابة عن الأول. وتطبيقاً لذلك، إذا كان الأصيل ناقص الأهلية، وأتاب عنه شخصاً في مباشرة عقد، وقام النائب بذلك، فإن العقد ينشأ قابلاً للبطلان، لأن الأصيل يستطيع أن يبطل عقد الوكالة ذاته إذا لم يكن أهلاً لهذا العقد (وفي هذا لا يجوز أن ينوب عنه الوكيل لأنه الطرف الآخر في العقد وهو الخصم في دعوى البطلان)، فإذا أبطل عقد الوكالة سقط تبعاً له العقد الذي باشره الوكيل. ويستطيع الأصيل كذلك أن يطالب مباشرة ببطلان العقد الذي قام به الوكيل، لأنه وقد التحق به أثر هذا العقد وهو غير أهل له فرضاً فله أن يطلب بطلانه (وفي هذا يجوز للوكيل أن ينوب عنه في طلب البطلان لأن الخصم في هذه الدعوى ليس الوكيل نفسه، بل الغير الذي تعامل معه الوكيل). كذلك إذا شاب الرضاء عيب، كما كراه أو غش أو غلط، فإنه بالرغم من أن هذا العيب قد شاب إرادة الوكيل، لأنه إنما يعبر عن إرادته كما تقدم، إلا أن الوكيل لا يملك طلب البطلان إلا باعتباره نائباً عن الموكل^(٣).

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٦

(٢) استئناف مخطط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٥، المجموعة الرسمية للفضاء المخطط ٢٢

ص ٣٩٩

(٣) ديوج ١ فقرة ١٣٥ - فقرة ١٣٦

كذلك اذا كان العقد قابلا للفسخ، كما في البيع الذي لم يدفع فيه الثمن، وفي البيع الوفاؤى، فان الذى يحق له طلب الفسخ هو الأصيل، أما النائب فلا يملك ذلك بصفته الشخصية، بل باعتباره نائبا .

واذا كان العقد من العقود التى يمكن الرجوع فيها كالهبة، فلا يملك الرجوع إلا الأصيل، ولا يملك الوكيل ذلك إلا بصفته نائبا اذا اتسعت حدود النيابة لذلك . وكذلك الأمر فى العقد الذى وقع فيه غبن فاحش لا يملك المطالبة بتكلمة الثمن إلا الأصيل، أو النائب بصفته هذه . بل ان النائب لا يملك أن يتفق مع الغير الذى تعامل معه على الاقالة من العقد، فتقضى نعم العقد بقى قائما حافظا لآثاره، ولا ينقضى إلا بسبب من أسباب الانقضاء طبقا للقواعد العامة . واذا أراد الغير الاقالة من العقد، فيجب أن يتلمس فى ذلك رضا الأصيل لا رضا النائب .

٢١٥ - ولا يترتب فى ذمته التزام - وكما أن النائب لا يكسب حقا من العقد الذى باشره، فانه لا يترتب فى ذمته التزام ما بموجب هذا العقد . فاذا أراد الغير المطالبة بما له من حقوق طالب بذلك الأصيل لا النائب، واذا طالب النائب فانما يطالبه باعتباره نائبا لا بصفته الشخصية، بحيث اذا حصل على حكم فى مواجهته بهذه الصفة نفذ الحكم على أموال الأصيل لا على أموال النائب^(١) .

على أنه يجوز أن يلتزم النائب عند تعامله مع الغير بضمان الأصيل فى تنفيذ الالتزامات التى تنشأ عن هذا التعاقد فمثل هذا الضمان يجعله ملزما بصفته الشخصية نحو الغير، ويكون فى هذا كفيلة للأصيل . وحالة الكفالة هذه غير حالة التعهد عن الغير (porte-fort) اذا جاوز النائب حدود النيابة، أو عمل دون نيابة أصلا، ولكنه ضمن لمن تعامل معه أن يقر الأصيل هذا (١) واعذار النائب يكون أعذارا للأصيل، وكذلك كل اعلان يصل للنائب بصفته هذه يعتبر أنه قد وصل للأصيل، والأوراق الصادرة من النائب تصلح للاثبات قبل الأصيل صلاحيتها للاثبات قبل النائب، وقرار النائب فى حدود نيابته يمتد إلى الأصيل (دبوج ١ فقرة ١٣٤ وفقرة ١٤٢) .

وكل هذه الأحكام لا تكون إلا فى النيابة . أما فى نظام الاسم المستعار (prête - nom) فالنائب يتعاقد باسمه شخصيا كما قدما، فيصرف اليه أثر العقد، ويكسب كل الحقوق التى تنشأ منه، ويترتب فى ذمته كل الالتزامات التى يولدها . ولا علاقة فيما بين الأصيل والغير، ويبقى النائب متوسطا ما بين الغير والأصيل، يرجع كل منهما عليه، ويرجع على كل منهما كما سبقت الإشارة الى ذلك . (ومع ذلك انظر نظام الأصيل المكتوم فى القانون الانجليزى، وهو النظام الذى أشرنا اليه فيما تقدم، وانظر كذلك المادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسرى وقد تقدمت الإشارة اليها) .

التعاقد، فهنا يلتزم النائب بالحصول على إقرار الأصيل للعقد، ولكنه لا يكفل الأصيل في تنفيذ الالتزامات التي نشأت عن العقد بعد إقراره، أما إذا امتنع الأصيل عن الإقرار، فإن النيابة تنتفى ويبقى الضمان .

وإذا كان النائب لا يلتزم بالعقد فهذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه، فإذا صدر منه تقصير في أداء مهمته صار مسئولاً عن هذا التقصير، إما نحو الغير الذي تعاقد معه، وإما نحو الأصيل نفسه، وإما نحو الاثنين معاً، إذا أصاب الضرر كلا منهما، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة .

(ثانياً) المعرفة فيما بين النائب والأصيل :

* ٢١٦ — يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة، فإن كان عقد وكالة حدد هذا العقد ما على النائب من التزامات وما له من حقوق^(١)، ليس هنا محل بسطها، وإذا كان المصدر إرادة النائب المنفرد وكان هذا فضولياً اتبعت أحكام الفضولي، أما إذا كان المصدر هو حكم القضاء أو حكم القانون فالقضاء أو القانون هو الذي يحدد العلاقة فيما بين النائب والأصيل، كما في الحارس القضائي والوصي والقيم ونحو ذلك .

وقد تقدم القول أن النائب قد يلتزم بخطأه نحو الأصيل .

(ثالثاً) المعرفة فيما بين الأصيل والغير :

* ٢١٧ — يلتزم أثر العقد بالأصيل — لتولد العلاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير، ويختفى شخص النائب من بينهما، فهما المتعاقدان، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد، وهذه هي الخطوة التي لم يصل إليها القانون الروماني، وهي الخاصية المميزة للنيابة في القوانين الحديثة، قضت بها النصوص الصريحة^(٢)، وانتهى إليها منطق النيابة في تطورها . فالأصيل يكسب

(١) ولا تنتقل ملكية الشيء الذي يتعامل فيه الوكيل باسم الموكل من الموكل إلى الوكيل، بل يبقى الشيء في ملك الموكل . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا سلم الموكل الوكيل أوراقاً بأصيب "لورية" على ذمة بيعها فليس للوكيل أن يأخذ ما كسبه هذه الأوراق لنفسه (١٧ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت دي ترينوا ١٩١٣ — نصف السنة الأولى — ١ — ٢٠٦) .

(٢) انظر المادة ١٦٤ من القانون المدني الألماني والمادة ٣٢ من قانون الالتزامات والسبب والمادة .

من المشروع الفرنسي الإبطال .

الحقوق ويتحمل الالتزامات التي تعاقد عليها النائب باسمه، وكذلك من تعامل مع النائب تثبت حقوقه قبل الأصيل ، ويلتزم نحوه، ولا شأن له بالنائب .

* ٢١٨ - فيعتبر متعاقدا مع الغير - يكسب الأصيل الحقوق التي تولد من العقد^(١)، ويطلب الغير مباشرة، دون ضرورة لوساطة النائب^(٢) . وتترتب في ذمته الالتزامات التي تنشأ عن العقد^(٣) . فهو المتعاقد حكما وإن كان النائب هو الذي تعاقد عنه ، وهو أحد طرفي العقد والغير الذي تعامل مع النائب هو الطرف الآخر .

ويترب على هذه القاعدة نتائج مختلفة نذكر منها ما يأتي : (١) العبرة في الأهلية بالأصيل لا بالنائب ، وقت التعاقد لا وقت ثبوت النيابة ، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك . (٢) العبرة بجنسية الأصيل ، فإذا كان أجنبيا فالمحاكم المختطة هي المختصة^(٤) ، حتى لو كان النائب والغير الذي تعامل معه مصريين . ولو كان مصريا فالمحاكم الأهلية هي المختصة مادام الغير الذي تعامل معه النائب مصريا ، حتى لو كان النائب أجنبيا . (٣) كذلك العبرة في ثبوت صفة التاجر بشخص الأصيل لا بشخص النائب ، إذا أريدت معرفة ما إذا كان العمل تجاريا أو غير تجاري^(٥) . (٤) إذا كان النائب تعاقد مع الغير تعاقدًا صوريا ، فالذي يسرى على الأصيل هو العقد المستتر

(١) ويحتج عليه بتاريخ العقد ، ولو كان هذا التاريخ عرفيا غير ثابت بطريقة رسمية ، لأن ثبوت التاريخ انما اشترط لمصلحة الأجنبي عن العقد . وكذلك للأصيل أن يمسك على الغير الذي تعامل مع النائب بالتاريخ العرفي للعقد (ديمولومب ٢٩ فقرة ٥١٦ - لوران ١٩ فقرة ٣٠١ - هيك ٨ فقرة ٢٥١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٧٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥١ - ديموج ١ فقرة ١٤١ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٥) .

(٢) ولا يتوقف نقل الحق على قيد أو أية طريقة من طرق الاشهار التي يجب القيام بها حتى يكون الحق نافذا على الغير (كالاعلان في حوالة الدين) . فلو كان العمل الذي قام به النائب عقد رهن رسمي ، وكان الأصيل هو الدائن ، كسب حق الرهن بمجرد تمام العقد دون حاجة لقيد ، ولو كان الأصيل هو الراهن ترتب على عقاره حق الرهن الرسمي لصالح الدائن دون حاجة لقيد كذلك . أما التسجيل فقد أصبح بعد قانون سنة ١٩٢٣ ضروريا لنقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين . فالملكية لا تنتقل من الطرف الآخر الى الأصيل ، ولا من الأصيل الى الطرف الآخر ، إلا بعد تسجيل العقد الذي قام به النائب ، ولكن الحقوق الشخصية التي تولد عن العقد يكسبها الأصيل والطرف الآخر من وقت التعاقد .

(٣) وليس للأصيل أن يجزئ الصفقة ، فيأخذ المفيد له منها ويترك الضار ، بل يأخذها كاملة ، فيكسب ما نشأ عنها من حقوق ، ويحمل ما ترتب عليها من التزامات .

(٤) أو المحاكم الفصلية إذا كان الطرف الآخر من جنسية الأصيل ، والأمر يتعلق بمقول .

(٥) ديموج ١ فقرة ١٣٢

لا العقد الظاهر ، ولا يجوز له إثباته إلا طبقا للقواعد العامة للإثبات ^(١) . (٥) اذا صدر تدليس من النائب اعتبر صادرا من الأصيل ، وكان سببا في بطلان العقد ^(٢) .

وجود نائب لا يمنع الأصيل من القيام بنفسه بالعمل الذي أناب فيه ، فيصح أن يبيع المنزل الذي وكل غيره في بيعه حتى مع قيام الوكالة ، ويصح أن يقتض بنفسه النقود التي أناب عنه غيره في اقتراضها مع بقاء النيابة قائمة ، فان مجرد إنابة الشخص غيره في عمل لا يفقده الأهلية في القيام بالعمل ، ولكن اذا قام الأصيل بالعمل ، بأن باع المنزل مثلا ، وقصر في إخبار النائب بذلك ، حتى لا يبيع المنزل مرة ثانية ، كان مسئولاً عن تقصيره هذا نحو النائب ، ونحو الغير الذي تعامل معه النائب اذا لم تنتقل ملكية المنزل الى هذا الأخير بتأخره في تسجيل البيع حتى سجل قبله المشتري من الأصيل ^(٣) . ويجوز للنائب أن يشترط عدم قيام الأصيل بنفسه بالعمل الذي أنابه فيه ، ومثل هذا الاتفاق يقتصر أثره على العلاقة فيما بين النائب والأصيل ، فاذا أخل به هذا الأخير كان مسئولاً قبل النائب ، ولا يتعدى أثر الاتفاق الى الغير الذي تعامل مع الأصيل وهو حسن النية ^(٤) .

* ٢١٩ - ويعتبر الغير متعافرا مع - ويكسب الغير الذي تعامل معه النائب الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها على الأصيل مباشرة دون وساطة النائب ^(٥) . ويكون ملتزما نحو الأصيل لا النائب ^(٦) .

(١) لوران ٢٨ فقرة ٥٣ - جيلوار فقرة ١٨٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٧٣ - ديموج ١ فقرة ١٤٢

(٢) ديموج ١ فقرة ٣٦٧ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٤ ص ٢٧١

(٣) جيلوار فقرة ٨٥ - لوران ٢٧ فقرة ١١٤ - ديموج ١ فقرة ١٤٥

(٤) ديموج ١ فقرة ١٤٥

(٥) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٥ ص ٨٣ هامش نمرة ١ - ديموج ١ فقرة ١٠١ وقرة ١٤٥

(٦) فيكون الأصيل مسئولاً قبل الغير ، حتى لو سلم النائب مافي ذمته للغير ليدفعه له (محكمة السين في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٣ جازيت دي باليه ١٩١٤ - ١ - ٦١) .

(٧) وذلك ما لم يكن النائب "اسما مستعارا" وتعافد مع الغير باسمه لا باسم الأصيل ، ففي هذه الحالة لا تثبت للنائب صفة النيابة بالنسبة للغير ، ويرجع الغير عليه شخصيا بما تولد عن العقد من حقوق . كما تقدمت الإشارة الى ذلك . ويكون للنائب أن يرجع على الأصيل بمقتضى عقد الوكالة ، أو طبقا لأحكام الفصول اذا لم يكن لديه توكيل . ويستطيع كذلك الغير أن يرجع على الأصيل مباشرة في حالة ما اذا تعاقد لخدمة الأصيل وفي صالحه ، فيكون فضوليا بالنسبة له ، ويرجع عليه بهذه الصفة ، وقد سبق بيان ذلك .

والأصيل يكون مسئولاً نحوه عن الخطأ الذي يرتكبه النائب، إذا توافرت علاقة التبعية بين الأصيل والنائب، فالنائب إنما يعمل وهو في خدمة الأصيل، والمخدوم مسئول عن عمل الخادم، فلو أن النائب جاوز حدود النيابة، وأوهم الغير أنه يعمل في حدودها، فإن الأصيل لا يلتزم بالعقد الذي باشره النائب مجاوزاً حدود النيابة كما قدمنا، ولكنه قد يلتزم من جهة أخرى بالتعويض عن الغش أو الخطأ الذي صدر من النائب باعتباره مسئولاً عنه، وهذا لا يخل بمسئولية النائب الشخصية عن خطأه^(١).

المبحث الثالث — تعاقد الشخص مع نفسه^(*)

(L'acte juridique avec soi-même — Selbstcontrahiren)

* ٢٢٠ — نظرة عامة في الموضوع — تعاقد الشخص مع نفسه نتيجة منطقية لمبدأ النيابة في التعاقد. فتمي سلمنا أنه يجوز حلول ارادة محل أخرى بطريق النيابة، أمكن أن نسلم أن شخصا واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين فيجمع في شخصه طرفي العقد.

هذا هو ما يقتضيه المنطق، ولكن ذلك يصطدم مع طبيعة الأشياء، فإن التعاقد بطريق النيابة في الظروف المعتادة لا يمنع من وجود ارادتين تتساجلان: ارادة النائب وقد حلت محل ارادة الأصيل، و ارادة الغير الذي يتعاقد معه أو ارادة النائب عن هذا الغير. أما اذا جمع شخص واحد في نفسه طرفي العقد، إما بالاصالة عن نفسه في طرف وبالنيابة عن غيره في الطرف الآخر، أو بالنيابة عن كل من الطرفين، فبالرغم من أن المنطق يجعل أمامنا

(١) ديموج ١ فقرة ١٣٧ — فقرة ١٣٨

(*) المراجع: بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٨ — ٧٤ — ديموج ١ فقرة ٤٠ — فقرة ٨٨ (رابعا) جوجيه (Gouget): تعاقد الشخص مع نفسه (رسالة من كان (Caen) سنة ١٩٠٣ — مورل (Morel) الوكيل بالعمولة لطرف آخر في العقد (رسالة من ليل سنة ١٩٠٤) — فاليمارسكو (Vallimaresco) تعاقد الشخص مع نفسه (مقال في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٩٧٣) — الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني م ١٨١ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٢ — فيفوروبو (Viforeanu) العقد في المشروع الفرنسي الإبطالي وفي القانون المقارن ص ٥٠٤ — ص ٥٢٤

إرادتين جمعنا في شخص واحد، إلا أن الواقع من الأمر أنه لا توجد أمامنا إلا إرادة واحدة، هي إرادة ذلك الشخص، وقد حلت محل إرادتين، وأصبح منوطا بإرادة واحدة أن ترى مصلحة من متناقضتين، قد تكون احدهما هي مصلحة الشخص صاحب هذه الإرادة نفسه، فكيف يؤمن هذا الشخص على رعاية هاتين المصلحتين دون تحيز لأحدهما، سواء لأنها مصلحة يفضلها على الأخرى لسبب من الأسباب، أو لأنها مصلحته الشخصية فمن الطبيعي أن يؤثرها على مصلحة الغير .

ولكن من جهة أخرى يوجد من الاعتبارات العملية ما يجعل مثل هذا التعاقد مفيدا، فقد لا يمكن أن يتم التعاقد في ظروف أفضل، كما إذا كان الوصي هو خير من يتقدم لاستئجار مال القاصر لعدم وجود غيره يتقدم للاستئجار بالشروط التي يتقدم بها الوصي، وكما إذا كان النائب عن كل من طرفي العقد يجد أن الصفقة لا يمكن أن تتم في ظروف أكثر صلاحية من أن يتعاقد كل من الأصليين الذين ينوب عنهما مع الآخر لعدم وجود من يتقدم لاتمام الصفقة بشروط أفضل . وكل ما يجب الاحتراز منه أن يغلب من يتعاقد مع نفسه مصلحة أحد الطرفين على الآخر، أو يؤثر مصلحة نفسه، ويمكن بجانب ذلك باتخاذ ضمانات خاصة، كإشراف من هيئة قضائية كالمجلس الحسبي وكاشتراط موافقة الأصيل على ما قام به النائب، هذا إلى ما يضعه القانون من الضمانات العامة إذ يوجب أن يؤدي النائب للأصيل حسابا عما قام به نيابة عنه . فالسماح للشخص بأن يتعاقد مع نفسه في مثل هذه الظروف أفضل من منعه عن ذلك وإجباره على أن يتخلى عن نيابته عن أحد الطرفين ليقوم نائب آخر بالتعاقد معه ، وفي هذا مضیعة للوقت وتعقيد في الإجراءات ^(١) .

* ٢٢١ - أمام هذه الاعتبارات المنطقية والعملية المتناقضة، كان من المعقول أن تختلف الشرائع في موقفها من هذه المسألة. فهناك من الشرائع ما تحرم في الأصل تعاقد الشخص

(١) وهناك فروض تقرب من تعاقد الشخص مع نفسه، وتقضى ان ضرورة العملية بالتسليم بها . كما إذا تنازل شخص مستحق في وقف، وكان ناظرا للوقف في الوقت ذاته، عن استحقاقه لشخص آخر، وكانت هذه الحالة خاضعة للقانون الأهلى حيث يشترط رضا المدين . فيصدر من المنازل رضا. ان : أحدهما باعتباره مستحقا وهو في هذه الحالة محيل، والآخر باعتباره ناظرا ووقف وهو في هذه الحالة محال عليه . وظاهر أنه لا داعى لتكرير الرضا، ففى رضى باعتباره محيلا فقد رضى باعتباره محالا عليه .

مع نفسه، كالقانون الألماني^(١) والمشروع الفرنسي الإيطالي^(٢) والشريعة الإسلامية^(٣) والشريعة

(١) وقد قضت المادة ١٨١ من القانون المدني الألماني بأنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه نيابة عن الأصل، سواء أكان متعاقدا لنفسه أم كان نائبا كذلك عن الطرف الآخر، مالم يرخص له في هذا التعاقد، أو كان العمل القانوني الذي يقوم به ليس إلا تنفيذا لالتزام موجود. ونرى من هذا أن الأصل هو منع تعاقد الشخص مع نفسه، ولا يتميز في ذلك بين متعاقد مع نفسه لنفسه ومتعاقد مع نفسه لغيره، ويستثنى من ذلك حالتان: الحالة الأولى أن يرخص الأصل للنائب في أن يتعاقد مع نفسه، ولو كان النائب ينوب عن الطرفين معا وجب صدور الترخيص من كل منهما. والحالة الثانية أن يكون العمل القانوني الذي يجريه النائب هو مجرد تنفيذ التزام موجود كأن يفي بما عليه للأصل، أو يستوفي ماله في ذمة الأصل أو يستوفي من مال أحد الأصولين ما عليه للأصل الآخر: ويرى أكثر فقهاء الألمان أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد من حيث طبيعته، اجتمعت فيه الإرادتان في شخص واحد، ولكن البعض يرى أن طبيعة تعاقد الشخص مع نفسه هي إرادة منفردة تصدر من الشخص فتوجد الأثر القانوني المطلوب (انظر في هذا الموضوع الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني م ١٨١ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٢).

(٢) وقد قضت المادة ٣٧ من هذا المشروع بأنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه باسم الشخص الذي ينوب عنه، سواء كان التعاقد لنفسه أو لشخص آخر، دون ترخيص من الأصل، ولهذا الأخير أن يقر التعاقد، كل هذا مع مراعاة ما نص عليه القانون أو القواعد الخاصة بالتجارة مخالفا لذلك. ومن هذا يتبين أن المشروع الفرنسي الإيطالي قد منع أيضا تعاقد الشخص مع نفسه كالقانون الألماني، ولم يميز بين تعاقد الشخص مع نفسه وتعاقد مع نفسه لغيره. ولكنه أجاز هذا التعاقد استثناء إذا نص عليه القانون أو قضت به قواعد التجارة أو رخص به الأصل. وقد أقره بعد حصوله. ويذهب بعض الكتاب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في المشروع الفرنسي الإيطالي ليس إلا إرادة منفردة تصدر من الشخص الذي تعاقد مع نفسه (انظر فيفرونو (Viforeanu) في العقد المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن فقرة ١٤٣ ص ٤١٠ — ص ٥١٣).

(٣) ويشترط في الشريعة الإسلامية أن يكون العاقد متعددا، فالواحد لا يتولى طرفي العقد، إلا في مسائل: إذا اشترى الأب مال طفله، أو باع ماله من طفله، فانه يكتفى بلفظ واحد، لأن عبارة الأب لكامل شفقتة أقيمت مقام العبارتين، فلم يحتاج إلى القبول، وكان أصيلا في حق نفسه، ونائبا عن طفله، والجد أبو الأب عند انعدام الأب بمنزله وإذا اشترى الأب مال طفله لا يبرأ من الثمن حتى ينصب القاضي ويكلا يقبضه للفقير، ثم يرد له لأبيه فيكون أمانة عنده — إذا باع وصى الأب ماله من اليتيم، أو اشترى لنفسه مال اليتيم، وكان ذلك خيرا لليتيم، فيصح بيعه وشراؤه بلفظ واحد، ومعنى الخيرية في المنقول أن يشتري لنفسه من مال اليتيم ما يساوي عشرة بنجمة عشر، وأن يبيع مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر بنجمة، وفي المقارن يشتري لنفسه بضعف القيمة وأن يبيع ماله من اليتيم بنصف القيمة — إذا اشترى الوصي مال اليتيم للقاضي بأمر القاضي — إذا كان للأب ابنان صغيران فباع مال أحدهما من الآخر.

أما الوصي فلا يصح شراؤه مال أحد اليتيمين للآخر، والقاضي في هذا كالوصي. وكذلك لو وكل الأب رجلا يبيع مال أحد ابنه من الآخر لا يجوز ولو وكل رجلين فبايما جاز، ولو وكل الأب رجلا يبيع مال ابنه فإنه لو وكل من الأب جاز (انظر في كل هذا شرح المجتهد ص ٧٥ — ص ٧٦ والمراجع المشار إليها).

(١) الانجليزية . وهناك ما يديجها بوجه عام ، كما في سويسرا وفرنسا وإيطاليا وبلجيكا ومصر .
ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة ، فالشرائع التي حرمت أباحت في فروض معينة على سبيل الاستثناء ، والشرائع التي أباحت حرمت في ظروف استثنائها . وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خضوعا لمقتضيات الحياة العملية ، إن تقربت الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح .^(٤)

(١) لا يجوز في القانون الإنجليزي أن يتعاقد الشخص مع نفسه حتى لا تتعارض مصلحته مع واجبه (انظر أنسون (Anson) في العقد ص ٤١١) ، ويكون العقد مشوبا في أكثر الحالات بما يدعوه القانون الإنجليزي بعبء " التؤذ غير المشروع " undue influence (انظر جنكس الجزء الأول مادة ٨) .

وقد عرف الرومان تعاقد الشخص مع نفسه في بعض أحوال معينة (كما في وفاء الشخص لنفسه وفي إقراضه لنفسه) وان كانوا حرموه في أحوال أخرى ، كما إذا اشترى الوصي مال التاجر . وكان بوتيه في القانون الفرنسي القديم يجيز للوصي أن يتقدم لشراء مال القاصر في مزااد عام ، ولا يجيزله ذلك في البيع بالممارسة ، لما في البيع بالمزااد من الضمان الكافي لحقوق القاصر (بوتيه : البيع فقرة ١٣) .

(٢) لم يرد نص عام في هذا الموضوع في قانون الالتزامات السويسري . ولكن المادة ٤٣٦ من هذا القانون تبيح للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه ، فيشتري من عميله لحسابه ما عهد اليه هذا العميل ببيعه ، أو يبيع منه ما عهد اليه بشرائه . وقد يكون هذا النص تطبيقا لقاعدة عامة تبيح تعاقد الشخص مع نفسه ، لا سيما أنه لا يوجد نص يحرم هذا التعاقد ، كما وجد هذا النص في القانون الألماني وفي المشروع الفرنسي الإيطالي . على أن كثيرا من الفقهاء في سويسرا وكثيرا من الأحكام تذهب الى اتباع القواعد التي يقضى بها القانون الألماني (انظر في هذا الموضوع فيفرونوف في العقد ص ٥١٦ — ص ٥١٧ والمراجع التي أشار اليها .

(٣) ليس في القوانين الفرنسية والإيطالية والبلجيكية والمصرية نصوص عامة في هذا الموضوع وان ورد فيها بعض النصوص التفصيلية . ولكن المفهوم من عدم وجود النص المانع هو الإباحة تطبيقا للقواعد العامة . وسيأتى لذلك تفصيل في القانون المصري والقانون الفرنسي .

(٤) على أن أنصار التحريم يقدّمون — عدا الاعتبارات العملية التي ترجع الى الخوف من تناقض المصلحة — اعتبارات ترجع لقواعد الصياغة القانونية ، فالمعروف أنه اذا اجتمعت صفتان متناقضتان في شخص واحد ، اتحدت الذمة ، وتلاشت الصفتان ، فلا ينتج منهما أثر قانوني ، كما اذا ورث المدين الدائن ، وكما اذا كسب شخص ملكية عقار كان له عليه حق ارتفاق . كذلك يمكن القول ، اذا اجتمع في شخص واحد صفة البائع وصفة المشتري مثلا ، بأن الصفتين تتلاشيان ، فلا ينتجان أثرا ، ولا يترتب على اجتماعهما تكوين العقد . على أنه يلاحظ على هذا القول أن نظرية اتحاد الذمة لا تقضى بتلاشي الصفتين ، وزوال الحق شخصيا كان أو عينيا ، بل أن الأمر يقتصر على تعطيل هذا الحق ، لأن استعماله يصبح غير ممكن كما في المثاليين المتقدمين ، ولذلك اذا ارتفع السبب الذي عطل استعمال الحق ، فان الحق يعود الى الظهور ، وهذا مبدأ معروف في نظرية اتحاد الذمة . وعلى ذلك لا يمكن الاستعانة بهذه النظرية في المسألة التي نحن بصدددها ، لأن اجتماع صفتي البائع والمشتري في شخص واحد ليس من شأنه أن يعطل التعاقد ، بل هو بالعكس يجعله أيسر وأسرع — ولكن الجهة القانونية القوية التي يتقدم بها أنصار التحريم هي أن نظرية النياية تقضى بأن النائب انما يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الأصل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، سواء كان فائعا عن كل =

ونحن لا نريد أن ننتصر لأحد المذهبين على الآخر، فهما يتقاربان كما قدمنا^(١)، ونرى أن خير وجه لبحث هذا الموضوع هو أن نستعرض فروضه المختلفة، فهناك فرضان أساسيان :

(١) حالة ما اذا كان الشخص الذى يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفى العقد ويتقدم أصيلا عن نفسه . (٢) حالة ما اذا كان ينوب عن كل من الطرفين - وفى كل من هذين الفرضين قد تكون النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية^(٢) .

= منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلا عن نفسه، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية ما، أمام ارادة واحدة لا ارادتين، ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق ارادتين، فلا يستطيع الشخص الذى اجتمع فيه الصفتان أن يجرى تعاقدًا، بل، هي ارادته المنفردة التى تنتج الأثر القانونى المنسوب للعقد، ولما كانت الارادة المنفردة لا تنتج فى الأصل أثرا قانونيا عدا استثناءات معينة، كان من الواجب كذلك منع الشخص فى الأصل من التعاقد مع نفسه مع التسليم ببعض استثناءات .

أما أنصار الإباحة فيقدمون — عدا الاعتبارات التى ترجع الى منطق نظرية النيابة والى الرغبة فى عدم تعقيد المعاملات — ما صار اليه تطور الالتزام منذ القانون الرومانى، فقد كان الالتزام فى القديم شخصيا ينفذ فى جسم المدين، ثم انتقل الى ماله، ومنذ ذلك الحين وهو يتطور ليصبح علاقة فيما بين مالين، لا علاقة فيما بين شخصين، فالظاهرة المهمة فى العقد ليست هي اجتماع ارادتين وتوافقهما، وهي ظاهرة نفسية محضة، بل هي وجود مالين ونشوء علاقة فيما بينهما، وهي ظاهرة مادية لا نفسية (انظر أرنو (Arno) ص ٢٤ — م ٢٥ — جوجيه (Gouget) ص ٦٢ وما بعدها — انظر تفنيدها لهذا رأى فى ديموج ١ فقرة ٤١ ص ١٠٩) وتنتصر الأساتذة بلانيول وريبير واممان لمذهب الإباحة على أساس أن تعاقد هذا الشخص مع نفسه هو عقد حقيقى، توافق فيه القبول مع الإيجاب، ولكن شخصا واحدا هو الذى عبر عن كل من الإيجاب والقبول، طبقا لمنطق نظرية النيابة (بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨) .

أما الأستاذ ديموج فينتصر لمذهب الإباحة أيضا، ولكن على اعتبار أن تعاقد الشخص مع نفسه هي ارادة منفردة تنتج أثرا قانونيا، وهو من القائلين بأن الارادة المنفردة تنشئ الالتزام، ما دام القانون لم ينص على خلاف ذلك، وما دام لا يلحق أحدا ضرر من ذلك، وفى حدود هذين القيدين يرى جواز تعاقد الشخص مع نفسه (ديموج ١ فقرة ٤٢ — فقرة ٤٣) .

ويتبين مما تقدم أن أنصار الإباحة، بعد أن يتفقوا على مبدأ الإباحة فى ذاته، يختلفون فى بيان طبيعة هذا التعاقد، هل هو عقد أو ارادة منفردة، واذا كان عقدا فهل هو يمتشى مع النظرية التقليدية للعقد فينشأ من توافق إيجاب وقبول، أو هو يخرج على هذه القواعد التقليدية ويكون علاقة فيما بين مالين أكثر منه توافقا فيما بين ارادتين .

(١) وان كنا من الناحية النظرية المحضة، نميل للاخذ برأى الأستاذ ديموج، ونرى تعاقد الشخص مع نفسه ارادة منفردة يجوز فى الأصل أن تنتج أثرا قانونيا .

(٢) وهناك حالتان أخريان قريرتان من حالة تعاقد الشخص مع نفسه : (الأولى) اذا كان الشخص الواحد له نوعان من المال، متميزان أحدهما عن الآخر، وذلك لتحقيق كثيرا فى القانون الفرنسى، لا سيما فى نظام الزواج والميراث . فالزوجة قد يكون لها مال خاص (paraphernal) لها حق التصرف فيه، ومال قدمته بهرا للزوج (dot) فلا يجوز التصرف فيه وللزوج حق استغلاله . كذلك قد يقبل الوارث تركة مورثه على ألا يلتزم من ديونها إلا بالقدر =

§ ١ — النيابة عن أحد طرفي العقد فقط

* ٢٢٢ — قد يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه نائبا عن أحد طرفي العقد وأصيلا عن نفسه . ويجب هنا أن نميز بين ما اذا كانت نيابته قانونية أو قضائية .

٢٢٣ — **النيابة القانونية والقضائية** — فاذا كانت النيابة قانونية أو قضائية ، فالقانون أو القضاء — وهو مصدر هذه النيابة — يتكفل عادة ببيان الشروط التي يجوز أن يتم بها التعاقد . وفي مصر تكفلت لائحة المجالس الحسبية ببيان ذلك ، فقد جاء في المادة ٢١ من هذه اللائحة ما يأتي : يجب على الأوصياء والقائمة ووكلاء الغائبين أن يحصلوا على إذن من المجلس الحسبي لمباشرة أحد التصرفات الآتية شراء شيء لأنفسهم من ملك القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو بيع شيء من ملكهم للقاصر أو المحجور عليه أو الغائب — استئجار ملك القاصر أو المحجور عليه أو الغائب . من ذلك يتبين أن الأوصياء والقائمة ووكلاء الغائبين غير ممنوعين من التعاقد مع أنفسهم بالنيابة عن القصر والمحجور عليهم والغائبين في البيع والشراء والاستئجار بشرط الحصول على إذن من المجلس الحسبي بذلك ، أما فيما عدا ذلك من العقود فالظاهر وجوب الرجوع الى أحكام قانون الأحوال الشخصية ، وفي الشريعة الإسلامية لا يجوز أن يتولى الواحد طرفي العقد إلا في استثناءات معينة وهي خاصة بالولي ووصي الأب . ونلاحظ أن لائحة المجالس الحسبية لم تذكر الولي فيمن ذكرته ، فهو اذا يخرج من

= الذى يكسبه فيها من الحقوق (sous bénéfice d'inventaire) ، فيكون للوارث مالان : ماله الخاص ، ومال التركة التى قبلها على هذا النحو . وكثيرا ما يتفق أن تكون هناك روابط ما بين النوعين من المال ، كما اذا كانت هناك عين يملك شخص نصفها في المشاع ، ثم يرث النصف الآخر ، ويريد أن يجرى قسمة العين للتمييز بين النصفين ، فهو يفعل ذلك متعاقدا مع نفسه نيابة عن كل من المالين (انظر ديموج ١ فقرة ٤٦ — فقرة ٤٨) ، ومقال الأستاذ فالمارسكو في مجلة القانون المدنى ربيع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٩٧٣) . (الثانية) قد يقدم المدين ضمانا لدائن مستقبل غير معين ، كأن يقدم موظف ضمانا ماليا لمن عسى أن يلحقه ضرر من جراء تأديته لوظيفته ، فهو من وجه يتعاقد مع نفسه ، لأن الدائن غير موجود وقت التعاقد . وقد ينشئ شخص حق رهن على عقار مملوك له لغير دائن معين (hypothèque sur soi-même) (انظر المادة ١٩٦ من القانون المدنى الألمانى ، وقانون مسدور (Messidor) سنة ٣ من عهد الثورة الفرنسية ، ويتصرف بعد ذلك في الرهن ، فينقله الى الغير ضمانا لدين يقرضه منه ، وهذا يلتحق من وجه بباب تعاقد الشخص مع نفسه ، لأن المدين وقت إنشاء الرهن لم يكن أمامه دائن معين يتعاقد معه ، فاكفى بالتعاقد مع نفسه ، لمصلحة دائن غير معين (ديموج ١ فقرة ٤٩) .

انظر أيضا في تقسيم تعاقد الشخص مع نفسه الى مذكرات الأستاذ ليني أولمان (نظرية الالتزام في الربع الأول من القرن العشرين ص ١٩٥ — ص ١٩٦) .

حكم المادة ٢١ السالفة الذكر وتبّع فيه أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين ، وهذه تجيز أن يشتري الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده ، والولى في تعاقدّه بالبيع مع ولده لا يحتاج الى إذن من المجلس الحسبي لأن المادة ٢١ لا تتطلب ذلك بالنسبة له ، ويقاس على البيع غيره من التصرفات ، إلا أنه يشترط في تعاقد الولي مع نفسه نيابة عن القاصر أن يستوفي التصرف الشرط اللازم في صحة التصرفات الصادرة من الولي ، وهو أن يكون البيع بمثل القيمة أو بيسير الغبن إذا كان الأب مستور الحال ، وأن يكون بضعف القيمة إذا كان فاسد الرأي (انظر مادتي ٢٨٢ و ٢٨٣ من كتاب مرشد الحيران ^(١)) .

ونظر الوقف لا يجوز له ، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، أن يستأجر أعيان الوقف لنفسه ^(٢) .

* ٢٢٤ - النيابة الانفاقية - وإذا كانت النيابة اتفاقية فانه يوجد نص في القانون المصرى يقضى بأنه لا يجوز للوكلاء المقامين من موكلهم أن يشتروا الشيء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة ، فاذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع ، اذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للأب أن يبيع ماله من ابنه وأن يشتري مال ابنه لنفسه ، ويشترط في هذه الحالة الأخيرة أن يطلب تنصيب وكيل بقبض الثمن للصغير ، ثم ردّه لأبيه فيكون أمانة عنده ، وذلك طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقدّمت الإشارة إليها (١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ - جازيت ٩ ص ٦٦ نمرة ١٠٧ - حكم آخر في ١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٣ - جازيت ٥ ص ١٧١ نمرة ٤٤٦) . أما فيما يتعلق بالأوصياء فالقضاء المختلط على أن الوصى لا يجوز أن يمثل القاصر حيث تتعارض المصلحتان (محكمة مصر الكلية المختلطة في ٨ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٠٩ نمرة ٢٩١) ، ويتحقق هذا التعارض في القسمة عند تكوين الأنصبة للاقتراع عليها ، لا عند البت في إمكان القسمة عيناً أو عدم إمكان ذلك (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٣) . وكذلك القيم لا يجوز له أن يكون خصماً في دعوى يرفعها على المحجور ، فلا يجوز أن ترفع زوجة قيمة على زوجها دعوى على الزوج تطالبه بزيادة النفقة ، إلا اذا تخلت عن تمثيل الزوج في هذه الدعوى وطلبت تعيين وكيل بالخصومة (محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩) .

و يلاحظ فيما يتعلق بالولى - أن المادتين ٢٥٨ / ٣٢٥ من القانون المصرى تنصان على أنه لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى ، كالأوصياء والأولياء ... أن يشتروا الشيء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة . فالنص يحرم اذا على الأب أن يشتري مال ابنه ، وهذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، ويخالف لأنحة المجالس الحسبية التي تعفى الولي من ضرورة الحصول على إذن المجلس الحسبي ، وقانون المجالس الحسبية متأخر على القانون المدني فيكون هو الناسخ .

كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق (٣٢٥/٢٥٨م) وهذا النص يقابله نص المادة ١٥٩٦ من القانون المدنى الفرنسى ، وهو مقصور على حالة الشراء فى المزاد العام ، ولكن الفقهاء الفرنسيين يتوسعون فى تفسيره ، فيطبقونه على حالة الشراء بالممارسة ، إذ أن هذا عمل أشد خطورة من الشراء بالمزاد وأقل ضمانا للوكيل ، ويطبقونه كذلك على الحالة العكسية وهى بيع الوكيل مالا مملوكا له لموكله فى الشراء ، للعلة ذاتها ، ولا يميزون بين المنقول والعقار لعمومية النص ، ويتوسعون كذلك فىجاوزون البيع الى غيره من التصرفات التى تعدله فى الخطورة ، كالمقايضة والشركة ، أما العقود الأقل خطورة فيجيزونها ، كالإيجار والعارية والوديعة ^(١) .

ولا نرى ما يمنع من الأخذ بهذا التفسير فى مصر ، لا سيما أن نص القانون المصرى أعم من نص القانون الفرنسى ، فالتوسع فى تفسيره أولى ^(٢) .

وعلى ذلك يمكن القول بأن الشخص لا يتعاقد مع نفسه ، اذا كانت نيابته عنمن يتعاقد معه نيابة اتفاقية ، إلا حيث لا يوجد خطر من هذا التعاقد على مصلحة الأصيل ، ويعتبر عقد البيع وما يعدله فى الخطورة من العقود الأخرى تصرفات خطيرة لا تصح مباشرتها ، فاذا خالف الوكيل هذا الحظر ، وتعاقد مع نفسه نيابة عن موكله فى بيع أو نحوه ، فإن العقد لا يكون باطلا بطلانا مطلقا ، مما يدل على أن تعاقد شخص مع نفسه ليس فى ذاته مستحيلا استعالة قانونية ^(٣) ، وإنما روعى فى بطلان العقد مصلحة الأصيل وحده ، فله أن يتمسك بالبطلان وله أن يجيز العقد (م ٣٢٥/٢٥٨) ، فالبطلان إذا نسبي ^(٤) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٢٤١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٧١ — ديموج ١ فقرة ٥٣

(٢) فارن الأستاذ نجيب الهلالي بك فى البيع فقرة ٤٢٧

(٣) انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨ و فقرة ٧١

(٤) وتطبيقا لمبدأ أن الشخص لا يتعاقد مع نفسه اذا كان العقد يهدد بالخطر مصلحة الأصيل ، يبطل القضاء الفرنسى العقد الذى يبرمه لنفسه الوكيل بالعمولة (commissionnaire) المعهود اليه ببيع بضائع أو أوراق مالية لحساب موكله ، فاذا اشترى الوكيل هذه البضائع أو الأوراق لحسابه ، كان البيع باطلا لمصلحة الموكل ، ويستطيع هذا أن يتمسك بالبطلان أو يجيز البيع ، وهذا ما يسمونه " بتقدم الوكيل بالعمولة كطرف آخر فى العقد " *contrepartie du commissionnaire* (انظر محكمة النقض الفرنسية فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ — ١ — ٣٣ — محكمة باريس الاستئنافية فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ — ٢ — ١٣١ . وهناك من الشراح من يقول بفسخ العقد الذى يبرمه الوكيل بالعمولة لنفسه : انظر تعليق الأستاذ قال فى سيريه ٩٨ — ٢ — ١٢١ وفى سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٢٠٩ - بودرى ونال فى الوكالة فقرة ١٨ وما يلى — بواسل (Bastel) فى قانون التجارى =

٢٢٥ — أما اذا كانت النيابة مصدرها إرادة النائب المنفردة، كما اذا كان فضوليا، فليس في أحكام الفضولى ما يمنعه من أن يتعاقد مع نفسه ، فيلزم بذلك رب العمل ، مادام قد ثبت أن هذا التعاقد هو في مصلحة رب العمل ، فمصلحة رب العمل هنا، وهى الشرط الأساسى فى رجوع الفضولى، هى الضمان الذى يمنع من أن يكون تعاقد الفضولى مع نفسه خطرا على رب العمل^(١) .

§ ٢ — النيابة عن طرفى العقد معا

* ٢٢٦ — وقد يكون الشخص الذى يتعاقد مع نفسه نائبا عن كل من طرفى العقد ، فهو لا يتعاقد لنفسه بل يتعاقد للغير، ولكنه يتعاقد مع نفسه لأنه يمثل كلا من الطرفين .

٢٢٧ — النيابة القانونيه والقضائيه — فاذا كانت نيابة قانونية أو قضائية ، فالظاهر أنه لا يوجد ما يمنع من أن يتعاقد مع نفسه ، مادام مؤتمنا على مصلحة كل من

= فقرة ٥٢٢) . وقد صدر فى فرنسا قانون فى ٢٧ فبراير سنة ١٩١٢ يؤيد القضاء فيما ذهب إليه فيما يتعلق ببيع البضائع . على أنه يصح للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه اذا رخص له الموكل فى ذلك (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ يناير سنة ١٩٠٩ سريه ١٩٠٩ — ١ — ٣٠٨ — ديموج ١ فقرة ٥٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٧٢ ص ٩٤) وهذا الرخص هو ما يسمى بالعقد المباشر (contrat direct) . وتجزئ القوانين الأجنبية للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه باسم موكله خلافا للقضاء الفرنسى (انظر قانون التجارة الايطالى م ٣٨٦ والقانون الألمانى الخاص بالبورصات فى ٢٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٧١ وقانون الالتزامات السويسرى م ٤٣٦ وقانون رومانيا التجارى م ٤١١ وقانون التجارة البرتغالى م ٢٧٤) . ويذهب الأستاذ ديموج الى جواز أن يرهن الدائن ديناً فى ذمته فيصح لمصرف أن يقرض عميله و يأخذ ضمانا للقرض منهم وسندات المصرف ذاته (ديموج ١ فقرة ٧٨ مكررة) . (انظر فى موضوع الوكيل بالعمولة لأكور (Lacour) الوكيل بالعمولة كطرف آخر فى البورصة (مقال فى مجلة (Ann. du droit commercial) سنة ١٩٠٨ ص ٨١ و ص ١٦٩ — برنو (Bernot) الطرف الآخر فى أعمال البورصة (مقال فى مجلة (Revue générale de droit سنة ١٩١٣ ص ٢١١ — ديموج ١ فقرة ٥٥ — فقرة ٦٠ بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٧٢) .

وفى مصر لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه إلا اذا حصل على ترخيص بذلك (انظر الأستاذ محمد صالح فى القانون التجارى جزء أول فقرة ٢١٦ ص ٣٣٩ — الأستاذ عبد السلام ذهني بك فى القانون التجارى فقرة ٢٠٧ ص ٢٦٣ — الدكتور محمد كامل ملش فى القانون التجارى جزء ثان ص ٧٩ — ص ٨٠) .

(١) وقد يكون الشخص الذى ينوب عنه المتعاقد مع نفسه شخفا معنويا ، كشركة يمثلها مديرها ، فيتعاقد المدير مع نفسه باسم الشركة . وتنبع فى هذه الحالة القواعد المتقدمة . بل يجب زيادة التحفظ لأن الخطر أشد ، فالشركة وهى شخص معنوى لا تستطيع أن تحافظ على حقوقها محافظة الشخص الطبيعى . فتمتنع العقود الخطرة كالبيع والمقايضة وما الهما ، ولا تصح إلا بترخيص خاص من الجمعية العمومية للشركة و بتقديم حساب عن العمل (قانون ٢٤ يولييه ١٩٠٠)

الأصيلين^(٢)، وإن كانت الشريعة الإسلامية لا تجيز ذلك بالنسبة للوصى، فلا يصح شراؤه مال أحد اليتيمين للآخر كما جاء في الهندية، أما إذا كان وليا فهي تجيز للأب إذا كان له ابنان صغيران أن يبيع مال أحدهما من الآخر.

* ٢٢٨ — النيابة المتناقضة — أما إذا كانت نيابته اتفاقية، بأن كان وكلا عن كل من البائع والمشتري، فيلاحظ أن الخطر هنا، والنائب متعاقد مع نفسه لغيره، أقل بكثير من الخطر فيما إذا كان النائب متعاقدا مع نفسه لنفسه، فانه إذا كان من الطبيعي أن يعنى الإنسان بمصلحة نفسه ويؤثرها على مصلحة غيره، فليس من البعيد أن يكون أمينا على مصلحة اثنين عهدا اليه بذلك، دون أن يتحيز لأحدهما، حتى لو كانت مصلحة كل منهما متناقضة مع مصلحة الآخر، مادام الأمر لا يتعلق بمصلحته الشخصية. لا سيما أن الأصيلين هما اللذان اختارا النائب برضاها، ووضعها فيه ثقتهم، فلا يوجد عادة ما يدعو النائب الى إضرار مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر، لذلك يرى الفقه والقضاء في فرنسا أنه لا يجوز في هذه الحالة أن يتعاقد النائب مع نفسه، نيابة عن كل من المتعاقدين، سواء كان العقد بيعا أو عقدا في خطورته أو عقدا دون ذلك^(١).

وطبقا لهذا الرأي يجوز للوكيل بالعمولة أن يبيع ما نيظ به ببيع من بضائع وأوراق مالية الى شخص عهد اليه بالشراء، فيكون وكلا عن الطرفين، ويتعاقد مع نفسه نيابة عنهما^(٢).

على أنه إذا تناقضت مصلحة الطرفين تناقضا دوهريا كما في عقد الصلح، فلا يجوز للنائب

== سنة ١٨٦٧ في فرنسا م ٤٠. أما الأعمال الأقل خطرا فتبقى مباحة، فيستطيع مدير الشركة أن يقبض لنفسه دين الشركة له، وأن يفي للشركة بدينها عليه (ديموج ١ فقرة ٦٦) وما يصح لمدير الشركة عمله يصح كذلك لمصنئ الشركة أن يقوم به (ديموج ١ فقرة ٦٧).

(٢) انظر في هذا المعنى ديموج ١ فقرة ٦٢، وعكس ذلك بلانيول ١ فقرة ١٧١٧

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٢٠٧ — أوربري ورو طبعة رابعة جزء ٤ فقرة ٤١١ هامش نمرة ٢ — ديموج ١

فقرة ٦٢ — محكمة النقض الفرنسية في ١١ أبريل سنة ١٨٦٠ سيريه ٦٠ — ١ — ٣١٦

(٢) ديموج ١ فقرة ٦٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٧٢ ص ٩٤ — ٩٥ — محكمة النقض الفرنسية

في ١١ أبريل سنة ١٨٦٠ سيريه ٦٠ — ١ — ٣١٦ وهو الحكم الذي تقدمت الإشارة اليه. انظر عكس ذلك

الدكتور محمد كابل أمين ملش في القانون التجاري جزء ثان ص ٧٩ — ص ٨٠

المشترك أن يتعاقد مع نفسه نيابة عن الطرفين ، إلا إذا أخذ ترخيصا خاصا بذلك من كل منهما^(١) . كذلك لا يجوز لمحام واحد أن يوكل عن خصمين في قضية واحدة^(٢) .

ولا نرى ما يمنع من اتباع هذه القواعد في مصر، لمطابقتها للبادئ العامة ولقواعد العدالة، وقد أخذ بها القضاء المصري في بعض أحكامه^(٣) .

القاعدة التي نستخلص مما نقرر :

* ٢٢٩ — ويتضح مما تقدم بيانه أن العبرة في إباحة تعاقد الشخص مع نفسه أو منع التعاقد هو عدم وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل أو وجود هذا الخطر ، فيباح التعاقد عند انتفاء الخطر، ويمنع عند تحققه . ومن هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه ، وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره . فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة لبعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه، فتمتنع مباشرة هذه العقود، إما بالنسبة للعقود الأخرى فتجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية .

(١) هيك ١٠ فقرة ٣٣ — ديموج ١ فقرة ٦٤

(٢) ديموج ١ فقرة ٦٤

(٣) فقتض محكمة الاستئناف الأهلية بأنه اذا جمع شخص صفتين في دعواه ، فكان مدعيا عن نفسه ، ومدعيا بصفته وصيا على قصر ، وكان صالح القصر مخالفا لصلحه ، لم تكن دعواه صحيحة ، بل كان يجب عليه أن يطلب من القاضي الشرعي تعيين وصي غيره لأجل هذه الخصومة (٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ حقوق ص ٢٢٣) . وفتضت محكمة مصر الكلية الأهلية بأنه لا يصح أن يكون الأب ممثلا لأولاده ، الذين هم تحت ولايته ، في خصومة تتعارض فيها مصلحة الأب والأولاد ، بل يقتضى الأمر تعيين ممثل لهم من قبل القاضي الشرعي (١١ مارس سنة ١٩١٢ حقوق ٢٩ ص ١٢٣) .

هذا ويجوز كذلك أن يكون النائب المشترك نائبا عن طرفين : أحدهما أو كلاهما شخص معنوي ، كشركة ، فصح في هذه الحالة أن يتعاقد مع نفسه نيابة عنهما ، ولو في عقد بيع أو ما يساويه في الخطورة ، لانتهاء الخطر ، وهذا ما يقع كثيرا في العمل ، فقد يكون لشركتين مدير واحد ، وتكون بينهما علاقات قانونية ، يقوم بها هذا المدير بمفرده نائبا عن الشركتين (ديموج ١ فقرة ٦٩) ، أما في العقود التي تتناقض فيها المصالح تناقضا جوهريا ، كالصلح ، أو في التقاضي حيث تتعارض المصلحة ، فلا يجوز للمدير أن ينوب عن الشركتين .

الفرع الثالث - توافق الإرادتين

* ٢٣٠ - **نقصه التشريعيين الفرنسي والمصري** - مهما قيل في أن التطور الحديث للعقد قد نقله من دائرة العلاقة فيما بين إرادتين الى دائرة العلاقة فيما بين مالين ، فإن هذا القول اذا صح بشأن الالتزام ، وهو أثر من آثار العقد ، فانتقل من أن يكون تسلط إرادة على إرادة أخرى ، الى أن يكون دائنية مأل لمال آخر ، فإن العقد ذاته لا يزال علاقة فيما بين إرادتين ، بل هو توافق هاتين الإرادتين لاحداث أثر قانوني^(١) .

فيجب حتى يتم العقد أن تتوافق إرادتان ، بأن يصدر إيجاب يقترن به قبول مطابق له . ونحن نبحث هنا كيف تتوافق الإرادتان . ونلاحظ أن القانونين الفرنسي والمصري لم يتعرضا بنص لهذا الموضوع ، الذي يعد من أدق موضوعات العقد ، بل تركا الأمر للفقهاء والقضاء . وذلك بخلاف التشريعات الحديثة ، كالقانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، تبين كيف يصدر الإيجاب ، ومتى يكون ملزما ، وإلى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء كان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد ، أو كانا غير موجودين في مجلس واحد . ونحن في بحثنا سنعرض لهذه النصوص استطرادا ، فنتبين من وراء ذلك بوجه الإجمال الى أى ناحية يتجه القانون المقارن في كل مسألة من هذه المسائل .

ونجعل الكلام في مبحثين ، فنعرض الحالة ما اذا ضم المتعاقدين مجلس واحد ، ثم لحالة ما اذا كان المتعاقدان بعيدين أحدهما عن الآخر .

(١) انظر في هذا المعنى ديموج في الالتزامات ١ فقرة ٤٣ . على أنه يلاحظ فرق دقيق بين القوانين التي تأخذ بالارادة الظاهرة والأخرى التي تأخذ بالارادة الباطنة . فالأولى تتعاضى تعريف العقد بأنه توافق إرادتين ، فالعقد عندها يتم لا بالتعبير عن إرادتين متوافقتين ، بل بتعبيرين متوافقين عن إرادة كل متعاقد (انظر المادة الأولى من قانون الالتزامات السويسري) ، أو بقبول الإيجاب (المادة ١٥١ من القانون المدني الألماني) . أما القوانين التي تأخذ بالارادة الباطنة فعندها العقد هو توافق الإرادتين الباطنتين . وقد أكدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المعنى في حكم قررت فيه أن العقد انما ينشأ من توافق الإرادتين ومن اتحاد رضا المتعاقدين لفرض مقدر . (٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣) . وعرف المشروع الفرنسي الإيطالي العقد بأنه اتفاق شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تمديلها أو إنهاؤها (المادة الأولى من المشروع) ، فالعقد طبقا لهذا المشروع هو توافق إرادتين

المبحث الأول - المتعاقدان في مجلس واحد

(Contrats entre présents)

- * ٢٣١ - تقدم أنه لابد لتمام العقد من صدور إيجاب يعقبه قبول مطابق له فتكلم :
(أولا) على صدور الإيجاب . (ثانيا) على اقتران القبول بالإيجاب .

المطلب الأول - ضرورة الإيجاب

- * ٢٣٢ - كثيرا ما يمتز الإيجاب على مراحل قبل أن يصبح إيجابا معدا للقبول ، أى إيجابا باتا . فنحن نتعقب هذه المراحل ، ثم نتكلم على القوة الملزمة للإيجاب اذا ماتم ، ونبحث بعد ذلك حالات خاصة للإيجاب لها مميزات تستلزم البحث .

§ ١ - الأدوار التي يمتز عليها الإيجاب

- * ٢٣٣ - **المفاوضات** - يبدأ عادة أحد المتعاقدين بعرض التعاقد على الآخر ، فيبين طبيعة العقد ، وموضوع التعاقد ، وهو في بيان إرادته إما أن يعبر عنها تعبيرا صريحا أو تعبيرا ضمينا ، على النحو الذى ذكرناه فيما تقدم .

على أن من صدر منه الإيجاب لا يصل فى العادة الى البت فى إيجابه ، ليصير إيجابا كاملا ، إلا بعد مفاوضات ، قد تطول فى بعض الأحيان ، وتكثر فيها المناقشات والأخذ والرد فيما بين الطرفين .

والقانون فى الأصل لا يرتب على هذه المفاوضات الابتدائية أثرا قانونيا ، فكل متفاوض حرق قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد ، ما دام لم يخلص منها إيجاب قائم . فان كثيرا من العقود تحتاج لأناة وأمعان فى النظر ، وقد يبدو لأحد الطرفين أن يعدل عن التعاقد ، بعد أن يتروى ، ما دام لم يحتد دور المفاوضات . فيجب إذا أن نفرق بين مجزء المفاوضة والايجاب القائم ، وما المفاوضة إلا الدور الأول من أدوار الايجاب ، وليس لها كقاعدة عامة أثر فى الروابط القانونية فيما بين الطرفين ، ويموز لكل طرف العدول عنها دون أن يكون مسئولا ؛ وإلا لصعب التعامل بين الناس ، وأصبح كل شخص يخشى أن يفوه بلفظ دون وزن فيتقيد به .^(١)

(١) انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٣ ص ١٧٦ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢ مارس =

فاذا قطع أحد الطرفين المفاوضات لأنه عدل بعد التفكير عن إتمام الصفقة، فلا مسؤولية عليه، وليس لأحد أن يطالبه بأن يبين سبب هذا العدول، فقد يكون السبب أنه لم يرداعيا لإتمام الصفقة، أو أنه رأى أن إتمامها ليس في مصلحته : أو أن الشخص الذي يتعامل معه لا يروقه لسبب من الأسباب، أو أن شخصا آخر عرض عليه صفقة أفضل، أو أنه يرتاح للتعاقد مع هذا الشخص الآخر ويفضله على الشخص الأول ولو كان هذا الارتياح يرجع لمجرد الميل الشخصي . كل هذه أسباب قد تدعو أحد الطرفين الى العدول عن مفاوضاته، ولا مسؤولية على من عدل، ما دام لم يصل في مفاوضاته الى حد الإيجاب البات، ولا يكلف باثبات أنه قد عدل لسبب جدى .

* ٢٣٤ — على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها، اذا اقترن هذا العدول بخطأ صدر منه، وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة، وهي تقضى بمسؤولية من يرتكب خطأ يصيب الغير بالضرر، فمصدر المسؤولية ليس هو مجرد العدول عن المفاوضات، بل هو الخطأ الذي ارتكبه من عدل . على أنه يلاحظ أن المكلف باثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول، فاذا استطاع أن يثبت خطأ في جانب الطرف الذي عدل، جازله أن يطالبه بتعويض طبقا للقواعد العامة، كما اذا أثبت أن من قطع المفاوضات

= سنة ١٩٠٤م ١٦ ص ١٤٧، ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه، كمن يضع إعلانا على منزل ينبي أنه للبيع أو للايجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة، وقد قضت محكمة استئناف ليون بأن عرض مثل هذا الإعلان لا يعتبر إيجابا باتا، بل هو مجرد عرض للبدء في مفاوضات التعاقد، لا سيما في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار، اذ يفترض أن صاحب المنزل يتطلب أن يعرف شيئا عن حالة المستأجر المالية والخلقية (محكمة استئناف ليون في ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ١٧٦ - محاماة ٩ ص ٥٧٩ رقم ٣٦٢) . أما اذا بين من يعرض التعاقد أركان العقد، كأن عرض بضاعة على الجمهور مع بيان ثمنها، اعتبر هذا إيجابا تاما كما سيأتى (انظر والتون جزء أول ص ١٢٠ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢٧ - انظر أيضا المادة ٧ الفقرة الأخيرة من قانون الالتزامات والسبى) . وفي الأحوال التي يكون فيها لشخصية المتعاقد اعتبار، لا يعد إيجابا أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركانه، فاذا ما تعين الشخص الذي يقبل التعاقد معه، عد قبول هذا إيجابا، ولا بد أن يستمر من عرض التعاقد أولا في الاحتفاظ بإيجابه، ويعتد ذلك قبولا لا إيجابا . و يظهر ذلك بوضوح في عقد الشركة وفي عقد العمل وفي عقد الايجار، وفي العقود التي تجعل المتعاقدين على شيء من الاتصال المستمر مما يدعو لاعتبار شخصية كل منهما . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجابا باتا، بل يكون من قبيل المفاوضات، أن يرسل شخص لآخر يعرض عليه القيام بأعمال معينة، دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة، فتل هذا الخطاب لا يقيد من أرسله، بل يبقى هذا حرا في الرجوع عن مفاوضاته، لا سيما اذا كان الطرف الآخر لم يجب بشيء . (٢ مارس سنة ١٩٠٤م ١٦ ص ١٤٧ - انظر أيضا حكما آخر في ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢م ١٤ ص ٢٦٤) .

لم يكن جاداً عند الدخول فيها، بل كانت هذه المفاوضات مناورات قصد بها إحداث تأثير معين، وأنه قد ترتب على القيام بهذه المناورات ضرر للطرف الآخر، بعد أن اعتقد بجدية المفاوضات واتخذ من التدابير ما يكفل نجاحها، بفحشه ذلك ضياع الوقت والمال، وكما إذا أثبت هذا الطرف الآخر أن الطرف الأول، وإن كانت مفاوضاته جدية، إلا أنه عند ما عدل عنها لم يخبره بذلك في الوقت المناسب، بل تركه يعتقد أن المفاوضات لا تزال جارية، وكان ذلك سبباً في أن يتحمل بعض الخسارة^(١).

* ٢٣٥ - الإيجاب المعلق - وقد يخرج الشخص من دور المفاوضات الى دور الإيجاب المعلق، فهو قد استقر على رأى ولكنه لم يبت فيه بتاً نهائياً، كأن يعرض التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار أو مصاريف الإنتاج، ففي هذه الحالة يلتزم الموجب بما صدر منه من الإيجاب طول الوقت الذي يبقى فيه الإيجاب ملزماً على ما سيأتى، إلا أن له أن يعدل في الثمن طبقاً لما احتفظ به من الحق، على ألا يكون هذا التعديل ستاراً للعدول عن الإيجاب، بل يجب أن يكون تعديلاً تبرره الظروف^(٢).

٢٣٦ - وقد يكون لمن صدر منه الإيجاب المعلق حق العدول عنه في أى وقت شاء، دام لم يقرن القبول بالإيجاب. ويثبت حق العدول بشرط صريح أو ضمني، أو يثبت طبقاً لما يقضى به العرف في المعاملات، ويكون هذا عادة في الأحوال التي لا يترتب فيها على العدول ضرر للطرف الآخر، كمن يأخذ "تذكرة" للسفر بالسكة الحديدية ثم يعدل عن السفر، وكمن يطلب إمضاء عقد من عقود الإذعان ثم يبدو له أن يعدل^(٣).

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٣

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢٨ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من يقبل كفالة شخص يتقدم في مزايمة للاستعجار من إحدى إدارات الحكومة، وكانت الكفالة شرطاً أساسياً في التقدم للمزايمة، يلتزم نهائياً بكفاله بمجرد رسو المزاد على الشخص الذى كفله، دون أن تكون هناك حاجة لقبول صريح من الإدارة لهذه الكفالة (١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨ - مجموعة القضاء المختلط الرسمية R.O. ٢١ ص ١٧٧) . ويمكن أن يفهم من هذا الحكم أن من عرض كفاله أصدر إيجاباً معلقاً على شرط رسو المزاد، فيلتزم بإيجابه، حتى إذا مارس المزاد، فإن سكوت الإدارة، وهى تجعل الكفالة شرطاً أساسياً، يعد قبولاً للكفالة، لا سيما أن الكفالة لصالحها.

(٣) انظر في هذا بلانيول وريبير واسمان ١ فقر ١٢٩ - انظر أيضاً محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ١٣٥ - وانظر فيما يتعلق بعرض المسابقات المحكمة العليا الإدارية بفرنسا (مجلس الدولة) في ٣ أغسطس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣ - ٣ - ١٣ - ويقرب من هذا أن يصدر إيجاب معلق على =

٢٣٧ — وقد يكون حق العدول عن الإيجاب المعلق ثابتاً لكل من الطرفين، كأن يتفقا على ألا يتم العقد إلا بالكتابة، أو بكتابة رسمية، فيكون كل من الإيجاب والقبول غير باتين، ولكل من الطرفين أن يرجع في العقد حتى تتم الكتابة المطلوبة^(١)، وهذا بخلاف ما إذا كانا لم يريدوا من الكتابة إلا مجرد اثبات العقد لا تكوينه، ففي هذه الحالة لا يجوز العدول عن عقد تم قبل صدور الكتابة وقد تقدم بحث ذلك^(٢). كذلك قد يريدان أن يجعلوا الكتابة لازمة لتكوين العقد دون أن يكون لهما حق الرجوع عما اتفقا عليه، ففي هذه الحالة يلتزم كل منهما بعدم العدول عما صدر عنه من رضا، ولكن العقد لا ينشأ إلا من وقت تمام الكتابة.

٢٣٨ — وقد يصدر الإيجاب المعلق، ولا يقصد من صدر منه هذا الإيجاب أن يلتزم نحو جميع من توجه اليهم بإيجابه، حتى إذا قبل الإيجاب أكثر من شخص واحد كان له الحق في أن يعتبر العقد قد تم مع أحد هؤلاء الأشخاص دون الآخرين، كما إذا كان الشيء المعروض ذاتية محدودة، ولا يمكن الحصول على كميات أخرى منه. فإذا اشترط من صدر منه الإيجاب سقوط إيجابه عند نفاذ الشيء، أو فهم هذا الشرط من الظروف (كما إذا كان العرض بطريق الإعلان أو بارسال نشرات تجارية)^(٣)، فلمن صدر منه الإيجاب — إذا لم يف الشيء المعروض بحاجة جميع من قبل — أن يختار من بينهم من يعتبر أن التعاقد قد تم معه، إلا إذا كان العرض من مبدأ الأمر للكافة، ففي هذه الحالة لا اختيار لصاحب الإيجاب، بل يتم العقد = شرط الموافقة النهائية من صدر منه الإيجاب أو من شخص آخر، فإذا اقترن القبول بالإيجاب لا يبرم الاتفاق نهائياً إلا بعد الموافقة المشترطة. والإيجاب المعلق في هذه الحالة يجوز العدول عنه، وسيأتي ذكر ذلك فيما يلي، عند الكلام على الرضاء الموقوف على الإجازة.

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بوجوب الفصل في مراحل التعاقد بين الرضاء التحليلي (analytique) الواقع على كل عنصر من عناصر الاتفاق — وهذا أدخل في باب المفاوضات منه في باب الإيجاب البات — وبين الرضاء الشامل (synthétique) الواقع على مجموع العقد بطريقة حاسمة نهائية، فالرضاء الأول ليس إلا رضاء وقتياً يجوز العدول عنه، وتجوز إعادة المناقشة في المسائل التي تناوله، إذا ما بدا وجه لذلك، كما إذا وقع البيع على مزرعة كبيرة، وكان العقد كثير التفاصيل معقداً، واشترط الطرفان على ألا يتم العقد إلا بكتابة يحضرها المحامون، فانه إذا لم تتم الكتابة المشترطة فلا يعتبر العقد قد تم، ومن ثم لا يستحق السمسار السمسرة المتفق عليها عند تمام العقد (١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١ جازيت ٢٢ ص ٧٠ نمرة ٦٧).

(٢) انظر اتفاقاً ١١٦

(٣) قارن م ٧ فقرة ثانية من قانون الالتزامات والسويزرى.

مع من قبل أزلا ، وتراعى الأسبقية في القبول حتى ينفذ الشيء موضوع التعاقد ، هذا ما لم يكن السابق معسرا لا يستطيع دفع الثمن المطلوب ^(١) .

* ٢٣٩ - الإيجاب البات - فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضات ومن دور التعليق يصبح إيجابا باتا، يقصد صاحبه أن يتقيد به إلى وقت ما . والبت فيما إذا كان قد وصل الإيجاب إلى هذا الدور النهائي مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع طبقا لظروف كل قضية .

والمهم أن يكون صاحب الإيجاب قصد بإيجابه إيجاد أثر قانوني جدي، فإذا كان لا يقصد التعاقد ، بل اقتصر على دائرة المحاملات الاجتماعية ، كأن يدعو شخصا لوليمة أو لزهة ، فكل هذا لا يعتبر إيجابا ، ولا يلتزم به صاحبه ، لأنه لم يقصد إيجاد علاقة قانونية بينه وبين الطرف الآخر، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ^(٢). كذلك لو كان هازلا في إيجابه، ولا يقصد التعاقد جديا، فالعبرة بارادته الحقيقية لمن يأخذ بمذهب الإرادة الباطنة ، والعبرة بما ظهر من ارادته لمن أخذ بمذهب الإرادة الظاهرة، وقد تقدم بيان ذلك . على أنه إذا أخذ بمذهب الإرادة طنة، وكان الهازل قد أوجد حوله جوا يجعل الطرف الآخر يعتقد بجديته الإيجاب، أصبح ولا عما أحدثه من الضرر بسبب ما ارتكبه من الخطأ .

(١) هذا وإذا كان التاجر ممن يبيعون الصنف مجزا بين الجماهير (بالقطاعي) فلا يجوز للاسترقاق في الشراء أن يأخذ كل ما عند التاجر من هذا الصنف ، ولا مطلقه ، ولكن يجوز أن يأخذ جزءا كبيرا منه تبعا لحاجته وللظروف ، ما دام لا يتبين أن المشتري تاجر يأخذ الصنف ليبيعه هو أيضا بدوره (انظر محكمة السين التجارية الفرنسية في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٣ جريدة المحاكم التجارية ١٩٢٥ - ١٠٧ - بلانيول وريبير - إسمان ١ فقرة ١٢٨ ص ١٦٦ - ص ١٦٧) .

(٢) وقد يكون صاحب الإيجاب محركا بموامل انسانية ، ولا يقصد التقيد قانونا ، كمن يستدعي طبيبا لمعالجة مريض ، دون أن تكون بينه وبين المريض علاقة تجعله مسئولاً عن علاجه ، بأن لم يكن من أعاربه الأذنين ، وليس مسئولاً عن إصابة المريض ، وإنما فعل ذلك مدفوعا بمعامل الشفقة ، ففي مثل هذه الحالة لا يكون ملتزما نحو الطبيب بأجر العلاج (محكمة دييجون الاستئنافية الفرنسية في ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسوعى ٢٨ - ٤٨٨ - محكمة النقض الفرنسية في ١٣ مايو سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤ - ١ - ٣٣٦) - انظر أيضا الأحكام التي سبقت الإشارة إليها في موضوع الإيجاب الصريح (فقرة ١٥٩) وقارن المادة ٧ فقرة أولى من قانون الالتزامات السويسري ، وهي تقضى بأن صاحب الإيجاب لا يكون ملتزما إذا كان قد اشترط ذلك صراحة ، أو ظهرت نيته في ألا يلتزم ، سواء تبين ذلك من الظروف ، أو من طبيعة التعامل الخاصة .

وإذا كان الوسيط ما بين المتعاقدين سمسارا مثلا ، وليس له حق تقيد عميله ، فهذه ظروف قاطعة في أن الإيجاب الصادر منه غير ملزم (لا للعميل ولا للسمسار) ، لأن الطرف الآخر يعلم أنه يتعامل مع سمسار ليس له حق التعاقد ، بل هو مجرد وسيط (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٢٧ ص ١٦٥ هامش نمرة ٢) .

§ ٢ - القوة الملزمة للإيجاب

* ٢٤٠ - فإذا صدر الإيجاب باتا وعلم به الطرف الآخر،^(١) لزم صاحبه وقتا ما، وهذا يدعو إلى البحث في مسألتين : (١) كيف يكون مجزئ الإيجاب ملزما . (٢) إلى أى وقت يبقى كذلك .

الأساس القانوني لقوة الإيجاب الملزمة :

* ٢٤١ - **لإيجاب قوة ملزمة** - قدمنا في الكلام على الإرادة المنفردة أن القانون المقارن متجه إلى جعل الإيجاب ملزما ، على أساس جواز الالتزام بالإرادة المنفردة . وقد نص القانون الألماني (م ١٤٥) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٣) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢ فقرة خامسة وم ٦٠) صراحة على ذلك . وذكرنا أن القضاء فى مصر وفى فرنسا لا يذهب هذا المذهب، ويحيز العدول عن الإيجاب مادام لم يقتزن به القبول^(٢) .

(١) وهذا هو المفروض لأننا نبحث حالة ما إذا كان التماقد يتم بين شخصين موجودين فى مجلس العقد . أما إذا فرضنا أن من صدر منه الإيجاب لم يكن موجودا فى مجلس واحد مع الطرف الآخر ، فإنه يستطيع العدول عن إيجابه ما دام يعلن هذا العدول للطرف الآخر قبل أن يصل إليه الإيجاب أو فى الوقت ذاته ، ولا يكون الإيجاب ملزما للوجب فى هذه الحالة ، لأن الطرف الآخر لم يصل إلى علمه الإيجاب إلا مقرونا بالعدول عنه ، فلا يحل القول بأنه اعتمد على الإيجاب وقتا ما ، اعتمادا من شأنه أن يولد فى نفسه ثقة مشروعة . وهذا رأى صحيح باتفاق الجميع ، سواء من يقول بإمكان العدول عن الإيجاب فى كل الأحوال ، أو من يقول بعدم جواز ذلك ، لأن هؤلاء إذا كانوا لا يجيزون العدول عن الإيجاب فإنهم يشترطون فى ذلك أن يصل إلى علم الطرف الآخر إيجاب بات لم يعدل عنه . وقد نصت المادة ٩ من قانون الالتزامات السويسرى على ذلك ، فقضت بأن الإيجاب يعتبر ملغى ، إذا عدل عنه الموجب أو وصل العدول إلى الطرف الآخر قبل وصول الإيجاب ، أو مع وصوله ، أو بعد وصوله إذا علم به الطرف الآخر قبل علمه بالإيجاب . وتطبق القاعدة ذاتها على العدول عن القبول . وقضت المادة ١٣٠ من القانون الألمانى بأن إعلان الإرادة لا يفتح أثره ، إذا وصل إلى الطرف الآخر عدول الموجب قبل وصول الاعلان أو معه . انظر بلانيول وريير وآسمان ١ فقرة ١٣١ - بودرى وبارد ١ فقرة ٣٥ - لوران ١٥ فقرة ٤٧٦ - بنوار ص ٤٨٠ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٦٤ - أوربى ورو ٤ ص ٤٨٢ - توليه ٦ فقرة ٣٠

(٢) أما الشريعة الإسلامية فلا ترى الإيجاب وحده ملزما إلا إذا اقتزن به القبول . وقد جاء فى البسائط ، فى باب البيع ، ما يأتى : " وأما صفة الإيجاب والقبول ، فهو أن أحدهما لا يكون لازما قبل وجود الآخر ، فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر ، حتى إذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين ، فلا أثر خيار القبول ، وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر ، لما روى عن أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بينهما ، والخيار الثابت لهما قبل التفريق بينهما هو خيار القبول وخيار الرجوع ، ولأن أحد الشطرين لو لم يزل قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبورا على ذلك الشطر ، وهذا لا يجوز (البداية ٥ ص ١٣٤) . وجاء فى الهندية أن خيار القبول لا يورث ، فلم مات أحد المتعاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب .

أما الفقه في فرنسا وفي مصر فقد أخذ يميل إلى جعل الإيجاب ملزما كما قدمنا، فالموجب إذا حدد ميعادا للقبول، أو ظهر من الظروف أنه يقصد إعطاء ميعاد معقول لذلك، بقي ملتزما هذه المدة بعدم العدول عن إيجابه^(١). ولكن الفقهاء الفرنسيين يختلفون في الأساس القانوني الذي تستند إليه هذه القوة الملزمة.

على أنه لا خلاف في الأمر إذا كان من صدر منه الإيجاب قد اتفق مع الطرف الآخر على أن يبقى ملتزما بإيجابه لا يعدل عنه مدة معينة، فيكون التزام الموجب مستندا إلى عقد تم بينه وبين الطرف الآخر، وهو غير العقد المزمع إبرامه فإن هذا لا يتم إلا إذا اقترن القبول بالإيجاب^(٢).

* ٢٤٢ - أساسها القانوني : الخطأ التقصيري - ذهب الفقهاء في ذلك مذاهب^(٣) شتى، فقريق يرى أن عدول الموجب عن إيجابه يعد خطأ يستوجب مسؤوليته، كما في العدول عن المفاوضات قبل أن تصبح إيجابا باتا. غير أن الفرق بين الحالتين هو أن مجرد العدول عن المفاوضات لا يعد خطأ في ذاته، بل يجب على الطرف الآخر أن يثبت أن هذا العدول قد اقترن بخطأ، أما عدول الموجب عن الإيجاب البات قبل انتهاء الميعاد فهو في ذاته خطأ يستوجب المسؤولية، ولكن هذه المسؤولية ليست تعاقدية لأن العقد لم يتم، إذ لم يقترن القبول بالإيجاب، بل هي مسؤولية

= وفي القانون الإنجليزي يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه، قبل اقتران القبول به، حتى لو كان قد حدد مدة للقبول. وضرب بولوك لذلك مثلا: رجل عرض على آخر في الصباح أن يبيعه سلعة، وانتظره إلى الساعة الرابعة بعد الظهر ليت في الشراء، ففي هذه الحالة يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه وبيع السلعة لآخر، حتى قبل حلول الموعد المضروب، ما دام الطرف الآخر لم يقبل الصفقة (بولوك في العقد - طبعة تاسعة ص ٢٨ - ص ٢٩ - انظر أيضا كارت في العقد الطبعة الثانية ص ٥).

(١) على أن هذا الرأي الحديث لم يسد إلا أخيرا، وقد كان الفقهاء في فرنسا من عهد قريب يقولون أن الإيجاب وحده غير ملزم للموجب، فله أن يعدل عن إيجابه ما دام لم يقترن به القبول (مبولومب ٢٤ فقرة ٦٣ - أوبري ورو ٤ ص ٤٨١ - لوزان ١٥ فقرة ٦٩ وما بعدها).

(٢) وقد يكون العقد الملزم للموجب بعدم العدول عن إيجابه عقدا ضمنا بهم من الظروف (انظر محكمة النقض الفرنسية في ٩ مايو سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ - ١ - ٢٢٨). ويجب عدم الخلط بين هذا العقد الضمني، وهو عقد موجود حقا، وبين العقد المفترض، وهو عقد يفترض وجوده، ويفسر به بعض الفقهاء القوة الملزمة للإيجاب كما سبق ذكر ذلك.

(٣) انظر هيك ٧ فقرة ١٢ وفترة ١٣

تفصيلية مبنية على الخطأ طبقاً للقواعد العامة^(١) ويؤخذ بحق على هذا الرأي أنه لا يقدم حل المسألة خطوة واحدة، فإن القول بأن الموجب يلتزم بعدم العدول عن إيجابه لأن العدول عنه خطأ هو في الواقع دور في حلقة مفرغة، لأنه يبقى علينا أن نعرف لماذا يعتبر العدول عن الإيجاب خطأ، فهو لا يكون خطأ إلا إذا كان الموجب ملتزماً بعدم العدول، ونحن نقول أن الموجب ملتزم بعدم العدول عن الإيجاب لأن العدول خطأ، وهذا هو الدور^(٢).

* ٢٤٣ - الخطأ عثر تكويده العقر والارادة المنفردة - وهناك فريقان آخران: أحدهما يذهب إلى أن مسئولية الموجب، إذا عدل عن الإيجاب، تستند إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد (culpa in contrahendo)، فقد منع الموجب العقد من أن يتم بخطأه، وقد سبقت الإشارة إلى هذه النظرية وسنعود لها بتفصيل أوفى. والفريق الآخر يذهب إلى أن الموجب يلتزم بإرادته المنفردة، وهذا هو الرأي الذي أخذ يتغلب في الفقه الفرنسي، واليه يذهب كثير من الفقهاء المعاصرين كما قدمنا عند الكلام على الإرادة المنفردة. وهو الرأي الذي تتماشى مع اتجاه القانون المقارن والقوانين الحديثة كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

* ٢٤٤ - العقر المفترض - ونحن لا نتردد جواز أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً لالتزام الموجب في هذه الحالة، بل ونؤثر هذا المذهب على غيره. ولكننا نعيد ما قررناه من أنه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بنظرية العقد المفترض، وهذا ما يذهب إليه فريق خامس من الفقهاء

(١) انظر محكمة النقض الفرنسية في ٩ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٥ مع تعليق بلانيول - محكمة رن الاستئنافية الفرنسية ٢٨ يولييه سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٥ - ٤٨ محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٢ ص ١٣ نمرة ١٧

(٢) ويعترض أيضاً على هذه النظرية بأنها تؤدي إلى نتيجة غير معقولة. فلو فرض أن قاصراً صدر منه إيجاب ثم عدل عنه فهو يلتزم بسبب هذا العدول، لأنه يكون قد ارتكب خطأ، والقاصر قد يكون أهلاً للمسئولية التقصيرية. مع أنه لو اقترن القبول بإيجابه وتم العقد فهو لا يلتزم لأنه غير أهلاً للمسئولية التعاقدية، فكيف يلتزم شخص يجترّد الإيجاب، بينما هو لا يلتزم بهذا الإيجاب ذاته إذا اقترن به القبول! (انظر بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ١٣١ ص ١٧٣). - على أننا نلاحظ على هذا الاعتراض أن التزام القاصر يجترّد الإيجاب غير التزامه بالإيجاب مقترناً به القبول. فالترام الأول هو التزام بعدم العدول عن الإيجاب، والترام الثاني هو الالتزام الناشئ عن العقد بعد أن تم. ماذا عدل القاصر عن إيجابه كان هذا خطأ يستوجب التعويض عن الضرر الذي حدث، ولكن هنا لم يحدث ضرر ما فانه لو لم يعدل القاصر عن إيجابه وتم العقد فان هذا العقد لا يلزم القاصر. لذلك لا يكون القاصر ملزماً بالتعويض، لا على أن عدوله عن الإيجاب ليس بخطأ، بل على أن هذا الخطأ لم يتسبب عنه ضرر.

لتفسير القوة الملزمة للإيجاب . فعندهم أن الموجب وقت صدور الإيجاب قد عرض إيجابه الأصلي ؛ وهذا مجرد إيجاب لا يلزمه إلا إذا اقترن به قبول الطرف الآخر ، وعرض إيجابا ثانيا هو أن يبقى ملتزما بإيجابه الأول فلا يعدل عنه إلا بعد مدة معينة ، وهذا الإيجاب الثاني اقترن به قبول الطرف الآخر ، والقبول هنا قد يؤخذ من مجرد السكوت لأن فيه مصلحة ، فتم بذلك عقد بين الطرفين يلتزم بمقتضاه الموجب بعدم العدول عن إيجابه ^(١) . ومزية هذا الرأي في نظر القائلين به أنه يفيهم عن القول بالارادة المنفردة مصدرا للالتزام ، فلا يخرجون بذلك على النظرية التقليدية ، وهي تقضى بأن العمل القانوني لا ينشئ التزاما إلا إذا كان عقدا . وليست هذه المزية في نظرنا مما يحصر عليه ، فانه لا بد من التسليم بأن الارادة المنفردة قد تولد التزاما ، وإذا أمكن تفادي هذه النتيجة في حالتنا هذه ، فهناك أحوال أخرى سبقت الإشارة إليها ، لا يمكن تعليلها إلا بأن الارادة المنفردة هي مصدر الالتزام . وانما نريد أن نشير إلى أن نظرية العقد المفترض تتفق مع اشتراط وصول الإيجاب إلى علم الطرف الآخر حتى يكون ملزما ، فقد سبق أن قررنا أن الإيجاب لا يلزم الا اذا وصل إلى الطرف الآخر ، وأن الوصول قرينة على العلم . فاذا كان من صدر منه الإيجاب قد حدد مهلة للقبول ، أو فهم ذلك من القرائن ، فلا يصعب ، وقد علم الطرف الآخر بالإيجاب وبالمهلة التي اقترنت به ، أن نفرض أن هناك عقدا تم ما بين الطرفين بشأن هذه المهلة ، منحها الموجب صراحة أو ضمنا ، وقبلها الطرف الآخر بسكوته ^(٢) . أما الاعتراض على هذه النظرية بأنها لا تصلح تفسيراً لحالة الإيجاب الموجه للجمهور فهو اعتراض صحيح في هذه الحالة ، ولكنه لا يصلح في حالة ما إذا كان الإيجاب موجها إلى شخص معين ^(٣) .

(١) ديمولوب ٢٤ فقرة ٦٤ وما بعدها - فاليري : التعاقد بالمراسلة فقرة ١٧٤ - بلانيول ٢ فقرة ٩٨٣ محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧١ - ١ - ٦١ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللي بك م ٣٠١ فقرة ٥ - حكم آخر في ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ - حكم ثالث في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٨٩ .

(٣) على أنه بالرغم من جواز تفسير القوة الملزمة للإيجاب بالعقد المفترض ، يبقى فرق دقيق إذا أخذ بهذا التفسير ، عما لو أخذ بنظرية الارادة المنفردة ، فان الموجب في نظرية العقد المفترض ، يلتزم من وقت علم الطرف الآخر بإيجابه ، لأن العقد المفترض الذي أنشأ التزامه لم يتم إلا في هذا الوقت . أما في نظرية الارادة المنفردة فان الموجب يلتزم منذ صدور الإيجاب ، وإذا كان صحيحا أن الالتزام الناشئ من ارادته المنفردة معلق على علم الطرف الآخر ، فانه إذا توافر شرط العلم هذا وجد الالتزام من وقت صدور الإيجاب ، لأن من وقت علم الطرف الآخر . يترتب على هذا نتيجة عملية =

٢٤٥ - جزاء القوة الملزمة للإيجاب - ونرى مع الأستاذة بلانيول وريبير

واسمان^(١)، أن جزاء القوة الملزمة للإيجاب هو اعتبار الإيجاب قائماً ولو عدل عنه الموجب، فيجوز للطرف الآخر أن يقبل هذا الإيجاب المعتبر قائماً^(٢) فيتم العقد، ويصبح الموجب ملزماً بمضمون إيجابه، لا مجرد عدم العدول عن الإيجاب كما كان الأمر في المرحلة الأولى قبل صدور القبول من الطرف الآخر على أن قيام الإيجاب بالرغم من عدول الموجب إنما هو اعتباري لاحق، لأن الواقع هو أن الموجب قد عدل عن الإيجاب فسقط، وإنما نعتبره قائماً على سبيل التعويض، إذ أن الموجب بعدوله قد أدخل بالتزامه من عدم العدول، وخير تعويض عن هذا الإخلال بالالتزام هو التعويض العيني، فيعتبر الإيجاب قائماً بالرغم من العدول. ويترب على أن الإيجاب إنما يقوم اعتباراً على سبيل التعويض ما يأتي: (١) لا يعتبر الإيجاب قائماً إلا إذا اختار الطرف الآخر ذلك، فإذا لم يكن هذا من مصلحته كان له أن يتمسك نحو الموجب بعدوله عن الإيجاب، وبأن العقد لم يتم بالرغم من صدور القبول، لأن هذا القبول لم يصادف إيجاباً قائماً. وهذا يتحقق في عقد ينقل الملكية وينقل تبعه هلاك الشيء، كما في البيع، فإذا فرض أن البائع عدل عن إيجابه في وقت كان الإيجاب فيه ملزماً، ثم قبل المشتري بعد العدول واستلم الشيء المبيع^(٣) (حتى تنتقل إليه تبعه الهلاك في القانون المصري) وهلك الشيء في يده قضاءً وقدرًا، ثم علم بعد الهلاك أن البائع كان قد عدل عن الإيجاب قبل صدور القبول، فإنه يصبح من مصلحته أن يتمسك بعدم تمام العقد لعدول الموجب عن إيجابه قبل القبول، وبذلك يتحمل البائع تبعه هلاك الشيء دونه. ولا يسمع من البائع أن عدوله عن الإيجاب لا يمنع من بقاءه قائماً، فإن هذا إنما يصح في حق المشتري لا في حقه هو، وبقاء الإيجاب قائماً

= هامة: إذا صدر الإيجاب ومات الموجب أو فقد أهليته قبل علم الطرف الآخر به، فإنه يبقى ملزماً (هو أو ورثته) بإيجابه إذا أخذنا بنظرية الإرادة المنفردة تفسيراً للقوة الملزمة للإيجاب، لأن التزامه، بعد أن علم الطرف الآخر بالإيجاب، قد وجد قبل موته أو قبل فقد أهليته. أما إذا أخذنا بنظرية العقد المفترض فإن الإيجاب يسقط، ما دام لم يقترن به قبول الطرف الآخر قبل موت الموجب أو فقد أهليته.

وهذا ما يجعل نظرية الإرادة المنفردة تمتاز، حتى في الأحوال التي يمكن فيها تفسير الالتزام بنظرية أخرى.

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٢

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٢ (فقرة خامسة) من المشروع الفرنسي الإيطالي.

(٣) دون أن يكون في هذا الاستلام ما يفيد وجود رضا جديد من البائع بالبيع، وإلا اعتبر قبول المشتري إيجاباً وتسليم البائع الشيء له قبولاً لهذا الإيجاب.

رغم العدول انما هو قيام اعتبارى لمصلحة المشتري ولتعويضه كما قدّمنا^(٢) . اذا فرض أن الطرف الآخر اختار قيام الإيجاب رغم عدول الموجب ، وصدر منه قبول ، وأراد التمسك بتمام العقد ، فإن القاضى غير ملزم باجابه إلى طلبه ، فإن تمسك المدعى بقيام الإيجاب انما هو على سبيل التعويض ، فإذا رأى القاضى أن الظروف لا تبرر ذلك ، فله أن يعدل عن الحكم بتمام العقد الى الحكم بتعويض بقدر الضرر الذى أصاب الطرف الآخر . وقد لا يكون هناك ضرر ما فلا يحكم القاضى بأى تعويض . ويلاحظ كذلك أنه قد يعد خطأ من الطرف الآخر أن يتسرع فى الاطمئنان الى الإيجاب وفى اتخاذ تدابير يكون من الرعونة اتخاذها قبل صدور القبول ، أى قبل تمام العقد ، فإذا فعل كان مخطئا ، ودخل هذا الخطأ فى حساب القاضى عند تقدير التعويض^(٣) .

ومن ذلك نرى أن قيام الإيجاب بالرغم من عدول الموجب لا يكون إلا اذا اختاره الطرف الآخر ، وحتى اذا اختاره هذا فإن القاضى غير ملزم باجابه الى ذلك .

المدة التى يبنى فيها الإيجاب ملزما :

* ٢٤٦ - **تحرير هذه المرة** - يبقى الموجب ملتزما بإيجابه المدة التى حددها اذا كان قد حدد مدة ما ، مالم يكن قد سقط ايجابه برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة . أما اذا كان الموجب لم يحدد مدة فيبقى ملتزما بإيجابه المدة المعقولة ، فقد يظهر من الظروف أن الموجب أراد أن يترك وقتا معقولا للطرف الآخر ، حتى يتروى فى الأمر ، أو ليستكمل المعلومات التى تنقصه ، أو لغير ذلك من الأسباب ، فيبقى الموجب ملتزما بعدم العدول عن ايجابه طول هذه المدة المعقولة ، وتقديرها مسألة وقائع تترك لقاضى الموضوع ، فهو يفسر نية المتعاقدين فى كل قضية ، ويقدر المدة تبعا للظروف^(٣) ، ولكنها تكون فى العادة مدة قصيرة ، وهى فى المسائل التجارية أقصر منها فى المسائل المدنية لما تقتضيه التجارة من السرعة فى التعامل ، وهى فى المسائل التى تحتاج إلى دراسة وفحص أطول منها فى المسائل الأخرى .

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٢

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٢ ص ١٧٥

(٣) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ ، وقارن حكما آخر

فى ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللى مادة ٣٠١ - ٥ وحكما ثانيا فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢ .

على أنه ليس من الضروري أن يكون هناك مدة قصد الموجب - صراحة أو ضمنا - أن يتقيد فيها بعدم العدول عن إيجابه . بل أن الأصل هو ألا تكون هناك مدة ما . فما دام المتعاقدان في مجلس العقد كما هو المفروض ، فإن القبول يجب أن يصدر فورا ، فإذا ترأخى كان للموجب أن يعدل عن إيجابه قبل صدور القبول^(١) . وفي هذا يتقابل من يقول بالزام الإيجاب ومن يقول بعدم الزامه ، فالفرقان متفقان على أنه إذا لم تكن هناك مدة يلتزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه فإن له العدول عن هذا الإيجاب مادام لم يقتن به القبول .

(١) وهذا ما نصت عليه القوانين الحديثة صراحة . فقد قضت المادة ١٤٧ من القانون المدني الألماني بأن الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر يجب قبوله فورا ، وكذلك الأمر في إيجاب صادر إلى شخص بطريق التلغراف . وقضت المادة الرابعة من قانون الالتزامات السويسري بأن الإيجاب إذا كان صادرا إلى شخص حاضر ، دون تحديد مهلة للقبول ، فإن صاحب الإيجاب يتخلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا - وقضت المادة الثانية من المشروع الفرنسي الإيطالي بأن الأصل جواز الرجوع في الإيجاب ، إلا إذا اقترن - صراحة أو ضمنا - بمدة يصدر فيها القبول ، فإذا لم يقتن الإيجاب بمدة ما ، فللموجب حق الرجوع في إيجابه حتى يصل القبول إلى علمه ويلاحظ أن المشروع الفرنسي الإيطالي أدق في هذه المسألة من قانون الالتزامات السويسري ، فإن هذا القانون الأخير يذكر أن الموجب يتخلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا . أما المشروع الفرنسي الإيطالي فإنه لا يحل الموجب من إيجابه ، بل يعطيه حق الرجوع في الإيجاب ، وهذا هو الصحيح في نظرنا . ولتفصيل ذلك نقول أن هناك فرقا بين قيام الإيجاب ملزما ، وقيامه غير ملزم ، وسقوطه ، فإذا كانت هناك مدة تقيدها الموجب بعدم العدول فإن الإيجاب يكون قائما ملزما ، أما إذا لم تكن هناك مدة ، فإن الإيجاب يبقى قائما غير ملزم ، فإذا ما عدل عنه الموجب ، أرفضه الطرف الآخر ، سقط . ومن ذلك نرى أن المشروع الفرنسي الإيطالي كان على حق عندما ذكر أن للموجب أن يعدل من إيجابه ما دام هذا الإيجاب لم يقبل ، ولم يقل كقانون الالتزامات السويسري أن الإيجاب يسقط ، لأن الحالة التي نحن بصدددها هي حالة يكون فيها الإيجاب قائما غير ملزما فلا يسقط إلا بالعدول عنه ، وليست حالة يسقط فيها الإيجاب من تلقاء نفسه .

وقد تقدم في القانون الإنجليزي أن للموجب حق العدول عن إيجابه حتى لو حدد مهلة للقبول ، فيكون الموجب من باب أول في حل من الرجوع في إيجابه إذا لم يحدد مهلة

أما الشريعة الإسلامية فهي وإن كانت لا تعتبر الإيجاب وحده لازما كما قدمنا ، إلا أنها تعتبره قائما حتى يقتن به القبول فيلزم ، أو يعدل عنه الموجب فيسقط . واختلف الحنفية مع الشافعية ، فالحنفية يرون جواز القبول ولو ترأخى عن الإيجاب ما دام قد صدر في مجلس العقد ، فهم لا يشترطون غير اتحاد مجلس العقد ، وما دام المتعاقدان لم يتفرقا ، وما دام الموجب لم يعدل عن إيجابه ، فالإيجاب قائم وأن كان غير ملزم (وهذا هو الرأي الذي يذهب إليه القانون الحديث) . أما الشافعية فلا يكتفون باتحاد مجلس العقد ، بل يشترطون الفور في القبول ، فإذا لم يصدر القبول فورا سقط الإيجاب ولو لم يعدل عنه الموجب . واليك ما جاء في البدائع في هذه المسألة في باب البيع "وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، فإن اختلف المجلس لا ينعقد ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ، ثم قبل ، لا ينعقد ، لأن القياس ألا يتأخر أحد الشترين عن الآخر في المجلس ، لأنه كما وجد أحدهما انعدم =

أما إذا لم يجمع المتعاقدان مجلس واحد — وهذه غير الحالة التي نحن بصددتها — فإن الموجب يسبق ملتزما بإيجابه (حتى لو لم تكن هناك مدة محددة صراحة أو ضمنا) المدة اللازمة لوصول الإيجاب إلى الطرف الآخر وتمكن هذا الأخير من الرد عليه عاجلا، على أن تكون العجلة في الرد متناسبة مع الطريقة التي اختارها الموجب في تبليغ إيجابه، فإن كان هذا التبليغ بطريق سريع كالتلغراف، وجب على الآخر أن يرد بسرعة تضاهي سرعة تبليغ الإيجاب، وهكذا^(١).

= الثاني من زمان وجوده، فوجد الثاني والأول منعدم، فلا ينظم الركن، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكما، وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة، وحق الضرورة يصير مقضيا عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف لا يتوقف. وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله القور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه. وجه قوله ما ذكرنا من أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر، والتأخر لمكان الضرورة، وأنها تندفع بالفور. ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة، لأن الذابل يحتاج إلى التأمل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل“ (البدائع ٥ ص ١٣٧) — هذا وظاهر أن مذهب الحنفية هو الذي يوافق القانون الحديث، فإن الإيجاب يثنى قائما، حتى لو لم يصدر القبول فورا، إلا أنه إيجاب غير ملزم. أما شرط اتحاد المجلس الذي تشترطه الحنفية فقد ذهبت فيه إلى مدى بعيد، لاشك في أن فيه تحليلا منطقيا دقيقا، ولكنه تحليل يخرج بالقانون عن مهمته الاجتماعية، ليصير فروضا تخضع لمناطق ضيق لا يتسع للحياة العملية. واليك ما جاء بالبدائع بشأن وجوب اتحاد المجلس: “وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان، أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محل واحد، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد، لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وإن قل ... ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس، ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فساد الآخر قبل القبول، أو سارا جميعا، ثم قبل، لا ينعقد، لأنه لما سار أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول، فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد ... ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد، سواء كانت واقفة أو جارية، خرج الشطران متصلين أو منفصلين، بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بأجرائه، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها، فلم يكن جريانها مضافا إليه، فلم يختلف المجلس، فأشبه البيت، بخلاف المشي والسير. أما المشي فظاهر لأنه فعله، وكذا سير الدابة مضاف إليه، ألا ترى أنه لو سيرها سارت، ولو وقفها وقفت، فاختلف المجلس بسيرها“ (البدائع ٥ ص ١٣٧) — ونرى من ذلك أن نقها. الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقي، ثم يؤولون المسألة على وجوهها المنطقية، فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختياري (المشي أو السير على الدابة) لا ينعقد البيع، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختياري (جريان السفينة) ينعقد. وفي هذا ذهب بالمنطق إلى أبعد مدى، وفيه من الحرج في المعاملات ما لا يخفى، إذ يمنع على شخصين يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتعاقدا لاختلاف المجلس، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقي للمجلس، فيكفي الاتحاد الحكمي، وقد اعترف فقهاء الحنفية بهذا الاتحاد الحكمي في التنقل غير الاختياري للضرورة، والضرورة ذاتها هي التي تقضي علينا أن نكتفي بالاتحاد الحكمي في التنقل الاختياري أيضا — وقد أراد شارح المجلة (الأستاذ سليم باز) رفع الحرج في حالة يكثر وقوعها — وهي السفر بالسكة الحديدية — فذكر في هذا الموضوع ما يأتي: “أما لو تبايعا وهما في السفينة فإنه يصح لكون السفينة كالبيت، فلا ينقطع المجلس بجريانها لأنهما لا يملكان إيقافها (طحاوي عن الهر) قلت ومثل السفينة سكة الحديد“ (شرح المجلة ص ٨٦).

(١) وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٤٧ (فقرة ثانية) من القانون المدني الألماني فهي تقضي بأن الإيجاب =

* ٢٤٧ - الالتزام بالإيجاب أثناء المدة - والمدة التي يكون فيها الموجب ملتزماً بإيجابه لا يجوز له فيها أن يرجع عن هذا الإيجاب، وللطرف الآخر أن يقبل الإيجاب في أي وقت قبل انقضاء هذه المدة، حتى لو مات الموجب أثناءها، فإن التزمه ينتقل إلى ورثته ويتم العقد بقبول الطرف الآخر، وينفذ أثره في حق الورثة، كسائر العقود التي تصدر من المورث، هذا ما لم يكن التعاقد قد اعتبرت فيه شخصية المورث .

أما إذا فقد الموجب أهلية التعاقد أثناء المدة فإن القانون الألماني يجعل حكم فقد الأهلية كحكم الموت، وقد قضت المادة ١٥٣ من هذا القانون بأن موت الموجب أو فقد أهلية قبل صدور القبول لا يمنع من تكوين العقد، إلا إذا كان هناك محل للتسليم بأن إرادة الموجب غير ذلك^(٣). وقد قدمنا أن الأستاذين كولان وكايتان يعترضان على هذا الحكم، ويريان أن موت الموجب غير فقد أهلية، ففي الحالة الأولى ينتقل التزام الموجب إلى ورثته ويتم العقد بقبول الطرف الآخر، أما في الحالة الثانية فالعقد لا يتم بقبول الطرف الآخر لأن الموجب لم يكن ذا أهلية وقت تمام العقد^(٥). ونحن نميل إلى الأخذ بما ورد في القانون الألماني، فلا تفرق بين الحالتين، لأننا متى قررنا أن الإيجاب يوجد التزاماً في جانب الموجب بأن يتعاقد، فهذا الالتزام يبق، ولو مات الموجب أو فقد أهليته، ويجب القيام به، أما من جانب الورثة في حالة الموت، أو من جانب من ينوب عن الموجب نيابة شرعية (كالقيم) في حالة فقد الأهلية.

= الصادر إلى شخص غائب، لا يجوز قبله إلا إلى الوقت الذي يتوقع فيه الموجب أن يصله الرد في ظروف متعادية . وتقضى المادة الخامسة من قانون الالتزامات والسببى بأنه إذا لم يقترن الإيجاب الصادر إلى شخص غائب بمهلة، فيبقى الموجب ملتزماً إلى الوقت الذي يتوقع فيه وصول رد، يرسل في وقت مناسب، وبالطرق المعتادة، وللوجب الحق في اقتراض أن الإيجاب قد وصل في الوقت المناسب .

- (١) وفي الشريعة الإسلامية يبقى الالتزام في التركة، فالنتيجة واحدة من الناحية العملية .
- (٢) وبلاحظ أن النضاء في مصر وفي فرنسا لا يقول بالقسوة الملزمة للإيجاب كما قدمنا . ويترتب على ذلك أنه إذا مات الموجب سقط الإيجاب بموته . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا مات الموجب (البائع مثلاً) قبل صدور القبول فليس للتعاقد معه أن يقبل، لأنه يشترط لانقضاء البيع إجماع الإرادتين في وقت واحد، وقد انعدمت إرادة الموجب بموته (٦ مارس سنة ١٩٢٠ بحاماة ٤ ص ٤٤٩ رقم ٣٤٧) .

(٣) انظر أيضاً المادة ١٣٠ فقرة ثانية من القانون المدني الألماني وقد سبق ذكرها (انظر فقرة ١٨٨) .

(٤) انظر أيضاً فقرة ١٨٨ ص ١٩٥

(٥) انظر كولان وكايتان ٢ ص ٢٧٢ - انظر أيضاً في هذا الموضوع ولتيرن ١ ص ١٢٨ - ص ١٢٩

٢٤٨ - عزم الالتزام بالإيجاب بعد انقضاء المدة - أما بعد انقضاء المدة التي يبقى فيها الموجب ملزماً بإيجابه ، فإن الإيجاب يسقط من تلقاء نفسه إذا كانت المدة محدّدة^(١) . أما إذا كانت المدة غير محدّدة فهي إذا المدة المعقولة كما قدّمنا ، ولما كان انقضاء هذه المدة لا يمكن تحديده بالدقة كما في الحالة الأولى ، فالأفضل أن يقال أن الإيجاب يتر على مرحلتين في هذه الحالة ، ففي المرحلة الأولى - أثناء المدة المعقولة - يكون الإيجاب قائماً ملزماً لا يجوز العدول عنه ، وفي المرحلة الثانية - بعد انقضاء المدة المعقولة - يبقى الإيجاب قائماً ، ولكنه يكون غير ملزم ، فيجوز العدول عنه ، وتبلغ ذلك للطرف الآخر . فإذا لم يبلغه الموجب شيئاً ، وحسب أن الموجب لم يعدل عن إيجابه ، فقبل الإيجاب ، ثم ادعى الموجب بعد ذلك أن العقد لم يتم ، لأنه قد عدل عن إيجابه قبل صدور القبول ، وفي وقت لم يكن فيه الإيجاب ملزماً ، كلف بإثبات ذلك ، فإذا أثبتته بقي بعد هذا مسئولاً عما عسى أن يكون قد ارتكبه من الخطأ في ترك الطرف الآخر يعتقد أنه لم يعدل عن الإيجاب^(٢) .

ويتبين مما تقدّم أن الإيجاب قد يتر على مراحل ثلاث بعد أن يصبح إيجاباً باتاً : يكون قائماً ملزماً في المدة التي يلتزم فيها الموجب بعدم العدول ، ثم يبقى قائماً غير ملزم بعد انقضاء هذه المدة ، ثم يسقط إذا عدل عنه الموجب أو رفضه الطرف الآخر أو لغير ذلك من الأسباب . وهذه مراحل تقابل المراحل التي يتر عليها الإيجاب قبل أن يصبح إيجاباً باتاً .

(١) كولان وكايتان ٢ ص ٢٧٣ ذلك لأن الموجب إذا حدد مهلة في إيجابه فهو يقصد عادة من ذلك أن يبقى إيجابه قائماً ملزماً مدة المهلة ، حتى إذا انقضت سقط إيجابه . فالمسألة إذا هي تفسير لنية الموجب . هذا وقد يحدّد الموجب مهلة ، ليست تاريخاً معيّن ، بل مدة محدودة (نحو أيام مثلاً) ، وهو يريد عادة أن نحسم الأيام تسري من وقت وصول الإيجاب إلى الطرف الآخر ، وعلى هذا الطرف الآخر أن يثبت وقت وصول الإيجاب إليه ، وإلا اعتبر الإيجاب قد وصل إليه في وقت معقول (بلائيول وريير واسمان ١ فقرة ١٣٥) .

هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإيجاب يبقى قائماً حتى يعدل عنه الموجب ، إلا إذا اتفق على ميعاد يبقى الإيجاب فيه ملزماً ، فلا يجوز العدول عنه في هذا الميعاد ، حتى إذا انقضى سقط الإيجاب (٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢) .

(٢) قارن بلائيول وريير واسمان ١ فقرة ١٣٥ ص ١٨٠ - أما إذا لم يستطع الموجب أن يثبت أنه عدل عن الإيجاب ، فيعتبر إيجابه قائماً ، وإذا اقترن به القبول تم العقد (انظر في هذا المعنى بودري وبارد ١ فقرة ٣٦ - بودري وسينيا في البيع فقرة ٢٧ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٣ وهامش رقم ١٣ مكررة - بلائيول ٢ فقرة ٩٧٧ - انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢ - قارن والتون ١ ص ١٢٦ - وانظر المادة ١٥١ من القانون المدني الألماني) .

٢٤٩ - **الفصل بعمر سقوط الإيجاب** - فإذا سقط الإيجاب فكل قبول بعد ذلك يكون متأخراً، ولا يعتد به على اعتبار أنه قبول لإيجاب سابق، ولكن يصح أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً، يجوز لمن صدر منه الإيجاب الذي سقط أن يقبله، فيتم العقد. وهذا ما ينص عليه صراحة القانون الألماني، إذ تقضى المادة ١٥٠ بأن القبول المتأخر يكون إيجاباً جديداً.

فإذا اعتبر القبول المتأخر إيجاباً جديداً، وعلم به من صدر منه الإيجاب أولاً وسكت، فقد يعتبر سكوته قبولا لهذا الإيجاب الجديد، إذا تبين من الظروف ما يمكن معه تأويل السكوت بالقبول، كما إذا صدر القبول في الوقت المحدد ولكنه وصل إلى الموجب متأخراً، وعلم الموجب بهذا وسكت، فلم يخبر الطرف الآخر بأن قبوله قد وصل متأخراً، ففي مثل هذه الحالة يعتد سكوته قبولا للإيجاب الجديد^(٢).

(١) وإذا فرض أن التعاقد بين غائبين - وهو غير الفرض الذي نحن بصدد - وتصدر القبول من صاحبه في المدة المحددة، ولكنه لم يصل إلى الموجب إلا بعد انقضاء المدة، فإنه يعتبر متأخراً (هذا إذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول في التعاقد بطريق المراسلة كما سيتبين ذلك فيما يلي). ذلك لأن الموجب، إذا لم يصله القبول في الميعاد المحدد، يكون في حل من الرجوع عن إيجابه، سواء كان القبول قد صدر بالفعل من المتعاقد أو لم يصدر، مادام لم يصله هذا القبول في الميعاد الذي حدده (بلائيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٤ - لبون كان ورينو ٣ فقرة ٢١). وإذا فرض أن القبول قد صدر في وقت يمكن معه أن يصل إلى الموجب قبل انتهاء المدة، ولكنه لم يصل إليه بالفعل لسبب لا يرجع خطأً للموجب، فإن الطرف الآخر يحمل تبعه هذا التأخر، ويكون الموجب في حل من الرجوع عن إيجابه متى انتهت المدة ولم يصله القبول. والعكس صحيح: إذا صدر القبول في وقت لا يمكن فيه أن يصل إلى الموجب قبل انتهاء المدة، إذا اتبعت وسائل النقل المعتادة، ولكن الطرف الآخر عني بالأمر وأرسل القبول من طريق أسرع، فوصل بالفعل إلى الموجب قبل انتهاء المدة، فليس لهذا الأخير أن يعترض، ويتم العقد بوصول القبول إلى الموجب في هذه الحالة. (بلائيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٤).

وقد نصت القوانين الحديثة على الحلول المتقدمة نصاً صريحاً. فقضت المادة ٣ من قانون الالتزامات السويسري بأن كل شخص يعرض على آخر إبرام عقد، ويحدد له مهلة للقبول، يبقى ملتزماً بإيجابه حتى انتهاء المهلة، ويحلل من هذا الإيجاب إذا لم يصله القبول قبل انتهاء الميعاد. وقضت المادة ١٤٨ من القانون المدني الألماني بأنه إذا حدد الموجب مهلة للقبول، فيجب أن يكون القبول قبل انتهاء هذه المهلة. وقضت المادة الثانية من المشروع الفرنسي الإيطالي بأن القبول يجب أن يصل إلى الموجب في الميعاد المحدد في الإيجاب، أو في ميعاد معقول تحدده طبيعة التعامل.

(٢) بلائيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٤ ص ١٧٩ - وهذا ويجب التمييز بين فرضين: صدور القبول بحيث يصل في الميعاد ولكنه يصل متأخراً بالفعل، وصدور القبول بحيث لا يمكن أن يصل في الميعاد. فالفرض الذي نحن بصدد هو الفرض الثاني، والقبول في هذه الحالة يعتبر إيجاباً جديداً كما نص القانون الألماني على ذلك صراحة في المادة ١٥٠ (وكذلك تقضى المادة ٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأن السكوت للموجب أن يعتبر القبول المتأخر =

§ ٣ - حالات خاصة للإيجاب

٢٥٠ - قد يأخذ الإيجاب شكلا خاصا يستوقف الباحث . فقد يكون موجها الى

شخص غير معين وهذا هو الإيجاب الصادر للجمهور (offre au public)، وقد يكون المعروض

= صحيحا، وأن العقد قد تم، بشرط أن يشعر الطرف الآخر فوراً بذلك، ولكن يلاحظ على هذا النص أنه لا يعتبر القبول المتأخر إيجاباً جديداً، بل يعتبره قبولاً صحيحاً، وأنه لا يميز بين الفرضين المتقدمين، ففى كليهما يعتبر القبول متأخراً). أما للقبول الذى صدر بحيث يصل فى الميعاد ولكنه يصل متأخراً بالفعل فهذا يعتبر - فى نظر القانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى - قبولاً صحيحاً اذا تجاوز الموجب عن التأخر، وليس إيجاباً جديداً كما فى الحالة السابقة، فقد قضت المادة ١٤٩ من القانون المدنى الألمانى بأنه اذا وصل اعلان القبول متأخراً الى الموجب، وكان قد أرسل فى ظروف من شأنها أنه لو تم ارسال بطريقة منتظمة لوصل فى الميعاد، وتبين أن الموجب لا بد أن يكون قد شعر ضرورة ذلك، فيجب على هذا الأخير أن يشعر الطرف الآخر فوراً عقب استلامه للقبول، بأن هذا القبول لم يصله فى الميعاد، إلا اذا كان قد أشعره بذلك من قبل. واذا تأخر الموجب فى هذا الاشعار، فلا يعتبر القبول متأخراً. وتقضى المادة الخامسة من قانون الالتزامات السويسرى بأن القبول اذا أرسل فى الميعاد المناسب، ولكنه وصل متأخراً للموجب، ولم يرد هذا الأخير أن يتقيد به، وجب عليه أن يخبر الطرف الآخر فوراً بذلك. ومن هذه النصوص يتبين أن القانونين الألمانى والسويسرى يعتبران القبول الذى صدر فى ميعاد مناسب، ولكنه وصل متأخراً، قبولاً صحيحاً (لا إيجاباً جديداً) اذا تجاوز الموجب عن التأخير، ويعدّ متجاوزاً اذا لم يتمسك بالتأخير فوراً وقت وصول القبول المتأخر ويخبر الطرف الآخر بذلك.

وهناك فرق بين اعتبار القبول المتأخر إيجاباً جديداً أو اعتباره قبولاً صحيحاً. فعلى الاعتبار الأول لا يتم العقد إلا بعد قبول من الموجب، وعلى الاعتبار الثانى يتم العقد بمجرد وصول القبول المتأخر. ولكن هذا الفرق قد لا يكون له أثر فى العمل، إذ أن سكوت الموجب قد يعتبر قبولاً، فيتم العقد فى الحالتين فى وقت واحد: بوصول القبول المتأخر. على أن هناك فرقاً آخر بين الاعتبارين أكبر أهمية: فانسأ اذا فرضنا القبول المتأخر إيجاباً جديداً ترتب على ذلك أن من صدر منه الإيجاب أولاً يكون هو القابل، فاذا مات أو فقد أهليته قبل وصول القبول المتأخر لا يتم العقد، لأنه لا يمكن أن يصدر منه قبول صحيح لهذا الإيجاب الجديد. أما اذا فرضنا القبول المتأخر قبولاً صحيحاً، فان من صدر منه الإيجاب أولاً يبقى هو الموجب، فاذا مات أو فقد أهليته قبل وصول القبول، فان ذلك لا يمنع من تمام العقد، لما قد مناه من أن موت الموجب أو فقد أهلية لا يسقط الإيجاب.

وقد رأينا أن المشروع الفرنسى الايطالى لا يميز بين قبول لا يصدر فى الوقت المناسب ويصل متأخراً وآخر يصدر فى الوقت المناسب ولكنه يصل متأخراً، ففى الحالتين يعتبر القبول متأخراً، وكان من مقتضى ذلك أن يكون هذا القبول المتأخر فى الحالتين بمثابة إيجاب جديد كما ذهبنا الى ذلك فى المتن. ولكن المشروع لم يذهب الى ذلك، بل اعتبر القبول المتأخر قبولاً صحيحاً لا إيجاباً جديداً، ولكنه اشترط أن يشعر الموجب الطرف الآخر فوراً بذلك، فالاشعار هنا ليس كالاشعار الذى يتطلبه القانونان الألمانى والسويسرى، لأن الموجب لا يشعر المتعاقد الآخر أنه لا يعتد بالقبول، بل على العكس من ذلك يشعره بأنه يعتبر القبول صحيحاً. ويفهم من هذا أنه طبقاً للشروع الفرنسى الايطالى اذا وصل القبول متأخراً - سواء صدر فى وقت غير مناسب أو فى وقت مناسب - ولم يشعر الموجب المتعاقد الآخر أنه يعتبر القبول صحيحاً، بل سكت، فالقبول لا يكون صحيحاً، ولا يتم العقد. وهذه نتيجة لا يقرها القانون الألمانى والسويسرى إلا فى حالة القبول الذى وصل متأخراً وصدر فى وقت غير مناسب، أما القبول الذى وصل متأخراً ولكنه صدر فى وقت مناسب وسكوت الموجب عليه، طبقاً لهذين القانونين، يعدّ متجاوزاً عن التأخر كما قد مناه، فيتم العقد.

على الجمهور هو منح جائزة معينة لمن يقوم بعمل معين (offre publique de récompense) ،
وقد يكون الإيجاب غير منصب على التعاقد ذاته ، بل يقتصر على مجرد الوعد بالتعاقد
(promesse de contrat) ، وقد يكون الرضاء — إيجابا كان أو قبولا — موقونا على الاجازة
(déclaration soumise à une approbation) .

ونحن نستعرض هذه الأحوال الأربعة ^(١) :

(١) الإيجاب الصادر للجمهور :

* ٢٥١ - الإيجاب بطريق العرض - تقدم في الكلام على التعبير عن الارادة
أن الإيجاب قد يصدر من الشخص للجمهور، كالتاجر الذي يعرض بضاعته على الجمهور مع
بيان ثمنها، وكن يضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين، وكالشركات التي تجرى عربات النقل
من مركبات "الترام" والسكك الحديدية والسيارات ونحوها في الشوارع والطرق العامة،
فان في ذلك إيجابا صادرا للجمهور .

مثل هذا الإيجاب قد يكون إيجابا باناً يرم صاحبه المدة التي أرادها، فالتاجر الذي يعرض
بضاعته على الجمهور يلتزم ببيعها لأول شخص يقبل الشراء بالثمن الذي حدده، ويبقى هذا

(١) توجد حالات أخرى خاصة للإيجاب ، لا نعرض لها هنا تحاشيا من الدخول في كثير من التفاصيل ، ونكتفي
بالإشارة الى الإيجاب الذي يصدر في حالة التعاقد بالمزاد (contrat aux enchères) من يعرض بيع شيء في المراد
يصدر لإيجابا ملزما، ويجب عليه أن يجري المزاد في الميعاد المحدد، ويتعهد البيع مع من رسا عليه المراد، إذ يعتبر المزاد
المقدم من هذا قبولا (انظر في هذا الموضوع ديموج ٢ فقرة ٥٥١ وفقرة ٦٠٦ - ٦١٤ فقرة ثالثا . وانظر محكمة
النقض المدنية الأهلية في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٦ - ٦٨) . كذلك في التعاقد
بطريق المسابقة (contrat par concours) يصدر إيجاب من الشخص الذي عرض المسابقة ، ويكون الطرف
الآخر في العقد هو الشخص الذي فاز في هذه المسابقة (انظر ديموج ٢ فقرة ٦١٥) ، وفي التعاقد بطريق الانتخاب
يصدر إيجاب من الهيئة المنتخبة (شركة مثلا) والطرف الآخر هو الشخص المنتخب (مدير الشركة أو المراقب الخ) .
(انظر ديموج ٢ فقرة ٦١٥ ثانيا - فقرة ٦١٥ ثالثا) .

وقد يكون الإيجاب لا يقصد منه التعاقد مباشرة وان دل على رضا الموجب بالتعاقد، كما اذا رفع المؤجر دعوى
بفسخ الإيجار، فقد دل بذلك على رضائه بالفسخ ، ويجوز للتأجر في هذه الحالة أن يعلن المؤجر أنه قد قبل الفسخ
فينفسخ العقد باتفاق الطرفين . وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه اذا رفع المؤجر دعوى على المستأجر منه
بطلب فيها الحكم بفسخ الاجارة وبالتعويض ، جاز للاستأجر أن يعلنه بوزقة على يد محضر بقبوله الفسخ ، وتفسخ
الاجارة من يوم القبول ، حتى لو احتج المستأجر على طلب التعويض ، وعرض طرحه على القضاء لفصل فيه ، لأن
طلب الفسخ وطلب التعويض طلبان مختلفان ومفصلان عن بعضهما تمام الانفصال (٢٩ يونيو سنة ١٩٢٥ محاماة
٦ ص ١٣١ رقم ٩٨) .

الإيجاب قائماً طول المدة التي تبقى فيها البضائع معروضة، ولكنه إيجاب غير ملزم مادام لم يقرن به قبول من شخص معين، وللتاجر العدول عنه بأن يحجب البضاعة عن نظر الجمهور . أما إذا تقدم شخص للشراء، وأعلن قبوله للتاجر، تم العقد، والترم التاجر بتسليمه البضاعة الى اختارها، أو بضاعة مثلها تماماً إذا تبين أن تسليم البضاعة المعروضة ذاتها يقتضى مجهوداً لا حاجة اليه، كأن يضطر التاجر مثلاً الى وضع بضاعة أخرى مكان البضاعة التي كانت معروضة . أما إذا لم توجد بضاعة تضاهي البضاعة التي اختارها المشتري كل المضاهاة، الترم التاجر بتسليم البضاعة المعروضة ذاتها^(١) .

على أن المفروض في هذا أن البضاعة معروضة على الجمهور، فإذا لم تعرض، ولم يفعل التاجر إلا أن كتب ثمن البضاعة على كل سلعة، وحفظ بيان الثمن مع البضاعة، ودخل عميل واختار شيئاً منها، فلا يلتزم التاجر البيع بالثمن المكتوب، ما دام لم يعرض هذا الثمن على الجمهور، بل له أن يعدل فيه، وكثيراً ما تفعل التجار ذلك في وقت تقلب الأسعار أو تغير قيم النقود^(٢) .

* ٢٥٢ الإيجاب بطريق الاعلانات والنشرات — وقد يكون العرض على الجمهور بطريق الاعلانات والنشرات التجارية، فمثل هذا العرض يعد إيجاباً باتاً، وعلى التاجر أن يسلم البضاعة لمن يطلبها أولاً بأول حتى تنفذ، وقد تقدم ذكر ذلك . على أن التاجر لا يكون مقيداً بالثمن المكتوب في الاعلان أو في النشرة إذا مضى بين صدور هذه الكتابة ووصول قبول العميل وقت يكون من المعقول أن تتغير فيه الأسعار، أو كانت هناك ظروف خاصة اقتضت تغير الأسعار تغيراً فجائياً سريعاً^(٣) .

* ٢٥٣ — اصراف مهنة — أما مجرد احتراف مهنة أو اتخاذ تجارة معينة فلا يستفاد منه إيجاب معروض على الجمهور، فليس النجار أو السباك أو غيرهما ممن يباشرون مهنة أو صناعة

(١) بلانويل وديبير واسمان ١٤٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ — محكمة السين التجارية في ٢٨ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ — ٢ — ١٥٢ — انظر أيضاً المادة السابعة من قانون الالتزامات السويسري وهي تقضي بأن عرض البضائع مع بيان أثمانها يعد إيجاباً .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٤٧

(٣) لا يعتبر القانون السويسري ارسال نشرة تجارية أو بيان بأثمان البضائع إيجاباً من التاجر (م ٧ فقرة ثانية من قانون الالتزامات السويسري) .

ملزما باجابة كل طلب ياتيه . كذلك اذا دخل عميل متجرا وأراد شراء بضاعة غير معروضة فالتاجر حر في أن يبيعها منه أو لا يبيع . وليس في الأمر إلا أن من يحترف مهنة أو يتخذ تجارة يدعو الجمهور الى التعاقد معه ، فاذا تقدم شخص يريد ذلك يعتبر هذا إيجابا منه ، يجب أن يقترب به قبول من الصانع أو التاجر .^(١) وينبني على ذلك أنه اذا أرسل شخص الى محل تجارى يعرض شراء بضاعة معينة ، دون أن يصله من هذا المحل اعلان أو نشرة ، فليس المتجر ملزما ببيع هذه البضاعة له ، ويرى الأساتذة بلانيول وريبير واسمان^(٢) أنه اذا رفض المتجر البيع في هذه الحالة فيجب عليه أن يعلن ذلك الى من صدر منه الايجاب ، ومعنى هذا أن سكوت المتجر يعدّ قبولا ، وقد قدمنا أن القبول لا يستخلص من السكوت إلا اذا كانت هناك ظروف ملائمة .

* ٢٥٤ - **امانة تجارة** - ولكن إذا كان احترام المهنة أو اتخاذ التجارة انما هو على سبيل الاحتكار ، فالمحتكر يعتبر في حالة عرض دائم ضرورى (offre permanente et forcée) لأن الجمهور لا يجد إلا عنده ما هو محتاج اليه ، فيجزد الاحتكار يعتبر إيجابا معروضا على الجمهور ، وكل شخص يقبل هذا العرض يلزم بقبوله المحتكر . فشركات النقل المختلفة (شركات الترام والأوتوبيس والسكك الحديدية والبواخر وغيرها) ، والشركات أو المصالح التي تقوم بالمخبرات (البريد والتلغراف والتلفون) ، وعلى العموم كل محتكر لسلعة أو عمل احتكارا قانونيا أو فعليا ، يعتبر أنه يعرض على الجمهور ما احتكره بالشروط التي رضى بها في حالة الاحتكار القانوني ، أو بالشروط المعقولة في حالة الاحتكار الفعلي . وليست خاصية الاحتكار أنه يعتبر إيجابا قائما فحسب ، بل هو أيضا إيجاب ملزم لا يجوز للمحتكر الرجوع فيه طول المدة التي يدوم فيها الاحتكار . على أنه يجوز للمحتكر أن يرفض التعامل مع شخص يتقدم اليه إذا كان هناك مسوغ مشروع لهذا الرفض ، كأن يكون هناك سبب غير مشروع للتعامل (شخص يريد السفر هربا من العدالة) ، أو أن نظام العمل يقضى بالرفض (عربة ازدحمت بالركاب ويصعب تسيير غيرها) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٤٢ ص ١٨٥

(٢) جزء أول فقرة ١٤٢ ص ١٨٥

وهناك ميل للتوسع في فهم معنى الاحتكار الفعلي، فطبيب القرية إذا لم يوجد غيره يعد محتكراً، وكذلك الصيدلى والخباز وبائع الأقمشة وغيرهم ممن يتخذ تجارة تسد حاجة ضرورية للناس^(١). ومعنى ذلك أن مثل هذه المهنة تأخذ شيئاً فشيئاً صبغة المنافع العامة ويصبح القائمون بها مجندين لخدمة الجمهور، وهى نزعة اشتراكية يقتضيها وجوب التضامن الاجتماعى.

(٢) الوعد بجائزة :

* ٢٥٥ - القوانين الحديثة - تقدم القول بأن القوانين الحديثة (القانون الألمانى (م ٦٥٧)، والقانون السويسرى (م ٨)، والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٤) [تجعل من يعد بجائزة يلتزم بوعده، ومتى قام شخص بالعمل المطلوب، سواء علم بالجائزة أو لم يعلم، أصبح له الحق فى تقاضيه. والتزام الواعد باعطاء الجائزة، إن صح أن يبنى على عقد ضمنى فى حالة العلم بها من جانب من قام بالعمل قبل قيامه به، فهو لا يمكن أن يبنى إلا على الارادة المنفردة فى حالة عدم العلم بذلك^(٢).

إلا أن هذه القوانين لم تستخلص كل النتائج المنطقية من نظرية التزام الواعد بارادته المنفردة، فقد أجازت للواعد الرجوع فى وعده بشرط أن يكون الرجوع قبل أن يتم أحد العمل المطلوب. وكان مقتضى التزام الواعد بارادته أنه لا يجوز له الرجوع فى وعده المدة التى حددها أو المدة المعقولة، سيما إذا بدأ شخص فى القيام بالعمل الذى وضعت له الجائزة. بل يظهر أن هذه القوانين قد سارت مدى أبعد من ذلك، فهى لا تقيد جواز الرجوع عن الوعد إلا بأن يكون فى وقت لم يتم فيه أحد العمل المطلوب، فلو فرض أن شخصاً علم بالجائزة وبدأ فى العمل (وفى مثل هذه الحالة يمكن القول بأن الواعد بالجائزة قد أصبح مرتبطاً لا بارادته المنفردة بل بعقد فيه القبول ضمنى من جانب الطرف الآخر) فانه يستطيع الرجوع فى الوعد مادام الشخص لم يتم العمل، وبذلك يستطيع الواعد بعد أن ارتبط بعقد أن يرجع فيه بارادته وحده، وفى هذا خروج ظاهر على القواعد العامة. وكل ما يلتزم به الواعد اذا رجع عن وعده - سواء كان التزامه مبنيًا على إرادته المنفردة أو على عقد ضمنى - هو أن

(١) ديموج فى الالتزامات ٢ فقرة ٥٥٢ ثانياً ص ١٦٢

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ وانظر أيضاً المادة ١٩ وما بعدها من القانون التونسى والمادة ١٢ وما بعدها من

القانون المراكشى.

يعوّض من بدأ في العمل ما تكبده من الخسارة ، لا على أساس التزامه بإرادته أو بالعقد ، بل على أساس الاثراء بلا سبب ، فهو لا يرد إلا المصاريف التي صرفت بحسن نية ، وبقدر الفائدة التي عادت عليه ، وبشرط ألا يجاوز ذلك مقدار الجائزة الموعود بها .

ويحيط المشروع الفرنسي الايطالي (م ٤) رجوع الواعد بضمانات محافظة على حق الجمهور ، فلا يجوز الرجوع إلا اذا وجدت أسباب عادلة ، ويستوجب أن يكون الرجوع علنا في الشكل الذي حصل به الوعد أو في شكل مماثل ، إلا أن الرجوع عن الوعد ، بعد الالتزام به ، جائز على كل حال ، متى استوفى الشروط المطلوبة .

من ذلك يتبين أن القوانين المذكورة وإن أجازت التزام الواعد بجائزة بموجب إرادته المنفردة ، إلا أنها من جهة أخرى اشترطت أن يقترن بهذه الإرادة المنفردة قيام أحد بالعمل المطلوب فعلا ، وقبل ذلك لا يلتزم الواعد بالإرادة المنفردة ، بل ولا بالعقد ، وإنما يلتزم بقاعدة الاثراء بلا سبب اذا تحققت شروطها .

* ٢٥٦ - القانونان الفرنسي والمصري - أما في فرنسا وفي مصر فكثير من الفقهاء ، ممن لا يسمون بالإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ، يجرون أحكام العقد على الوعد بالجائزة ، فلا ياتزم الواعد عندهم إلا اذا اقترن بإيجابه بقبول من شخص معين ، أما مجرد الوعد فهو إيجاب لا يلزم ، ويجوز العدول عنه في أي وقت ، حتى لو أتم شخص العمل المطلوب دون أن يعلم بالجائزة ، وفي هذه الحالة يرجع هذا الشخص على الواعد ، لا بمقتضى عقد لم يتم ، بل بناء على قاعدة الاثراء بلا سبب ، ويجوز للقاضي أن يتخذ أساسا لتقدير التعويض قيمة الجائزة المعروضة^(١) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٤٣ ص ١٨٧ — على أن الأساتذة بلانيول وريبير واسمان يعتبرون الوعد بالجائزة مجرد إيجاب يجب اقتران القبول به اذا كان المقصود بالوعد الحصول على خدمة للواعد ، كالغشور على شيء ضائع أو شخص تائه أو نحو ذلك . أما اذا كان المقصود بالوعد القيام بعمل لا يعود بفائدة شخصية على الواعد ، كالقيام باكتشاف على أو طبي وكالفوز في مباراة رياضية أو علمية ، فيرون أن قيام شخص بهذا العمل ، حتى دون أن يعلم بوجود الجائزة ، يكفي لأن يستحقها ، ويظهر من هذا أن التزام الواعد في هذه الحالة يكون مبنيا على إرادته المنفردة ، ويبقى ملتزما بهذه الإرادة الوقت الذي حدده أو الوقت المعقول ، وعند الاختلاف يترك ذلك لتقدير القاضي . والواعد هو الذي يحدد شروط الحصول على الجائزة ، فاذا اشترط الفوز في مباراة عين لها حكما فقول الحكم قاطع ، إلا إذا كان هناك غش من المتسابقين أو من الحكم (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٤٣ ص ١٨٨ — ص ١٨٩ والأحكام التي أشير إليها) .

أما إذا علم الجمهور بالإيجاب، وتحدد له مدة أو اطمأن الناس إلى قيامه المدة المعقولة، فليس للواعد أن يرجع في وعده إذا أثبت شخص أنه علم بهذا الوعد وقبله، فصبح الواعد ملتزماً، لا بناء على إرادته المنفردة، بل على أساس عقد تم بينه وبين الواعد، ويعتبر قبولاً قيام الشخص بالعمل المطلوب^(١). ويتبين مما تقدم أن الواعد لا يستطيع الرجوع في وعده إذا كان هناك شخص قبل الوعد، لأنه في هذه الحالة يصبح مقيداً بعقد لا يجوز الرجوع فيه، سواء علم بهذا القبول أو لم يعلم، لأنه عند ما صدر منه الإيجاب كان مفهوماً أن كل شخص يقوم بالعمل الذي يطلبه يستحق الجائزة، ولو تم القيام بالعمل قبل أن يعلم الواعد به^(٢)، فإذا ما أراد الواعد أن يرجع في وعده قبل أن يتم عقد بينه وبين أحد من الناس وجب عليه أن يتذرع بالحيلة في أمره، فيعلن عدوله بالطريقة التي أعلن بها الوعد، فإذا لم يكن أحد من الجمهور علم بالوعد وقبله قبل إعلان العدول، فإن إيجاب الواعد يسقط بالعدول، ولا يجوز صدور قبول من أحد بعد ذلك^(٣).

* ٢٥٧ — على أن فريقاً من الفقهاء في فرنسا يرون أن الواعد يلتزم بوعده، لا على أساس عقد يتم بينه وبين من يقوم بالعمل، بل على أساس إرادته المنفردة^(٤)، كما في القوانين

(١) وهذا هو أيضاً حكم القانون الإنجليزي. فقد كان قديماً لا يسلم بالتزام الواعد حتى على أساس العقد، لأن إيجابه لم يصدر لشخص معين، ولكن النظرية الحديثة في هذا القانون تقضي بأن الواعد يلتزم إذا تم عقد بينه وبين شخص معين يقوم بالعمل، ويعتبر القيام بالعمل قبولاً للوعد (انظر بولوك في العقد ص ١٥ — ص ١٦ — انسون في العقد طبعة ١٤ ص ٥٣ — جنكس ٢ ص ٩١).

(٢) وإذا تعدد القائمون بالعمل، وقد قام كل منهم بالعمل مستقلاً عن الآخرين، كما في إعطاء معلومات عن شخص تائه، فإن الجائزة تعطى لمن قام بالعمل المطلوب أولاً، لا لمن سبق الآخرين في المطالبة بالجائزة، لأن هذا شرط مفهوم ضمناً من الوعد. أما إذا قام الكل مشتركين بالعمل فإن الجائزة — أو ثمنها — توزع فيما بينهم بنسبة الجهد الذي بذله كل منهم والمصاريف التي أنفقها، وكذلك الأمر لو قاموا بالعمل مستقلين أحدهم عن الآخر في وقت واحد، دون أن يكون هناك سابق ولا حق (بلانيول وديبير واسمان ١ فقرة ١٤٣ ص ١٨٧ — ص ١٨٨).

ديموج في الالتزامات ٢ ص ٥٩٨ مكررة ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧ فيفوريانو (Viforeanu) في العقد فقرة ٦٧ ص ١٥٤ — ص ١٥٦ — انظر أيضاً القانون الألماني مادة ٦٥٧ — ٦٦١) — هذا وإذا كان من قام بالعمل المطلوب إنما قام به لأن هذا واجب عليه، كأن كان موظفاً ويدخل العمل في واجبات وظيفته (كرجل البوليس يكشف المجرم) فلا حق له في الجائزة (ديموج ٢ فقرة ٥٩٨ مكررة ص ٢٦٧) إلا إذا كان الواعد أراد غير ذلك.

(٣) بلانيول وديبير واسمان ١ فقرة ١٤٣ ص ١٨٧ — ولو قام أحد بالعمل المطلوب دون أن يعلم بالجائزة، فإن هذا لا يمنع الواعد من الرجوع في وعده، ما دام لم يتم عقد بينه وبين هذا الشخص. وقد سبق الإشارة إلى ذلك. وكل ما يلزم به الواعد في هذه الحالة هو تعويض من قام بالعمل طبقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب.

(٤) ديموج ٢ فقرة ٥٩٨ مكررة ص ٢٦٧ — كولان وكايتان ٢ ص ٢٧٢ — انظر أيضاً كوستنبي =

الحديث التي سبقت الإشارة إليها ، فليترم الواعد بمجترده إيجابه ، ولا يجوز له الرجوع عنه ، حتى لو لم يعلم به أحد ، ويظل ملتزما المدة التي حددها أو المدة المعقولة اذا لم يكن قد حدد مدة ، فاذا قام أحد بالعمل المطلوب أثناء هذه المدة استحق الجائزة .

وهناك فروق عملية بين الرأي الذي يقول بالتزام الواعد بمقتضى العقد والرأي الذي يذهب الى التزام الواعد بآرائه المنفردة ، منها : (١) أنه اذا قام شخص بالعمل المطلوب دون أن يعلم بالجائزة فهو لا يرجع على الواعد حسب الرأي الأول إلا بمقتضى قاعدة الاثراء بلا سبب وليس له أن يطالب بالجائزة ذاتها ، أما حسب الرأي الثاني فله أن يطالب بالجائزة لأن الواعد التزم باعطائه إياها . (٢) إذا مات الواعد أو فقد أهليته قبل أن يقبل أحد من الناس وعده فان إيجابه يسقط حسب الرأي الأول ، ويبقى قائما ملزما حسب الرأي الثاني .

ونحن نميل للأخذ بنظرية الارادة المنفردة في هذه المسألة ، لأنها هي النظرية التي تتفق مع الحاجات العملية ومع نية الواعد . ولا يغني عن نظرية الارادة المنفردة نظرية العقد الضمني كما أغنى ذلك في الإيجاب الملزم ، فليس أماننا هنا إلا أن نسلم بالارادة المنفردة مصدرا للالتزام . ويمكن بهذا أن نجعل من يقوم بالعمل يستحق الجائزة ولو لم يكن عالما بها ، وأن نجعل الإيجاب قائما حتى لو مات الواعد أو فقد أهليته . وقد رأينا أن القوانين الحديثة نظمت الموضوع بنصوص تشريعية ، يحسن المشرع المصري صنعا لو احتذاها مثلا ، وإن كنا نفضل ألا يماشيها في الحكم الذي يحيز للواعد الرجوع قبل أن يتم الشخص العمل المطلوب وهو عالم بالجائزة ، وقد سبق أن انتقدنا ذلك .

٢٥٨ - الرعاية منه طريق الوعد بجائزة - وقبل ترك هذا الموضوع نشير الى نوع من الوعد بالجائزة يصدر من تاجر أو صانع يهيمه الاعلان عن جودة بضاعته ، فيعلن أنه يعطى جائزة لمن يثبت عيبا في هذه البضاعة ، وهذا الغرض يختلف عن الفروض المتقدمة في أن العمل المطلوب لو تم لا يكون في مصلحة الواعد ، لأن هذا يقصد في الواقع إثبات استحالة . وليس هو خدمة عامة كما في الاكتشافات الطبية أو العلمية أو إعطاء الجوائز بقصد

(١) التشجيع، بل هو عمل فائدة الواعد منه مجرد الاعلان . وقد ذهب البعض الى أن هذا العقد مقامرة لا يلزم الواعد بشيء .

ولكن الصحيح في نظرنا هو ما ذهب اليه الأساتذة بلانيول وريبير واسمان من أن هذا وعد بجائزة، وأن هذا الوعد يلزم صاحبه في الحدود التي رسمناها فيما تقدم، إما على أساس العقد أو بمقتضى الإرادة المنفردة على خلاف في الرأي كما عرفنا ، هذا إلا اذا تبين من الظروف، ولا سيما من جسامه قيمة الجائزة ، أن الوعد غير جدى . وهو على كل حال يعتبر ضمانا من البائع لعب معين، وهو العيب الذى وضع الجائزة لمن يكشفه ، وهذا الضمان مقرون بشرط جزائى، هو قيمة الجائزة التى أعلن عنها، وعلى ذلك يجوز إلغاء الشرط الجزائى أو تعديله ، طبقا لقضاء المحاكم الأهلية، تبعا لوجود الضرر وجسامته .

(٣) الوعد بالتعاقب :

٢٥٩ - أمثلة عمليّة - قد يكون الإيجاب منصبا على مجرد وعد بالتعاقد ، كأن يعرض شخص على آخر وعدا بأن يبيعه أو يؤجره شيئا معينا، فيقبل الشخص الآخر هذا الوعد . والوعد بالتعاقد هو عقد كامل لا مجرد إيجاب ، وإنما أتينا به هنا لأنه وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائى الذى يراد الوصول اليه ، كما سيتبين ذلك مما يلى .

وهو كثير الوقوع فى الحياة العملية : يتوقع شخص مثلا حاجته فى المستقبل الى أرض بجوار مصنعه أو منزله ، أو هو الآن فى حاجة اليها ولكن لا يستطيع شراءها فوراً ، فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له اذا أبدى رغبته فى الشراء فى مدة

(١) ومن هذا نرى أن الوعد بالجائزة قد يتحقق فى فروض ثلاث : (أ) يكون القيام بالعمل المطلوب فيه فائدة شخصية للواعد وهو الفرض المعتاد . (ب) يكون القيام بالعمل فيه فائدة عامة لا شخصية كما فى إعطاء الجوائز بقصد التشجيع على الاكتشافات وعمل المسابقات العلمية والرياضية . (ج) يكون القيام بالعمل فيه ضرر للواعد ، وقد قصد من وعده أن يثبت استحالة العمل بمرض الاعلان ، وهو الفرض الذى نحن بصددده — وقد يكون هناك فائدة عملية من التمييز بين هذه الفروض الثلاثة . فقد رأينا أن الأساتذة بلانيول وريبير واسمان لا يسلمون بالترام الواعد بإرادته المنفردة فى الفرض الأول ويسلمون بذلك فى الفرض الثانى ، (انظر آتفا فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٩ هامش ١) وان كما لا نرى مسوغا لهذا التمييز (انظر فيفورونو فى العقد فقرة ٦٦ ص ١٤٧ — ص ١٤٨) . وسنرى فيما يلى أن الفرض الثالث يتميز بقواعد خاصة به (فان فيفورونو (Viforeanu) فى العقد فقرة ٦٦ ص ١٤٦

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٤٣ ص ١٨٩

معينة ، فيتقيد صاحب الأرض الموعد ببيعها بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر ، فهو عقد ملزم لجانب واحد^(١) — يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فورا لسبب ما ، فقد يحتاج العقد الى اجراءات أو مصاريف لا يتيسر الاضطلاع بها في الحال ، فيكتفیان في هذه الحالة بوعده يتعاقدان عليه ، على أن ينقلب هذا الوعد في المستقبل الى تعاقد نهائى عند زوال المانع — ويعتبر من قبيل الوعد بالتعاقد فتح حساب جار في مصرف (قبل أن يقرض المصرف العميل شيئا ، وقد اكتفى في هذه المرحلة بأن يعده بالاقراض عند ما يبدى رغبته في ذلك) وبيع المذاق (لأن البائع في بعض الفروض لا يتم إلا إذا أبدى المشتري رغبته في الشراء بعد تأكده من صورة الشيء المبيع ، أما البائع فيلتزم من جانبه وحده بالبيع^(٢)) ، وكثيرا ما تتضمن عقود الايجار وعدا بالبيع من جانب المؤجر .

٢٦٠ — الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي — قلنا أن الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي . وبيان ذلك أن الواعد بالتعاقد — بالبيع مثلا — يلتزم بأن يبيع الشيء الموعد ببيععه اذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء ، وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل ، ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجزء الوعد بالبيع لا على البيع ذاته ، ولذلك يكون الوعد بالبيع دون البيع الكامل ، فالواعد لا يلتزم بنقل ملكية الشيء وضمانه بل يقتصر على أن يلتزم باجراء عقد

(١) وكما يوجد الوعد بالبيع ، يوجد كذلك الوعد بالشراء ، وهو كالوعد بالبيع ، إلا أن الطرف الملتزم هو من يعرض الشراء لا من يعرض البيع ، فيلتزم شخص بأن يشتري الشيء اذا أبدى الطرف الآخر رغبته في بيعه في مدة معينة . كذلك قد يضم عقد واحد وعدا بالبيع وعدا بالشراء ، وكل من الوعدين ملزم لجانب واحد (وهذا ما يتميز به عن الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين) . ولكن يلاحظ أن مثل هذا العقد يتضمن في الواقع عقدين مستقلين : أحدهما يلتزم به شخص ببيع شيء معين اذا أبدى الشخص الآخر رغبته في الشراء ، والثاني يلتزم به الشخص الآخر بشراء هذا الشيء ذاته اذا أبدى الشخص الأول رغبة في البيع . وبذلك يبقى البيع النهائي موقوفا على رغبة الأول في البيع أو على رغبة الثاني في الشراء ، ومتى أبدى أحدهما رغبته انقلب الوعد الى بيع كامل .

ويوجد كذلك الوعد بالترتيب (pacte de préférence) ، وصورته أن يكون الوعد مقصورا على مجزء تفضيل الطرف الآخر على غيره اذا أراد الواعد التعاقد في المستقبل . فلا يتم اذا التعاقد النهائي إلا بعد تحقق أمرين : (أولا) أن يظهر الواعد رغبته في التعاقد ويلتزم في هذه الحالة أن يعرض التعاقد على الطرف الآخر مفضلا إياه على الغير . (ثانيا) أن يقبل الطرف الآخر التعاقد النهائي عند ما يعرضه عليه الطرف الأول .

ونكتفي بالإشارة الى هذه الصور المختلفة ، فهي تدرس عادة مع عقد البيع .

البيع في الوقت الذي يظهر فيه الطرف الآخر رغبته في إتمام العقد^(١). ومن ذلك يتبين أن الوعد بالتعاقد هو خطوة نحو التعاقد النهائي.

على أن التمييز بين مرحلتى مجرد الإيجاب والوعد بالتعاقد (وهما مرحلتان نحو التعاقد النهائي) لا يظهر بوضوح إلا في مذهب من لا يرى الإيجاب ملزماً، لأنه يمكن بمقتضى هذا المذهب أن نميز بين إيجاب يصدر من المتعاقد فلا يلزمه ويجوز له الرجوع فيه متى شاء، وبين وعد بالتعاقد وهو عقد ملزم لا يجوز للمتعاقد الرجوع فيه. أما المذاهب التي ترى الإيجاب ملزماً فإن الفرق فيها بين الإيجاب والوعد بالتعاقد يضمحل، ففي كلتا المرحلتين يلتزم المتعاقد بأن يجري العقد النهائي متى شاء الطرف الآخر، ولا يستطيع الرجوع لا في إيجابه ولا في وعده، إلا أن من يقول أن الإيجاب ملزم على أساس الالتزام بالارادة المنفردة، يجعل مصدر التزام المتعاقد في حالة الإيجاب ارادة منفردة، وفي حالة الوعد عقداً، فإذا انتقلنا من هذا المذهب إلى مذهب من يقول بأن الإيجاب ملزم على أساس العقد الضمني، انمحي هذا الفرق الأخير أيضاً، وأصبح كل من الإيجاب والوعد ملزماً على أساس العقد، فلا يكاد يكون هناك فرق بين المرحلتين إلا من الناحية العملية. فإن الوعد بالتعاقد يكون عادة أثبت من مجرد الإيجاب، وأسهل في الإثبات، ومقترنا بمهلة أطول بكثير من المهلة التي يقترن بها الإيجاب^(٢).

٢٦١ - كيف ينقض الوعد بالتعاقد - وينقض الوعد بالتعاقد بإيجاب وقبول من الواعد والموعود له. ويجوز أن يكون أى عقد موضوعاً للوعد، سواء كان هذا العقد رضائياً كما في الوعد بالبيع أو بالإيجار، أو عينياً كما في فتح الحساب الجاري وفي الوعد بالقرض، أو شكلياً كما في الوعد بالرهن الرسمي أو بالهبة^(٣). ويتفق الطرفان وقت الوعد على جميع أركان

(١) ولا يمكن أن يقال أن الواعد قد التزم بالتزام معلق على شرط إرادى محض، لأن الشرط هنا إرادى بسيط، وهو على كل حال متعلق بارادة الدائن لا بارادة المدين.

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٤٤ ص ١٩١

(٣) ويكون الوعد باجراً. عقد عيني أو عقد شكلي عقداً رضائياً. فالوعد بالقرض يتم بمجرد الإيجاب والقبول دون حاجة للتسليم (بخلاف القرض ذاته)، وكذلك الوعد بالرهن الرسمي يتم دون حاجة لكتابة رسمية (بودرى ولوان ٢ فقرة ١٤٠٧ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش نمرة ٥٣). ولكن إذا وقع الوعد على عقد شكلي، فجزد ظهور رغبة الموعود له في إتمام العقد النهائي لا يكفي في هذه الحالة، لأن العقد النهائي لا يتم إلا بشكل مخصوص، فبدعى الراعد إلى اجراء التعاقد النهائي في الشكل المطلوب تنفيذا لوعده، فإذا أبى فالحكم الذي يصدر ضده لا يقوم مقام =

العقد الموعود به ، فإن كان بيعا وجب أن يتفقا على الشيء المبيع والثمن فيما اذا تم البيع ^(١) ، وإن كان شركة وجب أن يتفقا على حصة كل شريك فيما اذا تمت الشركة ^(٢) ، وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشيئين اللذين قد يقع عليهما التفاضل ، وهكذا . ويجب كذلك أن يكون موضوع العقد الموعود به وسببه مشروعين ، لا وقت الوعد بالتعاقد ، بل وقت ظهور رغبة الموعود له ، أى وقت التعاقد النهائي ^(٣) .

أما الأهلية وعيوب الرضاء فتقدر بالنسبة للواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون الواعد أهلا للتعاقد النهائي في ذلك الوقت ، أهلية تصرف كانت كما في البيع ، أو أهلية إدارة كما في الإيجار ، فإذا توافرت فيه الأهلية صح الوعد ، وتم التعاقد النهائي بظهور رغبة الموعود له ، حتى لو فقد الواعد الأهلية وقت التعاقد النهائي ، بأن حجر عليه مثلا ^(٤) . وعيوب الرضاء بالنسبة

= العقد (وذلك بخلاف عقد البيع بعد قانون التسجيل الحديث ، لأن البيع لم يصبح شكليا) ، بل يقتصر القاضي على الحكم عليه بتعويضات لا جلاله بالوعد ، وذلك لأن التزام الناشئ عن عقد الوعد لا يمكن تنفيذه عينا دون تدخله الشخص (أى دون اشتراكه في القيام بإجراءات العقد الرسمي) فيتحول هذا الالتزام إلى تعويضات طبقا للقواعد العامة . على أن الأساندة بلائيول وريبير واسمان يرون أن الوعد بإجراء عقد شكلي يكون شكليا أيضا إذا كان الشكل مقرا لحماية المتعاقد ضد ضعفه أو جهله (كما في الهبة وفي الحلول مكان الزوجة في رهنها القانوني) . (انظر أيضا ديموج ٢٢٠٩ وما بعدها) . ويتفق قانون الالتزامات السويسرى مع هذا الرأى ، فنقضى المادة ٢٢٢ فقرة ثانية بأنه إذا اشترط القانون لتمام العقد مراعاة شكلية خاصة لمصلحة المتعاقدين فهذه تكون مطلوبة أيضا في الوعد بالتعاقد . وهذا هو الرأى السائد في القضاء الفرنسى (انظر الأحكام المشار إليها في ديموج ٢٢٢ فقرة ٢٠٨ — ديولومب ٣ فقرة ٣١) وإن كانت هذه المراجع تشير إلى عقد الزواج ، وهو عقد له أحكام خاصة — أما الوعد بالرهن الرسمى فيجوز إبرامه دون رسمية ويكون ملزما بالتعويض في حالة عدم قيام الواعد بوعده من إجراء الرهن (بودرى ولوران ٢ فقرة ١٤٠٧ — لوران ٣٠ فقرة ٤٥٣ — هيك ١٣ فقرة ٢١١ — ديموج ٢ فقرة ٤٩٦) .

(١) وكان القانون الفرنسى القديم لا يشترط الاتفاق على الثمن في عقد الوعد بالبيع . أما في القانون الفرنسى الحديث فلا بد من الاتفاق على الثمن ، بخلاف بيع التفضيل ، فبجوز ألا يتفق المتعاقدان على الثمن فيه (انظر بوتيه في البيع فقرة ٤٨٢ — بودرى وسينيا فقرة ٦٨) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ سريه ١٩٢٢ — ١ — ١٧

(٣) فإذا كان الموضوع أو السبب غير مشروع وقت الوعد ، ولكنه أصبح مشروعا وقت التعاقد النهائي ، صح ذلك .

أما العكس فلا يصح : إذا كانت المشروعية متحققة وقت الوعد وغير متحققة وقت التعاقد النهائي .

(٤) بلائيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٤٥ — ديموج ٢ فقرة ٤٧٦ — محكمة باريس الاستئنافية في ١٣ يونيو

سنة ١٨٨٢ جازيت دى باليه ١٨٨٢ — ٢ — ٤٢٩ — محكمة دويه الاستئنافية ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٤٨ دالوز

١٨٤٩ — ٩٣٣ — ٠٣ قارن حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ سريه ١٩٠٥ — ١ — ٤٩٠ ، وكان

منطقي الأهلية يقضى بأن يكون الواعد أهلا وقت التعاقد النهائي ، لأن العقد لا يتم إلا في ذلك الوقت . فإذا كان الواعد =

للواعد تقدر وقت الوعد كذلك، لأنه لا يصدر منه رضا بعد ذلك، إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له ولو لم يرض هو كما سيأتي — أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد، فيصح أن يكون قاصرا وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته، ذلك لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد، وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد (أى التمييز) وقت الوعد، لأن الوعد عقد كما قدمنا وهو أحد طرفيه، أما عيوب الرضاء فتقدر بالنسبة له وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معا، إذ أنه يصدر منه رضا في كل من هذين الوقتين، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحا^(١).

٢٦٢ — حكم الوعد بالعقد : ينشأ حقا شخصيا — فإذا تم الوعد بالتعاقد أصبح الواعد ملتزما بوعده، لا يجوز له الرجوع فيه . ولا يلتزم الموعود له بشيء، لأن عقد الوعد ملزم بجانب واحد، هو الواعد كما قدمنا .

والحق الذي يستمد منه الموعود له من عقد الوعد هو حق شخصي، حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل له حقا عينيا كما في البيع . ولكن الحق يوجد من وقت الوعد .

ويتربى على أن للموعود له حقا موجودا من وقت الوعد ما يأتي : (١) يجوز للموعود له أن يحصل على تأمينات شخصية أو عينية لضمان حقه^(٢) . (٢) يجوز له أيضا أن يقوم بأعمال تحفظية للحفاظ على حقه، من إشهار أو إعلان . بل يجوز له أن يرفع دعوى بشأن هذا الحق، ليثبت وجوده أمام القضاء، إذا خشي منازعة من الواعد^(٣) . (٣) يجوز للموعود له أن

= أهلا وقت الوعد ثم فقد أهليته بعد ذلك فلا يتم التعاقد النهائي . ولكن لما كان الواعد قد التزم بإجراء التعاقد النهائي وقت الوعد، فقد أهليته لا يسقط هذا الالتزام، وعلى من ينوب قانونا عن الواعد (كالقائم) أن يقوم بتنفيذ التزامه، كما سبق أن لاحظنا ذلك في الإيجاب إذا فقد الموجب أهليته قبل القبول . ففي هذه المسألة إذا تنفق أيضا أحكام الإيجاب الملزم مع أحكام الوعد بالتعاقد .

(١) بلانيول وريبير واسمان ١٤٥ فقرة ١٤٥

(٢) كما يجوز للواعد أن يحصل على تأمينات كذلك، لضمان ما عسى أن يترتب في ذمة الموعود له من التزامات بعد تمام العقد النهائي، فيجوز مثلا للصرف أن يطلب من عميل يريد فتح حساب جار أن يقدم كفالة أو رهنا، ويأخذ الرهن مرتبه من وقت القيد أو التسجيل، ولو سبق ذلك التعاقد النهائي (بودرى ولوان ٢ فقرة ١٢٨١ — ديموج ٢ فقرة ٥١١ — بلانيول وريبير واسمان ١٥٠ فقرة ١٥٠) .

(٣) بلانيول وريبير واسمان ١٥٠ فقرة ١٥٠ ص ١٩٦ — ١٩٧، كما أنه يجوز للموعود له أن يطلب منع الواعد من القيام بأعمال من شأنها أن تعوق التعاقد النهائي، كأن يطلب منع الواعد بالبيع من هدم المنزل الموعود ببيعهم . ولكن =

الموعد له الى غيره، فيورث عنه ، وللموعد له أن يتنازل عن الحق الى غيره بعوض ، أو بغير عوض . وكذلك ينتقل الالتزام الذي ثبت في ذمة الواعد الى ورثته (أما في الشريعة الاسلامية فان الالتزام يبقى في التركة) . كل هذا ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك ، أو ما لم يتبين من الظروف أن الحق خاص بشخص الموعد له ، أو أن الالتزام لا يستطيع القيام به إلا الواعد^(١). (٤) إذا تم الوعد بالتعاقد بكتابة رسمية جاز التنفيذ بالعقد الرسمي عند تمام التعاقد النهائي^(٢) .

ويترتب على أن هذا الحق شخصي لا عيني ما يأتي : (١) يبقى الموعد له دائنا شخصيا للواعد الى وقت ظهور رغبته . فان كان الوعد ببيع فان الموعد له ، قبل ظهور رغبته ، لا يكون مالكا للشيء الموعد ببيعه ، بل يبقى الواعد مالكا ، وله أن يتصرف في الشيء ، وأن يرتب عليه حقوقا عينية ، الى وقت التعاقد النهائي ، ويسرى تصرف الواعد في حق الموعد له متى توافرت الشروط المتعلقة بالاشهار بالنسبة للعقار ، فاذا أثقل الواعد العين برهن ثم أظهر الموعد له رغبته في الشراء أخذ العين مثقلة بالرهن (إذا كان قد قيد قبل تسجيل التعاقد النهائي) وليس له إلا حق التعويض قبل الواعد ، وإذا باع الواعد العين وسجل البيع قبل أن يسجل الموعد له التعاقد النهائي عند تمامه فان حق المشتري ينفذ قبل الموعد له ، وليس لهذا الأخير إلا الرجوع بتعويض على الواعد . وإذا كانت العين منقولا ، وباعها الواعد قبل ظهور رغبة الموعد له ، فان ملكيتها تنتقل للمشتري ولا يملكها الموعد له عند تمام التعاقد النهائي ، إلا إذا سلمت له ، فيملكها بمقتضى القاعدة التي تقضى بأن "الحيازة في المنقول سند الملكية" لا بمقتضى التعاقد النهائي^(٣) . (٢) وإذا كانت الملكية لا تنتقل الى الموعد له إلا عند

= لا يجوز له أن يرفع دعوى إبطال التصرفات إلا اذا أصبح حقه قابلا للتنفيذ ، ولا يكون ذلك إلا عند التعاقد النهائي (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٥٠ ص ١٩٧) ، ويجوز أن يباشر حقوق الواعد بدعوى استعمال حقوق المدين (انظر عكس ذلك بلانيول وريبير واسمان المرجع المتقدم وديموج ٢ فقرة ٥٠٧ ص ٧٥) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في أول أغسطس سنة ١٩١٢ سيرييه ١٩١٥ - ١ - ٨٥ - اوران ٢٤ فقرة ١٢ - ديموج ٢ فقرة ٥١٧ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٥٠ ص ١٩٦ .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ مارس سنة ١٩٠١ سيرييه ١٩٠٥ - ١ - ٤٣٩

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٤٢٥ ، ومن هذا تتبين مصلحة الموعد له في أخذ ضمان بحقه وقت الوعد ، فخير له ، اذا كان الشيء الموعد ببيعه عقارا مثلا أن يأخذ رهنا على هذا العقار ، حتى إذا تصرف فيه الواعد ، ينتقل العقار مثقلا بهذا الرهن لمصلحة الموعد له ، ولا يقتنع هذا الأخير على الرجوع بدعوى شخصية على الواعد (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٥١ ص ٢٠٠) .

تمام التعاقد النهائي ، فان تبعة الهلاك يتحملها الواعد ، لأن الشيء لا يزال في ملكه^(١) . أما بعد تمام التعاقد النهائي فيتحمل الموعد له تبعة الهلاك في فرنسا ، وفي مصر يكون الهلاك على البائع قبل التسليم . (٣) إذا تنازل الموعد له عن حقه للغير ، فهو انما يتنازل عن حق شخصي ، تراعى في التنازل عنه إجراءات حوالة الحق (من رضا المدين أو اعلانه) لا إجراءات نقل الحقوق العينية (التسجيل)^(٢) .

٢٦٣ - تحرير مرة له - والوعد بالتعاقد انما هو دور وقتي من أدوار التعاقد ، وهو خطوة في منتصف الطريق^(٣) ، ويؤدي في آخر الأمر الى التعاقد النهائي ، أو الى الرجوع نهائياً عن التعاقد . فيبقى الموعد له محتفظاً بحقه الشخصي الذي استمده من الوعد طول المدة المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح على مدة محدودة ، ولم يمكن استنتاج اتفاق ضمني على مدة معقولة ، فالحق يبنى حتى يزول بمضي المدة أي بخمس عشرة سنة (وفي فرنسا بثلاثين^(٤)) إلا إذا فهم أن نية المتعاقدين لم تنصرف الى بقاء الحق طول هذه المدة الطويلة ، فيجوز للواعد في هذه الحالة أن يطلب من القضاء تحديد ميعاد معقول ، أو أن يحدد بنفسه هذا الميعاد ويعلن به الموعد له ، ولهذا أن يعترض أمام القضاء على هذا التحديد^(٥) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ١ - ٣٨٩

(٢) محكمة النقض في ١٠ مارس سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٦١ ، ولا يشترط في التنازل عن هذا الحق الشخصي أهلية التنازل عن الحقوق العينية ، فيجوز للوصي وحده التنازل عن حق آل للقاصر (ديموج ٢ فقرة ٤٧٦ و فقرة ٥٠٨ - محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ يناير سنة ١٨٦٢ دالوز ١٨٦٢ - ١ - ٣٦٤) .

(٣) انظر هذا المعنى ديموج ٢ فقرة ٥٣٠

(٤) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٥٢ - ديموج ٢ فقرة ٥١٣ - بودرى وتيسيه فقرة ١٦٣ وما بعدها . فنوار ص ٢٤٤ - أوربى ورو ٨ فقرة ٧٧٢ هامش ٢ - لوران ٣٢ فقرة ٢٣٣ - محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٩ - سيريه ١٨٩١ - ١ - ٢٩٣ - حكم آخر في ٣٠ مارس سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧٠ - ١ - ٣٤٥ . ومن هذا يتبين الفرق العملي بين الوعد بالتعاقد ومجرد الإيجاب الملزم ، ففي الوعد بالتعاقد قد يبقى الواعد ملزماً المدة الطويلة ، أما في الإيجاب الملزم فلا يتحقق هذا عملياً .

وإذا كان الوعد بالتعاقد يتضمنه عقد آخر (كإيجار يتضمن وعداً بالبيع) فان التزام الواعد يبقى بقاء العقد الأصلي ، حتى لو زادت المدة على خمس عشرة سنة (أو ثلاثين) (ديموج ٢ فقرة ٥١٣ ص ٨٢ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٥٢ ص ٢٠٢ - محكمة النقض الفرنسية في ٩ يولييه سنة ١٨٨٣ سيريه ١٨٨٥ - ١ - ٤١٥) .

(٥) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٥٢

وإذا تحدد الميعاد بطريقة من الطرق المتقدمة ، وجب على الموعود له أن يظهر رغبته أثناء هذا الميعاد. ونرجع الى نية المتعاقدين لمعرفة ما اذا كان من الضروري أن يعلن الموعود له الواعد برغبته قبل انقضاء الميعاد ، أو يكفي ظهور رغبته أثناء الميعاد ولو أعلنه بهذه الرغبة بعد انقضائه ، وإذا كان هناك شك في نية المتعاقدين فالأفضل تفسير الالتزام لصالح المدين ، فينبون الموعود له ملزما بإعلان رغبته للواعد قبل انقضاء الميعاد^(١) .

٢٦٤ - **عدم ظهور رغبة الموعود له** - وقد يسقط حق الموعود له ، حتى قبل انقضاء الميعاد ، بتحقيق شرط فاسخ أو بعدم تحقق شرط موقف كان الحق معلقا عليه . ويسقط كذلك الحق اذا أفلس الموعود له أو أعسر قبل ظهور رغبته ، اذا كان التعاقد النهائي يرتب في ذمته التزامات^(٢) ، ويسقط أخيرا اذا اعترض التعاقد النهائي عائق يحول دون وقوعه كهلاك الشيء أو موت أحد المتعاقدين اذا كانت شخصيته موضع اعتبار^(٣) .

فاذا سقط الحق ، بانقضاء الميعاد دون أن يظهر الموعود له رغبته ، أو بأي سبب آخر من أسباب السقوط التي أشرنا اليها ، فإن ذلك ينهي عقد الوعد ، ويسقط التزام الواعد ، كما في حالة سقوط الإيجاب قبل اقتران القبول به .

٢٦٥ - **ظهور هذه الرغبة** - أما اذا لم يسقط الحق ، وأظهر الموعود له رغبته في التعاقد النهائي صراحة أو ضمنا ، كأن تصرف في الشيء الموعود ببيعته ، فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد .

ويعتبر التعاقد النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة ، لا من وقت الوعد بالتعاقد^(٤) . وفي هذا نرى أن الوعد بالتعاقد يختلف عن التعاقد النهائي المعلق على شرط ، فإن هذا يعتبر قد تم وقت الاتفاق لا وقت تحقق الشرط .

(١) بلانيول وريبير واسمان ١٥٢ فقرة ١٥٢

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١٥٣ فقرة ١٥٣ - انظر أيضا في هذا المعنى قانون الالتزامات السويسري (م ٨٣ وم ٣١٦) والقانون المدني الألماني (م ٦١٠) .

(٣) ولكن لا يعتبر عائقا يحول دون التعاقد النهائي أن تزيد قيمة الشيء المعقود عليه عما كان يفترضه المتعاقدان وقت الوعد (ديموج ٢ فقرة ٥١٥ - بلانيول وريبير واسمان ١٥٣ فقرة ١٥٣ ص ٢٠٣) .

(٤) فإذا كان المقدم الموعود به بيعا فتقدير وجود الثمن يرجع فيه الى وقت ظهور الرغبة لا وقت الوعد ، فتقدر قيمة العقار وقت التعاقد النهائي ، ويسرى ميعاد دعوى الغبن من ذلك الوقت أيضا (محكمة النقض الفرنسية في ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٢٧ - ١ - ٢٥٦ - حكم آتري في أول أغسطس سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٢٣) .

كذلك لاجابة لتأخير وقوع التعاقد النهائي الى ما بعد ظهور الرغبة، لأنه لا ضرورة لرضاء جديد يصدر من الواعد كما قدمنا . ولكن يلاحظ أن عقد الوعد اذا كان موضوعه ابرام عقد شكلي، فان هذا العقد لا يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي، بل لابد من القيام بالإجراءات الشكلية اللازمة لتام العقد، وهذا يستلزم رضاء جديدا من الواعد، ومتى تمت هذه الاجراءات وجد العقد النهائي من وقت تمامها . وكذلك الأمر في العقد العيني، لا يتم العقد النهائي الموعود به إلا من وقت التسليم .

٢٦٦ - حكم التعاقد النهائي - واذا وقع التعاقد النهائي التزم به كل من الواعد والموعود له، فاذا كان بيعا أصبح الواعد هو البائع والموعود له هو المشتري والتزم كل منهما بالالتزامات التي تنشأ عن عقد البيع، فليتزم المشتري بدفع الثمن الذي اتفق عليه في عقد الوعد، حتى لو زادت قيمة الشيء أو نقصت وقت التعاقد النهائي، كذلك يلتزم برد المصاريف الضرورية كلها والمصاريف النافعة الى أدنى القيمتين، بشرط ألا يكون الواعد سيئ النية، أى لا يكون قد أنفق مصاريف باهظة، ولو كانت نافعة، ليمنع الموعود له من استعمال حقه في اتمام التعاقد النهائي، وذلك قياسا على بيع الوفاء (م ٣٤٤/٤٣٠) .

واذا امتنع البائع عن امضاء العقد للتصديق، كما يقضى قانون التسجيل الحديث، فللمشتري أن يطلب من القضاء الحكم بثبوت البيع، ويقوم الحكم مقام العقد، ويسجل فتنتقل بتسجيله ملكية العقار الى المشتري .

واذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزاماته كان للآخر أن يجبره على التنفيذ عينا اذا أمكن ذلك، وإلا طلب الحكم بالتعويض^(٢)، وله أن يطلب فسخ العقد، أو أن يمتنع عن تنفيذ ما التزم به، طبقا للقواعد العامة .

(٤) الرضاء الموقوف على الاجابة :

٢٦٧ - وجوب اقراره الاجابة بالرضاء - قديتفق أن رضاء أحد المتعاقدين يحتاج الى اجابة حتى ينتج أثره القانوني، كالفاصر اذا تعاقد واحتاج الى اجابة الوصى، وكمدیر الشركة اذا احتاج في تعاقدته الى إقرار من مجلس ادارة الشركة .

(١) بلانيول وديبيرواسمان ١ فقرة ١٥١ .

(٢) وذلك كأن يتسبب الواعد في هلاك الشيء بخطأه، أو تصرف فيه تصرفا ينفذ في حق الموعود له .

فالرضا الموقوف على الاجازة — إيجابا كان أو قبولا — لا يقيد صاحبه إلا اذا اقترنت به الاجازة اللازمة . أما اذا كان الطرف الاخر لا يحتاج الى اجازة ، فإنه يتقيد بمجرد صدور رضائه ، كما اذا تعاقد شخص كامل الأهلية مع قاصر ، فليس لكامل الأهلية أن يرجع في العقد بدعوى أن رضا القاصر لم تلحقه الاجازة ، ولكن العقد لا يتم إلا اذا اقترنت الاجازة برضا القاصر ، ومن ذلك الوقت فقط . هذا من حيث وقت تمام العقد ، أما من حيث المكان ، فاذا فرض أن رضا القاصر كان قبولا لا إيجابا ، وأنه صدر في جهة غير الجهة التي صدرت فيها الاجازة ، فالعقد يعتبر قد تم في الجهة التي صدر فيها رضا القاصر لا الجهة التي صدرت فيها الاجازة ، فان رضا القاصر هو العمل الأصلي ، وما الاجازة إلا عمل تكميلي يلحق الأصل^(١) .

٢٦٨ — متى نصر الاجازة — واذا كان الرضا الذي يحتاج الى اجازة صادرا من شخص كامل الأهلية ، وإنما احتاج رضائه الى اجازة بحكم علاقته بالشخص المجيز (كمدير شركة يحتاج لأجازة مجلس الادارة ، أو وكيل تجارى يحتاج لأجازة مدير المتجر) ، فانه يصح أن تسبق الاجازة الرضا . أما اذا كان الشخص ناقص الأهلية كالقاصر ، فلا تكون الاجازة إلا وقت صدور الرضا من القاصر أو بعد صدوره ، فاذا صدرت قبل صدور الرضا ، فلا تكون اجازة معتبرة ، ولمن صدرت منه أن يعادل عنها بعد صدور رضا القاصر ، ولكنه يلتزم^(٢)

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٧٠

وقد يتفق أن يصدر الرضا من شخص ولكن يشترط أن العقد لا يتم إلا بعد الموافقة النهائية ، بأن يكون محتاجا الى وقت لا تروى اذا كانت الموافقة النهائية تصدر منه هو ، أو أن يكون ممثلا لشخص آخر (كوكيل تجارى لشركة) ويحتاج للرجوع الى من يمثله . ففي مثل هذه الحالة لا يتم العقد إلا اذا صدرت الموافقة النهائية لأنها هي الرضا البات ، ويتم العقد من وقت الرضا المبدئي أو من وقت الموافقة النهائية حسب نية المتعاقدين وحسب السلطة المعطاة لمن صدر منه الرضا المبدئي . وإذا كان الرضا المبدئي إيجابا فهو في الواقع ليس بالإيجاب البات ، إنما هو دعوة الى التعاقد ، فاذا صدر قبول من الطرف الآخر ، كان هذا القبول هو الإيجاب الحقيقي ، ولا بد من اقتران القبول حتى يتم العقد ، ويكون القبول في هذه الحالة هو الموافقة النهائية المشترطة . وقد قضت محكمة مصر المختلطة الابتدائية - في هذا المعنى - بأنه إذا اشترطت شركة أن عاملها أو أى وسيط آخر لا يقبدها بتعامله مع مشتر ما لم تسلم بالفعل ثمن الصفقة من المشتري ، فان العقد الذى يبرمه هذا العامل مع أحد المشترين لا يلزم الشركة ، ولا يعتبر قبول المشتري بالإيجاب العامل إلا بمجرد إيجاب لا يقيد الشركة ما لم يقترن به قبول منها (٢٦ يونيو سنة ١٩١١ جازيت ١ ص ١٤٤) .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٧١ — ديموج ٢ فقرة ٤٨٧ — ديمولومب ٤ فقرة ٣٢٢ — لوران

٢ فقرة ٣٢١ — هيك ٢ فقرة ٣٩ — أوربى ورو ٥ فقرة ٤١ ص ٧٤

بتمويض من تعاقد مع القاصر عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر بسبب فوات العقد عليه^(١).

المطلب الثاني - اقتران القبول بالإيجاب

* ٢٦٩ - إذا صدر الإيجاب فيجب لتتام العقد أن يقترن به قبول مطابق له . فنبحث : (أولا) متى يصدر هذا القبول ، (ثانيا) كيف يكون القبول مطابقا للإيجاب ، (ثالثا) ثم نبحث أخيرا حالة خاصة في القبول - كما بحثنا حالات خاصة في الإيجاب - وهي حالة نرى فيها المتعاقد الذي صدر منه القبول كان في الواقع من الأمر لا يستطيع غير ذلك ، فهو إنما قد كان مدعنا لما أمل عليه من الشروط أكثر منه قابلا لها ، وهذا ما نسميه بعقود الازدعان (أو عقود الانضمام : contrats d'adhésion) .

١ § - متى يصدر القبول

* ٢٧٠ - ضرورة القبول وقت قيام الإيجاب - يصدر القبول عادة بعد الإيجاب فيقترن به . ومع ذلك فقد يصدر الإيجاب والقبول في وقت واحد ، وتوافق الارادتان . فيتم العقد ، كما إذا تفاوض شخصان في عقد ولم يتفقا ، فتدخل شخص ثالث وعرض عليهما اتفاقا قبلاه معا في وقت واحد ، وكالرهان في سباق ، فإن كل متراهن يعتبر متعاقدا مع المتراهن الآخر على الشروط التي حددتها لجنة السباق ، وقد يتراهن شخصان في وقت واحد ، فيكون رضا أحدهما قد صدر في الوقت الذي صدر فيه رضا الآخر^(٢).

(١) انظر بحثنا مستفيضا في نظرية الوعد بالتعاقد في ديبوج ٢ فقرة ٤٦٣ - فقرة ٥٣٨ مكررة .

(٢) هذان مثالان استعرناهما من الأستاذ بولوك (في العقد ص ٧) ، وهما إذا صحا في القانون الانجليزي ، فانهما صحيحان كذلك في غيره من القوانين . وهناك أمثلة أخرى : فقد يتفق ، وان كان هذا نادرا ، أن شخصا يرسل لآخر يعرض عليه تعاقد هو نفس التعاقد الذي كتب الآخر لأول يعرضه عليه ، ويتقابل الكتابان في الطريق ، ويتم العقد بوصول أول خطاب ، ففي مثل هذا الفرض يكون الإيجاب والقبول قد صدرا في وقت واحد إذا كتب كل منهما للآخر في وقت واحد (بلائيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢٦ ص ١٦٣ - فاليري في التعاقد بالمراسلة فقرة ٢١٦ - انظر عكس ذلك لاروميير مادة ١١٠١ فقرة ٢٢) مالم تكن نية المتعاقدين في ألا يتم العقد إلا إذا علم كل منهما بقبول الآخر ، وهذه النية كثيرا ما تستفاد ضمنا من الظروف (بلائيول وريبير واسمان المرجع المتقدم) ، وكما إذا بنى اخوان بعد موت والدهما في معيشة واحدة ، وفهم ضمنا أنها أرادا الاشتراك في نفقات المعيشة ، فهذا اتفاق لم يسبق فيه القبول بالإيجاب (انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني مادة ١٤٥ ص ١٦٥) .

ولكن الغالب هو أن يصدر القبول بعد الإيجاب ، ويجب أن يصدر في وقت يكون فيه الإيجاب قائماً ، حتى تقترب الإرادتان إحداهما بالأخرى . على أنه من المبالغة أن نقول بوجود اقتران الإرادتين حقيقة ، فقد لا تقتربان في الواقع ومع ذلك يتم العقد ، ويكون الاقتران في هذه الحالة حكماً لا حقيقة ، كما سيتبين ذلك مما يلي .

٢٧١ — وحتى نعرف ما إذا كان القبول صادف إيجاباً قائماً نرجع إلى ما قدمناه من مراحل الإيجاب البات ، فالإيجاب إذا كان قائماً ملزماً لا يجوز العدول عنه ، ويصح اقتران القبول به طول مدة الالتزام ، حتى لو عدل عنه الموجب فعلاً ، ويكون تمام العقد في هذه الحالة على سبيل التعويض كما قدمنا ، فهو عقد غير مبني على اقتران الإرادتين حقيقة ، بل هو مبني على الثقة المشروعة التي يجب احترامها^(١) .

فإذا انتهت مدة الالتزام ، فقد لا يسقط الإيجاب ، ويبقى قائماً غير ملزم ، وفي هذه الحالة يصح اقتران القبول به فيتم العقد .

أما إذا سقط الإيجاب ، فإن كل قبول يصدر بعد ذلك لا يتم به العقد . ويسقط الإيجاب بالعدول عنه إذا لم يكن ملزماً ، وباتهاء المدة التي حددت لقيامه ، أو برفض الطرف الآخر كما قدمنا . فإذا عدل الموجب عن الإيجاب غير الملزم قبل اقتران القبول به فلا يصح صدور قبول بعد ذلك^(٢) . وإذا انتهت المدة التي يقوم فيها الإيجاب فسقط ، فكل قبول يصدر

(١) وسنرى فيما يلي أمثلة أخرى يتكون فيها العقد ، وأساسه الثقة المشروعة ، لإرادة المتعاقدين . ويتكون العقد عادة في هذه الأحوال لتعويض أحد المتعاقدين عن الضرر الذي يصيبه بخطأ المتعاقد الآخر ، فالمسئولية التعاقدية التي تنشأ عن العقد بعد تمامه إنما هو جزاء للمسئولية التقصيرية التي وجدت قبل ذلك .

(٢) إلا إذا صدر قبول بعد العدول عن الإيجاب ، ولكنه وصل إلى علم الموجب قبل وصول العدول إلى علم من صدر منه القبول ، وهذا في التعاقد بالمراسلة إذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول كما سيأتي . وفي هذه الحالة يعتبر العقد قد تم بالرغم من عدم وجود اقتران حقيقي بين الإيجاب والقبول ، وإنما يقوم العقد في هذه الحالة — كما في الحالات المماثلة — على الثقة المشروعة لا على إرادة المتعاقدين .

أما إذا صدر القبول قبل العدول عن الإيجاب ، ولكن وصل العدول إلى علم من صدر منه القبول قبل وصول القبول إلى علم من صدر منه الإيجاب فإن العقد لا يتم (إذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول في التعاقد بالمراسلة) رغماً من اقتران القبول بالإيجاب اقتراناً حقيقياً .

فالعبارة إذا — في نظرية العلم بالقبول — ليست بالاقتران الفعلي بين الإيجاب والقبول ، فقد لا يوجد ويتم العقد ، وقد يوجد ولا يتم العقد . وإنما العبارة بالاقتران الحكمي ، فقد يتوافر مع عدم وجود الاقتران الفعلي ، وقد لا يتوافر مع وجود الاقتران الفعلي .

بعد ذلك يكون متأخرا ، ولكن قد يكون القبول المتأخر ايجابا جديدا كما قدمنا^(١) ، وكذلك يسقط الايجاب اذا رفضه الطرف الآخر^(٢) ، ولا يجوز أن يرجع هذا في رفضه ويقبل بعد ذلك ، حتى لو كان الميعاد الذي حدده الموجب لقيام ايجابه لم ينقض ، ما لم يفهم من الظروف أن الموجب استبقى ايجابه قائما حتى بعد رفض الطرف الآخر .

٢٧٢ - موت الموجب أو فقره لأهليته - ولكن يصح اقتران القبول بالايجاب في وقت فقد فيه الموجب أهليته أو مات على خلاف في الرأي . فقد قدمنا أن مذهب القضاء في فرنسا وفي مصر أن الايجاب غير ملزم ، وأنه يسقط بموت الموجب وبفقد أهليته ، فطبقا لهذا المذهب لا يجوز اقتران القبول بالايجاب في هذه الحالة . أما من يرون أن الايجاب ملزم ، فانهم يقولون بصحة اقتصار القبول به حتى بعد موت الموجب ، وحتى بعد فقد أهليته^(٣) .

وهذا بخلاف من وجه اليه الايجاب ، فانه اذا فقد أهليته أو مات قبل صدور القبول منه ، فان العقد لا يتم ، حتى لو قلنا بالايجاب الملزم ، لأن الايجاب ، وان كان ملزما لا يمكن أن يقترن به في هذه الحالة قبول صحيح ، وهذا ضروري لتتام العقد^(٤) .

== أما اذا كان مجرد السكوت يعتبر قبولا ، فان وصول الايجاب الى الطرف الآخر وسكوت هذا كاف في تمام العقد ، حتى لو عدل الموجب عن ايجابه ، ما دام هذا العدول لم يصل الى علم الطرف الآخر إلا بعد وصول الايجاب .
(١) انظر في ذلك ما قدمناه آنفا فقرة ٢٤٩ ، وانظر التمييز في بعض القوانين الحديثة بين قبول يصدر في الميعاد ، ولكنه يصل متأخرا وقبول يصدر متأخرا من مبدأ الأمر ، في نفس الفقرة .

واذا عد القبول ، المتأخر ايجابا جديدا في حالة وصوله متأخرا مع صدوره غير متأخر ، ولم يقبله من صدر منه الايجاب أولا ، وجب عليه أن يخبر الطرف الآخر بذلك ، وإلا كان مسئولاً عن التعويض ، اذا كان الطرف الآخر لم يعلم بهذا التأخر ، واطمان من صدور القبول في الميعاد الى أن العقد قد تم .

(٢) وهذا ما نص عليه القانون الألماني صراحة ، فقد قضت المادة ١٤٦ من هذا القانون بأن الايجاب يسقط ، اذا رفض في مواجهة من صدر منه الايجاب ، أو لم يقبل في الميعاد المناسب .

(٣) على أنه يستثنى من ذلك عقد الهبة ، فقد نصت المواد ٧٢٥ ، ٩٣٢ على أن الهبة تبطل بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له . وبلاحظ أن الهبة لها أحكام خاصة ، يقصد بها حماية الواهب وورثته ، فلا يقاس عليها . على أنه يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له اذا كان قد توفي قبل القبول (م ٩٣٣/٧٣/٥١) .

هذا وقد قدمنا أن بعض الفقهاء ، ممن يقولون بالايجاب الملزم ، لا يرون مع ذلك صحة اقتران القبول بالايجاب بعد أن يفقد الموجب أهليته ، ويميزون في هذا بين الموت وفقد الأهلية (انظر آنفا فقرة ١٨٧) .

(٤) ديمولومب ٢٤ فقرة ٦٣ و فقرة ٦٩ - فقرة ٧٠ - لوران ١٥ فقرة ٤٧٨ - بودرى وبارد ١ فقرة ٣١ على أنه يجوز قبول الهبة من ورثة الموهوب له ، وهذا استثناء كما قدمنا (م ٩٣٣/٧٣/٥١) .

٢٧٣ - **افترس الموجب أو اعساره** - أما الافلاس والاعسار فلا يمنعان في الأصل من تمام العقد، فاذا أفلس الموجب أو أعسر بعد صدور الايجاب ظل ايجابه قائما ويصح أن يقترن به القبول . كذلك لو أفلس من صدر منه القبول أو أعسر، ولو قبل صدور القبول ، فان هذا لا يمنع من تمام العقد .

إلا أنه قد يفهم من الظروف أن المتعاقدين قد قصدا أن العقد لا يتم في حالة إفلاس أحدهما أو إعساره ، أو في حالة موت أحدهما أو فقدته لأهليته قبل اقتران القبول بالايجاب ، ففي مثل هذه الحالة تحترم ارادة المتعاقدين ، ولا يتم العقد اذا تحقق شيء من ذلك^(١) .

٢٧٤ - **هولك الشيء قبل ضرور القبول** - هذا ولا يتم العقد اذا هلك الشيء المعقود عليه قبل اقتران القبول بالايجاب ، أو تغيرت حالته تغيرا خطيرا ، أو نقل بتكاليف لم تكن موجودة (لحق ارتفاق أو ايجار لمدة طويلة) ، هذا ما لم يتبين أن المتعاقدين أرادا تمام العقد ، حتى لو هلك الشيء أو تغير ، فيكون العقد في هذه الحالة احتماليا ، ويتم باقتران القبول بالايجاب^(٢) .

§ ٢ - كيف يطابق القبول الإيجاب

* ٢٧٥ - **قبول الايجاب كله** - يكون القبول صراحة أو ضمنا ، وقد يكون مجزئ السكوت قبولا ، وقد تقدم تفصيل كل ذلك في الكلام على التعبير عن الارادة .

ويجب أن يطابق القبول الايجاب مطابقة تامة ، حتى لتوافق الارادتان فيتم العقد . ويكون التطابق فيما بين الارادتين باتجاههما الى شيء واحد^(٣) ، فيجب أن يكون هناك توافق

(١) وهذا يكون عادة اذا وجه الموجب لإيجابه الى شخص معين بالذات ، واعتبر في ذلك صفات خاصة فيه ، قد لا تتوافر في الورثة ، وقد تنعدم بفقد الأهلية أو بالاعسار (بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ١٤٠ ص ١٨٤) .

(٢) ديموج ٢ فقرة ٥٦٠ مكررة - بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ١٤١

(٣) استئناف مختلط في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ - وقد قضت هذه المحكمة في قضية أخرى أنه اذا عرض البائع أن يبيع خمسمائة (شوال) من السكر وقبل المشتري شراء خمسين طنا فالبائع لا يستطيع إلزام المشتري بما يعرضه ، اذا كانت هاتان الكميتان غير متساويتين ، وكان الفرق بينهما نحو (شوالين) من السكر (١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠١) .

تام بين الارادتين على الالتزامات التي تنشأ من العقد ، وما يشتمل عليه كل التزام من ركن ، كموضوع الالتزام وسببه .^(١)

أما اذا رفض الطرف الآخر الايجاب المعروض عليه ، فقد قدّمنا أن الايجاب يسقط في هذه الحالة . وكالرفض قبول الايجاب بشروط أخرى غير الشروط التي حددها الموجب ، فان مثل هذا القبول لا يطابق الايجاب ، فلا يعتبر قبولا ، وهو فوق ذلك يسقط الايجاب القائم كما في الرفض التام ، ولا بد بعد ذلك لتمام العقد من ايجاب وقبول جديدين ، فاذا عرض شخص على آخر أن يبيعه أو يؤجره عينا بمبلغ معين ، فقبل الآخر البيع أو الايجار ولكن بمبلغ دون المبلغ الذي حدده الموجب ، فان الايجاب الأول يسقط في هذه الحالة ، ويعتبر قبول الطرف الآخر ايجابا جديدا ، يصح لمن صدر منه الايجاب أولا أن يقبله أو أن يعرض عنه .^(٢)

فيجب إذاً أن يكون القبول مطابقا للايجاب دون تحفظ ، وهذه مسألة وقائع يترك تقديرها لقاضي الموضوع .^(٣)

(١) ومن هنا نشأ الخلط في أمر الموضوع والسبب ، هل هما ركنان في العقد ، أو ركنان في الالتزام . وقد بينا أنهما ركنان في الالتزام لا في العقد ، ولكن رضا المتعاقدين يجب أن يقع عليهما باعتبار أنهما ركنان في الالتزام الذي تم الاتفاق على انشاؤه بطريق العقد .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٩ — وقد قضت محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة بأن الايجاب يجب أن يقبل بأكمله فكل قبول يتضمن تعديلا جوهريا فيه يكون من شأنه أن يقلب الوضع فيصبح من صدر منه هذا القبول المعدل للايجاب في موقف الموجب (٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٨٥ رقم ١٥١) .

وقد قضت المادة ١٥٠ (فقرة ثانية) من القانون المدني الألماني بأن القبول المصحوب بزيادة أو تحديد أو تعديل أي كان يكون بمثابة الرفض الذي يتضمن ايجابا جديدا — وقضت المادة الثانية (الفقرة الأخيرة) من المشروع الفرنسي الايطالي بأن القبول الذي يدخل تعديلا في الايجاب يكون بمثابة ايجاب جديد .

على أنه يلاحظ أن القبول اذا عدل في الايجاب تعديلا جوهريا ، فيمكن القول بأن المتعاقدين لم يخطيا مرحلة المفاوضات في تعاقدتهما ، ولم ينتقلا منها الى الايجاب البات . وقد عرفنا أنه يجوز لكل متعاقد أن يعدل عن المفاوضات ، مادام لا يحدث بخطأ منه ضررا للتعاقد الآخر .

وقد يحدث أن يعرض شخص أن يبيع بألف ، فيقبل الآخر أن يشتري بتسعمائة ، فيرفض الأول ، وقد سقط إيجابه ، ثم يعود الآخر الى القبول بألف ، فيعتبر هذا إيجابا جديدا للأول أن يقبله أو يرفضه (انظر في هذا المعنى القانون الانجليزي في بعض قضايا : كارتر ص ٩) .

(٣) ويمكن حتى يكون القبول مطابقا للايجاب أن يعبر المتعاقد عن هذا التطابق بأي شكل من أشكال التعبير ، فلو أرسل برقية يذكر فيها أنه قبل العرض ، وأن هذه البرقية سيتلوها كتاب في البريد ، تم العقد بوصول البرقية ، أما اذا تبين أن الكتاب الذي أرسل في البريد يتضمن شروطا معدلة لشروط الايجاب ، فقد يفهم من الظروف أن من صدر =

* ٢٧٦ - قبول بمصره الايجاب - وقد يقبل بعض الايجاب دون البعض الآخر، فاذا تبين من نية الموجب، أو من طبيعة التعامل، أن الايجاب لا يقبل التجزئة، فالقبول الجزئي لا يعتبر، ولا يتم العقد حتى بالنسبة للجزء الذى وقع عليه القبول^(١).

أما اذا تبين أن القبول قد انصب على عناصر العقد الجوهرية، كالشئ المبيع والثمن^(٢) في البيع، والعين المؤجرة والأجرة والمدة في الايجار^(٣)، ولم يبق إلا بعض مسائل تفصيلية لم يتم عليها الاتفاق، وتبين أنه لم يكن في نية المتعاقدين وقف التعاقد حتى يتم الاتفاق على هذه

== منه القبول أراد أن يعلق قبوله على ما هو وارد بالكتاب الذى أشار اليه في برقيقته، وفي هذه الحالة لا يتم العقد، ويعتبر القبول المعدل للايجاب إيجابا جديدا كما قدمنا (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٠ ص ١٦٨ هامش نمرة ٣) قارن ديموج ٢ فقرة ٥٨١) وقد يكون من صدر منه القبول مشغولا عن تعويض الموجب، اذا كان كتابه مخالفا لبرقيقته، مخالفة تمنع من تمام العقد، وذلك اذا كانت البرقية قد ولدت في نفس الموجب ثقة مشروعة في أن العقد قد تم، وقد يكون التعويض عينيا في هذه الحالة، وذلك باعتبار أن العقد قد تم على شروط الموجب بالرغم من التعديل الوارد في كتاب الطرف الآخر.

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٠ ص ١٦٨ — محكمة الهافر الابتدائية في ٢٤ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت دى باليه ١٩٢٦ — ٢ — ٢٠٩

(٢) وقد يكون الاتفاق على الثمن في البيع ضمنا، كما اذا وقع البيع على شئ. يكثر بيعه، وقد حدد العرف التجارى ثمنه، فيلتزم المشتري أن يدفع الثمن الذى كان يستطيع توقعه تبعا للظروف (محكمة باريس الاستئنافية في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ داللو ١٩١٠ — ٢ — ١٤١)، ويحدث ذلك في غير البيع من العقود في الأحوال التى لم تحجر العادة فيها باخبار المتعاقد عن الأجر المطلوب، كأجرة الطبيب. واذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الشئ المبيع فتم البيع (على المقدار الأقل) أولا يتم تبعا لنية المتعاقدين وللظروف (ديمولومب ٢٤ فقرة ٥٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٢ — لوران ١٥ فقرة ٤٧١ — ديموج ٢ فقرة ٥٨٤ — انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠١ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة اليه). أما اذا قبل البائع البيع بثن أقل من الثمن الذى قبله المشتري (ويحدث هذا عملا عقب مفاوضة بين البائع والمشتري، يطلب فيها البائع ثمنًا أكثر من الثمن الذى يعرضه المشتري ولا يتفقان، ثم يفكر البائع فيقبل الثمن الذى عرضة المشتري، ويفكر المشتري فيقبل الثمن الذى يطلبه البائع)، فالبيع يتم بالثن الأقل (انظر بوتيه في البيع فقرة ٣٦) لا لأن من رضى بأن يشتري بالثن الكثير يرضى الشراء بالثن القليل كما يقول بوتيه، فان هذا يصدق أيضا على البائع، فيعتبر أنه رضى بالثن الكثير، لأنه رضى بالثن القليل، بل لأن الثمن التزام في ذمة المشتري، والالتزام يفسر لمصلحة الملتزم، والملتزم هنا هو المشتري ومصلحته في الثمن القليل — وقد ورد في المجلة، بشأن هذه المسألة، في المادة ١٧٨ ما يأتى: تكفى موافقة القبول للايجاب ضمنا، فلو قال البائع لأشتري بعنك هذا المال بألف غرش، وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسمائة، انعقد البيع على الألف، إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس لزم المشتري حينئذ أن يعطيه خمسمائة القرش التى زادها.

(٣) انظر ايموس وارمنحون: مسائل في القانون المدنى والتجارى المصرى القاهرة سنة ١٩٠٤ ص ٤٠ مسألة نمرة ٦٠

المسائل، فإن العقد يعتبر قد تم بهذا القبول^(١)، أما المسائل التي لم يتم الاتفاق فترك للقانون ينظمها، أو ترك للقاضي، إذا لم توجد له نصوص قانونية، يجري عليها أحكام العدالة والعادات والعرف، مراعيًا في ذلك طبيعة التعامل^(٢).

وقد لا يقع القبول على العناصر الأساسية للعقد، بل يقتصر على بعض مسائل تفصيلية، ففي هذه الحالة لا يتم العقد بطبيعة الأمر، ولكن هل يكون الاتفاق على المسائل التفصيلية التي وقع عليها القبول بمثابة عقد ملزم؟ قد يتبين ذلك من نية المتعاقدين، فيتقيدان بما تم الاتفاق عليه من المسائل، وذلك بالرغم من عدم تمام العقد الأصلي^(٣). أما إذا لم يتضح ذلك من نية المتعاقدين، وظهر أنهما لا يريدان التقيد بما تم الاتفاق عليه إلا بعد أن يتم العقد الأصلي، فنل هذا القبول التمهيدى لا يلزم المتعاقدين، حتى فيما تم الاتفاق عليه من المسائل الثانوية^(٤).

(١) قارن المادة ١٥٥ من القانون المدني الألماني.

(٢) انظر المواد ١٣٨/١٩٩/١١٣٥ — سلطة القاضي تكون أوسع في عقود الاذعان، كما في لأتحة المصنع التي يخضع لها العمال — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من ضمن المدعى لا يكون ضمانه باطلا لعدم تحديده مدة الضمان، إذ يمكن قصر الضمان على الديون الموجودة في وقت يحدده الضامن (٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ — ص ٧٦ جازيت ٤ ص ٤٠ فقرة ٩٥) انظر أيضا حكما آخر في ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ والمجموعة الرسمية للقضاء المختلط (٢٥ ص ١٤٧).

والقضاء في مصر، كما رأينا، يتبع سنة القضاء في فرنسا، فقد أخذ هذا يتوسع شيئا فشيئا في الخروج عن اختصاصه القضائي المحض من الفصل في الخصومات، إلى التدخل في العقود، ومساعدة المتعاقدين على تكملة ما ينقص من الاتفاق، بدعوى تفسير العقد، (انظر محكمة رن الاستئنافية بفرنسا في ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٥ جازيت دي باليه ١٩٢٥ — ١ — ٧٠٢). فهناك أحوال يتدخل فيها القاضي لينع أحد المتعاقدين من الرجوع في عقد تم الاتفاق عليه وأراد المتعاقد الرجوع فيه لئنه أنه قد تسرع في الموافقة عليه أو لأد. الظروف التي جددت جعلت العقد غير مفيد له، فقد يتفق المتعاقدان مثلا على أن الثمن يحدده حكم يعينه بالاتفاق، ثم يتمتع أحد المتعاقدين، وهو من يريد الرجوع في العقد، من الاتفاق مع المتعاقد الآخر على الحكم، فيتدخل القاضي ويعينه إتماما للعقد.

وقد اعترفت بعض القوانين الحديثة صراحة بسلطة القاضي في المساعدة على عمل العقود فيما بين الأفراد، فقضت المادة الثانية من قانون الالتزامات السويسرى بأنه إذا اتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية، فإن العقد يعتبر قد تم حتى لو لم يتم الاتفاق على مسائل ثانوية، وعند عدم الاتفاق على هذه المسائل، يبت فيها القاضي مراعيًا طبيعة التعامل.

انظر في موضوع مهمة القاضي في عمل العقود (rôle du juge dans la formation des contrats) أى في العقود التي يقوم القاضي بعملها للأفراد، أو يساعد الأفراد على إتمامها ديموج ٢ فقرة ٧٢٤ — فقرة ٧٤٢ ثالثا (وهذا يختلف عما يسمى عادة بالعقود القضائية (contrats judiciaires) وهي عقود تم أمام القضاء، ولكن المتعاقدين هما اللذان يرمانها لا القاضي : انظر في هذا الموضوع (ديموج ٢ فقرة ٦٣٢ — ٦٦٠).

(٣) محكمة التمييز الفرنسية في ٣ فبراير سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ — ١ — ١٢٦

(٤) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٣٠ ص ١٧٠ انظر أيضا المادة ١٥٤ من القانون المدني الألماني.

§ ٣ - عقود الإذعان*

(contrats d'adhésion)

* ٢٧٧ - معنى عقود الإذعان - قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، ولا نغنى بهذا أن القبول في هذه الحالة لا يعدّ رضاء، ولكن نريد أن نقرر أن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجب كما يحصل عادة في العقود الأخرى، بل هو في موقفه من الموجب لا يستطيع إلا أن يأخذ أو يدع. ولما كان في حاجة الى التعاقد على شيء لا غناء عنه فهو مضطر الى الإذعان والقبول، فرضاؤه موجود، ولكنه يكاد يكون مكراها عليه، على أن هذا النوع من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الرضاء، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بعوامل نفسية^(١).

ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام (contrats d'adhésion)، لأن من يقبل العقد انما ينضم اليه دون أن يناقشه، وهذه تسمية ابتدعها الأستاذ سالى (Saleilles)^(٢). ونحن نؤثر أن نسمى هذه العقود في العربية بعقود الإذعان، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الإضطرار في القبول.

* المراجع : سالى : (Saleilles) إعلان الإرادة (Déclaration de volonté) طبعة سنة ١٩٠١ ص ٢٢٩ وما بعدها — ديجيه (Duguit) تطورات القانون الخاص (Transformations du droit privé) ص ١٢١ — الدولة والقانون الموضوعي والقانون الوضعي (L'Etat et le droit objectif et la loi positive) ص ٥٥ — هوريو (Hauriou) مبادئ القانون العام (Principes de droit public) ص ٢٠٧ — ريبير (Ripert) القاعدة الخلقية في الالتزامات (La règle morale dans les obligations) طبعة ثانية فقرة ٥٥ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢٢ وما بعدها — ديموج ٢ فقرة ٦١٦ وما بعدها — موران (Morin) القانون والعقد (La loi et le contrat) سنة ١٩٢٧ ص ٣٦ وما بعدها — رسائل ومقالات : ديريه (Dereux) تفسير الأعمال القانونية (Interprétation des actes juridiques) باريس سنة ١٩٠٥ ص ١٥٢ و ص ٢١٠ — جونو : (Gounot) مبدأ سلطان الإرادة (Le Principe de l'autonomie de la volonté) ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٢٢٧ وما بعدها — دولا (Dollat) باريس سنة ١٩٠٥ — فورنيه (Fortier) ديجون سنة ١٩٠٩ — پيشون (Pichon) ليون سنة ١٩١٣ — ساليه (Sallé) التطور الفني للعقد (Evolution technique de contrat) باريس سنة ١٩٣٠ ص ١١ وما بعدها — ديريه (Dereux) مقال في مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩١٠ ص ٥٠٣ وما بعدها.

(١) قارن ريبير، القاعدة الخلقية في الالتزامات فقرة ٥٦ ص ١٠٣

(٢) سالى : الاعلان عن الإرادة ص ٢٢٩ — ص ٢٣٠

ومسألة عقود الاذعان مسألة اقتصادية، أثارها التطور الاقتصادي الحديث ، وما نشأ
عن هذا التطور من اتساع شركات الاحتكار وتفاقم خطبها ، مما جعل المستهلك إزاءها
ضعيفا لا يملك إلا الاذعان لما تمليه عليه من الشروط .

* ٢٧٨ — دائرة هزرة العقود — ويتبين مما تقدم أن عقود الاذعان لا تكون
إلا في دائرة معينة، فهي لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد ^(١) يحتكر — احتكارا
فعليا أو قانونيا — شيئا يعد ضروريا للمستهلك ، ويصدر الإيجاب عادة الى الناس كافة،
وبشكل مستمر، ويكون واحدا بالنسبة للجميع ، ويغلب أن يكون مطبوعا ، والشروط التي
يملها الموجب شروط لا تناقض ، وأكثرها لمصلحته ، فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية ،
وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر ، وهي في مجموعها لا يستطيع أن يستوعب فهمها
الرجل المعتاد ^(٢) .

والأمثلة كثيرة على عقود الاذعان ، فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز، ومع مصالح
البريد والتلغراف والتلفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر
وسيارات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل في الصناعات
الكبرى ولدى الشركات ^(٣) ، كل هذا يدخل في عقود الاذعان .

وتتميز عقود الأذعان — بهذا التحديد — عن العقود المعتادة : (أولا) في تكوينها ،
(ثانيا) وفي الآثار التي تترتب عليها .

(١) ولا يكتفى — حتى يكون العقد إذاعيا — أن يكون الموجب قد حدد شروطا لا يرجع عنها ، ما دام لا يحتكر
الصف الذي يتعامل فيه ، فهناك كثير من تجار الملابس والأطعمة وغيرها يحددون لسلعهم أثمانا محددة ، ومع ذلك لا يعتبر
التعاقد معهم إذاعيا ، لوجود كثير من التجار ينافسون في هذا النوع من التجارة (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة
١٢٢ — ديموج ٢ فقرة ٦١٦ — ص ٣٠٩) .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢٢ — ديموج ٢ فقرة ٦١٦ ص ٣٠٨ — ادوند ساليه فقرة ١٢
ص ٣٩ وقرة ١٥ ص ٤٨ — ٤٩ ، ويرى الأستاذ پيشون أن لعقود الاذعان خصائص أربع : الإيجاب فيها
لمجموع من الناس ، والاتفاق من عمل أحد المتعاقدين ، ومركز هذا التعاقد هو مركز المتغلب لما حصل عليه من احتكار
قانوني أو فعلي ، والعقد ذو نظام معقد (انظر پيشون ص ١٣ وانظر أيضا فورتييه ص ٩ وما بعدها) .

ومن ذلك يتبين أن عقود الاذعان تقرب من أن تكون مراکز قانونية منظمة (institutions, statuts) ،
وهذا يقول الأستاذ هوريو (مبادئ القانون العام ص ١١١) ، ويراها الأستاذ ديموج "خدمة خاصة لمنفعة عامة"
(service privé d'utilité publique) (انظر ديموج ٢ فقرة ٦١٨ ص ٣١٢ — ص ٣١٣) .

(٣) انظر بالنسبة لعقد العمل حكم محكمة الاستئناف المخلطة في ١٧ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٥

(أولاً) منه حيث التكوين :

٢٧٩ - الإيجاب في عقود الإذعان - أما من حيث التكوين فالإيجاب في هذه العقود معروض بشكل مستمر على الكافة كما تقدم، وهو واحد بالنسبة للجميع، فشركة المياه تعرض شروطها على جميع الناس، وهي واحدة لا تتغير بالنسبة لقدر محدود من الماء، ولطائفة معينة من السكان، وكذلك شركات النور والغاز والمركبات الكهربائية والسكك الحديدية ونحو ذلك.

والإيجاب هنا ملزم إلى مدة أطول بكثير من المدة التي يلزم فيها الإيجاب في العقود المعتادة، وهذا معنى أن الإيجاب معروض بشكل مستمر. ففي الصناعات الكبرى يبقى الإيجاب، وهو الذي تتضمنه لأئحة المصنع (règlement d'atelier)، ملزماً لرب العمل، حتى يغيره بتعديل في هذا النظام، وكذلك تبقى الشروط المطبوعة ملزمة لشركات الاحتكار، حتى تدخل فيها التعديلات التي يقتضيها صالح العمل.

ويجب عرض هذا الإيجاب على الجمهور بنشره أو بتحكين من يريد الإطلاع عليه من ذلك، فإذا تم هذا فكل من يقبل الإيجاب يتقيد به في الأصل، حتى لو ثبت أنه لم يطلع عليه بالفعل، ما دام أنه كان يستطيع الإطلاع عليه^(١).

وتكون كل الشروط التي تضمنها محل اعتبار سواء كانت صريحة أو ضمنية، ومثل الشروط الضمنية إلا يكون المتعاقد مع شركة النقل في حالة سكر بين يخشى منها على الجمهور، والآ يكون

(١) فيتقيد من قبل العقد بالشروط المطبوعة، حتى لو كان أمياً لا يعرف القراءة (محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ يولييه سنة ١٨٩٨ سير به ١٨٩٩ - ١ - ٧٤، انظر مع ذلك حكماً آخر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٠٩ سير به ١٩٠٩ - ١ - ٤٩٣). ويتقيد من اشترى "تذكرة" للسفر بما هو مطبوع من شروط يمكن الرجوع إليها (محكمة النقض الفرنسية في ١١ فبراير سنة ١٩٠٨ سير به ١٩٠٩ - ١ - ٤٨٦)، وتقيد العمال بما تضمنه لأئحة المصنع من نظم (محكمة النقض الفرنسية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ سير به ١٩٠٨ - ١ - ٢٤١، حكم آخر في ٧ مارس سنة ١٩١١ سير به ١٩١١ - ١ - ٢٥٢).

ولكن إذا كانت الشروط لم تنشر، ولم توضع بحيث يتمكن المتعاقد من الإطلاع عليها، فلا يتقيد بها (محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يناير سنة ١٩٠٦ سير به ١٩٠٦ - ١ - ٢٧٨)، وقد قضت محكمة باريس الاستثنائية، طبقاً لهذا المبدأ، أن من يجهز محلاً للسفر في باخرة لا يتقيد بالشروط الواردة في "التذكرة" إذا كان لم يأخذ "التذكرة" إلا بعد حجز محله (٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ جازيت دي پاليه ١٩٢١ - ٢ - ٤٦٦).

مصابا بمرض معد ، ويعتبر شرطا ضمنيا كل ما يفهم من ظروف العقد ويقتضيه حسن سير العمل^(١) .

٢٨٠ - القبول في عقود الإذعان - أما القبول فهو كما قدمنا إذعان وانضمام ، فالموجب يعرض إيجابه في شكل نهائي ولا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لاغنى له عن التعاقد ، فهو محتاج الى الماء والنور والغاز ، ولا بد له من التنقل والسفر في بعض الأحيان ، وهو مضطر الى العمل ليكسب ما يقوم بأوده ، وهكذا .

فاذا اقترن القبول بالايجاب يتم العقد ، ولا يجوز لأحد من المتعاقدين الرجوع عنه إلا برضاء الآخر . على أنه قد لا يتم العقد ، حتى مع اقتران القبول بالايجاب ، في بعض الأحوال كما اذا كان صالح العمل يقتضي ذلك^(٢) ، وكما اذا كان الشيء المتعاقد عليه قد فقد ولم يكن هناك مبرر لاييجاد شيء جديد يحل محله^(٣) .

(١) فلهدير الملب أن يرفض دخول شخص في ملعبه ، كان قد أحدث جلبة في اليوم السابق ، فان هذا يقتضيه حسن سير العمل . ولكن لا يحق له أن يمنع دخول مزاحم له في الملعب ، يشهد اللعب حتى يستخدم من المثليين من يروقه منهم ، فان هذا لا يقتضيه حسن سير العمل ، بل يقتضيه حب منع المنافسة ، (انظر محكمة السين الابتدائية في ١٠ مارس سنة ١٩١٦ مجلة القانون (Le Droit) في ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ - ديموج ٢ فقرة ٦٢٠) .

ولما كان الايجاب معروضا على الكافة فلكل شخص الحق في قبوله ، ويتعين على الموجب أن يمكن الجمهور من الوسيلة التي يصدر بها قبوله ، فيجب على مصاحبة السكك الحديدية أن توجد العمال الكافين لاعطاء "التذاكر" للمسافرين (محكمة الصلح بيوردو في ٧ أبريل سنة ١٨٩٣ سيرة ١٨٩٤ - ٢ - ٨٧) .

(٢) وقد قدمنا أن هناك شروطا ضمنية في عقود الإذعان ، هي الشروط التي يقتضيها حسن سير العمل أو صالح العمل ، وكما أن مدير الملعب لا يجبر على السماح لشخص يحدث جلبة بالدخول في ملعبه ، كذلك لا تجبر شركة الغاز أو النور على التعاقد مع شخص جربت عليه الخيانة والغش (محكمة ليون الاستئنافية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٣ بانديكت ١٩٠٤ - ٢ - ٧٧) ، واصحاب الفندق أو المطعم أن يرفض قبول شخص رث الثياب ، لا تنفق حالته الاجتماعية مع مستوى الفندق أو المطعم ، ولرب العمل أن يرفض استخدام عامل ذي سمعة سيئة ، ولشركة التأمين أن ترفض تأمين شخص معرض للاخطار بنوع خاص وهكذا (انظر ديموج ٢ فقرة ٦٢٣) . ولكن ليس للوجب أن يرفض التعاقد مع شخص بدعوى أن هناك قضية بينهما ، أو لسوء سيرة هذا الشخص مما لعلاقه له بصالح العمل (محكمة بو الاستئنافية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ - (Le Droit) مجلة القانون) في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ - محكمة مارسيليا الابتدائية في ٥ مايو سنة ١٩٠٨ سيرة ١٩١٠ - ٢ - ١٢٦) .

(٣) فشركة للسكك الحديدية ليست مضطرة الى قبول عدد من المسافرين تضيق به عرباتها ، ولا تكون مسئولة إلا اذا تبين من الظروف أنها لم تتخذ احتياطات معقولة في أيام يكثر فيها السفر (كأيام المواسم والأعياد) ، فعملها أن تمتد في مثل هذه الأيام ما يقتضيه الحركة الاستثنائية ، دون أن يخرج ذلك عن نطاقها (محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ مايو سنة ١٩١١ جازيت دي باليه ١٩١١ - ٢ - ٣١٦ - ديموج ٢ فقرة ٦٢٤ وفقرة ٦٢٦) . وكلانا أكدت =

(ثانيا) منه حيث الآثار :

* ٢٨١ - طبيعة عقود الإذعان - أما الآثار التي تترتب على عقود الإذعان فتوقعة على تعرف طبيعة هذه العقود، فهل هي عقود حقيقية، ملزمة بكل ما جاء فيها، ولا يجوز الانحراف عنها بالرغم من أن القبول فيها كان اذعانا، أم هي ليست بعقود معتادة، بل أن لها طبيعة خاصة تقتضى إخضاعها لقواعد غير القواعد المعروفة .

انقسم الفقهاء في ذلك، وتشعبت الآراء الى مذاهب كثيرة، ونحن نقتصر على إيراد المذهبين الرئيسيين . فالبعض يرى أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية، ويذهب فريق آخر الى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

* ٢٨٢ - عقد الإذعان مركز قانوني منظم - أما الفريق الأول - وعلى رأسه الأستاذ سالى وتابعه فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهرريو - فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية، إذ أن العقد توافق ارادتين عن حرية وإختيار . أما هنا فالقبول مجرد اذعان لا يصدر عن ارادة حرة، ولا يمكن أن يقال أن من يتعاقد مع شركات الاحتكار يقف معها موقف الند من الند، بل هو لا يستطيع إلا أن يتزل على حكم هذه الشركات، فالرابطة القانونية فيما بينه وبينها قد خلقها في الواقع ارادة المحتكر وحدها، وهذه الارادة المنفردة هي بمثابة قانون أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه شأن كل قانون. فتفسير العقد الإذعاني، وتحديد الالتزامات التي يولدها، يجب أن يكون في ظل هذه الاعتبارات، فيفسر العقد كما يفسر القانون، لا باعتبار أنه وليد ارادة الأفراد، فنحن بتفسير هذه الارادة، بل باعتبار أنه ينظم المصلحة العامة لمجموع الأفراد الذين يخضعون له، فيطبق هذا القانون التعاقدى تطبيقا

= صبغة المنفعة العامة في العمل الذي يقوم به المحتكر، كلما كان مطالباً بسد حاجات الجمهور بشأنه (ديموج ٢ فقرة ٦٢٦ مكررة) .

ولما كان الإيجاب في عقود الإذعان معروضا على الكافة، فيصح لمن تعاقد أن يتنازل عن تعاقد له لخص آخر محل محله، دون حاجة الى رضا خاص من الموجب، ما لم يثبت أن هناك ما يدعو الى عدم جواز هذا التنازل، فن أخذ "تذكرة" لدخول ملعب، أو للسفر، يستطيع أن يتنازل عنها لغيره (ديموج ٢ فقرة ٦٢٣ ص ٣٢٦ - ص ٣٢٧)، ولكن اذا كانت "تذكرة" السفر للذهاب والاياب، فلا يجوز التنازل عن أحد شرطيهما دون الآخر .

تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه الى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها^(١).

ويرى الأستاذ ديموج، ويتفق في هذا مع فقهاء القانون العام، أن عقد الاذعان هو مركز قانون منظم (institution)، يجب أن يعنى في تطبيقه لصالح العمل أولا، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد^(٢).

* ٢٨٣ - عقد الاذعان عقد هقيقي - أما الفريق الثاني وهم غالبية فقهاء القانون المدني فلا يرون الحجج التي يتقدم بها أصحاب المذهب الأول مقنعة، فإن أكثر العقود يتحقق فيها ما نراه في عقود الاذعان من اضطراب أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد^(٣)، فعدم التساوى بين المتعاقدين لا يمكن توقيه. بل أنه أقل ضررا في عقود الاذعان منه في العقود الأخرى، فهو في عقود الاذعان يسرى على جميع من يتعاقدون مع المحتكر، إذ الكل سواء أمامه، فإن الإيجاب معروض على الكافة كما قدمنا، فيندر أن يكون هناك محل للغلط

(١) سالى : اعلان الارادة فقرة ٩٠ ص ٢٣٠ - هوريو : مبادئ القانون العام طبعة ثانية ص ٢٠٦ وما بعدها - تعليقه في سيريه ١٩٠٨ - ٣ - ١٧ - ١٩٠٩ - ٣ - ١٣٧ - ديجيه : الدولة والقانون الموضوعي والقانون الوضعي ص ٥٥ و ص ٢٩٨ ، تطورات القانون الخاص ص ٢١ - ماستر (Mestre) في تعليقه في سيريه ١٩٢٦ - ٢ - ١١٣ - جونو (Gounot) مبدأ سلطان الارادة ص ٢٢٧ وما بعدها - دولا (Dalot) عقود الاذعان ص ١٣٣ وما بعدها .

ويتساءل سالى في كتابه "الالتزامات في القانون الألماني" هل أصبحت المبادئ الفردية كافية لتنظيم هذه الهيئات التي تمثلها الشركات الصناعية الكبرى في الوقت الحاضر، وهل يكفي القول بارادة الفرد في هذا الشأن، أم يجب الاعتراف بأن هذه المجتمعات الصغيرة لها قوانينها الأساسية الخاصة، وهي قوانين لا تكفى فيها فكرة العقد، بل يجب في تفسيرها النظر الى حاجة الصناعة ومصالح المال ورب العمل في وقت واحد؟ أليكون التزام العامل بموجب عقد كسائر العقود حيث يتساوى المتعاقدان، وتتوازى الارادتان، أم أن الأصح هو القول بأن العامل يفضل أن يصبح عضوا في هيئة؟ يدخل في مجتمع وينضم الى نظام؟ هو في الواقع من الأمر لا يساوم ولا يناقش، ولا بدله في وضع النظم التي يخضع لها في عمله، بل يصبح عضوا في جمعية صناعية تمثل فيها العمل ورأس المال، فهو يقبل قانونا يعرض عليه، ولا يناقش شروط العقد، وهذه ظاهرة قانونية أخذت تصبح معتادة في الوقت الحاضر، وقد حل فيها محل توافق الارادتين انضمام الارادة الى القانون المعروض (الالتزامات فقرة ٣٣٧ - ص ٤٤٥ - ص ٤٤٦) .

(٢) ديموج ٢ فقرة ٦١٨ ص ٣١٢ - ص ٣١٧، هوريو : مبادئ القانون العام ص ٢٠٧. وقد سبق أن أشرنا الى أن الأستاذ ديموج يسمي هذا المركز المنظم "بالخدمة الخاصة للنفعة العامة" (service privé d'utilité publique)، وقد أخذ الأستاذ ريبير على هذه التسمية أنها متناقضة، وأنها تحتفظ بين مركز الشركة المحتكرة والعقود التي تبرمها مع الأفراد (ريبير القاعدة الخلقية فقرة ٥٥ ص ١٠٢) .

(٣) ريبير : القاعدة الخلقية فقرة ٥٨ - ادمون سالبه فقرة ١٢ ص ٤٠

أو للتدليس . على أن ما يقال من أن المحتكر له الغلبة في التعاقد مبالغ فيه كثيرا . أليس هو أيضا خاضعا للظروف الاقتصادية المحيطة به ، فهي التي تمل عليه شروط التعاقد ، وليس هو الذي يملها على الطرف الآخر ؟ فهو مضطر لأن يراعى في تحديد شروطه ما تقضى به القوانين الاقتصادية ، وقد يكون في بعض الظروف في موقف أضعف من موقف المستهلكين ، اذا تألب عليه هؤلاء واجتمعت كلمتهم على محاربته ^(١) .

ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقد الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق ارادتين ، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فهذا لا أثر له في طبيعة العقد ، ولا يسوغ تدخل القضاء لحماية الجانب الضعيف مادام لم يستغل ، وإنما الذى يبرر التدخل هو استغلال الضعف لا الضعف في ذاته ^(٢) . وعلاج الأمر لا يكون بانكار صفة العقد على عقد حقيقى تم بتوافق ارادتين ، ولا بتمكين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتعم الفوضى ، بل أن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى ، ويكون ذلك باحدى وسيلتين أو بهما معا : الوسيلة الأولى وسيلة اقتصادية ، فيجتمع المستهلكون ، ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والوسيلة الثانية وسيلة تشريعية ، فيتدخل المشرع - لا القاضى - لينظم عقود الإذعان ، وبضع لها حدودا يحى بها الجانب الضعيف ، وتكون هذه اناية التشريعية واضحة محددة ، وهي تفضل كثيرا حماية القضاء ، حيث يختلف القضاء في التفسير ، ويتباين اجتهادهم ، فلا تستقر المعاملات على أساس ثابت ، وقد حصل بالفعل تنظيم بعض عقود الإذعان تنظيما تشريعا ، كما نظم عقد العمل وعقد النقل البرى ، وعقد التأمين في التشريع الفرنسى ^(٣) .

(١) ريبير القاعدة الخلقية فقرة ٥٨ - بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ١٢٥ ص ١٦٢

(٢) كولان وكابتان ٢ ص ٢٠٨ - بلايول ٢ فقرة ٩٧٢ - بيشون ص ١٩٤ - ويرى الدكتور ادمون ساليه أنه لا محل لاجاد طاقة جديدة من العقود تسمى بعقود الإذعان ، فهذه العقود إنما هي ظاهرة اقتصادية ، لا ظاهرة قانونية (ادمون ساليه فقرة ١٦ ص ٥٨ - ص ٥٩ وقرة ٢٠ ص ٦٨) .

(٣) ريبير : القاعدة الخلقية فقرة ٥٩ ص ١٠٧

(٤) بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ١٢٥

وهناك - الى جانب الفريقين المتقدمين - فريق ثالث ، يقسم عقد الإذعان الى جزأين : جزء تم عليه التعاقد ، وتوافقت فيه ارادة المتعاقدين توافقا جديا ، فهو عقد حقيقى ، وهذا هو الجزء الأساسى في العقد ، ويتناول عناصر العقد ==

* ٢٨٤ - القضاء في فرنسا وفي مصر - أما القضاء في فرنسا وفي مصر فلم يتأثر كثيرا بالمذهب الأول، فهو يأخذ كبداً عام بالمذهب الثاني، ويرى أن عقود الاذعان عقود حقيقية، تنشأ من توافق الارادتين، كسائر العقود^(١). إلا أنه مع ذلك لم يخل من ميل، في بعض الأحوال، الى تلمس السبل، في دائرة القواعد العامة، ليمنع ما عسى أن يراه تعسفاً في هذه العقود.

ففي فرنسا يفسر القضاء كمقاعدة عامة عقود الاذعان من وراء البحث عن نية المتعاقدين، ويحترم شروط العقد، حتى لو كانت مطبوعة، متى تبين أن الطرف الآخر كان يعلم أو كان يمكنه أن يعلم بهذه الشروط وقت التعاقد، سواء كان ذلك في عقد العمل، أو في عقد التأمين، أو في عقد النقل، أو في غير ذلك من عقود الاذعان^(٢). إلا أنه سلك في حماية الجانب الضعيف طرقاً مختلفة، عند ما يرى الحاجة تدعو الى ذلك، فهو تارة يتلمس عيباً في الرضاء الصادر منه - غشاً أو غلطاً - دون أن يجعل مجرد الاذعان في مقام الإكراه، وهو طروراً يبطل

= المهمة، كالنقطة ومقدار الشيء الذي يتعامل فيه ونوعه وما الى ذلك، ويفسر هذا الجزء التفسير المعتاد كسائر العقود، فيتلمس فيه نية المتعاقدين. أما الجزء الثاني فهو الشروط التفصيلية التي لا تتناول الأساس، وتكون في الغالب مطبوعة، وهذه لم تتوافق عليها الارادتان توافقاً حقيقياً، فللقاضي حق تعديلها بما لا يخرج به عن الشروط الأساسية التي تم عليها التعاقد، ويكون التفسير حسب مقتضيات العدالة وفي حدود حسن النية، وإذا تناقض شرط أساسي مع شرط تفصيلي فالشرط الأساسي هو الذي يغلب (انظر دريه (Dereux) في تفسير الأعمال القانونية ص ٥٢٦، ومقال له في مجلة القانون المدني رجب السنوية ١٩١٠ ص ٥٠٣ وما بعدها - يشون ص ١٩٧ وما بعدها). ويتخذ على هذا الرأي أنه ينظر الى ناحية أحد الطرفين دون الآخر، فإسميه بالشروط التفصيلية هي في الواقع شروط أساسية بالنسبة للآخر (ديموج ٢ فقرة ٦١٨ ص ٣١١ - هوريو في تعليقه في سيريه ١٩٠٨ - ٣ - ١٧).

(١) وتقول الأستاذة بلانيول وريبير واسمات: أن القضاء الفرنسي لا يميز مطلقاً بين عقود الاذعان وغيرها من العقود، فهو يجهل وجود هذه الطائفة الخاصة من العقود التي ظلت تسميتها نسبية فقهيّة محضة (جزء أول فقرة ١٢٤)، وقد يكون في هذا التأكيد شيء من المبالغة، فنرى أن القضاء - في فرنسا وفي مصر - تأثر بعض الشيء بنظرية العقد الاذعانية، وكان في تفسير هذه العقود، في بعض الحالات التي يراها تستوجب ذلك، أكثر انقياداً لاعتبارات العدالة ووجوب حماية الضعيف منه الى احترام ارادة المتعاقدين.

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ يولييه سنة ١٨٩٨ سيريه ١٨٩٩ - ١ - ٧٤ - حكم آخر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٢٤١ - حكم ثالث في ١١ فبراير سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ - ١ - ٤٨٦ - حكم رابع في ٧ مارس سنة ١٩١١ سيريه ١٩١١ - ١ - ٢٥٢، وهي أحكام سبقت الإشارة اليها.

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ٢٨٨، حكم آخر في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦ - ١ - ١٢٤

شروطا تعسفيه تتناقض مع جوهر العقد باعتبار أنها مخالفة للنظام العام كما في شروط الاعفاء الاتفاق من المسؤولية^(١)، وهو حينما يبطل شروطا لم يكن التعاقد يستطيع الوقوف عليها وقت التعاقد^(٢)، أو هي تتناقض مع شروط أخرى أكثر انطباقا على نية المتعاقدين كما في الشروط المكتوبة وتغليبها على الشروط المطبوعة^(٣)، أو كانت تنسخها إرادة لاحقة كما إذا اشترط دفع أقساط التأمين في محل الشركة ثم جرى العمل على دفعها في محل المؤمن^(٤)، وهو أخيرا يفسر الالتزام في صالح الملتزم طبقا للقواعد العامة^(٥).

ويجرى القضاء في مصر على سنة القضاء في فرنسا، فهو يحترم العقود المطبوعة في عقد الإيجار^(٦)، وفي عقود التأمين^(٧)، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة^(٨)، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة أنظمتها ولوائحها^(٩)، ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها^(١٠)، إلا أنه مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة^(١١).

-
- (١) محكمة باريس الاستئنافية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ — ٢١٠ — تعليق ريبر في دالوز ١٩٢٠ — ٢ — ٣٣
- (٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يناير سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ — ١ — ٨٨
- (٣) ريبر في القانون البحري طبعة ثالثة جزء ٢ فقرة ١٤٤٨
- (٤) محكمة النقض الفرنسية في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٨٥
- (٥) محكمة النقض الفرنسية في ٥ يناير سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ — ١ — ٢٠ — انظر في كل هذا بلانبول وريبر واسمان ١ فقرة ١٢٤
- (٦) انظر عقد الإيجار للؤلؤ فقرة ١٢٩ ص ١٢٩ هامش نمرة ٢
- (٧) محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ — حكم آخر في ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠
- (٨) محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٤ — جازيت ١٢ ص ٧٥ فقرة ١٣٥ حكم آخر في ٩ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٠٨ نمرة ١١٥
- (٩) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٥ — محكمة الاسكندرية المختلطة الجزئية في ٢٥ يونيو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٣٥ نمرة ٥٥
- (١٠) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٤ جازيت ٩ ص ٩٨ نمرة ١٦٢ — حكم آخر في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ جازيت ٢٠ ص ١٥٢ نمرة ١٣٨
- (١١) محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة في ٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٢٢ نمرة ٥٤

ويبطل الاعفاء الاتفاق من المسؤولية^(١)، ويفسر الالتزام في مصلحة الملتزم^(٢)، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة^(٣).

المبحث الثاني — المتعاقدان لا يجمعها مجلس واحد^(*)

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)

(Contrat par correspondance, ou entre absents)

* ٢٨٥ — تحرير الموضوع — نبدأ بتحديد الموضوع الذى نظره، فالتعاقد بين غائبين يكون اذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد، فاذا جمعهما مجلس العقد، حتى لو كان أحدهما أو كلاهما يتعاقد بنائب عنه، كان التعاقد بين حاضرين، ولو كان الأصيل غائبا عن المجلس^(٤).

والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن فى أكثر العقود، ولا تستثنى إلا عقود خاصة تستلزم بعض القوانين فيها حضور المتعاقدين معا فى مجلس واحد وقت التعاقد، كما يقضى بذلك القانون

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ — حكم آخر فى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — حكم ثالث فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦
(٢) كما فى شركة أصدرت — سندات ووضعت ما يرونها من الشروط، ففسرت هذه الشروط فى مصلحة المكتنين فى هذه السندات (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ ص ٢٩٥).
(٣) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتبار شركة التأمين على أن تقصد المؤمن فى محل إقامته، لتستوفى الأقساط، يلغى الشرط القاضى بأن الدفع يكون فى محل الشركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ ص ٨٧ نمرة ٩٣).
ولكن يلاحظ بصفة عامة أن القضاء المصرى يقضى باحترام العقود، حتى لو كان العقد قد وضعه وكتبه أحد الطرفين دون الآخر، وقبله الطرف الآخر كما هو دون مناقشة، ولا يجوز اللعن فى مثل هذا المقدم بدعى الغلط أو التدليس (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٤٠ ص ٤٣٧).

* المراجع : فاليرى (Valéry) فى التعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ (انظر تطبيقا له أيضا فى دالوز ١٩١٢ — ٢ — ١) — سالى فى اعلان الإرادة ص ١١٨ — أوربرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ — لوران ١٥ فقرة ٤٧٩ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٧٥ — هيك ٧ فقرة ١٨ — بيدان فقرة ٩١ و ٩٢ — جيلوار فى البيع فقرة ١٦ — فنوار ص ٤٧١ — لاروميير مادة ١١٠١ فقرة ١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٧ — بودرى وسينيا فقرة ٣٥ — بلانيول وريبير وسمات ١ ص ٢٠٤ وما بعدها — ديموج ٢ ص ٢١٢ وما بعدها — الرسائل : بنى باريس سنة ١٨٩١ — أوربر باريس سنة ١٩١٣ — كوهن باريس سنة ١٩٢١ — انظر أيضا تقرير الأستاذ لونجشان (Longchamps) عن تكوين العقد وعدم تنفيذه وهو مقدم لل مؤتمر الدول للقانون المقارن الذى انعقد فى لاهاى فى أغسطس سنة ١٩٣٢ ومقالا للأستاذ سالى الجريدينى الخامى فى مجلة المحاماة فى السنة الأولى.
(٤) محكمة رن الاستئنافية فى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ١ — ٧٠٢

الفرنسي في عقد الزواج (acte de mariage) ، وفي العقد الذي ينظم المركز المالي لكل من الزوجين (contrat de mariage) وفي عقد التبنّي^(١) .

ولما كان التعاقد بين غائبين، كان لا بد من وسيلة للتفاهم فيما بينهما ، وهذا يكون بالمراسلة، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد، أو التلغراف، أو رسول خاص (لا يكون نائباً) أو غير ذلك^(٢) .

والمهم في تحديد التعاقد بين الغائبين أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . أما إذا جمع المتعاقدان مجلس واحد، وصدر القبول وعلم الموجب به في الحال، فلا يكون هناك محل للتساؤل متى يتم العقد، أوقت صدور القبول أم وقت العلم به، فالأمران يمتدان في وقت واحد . بخلاف ما إذا لم يحدد مجلس العقد، فإن القبول يصدر أولاً، ثم يعلم به الموجب بعد فترة من الزمن طويلة أو قصيرة، فيصح حينئذ أن تتساءل متى وأين يتم العقد ، أفى الوقت والمكان اللذين صدر فيهما القبول، أم الوقت والمكان اللذين وقع فيهما العلم بالقبول . ويلاحظ أنه قد يتحقق فرض التعاقد بالمراسلة مع وجود المتعاقدين في مجلس واحد عند صدور الإيجاب وعند العلم بالقبول، ويكفى لذلك أن نتصور أن المتعاقدين افترقا بعد صدور الإيجاب وقبل صدور القبول ، ثم صدر القبول بعد ذلك، وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب الأمر^(٣) . فالعبرة إذاً ليست باتحاد أو اختلاف المجلس، بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به^(٤) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ١٥٥ فقرة ٢٠٥

(٢) وقد يتصور أن يكون "الفونوغراف" طريقاً للمراسلة وإن كان لا يقع ذلك في العمل (يون كان ورينو ٣

فقرة ٢٨ مكررة — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٠ مكررة) .

(٣) ومن ذلك نرى أن المهم هو أن يبلغ القبول للموجب بطريق المراسلة (ولو كان المبلغ هو من صدر منه القبول نفسه) حتى لو صدر الإيجاب والمتعاقدان يضمهما مجلس واحد . أما إذا علم الموجب بالقبول دون مراسلة، ولو حصل الإيجاب بطريق المراسلة، فالعقد يتم بين حاضرين، وصورة ذلك أن يرسل الموجب لإيجابه إلى الطرف الآخر، فيأتى هذا بنفسه إلى الموجب ويقبل الإيجاب أمامه (ولا يقتصر على مجرد تبليغه القبول الذي يكون قد صدر قبل ذلك كما في الفرض الأول) (انظر مذكرات الأستاذ ليفي أولمان في موضوع الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٢٣٧) .

(٤) ومما يؤيد أن تميز العقد بالمراسلة إنما يكون بالفترة التي تفصل صدور القبول والعلم به، أنه لو قبل شخص لإيجاباً صدر من أمم، وهما في مجلس واحد، فلم يسمع الموجب القبول، فكتب له الطرف الآخر، فإن معرفة الوقت الذي تم فيه العقد، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب ويمكن هذا من قراءته، يتبع فيها قراءه العقد =

* ٢٨٦ - تطبيق قواعد التعاقد فيما بين حاضريه - وكل ما تقدم من القواعد في التعاقد بين حاضرين ينطبق على التعاقد بين غائبين ، فيجب صدور إيجاب بات ، وأن يقتن بالايجاب قبول مطابق له ، وغير ذلك من القواعد التي ذكرناها^(١) . إلا أن التعاقد بالمراسلة ، له خاصية ترجع الى ما قدمناه من أن علم الموجب بالقبول لا يحصل إلا بعد صدور القبول بفترة من الزمن ، فيشكل الأمر في تحديد زمان ومكان العقد . ونحن قبل أن ندخل في بحث هاتين المسألتين نتقدم بملاحظتين .

(٢)

* ٢٨٧ - الملاحظة الاولى : التعاقد بطريق التلفون - هو تعاقد لا يجمع فيه المتعاقدين مجلس واحد ، فقد يكون أحدهما في جهة تبعد عن الجهة التي يوجد فيها الآخر بمسافة طويلة ، بل قد يفصل المتعاقدين ، وهما يتخاطبان في "التلفون" بلاد شاسعة ، بعد أن اخترع "التلفون اللاسلكي" . ولكن التعاقد بهذه الطريقة لا يثير إشكالا إلا من حيث معرفة مكان العقد . أما زمان العقد فلا صعوبة فيه ، لأن وقت صدور القبول هو وقت العلم به ، فلا فترة من الزمن تفصل بين الأمرين ، ولذلك قيل أن التعاقد "بالتلفون" هو تعاقد فيما بين حاضرين من حيث الزمان^(٣) ، وهذا يدل مرة أخرى على أن العبرة في التعاقد بالمراسلة هي الفترة التي تفصل بين صدور القبول والعلم به ، وينبني من ذلك أن التعاقد بطريق "التلفون" يتم في الوقت الذي يصدر فيه القبول ، وهو نفس الوقت الذي يقع فيه العلم بالقبول .

أما من حيث مكان العقد فالأشكال موجود ، لأن المتعاقدين موجودان في جهتين مختلفتين ، فهل يتم العقد في الجهة التي يوجد فيها من صدر منه القبول ، أو في الجهة التي يوجد

= بالمراسلة (انظر في هذا الفرض الى ايموس وارمنجون : أسئلة في القانون المدني والتجاري المصري القاهرة سنة ١٩٠٤ ص ٣٩ مسألة نمرة ٥٧) .

(١) انظر بنوع خاص القواعد الخاصة بتبليغ الايجاب بطريق المراسلة والعدل عنه بعد ذلك ، ومتى يعتبر العدل ومتى لا يعتبر ، وكذلك العدل عن القبول (انظر أيضا فقرة ٢٤٦ وما بعدها) .

(٢) انظر في هذا الموضوع فيدال (Vidal) : التلفون من الناحية القانونية سنة ١٨٨٦ - بودرى وبارد ١ فقرة ٤٠ - فاليري فقرة ٥٨ - فقرة ٦٢ - ليون كان ورينو (في القانون التجاري) ٣ فقرة ٢٨ - ديموج ٢ فقرة ٥٤٨ - جوسران ٢ فقرة ٥٤ - والتون ١ ص ١٣٦ - ص ١٣٨

(٣) انظر المادة ١٤٧ من القانون المدني الألماني ، والمادة الرابعة من قانون الالتزامات السويسري ، وم ٢٣ من القانون المدني المراكشي .

فيها من صدر منه الايجاب (أى الجهة التى وقع فيها العلم بالقبول)؟ ذلك ما سنعرفه عند الكلام على مكان العقد فى التعاقد بالمراسلة ، لأن التعاقد "بالتلفون" ، وإن كان بمثابة تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ، يعتبر تعاقدًا بالمراسلة من حيث المكان^(١) .

٢٨٨ - المبرمطة الثانية : وقوع غلط فى نقل ارادة امر المتعاقدين

الى الأمر - قد تبلغ أحد المتعاقدين ارادة التعاقد الآخر على غير حقيقتها ، فيظن المشتري مثلا أن البائع يعرض عليه البيع بثمن هو دون الثمن الذى يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع غلط فى الكتاب الذى وصل الى المشتري من البائع ، أو فى الرسالة التى بلغت اليه من طريق وسيط ، نائبًا كان أو رسولًا أو سمسارًا أو غير ذلك . فيقبل المشتري التعاقد بالثمن المعروض عليه غلطًا . فهل يتم العقد فى هذه الحالة ؟

الظاهر أننا لو أخذنا بنظرية الارادة الباطنة ، وجب أن نقول أن العقد لا يتم ، لأن الارادتين لم تتوافقا على ركن من أركان العقد ، وهو الثمن . وهذا ما يأخذ به القضاء فى فرنسا وفى مصر^(٢) . أما اذا أخذنا بنظرية الارادة الظاهرة ، وكان المشتري على حق فى اعتماده على

(١) هذا يصعب فى بعض الأحيان إثبات التعاقد بالتلفون ، ولكن الغالب هو أن يسجل المتعاقدان فى كتب يتبادلانها ما اتفقا عليه عند مخاطبة التلفونية ، فهذه الكتابة هى التى تثبت العقد ، أما اذا لم توجد الكتابة ، وجاز الاتبات بالبينة ، فانه يصعب الاتيان بشهود يعلمون ما دار بين المتعاقدين من الحديث بالتلفون (انظر فى هذا الموضوع محكمة النقض الفرنسية فى ١٤ مايوسنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٨١ مع تعليق فاليرى . وحكما آخر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠ - ١ - ٢٠٨ - بلانيول وريبير وامان ١ فقرة ١٥٦ - والتون ١ ص ١٣٨) .

على أنه اذا أغفلنا ما قد يحصل أحيانا من سماع المخاطبة التلفونية الدائرة بين شخصين مفاجأة أو من طريق التنصت ، فانه يجوز أن توجد شهود على الايجاب وحده ، وشهود أخرى على القبول وحده ، فشهادة الجميع قد تثبت وجود العقد . (٢) وأكثر ما يقع هذا الغلط فى الرسائل التلفرافية ، فقد يغلط عامل التلفراف فى نقل ما يريد المرسل تبليغه الى المرسل اليه ، فيعتمد هذا على ما بلغه غلطًا .

(٣) محكمة اميان الاستئنافية فى ١١ مايوسنة ١٨٥٤ دالوز ٥٩ - ٢ - ١٤٧ - محكمة ليون الاستئنافية فى ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ . مونتورليون ٧ يولي سنة ١٩٠٨ - محكمة باريس الاستئنافية فى ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت دى تريبيوسنة ١٩١٣ نصف السنة الأولى - ٢ - ٢٤١

محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ عدد ٤٤٦ ص ٢٨٨ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ - حكم آخر فى ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ (حيث اعتبر الوكيل بالعمولة الذى نقل إرادة موكله غلطًا متعاقدًا عن نفسه ولذلك حكم بتمام العقد ، وذكر الحكم أن الوكيل لو كان ويكلا معتادًا يتعاقد عن غيره ، ووقع غلط فى نقل إرادة موكله ، لما كان العقد يتم) - حكم ثالث فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ - حكم رابع فى ١٢ مايوسنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠١

ما ظهر له من ارادة البائع ، فلم يتوقع أن يكون هناك غلط فيما بلغه ^(١) ، فإن العقد يتم طبقا لهذه الارادة الظاهرة من جانب البائع .

وسواء لم يتم العقد أخذا بالارادة الباطنة ، أو تم أخذا بالارادة الظاهرة ، فإن المتعاقد الذى أصابه ضرر من وقوع هذا الغلط (المشتري فى حالة ما اذا لم يتم العقد ، أو البائع فى حالة ما اذا تم) يرجع على المسئول عن هذا الغلط بالتعويض ، سواء كان المسئول هو المتعاقد الآخر أو الوسيط ^(٢) . فاذا لم يكن هناك أحد يمكن أن يكون مسئولا عن الغلط ، فإن من أصابه الضرر يبقى متحملا لإياه ، دون أن يرجع على أحد ^(٣) .

* ٢٨٩ - الوقت والمكان في التعاقد بالمراسلة - وقد قدمنا أن الذى تهتم معرفته في التعاقد بالمراسلة مسألتان : (١) الوقت الذى يتم فيه العقد . (٢) المكان الذى ينشأ فيه ^(٤) .

(١) فاذا كانت الظواهر تدل على احتمال وقوع غلط ، وجب على المتعاقد أن ينبئن الأمر حتى يتثبت من شروط التعاقد ، فاذا لم يفعل ، فانه لا يمكن أن يقال أنه كان على حق فى اعتماده على الارادة الظاهرة من جانب المتعاقد الآخر .

(٢) فاذا كتب المتعاقد الآخر ، أو نقل الوسيط ، رقبا غير صحيح ، أو كانت الرقم صحيحا ولكنه محل للبس ، عد هذا خطأ من المتعاقد أو من الوسيط .

واذا ثبتت مسئولية الوسيط ، فقد يوجد الى جانبه شخص آخر يعتبر مسئولا عنه مسئولية المخدم عن خادمه ، كصلحة التلغراف تكون مسئولة عن الخطأ الذى يرتكبه عما لها فى تأدية عملهم . ويلاحظ أيضا أن المرسل اليه يكسب حقا مباشرا من العقد الذى تم ما بين المرسل ومصلحة البريد مثلا ، لأنه يعتبر منتفعا فى اشتراط لمصلحة الغير ، فله الرجوع مباشرة على مصلحة البريد (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ مايو سنة ١٩١٢ سيرة ١٩١٥ - ١ - ١٥٨ - حكم آخر فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - ١٤٣) (انظر فى هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٥٧ ص ٢٠٧ - ص ٢٠٩) .

(٣) مثل ذلك : يضع تاجر صورة أثرية قيمة فى مكان خال كان لصورة أخرى أقل قيمة ، فيبيعها العامل بثمن هذه الصورة الأخرى ، إذ يعتقد أن هذا هو الثمن المطلوب . فالظاهر أن العامل لا يكون مسئولا فى هذه الحالة عن الغلط الذى وقع فيه . واذا اعتبر العقد قد تم بقى البائع متحملا للضرر ، أما اذا اعتبر أنه لم يتم فلا يرجع المشتري على أحد (انظر فى هذا المثل ايموس وارمنجون : مسائل وتبرينات فى القانون المدنى والتجارى المصرى مسألة نمرة ٨٤) .

(٤) يمكن أن نتصور أن العقد بالمراسلة يتم بالنسبة لأحد المتعاقدين ، فى زمان ومكان غير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما بالنسبة للتعاقدين الآخرين ، ولكن هذا لا يستقيم مع الحاجات العملية التى تقتضى فى كثير من الأحوال وحدة الزمان المكان اللذين يتم فيهما العقد بالنسبة لكل من المتعاقدين (انظر فى ذلك بلانيول وريبير واسمان . فقرة ١٥٥ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦) .

المطلب الأول - الوقت الذى يتم فيه العقد بالمراسلة

* ٢٩٠ - أهمية تحرير الوقت - بهم تحديد الوقت الذى يتم فيه العقد بالمراسلة ، لأن هذا الوقت هو الذى يتوقف على حلوله وجود العقد ، وهو الوقت الذى ينتج فيه العقد آثاره ، وكل من هذين الأمرين تترتب عليه نتائج هامة ، نبينها بعد أن نستعرض الآراء المختلفة فى تحديد الوقت .

١ § - الآراء المختلفة فى تحديد الوقت الذى يتم فيه العقد

* ٢٩١ - انقسام الآراء - بالرغم من أهمية تحديد الوقت الذى يتم فيه العقد بالمراسلة ، فإنه لا يوجد اتفاق على هذا الأمر ، لا بين الفقهاء ، ولا بين المحاكم ، لا فى فرنسا ولا فى مصر ، كما لا يوجد اتفاق على الأمر بين التشريعات المختلفة .

(١) الفقرة :

* ٢٩٢ - نظريات أربع - أما الفقه فى البلاد التى ليس فيها تشريع يحدد وقت تمام العقد - كما فى مصر وفى فرنسا - فهو منقسم ، وقد تشعبت آراء الفقهاء فى هذه المسألة .

وذلك أن خاصية العقد بالمراسلة هى كما قدمنا الفترة التى تفصل صدور القبول عن العلم به ، فمتى يتم العقد إذا ؟ أى وقت صدور القبول ، أم فى وقت العلم به ؟ وإذا قلنا بالرأى الأول يبقى أن نحدد بالدقة وقت تمام العقد ، فقد يكون الوقت الذى يعلن فيه من صدر منه القبول إرادته (نظرية اعلان القبول : système de déclaration) وقد يكون الوقت الذى يخرج فيه هذا القبول من يده فى طريقه الى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك (نظرية تصدير القبول : système d'expédition) . وإذا قلنا بالرأى الثانى ، وجب أيضا أن نحدد بالدقة وقت تمام العقد ، فقد يكون الوقت الذى يصل فيه القبول الى الموجب ولو قبل العلم به (نظرية استلام القبول : système de reception) ، وقد يكون الوقت الذى يعلم فيه الموجب بالقبول (نظرية العلم بالقبول : système d'information) .

هذه هي الوجوه المتعددة للسألة ، لا تقل عن أربعة كما نرى ^(١) ، ولكل وجه أنصار يدافعون عنه ^(٢) .

* ٢٩٣ - نظرية اعلانه القبول - أما أنصار نظرية اعلان القبول فيقولون أن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافقي ارادتين . ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للايجاب المعروض عليه ، فقد توافقت الارادتان وتم العقد . فلا معنى لتأخير وقت تمام العقد الى ما بعد ذلك . ويضيفون الى هذا أن نظريتهم تتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في المعاملات ؛ وهي تمكن تاجرا عرض عليه أن يشتري بضاعة ، من التعامل في البضاعة المعروضة بمجرد اعلان قبوله . على أن المشرع لم يشترط إلا توافقي الارادتين ، ولو أراد أن يؤخر تمام العقد الى ما بعد ذلك لصرح به وهو لم يفعل ، بل صرح بالعكس ؛ واكتفى بالاعلان عن الارادة في بعض نصوصه (انظر المواد ١١٢١ و ١٩٨٤ و ١٩٨٥ من القانون المدني الفرنسي) ثم يدافعون ما يعترض به على نظريتهم ، من أنه اذا تم العقد ، قبل أن يعلم الموجب بالقبول ، مضت عليه فترة من الزمن في حالة غير مستقرة ، لا يدري أتم العقد أم لم يتم ؛ فيقولون أنه لا يمكن تفادي ذلك ، حتى لو اشترط لتمام العقد علم الموجب بالقبول ، فانه في ذلك الوقت لا يدري من صدر منه القبول ، أعلم الموجب به أم لم يعلم ، فلو أخرنا تمام العقد الى وقت معرفته لذلك ، جاء دور الموجب إذ يجب أن يعرف هو أيضا هل علم من صدر منه القبول ، بعلمه هو بأن القبول قد صدر ، فندور بذلك في حلقة مفرغة . على أنه من المسلم به أن القبول يجوز أن يكون ضمنيا ، والقبول الضمني قد لا يعلم به الموجب ، ومع ذلك يتم به العقد ^(٣) .

هذا وقد أخذ كثير من الفقهاء بنظرية اعلان القبول ^(٤) .

(١) انظر في وجوه أخرى مذكرات الأستاذ ليني أولمان (الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين)

ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣

(٢) انظر هاتون ١ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٧ ص ٥٨ - ص ٦٠

(٤) ديرانتون ١٦ فقرة ٤٥ - ماركاديه ٤ فقرة ٣٩٥ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٧٥ - بيدان فقرة ٨٥ وما بعدها - فاليري فقرة ١٤٠ - فقرة ١٤٨ و فقرة ١٥٠ - فقرة ١٦٦ - يفنوار ص ٤٦٨ - بودرى وبارد ١ فقرة ٣٧ - جارسونيه (طبعة ثالثة) فقرة ٤٨٤ ص ١٤٩ هامش نمرة ١١ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٧٣ - ٢٧٤ - جوسران ٢ فقرة ٥٣ - والون ١ ص ١٣٣ - ص ١٣٤ - محمد صالح فقرة ٢٦٣ .

على أن هذه النظرية وإن كانت تستند إلى القواعد العامة إلا أن في هذه القواعد ما يقضى بأن الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا دلت بها من هي موجهة إليه ، والقبول موجه إلى الموجب فلا ينتج أثره حتى يعلم هذا به . ثم إن النظرية ، وهي تجعل تمام العقد عند توافق الإرادتين ، لا تنظر بذلك في كل الأحوال : لنفرض أن الموجب بعد أن أرسل إيجابه عدل عنه ، وكتب إلى الطرف الآخر يخبره بهذا العدول ، ولم يصل العدول إلا بعد وصول الإيجاب وصدور القبول ، فإن هذا عقد تم بإعلان القبول ، مع أن الإرادتين قد لا تتوافقان ، إذ قد يكون القبول صدر في وقت عدل فيه الموجب ^(١) .

* ٢٩٤ - نظرية نصير القبول - أما أنصار نظرية تصدير القبول فهم يتفقون في الواقع مع أنصار النظرية الأولى ، ويكتفون بإعلان القبول حتى يتم العقد ، ولكنهم يشترطون أن يكون هذا الإعلان إعلاناً نهائياً لا رجوع فيه ، ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلاً بقبوله إلى الموجب ، بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد ، أو سلمه لعامل التلغراف فبعث به ، أو أبلغه لرسول انطلق ليخبره الموجب ^(٢) .

(١) من ذلك نرى أن نظرية إعلان القبول ، وإن كانت في ظاهرها تتصل بالمذهب الشخصي في العقد فتتطرق إليه باعتبار أنه توافق إرادتين ، إلا أنها في الحقيقة قريبة من المذهب المادي ، إذ تجعل العقد يتم بمجرد أن يتوافر لدى من توجه إليه الإيجاب ما يدعوه للثقة بقيام هذا الإيجاب ، حتى لو كان قد عدل عنه الموجب بالفعل (انظر في هذا المعنى مذكرات الأستاذ ليفي أولمان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٢٢٨ - ص ٢٣٧) ويرى الأستاذ ليفي أولمان أن نظرية إعلان القبول هي التي تنزع إلى المذهب المادي في العقد ، وقد تبعها من يقول بهذا المذهب ، كما في القانون السويسري والقانون الإنجليزي - أما نظرية العلم بالقبول فهي التي تصدر عن المذهب الشخصي ويقول بها الفرنسيون والإيطاليون (تقاليد القانون الفرنسي والمشروع الفرنسي الإيطالي) . ذلك أنه طبقاً لنظرية العلم بالقبول يصبح من المحقق أن الإرادتين قد توافقتا فترة من الزمن (انظر تحفظاً على هذا الرأي في فقرة ٣٠٧ ص ٣٠٥ هامش ١) ، فما دام العقد لا يتم إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب قبل أن يعدل عن إيجابه ، فن المؤكد إذا أن الإرادتين قد توافقتا وقتاً ما ، فإن القبول ، وقد علم به الموجب الباقي على إيجابه ، قد صدر في وقت كان الإيجاب فيه قائماً فعلاً . على أن تأخير تمام العقد إلى وقت علم الموجب بالقبول قد يكون فيه مجاوزة للوقت الذي توافقت فيه الإرادتان . إذ قد يتم التوافق قبل ذلك . ولكن نظرية العلم بالقبول تأخذ بالأحوط . فتؤخر تمام العقد إلى وقت لا يمكن فيه أن يقال أن الموجب قد عدل عن إيجابه ، وقت أن صدر القبول . ويقرر الأستاذ ليفي أولمان أن بوتييه يأخذ بنظرية العلم بالقبول رغمًا من أن الظاهر يؤمهم غير ذلك (انظر المرجع المتقدم) .

(٢) أوبري ورو ٤ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ وهوامش ٢٤ - ٢٦ - جيلوار في البيع ١ فقرة ١٦ ، لون كان ورينو في القانون التجاري ١ فقرة ٦٢٩ - فقرة ٦٣١ و ٧٥٦ و ٣ فقرة ٢٧ - سيرفيل (Surville) طبعة خامسة ص ٢٨٢ - أودينه (Audinet) فقرة ٣٧٩

ويؤخذ على هذه النظرية أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتتمام العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيد التصدير في الاعلان أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدّر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد ، والكتاب في البريد ملك للمرسل حتى يسلمه المرسل إليه ^(١) .

* ٢٩٥ - **نظرية استلام القبول** - وأنصار نظرية استلام القبول قليلون ^(٢) ، وأكثرهم من فقهاء الألمان ^(٣) ، وهم يرون أن القبول يمكن استرداده وهو في الطريق ، ولا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب ، ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب بالقبول أو لم يعلم ، على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ونظرية استلام القبول ليست في الواقع نظرية مستقلة ، بل هي تتذبذب بين نظريتي التصدير والعلم ، وهي بين أن تأخذ بنظرية التصدير ولكن لا ترى التصدير باناً حتى يصل القبول إلى الموجب فيصبح ملكاً له لا يجوز استرداده . وبين أن تأخذ بنظرية العلم ولكن تكفى من العلم بالقرينة عليه ، وهو استلام الموجب للقبول ، وتقف عند ذلك .

والنظرية ، من حيث أنها صوره معدلة لنظرية التصدير ، لا تزيد في قيمتها عن هذه ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية ، وإذا قيل أن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه فإن المقصود من هذا هو ملكية الكتاب المادية ، أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل .

أما إذا أريد بالاستلام أن يكون قرينة على العلم ، فإن النظرية تفقد استقلالها كما تقدّم ، وتمتج بنظرية العلم بالقبول ، وهي النظرية الرابعة التي نتولى الآن بحثها .

* ٢٩٦ - **نظرية العلم بالقبول** - والواقع أن النظريتين الرئيسيتين هما نظرية إعلان القبول ونظرية العلم بالقبول . وماعداهما فمتفرع منها ، ويرد إليهما . ولنظرية العلم بالقبول

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٨

(٢) ومنهم برزيل وكرواسان (Persil et Croissant) في الوكلاء ، بالعمولة ص ٢٧٢ - انظر أيضاً ديموج ٢

فقرة ٥٧٧ وانظر كذلك تقرير الأستاذ لونجشان (Longchamps) الملقّم إلى المؤتمر الدولي للقانون المقارن سنة ١٩٣٢

عن تكوين العقد وعن عدم تنفيذه .

(٣) انظر المراجع في فاليري فقرة ١٣٦

أنصار لا يقلون عن أنصار نظرية اعلان القبول . وهم لا يكتفون من القبول باعلانه بل يشترطون لتمام العقد أن يعلم به الموجب ، شأن كل ارادة يراد بها أن تنشئ أثرا قانونيا ، فهي لا يترتب عليها هذا الأثر إلا اذا علم بها من هي موجهة اليه . ثم أن توافق الارادتين لا يمكن التحقق منه إلا اذا ثبت على وجه اليقين أن الايجاب كان قائما فعلا وقت صدور القبول ، وهذا لا يمكن الجزم به في النظريات المتقدمة ، إذ يجوز أن يكون الموجب قد عدل عن إيجابه وقت صدور القبول ، أما اذا علم الموجب بالقبول والايجاب لا يزال قائما فلا ريب في أن الارادتين قد توافقتا وانتفى الشك^(١) .

وأنصار نظرية العلم بالقبول يتخذون وصول القبول قرينة على علم الموجب ، وفي هذا يتفقون مع أنصار نظرية استلام القبول ، ولكن هذه القرينة إنما هي قرينة قضائية ، للقضاء أن يأخذ بها أو لا يأخذ ، وهي على كل حال تقبل إثبات العكس ، فلموجب الذي يدعى أنه لم يعلم بالقبول رغما من وصوله أن يثبت ذلك ، فلا يعتبر العقد قد تم بوصول القبول^(٢) .

ويدفع أنصار النظرية الاعتراض الذي يوجه الى نظريتهم ، من أنه اذا اشترط علم الموجب بالقبول وجب أن يشترط كذلك علم الطرف الآخر بهذا العلم وهكذا ، أنه لا يمكن

(١) انظر لبني اولمان في مذكراته التي سبقت الإشارة اليها . وقد قدمنا أن نظرية العلم بالقبول في نظرية الأستاذ هي النظرية الشخصية التي تتفق مع فكرة توافق الارادتين ، وسيأتى فيما يلى تحفظ على هذا الرأي (فقرة ٣٠٧ ص ٣٠٥ هامش ١) . انظر حجة أخرى مستمدة من المادة ٩٣٢ من القانون المدنى الفرنسى (وهي تقضى بأن الهبة لا تتم إلا اذا وصل القبول الى علم الواهب) . ويرد على ذلك الأستاذان بودرى وبارد بأن الأحكام الخاصة بالهبة هي أحكام استثنائية لا يقاس عليها (بودرى وبارد ١ فقرة ٣٧ ص ٦٠) .

(٢) وتقول الأساتذة بلانيول وريبير واسمان في هذا الموضوع أن نظرية العلم بالقبول لو طبقت بدقة لتج من ذلك أن الموجب يستطيع أن يمنع تمام العقد ، ولو وصله القبول في الميعاد المحدد ، بدعى أنه لم يعلم به إلا بعد انقضاء الميعاد لتغيبه عن محل اقامته ، فتسهل بذلك سبل الغش ، ويستطيع المتعاقد أن يرجع في تعاقده بعد أن تعهد ، وليس هذا عدلا ، فانه اذا جاز أن يحمل مرسل الكتاب تبعه ما قد يحدث للكتاب في الطريق من تأخر أو ضياع ، فان من أرسل اليه الكتاب متى استلمه ، يجب أن تنتقل اليه هذه التبعة . كذلك اذا صدر الايجاب لأشخاص متعددين ووصلت كتبهم جميعا بالقبول ، أمكن الموجب أن يختار أحدهم ، زاعما أن كتاب هذا هو الذى قرأه أولا ، فيتم العقد معه دون غيره . وترى الأساتذة أن وصول القبول في مثل هذه الفروض يجب أن يؤخذ قرينة على العلم به ، ولا يسمح للموجب بإثبات عكس ذلك . أما اذا فرض أن من صدر منه القبول أرسل كتابا بالعدول ، وصل بعد وصول القبول ، ثم أراد أن يثبت أنه بالرغم من هذا قد علم الموجب بالعدول قبل علمه بالقبول ، فله أن يثبت ذلك ، وتكون قرينة العلم في هذه الحالة قابلة لإثبات العكس .

وتستخلص الأساتذة من ذلك أن قرينة العلم المستمدة من الوصول تكون غير قابلة لإثبات العكس بالنسبة للموجب ، وقابلة لإثبات العكس بالنسبة لمن صدر منه القبول (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٦٠ ص ٢١٥ — ص ٢١٦) .

أن يشترط لتمام العقد فيما بين غائبين أن يعلم كل منهما برضاء الآخر في وقت واحد ، فهذا إذا كان ممكناً في التعاقد بين حاضرين يكون مستجيلاً في التعاقد بالمراسلة ، وإنما المطلوب ألا يتم العقد إلا بعد أن يعلم الموجب بقبول إيجابه ، فانه وهو الذي أنشأ الإيجاب قد انصرفت نيته الى ذلك ، ويحق له أن يعتبر الأمر محلولاً حتى يحاط علماً بالقبول ، إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد أن يتم العقد في وقت آخر^(١) .
ولنظرية العلم بالقبول أنصار كثيرون كما تقدم^(٢) .

(ب) القضاء :

* ٢٩٧ — القضاء في فرنسا — أما القضاء في فرنسا فهو منقسم أيضاً بين نظريتي إعلان القبول والعلم بالقبول ، وقد كان قضاء المحاكم الاستثنائية يميل أولاً الى الأخذ بنظرية العلم بالقبول^(٣) ، ثم أخذ يميل بعد ذلك الى الأخذ بنظرية إعلان القبول^(٤) .
أما محكمة النقض الفرنسية فتري أن تحديد وقت تمام العقد مسألة يرجع فيها الى نية المتعاقدين ، وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها^(٥) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٦٠ ص ٢١٤ — وتبنى الأساتذة على هذه الملاحظة النتيجة الآتية : لو صدرت ارادتان متوافقتان من شخصين ، وأرسل كل منهما ارادته للآخر ، فان مجزؤ توافق الارادتين في هذا الغرض لا يكفي لتمام العقد ، فان كلا من الشخصين ، وقد أصدر إيجابه ، يقصد ألا يتم العقد إلا عند علمه بقبول الشخص الآخر لهذا الإيجاب (المرجع المتقدم) .

(٢) لوران ١٥ فقرة ٤٧٩ — لارومبيير مادة ١١٠١ فقرة ١٩ — بودرى وسينيا فقرة ٣١ وما بعدها — بلانيول ٢ فقرة ٩٨٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٥٩ — جوسران ٢ فقرة ٥٢ — لبني أرلمان (المذكرات المشار إليها ص ٢٥٦) — ثالير (Thaller) في القانون التجاري ٢ فقرة ٩٨٦ — دي هلتس ١ (Convention) فقرة ١٥

(٣) بروج الاستثنائية ١٩ يناير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ — ٢ — ٢١٨ — ليون الاستثنائية ٢٧ يونيو سنة ١٨٦٧ داللو ١٨٦٧ — ٢ — ١٩٣ — شامبرى الاستثنائية ٨ يونيو سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ — ٢ — ٢٥٢ — بورديو الاستثنائية ٢٩ يناير سنة ١٨٩٢ داللو ١٨٩٢ — ٢ — ٣٩٠

(٤) ليون الاستثنائية في ١٢ أبريل سنة ١٨٩٢ داللو ١٨٩٣ — ٢ — ٣٢٤ — شامبرى الاستثنائية ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ داللو ١٨٩٨ — ٢ — ١١٤ — بواتيه الاستثنائية ١٤ مايو سنة ١٩٠١ داللو ١٩٠٢ — ٢ — ١٢ — باريس الاستثنائية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ داللو ١٩١٣ — ٢ — ١ — الجزائر الاستثنائية ٢٧ فبراير سنة ١٩٢١ تحت حكم محكمة النقض في ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ داللو ١٩٢٣ — ١ — ١٧٦

(٥) محكمة النقض الفرنسية ١٦ يونيو سنة ١٩١٣ داللو ١٤ — ١ — ٢٢٩ — حكم آخر في ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ داللو ١٩٢٣ — ١ — ١٧٦ ، وهناك حكمان آخران يأخذان بنفس المبدأ فيما يتعلق بمكان العقد : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ داللو ٦٨ — ١ — ٣٥ — أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللو ٧٧ — ١ — ٤٥٠

* ٢٩٨ - القضاء في مصر - والقضاء في مصر منقسم أيضا . سواء في ذلك القضاء الأهل والقضاء المختلط .

أما القضاء الأهل فالظاهر أنه يميل الى الأخذ بنظرية العلم بالقبول ، في المسائل المدنية على الأقل . فقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن العقد لا يتم ، خصوصا في المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذي عرض عليه الإيجاب لم يصل لعلم العارض^(١) . ولكن هناك حكم قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلا من وقت وضع كتاب القبول في صندوق البريد^(٢) ، فهو قد أخذ بنظرية تصدير القبول .

والقضاء المختلط منقسم بين نظريتي العلم والاعلان . فهناك أحكام قضت بأن العقد لا يتم إلا اذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه ، كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يرجع في قبوله^(٣) . وهناك أحكام أخرى قضت بأن العقد يتم بإعلان القبول^(٤) . ومن هذه الأحكام الأخيرة ما يقضى بأن إعلان القبول لا يكون نهائيا إلا اذا صدر الكتاب الذى يتضمنه ، وفي هذا أخذ بنظرية تصدير القبول^(٥) .

ومن ذلك نرى أنه لا يمكن أن نحدد ميلا عاما للقضاء المصرى في هذا الموضوع ، لا سيما أن محكمة النقض الأهلية لم تعرض لها حتى الآن أن تبت في الأمر ، وانما يمكن القول بأن محكمة استئناف مصر الأهلية تأخذ بنظرية العلم بالقبول . أما محكمة الاستئناف المختلطة

(١) ٢٦ مارس سنة ١٩١٢ مج ١٣ عدد ٩٠ ص ١٨٢ ستوق ٢٨ ص ٣٣٨

(٢) محكمة دمياط الجزئية في ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ نمرة ٢٧١ / ١ ص ٢٥١

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ - حكم آخر في ٩ فبراير سنة ١٩٢٤ م

٣٤ ص ١٥٧ - محكمة اسكندرية الجزئية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٣٥ نمرة ١٥١ -

محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٣٤ نمرة ٥٠ - حكم آخر في ٣ مارس

سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ نمرة ٢٩

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ - حكم آخر في ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م

٣٨ ص ١٧٩ جازيت ١٧ ص ١٨٢ نمرة ٢٧٧ - حكم ثالث في ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧ جازيت ١٨

ص ٢٦ نمرة ٢٦ - محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ٢٥٦ نمرة ٢٥٤ -

ويلاحظ أن هذه الأحكام انما تعرض لتحديد مكان العقد ، ولكن الظاهر أنها تضع قاعدة عامة للزمان والمكان .

(٥) محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ - جازيت ١٦ ص ١١٤ نمرة ١٤٠

ويقضى هذا الحكم بأن مكان العقد هو الجهة التى أعلن فيها القبول ، ووقت انعقاده هو الوقت الذى صدر فيه

كتاب القبول .

فهى أميل الى الأخذ بنظرية اعلان القبول . ولعلها تأثرت فى ذلك بالأحكام الأخيرة التى صدرت من محاكم الاستئناف فى فرنسا .

(ج) الفوائبن الاممبية :

٢٩٩ - القانونه الالماني - الظاهر من نصوص القانون الالماني ، وقد نظمت التعاقد فيما بين الغائبين بشئ من التوسع ، أن هذا القانون قد أخذ بنظرية استلام القبول . فقد قضت المادة ١٣٠ من هذا القانون أن إعلان الارادة اذا كان موجها للغير لا يكون منتجاً لأثره إلا اذا وصل الى ذلك الغير ، ويجوز لمن صدر منه هذا الاعلان أن يعدل عنه بحيث يصل العدول الى الغير قبل أو مع إعلان الارادة . ويستخلص من ذلك أن القبول ، وهو ارادة معلنة ينطبق عليها حكم المادة ١٣٠ ، لا يكون منتجاً لأثره ، أى لا يتم به العقد ، إلا اذا استلمه الموجب ، ويجوز قبل ذلك لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله فلا يتم العقد ، بشرط أن يصل العدول قبل أو مع وصول القبول . وقد كان القانون التجارى الالماني القديم يرتب آثار العقد بالمراسلة من وقت اعلان القبول ، ثم رجع القانون الجديد عن ذلك وأصبحت القاعدة المدنية (تمام العقد باستلام القبول) تنطبق على العقود التجارية^(١) .

٣٠٠ - قانونه الالتزامات السويسرى - وقد قضت المادة العاشرة من قانون الالتزامات السويسرى بأن العقد فيما بين الغائبين ينتج أثره من الوقت الذى يصدر فيه القبول ، واذا لم تكن هناك ضرورة لقبول صريح فإن العقد ينتج آثاره من وقت صدور القبول . ومن ذلك نرى أن هذا القانون قد أخذ بنظرية تصدير القبول ، ما لم يكن القبول ضمناً فيكتفى باعلانه^(٢) .

٣٠١ - المشروع الفرنسى اليطالى - ولا يميز هذا المشروع بين التعاقد بالمراسلة والتعاقد بين الحاضرين . ففي الحالتين تنص المادة الثانية (فقرة أولى) على أن العقد يتم بمجرد أن يعلم الموجب بقبول الطرف الآخر ، ونرى من ذلك أن المشروع قد أخذ بنظرية

(١) انظر فى هذا الموضوع سالى فى الالتزامات فى القانون الالماني طبعة ثالثة فقرة ١٣٩

(٢) انظر شنيديروفيك (Schneider, Fick) المادة العاشرة ص ٣٩

العلم بالقبول . ولكن يلاحظ أن المادة ذاتها ، في الفقرة السادسة منها ، تقضى بأن كلا من الإيجاب والقبول ، وكذلك العدول عن أى منهما ، يفترض العلم به وقت وصوله . ويؤخذ من ذلك أن المشروع الفرنسى الإيطالى يجعل وصول القبول قرينة على العلم به ، فهو إذاً يأخذ في الواقع بنظرية استلام القبول ، على أن يكون هذا الاستلام قرينة قابلة لاثبات العكس على العلم بالقبول . على أن المشروع يأخذ بنظرية إعلان القبول ، اذا ظهر من نية الموجب ، أو من طبيعة التعامل ، أن تنفيذ العقد يجب أن يسبق الجواب عليه ، فيتم العقد في الزمان والمكان اللذين بدأ فيهما تنفيذ العقد ، على أن يُخطر الموجب بذلك (م ٣) .

٣٠٢ - القانون الانجليزى - ويتم العقد بين الغائبين في القانون الانجليزى بتصدير القبول ، بحيث يخرج من قبضة صاحبه ، فاذا ما صدر القبول تم العقد ، سواء وصل القبول أو لم يصل ، وسواء تأخر في الوصول أو لم يتأخر . ولا يكفى في تمام العقد اعلان القبول . كذلك اذا تم العقد بتصدير القبول ، فالظاهر أن من صدر منه القبول لا يستطيع العدول عنه ، حتى لو وصل العدول الى الموجب قبل وصول القبول . ويجوز على كل حال أن يشترط الموجب ، صراحة أو ضمناً ، ألا يتم العقد إلا في وقت معين ، كأن يذكر أن العقد لا يتم إلا اذا استلم القبول أو علم به أو وصله في مدة معينة (٢) .

٣٠٣ - الشريعة الاسلامية - والقاعدة في الشريعة الاسلامية أنه يشترط تمام العقد اتحاد المجلس أو الفور كما تقدم . فلو صدر الإيجاب لغائب ، ثم علم الغائب به قبله ، لا يتم العقد لانعدام المجلس حقيقة وحكما . ولكن يعتبر المجلس موجودا حكما ، ويتم العقد ،

(١) انظر في هذا الموضوع فيفرونو (Viforeanu) (العقد في المشروع الفرنسى الإيطالى) فقرة ٥٢ - وفقرة ٥٣ ونذكر هنا أن المادة ٣٦ من القانون التجارى الإيطالى تقضى بأن العقد الملزم للجانبين ، اذا كان مراسلة ، يتم عند علم الموجب بالقبول . وهذا النص هو الذى احتذاه المشروع الفرنسى الإيطالى مع تعميجه (انظر التقرير المرفق بالمشروع فقرة ٥٧) .

ونذكر بهذه المناسبة أن المشروع الفرنسى الإيطالى قد تأثر كثيرا بالقانون التجارى الإيطالى ، وأخذ عنه كثيرا من المبادئ . فهو قد نقل عنه ، عدا تحديد وقت تمام العقد (م ٢ من المشروع) ، نظرية الالتزام بالارادة المفردة (م ٦٠) ، ونوع العقود التى يجب وفاء الدين بها (م ٢٤) ، وحوالة الحقوق المدنية في شكل تجارى (م ٢٢٦) ، والبرقية (التلغراف) كطريقة للاثبات (م ٢٨٤) الخ . ويبين من ذلك مدى تقدم نصوص القانون التجارى الإيطالى ، وصلاحيته للرجوع اليه في القانون المقارن .

(٢) انظر في هذا الموضوع بولوك في العقد ص ٣٦ - ص ٤٢ - كارتز ص ١١ - ص ١٢

إذا أبلغ الموجب إيجابه الى الطرف الآخر بطريق الكتابة أو الرسالة ، فيرسل اليه كتاباً أو رسولا يبلغه الإيجاب ، فإذا قبل الطرف الآخر في مجلس وصول الكتابة أو الرسالة اليه تم العقد لوجود المجلس حكماً ، إذ تعتبر قراءة الرسالة أو استماعه كلام الرسول بمنزلة الإيجاب من الكاتب أو المرسل ، فإذا قبل في ذلك المجلس فقد صدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد^(١) . ويؤخذ من هذا أن العقد بالمراسلة في الشريعة الإسلامية يتم باعلان القبول . والظاهر أن العقد في الفقه الإسلامي يبنى على توافق الإرادتين دون تحفظ ، فهو رضائي الى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ برضائية العقد . ومما يدل على ذلك أن الموجب لو أرسل إيجابه في كتاب أو مع رسول ، ثم عدل عن هذا الإيجاب ، دون أن يعلم الطرف الآخر ، وقبل هذا بعد العدول ، فإن العقد لا يتم لعدم توافق الإرادتين وقت صدور القبول^(٢) . وقد علمنا أن القوانين الحديثة تجعل الإيجاب قائماً قياماً حكماً حتى لو عدل عنه الموجب ما دام لم يصل هذا العدول قبل أو مع وصول الإيجاب ، فلو قبل الطرف الآخر إيجاباً ، عدل عنه الموجب ، ولكنه (أى الطرف الآخر) لم يعلم بهذا العدول ، فإن العقد يتم بالرغم من ذلك ، ويبنى على الثقة المشروعة لا على توافق الإرادتين .

نظرة في الخلف المنقزم :

* ٣٠٤ - وجوب اتباع إرادة الموجب وإفراصه أنه أراد العلم بالقبول - يشعر المستعرض للحلول المتقدمة بشيء من الحيرة ، إذا أراد أن يختار منها حلاً يرتضيه ، وذلك لتعدد هذه الحلول ، وذهاب كل منها الى وجهة من النظر تختلف عن الأخرى ، وانقسام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، وتباين التشريعات الحديثة والقوانين المختلفة في هذا الموضوع .

(١) انظر البدائع ٥ ص ١٣٧ - ص ١٣٨ - شرح المجلة ص ٨٥

(٢) جاء في الهندية أنه يصح رجوع الكاتب أو المرسل عن الإيجاب قبل قبول المكتوب له أو المرسل اليه ، سواء علماً بالرجوع أو لولم يعلم - وجاء في البدائع : ” ولو كتب شطر العقد ثم رجع صح رجوعه ، لأن الكاتب لا يكون فوق الخطاب ، ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه ، فها هنا أولى . وكذا لو أرسل رسولا ثم رجع ، لأن الخطاب بالمراسلة لا يكون فوق المشافهة ، وإذا محتمل للرجوع ، فها هنا أولى ، وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به ، بخلاف ما اذا وكل انساناً ، ثم عزله بغير علمه ، لا يصح عزله ، لأن الرسول يحكى كلام المرسل ، وينقله الى المرسل اليه ، فكان سفيراً ومعبراً محضاً ، فلم يشترط علم الرسول بذلك ، فأما الوكيل فأنما يتصرف عن تفويض الموكل اليه ، فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التفريط ... “ (البدائع ٥ ص ١٣٧ - ص ١٣٨) .

ولكن المتأمل في المسألة لا يسهه إلا أن يماشي محكمة النقض الفرنسية في رأيها بن أن الأمر يرجع قبل كل شيء الى نية المتعاقدين . بل هو يرجع في الواقع الى إرادة الموجب ، فهو الذى أنشأ العقد ابتداءً بإيجابه ، ورسم حدوده ، وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب ، فالموجب إذاً هو الذى يبين متى يريد أن يتم العقد وأين يتم .

أما التشريعات التى وردت فيها نصوص تتعرض للمسألة فلا نظنها موفقة في ذلك ، والنص التشريعى الصالح فى نظرنا هو الذى يقضى باتباع إرادة الموجب . فإذا عمضت هذه الإرادة ، ولم يمكن الاهتداء اليها بوضوح ، فهنا نلجأ الى الافتراض . وآمن فرض فى تفسير إرادة الموجب أن يفرض ما هو فى صالحه ، والأصلح له ألا يتم العقد إلا عند علمه بالقبول . فنحن نأخذ إذاً بنظرية العلم بالقبول ، ولكن لا نأخذ بها اعتباطاً ، ولا للأسباب التى تذكر عادة فى تأييدها ، بل نأخذ بها لأنها تفرغ عن المبدأ الأساسى الذى قزرناه من أن العبرة بإرادة الموجب ، فإذا لم نثبت له إرادة ، فرضنا ما هو فى مصلحته .

* ٣٠٥ - تعريب التفسيرى المصرى - فإذا كان لنا أن نقترح إدخال تعديل فى التشريع المصرى فى هذا الصدد ، فتحسن نرى أن يضاف الى القانون المصرى نص فى هذا المعنى ، يقضى بأنه لمعرفة الوقت والمكان اللذين يتم فيهما العقد بالمراسلة ، يرجع الى نية المتعاقدين ، وهذه تحددها إرادة الموجب ، فإذا لم يمكن الاهتداء الى معرفة هذه الإرادة ، يفرض أن الموجب قد أراد أن يتم العقد عند علمه بالقبول . مثل هذا النص يضع قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة الموجب الغامضة . ولا بأس من إضافة قرينة قانونية أخرى ، يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك .

خلاصة رأى الذى نذهب اليه هو الأخذ بإرادة الموجب ، الصريحة أو الضمنية^(١) ،

(١) فإذا قام الدليل على أن الموجب أراد أن يتم العقد فى وقت معين ، اتبعت إرادته . وقد يحدّد الموجب هذا الوقت صراحة ، بأن يطلب مثلاً من الطرف الآخر أن يرسل اليه ردّاً بحيث يصله قبل انقضاء ميعاد معين ، فلا يتم العقد إلا عند وصول الردّ فى ذلك الوقت . وقد يكون التحديد ضمنياً ، ويفهم ذلك من الظروف ، كأن يطلب الموجب تنفيذ العقد بمجرد قبوله ، فيتم العقد بالتنفيذ حتى قبل علم الموجب به (انظر المادة ٣ من المشروع الفرنسى الايطالى) ، مثال ذلك : أن يطلب تاجر الى آخر أن يرسل اليه بضائع معينة ، فيرسلها هذا اليه ، أو أن يطلب عميل الى سمسار أن يقوم بعملية بيعها له فى البورصة ، أو أن يحدّد شخص جائزة لمن يقوم بعمل معين . كذلك فى حالة القبول الضمنى قد يتم العقد قبل =

وإلا فإرادة الموجب المفروضة، وهذه الإرادة المفروضة هي التي تتفق مع نظرية العلم بالقبول، على أن يكون استلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم.

§ ٢ - النتائج التي تترتب على تحديد الوقت الذي يتم فيه العقد

* ٣٠٦ - مقارنة نظرية العلم بنظرية الاعتراف - يمكننا الآن بعد أن استعرضنا النظريات المختلفة لتحديد وقت تمام العقد، أن نبين ما يترتب على الأخذ بنظرية دون أخرى من نتائج عملية هامة. ويكفي أن نقارن ما بين نظريتين: نظرية العلم بالقبول (وهي النظرية التي اخترناها) ونظرية إعلان القبول. وقد قدمنا أن النتائج العملية ترجع إلى أمرين:

(١) من حيث تكوين العقد، (٢) من حيث الآثار التي تترتب على العقد.

(١) من حيث تكوين العقد:

* ٣٠٧ - إذا قلنا بأن العقد يتم وقت العلم بالقبول، أدى ذلك إلى كثير من النتائج خلاف عما كنا نصل إليه لو قلنا بأن العقد يتم وقت إعلان القبول. فهناك وقائع لو حصلت تمام العقد منعه من أن يتم، فلو حصل شيء منها بعد إعلان القبول وقبل العلم به، فإن حد يتم أولاً يتم حسب النظرية التي نأخذ بها. فإذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول فإن العقد لا يتم، وإذا أخذنا بنظرية إعلان القبول فإن العقد يعتبر أنه قد تم قبل حصول هذه الوقائع فلا يتأثر تكوين العقد بوقوعها. من ذلك ما يأتي:

= علم الموجب به، كما في الحالات التي يمكن أن يمتد فيها السكوت فيها قبولاً (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١
فقرة ١٥٩ ص ٢١١ - ص ٢١٣).

وكما يجوز أن يريد الموجب تقديم الوقت الذي يتم فيه العقد إلى ما قبل علمه بالقبول، يجوز كذلك أن يريد تأخير هذا الوقت إلى ما بعد علمه، كأن يشترط تمام العقد أن يكتب في ورقة رسمية (انظر بلانيول وريبير واسمان ١
فقرة ١٥٩ ص ٢١٤).

(١) ويتفق هذا الرأي مع الرأي الذي أخذ يتغلب في التشريع الحديث، فإن نظرية العلم بالقبول معذلة بنظرية استلام القبول هي النظرية التي يظهر أنها أخذت تكسب أنصاراً أكثر من غيرها من النظريات الأخرى، في أكثر التشريعات الحديثة، فراها في القانون المدني الألماني، وفي القانون النمساوي المعدل، وفي قانون السوفييت، وفي المشروع الفرنسي الإيطالي الخ. (انظر في هذا الموضوع لونغهامس Longohamps) في تقريره عن تكوين العقد ومن عدم تنفيذه المقدم لمؤتمر القانون المقارن المنعقد في لاهاي سنة ٣٢ س ١٤ - ص ١٥ - انظر أيضاً رأي الأستاذة بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٦٠).

(١) للموجب أن يعدل عن إيجابه ، إذا لم يكن الإيجاب ملزماً ، الى وقت تمام العقد .
فاذا عدل بعد اعلان القبول وقبل علمه به ، فان العقد لا يتم طبقاً لنظرية العلم بالقبول^(١) ، ويتم طبقاً لنظرية إعلان القبول .

كذلك من صدر منه القبول ، لو عدل عن قبوله ، ووصل العدول الى الموجب غير متأخر عن وصول القبول ، فان العقد لا يتم طبقاً لنظرية العلم ، ويتم طبقاً لنظرية الاعلان^(٢) .

(٢) إذا فقد من صدر منه القبول أهليته أو مات بعد إعلان القبول وقبل وصوله الى علم الموجب ، فان العقد لا يتم طبقاً لنظرية الاعلان^(٣) .

== ونلاحظ أنه اذا أريد تفسير ارادة الموجب بما يتفق مع نظرية العلم بالقبول ، وجب أن تخلق هذه القرينة القانونية بنص في القانون ، حتى يتفيد بها القاضى — أما القوانين التى لا يوجد فيها هذا النص ، كالقانونين المصرى والفرنسى ، فلا يمكن الأخذ فيها بهذه القرينة إلا على أنها قرينة قضائية ، يأخذ بها القاضى أولاً يأخذ .

ونلاحظ أخيراً أن الأخذ بنظرية العلم بالقبول ، فى التعاقد بالمراسلة ، لا يتنافر مع القاعدة التى تقضى بأن التعاقد فيما بين حاضرين يتم بإعلان القبول . وذلك أن المتعاقدين اذا حضرا مجلس العقد ، وأعلن أحدهما قبوله للإيجاب الصادر من الآخر ، فان العلم بالقبول يقع وقت الاعلان ، ويمكن القول فى هذه الحالة أن العقد قد تم بالعلم لا بالاعلان ، فيتفق التعاقد فيما بين الحاضرين مع التعاقد فيما بين الغائبين ، فى أن كلا منهما يتم وقت العلم بالقبول .

(١) على أن يصل العدول الى الطرف الآخر قبل وصول القبول اليه ، لأنه اذا وصل العدول الى الطرف الآخر بعد وصول القبول الى الموجب ، فان العقد يكون قد تم (بوصول القبول الى علم الموجب) قبل أن يصبح العدول منتجاً لأثره القانونى — ومن هنا يتبين أنه اذا صدر العدول من الموجب قبل إعلان القبول من الطرف الآخر ، ثم صدر القبول بعد العدول ، ووصل الى علم الموجب قبل وصول العدول الى علم الطرف الآخر ، تكون العقد طبقاً لنظرية العلم بالقبول ، مع أن الارادتين لم تتوافقا وقتاً ما ، فقد فرضنا أن الموجب كان قد عدل عن إيجابه وقت صدور القبول . وهذه النتيجة لا تتفق مع قول من يذهب الى أن نظرية العلم بالقبول تتوافق فيها الارادتان حتماً فترة من الزمن ، وقد سبقت الإشارة الى هذا التحفظ .

(٢) انظر فى هذا المعنى المشروع الفرنسى الاىطالى (م ٢ فقرة ٤) ، ويذهب المشروع الى أن العقد لا يتم فى كلا الفرضين ، لأنه يأخذ بنظرية العلم كما قدّمنا .

(٣) وقد قدّمنا أن من وجه اليه الايجاب لو فقد أهليته أو مات قبل صدور القبول منه فان العقد لا يتم اتفاقاً ، سواء فى ذلك أخذنا بنظرية العلم أم أخذنا بنظرية الاعلان .

أما اذا كان الموجب هو الذى فقد أهليته أو مات بعد صدور الايجاب ، فان هذا لا يسقط الايجاب فى رأى من يقول بالايجاب الملزم ، كما سبق أن قررنا . فتستوى فى ذلك نظرية العلم ونظرية الاعلان . أما فى رأى من يرى الايجاب غير ملزم ، فان الايجاب يسقط بفقد الموجب لأهليته أو بموته قبل تمام العقد ، وهنا يظهر الفرق بين نظرية العلم ونظرية الاعلان ، فلأن الموجب فقد أهليته أو مات بعد صدور القبول وقبل علمه به فان العقد لا يتم طبقاً لنظرية العلم ، ويتم طبقاً لنظرية الاعلان .

- (٣) إذا صدر القبول ، ولكنه ضاع في الطريق ، أو تأخر وصوله الى الموجب من الوقت الذي حدده ، فان العقد لا يتم طبقا لنظرية العلم^(١) ، ويتم طبقا لنظرية الاعلان .
- (٤) اذا هلك الشيء موضوع التعاقد بعد إعلان القبول وقبل العلم به ، فان العقد لا يتم طبقا لنظرية العلم ، ويتم طبقا لنظرية الاعلان^(٢) .

(ب) منه حيث الآثار التي تترتب على العقد :

* ٣٠٨ - وإذا أردنا أن نعترف متى يترتب على العقد آثاره ، وجب أن نختار أيضا بين نظريتي العلم أو الاعلان^(٣) . والآثار التي تترتب على العقد إما أن تكون فيما بين المتعاقدين ، وإما أن تكون بالنسبة للغير .

* ٣٠٩ - فيما بين المتعاقدين - ومن الأمثلة على الآثار التي تترتب فيما بين المتعاقدين ما يأتي :

- (١) حتى لو كان السبب في تأخر وصول القبول أن الإيجاب ذاته وصل متأخرا الى من صدر منه القبول . ويكون امل النقل الذي تسبب في تأخير الإيجاب مستولا طبقا للقواعد العامة ، أو طبقا للوائح التي يخضع لها ، كما في مصلحة بد (انظر في هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٥٧ ص ٢٠٧) .
- (٢) فإذا ما اعتبر العقد قد تم طبقا لنظرية الاعلان ، يكون الشيء قد هلك بعد تمام العقد ، ونطبق القواعد العامة في معرفة من من المتعاقدين يتحمل تبعه هلاك الشيء .
- و يظهر فرق آخر بين نظريتي العلم والاعلان إذا كان التعاقد برسول غير نائب . فانه إذا أعلن من صدر منه القبول قبوله للرسل ، ولم يكن هذا قد بلغ القبول بعد الى الموجب ، فالعقد لا يكون قد تم طبقا لنظرية العلم ، ويعتبر قد تم طبقا لنظرية الاعلان (انظر محكمة النقض الفرنسية في ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٥٠) .
- وهذا بخلاف ما إذا كان الرسول نائبا عن الموجب وليس بمجرد رسول ، فان إعلان الطرف الآخر لقبوله أمام النائب يتم به العقد ، سواء في ذلك نظرية العلم ونظرية الاعلان ، لأن العقد يعتبر أنه قد تم بين حاضرين ، كما قلنا عند الكلام على التعاقد بنائب . ومن هذا تنبئ الأهمية في أن نعرف هل الوسيط في العقد نائب أو رسول ، لا سيما في بعض أحوال دقيقة كما في حالة السمسار والوكيل بالعمولة . (انظر في هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٦٢ ص ٢١٨) .
- و يظهر فرق كذلك بين النظريتين في حالة ما إذا وجه إيجاب الى أشخاص متعددين ، وقبله الجميع ، فان العقد يعتبر قد تم مع من وصل قبوله أولا الى علم الموجب ولو كان صدوره متأخرا ، طبقا لنظرية العلم ، ومع من صدر إيجابه أولا ولو وصل الى علم الموجب متأخرا طبقا لنظرية الاعلان .
- (٣) كذلك يجب أن نختار بين النظريتين لمعرفة أي قانون يطبق على العقد ، فلو صدر قانون جديد يدير من أحكام العقد ، وكان من هذا القانون في الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به ، فان العقد يخضع للقانون الجديد إذا أخذنا بنظرية العلم ، ويخضع للقانون القديم إذا أخذنا بنظرية الاعلان . فلو أن عقد بيع صدر القبول فيه بتاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، ولم الموجب بالقبول بعد أول يناير سنة ١٩٢٤ ، فان هذا البيع غير المسجل لا ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين إذا أخذنا بنظرية العلم ، وينقلها إذا أخذنا بنظرية الاعلان .

(١) اذا كان العقد بيعا واقعا على منقول معين ، فان ملكيته تنتقل الى المشتري من وقت تمام العقد ، وتكون الثمار للمشتري من ذلك الوقت ، أى من وقت العلم بالقبول اذا أخذنا بنظرية العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بنظرية الاعلان . فلو أن الشيء المبيع كان سهما في شركة ، أو ربح ربحا معتادا (كوبونا) أو نصيبا كبيرا (في اليانصيب) ، في الفترة بين اعلان القبول والعلم به ، فان هذا الربح ، وقد يكون جسيما ، يكون من نصيب البائع اذا أخذنا بنظرية العلم ، ويصبح من نصيب المشتري اذا أخذنا بنظرية الاعلان .

وكعقد البيع كل عقد آخر ناقل للملكية .

(٢) هناك مواعيد تسرى من وقت تمام العقد ، كميعاد التقادم بالنسبة للالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد ، وفي بيع الوفاء تسرى المدة التي يصح فيها الاسترداد من وقت تمام العقد (م ٢٦٠/٣٤١) ، كذلك تسقط دعوى العجز أو الزيادة في مقدار الشيء المبيع بمرور سنة واحدة من وقت تمام البيع (م ٣٧٠/٢٩٦) ، ودعوى الغبن يجب رفعها في مدة سنتين من وقت البيع في القانون الفرنسي (م ١٦٧٦) ، أما في القانون المصري فالسنتان يسريان من وقت بلوغ القاصر أو وفاته (م ٤٢٠/٣٣٧)^(١) . فيهم اذا معرفة الوقت الذي يتم فيه العقد حتى نعرف مبدأ سريان هذه المدد ، هل هو وقت العلم بالقبول طبقا لنظرية العلم أو وقت إعلان القبول طبقا لنظرية الاعلان .

(٣) في القانون الفرنسي يتحمل المالك تبعة هلاك الشيء ، فلو باع شخص عينا وانتقلت ملكيتها الى المشتري ، فان هذا وقد أصبح مالكا ، يتحمل تبعة اهلاكه ولو قبل استلام العين . فاذا فرض أن هلاك العين وقع في الفترة بين اعلان القبول والعلم به ، فالهلاك على البائع طبقا لنظرية العلم ، وهو على المشتري طبقا لنظرية الاعلان . أما في القانون المصري فالهلاك على البائع في الحالتين ما دام الشيء لم يسلم الى المشتري . ولكن يمكن أن يتحقق مثل هذا

(١) وفي الغبن تظهر فائدة أخرى في الأخذ بنظرية الاعلان أو بنظرية العلم ، إذ لو فرض أن الفترة التي فصلت الاعلان عن العلم طويلة ، وتغيرت قيمة الشيء يوم العلم عما كانت يوم الاعلان ، فتقدير الغبن يرجع فيه الى قيمة الشيء يوم تمام العقد ، أى الى وقت الاعلان اذا أخذنا بنظرية الاعلان ، أو وقت العلم اذا أخذنا بنظرية العلم .

كذلك دعوى الطعن في العقد بالبطلان ، اذا كان البطلان نسبيا ، ويرجع الى عيب في الرضا (الغلط والتدليس والاكراه) ، تسقط في القانون المصري بخمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمام العقد ، كما سنفصل ذلك فيما يلي ، فهم معرفة الوقت الذي يتم فيه العقد ، هل هو وقت الاعلان أو وقت العلم ، حتى يحدد مبدأ سريان المدة .

الفرق في القانون المصرى اذا كان العقد شركة لا بيعا، وكانت حصة الشريك في رأس المال منقولاً معيناً، فان ملكية هذا المنقول تنقل الى الشركة بمجرد تمام العقد، وهى التى تتحمل تبعه الهلاك حتى قبل الاستلام (م ٥١٦/٤٢٤)، فاذا هلكت حصة الشريك في الفترة ما بين اعلان قبوله عقد الشركة والعلم بالقبول من بقية الشركاء، فان الهلاك على الشريك صاحب المنقول طبقاً لنظرية العلم، وعلى الشركة طبقاً لنظرية الاعلان. كذلك تقضى المادتان ٩٩/٩٤ من القانون التجارى المصرى بأن هلاك البضائع المبيعة وهى في الطريق يكون على مالكيها. فاذا هلكت البضائع في الفترة بين اعلان القبول والعلم به، فانها تهلك على البائع طبقاً لنظرية العلم، وعلى المشتري طبقاً لنظرية الاعلان، ولكن يلاحظ أنه في مثل هذا الفرض يتم العقد عادة بالتنفيذ أى بارسال البضائع فيكون الهلاك على المشتري، ما لم يشترط هذا أن الملكية لا تنتقل إلا بوصول البضائع، فتبقى تبعه الهلاك في الطريق على البائع^(١).

* ٣١٠ - بالنسبة للغير - ومن الأمثلة على الآثار التى تترتب بالنسبة لغير المتعاقدين ما يأتى :

(١) اذا باع شخص منقولاً معيناً لشخصين مختلفين، ولم يسلمه لأحدهما، فان ملكية الشئ تنتقل الى الشخص الذى تم عقده أولاً، فلو أخذنا بنظرية العلم انتقلت الملكية الى الشخص الذى علم البائع بقبوله أولاً ولو صدر هذا القبول أخيراً. ولو أخذنا بنظرية الاعلان، انتقلت الملكية الى الشخص الذى أعلن قبوله أولاً، ولو علم به البائع أخيراً.

(٢) في دعوى إبطال التصرفات لا يستطيع الدائن الطعن في عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه، إلا اذا كان هذا العقد متأخراً في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين. فلو أن هذا الحق قد ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين اعلان القبول والعلم به في العقد الذى يريد الدائن الطعن فيه، فإنه يجوز للدائن الطعن في العقد طبقاً لنظرية العلم، ولا يجوز له ذلك طبقاً لنظرية الاعلان.

(١) وقد يتحدد الثمن في عقد البيع التجارى بالرجوع الى سعر البورصة وقت تمام العقد، ففي هذه الحالة يرجع الى سعر البورصة في اليوم الذى أعلن فيه القبول، أو في اليوم الذى تم فيه العلم بالقبول، تبعاً للنظرية التى يؤخذ بها : نظرية الاعلان أو نظرية العلم.

(٣) العقود التي صدرت من تاجر أشهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطلان على معرفة وقت تمامها ، ويختلف حظ هذه العقود حسب ما اذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها ، أو في أثناء هذه المدة ، أو بعد التوقف عن الدفع ، أو بعد إشهار الإفلاس ، فيهم إذا معرفة وقت تمام العقد في مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول في مرحلة من هذه المراحل ، ويحصل العلم به في مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف النظرية التي يؤخذ بها .

المطلب الثاني - المكان الذي ينشأ فيه العقد بالمراسلة

* ٣١١ - تحرير المظهر لا يتبع ممتا تحرير الوقت - يمكن القول بوجه عام ان تحديد المكان الذي ينشأ فيه العقد يتبع تحديد الوقت الذي يتم فيه ، فإذا أخذنا بنظرية الاعلان فالمكان هو الجهة التي وجد فيها من صدر منه القبول ، وإذا أخذنا بنظرية العلم فهو الجهة التي وجد فيها من صدر منه الايجاب . ونسير في تحديد المكان اذا قلنا بالنظرية الاخيرة كما سرنا في تحديد الزمان . نجعل هذا التحديد مسألة موضوعية^(١) نتبع فيها نية المتعاقدين ، أى إرادة الموجب ، فاذا غمت هذه الارادة افترضنا أن الموجب أراد أن يتم العقد في المكان الذي وجد فيه وقت علمه بالقبول .

على أنه من الجائز في بعض الفروض أن يحدد المكان بغير الطريق الذي يحدد به الزمان ، إذا كان هذا أكثر اتفاقاً مع إرادة المتعاقدين . ونحن نستعرض بعض الفروض الذي يتفق فيها تحديد المكان مع تحديد الزمان ، ثم نستعرض فروضاً أخرى يختلف فيها التحديدان .

* ٣١٢ - أمثلة على اتفاق التحريريه - فن الأمثلة على الحالة الأولى :

(١) تقضى قواعد القانون الدولي الخاص بأن القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده المتعاقدان ، طبقاً لنظرية سلطان الإرادة ، ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التي تم فيها العقد (lex loci contractu) ، فاذا تم عقد بين شخصين وكان من صدر منه الايجاب موجوداً في مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول موجوداً في إنجلترا وقت

(١) محكمة النقض الفرنسية في أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ١٨٧٧ - ١ - ٤٥٠ - حكم آخر في ١٠ نوفمبر

صدور القبول . فان العقد يخضع للقانون المصرى إذا أخذنا بنظرية العلم ، ويخضع للقانون الإنجليزى إذا أخذنا بنظرية الاعلان . ويغلب فى هذا الفرض أن نأخذ باحدى النظريتين فى تحديد الزمان والمكان معا^(١) .

(٢) قد يكون ارتكاب جريمة فى بعض الفروض متوقفا على تمام عقد مدنى ، بجريمة التبديد ، فانها تتم بتمام عقد البيع الذى يتصرف بموجبه المبدد فى الأشياء التى كان مؤتمنا عليها . فيهم أن نعرف فى أى مكان تم عقد البيع ، فان هذا المكان هو الجهة التى وقعت فيها الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هى المحكمة المختصة بالنظر فى التبديد . فاذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان فى بلد غير البلد الذى كان فيها المشتري ، فان المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو تلك تبعا للنظرية التى نأخذ بها . وهذه النظرية هى التى تتحدد أيضا وقت تمام العقد^(٢) .

٣١٣ - أمثلة على اختلاف التعمير به - ومن الأمثلة على الحالة الثانية ما يأتى :

(١) تقضى المادتان ٣٥ و ٣٤ من قانون المرافعات المصرى (م ٤٢٠ مرافعات فرنسى) بأن المحكمة المختصة فى المسائل التجارية هى إحدى ثلاث : محكمة المدعى عليه ، أو محكمة الجهة التى يدفع فيها الثمن ، أو محكمة الجهة التى تم فيها العقد وسلمت فيها البضاعة . فاذا اختيرت هذه المحكمة الأخيرة وجب أن نعرف أين تم العقد . فاذا عرفنا المكان الذى نشأ فيه العقد ، وكان هو أيضا المكان الذى سلمت فيه البضائع ، كانت محكمة هذه الجهة هى إحدى المحاكم الثلاث المختصة . ويترتب على ذلك أنه اذا فرض أن البائع ، وقت البيع ، كان فى بلد غير البلد الذى كان فيه المشتري ، وكان هو الذى صدر منه الايجاب ، وعلم بالقبول فى البلد الذى هو فيه ، فان نظرية العلم بالقبول تجعل مكان العقد فى هذا البلد ، ونظرية اعلان القبول تجعل المكان هو بلد المشتري .

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ — جازيت ١٦ ص ١١٤
فقرة ١٤٠ — وقد أخذت المحكمة بنظرية تصدير القبول فى تحديد الزمان والمكان .

على أن المفروض فى هذا أن يكون كل من المتعاقدين مستقرا فى الجهة التى يوجد فيها وقت التعاقد ، أما اذا كان قد وجد فيها عرضا ، كان كان عابر سبيل فى بعض أسفاره ، فالأولى ألا يقام وزن لقانون هذه الجهة العرضية ، ولا يكون هو القانون الذى يخضع له العقد (انظر ديموج ١ فقرة ٥٨٠ ص ٢٣٠) .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٦٨

ولكن إذا كنا نحدد وقت تمام العقد بوقت العلم بالقبول ، فليس من الضروري أن نتقيد بنظرية العلم في تحديد المكان أيضا ، اذ يجوز أن يكون تسليم البضائع في بلد المشتري ، ويكون أكثر اتفاقا مع ارادة المتعاقدين أن يتحدد مكان تمام العقد في بلد المشتري أيضا طبقا لنظرية اعلان القبول ، حتى لا يفوت على المتعاقدين قصدهما من تأكيد صلة العقد بهذا البلد ، فهو البلد الذي يقيم فيه المشتري وتسلم فيه البضاعة ، وبذلك يكون طبيعيا أن تصبح محكمة هذا البلد من المحاكم المختصة بالنظر في العقد .

وطبقا لهذا الرأي نكون قد أخذنا بنظرية العلم بالقبول في تحديد الزمان ، وبنظرية اعلان القبول في تحديد المكان . بخلاف ما اذا كان تسليم البضائع في بلد البائع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من جعل مكان العقد هو هذا البلد لتكون محكمته مختصة ، وبذلك نكون قد أخذنا بنظرية العلم بالقبول في تحديد الزمان والمكان معا ^(١) .

(٢) تقدم أنه اذا تعاقد الموجب برسول ليس بنائب عنه ، فيتم العقد عند رجوع الرسول الى الموجب وابلاغه قبول الطرف الاخر إذا أخذنا بنظرية العلم ، وعند اعلان الطرف الاخر الرسول قبوله إذا أخذنا بنظرية الاعلان . فاذا حددنا مكان العقد تبعا لتحديدنا زمانه ، كان المكان جهة من صدر منه الايجاب طبقا لنظرية العلم ، وجهة من صدر منه القبول طبقا لنظرية الاعلان ^(٢) ، وكان يترتب على ذلك أنه اذا تم التعاقد بوساطة مندوب تجارى ، ولم يكن لهذا الوسيط حق النيابة في التعاقد ، ولا بد له من الرجوع الى مخدومه ليقر العقد ، فلا يتم العقد ، اذا أخذنا بنظرية العلم ، إلا في المكان الذي علم فيه هذا المخدوم بقبول من تعامل معه الوسيط ، ولكن القضاء الفرنسى يأخذ بنظرية الاعلان ، فيجعل مكان العقد

(١) محكمة النقض الفرنسية في أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٢ - ١ - ٤٥٠ - حكم آخر في ١٣ مارس سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ - ١ - ٣١١ - حكم ثالث في ٣٠ مارس سنة ١٨٨١ دالوز ٨١ - ١ - ٢٥٩ - محكمة إكس الاستئنافية في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩١٠ - ٢ - ٦ - محكمة نيم الاستئنافية في ٤ مارس سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ٢ - ٢٤٨ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٦٤ - ديموج ٢ فقرة ٥٨٠ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠٦ - ليون كان وريينو ٣ فقرة ٢٩ - محكمة جرينويل الاستئنافية في ٩ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ٢ - ١٤٦

جهة من صدر منه القبول . ولا يوجد في هذا الفرض ما يمنع من أن يكون تحديد المكان طبقا لنظرية الاعلان، أما تحديد الزمان فيكون طبقا لنظرية العلم^(١) .

* ٣١٤ - **مطابق التعاقب بالتلفونه** - وهناك أيضا مسألة التعاقد بالتلفون، نرى فيها الزمان غير المكان، فمن حيث الزمان يعتبر التعاقد كأنه بين حاضرين، لأنه لا يفصل اعلان القبول عن العلم به فترة من الزمن، بل يقعان في وقت واحد كما قدمنا، لذلك يتم العقد من وقت اعلان القبول، وهذا الوقت هو أيضا وقت العلم بالقبول. أما من حيث المكان فان العقد يسترجع صفته الحقيقية، ويصبح بين غائبين، فاذا فرض أن من صدر منه الإيجاب كان في بلد ومن صدر منه القبول كان في بلد أخرى وقت الخطاب، فان العقد يعتبر قد تم في بلد من صدر منه الإيجاب اذا أخذنا بنظرية العلم، وفي بلد من صدر منه القبول اذا أخذنا بنظرية الاعلان، وقد يترتب على ذلك خضوع العقد لقانون بلد دون قانون البلد الآخر، طبقا لقواعد القانون الدولي الخاص التي سبقت الإشارة إليها.

الفصل الثاني

صحّة الرضاء

* ٣١٥ - **الأهلية وعيوب الرضاء** - كل ما قدمناه إنما هو في وجود الرضاء. ولا يكفي أن يكون الرضاء موجودا، بل يجب أيضا أن يكون صحيحا . وقد نصت المادتان ١٢٨/١٨٨ على أنه من عقد مشاركة تعهد فيها بشيء، ولم يكن ذا أهلية للعقد، أو لم تكن مبنية على رضاء صحيح منه، فلا يكون ملزما بوفاء ما تعهد به في تلك المشاركة .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٣١ أغسطس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ١ - ٢٢٥ - حكم آخر في ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ١٠٢ مع تعليق لليون كان . على أن القضاء الفرنسي في هذا الفرض يرى نفسه مضطرا، حتى يتبع قاعدة واحدة في تحديد الزمان والمكان معا، أن يأخذ بنظرية الاعلان في تحديد وقت تمام العقد كما أخذ بها في تحديد المكان . ويحل كيف أن العقد يتم في وقت سابق على رجوع المندوب الى المحل التجاري، =

فالرضا لا يكون صحيحا إلا اذا كان صادرا من ذى أهلية^(١) ، ولم يكن مشوبا بعيب ،
وعيوب الرضاء هي الغلط والتدليس والاكراه ، وقد يكون الغبن عيبا .
ونبدأ بالكلام على الأهلية ، ثم على عيوب الرضاء .

الفرع الأول - الأهلية^(*)

(La Capacité)

٣١٦ - النصوص القانونية - تنص المادتان ١٨٩/١٢٩ على أنه قد تكون
الأهلية مقيدة بانحصارها في بعض أفعال ، وقد تكون مطلقة شاملة لكل الأفعال . وتنص
المادتان ١٩٠/١٣٠ على أن الحكم في الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى الأحوال
الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد (في القانون المختلط : يكون على مقتضى البلد التابع لها
العاقد) . وتنص المادتان ١٩١/١٣١ على أن مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشاركة ،

= مع اشتراط هذا الجوع ، بأن موافقة المحل التجارى لها أثر رجعى أو تعتبر صادرة من وقت اتفاق المندوب مع العميل .
على أنه لا حاجة لهذا الاجهاد في التحليل ، والالتجاء الى الأثر الرجعى دون ضرورة ، ويكفى أن نميز في مثل هذا
الفرض بين الزمان والمكان ، فنحدد المكان طبقا لنظرية الاعلان ، فيكون الجهة التى وجد بها من صدر منه القبول ،
ونحدد الزمان طبقا لنظرية العلم ، فيكون الوقت الذى علم فيه المحل التجارى بالصفقة ووافق عليها ، ولا نجعل لهذه
الموافقة أثرا رجعيا . وقد قدمنا في الكلام على الرضاء الموقوف على الأجازة ، أنه اذا كان هذا الرضاء قبولا ، وصدر
في جهة غير الجهة التى صدرت فيها الأجازة ، فان العقد - من حيث المكان - يعتبر قد تم في الجهة التى صدر فيها
الرضاء لا الجهة التى صدرت فيها الأجازة ، ومن حيث الزمان ، لا يتم العقد إلا اذا اقترنت الأجازة بالرضاء ومن ذلك
الوقت فقط (انظر آتفا فقرة ٢٦٧ وانظر في هذا الموضوع بلائيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٦٦ - ديموج ٢
فقرة ٥٨٠ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩) .

(١) يرى الأستاذ جوسمران أن عدم توافر الأهلية هو عيب حقيقى فى الرضاء ، وبخى ذلك على اعتبارات ترجع
للقانون الفرنسى (انظر جوسمران ٢ فقرة ١١١ ص ٥٧) .

* المراجع : ديموج ٢ فقرة ٦٦١ وما بعدها - كابينان فى مقدمة القانون ص ١٤٤ وما بعدها .
بنكار تكملة مطلق بودرى جزء ٤ - فتوى زغلولى فى شرح القانون المدنى ص ٢٦ وما بعدها - التلويح والتوضيح ٢
ص ٧٢٦ وما بعدها - مرشد الحيران م ٢٦٨ - م ٢٨٤ - شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٥٣٤ وما بعدها .
مقال للأستاذ أحمد ابراهيم (مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى) - مقال للأستاذ خانكى فى بيع عقارات القصر
(الشرائع ٤ ص ١٩٢ - ص ٢٠٧) - مقال للأستاذ حافظ رمضان بك فى تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر
(المحاماة السنة الأولى) - مقال للأستاذ أحمد نشأت بك ، فى العتة الموجب للحجر (المحاماة السنة الرابعة) -
مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد بك فى الأثر الرجعى لقانون المجالس الحسبية (المحاماة السنة السابعة) .

ولو لم يكن فيها ضرر، ومن استحصل على بطلان مشاركة لعدم أهليته لا يكون ملزما إلا برد قيمة المنفعة التي استحصل عليها بتنفيذ المشاركة من التعاقد معه ذى الأهلية . وتنص المادتان ١٩٢/١٣٢ على أنه لا يجوز لذى الأهلية من المتعاقدين أن يتمسك بعدم أهلية من تعاقد معه بقصد إبطال المشاركة^(١) .

نستخلص من النصوص المتقدمة أن الأهلية — المطلقة منها والمقيدة — تخضع في أحكامها لقانون الأحوال الشخصية في حالة المصرى ، ولقانون الجنسية في حالة الأجنبي ، وأنها تؤثر في صحة العقد . فعدم الأهلية يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، ونقصها يجعله باطلا بطلانا نسبيا . وهذا دون تمييز ما اذا كان العقد في ذاته قد أضر بغير ذى الأهلية ، وما اذا كان لم يضر . وليس لمن تعاقد مع غير ذى الأهلية إلا أن يرجع على هذا الأخير بدعوى الاثراء بلا سبب . واذا كان العقد باطلا بطلانا نسبيا ، فالبطلان يتقرر لمصلحة غير ذى الأهلية ، وهو وحده يحق له المطالبة ببطلان العقد .

أما بطلان العقد بسبب عدم الأهلية أو نقصها ، وما يترتب على هذا البطلان ، ومن يستطيع المطالبة به ، وما يتبعه من دعوى الاثراء بلا سبب ، فسنبجته عند الكلام على نظرية البطلان .

يبقى أن نبحث بشيء من الإيجاز، النظرية العامة في الأهلية ، ثم نشير بعد ذلك الى أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية وقانون المجالس الحسبية ، باعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تطبق على الغالبية العظمى من المصريين ، وباعتبار أن قانون المجالس الحسبية يخضع له المصريون كافة ، مسلمون وغير مسلمين .

المبحث الأول — النظرية العامة للأهلية

* ٣١٧ — أهلية الوجوب وأهلية الأداء — الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمالها . ويميز الفقهاء عادة بين أهلية الوجوب (capacité de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice) . فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص

(١) انظر أيضا المادتين ٧٨/٥٥ : وكذلك تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى (في القانون المختلط : الأحكام المقررة لذلك في قانون الدولة التابع لها الموصى ، أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية في الأموال الثابتة بسبب تجاوز النصاب الشرعى ، أو عدم إبقاء القدر المفروض شرعا ، أو نحو ذلك ، فلا تضر بحقوق من انتقلت اليه الملكية ، ولا بحقوق الدائنين الحسنى النية) .

لأن تكون له حقوق، وأهلية الأداء هي صلاحيته لاستعمالها . ونحن نتكلم بالتعاقب على هذين النوعين من الأهلية، لا سيما النوع الثاني لأنه هو المقصود من الأهلية اللازمة لصحة الرضاء .

§ ١ - أهلية الوجوب

* ٣١٨ - تعريف أهلية الوجوب - يعرف علماء أصول الفقه الاسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وعرفها فتحى زغلول في كتابه " القانون المدني ^(١) " بأنها هي كون الانسان محلا لأن يكون له حق أو عليه حق .

وأهلية الوجوب بالتعريف المتقدم، هي في الواقع الشخص ذاته منظورا اليه من الناحية القانونية . فالشخص سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ، إنما ينظر اليه القانون من ناحية أنه قادر على أن تكون له حقوق وعلى أن يتمتع بها ، فاذا فقد هذه المزية ، فهو ليس بشخص في القانون، وذلك مثل الرقيق في القوانين التي كانت تبيح الرق .

أما الآن وقد أ بطل الرق في العالم المتمدين، فكل انسان شخص تتوافر فيه أهلية الوجوب وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عند ما يكون جنينا، الى وقت موته ، بل وبعد ذلك الى حين تصفية تركته وسداد ديونه .

ويوجد عدا الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي، فهذا تتوافر فيه أيضا أهلية الوجوب . متى ثبتت له الشخصية المعنوية، لأن الشخصية المعنوية إنما هي في الواقع القابلية لامتلاك الحقوق .

* ٣١٩ - أهلية الوجوب الكاملة والفاصرة والمعروضة - وأهلية الوجوب إما أن تكون كاملة، وذلك بصلاحية الشخص لأن تكون له كل الحقوق، وهذا هو الذي يتحقق في أكثر الأحوال . وإما أن تكون فاصرة ، وذلك بأن يكون الشخص غير صالح لأن يكون له بعض الحقوق، كالقاتل لا يصلح لأن يملك تركة من قتله بطريق الميراث، وكالصغير الذي لم يصل الى سن معينة (ثمانية عشر عاما للصبي وخمسة عشر عاما للصبيّة) في القانون الفرنسي

لا يصلح للزواج، أى لا يصلح لأن يكون له "مركز المترقج" (م، ١٤، من القانون المدنى الفرنسى)، وكالشخص المعنوى لا يصلح لأن تكون له حقوق تخرج عن دائرة الغرض الذى وجد من أجله، وهذا ما يعرف بمبدأ التخصص (principe de spécialité)^(١)، وكالجنين لا يصلح لأن تكون له حقوق إلا من طريق الميراث والوصية .

فاذا انعدمت أهلية الوجوب، انعدمت الشخصية معها، وذلك كالجنين يولد ميتا، وكالميت بعد سداد ديونه، وبكفاءة من الناس ليست لهم شخصية معنوية، وكالشركة بعد أن تصفى، وكالرقيق فى القوانين التى كانت تبيح الرق، وكمن يحكم عليه بالموت المدنى فى القوانين التى كانت تبيح ذلك، وكالراهب فى قوانين بعض الطوائف الدينية^(٢).

(١) انظر والتون ١ ص ٨٩ - ص ٩٣

(٢) هذا وقد صدر حكام متناقضان من محكمة استئناف مصر الأهلية : أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية فى الرهبة ويطبقها على أنها عادات لها قوة القانون، ويقضى هذا الحكم : "بأن القاعدة الأساسية فى الرهبة هى أن الراهب عند دخوله الرهبة يترك الدنيا، ويعتبر كأنه غير موجود بالنسبة للعالم الدنيوى، ولذلك أتيح له عند دخول الدير أن يوصى بأمواله أن أراد، لأن جميع ماله بعدها يعتبر للدير، وبعد أن يصبح راهبا لا يرث غيره ولا يرثه أحد من الدنيويين، وما ذلك إلا لأنه برضائه الرهبة لا يملك لنفسه، وإنما يملك لجمعية الرهبان التى دخل فى زمريتها، وأنه وإن لم يوجد نص بذلك فى القانون، إلا أنه مما لا نزاع فيه أن العوايد فى بعض الأحيان قوة القانون، وهذه العادة قديمة، ترجع الى العصور الغابرة، يتلقاها الخلف عن السلف، وهى باقية جامدة، لم تتطور مع الزمن ولم تتأثر بالقوانين الحديثة، فلها قوة القانون، والقول بأن هذه العادة صورة مجسمة من الرق قياس مع الفارق، لأن الشخص الذى يختار الرهبة إنما يختارها بحض ارادته، رغبة عن الدنيا، وحبا فى الانقطاع لعبادة الله، فهو ليس اذا رقبنا أو عبدا يستغله أحد من المخلوقات، وإنما هو قد اختار الفقر الاختيارى عن طيب خاطر لرغبته فيه" (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٧٤٤ رقم ٣٦٤) .

والحكم الثانى يقضى بعكس ما قضى به الحكم الأول، فيعتبر قوانين الرهبة قوانين دينية محضة، لا يعترف بها القانون، وهى مخالفة لقوانين الأهلية التى تعتبر من النظام العام، وأن مجرد الرهبة لا ينقل مال الراهب الى الدير، بل لا بد من اتخاذ الطرق القانونية لنقل المال الى الدير، كأن توهب له أو توقف عليه؛ ونقل هنا بعض أسباب الحكم كما وردت فى مجلة المحاماة : "إن قاعدة أن ما يقتنيه الراهب أثناء رهبته يكون ملكا للدير النابع له، هى قاعدة دينية محضة، ولكنها لا يمكن أن تكون لذاتها نافذة كقانون يجب على المحاكم تطبيقه، لأنها لم تصدر بها أى تشريع، ولا يمكن للمحاكم أن تطبق إلا القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، وإن خالفت أحيانا القواعد الدينية، كما هو مقتضى نص المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، وأنه وإن كانت الطوائف غير الاسلامية متمتع بحريتها فى ادارة شؤونها الدينية والمالية، إلا أن ذلك قاصر على العبادات والحكم فى الأحوال الشخصية، ولا يدخل فيها البحث فى ملكية ما يقتنيه الراهب، ولا يمكن القول بأن الراهب يفقد شخصيته، ويصبح غير أهل للملك، بدليل أنه تصلى عليه صلاة الجنازة عند دخوله الرهبة، لأن ذلك ما يسمونه بالموت المدنى، والقانون المصرى لا يعترف بهذا النظام الذى ينما يكون فيه الشخص حيا موجودا، يعتبر قانونا ميتا ولا حقوق له، وقد كان يوجد مثل هذا النظام =

§ ٢ - أهلية الأداء

* ٣٢٠ - تعريف أهلية الأداء - أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق . وفي تعريف آخر أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه . على وجه يعتد به شرعا .^(١)

وأهلية الأداء كأهلية الوجوب ، إما أن تكون كاملة أو قاصرة أو معدومة . وأسباب تأثرها من حيث الكمال والنقص والعدم ترجع الى عوامل مختلفة ، منها السن والعقل وحسن التدبير والغيبة .^(٢)

= في القوانين الأوروبية القديمة ، كنتيجة للرق أو للرهنبة أو كعقوبة جنائية ، ولكن القوانين الحديثة قد طرحت وأبطلت العمل به ، ولا يمكن القول بأن الشخص الذي دخل الرهنبة قد فعل ذلك بمحض إرادته ، لأن مسائل الشخصية والأهلية من النظام العام التي لا يجوز التنازل عنها ، فليس لأى إنسان أن يتنازل عن شخصيته بحيث يصبح غير أهل للتملك ، وإنما يمكن أن يفقد الشخص بعض حقوقه كعقوبة تبعية في حدود المادة ٢٥ من قانون العقوبات ، أو يجبر عليه في استعمال حقوقه للسفه أو القصر ، ولا شك في أن الشخص يدخل الرهنبة وهو عالم بشروطها وأن من أصولها التجرد عن المال ، وأن ما يملكه الراهب أثناء الرهنبة يكون ملكا للدير ، ويجب القول أنه بدخوله الرهنبة باختياره قد أراد فعلا العمل على هذا الأساس ، ولكن مع ذلك فن الوجهة القانونية لا يمكن تكليف موقفه إلا بأنه شخص قد قطع على نفسه عهدا بأن يملك الدير كل ما يقتنيه أثناء الرهنبة ، وليس في ذلك أكثر من مجرد إرادة أدبية مؤسسة على عقدة دينية بأن يتخلّى عما يملكه للدير ، ولكن هذه النية وحدها من جهة الراهب لا تكفى لتمليك الدير قانونا ، بل يجب أن يفهم الراهب تنفيذ إرادته والوفاء بعهده باتخاذ الطرق القانونية لنقل الملكية فعلا ، كأيقاف العين على الدير بحجة شرعية ، أو هبتها له بعقد رسمي ، أو بيعها إليه ، ولا يمكن أن يدعى الدير الملكية لنفسه بغير طريق من هذه الطرق القانونية (٩ أبريل سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٧٤٦ رقم ٣٦٥) .

ويمكن أن نلاحظ من خلال هذين الحكمين المتناقضين تطور القانون في مصر ، من تأثره بالدين الى تحرره من العوامل الدينية ، ولا يزال في دور الانتقال ، خطوة الى الورا يمثلها الحكم الأول ، وخطوة الى الأمام يمثلها الحكم الثاني .
(١) ورد في تعريف أهلية الوجوب أنها صلاحية الإنسان لوجوب الحق له أو عليه ، وقد عرفنا أهلية الأداء أنها الصلاحية لاستعمال الحق . فإذا أردنا تحديد الفرق بين هذين النوعين من الأهلية ، تبين لنا أن أهلية الوجوب هي قابلية الشخص للمتنع بالحقوق أو بالتزام بها . فهي إذا الشخصية القانونية ذاتها ، لأن الشخص في القانون هو القابل للمتنع بالحقوق ، فإذا انعدمت هذه القابلية (أى أهلية الوجوب) انعدمت الشخصية معها ، وهذا يدل على أن الشيتين متلازمان . أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها ، إذ يحصل أن يكون الشخص متمتعا بحق ، ولكنه لا يستطيع استعماله بنفسه . فالصغير يتمتع بحق الملكية ، ولكنه لا يستطيع استعمال هذا الحق بنفسه إلا في حدود معينة ، فهو ناقص أهلية الأداء ، كامل أهلية الوجوب .

وينبني مما تقدم أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاما ، وهذا مما يساعد كثيرا على تبسيط الموضوع . فأهلية الوجوب هي الشخصية القانونية ، أو هي الوصف الذي يلحق الفرد فيجعله شخصا في اعتبار القانون ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا .

فيقي إذا أهلية الأداء ، وهذه هي التي تمنينا .

(٢) ومنها الحالة المدنية كنقص أهلية المرأة المتزوجة في الشرائع الأوربية ، والجنسية كنقص أهلية الأجنبي =

* ٣٢١ - أهلية الاداء الكاملة - فأهلية الأداء الكاملة هي صلاحية الشخص لصدور جميع الأعمال القانونية منه ^(١). وإذا اقتصرنا من الأعمال القانونية على العقود ، فهذه يمكن تقسيمها ، من حيث أهلية الأداء ، الى أربعة أقسام : (١) عقود اغتناء ، وهي عقود يغتنى من مباشرها دون أن يدفع عوضا لذلك . كاهبة بالنسبة للوهاب له ^(٢) . (٢) عقود ادارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله ، كعقد الايجار بالنسبة للمؤجر ^(٣) . (٣) عقود تصرف ، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض ، كالبيع ^(٤) . (٤) عقود تبرع ، وترد على شيء للتصرف فيه بغير عوض ، كاهبة بالنسبة للواهب ^(٥) .

= في بعض القوانين ، والعقاب كنقص أهلية من يحكم عليه بعقوبات معينة . ويقسم الفقهاء أسباب عدم توافر الأهلية الى قسمين : أسباب ترجع للطبيعة كما في الصبي غير المميز والمجنون وكل من انعدمت ارادته ، فهؤلاء تنعدم فيهم أهلية الأداء ، لعدم وجود ارادة لهم تصدر عنها أعمالهم القانونية . وأسباب ترجع للقانون ؛ كالقصر والسفه وانغية والعقوبة الجنائية والزواج والجنسية .

(١) وتدع جانباً الأهلية للالتزام بغير العمل القانوني ، كالأهلية للالتزام بالخطأ في المسؤولية التقصيرية ، والأهلية للالتزام من طريق الاثراء بلا سبب ، وسيأتى بيان هذا في موضعه . هذا وقد يكون الشخص كامل أهلية الأداء ، ولكن مع ذلك لا يجوز له أن يباشر عقوداً معينة ينص عليها القانون : مثل ذلك تحريم القانون شراء الحقوق المتنازع فيها على عمال القضاء (م ٢٥٧ / ٣٢٤) وتحريمه على من يرب عن غيره شراء المال المنشوط به بيه (٢٥٨ / ٣٢٥) . (قارن والتون ١ ص ٩٣) وتحريمه على المريض مرض الموت أن يبيع للوارث بغيره أو لغير الوارث مع محاباته بأكثر من ثلث التركة (٢٥٤ - ٢٥٦ / ٣٢٠ - ٣٢٣) . وكذلك الوصية وإن لم تكن عقداً . والغرض من هذا التحريم حماية طائفة من الناس تتضرر من هذه التصرفات كالورثة ومن ناب عنهم غيرهم في البيع والمتارعين في الحقوق .

(٢) ومن عقود الاغتناء ما يكسب به الشخص ملكية الشيء ذاتها ، كقبول هبة عين أو دين ، ومنها ما يكسب به منفعة الشيء دون ملكيته ، كقبول المستعير لعارية الاستعمال . ومن هذه العقود ما يسقط التزاما كان مرتباً في ذمة من اغتنى بالعقد ، كقبول المدين الإبراء في الدين (إذا اعتبر الإبراء عقداً ، دون تمييز بين العقد والاتفاق) ، ومنها ما يوجد التزاما في ذمة شخص آخر لمصلحة من اغتنى بالعقد ، كقبول الدائن للكفالة بغير عوض ، وقبول المودع للوديعة دون أجر . أما القرض فإذا كان بدون فائدة فهو عقد اغتناء من جهة المقرض بالنسبة للانتفاع بالمال ، وعقد تصرف بالنسبة للالتزام الذي يترتب في ذمة المقرض من رد هذا المال للقرض ، وإذا كان بفائدة فهو عقد تصرف . أما من جهة المقرض فهو عقد تصرف إذا كان بفائدة ، وعقد تبرع إذا كان دون فائدة .

(٣) ومن عقود الادارة ما يقع على العمل لاستغلاله كذلك ، كعقد العمل وعقد الاستصناع . (٤) وكالبيع الوفاء بمقابل ، والمقايضة ، والشركة ، والقرض (إلا إذا كان بدون فائدة فهو تبرع بالنسبة للقرض ، واغتناء من حيث الانتفاع بالمال بالنسبة للمقرض ، كما تقدمت الإشارة الى ذلك) ، والرهن ، والكفالة بعوض ، والصلح (وهو عقد مقرر للحق ، ولكن يتنازل بموجبه كل من الطرفين عن بعض حقوقه حسب النزاع في البعض الآخر) ، والايجار وعقد العمل وعقد الاستصناع بالنسبة للتاجر وللخدم وللصانع (ففي هذه العقود الثلاثة الأخيرة يتصرف هؤلاء في الأجرة التي يدفعونها للتاجر والعامل والصانع) .

(٥) وكاهبة الإبراء بالنسبة للدائن ، والقرض دون فائدة (بالنسبة للقرض) ، وعارية الاستعمال (بالنسبة للعير) ، =

فمن كان كامل أهلية الأداء وجب أن يكون صالحا لمباشرة هذه الأنواع الأربعة من العقود، فتجتمع فيه أهلية الاغتناء ، وأهلية الادارة ، وأهلية التصرف ، وأهلية التبرع ^(١) . وهذا ما يسميه القانون المصرى بالأهلية المطلقة ، فهى أهلية شاملة لكل الأعمال .

* ٣٢٢ - أهلية الاداء القاصرة - وأهلية الأداء القاصرة هى أهلية الشخص لصدور بعض الأعمال القانونية منه دون البعض الآخر ، فالصبي المميز أهليته قاصرة ، إذ هو أهل للاغتناء ، وقد تكون له أهلية ادارة محدودة ، أما أهلية التصرف عنده فمعدومة إلا فى ظروف معينة، وأهلية التبرع معدومة بتاتا . وهذا ما يسميه القانون المصرى بالأهلية المقيدة، فهى أهلية منحصرة فى بعض الأعمال .

* ٣٢٣ - أهلية الاداء المبرومة - وقد تكون أهلية الأداء معدومة، مع ثبوت أهلية الوجوب . فالصبي غير المميز متمتع بأهلية الوجوب ، ولكنه لا يتوافر فيه أى نوع من أنواع أهلية الأداء ، فهو غير أهل لا للتبرع ولا للتصرف ولا للادارة ولا للاغتناء ، وكل عمل قانونى يصدر منه يكون باطلا ^(٢) .

= والكفالة بغير عوض (بالنسبة للكفيل) ، والوديعة دون أجر (بالنسبة لحافظ الوديعة) . وقد تقدم أن الهبة بالنسبة للهوب له ، والابراء بالنسبة للدين ، والقرض دون فائدة من حيث الانتفاع بالمال بالنسبة للقرض ، وعارية الاستعمال بالنسبة للمستعير ، والكفالة بغير عوض بالنسبة للدائن المكفول ، والوديعة دون أجر بالنسبة للودع ، تعتبر كلها من عقود الاغتناء . وهذا ظاهر لأن عقد التبرع ، اذا كان تبرعا من جهة ، فهو اغتناء من الجهة الأخرى ، لأن أحد الطرفين يعطى ولا يأخذ ، فهو يتبرع ، والآخر يأخذ ولا يعطى ، فهو يفتنى .

(١) وذلك كالشخص الذى بلغ سن الرشد ، دون أن يتأثر بعارض من عوارض الأهلية ، فله أن يفتنى (يقبول هبة أو إبراء أو غير ذلك) ، وله أن يستغل ماله (بإيجار) أو عمله (باستصناع أو عقد عمل) ، وله أن يتصرف فى ماله بعوض (فبيعه) ، وبقايض عليه ، ويدفعه مقابل وفاء لدين ، ويقدمه حصة فى شركة ويقرضه بفائدة ، ويتصلح عليه الخ) وله أن يتبرع (فيهب ماله ، ويرى ذمة مدينه ، ويقرض بغير فائدة ، ويعير عارية استعمال الخ) .

(٢) ويجب التمييز بين الأهلية والولاية على المال ، فالأولى هى ما عرفنا ، أما الولاية على المال فهى نفوذ الأعمال القانونية التى تصدر من شخص على مال الغير ، وهى نوع من النيابة القانونية كما قدمنا . مثل ذلك الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب . فلا يقال أن الولى له أهلية التصرف فى مال الصغير ، أو أن القيم له أهلية الادارة فى مال المحجور ، بل يقال أن الولى له ولاية التصرف فى مال الصغير ، والقيم له ولاية ادارة مال المحجور . فالولاية صلاحية بالنسبة لمال الغير . أما الأهلية فصلاحية بالنسبة لمال الشخص نفسه .

كذلك يجب التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف ، فالقاصر غير أهل للتصرف فى ماله ، وذلك يرجع =

* ٣٢٤ - أحكام عامة في الأهلية - وأحكام الأهلية من النظام العام، فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها؛ كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها. وكل اتفاق على شيء من هذا يكون باطلا بطلانا مطلقاً^(١).

والمفروض في الشخص أن يكون كامل أهلية الأداء، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك^(٢). وعبء اثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه^(٣)، فإذا نجح في إثبات ذلك كان العقد باطلا، ولا يحتاج المتعاقد الآخر بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية^(٤).

= لعدم أهليته، أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما رقه، وذلك يرجع لعدم أهلية الوافق، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف. وأهمية التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف أن الشخص إذا تصرف وهو غير أهل فقد يكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا حسب الأحوال، أما إذا تصرف في مال غير قابل للتصرف كالوقف، فنصرفه باطل بطلانا مطلقا في كل الأحوال. وقد يتفق في بعض الأحيان أن يهب شخص آخر مالا ويشترط عدم تصرفه فيه مدة من الزمن، فشرط عدم التصرف هذا قد يكيف على أنه انتقاص من أهلية الموهوب له بالنسبة لهذا المال، أو على أن المال الموهوب قد صار غير قابل للتصرف فيه، ولهذا التكيف أهمية في معرفة من يحق له أن يعطى في تصرف صدر من الموهوب له مخالفا للشرط، فيختلف الأمر تبعاً للتكييف القانوني لشرط عدم التصرف، فإذا اعتبر بما في أهلية الموهوب له فهو وحده يستطيع الطعن في التصرف الصادر منه، ولا يجوز للواهب إلا أن يطلب فسخ الهبة، فيفسخ تبعاً له التصرف الصادر من الموهوب له. أما إذا اعتبر شرط عدم التصرف شرطا من شأنه أن يجعل المال الموهوب غير قابل للتصرف، فإنه كما يجوز للموهوب له أن يعطى في التصرف الذي صدر منه، كذلك يجوز للواهب أن يعطى في هذا التصرف مع استبقاء الهبة دون فسخ (انظر في هذا الموضوع الأستاذ كامل مرمى بك في الملكية والحقوق العينية فقرة ٢٠١ - فقرة ٢١٠).

ويجب التمييز أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف، فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة، كما إذا باع النائب في الشراء ماله للأصيل (انظر ٢٥٨ / ٣٢٥) وقد روعى في ذلك مصلحة الأصيل، وكما إذا باع شخص ماله في مرض الموت (م ٢٥٤ - ٢٥٦ / ٣٣٠ - ٣٣٣) وقد روعى في ذلك مصلحة الورثة. فإذا زال المانع صح التصرف، كما إذا أجاز الأصيل في الحالة الأولى، أو أجازت الورثة أو لم يوجد وارث في الحالة الثانية. وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك.

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٩١

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الأصل في الرجل الرشد، وفقد الأهلية عارض، ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة، إلا إذا أثبت مدعى الخلاف طرود عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (استئناف أهلى في ١٨ يولييه سنة ١٨٩١ حقوق ٦ ص ١٩١ - حكم آخر في ٢١ يولييه سنة ١٨٩٢ حقوق ٧ ص ٢٢٥ - محكمة بنى سويف في ٢٥ ديسمبر سنة ١٨٩٢ حقوق ١٠ ص ٤٤ - انظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦

(٣) محكمة الاستئناف الأهلية في ١٨ يولييه سنة ١٨٩١ حقوق ٦ ص ١٩١ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه - محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجب على من يتعاقد مع الغير أن يحرق ويبحث عن أهلية من تعاقد =

والوقت الذى يجب أن تتوافر فيه الأهلية لعقد معين هو الوقت الذى يتم فيه هذا العقد، فإذا كان من عقود التبرع مثلاً كالهبة، وجب توافر أهلية التبرع فى الواهب وقت تمام عقد الهبة^(١)، ومن هنا نرى أهمية تحديد وقت تمام العقد، لا سيما فى العقود التى تتم بالمراسلة، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك .

وفى مصر تخضع الأهلية لقانون الأحوال الشخصية^(٢)، فالمصرى المسلم يخضع فى أهليته للشريعة الإسلامية، والمصرى غير المسلم يخضع لقانون أحواله الشخصية . أما الأجنبى فى مصر فيخضع لقانون جنسيته^(٣)، وهذا ما قضت به المادتان ١٣٠/١٩٠ وقد سبقت الإشارة إليهما، ويعتبر هذا من قواعد القانون الدولى الخاص .

== معه، حتى يتأكد من صحة التعاقد، وإلا فعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره وإهماله، فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص رر المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثمان عشرة سنة، أن يتمسك بصحة عقد البيع، ارتكناً على أن ذلك القرار لم ينشر بالجريدة الرسمية، بل أن مثل هذا العقد يكون قابلاً للبطلان عند طلب عديم الأهلية (١٥ فبراير سنة ١٩٢١ مج ٢٢ عدد ٦٢). (انظر أيضاً محكمة بنى سويف الابتدائية فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٥٢١ رقم ٣١٩). أما إذا استعمل ناقص الأهلية حيلة يؤهم بها من تعاقد معه أنه كامل الأهلية، فإنه يصبح مسؤولاً، ولكن لا بمقتضى العقد الذى باشره، بل للخطأ الذى صدر منه . وسيأتى ذكر ذلك (انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٧) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦، وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه .

(٢) محكمة استئناف مصر الأهلية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ محاماة ٨ ص ٤٥ رقم ٢٢ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٦ — حكم آخر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٣ ص ٤٦ جازيت ١١ ص ٢٣ نمرة ٤٢

(٣) انظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٩ — حكماً آخر فى ١٥ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣١ — حكماً ثالثاً فى ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ١٥ جازيت ٦ ص ١٦ نمرة ١٩ — حكماً رابعاً فى ٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٠٣ جازيت ٦ ص ١٦٢ نمرة ٥٠٨

أما إذا كان قانون الجنسية يقضى بعدم أهلية خاصة غير مألوفة (مثل ذلك عدم أهلية المرأة اليونانية المتزوجة لضمان زوجها طبقاً للقانون الرومانى المعروف فيليان (Velleian))، فإن عديم الأهلية إذا كان يتعاقد مع شخص حسن النية لا يعلم بعدم أهليته، لا يستطيع أن يطلع فى العقد بالبطلان، وإذا فرض أنه يستطيع ذلك، فهو معرض من جهة أخرى لدعوى تعويض بسبب الضرر الذى أحدثه للتعاقد الآخر بإبطاله للعقد (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٨٢ — حكماً آخر فى ٦ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٨ — وهذه النظرية تعرف بنظرية «الصالح الوطنى» (intérêt national) وتطبقها المحاكم الفرنسية: محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ يناير سنة ١٨٦١ دالوز ٦١ — ١ — ١٩٣ — محكمة ليون الاستئنافية فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٧ كلفيه (Clunet) ١٩٠٨ ص ١٤٦، ويقول بها =

ونحن نستعرض مع الإيجاز في المبحث الثاني ، أحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بالقضاء المصري في مسائل الأهلية ، مكملين إياها بما ورد من الأحكام في قانون المجالس الحسبية ، وهي أحكام تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وعلى الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات الأجنبية . أما أحكام الشريعة الإسلامية فتطبق على المسلمين من المصريين ، وتطبق على المسلمين من الأجانب كذلك إذا كانوا غير متمتعين بامتيازات ، أو كانوا متمتعين بالامتيازات وتحاكموا إلى قنصلياتهم فطبقت عليهم قانون أحوالهم الشخصية .

المبحث الثاني — أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية وقانون المجالس الحسبية

* ٣٢٥ — العوامل التي تتأثر بها الأهلية — نقصد بالأهلية هنا أهلية الأداء ، لأنها هي التي تراعى في صحة الرضاء كما قدمنا . ولا نستعرض أحكام هذه الأهلية إلا من حيث تطبيقها في مصر ، فالأهلية في مصر تتأثر بالسن والعقل والتدبير والغيبة والعقوبة . وأهم هذه العوامل هي السن ، فهي تميز بين أدوارا طبيعية يميز بها كل إنسان ، أما العوامل الأخرى موارد قد تحصل وقد لا تحصل ، فنفرد مطلبها خاصا للسن ، ونجمع العوامل الأخرى ، وهي موارد الأهلية ، في مطلب آخر .

= الفقهاء الفرنسيون : ديمولومب ١٠٢ — أوربى ورو ١٠٢ — ١٤٧ — ١٤٨ — فاليري في القانون الدولي الخاص ٥٩٩ ، وتنص عليها التشريعات الأجنبية : انظر المادة ٧ من القانون المقدم للقانون المدني الألماني . ولكن الرأي الذي تغلب أخيرا في المحاكم المختلطة هو أن المرأة اليونانية تستطيع التمسك بعدم أهليتها لضمان زوجها (محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ١٥٨ — محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة في ١٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٥٧ نمرة ١٦٨ ، وقد تأيد هذا الحكم بحكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٠ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٧٥) وذلك ما لم تنازل عن هذا البطلان تنازلا صريحا (محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ يونيو سنة ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٦٩ نمرة ٢٨٧) — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك أن أهلية المرأة المتزوجة تخضع لقانون جنسيتها ، دون تمييز ما بين الأحكام العامة والأحكام الخاصة لهذا القانون ، وعلى ذلك يجب تطبيق أحكام القانون الإيطالي القديمة التي كانت تقضى بضرورة الحصول على إذن من المحكمة المدنية حتى يصح العقد الذي تباشره المرأة المتزوجة إذا كان في مباشرة هذا العقد تعارض ما بين مصلحتها ومصلحة زوجها كما إذا كفلت الزوج وكانت متضامنة معه في الدين (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٤٦ جازيت ١١ ص ٢٣ نمرة ٤٢ — انظر أيضا محكمة اسكندرية التجارية المختلطة في ٣ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٩١ نمرة ١٧٩) . ولكن انظر مع ذلك حكما آخر يقضى بأن عدم الأهلية الناشئ من أن أجنبيا قد أقبل عليه القضاء قبا ، لا يحتاج به المفسر على من تعاقد معه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٩) .

المطلب الأول - تأثير أهلية الأداء بالسن

* ٣٢٦ - **الدور الطبيعي في حياة الإنسان** - يقسم علماء أصول الفقه الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان في حياته الى أربعة أدوار : (١) قبل أن يولد وهو جنين . (٢) من وقت ولادته الى سن التمييز . (٣) من سن التمييز الى سن البلوغ . (٤) من سن البلوغ الى الموت^(١) .

* ٣٢٧ - **الجنين** - أما في الدور الأول ، فالشخص - وهو جنين في بطن أمه - معدوم أهلية الأداء ، وناقص أهلية الوجوب ، إذ ليس له من أهلية الوجوب إلا ذمة صالحة للوجوب له في بعض الحقوق ، كالحق في ثبوت نسبه من أبيه ، وفي الميراث من مورثه ، وفي الوصية من الموصى له ، وفي غلة الوقف إذا كان مستحقا فيه ، ولكن لا ينتقل اليه حق بطريق العقد حتى لو كان عقد تبرع . وقد نصت المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية على أن هذه المجالس تنظر في تعيين الأوصياء للحمل المستكن ، فيعين للجنين وصى إذا كان له مال أتى من طريق الميراث أو الوصية أو الوقف .

وغنى عن البيان أن شرط ملكية الجنين لهذا المال أن يولد حيا ، ولو مات بعد ذلك مباشرة ، أما إذا ولد ميتا فيعتبر كأنه لم يوجد من الأصل ، ويذهب المال الى مستحقه بفرض أنه لم يوجد .

= هذا ولا يعتبر عدم قابلية مهر الزوجة للتصرف فيه داخلا في الأحوال الشخصية ، فإذا تصرفت المرأة في مال من مهرها غير القابل للتصرف فيه ، وكان هذا المال في بلد غير بلدها ، يجيز قانونه التصرف في هذا المال ، كان تصرفها صحيحا (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٨٢) وبعبارة أخرى ، يكون عدم قابلية مهر الزوجة للتصرف فيه إنما يتناول المال ذاته ، لا أهلية المرأة المترتبة ، وقد أشرنا فيما تقدم الى الفرق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف فيه .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضا بأن المصري الذي دخل في حماية دولة أجنبية يخضع في أهليته لقانون الأحوال الشخصية ، لا لقانون الدولة التي دخل في حمايتها (٣٠ مارس سنة ١٨٨٧ مجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٢ ص ١٢٣) . وقضت كذلك بأن الاسرائيل الذي دخل في حماية الدولة الأسبانية يخضع في أهليته للقانون الاسرائيلي ، وهذا القانون يقضى بأن الوصى لا يستطيع بيع مال القاصر إلا اذا حصل على اذن خاص بذلك من الهيئة المختصة ، يعين فيه صراحة المال المأذون في بيعه (١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٨) .

(١) وقد قدمنا أن الإنسان بعد الموت تبقى شخصيته مستمرة ، حتى تصفى تركته وتسدّد الديون ، وهذا نوع من أهلية الوجوب القاصرة (انظر في أهلية الميت في هذا الدور الأخير مقالا للأستاذ أحمد إبراهيم منشورا في مجلة القانون والاقتصاد فقرة ٤٣ - فقرة ٤٤) .

* ٣٢٨ - الصبي غير المميز - أما الدور الثاني - من الولادة الى سن التمييز - وتقدر سن التمييز بسبع سنوات^(١)، ففيه تكمل أهلية الوجوب للشخص ويصبح قادرا على كسب كل الحقوق، وقادرا على أن تترتب في ذمته كل الالتزامات ولو بواسطة نائب عنه . أما أهلية الأداء فتبقى معدومة، فالشخص في هذه السن لا تتوافر فيه حتى أهلية الاغتناء، فلا يستطيع قبول هبة أو إبراء أو نحو ذلك .

والذي يباشر أهلية الأداء للصغير غير المميز هو وليه أو وصيه^(٢) .

وولي الصغير هو الأب، فان لم يوجد فوصى الأب المختار ووصى وصيه وهكذا، وهؤلاء أوصياء لا أولياء يثبتهم المجلس الحسبي (م ٢٩ من قانون المجالس الحسبية). فان لم يوجد الأب أو وصيه المختار، فالجد الصحيح، وهو ولي لا وصى . فان لم يوجد، فوصيه ووصى وصيه وهكذا، وهؤلاء أوصياء مختارون يثبتهم المجلس الحسبي كذلك^(١)، فان لم يوجد أحد من

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سن التمييز هي السنة السابعة طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية (٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٤٤) . ويحدد القانون المدني الألماني (م ١٠٤) سن التمييز أيضا بالسابعة .
(٢) مع ملاحظة ما تقدم ذكره من التمييز بين الأهلية والولاية . فالولي أو الوصي لا يباشر الأعمال القانونية التي تنفذ في حق الصغير باعتبار أن له أهلية ذلك، بل باعتبار أن له الولاية في ذلك .

(١) وتزيد الأحكام الآتية الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة القواعد التي قررتها الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع: ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٣٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٣٣ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٤ جازيت ٥ ص ١٠٨ نمرة ٢٩٠ - ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٣ - ١٩ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢٩ جازيت ٨ ص ٨١ نمرة ١٩٩ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢ جازيت ٩ ص ١٠ نمرة ٨ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٩ جازيت ٩ ص ١٠٠ نمرة ١٧١ - ١٧ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٦ جازيت ١٤ ص ٢٢٥ نمرة ٣٥٤ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٨١ جازيت ١٩ ص ٦٣ نمرة ٤٥ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥

وهناك خلاف في المذهب الحنفي هل يتقدم وصى الأب على الجد، أو الجد هو الذي يتقدم . فيأخذ الامام أبو حنيفة بالرأى الأول، ويذهب الامام محمد الى الرأى الثاني . والقضاء المصري في مجموعه يأخذ برأى الامام أبي حنيفة ويتقدم وصى الأب على الجد (محكمة الاستئناف الأهلية في ١٣ مارس سنة ١٨٩٣ حقوق ٨ ص ٦٧ - المجلس الحسبي العالي في ١٩ أبريل سنة ١٩١٥ مج ٢٣ ص ٣٧ عدد ٢٢ محاماة ٥ ص ١١٣ رقم ١٠٨ - انظر أيضا محكمة الاستئناف الأهلية في ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ محاماة ٤ ص ٧٤٧ رقم ٥٧٢ - انظر حكما قضى بعكس ذلك، فقصد الجد على وصى الأب، من محكمة الاستئناف الأهلية في ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ حقوق ١٠ ص ١٢ القضاء ٢ ص ١٣٣) .

هؤلاء^(١)، فالمجلس الحسبي يعين وصيا للقاصر (م ٣ وم ١٦ من قانون المجالس الحسبية)^(٢).

والأب، اذا كان عدلا أو مستورا الحال، له الولاية على مال ابنه، فيباشر عنه أهلية الاغتناء، وأهلية الادارة، وأهلية التصرف، حتى لو كان التصرف بغبن يسير، ولكن لا يجوز الغبن الفاحش^(٣). أما أهلية التبرع فلا يملكها الصغير ولا وليه ولا يملكها أحد آخر، ولا يجوز

(١) وقد يوجد الأب أو الجد، ولكن يكون فاقد الأهلية فلا يعتبر وليا، بل يعين المجلس الحسبي وصيا على الصغير (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٥). وقد يكون الأب كامل الأهلية، ولكن لا يقوم بالولاية على ولده، فيفقد حق الولاية، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بوصاية الأم المطلقة على بنتها مع وجود الأب، اذا كان هذا الأخير قد أقصى ابنته عنه، ولم يقيم بشؤون الولاية عليها (٢٠ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٦٢). ومع ذلك انظر فتوى شرعية تقضى بأن ولاية الأب والجد هي وصف ذاتي لهما، فلو غزلا أنفسهما فلا ينزلان. بناء عليه لا يجوز للأب أو الجد أن يتنازل عن ولايته على أولاده الى زوجته، فاذا تنازل فلا يكون لتنازله قيمة، وتبقى الولاية له حتى يعزله القاضي (فتوى شرعية في ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٢٣ محاماة ٤ ص ٥٧٢ رقم ٤٢٩).

(٢) وتقضى المادة ١٩ من قانون المجالس الحسبية بما يأتي: "في حالة تعدد تعيين وصي أو وقيم بدون وظيفة الوصاية أو القوامة الزامية بالنسبة الى أقارب القاصر أو المحجور عليه، حتى الدرجة الرابعة، وأصهارهم كذلك. ومع ذلك فلا يلزم أحد منهم بالبقاء في وظيفته أكثر من عشر سنوات. فاذا انقضت هذه المدة جاز له إن يستقيل. وفي كل الأحوال يجوز للأشخاص الآتي ذكرهم الامتناع عن القبول: (أولا) النساء. (ثانيا) من تجاوز عمره ستين سنة. (ثالثا) من كان مصابا بمرض أو عاهة، بحيث يصعب عليه القيام بوظيفته. (رابعا) من تلحق به هذه الوظيفة ضررا خاصا بسبب بعد محل اقامته عن الجهة التي بها المال. (خامسا) من ضم اليه غيره، وصيا كان أو قبا أو مشرفا. هذا ولا يستطيع الوصي التخلي عن وصايته، إلا اذا أخذته منها السلطة المختصة، فاذا رفعت دعوى على وصي كان قد طلب إعفائه من الوصاية، ولكنه لم يجب الى طلبه إلا بعد رفع الدعوى والحكم، تكون الدعوى مرفوعة على شخص ذي صفة استئناف مختلط في ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠).

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا كان الأب عدلا محمود السيرة، أو كان مستورا الحال، فله بيع عقار الصغير، ولو يسير الغبن، (١٧ مارس سنة ١٩٢٤ مج ٢٦ عدد ٤٣ محاماة ٤ ص ٧٤٧ رقم ٥٧٢). وكل أعمال التصرفات جائزة للولي، فله أن يرهن مال القاصر ولو لدين على نفسه، وأن يرهن ماله من القاصر، وأن يرهن مال القاصر من نفسه (انظر م ٢٧ من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا)، وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن ولاية الأب في رهن مال ابنه لدين على نفسه مقيدة بحسن التدبير (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ مج ٢٨ رقم ١٩ محاماة ٧ ص ٤٧١ رقم ٢٣٣).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب أن تقصر عبارة "دين" الواردة في المادة ٢٧ من أحكام شخصية التي تجيز للأب رهن مال ابنه القاصر ضمنا لدينه الشخصي، على دين الأب الحر يص الحسن التدبير، وبمعنى آخر الدين الذي يستدينه رئيس العائلة الصالح، ليست به حاجاته وحاجات عائلته، فلا يجوز إذا القول بصحة رهن الولي عقار القاصر، ضمنا لدينه التجاري، لمجرد أن سوء تدبيره لم يكن مشهورا ولا معروفا للدائنين، ولا احتمال أن يكون هذا الدين مفيدا للقاصر (٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٦٩٤ رقم ٤٣٨).

التبرع بمال القاصر الذي لم يبلغ سن الحادية والعشرين بحال من الأحوال^(١) — أما إذا كان الأب فاسد التدبير، فلمجلس الحسبي سلب ماله من السلطة على مال ابنه، أو الحد من حرية تصرفه فيها (م ٣ من قانون المجالس الحسبية) بناء على طلب النيابة العمومية، وبشرط أن يكون سوء تصرفه في أموال ابنه ملحقاً بالضرر برأس المال ذاته، فإذا رأى المجلس أن عدم الثقة بالولى لا يبلغ درجة تبرر سلب جميع سلطته على تلك الأموال، فله أن يحظر عليه إجراء تصرفات معينة بدون إذن خاص (م ٢٨ من قانون المجالس الحسبية) . وإذا سلب المجلس الحسبي سلطة الأب، وعزله عن الولاية، عين للصغير وصياً، إذا لم يوجد الحد الصحيح،

= وقد قدّمنا أنه يجوز للأب شراء مال ولده لنفسه، وبيع ماله لولده، فإن اشترى مال ولده، فلا يبرأ من الثمن حتى ينصب القاضى لولده وصياً، يأخذ الثمن من أبيه، ثم يرده عليه ليحفظه للصغير، وإن باع مال نفسه لولده، فلا يصير قابضاً له بمجرد البيع، حتى لو هلك المبيع قبل التمكن من قبضه حقيقة، يهلك على الأب لا على الولد (م ٢٦ من كتاب الأحوال الشخصية) وتنصيب نائب عن الولد إنما يكون في حالة شراء الأب مال ابنه، لا يبيعه ماله من ابنه. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع الأب لابنه القاصر عقاراً، فلا داعى لنصب نائب عن الابن، وإذا كان العقد هبة في صورة بيع، فالهبة صحيحة (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢١) .

وإذا باع الأب مال ابنه إلى الغير، فبيعه صحيح كما قدّمنا ولو لم ينصب نائباً لقبض الثمن. ولا يؤز في صحة البيع إلا يكون الأب قد أضاف الثمن إلى مال ابنه، وللابن أن يرجع على أبيه بالثمن (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٠ جازيت ٤ ص ١١٤ نمرة ٢٩١)، ولا يرجع على المشتري بشيء، حتى لو كان هذا قد دفع الثمن لدائى الأب سداداً لديون هذا الأخير الشخصية (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥ جازيت ٢٠ ص ٤٤ نمرة ٤٧) .

ويجوز للولى الشرعى أن يقف مال القاصر. وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن لولى الشرعى حق التصرف في مال أولاده بما فيه المصلحة، وكما أن له أن يبيع ماله مع المصلحة، فله أن يقف هذا المال عليهم، لأن في ذلك حفظاً للعين ومصلحة للقصر، فضلاً عن أن هذا التصرف من جانبه معلق على إجازة القصر عند بلوغهم سن الرشد (٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ محاماة ١٠ ص ٨٦٨ رقم ٤٣٨) .

(١) ومع ذلك تجوز إغارة الأب لمال ابنه حيث لا يخشى الضياع ولا التلف، وقد جاء في المادة ٤٢٨ من كتاب الأحوال الشخصية أنه لا يملك الأب إقراض مال ولده الصغير، ولا اقتراضه، ولا هبة شيء منه ولو بعوض؛ وله إعارته حيث لا يخشى الضياع ولا التلف .

(٢) وقد جاء في المادة ٤٢٥ من كتاب الأحوال الشخصية أنه إذا كان الأب مبذراً متلفاً مال ولده، غير أمين على حفظه، فللقاضى أن ينصب وصياً، وينزع المال من يد أبيه، ويسلمه إلى الوصى ليحفظه .

على أن تصرفات الأب سبب التدبير، قبل عزله عن الولاية أو تقييد سلطته، مشروط فيها بالخيرية، وقد جاء في المادة ٤٢٤ من كتاب الأحوال الشخصية أنه إذا كان الأب فاسد الراى سبب التدبير، فلا يجوز له بيع عقار ولده الصغير والكبير المملوق به، إلا إذا كان خيراً له، والخيرية أن يبيعه بضعف قيمته، فإن باعه بأقل من ضعفها لم يجز بيعه، وللولى نقض البيع بعد البلوغ (انظر في هذا المعنى محكمة استئناف مصر الأهلية في ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ٤٣٨ محاماة ٤ ص ٧٤٧ رقم ٥٧٢ — حكم آخر في ٥ يناير سنة ١٩٢٨ محاماة ٨ ص ٧٩٤ رقم ٤٨٤ — حكم ثالث في ١٠ أبريل =

وهو هنا يأتي في الولاية بعد الأب، وسلطة المجلس الحسبي على الجذ الصحيح، من حيث الجذ من السلطة وسلبها، كسلطته على الأب . كما أن ولاية الجذ الصحيح على مال الصغير، من حيث مداها وحدودها — كولاية الأب .

وإذا لم يكن للصغير ولي، فوصيه — سواء كان وصيا مختارا أو وصيا عينه المجلس الحسبي — هو الذي له الولاية على مال الصغير . ولكن ولايته أضيق من ولاية الولي . فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء، فيقبل عنه الهبات (ولكن لا بد من اذن المجلس الحسبي في قبول هبة إذا كانت مقترنة بشرط : م ٢١ ثامنا من قانون المجالس الحسبية) ويقبل الإبراء من الدين لمصلحة الصغير ونحو ذلك . ويباشر الوصي عن الصغير كذلك أهلية الإدارة، ولكن لا بد من اذن المجلس الحسبي في الايجار لمدة أكثر من ثلاث سنوات، وفي تشغيل رؤوس الأموال، وفي استئجار ملك القاصر لنفسه ولو لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات (م ٢١ : تاسعا وحادي عشر وثالث عشر، من قانون المجالس الحسبية). ويباشر الوصي أخيرا عن الصغير أهلية التصرف، ولكن في حدود ضيقة، فهو محتاج الى اذن من المجلس الحسبي في شراء العقارات أو بيعها أو استبدالها أو ترتيب حقوق عينية عليها (م ٢١ : أولا، من قانون المجالس الحسبية)، وفي التصرف بالبيع أو الرهن في الأوراق المالية (م ٢١ : ثانيا)، وفي تقليل التأمينات المقررة لمنفعة القاصر (م ٢١ : ثالثا)، وفي الاعتراف بدين سابق على الوفاة (م ٢١ : رابعا)، وفي الصلح والتحكيم (م ٢١ : خامسا)، وفي اجراء القسمة بالتراضي (م ٢١ : سادسا)، وفي طلب القسمة القضائية عند عدم الاتفاق (م ٢١ : سابعا)، وفي الاقتراض (م ٢١ : عاشرا)، وفي شراء شيء (ولو كان منقولا) لنفسه من ملك القاصر أو بيع شيء (ولو كان منقولا) من ملكه للقاصر (م ٢١ : ثاني عشر)، وفي قبول التنازل له (أى للوصي) عن حق أو دين على القاصر (م ٢١ : رابع عشر) . وما بقي بعد ذلك من أعمال التصرفات، ومنها بيع المنقول غير الأوراق المالية، فيملكه الوصي دون اذن من المجلس الحسبي^(١). ويصح

= سنة ١٩٣٠ محاماة ١٠ ص ٧٢٤ رقم ٣٦٠ — ميث غمر الجزئية في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ محاماة ٧ ص ٦٠٧
رقم ٤٠٥ — حكم آخر في ١٦ فبراير سنة ١٩٢٦ محاماة ٧ ص ٩١١ رقم ٥٢٣ — الميسكي في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٩
محاماة ١١ ص ٩٦ رقم ٥٣ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يحتاج الوصي لإذن في بيع منقول القاصر (١٩ مايو سنة ١٨٨٤ بوريللي م ١٨٩ نمرة ٢ — حكم آخر في ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥) . ولا يمتد تصرفا في الأوراق =

أن يكون الاذن بأعمال التصرفات عاما ، اذا كان للصغير تجارة واقتضت المصلحة ذلك (م ٢٣) ^(١) — أما أهلية التبرع فقد قدمنا أن الصغير لا يملكها ، ولا يجوز للوصي أن يباشرها

= المالية أن يحول السند الإسمى الى سند لحامله ، ولو أنه من شأنه أن يسهل الحصول على قيمة السند (استئناف مختلط في ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥ وهو الحكم السابق الإشارة اليه) .

(١) انظر في سلطة الوصي المقيدة ، في بيع عقار القاصر : استئناف أهلى في ١٠ مايو سنة ١٨٩٨ حقوق ١٣ ص ١٩٠ — استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٠١ — ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٧١ — ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٧ — ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٤ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣١ — ١١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٧ — وفي القرض والرهن : استئناف مختلط في أول فبراير سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٨ ص ٦٢ — ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٨١ — ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٢٢ — ٣١ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٧٣ — ١١ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٢ جازيت ١٦ ص ١٤٦ نمرة ١٧٢ — وفي الصلح ، استئناف أهلى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ١٣٣ — ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٢٨٨ — ٧ يناير سنة ١٩١٩ مج ٤٢١ ص ٩ — استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٢ — ٢٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٩ — وفي الاقرار بالدين : استئناف أهلى أول فبراير سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٦٥ — ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥٢٤ — استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٢٢ — ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٧ — وفي أعمال الادارة : استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٩ — ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٦ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٠ جازيت ٨ ص ٦٨ نمرة ١٧٢ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٣٠ جازيت ١٠ ، ٢٤ نمرة ٢٩ — وفي التجارة بأموال القاصر : استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء مختلط ٢ ص ١٢١ — ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤ — ٢٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٩ — وعن مسئولية الوصي عن إدارته : استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٧ ص ٧٥ — ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٨ — ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٠ — وعن مسئولية عن تقديم الحساب : استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧٢ — ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٢ — وعن التحكيم : مجلس حسي عال ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٣ مج ٤٢٤ ص ٨٠ — ١٣٤ واذا جاوز الوصي حدود وصايته كان مسئولاً أمام الغير عن ذلك (بوريللى م ٦٤٨) ، ومع ذلك فهناك بعض أحكام تقضى بأن الوصي غير مسئول مع من يتعاقد معه اذا جاوز حدود الوصاية (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ ص ٢٤ نمرة ٢٩) فاذا اشترى وصي عقارا قاصرا ، ولم يكن قد حصل على الاذن اللازم ، ثم امتنع المجلس عن اعطاء الاذن ، فلا يكون الوصي مسئولاً عن شئ . قبل البائع (استئناف مختلط في ١١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ٢٥٧ جازيت ١٤ ص ١٣٥ نمرة ٢١٢) والظاهر أنه يجب التمييز بين ما اذا كان من تعامل مع الوصي عالما بمجاوزة الوصي حدود الوصاية ، فلا يكون الوصي مسئولاً في هذه الحالة ، وما اذا كان يجهل ذلك ، وهو معذور في هذا الجهل ، فيكون الوصي مسئولاً .

وقد قدمنا أن الوصي لا يبيع عقار القاصر الا باذن من المجلس الحسي ، والمجلس لا يأذن إلا لوجود مسوغ شرعى (استئناف أهلى ١٠ مايو سنة ١٨٩٨ حقوق ١٣ ص ١٣٠) ، ومن المسوغات أن يكون البيع اسداد دين على الميت لا وفاء له إلا من ثمن المبيع (حسي عال ١٨ فبراير سنة ١٩١٢ ش ١٤١/٢ ص ١٥٠ — حسي عال ٣٠ يونيو سنة ١٩١٢ و ١٩ أكتوبر سنة ١٩١٣ وأول مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٢٤ — ٢٩٤ ص ١٥٤) ومن —

ولو باذن المجلس الحسبي، بل لا يجوز التبرع بمال الصغير مطلقا كما ذكرنا، وقد طبق قانون

= المسوغات كذلك أن يباع العقار بضعف قيمته، على أن يعرض في المزاد لجواز الزيادة (حسبي عال ٢٢ يونيو سنة ١٩١٣ الشرائع ٥٤٢ ص ١٤)، ومن المسوغات كون العقار تحت اجراءات نزع الملكية التي لا تنتهي غالبا إلا بنجس الثمن (استئناف أهلى ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ مج ٢٦ عدد ٤٣ محاماة ٤ ص ٧٤٧ رقم ٥٧٢ وهذا بالنسبة للولى) ولا يمتد مسوغا بيع منزل لشراء أرض زراعية، بحجة أن غلما تربو على ريع المنزل (حسبي عال ٢٥ فبراير سنة ١٩١٢ مج ٢١ ص ٨٧٤ — الشرائع ١٤٢ — الشرائع ٢٨٢٤١ ص ١٥١)، ولا الحاجة لترميم عقار، فبيع من أجل ذلك عقار آخر (حسبي عال ٢٦ يناير سنة ١٩١٣ مج ٢١ ص ٧٣٤ — الشرائع ١١٩ ص ٢٩٥٤١ ص ١٥٤)، ولا أن المقاربات موجودة في جهات متعددة بعيدة عن محل إقامة القيم أو الوصى (حسبي عال ٣٠ مارس سنة ١٩١٣ مج ٢١ ص ٧٥٤ — ١٢١ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ٢٩٦٤١ ص ١٥٤ — ٢٥ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ٢٩٩٤١ ص ١٥٥ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ١٥٤٤٢ ص ١٤٥).

وفي الأعمال التي لا بد فيها من اذن المجلس الحسبي، يجب الحصول على هذا الاذن بالنسبة للعمل المطلوب، ولا يمتد اذنا مصادقة المجلس على الحساب المقدم من الوصى، ولا تصديق المحكمة على محضر الصلح الذي أقر فيه الوصى بالدين (استئناف أهلى ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢٥٢٤٢ ص ٢٤٢ وقد سبقت الإشارة الى هذا الحكم) ولا على محضر الصلح الذي أجراه الوصى دون إذن خاص (استئناف أهلى ٧ يناير سنة ١٩١٩ مج ٢١ ص ٤٤٩ وقد سبقت الإشارة الى هذا الحكم).

وإذا لم يحصل الوصى على اذن من المجلس في عقد يجب فيه الحصول على هذا الاذن، فقد كان المنطق القانوني يقضى بأن هذا العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا لصدوره من غير ذي شأن وغير ذى ولاية (استئناف مخطوط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٦)، وقضت كذلك محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا باع الوصى عقار القاصر بدون اذن المجلس الحسبي أو المجلس الملى المختص، فالعقد باطل، ولا يصلح أساسا للتملك بالسبب الصحيح، ولو مضت خمس سنوات على وضع يد المشتري على العين المبيعة (٢ فبراير سنة ١٩٢٤ مج ٢٦ ص ٣٤٤) ولكن القضاء المصرى في مجموعه يذهب الى جعل العقد باطلا بطلانا نسبيا، تلحقه أجازة القاصر عند بلوغه سن الرشد (استئناف مخطوط ٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٠ جازيت ٤ ص ٤٠٦ نمرة ٤٩١ — ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٦ جازيت ٥ ص ١٠٦ نمرة ٢٧٠ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٦٣ جازيت ٦ ص ٣٩ نمرة ١٠٦ — ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣١ جازيت ٧ ص ٧ نمرة ١٩)، بل ذهب بعض المحاكم الى أنه ليس من المحتم على القاضي أن يحكم بإبطال البيع الحاصل من الوصى عن عقار بغير اذن المجلس الحسبي، بل له أن يبحث عن حكمة التشريع في هذا، فإن وجدها متوفرة في الصفقة جاز له أن يحكم بصحتها، وللوصى بيع عقار القاصر كله لأداء الدين، عملا بالمادة ٥٣٣ من كتاب الأحوال الشخصية، بشرط المسوغ. ولما كانت حكمة الاذن هي منع الغبن العاشر بغير مسوغ، فإذا وقع البيع بثن المنسل ولو فاء دين لا يمكن وفاؤه إلا من ثمن العقار المبيع، كان البيع صحيحا، ولو أهمل الوصى في استئذان المجلس (محكمة مصر الكلية الأهلية في أول يونيو سنة ١٩٠٧ حقوق ٢٣ ص ٢٠٥).

وقد أقرت أخيرا محكمة النقض المدنية الأهلية مبدأ أن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا، إذا لم يحصل الوصى على الاذن اللازم، فقضت بأن القيد المفروض على الأوصياء بمقتضى المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية بوجوب استئذان المجلس الحسبي عن التصرفات الواردة بهذه المادة ليس من النظام العام، اذ لو كان غرض الشارع ابطال تصرفات الوصى الوارد ذكرها في المادة ٢١ بطلانا جوهريا، لنص على ذلك صراحة، كما فعل بالنسبة لشراء الحقوق المتنازع عليها بمعرفة القضاء أو من في حكمهم، بينما أنه قد نص في المواد ١٣١ و ١٣٢ و ٢٥٨ من القانون المدني =

المجالس الحسبية هذا المبدأ ، فقضى بأنه لا يجوز للوصي أن يهب أو يقرض أو يعير شيئاً من مال القاصر (م ٢٢) ^(١) .

* ٣٢٩ - الصبي المميز - والدور الثالث - من سن التمييز الى سن البلوغ -
يكون للقاصر فيه أهلية أداء ناقصة ، فله أن يباشر ما كان نافعا له نفعاً محضاً ، أى أن له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبة ، وقبول البراء من الدين ^(٢) . وليس له أن يباشر ما كان ضاراً به ضرراً محضاً ، أى ليست له أهلية التبرع (ولا يملك ذلك الولي ولا الوصي ولا المجلس الحسبي ولا أحد من الناس كما قدمنا) ، فلا يستطيع أن يهب ماله ، أو يقرضه ، أو يبرئ مدينه . أما الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، وتضمن أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، فلا أهلية له فيها ، ويباشرها عنه الولي أو الوصي ، في الحدود المتقدم ذكرها في حالة الصبي غير المميز ^(٣) .

== بما يستفاد منه أن هذا البطان نسبي تلحقه الأجازة ، فضلاً عن التفرقة التي أوجدها المشرع بين تلك التصرفات وبين التصرفات التي حرمها قطعاً ، وهي الوارد ذكرها في المادة ٢٢ من لائحة المجلس الحسبي ، والتي يؤخذ منها أن الثانية هي الباطلة بطاناً جوهرياً دون الأولى ، ولا يصححها الاذن ابتداءً ، ولا الأجازة اللاحقة ، لا من الوصي ولا من المجلس الحسبي . وعلى ذلك يكون الدفع ببطلان إقرار الوصي بدين على المورث بدون اذن من المجلس الحسبي وفقاً لمادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية ليس دفعا متعلقاً بالنظام العام ، لأن هذا البطان ليس بطاناً جوهرياً لا تصححه الأجازة اللاحقة ، وإنما هو بطان نسبي تلحقه الأجازة فتصححه (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ محاكمة ١٣ ص ٢٧٤ رقم ١٢٢ - مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٠) .

(١) محكمة مصر الكلية المختلطة في ١١ مارس سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٣٦ نمرة ٢٩١ ، ولا يجوز للوصي أن يتنازل عن دعوى بطلان بيع عقار أجراه القاصر (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٣) ، ولا أن يترك أجرة مستحقة للقاصر في مقابل دين شخصي عليه للاستأجر (استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣١٤) . وإذا قبل الوصي أن يقبض مبلغ تأمين مستحق للقاصر بفرنكات ورق ، فإن هذا لا يقيد القاصر إذا بلغ سن الرشد ، لأن هذا القبول باطل ، سواء باعتباره تنازلاً عن بعض حقوق القاصر ، وهذا ما لا يملكه الوصي ، أو باعتباره تفسيراً من الوصي لعقد التأمين تفسيراً ليس في مصلحة القاصر ، وهذا ما لم يرخص للوصي به (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦ جازيت ١٤ ص ١٩٣ نمرة ٣١٤) .

(٢) انظر في هذا الموضوع مقال الأستاذ أحمد ابراهيم في الأهلية وهو المقال الذي سبقت الإشارة إليه (مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٣٦١) . ويجوز للقاصر أن يقبل تأميناً عقده شخص مع شركة تأمين لمصلحة القاصر (استئناف مختلط في ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣) .

(٣) وإذا رفعت دعوى كان الصبي المميز فيها مدعياً أو مدعى عليه ، فالدعوى لا تكون صحيحة شكلاً إلا إذا دخل فيها الولي أو الوصي نائباً عن القاصر ، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه لا يطلب القاصر المحجى عليه الحقوق المدنية إلا بواسطة وصيه ، وإلا وجب رفض دعواه شكلاً (٤ ديسمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٣٥ انظر أيضاً محكمة مصر الكلية الأهلية في ٦ فبراير سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ١٣٩) . وكدخل الولي أو الوصي في الدعوى اذنه للقاصر ==

على أنه متى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ، ولم يمنع من التصرف ، جاز له تسلم أمواله لديرها بنفسه ، ويكون للقاصر في هذه الحالة قبض دخله مدة ادارته ، والتصرف فيه ، والتأجير لمدة لا تتجاوز سنة ، وزراعة أطيانه ، وإجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة ، ويعتبر القاصر رشيدا بالنسبة الى هذه التصرفات ، ويبقى قاصرا فيما عداها ، ويستمر الوصى في أداء وظيفته بالنسبة لها (م ٢٩ من قانون المجالس الحسبية^(١)) . ويتبين من

= في رفعها وقد قضت محكمة الموسيقى الجزئية بأنه من المقرّر في أحكام الشريعة الفراء أن الصبي المميز تصح دعواه ، متى كان مأذونا له من وليه أو وصيه ، كسائر أعماله الدائرة بين النفع والضرر ، ومن التمييز حسب الأحكام الشرعية هو سبع سنين فما فوق ، وبما أنه يرجع في الأهلية الشخصية الى الحكم الشرعى ، فالحكم الأهلية عليها أن تقبل الدعوى من الصبي المميز المأذون له ، لأنها مقبولة شرعا (٢١ مايو سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ١٨٩ المحام ١٣ ص ٢٧٩٣) . على أنه اذا رفع القاصر دعوى ، دون أن يدخل نائبه فيها ، ودون أن يأذن له ، فلا تكون الاجراءات باطلة إلا لمصلحة القاصر ، فاذا لم تكن هناك مصلحة له في طلب البطلان ، فالمحكمة لا تحكم به ، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن القاصر اذا استأنف حكما ، فلا يكون استئنافه باطلا ، إنما للحكمة أن تنظر فيما اذا كان يلزم حضور وليه معه أم لا (٣١ يولييه سنة ١٨٩٢ حقوق ٧ ص ٢٢٥) . واذا كان القاصر متهما في جريمة ، وطولب أثناء الدعوى الجنائية بتعويضات مدنية ، فلا ضرورة لادخال الوصى أو الولي في الدعوى ، وبهذا قضت محكمة النقض الأهلية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٣ (الشرائع ١٧٧٤١ ص ٨٠٥) — انظر حكما آخر في ٢٠ أغسطس سنة ١٩٠٧ مج ٩٤٩ ص ١٨ — مجلس حسبي عال ٢٧ يولييه سنة ١٩١٦ مه ٤٠٤١ ص ٢٤٩ ، وصدر منشور من لجنة المراقبة القضائية بهذا المعنى (٣٧ مراقبة ١٨٩٧ لم ٢٣٩) .

واذا باشر الصبي المميز من العقود مالا تجوز له مباشرة ، أو مالا تجوز مباشرته إلا باذن من نائبه ، كان العقد باطلا بطلانا نسبيا (وذلك بخلاف الصبي غير المميز ، فان العقد الذى يباشره يكون باطلا بطلانا مطلقا) ، والبطلان لمصلحة القاصر ، يتمسك به وحده ، طبقا للقواعد التى سنذكرها في البطلان النسبي . ويكون العقد باطلا ، سواء تحقق منه ضرر للقاصر ، أو لم يتحقق (م ١٣١ / ١٩١) ، وذلك بخلاف القانون الفرنسى ، فعقود القاصر في هذا القانون لا يطمئن فيها إلا اذا ألحقت غبنا بالقاصر (م ١٣٠٥ من القانون المدنى الفرنسى) (انظر في هذا الموضوع والتون ١ ص ٩٤ — ص ٩٥ — قارن أيضا هالتون ١ ص ٣٢٦ — ص ٣٢٧) .

(١) والظاهر من نص هذه المادة أن نائب القاصر لا يباشر الأعمال التى أجاز النص أن يباشرها القاصر وحده ، بل يتركها للقاصر ، فاذا كان هناك عمل يجاوز حدود هذه الأعمال ، باشره النائب ، أو أذن للقاصر في مباشرته . وقد يتفق أن يقسم كل من النائب والقاصر بعمل واحد يدخل في حدود الأعمال الجائزة للقاصر ، كأن يؤجر كل منهما عينا واحدة عن مدة واحدة ، اشخصين مختلفين ، وقد قضت محكمة أسبوط الجزئية الأهلية بأن أجازة النائب في هذه الحالة ، تكون هى النافذة إذا كان القاصر لم يستلم أعيان التركة استلاما رسميا ، كما تقتضى بذلك المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية ، وذلك منعا للفوضى في المعاملة (١٤ مايو سنة ١٩٢٧ محاماة ٧ ص ٩١٦ رقم ٥٢٥) (انظر في هذا الموضوع كتاب الايجار للولف فقرة ٤٨) .

والأعمال التى حدتها المادة ٢٩ باعتبار أنها حدود لأهلية القاصر إذا بلغ سن الثامنة عشر ، يدخل فيها ما تقتضيه من أعمال أخرى تدخل تبعاً ، وما يقاس عليها من أعمال لم تذكر صراحة في النص ولكنها مفهومة ضمناً . فيجوز للقاصر أن يكون مدعيا أو مدعى عليه في دعاوى ترفع بشأن هذه الأعمال ، لأن الدعوى تتبع الحق (محكمة الاستئناف المختلطة =

ذلك أن الصبي المميز غير الممنوع^(١)، وهو يقابل في الشريعة الإسلامية الصبي المميز المأذون، تكون له أهلية الاعتناء، وأهلية الإدارة محدودة بحدود معينة، وشيء قليل من أهلية التصرف (بأن يتصرف في دخله مدة إدارته) . على أنه يجوز للمجلس الحسبي أن يمنع القاصر من هذه التصرفات، إذا أساء التصرف، أو قامت أسبابه صحيحة تدعو لأن يخشى منه ذلك (م ٣١ من قانون المجالس الحسبية)^(٢) .

= في ١٨ أيار سنة ١٩٣٢ م (٤٤ ص ٣٣٠) أولاً مثل هذه الدعاوى تعتبر من أعمال الحفظ والصيانة (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ أيار سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧٤ جازيت ١٩ ص ٧٦ نمرة ٥٥) . ولكن لا يجوز له أن يدخل في دعوى لا علاقة لها بهذه الأعمال، دون إذن من نائبه، فلا يجوز أن يطالب شخصاً بتعويض عن ضرر أصابه من حادثة (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٦٢) . ويجوز للقاصر أن يبيع محصوله، ولو قبل الحصاد، وأن يقبض ثمنه مقدماً، وأن يلتزم بشرط جزائي عند عدم التسليم، لأن كل هذه الأعمال تدخل ضمناً في حدود أعمال الإدارة المقيدة المسموح له بها (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ أيار سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٥٠) ؛ بل يجوز له أن يعقد قروضا تفتضيها أعمال الإدارة هذه (محكمة مصر التجارية المختلطة في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ١٤٦ نمرة ١٣٣) . ولكن إذا خرج القرض المعقود عن هذا الحد المرسوم كان باطلاً (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨) : والقضية خاصة بشخص بلغ سن الرشد ولكن تقرر استمرار الوصاية عليه عملاً بالمادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية، فأصبحت أهليته كأهلية القاصر إذا بلغ سن الثامنة عشر . وقد جرح عليه بعد ذلك) .

ولكن لا يجوز التوسع في الأعمال المذكورة في المادة ٢٩ بإدخال عمل لا تفتضيه هذه الأعمال، ولا يدخل فيها ضمناً . وقد قضت محكمة استئناف أسبوط الأهلية بأن القاصر الذي لم يبلغ الحادية والعشرين لا يملك أن يستأجر أرض الغير، ولا محل لقياس هذه الحالة على ما ورد في المادة التاسعة والعشرين من قانون المجالس الحسبية من إباحة بعض التصرفات للقاصر عند بلوغه سن الثمانية عشر، لأن ما ذكر في هذه المادة إنما جاء على سبيل الحصر، وهو خاص بإدارة أموال القاصر فقط . وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة على أن الصغير يعتبر قاصراً فيما عداها، والتأجير من الغير لا يدخل في هذه التصرفات التي وردت فيها، خصوصاً أن المادة لم ترخص للقاصر إلا بحق تأجير أمواله، ولمدة سنة واحدة، فلا يتفق مع روح التشريع أن يعطى للقاصر حق الاستئجار من الغير، ولمدة ثلاث سنوات (١٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٥٥٠ رقم ٢٧٤) .

(١) نقول غير الممنوع لأن القاصر إذا بلغ الثمانية عشر، ليس في حاجة إلى ترخيص من المجلس، لما أشير إليه في الأعمال التي أيجبت له مباشرة، بل هو يصبح أهلاً لهذه الأعمال بمجرد بلوغه هذه السن . فإذا أريد منعه وجب أن يتقدم طلب بذلك للمجلس الحسبي، ولا يفصل المجلس في الأمر إلا بعد تحقيق تسمع فيه أقوال القاصر ومطالب المنع، ولا يقضى على القاصر إلا إذا كان قد أساء التصرف، أو قامت أسباب صحيحة تدعو لأن يخشى منه ذلك (المجلس الحسبي العالي في ١٧ فبراير سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ٣٦٧ رقم ٢٠٠) .

(٢) ولكن ليس للمجلس أن يقيد إدارة القاصر في مدة اختباره، بعد أن بلغ الثمانية عشر، بتحديد مدة، أو بجعلها تحت إشراف الوصي، وهذا لا يحرم المجلس من حقه في أن يمنعه من التصرف المخصص به، إذا أساء التصرف (المجلس الحسبي العالي في ٢٦ أيار سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ٩٥٣ رقم ٥٢١) .

* ٣٣٠ - **البالغ الرئير** - والدور الرابع يبدأ من سن البلوغ وينتهي بالموت . وقد حدد قانون المجالس الحسبية سن البلوغ بأحدى وعشرين سنة ميلادية (م ٢٩) . وهذه السن عامة لجميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين . وكانت قبل ذلك ثمانى عشرة سنة للمسلمين ، ثم وجد المشرع المصرى أن هذه السن مبكرة ، فرفعها الى احدى وعشرين بالنسبة لجميع المصريين ^(١) . فاذا بلغ القاصر هذه السن ^(٢) ، ولم يقرر المجلس الحسبى استمرار الولاية

(١) وقد ثبت بلوغ السن المطلوبة (اذا لم توجد شهادة رسمية) بشهادة عمدة البلد وطيبين هما مفتش الصحة وطبيب المستشفى ، خصوصا اذا رأت المحكمة أن القاصر تجاوز تلك السن (محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ ل ٤ ص ٤٠ ، وقد صدر الحكم فى ظل القانون القديم ولكن المبدأ يستقيم فى القانون الجديد . وقضى المجلس الحسبى العالى أنه اذا لم يكن الشخص مقبدا فى دفتر المواليد ، وأراد أن يثبت رشده ، فله أن يأق بشهادة من الأطباء تبين سنه (٣١ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١٤٤٢ ص ١٧) . والقضاء المختلط منضارب فى جواز إثبات سن الرشد بشهادة طبية ، أو بشهادة الشهود (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٨ - ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٨ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١) .

وقد تدرج القانون المصرى فى تقدير سن الرشد . ففى المرحلة الأولى كانت تتبع أحكام الشريعة الاسلامية فى تحديد هذه السن ، وهى تقضى بأن الشخص يبلغ الرشد عند البلوغ ، فاذا لم توجد علامات البلوغ ، ووصل الصبي الى سن الخامسة عشرة ، أمكن اعلان رشده إما من الولى أو الوصى أو القضاء ، فاذا لم يعلن رشده بلغ الرشد حتما فى سن الخامسة والعشرين ، إلا اذا حجج عليه لسبب من أسباب الحجر . وفى المرحلة الثانية صدر ذكر يتو ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ يحدد سن الرشد عند الثمانية عشر ، إلا اذا قرر المجلس الحسبى استمرار الوصاية . وثبت بلوغ الشخص للسن بورقة الميلاد ، فان لم توجد فبشهادة الشهود والكشف الطبى وبأوراق أخرى يمكن الاستدلال منها على سن الشخص ، وكان الحساب على التقويم الهجرى) . وفى المرحلة الثالثة ، وهى المرحلة التى نحن فيها الآن ، حدد قانون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ (الصادر باعادة تنظيم المجالس الحسبية ، وهو القانون الذى ندعوه فى هذا الكتاب بقانون المجالس الحسبية) سن الرشد عند الواحدة والعشرين سنة ميلادية (لا هجرية) . وقد عمل بهذا القانون من ٣ مارس سنة ١٩٢٦ ، فاذا كان قاصر لم يبلغ سن الواحدة والعشرين وقت العمل بهذا القانون ، فلا يعتبر أنه قد بلغ سن الرشد إلا اذا وصل الى هذه السن ، حتى لو كانت سنه ثمانية عشر عاما أو أكثر وقت العمل بالقانون ، وحتى لو صدر قرار بانتهاء الوصاية عليه قبل هذا الوقت (المجلس الحسبى العالى فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٦ محاماة ٦ ص ٧١٣ رقم ٤٣٥) . ومعنى هذا أن تغيير سن الرشد له أثر رجعى (خلافا لما ورد خطأ فى المذكرة التفسيرية لقانون المجالس الحسبية) ، لأن المسألة تعتبر من النظام العام ، فن كان رشيدا وفقا لقانون قديم ، ثم صدر قانون جديد يراه غير رشيد ، عاد الى حالة القصر بمجرد صدور القانون الجديد ، إلا أن الأعمال التى صدرت منه وقت اعتباره رشيدا فى ظل القانون القديم ، ونشأ عنها حق مكتسب للغير ، تبقى صحيحة ، ولا يكون للقانون الجديد أثر رجعى بالنسبة لها (راجع فى هذا الموضوع مقالا للاستاذ عبد الفتاح السيد بك فى مجلة المحاماة السنة السابعة ، وانظر استئناف أول مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٧٥ - محكمة مصر الكلية التجارية المختلطة ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ١٤٦ نمرة ١٣٢) .

(٢) ويجزء بلوغ السن يهى الولاية أو الوصاية ، دون احتياج الى قرار من المجلس الحسبى . تلك (المحكمة العليا الشرعية ٦ مارس سنة ١٩٢٤ محاماة ٤ ص ٦٨٤ رقم ٥١٥) . وإنما يجب صدور القرار باستمرار الولاية ، اذا دعت الحال اليها (محكمة مصر الكلية الأهلية فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ٨٩٨ رقم ٤٩٢ - انظر فى هذا =

أو الوصاية عليه^(١) ، ولم يكن مصابا بعارض من عوارض الأهلية^(٢) ، أصبح رشيدا ، ومعنى ذلك

= المعنى أيضا محكمة مصر الكلية الأهلية في ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ١٣٦ الحقوق ١٣ ص ٢٩٧ —
 بنى سويف ١٠ مايو سنة ١٨٩٩ حقوق ١٤ ص ٢٠٦ — طنطا الجزئية في ١٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ حقوق ٢٠
 ص ١٧٩ — المجلس الحسبي العالي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ مج ١/١٢٦٤٢ ص ٢٠٢) .

(١) وذلك يكون اذا تبين أن الشخص ، بالرغم من بلوغه سن الواحدة والعشرين ، ليست لديه الكفاية اللازمة
 لإدارة شؤونه بنفسه (استئناف أهلى ٣١ مايو سنة ١٩٠٤ ل ٣ ص ٢٢١ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ ل ٤ ص ٣٦
 — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ ل ٤ ص ٤٠) فيقدم طلب الى المجلس الحسبي باستمرار الولاية أو الوصاية ، والظاهر أن هذا
 الطلب يجب أن يقدم قبل بلوغ القاصر سن الرشد ، ولا بد من صدور قرار المجلس بذلك (انظر المراجع التي سبقت
 الإشارة إليها في الحاشية المتقدمة) ولا يجوز الاتفاق على ذلك فيما بين الشخص ونائبه دون صدور قرار من المجلس
 (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٥١) وتكون أهلية الشخص في هذه الحالة كأهلية
 الصبي المميز الذي بلغ الثامنة عشرة (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨) ، ويبقى القاصر
 في حالة قصر بعد صدور القرار إلى أن يصل إلى سن الخامسة والعشرين ، فإذا وصل إلى هذه السن ، وجب إما إعلان
 رشده ، أو توقيع الحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية (محكمة طنطا الكلية ٦ يناير سنة ١٩٢٤ محاماة ٤ ص ٥٥١
 رقم ٤١٩) .

وقد تضاربت الأحكام (وكما صدرت في ظل القانون القديم وقت إن كانت سن الرشد ١٨ عاما) فيما إذا كان قرار
 استمرار الولاية أو الوصاية له أثر رجعي ، أو ليس له هذا الأثر ، فذهبت بعض الأحكام إلى الرأي الأول ، واعتبرت
 الشخص بالغاً رشيداً في الفترة ما بين بلوغه سن الرشد وصدور قرار المجلس باستمرار الولاية أو الوصاية ، وتكون الأعمال
 القانونية التي صدرت منه في هذه الفترة صحيحة ، ولا يكون لقرار المجلس أثر رجعي بالنسبة لهذه الأعمال (محكمة الاستئناف
 الأهلية في ٢١ مارس سنة ١٨٩٩ حقوق ١٤ ص ١٣٧ القضاء ٦ ص ٢٢٧ — حكم آخر في ١٩ مارس سنة ١٩١٢
 مج ١٣ ص ٢١٠ عدد ١٠٤) ، وذهب البعض الآخر إلى عكس ذلك ، واعتبر الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية هو
 استباقاً لحالة القصر التي لم تقطع ببلوغ السن ، ففقود الشخص في الفترة المذكورة تكون باطلة (محكمة الاستئناف الأهلية
 في ١٣ يناير سنة ١٩١٥ مج ١٦ ص ٦٢ عدد ٣٦ — وانظر أيضاً بالنسبة لقاصر بلغ سفياً فحجر عليه : استئناف أهلى
 ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ ل ٤ ص ٤٥٩ — ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٨٧ عدد ٨٣ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٤
 حقوق ٣١ ص ١٠) .

ونرى أن القرار الصادر باستمرار الولاية أو الوصاية لا يكون له في الأصل أثر رجعي بالنسبة للأعمال التي تمت
 في الفترة بعد البلوغ وقبل صدور القرار ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة . ولكن إذا تبين أن هذه الأعمال قد تمت بطريق
 الغش والتواطؤ مع الغير ، نوقم لصدور هذا القرار ، وجب إبطالها ، لأن الغش يبطل العقود لا سيما أن المفروض
 هو أن طلب استمرار الولاية أو الوصاية قد قدم للمجلس الحسبي قبل بلوغ القاصر سن الرشد ، أي قبل صدور العمل القانوني
 بشأنه . وسنرى تطبيقاً لهذه القاعدة في حالة الحجر ، بالنسبة للعقود التي تصدر من المحجور عليه في الفترة التي تسبق الحجر .
 وقد قضت محكمة مصر الأهلية بما يقرب من هذا الرأي فذهبت إلى أن طلب استمرار الوصاية والحكم بها لا يؤثر
 في التصرفات الصادرة من الشخص قبلها ، لأن حكم استمرار الوصاية حكم الحجر ، فإذا لم يثبت أن من تعاقد مع المطلوب
 استمرار الوصاية عليه قد انتهز فرصة ضعفه ، أو أنه استعمل معه الغش عند التعاقد ، فلا محل لإبطال العقد (٦ مارس
 سنة ١٩٢٨ محاماة ٨ ص ٨٨٥ رقم ٥٣٢) .

(٢) فقد يبلغ الشخص سن الرشد ، ولكنه يكون مصاباً بعارض من عوارض الأهلية ، فيبلغ مجنوناً أو معتوها
 أو سفياً أو ذا غفلة . ففي هذه الحالة يحجر عليه ، ويعين له قيم ، كما لو بلغ رشيداً ثم أصابه بعد ذلك عارض الأهلية =

أنه يصبح كامل أهلية الأداء، فله أهلية الاغتناء، وأهلية الادارة، وأهلية التصرف، وأهلية التبرع، يباشر كل ذلك بنفسه. ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه. وكل دعوى للقاصر (أو المحجور) على وصيه (أو على القيم) تكون متعلقة بأمور الوصاية (أو القوامة) تسقط بخمس سنوات من التاخير الذي انتهت فيه الوصاية (أو القوامة) (م ٣٤ من قانون المجالس الحسينية). كذلك كل مخالصة يحصل عليها الوصي من القاصر بعد انتهاء الوصاية، ولكن قبل مضي ستة أشهر من تاريخ تقديم الحسابات ومستنداتها للمجلس، تكون باطلة ولا يعمل بها، وهذا ما لم تكن تلك الحسابات قد سبق للمجلس اعتمادها (م ٣٣ من قانون المجالس الحسينية) ^(١).

= (مجلس حسبي عال ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٣ مج ٢٤ ٦٩٤ ص ١١٣) انظر عكس ذلك محكمة استئناف مصر الأهلية في ٥ فبراير سنة ١٩٢٣ محاماة ٤ ص ٢٨ رقم ٢٠، وقد قضت بأن الولد اذا بلغ معنوها أو مجنوناً تستمر ولاية أبيه عليه في النفس والمال، واذا بلغ عاقلاً ثم عته أو جن، عادت عليه ولاية أبيه. وقد أخذت المحكمة في هذا برأى الامام محمد، وخالفت رأى الامام أبي يوسف. وقد قضى المجلس الحسبي العالى بالنسبة لهذه الحالة الأخيرة، بأنه اذا كانت الولاية على المعنوه أو المجنون الذى بلغ رشيداً، ثم طرأ عليه العته أو الجنون، بحسب قول الامام محمد ومن تابعه، تعود الى وليه الشرعى الأصل استحقاقاً، فان الامام أبا يوسف يرى أنها لا تعود اليه قياساً، والأصوليون يرون الاستحسان مقدماً على القياس، ولكن المجلس الحسبي العالى يرى الأخذ بالرأى المخالف (أى رأى أبي يوسف) الذى اعتمدته وزارة الحفانية وسارت عليه (١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٣٦٣ رقم ٢٠٢). وقد قضى المجلس الحسبي العالى أيضاً بأنه إذا بلغ الشخص عاقلاً ثم عته، فلا تعود اليه ولاية الأب، بل يعين له المجلس الحسبي قياً (٢٤ يونيو سنة ١٩٢٣ مج ٢٤ عدد ٧٠ — قرار آخر في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٢٧٨ رقم ١٣١).

ويجب التمييز بين حالة الحجر هذه وحالة استمرار الولاية أو الوصاية المتقدمة. فان الفرق يدق بين الحالتين إذا بلغ القاصر سن الرشد وهو مصاب بعارض من عوارض الأهلية (فيحجر عليه، ويعين له قيم كما تقدم، وقد لا يكون هذا القيم هو الولي أو الوصي السابق)، أو بلغ هذه السن وهو غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية، ولكن تبين في فترة الاختبار (من سن ١٨ الى ٢١) أنه غير كفء لإدارة شؤنه بنفسه (ففى هذه الحالة يصدر قرار باستمرار الولاية أو الوصاية، ويبقى وليه أو وصيه متولياً النيابة عنه دون تغيير). ويجب في حالة استمرار الولاية أو الوصاية أن يتقدم الطلب بذلك قبل بلوغ القاصر سن الرشد كما قررنا، لأنه إذا تقدم بعد ذلك، فانت القاصر يعتبر رشيداً بمجرد بلوغه سن الرشد، ولا يكون هناك محل بعد ذلك إلا لطلب الحجر عليه، لعارض من عوارض الأهلية. وقد قضى المجلس الحسبي العالى، في هذا المعنى، بأنه لا يجوز طلب استمرار وصاية على شخص بعد بلوغه سن الرشد، فان كان الشخص لا يحسن ادارة أمواله، فلن يهيم الأمر أن يرفع طلباً على حدة بالحجر عليه، ان كان هناك ما يستدعيه (٢٥ أبريل سنة ١٩٢٦ محاماة ٦ ص ٦٢٧ رقم ٣٩٠) انظر أيضاً قراراً آخر في ٣١ مايو سنة ١٩٢٥ محاماة ٦ ص ١٤ رقم ١٢ — وقراراً ثالثاً في ٧ يونيو سنة ١٩٢٥ محاماة ٦ ص ١٥ رقم ١٤ — وقراراً رابعاً في ٥ مارس سنة ١٩٢٢ مج ٢٣ ص ٧٧ نمرة ٤٧ محاماة ٥ ص ٥٦ رقم ٥١) وانظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ محاماة ٦ ص ٦٧١ رقم ٤١٧

(١) وطبقاً لحكم الشريعة الاسلامية، إذا طالب الابن أباه بتقديم حساب عن ولايته، وادعى الأب أن مال =

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

المطلب الثاني - تأثر أهلية الأداء بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية)

* ٣٣١ - مصر عوارض الأهلية - قد يبلغ الانسان سن الرشد، ولكن أهلية الأداء عنده تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع الى العقل، وهو الجنون أو العته، أو يرجع الى التدبير، وهو السفه أو الغفلة . فيحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة وينصب قوام عليهم . كذلك من يغيب غيبة منقطعة يقام وكيل عنه، ومن حكم عليه بعقوبة جنائية يعين قيم عليه .

* ٣٣٢ - المجنونه - فالمجنون يحجر عليه المجلس الحسبي^(١)، ويختار له قيا، مالم يكن له ولي : أب أو جد صحيح^(٢) . وتتوافر عند المجنون أهلية الوجوب كاملة . أما أهلية الاداء فمعدومة، كالصبي غير المميز، وأعماله القانونية تقع باطللة بطلانا مطلقا لانعدام الارادة،

= ابنه قد هلك، أو أنه قد أنفق في حاجة الابن فانه يصدق بيمينه، سواء كان المال عقارا أو منقولا، بشرط أن يكون الابن قد ساكن أباه مدة القصر (انظر المادة ٤٣٣ من كتاب الأحوال الشخصية وحكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٤٩ جازيت ١٠ ص ١٨٥ نمرة ٢٩٦) انظر أيضا في مسئولية القيم، رغما عن تصديق المجلس الحسبي على الحساب المقدم منه، محكمة الاستئناف المختلطة ١٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٢

(١) ولا يجوز رفع الأمر للمجلس الحسبي بتوقيع الجرح على شخص، إلا بناء على طلب أحد أعضاء أسرته (ولم يكن وارثا)، أو طلب النيابة العدومية (المجلس الحسبي العالي في ١١ يونيه سنة ١٩٢٢ م ١٧١٤ ص ١١٢ - وانظر أيضا قرارا آخر في ٤ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١/٣٠٤٤١ ص ١٥٧، محاماة ١ ص ٢٤٣ رقم ٣٧)، ولو كان الغرض من طلب الجرح هو التشفين (المجلس الحسبي العالي في ٤ يناير سنة ١٩١٤ وهو القرار المشار إليه فيما تقدم)، ولكن اذا رفع الأمر للمجلس، فلا يجوز التنازل بعد ذلك عن الطلب، لمساسه بالنظام العام (المجلس الحسبي العالي في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٩ محاماة ١ ص ١٨٧ رقم ٢٩) .

(٢) وقد سبقت الإشارة الى أن هذا هو رأى الامام محمد، (وعليه سارت محكمة الاستئناف الأهلية كما أشرنا الى ذلك) . أما رأى الامام أبى يوسف (وعليه سار المجلس الحسبي العالي كما قدمنا) فهو أن الولاية تزول، ويختار قيم للعجور (المجلس الحسبي العالي في ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٢٤ عدد ٧٠ - ١٩ أكت - سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٣٦٣ رقم ٢٠٢، وقد سبقت الإشارة الى هذين القرارين) .

سواء حجر عليه أو لم يحجر، وسواء كان المتعاقد معه يعلم بجنونه أو لا يعلم^(٢). وقد يفيق المجنون من جنونه في فترات من الزمن، فأهلية الأداء عنده في هذه الفترات تكون كاملة، إذا كانت الافاقة تامة، وكان قد بلغ سن الرشد^(٣). أما إذا لم تكن الافاقة تامة فتكون أهلية الاداء في فترات الافاقة كأهلية الأداء عند الصبي المميز.

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العقد الصادر من المجنون باطل، حتى قبل الحجر عليه، مادام أنه كان مجنوناً وقت صدور العقد (١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٤، انظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ محاماة ٢١ ص ٢٦٠ رقم ١٤٣) والمدعى الجنون هو الذي عليه إثبات ذلك: استئناف مختلط ٢٨ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٨. والذي يثبت الجنون في العادة هم خلفاء المجنون، ومن يهتمهم ابطال العقد. وقد يستخلص القاضي الجنون من العقد ذاته (استئناف مختلط في ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٦) أو من مجموعة ظروف أخرى قاطعة في إثبات الجنون، حتى لو لم تكن الدعوى المرفوعة أمام المحكمة دعوى بطلان للجنون، بل دعوى بطلان للغش (استئناف مختلط في ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٣) ويجوز للحاكم أن تأذن في إثبات جنون شخص كان طرفاً في عقد، ولو بعد وفاته (استئناف أهلي ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٣٢٢ نمرة ١٩/٢). وقد يكون الجنون أمره معروف، فتحكم المحكمة بفسوخته (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٩ — حكم آخر في ٢٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٤ جازيت ٨ ص ٦٨ نمرة ١٩٥ — حكم ثالث في ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٤، ولكن لا يكفي وضع الشخص في مستشفى لإثباته على أنه كان مجنوناً وقت صدور العقد، إذا كان من الثابت أن هذا الشخص كان يفيق من جنونه، من وقت إلى آخر (محكمة اسكندرية التجارية المختلطة في ٦ مايو سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٤٦)، وقضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه يجب البحث في قرار الحجر في الدلائل التي قام عليها، وفي التحقيقات التي انبنى عليها، لتحديد الزمن الذي ثبت فيه العتة والجنون، حتى إذا ما تبين للمحكمة أن التصرف وقع في هذا الزمن، وكان ضاراً بالمجور عليه، فيكون باطلاً، وإذا ثبت بالعكس أن المجبور عليه كان في هذا الزمن عاقلاً، فيكون تصرفه صحيحاً (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ١٠١٣ نمرة ٥٠٢). ولا يكفي لاثبات الجنون صدور حكم استئناف، ومات الشخص قبل الفصل في الاستئناف، ولم يكن الحكم قاطعاً في اثبات الجنون، فيكون السند الذي صدر من الميت سنة أشهر قبل الحجر عليه، في وقت كان يدير فيه شؤونه، غير باطل (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٢ — انظر أيضاً حكماً آخر في ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ص ٩١).

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٦

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥، المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٧ ص ٣٢٤ — محكمة مصر الكلية الأهلية في ١٧ يناير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٩٢

ويجب على من يتمسك بصحة العقد لصدوره في فترة أفاق فيها المجنون، أن يثبت ذلك، لأن الجنون المصاحب لحالة المجنون يجعل من المفروض أن العقد صدر وهو في هذه الحالة، إلا إذا ثبت العكس. محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٨٣، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الجنون مؤقتاً، فن يتمسك بالبطلان عليه أن يثبت أن المتعاقد كان مجنوناً في الوقت الذي صدر منه العقد. أما إذا كان الجنون دائماً، فيكفي لاثبات صدور العقد وقت الجنون، أن يثبت المدعى الجنون في ذاته في مدد مختلفة، بشرط أن يقع وقت صدور العقد في وسط هذه المدد (١٣ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٤ — جازيت ١٩ ص ٤٧ نمرة ٢٨). ومن =

ولاية القيم على المجنون كولاية الوصي على الصغير . يباشر وحده من الأعمال ما يباشره الوصي وحده ، ويستأذن المجلس الحسبي في الأعمال التي يستأذن فيها الوصي ، ولا يستطيع مباشرة الأعمال التي لا يستطيع مباشرتها الوصي^(١) . وكذلك الولي على المجنون مثل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية .

* ٣٣٣ - **المعتوه** - والمعتوه يحجر عليه كذلك ، ويختار له قيم ، اذا لم يكن له ولي . والقيم والولي على المعتوه كالقيم والولي على المجنون من حيث مدى الولاية . أما المعتوه

= هنا توجد القرينة على أن العقد صدر في وقت الجنون ، إلا اذا أثبت من يمسك بصحة العقد أنه قد صدر في وقت كان المجنون فيه قد أفاق من جنونه ، كما تقدم .

و يلاحظ أنه متى حجر على المجنون ، فإن قرار الحجر يكون ساريا على الغير من وقت إظهار قرار الحجر . فلا بد من الاشهار حتى يسرى قرار الحجر (لجنون أو لغيره) على الغير ، ما لم يكن الغير يعلم بالفعل بهذا القرار . وكان الاشهار قبل قانون المجالس الحسبية الجديد يتم بنشر القرار في الجريدة الرسمية ، فاذا لم ينشر ، ولم يعلم الغير به فعلا (انظر استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٣٢ - محكمة مصر التجارية المخططة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٢ جازيت ٣ ص ٤٣ نمرة ٥٠) ، لم يسر الحجر في حق الغير حسن النية (استئناف أهلى ٢٣ مايو سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ٢٩٧ - استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢١٨ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٢ - ١١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٦ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٢ جازيت ٦ ص ٣٩ نمرة ٩٧ - ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٢ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٨ - ٢٩ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٣ - ١٤ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٣٢ - ٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٤٨ - انظر عكس ذلك : استئناف أهلى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٢٣ ص ٩٧ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ١٩ ص ١٠٩ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٣ حقوق ١٨ ص ١٨٩ - أسبوط ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٠١ م ٢/٦٥٤ ص ١٤٨ - استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦١) . أما بعد صدور قانون المجالس الحسبية الجديد ، فقد صار الاشهار يتم بتسجيل القرار في سجل خاص عند المجلس الحسبي الذي أصدر القرار وفي سجل عام عند مجلس حسبي مصر ، طبقا للادة ٤٣ من قانون المجالس الحسبية وللنشر الوزاري الصادر في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٦ ، ولا حاجة لنشره في الجريدة الرسمية (استئناف مخطط في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢) . وبناء على ذلك لا يجوز رفع دعوى على المحجور عليه شخصيا ، دون إدخال القيم فيها ، حتى لو لم يعلن قرار الحجر ، بل اكتفى بتسجيله في السجلات المعتمدة لذلك (استئناف مخطط في ٢٦ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤٨) . ويكفي صدور قرار من المجلس الحسبي لرفع الحجر ، ولا حاجة لحكم القاضي (استئناف مخطط في ١١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٦٥) ، وتسجيل هذا القرار أو العلم به بالفعل يكفي لمعوله ساريا في حق الغير .

(١) ولا يعتبر إعطاء مهر لابنة المحجور عليه تبرعا محضا لا تجوز مباشرته ، بل يجوز الترخيص للقيم بأن يدفع لها مبلغا من المال على سبيل « الدوطة » بشرط أن يخصم هذا المبلغ من نصيب البنت في تركة والدها ، وذلك طبقا لعادات الطائفة التي تنتمي إليها (مجلس حسبي عال ١٦ يونيو سنة ١٩١٨ م ٢٢ ص ٦٢ ع ١٠٠) .

نفسه فقد يكون غير مميز ، فتندعم عنده أهلية الأداء وإن بقيت له أهلية الوجوب ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون ، وقد يكون مميزا ، فتكون عنده أهلية أداء ناقصة ، هي أهلية الصبي المميز ، وقد سبق تحديدها ^(١) .

* ٣٣٤ - السفه - يحجر على السفه ^(٢) ، ويختار له قيم ، وولاية القيم على السفه

(١) وما ذكر عن بطلان عقود المجنون ولو صدرت قبل الحجر ، وكيفية إثبات الجنون ، ومن يثبت ، يطبق أيضا في حالة العته (انظر الأحكام التي سبقت الإشارة إليها في الكلام على المجنون ، وانظر أيضا محكمة طنطا الكلية الأهلية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢١ محاماة ٥ ص ١٢٦ رقم ١٢٣) . وقضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه إذا وقع التعاقد مع شخص في أثناء إجراءات طلب الحجر عليه ، كان لاحكمة الحق في تقدير ظروف التعاقد ، واستبانة سلامة نية المتعاقدين ، ومراعاة مصلحة المطلوب الحجر عليه ، فإذا حجر على شخص بسبب ضعف قواه العقلية ، وكانت حالته الحالة التي عرفها الفقهاء بأنها حالة قلة الفهم واختلاط الكلام وفساد التدبير ، وجب تطبيق الحكم الخاص بالعته ، والعته يبطل تصرفات من أصيب به من عهد ثبوته ، كما ذهب إلى ذلك القضاء ، وكما قال به الامام أبو يوسف ، لاسيما إذا وقع التعاقد في الفترة المشتبه فيها (٩ يناير سنة ١٩٢٧ مج ٢٨ رقم ٢١ - محاماة ٧ ص ٥٧٤ رقم ٣٨٢ ، انظر أيضا حكما آخر في ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ مج ٢٠ نمرة ٢١ - وقضت كذلك محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا تقرر توقيع الحجر على شخص لبله ، فيعتبر هذا دليلا كافيا على أن المحجور عليه كان أبلا وغير أهل للتعاقد في الأسبوع السابق على تاريخ قرار الحجر ، ما لم يثبت عكس ذلك (٤ فبراير سنة ١٩١٣ مج ١٤ عدد ١٩ ص ١٥١ - حقوق ٣٠ ص ٦١) . وقضت محكمة أسبوط بأنه في حالة الحجر لعته يجوز إبطال التصرفات السابقة لصدور قرار الحجر ، إذا ثبت أن العته كان ظاهرا وقت التعاقد (٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ مج ٢٣ عدد ١/٦ ص ٧ - حكم آخر في ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ محاماة ٢ عدد ٣٤ ص ٩٢) .

والعته الذي يستوجب الحجر يجب أن يكون ضعفا حقيقيا في العقل ، فلا تكفي الشيخوخة وحدها وتقدم السن سببا للحجر ، ولو كانت مصحوبة بضعف الذاكرة (محكمة الاستئناف الأهلية في ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ حقوق ٣٠ ص ١٥٤ - المجلس الحسبي العالي ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٢ محاماة ٣ عدد ٤٦ ص ٧٦ - دشنا الجزئية ٤ مارس سنة ١٩٠٣ حقوق ١٨ ص ١٤٣) ، إلا إذا نتج عن الشيخوخة ضعف في العقل (استئناف أهلي ٢٨ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٢ - الحقوق ١٠ ص ٣٥٧ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٨٩ - المجلس الحسبي العالي ٣١ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ عدد ١٣ ص ١٧ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٨ مج ٢٢ عدد ٦٣ ص ١٠٥ - ٤ مارس سنة ١٩٢٣ محاماة ٣ عدد ١٦٣ ص ٢١٧) . ولا يكون ضعف البنية سببا للحجر (المجلس الحسبي العالي ٤ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ عدد ٦٢ ص ٥٥) ولا الشلل (المجلس الحسبي العالي ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٢ محاماة ٣ عدد ٢١٢ ص ٢٧٨) ولا أن امرأة لا تحسن الحساب (المجلس الحسبي العالي في أول فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ عدد ٣٠٢ ص ١٥٦) ولا طوره خلل وقتي في العقل ناشئ عن تعاطي المخدرات (المجلس الحسبي العالي ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ عدد ١٢٤ ص ٣٨٧) .

(٢) والسفه الذي يستوجب الحجر هو ما تجاوز العادة في الانفاق ، أما الشاب الميسور الذي يجارى أقرانه في الاتفاق والاستدانة ، ولا يتجاوز حدّهم في ذلك ، فلا تستوجب حالته الحجر (محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٦٣) وقضت محكمة الاستئناف الأهلية أيضا بأن السفه أو الامراف هو عند علماء =

كولاية القيم على المجنون والمعتوه^(١). أما السفهية نفسه، فتتوافر فيه أهلية الوجوب كاملة، وعنده أهلية أداء ناقصة، إذ أن له أهلية الاغتناء. أما أهلية الإدارة والتصرف والتبرع فمعدومة^(٢).

== الحنفية زيادة الاتفاق زيادة تخالف المعقول، فإدارة الأموال التي جاءت وخيمة العاقبة، وضاع قسم عظيم من المال بسببها، لا تعتبر من السفه أو الامراف، كما أنها لا تعتبر أيضاً دليلاً على العجز الطبيعي عن الإدارة، مادام صاحبها شخصاً بالغاً عاقلاً، ومن ثم فلا حجر (١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٨٨). وقضى المجلس الحسبي العالي برفض طلب الحجر الذي يقتصر على نسبة السفه إلى الشخص المطلوب الحجر عليه، لأن الواجب أن تقدم وقائع معينة، يمكن تحقيقها، وتدل على السفه إذا ثبتت، فتبين مثلاً الأموال التي بددت، وفي أي وقت، ولأي سبب (٣١ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ عدد ١٢ ص ١٦ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ عدد ١٥٣ ص ١٤٥). وقضى هذا المجلس أيضاً بأنه لا يصح توقيع الحجر على إنسان بناءً على سوء تصرفاته مع شخص واحد، ولو تكررت، لأن الحجر هو منع من المعاملات مع جميع الناس، ولا يصح توقيعه على إنسان معاملاته رشيدة مع الجميع، إلا مع شخص واحد ملك إرادته لسبب غير معلوم (٢٣ يونيو سنة ١٩١٢ الشرائع ١ عدد ٢٨٤ ص ١٥١)، وقضى أيضاً بأن الغرض من الحجر للسفه هو المحافظة على أموال السفهية، وليس معاقبته على إصراره وتبذيره، وعلى ذلك فلا محل للحجر على شخص طلب الحجر عليه بسبب السفه، متى ثبت أنه قد أفلح عن عادة الامراف (٢٨ أبريل سنة ١٩١٨ مج ٢٢ عدد ٦١ ص ١٠٢) — وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا قرّر المجلس الحسبي رفع الحجر عن شخص بشرط أن يقف أملاكه، فالشرط صحيح، ويبقى الحجر حتى يتحقق الشرط (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢١ مج ١٩٢٤ عدد ٤١ ص ٦٧) ولكن الحجر للسفه لا يرتفع، لا بالزواج، ولا بتغيير الجنسية (محكمة اسكندرية الكلية المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٢٧ نمرة ٤١٠).

(١) فله أن يباشر أعمال الإدارة، مع الحصول على إذن من المجلس الحسبي في الأعمال التي يجب الحصول فيها على إذن، وكذلك أعمال التصرف تنقيد باذن المجلس (استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٦، جازيت ٦ ص ١١٨ نمرة ٣٥٩)، وكذلك الصالح (استئناف مختلط في ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩)، ووفاء الديون (استئناف مختلط في ٩ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ٦٥ نمرة ٧٢)، وفي الاستدانة (محكمة مصر الكلية الأهلية في ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩١ حقوق ٦ ص ٣٢٧). والعقود التي لا يستطيع القيم مباشرتها دون إذن لا يستطيع إجازتها إذا باشرها المحجور، بل يجب على القيم أن يلجأ إلى القضاء لإبطال عقود محجوره، كما أن عقود المحبزة تكون باطلة، ويلزم المحجور برد ما حصل عليه من المنفعة بسببها (محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ حقوق ٢٠ ص ١٢٩) — هذا ولا تعتبر سلطة القيم على المحجور عليه نهائية وتصرفاته نافذة، بمجرد تقرير المجلس الحسبي الابتدائي الحجر وتعيين القيم، بل تكون تلك التصرفات باطلة إذا ألغى المجلس الحسبي العالي قرار الحجر (محكمة طنطا الكلية الأهلية في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ١٣٢).

والمقد الصادر من القيم يسرى على المحجور عليه، ولو لم يكن ثابت التاريخ، ويلتزم به القيم اللاحق، إلا إذا ثبت أن العقد قد صدر من القيم السابق بعد انتهاء قوامته، وبناءً على الغش، فيصح إذا القيم الجديد أن يعترض على تنفيذ حكم غيابي صدر ضد المحجور، إذا تبين من الظروف أن تاريخ موافقة القيم السابق على هذا الحكم الغيابي قد قدم عمداً، وأن الحكم الغيابي قد سقط في الواقع لمضي المدة القانونية دون أن ينفذ (محكمة الاستئناف المختلط في ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٥، جازيت ٢٠ ص ٦٥ نمرة ٧٢).

(٢) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١٥٠ — ٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٠٢ — محكمة الاسكندرية الكلية المختلطة في ٢ يونيو سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٨٠ نمرة ٣٨٥، وقد قضت محكمة الاستئناف ==

واستثنت وصية السفه في سبل الخير^(١)، ووقفه على نفسه وأولاده من بعده . ولا يحجر على السفه البالغ في التصرفات التي لا تحمل الفسخ ولا يبطلها الهزل، كالنكاح والطلاق والعناق، وينفق على من تجب عليه نفقتهم، وتزول عنه ولاية الأب أو الجد^(٢).

والتصرفات التي صدرت من السفه قبل توقيع الحجر عليه تكون صحيحة إلا إذا أثبت من يتمسك بالبطلان أنها صدرت توقعا لقرار الحجر، وتواطؤا مع الغير للفرار من أثر هذا القرار^(٣).

= الأهلية بأنه إذا باع محجور عليه بعد توقيع الحجر، فيعنه باطل، ولا مجال للتفريق بين ما إذا كان البيع يعود عليه بالنفع أم لا (١٢ يونيو سنة ١٩١٦ مج ١٨/٩٤ ص ١٥ — الشرائع ٤٤/٥٥٤ ص ٢٢٩ انظر أيضا محكمة أسبوط في ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٠١ مج ٤/٦٥٤ ص ١٤٩ حقوق ١٨ ص ١٦٥) . ورفع الدعوى على المحجور عليه بعد الحجر مخالف للقواعد القانونية، واعترافه إذ ذاك أمام المحكمة بدين لا يعتبر قانونا، لكونه صادرا منه في وقت لم يكن فيه مطلق التصرف، ولا يفيد ادعاء الدائن أن الدين نشأ قبل الحجر، إلا إذا ثبت ذلك بالطرق القانونية (محكمة قنا الكلية الأهلية في ٨ أغسطس سنة ١٨٩٨ القضاء ٥ ص ٣٧٤ — استئناف مختلط في ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٣) .

وقد يباشر المحجور بنفسه عقدا لا تجوز له مباشرة، وبقدّم تاريخه العرفي الى وقت لم يكن فيه محجورا، أو يؤخر التاريخ الى وقت رفع فيه عنه الحجر . وقد انقسمت المحاكم المصرية في هذه المسألة، فالبعض يذهب الى أن التاريخ العرفي في هذه الحالة لا يعمل به، ولا بد من تاريخ رسمي ثابت، ولا يكلف المحجور ولا قيمه باثبات أن العقد قد قُدم أو أن تاريخه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٠٦ — مجلة ٣١٢ استئناف أسبوط الأهلية ٢١ سبتمبر سنة ١٩٢٧ محاماة ٨ ص ٣ رقم ٣٣٠ — محكمة قنا الكلية الأهلية ١٦ يناير سنة ١٩٢٦ محاماة ٧ ص ٤٣ رقم ٢٥ — انظر أيضا أبو هيف بك فقرة ٣٦٣ ص ٤٤٢) . وذهب البعض الآخر الى أن المحجور والقيم، وهو نائب المحجور، لا يعتبران من الغير، فيسرى في حقهما التاريخ العرفي، ولكن يجوز للقيم، كما يجوز للمحجور نفسه، إذا زالت عنه أسباب الحجر، أن يظعن في صحة هذا التاريخ العرفي، إلا أن عبء الاثبات يقع على عاتق القيم أو المحجور، فلهما إقامة الدليل، بكافة الطرق القانونية، بما فيها البينة والقرائن، على وقوع الغش في تاريخ العقد، بتقديمه أو تأخيره (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ — محكمة استئناف الأهلية في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ مج ٢٩ عدد ١٤٥ — انظر أيضا نشات بك في الاثبات فقرة ١٩٩ — وذهنى بك في الاثبات ١ فقرة ٢٠٤ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٣٢٦ — بلانيول ٢ فقرة ٧٣) . ونحن نميل الى الأخذ بالرأى الثاني، لأنه منطبق على القواعد العمومية، فالمحجور وقيمته ليسا من الغير الذين لا يسرى عليهم إلا التاريخ الثابت، أما الغش المحتمل الحصول فيمكن توقيه بتعيين من يدعيه باثباته بكافة الطرق القانونية، بما فيها البينة والقرائن .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ مايو سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٥٤٦

(٢) م ٤٩٠ من كتاب الأحوال الشخصية .

(٣) المفروض في العقود التي تصدر من السفه، قبل توقيع الحجر عليه أنها صحيحة، لأن السفه ليست له علاقة ظاهرة تلفت نظر الغير حسن النية، بخلاف الجنون والعته، ففي الغالب تظهر بوادرهما قبل الحجر، وتكون لهما علامات ظاهرة لتحذير الناس من التعامل مع المصاب، ولذلك يكون للجبر في هذه الحالة أثر رجعي، بخلاف السفه، فالجبر فيه لا يكون له أثر رجعي في الأصل (انظر في هذا المعنى: استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٩ — =

* ٣٣٥ - زو الففلة - و يلحق بالسفيه ذو الففلة، فيحجر عليه ويختار له قيم تكون له

= ١٩ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٠١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٥٦ - ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٣ - ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٩٥ - ٢٨ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٨٣ - ٢٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٤ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٩ - انظر أيضا محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ١٢ ص ٥١ عدد ٩٤ حقوق ٢٦ ص ٢٤٥ . وهذا الرأي يتفق مع رأي الامام أبي يوسف ، فقد ذهب الى أن الحجر لا يعتبر إلا من تاريخ الحكم به ، فلا يسرى على التصرفات السابقة على الحكم (محكمة طنطا الكلية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣ ص ٣٥٠ رقم ٢٧٤) . أما الامام محمد فمعه أن الحجر لسفه يثبت بقيام السبب نفسه ، لا بحكم القاصر ، ويرجع أثره للتصرفات السابقة على الحجر اذا صدرت والسبب موجود . وقد أخذ بهذا الرأي محكمة أسيوط الكلية الأهلية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ م (محكمة ١ ص ٣٩٤ رقم ٥٧) ، وقد صدرت فتوى شرعية بترجيح قول أبي يوسف ، فقضت أن تصرفات البالغ العاقل السفيه ، قبل الحجر للسفه ، تنفذ على قول الامام أبي يوسف ، ولا تنفذ على قول الامام محمد ، وظاهر كلام الفقهاء ترجيح قول أبي يوسف (فتوى شرعية في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٢٨ م ٦ ص ٨٣ - رقم ٩٤) .

ولكن الذي يؤخذ من مجموع أحكام المحاكم الأهلية والمختلطة أنه ، وإن كان الأصل أن تصرفات السفيه الصادرة قبل الحجر صحيحة ، إلا أنه اذا ثبت أن السفيه قد تواطأ مع من تصرف اليه ، توقعا للحجر عليه ، وفرارا من أثر هذا الحجر ، فلا يمكن القول إذا أن الغير حسن النية ، ويكون العقد الصادر من السفيه باطلا للعش والتواطؤ . وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن المادة ٤٨٩ من كتاب الأحوال الشخصية صريحة في اعتبار تصرفات المحجور عليه للسفه قبل صدور قرار الحجر صحيحة ، إلا اذا ثبت أن تصرفات الشخص المطلوب الحجر عليه قد حصلت وقت قيام دعوى الحجر ، وكانت قد حصلت بسوء نية ، أو بطريق التواطؤ بينه وبين من تعاقد معه ، لاسيما اذا كان هذا الأخير قد استعمل مكره ودهاءه لاستكساب المحجور عقودا يما يريد ، منهزا فرصة النقص في تجاربه واندفاعه في الشهوات والتبذير ، فيعتبر التصرف باطلا لحماية للفلول الحجر عليه من جهة ، ويكون لطلب الحجر فائده من جهة أخرى (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٨ ص ٤٥ رقم ٢٢ م ٢٨ رقم ٧٢) . وقضت محكمة استئناف أسيوط الأهلية بأنه وإن كانت قرارات الحجر للسفه ليس لها أثر رجعي ، إلا أنه اذا ثبت أن التصرفات الصادرة من المحجور عليه قبل قرار الحجر نتيجة غش وتواطؤ ، أو ثبت أن المتعاقد مع السفيه كان يعلم بأن اجراءات تجرى لتوقيع الحجر ، فلا حماية في القانون لمثل هذا التعاقد ، ويجب إلغاء تصرف السفيه (١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ١٢ ص ٦٣٣ رقم ٣٢٣) ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تصرفات السفيه قبل الحجر عليه يجوز ابطالها ، إما لأنها وقعت غشا بفرض تعطيل الحماية التي يعطيها القانون للسفيه ، وإما لأنها تمت تحت تأثير إكراه أدبي (٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٢) . وحكمت أخيرا محكمة النقض المدنية الأهلية بما يؤيد هذا المبدأ ، فقضت بأن لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه ، حتى مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر عليه ، متى تبين من ظروف هذا التصرف وملابساته ، أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والاجراءات الجارية لتوقيع الحجر عليه ، وأنه على الرغم من ذلك تواطأ معه على إيقاع هذا التصرف له ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ به من القرائن التي أفنتها بحصول هذا التواطؤ تحيلا على القانون (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ١٩٣٢ ص ٤٨٧ - ص ٤٩٢) ، وهذا الحكم صدر مؤيدا للحكم محكمة استئناف أسيوط المشار اليه ، وجاء في حثياته ما يأتي : ومن حيث أن الحكم المطعون فيه لم يبن على حكم انعطاف قرار الحجر الى وقت تقديم طلبه للجلس الحسي ، وانما بنى على ما تبينته محكمة الاستئناف من ظروف الدعوى وأحوالها ، التي أفنتها بأن الطاعن كان يعلم سفه المحجور عليه ، ومبلغ الاجراءات الجارية بشأن الحجر عليه أمام المجلس الحسي ، وأنه بالرغم من ذلك قد تواطأ =

(١) ولاية القيم على السفينة، وأهلية الأداء عند ذى الغفلة كأهلية الأداء عند السفينة.

٣٣٦ - المفقود - أى الغائب، وهو من يختفى بحيث لا يعرف إن

= مع المحجور عليه دلى ايقاع البيع له فى كل ما يملكه المحجور عليه، ومن حيث أنه لا خطأ فى هذا النظر، لأن القانون لا يحمى النفس ولا التواطؤ ولا التحيل على القانون، وكل ما يقع من ذلك يجب أن يكون باطلاً الخ... ومن ذلك نرى أن محكمة النقض بنت الحكم لا على أن لقرار الجرح للسفينة أثراً رجعياً، فانه ليس له هذا الأثر، وفقاً لرأى الامام أبى يوسف، وهو الرأى الراجح فى المذهب، بل على تطبيق القواعد العامة، وهذه تقضى بأن النفس يبطل العقود. (انظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة اسكندرية الكلية الأهلية فى ١٨ فبراير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٣٤).

وقد صدرت أحكام كثيرة أخرى، من المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة، تؤيد المبدأ المتقدم، وتبطل تصرفات السفينة السابقة على الجرح، اذا وقعت غشاً وتواطؤاً، أو كانت صورية. ومن هذه الأحكام: محكمة استئناف مصر الأهلية ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٥٦، حقوق ١٢ ص ١٢٤ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٢١، ١١٧ - ١٤ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ ص ٩٧٤، ٣٤١ - ١١ يونيو سنة ١٩١٨ الشرائع ٦ ص ٦٤، ٤٦ - حقوق ٣٤ ص ١٠٧، ١٠٧ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ بج ٢٥ عدد ٦٥ - محكمة قنا الكلية الأهلية فى ٨ أغسطس سنة ١٨٩٨ القضاء ٥ ص ٣٧٤ - حكم آخر فى ١٦ يناير سنة ١٩٢٦ بمحاكمة ٧ ص ٤٣ رقم ٢٥ - محكمة الاستئناف المختلطة ١١ مايو سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٨ ص ١٣٩ - ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩١ - ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٩٥ - ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٧٢ نمرة ١٨٥ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٥٩ جازيت ١٩ ص ١٤٩ نمرة ١٣٨ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ جازيت ٢٢ ص ٢٢٨ نمرة ٢٦٢ - محكمة اسكندرية الكلية التجارية المختلطة فى ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ١٧ (ومن الأدلة على النفس فى هذه القضية أن المتعاقدين احتاطوا احتياطاً غير مألوف، فأثبتنا تاريخ كيبالة صدرت قبل الجرح) محكمة مصر الكلية المختلطة فى ١٥ مارس سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٠٩ نمرة ٢٩٢ - محكمة مصر الكلية التجارية فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ١٤٦ نمرة ١٣٤ - ولكن الأحكام التى حازت قوة الشيء المحكوم فيه قبل توقيع الجرح تبقى بحته، ولا يجوز الطعن فيها (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٠ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٣). (١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط الأهلية بأن حكم تصرفات ذى الغفلة حكم تصرفات السفينة، فالسابقة منها على الجرح نافذة، واللاحقة باطلة.

واذا لم تثبت الغفلة على الشخص فلا يجوز الجرح عليه، ولكن هذا لا يمنع من النظر الى ضعف تفكيره فى تقدير ما عسى أن يقع فيه من الغلط أو الدليس فى العقود التى يبرمها، فيكون رضاؤه مشوباً بعيب يجعل العقد باطلاً، وإن كان البطالان لا يرجع الى نقص الأهلية (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣).

ولا يجوز الجرح على كل من يدعى الغفلة، لأن الشخص قد يتصنع المرض والغفلة، وليس هو بذى الغفلة حقاً، ولا بالمرض حقاً، إلا ما يكون به من أثر اشبهوخة، وكان تصنعه مقصوداً به استمرار الجرح عليه، حتى يتخذ هو وذووه الجرح ذريعة للطعن فى عقود صدرت منه (المجلس الحسى العالى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ بمحكمة ١١ ص ٦١٤ رقم ٣٠٨). والجرح من النظام العام، فرضاء الشخص بتوقيع الجرح عليه لا أهمية له، ولا يلتفت إليه، مادام لا يوجد سبب للجرح (المجلس الحسى العالى ٢٧ يونيو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ عدد ٢٣٢ ص ٦٢٥).

كان حيا أو ميتا ، يقيم له المجلس الحسبي ويكلا عنه يكون بمثابة القيم على المحجور. أما الغائب نفسه فيعتبر حيا في حق الأحكام التي تضره ، وهي التي تتوقف على ثبوت موته ، فلا يتزوج عرسه أحد ، ولا يفرق بينه وبين عرسه ولو بعد مضي أربع سنين قبل ظهور الحال ، ولا يقسم ماله على ورثته . ويعتبر ميتا في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره ، وهي المتوقفة على ثبوت حياته ، فلا يرث من غيره ، ولا يحكم باستحقاقه للوصية ، بل يوقف نصيبه في الارث وقسطه في الوصية الى ظهور حياته أو الحكم بوفاته^(٢) . ويحكم بوفاة المفقود اذا انقرضت أقرانه في بلدته ، فان تعذر الفحص عن الأقران ، وحكم القاضي بموته بعد مضي تسعين سنة من حين ولادته ، صح حكمه . ومتى حكم بموت المفقود ، يقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته ، ويرد القسط الموقوف له الى من يرث موزنه عند موت هذا المورث ، ويرد الموصى له به الى ورثة الموصى ، وتمتد عند ذلك زوجته عدة الوفاة ، وتحل للأزواج بعد انقضائها . واذا علمت حياة المفقود ، أو حضر حيا في وقت من الأوقات ،

(١) وقد قضى المجلس الحسبي المال بأنه يعتبر غائبا غيبة متقطعة ، الرجل الذي يخفى بغاة ، يترك زوجته وأولاده بغير وكيل ، ثم تمضي على ذلك سنتان بدون أن يرسل لهم شيئا من أخباره ، وبدون أن يعرف أحد مقره ، لأن مثل هذا الشخص لا تعلم حياته ولا وفاته ، ولا يدري أحد مكانه ، وهذا هو تعريف المفقود طبقا للمادة ٥٧١ من كتاب الأحوال الشخصية (٢٧ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ عدد ٢٩٧ ص ١٥٥) وقضى أيضا بأن الغائب شرعا هو المفقود الذي انقطعت أخباره ، ولا يعلم مكانه ، ولا تعرف حياته أو مماته ، فلا يصح أن يعتبر في حكم الغائب الشرعي الشخص الموجود في بلاد بعيدة ، المعلوم أنه بها حي يرزق (٢٩ مارس سنة ١٩١٦ حقوق ٣١ ص ١٣٨) .

(٢) وعمل وكيل الغائب هو أن يحفظ مال الغائب ، ويقوم عليه ، ويستوفي حقه ، أي يقبض غلاته ، والدین الذي أقر به غريم من غرمائه ، لأنه من باب الحفظ ، ويخامم في دين وجب بعقده (أي بعقد القيم) لأنه أصيب في حقوقه ، ولا يخامم في الدين الذي تولاه المفقود ، ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل ، لأنه ليس بمالك ولا نائب عن المالك ، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي . وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف (محكمة شين الكوم الجزئية ١٩ يناير سنة ١٩٠٢ حقوق ١٧ ص ٢٩) .

أما من حيث تمثيل الوكيل للغائب في الدعاوى ، فقد قضت محكمة أسبوط بأن قبول القيم على الغائب خصما عنه موكل لرأى القاضي ، بحسب ظروف الدعوى ووقائعها ، فله أن يقضى بجواز الخصومة متى رأى فيها مصلحة الغائب وصيانة حقوقه (٢٧ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ٥٥) ، وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية بجواز أن يكون الوكيل عن الغائب خصما ، مدعى ومدعى عليه ، فيما يتعلق بما لمحجوره من الحقوق قبل الغير (١١ يونيو سنة ١٨٩٨ حقوق ١ ص ٣٨٣) . وقضت محكمة الزنازيق الأهلية بضرورة أخذ إذن من المحكمة الشرعية ، اذا أراد وكيل الغائب رفع دعوى باسمه (٢٩ أبريل سنة ١٩١٨ مج ٢١ عدد ٦٩ ص ١١٤) ، ثم قضت محكمة سوهاج الجزئية الأهلية بأن الوكيل عن الغائب يأخذ إذا صرح بها من المحكمة الشرعية ، في الدعاوى من الأعمال التي تمت من جهة الغائب ، ولا يحتاج لاذن في الأعمال التي تمت من جهته (٩ ديسمبر سنة ١٩١٩ مج ٢١ عدد ١١١ ص ٧٦) .

فانه يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه ، فان عاد حيا بعد الحكم عليه بموته ، فالباقى من ماله فى أيدى ورثته يكون له ، ولا يطالب أحدا منهم بما ذهب ^(١) .

وغنى عن البيان انه اذا ثبت أن المفقود حى ، فان أهلية الوجوب وأهلية الأداء تكونان متوافرتين عنده كاملتين ، اذا كان بالغاً سنّ الرشد ، ولم يلحقه عارض من عوارض الأهلية ^(٢) .

٣٣٧ - المحكوم عليه بعقوبة جنائية - وتقضى المادتان ٣٩/٢٥ من قانون العقوبات بأن المحكوم عليه بعقوبة جنائية ^(٣) يكون محجورا عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويعين قيا تصدق عليه المحكمة ، أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية الواقع فى دائرتها محل اقامته اذا لم يعينه هو . ويتولى القيم ادارة ماله ^(٤) . ولا يباشر المحكوم عليه وحده من أعمال التصرف إلا الوصية والوقف ، أما أعمال التصرف الأخرى فلا بد فيها من اذن المحكمة المدنية ، وإلا كانت باطلة ^(٥) .

(١) انظر ٥٧٧ م - ٥٨٠ م من كتاب الأحوال الشخصية .

(٢) انظر أيضا فى هذا الموضوع فتحى زغلول فى القانون المدنى ص ٣٨ - ص ٤١

(٣) وقد قضت محكمة الزناز بق النكية الأهلية بأنه لا تنطبق أحكام المادة ٢٥ من قانون العقوبات ، الخاصة بتعيين قيم لادارة أموال الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبات جنائية ، إلا اذا كانت الأحكام التى حكم بها عليهم صدرت من المحاكم الأهلية ، طبقا لقانون العقوبات الأهل ، وعلى ذلك اذا حكم مجلس عسكرى بعقاب شخص لمخالفته القوانين العسكرية ، فلا يجوز للمحاكم الأهلية أن تعين له قيا ، عملا بالمادة المذكورة (٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ مج ٢١ نمرة ١٠٨) .

(٤) وقد جاء فى شرح القانون المدنى لفتحى زغلول ما يأتى : " والقيم تابع للمحكمة فى كل ما يتعلق بقيامته ، فهى تقوم مقام المجلس الحسبى ، وجميع الواجبات والاجراءات المفروضة على القيم فى مصلحة المحجور عليه ، تكون تحت ملاحظتها ، فيجوز لها أن تكلفه بالضمان ، وأن تكشف على أعماله بمن تتدبه لذلك متى شئت ، والرخص اللازمة للقيم لمباشرة بعض الأعمال تصدر له منها ، وحى التى تقدر أجره ... " وتقضى الولاية القضائية بأحد الأسباب التى تقضى بها الولاية الحسبية ، ويرتب على تلك ما يترتب على هذه سواء بسواء (ص ٣٧ - ص ٣٨) . وقد قضى المجلس الحسبى العالى تأييدا لذلك ، بأن القيم الذى تعينه المحكمة لادارة أموال شخص محكوم عليه يكون تابعا لها فى جميع ما يتعلق بقوامته ، وعلى ذلك فلا يكون المجلس الحسبى مختصا بالترخيص ببيع عقار مملوك لمحكوم عليه لسداد ديونه (٣٠ يناير سنة ١٩١٢ مج ٢١ عدد ١٠٠) ، ولا يجوز للقيم أن يباشر البيع دون ترخيص من المحكمة ، إلا كانت البيع باطلا (ملوى الجزئية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٠٦ مج ٨ عدد ٢١) ، وقد قضت محكمة استئناف أسيوط الأهلية بأن القيم لا يخرج عن اعتباره ويكلا يقوم بادارة أموال محجوره ، فلا يملك بمقتضى القواعد العمومية عزل نفسه فى وقت غير لائق ، فاذا خوصم واستمرت الخصومة زمنا ، ثم استقال بقصد تعطيل سير الدعوى ، كان تنازله حاصلا فى وقت غير لائق ، وجاز للمحكمة اعتباره فيما تصح الخصومة فى وجهه (٢ يونيو سنة ١٩٢٧ محاماة ٨ ص ٥٠ رقم ١٢٩) .

(٥) وقد جاء فى شرح القانون المدنى لفتحى زغلول ما يأتى : " ومع ذلك يجوز للمحكوم عليه أن يوصى وأن يقف بلا إذن ، أما التصرفات الأخرى ، كالبيع والشراء والرهن والهبة والمعاوضة ، فلا تجوز له إلا باذن من المحكمة . ويتبين =

الفرع الثانى - عيوب الرضاء

(Vices du Consentement)

* ٣٣٨ - النصوص القانونية : الرضاء غير الموجد والرضاء المعيب - نصت المادتان ١٣٣/١٩٣ من القانون المصرى على أنه لا يكون الرضاء صحيحا، اذا وقع عن غلط أو حصل باكره أو تدليس .

ونصت المادة ١١٠٩ من القانون الفرنسى على أنه لا يوجد رضاء صحيح اذا لم يصدر هذا الرضاء إلا عن غلط، أو كان قد انتزع بالاكره، أو دفع اليه بالتدليس .

فالعيوب التى تشوب الرضاء، فتجعله غير صحيح ، وتوجب بطلان العقد^(١) (بطلانا نسبيا على النحو الذى سنفصله فيما بعد) هى الغلط والتدليس والاكره، يضاف اليها الغبن، فهو يؤثر فى صحة العقد فى أحوال معينة (م ٤١٩/٣٣٦ من القانون المصرى وم ١١١٨ من القانون الفرنسى). على أنه يلاحظ أن الغبن هو عيب مادى فى العقد، أكثر منه عيبا نفسيا فى الرضاء، وستوضح ذلك عند الكلام على الغبن .

ولا بد من التمييز بين رضاء معيب ورضاء غير موجد. فالرضاء المعيب هو رضاء موجد، ولكنه رضاء صدر من شخص غير حر فى رضائه ، أو على غير بينة من أمره . أما الرضاء غير

= من ذلك أن عدم أهلية المحكوم عليه أخف من عدم أهلية القاصر والسفيه ، من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص ، سببها اعتقال رب المال ، فلا هو قليل الخبرة ، ولا ضعيف العقل ، ولا هو غائب ، ولهذا يحترم رأيه غالبا فى إدارة أعماله ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات" (ص ٣٧ - ٣٨) .

واذا وقع من المحكوم عليه تصرف دون إذن المحكمة ، كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا ، ويعتبر هذا البطلان من النظام العام ، وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها . وكل تصرف تلا هذا التصرف الباطل ، وبغى عليه ، يعتبر باطلا كذلك (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٧ جازيت ٦ ص ٧١ نمرة ٢١٧) .

ولا يكون المحكوم عليه أهلا للتقاضى ، سواء كان مدعى أو مدعى عليه ، فالدعوى المدنية التى يرفعها المحنى عليه تنبؤ بض الضرر الذى أصابه من الجناية التى ارتكبها المذنب ، يجب أن ترفع على القيم ، وكذا كل إجراء يتخذ ضد المذنب ، فى أثناء تنفيذ العقوبة المحكوم بها ، وإلا كانت الاجراءات باطلة . والبطلان الذى يعيب مثل هذه الاجراءات متعلق بالنظام العام ، لأنه مبنى على مخالفة نص صريح فى قانون العقوبات ، وهادم لأساس اجراءات نزع الملكية ، فلا يزيله حضور أحد الخصوم فى الجلسة (فاقوس الجزئية الأدلية فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٢٥ محاكمة ٦ ص ٢٧١ رقم ٢٠٦) .

(١) كما توجب بطلان العمل القانونى الصادر من جانب واحد ، كإجازة الوصية ، أو إجازة العقد الباطل (انظر بودرى وبارد ١ نقرة ٤٩ ومع ذلك انظر نقرة ١١٣ من المرجع ذاته) .

الموجود فمجزء مظهر خارجى يؤهم وجود الرضاء . فما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر رضاء ، إذ أن أحدا من هؤلاء لا يعقل ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة ، تصدر دون قصد ، لا تكون رضاء ، ولو صدرت من شخص عاقل^(١) .

ويقضى المنطق القانونى بأن العقد الذى يكون فيه رضاء أحد الطرفين معدوما يكون عقدا باطلا بطلانا مطلقا ، أو عقدا منعدما . ويترب على ذلك أن من يتمسك ببطلان العقد فى هذه الحالة هو كل شخص يهه التمسك بالبطلان ، سواء كان هو الطرف معدوم الرضاء ، أو الطرف الآخر الذى صدر منه رضاء صحيح ، أو أى شخص آخر^(٢) .

٣٣٩ - الوجهة المادية والوجهة النفسية فى عيوب الرضاء - ويمكن النظر الى عيوب الرضاء من ناحية مادية (objectif) ، فتكون العبرة فى الغلط بطبيعة الشئ المادية التى وقع الغلط فيها ، والعبرة فى التدليس بالوسائل المادية التى أوقعت فى الغش ، وما ينبغى أن يكون لهذه الوسائل من أثر ، لا فى نفس المتعاقد بالذات ، بل فى نفس الرجل العادى ، والعبرة فى الاكراه بالوسائل المادية التى استعملت للاكراه ومبلغ أثرها فى نفس الرجل العادى ، والعبرة فى الغبن بالقدر المادى للغبن .

كما يمكن النظر الى هذه العيوب من ناحية نفسية (subjectif) ، فتكون العبرة فى الغلط بما اتجهت له نية المتعاقدين من صفات يعتبر انها أساسية فى الشئ المعقود عليه ، والعبرة فى التدليس بما قام بنفس المتعاقد من وهم من جراء الغش ، والعبرة فى الاكراه بحالة المكره النفسية التى حملته على الرضاء ، والعبرة فى الغبن بما يكون قد دفع اليه من اكراه أو غلط أو تدليس .

وهناك من القوانين ما يأخذ بالناحية المادية ، كالقوانين الألمانية والانجليزية ، وتكون العيوب فى هذه القوانين عيوباً فى العقد (vices du contrat) لا فى الرضاء ، ومنها ما يأخذ

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٧٢

(٢) وهذه النتيجة ، وإن كانت منطقية ، إلا أنها غير عادلة ، لأنها تجعل الطرف الذى صدر منه رضاء صحيح يستطيع أن يتمسك بالبطلان . وهذا ما حل بعض الفقهاء على أن يجعلوا البطلان فى هذه الحالة نسبيا ، لا يتمسك به إلا الطرف المعدوم الرضاء ، وله أن يجيز البطلان ، وتسقط دعوى البطلان بمضى المدة القانونية ، على التفصيل الذى سيورد عند الكلام على البطلان النسبى (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٧٣) .

بالناحية النفسية ، كالقوانين اللاتينية والقانون المصري ، وتكون العيوب إذاً عيوباً في الرضا ،
(vices du consentement) لا في العقد^(١) . غير أن الغبن لا يماشى سائر العيوب من هذه
الناحية ، فالقوانين الجرمانية التي تأخذ بالوجهة المادية في عيوب العقد تأخذ بالوجهة النفسية
في الغبن . أما القوانين اللاتينية فعلى العكس من ذلك ، تأخذ بالوجهة المادية في الغبن ،
وبالوجهة النفسية في العيوب الأخرى^(٢) .

٣٤٠ - اتصال نظرية عيوب الرضا بنظرية سلطان الإرادة - وتصل

نظرية عيوب الرضا اتصالاً وثيقاً بنظرية سلطان الإرادة وبمذهب الفردية (individualisme)
فإرادة الفرد ، ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها ، يجب أن تكون
على هدى واختيار ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة ،
فلا يكون لها سلطان كامل^(٣) . وإذا وجب ترك الفرد حراً في نشاطه القانوني ، فلا يجب
الوقوف عند العوامل الاقتصادية المختلفة التي تخلق فروقاً بين الفرد والفرد ، بل تجب مجاوزة
هذه الفروق غير المستقرة ، فإن المساواة المطلقة بين المتعاقدين لا يمكن تحقيقها^(٤) . ثم يؤخذ
الفرد بما صدر منه من إرادة ، على أن تكون هذه الإرادة صحيحة ، ولا تقف من عيوبها
إلا عند تلك التي يمكن ضبطها والتثبت منها ، فنوفق بذلك ما بين إرادة المتعاقدين وما تقتضيه
المعاملات القانونية من الثبات والاستقرار^(٥) .

(١) انظر مذكرات ليفي أولمان "نظرية الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين" ص ٣٦٨ ، ونلاحظ
أن القوانين الجرمانية لا تزال محتفظة بنظرتها المادية — هنا كما في النظرة العامة للالتزام والنظرة العامة للعقد —
والقوانين اللاتينية لا تزال مستبقة لنظرتها الشخصية . وفي عيوب الرضا بنوع خاص تطوّر القوانين اللاتينية ، ومعها
القانون المصري ، تطوّراً سريعاً في اتجاه النظرة الشخصية . ولوحظ كذلك أن هذه العيوب صارت ، في تطوّرها
الحديث ، لا تتصل بالإرادة ذاتها أكثر من اتصالها بالغرض المقصود من التعاقد (ديموج ١ فقرة ٢١٧ ص ٣٥٨) .
(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن الغلط والتدليس تغلب فيهما النظرة النفسية ، والإكراه والغبن تغلب فيهما النظرة
المادية (ديموج ١ فقرة ٢٠٦ مكررة) .

(٣) ريبير «القاعدة الخلقية في الالتزامات» فقرة ٤١

(٤) انظر في هذا المعنى ريبير «القاعدة الخلقية» فقرة ٤٠

(٥) ديموج ١ فقرة ٢١٧ ، وانظر في أن نظرية عيوب الرضا مجال لوجوب التوفيق بين احترام إرادة الفرد من جهة ،
وثنات المعاملات واستقرارها من جهة أخرى ، إلى مذكرات الأستاذ ليفي أولمان في «الالتزامات في الربع الأول
من القرن العشرين» ص ٣٦٩ — ص ٣٧٠

وتتصل نظرية عيوب الرضاء أخيرا بالأخلاق، فإن الارادة المعيبة ليست ارادة غير صحيحة فحسب، بل أن العدالة تقضى بأن العيب الذي يشوب الارادة يكون محل اعتبار في الأثر القانوني الذي تولده هذه الارادة^(١).

* ٣٤١ — ونتولى الآن بحث عيوب الارادة بالتعاقب : الغلط، فالتدليس، فالاكراه، فالغبين.

المبحث الأول — الغلط^(*)

(Erreur)

* ٣٤٢ — النصوص القانونية — نصت المادتان ١٣٤/١٩٤ على أن الغلط موجب لبطلان الرضاء، متى كان واقعا في أصل الموضوع المعتبر في العقد (وفي النص الفرنسي للقانون المصري : متى كان واقعا في الناحية الرئيسية التي كانت محل اعتبار في الشيء عند التعاقد : Le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat).

ونصت المادة ١١١٠ من القانون الفرنسي على أن الغلط لا يكون سببا في بطلان العقد إلا اذا وقع من الشيء موضوع العقد على مادته ذاتها، وليس بسبب في البطلان اذا لم يقع إلا على الشخص الذي قصد التعاقد معه، ما لم يكن اعتبار شخصيته هو السبب الرئيسي للتعاقد. والغلط حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع^(٢). وهو بهذا التعريف يعيب الارادة،

(١) انظر في هذا الموضوع ريبير «القاعدة الخلقية» فقرة ٤٢ وما بعدها، وقرة ٤٩ بنوع خاص.

* المراجع : جومران في الباعث في الأعمال القانونية فقرة ٣٠ وما بعدها — فييني (Fubini) مقاله في مجلة القانون المدني ريع السنوية سنة ١٩٠٢ ص ٣٠١ — ص ٣٣٢ — جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ ص ١١٥ — الرسائل : سليس (Celice) باريس سنة ١٩٢٢ — جودفروي (Goudefroy) باريس سنة ١٩٢٥ — موتون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ — فهمي نورليون سنة ١٩٢٦

(٢) والغلط الذي نعنيه هنا هو الغلط الذي يقع وقت تكون الارادة (erreur sur la formation ou le contenu de la volonté). وقد لا يكون هناك غلط وقت تكون الارادة، ولكن يقع الغلط وقت التعبير عن الإرادة (بالتخاذ مظهر خاطئ من مظاهر التعبير) وهذا ما يسمى بالغلط في التعبير (erreur d'expression)، أو وقت قلها (فتنقل على غير وجهها) وهذا هو الغلط في النقل (erreur de transmission)، أو في تفسيرها (يفهمها من توجهت اليه على غير حقيقتها) وهذا هو الغلط في التفسير (erreur d'interprétation). ونحن لا يعنينا من هذا إلا الغلط في تكون الارادة. أما الغلط في التعبير أو النقل أو التفسير فقد سبق الكلام عليه في مواضع مختلفة. والفرق =

إذ يجعلها تنجبه على غير هدى . وقد كان يتغير اتجاهها لو أن صاحبها كان على بينة من الأمر ،
ومن هنا كان للغلط أثر في صحة العقد ^(١) .

= بين النوع الأول من الغلط (وهو الغلط في تكون الإرادة) والنوع الثاني (وهو الغلط في التعبير أو النقل أو التفسير) أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الثاني لحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة (انظر في هذا الموضوع سالي : إعلان الإرادة ص ١٤ — ديوج ١ فقرة ٢١٩ و فقرة ٢٦٠ و فقرة ٢٦٣ — بلانيول و ريبير و اسمان ١ فقرة ١٩٠) .

ومن قبيل الغلط من النوع الثاني الغلط المادى في أرقام الحساب . وقد نصت المادتان ٥٣٦/٦٥٨ على أنه يجب تصحيح الغلط في أرقام الحساب (في عقد الصلح) انظر أيضا المادة ٢٠٥٨ من القانون المدني الفرنسي . ويقاس على عقد الصلح سائر العقود (انظر المادة ٢٤ الفقرة الأخيرة من قانون الالتزامات السويسرى . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يكون لكل من المتعاقدين ، في حالة وقوع خطأ في الحساب ، الحق في طلب تصحيح هذا الخطأ ، والرجوع على الطرف الآخر بقيمته ، طبقا للمادة ١٤٥ التى نصت على أن كل من أخذ شيئا بغير استحقاق وجب عليه رده ، (أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ١٦١٤ ص ١٣٩) ، وتقضى المحاكم المختلطة بأن مراجعة الحساب بعد الموافقة عليه لا تجوز إلا لغلط مادى في الأرقام أو تزوير أو حذف أو تكرار (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مارس سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ٢٣٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٨ — ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٧ — ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٤ — ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧٩ — ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٩ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥١ — ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣١٨ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦) . وعلى من يدعى هذا الغلط أن يثبت ذلك ، ولما كان المطلوب منه أن يثبت واقعة مادية ، وجب أن يكون الغلط الذى يدعى وقوعه محددا غير مبهم ، ولا يكتفى بادعاء غامض لا يقع على شيء معين (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٨ — ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ٢٨ ص ٢٧٧ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢١ — ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — ٨ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٤) . فلا يقبل من ورقة المدين ، في حساب جار لم يعترض عليه موثرهم في حياته ، طلب مراجعة هذا الحساب ، دون أن يتقدموا بالظن في شيء معين (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٧٧) . ولكن اذا تمسك المدعى بوقوع غلط مادى أو حذف أو اضافة ، فلا يمنع من تحقيق دعواه أن الطرف الآخر قد تنازل عن جزء كبير من الدين ، وأن مستندات الحساب قد ألغيت ، ما دام لم يثبت أن الموافقة على الحساب لم تكن في الواقع إلا صلحا بين الطرفين (محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧٩) . (انظر في موضوع الغلط في الحساب بودرى و بارد ١ فقرة ٧١ ص ١١٣ — بلانيول و ريبير و اسمان ١ فقرة ١٩٠) . والغلط على العموم واقعة مادية تثبت بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، ويقع عب الإثبات على من يدعى وجود الغلط .

(١) والمنطلق يقضى — اذا تمسنا مع سلطان الإرادة — بأن كل غلط من شأنه أن يوجه الإرادة الى ما لم تكن تنجبه اليه لولا هذا الغلط ، يفسد الإرادة ويبطل العقد . ولكن هناك اعتبارات أخرى ترجع الى وجوب استقرار المعاملات على أساس الثقة المشروعة ، ويظهر أثر ذلك بنوع خاص في اشتراط أن يكون الغلط مشتركا ، أو أن يكون للطرف الآخر عالما بالغلط ، على ما سيأتى (انظر بلانيول و ريبير و اسمان ١ فقرة ١٧٤) . =

والغلط قد يقع في الوقائع (erreur de fait) ، وقد يقع في القانون (erreur de droit) ، وقد يكون غلطا فرديا (erreur unilatérale) أو غلطا مشتركا (erreur commune) .
ونستعرض الآن النظرية التقليدية في الغلط ، ثم ننظر في وجوه نقدها بعد ذلك .

المطلب الأول — النظرية التقليدية في الغلط

تقسيم الغلط الى ثلثة أنواع :

* ٣٤٣ — ورث الفقه الفرنسى التقليدى عن القانون الفرنسى القديم نظرية تقسيم الغلط ، من حيث تأثيره في صحة العقد ، الى ثلاثة أنواع : (١) غلط يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا . (٢) غلط يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا ، لمصلحة العاقد الذى وقع في الغلط . (٣) غلط لا يؤثر في صحة العقد^(١) .

* ٣٤٤ — غلط يبطل العقد بطلانا مطلقا — أما الغلط الذى يعدم الرضاء ، ويجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، فيكون في ثلاث أحوال : (١) غلط في ماهية العقد ، كما اذا أعطى شخص لآخر نقودا على أنها قرض ، وأخذها الآخر على أنها هبة . ففي مثل هذه الحالة لا يكون هناك قرض ولا هبة . وكل من العقدين يكون باطلا بطلانا مطلقا ، أو هو غير موجود ، لأن الغلط قد وقع في ماهية العقد ذاته^(٢) . (٢) غلط في ذاتية محل الالتزام الناشئ

= ويلاحظ أن نظرية الغلط يتسع مداها ، ويكبر شأنها ، في تشرع بأخذ بنظرية الارادة الباطنة كالقوانين اللاتينية . وتضيق وتتحدد في تشرع بأخذ بنظرية الارادة الظاهرة كالقوانين الجرمانية ، وسيتبين ذلك مما يلي .

(١) انظر بوتييه في الالتزامات فقرة ٧٧

أما القانون الرومانى فقد كان الغلط فيه ، اذا أثر في صحة العقد ، يجعله باطلا بطلانا مطلقا ، ولم يكن عنده هذا التدرج من البطلان المطلق الى البطلان النسبى . وكان الغلط يؤثر في صحة العقد ، بل يمنع تكوينه اذا وقع في ماهية العقد أو في ذاتية الشئ ، أو في ذاتية الشخص . ثم وسعت النظرية بعد ذلك الغلط في أداة الشئ . وفي مقداره ، على أن يكون الغلط في كل هذه الأحوال سببا في البطلان المطلق (انظر جيران طبعة سادسة ص ٤٦٩ — ص ٤٧٠ — بنى طبعة ثامنة ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) .

(٢) بوتييه في الالتزامات فقرة ٧٧ — ديرانتون ١٠ فقرة ١١٤ — أوبرى ورو (طبعة خاصة) ٤ ص ٤٨٩ هامش نمرة ١ — ديمولوب ٢٤ فقرة ١٢٥ — لوران ١٥ فقرة ٤٨٤ — هيك ٧ فقرة ٢٠ — بودرى وبارد ١٥٢ فقرة ٥٢ وفي المثل المتقدم يستطيع من أعطى النقود للآخر أن يستردّها منه بدعوى استرداد ما دفع دون حق . =

من العقد، كما إذا أراد شخص شراء كتاب لمؤلف، فباعه التاجر كتابا لمؤلف آخر، وكما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع أحدهما والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى . مثل هذا الغلط يجعل البيع باطلا بطلانا مطلقا، أو بيعا غير موجود، لأن المتعاقدين لم يتوافقا^(١) ارادتهما على شيء واحد . (٣) غلط في سبب الالتزام الناشئ عن العقد، كما إذا اتفق الورثة مع الموصي له على قسمة العين الشائعة بينهم ، حتى يأخذ الموصي له نصيبه مفزرا، ثم يتضح بعد ذلك أن الوصية باطلة، وأن الموصي له لا يملك نصيبا في العين .^(٢)

= انظر في الغلط في ماهية العقد أمثلة عملية مأخوذة من القضاء الفرنسي في رسالة الدكتور فهمي نور في الغلط ليون سنة ١٩٢٦ ص ٢٤ — ص ٣٢، ومن هذه الأمثلة أن شخصا يتعاقد مع شركة تأمين، معتقدا أنها شركة ذات أقساط ثابتة (à primes fixes) فيتبين أنها شركة تأمين تعاونية (soc. d'assur. mutuelle) (محكمة النقض الفرنسية في ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت دي باليه ١٩١٤ — ١ — ٢٢٩ — قارن أيضا محكمة النقض الفرنسية في ٦ مايو سنة ١٨٧٨ دالوز ٨٠ — ١ — ١٢ سيرة ٨٠ — ١ — ١٢٥) .

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٨٧ — لوران ١٥ فقرة ١٨٤ وفقرة ١٨٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٢ وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا فهم أحد المتعاقدين موضوع التعاقد على خلاف ما يريده الآخر، فلا يعتبر أن الرضاء حاصل بينهما، ولا يتعقد العقد (٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ عدد ٤٤٦ ص ٢٨٨)، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بطلان البيع إذا كان المشتري قد قصد شراء قطعة أرض معينة، والبائع لم يقصد أن يبيع إلا جزءا من هذه القطعة وجزءا من قطعة أخرى مجاورة، حتى لو كان مجموع الجزأين يعدل في المساحة القطعة التي قصد المشتري شراؤها، ولم يكن هناك فرق في القيمة بين الشئين . (٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧) . وقد يقع الغلط في محل الالتزام حتى لو كان عملا لا شئيا، كما إذا ركب شخص قطارا وهو يعتقد أنه متجه إلى الناحية التي يريد بها، فإذا به يسير إلى ناحية أخرى (انظر ايموس وارمنجون : مسائل في القانون المدني والتجاري المصري ص ٥٤ مسألة ٨٦) .

(٢) وكما إذا اقتسم أشخاص عينا شائعة واتضح بعد ذلك أن أحدهم لا يملك شئيا في العين (محكمة بروج الاستئنافية في ٩ فبراير سنة ١٩١٢ سيرة ١٩١٧ — ٢ — ١٢١ مع تعليق هيجنيه (Huguency)، أو يملك نصيبا أقل من النصيب الذي أعطى له (بلائيول وريسير وامان ١ فقرة ٢٤٨ هامش ١) . وكما إذا رتب شخص إيرادا طول الحياة على رأس شخص اتضح أنه مات قبل العقد (م ١٩٧٤ من القانون المدني الفرنسي) وانظر أيضا المادة ٥٨٦/٤٨٠ من القانون المدني . ويكون التنازل عن حق باطلا لغلط في السبب، إذا اعتقد المتنازل غلطا أن حقه الذي تنازل عنه لا أساس له (محكمة النقض الفرنسية في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٢٨ — ١ — ١٢٥ — حكم آخر في ٢٨ يناير سنة ١٩١٣ سيرة ١٩١٣ — ١ — ٤٨٧)، وكذلك الاعتراف بحق للغير يكون باطلا لغلط في السبب، إذا اعتقد المعترف غلطا أن هذا الحق موجود (محكمة النقض الفرنسية في ١١ يونيو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٨٦ — محكمة اكس الاستئنافية في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٢٩٥) انظر أيضا في الغلط في السبب : محكمة النقض الفرنسية ٣٠ يولييه سنة ١٨٧٣ سيرة ٧٣ — ١ — ٤٤٨ — حكم آخر ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٥ سيرة ١٩٠٥ — ١ — ٢١٢ — حكم ثالث ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٤٠٧ — حكم رابع أول يولييه سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٢٧ — محكمة باريس الاستئنافية في ١٤ مارس سنة ١٩٢٧ جازيت دي باليه ١٩٢٧ — ٢ — ٣٧

* ٣٤٥ - غلط يبطل العقر بظهورنا نسبيا - والغلط الذى يفسد الرضاء دون أن يعدمه، فيجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا، يكون في حالتين : (١) غلط يقع في مادة الشيء موضوع الالتزام الناشئ من العقد . وهو ما يعبر عنه القانون الفرنسى بالغلط الواقع في مادة الشيء ذاتها (substance même de la chose) . كما إذا اشترى شخص حليا من ذهب ، فتبين أنها من فضة مذهبة ، فالعقد يكون في هذه الحالة باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري ، وهو الذى وقع في الغلط . ولا يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا كما في الحالات المتقدمة ، وسنرى فيما بعد الفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي . (٢) غلط يقع في شخص المتعاقد ، إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد ، كما في عقود التبرع وبعض عقود المعاوضة كالشركة والمزارعة . فاذا وقع غلط في شخص الموهوب له أو الشريك أو المزارع ، كان العقد باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة من كان ضحية لذلك الغلط^(١) .

* ٣٤٦ - غلط لا يؤثر في صحة العقر - ولا يفسد الغلط الرضاء ، فلا يؤثر في صحة العقد ، في غير الأحوال المتقدمة . ويترب على ذلك أن الغلط لا يمنع من صحة العقد في الأحوال الآتية :

(١) في الغلط في وصف غير جوهرى لا يتعلق بمادة الشيء موضوع الالتزام الناشئ من العقد . فاذا باع شخص منزلا لآخر ، وكان المشتري يعتقد وقت الشراء أن الجهة الخالصة الهواء في المنزل هي الجهة البحرية ، واتضح بعد ذلك أنها الجهة الشرقية ، فلا يكون هذا الغلط في أكثر الأحوال سببا في بطلان العقد ، إلا إذا جعل المشتري هذا الأمر شرطا ، فلا يكون العقد باطلا للغلط ، ولكنه يكون قابلا للفسخ لعدم قيام البائع بالتزاماته^(٢) .

(٢) الغلط في قيمة الشيء موضوع الالتزام الناشئ من العقد ، كما إذا باع شخص شيئا

(١) ويضيف بعض الفقهاء حالة ثالثة : الغلط في صحة السبب (أما الغلط في وجود السبب فقد تقدم أنه يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا) مثل ذلك أن يجتد شخص ديناً وهو معتقد أنه دين مدنى ، فاذا به دين طبيعى (أوبرى وروس ٤٩٥ وهامش نمرة ٥ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠) .

(٢) انظر أمثلة أخرى في بودرى وبارد ١ فقرة ٧١ ص ١١١ هامش نمرة ٢ ، وكذلك الغلط في شروط غير جوهرية في العقد لا يؤثر في صحته ، كما إذا باع شخص بضاعة « خالصة الشحن والجرك » ، واتضح بعد ذلك أنه غلط في تقدير قيمة الشحن والجرك (محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ يناير سنة ١٨٧٥ سير ٧٥ - ١ - ٣٦٧)

ثمينا ورثه دون أن يعرف قيمته بثن بنحس . لأن مثل هذا الغلط إنما يؤدي الى غبن أحد المتعاقدين ، والغبن لا يكون سببا في بطلان العقد إلا في حالات معينة سيأتى ذكرها^(١) .

(٣) الغلط في شخص المتعاقد ، إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد ، كما إذا باع تاجر شيئا لأحد عملائه ، وكان يعتقد أنه عميل آخر ، فهذا الغلط لا أثر له في صحة العقد^(٢) .

(٤) الغلط في الباعث على التعاقد ، كأن يشتري شخص مركبة ، معتقدا أن مركبته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام ، ثم يتضح عدم صحة ذلك . وكأن يستأجر موظف منزلا في مدينة ، معتقدا أنه سينقل إليها ، ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل . فالغلط هنا في الباعث ، ولا أثر له في صحة العقد^(٣) ، فإذا جعل أحد المتعاقدين شيئا من هذا ضمن شروط العقد ، اتبع الشرط^(٤) .

المطلب الثاني — نقد النظرية التقليدية — النظرية الحديثة في الغلط

الغلط الفردي والغلط المشترك . الغلط في الوقائع والغلط في القانون

* ٣٤٧ — هذه هي النظرية التقليدية في الغلط ، وقد نقدها كثير من الفقهاء ، وهجرها لفقه والقضاء الى نظرية أخرى حديثة . ونحن ننظر في وجوه النقد ، ثم نستعرض النظرية الحديثة ، ونبين بعد ذلك ما إذا كان هناك فرق بين الغلط الفردي والغلط المشترك ، وبين الغلط في الوقائع والغلط في القانون .

(١) أوبرى ورو ٤ ص ٤٩٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ١٢٨ — لوران ١٥ فقرة ٤٩٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١ ، فلا يؤثر في صحة العقد الغلط في تقدير قيمة البضائع (محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٨٩١ سيرييه ٩١ — ١ — ٧٢) ، ولا الغلط في تقدير قيمة المتجر (محكمة باريس الاستئنافية في ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ — ٢ — ٢١٠) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٧١

(٣) بوتيه في الالتزامات فقرة ٢٠ — أوبرى ورو ٤ ص ٤٩٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ١٢٧ — لوران ١٥ فقرة ٤٩٩ — فقرة ٥٠٠ — هيك ٧ فقرة ٢٠ — بوفنوار (Bufnoir) ص ٥٩٢ — ص ٥٩٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٧١ ص ١١٣ هامش نمرة ١

(١) نفي النظرية التقليدية :

٣٤٨ - نظريتنا منطوقنا - هاجم التقسيم الثلاثي للغلط فريقان من الفقهاء : الفريق الأول لا يسلم بالغلط الذي يبطل العقد بطلانا مطلقا ، فليس عنده إلا غلط يبطل العقد بطلانا نسبيا ، وغلط لا يؤثر في صحة العقد . والفريق الثاني لا يسلم بالغلط الذي يبطل العقد بطلانا نسبيا ، فعنده أن الغلط ، إما يؤثر في صحة العقد فيجعله باطلا بطلانا مطلقا ، وإما لا يؤثر في صحته أصلا .

٣٤٩ - الغلط لا يبطل العقد الا بطرنا نسبيا - وقد ذهب الفريق الأول ، ومنهم الأساتذة بلانيول وريبير واسمان^(١) ، إلى أن الغلط لا يعدم الرضاء في أية حالة من الأحوال ، بل هو يقتصر على إفساده ، فيجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا ، حتى لو كان هذا الغلط متعلقا بماهية العقد أو بذاتية الشيء أو بسبب الالتزام ، وهي الأحوال الثلاث التي تذهب النظرية التقليدية إلى أن الغلط فيها يعدم الرضاء ، ويجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا . ويزكرون أن النظرية التقليدية إنما لجأت إلى التمييز بين غلط يعدم الرضاء وغلط يفسده^(٢) ، لأنها قصرت نصوص القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالغلط (وهي المواد ١١٠٩ و ١١١٠ و ١١١٧ و ١٣٠٤) على حالتين من حالاته : الغلط في مادة الشيء والغلط في شخص المتعاقد . فبقيت أحوال الغلط الأخرى ، وهي الغلط في ماهية العقد والغلط في ذاتية الشيء والغلط في سبب الالتزام ، دون أن ينص القانون على بطلان العقد فيها ، مع أنها أشد خطورة من الحالتين الأوليين . بفعل أصحاب النظرية التقليدية العقد في هذه الأحوال الثلاث باطلا بطلانا مطلقا ، واقتفوا في ذلك أثر القانون الروماني ، ولا يرون أنفسهم في حاجة إلى نص خاص ، إذ يستفيدون البطلان المطلق في هذه الأحوال الثلاث من القواعد العامة ، لانعدام توافق الإرادتين . ويقول هذا الفريق الأول أن النظرية التقليدية لم تكن في حاجة إلى التفريق

(١) جز أول فقرة ١٧٦

(٢) ويسمى بعض الفقهاء الغلط الذي يعدم الرضاء بالغلط المانع (erreur obstacle) والغلط الذي يفسد الرضاء بالغلط المبطل (erreur nullité) (انظر لاروميير م ١١١٠ فقرة ٢ و فقرة ٢٩ - ديموج ١ فقرة ٢٤٩ - جودفروي (Gaudefroy) في الغلط المانع رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ . انظر نقدا لهذه التسمية في بونكاز (ملحق بودرى) ٣ فقرة ١١١ ص ٢١٥ هامش ١

بين حالات نص عليها القانون وحالات لم ينص عليها ، لأن نصوص القانون قد شملت كل أحوال الغلط دون تمييز ما بين حالة وأخرى ، وإذا كانت المادة ١١١٠ من القانون المدني الفرنسي اكتفت ببيان حالتين من هذه الأحوال (الغلط في الشيء والغلط في الشخص) فلائهما حالتان يستوجبان شيئا من الإيضاح والتحديد ، وهما بعد من أكثر الأحوال وقوعا في الحياة العملية . فالغلط في نظر الشرع الفرنسي يفسد الرضاء لا يعدمه ، وذلك في كل الأحوال ، وقد نص المشرع على ذلك صراحة في المادة ١١٠٩ ، ثم ذكر في المادة ١١١٧ أن جزء الغلط هو البطلان النسبي ، وجعل في المادة ١٣٠٤ دعوى البطلان للغلط تسقط بعشر سنوات . فالمشرع الفرنسي إذا تكلم عن الغلط إنما يقصد كل أحواله ، وقد أعطاها جميعا حكما واحدا^(١) .

٣٥٠ - الغلط لا يبطل العقد الا بطلانا مطلقا - وذهب الفريق الثاني إلى أن نظرية الغلط تستند في الواقع إلى نظرية السبب ، فإذا كان الغلط من شأنه أن يغير اتجاه الإرادة كان هذا معناه أن سبب الالتزام غير صحيح ، لأن المتعاقد قد التزم لسبب اتضح بعد ذلك أنه لا يتفق مع الواقع ، فنشأ الالتزام غير مستوف لركن من أركانه وهو السبب ، فيصير العقد باطلا بطلانا مطلقا في كل أحوال الغلط الذي يؤثر في صحة العقد ، لا فرق في ذلك ما بين حالة وأخرى^(٢) .

٣٥١ - نقر هاتين النظريتين - والواقع أن كلا من النظريتين المتقدمتين متطرفة فيما ذهبت إليه . فليس بصحيح أن كل غلط إنما يقع في سبب الالتزام ، فهناك غلط لا يتعلق

(١) انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٧٥ - فقرة ١٧٦ ، ويؤيد هذا الفريق وجهة نظره هذه بما فعل المشرع السويسري ، فقد أورد في المادة ٢٤ من قانون الالتزامات السويسري (انظر أيضا المادة ١٩ من قانون الالتزامات السابق على قانون سنة ١٩١٢) أحوال الغلط الجوهرى الذى يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا ، فذكر من هذه الأحوال الغلط في ماهية العقد والغلط في ذاتية الشيء ، إلى جانب الغلط في شخص المتعاقد والغلط في الصفات الجوهرية للشيء ، وأعطاهما جميعا حكما واحدا ، هو البطلان النسبي لا المطلق (انظر نقدا لقانون الالتزامات السويسري القديم في بودرى وبارد ١ فقرة ٥٢ ص ٨١ هامش نمرة ٤) .

(٢) انظر كايستان في السبب فقرة ١٠٢ - ليفي أولمان في مذكراته « الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين » ص ٣٨٢ ، رسالة الدكتور فهمى نور في الغلط ليون سنة ١٩٢٦ ص ١٩ - ٦٩ .

بالسبب، بل يتعلق بالشئ الذى كان موضوعا للتعاقد، أو يتعلق بشخص المتعاقد، فمثل هذا الغلط لا علاقة له بالسبب، وليس من الضروري أن يأخذ حكم الغلط فى السبب^(١).

وليس بصحيح كذلك أن المشرع الفرنسى أراد إعطاء حكم واحد لكل أحوال الغلط . بل الظاهر أنه قصر المواد ١١٠٩ و ١١١٧ و ١٣٠٤ على حالتى العلط المبيتين فى المادة ١١١٠، وهما الغلط فى مادة الشئ والغلط فى شخص المتعاقد، وما يجرى مجراهما على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولم يقصد المشرع الفرنسى أن يخلط ما بين الغلط فى ماهية العقد أو فى ذاتية الشئ، أو فى سبب الالتزام، وفيه ينعدم توافق الارادتين، وبين الغلط فى صفات الشئ الجوهرية أو فى شخص المتعاقد، وفيه يبقى توافق الارادتين متوافرا إلا أن أحدى الارادتين فاسدة غير صحيحة . وقد أفرد بالفعل نصا خاصا بالغلط فى السبب (م ١١٣١) فنص صراحة على أن العقد فى هذه الحالة يكون باطلا بطلانا مطلقا . بخلاف الغلط فى الشئ أو فى الشخص، فقد قرر فى المادة ١١١٧ أن العقد فى هاتين الحالتين يكون باطلا بطلانا نسبيا . على أنه لا يمكن أن نتصور، من حيث المنطق القانونى، أن غلطا يتناول ماهية العقد ذاتها يقتصر على جعل العقد باطلا بطلانا نسبيا، وإلا لانتقضت كل النظريات التى تقول بوجود توافق الارادتين على شئ واحد حتى يتكون العقد، فإذا انعدم هذا التوافق فالعقد غير موجود، فكيف يتسنى القول بالبطلان النسبى فى مثل هذه الحالة ؟

فالنظرية التقليدية تبقى إذا صحيحة من حيث عدم جواز الخلط بين حالات البطلان المطلق وحالات البطلان النسبى، ويجب ألا نسلم بهذا الخلط، سواء يجعل البطلان المطلق بطلانا نسبيا، أو يجعل البطلان النسبى بطلانا مطلقا . ونبقى حالات البطلان المطلق متميزة عن حالات البطلان النسبى . ولكن الذى لا نجارى فيه النظرية التقليدية، وهو موضوع الضعف فيها، هو أن تبقى حالات البطلان النسبى متميزة عن الحالات التى لا يؤثر فيها الغلط فى صحة العقد . ومهاجمة النظرية التقليدية لا تكون بمزج النوع الأول من الغلط بالنوع الثانى،

(١) انظر المادة ١١٣١ من القانون المدنى الفرنسى، وهى تتكلم عن حالة الغلط فى السبب، فتجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا فى هذه الحالة، وتفرد بها بذلك عن حالتى الغلط فى الشئ والغلط فى الشخص، وهما الحالتان اللتان نصت المادة ١١١٧ على أن العقد فيهما يكون باطلا بطلانا نسبيا .

كما رأينا فيما تقدم، بل بمزج النوع الثاني بالنوع الثالث، وعلى هذا الأساس قامت النظرية الجديدة في الغلط، ونتولى الآن بسطها .

(ب) النظرية الجديدة في الغلط :

* ٣٥٢ - استبعاد الغلط الذي يبطل العقد بطرنا مطلقا - لم يأخذ القضاء في فرنسا وفي مصر بالنظرية التقليدية التي سبق بيانها، وجارى الفقه الحديث القضاء في ذلك . فالتقسيم الثلاثي للغلط لم تأخذه النظرية الجديدة . إذ استغنت عن النوع الأول، وهو الغلط الذي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهدمت الحاجزين النوعين الثاني والثالث .

أما إن النوع الأول من الغلط لاضرورة له في نظرية الغلط فذلك واضح، لأن الغلط الذي يقع في ماهية العقد أو في ذاتية الشيء أو في سبب الالتزام يمنع تكوين العقد، لا للغلط في ذاته، بل لأن ارادتي المتعاقدين لم تتوافقا، والعقد لا يكون إلا بتوافق ارادتين . فالنوع الأول لا يدخل أذا في نظرية الغلط، بل يدخل في نظرية تكوين العقد، فاذا لم تتوافق الارادتان في ماهية العقد، أو في ذاتية الشيء، أو في سبب الالتزام، فالعقد لا يوجد، أو هو باطل بطلانا مطلقا، سواء في ذلك أكان هناك غلط أم لم يكن، فلسنا في حاجة الى نظرية الغلط للقول ببطلان العقد بطلانا مطلقا في هذه الأحوال .

لذلك وجب حذف هذا النوع الأول، والاقتصار في نظرية الغلط على النوعين الآخرين : نوع يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا، ونوع لا يؤثر في صحة العقد .

* ٣٥٣ - معيار "الغلط الراجع" في الأحوال الأخرى منه الغلط - فاذا اقتصرنا على هذين النوعين رأينا النظرية التقليدية تحدد أحوالا للنوع الأول وأحوالا أخرى للنوع الثاني . فالغلط في مادة الشيء أو في شخص المتعاقد هو الأول، أما الثاني فهو الغلط في صفة غير جوهرية في الشيء، أو في شخص المتعاقد حيث لا تكون شخصيته محلا للاعتبار، أو في قيمة الشيء، أو في الباعث على التعاقد . هذه قواعد جامدة تتكسر أمام ما تقتضيه الحياة العملية من مرونة، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على مختلف الأحوال، فن الغلط ما يقع في قيمة الشيء، أو في الباعث على التعاقد، ومع ذلك يؤثر في صحة العقد، لأنه كان

هو الدافع الى التعاقد، ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء، ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد، لأنه لم يكن هو الدافع. فالعبرة إذاً ليست بأن الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle)، وبأنه كان هو الدافع الرئيسى الى التعاقد (la raison prinaipale et déterminante)^(١)، فلا تعود هناك أحوال محدودة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد، وأحوال أخرى سدودة لا يؤثر فيها الغلط، بل تهدم هذه القواعد الجامدة، ويزول الحاجزين أحوال وأخرى، ونستبدل معياراً بقاعدة^(٢)، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع الى التعاقد، وذلك في كل الأحوال، ناظرين الى كل حالة على حدة، طبقاً لملاساتها وظروفها الخاصة^(٣).

وها نحن نطبق هذا المعيار الجديد، معيار الغلط الدافع، وقد أخذ به القضاء والفقهاء في فرنسا وفي مصر، وأخذت به كذلك الفوانين الحديثة^(٤)، على أحوال الغلط التي تقدم ذكرها: الغلط في الشيء، والغلط في الشخص، والغلط في القيمة، والغلط في الباعث.

(١) وهذا مادعاً بعض الفقهاء الى ربط نظرية الغلط بنظرية السبب، فإدام الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الى التعاقد، أمكن القول أن سبب التزام من وقع في الغلط قد بني على هذا الغلط، فبصبح السبب غير صحيح. ولكن يجب أن نفهم السبب بمعنى عام، وهذا يؤدي الى الخلط بين السبب والباعث.

(٢) انظر في الفرق بين المعيار والقاعدة « القيود الاتفاقية على حرية العمل » للزلف (ليون سنة ١٩٢٥) ومقالاً للأستاذ باوند (Pound) في مجلة تقارير جمعية المحاماة الأمريكية (مجلة ٤٤ سنة ١٩١٩ ص ٤٤٥). ومقالاً للأستاذ هورويو في مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٢٦ — الدكتور ستاتى (Stati) في المعيار القانونى (باريس سنة ١٩٢٧) — الدكتور حامد زكى في نظرية الظروف الطارئة في القانون الانجلىزى (باريس سنة ١٩٣٠).

(٣) ووقع عبء الاثبات على المتعاقد الذى يدعى ان ارادته مشوية بغلط دافع يبطل العقد، وبشئت ذلك بجميع الطرق، بما فيها البيئة والقرائن، ومن القرائن على وجود الغلط أن يشتري شخص شيئاً قديماً بئس كبير، فراضاه بأن يدفع هذا الثمن قرينة على أنه كان يعتقد أن الشيء أثري (انظر بودرى ربارد ١ فقرة ٦٧ — محكمة بوردو الاستئنافية في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ — ٢ — ٢٨٧).

(٤) يقضى القانون المدنى الألمانى، في المادة ١١٩، بأنه من أعلن ارادة، وكان قد وقع في غلط بشأن محتويات هذه الارادة، أو لم يرد في الواقع أن يعلن ارادة بهذه المحتويات، له أن يعطى بطريق البطلان في هذا الاعلان، اذا كان هناك محل للتسليم بأنه لم يكن ليعلن هذه الارادة لو كان على بينة من الأمر، وبأنه كان يقدر الموقف التقدير المعقول. ويعتبر غلطاً في محتويات الاعلان الغلط الذى يقع في صفات الشخص أو الشيء التى تعتبر جوهرياً في علاقات التعامل. ونرى من هذا النص أن القانون الألمانى ينظر الى الغلط بنوعيه: الغلط في تكوين الارادة، والغلط في التعبير عن الارادة (وينظر كذلك الى الغلط في نقل الارادة ويعطيه الحكم ذاته في المادة ١٢٠). أما الغلط في التعبير عن الارادة فلا شأن لنا به هنا، ويكفى أن نذكر أن القانون الألمانى توسط فيه بين نظرى الارادة الباطنة، وهى تقضى بالبطلان =

* ٣٥٤ - (١) الغلط في الشيء موضوع الالتزام - (erreur sur l'objet)

إذا طبقنا معيار الغلط الدافع على الغلط في الشيء ، فإن هذا الغلط لا يؤثر في صحة العقد ، إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي الى التعاقد ، ونرجع في ذلك الى نية المتعاقد الذي وقع في الغلط ، فالمعيار كما نرى معيار نفسي (subjectif) لا مادي (abjectif) . وهذا لا يتفق مع نص القانون

= المطلق ، والارادة الظاهرة ، وهي تفضي بصحة العقد وتوفاء عند التعبير عن الارادة ، فقضى بأن العقد يكون قابلاً للبطالان ، أى باطلاً بطلاناً نسبياً ، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك . يبقى الغلط في تكوين الارادة ، وهو الذي يعني ، وقد قسمه القانون الألماني الى قسمين : قسم يقع في أي شيء يشمل التعبير عن الارادة ، سواء كان هذا الشيء جوهرياً في ذاته أو غير جوهرى ، لأن كل شيء يشمل التعبير يعتبر جوهرياً ، والغلط في هذه الحالة يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً بشرط أن يكون الغلط دافعاً الى التعاقد . والقسم الثاني يقع في صفات الشيء أو الشخص الجوهرية ولو لم يشملها التعبير (وتعتبر الصفات جوهرية بالرجوع الى ماهو مألوف في المعاملات) والغلط في هذه الحالة يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً كذلك ، بشرط أن يكون هو الدافع الى التعاقد كما في الحالة الأولى . ومن ذلك نرى أن القانون الألماني يميز بين شيئين : موضوع الغلط وجسامته . أما موضوع الغلط فتعديده يكون بمعيار مادي محض : كل شيء يشمل التعبير عن الارادة ، وكذلك الصفات الجوهرية في الشيء أو الشخص طبقاً لمألوف في التعامل . وجسامته الغلط تتحدد بمعيار نفسي ومادي في وقت واحد : نفسى لأن الغلط لا يعتبر جسماً الى حد أن يؤثر في صحة العقد إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم لو لم يكن هناك غلط ، فنحن نرجع في هذا الى نية المتعاقد ، وهذا معيار نفسي . ولكننا في الوقت ذاته نحكم التقدير المعقول ، لا تقدير المتعاقد منه ، في معرفة ما اذا كان العقد يتم أو لا يتم ، بفرض أن الغلط لم يوجد ، وهذا معيار مادي . ومن ذلك نرى أن القوانين الجرمانية في نظرية الغلط تختلف عن القوانين اللاتينية في شيئين : (أولاً) مجال الغلط في القوانين الجرمانية أضيق منه في القوانين اللاتينية ، والسبب في ذلك أن الأولى تأخذ بنظرية الارادة الظاهرة ، والأخرى تأخذ بنظرية الارادة الكامنة . (ثانياً) معيار الغلط في القوانين الجرمانية يعلب فيه العنصر المادي ، وقد تمتشت هذه القوانين في ذلك مع الزعة المادية المتغلبة عليها والتي رأيناها في كثير من المسائل الجوهرية . أما القوانين اللاتينية فعيارها في الغلط نفسى ، وقد تمتشت في ذلك هي أيضاً مع الزعة المتغلبة عليها . (انظر في هذا الموضوع سالى : الاعلان عن الارادة م ١١٩ ص ١١ - ص ٣٩ - الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني م ١١٩ ص ١٢٣ - ص ١٢٨ ، وانظر ما تقدم ذكره في هذا الموضوع عند الكلام على نظرية الارادة الظاهرة في القانون الألماني فقرة ١٧٨) . ولكن نلاحظ أن القانون الألماني يأخذ بنظرية الغلط الدافع ، وإن كان المعيار عنده مادياً ، فهو لا يعاين بنية المتعاقد نفسه ، فينظر ما اذا كان الغلط قد دفع هذا المتعاقد بالذات الى التعاقد ، بل يقف عند التقدير المألوف بين الناس ، فينظر ما إذا كان الغلط من شأنه أن يدفع رجلاً عاقلاً الى التعاقد .

وقانون الالتزامات السويسرى يأخذ أيضاً بنظرية الغلط الدافع ، فقد قضى في المادة ٢٣ بأن العقد لا يلزم الطرف الذى وقع في غلط جوهرى وقت التعاقد . وتقضى المادة ٢٤ بأن الغلط يكون جوهرياً اذا وقع في ماهية العقد ، أو في ذاتية الشيء ، أو في شخصية المتعاقد اذا كانت محل اعتبار ، أو في قدر الالتزام ، أو في وفائع تعتبر جوهرية في العقد تبعاً لما تقضى به النزاهة في التعامل . أما الغلط المنفصو على الباعث فلا يعتبر جوهرياً . ويقول شراح القانون السويسرى أن النص على الغلط في الوقائع التي تعتبر جوهرية تبعاً لما تقضى به النزاهة في التعامل تجعل القانون السويسرى كالقانون الألماني ، يأخذ بنظرية الغلط الدافع وبالمعيار المادي لهذا الغلط . وإذا كانت الغلط في الباعث لا يعتبر جوهرياً في القانون السويسرى ، فإن الغلط في القيمة والغلط في تقدير يسار المتعاقد الآخر قد يكون جوهرياً ، طبقاً =

الفرنسي، فقد أشارت المادة ١١١٠ عند ذكر الغلط في الشيء الى الغلط في "مادة الشيء" (substance de la chose) ولم تذكر شيئاً عن الدافع الرئيسي الى التعاقد . أما القانون المصري فهو أقرب من القانون الفرنسي أخذاً بالمعيار النفسي، فقد ذكر في المادتين ١٣٤/ ١٩٤ ان الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد، وقد سبق

= لنظرية الغلط الدافع (انظر في ذلك شنيدر وفيك (Schneider et Fick) في قانون الالتزامات السويسري م ٢٣ وم ٢٤ ص ٦٧ — ص ٧١) . ويلاحظ أن قانون الالتزامات السويسري لا يفرق بين الغلط المانع والغلط المبطل، فالغلط في ماهية العقد، أو في ذاتية الشيء يجعل العقد قابلاً للبطلان، لا باطلاً بطلاناً مطلقاً، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك .

و يأخذ المشرع الفرنسي الايطالي بنظرية الغلط الدافع كذلك، فقد قضت المادة ١٥ بأن الغلط في الوقائع يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، اذا وقع على صفة في الشيء، أو على ظرف من الظروف، يعتبره المتعاقدان جوهرياً، أو يجب اعتباره جوهرياً طبقاً لحسن النية في المعاملات وللإلزامات التي وقع فيها التعاقد، ويكون كذلك سبباً في البطلان الغلط الواقع في ذاتية أو صفات الطرف الآخر، اذا كانت هذه الذاتية أو هذه الصفات هي الدافع الوحيد أو الرئيسي للتعاقد . وتقضي المادة ١٦ بأن الغلط في القانون، اذا كان هو الدافع الوحيد أو الرئيسي الى التعاقد، يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً . ومن ذلك نرى أن المشرع قد أخذ أيضاً بنظرية الغلط الدافع، بمعيار نفسي ومادي في وقت واحد (انظر في هذا الموضوع فيفوريوفو (Viforeanu) في العقد في المشرع الفرنسي الايطالي والقانون المقارن فقرة ٨١ ص ٢٠٨ — ص ٢١٤

أما القانون الانجليزي فيختلف عن القوانين اللاتينية والرومانية، فعنده أن الأصل في الغلط أنه لا يؤثر في صحة العقد، إلا أن هناك أحوالاً معينة يؤثر فيها الغلط، ويجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لانسياً . فاذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في ذاتية الشيء أو في وجوده أو في شخص المتعاقد، سواء علم الطرف الآخر بالغلط أو لم يعلم، فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً (انظر جنكس م ٨٧) . أما اذا وقع الغلط في قصد المتعاقد الآخر، فإن العقد لا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً إلا اذا علم المتعاقد الآخر بهذا الغلط، فاذا لم يعلم فالعقد صحيح . وهناك حالة خاصة تدعى في القانون الانجليزي "بالتصوير غير الصحيح" (Misrepresentation) وهي أن يعطى أحد المتعاقدين الآخر معلومات غير صحيحة عن حسن نية، وتكون هذه المعلومات هي التي دفعت الى التعاقد، أو تكون قد جعلت من شروط العقد، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، ويلاحظ أن الغلط هنا يكون مشتركاً (انظر في الغلط في القانون الانجليزي بولوك في العقد ص ٤٧٦ — ص ٥٦٤ و ص ٥٦٥ — ص ٥٩٩ — كارت في العقد ص ٧١ — ص ٧٣ — و ص ٧٨ — ص ٨٤، وانظر أيضاً رسالة الدكتور يحيى تاج الدين في التدليس في القانون الفرنسي، والتصوير غير الصحيح في القانون الانجليزي باريس سنة ١٩٢٦، وانظر رسالة الدكتور فهمي نور في الغلط لبون سنة ١٩٢٦ ص ٨٣ — ص ١١١، ومقال الأستاذ وديع شنوده في الجازيت ٤ ص ٣ — ص ٦) . ونرى من ذلك أن القانون الانجليزي لا يضع معياراً مرناً للغلط، بل يضع قواعد جامدة، وترعته في الغلط مادية لا نفسية، اذا استثنينا ما يدعى "بالتصوير غير الصحيح" حيث أخذ فيه بنظرية الغلط الدافع .

وفي الشريعة الاسلامية يعد من أركان العقد توافق الإرادين على شيء واحد، فالغلط في ماهية العقد أو في ذاتية الشيء أو في جنسه يجعل العقد باطلاً . أما الغلط في وصف الشيء فيعطى الخيار للتعاقد الذي وقع في الغلط ان شاء أمضى العقد وان شاء فسخ . . . وقد جاء في المادة ٣٠١ من مرشد الخيران: "اذا وقع غلط في محل العقد، وكان المقود =

أن أشرنا الى أن النص الفرنسى للقانون المصرى ، وهو أدل فى هذا الموضع على غرض
المشرع ، يجعل الغلط مؤثرا متى كان واقعا "فى الناحية الرئيسية التى كانت محل اعتبار فى الشيء
عند التعاقد" ، وبعبارة أخرى ، متى كان واقعا فى صفة جوهرية كانت محل اعتبار عند
التعاقد ، فالمعيار فى القانون المصرى نفسى كما هو ظاهر . والواقع ان المشرع المصرى لم ينقل
فى هذا الموضوع عن القانون الفرنسى ، بل نقل عن القضاء والفقهاء الحديث فى فرنسا ، بعد
أن قطعنا فى تفسير المادة ١١١٠ مراحل من التطور ، نشير إليها بإيجاز هنا .

* ٣٥٥ - تطور الفقه الفرنسى : "عمره ومهمته" - بدأ الفقهاء الفرنسيون ،
فى العهد الأول يفسرون عبارة "الغلط فى مادة الشيء ذاتها" الواردة فى المادة ١١١٠ تفسيراً
حرفياً ، فيذهبون الى أن المراد بذلك هو الغلط الذى يتعلق بالمادة التى يتكوّن منها الشيء ،
ومادة الشيء هى مجموع الخصائص التى تدخله فى جنس معين ، وتميزه عن الأجناس الأخرى ،
ويقدمون عادة المثل الذى أتى به بوتييه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلقاً بالفضة ،
وهو يعتقد أنه من فضة خالصة .

ثم أخذ الفقهاء فى عهد ثان ، يعدّلون من هذه الفكرة المادية ، بإدخال عامل نفسى
فى تحديد هذا النوع من الغلط ، وأول من سار من الفقهاء فى هذا الطريق هما الأستاذان

= عليه مسمى ومشارا إليه ، فإن اختلف الجنس ، تعلق العقد بالمسمى ، وبطل لانعدامه ، وإن اتحد الجنس واختلف
الوصف ، تعلق العقد بالشار إليه ، وينقد لوجوده ، ويغير العقائد لقوات الوصف ، إن شاء أمضى العقد وإن شاء
نقضه . فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت ، فإذا هو زجاج ، بطل البيع ، ولو بيع هذا الفص على أنه ياقوت أحمر ،
فظهر أصفر ، صح البيع ، والمشتري بالخيار بين امضائه وفسخه . والظاهر من ذلك أن الشريعة الإسلامية فى نظرية
الغلط تبعد عن القوانين اللاتينية والجرمانية بعد القانون الانجليزى من هذه القوانين . فانه عدا الغلط فى ماهية العقد
وفى ذاتية الشيء ، حيث يكون من الواضح أن يبطل العقد أو ينعقد ، لا يؤثر الغلط فى صحة العقد إلا إذا وقع فى جنس
الشيء ، فيجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً ، أو وقع فى وصف كان شرطاً فى العقد ، فيجعله قابلاً للفسخ . فزعة الشريعة
الإسلامية فى الغلط نزعة مادية ظاهرة ، تقرب من نزعة القانون الانجليزى .

ويؤخذ من دراسة القانون المقارن ، أن القوانين فى مبدأ الأمر لا تجعل للغلط أثراً فى صحة العقد ، عدا الغلط
الذى يمنع من توافق الإرادتين فيجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ثم تتدرج بعد ذلك فى دقة التحليل ، وفى الأخذ بأرادة
التعاقد ، فتعرف بنوع آخر من الغلط يؤثر فى صحة العقد ، دون أن يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وتأخذ فى ذلك أولاً
بمعيار مادى ، ثم تتدرج بعد ذلك الى المعيار النفسى ، وتنتهى كما انتهت القوانين الجرمانية ، بمعيار يجتمع فيه العنصران
المادى والنفسى .

أوبرى ورو، فقد أخذنا في مبدأ الأمر بالمذهب المادى كقاعدة عامة، فذهبنا الى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكوّنونه، والخواص التي تميزه من الأشياء الأخرى، طبقا للتعارف بين الناس^(١). وهذه نظرة مادية محضة، ولكنهما أضافا إليها جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء، فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر الى غرض المتعاقدين، لا بالنظر الى مادة الشيء من حيث هي، "وشرط الضمان" هذا (clause de garantie) يجعل "مادة الشيء" أمرا يتغير حسب الأوصاف التي اعتبرها المتعاقدان في الشيء، فهى أمر غير مادى وغير ثابت.

واقفنى بعض الفقهاء أثر أوبرى ورو في الجسوح الى المعيار النفسى، يعدّلون به من المعيار المادى^(٢).

ثم هجر الأستاذ لوران في عهد ثالث، المعيار المادى، وأخذ بالمعيار النفسى جملة واحدة، فذهب الى أن نية المتعاقدين وحدها هي التي تحدّد مادة الشيء والأوصاف المعتبرة فيه، فالعبرة بالنية الشخصية لا بالتكوين المادى^(٣). واقفنى سائر الفقهاء أثر لوران في هذا المنحى^(٤)، فذهب الأستاذان بودرى وبارد الى أن المراد بمادة الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء، والتي ما كان يتم التعاقد بدونها^(٥)، وذهبت الأستاذة بلانيول وكولان وكابيتان وجوسبران الى هذا الرأى^(٦).

(١) انظر أوبرى ورو جزء رابع فقرة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ — ص ٤٩٢

(٢) انظر لارومير م ١١١٠ فقرة ٣، وقد استند هذا الفقيه على عبارة وردت في بوتييه بقول فيها أن الغلط يطل العقد، لا اذا وقع على الشيء ذاته فحسب، بل أيضا اذا وقع على صفة في الشيء، كانت محل اعتبار رئيسى عند المتعاقدين، وكانت مادة هذا الشيء. (انظر أيضا بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤)، والغالب أن بوتييه لم يرد أن يأخذ بالمعيار الشخصى في الغلط، يدل على ذلك أنه ذكر عبارة "مادة الشيء" بعد ذكره الصفة التي كانت محل اعتبار عند المتعاقدين، وأورد أمثله بما يؤيد المعيار المادى (بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٢٤٣ هامش نمرة ٣).

انظر أيضا ديمولومب ٢٤ فقرة ٨٩ — كولييه دى سانتير ٥ فقرة ١٦ مكررة (نمرة ٢).

(٣) لوران ١٥ فقرة ٤٨٨

(٤) عداهيك، فقد ظل أميناً على المذهب المادى (هيك ٧ فقرة ٢٢ ص ٣٥)، بل تغال في حد لا يقره عليه أنصار هذا المذهب أنفسهم، فعنده أن "مادة الشيء" هي الجنس العام للشيء، (فالشمعدان) لا يتغير جنسه، سواء كان من ذهب أو من فضة أو من برونز، فاذا وقع غلط في ذلك، فانه لا يعتبر غلطاً في "مادة الشيء"، وانما يكون هناك غلط اذا اشترى شخص شيئاً على أنه "شمعدان" فتبين أن الذى اشتراه ليس "بشمعدان" (هيك ٧ فقرة ٢٤ ص ٣٨).

(٥) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤

(٦) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٨١ — جوسبران ٢ لمره ٦٩ — فقرة ٧٢

فالعبرة إذاً ، طبقاً للمعيار النفسى ، بالأوصاف المعتبرة فى نظر المتعاقدين ، لا بالخصائص التى تكون مادة الشئ فى ذاته ، فقد يشتري شخص شيئاً على أنه أثر تاريخى ، ويعتقد أنه مصنوع من ذهب ، ويتضح بعد ذلك أنه مصنوع من "البرونز" ، فهذا غلط فى "مادة الشئ" ولكنه حسب نية المشتري ، ليس غلطاً فى الصفة المعتبرة عنده ، فما دام الشئ لذى اشتراه هو الأثر التاريخى الذى يقصده ، فلا يهمه بعد ذلك ان كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقهاء والقضاء فى فرنسا بعبارة "مادة الشئ" (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقوها من الكلمة ذاتها ، هى "الصفة الجوهرية" (qualité substantielle) ، أى الصفة التى اعتبرها المتعاقد فى الشئ وأرادها . فالمعيار النفسى ما هو فى الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة العاقد هى التى تنشئ الرابطة القانونية ، فيجب الأخذ بهذه الإرادة كما هى ، والنظر لما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من عيوب الرضاء .

٣٥٦ - القضاء الفرنسى - أما القضاء الفرنسى^(٢) ، فقد أخذ بالمعيار النفسى من وقت بعيد ، وسبق الفقه فى هذا الطريق^(٣) ، وقد كانت بعض المحاكم قد رجعت الى المعيار المادى^(٤) ،

(١) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ - والتون ١ ص ١١٦

(٢) انظر فى تاريخ القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع سليس (Celice) ص ٦١ وما بعدها . وانظر فى تحليل هذا القضاء . فهمى نور ص ٤٧ - ص ٥٩

(٣) وقد قضى أن من يشتري صورة معتقداً أنها من صنع رسام كبير (رفائيل) ، وتبين أنها مجرد تقليد ، وعليها إمضاء مزورة ، يكون له حق طلب بطلان العقد (محكمة باريس الاستئنافية فى ٩ يناير سنة ١٨٤٩ دالوز ٤٩ - ٢ - ٦٧ - حكم آخر فى ٢٠ مارس سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ١٧٥ - محكمة النقض الفرنسية فى ٢٥ يوليئ سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٦١١) ، كذلك من يشتري تحفة فنية يعتقد أنها قديمة ، فتبين أنها حديثة الصنع (محكمة باريس الاستئنافية فى أول ديسمبر سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ - ٢ - ٣٢٥) ، وكذلك من يشتري أمهما يتبين بعد ذلك أنها استهلك قبل الشراء . (محكمة باريس الاستئنافية فى ١٩ يوليئ سنة ١٨٩٠ دالوز ١٨٩٢ - ٢ - ٢٥٧) ، ومن يبيع الرقبة ، ويتبين بعد ذلك أن مالك حق المنفعة قد مات قبل البيع دون أن يعلم بذلك (محكمة النقض الفرنسية فى ٨ مارس سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ١ - ٢٧٧) .

(٤) وقد تأثرت فى ذلك بالفقه فى عهده الثانى ، عند ما ظهرت مؤلفات أوبرى ورو ولاروسير : انظر محكمة السين الابتدائية فى ٢٩ يونيئ سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٨ - ٢ - ٩٩ - محكمة دويه الاستئنافية فى ٢ فبراير سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٧ - ١ - ٢٤٨ - محكمة بوفى ٢٠ يناير سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ٢ - ٢٣٨ - محكمة النقض الفرنسية فى ٥ أغسطس سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ - ١ - ٣٦٦

ولكن القضاء عدل نهائيا عن هذا المعيار الى المعيار النفسى، وتوالت الأحكام بهذا المعنى، حتى صار مبدأ ثابتاً^(١).

* ٣٥٧ - الفقه والقضاء فى مصر - وبالمعيار النفسى أيضا أخذ الفقه والقضاء^(٢)

(١) انظر محكمة روان الاستئنافية فى ١٥ يولييه سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ٣٦٧ - محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ جازيت دى تريينو ١٢ أبريل سنة ١٩٠٨ - محكمة بورديو الاستئنافية فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ - ٢ - ٢٨٧ (وهذه أحكام قضت بأن التحف الفنية اذا اشترت على أنها قديمة، وتبين بعد ذلك أنها حديثة الصنع، كان العقد باطلا، ويكفى لتبين نية المشتري من أنه يريد شراء تحف قديمة قرائن الدعوى، كارتفاع الثمن الذى دفعه فى شراء هذه التحف). انظر أيضا محكمة روان الاستئنافية فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١١ جازيت دى باليه ١٩١٢ - ١ - ٥٣٦ - محكمة بورديو الاستئنافية فى ٢١ أبريل سنة ١٩١٤ جازيت دى تريينو ٣ أكتوبر سنة ١٩١٤ - وانظر فى رسوم تشتري على أنها من صنع رسام معين فتبين أنها ليست من صنعه، وأن الامضاء الموضوعة على الرسم مزورة: محكمة السين الابتدائية فى ٢١ يولييه سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ - ٦٩٦ - محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٨ يولييه سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ - ٥٢٩

هذا وقد استعان القضاء الفرنسى بنظرية "السبب"، وربط بها نظرية الغلط الى حد كبير، فاعتبر الغلط فى كثير من الأحوال، من شأنه أن يجعل الالتزام مبنا على سبب موهوم (l'ausse cause). وقد سبقت الإشارة الى أن بعض الفقهاء ذهب مع القضاء الى هذا رأى (انظر رسالة الدكتور فهمى نور فى الغلط، وفيها بين المؤلف أن القضاء الفرنسى بنى نظرية الغلط فى جميع أحواله على نظرية السبب). وقد رتب الأستاذ ليفى أولمان على فكرة ربط الغلط بنظرية السبب النتائج الآتية: (١) مادام الغلط يرتبط بالسبب، فهو يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، دون تمييز بين حالة وحالة، هذا إذا كان الغلط يتناول السبب جميعه. (٢) أما إذا كان الغلط يتعلق بجزء من السبب، كما إذا اشترى شخص متجرا بثمن مرتفع معتقدا أن قيمته التجارية تعدل هذا الثمن، وتبين بعد ذلك أن قيمة المتجر لا تعدل إلا ثلثا أقل، فإن الغلط لا يجعل العقد باطلا - لا بطلانا مطلقا ولا بطلانا نسبيا - وإنما يجعله قابلا للتعديل، فينقص القاضى الثمن الى الحصة الذى يناسب مع قيمة الشيء. (٣) لتمييز بين غلط فى الباعث وغلط فى الشيء أو الشخص، فقد يكون الغلط فى الباعث هو الدافع الرئيسى الى التعاقد، فيجعل سبب الالتزام غير صحيح، ومن ثم يكون العقد باطلا. (٤) قد يكون الغلط فرديا، ومع ذلك يجعل السبب غير صحيح، فيبطل العقد. (٥) ولا فرق بين غلط فى الوقائع وغلط فى القانون، فكلاهما يجعل السبب غير صحيح (انظر مذكرات ليفى أولمان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٨٢ - ص ٣٨٣).

(٢) دى هلس جزء أول لنظ اتفاق (Convention) فقرة ٥٦، هالتون ١ ص ٣١٧ - فتضى زغلول ص ١٣٢ - والتون ١ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - ذهنى فقرة ١٢٧ - محمد صالح فقرة ٢٦٨

(٣) وأحكام القضاء المختلط فى هذا المعنى كثيرة، فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الترخيص التى أعطته الحكومة باستغلال وبيع أراض كانت تعتقد أنها لا تحتوى إلا على كيات صغيرة جدا من الملح، يعتبر باطلا، اذا تبين أن هذه الأراضى تحتوى على كيات كبيرة، يمكن استغلالها بسهولة، وجنى أرباح من وراءه. الاستئناف المختلط، لا سيما أن استغلال الملح فى مصر محتكر، ولا يجوز الترخيص به للأفراد (٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ - حكم آخر فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٦). وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة فى شركة حكم بطلانها يعتبر باطلا، للغلط الذى وقع فيه =

في مصر ، وقد قدّمنا أن نص القانون المصري يساعده على ذلك أكثر مما يساعد

= المشتري ، بشأن صفة جوهرية في الشيء المبيع ، أو للغلط في صحة السبب الذي من أجله التزم المشتري (٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ جازيت ١ ص ٣٤) . وقضت في بيع الأراضى ، اذا وقع غلط فيها ، بأنه إذا باع شخص أرضا على أنها تحده من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار مسدود وقت البيع ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له في الواقع ، مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ، ولا منفذ لها يؤدي الى الطريق العام ، فإن البيع يعتبر باطلا بسبب الغلط الواقع على صفة جوهرية في الشيء المبيع ، ولا يعتبر دفع أقساط من الثمن اجازة ضمنية لهذا البطلان ، فإن الاجازة لا تفترض ، ولا تستخلص ضمنا إلا من أعمال واضحة تفيد التنازل عن الحق (١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — انظر أيضا حكما آخر في ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥) . أما إذا ذكر البائع أن الأرض تحده من إحدى جهاتها بشارع ، ولم يبين أنه شارع خاص ، فلا يكون البيع باطلا بدعوى أن المشتري كان يعتقد أن الشارع عام لا خاص ، لأن هذا لا يعتبر غلطا في صفة جوهرية في الشيء المبيع (محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٠) . كذلك لا يعتبر غلطا في صفة جوهرية في الشيء المبيع ، الغلط في بيان حدود الأرض المبيعة ، اذا تبين أن المشتري كان يعرف الأرض التي اشتراها حق المعرفة ، ولم يكن من شأن هذا الغلط في تحديد الأرض أن يضلله في معرفة الشيء الذي اشتراه (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤) . كذلك لا يعد غلطا يبطل العقد أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المبيعة ، مادامت نمرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة ، وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠) ولا يعتبر غلطا يبطل العقد أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة ، اذا لم يذكر البائع أن لها منفذا ، بل بين حدودها وموقعها ، وكان يمكن معرفتها من ذلك (محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤ — ٨ ابريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — ١٨ ابريل سنة ١٩٠٠ مجموعة رسمية للقضاء المختلط ٢٥ ص ٢٨٥ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧ جازيت ١٨ ص ١٣١ نمرة ١٤٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضا بأن بيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد ، يعتبر باطلا للغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ، ولا يلتزم المشتري برفع دعوى البطلان في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة ، لأن هذا ميعاد رفع الدعوى في ضمان العيوب الخفية . أما هنا فالدعوى دعوى بطلان للغلط (١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩) . وقضت كذلك بأنه يعد مشوبا بغلط في صفة جوهرية في الشيء ، الصلح الموقع عليه من سنديك عن المفلس ، والواقع على دين في ذمة الغير للمفلس مضمون برهن ، اذا كان السنديك لم يرض بهذا الصلح إلا وهو يعتقد أن الدين شخصي غير مضمون بشيء . (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠ جازيت ٥ ص ١٠٣ نمرة ٢٥٦) . وفي البيع بالمزاد ، اذا أدرج ضمن شروط البيع عدم المسؤولية عن العجز في الشيء المبيع ، فإن الشرط صحيح ، ولكن اذا تبين أن العجز جسيم الى حدّ كان الراسى عليه المزاد لا يتوقعه ، فإن رسو المزاد يعتبر باطلا ، لغلط المشتري في صفة جوهرية في الشيء المبيع (محكمة الاستئناف المختلط في ٩ ابريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٣٩ — ٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٧١ جازيت ١٠ ص ١٢٢ نمرة ١٤٥ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٢٦ — ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦٥) ، ومعرفة ما اذا كان العجز جسيما يترك لتقدير القاضي (محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٧٤ جازيت ١٧ ص ١٥١ نمرة ٢٢٧) ، ولكن الراسى عليه المزاد يجب أن يطلب البطلان ولا يكتفى بطلب إنقاص الثمن ، وإلا لم يكن الغلط هو الدافع له الى التعاقد ، وما دام هناك شرط بعدم المسؤولية عن العجز ، فلا يجلب الى طلبه في إنقاص الثمن (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٤ جازيت ٨ ص ٤٧ نمرة ١١٠ — ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٢٥) . وكذلك اذا استحق جزء من الأعيان التي بيعت بالمزاد ، وكان هذا الجزء جسيما بحيث لو علم الراسى عليه المزاد بأمره لم يكن يقدم على الشراء ، كان رضاؤه مشوبا بغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع (استئناف مختلط =

نص القانون الفرنسي ، بل أن النص المصري قد أخذ عن القضاء والفقه في فرنسا دون التشريع ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك^(١) .

= في ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م (٤٣ ص ١٨١) . ورضا . مقال بجلول دائن مرتين للعقار محله في حق الحبس ، اذا لم يصدر الإبناء على تأكيد كاذب بأن العقار غير منقول بحقوق أخرى ، وأنه يكفي لضمان حق المفاوض ، ولو تنازل عن أسبقية على الدائن المرتين ، هــ مشوبا بغلط في صفة جوهرية في الشيء . (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ أبريل سنة ١٩١٨ جازيت ٨ ص ١٠٧ بمرة ٢٣٣) ، ويعتبر غلطا في صفة جوهرية في الشيء المبيع أن يتحول دائن الدين الذي له على أنه مضمون برهن ، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط ، وأن العين المرهونة قد خرجت من ملكية المدين ، ولا عبرة بشرط عدم الضمان الذي اشترطه المحيل عند الحوالة (محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣) ، ويعتبر كذلك غلطا في صفة جوهرية في الشيء المبيع أن يشتري شخص سيارة ، على أنها جديدة ، وأنها لم تستعمل إلا على سبيل الفحص والتجربة ، ويتضح بعد ذلك أنها استعملت كثيرا ، وأنه قد سبق ردها من مشتر آخر لهذا العيب ذاته (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٤١٥) . وكذلك اذا اشترى مزارع بسيط كميات كبيرة من مادة صناعية لا حاجة لها بها ، ولا علاقة لها بمهنته ، وكان البائع قد انتهز فرصة جهله وعدم تجربته حتى يحمله على قبول هذه الصفقة ، فان رضا المشتري يعتبر في هذه الحالة مشوبا بغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع (محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٩) . ويعتبر كذلك مشوبا بغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ، عقد بيع واقع على مخطوط بيع على أن مافيه من نقوش يرجع عهدها الى الوقت الذي يرجع اليه عهد هذا المخطوط ، اذا تبين بعد ذلك ان هذه النقوش يرجع عهدها الى وقت آخر ، وكانت قيمة المخطوط متوقفة على هذه النقوش (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩) .

ولا تعتبر محكمة الاستئناف المختلطة غلطا في صفة جوهرية في الشيء المبيع ، الغلط الواقع على شيء بسيط من توابيع المبيع غير مذكور في العقد (أزل ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٢٨) ، ولا الغلط الراجع في شيء ، اتفق عليه من الطرفين وتعين ذاتيته « بماركة » المصنع الذي قام بصنعه ، مادامت البضاعة التي يبعث هي من « الماركة » المتفق عليها ذاتها (١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٧) ، ولا الغلط في شيء لم يكن هو الدافع الى التعاقد (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧) ، ولا يعتبر الاتفاق الذي تم بين دائن ومدينه « لتسوية » الدين مشوبا بغلط في صفة جوهرية في الشيء ، اذا أهمل المدين أن يتمسك بسقوط الدين بمضى المدة (٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) ، ويمكن تعليل هذا الحكم بأن الدين لا يسقط بمضى المدة من تلقاء ذاته ، بل لابتدأ من تمسك المدين بذلك ، فاذا لم يتمسك ، فالدين قائم لم يسقط ، فلا يكون المدين قد وقع في غلط بشأنه اذا اعتقد أنه لا يزال قائما . وكذلك لا يعتبر غلطا في صفة جوهرية أن يخطئ المشتري في تقدير وزن معدن من الفولاذ متفق على طوله وسمكه ، وقد بيع بحساب الكيلو ، وسلم طبقا للشروط المتفق عليها (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧) .

أما أحكام المحاكم الأهلية بشأن الغلط الواقع على الشيء فقليلة ، وقد قضت محكمة قنا الاستئنافية بأن الوصف الأساسي لشيء يلحق بمادته ، فالغش الواقع من البائع فيما يختص بجنس البضاعة المعاقب عليه بمقتضى المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات ، يدخل تحته الغش فيما يتعلق بالأوصاف الأساسية للشيء ، كما اذا بيع تمثال حديث باسم تمثال قديم ، وليس هو قاصرا على حدوث الغش في مادة البضاعة ، كما اذا بيع نحاس أصفر باسم ذهب (٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ م ٩ عدد ٦٦) . أما الغلط في تحديد العقار المبيع ، فلا يكون غلطا في صفة جوهرية ، حتى لو كان من شأن هذا الغلط أن يوجد شبهة في كون المبيع عقارا آخر ، مادام يمكن دفع هذه الشبهة بظروف أخرى تثبت حقيقة العقار المبيع ، كنسبة الثمن الى العقارين ، وغير ذلك من الظروف (محكمة الجيزة الجزئية في ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ م حقوق ١٨ ص ١٤٠) .
(١) وهناك رأي يرى الى الجمع بين المذهبين النفسي والمادى ، فلا ينظر الى نية المتعاقدين إلا باعتبار أهميتها =

٣٥٨ - الغلط في الشيء والعيب الخفى فيه - بقى فيما يتعلق بالغلط في الشيء

أن نلاحظ أنه قد يلتبس هذا النوع من الغلط بالعيب الخفى ، ففى عقد البيع مثلا يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية فى الشيء المباع ، اذا كانت مؤثرة ، وقديمة (أى موجودة قبل البيع) ، وغير معلومة للمشتري (م ٣١٣ - ٣٨٧/٣٢٧ - ١٦٤١/٤٠٥ - ١٦٤٩) . ولهذا الضمان أحكام خاصة ، منها أنه يجب رفع الدعوى فى ثمانية أيام من وقت العلم بالعيب طبقا للقانون المصرى (م ٤٠٢/٣٢٤) ، وفى مدة قصيرة تبعا لطبيعة العيب والعرف المتبع فى الجهة التى تم فيها البيع طبقا للقانون الفرنسى (م ١٦٤٨) . أما اذا كانت الدعوى دعوى بطلان للغلط ، فلا تسقط إلا بمضى المدة الطويلة فى القانون المصرى ، وتسقط بمضى عشر سنوات من وقت علم العاقد بالغلط فى القانون الفرنسى . ومن أحكام ضمان العيوب الخفية أن المشتري يكون فى حالات معينة بالخيار بين أن يفسخ البيع أو أن ينقص الثمن ، وفى حالات أخرى له فسخ البيع أو إبقاؤه دون إنقاص الثمن ، وفى حالات غيرها له إنقاص الثمن دون الفسخ . أما اذا كان هناك غلط فى الشيء ، فالمشتري يرفع دعوى بطلان لا دعوى فسخ ، ويطلب إبطال البيع ، وليس له أن يطلب إنقاص الثمن ^(١) .

= مستخلصة من الفاروف المادية لكل حالة على حدة ، فبكون الوصف جوهريا فى الشيء اذا كان متعلقا بمادة الشيء ذاتها ، أو اذا كان معتبرا كذلك طبقا للألوف فى المعاملات ، أو طبقا لظروف الحالة الخاصة التى تكون موضع البحث . (انظر مقال ريكاردو فوبيني (Ricardo Fubini) فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية السنة الأولى سنة ١٩٠٢ ص ٣٠١ - قارن أيضا المعيار الذى أخذت به القوانين الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى - انظر كذلك مذكرات ليفى أولمان فى الالتزامات فى الربع الأول فى القرن العشرين ص ٣٨٣) . وترى الأستاذة بلانيول وريبير واسمان أن محتاط المتعاقد ، اذا أراد اعتبار وصف أنه جوهرى فى الشيء ، فيشترط ذلك صراحة فى العقد (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٣ ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) .

هذا ويلاحظ أن الغلط يكون سببا فى بطلان العقد ، ولو كان هذا العقد ملزما لجانبا واحدا ، ولكن فى هذه الحالة ، اذا كان الطرف غير الملزم هو الذى وقع فى الغلط ، فليست له مصلحة فى طلب إبطال العقد ، بخلاف ما اذا كان الطرف الذى وقع فى الغلط هو الطرف الملزم ، فان إبطاله العقد يسقط التزامه . فاذا وهب شخص لآخر ساعة ، وكان الواهب يحسبها فضا فاذا هى ذهب ، كانت له مصلحة فى أن يبطل الهبة للغلط ، فيسترجع ساعته ، ولكن اذا كان الموهوب له هو الذى يحسب الساعة ذهابا ، فاذا هى فضا ، فلا مصلحة له فى إبطال الهبة ، لأنه فى هذه الحالة يرجع الساعة الى الواهب دون أن يسترد شيئا (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ١ فقرة ٥٧ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٠٦ - هيك ٧ فقرة ٢٦ - والنون ١ ص ١٦٨ - ص ١٦٩) .

(١) ويذهب البعض الى أنه يجوز طلب إنقاص الثمن فى دعوى الغلط ، اذا كان هذا الغلط من شأنه أن يلحق غيبا بالمعاهد الذى وقع فيه ، ويتبين للقاضى أنه يكفى لدره هذا الغيب إنقاص الثمن مع بقاء العقد قائما ، ناظرا فى ذلك الى =

يتبين من ذلك أن هناك نتائج عملية هامة تترتب على التمييز بين دعوى الغلط ودعوى العيب الخفى، لذلك يهم أن نعرف كيف نميز بينهما .

لو كان الغلط فى الشيء يتحدّد على النحو الذى سار عليها الفقهاء فى العهد الأول، من أنه غلط فى العناصر المادية التى تكوّن الشيء، أى طبقا للمعيار المادى، لسهل علينا التمييز بين هذا النوع من الغلط والعيب الخفى. فالغلط يخرج الشيء عن أن يكون هو المقصود بالذات، أما العيب فلا يخرج الشيء عما يقصده المتعاقدان، ولكن يجعله لا يصلح للغرض المقصود. فمن اشترى سيارة من صنف معين، ووجدها من صنف آخر، يستطيع طلب بطلان البيع للغلط، وله أن يرفع دعوى البطلان فى مدة خمس عشرة سنة، أما اذا وجد السيارة من الصنف الذى يطلبه، ولكن اكتشف فى آلياتها خلا، فلا يستطيع طلب بطلان البيع للغلط، بل يرجع بدعوى الضمان للعيب، ويطلب فسخ البيع لا بطلانه، وقد يطلب إنقاص الثمن تبعا للظروف، ويجب أن يرفع دعواه فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بالخلل .

أما وقد تغلب المعيار النفسى، وأصبح الغلط فى الشيء ليس هو الغلط فى مادته، بل فى الأوصاف التى اعتبرها العاقد، وكانت هى الدافع الرئيسى له الى التعاقد، فقد أصبح التمييز بين الغلط والعيب الخفى دقيقا . فالسيارة التى يوجد خلل فى آلياتها، ويجهل المشتري ذلك، يمكن القول أن بها عيبا خفيا، أو أن المشتري قد وقع فى غلط عند شرائها . لذلك نرى

= ظروف القضية ونية المتعاقدين، ويحصل ذلك غالبا فى العقود التجارية، اذا وقع الغلط فى صنف البضاعة، فيكفى فى كثير من الأحوال أن يعدّل الثمن تبعا للصنف (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٨ — محكمة النقض الفرنسية فى ٣٠ يولييه سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ — ١ — ٣٤٠ — ١٥ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ — ١ — ١٩٢ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ١١٠ — محكمة ليون الاستئنافية فى ٢١ مايو سنة ١٨٩٧ سيريه ١٩٠٠ — ٢ — ٢٩٧ — محكمة باريس الاستئنافية ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ — ٢ — ٢١٠) .

وقد تقدّمت الإشارة الى أن القضاء الفرنسى يستخدم فى كثير من الأحوال نظرية السبب بدلا من نظرية الغلط، فيستطيع بذلك أن ينقص من الثمن، بدلا من إبطال العقد كله، ويبنى حكمه على أن السبب معدوم فى جزء من العقد لا فى كل العقد (انظر مذكرات الأستاذ ليني أولمان السابق الإشارة إليها ص ٣٨٢) .

وقد تصعب الملاءمة بين إنقاص الثمن ونظرية البطلان للغلط، ولكن يجوز فى كثير من أحوال الغلط فى الشيء أن يلجأ المشتري الى دعوى ضمان العيوب الخفية، بدلا من دعوى البطلان للغلط، كما سيتبين ذلك مما يلى، وفى هذه الحالة يستطيع أن يطلب إنقاص الثمن اذا لم يحتج الفسخ، أو اذا لم يستطع طلبه، طبقا للقواعد المقررة فى ضمان العيوب الخفية .

أن يختار المشتري بين الدعويين ، فإذا كان العيب جسيما الى حد أنه لو علم به وقت الشراء لما أقدم على التعاقد ، أمكن أن يرفع دعوى العيب الخفى في الميعاد المحدد في القانون (أى ثمانية أيام من وقت العلم بالعيب) ، ويطلب في هذه الحالة فسخ البيع (م ٣١٤ - ٣٨٨/٣١٥ - ٣٨٩) ، وله كذلك أن يعتبر التعاقد مبنيًا على غلط في الأوصاف المعتبرة في الشيء ، فقد اشترى سيارة وهو يعتقد أنها سليمة من الخلل ، فتبين غلطه في ذلك ، فله أن يرفع دعوى البطلان في ميعاد خمس عشرة سنة من وقت التعاقد (لا من وقت العلم بالخلل كما في العيب الخفى) . أما إذا كان الخلل ليس بهذا التدرج من الجسامة ، وتبين أن المشتري كان يعمى في صفقته حتى لو علم بالعيب وقت الشراء ، لم يكن له إلا رفع دعوى العيب ، ولا يطلب في هذه الحالة إلا إنقاص الثمن (م ٣١٨ - ٣١٩/٣٩٣ - ٣٩٤) ، وليس له أن يرفع دعوى البطلان للغلط ، لأن الغلط هنا لم يكن هو الدافع الرئيسى للمشتري الى التعاقد^(١) .

على أنه ان صح أن كل عيب خفى ، اذا كان جسيما ، يؤدى في الوقت ذاته الى وجود غلط في الشيء ، فان العكس لا يستقيم ، فقد يوجد غلط في الشيء ، دون أن يكون هذا الغلط ناشئا عن عيب خفى ، كما في المثل المتقدم ، اذا اشترى شخص سيارة من صنف معين ، ويتضح بعد ذلك أنها من صنف آخر ، فقد رأينا أن هذا يعتبر غلطا ، ولكنه لا يعتبر عيبا خفيا ، ولا يكون للمشتري في هذه الحالة إلا أن يرفع دعوى البطلان للغلط . وكذلك لو اشترى شخص

(١) والقضاء الفرنسى يؤيد هذا رأى : محكمة النقض الفرنسية في أول مارس سنة ١٨٩٩ سيرة ٩٩ - ١ - ٢٢١ - حكم آخر في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ سيرة ١٩٢٣ - ١ - ٣٨٨ - محكمة اميان الاستئنافية في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٢ سيرة ١٩٢٢ - ٢ - ١٠٢

وقد ميزت محكمة الاستئناف المخططة في احدى القضايا بين الغلط والعيب ، وجعلت الخفاء أساس التمييز . فالعيب ما يكون خفيا ولا يظهر حتى بعد فحص دقيق . أما الغلط فخالة تقوم بالفس تحملها على توهم صحة شئ غير صحيح . وتظهر عدم الصحة هذه بالفحص والاختبار (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٠) .

ويذهب بعض الفقهاء الى عدم جواز اجتماع دعوى الغلط ودعوى العيب ، فاذا تحققت شروط العيب الخفى ، وجب الاقتصار على رفع دعوى العيب ، ولا يجوز العدول عنها الى دعوى الغلط ، حتى لو توافرت شروطها ، لأن العيب أخص من الغلط ، والمأم يتقيد بالخاص (بلانيول وريير واسمان ١ فقرة ١٨٤) انظر في هذا الموضوع بفنوار ص ٦٠٤ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٠٧ - لوران ٢٦ فقرة ٢٧٨ - بيدان فقرة ١١٣ - بودرى وسينيا فقرة ١٤٤ - ديموج ١ فقرة ٢٧٠ - والنون ١ ص ٢٠٠ - ص ٢٠٢

صورة على أنها من صنع مصوّر مشهور، وظهر أنها ليست من صنعه، ففي هذه الحالة يكون هذا غلطا في الشيء، ولكنه لا يعتبر عيبا خفيا^(١).

* ٣٥٩ (٢) الغلط في شخص المتعاقد — (erreur sur la personne) —

لم يرد في القانون المصري نص خاص بالغلط في شخص المتعاقد، كما ورد في القانون الفرنسي، فقد تقدم أن القانون المصري اقتصر على ذكر الغلط الدافع في "أصل الموضوع المعتبر في العقد". ولكن ذلك لا يعني أن المشرع المصري لم يرد أن يجعل للغلط في غير الموضوع أثرا في صحة العقد، بل هو قد قرر بعبارة عامة في المادتين ١٣٣/ ١٩٣ أن الرضاء لا يكون صحيحا إذا وقع عن غلط، وأراد بذلك نقل النظرية الفرنسية، مع تعديل في اللفظ أدخله في المادتين ١٣٤/ ١٩٤ وأخذه عن القضاء والفقهاء في فرنسا كما قدمنا.

ومما يدل على أن المشرع المصري يعتد بالغلط في الشخص، أنه ذكر بعض تطبيقات لذلك، فقرر في عقد الصلح أنه لا يجوز الطعن فيه إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع في الشخص أو في الشيء (م ٦٥٧/٥٣٥) فذكر الغلط في الشخص في هذا الموضوع^(٢).

(١) كذلك إذا اشترى شخص شيئا على أنه أثير، ويتبين أنه مجرد تقليد، يكون هذا غلطا لا عيبا خفيا (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩).

هذا والظاهر أن وجود نظريتين مختلفتين لشيء واحد (الغلط والعيب الخفي) — وكان يمكن الاستغناء بنظرية الغلط عن نظرية العيب — يرجع الى القانون الروماني. فقد كان هذا القانون قبل أن يعرف العقود المبنية على حسن النية (contrats de bonne foi)، لا يسلم بأن يكون للغلط أثر في صحة العقد، فاضطر أن يوجد جزاء للعيب الخفي في عقد البيع، وهي حالة خاصة من أحوال الغلط جدية بالنظر. ثم لما وجدت العقود المبنية على حسن النية، واعترف بالغلط مؤثرا في صحة العقد، أصبحت نظرية الغلط كقيلة بعلاج أحوال العيب الخفي، وكان يمكن الاستغناء بها عن نظرية العيب، ولكن نظرية العيب بقيت بالرغم من ذلك. على أننا نلاحظ أنه يمكن حتى الآن الاستعانة بنظرية العيب في حالة ما إذا أريد إقاص الثمن فقط، فقد قدمنا أن نظرية الغلط لاتعين على ذلك (مع خلاف في الرأي سبقت الإشارة اليه)، فلم يبق إلا الالتجاء لنظرية العيب.

(٢) وقد نقل المشرع المصري النص المتعلق بالغلط في عقد الصلح من نص المادة ٢٠٥٣ من القانون المدني الفرنسي، وقد قضت هذه المادة بأن الصلح يجوز إبطاله، إذا كان هناك غلط في الشخص أو في موضوع النزاع. أما القانون المصري فقد أضاف كلمة "محسوس" الى "الغلط"، فصار بذلك أوضح من القانون الفرنسي في معنى أن الغلط لا يبطل الصلح إلا إذا كان غلطا دافعا. على أن أكثر الفقهاء الفرنسيين يميزون في عقد الصلح بين الغلط الدافع الذي يبطل العقد، والغلط غير الدافع الذي لا يبطله، (ديمولومب ٢٤ فقرة ١٢٠ — هيك ١٢ فقرة ٣١٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤ — بودرى وقال في الصلح فقرة ١٢٤٥ — بلانيول ٢ فقرة ٢٢٩٩). وان كان هناك من الفقهاء من يفسر النص على أن الغلط في الشخص في عقد الصلح يكون دائما جوهريا مبطلا للعقد (ديرانثون ١٠ فقرة ١٢٤ — لوران ٢٨ فقرة ٣٣٣).

لذلك لا محل للشك في أن القانون المصري — كالقانون الفرنسي — يجعل الغلط سببا لبطلان العقد، متى كان هو الدافع الرئيسى الى التعاقد، طبقا للمعيار الذى تقدم ذكره، سواء وقع الغلط فى الموضوع، أو فى الشخص، أو فى شيء آخر غير الموضوع والشخص^(١).

* ٣٦٠ — تطبيق معيار "الغلط الرافع" — وإذا طبقنا معيار "الغلط الدافع" على الغلط فى الشخص^(٢)، رأينا أن هذا النوع من الغلط لا يؤثر فى كثير من الأحوال فى صحة العقد، لا سيما إذا كان العقد تغلب فيه فكرة التعامل المالى قبل النظر الى شخصية المتعاقدين. فمن يؤجر منزله إنما يريد بذلك أن يستغله، ويستوى لديه الأمر، فى كثير من الأحيان، أن كان المستأجر هذا أو ذاك، وكذلك الأمر فى عقد البيع وفى عقود أخرى.

إلا أن هناك من العقود ما تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار، فعقود التبرع بوجه عام ينظر فيها لشخصية من صدر له التبرع^(٣)، كما فى الهبة وعارية الاستعمال والوكالة والكفالة. ومن عقود المعاوضة ما تعتبر فيه شخصية المتعاقد، كما فى الوكالة والكفالة إذا كانا بأجر، وكما فى الوديعة المأجورة، وفى المزارعة والشركة. بل أن بعض عقود المعاوضة مما لا ينظر فيها عادة الى شخصية المتعاقدين قد تصبح فيها هذه الشخصية محل اعتبار فى بعض الظروف، فقد قدمنا أن البيع لا تهم فيه شخصية البائع أو المشتري فى العادة، ولكن إذا كان الثمن فيه مؤجلا، فإن المشتري، وقد أصبح موضع ثقة عند البائع، يصبح لشخصيته اعتبار^(٤).

فاذا كانت شخصية المتعاقد معتبرة فى العقد، وكانت هى الدافع الرئيسى الى التعاقد، فإن الغلط فى هذه الشخصية يوجب بطلان العقد بطلانا نسبيا لمصلحة من وقع فى الغلط من

(١) انظر عبد السلام ذهني بك فى الالتزامات ص ١١٣ — الأستاذ محمد صالح ص ٢٢٥

(٢) وقد نص القانون الفرنسى صراحة على تطبيق هذا المعيار فيما يتعلق بالغلط فى الشخص، فففى المادة ١١١٠ بأن الغلط ليس بسبب فى البطلان، إذا لم يقع إلا فى الشخص الذى قصد التعاقد معه، ما لم يكن اعتبار شخصيته هو السبب الرئيسى للتعاقد.

(٣) وفى أحوال استثنائية، قد لا ينظر الى ذاتية من صدر له التبرع، بل الى صفة معينة فيه، كهيئة تعطى للتفكير. فان أى فقير يستحق الهبة، ولكن صفة الفقر يجب توافرها (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٢ ص ٢٤١ — ص ٢٤٢ — جوسران فى الباعث فى الأعمال القانونية فقرة ٤٦ وما بعدها).

(٤) وهناك عقود معاوضة أخرى ينظر فيها لشخصية المتعاقد، كالتعاقد مع مهور. فنصود بالذات، أو مع ممثل معروف أو نحو ذلك (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢ ص ١٠٠ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٢ ص ٢٤٢). انظر فى الغلط الواقع فى الشخص فى عقد الإيجار كتاب الإيجار للؤلف فقرة ٤٠

المتعاقدين . وهذا ما نص عليه صراحة القانون الفرنسى فى الفقرة الثانية من المادة ١١١٠ . وقد تقدم ذكرها .

وتقدير ما اذا كانت شخصية المتعاقد معتبرة فى العقد أو غير معتبرة ، مسألة وقائع ، ينظر فيها الى ظروف الدعوى ، مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين ^(١) . والمعيار هنا نفسى لا مادى ، فان نية المتعاقدين هى التى يرجع اليها فى معرفة ما اذا كانت شخصية أحدهما أو كليهما هى الدافع الرئيسى الى التعاقد . وقد تقدم ان هذا المعيار النفسى هو الذى يطبق فى جميع نواحي نظرية الغلط .

* ٣٦١ - الغلط فى صفات الشخص الجوهرية - على أنه ليس من الضرورى أن يكون الغلط فى الشخص واقعا فى ذاتية المتعاقد ، فقد يقع فى صفة جوهرية فيه تكون هى التى دفعت الى التعاقد ، فيكون الغلط مبطلا للعقد فى هذه الحالة . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع أحد الفنانين (مهندس أو صانع فى عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية تدل على مهارته فى عمله ، فيتضح أنه غير ماهر فى فنه وليست لديه شهادة تدل على ذلك . وكأن يؤجر شخص منزلا لامرأة يعتقد أن سلوكها لاربية فيه ، فيتضح أنها امرأة تحترف العمارة ، حتى لو لم تكن تبشر مهنتها فى المنزل ^(٢) . وكأن يهب شخص لآخر مالا معتقدا أن هناك رابطة قرابة تربطه به ، فيتضح أن الأمر غير ذلك ^(٣) . ومن ذلك يتبين أن الغلط فى الصفة الجوهرية فى الشخص يقع تارة على صفات فنية ، ويكون تارة فى صفات أدبية ، ويتعلق طورا بالحالة المدنية ، وهكذا ^(٤) .

(١) أوربى ورو ٤ ص ٤٩٣ وهامش نمرة ٤ - ديمولوب ٢٤ فقرة ١٠٩ - لوران ١٥ ص ٤٩٨ - هيك ٧ فقرة ٢٧ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢

(٢) محكمة نانت الابتدائية فى ١٠ يولييه سنة ١٨٩٤ جازيت دى باليه ٩٤ - ٢ - ١٧٦ - انظر عكس ذلك بودرى وقال ١ فقرة ٥٥

(٣) ديمولوب ١٨ فقرة ٣٩٠ - لوران ١١ فقرة ١٢٨ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣ ص ١٠١ - هامش نمرة ٤

(٤) ومن الأثلة على الغلط فى صفة جوهرية فى الشخص أن يتعاقد شخص مع قاصر بين الثمان عشرة والواحدة والعشرين ، وهو يجهل أن قانونا جديدا رفع سن الرشد الى الواحدة والعشرين . فالغلط هنا فى القانون ، ويتعلق بصفة جوهرية فى الشخص وهى الأهلية للتعاقد . فالعقد باطل بطلانا نسبيا لمصلحة القاصر لنقص أهليته ، وباطل كذلك بطلانا نسبيا لمصلحة الطرف الآخر للغلط . ويمكن أن يعتبر غلطا فى صفة جوهرية فى الشخص ، أن يتعاقد شخص مع شركة تأمين ، =

٣٦٢ - الوقوف عند الصفات الجوهرية وعدم التوسع في ذلك -

ومع ذلك يجب الاحتراز من التوسع في القاعدة المتقدمة . فالغلط في مقدرة التعاقد المالية لا يوجب بطلان العقد، كما اذا تعاقد شخص مع مقاول على بناء "عمارة" كبيرة ، واتضح أن هذا المقاول على درجة من العسر المالى لا تمكنه من القيام بالعمل المطلوب ، ففي مثل هذه الحالة لا يكون العقد باطلا للغلط ، بل يجوز طلب فسخ العقد لعدم التنفيذ^(١) . كذلك اذا تعاقدت مع مدين معسر ، لا يكون العقد باطلا للغلط ، وعلى أن أتحمّل تبعه تقصيرى في الاستعلام عن مقدرة مدينى المالية، أو في الحصول على ضمان للدين، على أنه يجوز جعل اليسار صفة جوهرية تعتبر عند التعاقد ، اذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على ذلك^(٢) . كذلك

= يحسبها ذات أفساط ثابتة (à primes fixes) فاذا هى شركة تعاونية (mutuelle) . وقد تقدم ذكر هذا المثال على أنه غلط في ماهية العقد مما يكون سببا في البطلان المطلق لا البطلان النسبي (انظر محكمة النقض الفرنسية في ٦ مايو سنة ١٨٧٨ دالرز ٨٠ - ١ - ١٢ - حكما ثانيا في ١٤ يناير سنة ١٩٠٢ جازيت دى تريبيون ١٩٠٢ - ١ - ٢٠٦ - حكما ثالثا في ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت دى باليه ١٩١٤ - ١ - ٢٢٩) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا أمن شخص على سيارة ، وكان من شروط التأمين أن يكون هو المالك الوحيد للسيارة ، ولكنه كان يجهل هذا الشرط ، ولم يكن ليتعاقد لو علم به ، فان العقد يكون باطلا للغلط (٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٤) . كذلك اذا رضيت الحكومة باستقطاع جزء من مرتب موظف على حساب المعاش بناء على نظام معين معتقدة أن الموظف خاضع لهذا النظام ، فاذا هو خاضع لنظام آخر (لائحة توفيق) فان هذا لا يكسب الموظف حقا في معاملته بالنظام الذى عومل به خطأ (محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٨) .

ويجوز القضاء الفرنسى على سنة عدم التمسك بالغلط في الصفات الجوهرية في الشخص في عقد الزواج ، وذلك ثبينا لدعائم هذا العقد ، ووقاية له من التعرض والهز للطلاق (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٢ ص ٢٤١ - محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في ٢٤ أبريل سنة ١٨٦٢ دالرز ٦٢ - ١ - ١٥٩ - محكمة انجيه الاستئنافية في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالرز الأسبوعى ١٩٢٩ ص ١٥٤) . أما في الوصية ، وهى عمل قانونى صادر من جانب واحد ، فالقضاء الفرنسى ومعه الفقه يجرى على سنة عكسية ، فيبطل الوصية لغلط في صفة جوهرية في شخص الموصى له ، احترازا لارادة الموصى ، وهى ارادة يجب احترامها الى أقصى حد (انظر في هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٧٩ - كابيتان في السبب فقرة ٢٩ وقرة ٢١٦ - جومران في الباعث فقرة ٣٧) .

(١) وعلى فرض أن الشخص الذى تعاقد مع المقاول قد وقع في غلط بشأن مقدرة المقاول المالية ، فان هناك تقصيرا من جهته لعدم اتخاذ ما يلزم من الاحتياطات للاستيناق من قيام المقاول بالتزاماته .

(٢) وقد نصت المادتان ٣٥٢/٤٠ على مثل ذلك . اذ قررنا أن الحيل لا يضمن يسار المدين في الحال ولا في الاستقبال ، إلا اذا وجه شرط صريح لكل من الحائزين المذكورتين . ولكن بلا حظ هنا أن الحال له يرجع على الحيل بدعوى ضمن لا بدعوى غلط ، وأن اليسار اشتراط ليس صفة في أحد المتعاقدين (الحيل والحال له) بل صفة في شخص ثالث (الحال عليه) ليس طرفا في العقد .

لا يكون غلطا مؤثرا في صحة العقد ان أخطئ في تقدير صدق معاملة المدين، أو في عدم مماطلته، أو في مهنة المستأجر، فأتوهم مثلا أنه موظف ويتضح أنه محام، إلا اذا كنت أجرت له المنزل للسكنى، ولكنه يباشر مهنته فيه، فان فعل، كان لى أن أطلب فسخ العقد لمخالفة الشروط، لا البطلان للغلط. ولا أثر للغلط كذلك اذا أجرت منزلى لشخص اعتقدت أنه متزوج فتبين أنه أعزب، ما دمت لم أشرط ذلك في العقد، أو اذا أجرت المنزل لشخص اعتقدت أنه لا ولد له، فتبين أنه كثير العيال، ما دام ان هذا لم يكن موضعاً للاتفاق بيننا^(١).

والواقع أنه يصعب في الأحوال المتقدمة أن يثبت المتعاقد أن الغلط الذى وقع فيه كان هو الدافع له الى التعاقد، واذا فرض أنه استطاع ذلك فأبطل العقد، يبقى أنه يجب عليه تعويض المتعاقد الآخر، اذا لم يكن هذا عالما، ولم يكن يمكنه أن يعلم بالصفة التى يعلق عليها الطرف الأول كل هذه الأهمية، وخير تعويض في هذه الحالة هو إبقاء العقد قائما، وسنعود الى تفصيل ذلك فيما يلى.

* ٣٦٣ — الغلط في الباعث — (erreur sur le motif, le mobile) — تقدم القول أن النظرية التقليدية تميز بين الغلط في السبب والغلط في الباعث، فتجعل الأول يبطل العقد بطلانا مطلقا، وتجعل الثانى لا أثر له في صحة العقد.

ولكن اذا طبقنا معيار "الغلط الدافع"، لا يعود هناك محل للفرقة بين السبب والباعث. وعلى ذلك قد يكون الغلط في الباعث، كالغلط في الموضوع والغلط في الشخص، سببا في بطلان العقد، على خلاف ما تقرره النظرية التقليدية^(٢).

(١) ولا يكون العقد بين محل تجارى ووكيل له، تبين أنه اسرائيلى، باطلا بدعوى أن المحل التجارى كان مجهول وقت التعاقد الدين الذى ينتمى اليه الوكيل. ما دام أن المحل التجارى لم يظهر للوكيل أنه يعلق أهمية ما على ذلك (محكمة بيزانسون الاستئنافية في ٥ يرييه سنة ١٨٩٩ جازيت دى باليه ٩٩ — ٢ — ١٥٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٧ ص ١٠٧ هامش نمرة ١).

(٢) بل أن الغلط في الباعث — بعد تطبيق معيار الغلط الدافع — يصبح من الأهمية بمكان عظيم، اذ يغلب أن يكون هذا النوع من الغلط، ما دام قد وقع في الباعث، غلطا دافعا الى التعاقد، فيكون سببا في بطلان العقد، بعكس ما تقضى به النظرية التقليدية، كما سبق أن رأينا.

ونلاحظ أنه طبقا للنظرية الحديثة في السبب، وهى نظرية تجعل من الباعث سبب الالتزام اذا كان هو الدافع الى التعاقد، يكون الغلط في الباعث هو غلط في السبب، ويكون العقد المشوب بمثل هذا الغلط باطلا بطلانا مطلقا لا بطلانا نسبيا، بخلاف الغلط في الشيء أو في الشخص أو في القيمة.

* ٣٦٤ - أُمثلة على الغلط في الباعث - من الأمثلة على الغلط في الباعث أن يصطلح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول للثاني جزءا من الشيء الموصى به دون الباقي ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى كان قد عدل عنها . فهذا الصلح يكون باطلا للغلط في الباعث ، لأن الوارث لم يدفعه الى هذا الصلح إلا اعتقاده أن الوصية قائمة .

كذلك اذا باع شخص عينا لوارث وهو مريض ، وكان يعتقد وقت البيع أنه في مرض الموت ، ثم شفى من المرض ، فهو اذا كان لا يستطيع الطعن في البيع بدعوى أنه صدر منه وهو في مرض الموت ، لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة ، وبشرط أن ينتهى المرض الذى صدر فيه البيع بالموت ، إلا أنه يجوز على ما نرى أن يطعن البائع في العقد بالغلط في الباعث ، فقد كان الدافع له على البيع اعتقاده أنه يموت ، وقد تبين خطأه في ذلك .

٣٦٥ (٤) الغلط في القيمة (erreur sur la valeur) - وهنا أيضا نرى أن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزنا ، فلا تجعله يؤثر في صحة العقد . أما اذا طبقنا معيار الغلط الدافع ، وجب أن نقول أن الغلط في قيمة الشيء ، اذا كان هو الدافع الرئيسى الى التعاقد ، يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا . فاذا باع شخص سهما بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب بطلان البيع ، للغلط في قيمة الشيء الذى باعه ، وهو غلط قد وقع فيه وقت البيع لما باع السهم بالقيمة التى باعه بها .

إلا أن هذه القاعدة تصطدم بقاعدة أخرى ، فإن الغلط في قيمة الشيء يترتب عليه وجود غبن في العقد ، والغبن لا يؤثر في صحة العقد إلا في أحوال حددها القانون . فاذا قلنا بأن

(١) كذلك اذا صدر البيع من المريض ، وهو يعتقد أنه في مرض الموت ، ومات بالفعل ولكن بسبب آخر غير هذا المرض ، فانه يمكن الورثة أن يطعنوا في البيع بالغلط في الباعث ، وهم يستمدون هذا الطعن من موثرهم ، فيسرى عليهم تاريخ العقد ولو كان عرفيا إذا عجزوا عن الطعن بمرض الموت ، وهو طعن يثبت لهم بطريق مباشر ، فلا يتلقونه من المورث ، ولا يدعى عليهم فيه تاريخ العقد إلا اذا كان ثابتا . وهم قد يعجزون عن الطعن بمرض الموت ، لأن المرض ذاته الذى صدر فيه البيع لم ينته بالموت ، بل مات البائع بسبب آخر .

وانظر في الغلط في الباعث محكمة النقض الفرنسية في ٣٠ يولييه سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ - ١ - ٣٤٠ - حكما آخر في ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٥ - ١ - ٢١٢ - حكما ثالثا في ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ص ٧٧ - محكمة باريس الاستئنافية ٩ فبراير سنة ١٨٦٧ سيريه ٦٧ - ٢ - ١٢٩ - محكمة روان الاستئنافية في ١٥ يولييه سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ٢ - ٢٤٣

الغلط في القيمة يبطل العقد متى كان غلطا دافعا، ترتب على هذا أن كل غبن جسيم، إذا كان سببه الغلط، يبطل العقد، حتى في غير الأحوال التي حددها القانون. وهذه النتيجة وقف أمامها القضاء المختلط وقفة المتردد، فتارة يقرها، وطورا لا يرضى بها^(١).

(١) ففي قضية اتفق فيها صاحب لبضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما على حساب حجم البضاعة أو على حساب وزنها طبقا لما يختاره صاحب السفينة، طالب هذا الأخير الطرف الأول بالسعر على حساب الحجم. وتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أو تسعة أضعاف، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك، بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر أقل بكثير جدا من السعر الذي يطالب الآن به. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بطلان العقد للسبب (١٦ ماي سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ جازيت ٧ ص ١٣٥ فقرة ٤٠٠). وفي قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط في الثمن يكون سببا في بطلان العقد، إذا كان غلطا يؤثر تأثيرا كبيرا في الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية في التعاقد (٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١). وكانت المحكمة قبل ذلك في قضية سابقة قد عرضت للموضوع، وتساءلت هل يبطل الغلط في الثمن العقد، ولكننا تركت المسألة دون جواب، لعدم وجود ما يدعو إلى ذلك في القضية التي كانت تنظرها (٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤).

وفي قضية كان المدين فيها موطانيا بالدفع بالعملية المصرية، فدفعت للدائن بالعملة الفرنسية، وقبل ممل الدائن (وكان حارسا قضائيا) الوفاء بهذه العملة، معتقدا أن الاتفاق يعطى المدين هذا الحق، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالعملية المصرية، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بالزام المدين بدفع الفرق بين سعر العملتين في اليوم الذي كشف فيه هذا الغلط (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٦ — جازيت ١٦ ص ٢٦٦ فقرة ٢٦١). كذلك إذا استوفى الدائن مبلغا أقل مما يستحقه عن غلط منه، لم يكن هذا الوفاء مبررا لذمة المدين في كل الدين (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٥). انظر أيضا في الغلط في القيمة في عقد النخارج محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ جازيت ١٣ ص ٢٨ نمرة ٤١، وحكما آخر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٣ جازيت ٧ ص ٤١ نمرة ١٢٥، وحكما ثالثا في ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠.

(٢) ففي قضية باع فيها وكيل بالعمولة باسمه بغض مجوهرات موكله، ثمن أقل من الثمن الذي حدده الموكل، لغلط وقع فيه الوكيل عند تلقى تعليمات موكله، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن هذا الغلط في القيمة لا يكون سببا في ابطال العقد، مادام الوكيل قد باع المجوهرات باسمه. أما إذا كان قد باعها باسم موكله، فإن العقد يكون باطلا لا للغلط، بل لمجاوزة الوكيل لحدود الوكالة (١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢). انظر أيضا حكما آخر في أول ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٢٨، وحكما ثالثا في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك أن الغلط في القيمة في عقد الصانع لا يكون سببا في بطلانه، لأن هذا يكون مجزؤا لا يؤثر في صحة العقد (٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٥)، وأن الغلط في قيمة الشيء المبيع لا يكون سببا في بطلان البيع، إلا في الأحوال التي يؤثر فيها الغبن في صحة العقد (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٤٦)، وأن غلط المشتري في قيمة الأرض التي اشتراها لا يؤثر في صحة البيع (١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٢ ص ٩٠ نمرة ٨٩)، وأن غلط البائع في قيمة الأرض المبيعة، بأن يبيعها بسعر أرض زراعية، مع أنها أرض بناء، لا يعتبر غلطا في الشيء، بل هو غلط في القيمة لا يؤثر في صحة البيع، إلا إذا توافرت شروط الغبن الفاحش، وكان البائع قاصرا (١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٢ — جازيت ٢٢ ص ٨٩ نمرة ٨٨).

ونحن لا نرى ما يمنع من التسليم بأن الغبن يبطل العقد بوجه عام ، حتى في غير الأحوال الخاصة التي أشار إليها القانون ، متى ثبت أن هذا الغبن كان نتيجة غلط دافع ، وإن هذا الغلط كان مشتركا ، أو أن الطرف الآخر كان يعلم به أو كان يستطيع أن يعلم به ، على النحو الذي سنفصله عند الكلام على الغلط الفردي والغلط المشترك . أما الغبن الذي لا يؤثر في صحة العقد إلا في أحوال خاصة ، فهو غبن لم يكن نتيجة غلط دافع ، أو تدليس أو إكراه^(١) .

(ج) الغلط الفردي والغلط المشترك (erreur unilatérale et erreur commune)

* ٣٦٦ - نظرية الغلط المشترك وتفسيرها - كثيرا ما يتناقش الفقهاء فيما إذا كان الغلط - على فرض أنه وقع في حالة من الأحوال التي يكون فيها سببا في البطلان - يكفي أن يكون فرديا ، أى قائما في ذهن المتعاقد الذي وقع في الغلط وحده ، أو يجب أن يكون مشتركا ، أى قائما في ذهن المتعاقدين معا . وقد انقسموا الى فريق يأخذ بالرأى الأول^(٢) ، وفريق يأخذ بالرأى الثاني^(٣) .

= أما القضاء الفرنسي فيبطل العقد للغلط في القيمة في كثير من الأحوال ، وهو في بعض الأحيان يلمس سببا للبطلان غير الغلط : محكمة جرينوبل الاستئنافية في ٢٤ يولييه سنة ١٨٣٠ سيريه ٣١ - ٢ - ٩٥ (كانت القيمة التي دفعت تافهة الى حد أن المحكمة اعتبرت أن السبب غير موجود) - محكمة النقض الفرنسية في ١٥ فبراير سنة ١٨٩٨ داللو ٩٠ - ٦ - ١٩٢ (متجر بيع بأكثر من قيمته ، وقد افترضت المحكمة وجود غش من البائع لمجرد أنه لم يكشف للشترى عن القيمة الحقيقية للتاجر) - حكم آخر في ١١ يونيو سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٣٩٨ - حكم ثالث في ١٣ يونيو سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٣٤٧ وقد يكون السعر محددا ، كما في أجر السكك الحديدية ، فلا تجوز مجاوزته (محكمة النقض الفرنسية في ٨ يولييه سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ١٠٤ - حكم آخر في ٦ مايو سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٢١) . (انظر في هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٦ ص ٢٤٩) .

(١) وإذا قيل أن الغبن لا يكون عادة إلا نتيجة غلط أو إكراه ، طبقا للنظرية النفسية في الغبن ، على ما سيأتى ذكره ، فإن ذلك لا يعنى أن الغبن إذا وجد في العقد يكون سببا في إبطاله دائما من طريق الطعن فيه بالغلط أو الإكراه ، فكثيرا ما يحدث أن الشروط الواجب توافرها في الغلط والإكراه لا توجد ، فلا يجوز الطعن في العقد بالغلط أو الإكراه ، ويبقى الغبن وحده غير كاف للطعن ، إلا في الأحوال التي حددها القانون .

(٢) ماركاديه ٤ فقرة ٤٠٩ - كوليه دى سانتير ٥ فقرة ١٦ مكررة نمرة ٤ - أوربى ورو ٤ ص ٤٩٦ - ديملوم ٢٤ فقرة ١٠٠ - فقرة ١٠٣ - لوران ١٥ فقرة ٥٠٢ - ٥٠٤ - بفرنار ٥٩٨ ص ٦٠٤ - بيدان ١١٦ - كولان وكايدان ٢ ص ٢٨٢ - دى هلاس ١ لفظ اتفاق (Convention) فقرة ٥٨ - قارن والنون ١ ص ١٦٩ - ص ١٧٠

(٣) توليه ٤ فقرة ٥٥ - ديفرجيه في البيع ١ فقرة ٣٠٠ - تروبلنج ١ فقرة ١٥ - جوسران في الباعث فقرة ٦٥ - ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ٤٤ - هالتون ١ ص ٣١٧

وقد تستغرب المناقشة في أمر كهذا، فانه متى سلمنا بأن ارادة أحد المتعاقدين قد شابها غلط كان هو الدافع الرئيسى الى التعاقد، وجب القول ببطلان العقد، سواء كان التعاقد الآخر قد اشترك معه في الغلط أو لم يشترك . ولكن الفقهاء الذين يقولون بالغلط المشترك إنما يقصدون من وراء هذا استقرار المعاملات وثباتها ، لأن الغلط قد أصبح الآن معياره نفسيا يرجع فيه الى نية التعاقد، فاذا لم يكن مشتركا، وانفرد به أحد المتعاقدين، فاجأ التعاقد الذى انفرد بالغلط التعاقد الآخر بطلب بطلان العقد ، والمتعاقد الآخر لا يعلم من أمر هذا الغلط شيئا لأنه لم يشترك فيه ، فتترزع المعاملات، ولا يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن اليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر، وهو بعد لم يدخل في سريرة هذا الطرف، فيعلم أن هذا كان قد صدر رضائه عن غلط . أما اذا كان قد اشترك معه في الغلط، ثم تبين بعد ذلك حقيقة الأمر، فمن العدل أن يقره على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه، ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلقل المعاملات وعدم استقرارها . فاذا فرضنا مثلا أن شخصا باع لآخر صورة على أنها من صنع مصوّر مشهور، وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد ان الصورة من صنع هذا المصوّر، حتى يجوز للمشتري طلب بطلان العقد للغلط ، اذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما اذا كان المشتري وحده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع، فلا يكون هذا الغلط مشتركا، ولا يوجب بطلان البيع، حتى لا يفاجأ البائع بدعوى البطلان، وهو لا يعلم شيئا عن الغلط الذى وقع فيه المشتري .

هذه هي الحجج التى يقدمها أنصار الغلط المشترك للتدليل على صحة نظريتهم . ولكننا لانشك بالرغم من هذه الاعتبارات ، أن نظرية الغلط المشترك لا تتماشى مع المنطق، ولا مع العدالة، ثم هي ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملى المقصود، وهو استقرار المعاملات، إذ يمكن الوصول الى هذا الغرض من طريق آخر .

* ٣٦٧ - نظرية الغلط المشترك لا تتماشى مع المنطق - أما أن النظرية لا تتماشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك في الغلط . فيجب منطقيا إبطال العقد اذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له الى التعاقد، سواء وقع المتعاقد الآخر في هذا الغلط أو لم يقع .

* ٣٦٨ - **ولم مع العرائز** - أما أن النظرية لا تتماشى مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركا ، ولكن المتعاقد الذى صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد الآخر، وتركه مسترسلا فى غلظه دون أن ينبهه الى ذلك . فالغلط فى مثل هذه الحالة يكون فرديا ، وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقا لنظرية الغلط المشترك ، ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك غش من المتعاقد الأول ، ولنفرض أنه وقف موقفا سليبا محضا ، فإن العقد يكون صحيحا لا مطعن فيه . وبديهي أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فانه اذا كان عدلا أن يبطل العقد فى حالة اشتراك الطرفين فى الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد اذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبهه اليه .

قد يقال وماذا علينا اذا قررنا صحة العقد فى مثل هذه الحالة ، طبقا لنظرية الغلط المشترك ، ثم رتبنا فى ذمة المتعاقد الذى لم ينبه زميله لغلطه تعويضا جزاء سوء نيته أو اهماله ، تطبيقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، أو تطبيقا لنظرية الخطأ عند تكوين العقد (culpa contrahendo) وهى النظرية التى سبقت الإشارة اليها . ولكن اذا سلمنا بذلك فأى نوع من التعويض يجب اعطاؤه للمتعاقد الذى وقع فى الغلط ؟ لا شك فى أن التعويض العدل فى مثل هذه الحالة هو التعويض الذى يكفل للمتعاقد الذى لم يكن ليتعاقد لولا الغلط أن يخلص من هذا العقد خلاصا تاما بإبطاله . وهذه هى النتيجة التى نريد أن نصل اليها ، وهى تتناقض مع نظرية الغلط المشترك ، فان الغلط الفردى يكون فى مثل هذه الحالة سببا فى بطلان العقد .

* ٣٦٩ - **وليس ضرورة استقرار المعاملات** - وقد قررنا أخيرا أن نظرية الغلط المشترك ليست ضرورية لاستقرار المعاملات ، والقول بالغلط الفردى لا يتنافى مع هذا الاستقرار . لأن من يريد أن يبطل عقدا للغلط ، يجب عليه أن يثبت أنه وقع فى غلط كان هو الدافع له الى التعاقد ، ثم اذا كان الغلط الذى وقع فيه فرديا ، أى لم يشترك فيه المتعاقد الآخر ، وجب عليه أن يثبت الى جانب ذلك أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان يستطيع أن يعلم ، بالغلط الذى وقع فيه هو ، لأنه إذا لم يقيم الدليل على علم المتعاقد الآخر بالغلط ،

(١) انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٧ ، وفى قضية مصرية ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردى كاف لبطلان العقد ، حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر ، مادام أنه كان يستطيع أن يعلم به ، فقد اصطحح سنديك تاجر مفلس على دين لافلس فى ذمة إحدى الشركات ، وكان يجهل السنديك أن هذا الدين مضمون برهن ، =

أو استطاعته العلم به، افترضنا حسن نية هذا المتعاقد الآخر، أى جهله بالغلط، فإذا قررنا مع ذلك بطلان العقد، وقعنا في التناقض الذى وقع فيه أنصار نظرية الغلط المشترك، ووجب مع إبطال العقد أن نلزم المتعاقد الذى وقع في الغلط أن يعرض الخسارة التى خسرها المتعاقد الآخر بإبطال العقد، لأنه أهمل في كشف نيته، ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين، أو يستطيع أن يتبين، ما شاب إرادته من غلط، وخير تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً^(١).

= ولوعلم بذلك لما رضى بهذا الصلح. وثبت من جهة أخرى أن الشركة التى اصطالحت مع السنديك، ولو أنها لاتعلم بجهل السنديك بوجود الرهن، إلا أنها كانت تستطيع ان تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك، فأبطلت المحكمة العقد للغلط (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠ — انظر والبون ١ ص ١٧٠).

(١) انظر دى هلتس ١ لفظ اتفاق (Convention) فقرة ٥٨ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ١٢٨ ص ١١٩ — هذا والأدق من الوجهة النظرية المحضة، أن نقول أن العقد كان يطل في هذه الحالة أيضاً، وبقاؤه صحيحاً إنما يكون على سبيل التعويض. فالعقد هنا لم يرق على إرادة المتعاقدين في الواقع، لأن إرادة أحد المتعاقدين غير صحيحة وهو متمسك بالبطلان، بل قام العقد على اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات. وهذا نوع جديد من العقود يلفت النظر، وقد سبق أن أشرنا الى أمثلة أخرى على هذا النوع، منها العقد الذى يختلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، وتولد الإرادة الظاهرة ثقة مشروعة في النفس. ومنها العقد الذى لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكماً، فلا يقوم إلا على الثقة المشروعة لا على توافق الإرادتين. على أنه يلاحظ أن هناك أحوالاً يجب فيها أن يبطل العمل القانونى الذى شابه الغلط، فلا يبقى قائماً ولو على سبيل التعويض، ويقتصر التعويض على مبلغ من النقود، وذلك يكون غالباً في علاقات الأسرة كالاعتراف بالنسب، فإذا تبين أن المعترف كان واحداً في اعتقاده، وأن المعترف به كان عالماً بعدم وجود علاقة النسب، ولكنه لم يكن يعلم أو يستطيع أن يعلم بما قام في ذهن المعترف من الوهم، فالب الاعتراف بالرغم من ذلك يكون باطلاً، ولا يثبت النسب، ويعطى للمعترف به تعويض مالى عما يكون قد أصابه من الضرر من وراء التسرع في هذا الاعتراف.

ويتبين مما تقدم أنه في غير الحالات الاستثنائية التى أشرنا إليها، اذا استطاع المتعاقد الذى وقع في الغلط أن يثبت علم المتعاقد الآخر بهذا الغلط أو استطاعته العلم به، تمكن من إبطال العقد. وهذا يفسر أن المتعاقدين يلجأ، في أكثر الأحيان، الى طريقة تيسر عليه هذا الإثبات، وذلك بأن يبين في العقد صراحة ما قام في ذهنه من الاعتبارات التى دفعته الى التعاقد، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشيء أو فى الشخص، أو الباعث الذى حمله على أن يتعاقد، أو القيمة التى يقدرها للشيء، حتى يثبت بذلك علم المتعاقدين الآخر بما قام في ذهنه وقت التعاقد، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان واحداً فيما قدره، ثبت في الوقت ذاته أن المتعاقد الآخر كان عالماً بما وقع فيه من الغلط. وقد سبقت الإشارة الى رأى الأستاذة بلانيول وريبير وامان من أن الأجدد بالتعاقد أن يحتاط، اذا أراد اعتبار وصف الشيء جوهرياً، فيشترط ذلك صراحة في العقد (انظر آنفاً فقرة ٣٥٧). والقضاء الفرنسى يلجأ في كثير من أحوال الغلط، الى الاستناد الى أن الشيء الذى وقع فيه الغلط كان محل بيان في العقد. انظر أيضاً الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ١٢٨، والأستاذ بسطوروس في تعليقاته على القانون المدنى المختلط م ١٩٤ فقرة ٥ مكررة هامش نمرة ٢ حيث يذهب الى أن المشرع المصرى، وقد نص صراحة على أن الغلط يجب أن يقع في الرابطة الأصلية التى كانت محل اعتبار في العقد (dans le contrat)، يقصد من ذلك أن الشيء الذى وقع فيه الغلط يجب أن يكون مبنياً في العقد، ومعلومًا من الطرفين، وإلا فذكر المشرع أن الرابطة الأصلية هى محل اعتبار، لا في العقد، بل من أحد المتعاقدين.

من ذلك نرى أن القول بنظرية الغلط الفردي يجب أن يكون على التفصيل الآتي : أن المتعاقد الذي يدعى أو ارادته قد شابهها غلط ، ويطلب بطلان العقد لذلك ، يجب عليه أن يثبت أمرين : (أولاً) وجود هذا الغلط ، وأنه هو الذي دفعه الى التعاقد . (ثانياً) أن هذا الغلط قد اشترك فيه المتعاقد الآخر ، أو إذا لم يكن قد اشترك فيه ، فقد علم به ، أو كان يستطيع أن يعلم به ^(١) .

إذا حددنا نظرية الغلط الفردي على هذا النحو ، فإنه لا يمكن أن يقال أن هذه النظرية تتناقض مع استقرار المعاملات ، لأن المتعاقد الذي يستطيع أن يثبت ما تقدم ، لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجئ بطلب بطلان العقد ، فقد ثبت أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً في الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان يستطيع أن يعلم به ، وهو في الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم ببطلان العقد ، وهو في الثانية سيئ النية والبطلان جزاء ^(٢)

(١) ويثبت المتعاقد كل ذلك بجميع وسائل الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، لأن الغلط واقعة قانونية يصح إثباتها بجميع الطرق . وما يجعل هذا الإثبات متعذراً ، أن يكون الغلط الذي وقع فيه المتعاقد غلطاً لا يمدح من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يبعد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به ، أو كان يستطيع أن يعلم به . ومن هنا وجد معيار آخر ، هو الغلط المغتفر (erreurs excusables) والغلط غير المغتفر (erreur inexcusable) ، فالغلط المغتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يستطيع أن يعلم به . أما الغلط غير المغتفر ، فيفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان يجهله ، إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بهذا الاعتبار (انظر محكمة النقض الفرنسية في ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ سيرة به ١٩٠٧ - ١ - ٢٦١ - حكماً آخر في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرة به ١٩٢٨ - ١ - ١٢٥ - محكمة باريس الاستئنافية في ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٨ جازيت دي باليه ١٩٢٨ - ٢ - ٥٣١ - انظر أيضاً بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٠) . على أن معيار الغلط المغتفر وغير المغتفر لا يتفق حتماً مع المعيار الذي نأخذ به ، فقد يكون الغلط غير مغتفر ، ولكن مع ذلك يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم به ، وقد يكون مغتفراً ومع ذلك لا يثبت أن المتعاقد الآخر كان يستطيع العلم به . ومن ذلك نرى أن الغلط قد لا يبطل العقد ولو كان مغتفراً ، وقد يبطله ولو كان غير مغتفر (انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠ جازيت ٥ ص ١٠٣ نمرة ٢٥٦ - حكماً آخر في ١١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥١) .

وإنما يجوز التسليم بأن الغلط ، إذا كان غير مغتفر ، كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به ، وعلى أنه لم يكن يستطيع أن يعلمه .

وإذا استطاع المتعاقد أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان في استطاعته أن يعلم ، بالغلط الذي وقع هو فيه ، أمكنه في بعض الأحوال أن يطلب ، فوق بطلان العقد ، تعويضاً عن الضرر الذي أصابه ، إذا أثبت تقصيراً في جانب الطرف الآخر (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٩) .

(٢) يلاحظ أنه إذا كان الغلط مشتركاً ، فكان أحد المتعاقدين قد ضمن للمتعاقد الآخر الأمر الذي وقع الغلط فيه ، فالضمان هنا هو أساس البطلان ، وكان الضمان يقتضي الفسخ ، إلا أن الانتقال في العمل من الفسخ الى البطلان يسير .

لسوء نيته، وهو في الثالثة مهممل وتعويض الاهمال البطلان^(١).

ولا تسبق إلا حالة واحدة، لا يكفي فيها الغلط الفردي لبطلان العقد، هي ألا يتمكن المتعاقد الذي وقع في الغلط من إثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً في هذا الغلط، أو كان يعلم به، أو كان يستطيع أن يعلم به، وبعبارة أخرى تبقى حالة ما إذا افترض حسن نية المتعاقد الآخر وجهله بالغلط، ولم يقدّم دليل على العكس. فإن الغلط الفردي في هذه الحالة لا يكفي لإبطال العقد، منعا للتناقض، على النحو الذي قدّمناه^(٢).

* ٣٧٠ - تطبيق نظرية الغلط الفردي - ويحسن أن نطبق الآن نظرية الغلط الفردي، بالتحديد المتقدم، على أحوال الغلط المختلفة: الغلط في الموضوع، والغلط في الشخص، والغلط في الباعث، والغلط في القيمة.

(١) وتصل الأسانذة بلانيول وريبير واسمان إلى النتيجة التي وصلنا إليها من طريق يختلف قليلاً عن الطريق الذي اتبعناه (انظر الجزء الأول فقرة ١٧٧ - فقرة ١٧٨).

(٢) هذا ويلاحظ أن القوانين التي تأخذ بشيء من المعيار المادي في الغلط، كالقانون الألماني والقانون السويسري، تستغني عن نظرية الغلط المشترك، بل وعن نظرية الغلط الفردي الذي يستطيع أن يعلمه الطرف الآخر، وهما نظريتان لم توجدا إلا لفرض استقرار المعاملات في قانون يأخذ بالمعيار النفسي، وينظر إلى نية المتعاقدين. أما إذا أخذ قانون بمعيار مادي، فإن هذا المعيار وحده كاف لاستقرار المعاملات، ويصبح الغلط الفردي موجباً لبطلان العقد، حتى دون حاجة إلى إثبات أن المتعاقد الآخر كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط، فإدام معيار الغلط مادياً، فإنه يمكن التثبت بعلامة مادية ظاهرة، متى يكون الغلط سبباً في بطلان العقد، ومادناً ناجماً في هذا المعيار المادي إلى المؤلف في التعامل، فإن هذا المؤلف أمر يمكن التثبت منه أكثر مما يمكن التثبت من نية المتعاقد (انظر في القانون الألماني سالي في إعلان الإرادة م ١١٩ ص ٢٥ وفي القانون السويسري م ٢٦ من هذا القانون وهي تقضي بأن المتعاقد الذي يتمسك بالغلط يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر، إذا كان الغلط منسوباً إلى خطأ المتعاقد الأول، ما لم يكن المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط. ويؤخذ من هذا النص أن المتعاقد الذي وقع في غلط فردي يستطيع أن يبطل العقد حتى لو لم يكن المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط، إلا أنه في هذه الحالة يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر إذا كان الغلط الذي وقع فيه منسوباً إلى خطأه، فإذا لم يكن هناك خطأ في جانبه، فإنه يبطل العقد، لغلطه الفردي دون أن يلتزم بتعويض. انظر في هذا الموضوع شنيدر وفيك في قانون الالتزامات السويسري م ٢٦ ص ٧٢. وانظر أيضاً م ١٢٢ من القانون المدني الألماني). أما القانون الانجليزي فقد تقدّم أن الغلط الفردي فيه كاف لإبطال العقد، إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في ذاتية الشيء أو في وجوده أو في شخص المتعاقد، سواء علم الطرف الآخر بالغلط أو لم يعلم. أما إذا وقع الغلط في قصد المتعاقد الآخر فلا يكفي الغلط الفردي، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً حتى يمكن إبطال العقد.

على أنه ما دام المعيار مادياً، وما دام ينظر في تقدير الغلط إلى المؤلف في التعامل، فلا حاجة لاشتراط علم المتعاقد الآخر أو استطاعته العلم بالغلط، فالمفروض أنه عالم بالمؤلف في التعامل، فالمعيار المادي ذاته تؤخذ منه قرينة على العلم أو استطاعته العلم.

فإذا كان الغلط في الموضوع، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين، ولتكن مثلاً أن الشيء الذي اشتراه أثرى قديم، وجب على المتعاقد الذي يطلب بطلان العقد للغلط أن يثبت هذا الغلط، أي أن يثبت أن الشيء الذي اعتقده أثرياً ليس إلا مجرد تقليد مثلاً، وأنه لم يكن يشتريه لو كان يعلم بحقيقته، ثم يثبت إلى جانب ذلك أيضاً أن المتعاقد الآخر كان يعتقد مثله أن الشيء أثري، أي أنه كان مشتركاً معه في الغلط، أو كان يعلم بحقيقة الأمر ولم يشترك في الغلط، ولكنه كان يعلم أيضاً، أو كان يستطيع أن يعلم، باعتقاد المتعاقد الأول أن الشيء أثري. ويثبت علمه أو استطاعته العلم بذلك، إذا لم يكن أخبره صراحة أن يشتري الشيء على أنه أثري، من القرائن والظروف، كارتفاع الثمن الذي اشترى به إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة مع هذا الثمن، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع يتجر عادة في الأشياء الأثرية، وغير ذلك من القرائن.

وإذا كان الغلط في الشخص، كما إذا وهب شخص لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي، وظهر عدم صحة ذلك، فالواهب أن يبطل الهبة، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين: إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد أنه ابن غير شرعي له، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب، كان يعلم بالوهم الذي قام بذهن هذا الأخير من أنه ابنه، أو كان يستطيع أن يعلم ذلك.

وإذا كان الغلط في الباعث، كما إذا اصطلح الوارث مع الموصي له على أساس وصية نقضت، استطاع الوارث أن يبطل هذا الصالح إذا أثبت أن الموصي له كان يعتقد بقيام الوصية مثله، أو كان يعلم بنقضها، ولكنه كان يعلم من جهة أخرى باعتقاد الوارث أن الوصية لم تنقض، أو كان يستطيع أن يعلم بذلك.

وإذا كان الغلط واقعا في قيمة الشيء، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية، وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة، استطاع البائع أن يبطل البيع للغلط إذا أثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة، أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعرف أن البائع يجهل الأمر، أو كان يستطيع أن يعرف ذلك. ولا شك أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية، دون حساب للجائزة، كافٍ وحده قرينة على أن المشتري كان على الأقل يستطيع أن يعرف بالغلط الذي وقع فيه البائع.

وهكذا يتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط الفردى لا يصطدم مع استقرار المعاملات، متى لوحظت القواعد التى بينهاها .

(١)

(٥) الغلط فى الوقائع والغلط فى القانون (erreur de fait et erreur de droit)

* ٣٧١ - الغلط فى القانون يؤثر فى صحة العقد فى فرنسا - وفى كل ما تقدم لا نفرق بين ما إذا كان الغلط فى الوقائع أو فى القانون . فما دام الغلط هو الذى دفع الى التعاقد، أصبح من شأنه أن يبطل العقد ، سواء وقع فى الشيء أو فى الشخص أو فى الباعث أو فى القيمة، وسواء كان غلطاً فى الوقائع أو فى القانون، ما دام يستطيع المتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يثبت أن هذا الغلط مشترك، أو أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يجب أن يعلم بهذا الغلط .

وقد كان القانون الرومانى بوجه عام لا يعترف بالغلط فى القانون سبباً فى بطلان العقد، لأن هذا الغلط كان لا يغتفر فى نظر هذا القانون . ونقل القانون الفرنسى القديم هذه القاعدة عن القانون الرومانى، حتى أتى دوما (Domat) فاعترف بالغلط فى القانون موجبا لبطلان العقد إذا كان هو السبب الوحيد فى التعاقد ، فان العقد يصبح فى هذه الحالة مبنيًا على سبب غير صحيح^(٢) . ومن ذلك العهد أصبح الغلط فى القانون ، كالغلط فى الوقائع، يبطل العقد، وسار القضاء على هذا المذهب .

وهو مذهب صحيح ، يستدل النقهاء على صحته بأدلة منطقية وأدلة ترجع الى النصوص . أما المنطق فيقضى بأن الغلط فى القانون يفسد الرضاء ، كما يفسده الغلط فى الوقائع سواء بسواء، وما دام الغلط كان هو الدافع الى التعاقد، ولو كان واقعا فى القانون، فالواجب لإبطال العقد، لأنه لم يكن ليم لو لم يوجد هذا الغلط .

(١) انظر فى هذا الموضوع مقالا لدريه (Dereux) فى مجلة القانون المدنى ربيع السنوية سنة ١٩٠٧

ص ٥١٢ - ديكوست (Descouste) فى الغلط فى القانون رسالة من باريس سنة ١٩١٧

(٢) دوما (Domat) الكتاب الأول الفصل الثامن عشر القسم الأول ققرة ١٣ وققرة ١٤ ، هذا وإذا ربطنا نظرية الغلط بنظرية السبب، كما يفعل بعض الفقهاء وبعض المحاكم فى فرنسا، فان الغلط فى القانون إذا كانت سبباً فى التعاقد وجب أن يبطل العقد، كما لاحظ ذلك بحق دوما .

أما النصوص، فإن المواد التي تشير إلى الغلط في القانون الفرنسي عبارتها عامة، وتقضى بأن الغلط يفسد الرضاء، دون أن تميز بين غلط في الوقائع وغلط في القانون. هذا إلى أن المشرع الفرنسي عند ما أراد التمييز بين النوعين من الغلط في حالات معينة، نص على ذلك صراحة، كما فعل في الاقرار أمام القضاء^(١)، وفي الصلح^(٢). ففي الأحوال الأخرى التي لم يرد فيها نص على هذا التمييز، يجب ألا يكون هناك تمييز بين النوعين، ويترتب على ذلك أنه، فيما عدا الاقرار والصلح، يكون الغلط في القانون، كالغلط في الوقائع سببا في بطلان العقد^(٣).

* ٣٧٢ - ... وفي مصر - وهذه الأدلة قائمة في القانون المصري، ولا شك في أن المشرع في مصر أراد أن ينقل النظرية الفرنسية في هذا الموضوع. ولا يضعف من قوة التدليل في القانون المصري أنه لا يشتمل على نصوص صريحة في الاقرار والصلح، تميز بين الغلط في القانون والغلط في الوقائع، كما فعل القانون الفرنسي، فإن هذه حجة تكيلية إذا نقصت فلا تؤثر في جوهر المسألة^(٤).

(١) فقد قضت المادة ١٣٥٦ من القانون المدني الفرنسي بأنه لا يجوز الرجوع في هذا الاقرار، إلا إذا ثبت أنه صدر بناء على غلط في الوقائع، ولا يجوز الطعن فيه لغلط في القانون. ويمكن تبرير هذا الحكم بأن الغلط في القانون لا يغير من صحة الوقائع التي اعترف بها المقر (بلايول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨١ ص ٢٤٠).

(٢) فقد قضت المادة ٢٠٥٢ (فقرة ثانية) من القانون المدني الفرنسي بأنه لا يجوز الطعن في عقد الصلح بسبب غلط في القانون. ويمكن تبرير هذا الحكم بأن من يريد الصلح لا يقصد التشدد في التمسك بالقانون (بلايول وريبير واسمان المرجع المتقدم).

(٣) أوربري ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة هامش نمرة ٧ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٢٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩ - ديموج ١ فقرة ٢٤٦ وعلى هذا المذهب سار القضاء الفرنسي كما تقدم : محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ مايو سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٣١٥ - حكم آخر في أول يولي سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٢٧ - حكم ثالث في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ مريه ١٩٢٨ - ١ - ١٢٥، انظر أمثلة أخرى على الغلط في القانون في القضاء الفرنسي في ديموج ١ فقرة ٢٤٦ ص ٤٠٦ - ص ٤٠٧، وانظر في تطور القضاء الفرنسي في هذا الموضوع إلى رسالة الدكتور فهمي نور ص ٧٦ - ص ٨٠.

(٤) هذا إلى أن المشرع المصري أورد نصا في عقد الصلح (م ٥٣٥/٦٥٧) يفسره شراح القانون المصري عادة بأن المراد به التمييز بين الغلط في القانون والغلط في الوقائع في عقد الصلح، وأن النوع الثاني من الغلط هو الذي يؤثر في صحة الصلح دون النوع الأول (انظر الأستاذ كامل مرسي في العقود الصغيرة فقرة ٥١٥ - والتون ١ ص ١٨٩ - ص ١٩١).

يضاف إلى هذا أنه من المقرر في القانون المصري، في استرداد ما دفع دون حق، ألا تمييز بين الغلط في القانون والغلط في الوقائع، فإدام هناك غلط في دفع شيء لا يستحق الدفع؛ كان لمن دفع أن يسترد ما دفعه، ولو كان الغلط في القانون. فيقاس على هذا بطلان العقد للغلط في القانون (والتون ١ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ - محكمة الاستئناف المصطفى في ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٧).

وعلى هذا المبدأ سار القضاء والفقه^(١) في مصر ، فالغلط في القانون عندهما كالغلط في الوقائع^(٢) يفسد الرضاء ويبطل العقد^(٣) .

* ٣٧٣ - مجال تطبيق قاعدة "الجهل بالقانون لا يقبل عذرا" - ولا يجوز الاحتجاج على قاعدة أن الغلط في القانون يؤثر في صحة العقد ، بقاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذرا ، أو كما يقولون " لا يفرض في أحد أنه يجهل القانون " (Nul n' est censé ignorer la loi) ، فإن مجال تطبيق هذه القاعدة الأخيرة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ، ولا يستطيع شخص أن يخرقها بحجة أنه يجهلها ، وكل شخص تفترض فيه معرفة هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقا منتجا لو أفسحنا جانب العذر لأي شخص يقول أنه يجهلها . ويدخل في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية ، وهى التى تعتبر من النظام العام^(٤) . أما إذا كان الغلط واقعا في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، بل تتعلق بمصلحة الأفراد الخاصة ، فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لابطال العقد^(٥) .

(١) تقضى محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء يفسد الرضاء ، لا فرق في ذلك بين غلط في القانون وغلط في الوقائع (٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤) ، وتقضى كذلك بأن الاعتراف بصفة الحائز لعقار لا يكون صحيحا إذا كان مبني على غلط في القانون (١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢ - جازيت ٩ ص ٣١ نمرة ٤٥) وان امضاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث في مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر أجازة لهذا البيع ، اذا كانت الورثة التى أفضت محضر الجرد تجهل حكم القانون في بيع المريض مرض الموت ، وأنه يتوقف على أجازة الورثة (٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١) .

(٢) دى هلنس جزء أول لفظ اتفاق (Convention) فقرة ٦٠ - والتون ١ ص ١٨٦ - ص ١٨٩ - عبد السلام ذهني بك فقرة ١٢٠ - الدكتور محمد صالح فقرة ٢٧٢

(٣) والشرائع الحديثة تقضى بأن الغلط في القانون كالغلط في الوقائع يفسد الرضاء ، فالقانون الألماني يقضى بأن الغلط في القانون يؤثر في صحة العقد (انظر فيكتورينو في العقد في المشروع الفرنسى الايطالى والقانون المقارن فقرة ٨٣ ص ٢٢٧) . وكذلك القانون السويسرى (انظر المرجع المتقدم فقرة ٨٣ ص ٢٣٣) . أما المشروع الفرنسى الايطالى فقد نص على ذلك صراحة إذ قضى في المادة ١٥ بأن الغلط في القانون ، اذا كانت هو السبب الوحيد أو الرئيسى في التعاقد ، يوجب بطلان العقد ، (انظر أيضا المادة ١١٠٩ من القانون المدنى الايطالى) .

(٤) مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٩٪ وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٩٪ . فليس ، للقرض في هذه الحالة أن يطلب بطلان عقد القرض ، بدعى الغلط في القانون ، وأنه ما كان يفرض تقوده لو لم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٩٪ ، بل يبقى القرض صحيحا وتنقص الفائدة الى ٩٪ .

(٥) انظر في هذا الموضوع تولى ٦ فقرة ٥٨ - فقرة ٦٧ - ديرانتون ١٠ فقرة ١٢٧ - لوران ١٠ -

* ٣٧٤ - أمثلة على الغلط في القانون - ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها، كما فعلنا في الغلط الفردي والغلط المشترك .

= فقرة ٥٠٥ - فقرة ٥٠٨ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩ ص ١٠٩ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨١ ص ٢٤٠ ، وانظر الآراء المختلفة في الغلط في القانون إذا كان متعلقا بالنظام العام ديموج ١ فقرة ٢٤٦ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٥

و يلاحظ أن المراد بالغلط في القانون الغلط في القواعد القانونية التي ليست محلًا للخلاف، فهذا هو الذي يحتاج به، أما الغلط في المسائل المختلف عليها، وترجيح أحد الآراء خطأ، فلا أثر له في صحة العقد .

وقد قضت محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة بأن رضا أحد المؤمنين في شركة تأمين بأن يقبض مبلغ التأمين ورفا لا ذهابا، اعتقادا منه أن القانون لا يعطيه الحق في تقاضى هذا المبلغ ذهابا، لا يكون مشوبا بغلط يفسده، إذا بين بعد ذلك أن القضاء حكم في مثل هذه القضية بالدفع ذهابا (١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٠٤ نمرة ١٩٠ انظر أيضا حكما آخر في ٥ أبريل سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ ص ٢٦٤ نمرة ٢٥٩). ولكن محكمة الاستئناف المختلطة ألغت حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣، لأن المسألة القانونية في هذه القضية، وقت أن رضئ المؤمن بتقاضى مبلغ التأمين ورفا، لم تكن عرضت على المحاكم، وصدر فيها أحكام متناقضة، حتى يقال أنها خلافية، وأن المؤمن قد رجع رأيا على رأى خطأ منه (١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦ جازيت ١٤ ص ١٩٥ نمرة ٣١٤).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط في فهم قانون غامض، عند ما يكون تفسيره محلًا للخلاف بين المحاكم، لا يؤثر في صحة الرضاء، إذا اتبع الطرفان التفسير الراجح، وظهر بعد ذلك خطأهما في الأخذ بهذا التفسير، فإذا غلط الدائن في العملة التي يحق له أن يتقاضى بها حقه، فقبيل الوفاء بعملة معينة، أخذا برأى من الآراء المختلفة في هذا الموضوع، فلا يحق له الرجوع فيما رضئ به، بدوى الغلط في القانون (٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦، جازيت ٢٠ ص ٨٣ نمرة ٨٨). انظر أيضا في هذا الموضوع بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩ ص ١١٠ - ديموج ١ فقرة ٢٤٧).

وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين، ويجرى تعامل الناس على مقتضى الرأى الذى سار عليه القضاء، ثم يرجع القضاء عن رأيه الى رأى آخر، نفى مثل هذه الحالة يحسن اعتبار الغلط في القانون مؤثرا في صحة العقد. وبعبارة أخرى إذا أخذ المتعاقدان في تعاقدما برأى استقر عليه القضاء على أنه هو القانون، ثم رجع القضاء بعد ذلك عن هذا الرأى، فيجب التسليم بأن المتعاقدين قد غلطا في القانون، وإن غلطهما هذا يبطل العقد، وهذا بخلاف ما إذا كان الرأى الذى أخذا به رأيا مختلفا عليه بين المحاكم، ولم تستقر عليه الأحكام كما في الفرض المتقدم (انظر في تحليل القضاء الفرنسى في هذا الموضوع رسالة الدكتور ففى نور ص ٧١ - ص ٧٦).

على أن اثبات الجهل بالقانون يكون سهلا على الرجل الجاهل أكثر من الرجل المتعلم، ويصعب هذا الإثبات كثيرا على رجل يكون قد درس القانون دراسة متظلمة، أو كان القانون حرفته. فانه من الصعب أن يتصور من شخص كهذا غلط في مسألة قانونية لا خلاف فيها، أو يكون قد استقر عليها القضاء (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨١ ص ٢٤٠ هامش نمرة ٢ - انظر أيضا محكمة مصر الابتدائية المختلطة في ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٧ ص ٢٣٢ نمرة ٣٣٨).

فالغلط في القانون المتعلق بوصف جوهرى في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعى، وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنيا، فهذا التعهد مشوب بغلط في القانون، واقع في صفة جوهرية في الشيء، فإذا كان غلطا مشتركا، أو كان يعلم به الطرف الآخر، أو كان يستطيع أن يعلم به، فانه يكون سببا في البطلان. مثل آخر: يحول شخص دينا الى آخر، ويعتقد المحال له أنه دين ممتاز بحكم القانون (كأن يكون الدين لمقاول في ذمة صاحب المنزل، ويظن المحال له أن القانون المصرى يعطى للمقاول امتيازاً على المنزل كما في القانون الفرنسى، أو كأن يكون الدين نفقة ويظن المحال له أن النفقة دين ممتاز) ثم يتبين بعد ذلك أن القانون لا يجعل الدين ممتازاً، فالغلط في القانون هنا واقع في صفة جوهرية في الشيء.

والغلط في القانون المتعلق بشخص المتعاقد مثله أن يتعاقد شخص مع قاصرين الثمانى عشرة والإحدى والعشرين، وهو يعتقد أنه قد بلغ سن الرشد، جاهلاً صدور قانون جديد يرفع هذه السن الى الاحدى والعشرين، وقد تقدم ذكر هذا المثال. والغلط في القانون هنا واقع في صفة جوهرية في الشخص، فإذا كان مشتركا، أو كان يعلم به القاصر، أو كان يستطيع أن يعلم به، فالعقد باطل بطلانا نسبيا، لا لمصلحة القاصر فحسب لنقص الأهلية، بل لمصلحة المتعاقد الذى وقع في الغلط أيضا لعيب في رضاه. مثل آخر: يهب رجل لمطلقة مالا وهو معتقد أنه استردها لعصمته، ثم يتبين بعد ذلك أن الطلاق الرجعى قد انقلب بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد، فالغلط في القانون هنا واقع في صفة جوهرية في شخص الموهوب له (حالتها المدنية).

والغلط في القانون المتعلق بالبائع مثله أن يصطلح الوارث مع الموصى له وهو وارث آخر على جزء من العين الموصى بها، وهو يعتقد أن الوصية لوارث تصح دون أجازة من الورثة، فالغلط في القانون هنا واقع في البائع، فلولا اعتقاد الوارث بصحة الوصية لما أقدم على هذا الصلح، فإذا كان الغلط مشتركا، أو كان يعلم به الموصى له، أو كان يستطيع أن يعلم به، وأخذنا بالرأى الذى يذهب الى أن الغلط في القانون يبطل الصلح في القانون المصرى، فان الغلط هنا يكون سببا في البطلان. وكالوصية البيع في مرض الموت، كأن يصطلح وارث مع وارث آخر اشترى في مرض موت البائع، وهو يجهل أن هذا البيع للوارث لا يصح إلا بأجازة الورثة. مثل آخر: قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للوارث

إذا اعترف بحق للغير في التركة، معتقدا أن القانون الأهلى هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الايطالى هو الذى يطبق ، وأن دعوى الغير ايسست صحيحة طبقا لهذا القانون ، فان رضاء الوارث يكون مشوبا بغلط ^(١) فى القانون .

والغلط فى القانون المتعلق بالقيمة مثله أن يبيع وارث حصته فى التركة ، وهو يحسب أنه يرث الثلث مثلا ، فاذا به يرث النصف طبقا لقانون الميراث الذى عمل به ، فالغلط فى القانون هنا واقع فى قيمة الشيء ، واذا كان مشتركا ، أو كان يعلم به المشتري ، أو يستطيع أن يعلم به فالبيع باطل للغلط .

مثل آخر : باع مالك الرقبة فى منزل ما يملكه فى هذا المنزل ، وهو يعتقد أن حق المنفعة يورث ، ثم تبين أن مالك المنفعة قد توفى قبل البيع ، وأن ما يملكه البائع هو كل المنزل رقبة ومنفعة ، فالغلط فى القانون هنا واقع فى قيمة الشيء ، لأن البائع كان يعتقد ، وهو يبيع كل ما يملكه فى المنزل ، أنه يبيع الرقبة وحدها جاهلا أن المنفعة عادت اليه بموت المستفيع .

المبحث الثانى — التدليس^(*)

(Le Dol)

* ٣٧٥ — النصوص القانونية: نصت المادتان ١٣٦/١٩٦ على أن التدليس موجب لعدم صحة الرضاء ، اذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ، بحيث لولاها لما رضى . ويختلف النص الفرنسى لهاتين المادتين عن النص

(١) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ جازيت ٨ ص ٧٩ نمرة ١٩٣ . وقد يتفق أن شخصا يكون وارثه الوحيد هو زوجه ، ويعتقد أن الوصية للوارث الوحيد لا تجوز ، فيجب لزوجه ما كان ير بد أن يوصى به لها من تركته (وهو ثلاثة أرباع التركة لأن الزوج لا ترث شيئا بطريق الرد) ، ولم يكن يدفعه الى الهبة إلا اعتقاده عدم جواز الوصية . فهنا غلط فى القانون واقع فى الباعث .

* المراجع : مقال بلانيون فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٤٥ — رسالة دريفس (Dreyfus) فى التدليس المدنى والحنائى باريس سنة ١٩٠٧ — رسالة بيجي تاج الدين فى التدليس وفى التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ — أجالشتين (Agalstein) فى التدليس والغش من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٨ — رسالة جاى (Gay) فى التأثير غير المشروع فى القانون الانجليزى. ديجون سنة ١٩٢٩ — كوهن (Cohin) فى الكتبان الخاطئ باريس سنة ١٩٢٩

المتقدم، فقد جاء في النص الفرنسي "أن التدليس يعيب الرضاء، إذا كانت الحيل المستعملة ضد التعاقد جسيمة بحيث أنه لولاها لما رضى"^(١).

ونصت المادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي على أن التدليس يكون سببا في بطلان العقد، إذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين جسيمة بحيث يكون من الواضح أنه لولا هذه الحيل لما رضى المتعاقد الآخر. والتدليس لا يفترض بل يجب إثباته.

وللتدليس كما للغلط نظرية تقليدية، نبسطها أولا، ثم ننظر في وجوه نقدها.

المطلب الأول - النظرية التقليدية في التدليس

* ٢٧٦ - شروط التدليس - يفهم من النصوص المتقدمة أن التدليس هو استعمال أحد المتعاقدين طرقا احتيالية لتضليل المتعاقد الآخر تضليلا يحمله على التعاقد^(٢).

(١) وهذا هو النص الفرنسي :

Le dol vicie le consentement quand les manœuvres pratiquées contre la partie sont telles que, sans ces manœuvres, elle n'aurait pas consenti.

(٢) انظر تعريف التدليس مأخوذا عن القانون الروماني في دومات (Domat) القسم الأول الكتاب الأول الباب الثامن عشر الفصل الثالث فقرة ١، وفي بوتييه في الالتزامات فقرة ٢٨

هذا ويميزون عادة بين الغش (fraude) والتدليس (dol)، فالتدليس طرق احتيالية يقصده به الاضرار بأحد المتعاقدين، سواء وقع التدليس عند تكوين العقد أو عند تنفيذه. أما الغش فطرق احتيالية يقصدها الاضرار بالغير كما في الدعوى البوليصية وفي الصورية (ديمولومب ٢٤ فقرة ١٦٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ١٠٦ - بلانيول ٢ فقرة ١٠٦٩، ومقال له في المجلة الانتقادية السنة الثانية والعشرون ص ٥٤٩ - ص ٥٥٢ ديموج ١ فقرة ٣٣٩ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٤٦ ص ٤٧٤ - هالتون ١ ص ٣٢٠ - والتون ١ ص ٢٤٣).

ونشير هنا أيضا الى التمييز بين التدليس المدني (dol civil) والتدليس الجنائي (dol criminel). فالتدليس الجنائي (أو النصب) تكون فيه الطرق الاحتيالية عنصرا مستقلا قائما بذاته الى جانب الكذب، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس المدني. أما التدليس المدني فاطرق الاحتيالية فيه لا يشترط فيها أن تقوم بذاتها، بل أن مجرد الكذب يكفى في بعض الأحوال، وكذلك مجرد كتمان أمر يؤثر في التعاقد، وهو عمل سلبى، قد يكون طريقا من الطرق الاحتيالية في التدليس المدني، وسنرى ذلك فيما يل (ديمولومب ٢٤ فقرة ١٧٣ - لارومبيير ١ مادة ١١١٦ فقرة ٢ - هالتون ١ ص ٣٢٢). وقد هاجم الأستاذ بلانيول هذا التمييز بين التدليس الجنائي والتدليس المدني، فمنذ أن التدليس واحد لا يتغير، وإنما ينظر اليه القانون المدني من ناحية أثره في صحة الرضاء، وينظر اليه القانون الجنائي من ناحية أنه طريق لسلب مال الغير (انظر مقالا له في المجلة الانتقادية السنة الثانية والعشرون ص ٦٦٢ - ٦٦٣ ومختصره ج ٢٠ فقرة ١٠٦٢ - انظر أيضا ديموج ٢ فقرة ٣٥٥).

فالتدليس إذاً يعيب الرضاء، ويجعل العقد باطلا بطلا نسيبا، اذا توافرت شروطه الثلاثة
وهي : (١) استعمال طرق احتيالية . (٢) تحمل على التعاقد . (٣) وتصدر من أحد
المتعاقدين . ونحن نستعرض هذه الشروط .^(١)

§ ١ - استعمال طرق احتيالية

« ٣٧٧ - **العنصر المادى والعنصر المعنوى** - للطرق الاحتيالية عنصران :
عنصر مادى وهى الطرق المادية التى تستعمل للتأثير فى إرادة المتعاقد، وعنصر معنوى وهى
نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع :

(١) ومن يطلب بطلان العقد للتدليس هو الذى يتحمل عبء اثبات هذا التدليس متوافرة فيه أركانه المتقدمة .
وله أن يثبت ذلك بكل طرق الاثبات، بما فيها اليقة والفرائض، حتى لو كان العقد المظن فيه بالتدليس مكتوبا ،
لأن التدليس واقعة مادية تثبت بجميع الطرق (ديمولومب ٢٩ فقرة ٢٧٩ و ٣٠ فقرة ١٧٠ و فقرة ١٧٢ - لوران ١٩
فقرة ١٥٥ - ديموج ١ فقرة ٣٤٥ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٥ - محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ ديسمبر
سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٠١ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ بوربالي
م ٢٨٢ - ١٧ - ٢٨ أبريل سنة ١٨٨٧ بوربالي م ٢٨٢ - ٢٩ - أول فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١١ ص ١١١ -
استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ جازيت ١٥ ص ١٤٦ نموة ٢٤٢ - محكمة بنى سوبف
الجزئية فى ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٧٧) ، ولقاضى الموضوع التقدير النهائى فى تحديد ما حدث من
الوقائع المادية المكتونة للتدليس . أما الوصف القانونى لهذه الوقائع ، ومعرفة ما اذا كان التدليس قد استوفى أركانه
الثلاثة أو لم يستوفها ، فهى مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (انظر فى هذا الموضوع ديموج ١ فقرة ٣٥٤ -
بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٠ ص ٢٦٧ - محكمة النقض الفرنسية فى ٤ نوفمبر سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ -
١ - ١٣٤ - ٣٠ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ - ٤١٦ - وقارن بودرى وبارد ١ فقرة
١١٩) - على أنه اذا كان يمكن اثبات التدليس بكل طرق الاثبات، فلا بد أن يحدد المدعى وقائع معينة من شأنها أن
تثبت الطرق الاحتيالية التى استعملت، ولا يكفى بمجرد ادعاءات مبهمه غير واضحة (استئناف مختلط ٢ ديسمبر
سنة ١٨٨٠ بوربالي م ١٩٦ - ٢ - ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ بوربالي م ٢٨٢ - ١٧ - ٢٠ نوفمبر
سنة ١٨٨٤ بوربالي م ٢٨٠ - ٢٣ - ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ مجموعة رسمية للقضاء المختلط ٤ ص ١١٦ - ٤ فبراير
سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٢ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٦٤ - ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣
ص ١٥١ - ٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١ - ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧ - محكمة
الاستئناف الأهلية فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ حقوق ١٧ ص ٢٦٨ - محكمة أسبوط الكاية الأهلية فى ٣٠ أكتوبر
سنة ١٩٢٠ محاماة ١ ص ٣٩٤ رقم ٧٥) . فلا يسمع دليلا على التدليس أن البائع كان قد أغرق جزءا من أرضه
بالمياه وقت البيع حتى يخفى ما فيها من العيوب، فان إغراق الأرض بالمياه من العادات الزراعية المألوفة وتعرف
بأمم التنيل (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨) . ولا يمتد دليلا على التدليس أن البائع
قد انتهز فرصة ميل عملته الى الاسراف والتبذير فباع لها ما تريده، فان هذا وحده لا يدل على أنه استعمل طرقا
احتيالية فى الحصول على رضاها (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٤ =

١ - العنصر المادى

* ٢٧٨ - الطرق الاحتمالية - التدليس لا يكون عادة مجرد كذب ، بل هو كذب مصحوب بطرق احتيالية ، يقصد بها تدعيم هذا الكذب ، وإخفاء الحقيقة عن المتعاقد . وهذه الطرق تختلف باختلاف الظروف ، والمهم فيها أن تكون كافية لتضليل المتعاقد ، وينظر فيها الى حالته الخاصة على النحو الذى سنبينه فيما يلى . والأمثلة كثيرة على هذه الطرق ، نراها فى أحكام القضاء ، فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من المظاهر الاعلانية ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس فى أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر ذوى اليسار والسعة ، أو يتخذون لأنفسهم صفة متحلة ، ليؤثروا بها فى ذهن من يحملونه على التعاقد معهم بهذه الطرق . وهناك من يخفى المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذى يريد^(١)

(= ص ١١٦) . وقبل الاثبات بالفرائض والبيئة فى التدليس الواقع فى تكوين العقد ، لا فى تنفيذه (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٤) .
انظر أيضا فى هذا الموضوع محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٣ - دى هانس لفظ اتفاق (Convention) فقرة ٧٢ - هالتون ١ ص ٣٢١ - والتون ١ ص ٢٥٦

هذا وقد نص القانون المدنى الفرنسى (م ١١١٦) صراحة على أن التدليس لا يفسر بـ "إثباته" . ولا نص فى القانون المصرى يقابل هذا النص . ولكن المحاكم المصرية تعمل به ، لأنه تطبيق للقواعد العامة (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ أبريل سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٢٥٦ نمرة ٢٨٩) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التى تتخذ لها مظاهر من الاعلان توهم أن أعضاؤها مسئولون شخصيا عن التزاماتها ترتكب تدليسا يبطل التعاقد الذى يتم بينها وبين الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٣) . وهناك طرق مختلفة لاستهواء الموصى والتأثير فى ارادته حتى يوصى لمن يستهويه ، وهذا ما يسمى بالايحاء والسيطرة على الارادة (suggestion et captation) ، وهو كالتدليس يبطل الوصية ، (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٥٤٥ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٤) . ويكون باطلا للتدليس عقد التأمين الذى يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن للكشف الطبى ، بدلا من المؤمن (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وإذا أظهر المتعهد له ما من شأنه إيهام الضامن بقيام المتعهد بتمهدهاته ، بفقد ضمانته ، كانت الضمانة باطلة (محكمة الاستئناف الأهلية فى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٣ حقوق ٨ ص ٧٥) . انظر أيضا محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٢ رقم ٩ ، وانظر تطبيقا للتدليس فى الصلح اذا أخفى أحد المتعاقدين مستندات أو زور فيها م ٦٥٧/٥٣٥ (م ٢٠٥٧ من القانون المدنى الفرنسى) . هذا ولا يعد تدليسا أن يترك السمسار اسم المشتري على بياض ويحصل على توقيع البائعة بأن يجعل الزوج يحتم بختمها على عقد البيع ، لأنه لا فائدة للبائع من معرفة اسم المشتري مقدما ، ولأن تسليم الختم لآخر ليصادق على البيع هو توكيل بالمعنى ما لم يتم أدلة على ما يخالف فى ذلك (استئناف أهلى فى أول يناير سنة ١٨٩٣ حقوق ٩ ص ١٩٣) .

ولا يكفي في التدليس مجرد المبالغة في القول ، ولو وصلت المبالغة الى حد الكذب ، ما دام ذلك مألوفاً في التأمل ، فالتاجر يروج عادة لبضاعته فيتحل لها أحسن الأوصاف ، ويبالغ المشتري عادة في الانتقاص منها والخط في قيمتها . مثل هذا العمل لا يعد تدليساً ، فقد جرت العادة به ، وأصبح ليس من شأنه التضليل حتى لو قصد به ذلك^(١) .

* ٣٧٩ - مجرد الكذب - على أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتمالية مستقلة عن الكذب ، قائمة بذاتها ، كما يشترط ذلك في النصب الجنائي^(٢) . ففي بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً احتيالياً في التدليس ، وتقضي المحاكم بأن التأكيدات غير الصحيحة التي تصدر من أحد المتعاقدين ، ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يجعله على قبول التعاقد ، من شأنها أن تجعله باطلاً متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء ، ويراعى في ذلك حالة المتعاقدين لمعرفة ما اذا كان من وقع عليه التأثير من السهل إيهامه والحصول على رضاء غير صحيح منه أم لا^(٣) . وتقضى كذلك بأن الكذب للتعاقد للحصول على عمل باعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخدماته السابقة ، من شأنه أن يؤثر

= وانظر في القضاء الفرنسي إخفاء حقيقة الشيء تحت مظهر مصطنع : محكمة النقض الفرنسية في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٠ سيرة ١٩٢١ - ١ - ٢١١ - جعل التعاقد في حالة لا يستطيع فيها أن يفكر تفكيراً صحيحاً كان يسره سراً لا يفقده الرشد : ٥ أغسطس سنة ١٨٤٠ سيرة ٤٠ - ١ - ٩٠٧ - محكمة رن الاستئناف في ٦ يونيو سنة ١٨٨١ سيرة ٨٢ - ٢ - ٢٣ - أو يخيفه دون أن يذهب في ذلك الى حد الإكراه - محكمة النقض في ٣ مايو سنة ١٨٩٩ سيرة ٩٩ - ١ - ٣١٢ - أو يخفى وثائق ومستندات أو يبعد أشخاصاً كان يستطيع المتعاقد أن يعلم الحقيقة لو اتصل بها : محكمة النقض في ٤ أغسطس سنة ١٨٧٥ سيرة ٧٧ - ١ - ٢٦٩ - ٣ مايو سنة ١٨٩٩ سيرة ٩٩ - ١ - ٣١٢

انظر أمثلة أخرى في ديموج ١ فقرة ٣٥٩ - فقرة ٣٦٠ ، وفي والتون ١ ص ٢٤٧ - ص ٢٤٨ ، وفي إيموس وارمنجون : مسائل في القانون المدني والتجاري ص ٥٤ نمرة ٨٧ - نمرة ٨٩ .
وانظر الى أمثلة على التدليس من طريق كتابة العقد بشكل معقد (dol de rédaction) في آدمون ساليه في التطور الفنى للعقد فقرة ٤٧ - فقرة ٤٨

- (١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ - محكمة النقض الفرنسية في ٣٠ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ - ٤١٦ - جازيت دى باليه ١٩٢٧ - ٢ - ٣٣٨ - جوسران ٢ فقرة ٩٤ - هالتون ١ ص ٣٢٠
(٢) وقد تقدمت الإشارة الى نقد الأستاذ بلانيول لهذا التمييز بين النصب الجنائي والتدليس المدني .
(٣) محكمة مصر الكلية الأهلية في ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ عدد ١٥/٢ - محاماة ٣ ص ٢٨١ رقم ٢١٥ ومحاماة ٥ ص ١٢٤ رقم ١٢٢

التأثير الكافي في رضا من تم التعاقد معه على العمل ، وبذلك يكون العقد باطلا لاستناده الى غلط مفسد للرضا^(١) .

فالهمم إذا في الطرق الاحتمالية ليس كونها طرقا مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب ، بل العبرة هي بأن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق ، فحمله على التعاقد ، واختار في ذلك الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة لهذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه ، فنصب له حبال معقدة ، ومنهم من يسهل غشه ، فيكتفى في التدليس عليه بمجرد الكذب وإيهامه بتأكيدات غير صحيحة^(٢) .

(١) محكمة أسبوط الكلية الأهلية في ٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٥٥٥ رقم ٣٢٧
(٢) فالمسألة إذا ترجع الى حالة المتعاقد الذي يراد التدليس عليه ، كما سيدين ذلك مما يلي . على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفي للتدليس ، ما لم يتبين بوضوح أن المتعاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب ، فاذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٨٤ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ جازيت ٦ ص ٣٦ نمرة ٨٣ — محكمة المنا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ محاماة ٥ ص ٢٦٧ رقم ٢٢٨) .
وانظر في القضاء الفرنسي : كذب لا يكفي للتدليس (شخص يعرض شيئا للبيع ويعطى عنه بيانات غير صحيحة مع إمكان المشتري أن يتأكد بنفسه من صحة هذه البيانات) : محكمة ايمان الاستئنافية في ١٤ فبراير سنة ١٨٧٦ تحت حكم محكمة النقض في ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٤٩ — محكمة رن الاستئنافية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٦ جازيت دي باليه ١٩٢٧ — ١ — ٤١ (انظر أيضا ديولوب ٢٤ فقرة ١٧٨ — بودري وباردو فقرة ١٠٠ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٠ ص ٢٦٦ — دي هلتس ١ لفظ اتفاق (Conv.) فقرة ٦٧ — فقر ٦٨ — كذب يكفي للتدليس (شخص يحصل على أجر للاعلان عن تاجر بعد أن يعده كذبا بأن يجده له عملا) . محكمة الدين التجارية في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٠ مجلة القانون في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٠٠ — انظر أيضا المحكمة العليا الادارية بفرنسا في ١٤ ديسمبر ١٩٢٣ جازيت دي باليه ١٩٢٤ — ١ — ١٢٨ — محكمة النقض في ١٥ فبراير سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٨ — ١ — ٤٤٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٥٢٨ — محكمة أنجيه الاستئنافية في ٤ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢١ — ٢ — ١٢٥

على أنه يلاحظ أنه كثيرا ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليسا يبطل العقد ، كما اذا ذكر المؤمن ، وهو بحار ، أنه مزراع ، فيخفى بذلك عن الشركة الأخطار التي تنجم عن مهته (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) . وكما اذا ذكر المؤمن بيانات كاذبة عن تاريخ صنع وشراء السيارة المؤمن عليها (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥) . وتعتبر المبالغة عن سوء نية في قيمة الشيء المؤمن عليه أو في مقدار الضرر الحاصل تدليسا يبطل العقد (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٧٩ نمرة ٨٣ — ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٤) . (أما المبالغة عن حسن نية فلا تكون تدليسا ، بشرط ألا يصير عليها المؤمن بعد أن يتبين الحقيقة) . كذلك اذا أخفى المؤمن نفسه وذكر اسم شخص آخر فان هذا البيان الكاذب يعتبر تدليسا يبطل العقد (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٤) .

* ٣٨٠ - مجرد الكتمان - بل قد يكون التدليس عملا سلبيا محضا . فلا يتضمن طرقا احتيالية قائمة بذاتها ، بل ولا مجرد تأكيدات غير صحيحة ، وهذه أعمال إيجابية ، وإنما يكفي مجرد الكتمان (réticence) طريقا احتياليا في التدليس . والأصل أن الكتمان لا يكون تدليسا ، وليس المتعاقد ملزما بأن يخبر المتعاقد الآخر بكل أمر يعرفه عن شؤون التعاقد ، فهناك الحيلة والحذر يأخذ بهما المتعاقد الآخر في أمره ، حتى يكشف بنفسه ما تهمه معرفته من هذه الشؤون^(١) . إلا أن هناك أحوالا يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان ، لأن ظهوره يؤثر في ارادة المتعاقد ، وكان يعدل عن التعاقد لو علم به . ففي مثل هذه الأحوال يلتزم المتعاقد الذي يعلم الأمر بالافضاء به ، ويعتد تدليسا منه أن يكتمه . وتارة يكون الالتزام بالافضاء مصدره نص في القانون ، كما ورد في المادة ٣٤٨ من القانون التجارى الفرنسى ، وطورا يكون مصدره اتفاقا صريحا ، كما في عقود التأمين حيث تضع الشركات عادة أسئلة معينة وتطلب من المؤمن أن يجيب عنها ، فاذا كتم أمرا كان هذا تدليسا منه^(٢) . ولكن في كثير من الأحيان يكون مصدر الالتزام هي القاعدة القانونية العامة التي تقضى بعدم الغش ، وذلك بأن يُستخلص من الظروف أن أمرا هاما يؤثر في التعاقد الى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين

= ولكن كل ما تقدم ملحوظ فيه أن البيانات الكاذبة التي قدمت لشركة التأمين من شأنها أن تؤثر في مقدار التبعة التي تتحملها الشركة . أما اذا كانت هذه البيانات لا تؤثر في مقدار هذه التبعة فلا تعتبر تدليسا ولا تبطل العقد ، كما اذا كان الأب والابن يعيشان في منزل واحد ، والابن يعيش على نفقة أبيه ، فلا يهم أن تؤمن السيارة باسم واحد أو الآخر ، ولا يعتبر هذا بيانا غير صحيح يوجب بطلان عقد التأمين ، إلا أنه اذا اتضح من الظروف أن الأب والابن غير حسن النية ، وأن سبب الحريق مشكوك فيه أن يكون قد حصل قصدا ، فلشركة التأمين أن تمسك بشرطها من أن المؤمن لا بد أن يكون هو المالك الوحيد للعربة (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ جازيت ٢٠ ص ٧٨ نمرة ٨١) .

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠ - محكمة ملوى الجزئية في ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٥ مج ٧ عدد ٣٣ - ديموج ١ فقرة ٣٥٨

(٢) وتقضى هذه المادة بأن كل كتمان أو بيان غير صحيح من جانب المؤمن ... من شأنه أن يخفض من أهمية التبعة أو يفسر من موضوعها ، يكون سببا في بطلان العقد . و يقرر القضاء الفرنسى أن هذا النص ينطبق على كل عقود التأمين ، بحري كان أو برييا ، وأيا كانت نوع التأمين (محكمة النقض في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٣ - ١ - ٨١ - مع تعليق هيجنيه (Hugueney) ولا نص في القانون المصرى يقابل هذا النص في القانون التجارى الفرنسى ، ولكن المبدأ واحد في القانونين (انظر والتون ١ ص ٢٤٨) .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢ ص ٧٩ نمرة ٨٣ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥٠ ص ١٥٤ - وهذه أحكام سبقت الإشارة إليها .

خطره ، ويعرف أن التعاقد الآخر يجهله ، ومع ذلك يكتبه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد . وفي مثل هذه الحالة يلتزم التعاقد الذي يعرف هذا الأمر بكشفه ، فإذا أخل بهذا الالتزام ، وحرص على الكتمان ، كان هذا تدليسا . مثل ذلك أن يصطلع وارث مع مدين للتركة ، ويكتفى الوارث بأخذ جزء من الدين ، وهو يجهل أن هناك تأمينا يضمن الدين كله ، ويعلم المدين بجهل الوارث لذلك ، فيكتب عنه أمر التأمين حتى يجهله على هذا الصلح .^(١) وكأن يقتسم وارثان عينا في تركة ، مع علم الأول بأن الثاني موصى له بكل التركة ، ولكنه يخفى عنه ذلك^(٢) (وهذا في القانون الفرنسي) . وكأن يبيع شخص لآخر منزلا ، ويكتب عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للنفعة العامة^(٣) .

ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليسا إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي بقي مكتوما : (١) أن يكون هذا الأمر خطيرا بحيث يؤثر في إرادة التعاقد الذي يجهله تأثيرا جوهريا . (٢) أن يعرفه التعاقد الآخر ويعرف خطره . (٣) أن يتعمد كتمه عن التعاقد الأول . (٤) ألا يعرفه التعاقد الأول من طريق آخر .

(١) وقد سبقت الإشارة إلى أن محكمة الاستئناف المختلطة حكمت في قضية مثل هذه (سنديك عن المفلس رضى بالصلح مع مدين للمفلس وهو يجهل أن الدين مضمون برهن) بأن العقد باطل للغلط في صفة جوهرية في الشيء . (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠ جازيت ٥ ص ١٠٣ نمرة ٢٥٦ — انظر آتفا فقرة ٣٥٧) ، ولكنا سنرى أن العقد إذا كان باطلا للتدليس ، فإنه يكون أيضا باطلا للغلط ، وأن التدليس ليس في الواقع عيبا مستقلا عن الغلط .

(٢) انظر محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ دالوز الأسبوعي ١٠ ص ٣٦١

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشتري أن هذا العقار مستحق كليا أو جزئيا ، وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما ينقل العقار من الحقوق كان هذا تدليسا (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧) . وقضت كذلك بأنه بعد تدليسا أن كتم المدين عن دائئه ، والدائن رجل أمى واقع في عوز شديد ، مقدار الدين الذي حكم به للدائن ، فحمله بذلك على التنازل عن جزء كبير من هذا الدين ، ما كان يتنازل عنه لو عرف حقيقة الأمر (١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٨ — المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٧ ص ٣٩٠) .

انظر في القضاء الفرنسي : محكمة النقض في ١٧ فبراير سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ — ١ — ١٩٣ — ١٩ يونيو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ١١٦ — ٦ يونيو سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ — ١ — ١٩١ — ٥ يناير سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٧ — ١ — ٢٠ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١٣ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١١٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ٣٠ — ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ — ٢٨٧ — ٢٣ مايو سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٠ ص ٣٦١ — وانظر في هذا الموضوع في الفقه الفرنسي لاروميير ١ م ١١٦٦ فقرة ١ — ديمولومب ٢٤ فقرة ١٧٢ — سبلك ٧ فقرة ٣٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٠٢ — ديموج ١ فقرة ٣٥٨ — ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ٤٨ — =

وأكثر ما يكون الكتمان تدليسا في عقود التأمين، وقد سبقت الإشارة الى ذلك ^{(١)(٢)}.

(ب) العنصر المعنوي :

* ٣٨١ - نية التضليل للوصول الى غرضه غير مشروع - وغنى عن البيان أن الطرق الاحتيالية في التدليس يجب أن تكون مصحوبة بنية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع .

= جوسران ٢فقرة ٩٨ - بلانيول وريبير واسمان ١فقرة ٢٠١ - انظر ايضا ايفانيس (Ivanus) الكتمان في العقد (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤)، وكوهين (Chin) الكتمان الخاطي (رسالة من باريس سنة ١٩٢٩) .
هذا ولا يعد تدليسا أن يتقدم شخص ناقص الأهلية للعقد، ويكتم عن المتعاقد الآخر نقص أهليه، وإلا استطاع كل ناقص الأهلية أن يتعاقد فيصبح مسئولاً بالتدليس إن لم يكن مسئولاً بالعقد (محكمة ليون الاستئنافية في ٩ يونيو سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ٢ - ٨٣ - محكمة باريس الاستئنافية في ١٦ مارس سنة ١٨٩٣ جازيت دي باليه ١٨٩٣ - ١ - ٤٤١ بلانيول وريبير واسمان ١فقرة ٢٠٩ - انظر أيضا اجالشتين (Agalstein) التدليس والغش من ناقص الأهلية رسالة من باريس سنة ١٩٢٨) . ولا بد حتى يكون هناك تدليس، من أن يستعمل ناقص الأهلية طرقا احتيالية يوم بها المتعاقد الآخر أنه كامل الأهلية (محكمة اميان الاستئنافية في ٢٧ يونيو سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٩ - ٢ - ٢٢٩ - جوسران ٢فقرة ٩٩) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أن كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل التأمين يعد تدليسا (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠ - جازيت ١٦ ص ٢٥٥ نمرة ٢٥٥) . وأن كتمان المؤمن على بضائعه أن هذه البضائع (وهي ما كولات محفوظة) هي من المخزونات القديمة للجيش الانجليزي يعد تدليسا، لأنه يؤثر في تقدير التبعة التي تحملها شركة التأمين (٢٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٤٥)، وكذلك يعد تدليسا كتمان المؤمن عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعد أمام شهود، بإحراق متجره، لأن هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر في تقدير التبعة (٥ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ٢٠ ص ٧٩ نمرة ٨٢) .

انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦ جازيت ٩ ص ١٦٧ نبرة ٢٧٩ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٣١ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٧٩ نمرة ٨٣ .
ويلاحظ في كل ما تقدم أن الكتمان كان من شأنه أن يجعل شركة التأمين تخطئ في تقدير التبعة التي تحملها، وأنه كان عن سوء نية . أما اذا كان الكتمان عن حسن نية فالعقد يبق صحيحا، ولكن ينقص مبلغ التأمين بما يجعله يتناسب مع ما كانت ترضى به الشركة لو علمت بحقيقة الأمر (بلانيول وريبير واسمان ١فقرة ٢٠١ ص ٢٦٩) .

انظر في القضاء الفرنسي في هذا الموضوع : محكمة النقض في ٣٠ مارس سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ - ١ - ١٣ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ١٥٨ - محكمة ليون الاستئنافية في ٢٩ يناير سنة ١٩٢٥ مجموعة القضاء في التأمين ١٩٢٥ - ٤٦ - محكمة إكس الاستئنافية في ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧ - ١٥٠ - ٢

(٢) هذا وقد كان يظن أن القانون الروماني يعرف نوعا من الطرق الاحتيالية، يستخلص من شروط التعاقد، بأن يظهر من هذه الشروط أن أحد المتعاقدين قد يحمل غنا جسيما مما يحمل على الاعتقاد أنه قد ضل في تعاقد، وأنه =

فاذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس . فالمؤمن اذا بالغ في قيمة الشيء المؤمن عليه عن حسن نية لا يرتكب تدليسا ، ولا يكون عقد التأمين باطلا لهذا السبب^(١) . كذلك من يجتهد في إبراز ما يعرضه للبيع في أحسن صورة ممكنة لا يرتكب تدليسا ، لأنه لا يقصد التضليل ، بل يقصد استهواء الناس حتى ترغب في الشراء^(٢) . على أن هذا لا يمنع من وقوع المتعاقد الآخر في الغلط ، ويكون العقد باطلا للغلط ، اذا توافرت شروطه ، للتدليس . ويعرف القانون الانجليزي ما يسميه " بالتصوير غير الصحيح " (misrepresentation)^(٣) ، وهو قريب من حالتنا هذه ، إذ يعلن أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر معلومات غير صحيحة ،

= خدع في تقدير قيمة الشيء الذي تعاقد عليه . ويسمى هذا النوع من التدليس (dolus ex re ipsa) . وقد أخذ القانون الفرنسي القديم بهذه القاعدة (انظر دوما (Domat) الجزء الأول - الكتاب الأول - القسم ١٨ - الفصل ٣ فقرة ٤) . ولكن القانون الفرنسي الحديث لم يقرها ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم جواز الأخذ بها منذ سنة ١٨١٠ (٤ يونيو سنة ١٨١٠ دالوز ريبيرتوار في الالتزامات فقرة ٢٠٠) . انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية في ٣٠ مايو سنة ١٩٢٧ سير به ١٩٢٨ - ١ - ١٠٥ مع تعليق بريتون (Breton) - وانظر أوبري ورو ٤ ص ٥٠٥ - ديولومب ٢٤ فقرة ١٧٠ - بودرى وبارد ١ فقرة ١٠٤ - ديموج ١ فقرة ٣٥٧ ص ٥٦١ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٥) .

والواقع أن القانون الروماني فسر تفسيراً خاطئاً ، فهو لا يعنى كما كانوا يزعمون أن التدليس على قسمين : قسم يصدر من الشخص وهو التدليس المعروف ، وقسم يصدر من الشيء ذاته وهو هذا النوع من التدليس الذي نتكلم عليه هنا . بل كانت العبارة التي نقلت من نصوص القانون الروماني (ديجست (Digeste) ٤٥ - ١ - ٣٦) عن اليان (Ulpian) يراد بها أنه إذا أوقع أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر في غلط بالنسبة لقيمة الشيء ، دون أن يستعمل في ذلك تدليسا أو طرقا احتيالية ، فإن العقد يكون باطلا بالرغم من عدم وجود التدليس . وظاهر أن البطلان يكون في هذه الحالة للغلط في قيمة الشيء (انظر والتون ١ ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) .

والقضاء المصري لا يعترف كذلك بهذا النوع من التدليس . فعنده أن مجرد الغبن لا يؤثر في صحة العقد ، إلا في الأحوال التي حددها القانون ، ولا يستخلص منه أن هناك تدليسا وقع (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١) بل لابد من وجود طرق احتيالية تكون قد حملت المتعاقد على الرضا بالرغم من هذا الغبن (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٥ - جازيت ١١ ص ١٣٠ نمرة ١٩٣) . إلا أنه اذا كان الغبن جسيما الى حد كبير ، فقد يؤخذ هذا قرينة على أن المتعاقد الذي رضى بهذا الغبن إنما رضى به نتيجة لتدليس وقع عليه ، ولا يمكن أن يفهم رضائه بغير ذلك (محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ - المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٥ ص ٨٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٢) .

(١) ديموج ١ فقرة ٣٥٧ . ولكن اذا تبين المؤمن أنه قد بالغ في قيمة الشيء المؤمن عليه ، واستمر به ذلك يطالب شركة التأمين بالقيمة المبالغ فيها ، فان هذا يعد تدليسا في تنفيذ العقد لا في تكوينه (بودرى وبارد ١ فقرة ١٠٥) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ١٠٥

(٣) وقد سبقت الإشارة الى ذلك انظر فقرة ٣٥٣

ولكن عن حسن نية ، وتكون هذه المعلومات هي التي دفعت الى التعاقد ، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا .

وقد توجد نية التضليل ، ولكن يقصد بها الوصول الى غرض مشروع ، كما اذا أقر شخص لآخر بدين له في ذمته ، وكان ذلك بعد أن أوهمه الدائن أن موته قريب ، وأن الأولى الاعتراف بالدين إرضاء لضميره ، فلا يستطيع المقترض بعد ذلك أن يطعن في إقراره بالتدليس ، إلا اذا كان الإقرار في ذاته غير صحيح . وكما اذا استعمل المودع طرقا احتيالية لاسترداد وديعة له عند شخص غير أمين . فالغاية هنا تبرر الوسيلة ، ولا يكون من استعمل الطرق الاحتيالية مسئولاً ، إلا اذا كانت هذه الطرق مما يعاقب عليها القانون الجنائي^(١) .

§ ٢ - التدليس هو الدافع الى التعاقد

٣٨٢ - معيار "التدليس الرافع" معيار نفسي - ينص القانون المصري على أن التدليس يبطل العقد اذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة
يث لولاها لما رضى (م ١٢٦/١٩٦) . وينص القانون الفرنسي على أن تكون الحيل مستعملة جسيمة بحيث يكون من الواضح أنه لولا هذه الحيل لما قبل المتعاقد الآخر .

فيتضح من ذلك أن القانونين متفقان على أن التدليس ، حتى يبطل العقد ، يجب أن يكون هو الدافع الى التعاقد ، فاذا وقع التدليس على الشيء أو على الشخص أو على الباعث أو على القيمة ، وكان هو الذى حمل على التعاقد ، كان مفسدا للرضا ، وسببا في بطلان العقد ، وإلا فالعقد صحيح^(٢) .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر نهائيا ما وقع من التدليس ، ومبلغ أثره في نفس التعاقد المخدوع ، فيقرر ما اذا كان هذا التدليس هو الذى دفعه الى التعاقد ، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في معاملاتهم من حيث التسامح أو التشدد في وضع معيار خلقى للتعامل ،

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٠ ص ٢٦٧ - ديموج ١ فقرة ٣٤١ ص ٥٤٨ - جوسران ٢

فقرة ٩٤ ص ٤٤

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٣ - محكمة النقض الفرنسية في ٧ - أيرسنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ -

١ - ٥١٨ - محكمة انجيه الاستئنافية في ٤ مايو سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ - ٢ - ١١

ويسترد بنوع خاص بحالة التعاقد الشخصية، من سنّ وذكاء وعلم وتجارب وصلة تبعث على الثقة وغير ذلك مما يستأنس به للكشف عن حالة التعاقد النفسية . فالمتعلم لا يخدع كالجاهل، والقروى الساذج يسهل غشه أكثر من الممدنى المتحضر، وصغير السنّ تمكن خديعته بأسرع مما تمكن خديعة من توفر على النضوج في السنّ والتجارب، ووجود صلة قديمة فيما بين المتعاقدين قد تجعل من اليسير على أحدهما أن يغش الآخر، وهكذا^(١). فالمعيار في التدليس، كالمعيار في الغلط وغيره من عيوب الرضاء، معيار شخصي لا مادي .

٣٨٣ - التدليس التالى للعقد والتدليس أثناء التعاقد - وينبنى على أن التدليس يجب أن يكون هو الدافع الى التعاقد، أن التدليس الذى يأتى تاليا للعقد لا يكون سببا في بطلانه، فاذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على الحياة، وبعد تمام العقد، وقبل دفع القسط الأول، مرض المؤمن مرضا خطيرا أخفاه عن الشركة وقام بدفع القسط، لا يكون كتمان المرض سببا في بطلان العقد للتدليس، لأن هذا الكتمان لم يدفع الى التعاقد، إذ جاء تاليا^(٢) له .

(١) بودرى وبارد ١٠٣ - فقرة ١ - بلانيول وريبير واسمان ١٠٣ - فقرة ٢٠٠ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧ - ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات فقرة ٤٨ - والتون ١ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١

انظر أيضا في قضاء المحاكم المصرية : محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ بوريللى م ٣٨٢ - ١٧ - ٧ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٩٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١ - ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ جازيت ٦ ص ٣٦ نمرة ٨٣ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ - مصر الكلية الأهلية في ٤ يناير سنة ١٩٢٣ بج ٢٥ عدد ١٥ / ٣

وانظر في القضاء الفرنسى : محكمة النقض الفرنسية في ١٤ يولييه سنة ١٨٦٢ داللو ٦٢ - ١ - ٤٢٩ - ٢٥ ماي سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ - ١ - ٤٥٥ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ داللو ١٩٠٣ - ١ - ٣٠٢ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٢ داللو ١٩٠٢ - ١ - ٢٨٨ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ - ١ - ١٠٠ - ٤ نوفمبر سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ - ١ - ٢٥٩ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٥٩ - محكمة اميان الاستئنافية في ٢٣ فبراير سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ - ٢ - ١٠٣

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٣٠ أبريل سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥ - ١ - ٣٦٦ - بودرى وبارد ١٠٣ - فقرة ١١٥، ولا يعترض على هذا أن من شروط شركة التأمين ألا يكون لعقد التأمين أثر إلا من وقت دفع القسط الأول، فان دفع القسط الأول شرط لنفاذ العقد، لا لوجوده، وإلا فالعقد موجود بمجرد توافق الإيجاب والقبول (انظر حكم محكمة النقض السابق الاشارة اليه وحكما آخر في ٢٩ يناير سنة ١٨٩٦ داللو ٩٦ - ١ - ٥٥٦ - وانظر بودرى وبارد ١ ص ١٥٥ هامش نمرة ٤) .

كذلك اذا استعملت الطرق الاحتمالية أثناء التعاقد، ولكنها لم تكن هي الدافع اليه ، وكان كل من المتعاقدين قد أبرم رأيه دون أن يتأثر بطرق احتمالية، ثم استعملت هذه الطرق بعد ذلك ، وتم العقد ، فانه يتم صحيحا ، ولا يبطل للتدليس ، إذ أن الغش الذي استعمل لم يكن هو الدافع الى التعاقد ، فقد كان يتم العقد بدونه . على أنه لو ثبت أن أحد المتعاقدين أخفى عن المتعاقد الآخر ، بعد استعمال الطرق الاحتمالية ، أمرا لو عرفه لرجع عما استقر عليه رأيه من المضي في التعاقد ، كان الغش تدليسا يبطل العقد ، لأنه لولا هذا الكتمان لعدل المتعاقد عن إبرام العقد ^(١) .

* ٣٨٤ - التدليس الراجع والتدليس غير الراجع - ويسمى التدليس ، بالتحديد الذي قدمناه ، بالتدليس الدافع (dol principal) . وهناك نوع آخر من التدليس يسمى بالتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو لا يحمل على التعاقد ، وإنما يغرى بقبول شروط أبسط ^(٢) . فهو إذا لا يكون سببا في بطلان العقد ، فقد كان المتعاقد يرضى في تعاقدته حتى لو لم يكن هناك تدليس ، بل يقتصر الأمر فيه على إعطاء دعوى تعويض لمن وقع في الغش ، سترد بها ما غرمه بسبب هذا الغش ^(٣) . وهذه المسؤولية عن التعويض مسئولية تقصيرية ،

(١) ديمولوب ٢٤ فقرة ١٧٦ - بودرى وبارد ١ فقرة ١١٥

(٢) فالتمييز بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع مبنى على معيار نفسى لا مادى كما نرى ، ولذلك اخترنا هذه التسمية ، وآثرناها على تسمية أخرى (التدليس الجسيم والتدليس البسيط) ، لأن العبرة ليست بجسامة الطرق الاحتمالية التي استعملت في التدليس أو ببساطتها ، فهذا معيار مادى لاشأن لنا به ، وإنما العبرة بما ولدت هذه الطرق في نفس المتعاقد من الوهم ، فهل هي التي دفنته الى التعاقد ، فيبطل العقد للتدليس حتى لو كانت هذه الطرق بسيطة في ذاتها ، أو اقتضرت على أن تجعله يقبل شروطا أبسط ، فلا يبطل العقد حتى لو كانت الطرق الاحتمالية جسيمة (انظر في هذا المعنى والتون ١ ص ٢٥١ ومذكرات الأستاذ ليفي أولمان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٩٢) .

(٣) مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشتري على عقود إيجار لهذا العقار ، وهي عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يورث بها المشتري أن ربح العقار مرتفع ، فاذا حمله بذلك على شراء العقار بثمن عال ، كان للمشتري أن يطلب تعويضا من البائع ، هو زيادة الثمن الذى دفعه عن الثمن الذى كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر (بلانيول ٢ فقرة ١٠٦٧ - جوسران ٢ فقرة ٩٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع السند بثمن مقسط ، اذا لم يستوف الأقساط الواجبة الدفع ، وأنذر المشتري بفسخ البيع بعد أن ربح السند المبيع بالجائزة الكبرى ، وحمل بذلك المشتري ، بعد أن أوفاه أنه يستطيع فسخ البيع ، على أن يصطلح معه على شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا الغش ، يكون قد ارتكب تدليسا غير دافع ، ويلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤) . وقد يحدث أن من يعرض شيئا لبيعه في المزايا يتفق مع شخص على أن يتقدم في المزايا ، ويأخذ فيه مزايدة وهمية ، فاذا فعل ذلك ، وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمي قد يكتمل لانفاء العطاء الذى سبقه (ويكون لصاحب

مبنية على خطأ هو التدليس . وهناك من يبنى المسؤولية على نظرية "الخطأ عند تكوين العقد" (culpa in contrahendo) ، فيجعلها مسئولية تعاقدية^(١) .

* ٣٨٥ - التمييز بين التدليس والغلط - ويلاحظ أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد في الغلط ، فإذا كان رضائه فاسداً فانما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقع فيه التدليس^(٢) . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس ، إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط ، تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط ، فهناك أحوال لا يكفي فيها الغلط لبطلان العقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة ، فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع كان التدليس لا الغلط سبباً في بطلان العقد^(٣) .

= هذا العطاء . حق طلب التعويض للنش أو التمسك بصورية العطاء الأكبر . أما إذا نجحت الحيلة ، وتقدم شخص فزاد على العطاء الوهمي ، ورسا عليه المزايدة ، فله أن يطعن في العقد بالتدليس ، بعد أن يثبت التواطؤ بين البائع والمزايد الوهمي ، ويكون أنتدليس هنا غير دافع ، يستوجب التعويض لا بطلان العقد (ديموج ٢ فقرة ٦٠٨ مكررة) .
انظر أيضاً في هذا الموضوع أو برى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة هامش نمرة ٢١ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٧٥ - بودرى وبارد ١ فقرة ١١٦ - ديموج ١ فقرة ٣٧٧ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٧ - والتون ١ ص ٢٥٥

وانظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ - ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ - ٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١ جازيت ١ ص ٥ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٤ - محكمة المنايا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ محاكمة ٥ ص ٢٦٧ نمرة ٢٢٨

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ١١٦

وقد انتقدت بعض الفقهاء هذا التمييز بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع ، فعندهم أن التدليس إذا أثر في إرادة المتعاقد ، سواء في ذلك حمله على التعاقد أو جعله يقبل شروطاً أبهظ ، فإنه هو الذي يترك له الخيار ، لأنه يستطيع تقدير الأمر أكثر من غيره ، فله أن يطلب بطلان العقد أو يقتصر على طلب التعويض (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٧ - ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات فقرة ٤٧ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٨٧ - محكمة النقض الفرنسية في ١٥ فبراير سنة ١٨٩٨ سريه ٩٨ - ١ - ٤٤٥ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ سريه ١٩٢٢ - ١ - ٢٦٨) .

(٢) انظر مع ذلك كولان وكايتان ٢ ص ٢٨٥

(٣) أو برى ورو ٤ فقرة ٥٠٧ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٨١ - لوران ١٤ فقرة ٥٢٢ - هيك ٧ فقرة ٣٤ - بودرى وبارد ١ فقرة ١١٧ - ديموج ١ فقرة ٣٦٤ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٤ مكررة - بلانيول ٢ فقرة ١٠٦٥ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٨٥ - جوسران ٢ فقرة ١٠٠ - دى هلتس ١ لفظ اتفاق (conv.) فقرة ٦٣ - هالتون ١ ص ٣٢١ - والتون ١ ص ٢٥١ - انظر أيضاً ٢٨ من قانون الالتزامات السويسري .

ومن ذلك نرى أنه طبقا للنظرية التقليدية يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فانه اذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطا ، فان الاقتصار على هذا الغلط ، مجردا عن التدليس ، لا يكفي للطعن في العقد بالبطلان في كل الأحوال .

§ ٣ - التدليس صادر من المتعاقد الآخر

* ٣٨٦ - ثاقصه النصوص في القانون المصري - ينص القانون الفرنسي صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر (م ١١١٦) ، فاذا صدر التدليس من الغير لم يؤثر في صحة العقد . أما القانون المصري ، ففي نصه الفرنسي ، لم يذكر المشرع ما يفيد أن التدليس يجب أن يكون صادرا من أحد المتعاقدين ، بل اقتصر على أن يذكر أن التدليس يقع على أحد المتعاقدين ، وقد سبق أن ترجمنا النص الفرنسي للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، وقد جاء فيه "أن التدليس يعيب الرضاء ، اذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث أنه لولاها لما رضى" .

ولما كان المعروف أن القانون المصري نقل في أكثر مواضعه من القانون الفرنسي ، وأنه وضع في أول الأمر باللغة الفرنسية ، كان مما يلفت النظر أن يأتي النص الفرنسي للمادتين ١٣٦/١٩٦ مخالفا مخالفة جوهرية للمادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي ، فلا يشترط ، خلافا لنص القانون الفرنسي ، أن يكون التدليس صادرا من الغير . ويزيد العجب اذا رجعنا للنص العربي للمادتين ١٣٦ - ١٩٦ ، فاننا نجد هذا النص يشترط أن تكون الحيل المستعملة في التدليس صادرة من المتعاقد الآخر ، فيطابق بذلك نص القانون الفرنسي ، ولكنه يتناقض مع النص الفرنسي للقانون المصري . ووجه العجب أنه اذا كان أحد النصين في القانون المصري متفقا مع القانون الفرنسي ، والآخر مختلفا معه ، فقد كان الأولى أن يكون الاتفاق في النص الفرنسي ، لا في النص العربي .

ومما يؤسف له أنه ليس لدينا اعمال تحضيرية للقانون المصري نقف منها على سر هذا الخلاف . وكل ما نستطيعه في مثل هذه الحالة هو أن نرجح فرضا من الفروض بصلح تفسيرها لهذه النصوص المتناقضة . وفي رأينا أن المشرع المصري أراد العدول عن القاعدة الفرنسية التي تقضى بأن التدليس يجب أن يكون صادرا من الغير ، لأنها قاعدة متقدمة كما سنبين ذلك

فيما يلي ، فأورد النص الفرنسي للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، وهو النص الأصلي (وان لم يكن النص الرسمي) قاطعا في أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادرا من الغير . ثم ترجم هذا النص الى العربية ، ولكن المترجم تصرف فيه ، فبدلا من أن يتقيد بالأصل فيذكر "أن التدليس يعيب الرضاء اذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد الآخر" ذكر أن "التدليس موجب لعدم صحة الرضاء ، اذا كان رضاء أحد المتعاقدين مرتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر الخ" . فهو قد زاد على الأصل أن رضاء أحد المتعاقدين يكون مرتباً على الحيل المستعملة ، ولما أورد لفظ "رضاء" وأسندها الى "أحد المتعاقدين" انساق الى ذكر "المتعاقد الآخر" بشيء من المقابلة الطبيعية^(١) . بجاءت الترجمة مخالفة للأصل متناقضة معها . ولكننا لا نظن هذا إلا نتيجة الخطأ في الترجمة ، ونستبعد أن يكون المترجم قد قصد الرجوع الى مطابقة القانون الفرنسي في الموضوع ، بعد أن ظهرت نية المشرع المصري صريحة ، في النص الفرنسي الذي أورده ، أنه أراد مخالفة هذا القانون .

لذلك نحن نذهب الى الأخذ بالنص الفرنسي دون النص العربي في هذه المسألة ، فهو أدل على غرض المشرع ، ويترتب على ذلك أن القانون المصري لا يشترط ، خلافاً للقانون الفرنسي ، أن التدليس يكون صادرا من أحد المتعاقدين ، فيصح أن يكون صادرا من الغير ، ومع ذلك يبطل العقد^(٢) .

* ٣٨٧ — ولكن الفقه والقضاء في مصر لا يريان ذلك ، فعندهما أن التدليس في القانون المصري يجب أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر ، تمشيا مع القانون الفرنسي ، وقد عرض الاستاذ والتون لهذا الموضوع بشيء من التفصيل ، فذكر التناقض بين النصين العربي والفرنسي ، ومن رأيه الأخذ بالنص العربي ، لأنه هو النص الرسمي ، ولا يجوز العدول عنه الى النص الفرنسي إلا اذا كان غامضا . أما اذا كان واضحا ، كما في حالتنا هذه فيجب الأخذ به ، لا سيما اذا كان هذا النص الواضح يتفق مع القانون الفرنسي^(٣) . وقد اتفق معه في هذا الرأي

(١) ولعله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنسي الذي ترجمه أن الحيل المستعملة ضد المتعاقد هي حيل صادرة من المتعاقد الآخر ، وأن هذا يفهم من مدلول النص .

(٢) انظر ما يؤيد هذا النظر في مقال للأستاذ ارمانجون عن القانون المدني الفرنسي في مصر في كتاب العيد المثني للقانون الفرنسي ٢ ص ٧٥٥

(٣) والتون ١ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٣ ، وسرى أن الأستاذ عبدالسلام ذهني بك عرض لهذه المسألة في كثير =

الأستاذ محمد صالح^(١). أما الأستاذ هالتون فلم يشر إلى النص العربي من القانون المصري، ولكنه قرر أن قاعدة صدور التدليس من أحد المتعاقدين مأخوذة بها في مصر، ولو أن نص القانون (ويقصد النص الانجليزي والنص الفرنسي) ليس صريحاً في ذلك^(٢). ولم يشر الأستاذ دى هلتس إلى شيء من هذا، بل اكتفى بتقرير أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر، دون أن يذكّر تناقض النصوص ومخالفتها للقانون الفرنسي^(٣). وكذلك فعل المرحوم فتحي زغلول باشا^(٤).

وجرى القضاء المصري على قاعدة أن التدليس لا بد أن يصدر من المتعاقد الآخر حتى يؤثر في صحة العقد، وذلك تقليداً للقضاء الفرنسي^(٥).

= من الاسباب، وهو يقول بالرأى الذى نقول به، ولكنه لم يشر إلى التناقض ما بين النصين العربى والفرنسى، وهى مسألة عنى بها الأستاذ والتون عناية تلفت النظر.

على أننا لا نوافق الأستاذ والتون على رأيه من وجوب الأخذ بالنص العربى دون النص الفرنسى، فإن القول بأن النص العربى هو النص الرسمى يقلل من أهميته كثيراً أن النص الفرنسى هو النص الأسمى. ولستأمن يقولون بوجوب الأخذ بنص دون الآخر في كل الأحوال، فلا يؤخذ بالنص العربى دائماً بحجة أنه النص الرسمى، كما لا يؤخذ بالنص الفرنسى دائماً بحجة أنه النص الأسمى. وفى رأينا أن الأخذ بنص دون الآخر إنما هى مسألة تفسير لغرض المشرع، والمهم أن نعرف هذا الغرض، فتلمسه أولاً في النص الفرنسى لأنه هو النص الأسمى، فإذا كان هذا النص غير واضح، واحتمل التأويل رجعنا إلى النص العربى، فقد يوضح ما كان مبهماً في النص الفرنسى، فنأخذ بالنص العربى في هذه الحالة، وإذا ظل المعنى غير واضح لجأنا إلى الطرق الأخرى لتفسير القانون، ومنها الرجوع إلى القانون الفرنسى ذاته إذ هو الأصل الذى نقل عنه القانون المصرى (انظر في هذا الموضوع منشور لجنة المراقبة القضائية الصادر في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ فقرة ٨ مج ١٠ - ١٠٤ - ومحكمة النقض الأهلية في ١٩ يناير سنة ١٩١٨ مج ١٩ نمرة ١٩). انظر أيضاً حكماً صدر من محكمة الاستئناف الأهلية وهو يقضى بأنه إذا اختلف النص العربى للقانون عن النص الفرنسى، فالواجب أن يتبع منهما النص الأكثر مطابقة لقواعد القانون العامة والعدل (٢٢ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢/٢١٥٤ ص ٢١٠). والواقع أن الأستاذ والتون يرى من مبدأ الأمر أن القاعدة التى تقضى بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين حتى يؤثر في صحة العقد، هى قاعدة عادلة، أخذت بها القوانين الحديثة، ولا يرى ما يستوجب عدول المشرع المصرى عنها، فأخذ بالنص العربى لذلك، (التون ١ ص ٢٥٣ - ص ٢٥٤)، ولا ندرى هل كان يعدل عن رأيه، ويأخذ بالنص الفرنسى، لو كان يرى أن التدليس يجب أن يؤثر في صحة العقد، حتى لو كان صادراً من الغير.

(١) الأستاذ محمد صالح في أصول التمهيلات فقرة ٢٨٥ ص ٢٤٢

(٢) هالتون ١ ص ٣٢٠ - ص ٣٢١

(٣) دى هلتس جزء أول لفظ اتفاق (Convention) فقرة ٦٤

(٤) شرح القانون المدنى ص ١٣٣

(٥) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا صدر التدليس من الغير فلا يستوجب ذلك بطلان العقد، إذا لم يكن المتعاقد الذى استفاد من التدليس قد عرف بأمر هذا التدليس، واستفاد منه عن علم به (٢ ديسمبر سنة ١٨٨٠ =

وقد خالف الأستاذ عبد السلام ذهني بك هذا الرأي، وهو يذهب الى ما ذهبنا اليه من أن التدليس في القانون المصري لا يشترط فيه أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر لأن المواد ١٣٣/١٩٣ و ١٣٦/١٩٦ وردت بالفاظ عامة، ولم تميز بين تدليس يصدر من المتعاقد وتدليس يصدر من الغير، كما في الإكراه، ولم يقل أحد بهذا التمييز في الإكراه، فكذلك في التدليس . وذلك بخلاف القانون الفرنسي فانه ميز في التدليس، ولم يميز في الإكراه^(١). ولكن الأستاذ اكتفى بأن أكد أن المادتين ١٣٦ / ١٩٦ نصهما عام لا يميز بين تدليس صادر من المتعاقد الآخر وتدليس صادر من الغير، ولم يشر الى أن النص الفرنسي هو الذي ورد بهذا التعميم، أما النص العربي فقد جاء فيه هذا التمييز .

= بوربلي م ١٩٦ (٢) . ويرتب على ذلك أنه في حالة التزوير المعنوي في ورقة من الأوراق التجارية، لا يحتاج بالتدليس الصادر من المتفع الأول قبل حامل الورقة التجارية، ما لم يكن يعلم هذا الأخير بحصول التدليس (محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٥ والمجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٤ ص ١٧٠)، وكذلك لا يحتاج بالتدليس الصادر من المتفع الأول للحصول على امضاء الساحب، قبل حامل الورقة الأخير، اذا كان حسن النية (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٣ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٩ ص ١٨٢ — ٢٢ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٩) أى اذا كان يجهل وجود هذا التدليس وقت تظهير الكمبيالة له (محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة في ٢٢ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٦٨ نمرة ٢٠٠) . ولا يحتاج بالتدليس، في حالة تأخير تاريخ الورقة التجارية، حتى يكون ساحب الورقة قد استكمل الأهلية في ذلك التاريخ، قبل حامل الورقة (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٢) . كذلك لا يحتاج بالتدليس الصادر من مؤسس أو مديري شركة، قبل دائني هذه الشركة، فان التزام مساهمي هذه الشركة لدائنيها يبقى صحيحا، ولو كان هناك تدليس صادر من مؤسس الشركة أو مديريها، لأن هؤلاء يكونون من الغير، ولا أثر للتدليس الصادر منهم في صحة الالتزام ما بين المساهمين والدائنين (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٤١ جازيت ٢ ص ١٩١) . واذا تعدد المتعاقدون، وارتكب أحدهم تدليسا فيبطل العقد بالنسبة له فقط، ويبقى بالنسبة للباقيين ممن لم يصدر منهم تدليس، فاذا كان العقد غير قابل للتجزئة، كعقد القسمة، فانه يبقى صحيحا، ويرجع على المتعاقد الذي صدر منه التدليس بالتعويض (انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧ جازيت ٣ ص ١٩٧ نمرة ٤٢٩) . انظر أيضا محكمة المنياء الجزئية الأهلية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ محاماة ٣ ع ١٣٠ ص ١٨٢ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٨٤٩ رقم ٤٣٩

(١) ويرى الأستاذ "أنه لا محل قانونا وعقلا لهذه التفرقة بين مصدر الإكراه ومصدر التدليس ... وليس بعيد أن يكون الشارع المصري قد أراد الأخذ بالتسوية بين الإكراه والتدليس، ما دام أنه لم يشر مطلقا، لا في مادة الإكراه (١٣٥/١٩٥) ولا في مادة التدليس (١٣٦/١٩٦) الى أن الإكراه مفسد للعقد، حتى لو صدر من غير أحد العاقدين، وإن التدليس لا يكون مفسدا للعقد إلا اذا صدر من أحدهما، كما أشار الى ذلك القانون الفرنسي في المادتين ١١١١ (فيما يتعلق بالإكراه) و ١١١٦ (فيما يتعلق بالتدليس)" (عبد السلام ذهني بك في الالتزامات ص ١٢٨ — ص ١٣٠) .

* ٣٨٨ - صراحة النص في القانون الفرنسي - ومهما كان من خلاف في القانون المصري، فلا خلاف في القانون الفرنسي في أن التدليس يجب أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر حتى يؤثر في صحة العقد . وقد نصت المادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي صراحة على ذلك، وأجمع على هذا الرأي الفقهاء الفرنسيون ذلك بأنه اذا صدر التدليس من الغير فانه لا يؤثر في صحة العقد، ويعمل الفقهاء الفرنسيون ذلك بأنه اذا صدر التدليس من الغير، فلا ذنب للمتعاقد الآخر، وليس من العدل أن يجزى ببطالان العقد عن ذنب اقترفه الغير، وللمتعاقد المخدوع أن يرجع على الغير الذي صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب هذا التدليس طبقا للقواعد العامة . وهذه دعوى مصدرها العمل الضار، ولا تسقط في القانون الفرنسي إلا بمضى ثلاثين سنة، فهي من هذا الوجه خير من دعوى بطلان العقد للتدليس ، إذ تسقط هذه بمضى عشر سنوات ^(٢) .

* ٣٨٩ - نقر الشرط القاضي بصرف التدليس منه المتعاقد الآخر - ولا نرى في الحجة المتقدمة ما يقنع بالتمييز بين التدليس الصادر من المتعاقد الآخر والتدليس (١) توليه ٦ فقرة ٩٣ - ديوانتون ١٠ فقرة ١٧٦ - فقرة ١٧٧ - لاروميير ١١١٦ م ١ فقرة ٨ - أوبري ورو ٤ ص ٥٠٥ - ديولومب ٢٤ فقرة ١٨٤ - فقرة ١٨٥ - لورات ١٥ فقرة ٥٢٩ - بودري وبارد ١ فقرة ١٠٩ - ديوج ١ فقرة ٣٦٦ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٤ - محكمة النقض الفرنسية في ١٠ فبراير سنة ١٨٦٨ سير به ٦٨ - ١ - ١٤٩ - ٢٥ مايو سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٣٧٩ - محكمة باريس الاستئنافية في ٢١ أبريل وفي ٩ مايو سنة ١٨٧٧ سير به ٨٠ - ٢ - ٣٣١ (مساهم في شركة لا يستطيع التمسك قبل الدائنين بالتدليس الصادر من مدير الشركة) - محكمة ديجون الاستئنافية في ١٠ أبريل سنة ١٨٦٧ سير به ٦٨ - ٢ - ٢٤٢ (متنازل له عن أسهم في شركة لا يتمسك بالتدليس الصادر من الغير قبل الشركة) . انظر ايضا محكمة بروكسل في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٢ محاماة ٦ ص ٣٨٤ رقم ٢٨٩ (٢) و يلاحظ أن دعوى التعويض هذه يجوز رفعها أيضا على المتعاقد الذي صدر منه تدليس، وذلك الى جانب دعوى بطلان العقد ، اذا ثبت أن هناك ضررا لا يكفى في تعويضه هذا البطالان . وترى الأستاذة بلانيول وريبير واسمان أن دعوى التعويض في هذه الحالة تسقط بعشر سنوات تبعا لدعوى البطالان ، لأن كلا من الدعوى بين يقصد به تعويض الضرر الذي حدث من التدليس (الجزء الأول فقرة ٢٠٨ ص ٢٧٥ وهامش نمرة ١) . ونحن لا نرى ما يستوغ التفريق بين الدعوى المرفوعة على الغير والدعوى المرفوعة على المتعاقد الآخر ، اذا كان أساس كل من الدعوى بين الضرر الناجم من التدليس ، فكلاهما دعوى أساءها العمل الضار لا العقد ، وسقوط دعوى بطلان العقد بعشر سنوات في القانون الفرنسي حكم استثنائي لا يجوز التوسع فيه ، فلا يمتد الى دعوى أخرى غير دعوى البطالان ، مبنية على مصدر آخر غير مصدر العقد .

انظر في جزاء من نوع آخر للتدليس السلبي (dol à effet négatif)، وهو تدليس يستعمل حتى يمتنع الشخص من التعاقد ، الى ديوج ١ فقرة ٣٨٣ - فقرة ٣٨٤ .

الصادر من الغير، فإن التدليس في الحالتين يفسد رضاء المتعاقد الذي وقع في الغش، وما دمنّا نأخذ بالمعيار النفسى في التدليس^(١)، وننظر لا الى التدليس ذاته، بل الى ما أحدثه من الأثر في نفس المتعاقد، فإن الواجب عدم التفريق بين الحالتين، فسيان لدى المتعاقد ضحية التدليس ان كان هذا التدليس صادرا من المتعاقد الآخر، أو من الغير، فهو في الحالتين مضلل، صدرت إرادته على غير هدى، فلا يجوز أن يلتزم بمثل هذه الإرادة^(٢).

والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية، وهو يرجع في الأصل لأسباب خاصة بالقانون الرومانى^(٣)، وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسى القديم القاعدة ميراثا من التقاليد^(٤)، وانتقلت منه الى القانون الفرنسى الحديث، وإلا فما الفرق بين الاكراه والتدليس من هذه الناحية، والمقرر أن الاكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير، لأنه يفسد الرضاء في الحالتين، فما معنى التعميم في الاكراه والتخصيص في التدليس^(٥)؟

(١) ونذكر بهذه المناسبة أن معيار التدليس تطور كمعيار الغلط فأصبح نفسيا، لأن التدليس إنما يبطل العقد لما يولده من الغلط في نفس المتعاقد، ولأن هذا الغلط الذى ولده التدليس هو الدافع الى التعاقد.

ويرى الأستاذ ليفى أولمان أن هناك ثلاثة أمور تدل على تطور التدليس من المعيار المادى الى المعيار النفسى، فى القضاء والفقه الفرنسيين: أولها الميل الى عدم التمييز بين التدليس الصادر من المتعاقد الآخر والتدليس الصادر من الغير، فكلهما يولد الغلط في نفس المتعاقد. وثانيها التفريق بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع من طريق معيار نفسى، لا من طريق معيار مادى. وثالثها اعتبار مجرد الكتمان تدليسا، لأنه يؤثر في نفس المتعاقد تأثير الطرق الاحتيالية الايجابية (مذكرات ليفى أولمان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٨٩ ص ٣٩٤).

(٢) انظر مذكرات الأستاذ ليفى أولمان السابق الاشارة اليها ص ٣٩٠.

(٣) فقد كان « البريطور » فى القانون الرومانى يعطى الدعوى والدفع، فيما يخص بالتدليس، ضد الشخص الذى صدر منه التدليس، فاذا داخل العقد تدليس صادر من الغير، لم يكن للتعاقد الذى وقع فى التدليس إلا الرجوع على هذا الغير، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر، فيبقى العقد صحيحا، لا سبيل الى إبطاله. وهذا بخلاف الاكراه، فانه حتى اذا وقع من الغير، يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (انظر جبرار ط ٤٧١ ص ٤٧١).

(٤) انظر بوتييه فى الالتزامات فقرة ٣٢

(٥) ومما يقال عادة فى الدفاع عن هذا التمييز أن ضحية الاكراه أولى بالرعاية من ضحية التدليس، فالاكراه نوع من القوة القاهرة لا تمكن مقاومته، فوجب أن يصدر من وقع تحت تأثيره، فلا يلتزم بالعقد، سواء صدر الاكراه من المتعاقد الآخر أو من الغير. أما التدليس فكان من الممكن مقاومته بشئ من الفطنة والحذر، فاذا صدر من الغير، يمكن أن يتوض من وقع فيه بالرجوع على من صدر منه. هذا الى أنه لو اكتفى المكروه فى حالة صدور الاكراه من الغير، بالرجوع على هذا الغير، دون أن يبطل العقد، لما كان لهذا الرجوع قيمة فى أكثر الأحيان، فكثيرا ما يكون للغير الذى صدر منه الاكراه غير معروف، أو إذا عرف فقل أن يكون موسرا، حتى يكون الرجوع عليه منتجا =

هذا ما حملنا على القول بأن المشرع المصرى أراد الرجوع عن هذه القاعدة الفرنسية الممتدة ، فأورد نص المادتين ١٣٦/١٩٦ بالتعميم الذى ورد فى المادتين ١٣٥/١٩٥ فيما يتعلق بالاكراه ، لأنه أراد ألا يجعل هناك فرقا بين التدليس والاكراه من حيث صدورهما من الغير أو من المتعاقد الآخر، وخالف بذلك القانون الفرنسى الذى عزم فى الاكراه ، وميز فى التدليس . ثم ترجم نص التشريع المصرى الخاص بالتدليس ترجمة رجعت به الى التمييز الذى ورد فى القانون الفرنسى ، وسبب هذا فى رأينا يرجع الى خطأ فى الترجمة كما سبقت الاشارة الى ذلك .

* ٣٩٠ - عمل الفقه والقضاء فى فرنسا على هدم هذا الشرط بالاكراه

صه الاستثناءات فيه - ولعل ضعف الحجة فى وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذى حمل القضاء والفقه فى فرنسا على الانتقاص من هذا التمييز، والتقليل من شأنه، والسعى فى هدمه بالاكتار من الاستثناء فيه . فقد اتفق الفقه والقضاء الفرنسيان (ويجب اتباعهما فى مصر اذا فرض الأخذ برأى من يقول بالتمييز

= (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد فقرة ٩٤ وفقرة ١١٠ - ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٤٧) . وواضح أن هذا لا يصلح أن ينهض حجة على وجوب التمييز بين التدليس والاكراه ، فليس بصحيح أن الاكراه أشد خطرا من التدليس وأصعب مقاومة ، لاسيما فى عصر تقدمت فيه المدنية ، وتفنن المحتالون فى سبك الحيلة والتلطف فى الدعا . ولم يعد الاكراه هو الذى يخشى منه ، فقل أن يلجئ اليه من يفكر فى ابتزاز مال الناس . إنما آفة المدنية التدليس ، فهو الذى ينتشر بانتشارها ، وتصبح مقاومته أدق وأصعب من مقاومة الاكراه . كذلك لا يمكن القول بأن الغير الذى صدر منه الاكراه يكون غير معروف ، أو يكون غير موسر ، بأكثر مما يكون الغير الذى صدر منه التدليس . والواقع أن الفقهاء وجدوا أنفسهم امام قاعدة تقليدية حاولوا تبريرها ، متمسكين لها أساليب مختلفة للتجمل على تسويقها والدفاع عنها ، وهى بعد قاعدة كان لها سببها فى الماضى ، وقد زال هذا السبب ، فيجب أن تزول بزواله . وقد شعر فقهاء العصر الحاضر بعدم وجود مبرر لبقاء القاعدة فأخذوا بها جونها (انظر فى ذلك سالى فى اعلان الارادة ص ١٥ - ص ١٧ - كولان وكابيتان ٢ ص ٢٨٨ - بلانيول ٢ فقرة ١٠٧٥ - جوسران ٢ فقرة ٩٦ - ديموج ١ فقرة ٣٥٣ ص ٥٥٦ - ص ٥٥٧ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٤ - والتون ١ ص ٢٣٤ - ص ٢٣٥) .

على أن الأساندة بلانيول وريبير واسمان لاحظت أن القاعدة تتفق مع نظرية الارادة الظاهرة ، فاذا وقع التدليس من الغير ، فلا ذنب للمتعاقد الآخر ، وله أن يطمئن الى ارادة المتعاقد الذى وقع فى التدليس كما ظهرت أمامه (جزء أول فقرة ٢٠٤ - قارن أيضا ديموج ١ فقرة ٣٥٣ ص ٥٥٦) . ولكننا نلاحظ أن هذا يصدق أيضا على الاكراه ، فاذا صدر من الغير ، فلا ذنب للمتعاقد الآخر إذا أخذ بارادة المكره كما ظهرت أمامه ؟ (انظر ديموج ١ فقرة ٣٥٣ ص ٥٥٧) .

في القانون المصري تقلد هذا للقانون الفرنسي^(١) على ألا تميز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر، وأن كليهما يفسد الرضاء في الأحوال الآتية :

(أولا) اذا كان العمل القانوني الذي دخل فيه التدليس عملا قانونيا صادرا من جانب واحد، كما في التنازل عن حق ارتفاق أو عن حق رهن ، اذا كان المتنازل ضحية تدليس صدر من غير الشخص الذي تنازل له عن هذا الحق . وكما في الوصية فانها تبطل للتدليس، ولو صدر من غير الموصى له . ويبررون ذلك بأن نص المادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي، وهو الذي يفرق بين التدليس الصادر من المتعاقد الآخر والتدليس الصادر من الغير، إنما هو مقصور على العقود دون الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد ، فقد استعمل المشرع ألفاظا لا تتفق إلا مع افتراض وجود عقد، ” فذكر الاتفاق “ و ” أحد الطرفين “ ” والطرف الآخر “^(٢) .

(ثانيا) كذلك لا تنطبق قاعدة التمييز إلا على عقود المعايضة . أما الهبات فتبطل للتدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير، وهذا استثناء تقليدي يبررونه عادة بأن الهبة يجب أن تمتحض عن نية تبرع خالصة، فاذا داخلها التدليس، ولو صدر من الغير، كان مبطلا لها . هذا الى أن الموهوب له قد تلقى الشيء الموهوب دون مقابل، فليس له أن يتضرر اذا أبطلت الهبة حماية للواهب المخدوع من الغير^(٣) .

(١) وهذا ما فعله القضاء المصري (انظر الأحكام المشار اليها في فقرة ٣٨٧ واستئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٠ بوريل م ١٩٦ - ٢ - ٥ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٥ - ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٣ ، والأحكام التي سيشار اليها في مواضعها) .

(٢) وهناك حالة عكسية لا يؤثر فيها التدليس ، ولو كان صادرا من المتعاقد الآخر، وهي عقد الزواج في القانون الفرنسي (أوربري ورو ٧ ص ٩٦ - هيك ٢ فقرة ٦٧ - لوران ٢ فقرة ٢٨٩ - والنون ١ ص ٢٥٦) . أما في مصر فينبع في عقد الزواج قانون الأحوال الشخصية .

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٢ يناير سنة ١٨٧٨ داللو ٧٨ - ١ - ١٣٦

(٤) أوربري ورو ٤ ص ٥٠٥ - ٥٠٦ هامش نمرة ٢٦ - لوران ١٥ فقرة ٥٢٩ - بودري وبارد فقرة ١١٣ - ديموج ١ فقرة ٣٧٩ - والنون ١ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٤ ص ٢٧٢

و يقيسون على هذا أيضا الاشتراط لمصلحة الغير ، اذا وقع التدليس من المتفع ، فانه يكون سببا في بطلان العقد، ولو أن المتفع ليس طرفا في العقد (ديموج ١ فقرة ٣٦٨ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٤ ص ٢٧٢) .

(٥) انظر محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ يونيو سنة ١٨٨٧ داللو ٨٨ - ١ - ٣٠٤ - ديموج ١ فقرة ٣٦٦ مكررة - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٤ ص ٢٧٢ . ويمكن تعليل ذلك فقها بأن السبب في الهبة ، وهونية التبرع الخالصة ، معدوم .

(ثالثا) تبقى عقود المعاوضات . وهذه أيضا تبطل : (١) لو صدر التدليس من نائب المتعاقد (كالأوكل أو الولي أو الوصي أو القيم) والتدليس هنا لا يعتبر صادرا من الغير، بل يحاسب عليه الأصيل كأنه صادر منه، وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد النيابة السالفة الذكر^(١) . ولكن لما كان التدليس لم يصدر من الأصيل نفسه، فلا يكون مسئولا، الى جانب بطلان العقد، عن التعويض^(٢)، وإنما المسئول هو النائب، لأنه هو الذي صدر منه التدليس . على أن الأصيل يكون مسئولا في هذه الحالة عن النائب في الحدود التي يسأل فيها المخدم عن أعمال خادمه ، اذا توافرت في النائب الشروط المطلوبة لتحقيق هذه المسؤولية^(٣) .

(٢) لو صدر التدليس من الغير، ولكنه تواطأ في ذلك مع المتعاقد الآخر، فان اشترك المتعاقد الآخر مع الغير بعد تدليس منه كافيا لابطال العقد^(٤) .

(١) ديموج ١ فقرة ٣٦٧ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٠٤ ص ٢٧١ ، انظر أيضا فقرة ٢١٨
(٢) ديرانتيان ١٠ فقرة ١٨٦ - أوبري ورو ٤ ص ٥٠٦ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٨٧ - لوران ١٥ فقرة ٢٢٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ١١٢ - والتون ١ ص ٢٥٤

(٣) وقد يتحقق فرض آخر، فيدلس النائب لا على المتعاقد الآخر، بل على الأصيل، متواطئا في ذلك مع المتعاقد الآخر، كأن يتفق الوصي مع المشتري لمثل القاصر، فيبيع المالك ثمن بخس في مقابل جعل يأخذه لنفسه . ويكون كل من النائب والمتعاقد الآخر في هذه الحالة مسئولا قبل الأصيل، وقد يكون جزاء هذه المسؤولية بطلان العقد (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤) . وكما يتعاقد مدير الشركة مع الغير باسم الشركة، ولكن لصالحه الخاص لا لصالح الشركة، ويجب أن يكون الغير عالما بالتدليس الذي يرتكبه المدير ضد الشركة، ومتواطئا معه على ذلك، ولا يكفي مجرد علمه بما للمدير من صالح شخصي في الصفقة التي يباشرها باسم الشركة (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٩ - جازيت ٣ ص ٦٩ نمرة ١٣٠) .

(٤) محكمة النقض الفرنسية في ٨ أغسطس سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٩ - ١ - ٤٦١ - بودرى وبارد ١ فقرة ١٠٩ - ديموج ١ فقرة ٣٦٦ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٠٤ ص ٢٧١ - محكمة النقض الأهلية في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ محاماة ١٣ ص ١٢١٣ نمرة ٦١٨

وهذا بخلاف ما اذا تعدد الطرف الآخر، وكان التدليس صادرا من بعض أفراد هذا الطرف دون البعض، فالتدليس لا يؤثر في صحة العقد، لأنه لم يصدر من جميع أفراد الطرف الآخر، كما اذا دخل شخص في شركة مع آخرين، وقد غرره أنفسهم فعمله على دخول الشركة، ولم يكن لبقية الشركاء يد في هذا التفرير، ففي هذه الحالة لا يستطيع الشركاء المخدمين طلب بطلان عقد الشركة، فان ذلك يؤثر في حقوق الشركاء الذين لم يشتركوا في التدليس، فيقتصر على مطالبة الشركاء الذي صدر منه التدليس بالتعويض (ديمولومب ٢٤ فقرة ١٨٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ١١١ - ديموج ١ فقرة ٣٦٩ - انظر مع ذلك هيك ٧ فقرة ٣٧) . وقد قدمنا أن العقد اذا كان لا يقبل التجزئة كعقد القسمة، وصدر التدليس من بعض المتقاسمين دون البعض الآخر، فلا يبطل العقد بالنسبة لمن صدر منه التدليس وحده، لعدم امكان تجزئة العقد، بل تبقى القسمة صحيحة، ويرجع من وقع في التدليس على من صدر منه هذا التدليس بالتعويض (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ ايار سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧) .

* ٣٩١ - استفتاء أصير: علم المتعاقد الآخر بالتدليس أو استطلاعه العلم به :

لم يبق إذا من قاعدة وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر إلا حالة واحدة: عقد معاوضة يصدر فيه التدليس من الغير، دون أن يتواطأ مع المتعاقد الآخر. في هذه الحالة تنطبق القاعدة ، ولا يبطل التدليس العقد . على أنه حتى في هذه الحالة يذهب كثير من الفقهاء الى أن المتعاقد الآخر اذا علم بالتدليس الصادر من الغير، وسكت دون أن يكشف للمتعاقد المخدوع عن حقيقة الأمر ، فان هذا الكتمان يعدّ تدليسا منه كافيا لابطال العقد^(١) . بل يذهب البعض الى أبعد من ذلك، ويكفى عنده أن المتعاقد الآخر كان في استطاعته أن يعلم بصدور التدليس من الغير، ولو لم يعلم ذلك بالفعل^(٢) . ويتفق هذا الرأي مع المذهب الذي أخذت به القوانين الحديثة في هذه المسألة .

(١) ديرانتون ١٠ فقرة ١٧٨ - أوبري ورو ٤ ص ٥٠٦ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٨٦ - لارومبير م ١١١٦ فقرة ٨ - لوران ١٥ فقرة ٥٢٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ١٠٩ - ديموج ١ فقرة ٣٦٦ ص ٥٧٨ انظر أيضا استئناف مخطوط ٥ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٥ وقد سبقت الإشارة الى هذا الحكم .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ١٠٩ ص ١٥٠ هامش نمرة ٢

(٣) وقد نصت المادة ١٢٣ فقرة ثانية من القانون المدني الألماني على أنه اذا كان الغير هو صاحب الطرق الاحتمالية المقصود بها الغش، وكان اعلان الارادة موجها الى شخص آخر، فان اعلان الارادة لا يكون قابلا للبطان إلا اذا علم هذا الشخص الآخر، أو كان يجب ضرورة أن يعلم، بهذه الطرق الاحتمالية .

ونصت المادة ٢٨ فقرة ثانية من قانون الالتزامات والسويزى على أن المتعاقد الذى وقع في تدليس صادر من الغير يبقى ملتزما ، ما لم يكن المتعاقد الآخر قد علم ، أو كان يجب أن يعلم ، بالتدليس وقت تمام العقد .

ونصت المادة ٢١ من المشروع الفرنسى الايطالى على أن التدليس يكون سببا في بطلان العقد اذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين ، أو من الغير يعلم من أحد المتعاقدين ، جسيمة بحيث أنه لولا هذه الحيل لما رضى المتعاقد الآخر . وزى من هذه النصوص أن القوانين الحديثة لا تزال تستبقى التمييز بين التدليس الصادر من أحد المتعاقدين والتدليس الصادر من الغير، ولكنها تضعف هذا التمييز الى حد كبير يجعلها التدليس الصادر من الغير سببا في بطلان العقد اذا علم به المتعاقد الآخر، أو كان يستطيع أن يعلم به .

واذا تمسكنا مع الرأي الذى يأخذ به القضاء والفقهاء في مصر من أن التدليس الصادر من الغير لا يبطل العقد، فالواجب على الأقل أن يكفل هذا الرأي بما قدمناه من أن العقد يكون باطلا ، اذا علم المتعاقد الآخر بالتدليس الصادر من الغير، أو كان يستطيع أن يعلم به . وسنرى هذا على أن الكتمان في هذه الحالة يعدّ تدليسا صادرا من المتعاقد الآخر، وهذا يكفى لإبطال العقد .

ومما هو جدير بالذكر، مادامنا بصدد القانون المقارن ، أن الشريعة الاسلامية لا تجعل التدليس سببا لبطلان العقد إلا اذا صدر من المتعاقد الآخر ، ونجيم منه غبن فاحش لأحد المتعاقدين . فللمغبون أن يفسخ العقد حينئذ . أما اذا صدر التدليس من أجنبي (غير الدلال) فلا يثبت حق الفسخ، لأن الأجنبي لا يعاب بقوله . ولو غر المشتري البائع في العقار، فأخذه الشفيع ، فليس للبائع أن يسترد من الشفيع لأنه لم يفره، وإنما غره المشتري (انظر في هذا الموضوع شرح المجلة ص ١٩٩ - ص ٢٠٠) .

* ٣٩٢ - ماذا يبقى منه الفاعرة بعد هذه الاستثناءات - فإذا وصلنا إلى

هذا الحد كدنا نهدم التمييز التديس الصادر من المتعاقد الآخر والتديس الصادر من الغير، فكلاهما يبطل العقد، ولكن يشترط إذا صدر التديس من الغير، أن يكون المتعاقد الآخر عالما أو في استطاعته أن يعلم بالتديس . فإذا بقي الفرض الذى لم يعلم فيه المتعاقد الآخر بالتديس ولم يكن يستطيع أن يعلم به، فمن السهل أن نجعل العقد باطلا حتى في هذا الفرض ما دام التديس الذى صدر من الغير قد ولد في نفس المتعاقد غلطا دفعه الى التعاقد، ويكون العقد باطلا للغلط .

المطلب الثانى - نقد النظرية التقليدية فى التديس

* ٣٩٣ - نسمى النظرية التقليدية للتديس مع النظرية التقليدية للغلط - لا تقوم النظرية التقليدية فى التديس إلا الى جانب النظرية التقليدية فى الغلط . فالنظريتان تتوافقان وتكمل إحداهما الأخرى .

ويستطيع أنصار النظريتين أن يثبتا أن الغلط والتديس عيبان مستقلان أحدهما عن الآخر، وأنه لا يمكن الاستغناء عن إحدى النظريتين بالأخرى، لأن هناك فروضا يمكن فيها إبطال العقد للغلط حيث لا يمكن إبطاله للتديس، كما أن هناك فروضا أخرى يمكن فيها إبطال العقد للتديس حيث لا يمكن إبطاله للغلط .

* ٣٩٤ - البطلان للغلط دون التديس والبطلان للتديس دون الغلط -

أما أن العقد قد يكون باطلا للغلط دون التديس، فذلك لا يقتصر على فرض وقع فيه المتعاقد

(١) تولى ٦ فقرة ٩٤ - لارومير ١ م ١١١٦ فقرة ٩ - بودرى وبارد ، فقرة ١١٤ - ديموج ١ فقرة ٣٧٠ - بلانيول ٢ فقرة ١٠٦٤ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٨٨ - ص ٢٨٩ - والتون ١ ص ٢٥٤ . هذا ويلاحظ أنه حتى يبطل العقد للغلط في هذا الفرض الأخير يجب أن يثبت المتعاقد الذى دلس عليه الغير أن المتعاقد الآخر كان مشتركا معه فى الغلط الذى وقع فيه من جراء هذا التديس، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان يستطيع أن يعلم، بهذا الغلط (لا بالتديس الصادر من الغير، فإن المفروض أنه لا يعلم به) . فإذا لم يثبت شيئا من ذلك، وكان المتعاقد الآخر غير مشترك فى الغلط، ولا يعلم به، ولا يستطيع أن يعلم به، فإن العقد لا يكون باطلا، لا للتديس ولا للغلط . وهذا عدل، لأنه إذا فرض أننا أبطلنا العقد فى هذه الحالة فللمتعاقد الآخر، وهو حسن النية، أن يطلب تعويضا، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحا .

في غلط دون أن يتأثر بطرق احتيالية، بل يتحقق أيضا حتى إذا وجدت هذه الطرق الاحتياطية، ولكنها صدرت من الغير. ففي هذه الحالة لا يكون العقد باطلا للتدليس لأنه صدر من الغير، ولكن قد يكون باطلا للغلط إذا ثبت أن المتعاقد المخدوع قد وقع في غلط من وراء هذه الطرق الاحتياطية، وكان هذا الغلط هو الدافع له الى التعاقد.

ويكون العقد باطلا للتدليس دون الغلط، إذا صدرت الطرق الاحتياطية من المتعاقد الآخر، فأوقعت المتعاقد الأول في غلط في الباعث أو في القيمة، ففي هذه الحالة لا يكون العقد باطلا للغلط طبقا للنظرية التقليدية، وإنما يكون باطلا للتدليس.

* ٣٩٥ - **نظرية الغلط الحريئة** تفنى عمه **نظرية مستقلة للتدليس** - ونحن نرى أن وجود نظرية للتدليس الى جانب نظرية للغلط لا يستقيم إلا مع الأخذ بالنظرية التقليدية في كل من هذين الأمرين.

فإذا تركنا النظرية التقليدية للغلط، واتجهنا الى النظرية الحديثة، وتوسعنا في نظرية التدليس على النحو الذي بيناه في التدليس الصادر من الغير، أصبح لا معنى لاستبقاء نظرية التدليس، لأنه لا يمكن أن يوجد عقد يكون باطلا للتدليس، دون أن يمكن إبطاله أيضا للغلط. بل أن الفرضين المتقدمين اللذين يراد بهما التذليل على استقلال التدليس عن الغلط لا يستقيمان.

* ٣٩٦ - **امتزاج التدليس بالغلط** - فليس بصحيح دائما أنه إذا صدرت الطرق الاحتياطية من الغير فالعقد لا يبطل للتدليس ويجوز أن يبطل للغلط. ذلك أنه إذا أمكن إبطال مثل هذا العقد للغلط، فمعنى هذا أن الغلط كان مشتركا، أو أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالغلط، أو كان يستطيع أن يعلم به. فإذا صح في حالة الغلط المشترك أن يكون العقد باطلا للغلط لا للتدليس، فإنه في حالة علم المتعاقد الآخر بالغلط أو استطاعته العلم به وكتم الأمر بالرغم من ذلك يكون العقد باطلا، لا للغلط فحسب، بل للتدليس أيضا، لأن الكتمان هنا يعد تدليسا.

وليس بصحيح كذلك أن العقد قد يكون باطلا للتدليس، دون أن يكون باطلا للغلط، إذا أوقع هذا التدليس المتعاقد في غلط في الباعث أو في القيمة. ذلك لأنه متى كان العقد

باطلا للتدليس في هذه الحالة ، فلا بد أن يكون هذا التدليس قد دفع الى التعاقد ، وبعبارة أخرى لا بد أن يكون الغلط الذى أوجده التدليس في نفس المتعاقد المخدوع غلطا دافعا . ونحن نعلم أن النظرية الحديثة للغلط تجعل الغلط مبطلا للعقد ، حتى لو كان في الباعث أو في القيمة ، متى كان غلطا دافعا الى التعاقد . ومن ذلك نرى أن التدليس في الباعث أو في القيمة إذا أبطل العقد ، فمن الممكن أيضا إبطال العقد للغلط .

* ٣٩٧ - البطلان للتدليس يكون بطلانا للغلط - والواقع من الأمر أنه لا يمكن أن يوجد عقد باطل للتدليس ، دون أن يكون باطلا للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعا ، وهو إنما يبطل العقد لما يقع في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطا دافعا ، والغلط الدافع يبطل العقد ^(١) . فنرى من ذلك أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس ، وقد أحسنت بعض القوانين صنعا في أنها لم تجعل التدليس عيبا في الرضاء مستقلا عن الغلط ^(٢) .

* ٣٩٨ - أهمية التدليس إذا صحب الغلط - يتبين مما تقدم أننا لا نرى الآن معنى لوجود نظرية مستقلة في التدليس الى جانب نظرية الغلط ، فيكفي في نظرية الغلط أن نقرر أن المتعاقد قد يقع في الغلط من تلقاء نفسه أو تحت تأثير طرق احتيالية ، وفي الحالتين يكون أثر الغلط واحدا فيما يتعلق بصحة العقد ^(٣) .

(١) وكما أثبتنا أن كل تدليس ينطوي في الواقع على غلط ، كذلك يمكن اثبات أن الغلط في كثير من الأحيان ينطوي على تدليس ، وذلك أن الغلط لا يكون سببا في بطلان العقد إلا إذا كان مشتركا ، أو علم به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يعلم به . فإذا كان في حالة الغلط المشترك يتمحض العيب في الرضاء غلطا لا تدليس فيه ، فإنه في حالة علم المتعاقد الآخر بالغلط وكتماه الأمر بالرغم من ذلك ، يكون هذا الكتمان تدليسا ، فيبطل العقد للغلط والتدليس معا .

(٢) فقد أغفل القانون البرتغالي التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء ، وعنده أن عيوب الرضاء هي الغلط والاكراه . أما التدليس فلا يعيب الرضاء إلا من حيث ما يوقعه من الغلط في نفس المتعاقد (انظر م ٦٥٧ و ٦٦٣ من القانون المدني البرتغالي) .

كذلك القانون النمساوي لا يجعل التدليس عيبا مستقلا عن الغلط . فالعقد الذى يدخله التدليس لا يبطل إلا إذا ولد في نفس المتعاقد غلطا جوهريا يدفعه الى التعاقد (م ٨٧٠ من القانون المدني النمساوي القديم وم ٥٥٠ من القانون الجديد . انظر في هذا الموضوع أيضا فيفودرونو في العقد في المشروع الفرنسى الايطالى والقانون المفارن ص ٢٩٧ - ص ٢٩٩) .

(٣) وفي الواقع من الأمر أنه لا معنى لاستبقاء نظرية التدليس بجانب نظرية الغلط ، بعد أن تحورت هذه النظرية الأخيرة ، فأصبح كل غلط يدفع الى التعاقد يكون سببا في بطلان العقد . وما دام التدليس لا يبطل العقد إلا على أساسه

ولكننا لا نغنى أنه ليس هناك فرق بين غلط غير مصحوب بالتدليس، وغلط مصحوب به . فالتدليس إذا صحب الغلط يظهر أثره في أمرين : (أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يوجد التدليس، فإن الطرق الاحتمالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا تجرد الغلط عن التدليس فإنه يصبح أمراً نفسياً قد يصعب إثباته^(١) . (ثانياً) يكون التدليس سبباً في إلزام المداس (سواء كان المتعاقد الآخر أو الغير) بالتعويض، وذلك إلى جانب بطلان العقد، إذا نجم عن التدليس ضرر^(٢) . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه بطلان العقد، ولا محل للتعويض، إلا إذا ثبت تقصير في جانب المتعاقد الذى علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به، كما سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أن هذين الفرقين كما نرى لا يرجعان إلى أثر الغلط في صحة العقد^(٣) .

== أنه يولد في نفس المتعاقد غلطاً يدفعه إلى التعاقد، فقد أصبح كل عقدي يطل للتدليس، إنما هو يطل في الحقيقة للغلط، ولا حاجة إلى الاستناد للتدليس كسبب للبطلان .

وقد وصل الأستاذان بودرى وبارد إلى هذه النتيجة عند ما أخذوا بالنظرية الحديثة للغلط. فيما يتعلق بالغلط في الشيء. والغلط في الشخص . فعندهما أن الغلط في الشيء أو في الشخص يكون موجبا لبطلان العقد إذا كان هو الدافع إلى التعاقد . وإذا وصلا إلى تقرير ذلك لم يجدوا ما يبرر، في هاتين المسألتين، التمييز بين التدليس والغلط (بودرى وبارد ١ فقرة ١١٧) أما الأستاذ ليني أولمان، وقد أخذ في مذكراته بالنظرية الحديثة في الغلط، فقد وصل إلى هذه النتيجة المنطقية، وهي أنه لا محل للتمييز بين التدليس والغلط (مذكرات الأستاذ في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٩٤) .

٢- انظر أيضاً بلانيول ٢ فقرة ١٠٦٦ — ديموج ١ فقرة ٣٦٤

(١) بلانيول ٢ فقرة ١٠٦٥ — دى هلتس ١ لفظ اتفاق (convention) فقرة ٦٣ — والتون ١ ص ٢٥٢ .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية في ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٥١ — ولا تسقط دعوى التعويض بسنتين كما في الفهرس، بل تسقط بخمس عشرة سنة (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ١٧) .

(٣) ونلاحظ أنه إذا أخذ بالرأى الذى نذهب إليه في القانون المصرى، وكان التدليس مبطلاً للعقد حتى لو صدر من الغير، فقد يتحقق فرض يصدر فيه التدليس من الغير، دون أن يعلم بذلك المتعاقد الآخر ودون أن يكون في استطاعته العلم بذلك، فإذا كان أيضاً لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالغلط الذى ولده التدليس، فلا شك في أن العقد لا يمكن إبطاله للغلط، فهل يجوز مع هذا إبطاله للتدليس، وبذلك يتحقق فرض يبطل العقد فيه للتدليس دون أن يجوز إبطاله للغلط؟ نحن لا نميل إلى الأخذ بهذا الرأى، ونرى أن العقد في هذه الحالة لا يجوز أيضاً إبطاله للتدليس، لأن هذا التدليس صدر من الغير، بل لأن المتعاقد الآخر لا يعلم به ولم يكن في استطاعته أن يعلم به، فلو أبطنا العقد حق لهذا المتعاقد، وهو حسن النية، أن يرجع بالتعويض، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . (فارت م ٢٩ فقرة ثانية من قانون الالتزامات السويسرى فيما يتعلق بالاكراه الصادر من الغير، ولم يكن الطرف الآخر يعلمه أو يستطيع أن يعلمه) .

المبحث الثالث - الإكراه (*)

(La Violence)

* ٣٩٩ - النصوص القانونية - تنص المادتان ١٣٥ / ١٩٥ على أنه لا يكون الإكراه موجبا لبطلان المشاركة، إلا إذا كان شديدا، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز، مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والإنوثة .

وتنص المادة ١١١١ من القانون المدنى الفرنسى على أن الإكراه الواقع على من تعاقد يكون سببا فى البطلان، حتى لو صدر من شخص غير المتعاقد الآخر الذى تم الاتفاق لصالحه - وتنص المادة ١١١٢ على أن الإكراه يتحقق إذا كان من شأنه أن يؤثر فى شخص مستقيم الإدراك، وأن يشعره بالخوف من أن يعرض نفسه أو ماله لخطر جسيم حال . وينظر فى هذا الأمر الى السن والجنس وحالة الشخص - وتنص المادة ١١١٣ على أن الإكراه يكون سببا فى بطلان العقد، لا عند ما يقع على المتعاقد فحسب، بل أيضا إذا وقع على زوجه أو زوجته، أو على فروعه أو أصوله - وتنص المادة ١١١٤ على أن مجرد الخشية الصادرة من احترام واجب للأب أو الأم أو أى أصل آخر، دون أن يكون هناك إكراه واقع، لا يكفى لبطلان العقد - وتنص المادة ١١١٥ على أن العقد لا يجوز الطعن فيه بسبب الإكراه إذا أجز، بعد انقطاع الإكراه صراحة أو ضمنا أو بترك الميعاد الذى حدده القانون للرد ينقضى .

ونرى من هذه النصوص أن المشرع الفرنسى قد أفاض فى بيان القواعد التفصيلية للإكراه، إفاضة تجنبها فى الغلط وفى التدليس . أما المشرع المصرى فقد اكتفى فى الإكراه بمادة واحدة، يتن فيها متى يكون الإكراه سببا فى بطلان العقد، وقد أحسن صنعا فى أنه تجنب ما خاض فيه المشرع الفرنسى من التفاصيل، كما سيتبين ذلك مما يلى .

ونبدأ فى بسط النظرية التقليدية فى الإكراه، ثم نبين وجوه النقد فيها .

• المراجع : ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٤٥ وما بعدها - مقال ديموج فى مجلة القانون المدنى

ربيع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٤٣٥ - ص ٤٨٠ - رسالة لالمان (Lallement) فى حالة الضرورة فى المسائل

الهندية : باريس سنة ١٩٢٢ - رسالة بريتون (Breton) فى الإكراه كتيب فى الرضا : كان سنة ١٩٢٥

المطلب الأول — النظرية التقليدية في الأكراه

* ٤٠٠ — الأكراه الذي يفسر الرضاء والأكراه الذي يعرفه — الأكراه
 ضغطُ تُتأثر به إرادة الشخص ، فيندفع إلى التعاقد . ويميزون عادة بين وسائل الأكراه ، وما
 تحدثه هذه الوسائل في نفس المتعاقد من الرهبة . فوسائل الأكراه (vis) هي الناحية المادية ،
 والرهبة التي تحدث (metus) هي الناحية النفسية . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل
 المادية التي تستعمل في الأكراه ، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي
 يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الاحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس
 المتعاقد من التضليل والوهم .

والأكراه وإن كان يفسد الرضاء ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت
 منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه في الواقع من الأمر خير بين أن يريد أو أن يقع به المكره الذي
 يخشاه ، فاختار أهون الضررين ، وأراد . إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ،
 لأنها لم تكن حرة مختارة^(١) .

وانما يعدم الأكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لارهبة ، كما إذا أمسك المكره بيد المكره ،
 وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام ، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا

(١) وقد تقدمت الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية يميزون بين الرضاء والاختيار ، فالاختيار أعم من
 الرضاء ، وقد ينعدم الرضاء ويبقى الاختيار . وعندهم الأكراه على نوعين : ملجئ وغير ملجئ . فالأكراه الملجئ يعدم
 الرضاء و يفسد الاختيار ، ويكون بالتهديد باتلاف نفس أو عضو أو بعض عضو أو بضرب مبرح يخاف منه تلف نفس
 أو عضو أو باتلاف كل المال . والأكراه غير الملجئ يعدم الرضاء أيضا ، لكنه لا يفسد الاختيار ، ويكون بالتهديد
 بالحبس والقيد المديدين وبالضرب الغير المتلاف على حسب أحوال الناس (م ٢٨٦ من كتاب مرشد الحيران) . ومن
 ذلك نرى أن الأكراه ، حتى الملجئ منه ، يفسد الرضاء لا يعدمه ، إذا تركنا تعبير الفقهاء الإسلامي ، والزمنا تعبير القانون .
 إلا أن " الرضاء " هنا يتضمن المعنيين : الرضاء والاختيار ، فإذا فسد فأنما يأتي فساد من انعدام الرضاء ، سواء
 بقى الاختيار صحيحا ، إذا كان الأكراه غير ملجئ ، أو انقلب فاسدا ، إذا كان الأكراه ملجئا . ولذلك لا يهم التمييز
 بين الإكراه الملجئ والأكراه غير الملجئ في التصرفات القولية (أي في الأعمال القانونية والعقود) فكلاهما يؤثر في صحة
 العقد . وإنما يهم التمييز بين النوعين من الأكراه في التصرفات الفعلية ، فيلتزم الشخص بفعله ، ولا يحتاج بالأكراه
 إلا إذا كانت ملجئا . أما الأكراه غير الملجئ فلا عبرة به (انظر في ذلك التلويح ص ٧٩١ — ص ٧٩٨ والتوضيح
 ص ٧٩١ — ص ٧٩٢) .

ويتبين مما تقدم أن رجال الفقه الإسلامي نظروا إلى الرضاء من ناحية حرية الإرادة ، فخللوا تحليلها دقيقا .
 وقد بنى قواعد الأكراه على اعتبار آخر ، هو اعتبار العدالة (انظر ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ٤) . على أن الأكراه =

لانعدام الرضاء ، كما في الغلط الواقع على ركن من أركان العقد ، وكما في التدليس إذا أوجد في نفس المتعاقد غلطا بعدم الرضاء^(١) .

* ٤٠١ - شروط الإكراه - وحتى يكون الإكراه مفسدا للرضاء يجب (أولا) أن تستعمل وسائل إكراه غير مشروعة يكون الغرض منها انتزاع الرضاء . (ثانيا) أن يكون ما يهدد المكروه هو خطر حال في نفسه أو في ماله ، أو في نفس أو مال بعض من أقاربه . (ثالثا) أن يكون هذا الخطر من الجسامة بحيث يؤثر في إرادة المكروه وينتزع منه الرضاء^(٢) . ونحن نستعرض هذه الشروط الثلاثة :

§ ١ - استعمال وسائل الإكراه

* ٤٠٢ - العنصران المادي والمعنوي - لوسائل الإكراه ، كما للطرق الاحتمالية عنصران : عنصر مادي وهي الوسائل المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة المتعاقد ، وعنصر معنوي وهي نية انتزاع الرضاء باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

= خلية أن تكون له نظرية عامة ، تبين أثره لافي تكوين العقود لحسب ، بل أيضا في تعديلها وتنفيذها وانقضائها ، وتدخل في ذلك نظرية القوة القاهرة والحادث الفجائي (انظر ديموج ١ فقرة ٢٩٤) .

وإذا اقتصرنا هنا على تكوين العقود ، فكل ما يقال عن ذلك ينطبق على جميع الأعمال القانونية ، سواء كانت عقودا أو أعمالا صادرة من جانب واحد ، فقد يشوب الإكراه الوصية والتنازل عن حق من الحقوق العينية وغير ذلك من الأعمال القانونية (انظر ديموج ١ فقرة ٣٢٠ - والتون ١ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠) .

(١) والإكراه الذي بعدم الرضاء يسمى بالإكراه المطلق (vis absoluta) (انظر والتون ١ ص ٢٢٥) ، وهو غير الإكراه الملجئ في لغة الفقه الاسلامي ، فقد بينا أن هذا الإكراه الملجئ لا بعدم الرضاء بل يفسده .

وقد ينعدم الرضاء أيضا في التنويم المغناطيسي ، إذا صح أن الإنسان تحت تأثير هذا التنويم يكون منعده إرادة وينصاع لإرادة متومه (انظر في هذا الموضوع لوران ١٥ فقرة ٥١١ - بيدان فقرة ١١٩ - والتون ١ ص ٢٦٦) .

(٢) ويثبت الإكراه بجميع طرق الإثبات ، إما فيها البينة والقرائن ، لأنه واقعة مادية (تولييه ٩ فقرة ١٧٣ - ديرانتون ١٠ فقرة ١٦٠ - أوبري ورو ٤ ص ٥٠١ هامش ١٨ مكر - بودري وبارد ١ فقرة ٩٧ - بلانيول وريبير واممان ١ فقرة ١٩٧ - محكمة النقض الفرنسية في ٦ أبريل سنة ١٩٠٣ دالوز ٣ - ١٩٠٣ - ١ - ٣٠١) ويحمل عبء الإثبات من يدعى حصول الإكراه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ - والتون ١ ص ٢٤٠ - ديموج ١ فقرة ٣٢٦) .

ووقع الإكراه مسألة وقائع لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، كالتب فيما إذا كان يكفي أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان استعمال مجرّد النفوذ الأدبي بعد إكراهها ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراهها في بعض الأحيان الخ الخ (بودري وبارد ١ فقرة ٩٦) .

(١) العنصر المادي :

* ٤٠٣ - الأكراه الحسى والأكراه النفسى - الأكراه يكون باستعمال وسائل من شأنها أن تؤثر في ارادة المتعاقد . وهذه الوسائل : إما أن تقع على الجسم فتحدث له ألما ماديا ، فيتفادى المكروه الألم باظهار رضائه ، وذلك كالضرب المبرح ، والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسى (violence physique) ، لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لاسيما في الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديدا بالحاق الأذى ، دون إيقاعه بالفعل ، ولكنه تهديد يؤثر في ارادة المتعاقد ، ويحمله على الرضاء ، وهذا ما يسمى بالأكراه النفسى (Violence morale) لأنه يحدث رهبة في النفس ، وهذا هو الأكراه الأكثر وقوعا في الحياة العملية ، والأمثلة عليه كثيرة في أحكام القضاء^(١) .

وليس هناك فرق بين الأكراه الحسى والأكراه النفسى من حيث التأثير في صحة الرضاء ،

(١) فيعتبر إكراهها نفسيا أن يجبر موظف على قبول مبلغ على سبيل التعويض ، وكان مصرا على عدم قبوله ، لولا أن الحكومة وقفت دفع مرتبه واستمرت على ذلك أكثر من ستة شهور ، وتلقى أمرا من السلطة العسكرية بمغادرة البلاد المصرية ، فاضطر ، وهو يعول أسرة كبيرة ، أن يقبل ما عرضته عليه الحكومة من التعويض على قلته (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ جازيت ١٤ ص ٤٩ فقرة ٧٦) . انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٦ - جازيت ٩ ص ٤٤ نمرة ٥٩ ، ويعتبر كذلك إكراهها نفسيا تهديد الأب بأن يبق الأولاد في الخارج وقد حكم للام بحضانة م ، فتنازلت الأم عن الحكم لصالحها حتى يحضر الأب الأولاد من الخارج (محكمة السين الابتدائية في ٢٨ مايو سنة ١٨٩٢ مجلة لوا (Loi) في ٢٤ يونيو سنة ١٨٩٢) . وبعد ذلك إكراهها نفسيا تهديد شخص لآخر أن يطلع خطيبته على أمور تسوءه ، وأن يبلغ الهيئة التي ينتمى إليها خطابات محرجة له ، فيحمله بذلك على توقيع العقد (محكمة السين الابتدائية في ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ٩٣ - ٢ - ٦٠٤) . وكذلك يكون إكراهها نفسيا تهديد مدير شركة للوظفين بالفصل من الخدمة إذا لم يوقعوا على كميالات لصالح دائنيته هو (محكمة باستيا في ٦ أغسطس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ٢ - ٣٥٩) . ويكون كذلك إكراهها نفسيا تهديد شخص لآخر بأن يتركه وهو مريض دون عناية أو علاج (محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ يناير سنة ١٩١٩ سريه ١٩٢٠ - ١ - ١٩٨ - حكم آخر في ١٩ يونيو سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ١٦٠) .

ولا يعد إكراهها نفسيا أن يضطر مستخدم الى التوقيع على عقد الاستخدام وهو يخضع في ذلك للوائح العامة (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٤) ، ولا أن يتحدد المالك سعرا معينا كعش للشيء الذى يملكه أو كأجرة له (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٠ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٣٦) ، ولا أن يكون الدائن مضطرا الى التسليم بشروط مدينه في الدفع ، لأنه كان في حالة عوز حملته على ذلك (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٨) .

فكل وسيلة من وسائل الإكراه، سواء وقعت على الجسم أو أحدثت رهبة في النفس، تفسد الرضاء وتبطل العقد^(١).

* ٤٠٤ - الشوكة والنقوذ الأدبي (crainte révérentielle) - ومجزد النفوذ الأدبي الذي قد يكون للشخص على آخر، سواء اتصلا بصلة النسب، كما بين الأب وولده وبين الأصل والفرع على العموم، أو اتصلا برابطة الزوجية أو المصاهرة، أو لم يتصلا بشيء من ذلك، كما في الوصي على القاصر والقيم على المحجور عليه والأستاذ على التلميذ والرئيس على المرؤوس، لا يكفي وسيلة للإكراه^(٢)، كما نصت على ذلك صراحة المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي، فقضت بأن مجزد الخشية الصادرة عن احترام واجب للأب أو الأم أو أى أصل آخر، دون أن يكون هناك إكراه واقع، لا يكفي لبطلان العقد. فإذا لم يستعمل الأب من وسائل الإكراه إلا نفوذه الأدبي على ولده، لا مضاء عقد، لم يكن هذا كافيا لبطلان العقد، ومن باب أولى لا يكون إكراها نفوذ الأستاذ على تلميذه ونفوذ الرئيس على مرؤوسه^(٣). والزواج وإن كان ذا شوكة على زوجته، إلا أن هذه الشوكة وحدها لا تكفي

(١) أوبري ورو ٤ ص ٤٩٧ هامش نمرة ١٠ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٣٢ - فقرة ١٣٢ - لوران ١٥ فقرة ٥١١ - بنوار ص ٦٠٥ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣
على أن الألم الحسى يتضمن ألمان نفسيا، وكذلك الألم النفسى يتضمن ألمان حسيا، فلا يخلو أحدهما من الآخر (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩١ ص ٢٥٥ هامش نمرة ٤).
(٢) ويعطون ذلك بأن استعمال النفوذ الأدبي وسيلة مشروعة، والقاعدة أن استعمال الوسائل المشروعة لا يعد إكراها، كما سيأتى (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٢).

وكما أن النفوذ الأدبي لا يعد إكراها، فكذلك العطف والحق لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه. والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده، أما العطف والحق فعاطفة من الأب نحو ولده، فإذا وجد الولد نفسه مضطرا بحكم النفوذ الأدبي، أو وجد الأب نفسه مدفوعا بحكم العطف الأبوى، إلى إمضاء عقد، فإن هذا العقد لا يكون مشوبا بعيب الإكراه، طبقا للنظرية التقليدية. وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن كون أحد الأبناء أثر في والده المقيم معه، ليتصرف له تصرفا في منفعة شيء من أمواله، لا يعد في حد ذاته سببا لبطلان (٢١ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣١٠). انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢، وتقضى المحاكم الأهلية في كثير من القضايا بصحة العقود التى تصدر من الآباء لأولادهم يميزونهم بها عن بقية الورثة، بدافع من العطف والحق، وكثيرا ما تأخذ هذه العقود صورة عقود البيع وسأنى الإشارة إلى ذلك.

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ مارس سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٢٧٠ - حكم آخر في ٢٧ جولي سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ - ٥٢٢ - انظر أيضا بودرى وبارد ١ فقرة ٨٧ - جوسران ٢ فقرة ٨٥ - وقد كانت هذه القاعدة من تقاليد القانون الفرنسى القديم (انظر دوما (Domat) الجزء الأول الفصل الثامن عشر القسم الثانى فقرة ٩).

لبطلان العقد . كذلك نفوذ رجال الدين على المتدينين ، والسيد على خادمه ، لا يكفي وحده وسيلة للإكراه^(١) . ولا فرق بين ما اذا كان ذو النفوذ طرفا في العقد أو لم يكن طرفا فيه ، وما اذا كانت له مصلحة شخصية أو لم تكن له مصلحة ما ، ففي كل الأحوال لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي إكراها ، ولا يبطل العقد^(٢) .

ولكن اذا لم يقتصر الأمر على النفوذ الأدبي ، بل اقترن ذلك بوسائل إكراه أخرى غير مشروعة ، فان شرط الإكراه يتحقق ، كما يظهر جليا من الرجوع الى المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي ، فان هذا النص قد جعل النفوذ الأدبي غير مؤثر في صحة الرضاء ، بشرط ألا يصحبه وسائل إكراه أخرى ، فاذا هدد أصل فرعه ، اذا لم يمس عقدا ، بتركه دون عائل ، وكان الفرع لا مال له يعيش منه ، فان النفوذ الأدبي في هذه الحالة ، مقرونا بهذا التهديد ، يكون إكراها يبطل العقد^(٣) . بل أن القاضي ينظر الى النفوذ الأدبي ووسيلة الإكراه مجتمعين ، فقد تكون هذه الوسيلة وحدها غير كافية ، فاذا اجتمعت مع النفوذ الأدبي ، أصبح الإكراه متحققا^(٤) .

(١) ديرانتون ١٠ فقرة ١٥٥ — فقرة ١٥٦ — أربري ورو ٤ ص ٥٠٢ — لاروميير ١ م ١١١١ — ١١١٤ فقرة ١٤ — ديمولومب ٢٤ فقرة ١٥٤ — فقرة ١٥٥ — لوران ١٥ فقرة ٥١٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٨٧

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٨٦

(٣) محكمة ألي (Alli) الابتدائية في ١٨ يولييه سنة ١٨٩٥ جازيت دى باليه ٩٥ — ٢ — ٥٣٦ ، وفي قضية أخرى هددت أم بنتا لها كانت حاملا أن تركها تعاني وحدها آلام الوضع اذا لم تمض عقدا ، فاعتبر هذا إكراها (محكمة بروكسل في ٢٢ أغسطس سنة ١٨٠٨ دالوزر يبرتوار فقرة ١٨٨) .

وقد قضت محكمة استئناف إسيوط الاستئنافية بأن المورثة التي تنقض ما أبرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتجوز تجزئها يكاد يكون تاما من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لابعادها عن أقاربها إبعادا تاما ، وأحاطها بخصوصها الألداء ، وجعلها تنازل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتعطى لأحدهم توكيلا عنها ، تدل بهذه التصرفات والاجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الارادة ، مسلوقة الرضاء ، واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسلاطا جعلها تنقاد لارادته ، وتنصرف وفقا لما يملكه عليها ، وتسير في الطريق الذي رسمها ، فالوقفة التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الايصاء بها لبعض أقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناظرا ، وتفوض له التصرف في الربيع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة طبقا للواد ١٢٨ و ١٣٣ و ١٣٦ من القانون المدني لانعدام رسالتها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ٨٦١ رقم ٤٧٧) .

(٤) و يأتي الأستاذان بودرى وبارد بمثل على ذلك : موظف مدين تعيينه في وظيفته الى رجل ذي نفوذ سياسي كبير ، ثم يهتد الموظف بانزول ، وليس أمامه إلا أن يتلمس معونة الرجل ذي النفوذ ، وبينما هو كذلك ، إذ يأتيه =

* ٤٠٥ - **الاكراه الصادر منه الغير** - وقد تقدم أن الاكراه يبطل العقد، سواء كان صادرا من المتعاقد الآخر أو كان صادرا من الغير. وذلك بخلاف التدليس، وقد سبقت الإشارة إلى أن التدليس الصادر من الغير لا يكفي لبطلان العقد في القانون الفرنسي. أما الاكراه فقد نصت المادة ١١١١ من القانون المدني الفرنسي صراحة على أنه يكون سببا في البطلان، حتى لو صدر من شخص غير المتعاقد الآخر الذي تم الاتفاق لصالحه. وهذا هو أيضا حكم القانون المصري. وهو إذا كان لم يصرح بذلك كما فعل القانون الفرنسي إلا أن نص المادتين ١٣٥/١٩٥، وهو النص الذي يقضى ببطلان العقد للاكراه، عام لا يميز بين اكراه صادر من المتعاقد الآخر وإكراه صادر من الغير. وهذه العمومية نراها في النص الفرنسي وفي النص العربي على السواء، فلا سبيل للاختلاف في الرأي بشأن الاكراه. أما التدليس فقد رأينا النص الفرنسي عاما والنص العربي يميز، ومن هذا الاختلاف في النصوص وجد الخلاف في الرأي الذي أشرنا إليه فيما تقدم^(١).

والقضاء والفقه في مصر متفقان على أن الاكراه يبطل العقد حتى لو صدر من الغير^(٢). إلا أننا نرى أن الاكراه إذا صدر من الغير، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به، واختار المتعاقد المكره بطلان العقد، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بتعويض على حسب الأحوال، وقد يكون خير تعويض هو بقاء العقد صحيحا^(٣).

= هذا الرجل ويحمله على امضاء عقد، إذا كراهه أنه إذا لم يمس العقدان ذلك يسوءه. ففي هذا المثال لم يكن ذو النفوذ بنفوذه الأدبي، وباحتياج الموظف له، بل أضاف إلى ذلك شيئا من التهديد، قد لا يكفي وحده ليكون إكراهًا لأنه تهديد غامض، ولله مقرونًا بالنفوذ الأدبي بعد إكراهه كافيًا لابطال العقد (بودري وبارد ١ فقرة ٨٨ - ص ١٣٣) انظر أيضا ديوج ١ فقرة ٣١٢

(١) وقد قدمنا أنه لا مستوغ للتفريق بين التدليس والاكراه في هذه المسألة، وكان الواجب أن يكون التدليس كالاكراه يؤثر في صحة العقد حتى لو صدر من الغير. فالقاعدة المنتهدة هي القاعدة الخاصة بالتدليس. أما الاكراه فلا خلاف في أنه قد جرى وفقا للبادئ العامة (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٤ ص ٢٥٩).

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١٧١ - ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ - قارن أيضا محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧١ - محكمة اسكندرية الكلية المختلطة في ٢٢ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٦٨ نمرة ٢٠٠ - دي هلتس ١ لفظ اتفاق (convention) فقرة ٤٥ - هالتون ١ ص ٣١٨ - والتون ١ ص ٢٣٤ - ذهني فقرة ١٣٦ - فقرة ١٤١ - محمد صالح فقرة ٢٨١

(٣) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ وقارن ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ =

(ب) العنصر المعنوي :

* ٤٠٦ - **نبرة انتزاع الرضاء** - والعنصر المعنوي في وسائل الاكراه هو، كما قدمنا، نية انتزاع الرضا لامضاء العقد باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول الى غرض غير مشروع. فيجب أولاً أن يكون الغرض من استعمال وسائل الاكراه هو اقتناص رضاء المتعاقد^(١)، فتهياً الوسائل لذلك. أما اذا وجدت مصادفة ظروف ضاغطة على ارادة المتعاقد، دون أن تكون مهياة لهذا الأمر، واقتصرت الشخص على الاستفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد، فلا يكون هذا إكراهاً مبطلاً للعقد، لأن الرضاء لم ينتزع (extorqué) بالاكراه كما تنص على ذلك المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي. وهناك فرق بين الاكراه الصادر من الغير وهذا الفرض الذي نحن بصددده، فان الاكراه الصادر من الغير يجب أن يكون الغرض منه الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء، ولذلك فهو يؤثر في صحة العقد. أما الفرض الذي نحن بصددده فالظروف الضاغطة على الارادة قد تهيات مصادفة، ولم يكن الغرض منها الضغط على ارادة المتعاقد، ولم يفعل المتعاقد الاخر إلا أنه استغلها عند تعاقدده.

فإذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك، وحصل منه على تعهد قبل إنقاذه باعطائه قدراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ، فلا يكون هذا التعهد باطلاً للاكراه، حتى لو ثبت أن إرادة المتعاقد كانت متأثرة بالخطر الذي وقع فيه، لأن هذا الخطر لم يهياً لاقتناص إرادته. كذلك لو اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية خطيرة

= المجلد. وجهة الرسمية للتغضاء المختلط ١٣ ص ١٧١ وهما حكمان أشرنا اليهما في الحاشية السابقة. انظر أيضاً المادة ٢٩ من قانون الالتزامات والسويسرى وتقضى بأنه اذا كانت وسائل التهديد من عمل الغير، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بها، وما كان في استطاعته أن يعلم بها، فالمتعاقد الذي كان ضحية الاكراه اذا اراد ابطال العقد يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر، اذا كانت العدالة تقتضي بذلك. انظر أيضاً ديموج ١ فقرة ٣٠١ - والتون ١ ص ٢٣٨ - دي دلتس ١ لفظ اتفاق (Convention) فقرة ٥

(١) وكما يوجد التدليس السليبي، يوجد كذلك الاكراه السليبي، وهو اكراه يستعمل لا لحمل شخص على التعاقد، بل لمنعه من التعاقد، كما اذا هدّدت نقابة عمال العمال الذين ينظمون في العمل أثناء إضراب أمرت به النقابة. مثل هذا الاكراه السليبي يعدّ عملاً ضاراً يوجب مسؤولية فاعله (انظر تعاقباً بلانويول في دالورز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٩ - وانظر أيضاً أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٤٧ وهامش نمرة ٩ ص ٤٥٣ - ديموج ١ فقرة ٢٩٦ - والتون ١ ص ٢٢٤ - ٢٢٥).

في نظير أجر كبير، فليس للمريض بعد ذلك أن يطعن في هذا العقد بالا كراه بدعوى أنه كان متأثراً بالمرض،^(١) فإن هذا الظرف لم يهيئه الطبيب لانتزاع رضا المريض.^(٢)

* ٤٠٧ — استعمال وسائل غير مشروعة — ويجب ثانياً أن تكون الوسائل التي استعملت في الاكراه غير مشروعة^(٣) للوصول الى غرض غير مشروع . فتهديد شخص بقتله أو باحراق منزله إذا لم يمس عقداً، أو يقتل ولد له اختطفه المكروه إذا لم يمس تعهداً بدفع الفدية، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال^(٤)، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول الى غرض غير مشروع^(٥) . وليس من الضروري أن تكون هذه الوسائل جرائم جنائية ، فيجوز

(١) إلا إذا كان المرض قد أفقده الرشده، فيكون في حكم المجنون، ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً .

(٢) ماركاديه ٤ فقرة ٤١٥ — ديولومب ٢٤ فقرة ١٥٠ — اوران ١٥ فقرة ٥١٩ — هيك ٧ فقرة ٣٠ — بزنوار ص ٦٠٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٧

فإن أيضاً الودعة الاضطرارية ، من حيث أن رضا المودع صدر تحت ضغط ظروف اضطرته الى ذلك ، ومع ذلك فالودعة صحيحة (ديموج ١ فقرة ٣٢٢ مكررة) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض الأهلية بأن المادة ١٣٥ مدني وان لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذي ع به الاكراه المبطل للشرائط ، إلا أن ذلك مفهوم بداهة ، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرتب عليها ناع بطلان ما ينبج عنها . وكون الأعمال التي وقع بها الاكراه مشروعة أو غير مشروعة ، متى تعينت في الحكم ، يدخل تحت رقابة محكمة النقض ، لأنه وصف قانوني لواقعة معينة ، يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون ، فإذا صدر حكم على مستأجر باخلاء العين المستأجرة ، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المستأجر تلك العين ، فلا يصح القول بأن عقد الاجارة قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له ، بل يكون هذا العقد صحيحاً متجاً لكل آثاره (٢ يونيو سنة ١٩٣٢ ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ١٥٧ رقم ٦٢ — القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٦٩) — انظر أيضاً ديولومب ٢٤ فقرة ١٤٥ — لوران ١٥ فقرة ٥١٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٨٠ — ديموج ١ فقرة ٣١٧ . وهذه قاعدة تقليدية في القانون الفرنسي القديم (بوتيه في الالتزامات فقرة ٢٦) .

(٤) محكمة باريس الاستئنافية في ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ جازيت دي باليه ١٩١٢ — ٢ — ٢٣٠

(٥) وقد يكون الايحاء المغناطيسي (suggestion hypnotique) وسيلة غير مشروعة للاكراه (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩١ ص ٢٥٥) . ولكن إذا صح هذا فيكون الايحاء إكراهاً بعدم الارادة ، لا يفسدها لحسب ، ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً (التون ١ ص ٢٢٦) . وقد يكون من وسائل الاكراه كذلك أن يهتد شخص آخر بأن يذبح إذا لم يمس هذا الأخير عقداً ، ويكون المهتد بالانتحار عزيزاً عند المهتد (ديمولومب ٢٤ فقرة ١٦٣ — ديموج ١ فقرة ٣٢٤ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٣ ص ٢٥٨) . وقد تكون وسائل الاكراه أعمالاً سلبية ، كترك مريض دون علاج أو عناية ، لا كراهه على امضاء التزام (ديموج ١ فقرة ٣٠٦) . وقد تمتزج وسائل الاكراه بوسائل التدليس ، فتؤثر مجتمعة في صحة الرضا ، وبطل العقد ، كما يكون الأمر في التأثير على شاب نزع طائش ضعيف البنية ، فيؤخذ بالتهديد ، ويستغل نزقه ، ويختال عليه بالتدليس (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٦) .

ألا تتوافر الشروط المكونة للجريمة، ومع ذلك يبطل العقد للاكراه^(١).

فإذا كانت الوسائل التي يلجأ إليها المكره مشروعة في ذاتها، ويراد بها الوصول الى غرض مشروع، فإن العقد لا يكون في هذه الحالة باطلا للاكراه، كالدائن يهتد المدين بالتنفيذ على ماله اذا لم يعطه تأمينا على عين بالذات، فيعطيه المدين رهنا، فلا يكون عقد الرهن في هذه الحالة باطلا، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على ارادة المدين ووسائل مشروعة، ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول الى حقه، وهو غرض مشروع^(٢). كذلك اذا هتد شخص آخر بتقديمه بلاغا الى النيابة العمومية، يتهمه فيه بالتبديد اذا لم يكتب له مستندا بما أودعه عنده من مال، فهذا الاقرار الصادر منه لا يكون باطلا للاكراه، لأن الوسائل التي استعملت مشروعة، ويراد بها الوصول الى غرض مشروع هو إثبات حق موجود، وكذلك اذا هتدت الزوجة زوجها بأن تحبسه في نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه، لا يكون عقد القرض باطلا للاكراه، وهكذا^(٣).

= وما كانت وسائل الاكراه غير مشروعة، فهي إذا في ذاتها عمل ضار يستوجب التعويض، الى جانب بطلان العقد، كما في التدليس (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٨ ص ٢٦٤).

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ١٤٥ — لارومبيير م ١١١١ — ١١١٤ فقرة ١٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٩٥ — ديموج ١ فقرة ٣٠٥ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٢
ويرتب على ذلك أنه قد برأ الشخص في محاكمة جنائية، وبراءته هذه لا تمنع من إبطال العقد مدنيا، لأن الرضا شابه الاكراه (محكمة كان الاستئنافية في ٩ أبريل سنة ١٨٥٣ داللو ٥٤ — ٢ — ١٨٩ — سيريه ٥٤ — ٢ — ٣٠).

(٢) أوبري ورو ٤ ص ٤٩٩ — لارومبيير م ١١١١ — ١١١٤ فقرة ١٠ — هيك ٧ فقرة ٢٩ — بنوار ٦٠٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٨٠ — بلانيول ٢ فقرة ١٠٧٤ — كولان وكاينان ٢ ص ٢٨٦.
(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا اضطر الأب الى ضمان دين على ابنه، خوفا من المقاضاة والتشهير فلا يكون هذا الضمان باطلا للاكراه (٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١ — قارن ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨).

وقضت كذلك بأن اجبار الدائنين لشركة على أن تعطيم ضمانا لديونهم في نظير أن يؤجلوا هذه الديون لا يكون إكراها، مادام الدائنون لم يسيثوا استعمال حقهم (٢٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩) ويلاحظ أنه لا يجوز الطعن في تصرف الشركة في هذه الحالة بالدعوى البوليصة، لأن الدائنين رضوا بتأجيل ديونهم في مقابل الضمانات الخاصة التي حصلوا عليها، ولا يمكن القول بسوء نيتهم مادام أن غرضهم كان الحصول على ضمان لديونهم، لا الاضرار بالدائنين الآخرين. وقضت أيضا بأن التهديد بالالتجاء الى طرق مشروعة، كمباشرة الاجراءات الجنائية، لا يعد إكراها مادام هذا التهديد لم يتحول الى استعمال غير مشروع (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ ص ٨٨ عمدة ٢٢٣).
وبأن تهديد الوارث بالطعن في وصية، حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث، لا يكون إكراها، مادام =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول الى غرض غير مشروع، فإن الاكراه يتحقق، ويكون العقد باطلا. فمن فاجأ شخصا متلبسا بجريمة، فانتهز هذه الفرصة، واضطره الى كتابة سند عليه بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه، كان العقد باطلا للاكراه. بخلاف ما اذا استكتبه سندا بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة، فإن الغرض هنا مشروع، والعقد صحيح. واذا تهدد دائن مدينه بأن يعان إفلاسه، واستغل هذا الظرف للحصول على مال أكثر مما له، كان هذا إكراها. أما اذا حصل على ماله كان الغرض مشروعا ولم يكن هناك إكراه^(١). والواضح من هذه الأمثلة أن الوسائل المشروعة قد أسيء استعمالها،

= الوارث ليس بسئ النية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٦٠ نمرة ٦٤) - وبأن تهديد الدائن بأن يلن إفلاس مدينه، اذا لم يقر المدين بما عليه من الدين، لا يكون إكراها (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٢ ص ٧٥) - وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزايا بأن يزيد عليه العشر، حتى يجبره بذلك على أن يبيع له شيئا معيناً رسا فيه المراد، لا يعد إكراها، لا سيما اذا كان الثمن الذى دفع فى هذا الشيء أكبر من الثمن الذى رسا به المزايا (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ جازيت ١٨ ص ١٣١ نمرة ١٤٤).

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ - قارن ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ - انظر أيضا ديولومب ٢٤ فقرة ١٤٩ - لوران ١٥ فقرة ٥١٧ - بودرى وبارد ١ فقرة ٨٢ وفقرة ٨٤ - سالى فى اعلان الارادة ص ٥٨ - ديموج ١ فقرة ٣٠٨ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٨٦ - والتون ١ ص ٢٢٢

كذلك اذا تهدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه لاختلاسات ارتكبتها، أو يمضى له تعهدا بالآلا يعمل فى متجر مماثل لمدة معينة، كان هذا التعهد باطلا للاكراه. لأنه لا مناسبة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية فى ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دى باليه ٩٦ - ١ - ٣٩٨ - بودرى وبارد ١ فقرة ٨٣ ص ١٢٨). وبعد إكراها كذلك تهديد مدير شركة التأمين للؤمن ضد الحريق بأن يتخذ الاجراءات الجنائية ضد والد هذا الأخير، متما أباه أنه هو الذى أشعل الحريق، اذا لم يتنازل المؤمن عن التعويض الذى ثبت له قبل شركة التأمين (محكمة روان الاستئنافية فى ١٥ يولييه سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ٢ - ٢٤٣). كما يعد إكراها تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها اذا لم تتنازل له عن جزء من أموالها عنده (محكمة النقض الفرنسية فى ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازيت دى باليه ١٩٠٣ - ١ - ٧٢٨ - دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٠١). انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ١٦ - وحكما آخر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٤٣

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ كما يأتى: "اذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر، فلا يعد هذا فى ذاته إكراها بالمعنى الذى يقصده القانون، ولا يمكن أن يكون سببا فى بطلان العقد الذى ينجم عن ذلك. ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة. اذ يجب البحث فيما اذا كان الدائن لم يفعل فى الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغى، أو أنه أساء استعمال هذا الحق. وللقاضى حسب الأحوال، أن يرى فى الوسائل التى استعملت لانتزاع التزامات باهضة من المدين، إكراها غير مشروع، من شأنه أن يفسد الرضا." (١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ - ١ - ٧٦ - دالوز ١٩٠٩ - ١ - ١٦ - انظر أيضا محكمة رن الاستئنافية فى ٢٠ يولييه سنة ١٩١٢ جازيت دى باليه ١٩١٢ - ٢ - ٢٩٧ - انظر ديموج ١ فقرة ٣٠٨ ص ٥٠٠).

للوصول من ورائها الى غرض غير مشروع، فيرد هذا الغرض على صاحبه، إما بالاستناد الى الاكراه، أو بالاستناد الى سوء استعمال الحق^(١).

بقى الفرض الأخير، وهو استعمال وسائل غير مشروعة لغرض مشروع. كما اذا هدّدت امرأة عاشرت رجلا مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبة له، اذا لم يمض التزاما يعوّضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها. في مثل هذا الفرض يمكن القول بأنه رغما من عدم مشروعية للوسائل التي التجأت اليها المرأة، إلا أن الغرض التي أرادت الحصول اليه هو غرض مشروع، فالعقد لا يكون باطلا في هذه الحالة للاكراه^(٢)، وهذا بخلاف ما اذا رأت المرأة أن تستغل هذا السر لتحصل من الرجل على امضاء عقد يلتزم فيه التزامات باهظة تفوق بكثير ما يحق لها من التعويض، فالوسائل هنا غير مشروعة، والغرض غير مشروع، فيكون العقد باطلا للاكراه.

(١) انظر في هذا المعنى قانون الالتزامات السويسري (٢٧م فقرة ثانية)، وهو يقضى بأن الخوف من استعمال حق مشروع لا يكون محل اعتبار، إلا اذا أسيء استعمال هذا الحق، باستغلال الموقف الدقيق للشخص المهدّد، حتى تنزع منه التزامات باهظة.

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز استعمال الاكراه للوصول الى حق، أو لتأدية واجب، أو للحصول على مصلحة مشروعة (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٢١ مع تعليق بريثون (Breion) — انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ — ١ — ١٥٨ — محكمة أجان (Agen) في ١١ يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ — ٣٨٦).

وقد يستغل الشخص الظروف الاقتصادية للوصول الى تمهّد له فيه مصلحة مشروعة، فهما قيل في عدم مشروعية الوسيلة التي استعملت، فان مشروعية الغرض تجعل العقد صحيحا. مثل ذلك تمهّد المستخدم لصاحب العمل تحت ضغط الظروف الاقتصادية، ألا يستخدم بعد انتهاء مدة عقده في أي عمل مماثل لمدة سنتين، لا يكون باطلا بدعوى أن المستخدم إنما قبل هذا التمهّد أمام تصلّب صاحب العمل في التمسك بشروطه، وتمكّرها بحاجته الى الرزق (نقض فرنسي ٢٦ مارس سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ١٣١ رقم ٩٣). كذلك التزم رب العمل عقب اضراب العمال باجابة مطالبهم المشروعة، لا يكون باطلا للاكراه، لأن العمال بفرض أنهم التجأوا الى وسائل غير مشروعة، الى جانب الاضراب وهو حق مشروع، واستغلوا الظروف الاقتصادية التي ضغطت على ارادة رب العمل، فان الغرض الذي أرادوا الوصول اليه غرض مشروع (فارن بلانيول ٢ فقرة ١٨٧٢). أما اذا استغلت الظروف الاقتصادية للوصول الى غرض غير مشروع، فالعقد باطل للاكراه. وقد وصل القضاء في ذلك الى حد أن قضت محكمة نيس الفرنسية بأنه اذا اضطرّ مستأجر الى قبول الزيادة الفاحشة التي فرضها عليه المالك، ثم رفع أمره الى القضاء لينظر في هذه الزيادة الفاحشة، وعلى قبوله بأزمة المساكن التي كانت فاشية في ذلك العهد وعدم وجود محلات ينتقل اليها، فان قبل المستأجر الزيادة الفاحشة في هذه الحالة غير مبنى على رضا صحيح، لأن انتهاز فرصة أزمة المساكن لا كراه المستأجر على قبول الزيادة نصيب رضا المستأجر، ولما لم ينظر من جديد في تعديل الاجبار وتخفيفه الى الحد المناسب (٧ مارس سنة ١٩٢٣ محاماة ٤ ص ٢٩٥ رقم ٢٤٦).

§ ٢ - التهديد بخطر حال على النفس أو على المال

* ٤٠٨ - الخطر يهرد المتعاقد نفسه - يجب حتى يتحقق الاكراه أن يتعرض المكروه لخطر حال على النفس أو على المال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي، فهي تذكر "الخوف من تعريض النفس أو المال لخطر جسيم حال". (la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent).

والظاهر أن المشرع الفرنسي أراد أن يكون الخطر حالا، أى أن يتعرض المكروه للوقوع فيه في الحال . وينبنى على ذلك أن التهديد بخطر مستقبل لا يكون إكراها يفسد العقود، فلو توعد شخص آخر بأنه سيعتدى على نفسه أو على ماله بعد مدة معينة، إذا لم يقبل التعاقد على شيء معين، لم يكن هذا إكراها، لأن الخطر ليس حالا، ويمكن للشخص المهدد أن يتلافاه بالالتجاء الى السلطة العامة ومطالبتها بالحماية^(١).

على أن النظرية التقليدية قد عدلت من موقفها في هذا الشأن وتحوّر النص، فأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته، بل الخوف من الخطر . فقد يكون الخطر مستقبلا، كما في المثال المتقدم، ولكن إذا وقع في نفس المتعاقد في الحال خوف من هذا الخطر، فإن رضاه يكون مشوبا بعيب الاكراه . فالعبرة إذا بالحالة النفسية للمكروه، وفي هذا تطبيق منطقي للمعيار النفسى الذى توخته القوانين اللاتينية في عيوب الرضاء^(٢).

= كذلك يجوز أن يحصل شخص بطريق التهديد على مستند لحق له، أو على ضمان لهذا الحق، أو على تجديد التزام طبعى وتحويله الى التزام مدنى ما دام الغرض الذى يراد الوصول اليه مشروعا (ديموج ١ فقرة ٣١٧ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٣ هامش نمرة ٢)، وما دام أن الشخص الذى استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (ديموج ١ فقرة ٢٩٨) . وقاعدة كهذه ليست في الواقع إلا تطبيقا للبدأ الذى يقضى بأن الغاية تبرر الوسيلة، وهى تبيح في الوقت ذاته للشخص أن يستقضى حقه بنفسه ما دام لا يتعسف في ذلك، وما دام لا يرتكب عملا إجراميا يعاقب عليه القانون الجنائى (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٣ - ديموج ١ فقرة ٣١٨) . ومن هنا نرى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق، فان القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب .

(١) ويؤيد هذا التفسير ما جاء في بوتييه : "يجب أن يكون هذا الخطر حالا، أى أن يكون الشخص مهددا بالوقوع فيه في الحال، إذا لم يفعل ما طلب منه" (الالتزامات فقرة ٢٥) . وقد وردت هذه العبارة في الأعمال التحضيرية في شرح المادة ١١١٢ (انظر فيه ١٣ ص ٣١٤ - لوكريه ١٢ ص ٤٢٤ نمرة ١) .

(٢) توليه ٦٨ فقرة ٧٩ - ديرانتون ١٠ فقرة ٢٥١ - أوبرى ورو ٤ ص ٤٩٧ وهامش نمرة ١١ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٣٩ - هيك ٧ فقرة ٣١ - لوران ١٥ فقرة ٥١٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٥ - ديموج ١ فقرة ٣١٤ - بلانيول ٢ فقرة ١٠٧٢ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩١ =

* ٤٠٩ — والخطر إما أن يكون من شأنه أن يصيب نفس المتعاقد ، نخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه ونحو ذلك . وإما أن يكون من شأنه أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس ، أو على الثقة فيه لاسيما إذا كانت مهنته تستوجب التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يكون من شأنه أن يقع على ماله ، كما إذا هدد في مزروعاته بالاتلاف ، أو في داره بالحريق ، ونحو ذلك .

وهكذا نرى أنه يجب تفسير " النفس والمال " تفسيراً واسعاً ، فيشمل هذا التعبير أي شيء عزيز لذي الإنسان يحرص على سلامته .^(١)

* ٤١٠ — الخطر به رد الغير — وقد يهدد الخطر لا المتعاقد نفسه ، بل الغير في نفسه أو في ماله . وقد نصت المادة ١١١٣ من القانون المدني الفرنسي صراحة على ذلك ، فقضت بأن الأكراه يكون سبباً في بطلان العقد ، لا عند ما يقع على المتعاقد فحسب ، بل أيضاً إذا وقع على زوجه أو زوجته ، أو على فروع أو أصوله . فحدد النص " الغير " بأنهم الزوج والزوجة والفروع والأصول . ذلك أن هؤلاء هم أقرب الناس إلى الشخص ، ويكونون عادة أعزهم عنده . فإذا كان الخطر يهددهم في أنفسهم أو في أموالهم ، فكأنه يهدد المتعاقد ذاته ، ويكون وقع الأكراه في نفسه واحداً في الحالتين ، فيفسد رضائهما .

وقد انقسمت الفقهاء في فرنسا في تفسير المادة ١١١٣ إلى فريقين ، : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين في النص وردوا على سبيل الحصر ، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة قانونية على أن الخطر قد أثر في نفس المتعاقد ، كما لو كان الخطر يهدده هو . وإذا

== فالعبرة إذا بحالة المكره النفسية ، وينبئ على ذلك أنه لو كانت وسائل الأكراه التي استعملت ليست جدية ، ولكنها بالرغم من ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكره ، فهذا يكفي لبطلان العقد (ديوج ١ فقرة ٣١٤ ص ٥١٠) . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال السعوزة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه أو بأولاده من طريق السحر "والتعزيم" ، فصديق الشخص المهتد ذلك لسذاجته (كولان وكابيتان ٢ ص ٢٨٥) . وفي مصر يحدث ذلك كثيراً في الأوساط القروية الساذجة ، حيث تنتشر أعمال السحر ، والحل والربط ، ونحو ذلك (الأستاذ عبد السلام ذهني بك فقرة ١٣٤ ص ١٢٤) ، فنجب مراعاة حالة الشخص المهتد ، كما سنفصل ذلك فيما يلي .

(١) تولى ٦ فقرة ٨٥ — ديرانتون ١٠ فقرة ١٤٩ — أوبري ورو ٤ ص ٥٠١ هامش نمرة ١٦ مكررة — ديمولومب ٢٤ فقرة ١٥٠ — لوران ١٥ فقرة ٥١٩ — هنك ٧ فقرة ٣٠ — فينوار ٦٠٨ — بودري وبارد ١٨ فقرة ٧٦ — دي هلتس ١ لفظ اتفاق (Convention) فقرة ٤٦

(٢) ومن ذلك نرى أن الأكراه الصادر من الغير ، أو الواقع على الغير ، يؤثر في صحة العقد .

هتد أحدا غيرهم، كالأخوة والأخوات، والأعمام والعلمات، والأخوال والخالات، وغيرهم من قوى النسب أو الصهر، ومن يتبناهم الإنسان في القوانين التي تميز التبنى، والخطيب والخطيبة، والأصدقاء وغيرهم ممن يلوذ بالإنسان، كل هؤلاء لا يدخلون في حكم المادة ١١١٣، ولا تقوم قرينة قانونية على أن الخطر الذي يهددهم يؤثر في نفس المتعاقد، ولكن مع ذلك يجوز أن يقوم الدليل على العكس، ويقع على المتعاقد عبء اثبات ذلك، فإذا قام بهذا الإثبات بطل العقد للاكراه^(١).

وينكر الفريق الآخر أن الخطر الذي يهدد أحدا من غير المذكورين في المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر في نفس المتعاقد إلى حد إفساد رضائه. وما دامت المادة ١١١٣ ذكرت أشخاصا معينين على سبيل الحصر، فلا يجوز أن يكون للخطر الذي يهدد أحدا غيرهم أثر قانوني في صحة العقد، ولا يجوز أن يسمح للمتعاقد بإثبات أن هذا الخطر أثر في نفسه وأفسد رضائه. وذلك لأن الأصل أن الخطر الذي يتحقق به الإكراه يجب أن يهدد المتعاقد ذاته في نفسه أو في ماله (م ١١١٢). ويجوز على سبيل الاستثناء أن يكون الخطر مهددا لغير المتعاقد، إذا كان واحدا من ذكرتهم المادة ١١١٣، وهذا النص الاستثنائي لا يجوز التوسع فيه، فإذا هدد الخطر واحدا غيرهم وجب الرجوع إلى القاعدة العامة المقررة في المادة ١١١٢، وهي تقضي بأن الخطر يجب أن يهدد المتعاقد نفسه، وعلى ذلك لا يكفي الخطر الذي يهدد غير المتعاقد لإبطال العقد، والحكمة في الاستثناء الوارد في المادة ١١١٣ أن الزوج والزوجة والفروع والأصول يعتبرهم الشخص عادة في مكانة نفسه، ولا يمكن أن يقال هذا عن غيرهم من ذوي الرحم والأصهار والأصدقاء^(٢).

وإذا لم يكن أمامنا إلا المفاضلة بين هذين الرأيين، فنحن لا نتردد في الأخذ بالرأي الأول^(٣)، على أننا نرى الذهاب إلى أبعد من ذلك، كما سيتبين هذا مما يلي.

(١) ديرانتون ١٠ فقرة ١٥٢ — ديمولومب ٢٤ فقرة ١٦٢ — بيدان فقرة ١٢٥ — بفنوارص ٦٠٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٨٩ — فقرة ٩٠ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٣ — بلانيول ٢ فقرة ١٠٧٢ — جورمان ٢ فقرة ٩٠

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة هامش نمرة ١٤ — لوران ١٥ فقرة ٥٢٠

(٣) ويلاحظ الأستاذان بودرى وبارد أن الأخوة والأخوات مقدمون في الميراث على الجدود في القانون الفرنسي، ومعنى هذا أنهم أقرب للشخص، وأن المفروض أن حق الميراث وعطفه يشملهم قبل أن يشمل الجدود، فكيف يكون =

§ ٣ - الخطر جسيم بحيث يدفع الى التعاقد

* ٤١١ - الخطط بين المعيار النفسى والمعيار المادى - يجب أن يكون الخطر جسيميا بحيث يؤثر فى إرادة المتعاقد، ويدفعه الى التعاقد . وقد نصت المادة ١١١٢ من القانون المدنى الفرنسى على أن الاكراه يتحقق اذا كان من شأنه أن يؤثر فى شخص مستقيم الادراك (raisonnable) (أى رجل معتاد)، وأن يشعره بالخوف من أن يعرض نفسه أو ماله لخطر جسيم حال، وينظر فى هذا الأمر الى السن والجنس وحالة الشخص .

فهذا النص يضع معيارا لجسامة الخطر ، وهو معيار تذبذب بين أن يكون معيارا ماديا، عند ما يراد أن تصل جسامة الخطر الى الحد الذى تؤثر فيه على الرجل الوسط، وبين أن يكون معيارا نفسيا، عند ما ينظر الى شخص المتعاقد نفسه من سن وجنس وحالة . ولا شك فى أن المعيارين مختلفان، فقد يكون المتعاقد فوق الوسط أو دونه، وفى الحالتين يكون المعيار الشخصى غير المعيار المادى .

أما القانون المصرى، ففى النص الوحيد الذى بين فيه حكم الاكراه، قلد القانون الفرنسى ، بجمع بين المعيارين وقضى بأن الاكراه لا يكون موجبا لبطلان المشاركة إلا إذا كان شديدا، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز (personne raisonnable) ، مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة .

٤١٢ - محاولة التوفيق بين المعيارين - ولما كان لا يمكن الأخذ بالمعيارين معا فى الظروف التى يختلف فيها أحدهما عن الآخر، وجب أن نعرف بأيهما نأخذ .

اقترح بعض الشراح أن نوفق بينهما على الوجه الآتى : اذا كان المتعاقد فوق الوسط ، يطبق المعيار المادى، فيكفى فى جسامة الخطر أن يؤثر فى الوسط من الرجال . أما اذا كان المتعاقد دون الوسط فيجب تطبيق المعيار الشخصى، وننظر الى حالة المتعاقد وسنه وجنسه

= الخطر الذى يهدد الحدود يحقق الاكراه ولا يحققه الخطر الذى يهددهم؟ (بودرى وبارد ١ فقرة ٩٣ ص ١٣٦) . هذا الى أن تقاليد القانون الفرنسى القديم لا تذكر الأقرباء على سبيل الحصر، فبوتيه يذكر "الأولاد والأقارب" دون تخصيص (التزامات فقرة ٢٥)، ودوما (Domat) يمثل "بالزوجة والولد وبأى شخص آخر يؤثر مصابه فى نفس المحقق" (القسم الأول الكتاب الأول الباب الثامن عشر الفصل الثانى فقرة ٥) .

وما الى ذلك . ومعنى هذا أننا نأخذ بأصلح المعيارين للمتعاقد، نأخذ بالمعيار المادى كقاعدة عامة متى تبين أن المتعاقد لا يقل عن الرجل الوسط، فاذا كان دون ذلك ، وأصبح تطبيق المعيار المادى مجحفا به طبقنا المعيار النفسى ، ونظرنا الى حالته الشخصية ^(١) .

* ١٣٤ - وجوب الإهتمام بالمعيار النفسى - ولكن الغالبية من الشراح لا تأخذ بهذا رأى . بل تذهب الى وجوب الأخذ بالمعيار الشخصى فى كل الأحوال، فقد كانت تقاليد القانون الفرنسى بهذا المعنى ^(٢) . أما المعيار المادى الذى ورد ذكره فى المادة ١١١٢ من القانون المدنى الفرنسى (والمادتين ١٣٥/١٩٥ من القانون المصرى تبعاً لها) ، فقد نقله المشرع الفرنسى خطأ عن بوتيه وقد أساء فهم ما قصد اليه هذا الفقيه ^(٣) . على أن الحالة التى يريد الفريق الأول أن يطبق فيها المعيار المادى - حالة ما اذا كان المتعاقد فوق الرجل المعتاد - لا تسيع تطبيق هذا المعيار، لأن المفروض أن المتعاقد لم يتأثر ارادته فى الواقع بالخطر الذى يهدده ، وأن كان هذا الخطر من شأنه أن يؤثر فى ارادة الرجل المعتاد ، فما دام رضائه هو لم يفسده الاكراه ، فكيف نطبق مع ذلك المعيار المادى، ونقول ببطلان العقد !

(١) انظر من هذا رأى كولى دى سانشير فقرة ٢٢ مكررة (١) - بنوار ص ٦٠٦ - كولان وكايتان ٢

ص ٢٨٥

(٢) انظر درما (Domat) وهو يقول أنه يجب أن يدخل فى الاعتبار جنس الشخص وقوته ، والظروف التى استعمل فيها الاكراه ، هل كان ليلاً أو نهاراً فى مدينة أو فى ضاحية ، ونحو ذلك من الظروف التى وجد فيها المكر لمرة مبلغ ما لها من الأثر فى نفسه وفى حريته (القسم الأول الكتاب الأول الباب الثامن عشر الفصل الثانى) . وانظر أيضاً بوتيه وهو يقول : "ولكن يجب النظر فى هذه المسألة الى سن وجنس وحالة الشخص . فهناك خطر لا يكون كافياً لادخال الخوف فى روع رجل ناضج السن أو رجل عسكرى ، ولا يبطل العقد إذا ، ولكنه يكون كافياً لارهاب امرأة أو رجل هرم" (الالتزامات فقرة ٢٥) .

(٣) وتفصيل ذلك أن بوتيه عند بحثه فى الاكراه ، ذكر أن القانون الرومانى كان يتخذ لجمامة الاكراه معيار "الرجل الشجاع" . وعقب على ذلك بأن قواعد القانون الرومانى فى الاكراه عادلة وهى تتفق مع القانون الطبيعى ، إلا هذا المعيار الشديد ، فانه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر فى هذه المسألة الى سن وجنس وحالة الشخص ، فهناك خطر لا يكون كافياً الخ الخ (انظر الحاشية السابقة . بوتيه فى الالتزامات فقرة ٢٥) . فأخذ واضع القانون المدنى الفرنسى معيار القانون الرومانى المادى ، بعد أن عدلوه فذكروا "الرجل المعتاد" بدلاً من "الرجل الشجاع" ، ثم أضافوا الى ذلك معيار بوتيه الشخصى ، وفاتهم أن المعيارين متناقضان ، وأن بوتيه إنما أراد ابدال معيار القانون الرومانى المادى بمعياره الشخصى (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤ ص ١١٨ - انظر أيضاً ماركاديه ٤ فقرة ٤١١ - ديموج ١ فقرة ٣١٣) . أو هم توهموا أن نقد بوتيه لمعيار "الرجل الشجاع" من شأنه أن يزل المعيار الى "الرجل المعتاد" ، ولم ينتهوا الى أن بوتيه لم يرب ابدال معيار مادى بمعيار مادى آخر، بل قصد وضع معيار شخصى محض .

* ٤١٤ - تطبيق المعيار النفسي - فالواجب إذاً تطبيق المعيار النفسي في كل الأحوال، فننظر الى حالة التعاقد الشخصية، ونتعزف الى أى حد هو يتأثر بالرهبة والخوف، وندخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكييف نفسيته . فالصبي الصغير غير الشاب القوى غير الهرم البالى، والأنثى غير الذكر، والشخص العصبي غير الشخص الهادئ الأعصاب، والضعيف البنية غير القوى، والمريض غير المعافي، والقروى الساذج غير الممدنى المتحضر، والجاهل غير المتعلم، والغبي غير الذكي، وهكذا . ويجب الاعتداد أيضا الى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات، فالخطر قد يحدث رهبة في نفس التعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس، ولا يحدثه وهو في مدينة أهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفردا مالا يخشاه وهو مع جماعة من الناس، وقد يكون الخوف أشد وقعا في نفسه في الليل منه في النهار . فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات الأخرى تؤثر في تكييف جسامته الخطر في نفس التعاقد ^(١) .

ومعرفة ما اذا كان الخطر جسيما الى حد التأثير في ارادة التعاقد مسألة موضوعية لارقابة لمحكمة النقض عليها ^(٢)، وينظر في تقديرها الى العوامل التي سبق بيانها . والمهم أن يوجد بين

(١) أوبرى ورو ٤ ص ٥٠١ هامش ١٦ - ديمولومب ٢٤ فقرة ١٣٦ - لوران ١٥ فقرة ٥١٤ - هيك ٧ فقرة ٣١ - ديموج ١ فقرة ٣١٣ - بلانيول ٢ فقرة ١٠٧٢ - جومران ٢ فقرة ٨٤ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩١ وفقرة ١٩٢

محكمة النقض الفرنسية في ١٩ يونيو سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ - ١ - ١٦٠ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٩٨ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ١٢١ مع تعليق بريتون (Breton) - محكمة بوردو الاستئنافية في ٨ مايو سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ٢ - ١٢٩ - محكمة روان الاستئنافية في ١٥ يولييه سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ٢ - ٢٤٣

ويلاحظ أن الخطر اذا كان يهدد المال، فانه يعتبر جسيما اذا كان المال الذي يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذي أكره عليه (فان ديمولومب ٢٤ فقرة ١٣٨) . وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال ضحا سببا لإفساد الرضا، حتى لو أن صاحب المال يستطيع ردّه بعد غضبه، مادام التهديد قد أثر في إرادته (فان هالتون ١ ص ٣١٩) . والقانون الانجليزي لا يعتبر الخطر الواقع على المال إكراها، لأنه كان في استطاعة التعاقد أن يدع الخطر لمحقق، ثم يرجع بنمو يرض على من تسبب في اتلاف المال (انظر بولوك في المقدم ص ٦٤٥) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٩٦ . وقد قضت محكمة النقض الأهلية بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة في تقدير أهمية الأكراه من الوقائع، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر في الشخص الواقع عليه، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك (٢ يونيو سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ١٥٧ رقم ٦٢ - مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٦٩) .

الاكراه والرضاء علاقة سببية، فيكون الاكراه هو الدافع الى الرضاء^(١).

* ٤١٥ - وهو ب الاكراه في مصر - ونحن نرى وجوب تطبيق المعيار الشخصي في القانون المصري، كما يطبق في القانون الفرنسي وهو الأصل الذي أخذنا عنه . ولا عبرة بما نقله المشرع المصري عن معيار "الرجل الوسط"، فان سببه خطأ وقع فيه المشرع الفرنسي كما بينا . وقد أخذ الفقه والقضاء في مصر بالمعيار الشخصي^(٢) . كما أخذت به كذلك القوانين الحديثة^(٣).

(١) ولكن علاقة السببية هذه يجب أن ينظر اليها من الناحية النفسية، لا من الناحية المادية (بلانيول وريير واسمان ١ فقرة ١٩١ ص ٢٥٦) . أما اذا لم يكن الاكراه سببا مباشرا لانتزاع الرضاء، فلا يبطل العقد، ويجب تحديد ذلك في الحكم (محكمة النقض الفرنسية في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ - ١ - ٧٦ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٠ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ - ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠) . وقد لا يكون الاكراه هو الدافع الى التعاقد، ولكنه اضطر المتعاقد الى قبول شروط أبهظ، كما في التدليس غير الدافع، فتل هذا الاكراه لا يبطل العقد، ولكنه يعطى الحق في التويض (ديموج ١ فقرة ٣٢٥).

(٢) هالتون ١ ص ٣١٨ - دى هلتس ١ لفظ اتفاق (conv.) فقرة ٤٤ - والتون ١ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ - عبد السلام ذهني فقرة ١٣٤ - محمد صالح فقرة ٢٧٩

وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن للحاكم البحث فيما اذا كان الاكراه أو التهديد أو الاهانة أو أحدها سببا لارهاب مدعى الاكراه أو غيره، لدرجة كانت فيها الروع مستوليا عليه، حتى أنه لم يكن في وسعه إلا قبول التعهد، أم لا، فالتشديد غير الباعث للضغط على الارادة أو الحرية لا يعد إكراها مبطلا للتعهد (٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ حقوق ٦ ص ٣٠٢) . وقضت محكمة أسبوط الكلية الأهلية بأن المادة ١٣٥ مدني تنص على أنه يجب أن يكون الاكراه شديدا، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز، مع مراعاة سن العاقد وحالته من الذكورة والأنوثة، ولم تختلف عنها المادة ١١١٢ المقابلة لها في القانون الفرنسي كثيرا . وظاهر أن الشرطين الأخيرين من المادتين ينسخان الى حد كبير ما هو وارد في شرطيهما الأولين، لأنهما يرجعان كل حالة الى ظروفها، لا الى مقياس واحد غير قابل للتغير، وقد توسعت المحاكم في فرنسا في ذلك ارتكنا على هذا الجزء الناسخ من المادة (٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ١٠ ص ٤٤٧ رقم ٢٢٣) . انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة و ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٠ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ - ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ وهي أحكام أشبر اليها في اللاشبة السابقة . قارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ (حيث يشير الحكم الى مقياس "الرجل المعتاد") .

(٣) انظر المادة ١٢٣ من القانون المدني الألماني والمادة ٣٠ من قانون الالتزامات السويسري . وانظر أيضا في الشريعة الاسلامية م ٢٨٨ من مرشد الحيران وقد جاء فيها: "يختلف الاكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسهم وضعفهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضما" . وظاهر أن المعيار هنا شخصي محض .

المطلب الثاني - نقد النظرية التقليدية في الأكراه

* ٤١٦ - تفرم نصوص القانون المصري في عيوب الرضاء عنه نصوص القانون الفرنسي - تبين مما تقدم أن النظرية التقليدية تضع شروطا للأكراه ، وتعدّد هذه الشروط واحدا بعد الآخر . وعد التأمل نجد أن شرطا واحدا من هذه الشروط كان كافيا ، وهو شرط جسامّة الخطر ، فيكفي أن يقال أن الأكراه يبطل العقد اذا بلغ من الجسامّة حدّا يؤثر في رضاء المتعاقد . وقد أحسن المشرع المصري صنعا باقتصاره على هذا المعيار الذي أورده في المادتين ١٣٥/١٩٥ ، ولم يشأ أن يتشبي مع المشرع الفرنسي في نقل بقية الشروط .

ونقرر بهذه المناسبة أن المشرع المصري كان بوجه عام متقدّما على المشرع الفرنسي في نصوصه المتعلقة بعيوب الرضاء . فهو في الغالب لم يشأ أن ينقل عن التشريع الفرنسي قواعده الجامدة ، بل نقل ما وصل اليه القضاء الفرنسي من المعايير المرنة ، كما سبقت الإشارة الى ذلك . وكذلك في التدليس لم يشأ على ما رأينا أن يأخذ بالقاعدة المتقدمة من أن التدليس لا بد أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر . وهنا في الأكراه نراه لا ينقل القواعد التفصيلية التي أسرف في إيرادها المشرع الفرنسي ، ويكتفي بنقل معيار مرّن يبين الحدّ الذي يتطلبه في جسامّة الأكراه ، ولولا أنه لم يبرأ من العيب الذي وقع فيه المشرع الفرنسي من خلطه ما بين المعيارين المادّي والشخصي ، لكان التشريع المصري في عيوب الرضاء أكمل بكثير من التشريع الفرنسي ، فانه ترك القواعد الجامدة الى المعايير المرنة ، وتجنب غلطات التشريع الفرنسي ، واستفاد من عمل القضاء ، فأخذ عنه لاعن التشريع .

* ٤١٧ - وموجب الاقتصار على معيار الأكراه - قلنا أن شرطا واحدا كان يكفي في الأكراه ، وهو المعيار الذي تقاس به جسامته . فاذا قيل أن الأكراه يجب أن يصل الى حدّ من الجسامّة بحيث يكون هو الذي دفع الى التعاقد ، فان الشروط الأخرى التي ذكرت

= أما المشروع الفرنسي الايطالي فقد نص في المادة ١٨ : "على أن الأكراه يجب أن يكون من شأنه أن يؤثر في نفس "الرجل المعتاد" وأن يشعره بالخوف من تعريض شخصه أو ماله الى خطر مجحف جسيم ، وينظر في هذا الموضوع الى سن وجنس وحالة الأشخاص " . وظاهر أن المشروع لم يعدل عن النص المتقدم ، بل جمع بين المعيارين المادّي والشخصي ، دون مقتض (انظر في محاولة تبرير ذلك فيغورونو في العقد في المشروع الفرنسي الايطالي والقانون المقارن ص ٢٤٨) .

الى جانب هذا الشرط ، تصبح غير ضرورية من جهة ، ويصبح بعضها غير صحيح من جهة أخرى .

* ١٨٤ - عزم ضرورة الشروط الاخرى - فاشتراط أن وسائل الإكراه تكون غير مشروعة ، وأن الخطر الذي يهدد الشخص يجب أن يكون خطرا حالا على النفس أو على المال ، كل هذا مفهوم ضمنا من معيار جسامة الاكراه ولا حاجة الى ذكره كشرط مستقلة ، وإن كان لا بأس من ذكره كتفصيل لهذا المعيار الأساسي .

* ١٨٩ - وعزم صمته كثير منها - ولكن العيب الجوهرى فى النظرية التقليدية هو أن كثيرا من تفاصيلها غير صحيح . ولما كان المشرع المصرى لم يتوزط فى هذه التفاصيل ، فقد بقى الباب أمامه مفتوحا فى الخروج عليها ، والرجوع الى القواعد الصحيحة .

تذكر النظرية التقليدية من شروط الاكراه ألا يكون مجزء نفوذ أدبى (م ١١٤ فرنى) ، وأن يكون الغرض منه انتزاع الرضاء فلا يكفى أن تستغل ظروف تهايات مصادفة ، وأن تكون الوسائل التى استعملت فيه غير مشروعة ، وأن يكون الخطر حالا واقعا على المتعاقد نفسه أو على طائفة معينة من ذويه (م ١١٣ فرنى) . فهذه التفاصيل ليست صحيحة على إطلاقها .

* ٢٠٤ - فقر يكره مجزء النفوذ الأدبى لأفيا لتفصيص الاكراه - إما إن مجزء النفوذ الأدبى لا يكفى فى الاكراه ، إلا اذا اقترنت به وسائل أخرى ، فقد يكون صحيحا كقاعدة عامة . ولكن هذا لا يمنع من أن يتحقق فرض يكفى فيه مجزء النفوذ الأدبى لإبطال العقد . وذلك لأن النفوذ الأدبى ، وإن كان وسيلة مشروعة فى ذاته ، إلا أنه اذا قصد به الوصول الى غرض غير مشروع ، فلا يوجد فى هذه الحالة ما يمنع من الطعن فى العقد بالاكراه . ولا شك فى أن موقف الابن من أبه وهو مضطر الى امضاء عقد لا يريده ، وموقف الشخص المتدين من رجل له نفوذ دينى كبير عليه ، وموقف المرءوس من رئيسه وفى يد هذا ابقاؤه فى العمل أو فصله منه ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص الى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال أن الشخص يتعاقد مختارا فى كل هذه المواقف ، فإذا أريد بالعقد الوصول الى غرض غير مشروع ، كعقد الترام باهظ يثقل الملتزم ، وما كان يرضاه لولا

موقفه ممن يتعاقد معه، فكيف لا يكون هذا العقد باطلا للاكراه، اذا ثبتت كل هذه الظروف^(١)؟ على أنه يمكن الوصول الى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية سوء استعمال الحق، فان صاحب النفوذ الأدبي يكون قد أساء استعمال نفوذه اذا قصد به الوصول الى غرض غير مشروع، فيلزم بالتعويض، وخير تعويض هنا هو بطلان العقد. فالأولى إذا أن تتسع نظرية الاكراه حتى لا تضيق بفرض من هذه الفروض.

ولما كان القانون المصري لا يتضمن نصا يمنع من اعتبار مجرد النفوذ الأدبي إكراها، كما نجد ذلك في القانون الفرنسي (م ١١١٤)، لذلك نرى ألا نقيّد المحاكم المصرية بنص لا وجود له في قانونها، واذا عرضت لها حالة ترى فيها أن المتعاقد قد أثر في نفسه نفوذ أدبي الى حد إكراهه على التعاقد، فلا تتردد في إبطال هذا العقد للاكراه^(٢).

*** ٢١٤ - وقر ينقص الاكراه ولو نهيات ظروفه مصادفة - وتشتط النظرية التقليدية أن يستعمل الاكراه بغرض انتزاع ارادة المتعاقد، فإذا نهيات ظروف من**

(١) انظر بلانيول ٢ فقرة ١٠٧٤. ولكن من الحق في مثل هذه الظروف أن يحتاط في الأخذ بالنفوذ الأدبي محققا للاكراه، فلا يتوسع في ذلك كثيرا، وإلا افتتح الباب واسعا لادعاءات لا يمكن تبين وجه الصحة فيها.

(٢) انظر والتون ١ ص ٢٣٨ - ص ٢٣٩ - وفارن دي هلتس ١ لفظ اتفاق (Conv.) فقرة ٥١ - وقد قضت محكمة استئناف أسبوط ببطلان الاقرار الذي يصدر تحت تأثير رئيس ديني وتسلمه، والذي تصدره سيدة متقدمة في السن، ضعيفة الارادة، تدل تصرفاتها على أنها كانت خاضعة لتأثير ذلك الرئيس، صادرة عن ارادته هو (٨ مايو سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ٨٦٧ رقم ٤٧٨) وقد تقدمت الإشارة الى هذا الحكم.

هذا ولم يرد في القانون المدني الألماني ولا في قانون الالتزامات السويسري نص يقابل نص المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي. أما المشروع الفرنسي الايطالي فقد نقل في المادة ٢٠ هذا النص المتقدم، نص على أن مجرد النفوذ الأدبي، دون أن يكون هناك إكراه، لا يكفي لإبطال العقد، وهو نص معيب كما قدّمنا. وقد ورد في المادة ٢٩٤ (فقرة ثانية) من مرشد الحيران أن الزوج ذو شوكة على زوجته، فن أكره زوجته بالضرب، أو منعها عن أهلها، لتب له مهرها، فوهبته له وهي خاتمة، فلا تصح الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر. وظاهر أن هذا النص مقصور على حالة خاصة وعلى عقد خاص. ولكن هذا لا يمنع من اعتباره تطبيقا لمبدأ عام، هو أن النفوذ الأدبي قد يكون كافيا لإبطال العقد، وان كان النص يذكر الى جانب النفوذ الأدبي وسائل أخرى للاكراه، فحظر الزوجة ومنعها عن أهلها - ويعرف القانون الانجليزي ما يسمى بالتأثير غير المشروع (undue influence)، وفيه يسيء الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه. فتي وجدت علاقة ثقة ما بين شخصين، كأب وابنه وطبيب ومريض ومحام وعميله ورجل دين ومتدين، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لاكراه الشخص الآخر على امضاء عقد، فان العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا، ولكن يجب طلب البطلان في مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (انظر بولوك في العقد ص ٦٤٨ - ص ٦٨٩ - كارتز في العقد ص ٨٥ - ص ٨٧). (فارن أيضا المادة ١٣٨ من القانون المدني الألماني والمادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الايطالي وسيأتي ذكر هذه النصوص).

شأنها أن تضغط على إرادة المتعاقد ؛ وكان هذا مصادفة لا يد فيه لأحد ، واستغلها المتعاقد الآخر لحمل المتعاقد الأول على امضاء عقد ، فإن العقد لا يكون باطلا للإكراه . ولكن هذا الشرط غير صحيح أيضا وهو أثر من القانون الروماني لا مبرر لبقائه^(١) ، وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير ضغط كان هو الدافع على صدورها ، فالإرادة فاسدة ، والعقد باطل ، سواء في ذلك أكان مصدر الضغط المتعاقد الآخر ، أو شخصا ثالثا ، أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها ، فأثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال . فإذا تعرض رجل لخطر الموت وتقدم لإنقاذه شخص ، واشترط أن يأخذ مبلغا جسيما من أجل ذلك ، فهل هناك فرق ، من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذي يهدده هو فعل الدائن أو كان نتيجة الصدفة . لا شك في أن هناك فرقا من الناحية الأدبية ، ففي الحالة الأولى يكون الدائن ملوما أكثر مما يكون في الحالة الثانية . بل هناك فرق أيضا من الناحية القانونية إذا نظرنا إلى مسئولية الدائن ، فهو مسئول عن التعويض إذا كان هو مصدر الخطر . أما إذا نظرنا إلى إرادة المدين ، فلا فرق ما بين الفرضين ، ففي كليهما لم تكن هذه الإرادة حرة . كذلك الطبيب الذي يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم أجرا للعلاج ، لا يتناسب مع الأجر الذي يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، والواجب أن يبطل العقد في هذه الحالة ، ولو أن الطبيب لا يد له في إيجاد المرض . كذلك من ينقذ سفينة على وشك الغرق ، تلقاء تعهد باهظ من ربان السفينة ، اضطر إلى الرضاء به تحت ضغط الخطر الذي يهدد السفينة ، ليس له أن يتمسك بهذا التعهد ، لأن الرضاء قد شابه الإكراه .

فالواجب إذاً أن نقرر ، خلافا لما تقضى به النظرية التقليدية ، أنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطرار التي وجد فيها المتعاقد الآخر ، للوصول إلى غرض غير مشروع ،

(١) وذلك أن القانون الروماني كان يضع على الإكراه جزاء مستقلا غير بطلان العقد . أما الإكراه الذي تهيأت ظروفه مصادفة فلم يكن عليه جزاء ، لأنه لا يمكن في هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص معين صدر منه الإكراه . فانتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي ، بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه بطلان العقد ، ولا يكتفى بدعوى تعويض صدر منه الإكراه . وظاهر أن دعوى البطلان يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر ، دون حاجة إلى تلبس شخص صدر منه الإكراه (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٥) انظر أيضا جوسران ٢ فقرة ٨٨ ، وهو يرى أن العقد يكون باطلا في هذه الحالة ، لأننا لا ننظر هل كان الدائن ملوما أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه ، بل ننظر هل كان المدين إرادته حرة مختارة ، أم صدرت إرادته تحت ضغط دافع .

أى الى التزام باهظ، فالعقد يكون باطلا للاكراه، حتى لو كانت ظروف الاضطراب قد تهيأت مصادفة، ولا يد لأحد فيها^(١).

ولا يوجد في القانون المصرى ما يمنع من الأخذ بهذا الرأى، وقد أخذ به فعلا الفقه والقضاء في مصر^(٢).

(١) على أن يوثيقه نفسه، بعد أن قرأ أنه لا يوجد إكراه اذا كانت حالة الاضطراب قد تهيأت مصادفة، ذكر أنه مع ذلك اذا تبين أن الالتزام كان باهظا، فيجوز انقاصه الى الحد المعقول (الالتزامات فقرة ٢٤)، وقد وافق بوتييه فريق من الفقهاء (ديرانتون ١٠ فقرة ١٤٩ — ديفرجيه ٣ فقرة ٨٥ هامش نمرة ١)، وفي هذا الرأى تناقض ظاهر، فتنقر أن الاكراه لم يتحقق، فعلى أى أساس ينقاص الالتزام ! (توليه ٦ فقرة ٨٥ — لوران ١٥ فقرة ٥١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٧ — سالى فى اعلان الارادة ص ٥٩ — ص ٦٠).

ولكن العدالة واضحة فى أن التزاما باهظا انتزع فى حالة اضطراب يجب أن يعدل، وانما الخلاف فى الأساس القانونى الذى يصح التعديل بمقتضاء. فبعض الفقهاء يسلم بعدالة انقاص الالتزام الباهظ، ولكنه لا يرى أساسا قانونيا لذلك (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٧ — ٧٨)، والبعض الآخر يرى إبطال العقد للاكراه، ورجوع الدائن على المدين بدعوى الأثر بلا سبب (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٥ ص ٢٥٩ وهامش نمرة ٥)، أو بدعوى الفضولى (ديمولومب ٢٤ فقرة ١٥٠ — ديموج ١ فقرة ٣٢١ ص ٥١٨). أما القضاء الفرنسى، فهو تارة يلجأ الى نظرية الاكراه، فيبطل العقد (محكمة النقض فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٨ — ١ — ٢٦٣ : انظر نقدا لهذا الحكم فى بودرى وبارد ١ ص ١٢١ هامش نمرة ١)، وقد يجعل جزء الاكراه انقاص الالتزام (محكمة النقض فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ — ١ — ١٦). وطورا يلجأ الى نظرية السبب، فينقص الالتزام الباهظ، لأن السبب غير موجود جزئيا، وبذلك يستغنى عن نظرية الاكراه، ويتوقى الاعتراض على انقاص العقد دون بطلانه (انظر فى هذا الموضوع ديموج ١ فقرة ٣٠٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٣ — ليفى اولمان ص ٣٨٨ — والتون ١ ص ٢٣٥ — ٢٣٨). انظر فى استعراض الآراء المختلفة التى تبين الأساس القانونى لانقاص الالتزام ديموج ١ فقرة ٣٢١، وانظر فى هذا الموضوع أيضا ريبيير فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ٤٦ — كولان وكايتان ٢ ص ٢٨٦.

وقد صدر قانون فى فرنسا فى ٢٩ أبريل سنة ١٩١٦ يبيح للقاضى إبطال أو إنقاص الالتزامات التى تعقد فى حالة الاضطراب الناجمة من تعرض سفينة للخطر (assistance et sauvetage maritime). انظر أيضا اتفاقية بروكسل الدولية فى هذا الموضوع فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٠، وانظر ريبيير فى القانون البحرى طبعة ثانية جزء ثالث فقرة ٢١٧. أما القانون المقارن فى هذا الموضوع فهو منتهج الى جعل حالة الاضطراب مؤثرة فى صحة العقد. فقد تضمن القانون المبنى الألمانى (م ١٣٨) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٢١) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٢٢) نصا عاما يقضى بعدم جواز استغلال حاجة الشخص (أو الحالة الاضطرارية التى وقع فيها) لاتزاع التزام باهظ منه، وسندكر هذه النصوص عند الكلام على الغبن.

(٢) والتون ١ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ — الأستاذ عبد السلام ذهنى بك فقرة ١٣٥ — الأستاذ محمد صالح فقرة ٢٨٢.

وتبطل محكمة الاستئناف المختلفة فى بعض الأحيان الاتفاق الذى يعقد فى حالة الاضطراب الناجمة من وجود سفينة فى خطر (sauvetage) (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٦) وتكتفى بإعطاء دهرى الفضول (١٢ مايو —

٤٢٢ - والعبرة ليست بالوسائل المشروعة بل بالفرض المشروع -

أما من حيث الوسائل التي تستعمل في الإكراه ، فالنظرية التقليدية ، إذا كانت لا تحتاج الى تصحيح في النتائج التي تصل إليها في هذا الشأن ، فانها تحتاج الى تحديد أدق . فالعبرة ليست بالوسائل ، هل هي مشروعة أو غير مشروعة ، بل العبرة بالفرض . فقد رأينا أنه إذا كان هذا الفرض مشروعاً ، فلا إكراه ، سواء كانت الوسائل مشروعة أو غير مشروعة . أما إذا كان الفرض غير مشروع فالإكراه متحقق ، حتى لو كانت الوسائل مشروعة . ومن ذلك يتضح أنه يجب الوقوف عند الفرض ، لا عند الوسائل التي استعملت للوصول الى هذا الفرض^(١) .

* ٤٢٣ - وقد ينقص الإكراه ولو وقع على غير الأشخاص الذميه

عردتهم المادة ١١١٣ منه القانون المرنى الفرنسى - يبقى المأخذ الأخير . فان النظرية التقليدية تطلب أن يتعرض المكره لخطر حال على نفسه أو على ماله . وقد قدّمنا أن القانون الفرنسى يشترط أن يكون الخطر حالاً ، ولكن الفقه والقضاء في فرنسا عدلاً من هذه القاعدة ، فجعلوا الحال هو الخوف من الخطر ، لا الخطر ذاته . وهذا متفق مع المعيار الذى اتخذناه للإكراه ، فمادام قد حل في روع المكره خوف من خطر ، ولو كان هذا الخطر مستقبلاً ، وما دام هذا الخوف هو الذى دفعه الى التعاقد ، لإرادته فاسدة ، والعقد باطل . ولا يوجد في نص القانون المصرى عبارة الخطر الجسيم الحال (mal considérable et présent) الواردة

= سنة ١٨٩٢ م (٤ ص ٢٣٥) ، وتطبق في بعض الأحيان اتفاقية روكسل الدولية (٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٤٠٣) . انظر أيضاً في هذا الموضوع محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٤٨ ص ٥٤

وانظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣ - ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤١ (وفي هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة في حيثيات الحكم أن القانون المصرى لم ينقل عن القانون الفرنسى كلمة "يتزع" (extorqué) الواردة في المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير ، والتي كانت السبب في أن الفقه الفرنسى لا يجعل حالة الاضطرار التي تهبّات مصادقة إكراها يطل العقد - انظر في هذا المعنى والتون ١ ص ٣٠٢) .

(١) ويستعين القضاء الفرنسى في هذا الموضوع بنظرية السبب ، مما يربط هذه النظرية بنظرية الإكراه ، كما ارتبطت بنظرية الغلط ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك (انظر محكمة النقض الفرنسية في ٩ أبريل سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٠٣ ومذكرات الأستاذ ليني ألمان ص ٣٨٨ - ص ٣٨٩) . انظر أيضاً في أن العبرة بالفرض بالوسائل - ديموج ١ فقرة ٣٠٨ ص ٥٠٠ - ص ٥٠١ - ريبير فقرة ٤٥ - جورمان ٢

في المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي ، لذلك كان التفسير المتقدم اوجه في القانون المصري منه في القانون الفرنسي ^(١) .

ولكن العيب الجوهرى في النظرية التقليدية هو تعداد أشخاص معينين ، يعتبر الاكراه الواقع عليهم مؤثرا في نفس التعاقد ومفسدا لرضاه ، فقد عدّ القانون الفرنسي (م ١١١٣) الفرع والأصل والزواج والزوجة . ونحن لا نقتر الرأيين اللذين نقلناهما عن الفقه الفرنسي في هذا الموضوع . فلا نرى أن الإكراه الذى يقع على غير هؤلاء الأشخاص يفرض فيه أنه لا يؤثر في رضاء التعاقد ، ولا يقبل منه إقامة دليل على العكس . ولا نرى كذلك أن الاكراه الذى يقع على هؤلاء الأشخاص مفروض فيه أنه يفسد رضاء التعاقد دون دليل . أما بالنسبة لغيرهم فيطالب التعاقد بإقامة الدليل على أثر الاكراه في نفسه ، فكلا الرأيين وإن كان يستند الى النص الوارد في القانون ، لا يتفق مع طبيعة الأشياء ولا مع الحقائق المجربة . فليس صحيحا أن الفرع والأصل والزواج والزوجة هم كل الناس الذين يتزلم الشخص منزلة نفسه ، فهناك الأخوة والأخوات ، وبقية الأقارب ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم من يعزهم الشخص إغرازا يجعله يتأثر مما يتعرضون له من الخطر ، الى حد أن تفسد ارادته تحت تأثير الخوف الذى يدخل في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحا كذلك أن كل الفروع والأصول والزواج والزوجة يتزلم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذى يهددهم تأثرا يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف ، فلا تذكر أشخاص معينون على زعم أنهم هم الأعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضى في كل حالة الى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة التعاقد ممن وقع عليه الإكراه ، هل هي علاقة وصلت ، بالنسبة لظروفها الخاصة ، الى الحد الذى يجعل التعاقد يتأثر من الخطر الداهم الذى يهدد من وقع عليه الإكراه ، فاذا ثبت أن هذا التأثير يصل الى حد فساد الارادة ، فإن العقد يكون باطلا ، لا فرق في ذلك بين أب وأخ وجد وابن وحفيد وخطيبة وصديق . فقد يكون الأخ أقرب الى حنو الشخص وشفقته من الجد ، وقد يكون الصديق خيرا عند الإنسان من الحفيد . فلا معنى لأن تكون هناك قرينة قانونية لصالح الجد والحفيد دون الأخ والصديق . وكل ما فى الأمر أن هناك من الأقارب

(١) وقد تجنبت القوانين الحديثة أن تصف الخطر بكونه حالا ، فلا نجد هذا الوصف في القانون الألماني . أما قانون الالتزامات السويسرى (م ٣٠) فيصف الخطر بكونه جسيما واهما (grave et imminent) ، ويصفه المشرع الفرنسى الايطالى (م ١٨) بكونه مجحفا جسيما (injuste et considerable) .

من توثيق صلة قرابته الى حد أنه يسهل على المتعاقد اثبات أن الخطر الذي يهدد هذا القريب يؤثر في ارادته ، وذلك ظاهر في حالة الابن ، وقد يظهر أيضا في حالة الزوج والزوجة والأب .

فالواجب إذاً أن نترك تعداد أشخاص معينين ، ونطلب في كل الأحوال من المتعاقد أن يثبت أن الإكراه الذي وقع على الغير قد أثر في نفسه الى حد أفساد ارادته ، ونترك ذلك لتقدير القاضي ، وهو يدخل في حسابه قرابة الغير من المتعاقد وصلاته الخاصة به ^(١) . وهذا هو الرأي الذي يجب الأخذ به في مصر ، لا سيما أن المشرع المصري لم ينقل نص المادة ١١١٣ من القانون الفرنسي ، وقد أحسن صنعا في ذلك ^(٢) .

* ٤٢٤ — يتبين مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها . والأولى أن تغفل هذه الشروط ^(٣) ، وأن نكتفي بالمعيار المرن الذي ذكرناه ، فيتحقق الإكراه إذا وجد المتعاقد المذكور بالنسبة لظروفه الشخصية في حالة اضطرار ضغطت على ارادته وحملته على التعاقد ^(٤) .

(١) انظر بلانيول ريبير واسمان ١ فقرة ١٩٣ ص ٢٥٨

(٢) انظر من هذا الرأي هالتون ١ ص ٣١٨ — دي هلتس ١ لفظ اتفاق (Conv.) فقرة ٤٤ — والتون ١

ص ٢٢٨ — محمد صالح ص ٢٧٩

وقد هجرت القوانين الحديثة هذا المذهب العتيق في تعداد أشخاص معينين ، فلم يذكر القانون الألماني شيئا من ذلك ، وذكر قانون الالتزامات السويسري : ” الخطر الجسيم الدائم الذي يهدد الشخص نفسه أو أحدا من ذويه “ (L'un de ses proches) (م ٣٠) دون تحديد هؤلاء الأشخاص . أما المشروع الفرنسي الايطالي ، فهو كما دته يحافظ بقدر الامكان على نصوص القانونين اللذين يريد التوفيق بينهما ، فذكر في المادة ١٩ أن الاكراه يكون سببا في بطلان العقد ، حتى لو كان الخطر الذي يهدد المتعاقد نتجها ضد الزوج أو الزوجة أو القروع أو الأصول ، في النفس أو في المال . أما بالنسبة لغير هؤلاء الأشخاص فيجوز للقاضي أن يحكم ببطلان العقد تبعا للظروف . ومن ذلك نرى أن المشروع قد خص أشخاصا معينين لحكم ببطلان العقد اذا كان الخطر يهددهم . أما بالنسبة لغيرهم فقد ترك الأمر لتقدير القاضي . وقد جاء في المادة ٢٨٧ من مرشد الحيران أن ” الاكراه بحبس الوالدين والأولاد ، وغيرهم من ذى رحم محترم أو بضرهم بعدم الرضا أيضا “ . فالشرعة الاسلامية لا تعدد أشخاصا معينين ولكنها تشترط أن يكون الشخص من ذوى الأرحام المحارم .

أما القانون الإنجليزي فالظاهر أن الاكراه عنده (Duress) اذا وقع على الزوجة أو الولد أو أحد من الأقارب (دون تحديد) فانه قد يكون مؤثرا في صحة رضا المتعاقد (انظر بولوك في العقد ص ٦٤٥ — انظر أيضا كارتير في العقد ص ٨٤) .

(٣) كما فعل المشرع المصري (فارن دي هلتس ١ لفظ اتفاق (Conv.) فقرة ٤٤

(٤) جوسران ٢ فقرة ٨٣ — فقرة ٨٥ و فقرة ٩١

المبحث الرابع - الغبن (*)

(La Lésion)

٤٢٥ - النصوصى القانونية - لم يرد في القانون المدنى المصرى نص صريح فى الغبن فى كتاب الالتزامات . ولكن ورد فى باب البيع نص يضع جزاء للغبن الفاحش الذى يقع فى بيع عقار القاصر، فقضت المادتان ٤١٩/٣٣٦ بأن الغبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع، لا يترتب عليه حق إلا للبائع فى طلب تكمة الثمن، ويكون ذلك فى حالة بيع عقار القصر فقط .

أما فى القانون المدنى الفرنسى فقد قضت المادة ١١١٨ بأن الغبن لا يبطل العقد إلا فى عقود معينة وبالنسبة لأشخاص معينين . وقضت المادة ١٣٠٥ بأن مجزء الغبن يعطى الحق للقاصر غير المأذون فى إبطال كل عقود . أما القاصر المأذون فيبطل العقود التى تتجاوز حدود أهليته المبنية فى باب القصر والوصاية والأذن للقاصر . وقضت المادة ١٣١٣ بأن

= هذا وقد قدّمنا أن المعيار الذى نأخذ به فى الإكراه هو معيار نفسى . ويقرر الأستاذ ليفى أولمان بهذه المناسبة، أن للإكراه يتطور معياره، فى القضاء الفرنسى، الى معيار نفسى، ويستشهد على ذلك (كما فعل فى التدليس) بثلاثة أمور: (١) تفسير "الخطر الحال" بأنه الخوف الحال، ولو من خطر مستقبل، فالعبرة إذا فى الإكراه بما يحدثه هذا الإكراه من الرهبة فى نفس المتعاقد . (٢) اذا تهيأت ظروف الإكراه مصادفة، واستغلها المتعاقد الآخر، فإن هذا لا يمنع من أن الرضاء يكون مشوباً بالإكراه، وفى هذا أخذ بالمعيار النفسى، مادامنا نقف عند حالة الاضطراب النفسى لدى المتعاقد . (٣) اذا استعملت وسائل مشروعة لإكراه المتعاقد على الرضاء بالتزام باهظ، فإن الرضاء يكون مشوباً بالإكراه، بالرغم من أن وسائل الإكراه التى استعملت كانت مشروعة، فالعبرة هنا أيضاً بالحالة النفسية للمتعاقد، لا بالوسائل المادية التى استعملت (مذكرات الأستاذ فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٢٨٥ وما بعدها) .

* المراجع : ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٦١ وما بعدها - جومرات فى الباعث فى الأعمال القانونية فقرة ٩١ - ديمونتس (Demontès) فى الغبن فى العقود ما بين البالغين سنة ١٩٢٤ - لويس لوكاس (Louis-Lucas) الغبن والعقد سنة ١٩٢٦ - مذكرات الأستاذ بارتان (Bartin) غير المطبوعة سنة ١٩٢٥ - سنة ١٩٢٦ فى التمييز ما بين الأحكام الملزمة والأحكام المفسرة ص ٣٥ - ص ١٢٤ - الرسائل : هايم (Hayem) - باريس سنة ١٨٩٩ - جريليه (Gerlier) - باريس سنة ١٩٠٨ - ديجول (Dijol) - مونبليه سنة ١٩١٩ - مورى (Maury) - تولوز سنة ١٩٢٠ - كولزون (Coulezon) - مونبليه سنة ١٩٢٤ - ميمان (Mémin) - باريس سنة ١٩٢٤ - هاون (Haon) - مونبليه سنة ١٩٢٧ - أنظر أيضاً مقالا للأستاذ ريكول فى مجلة مصر المصرية سنة ١٨ ص ١٨٩ - ص ٢١٤، ومقالا للأستاذ ودع شبنوده فى الجازيئ سنة الرابعة ص ٣ - ص ٦، ومقالا للأستاذ أميل شاتلان (Emile chatelain) فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٠٧ ص ٥٩ - ص ٦٦

بالغى سن الرشد لا يحق لهم أن يستردوا غنا وقعوا فيه إلا في الأحوال والشروط الخاصة المبينة في هذا القانون^(١) .

٤٢٦ — فالغبن ، كما نرى من النصوص المتقدمة ، ليست له في القانونين المصرى والفرنسى نظرية جامعة ، كما توجد هذه النظرية في عيوب الرضاء الأخرى . لذلك يحسن قبل أن نبحث هذه النصوص المتفرقة ، أن نستعرض الغبن استعراضا سريعا في نظرية متماسكة ذات اتجاه عام . ثم نبحث بعد ذلك موقف المشرعين المصرى والفرنسى من ذلك .

المطلب الأول — النظرية العامة للغبن

* ٤٢٧ — تعريف الغبن — يمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه . فقد يكون مغبونا إذا أعطى أكثر مما أخذ ، وقد يكون غابنا إذا أخذ أكثر مما أعطى .

ومن هذا التعريف يمكن استخلاص ملاحظات ثلاث : (أولاً) أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة ، لأن عقود التبرع يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ ، فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى^(٢) . (ثانياً) يقدر الغبن وقت تمام العقد ، بمعنى أن قيمة ما يعطيه العاقد وقيمة ما يأخذه إنما تعتبران في هذا الوقت ، وينظر الى التعادل بين القيمتين حينئذ . فإذا تغيرت القيم بعد ذلك ، فلا عبرة بهذا التغير ، ولا يكون هناك غبن إذا كانت القيمتان متعادلتين وقت تمام العقد ، واختل التعادل فيما بينهما بعد ذلك^(٣) .

(١) انظر أيضاً في القانون المدنى الفرنسى المادة ٧٨٣ وهى تعطى للوارث دعوى الغبن بشروط معينة ، والمادة ٨٨٧ وتعطى دعوى الغبن في عقد القسمة ، والمادة ١٦٧٤ وتعطى دعوى الغبن لبائع العقار ، والمادة ١٨٥٤ وتعطى دعوى الغبن للشريك اذا قام شريك آخر أو الغير بتحديد نصيبه في الربح أو الخسارة وكان هذا التحديد غير عادل . ولا يحق التمسك بالغبن للشترى (م ١٦٨٣) ، ولا للقايض (م ١٧٠٦) ولا للتصالح (م ٢٠٥٢) .

(٢) ولا يتصور في عقود المعاوضة إلا في العقود المحددة البدل ، أما العقود الاحتمالية فان طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، وعلى هذا تماقداً ، فلا يؤثر الغبن في صحة العقد (انظر مع ذلك ديموج ١ فقرة ٤١٣) .

(٣) وفي الوعد بالبيع يكون تقدير الغبن وقت ظهور رغبة الموعود له ، لا وقت الوعد ، لأن البيع لا يتم إلا في الوقت الأول (محكمة النقض الفرنسية في ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٦ سريه ١٩٢١ — ١ — ٣٦٥) . وفي البيع المعلق على شرط موقف ، يقدر الغبن وقت تحقق الشرط . أما البيع المعلق على شرط فاسخ ، فالغبن يقدر فيه وقت تمام البيع (ديموج ١ فقرة ٤٠٣) .

(ثالثا) يصعب الاحتراز من الغبن في المعاملات، فانه يندر في عقد معاوضة أن يكون ما يأخذه أحد المتعاقدين متعادلا مع ما يعطيه^(١). لذلك يقسم فقهاء الشريعة الاسلامية الغبن إلى يسير وفاحش، فاليسير هو ما يتسامح فيه عادة في المعاملات لكثرة وقوعه، والفاحش هو الجسيم الذي لا يتسامح فيه^(٢).

* ٤٢٨ - الغبن باعتباره مسألة اجتماعية - والواقع أن الغبن مشكلة اجتماعية، لم يهتد رجال القانون إلى حلها حلا مرضيا. فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وخلقية غير ثابتة. ففي المدنية التي يسود فيها مذهب الفردية، وما يتبعه من تحكم مبدأ سلطان الإرادة في العقود، نرى القانون لا يقيم للغبن وزنا، ويأبى أن يضع له جزاء. فالمتعاقدان وما يريدان، والعقد صراع بين جانين كل منهما يحاول أن يكسب على حساب الآخر، فإذا توافقت ارادتهما على شيء واحد، فهذه الإرادة هي التي تحترم، ومن كسب من المتعاقدين خلال له مكسبه، ومن خسر فهو الجاني على نفسه^(٣).

فإذا تطورت المدنية، وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة، فالقانون يتدخل لمنع الغبن في العقود، ولا يترك المتعاقدين يتصارعان، حتى لا يغلب القوى الضعيف ويستغله، بل يتقدم لحماية الضعيف من القوى، بأن يضع جزاء على الغبن.

هذا الخلاف في النظر إلى الغبن نراه متحققا بالنسبة للزمان، في تطور القوانين في العصور المتوالية، وبالنسبة للكان في مقارنة القوانين المتعاصرة بعضها ببعض الآخر.

= على أن تقدير الغبن وقت تمام العقد لا يمنع من أن يدخل في هذا التقدير كل تعديل في العقد تال له، فلو أن شخصا باع عقارا بثمن لا غبن فيه، ثم تلا ذلك اتفاق على تعديل الثمن بحيث يكون هناك غبن، جاز التمسك بهذا الغبن، وينظر في تقديره إلى قيمة الشيء المبيع وقت الاتفاق على تعديل الثمن، وقت تمام عقد البيع (قانون ديموج ١ - فقرة ٤٠٥).

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ١٢١ ص ١٦٤

(٢) ومعرفة ما اذا كان هناك غبن في العقد مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها. والمكلف باثبات الغبن هو من يدعيه، ويثبت بكل طرق الاثبات، إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك (انظر ١٦٧٨ من القانون المدني الفرنسي، حيث قضى في تقدير الغبن في بيع العقار بضرورة تعيين ثلاثة خبراء (ديموج ١ فقرة ٤١٤ - فقرة ٤١٥)).

(٣) فالغبن هو زكاة الحرية، ومن أراد أن يكون حرا وجب أن يحترم تعهده الذي رضى به باختياره، ولو وقع عليه غبن في ذلك. كذلك تقييد المعاملات بعدم وقوع الغبن فيها هو قتل لروح المضاربة، وهذه الروح ضرورية لتقدم التجارة والمعاملات.

* ٤٢٩ — فقد كان الرومان متشبعين بروح الفردية . وإذا كان مذهب سلطات الارادة لم يسد في القانون الروماني ، إلا أن القيود على هذا المذهب لم تكن موضوعة لحماية الضعيف من القوى ، بل وجدت لاعتبارات فنية خاصة بهذا القانون . وتشبع القانون الروماني بروح الفردية جعله لا يعبا بالغبن الذي يقع في المعاملات ، فقلما كان يتقدم لحماية الضعيف المغبون^(١) .

ولما ساد الدين المسيحي في أوروبا في القرون الوسطى ، وأثر في القوانين ، انتكصت روح الفردية . ومع أن مبدأ سلطان الارادة أخذ في الظهور ، إلا أن رجال الكنيسة قيدوا هذا المبدأ بالعدالة ، وبجماية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، وقلبوها على وجوهها المختلفة ، فحزموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسلع أثمانها وللعمل أجره ، فلا يغبن البائع ولا يغبن المشتري ولا يغبن العامل الأجير ، وهذا ما كان يسمونه بالثن العدل (juste prix) وبالأجر العدل (juste salaire) ، يقدرونه حسب العرف الجاري في زمان ومكان معينين (Communis aestimatio) فلا يجوز الانحراف عنه زيادة أو نقصا ، وإلا كان هناك غبن على أحد المتعاقدين . وأثر قانون الكنيسة في القوانين الوضعية ، فحزمت الغبن ووضعت عليه الجزاء . وعينت الشريعة الاسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية ، فحزمت الربا وتعقبت في مظان وجوده ، وكتب الفقه مملوءة بالأبحاث العميقة في هذا الموضوع .

ثم عادت روح الفردية في الفلسفة والاجتماع ، وانتصر مذهب الفيزوقراطيين في الحياة الاقتصادية ، وساد مبدأ سلطان الارادة في القانون ، فضاقت ما كان قد اتسع من تحريم الغبن ، وعادت القوانين لا تعتد به إلا في بعض أحوال معينة . وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية ، وهي الثورة التي قامت على أساس حماية الفرد ، وإعلان حقوق الانسان ، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع العقار^(٢) . وورث القانون الفرنسي هذه التقاليد ،

(١) ولم يكن يضع جزاء على الغبن إلا في حالات استثنائية ، أكثرها كانت في عهد الامبراطور ديوكليسيان (Diocletien) ، كالغبن في البيع وفي القسمة ، وقد يكون ذلك من أثر الدين المسيحي الذي أخذت تعاليمه تنتشر في ذلك العصر (انظر ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات فقرة ٦١ ص ١١٠ — ص ١١١) .

(٢) ويرجع ذلك أيضا لنزول أسعار النقد في عهد الثورة وتدهور قيمة الأوراق المالية .

بفئات أحكامه ضيقة في الغبن، فهو لا يضع عليه جزاء إلا في حالات معينة، أهمها حالة بيع العقار^(١).

* ٤٣٠ — واختلاف النظر الى الغبن نراه أيضا عند المقارنة فيما بين القوانين الموجودة في عصرنا الحاضر. فهناك القوانين المشبعة بروح الفردية ومبدأ سلطان الارادة — كالقانون الفرنسى والقانون المصرى — لا تعتد بالغبن، وقلمما تتدخل لحماية المتعاقد المغبون. وهناك القوانين المشبعة بروح التضامن الاجتماعى ومبدأ الثقة المشروعة في المعاملات — كالقانون الألمانى والقانون السويسرى — تمنح المتعاقد المغبون حماية واسعة، وتصوغ من الغبن نظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون. كما سنرى ذلك فيما يلى.

ولكن نزعة القوانين الحديثة، وتطور القانون المقارن، يتجهان نحو التوسع في تحريم الغبن، وجعل هذا التحريم نظرية عامة تنطبق على جميع العقود، لا على عقود معينة^(٢).

* ٤٣١ — النظرية المادية والنظرية الشخصية في الغبن — على أن تحديد الأحوال التى يكون فيها غبن، وكيف يكون الجزاء على هذا الغبن، ليس من المسائل الهينة. فهناك نظريتان: نظرية مادية، ونظرية شخصية.

فالنظرية المادية تنظر الى القيمة المادية لما أعطاه المتعاقد ولما أخذه. فاذا اختلف التعادل بين القيمتين الى درجة محدودة كان هناك غبن. فهناك إذا أمران يُنظر اليهما نظرا ماديا: (أولا) قيمة الشيء: ينظر اليها نظرة مادية لا نظرية شخصية، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته، وتحدد هذه القيمة تبعا للقوانين الاقتصادية، وأهمها قانون العرض والطلب. فهذه القيمة المادية هى التى نقف عندها، ولا نجاوزها الى القيمة الشخصية، وهى قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد، إذ قد يكون الشيء تافها في ذاته، كبيرا في نظر من يريد الحصول عليه، لاعتبارات ترجع لظروف شخصية. ويترتب على هذه النظرة المادية لقيمة الشيء،

(١) وقد يرجع الفضل في تحريم القانون الفرنسى للغبن في البيع الى تدخل نابلون الشخصى ومطالبته بذلك لحماية الثروة العقارية، وقد كانت أهم أنواع الثروة في ذلك العهد (انظر لوكريه (Loché) ١٤ ص ٩١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢١٢).

(٢) ديموج ١ فقرة ٣٩٥ — ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ٦٧ — كولان وكايتان ٢ ص ٢٩١ — جوسران ٢ فقرة ١٠٢.

أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر الى هذه القيمة، فإن الغبن يتحقق، حتى لو لم يختل التعادل بالنظر الى القيمة الشخصية للشيء. فقد يكون المتعاقد على بينة من أمر قيمة الشيء المادية، ولكنه يشتري الشيء بثمن أكبر من هذه القيمة، غير مخدوع ولا مضطر، لأن قيمة الشيء الشخصية تعدل الثمن الذي بذله. في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد، طبقا للنظرية المادية، مغبونا، ما دام التعادل قد اختل بالنسبة للقيمة المادية، مع أنه كان عالما بهذه القيمة ولم يخدع في أمرها ولم يضطر الى التعاقد، أى أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه. فالغبن إذًا في النظرية المادية عيب مستقل، قائم بذاته، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء. (١) (ثانيا) درجة الاختلال في التعادل: وهذه أيضا يُنظر اليها نظرا ماديا، فهي درجة محدودة، بل هي رقم مرصود، فالغبن الذي يزيد على الخمس (كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري) أو الربع (كما في القانون الفرنسي في عقد القسمة) أو النصف (كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم) أو سبعة أجزاء من اثني عشر (كما في البيع في القانون الفرنسي) هو الغبن الذي يعتد به، ويستوجب الجزاء بطلانا أو إنقاصا. وقد يكون الغبن فاحشا من الناحية الشخصية، بالنسبة لظروف المتعاقد الخاصة، ولكنه لا يبلغ القدر المحدود من الناحية المادية، ففي هذه الحالة لا يعتد به، ولا يؤثر في صحة العقد.

وغنى عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد، وفي هذا ضمان لاستقرار المعاملات. إذ يمكن لأول وهلة، طبقا لهذه النظرية، بعد الاطلاع على عقد معين، أن نعرف هل يوجد غبن أو لا يوجد، فذلك لا يقتضى أكثر من عملية حسابية، نقدر بها قيمة الشيء المادية، وننسب هذه القيمة الى الثمن، فإن وصل الغبن الى القدر المحدود بطل العقد أو أنقص. ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها، فهي من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلا عادلا لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسى، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف. وقاعدة واحدة جامدة، تطبق تطبيقا حسابيا على جميع المسائل، دون نظر الى الفروق ما بين مسألة وأخرى، تكون قاعدة ظالمة، رغما من مظهر خداع فيها للعدالة. والأولى تطبيق معيار مرن يتسع لحل كل مسألة حلا عادلا، يتفق مع ظروفها الخاصة.

* ٤٣٢ — والنظرية الشخصية هي صاحبة هذا المعيار المرن، وهي تقوم على أساسين تختلف فيهما عن النظرية المادية . فهي : (أولاً) تنظر الى قيمة الشيء، لا في حد ذاته، بل في اعتبار الشخص الذي يريد الحصول عليه، فقد يكون غاوياً يبذل قدراً كبيراً من المال في سبيل الحصول على تحفة لا تصل قيمتها الى هذا القدر إلا في نظره هو، ويبذل هذا المال طائعا مختاراً وهو على بينة من الأمر، فلا يقال أنه غبن، إذ أن قيمة الشيء في اعتباره معادلة للثمن الذي دفعه، والعبرة بالقيمة الشخصية لا بالقيمة المادية . وعلى ذلك لا يكون هناك غبن، طبقاً للنظرية الشخصية، إلا اذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من قيمة الشيء الشخصية، وهو لا يفعل ذلك إلا اذا كان واهماً في قيمته، أو مخدوعاً فيها، أو مضطراً الى التعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق إلا اذا وقع المتعاقد في غلط أو تدليس أو إكراه، فلا يكون الغبن إذاً في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء الثلاثة المعروفة^(١) . (ثانياً) وتتخذ النظرية الشخصية أيضاً في تحديد درجة الغبن معياراً مرناً . فهي لا تحدّد رقماً يجب أن يصل الغبن اليه، بل تترك ذلك لظروف كل حالة . ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين الى حد باهظ .

وقد اعتنقت القوانين الحديثة النظرية الشخصية، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . ففرض القانون المدني الألماني في المادة ١٣٨ بأنه يكون باطلاً، بنوع خاص، العمل القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته، ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظير شيء يؤديه، على منافع مالية تزيد على قيمة ذلك الشيء، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (disproportion choquante)، في التعادل ما بين قيمة هذه المنافع وقيمة ذلك الشيء، وتقضى المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (disproportion évidente) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة، أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة، وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي

(١) انظر مذكرات الأستاذين أرمان ص ٣٩٦ — انظر أيضاً بودرى وبارد ١ فقرة ١٢٤

بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (hors de toute proportion) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يفترض تبعا للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات. ويجب رفع دعوى البطلان في غضون سنة من وقت تمام العقد، ويجوز تفاديها إذا عرض المتعاقد الآخر تكملة يراها القاضي كافية^(١).

المطلب الثاني - الغبن في القانونين المصرى والفرنسى

* ٤٣٣ - محرمات نظرية الغبن في القانونين المصرى والفرنسى - قدمنا أنه لا يوجد نص في القانون المصرى، ولا في القانون الفرنسى^(٢)، يقرر كقاعدة عامة أن الغبن يؤثر في صحة العقد، كما نجد ذلك في القوانين الحديثة التي سبقت الإشارة إليها.

(١) ويتضمن المشروع الفرنسى الإبطال في الغبن نصوصا أخرى (م ٣٩٤ وما بعدها) تحرم الغبن في بيع العقار إذا زاد على نصف القيمة. ولكن المشروع في هذه النصوص اتبع النظرية المادية حرصا منه على ألا يختلف كثيرا عن القانونين الفرنسى والإيطالى، كما هي السنة التي توخاها.

و يعالج القانون الانجليزى الغبن بفضل نظرية التأثير غير المشروع (undue influence) التي تقدمت الإشارة إليها فوصل إلى نتائج قريبة من نتائج النظرية الشخصية. ونما بلغت النظرات القوانين التي تتوخى عادة النظريات المادية، كالقوانين الجرمانية والانجليزية اتبعت في الغبن النظرية الشخصية. أما القوانين التي تتوخى النظريات الشخصية، كالقوانين اللاتينية، فقد اتبعت في الغبن النظرية المادية. ومما هو جدير بالذكر أن المشروع الفرنسى الإيطالى عاد إلى نظرية شخصية في الغبن (انظر المادة ٢٢ من المشروع وقد سبق ذكرها)، فرجع بذلك إلى الروح التي تسود القوانين اللاتينية.

والشريعة الاسلامية تحارب الغبن بكل شدة في أحد مظاهره الأكثر شيوعا وهو الربا، فتحرم العقود الربوية في أى شكل من أشكالها المختلفة. أما في غير ذلك فلا تحرم الغبن إلا إذا كانت نتيجة التفرير، فهي تتبع في هذا النظرية الشخصية. فإذا لم يكن هناك تفرير فالعقد صحيح، حتى لو كان فيه غبن، إلا في حالتين توليها الشريعة الاسلامية في العادة رعاية خاصة: إذا لحق الغبن الصغير أو الوقف (انظر م ٣٠٠ من كتاب مرشد الحيران).

(٢) وقد قدم إلى مجلس النواب الفرنسى بعد الحرب اقتراح بمشروع قانون بكل المادة ١١١٨ من القانون المدنى الفرنسى، قدمه النائبان جيبال وديبان (Guibal et Dupin) في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٠، والفرس من هذا الاقتراح أن يضع نصا عاما يحرم الغبن في جميع العقود، فهو يقضى بأن الذنب يكون سببا في بطلان العقود إذا كان الاختلال في التعادل ما بين الالتزامات التي تنشأ عنها جسما، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون أو خوفه أو عدم تجربته. (انظر الوثائق البرلمانية الفرنسية: مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق فقرة ١١١٢ ص ١٧٨٦). فالأقتراح بهذا الشكل قد هجر النظرية المادية إلى النظرية الشخصية. وقد اقترح الأستاذ ديموج عند تقديمه تقريرا عن هذا الاقتراح إلى جمعية الدراسات التشريعية أن يجعل حد الغبن الزيادة على نصف القيمة (انظر مجلة جمعية الدراسات

والذى يميز نظرية الغبن في القانونين المصرى والفرنسى^(١) أمران : (الأول) أن الغبن — خلافا لعيوب الرضاء — لا يؤثر في صحة العقود إلا بعضا منها ذكر على سبيل الحصر، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . (الثانى) في الحالات الاستثنائية التى ينص فيها القانونان على تحريم الغبن ، نراهما يأخذان بالنظرية المادية ، دون النظرية الشخصية ، فالعبرة بالقيمة المادية للشيء ، والغبن عيب قائم بذاته ، مستقل عن العيوب الأخرى ، وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ ، ويكفى أن يتحقق ذلك ماديا حتى يكون هناك غبن ، سواء أكان هناك عيب في رضاء المتعاقد من غلط أو تدليس أو إكراه ، أم لم يكن هناك

= التشريعية سنة ١٩٢١ ص ٢١٦ — ص ٢١٩ سنة ١٩٢٢ ص ٢٥ — ص ٥٢) . انظر نقدا لاقتراح تحديد الغبن بما يزيد على النصف في ريبيير (القاعدة الخلقية فقرة ٦٨ ص ١٢٣) .

ويرى الأستاذ ريبيير في تنظيم أحكام الغبن ، ألا تكون العقود ما بين التجار عرضة للبطلان بسبب الغبن ، أما العقود التى تقوم على أساس ثقة أحد المتعاقدين بالآخر ، أو التى يكون أحد المتعاقدين فيها أقوى بكثير من المتعاقد الآخر ، أو التى يلجأ إليها الشخص للحصول على ضرورات الحياة ، فهذه هى التى يجب أن تتأثر إذا دخلها الغبن (ريبيير في القاعدة الخلقية فقرة ٧٢ — فقرة ٧٣) . انظر أيضا مقال الأستاذ ريكول عن الغبن في مجلة مصر العصرية سنة ١٨ ص ٢١٠ — ص ٢١٤ ، ولا يرى الأستاذ ريبيير أن سياسة وضع تعريف للسلع مجدية ، فقد أثبتت التجارب الاقتصادية أن هذه السياسة تحقق في أكثر الأحيان (فقرة ٦٨ ص ١٢٣) ، ويرى تطبيق معيار خلق للغبن (فقرة ٧٠ ص ١٢٦) ، وينقد المعيار الاجتماعى الذى وضعه الأستاذ ديموج (ديموج ١ فقرة ٣٩٥ ص ٦١٤ — ريبيير فقرة ٧٠ ص ١٢٧) .

وترى الأستاذة بلانيول وريبيير واسمان أنه لا يمكن عمليا أن يؤثر الغبن في صحة العقود بوجه عام ، لأن الغبن لا يمكن تجنبه ، فإذا أثر في صحة العقد فانه يعطل المعاملات ، ويقف دون استقرارها . وتجب معالجة الغبن بالطرق الاقتصادية من طريق النقابات والجمعيات ، مع تدخل الحكومة لتنظيم الإدارات الاقتصادية ومراقبتها (جزء أول فقرة ٢١٦ ص ٢٩٠) .

ويرى الأستاذ ديموج أن التجارب أثبتت أن الغبن في العصر الحاضر يجب أن يؤثر في صحة عقد العمل وعقد البيع بالنسيئة (ديموج ١ فقرة ٣٩٥ ص ٦١٥) .

انظر ملخصا لهذه الآراء وغيرها مع رأى الأستاذ بيير لويس لوكاس (Pierre Louis Lucas) في كتابه الغبن والعقد باريس سنة ١٩٢٦

ويرى الأستاذ إدمون ساليه (Edmond Sallé) أن الغبن لا يمكن التسليم به عملا في الغالبية العظمى من العقود في العصر الحاضر ، حيث أصبحت العقود على نسق واحد بالنسبة للجميع ، فعقد العمل مثلا ، وهو العقد الذى يدخل فيه الغبن أكثر من غيره ، يكون عادة مطبوعا بحيث يطبق على جميع المال ، فإذا وقع الغبن فانما يقع على الطائفة في مجموعها لا على شخص معين ، فمعالجة الغبن في مثل هذه الحالة لا تكون إلا بالطرق الاقتصادية والسياسية (التقود الفنى للعقد فقرة ٤٩ ص ١٥٥ — ص ١٥٧) .

(١) انظر فيما يتعلق بميزات نظرية القانون الفرنسى في الغبن جومران ٢ فقرة ١٠٦

عيب ما^(١). كذلك حدّد القانونان قدرا معيناً في الغبن؛ رقما يقفان عنده، ويتطلبان أن يصل الغبن إليه في كل الأحوال، غير تاركين الأمر لظروف كل حالة على حدّتها^(٢).

* ٤٣٤ - الحالات التي يحرم القانونان فيها الغبن - ونستعرض الآن الحالات التي حرم القانونان فيها الغبن. فأظهر حالة للغبن في القانون المصري هي حالة بيع عقار القاصر، وقد عقد لها المشرع فصلا خاصا في باب البيع (م ٣٣٦ - ٤١٩/٣٣٧ - ٤٢٠). وهناك حالات أخرى منتثرة في نواحي القانون، بعضها نجده في أحكام الشريعة الإسلامية، والبعض الآخر في نصوص القانون المدني ذاته. ففي الشريعة الإسلامية لا يجوز للولي أن يتصرف في مال الصغير بغبن فاحش، كذلك ناظر الوقف لا يجوز أن يؤثر أعيان الوقف بغبن فاحش. وفي القانون المدني لا يجوز أن يزيد الحد الأقصى للفائدة على ٩٪، ولا يجوز أن يشترط في عقد الشركة ألا يكون لأحد الشركاء نصيب في الربح، أو أن يسترجع رأس ماله سالما من كل خسارة، كذلك في عقد الوكالة لا يمنع الاتفاق على مقابل معين للوكيل من النظر فيه بمعرفة القاضي وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه، وهناك قوانين وقية تحدّد الأجرة في عقد الأيجار.

أما القانون الفرنسي فيتضمن، عدا حالات الغبن في عقود القاصر وفي بيع العقار وفي الشركة والوكالة حالات أخرى، منها الغبن في عقد القسمة، والغبن في قبول الوارث لليراث، والغبن في تحديد نصيب الشريك.

وليس هنا موضع التفصيل في شرح هذه الحالات، فنكتفي ببسطها بسطا موجزا.

(١) بودرى وبارد ١٢٤ - فازن جوسران ٢ فقره ١٠٦ ص ٥٥ - مذكرات الأستاذ ليفي أولمان ص ٣٩٦ وما بعدها. انظر أيضا ديوج ١ فقره ٢٩٧ ص ٦١٧ و ص ٦١٨ (وهو يلاحظ أن الغبن إذا كان عيبا مستقلا، ورفضت دعوى بطلان العقد لعب من عيوب الرضا، فرفض دعوى البطلان لا يمنع من رفع دعوى أخرى للغبن).

(٢) ومع ذلك فقد أبطلت محكمة الاستئناف الأهلية عقد بيع صدر في الظروف الآتية، وطبقت في ذلك النظرية النفسية: احتال المشتري، وهو رجل عرف واشتهر أمره بأنه ينصب الشباك للبذرين من الوارثين فينتال أموالهم، على البائع، وهو أحد هؤلاء الوارثين، بأن انتهز فرصة إدمانه للخمر، فالتصق به، وصار يسكره معه ومع أناس من أعوانه، وفي هذه المجالس تؤثر عليه هذه الزمرة لبيع أملاكه، حتى باعها بثمن بخس، ومع هذا فإن المشتري لم يدفع إلا جزءا من الثمن، وقد جعله يعترف في العقد أن جميع الثمن قد وصله (٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ١٠١ - ٤٤٤ ص ٢٨٤).

* ٤٣٥ - الغبن في عقد البيع - نصت المادتان ١٩/٣٣٦ على أن الغبن الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع ، لا يترتب عليه حق إلا للبائع في طلب تكلة الثمن ، ويكون ذلك في حالة بيع عقار القصر فقط . ونصت المادتان ٢٠/٣٣٧ على أنه يسقط حق اقامة الدعوى بالغبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين .

فالغبن لا يؤثر في صحة البيع إذاً إلا بشروط : (أولاً) أن يكون المبيع عقاراً ، وقد اتبع القانون المصري في هذا مثل القانون الفرنسي ، والسبب في اشتراط أن يكون المبيع عقاراً هو أن الثروة العقارية كانت هي أهم أنواع الثروة ، وقت ظهور القانون الفرنسي . (ثانياً) أن يكون البائع قاصراً ، وفي هذا يختلف القانون المصري عن القانون الفرنسي . ففي هذا القانون الأخير لا يشترط أن يكون البائع قاصراً . ولم يشأ القانون المصري أن يماشى القانون الفرنسي في ذلك ، فعنده أن البيع الذي يصدر من بلغ سن الرشد لا يجوز الطعن فيه بالغبن ، مهما بلغ هذا الغبن من مقدار ، إلا إذا كان الثمن صورياً أو تافهاً ، فعندئذ يكون البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم توافر أركانه . وفي هذه المسألة نرى القانون المصري منشعباً بروح الفردية الى درجة تزيد على القانون الفرنسي ، فهو يترك العاقد البالغ يغبن تحت تأثير الحاجة والاضطرار ، دون أن يتقدم لمساعدته ، إلا إذا ثبت أن ارادته مشوبة بعيب من عيوب الرضاء غير الغبن . (ثالثاً) أن يكون المغبون هو البائع لا المشتري ، وفي هذا أيضاً افترق المشرع المصري أثر المشرع الفرنسي ، فالمشتري المغبون في القانونين لا يستطيع الطعن في العقد . ويعلمون ذلك بأن الذي يضطر عادة الى التعاقد هو البائع لا المشتري ، كأن الغبن لا يكون إلا عن حاجة واضطرار ، وقد

(١) فالغبن في بيع المنقول لا يؤثر في صحة العقد ، مهما كان الغبن فاحشاً (بحكمة الاستئناف المختلطة في ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣) . انظر أيضاً حكماً آخر في ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٤٦ جازيت ١٤ ص ٩٦ نمرة ١٥٠

(٢) ويلحق بالقاصر المحجور عليه (بحكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٥) .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٢

(٤) ولما كان القانون المصري لا يجعل للبائع المغبون في البيع سبيلاً على عقده ، ولا يجعل ذلك إلا للقاصر ، فإنه يندر أن تحقق صورة يستطيع فيها القاصر الطعن في البيع الصادر منه للغبن . وذلك أن القاصر ليست له أهلية التصرف ، والبيع من عقود التصرف ، فإذا صدر من وصيه فلا بد من إذن المجلس الحسى ، والمجلس يحاط فبعين خبيراً لتقدير قيمة العقار حتى لا يكون هناك غبن على القاصر . إلا أنه يمكن تصوّر احتمال الطعن بالغبن في بيع عقار القاصر في الأحوال الآتية : (١) إذا صدر البيع من ولي القاصر ، فإن الولي يستطيع مباشرة البيع دون إذن المجلس ، =

قدّمنا أنه قد يكون عن جهل ورعونة ، وفي هذا يصح أن يغبن المشتري كما يغبن البائع^(١) .
(رابعا) أن يكون الغبن فاحشا ، أى يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع . أما المشرع
الفرنسي فيقدر الغبن بما يزيد على سبعة أجزاء من اثني عشر من قيمة العقار المبيع وقت البيع .
والسبب في ارتفاع درجة الغبن في القانون الفرنسي أن هذه الدرجة إنما نطلب في بيع
عقار البالغ لا القاصر ، لذلك وجب أن يكون الغبن على درجة كبيرة من الجسامة حتى يؤثر
في صحة بيع صادر من شخص بلغ سن الرشد ، ونحن نعلم أن الغبن مهما كان جسيما ، لا يؤثر
في صحة بيع البالغ في القانون المصري . أما إذا وقع البيع على عقار القاصر في القانون الفرنسي ،
فلا يشترط أن يصل الغبن الى درجة معينة ، بل هو متروك الى تقدير القاضي ، شأن كل عقود
القاصر في هذا القانون ، وسيأتى بيان ذلك .

وإذا تحققت شروط الغبن ، فللبائع (أى القاصر ومن يلحق به) ، أو وليه أو وصيه
أو القيم عليه) أن يرفع دعوى تكملة الثمن في مدّة سنتين^(٢) من بلوغ البائع سن الرشد (أو فك

= فإذا وقع غبن جاز الطعن في البيع وطلب تكملة الثمن . ولما كانت الشريعة الاسلامية لا تجيز الغبن الفاحش في تصرفات
الولى ، كانت نصوص القانون المصري مكّلة لهذا الحكم ومحدّدة للجزاء في حالة وقوع الغبن . أما في الشريعة الاسلامية
فبيع الولي بغبن فاحش باطل لا تلحقه الأجازة ، ومن ذلك ينضج أن المشرع المصري خالف الشريعة الاسلامية في جزاء
الغبن . (ب) وقد يصدر البيع من الوصى بعد استئذان المجلس وتمييز الخبير ، وبالرغم من ذلك يقع غبن في البيع .
(انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٥٠) ، فقد يخطئ الخبير في تقديره ، أو يثبت
عدم صحة هذا التقدير لسبب ما . ففي هذه الحالة يقع البيع صحيحا ، ولكن يجوز للقاصر أن يطلب تكملة الثمن إذا اثبت
أن غبا فاحشا قد لحقه من هذا البيع . (ح) وقد يصدر البيع أخيرا من القاصر نفسه ويلحقه منه غبن فاحش ،
ففي هذه الحالة يجوز له أن يطعن في البيع من وجهين : من وجه أنه باطل لعدم أهليته للتصرف ، ويرفع دعوى
البطلان في خمس عشرة سنة من وقت بلوغه سن الرشد ، ومن وجه أنه قد غبن في هذا البيع ، ويرفع دعوى تكملة الثمن
في سنتين من وقت البلوغ . وقد يؤثر دعوى على الأخرى ، فيختار البطلان إذا لم تنقص قيمة العقار كثيرا عن وقت
البيع فيسترد عقاره . أما إذا نقصت قيمة العقار ، فقد يختار دعوى تكملة الثمن بعد أن يجوز البطلان ، فيحصل بذلك
على أربعة أنحاس قيمة العقار وقت البيع ، وقد يكون هذا أكثر من قيمة العقار وقت رفع الدعوى . وإذا انقضت
السنتان اللتان يجوز فيهما رفع دعوى تكملة الثمن لم يعد له حق إلا في رفع دعوى البطلان .

(١) على أنه إذا تحقق أن المشتري وقع في غلط أو تدليس بالنسبة لقيمة الشيء الذي اشتراه ، وكان هذا الغلط
أو هذا التدليس هو الدافع له الى التعاقد ، وعلم البائع بذلك أو كان يستطيع أن يعلم به ، فلهشتري أن يطلب بطلان
البيع للغلط أو التدليس (لا تكملة الثمن للغبن) .

(٢) وتحسب هذه المدّة بحسب التقويم الأفرنجي ، كما قضت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ أبريل
سنة ١٩٣٣ م (٤٥ ص ٢٥٠) .

الحجر عن المحجور عليه^(١) . فاذا توفى القاصر قبل بلوغ سن الرشد، فالدعوى تنتقل الى ورثته، ولهم سنتان لرفعها من وقت وفاة مورثهم . ومدة السنتين للبائع أو لورثته لا توقف ، حتى لو حجر على البائع بعد أن بلغ سن الرشد، أو كان من ورثته من هو قاصر أو محجور عليه . وإذا مات البائع بعد بلوغه سن الرشد، ولكن قبل كمال السنتين، فللورثة رفع الدعوى في المدة الباقية لتمام السنتين . أما في القانون الفرنسي فالبائع المغبون يكون بالغاً ، لذلك ترفع دعوى الغبن في مدة السنتين من تمام عقد البيع (م ١٦٧٦ مدني فرنسي) — ودعوى الغبن في القانون المصري هي دعوى بتكلمة الثمن^(٢) ، لا دعوى بطلان^(٣) ، والبائع يطلب تكلمة الثمن الى أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع ، فلو أن عقاراً كانت قيمته في ذلك الوقت ألفاً، وبيع بسبعائة ، فالبائع يطلب مائة حتى يكمل الثمن الى ثمانمائة ، وله أن ينفذ بما حكم له به على جميع أموال المشتري ، كما أن له حق امتياز على العقار المبيع ، وله أيضاً ، إذا لم يقيم المشتري بتنفيذ ما حكم عليه به من تكلمة الثمن ، أن يطلب فسخ البيع لعدم استيفاء جزء من الثمن ، لأن المحكوم به هو جزء من الثمن وليس مجرد تعويض . ومن ذلك نرى أن البائع المغبون في القانون المصري له الخيار بين التنفيذ بتكلمة الثمن أو فسخ البيع ، هذا إذا لم يرض المشتري بدفع ما حكم عليه به ، أما إذا دفع فلا سبيل للبائع الى الفسخ . والقانون الفرنسي — خلافاً للقانون المصري — يعطى البائع المغبون دعوى بطلان^(٣) ، لا دعوى تكلمة ثمن ، ولكن المشتري يستطيع توقي الحكم ببطلان البيع إذا أكمل الثمن الذي دفعه الى تسعة أعشار قيمة العقار وقت البيع . ويتبين من ذلك أن المشتري إذا اشترى العقار بثمن يبلغ خمسة أجزاء من اثني عشر من قيمته الحقيقية فذلك خير له من أن يشتريه بما دون ذلك ، لأنه في الحالة الأخيرة يرى نفسه مضطراً ، إذا أراد تجنب بطلان البيع ، الى

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ — ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣ وللبيع أن يطلب تكلمة الثمن ، حتى لو كان البيع وفانياً ، وإذا أراد أن يسترد المبيع ، وجب على أن يرد كل الثمن الذي أخذه من المشتري (أي الثمن الأصلي وتكلمته) . (انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٨ هامش نمرة ٢ ثالثاً — لوران ٢٤ فقرة ٤٢٥ — هيك ١٠ فقرة ١٦٠ — جيووار ٢ فقرة ٦٨٨ — بودري وسينيا فقرة ٦٩٨ — فقرة ٦٩٩ — ديموج ١ فقرة ٤١٩) .

(٢) استئناف مصر الأهلية في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ محاماه ٤ ص ٢٥٠ رقم ١٨١ — استئناف مختلط في ٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٢١ — ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩

(٣) وتسمى بالفرنسية (action en rescision) ولها تاريخ معروف في القانون الفرنسي القديم (انظر جوسران ٢ فقرة ٣٣٦ — فقرة ٣٣٩) .

تحويل الثمن الى تسعة أعشار القيمة الحقيقية للعقار . أما في الحالة الأولى فلا يدفع إلا $\frac{1}{10}$ من هذه القيمة . ويتبين كذلك أن المشتري في القانون الفرنسي يكون بالخيار بين بطلان البيع ودفع تكلفة الثمن ، وهو اذا لم يدفع تكلفة الثمن مختاراً فالبايع لا يستطيع إجباره على ذلك وليس له إلا أن يطلب بطلان البيع . أما المشتري في القانون المصري فهو بالخيار أيضاً بين تكلفة الثمن والبطلان ، ولكنه اذا لم يدفع تكلفة الثمن مختاراً فيستطيع البائع ، وله الخيار بين الفسخ والتنفيذ كما قدمنا ، أن يجبره على الدفع ^(١) .

٤٣٦ - الغبن الذي يلحق القاصر ومنه في حكمه - قدمنا أن الولي يباشر عن القاصر أهلية التصرف والإدارة . ولكنه مقيد في ذلك بالألا يلحق القاصر غبن فاحش . ويقدر فقهاء الشريعة الاسلامية الغبن الفاحش بما يزيد على الخمس (وهذا هو القدر الذي اتخذته المشرع المصري في بيع عقار القاصر كما قدمنا) . أما اذا كان الولي سيئ التدبير فليس له أن يبيع العقار إلا بضعف قيمته والمنقول إلا بقيمته زائدة النصف ، ومعنى هذا أنه لا يغتفر له الغبن اليسير ، بل ولا البيع بالقيمة ، بل لا بد أن تكون الصفقة رابحة ربحاً بيننا . على أن قانون المجالس الخسبية قد عالج الأمر من طريق آخر ، فأجاز للمجالس الخسبية أن يسلب الولي سيئ التدبير من كل أو بعض ولايته ، كما تقدمت الإشارة الى ذلك .

ويتضح مما تقدم أن كل عقد من عقود التصرف أو الإدارة يباشره الولي للصغير ، يؤثر فيه الغبن ، فيجعله باطلاً طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية . والقانون المصري لم يتعرض إلا لبيع عقار القاصر ، ويجب التمييز بين هذه الحالة والحالات الأخرى ، ففي حالة البيع لا يكون للقاصر إلا دعوى تكلفة الثمن جزاء للغبن كما قدمنا ، وفي الحالات الأخرى ، أى في عقود غير بيع العقار كبيع المنقول والمقايضة والشركة والإيجار ، يكون العقد باطلاً اذا باشره الولي ولحق القاصر منه غبن ^(٢) .

(١) انظر في موضوع الغبن في البيع في القانون المصري الأستاذ أحمد نجيب الهلال بك في البيع فقرة ٧٢١ -

فقرة ٧٣١

(٢) أما اذا باشره الوصى أو القيم (في حالة المحجور عليه) ، فان كان عقداً يستأذن فيه المجلس الخسبي واذن ، وقع صحيحاً . وان كان عقداً يستقل في مباشرته الوصى أو القيم ، كما في بعض عقود الإدارة ، لا يقع صحيحاً إلا اذا لم يكن فيه غبن ، وإلا وقع باطلاً طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية . واذا صدرت هذه العقود من القاصر مباشرة فليس له فيها إلا دعوى البطلان .

أما القانون الفرنسى فيقرر كقاعدة عامة أن العقود التى تلحق غبنا بالقاصر تكون باطلة إذا كان القاصر غير مأذون . أما إذا كان مأذونا فتبطل العقود التى تلحق به غبنا وتجاوز حدود الأهلية المسموح له بها (م ١٣٠٥ من القانون المدنى الفرنسى)^(١)

٤٣٧ - الغبن فى إيجار أعيانه الرقرف - ولا يصح لناظر الوقف إجارة أعيانه بأقل من أجر المثل إلا بغبين يسير، ولو كان المؤجر هو المستحق الذى له ولاية التصرف فى الوقف (م ٦٨٨ مرشد الحيران) . فإذا أجر المتولى الوقف بغبين فاحش لا يدخل تحت التقويم نقصا فى أجر المثل ، فالإجارة فاسدة ، ويلزم المستأجر اتمام أجر المثل ، ودفع مانقص منه فى المدة الماضية من حين العقد (م ٦٨٩ مرشد الحيران) . أما إذا كان المستأجر من أصول أو فروع الناظر ، فلا يصح حتى الغبن اليسير . ولا يجوز أصلا استئجار الناظر نفسه لأعيان الوقف ، ولو بأجرة المثل^(٢) .

* ٤٣٨ - الغبن فى فوائد النقود - وفى كل عقد يكون الدين فيه مبلغا من النقود كقرض أو بيع أجل فيه الثمن أو شركة حصصة الشريك فيها مبلغ من النقود مؤجل الدفع ، لا يصح للدائن أن يغبين المدين غبنا فاحشا إذا اشترط عليه دفع فوائد عن هذه النقود . وقد بين القانون المصرى الحدة الأقصى للفوائد التى يجوز اشتراطها ، فلا يجوز أن تزيد على ٩٪ (م ١٢٥ أهلى بدكريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ وم ١٨٥ مخطط معذلة بدكريتو ١٠ يولييه سنة ١٨٩٢) ، إلا فى الفوائد التجارية للحسابات البخارية (م ١٢٧/١٨٧) . فإذا زادت

= ومن ذلك يتضح أنه بتقريب أحكام الشريعة الاسلامية من نصوص القانون المدنى المصرى ونصوص قانون المجالس الحسبية تكون دعوى الغبن لحماية القاصر ومن فى حكمه أوسع نطاقا مما يظهر لأول وهلة . فكل عقد من عقود الادارة أو التصرف يقع على مال الصغير ومن فى حكمه يتأثر بالغبين ، سواء صدر هذا العقد من ولى أو وصى أو قيم أو صدر من الصغير نفسه ، إلا أنه إذا كان هذا العقد بيعا واقعا على عقار ، فجزاء الغبن دعوى تكملة الثمن اتباعا للنص الصريح الوارد فى القانون المصرى . أما إذا كان العقد بيما واقعا على منقول أو غير بيع أصلا ، فجزاء الغبن بطلان العقد اتباعا لأحكام الشريعة الاسلامية لعدم مخالفة هذه الأحكام لنص صريح فى القانون المصرى .
ونلاحظ أن هذه الأحكام بعيدة عن التطبيق العملى ، لوجود المجالس الحسبية ، وإشرافها على تصرفات الوصى والقيم ، فلا تآذن بتصرف يكون فيه غبن .

(١) بودرى وبارد ١٢٢ فقرة ١٦٦ ص

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٤ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص

١٤٢ - انظر أيضا كتاب الإيجار للؤلؤ فقرة ٦٦ - فقرة ٦٧

الفوائد على هذا الحد ، كان هذا غبنا فاحشا جزاؤه إنقاص الفوائد إلى الحد القانوني ، واسترداد مادفع زيادة على ذلك . هذا وقد نصت المادتان ٥٧٨/٤٨٢ في باب عارية الاستهلاك على أنه لا يجوز أن تكون الفائدة المشترطة أزيد من ١٢٪ سنويا ، وهذا النص يتضارب مع النص الأول الذي يجعل الحد الأقصى ٩٪ ، والأولى أن يكون النص الأول وهو المتأخر، ناسخا للنص الثاني . على أن بعض شراح القانون المصري ترى أعمال النص الثاني وقصره على حالة القرض إذا كان واقعا على غير النقود من المثلثات (كغلال أو قطن) ، ففي هذه الحالة فقط يكون الحد الأقصى للفوائد ١٢٪^(١).

وقد كان القانون الفرنسي (قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧) يعين الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية عند ٥٪ في المسائل المدنية و ٦٪ في المسائل التجارية . ثم ألغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ الحد الأقصى للفوائد في المسائل التجارية ثم وقف قانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ تعيين حد أقصى للفوائد في المسائل المدنية أيضا . فأصبح لا يوجد الآن في فرنسا حد أقصى للفوائد، ولا يؤثر الغبن في العقود من هذه الناحية .

٤٣٩ - الغبن في عقر الشركة - ويمنع القانون المصري الغبن في عقد الشركة على النحو الآتي : تنص المادتان ٥٣٤/٥٢٩ على أنه لا يجوز أن يشترط في الشركة أن واحدا من الشركاء أو أكثر لا يكون له نصيب في الربح أو يسترجع رأس ماله سالما من كل خسارة . ومن هذا يتبين أن القانون لا يسمح بأن يغبن الشركاء أحدهم ، بأن يخرج من المشاطرة في الربح ، أو بأن يغبن شريك بقية الشركاء ، بأن يخرج من المشاطرة في الخسارة . مثل هذه الشركة تسمى بشركة الأسد (société léonine) ، وهي لا تجوز .

وتنص المادة ١٨٥٥ من القانون المدني الفرنسي أن الاتفاق الذي يعطى أحد الشركاء كل الربح باطل ، وكذلك يكون باطلا الاتفاق الذي يعفى الحصص التي قدمها أحد الشركاء أو بعضهم في الشركة ، من نقود^٢ ، يرها ، من المشاطرة في الخسائر .

(١) انظر الأستاذ كامل بك مرسى في العقود الصغيرة فقرة ٣٣٩ ، وانظر من أنصار الرأي الأول فتحى زغلول ص ٣٠٥ - جرائمولان في العقود فقرة ٧٩٠ هاش نمرة ١
هذا وتجوز زيادة ٣٪ أو ٤٪ على الحد الأقصى ، مصاريف ايداع وتقديره ، في حالة بيوت التسليف (انظر المادة الخامسة من الأمر العالي الصادر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ بالنسبة للحاكم المختلطة وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة للحاكم الأهلية (كامل مرسى بك في التأمينات فقرة ٢١٤ و فقرة ٢١٩) .

* ٤٤٠ - الغبن في عقد الوكالة - كذلك في عقد الوكالة إذا اشترط الوكيل أجراً فالاتفاق على هذا الأجر لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضي، وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه (م ٦٢٨/٥١٤) . ويتبين من ذلك أن الوكيل إذا غبن الموكل، فاشتط في تحديد الأجر، جاز للقاضي انزال الأجر المبالغ فيه إلى الحد المعقول . وبالعكس إذا غبن الموكل الوكيل فحدد له أجراً أقل مما يستحق، جاز للقاضي رفع الأجر إلى الحد المعقول . وهنا نرى أن معيار الغبن متروك تقديره للقاضي حسب ظروف كل حالة .

أما القانون الفرنسي فلا يتضمن نصاً يقابل النص المتقدم في القانون المصري، وإنما نقل المشرع المصري نصه عن القضاء الفرنسي، فإن هذا القضاء سائر باضطراد على هذا المبدأ دون نص يخول له ذلك^(١).

٤٤١ - حالات أخرى في الغبن - وهناك قوانين مؤقتة صدرت في ظروف مختلفة، في مصر وفي فرنسا، تحدد من قيم الأجرة في عقود الإيجار الواقعة على المباني، ولا نرى داعياً لذكرها فهي قوانين انقضت أو تنقضى بانقضاء ظروفها الخاصة^(٢).

وفي القانون الفرنسي حالات أخرى، يؤثر فيها الغبن في صحة الأعمال القانونية، ولا نظير لها في القانون المصري . من ذلك الغبن في عقد القسمة، فقد نصت المادة ٨٨٧ فقرة ثانية من القانون المدني الفرنسي على أنه يكون هناك أيضاً محل للبطلان، إذا أثبت أحد الورثة أن

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ يناير سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ١ - ٥٤ - ١١ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٠٩ - ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٢٦٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١٥٥ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٢٩ - انظر أيضاً بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢١٤ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٥، والأستاذ كامل بك مرسى في العقود الصغيرة فقرة ٤٥١ - فقرة ٤٥٢

وتوجد أمثلة أخرى نرى فيها المشرع المصري ينقل عن القضاء الفرنسي لا عن التشريع، فقد قدّمنا أنه فعل ذلك في عيوب الرضاء لا سيما الغلط، وفعل ذلك أيضاً في الهبة المستترة في صورة عقد آخر .

(٢) ونذكر هنا قبل أن نترك حالات الغبن في القانون المصري حالة أخرى لا نص عليها . يمكن القضاء هو الذي حرم الغبن فيها، وهي حالة الشرط الجزائي . فالقضاء الأهلي يجيز إلغاء الشرط الجزائي أو تعديله إذا كان فيه غبن على المدين، أما القضاء المختلط فيجيز الإلغاء دون التعديل .

غبنا يزيد على الربع قد لحقه^(١). ومن ذلك أيضا قبول الوارث لليراث، اذا كان في هذا القبول غبن على الوارث، وقد قضت المادة ٧٨٣ من القانون المدنى الفرنسى بأن الوارث البالغ لا يجوز له أن يطعن في قبوله الصريح أو الضمنى لليراث إلا في حالة ما اذا كان هذا القبول قد صدر بناء على تدليس وقع عليه، وليس له أن يطعن بسبب الغبن إلا في الحالة التى يكشف فيها أن الشركة مستغرقة كلها أو نصفها على الأقل بوصية لم يكن يعرفها وقت صدور القبول. ومن ذلك أيضا أن المادة ١٩٦٦ فقرة ثانية وهى متعلقة بالرهان في بعض ألعاب مباحة. ومن ذلك أخيرا الغبن الذى يقع في تحديد نصيب شريك بواسطة شريك آخر أو بواسطة الغير، فقد قضت المادة ١٨٥٤ فقرة أولى بأنه إذا اتفق الشركاء أن يرجعوا لأحدهم أو للغير لتحديد أنصبتهم، فيجوز الطعن في هذا التحديد اذا كان مخالفا للعدل مخالفة واضحة^(٢).

(١) وبالرغم من أن القانون المصرى لا يتضمن نصا يقابل نص المادة ٨٨٧ من القانون المدنى الفرنسى، فإن القضاء المختلط يطبق نص القانون الفرنسى، فيحرم الغبن في عقد القسمة، ويتخذ الغبن بما يزيد على الربع (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٦٥ — ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤). وفى بعض الأحيان يجعل مسألة درجة الغبن مسألة تقديرية، لعدم وجود نص يحددها (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٦).

(٢) وكثيرا ما يلجأ القضاء الفرنسى الى معالجة الغبن بالالتجاء الى نظريات أخرى، كنظرية السبب ونظرية تفسير العقود، والناط في القيمة وغير ذلك (انظر ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ٦٥ ص ١١٧ — ص ١١٨). انظر أيضا بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢١٤، ومذكرات الأستاذ ليفي أولمان ص ٤٠٣ — ص ٤٠٤ — وديموج ١ فقرة ٤٣٥ — فقرة ٤٣٨، وانظر في القوانين الفرنسية التى صدرت بعد قانون نابليون لتضع جزاء على الغبن بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢١٣، وقد رتبها الأستاذ ليفي أولمان في ثلاثة أقسام (مذكرات الأستاذ ص ٣٩٩ — ص ٤٠٢).

الباب الثاني

المحل والسبب

٤٤٢ — المحل والسبب ركنانه في الالتزام لا في العقد — قدّمنا أن المحل والسبب ركنان في الالتزام لا في العقد، فالعقد ليس له سبب بالمعنى المقصود من هذا اللفظ. وإذا كان له محل، فهذا المحل هو انشاء التزامات معينة. وكل التزام ينشئه العقد يجب أن يكون له محل وسبب^(١). فاذا نشأ من العقد أكثر من التزام واحد، تعدّد المحل والسبب بتعدّد الالتزام.

وكان المنطق يقضى بدراسة المحل والسبب في نظرية الالتزام في ذاته. ولكن هناك اعتبارات عملية تقضى بدراسة هاتين المسألتين في النظرية العامة للعقد. وقد أشرنا الى هذه الاعتبارات فيما تقدّم. وذكرنا أن المحل إذا كان ركنًا في كل التزام، تعاقدى أو غير تعاقدى، فإن وجوب توافر شروط معينة فيه لا تظهر أهميته إلا إذا كنا بصدد التزام تعاقدى. أما السبب فهو ركن في الالتزام التعاقدى دون غيره. فالكلام إذاً على المحل والسبب لا يبين أهميته العملية إلا إذا اقترن بالكلام على العقد.

وقد آثرنا الناحية العملية، وجعلنا بحث المحل والسبب في هذا المكان.

(١) انظر كاپيتان في السبب فقرة ٥ ص ١٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٤٣ — بلانبول وريبير واممان ١

فقرة ٢١٨ ص ٢٩٢ هامش نمرة ١

وقد كان القانون المصرى منطبقاً عند ما وضع المحل والسبب بين النصوص الخاصة بنظرية الالتزام، لا النصوص الخاصة بنظرية العقد (انظر المواد ٩٤/١٤٨ — ١٤٩/٩٥)، ولو أنه عند ما ذكر السبب في النص العربى المادة ٩٤ قرنه بالالتزام وبالعقد مما. وهذا بخلاف القانون الفرنسى، فقد قرن المحل والسبب بالعقد لا بالالتزام (م ١١٢٦ وم ١١٣٢)، وان كانت قد صحح هذا الخطأ فقرنها، في مواضع أخرى، بالالتزام لا بالعقد (م ١١٠٨ وم ١١٣١).

الفصل الأول

محل الالتزام (Objet de l'Obligation)

٤٤٣ - النصوصى القانوني - قضت المادتان ١٤٩/٩٥ من القانون المدني المصري على أنه يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلاً ممكناً جائزاً، وإلا كان باطلاً . فإن كان الغرض منه إعطاء شيء ، وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبائع فيه ، ولزم تعيينه ولو بالنوع ، وأن يكون صنفه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال^(١) .

ونصت المادة ١١٢٦ من القانون المدني الفرنسي على أن كل عقد يكون له محل ، وهو شيء يلتزم المتعاقد باعطائه ، أو يلتزم بعمله أو الامتناع عن عمله . وتنص المادة ١١٢٧ من هذا القانون على أن مجرد الانتفاع بالشيء أو حيازته قد يكون ، كالشيء ذاته ، محلاً للعقد . وتنص المادة ١١٢٨ على أن الأشياء القابلة للتعامل وحدها هي التي تكون محلاً للعقود . وتنص المادة ١١٢٩ على أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً بالنسبة لجنسه على الأقل ، وقد يكون مقدار الشيء غير محدد ، بشرط أن يكون قابلاً للتحديد . وتنص المادة ١١٣٠ على أن الأشياء المستقبلية يجوز أن تكون محلاً للالتزام ، ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة مستقبلية ، أو التعاقد أصلاً بشأن هذه التركة ، حتى مع رضا المورث .

٤٤٤ - تعريف محل الالتزام وتحديد - وقد قدمنا أن محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به . فهو إذاً موضوع الالتزام . ونحن نعرف أن هذا الموضوع إما أن يكون نقلاً لحق عيني ، أو عملاً ، أو امتناعاً عن عمل .

(١) والنص الفرنسي للاثنتين ١٤٩/٩٥ أدق من النص العربي ، وهذه هي ترجمته الصحيحة : " يكون الالتزام باطلاً إذا لم يكن محله عملاً مشروعاً ممكناً ، وإذا كان هناك التزام باعطاء شيء ، وجب أن يكون هذا الشيء مما يجوز التعامل فيه ، ويجب أن يكون معيناً بالنسبة لجنسه على الأقل ، وأن يكون من الممكن تحديد صنفه تبعاً لطريق " .

وقد جرت العادة بتمييز نقل الحق العيني عن العمل . مع أن الواقع من الأمر أن الالتزام بنقل حق عيني إنما هو التزام بعمل^(١) . ولكن لما كان هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه طبقا لقواعد القانون الفرنسى المعروفة^(٢) ، اختلط نقل الحق بالحق ذاته ، وصار من المألوف أن يقال أن محل الالتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني . ثم عقب ذلك خلط آخر فى حالة ما اذا كان الحق العيني هو حق الملكية ، فمزج حق الملكية بالشئ الذى يستعمل عليه هذا الحق ، وأصبعا شيئا واحدا ، وصار الالتزام بنقل ملكية موضوعه هو الشئ ذاته الذى تنتقل ملكيته . وكان الأدق ، من الناحية المنطقية ، أن يقال أن محل هذا الالتزام عمل هو نقل الملكية ، وموضوع هذا العمل هو حق الملكية ، وحق الملكية هذا يستعمل على الشئ الذى ألف الناس أن يجعله محل الالتزام اختصارا فى التعبير .

فمحل الالتزام إذا لا يكون إلا عملا أو امتناعا عن عمل . فالتزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع التزام بعمل ، والتزامه بتسليم هذا الشئ التزام بعمل كذلك ، والتزامه ألا يتعترض للمشتري التزام بالامتناع عن عمل .

* ٤٤٥ - الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام - ويتبين من النصوص التى قدمناها أن محل الالتزام يجب أن يكون : (١) ممكنا ، واذا كان المحل هو نقل حق عيني ، أى شئ كما هو التعبير المألوف ، وجب أن يكون هذا الشئ موجودا ، وهذا هو معنى الامكان فى هذه الحالة . (٢) معيناً أو قابلاً للتعين . (٣) فيه مصلحة شخصية للدائن . (٤) قابلاً للتعامل فيه .

ولا شك فى أن هذه الشروط لا يكون التحقق من توافرها فى محل الالتزام ذا شأن اذا كنا بصدد التزام غير تعاقدى . فان الالتزامات غير التعاقدية ، سواء كان مصدرها العمل الضائر

(١) وقد اتبع المشرع المصرى وجهة النظر هذه عند ما عرف الالتزام (م ١٤٤/٩٠) ، فلم يذكر قبل الحق العيني ، بل أدمجه فى العمل . أما القانون الفرنسى فقد ذكر الالتزام بنقل حق عيني الى جانب الالتزام بعمل (م ١١٠١ وم ١١٢٦) . انظر هالتون ١ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤

(٢) انظر المادة ١١٣٨ من القانون المدنى الفرنسى . وقد اتبع القانون المصرى القانون الفرنسى فى ذلك (م ٦٧/٤٥) . ولكن ورد على هذه القاعدة فى القانون المصرى قيد خلاص بوجوب التسجيل فى انتقال الحقوق العينية المقارية .

أو الإثراء بلا سبب أو القانون، إنما يقوم القانون بتحديدتها وبتعيين محلها، ولا دخل لإرادة طرفي الالتزام في ذلك. وما دام القانون هو الذي يعين المحل في هذه الالتزامات، فإن هذا المحل يكون قد توافرت فيه الشروط المتقدمة على وجه محقق. وإنما التحقق من توافر الشروط يكون واجبا في الالتزامات التعاقدية، أو الالتزامات التي يكون مصدرها العمل القانوني بوجه عام. فإن هذه الالتزامات تنشأ بالإرادة، فيجب أن نقيّد الإرادة بهذه الشروط التي تقدّم ذكرها، ولا يصح أن يلتزم شخص بإرادته عملا يكون غير ممكن أو غير معين أو غير مفيد للدائن أو غير مشروع. وهذا ما جعلنا نبحث محل الالتزام في نظرية العقد، فإن أهمية هذا الموضوع لا تظهر إلا في الالتزامات التعاقدية كما رأينا.

* ٤٤٦ - عزم مخالفه المحل للنظام العام ولا لآداب - وأهم شرط من الشروط الأربعة المتقدمة هو أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه. وأظهر ما في هذا الشرط أن يكون المحل غير مخالف للنظام العام ولا لآداب. لذلك نفرد هذا الموضوع ببحث مستقل، يأتي بعد بحث الشروط الأخرى.

الفرع الأول - الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام

٤٤٧ - ذكرنا الشروط التي يجب توافرها في محل الالتزام، فإذا انعدمت هذه الشروط أو شرط منها، فإن المحل إما أن يكون مستحيلا أو معدوما أو غير قابل للتعين أو غير ذي فائدة للدائن أو غير قابل للتعامل فيه. وظاهر بداهة أن محلا كهذا لا يقوم عليه إلتزام.

المبحث الأول - المحل ممكن أو موجود

٤٤٨ - يجب أن يكون المحل ممكنا. وإذا كنا بصدد الترام بنقل حق عيني، فمعنى الإمكان في هذه الحالة هو أن يكون الشيء الذي يتعلق به الحق العيني موجودا أو قابلا للوجود، كما تقدمت الإشارة إلى ذلك.

فتكلم في بحثين متوالين على المحل الممكن والمحل الموجود.

المطلب الأول - المحل الممكن

* ٤٤٩ - إذا التزم شخص بعمل أو بالامتناع عن عمل، وجب أن يكون ما التزم به ممكناً، لأنه لا التزام بمستحيل، أو كما يقول الفرنسيون (A l'impossible nul n'est tenu).

* ٤٥٠ - الاستحالة المطلقة والاستحالة الفسبية، الاستحالة السابقة والاستحالة اللاحقة - والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة، وهي التي ترجع إلى استحالة الشيء في ذاته، لا إلى استحالة بالنسبة للالتزم. فقد يلتزم شخص بعمل فيكون من المستحيل عليه هو القيام به، أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه. ففي هذه الحالة يوجد الالتزام، ويقوم على محل صحيح. وإذا استحال على المدين القيام به، فهذه الاستحالة نسبية لا تمنع من قيام الالتزام. ويكون المدين مسئولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه، وتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه^(٢).

ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية سابقة على وجود الالتزام أو لاحقة له، ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام. ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني بسبب هذه الاستحالة، ويكون مسئولاً عن التعويض، ما لم يكن قد امتنع عليه تنفيذ الالتزام لقوة فاهرة. فإذا تعهد مصور بعمل صورة، ثم قطعت يده في حادثة أعقبت هذا التعهد، أصبح قيامه بتعده مستحيلاً عليه، فبرأ ذمته من الالتزام، ولا يكون مطالباً بتعويض، لأن الاستحالة هنا نشأت بقوة فاهرة. أما إذا كان المصور لم يستحضر ما يستدعيه العمل من أدوات في الوقت المناسب، بحيث استحال عليه القيام بالعمل بعد ذلك، فانه يكون مسئولاً عن التعويض لتقصيره.

(١) وتعتبر استحالة نسبية، لا تمنع من قيام الالتزام، تعهد شخص بحمل الغير على ترك دعواه. فإذا تعهد شخصان لشخص ثالث بأن يحلما والدهما على ترك دعوى أقامها الوالد على هذا الشخص الثالث، وإلا كانا ملزمين أن لم يقوما بذلك بأن يدفعا لخالد مبلغاً معلوماً على سبيل التعويض، فهذا التعهد صحيح قانوناً، ولا يدفع المسؤولية عن المتعهدين أنهما عجزا عن تنفيذ ما تعهدا به، إذ أن استحالة الفعل التي يترتب عليها بطلان التعهد يجب أن تكون استحالة مطلقة ودائمة (محكمة بنى سويس الكلية حكم استثنائي في ٩ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ١٢ عدد ٧٩ - المحاماة ١ عدد ١١٦ ص ٥٣٧). انظر أيضاً هالتون ١ ص ٢٣٤.

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٨٩. وقد يكون تعهد شخص بأمر لا يستطيعه دليلاً على اختلال في العقل، يجعل تعهده باطلاً بطلاناً مطلقاً (انظر بلانيول وريير واسمان ١ فقرة ٢١٩ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤).

أما اذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت الى الشيء في ذاته كما قدمنا ، فانها تمنع من وجود الالتزام اذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام^(١) . ولا تمنع من وجوده اذا كانت لاحقة ، لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة به . وإنما ينقض بنشئها بعد أن وجد^(٢) ، فترازم المدين ، ولكن يبقى مسئولا عن التعويض اذا كان هناك تقصير في جانبه . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بالقيام بعمل كان قد تم قبل التعهد ، كما اذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان قد رفع الاستئناف فيها قبل ذلك ، أو يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد^(٣) .

٤٥١ - الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية - والاستحالة في الأمثلة التي قدمناها هي استحالة طبيعية . وقد تكون قانونية ، أي ترجع لا الى طبيعة الشيء في ذاته ، بل الى سبب في القانون ، كما اذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية بعد مضي الميعاد القانوني ، أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة الى حكم في القانون لا الى طبيعة الشيء .

(١) ويكون المتعهد مسئولا عن التعويض اذا كان يعلم ، أو كان يستطيع أن يعلم ، بهذه الاستحالة ، بشرط أن يكون الطرف الآخر لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بها . ولا يزيد التعويض في هذه الحالة عن القدر الذي كان يلتزم به المدين لو أن الالتزام قد وجد ولم يتم بتنفيذه (انظر المادة ٣٠٧ من القانون المدني الألماني . وانظر بودري وبارد ١ فقرة ٣٨٩) .

و يلاحظ أن أساس التعويض في هذه الحالة قد يكون الخطأ عند تكوين العقد (culpa in contrahendo) . فقد ترك المتعهد الطرف الآخر يطمئن الى عقد لم يتم لاستحالة الحل . ولكن القانون الألماني (م ٣٠٧) يشترط هنا وجود خطأ في جانب المتعهد (انظر في هذا الموضوع التعليق على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدني الألماني م ٣٠٧ ص ٤٣٠ - ص ٤٣٢) .

(٢) ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ولا بطلانا نسبيا ، سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له . وإنما تجعله في الحالتين قابلا للفسخ لعدم امكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة ، فاذا كانت سابقة على وجود التعهد ، فانها تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، واذا كانت لاحقة ، جعلته قابلا للفسخ .

وفي هذا ما يفند رأى من ذهب الى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا لاستحالة تنفيذه . فان الاستحالة هنا ، اذا كانت نسبية ، لا تجعل البيع قابلا للفسخ ، واذا كانت مطلقة ، جعلته باطلا بطلانا مطلقا . ولا تكون الاستحالة سببا في البطلان النسبي في أية حال .

(٣) انظر الى أمثلة أخرى على الاستحالة المطلقة بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢١٩ ص ٢٩٣ حواشي

وحكم الاستحالة المطلقة القانونية بحكم الاستحالة المطلقة الطبيعية ، فهي تمنع وجود الالتزام اذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهى الالتزام اذا جدت بعد ذلك . وينبنى على ذلك أن تعهد المحامي برفع الاستئناف اذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذى يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاما فى جانبه ، أما اذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامي ترك الميعاد ينقضى دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلا ، فان الالتزام يوجد أولا ، ثم ينقضى لاستحالة تنفيذه ، ويكون المحامي مسئولا عن التعويض لتقصيره .

٤٥٢ — الاستحالة الطبيعية والاستحالة الجزئية ، الاستحالة الرأى والاستحالة المؤقتة — وقد تكون الاستحالة جزئية لا كلية ، أو قد تكون مؤقتة لا دائمة . مثل ذلك أن يتعهد شخص بزراعة أرض يتضح أن جزءا منها غير قابل للزراعة ، أو أن الفيضان يحول دون زراعتها مدة من الزمن . ففي مثل هذه الفروض يقوم الالتزام بالقدر الذى يكون تنفيذه ممكنا ، أو عند الوقت الذى يمكن فيه التنفيذ ، تبعا لنية الطرفين وتقدير القاضي . فلا تؤثر الاستحالة الجزئية أو المؤقتة فى قيام الالتزام^(١) .

أما اذا كان الالتزام غير قابل للتجزئة أو للتأجيل ، بأن استخلص ذلك من طبيعة الالتزام أو من إرادة المتعاقدين أو من الظروف الأخرى الملازمة ، كانت الاستحالة الجزئية أو المؤقتة مانعة من قيام الالتزام^(٢) .

(١) وفى حالة الاستحالة المؤقتة يكون الالتزام مؤجلا اذا كان من المحقق زوال الاستحالة فى يوم ما ، ويكون معلقا على شرط اذا لم يكن من المحقق ذلك (بودرى وبارد ١ فقرة ٢٩١) .
(٢) انظر فى هذا الموضوع بودرى وبارد ١ فقرة ٢٩٠ — فقرة ٢٩١
هذا ويشترط القانون الألمانى لصحة العقد أن يكون محل الالتزام ممكنا ، فاذا كان مستحيلا يكون العقد باطلا (م ٣٠٦ من القانون الألمانى) . ويراد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة . وتنص المادة ٣٠٧ من هذا القانون على أنه اذا كان أحد المتعاقدين يعلم أو يستطيع أن يعلم ، وقت تمام العقد يرى الى أمر مستحيل ، باستحالة هذا الأمر ، فانه يكون ملزما بتعويض الضرر الذى أصاب المتعاقد الآخر من جراء توهمه صحة العقد ، دون أن يجاوز مبلغ التعويض مقدار ما لهذا المتعاقد الآخر من المصلحة فى صحة العقد . ولا يكون هناك محل للالتزام بالتعويض اذا كان هذا المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بالاستحالة (انظر فى ذلك الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى م ٣٠٦ — م ٣٠٨ جز أول ص ٤٣٠ — ص ٤٣٤) .

وتنقض المادة ٢٠ من قانون الالتزامات السويسرى بطلان العقد اذا كان المحل مستحيلا ، والاستحالة هنا أيضا هى الاستحالة المطلقة .

وتنقض المادة ٢٣ من المشروع الفرنسى الاطالى بوجوب أن يكون محل العقد ممكنا . وهذا هو أيضا حكم —

المطلب الثاني - المحل الموجود

* ٤٥٣ - المحل لهم بوجه أصغر - اذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشئ الذى تعلق به الحق العيني يجب أن يكون موجودا . والمثل المألوف لهذا الفرض التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع ، فهذا الالتزام لا يقوم إلا اذا كان الشئ المبيع موجودا وقت البيع . فاذا لم يكن موجودا أصلا ، كأن باع شخص قمحا يعتقد أنه موجود فى مخزنه واتضح أن المخزن لا يحوى شيئا من القمح ، فإن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا ، لأن التزام البائع لا يقوم على محل موجود^(١) .

وغنى عن البيان أن هذا الفرض يختلف عن فرض آخر ، فيه يقع البيع على مقدار معين من القمح ليس هو بالضرورة القمح الموجود بالمخزن ، وأن قصد البائع أن يسلم المشتري هذا القمح بالذات . فإن البائع فى هذا الفرض الأخير لا يبيع عينا معينة كما فى الفرض الأول ، بل يبيع شيئا غير معين ، على أن يكون تعيينه عند التنفيذ . ويختلف الفرض أيضا عن فرض فيه يبيع الشخص عينا غير موجودة أصلا وقت البيع ، ولكنها ستوجد بعد ذلك ، وهذا هو بيع الشئ المستقبل . وقد يكون هذا الشئ المستقبل محقق الوجود أو محتمله ، وفى الحالتين يكون البيع جائزا على التفصيل الذى سنورده فيما يلى .

فاشترط وجود الشئ يجب إذا أن يفسر على النحو الآتى : أن يكون الشئ موجودا وقت نشوء الالتزام ، أو ممكن الوجود بعد ذلك . أما اذا قصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شئ موجود فعلا (لا على شئ ممكن الوجود) ، واتضح أنه غير موجود ، فالالتزام لا يقوم ، سواء كان الملتزم عالما بعدم وجود الشئ أو غير عالم بذلك . ويكون مسئولا عن

= القانونين التونسي (م ٦٤) والمراكشى (م ٥٩) فهما ينصان على أن استحالة المحل الطيبة أو القانونية توجب بطلان العقد .

(١) وكان يبيع الشخص نصيبه فى تركة ، ثم يتضح أنه ليس بوارث . وكان يحول دائن حقه الى آخر ، ثم يتضح أن هذا الحق ليس له وجود (انظر محكمة النقض الفرنسية فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٢٨٠) . ولأن يبيع شخص أسهم شركة باطلة بطلانا مطلقا (محكمة النقض الفرنسية فى ٣ يونيو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٢٥) . وكان يدخل شخص شركا فى امتياز منهم رفضت الحكومة منه (محكمة ريوم الاستئناف فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ جازيت دى تريبيون ١٩١٩ - ٢ - ٢٤٤) .

انظر فى هذه الأمثلة وفى غيرها ديموج ٢ ص ٥٤٧ - ص ٥٤٨

التعويض في حالة العلم، بل في حالة عدم العلم اذا كان جهله هذا مبنيًا على تقصير في جانبه .
والمسئولية هنا مسئولية تقصيرية ، وهناك من بينها على نظرية الخطأ عند تكوين العقد^(١).
(Culpa in contrahendo.)

* ٤٥٤ - المحل ومبرم هلك - وقد يكون المحل قد وجد ولكنه هلك بعد ذلك .
فان كان هلاكه قبل نشوء الالتزام ، كبيع منزل اتضح أنه احترق قبل البيع ، أو قمح في مخزن
اتضح أنه تلف تلفًا كليًا، أو حوالة حق تبين أنه انقضى قبل الحوالة ، فان الالتزام لا يقوم لأن
المحل غير موجود، ويكون عقد البيع باطلا بطلانًا مطلقًا^(٢) . وقد يكون الهلاك جزئيًا ، وفي هذه
الحالة يكون المشتري بالخيار بين أن يتمسك ببطلان العقد اذا كان الهلاك من الجسامة بحيث
يرر ذلك ، أو أن يستبقى العقد فيأخذ ما بقى من الشيء المبيع ولا يدفع من الثمن إلا بنسبة
ما أخذ^(٣) . وفي كل الأحوال اذا أ بطل العقد يكون البائع مسئولًا عن التعويض ستي لو كان
يجهل هلاك الشيء ما دام يوجد في جانبه تقصير ، طبقًا لقواعد المسئولية التقصيرية أو طبقًا
لنظرية الخطأ عند تكوين العقد^(٤) .

أما اذا كان هلاك الشيء قد وقع بعد نشوء الالتزام ، فالعقد لا يكون باطلا لذلك ، لأن
الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود . بل يكون العقد قابلاً للفسخ ، اذا تسبب
عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزمه^(٥) ، وذلك طبقًا للقواعد العامة . وهناك

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٢٤٦ مكررة .

(٢) انظر المادة ١٦٠١ فقرة أولى من القانون المدنى الفرنسى . ومن الأمثلة على شيء وجد ثم هلك أن يؤمن
شخص على شيء . يتضح أنه قد هلك قبل التأمين (محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٧
جازيت ٢٠ ص ٨٠ نمرة ٨٥) . وأن يتنازل شخص عن ايجار فسخ (محكمة بو الاستئناف في ٢١ مارس سنة ١٨٩٣
سيريه ١٨٩٣ - ٢ - ١٦٨) . وأن يشتري شخص حق ملكية صاعبة انقضت مدتها (محكمة النقض الفرنسية
في ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٥ جازيت دنى باليه ٢٤ مارس سنة ١٩٠٥) . وأن يشتري شخص أطعمة كانت قد تلفت
فل البيع وفقدت قيمتها التجارية (محكمة النقض الفرنسية ٥ فبراير سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ - ١ - ٢٨٠
والنون ١ ص ٤٩) انظر أيضا ديموج ٢ ص ٥٤٧ - ص ٥٤٨

(٣) انظر المادة ١٦٠١ فقرة ثانية من القانون المدنى الفرنسى - لارومبير ١ م ١١٢٨ فقرة ٨ -
ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٢٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٢٤٦ - بودرى وسيذا فقرة ٩٩

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٢٤٦ مكررة . والنون ١ ص ٤٨ - ص ٤٩

(٥) مع ملاحظة أن القانون الفرنسى يقضى بأن يكون الهلاك على المالك (أى على المشتري في حالة البيع) ،
بعكس القانون المصرى فان الهلاك فيه على البائع قبل التام .

أحكام في هذا الموضوع خاصة بعقد البيع ، في حالتى الهلاك الكلى والجزئى ، لا نعرض لها هنا (انظر م ٢٩٧ - ٣٧١/٢٩٩ - ٣٧٣ من القانون المدنى المصرى وم ١١٣٧ وم ١٦٢٤ من القانون المدنى الفرنسى) .

* ٤٥٥ - المحل لم يوجر ولكنه يوجر فى المستقبل (المحل المستقبل) - قدّمنا أنه لا يوجد فى القواعد العامة لمحل الالتزام ما يمنع من أن يكون هذا المحل غير موجود وقت نشوء الالتزام ، اذا كان من شأنه أن يوجد ، أو أن يكون من الممكن وجوده فى المستقبل . وبعبارة أخرى يجوز التعاقد على شيء مستقبل (chose future) وقد نص القانون المدنى الفرنسى صراحة على ذلك (م ١١٣٠) .

وهذا يخالف قواعد الفقه الاسلامى ، إذ أن أحكام الشريعة الاسلامية تقضى بأن التعامل لا يصح إلا إذا كان الشيء محل التعامل موجودا ، فبيع المعدوم باطل ، واستثنى السلم . أما الايجار ، وهو بيع منافع مستقبلية ، فعقد جاء على خلاف القياس^(١) . ولكن مبادئ القانون المصرى فى هذا الموضوع مأخوذة من مبادئ القانون الفرنسى ، فهى تختلف إذا عن مبادئ الشريعة الاسلامية المتقدمة الذكر^(٢) .

ويترتب على ذلك أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ ببناءه ، على أن تنتقل ملكية المنزل الى المشتري بعد تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد

(١) تنص المادة ٣٠٤ من كتاب مرشد الحيران على أنه لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذى سيوجد فى المستقبل محلا للعقد المتقدم ذكره ، إلا فى السلم بشرائطه . وتنص المادة ٣٨٣ على أن بيع المعدوم باطل ، فلا يجوز بيع اثر قبل ظهوره ، ولا بيع الزرع قبل نباته ، ولا بيع الحمل . وجاء فى نتائج الأفكار لقاضى زادة (جزء سابع ص ١٤٦ - ص ١٤٧) : الاجارة فى اللغة بيع المنافع ، والقياس بأبى جواز ، لأن المنعقد عليه المنفعة ، وهى معدومة ، وازافة التملك الى ما سيوجد لا يصح ، إلا إذا جوّزناه لحاجة الناس اليه .

(٢) والتون ١ ص ٤٩ - ص ٥٠ - الأستاذ محمد صالح فى الالتزامات فقرة ٢٩٤
ويجيز القانون الألمانى التعامل فى الأشياء المستقبلية ، الا أن المادة ٣١٠ من القانون المدنى الألمانى تستثنى من ذلك أن ينقل شخص ملكية ماله المستقبل أو يعطى حق انتفاع على هذا المال . وتستثنى المادة ٣١٢ التعامل فى شركة مستقبلية لشخص حى . ويجيز القانون السويسرى كذلك التعامل فى الشيء المستقبل ، بل هو يجيز الى قدر محدود التعامل فى شركة مستقبلية ، كما سيتبين ذلك مما يلى . وبمضى المشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٢٦ بأن الأشياء المستقبلية يجوز أن تكون محلا للعقد ، ويستثنى من ذلك التعامل فى شركة مستقبلية . وهذا هو حكم القانونين التونسى (م ٦٦) والمراكشى (م ٦١٠) .

يكون الشيء المستقبلي محتمل الوجود، كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد، والبيع هنا يكون وجوده معلقا على شرط، يتم إذا وجد النتاج، وينعدم إذا لم يوجد^(١).

وبيع الشيء المستقبلي كثير الوقوع في الحياة العملية^(٢). فكثيرا ما يحدث أن يبيع صاحب مصنع قدرا معيناً من مصنوعات دون أن يكون قد أتم صنعها بل قد يكون لم يبدأ في هذا الصنع، وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها، ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتم، ويتنازل "مقاول" عن أجرته في "مقابلة" لم ترس عليه بعد، فمثل هذه العقود تكون واقعة على شيء مستقبلي وهي صحيحة^(٣).

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٣٣ ص ٣٥٠، ويجب أن نميز بين عقد معلق على شرط، كما في الفرض الذي نحن بصدده، وعقد احتمالي يكون وجوده محققاً ولكنه غير محدد، فلا يستطيع المتعاقد أن يحدد وقت التعاقد قدر ما أخذ أو قدر ما أعطى. ففي المثل الذي ذكرناه، إذا اتفق المشتري مع البائع على أن يشتري نتاج الماشية وأن يقوم بدفع الثمن، سواء وجد هذا النتاج أو لم يوجد، يكون البيع احتمالياً محقق الوجود: احتمالياً لأن القدر الذي يأخذه المشتري غير محدد (فقد يكون كثيراً أو قليلاً أو منعماً)، ومحقق الوجود لأن عقد البيع قد وجد على كل حال، سواء وجد النتاج أو لم يوجد، وسواء كثر أو قل.

ومعرفة ما إذا كان العقد معلقاً على شرط أو هو عقد احتمالي يرجع إلى نية المتعاقدين، وتستخلص هذه النية من ظروف التعاقد، وبنوع خاص من مقدار الثمن، فإذا روعي في تقديره أن يكون قليلاً لا احتمال عدم وجود الشيء، فينبغي أن يكون المتعاقدان قد أرادا عقداً احتمالياً. أما إذا كان الثمن متناسباً مع قيمة الشيء، فالغالب أن العقد معلق على شرط (دبرانتون ١٠ فقرة ٣٠٠ — فقرة ٣٠١ — أوربري ورو ٤ ص ٣٥٢ — ص ٣ هامش عمدة ٣٣ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٠٦ — لوران ٢٤ فقرة ٩٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٢٤٧ ص ٨ — بودري وسينيا فقرة ٩٧ — ديموج ٢ فقرة ٧٦٤).

(٢) انظر ديموج ٢ فقرة ٧٦٠ — فقرة ٧٦٣

(٣) إلا في القانون المختلط بالنسبة للحصولات المسبقة على التفصيل الذي يأتي.

انظر في بيع الشيء المستقبلي بودري وبارد ١ فقرة ٢٤٧ ص ٢٩٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٢٣ ص ٢٩٩. ومثل التعامل في شيء مستقبلي تعامل يتوقف على شيء مستقبل، ككفالة دين، تقبل أو إعطاء تأمين عيني ضماناً لهذا الدين، فإن التعامل في هذه الحالة يتوقف وجوده على وجود الدين (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٢٣ ص ٣٠٠). وهناك ميل من جانب القضاء الفرنسي ألا يميز التعامل في دين مستقبل إلا عند أن يوجد مصدر هذا الدين من عقد أو عمل أو غير ذلك، فالمؤلف لا يستطيع التنازل عما يكون له في ذمة الناشر إلا بعد التعاقد مع هذا الناشر، حتى يمكن إعلان التنازل إليه (انظر محكمة باريس الاستئنافية في ٣١ يناير سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٥ — ٢ — ١٧٩)، ويمرض الأساتذة بلانيول وريبير واسمان على هذا الرأي، ويذهبون إلى أنه إذا تعذر إعلان التنازل، فهذا لا يعني أكثر من أن التنازل لا يسري في حق المدين، ولا يمنع ذلك من سريانه في حق المتعاقدين (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٢٣ ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠).

على أنه يستثنى من جواز التعامل في الأشياء المستقبلية : (أولاً) التعامل في تركة مستقبلية ،
إذ يعتبر باطلاً في القانونين المصري (م ٢٦٣ / ٣٣٢) والفرنسي (م ١١٣٠ و م ١٦٠٠) .
(ثانياً) بيع المحصولات المستقبلية إذ يعتبر باطلاً في القانون المختلط (م ٣٣٠ - ٣٣١) دون
القانونين الأهلي والفرنسي . (ثالثاً) رهن الأشياء المستقبلية رهناً رسمياً في القانونين المصري
(م ٥٦٢ / ٦٨٦) والفرنسي (م ٢١٢٩ - ٢١٣١) . ونحن نعرض بإيجاز لكل من هذه
الأحوال الثلاث ، إذ ليس هنا محل التفصيل .

٤٥٦ - التعامل في تركة مستقبلية (Pactes sur successions futures) - تشدد

القانون المدني الفرنسي في تحريم التعامل في تركة مستقبلية ، فأورد في ذلك نصاً عاماً هو
المادة ١١٣٠ فقرة ثانية ، إذ قضت بأنه لا يجوز التنازل عن تركة مستقبلية ، أو إجراء أى
تعامل بشأنها ، ولو برضاء صاحب هذه التركة . وطبق المشرع الفرنسي هذا التحريم في حالتين
خاصتين : أحدهما حالة التنازل عن تركة مستقبلية ولو في العقد الذى ينظم الحالة المالية
للزوجين (contrat de mariage) (م ٧٩١) ، والثانية حالة بيع تركة مستقبلية (م ١٦٠٠)^(١) .
أما القانون المدني المصري فقد أورد نصاً واحداً في حالة البيع ، فقضى في المادتين ٣٣٢ / ٢٦٣
بأن بيع الحقوق في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه . ويعتبر هذا النص عادة
تطبيقاً لقاعدة عامة أراد المشرع المصري الأخذ بها ، وهى تحريم كل ضروب التعامل بيع
أو غير بيع^(٢) .

(١) انظر أيضاً المادتين ١٣٨٩ و ١٨٣٧ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) نجيب الهلال بك في البيع فقرة ٣٠٨ - عبدالسلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ١٥٥ - محكمة الفشن
٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ١٠٧٩ ويمكن تأييد هذا الرأي بأن المشرع المصري إنما ينقل عن القانون
الفرنسي في كثير من الإيجاز ، فهو قد أراد نقل قاعدة تحريم التعامل في التركات المستقبلية ، فاقصر على إيراد أهم
تطبيقاتها . على أن التعامل في تركة مستقبلية ، حتى لو لم يرد نص في تحريمه ، جدير أن يكون محرماً لمخالفته للنظام العام
والآداب ، كما أن الشريعة الإسلامية تحرم التعامل في تركة مستقبلية إلا بطريق الوصية وفي حدود معينة .

هذا ما يمكن قوله في جانب تعميم القاعدة في القانون المصري . ولكن المسألة محل للاظر (انظر محكمة الاستئناف
المختلطة في ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٤) ، إذ من الممكن أن يقال أيضاً أن المشرع المصري ، باقتضائه
على تحريم البيع دون غيره من ضروب التعامل ، قصد أن يبيح ذير البيع ، لأن نص التحريم استثنائي فلا يقاس عليه ،
ولأن القاعدة هى جواز التعامل في الأشياء المستقبلية ، فإذا أراد المشرع تحريم بعض أنواع التعامل فلا بد في ذلك من
نص يكون مقصوراً على الحالة التى عرض لها . ثم إنه ليس صحيحاً أن كل أنواع التعامل في تركة مستقبلة تخالف للنظام =

وقاعدة تحريم التعامل في التركات المستقبلية موروثه من القانون الروماني، فقد كان هذا القانون يعد مثل هذا التعامل مخالفا للآداب، إذ أن من يتعامل في تركة شخص حي إنما يضارب على موته. وهو بعد مخالف للنظام العام، إذ هو خليق أن يغري ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث. فالرومان كانت تنظر في تحريم التعامل في التركات المستقبلية الى مصلحة المورث، لذلك كانوا يديحونه اذا رضى هذا. أما القوانين الحديثة فهي تحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث^(١) فحسب، بل لمصلحة الوارث أيضا، فان من يتعامل في تركة مستقبلية يكون في الغالب غمرا نزقا، لا يقتصر على تبديد ما تصل اليه يده من المال، بل يبدد أيضا، وهو في هذا ضحية للرايين، ما يحتمل أن يملكه في المستقبل. فمنعه من التعامل في تركة مستقبلية

= العام، فهناك أحوال تحسن فيها الإباحة، كما اذا اتفق المورث مع الورثة على تقسيم التركة فيما بينهم حال حياته، دون أن يقصد المورث محاباة أحد من الورثة، بل أراد بذلك منع الشقاق فيما بينهم بعد موته. ويؤيد هذا الرأي أن القوانين الحديثة ليست مجمعة على تحريم التعامل في التركات المستقبلية. فان القانون الألماني، اذا كان قد حرم في المادة ٣١٢ مثل هذا التعامل، قد استثنى من هذا التحريم حالة ما اذا اتفق الورثة الاحتماليون فيما بينهم بشأن أنصبتهم في الميراث، على شرط أن يكون هذا الاتفاق مكتوبا في ورقة رسمية. وأجاز القانون الألماني كذلك أن يتعامل المورث نفسه في تركته مع الغير، بعقد لا يجوز الرجوع فيه، لا بمجرد وصية يجوز العدول عنها، سواء كان هذا الغير وارثا محتملا أو أجنبيا، انظر المادتين ٢٢٧٤ و ٢٣٤١ من القانون المدني الألماني، وانظر في هذا الموضوع سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٤٩ والترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني م ٣١٢ ص ٤٣٥ ص ٤٣٦). وكذلك فعل القانون السويسري، فانه اذا كان قد حرم تعامل الورثة الاحتماليين في التركات المستقبلية، بعضهم مع البعض الآخر أو مع أجنبي، فانه أباح هذا التعامل اذا أجازاه المورث نفسه، فرجع بذلك الى القاعدة الرومانية القديمة (م ٦٣٦ من القانون المدني السويسري). كما أنه أباح للمورث نفسه أن يتعامل في تركته مع وارث محتمل أو أجنبي، بعقد لا يجوز الرجوع فيه إلا في حالات معينة (م ١٥٤ فقرة ثالثة وم ٤٩٤ وم ٥١٣ وم ٥١٥ من القانون المدني السويسري). أما المشروع الفرنسي الايطالي فقد احتفظ بتحريم التعامل في التركات المستقبلية على النحو الذي نراه في القانونين الفرنسي والايطالي، وقد تمشى في ذلك مع نزعة المحافظة المعروفة (م ٢٦ من المشروع. انظر أيضا فيفورونو في العقد في المشروع الفرنسي الايطالي وفي القانون المقارن فقرة ١٢٠ و فقرة ١٢٢ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢ في الموازنة بين القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية في هذا الموضوع).

(١) وقد قضت محكمة أسبوط بأن سبب بطلان التعامل في التركات المستقبلية راجع الى اعتبار هذا التصرف منافيا للآداب العامة، من جهة لما يحدثه في نفس المتعاقدين من تمنى هلاك صاحب التركة، وضارا من جهة أخرى لاحتمال ارتكاب الآثام تعجيلا لموته (أسبوط ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٥، محاماة ٥٥١٣ ص ٦٢٦).

وقد لوحظ بحق أن هذا السبب وحده لا يكفي، فهناك عقود مباحة، مع أن الالتزام فيها يتوقف مصيره على موت أحد المتعاقدين، كما في التأمين على الحياة والايراد المرتب لدى الحياة (ديموج ٢ فقرة ٨٤٩ ص ٧٥٤ - ص ٧٥٥).

إنما تقرر لمصلحته حماية له . لذلك كان التحريم مطلقا ، ولا يزول حتى لو رضى المورث ، خلافا للقانون الروماني ^(١) .

ولما كان التحريم مبنيًا على اعتبارات ترجع للنظام العام والآداب ، فإن جزاء التحريم البطلان المطلق ، بما يستتبع هذا البطلان من نتائج قانونية ، ومنها أنه لا تلحقه الأجازة ، وقد قدمنا أن أجازة المورث لا تصحح البطلان ، ومنها أنه يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به ، ولا يزول بمضى المدة ، ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى ^(٢) .

بقى أن نفصل ضروب التعامل المحترمة : كل ضرب من التعامل محترم ، أيا كان الطرفان ، وأيا كان نوع التعامل ، متى كان واقعا على تركة مستقبلية .

فقد يكون التعامل بين وارث محتمل في تركة مستقبلية وبين شخص أجنبي عن هذه التركة ، بأن يبيع الوارث لأجنبي نصيبه في التركة ، أو يتنازل له عنه . وقد يكون بين وارث محتمل ووارث محتمل آخر ، كأن يتفق الطرفان على قسمة ماسبق في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر ، أو يتنازل له عنه . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ، أى صاحب التركة ، ووارث محتمل لهذه التركة أو أجنبي عنها ، كأن يتفق المورث

(١) انظر في هذا المعنى كولين دى سانتير ٥ فقرة ٤٥ مكررة — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٦ — ديموج ٢ فقرة ١٤٩ ص ٧٥٦ — هالتون ٢ ص ١٦ — والتون ١ ص ٥٢ — صالح فقرة ٢٩٥ ويتضح من الأسس التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى أن هناك سببا آخر لتحريم التعامل في التركات المستقبلية ، هو تحقيق المساواة في قسمة الأموال الموروثة ، فإنه إذا أبيع هذا التعامل ، أمكن الاخلال بهذه المساواة ، من طريق الاتفاق فيما بين الورثة ، أو بينهم وبين المورث نفسه ، على ما ينافيا (بودرى وبارد ١ فقرة ٢٦١ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٦) .

(٢) (أوبرى ورو ٤ ص ٥٤٠ — ص ٥٤١ — اوران ٩ فقرة ٤٦٣ و ١٦ فقرة ٨٣ ص ١١٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٦١ مكررة — دى هلتس ٤ البيع فقرة ٧٨ — محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجمعة في ٢ يولييه سنة ١٩٠٣ داللو ١٩٠٣ — ١ — ٥٥٣

(٣) الفش ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ١٠٧٩ — انظر أيضا محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥ وهناك فرق بين أن يبيع الوارث المحتمل مالا معينًا على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه ، وهذا بيع باطل بطلانا مطلقا لأنه تعامل في تركة مستقبلية ، وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه في الحال ، وهذا بيع ملك الغير وهو باطل بطلانا نسبيًا (ديموج ٢ فقرة ٨٦٠ ص ٧٧٢ — ص ٧٧٣ والمراجع المشار إليها — دى هلتس ٤ البيع فقرة ٧٧ — والتون ١ ص ٥٢ — فإذا باع شخص عقارا مملوكا لمورثه ، واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد الموت ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلا بطلانا مطلقا (محكمة مصر الكلية الأهلية ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ نمرة ٤٤) .

مع الوارث المحتمل على أن يعطيه نصيبا من تركته أكبر أو أقل من نصيبه القانوني ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل ذلك إلا بطريق الوصية ، وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي ، وأنها لا تجوز إلا في الحدود التي يبيحها قانون الأحوال الشخصية إذا كان هذا القانون يبيح الوصية لوارث . وهذا لا يمنع المورث من أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكا له أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملًا في تركة مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر ، وسنعرض في موضع آخر من هذا الكتاب إلى حكم مثل هذه التصرفات في القضاء المصري . كذلك لا يجوز للمورث أن يتعاقد مع شخص أجنبي غير وارث بشأن تركته المستقبلية ، كأن يعطيه جزءا منها ، وهو لا يستطيع ذلك إلا بطريق الوصية في الحدود التي بينها . والحكمة في تحريم التعامل في تركة مستقبلية على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبحنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يحمي عن هذه الأحكام^(١) .

ولا يقتصر أمر التحريم على البيع ، فقد رأينا أن القسمة والهبة ، وهما من ضروب التعامل ، محظرتان . كذلك تحرم أنواع التعامل الأخرى ، كأن يتنازل الوارث المحتمل عن ميراثه بأرادته المنفردة ، أو يقايض على هذا الميراث ، أو يقدمه نصيبا في شركة ، أو يصالح عليه . بل هو لا يستطيع أن يؤجره^(٢) ، أو أن يجرى عليه أي نوع من أنواع التعامل . وقد قدّمنا أن نص القانون المصري مقصور على البيع ، والتوسع في النص إنما يأتي من طريق تفسيره .

على أن التعامل ، حتى يكون محظرا ، يجب أن يقع على تركة مستقبلية في مجموعها ، أو في جزء منها ، أو في مال معين منظور فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة^(٣) ، سواء في كل

(١) أو برى ورو ٤ ص ٥٤٢ — لارومبيير ١ م ١١٢٠ فقرة ٨ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٢٤ — لوران ١٦ فقرة ٨٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٦٤ — بلانيول وريبير وامان ١ فقرة ٢٤٦

(٢) فإذا تمهد شخص بإيجار من مستأجر إلى تركة ، كان عقده باطلا (ديموج ٢ فقرة ٨٥٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٧٦ — بلانيول وريبير وامان ١ فقرة ٢٤٦ ص ٣٣٧ — محكمة النقض الفرنسية في قراراتها المجمعة في ٢ يولييه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ — ١ — ٥٥٣) .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٢٧٤ — دي هلتس ٤ فقرة ٧٧ — هالتون ٢ ص ١٥ — ص ١٦ — والتون ١ ص ٥٣ — محكمة أسبوط الابتدائية في ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٥ بحاماة ٥ ص ٦٢٦

ذلك أتأتى التركة من طريق الميراث أم من طريق الوصية ^(١) . أما اذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه الى هذه الصفة ، كما اذا تعاقدت مع شخص على أن أبيعته صورة لرسام أتوقع أن أشتريها من وارثه المحتمل بعد موته ، لا يكون هذا باطلا ^(٢) . وعلى ذلك لا يعتبر باطلا أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن اذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل الى وقت موته عدّ هذا تعاملًا في تركة مستقبلية ^(٣) . ولا يعدّ تعاملًا في تركة مستقبلية أن يؤجل المدين وفاء الدين الى وقت موت مورثه ، ولو كان الباعث له على ذلك أمله في سداد الدين من التركة التي سيرثها ^(٤) . ولا تأجيل المدين وفاء الدين الى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال منظور فيه الى أنه يدخل ضمن أموال تركة مستقبلية ^(٥) . كذلك لو كفّل شخص مدينا ، على ألا يرجع الدائن على الكفيل إلا بعد موت هذا الأخير ، لا يكون هذا باطلا ^(٦) . ولا يكون باطلا تعاقد شخص ولو كان الباعث عليه توقع موت شخص آخر ، كما اذا حمل الدائن المستحق التالي في وقف على ضمان مدينه المستحق الخالي في ذلك الوقف ، توقعا لموت هذا الأخير . كذلك لا يعتبر باطلا تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغا معينًا ، على ألا تطالب بشيء من ميراث

(١) فلا يجوز للوصي له أن يتعامل في وصيته المستقبلية ، كما لا يجوز للوارث أن يتعامل في التركة المستقبلية (لوران ١٦ فقرة ٩٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٧٣ — ديموج ٢ فقرة ٨٥٣ — بلانيول ريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٦ ص ٣٣٧) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٢٦٥ ص ٢١٣

(٣) انظر المادة ٣١١ من القانون المدني ، ويطلب هذا القانون أن يكون العقد مكتوبا في ورقة رسمية .

(٤) ديموج ٢ فقرة ٨٦٠ ص ٧٧٣ والمراجع المشار إليها — دى هلتس ٤ البيع فقرة ٧٩ — ذهني فقرة ١٥٦

ص ١٤٣

(٥) بودرى وبارد ١ فقرة ٢٦٧ — محكمة النقض الفرنسية في ١٥ فبراير سنة ١٨٩٧ جازيت دى ياليه ٩٧ —

٣٥٥ — ١

(٦) ديمولوب ٢٤ فقرة ٣٢٧ — لاروميير ١١٣٠ فقرة ١٠ — لوران ١٦ فقرة ١٠١ — بودرى

و بارد ١ فقرة ٢٦٧ — ديموج ٢ فقرة ٨٥٧ — ذهني فقرة ١٥٨ — محكمة النقض الفرنسية في ١٢ أغسطس

سنة ١٨٤٦ داللو ٤٦ — ١ — ٢٩٦

ويجوز أن يمهر أ بنته ، ويشترط ألا يدفع المهر إلا بعد موته (والنون ١ ص ٥٣ — صالح فقرة ٢٩٥) .

كما يجوز أن يتعهد شخص بدفع مال عند وفاة شخص معين ، دون نظر الى أن المدين وارث لهذا الشخص أو غير وارث

(محكمة النقض الفرنسية ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ داللو ١٩٠٤ — ١ — ٣٥٩ — والنون ١ ص ٥٣ — صالح

ص ٢٩٥) .

(٧) محكمة أولان الاستئنافية في ١٥ يونيو سنة ١٨٦١ داللو ٦١ — ٢ — ١٥١ — محكمة باريس

الاستئنافية في ٢٦ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دى ياليه ٩٧ — ١ — ٥٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٦٧

والدتها، اذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها ، واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، اذ يعتبر هذا هبة من الأم لابنها مقترنة بشرط لصالح بنتها ، وهو تصرف لا مطعن عليه قانوناً^(١) . ولكن يعدّ تعاملًا في تركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبي^(٢) ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة^(٣) . كذلك يعدّ تعاملًا في تركة مستقبلية تصرف لا يحدّد فيه الوارث المحتمل تركة بالذات ، بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه^(٤) . وإلزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة^(٥) . وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد^(٦) .

٤٥٧ - بيع المحصولات المستقبلية - هذا البيع صحيح في كل من القانون الفرنسى والقانون الأهلى، اذ لم يرد نص في تحريمه . فيجوز أن يبيع شخص محصولاته الزراعية قبل أن تثبت ، بثمن مقدّر جزافاً أو بسعر الوحدة ، ويعتبر هذا تعاملًا في شيء مستقبل ، وهو مباح طبقاً للقواعد العامة التى سبق ذكرها . وقد قدّمنا أن الشريعة الاسلامية تحترم مثل هذا البيع ، فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ، ولا بيع الزرع قبل نباته (م ٣٨٣ مرشد الحيران) . وقد تأمّر المشرع فى القانون المختلط بحكم الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة ، فنص فى المادة ٣٣٠ على أن بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل . والغريب فى هذا الموضوع أن يتأثر القانون المختلط بحكم الشريعة الاسلامية دون القانون الأهلى ، ولكن الظاهر أن المشرع الأهلى ، وقد وضع تشريعه متأخراً عن التشريع المختلط ، لم يرمق مضياً للاحتفاظ بحكم الشريعة الاسلامية ، فعُدل عنه حتى يوسع على الناس فى تعاملهم .

على أن المحاكم المختلطة لم تتوسع فى تفسير المادة ٣٣٠ ، بل اشدّت فيه تضيق دائرة تطبيقها . فهى أولاً قد ميزت بين بيع المحصولات المستقبلية بسعر الوحدة (فلم تطبق النص على

(١) محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية فى ١٨ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ع ٣٧ ص ٩٩

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٧ يونيه سنة ١٨٣٨ سيريه ٣٨ - ١ - ٧٢١

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ ماي سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٤ - ١ - ٤٦٨

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٢٧٥ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٦ ص ٣٣٧ .

(٥) محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ يونيه سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٥٤٣

(٦) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٧٠ - لوران ١٦ فقرة ١١ - هيك ٧ فقرة ٥٥ - بودرى وبارد ١

فقرة ٢٢٠ - ديموج ٢ فقرة ٨٥٠ ص ٧٥٩ - ص ٧٦٠

مثل هذا البيع بل اعتبرته صحيحاً) وبين بيع المحصولات المستقبلية بثمن مقدّر جزافاً، وهذا هو البيع الباطل بمقتضى المادة ٣٣٠ ، إذ يتحقق منه الخطر الذي أراد المشرع تفاديه . فان الفلاح اذا باع محصوله قبل أن ينبت بثمن جزافي دون نظر الى مقدار هذا المحصول ، فهو إنما يفعل ذلك تحت تأثير الحاجة الى المال^(١) . ثم أن القضاء المختلط جعل البطلان في هذه الحالة الأخيرة بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع ، إذ هو الجانب الذي يقصد المشرع حمايته بالبطلان ، فلا يجوز أن يتمسك المشتري ببطلان البيع^(٢) . وجاء المشرع المختلط أخيراً يقيد من قاعدة بطلان بيع المحصولات المستقبلية ، فنص في المادة ٣٣١ على أن بيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التي تنعقد والزرع الذي ينبت بعد البيع ، فأباح بهذا النص بيع محصول مستقبل اذا حمل على محصول موجود ، وقد بقي في ذلك متابعاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، إذ أن هذه تجيز بيع ما يتلاحق أفراداه وتبرز شيئاً فشيئاً ، إن كان قد ظهر أكثرها ، فيجوز بيع ما لم يظهر مع ما ظهر تبعا صفقة واحدة (م ٣٨٥ مرشد الحيران^(٣)) .

٤٥٨ - رهن العقارات المستقبلية رهناً رسمياً - نصت المادتان ٥٦٣/٦٨٧ على أن رهن العقارات التي تؤول الى الراهن في المستقبل باطل . وهذا الحكم مأخوذ من القانون المدني الفرنسي (م ٢١٢٩ فقرة ثانية) . وقد حرم المشرع رهن العقارات المستقبلية رهناً رسمياً لما ينطوي عليه عقد الرهن الرسمي من خطورة لا يشعر بها المدين ، فاذا أبيع له

(١) انظر في هذا الموضوع والتون ١ ص ٥٠ - ص ٥٢ - دي هلتس ٤ البيع فقرة ٦٦ - فقرة ٦٧ - هالتون ٢ ص ١٦ ؛ محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧٧ - ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٧ ؛ بل أن هذه المحكمة قد ذهبت الى أبعد من ذلك ، فأباح بيع القطن قبل نباته ، دون تمييز بين حالة وحالة ، مخنجة في ذلك بالعرف الجاري وبمقتضىات تجارة الأنطان (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠ - والتون ١ ص ٥١ - ص ٥٢) .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣١

(٣) انظر في هذا الموضوع والتون ١ ص ٥٠ - ص ٥٢ - دي هلتس ٤ البيع فقرة ٦٦ - فقرة ٦٧ - هالتون ٢ ص ١٦ - حلي عيسى فقرة ٢٩٤ - فقرة ٢٩٨ - نجيب الهلال فقرة ٢٩٧ - فقرة ٢٩٩ - ذهني فقرة ١٥٢ - صالح فقرة ٢٩٤ ص ٢٤٩ - فقرة ٢٥٠

ويحرم القانون التونسي (م ٥٧٤) ، دون القانون المراكشي ، بيع المحصولات المستقبلية ، جرمياً على حكم الشريعة الإسلامية .

رهن ماله المستقبل، جازف في ذلك مجازفة قد تكون سببا في تورطه وارتباك حالته المالية. وبالطلاق هنا بطلان مطلق لا تلحقه الأجازة^(١).

وقد أجاز القانون الفرنسى رهن العقارات المستقبلية في حالتين استثنائيتين، لم يأخذ بهما القانون المصرى^(٢).

المبحث الثانى — المحل معين أو قابل للتعين

* ٤٥٩ — لا يكفى أن يكون المحل ممكنا أو موجودا، بل يجب أيضا أن يكون معينا أو قابلا للتعين. والمحل كما قدمنا إما أن يكون عملا أو امتناعا عن عمل، وإما أن يكون نقل حق عيني.

* ٤٦٠ — تعيين العمل أو الامتناع عنه العمل — اذا التزم شخص بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، وجب أن يكون ما التزم به معينا. فاذا تعهد "مقاو" ببناء، وجب أن يتحدد هذا البناء، أو وجب على الأقل أن يكون قابلا للتحديد، وقابليته للتحديد ترجع الى الظروف التى يستخلص منها نية طرفي الالتزام. فاذا التزم "المقاو" بأن يبنى مستشفى أو مدرسة أو منزلا للسكنى أو منزلا للاستغلال أو نحو ذلك، فان ظروف التعاقد

(١) انظر في هذا الموضوع كامل مرسى بك في التأمينات فقرة ٢٥٣ — جرانولان في التأمينات فقرة ٣٢٥ — فقرة ٣٢٦؛ محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ يناير سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٨ ص ٧٥

(٢) نصت المادة ٢١٣٠ من القانون المدنى الفرنسى على أنه اذا كانت أموال المدين الحاضرة غير كافية لضمان الدين، فيجوز للدين بعد أن يقرر ذلك، أن يرهن الأموال التى تزول اليه في المستقبل. ويشترط في صحة رهن الأموال المستقبلية في هذه الحالة أن ترهن في نفس العقد الذى يقرر رهن الأموال الحاضرة، وأن تذكر عدم كفاية هذه الأموال في العقد. ويعتبر المال المستقبل مرهونا من وقت انتقال ملكيته للراهن، ولا يكون الرهن نافذا بالنسبة للغير إلا بقبده ومن وقت هذا القيد. ولم يأخذ القانون البلجيكي (قانون سنة ١٨٥١) ولا القانون الايطالى ولا القانون المصرى بهذا الاستثناء.

والاستثناء الثانى تقرره المادة ٢١٣٩ من القانون المدنى الفرنسى، وهى تقضى بأنه اذا هلكت العقارات المرهونة أو تلفت، فأصبح الباقي منها غير كاف لضمان الدين، فللدائن أن يطلب استيفاء الدين أو يحصل على رهن اضافى. ويجوز في هذه الحالة أن يرهن المدين أمواله المستقبلية، ويعمل هذا الرهن التكميل بعقد رسمى جديد، ويجب قيده حتى يكون نافذا بالنسبة للغير. وهذا الاستثناء أيضا لم يأخذ به القانون المصرى (انظر في الاستثنائين المتقدمين، كامل مرسى بك في التأمينات فقرة ٢٥٣ — بودرى ودى لوان فقرة ١٣٨٦ — فقرة ١٣٨٧ بلانيول وبكيه فقرة ٤٣٥ وقرة ٤٤١ — فقرة ٤٤٢).

يمكن في الغالب أن يستخلص منها العناصر اللازمة لتحديد البناء المطلوب . أما إذا اقتصر "المقاول" على أن يلتزم بعمل بناء ، دون تحديد أى نوع من البناء هو ، كان المحل غير معين وغير قابل للتعين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا ، لأنه في حكم المعدوم .

* ٤٦١ - تعيين الشيء موضوع الحق العيني - فإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني على شيء ، ملكية أو انتفاع أو ارتفاق أو غير ذلك ، وجب كذلك أن يكون الشيء معينا أو قابلا للتعين . وهنا نميز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين .

* ٤٦٢ - الشيء معين بالذات - فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات ، فيجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة ، فيوصف الشيء وصفا يكون مانعا للجهالة . وقد نصت المادتان ٣١٨/٢٥٢ على أن بيع الأشياء التي لم يعاينها المشتري ولا ويكمله في المعاينة لا يكون صحيحا إلا إذا كان عقد البيع مشتملا على بيان المبيع وأوصافه الأصلية ، بحيث يمكنه الكشف عليه وتحقيق حالته ^(١) . فإذا باع شخص منزلا وجب أن يبين موقع هذا المنزل في أية جهة هو ، وإذا باع أرضا وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وحدودها ، وإذا باع سيارة معينة بالذات وجب أن يبين أية سيارة يبيعها إذا كان عنده أكثر من سيارة واحدة ، وهكذا .

* ٤٦٣ - الشيء غير معين بالذات - أما إذا كان الشيء غير معين بالذات ، وهنا تظهر بنوع خاص أهمية تعيينه ، فيجب أن يبين جنسه ونوعه ومقداره ، وأن تذكر أوصافه ذكرا مانعا للجهالة كما في الشيء المعين بالذات ، بحيث يصبح الشيء معينا تعيينا كافيا ، أو قابلا للتعين على الأقل (انظر م ٣٢٨/٢٦١) .

ويتعين الشيء إذا ذكر مثلا أنه قطن من نوع الأشموني وأن مقداره عشرون قنطارا .

(١) وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية ، فقد نصت المادة ٣٠٣ من كتاب مرشد الحيران على أنه يلزم لصحة عقد المعاوضات المالية من الجانبين أن يكون كل من البديلين معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة . واشترطت المادة ٣٦٦ أن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة . وقضت المادة ٣٦٧ بأنه إذا لم يكن المبيع معلوما عند المشتري بأن كان غائبا ، فانه يعلم ببيان أحواله وأوصافه المميزة له عن غيره ، وان كان المبيع حاضرا في المجلس تكفى الإشارة إليه ، ولا حاجة لوصفه .

انظر أيضا المادة ٢٣ من المشروع الفرنسى الإبطالى .

ويكون قابلا للتعين اذا تعهد شخص مثلا بأن يورّد الأغذية اللازمة لمستشفى أو لمدرسة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية ، وإن لم يعين في العقد ، قابل للتعين ^(١) .

وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار ، دون أن تذكر درجة الجودة ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطا ، فلا يكون جيدا حتى لا يغبن المدين ، ولا يكون رديئا حتى لا يغبن الدائن ، مالم يمكن استخلاص درجة معينة من الجودة من العرف أو من ظروف التعاقد .

وقد يترك التعيين لشخص ثالث ، كما اذا باع شخص عينا بثمن يترك تقديره لحكم . فاذا حدّد الحكم الثمن كان تحديده ملزما للمتعاقدين ، وقام التزام المشتري على محل معين . أما إذا لم يحدّده فلا يجوز للقاضي أن يقوم مقامه في التحديد ، لأن عمل العقود لا يدخل في مهمة القاضي ^(٢) ، فيبقى الثمن غير معين ، ويكون البيع باطلا (انظر م ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي) . واذا اتفق المتعاقدان على أن الحكم يعين بالاتفاق فيما بينهما ، وأبى أحدهما أن يتفق مع الآخر على تعيين الحكم ، لم يتم العقد كذلك لعدم تعيين الثمن ، ولكن إذا ثبت تقصير في جانب من أبى الاتفاق كان مسئولا عن التعويض ^(٣) .

ولكن لا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحض ، إذ يصبح المتعاقد الآخر تحت رحمته ، إلا إذا كانت عناصر التحديد معروفة ، بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم ^(٤) .

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٢٨٤ . وقد ذكرت المادة ٣٠٣ من كتاب مرشد الحيران أن الشيء يعين ببيان وصفه مع بيان مقداره ان كان من المقدرات ، أو بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة ، ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف .

انظر أيضا المادة ٥٧٧ من القانون التونسي والمادة ٤٨٦ من القانون المراكشي .

(٢) ولكن يجوز للقاضي أن يحدّد محل الالتزام ، اذا كان في هذا التحديد انما يفسرنية المتعاقدين (محكمة النقض الفرنسية في ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ سبريه ١٩٢٥ — ١ — ٣٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٣٠) — محكمة مصر الكلية المختلطة في ٦ فبراير سنة ١٩٢٨ جورنال المحاكم المختلطة ٧ نمرة ٧٩٨ في ٢٧ و ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٨

وللقاضي في القانون الألماني ، سلطة واسعة ، في تحديد محل الالتزام ، طبقا للعرف وقواعد العدالة (انظر المادتين ٣١٥ و ٣١٦ من هذا القانون) .

(٣) محكمة دييجون الاستئنافية في ١٥ فبراير سنة ١٨٩٣ سبريه ٩٤ — ٢ — ١٤٤ — بلانيول وريبير واسمان

١ فقرة ٢٢٠ ص ٢٩٥ هامش رقم ٣

(٤) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٢٠

وكثيرا ما يترك تحديد المحل للعرف والمألوف ، كما إذا قام متجر بتوريد سلعة لعميل له دون أن يبين الثمن ، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجرته ، ففي مثل هذه الأحوال يحدد الثمن أو الأجرة طبقا للسعر الجارى ^(١) .

المبحث الثالث — في المحل مصلحة شخصية للدائن

* ٤٦٤ — ضرورة وجود مصلحة للدائن — يجب أن يكون للدائن مصلحة فيما التزم به المدين . وهذا شرط طبيعي في المحل ، لا حاجة للنص عليه في القانون ، لأنه ينطبق على القواعد العامة . وذلك لأنه إذا لم تكن للدائن مصلحة في استيفاء الالتزام ، فلا يستطيع إجبار المدين على الوفاء ، لأنه لا يستطيع أن يرفع دعوى بذلك ، إذ لا دعوى دون مصلحة (Pas d'intérêt, pas d'action)

على أنه يتعذر أن نتصور دائما يتفق مع مدين على شيء لا مصلحة له فيه ، إلا إذا كان واحدا ، كأن يشتري شيئا يتبين أنه يملكه قبل الشراء ^(٢) ، أو كان فضوليا يتدخل لمصلحة الغير لا لمصلحته الشخصية ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون نائبا عن هذا الغير ، ويكون الدائن هو الأصيل لا النائب . فوجود مصلحة للدائن هو الذى يميز إذا بين تعاقد الشخص لنفسه وتعاقده باعتبار أنه فضولى .

* ٤٦٥ — وجوب أنه تكون هذه المصلحة شخصية للدائن — على أننا إذا تركنا عمل الفضولى جانبا ، وافترضنا أن الدائن يتعاقد لنفسه ، فقد تكون مصلحته في هذا التعاقد لا تزيد على أنه يولى منفعة للغير ، وذلك يتحقق في الاشتراط لمصلحة الغير ، فإن المشتري يطلب من المتعهد أن يقوم بالتزام نحو المتفع ، فهل يمكن القول في هذه الحالة أن هناك مصلحة شخصية للدائن ، حتى يقوم التزام المتعهد على محل مستوف للشروط ؟

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ سريه ١٩٠٧ — ١ — ٣١١ — محكمة فانسى الاستئنافية في ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٥ جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ٢ — ٤٠٦ — بلانول وريسير واسمان ١
فقرة ٢٢٠ .

(٢) هيك ١٠ فقرة ٦٠ — أوربرى ودرى ص ١٣ وكذلك لا تتحقق مصلحة للدائن في محل الالتزام ، إذ استأجر أو استأمر عينا تبين أن له عليها حق انتفاع أو أنه يملكها (بودرى وقال في القرض فقرة ٦٢٣ — ديموج ٢
فقرة ٧٦٥) .

سنبين عند الكلام على الاشتراط لمصلحة الغير، أن المشتراط، وهو يشترط لمصلحة غيره، له مصلحة شخصية محققة في هذا الاشتراط، وهذه المصلحة هي الذي تعطيه حق رفع دعوى على المتعهد يطالبه فيها بتنفيذ التزامه نحو المستفيع، ولو لم تكن له هذه المصلحة، لما جاز له رفع هذه الدعوى، بل اقتصر الأمر على دعوى المستفيع يطالب بها المتعهد بتنفيذ التزامه. والمشتراط لمصلحة غيره، إذا لم تكن له مصلحة شخصية في هذا الاشتراط، لا يكون إلا فضولاً. فالمصلحة الشخصية إذا هي التي تميز بين عمل الفضولى وعمل المشتراط لمصلحة الغير. وسيأتى بيان ذلك في موضعه ^(١).

* ٤٦٦ - **مواز أنه تكون المصلحة أدبية** - على أنه إذا اشترطنا أن تكون هناك مصلحة شخصية للدائن، فلا نغنى أن تكون هذه المصلحة مادية حتماً، فقد تكون مجرد مصلحة أدبية: عطف الدائن على شخص يشترط لمصلحته، وحنوه عليه بسبب قرابة أو صلة خاصة، يكفي لتحقيق مصلحة شخصية لهذا الدائن، يتوافر بها قيام محل صحيح للالتزام.

وقد كان القانون الفرنسى القديم يشترط أن تكون المصلحة مادية، فلا يقوم التزام على مصلحة أدبية ^(٢). وسار على هذا رأى كثير من الفقهاء. وحجتهم في ذلك أن المصلحة الأدبية لا تقوم بمال، فإذا لم يقم الملتزم بالتزامه لا يمكن أن يطلب منه تعويض مالى عن خرقه لهذا الالتزام، ولا فائدة من وجود التزام ليس له جزاء. ويستخلصون من ذلك أن المصلحة الأدبية لا يمكن التعاقد عليها إلا تبعا لمصلحة مادية، فيشترط الدائن أمراً إضافياً ليس له فيه إلا مصلحة أدبية الى جانب ما اشترطه أصلاً من مصلحة مادية ^(٣).

على أن الفقه الحديث أخذ يهجر هذا الرأى، فعنده أن المصلحة الأدبية جدرة برعاية القانون كالمصلحة المادية. ويجوز للدائن الاقتصار على اشتراط أمر ليس له فيه إلا مصلحة أدبية، فإذا لم يقم المدين بالوفاء أجبر عليه، إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، وإلا حكم بتعويض

(١) وقد تكون مصلحة المشتراط مادية، كمنع حق في وقف يؤمن على حياته لمصلحة دائنه، أو أدبية، كآب يؤمن على حياته لمصلحة أولاده.

(٢) بوتييه في الالتزامات فقرة ١٣٨ وما بعدها.

(٣) أوبرى ورو ٤ ص ٥٤٥ - ديمولوب ٢٤ فقرة ٣٠٢ - لوران ١٦ فقرة ٨١ - بيدان فقرة ١٩٣ -

يودرى وبارد ١ فقرة ٢٩٣ - فقرة ٢٩٤

مالى تقوم به هذه المصلحة الأدبية . وتقويم المصلحة الأدبية بمال ليس أمرا مستحيلا ، فكثيرا ما يدخل في تقدير التعويض عن التزام ينشأ من عمل ضار ما أصاب الدائن من ضرر أدبي ، ولا معنى للتفريق بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية من حيث تقويم الضرر الأدبي بمال^(١) .

ويأخذ القضاء في فرنسا وفي مصر بهذا الرأي ، فيقدر تعويضا ماليا عن مصلحة أدبية فاتت الدائن ، أو ضرر أدبي أصابه ، من جراء خرق المدين لالتزامه^(٢) .

(١) بلانيول ٢ فقرة ٢٥٢ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٩٣ ديموج ٢ فقرة ٧٥٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٢١ — شوس (chausse) في مقال له في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٥ ص ٤٣٦ — دورفيل (Dorville) في المصلحة الأدبية في الالتزامات (رسالة من باريس سنة ١٩٠١) — فارن جوسران ٢ فقرة ٦٢٨ .

وقد تأثر الفقه الفرنسى في ذلك بالفقه الألماني (انظر ايرنج أعماله المختارة جز ٢ ص ١٤٥ — سالى في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٨ — ديموج ١ فقرة ٥) . على أن المادة ٢٥٣ من القانون المدنى الألماني تنص بأن الضرر الذى لا يكون ماديا لا يعوّض عنه بمال ، إلا في الحالات التى نص عليها القانون . وفي هذا يختلف القانون الألماني عن القانون الفرنسى . فالقضاء في فرنسا يقضى بتعويض مالى عن الضرر الأدبي ، دون أن يتقيد بحالات خاصة ، كما سياتى (انظر التعليق على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني م ٢٥٣ جزء أول ص ٣٧١ — ص ٣٧٢) .

(٢) محكمة باريس الاستئنافية في ٤ يولييه سنة ١٨٦٥ سيرييه ٦٥ — ٢ — ٢٣٣ — حكم آخر في ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ — ٢ — ٤٦٥ — محكمة الجزائر الاستئنافية في ٢٢ يونيو سنة ١٩٠٠ سيرييه ١٩٠٢ — ٢ — ١٢٨ — محكمة أميان الاستئنافية في ٤ أغسطس سنة ١٩٠٠ مجموعة أحكام أميان ١٩٠١ ص ١٧٨ — محكمة ليون الاستئنافية في ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٣ جاريث ليون التجارية في ٣٠ يونيو سنة ١٩٠٣ — محكمة النقض الفرنسية في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ٤٤٩ — حكم آخر في ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ — دالوز ١٩١٠ — ١ — ٢٨١ . فارن مع ذلك محكمة باريس الاستئنافية في ٢٧ مارس سنة ١٨٧٣ دالوز ١٨٧٤ — ٢ — ١٢٩ — محكمة النقض الفرنسية في ١٧ فبراير سنة ١٨٧٤ سيرييه ٧٤ — ١ — ٤٧٧

محكمة الاستئناف المختلطة ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ . ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٦ — ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ — ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ — محكمة الاستئناف الأهلية في ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٨٩ — محكمة النقض الجنائية الأهلية في ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٥ — حكم آخر في ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ ص ٧٥ — محكمة الاستئناف الأهلية في ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٨٩ — حكم آخر في ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ ص ١١١ — ٣٠٣ — حكم ثالث في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٣٢ — ١٢٢ — حكم رابع في ٣١ مايو سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص ٥٢ — حكم خامس في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٤ ص ٣١٠ — ٦١٥ — حكم سادس في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٠٩ ص ١٥ — محكمة النقض في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ٥١ ص ٦

المبحث الرابع - المحل قابل للتعامل فيه

(dans le commerce)

* ٤٦٧ - منى يعتبر المحل غير قابل للتعامل فيه - يرجع عدم قابلية المحل للتعامل فيه إما الى طبيعة هذا المحل، أو الى الغرض الذى خصص له، أو الى عدم مشروعيته لمخالفته لنص خاص فى القانون أو للنظام العام أو للآداب^(١).

* ٤٦٨ - ما يرجع لطبيعة المحل - فالشئ لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته اذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد، وذلك كالشمس والهواء والبحر، فهذه أشياء غير قابلة للتملك، فلا يجوز أن يتعاقد عليها. ويجب التمييز بين الشئ غير القابل للتعامل فيه بطبيعته والشئ المباح. فالأول هو ما قدمنا، والثانى هو شئ لا مالك له ولكنه قابل للتملك، كالطير فى الهواء والسماك فى البحر، ويملكه من يستولى عليه، ويستطيع أن يتعامل فيه، فيصلح أن يكون محلا للالتزام.

ويلاحظ أن الأشياء غير قابلة التعامل فيها بطبيعتها هى أشياء مستحيلة، فهى اذا لم تستوف الشرط الأول من شروط المحل. وهى بعد قد يصبح التعامل فيها ممكنا من بعض النواحي، فأشعة الشمس يحصرها المصور "الفتوغرافى"، والهواء يستعمله الكيمائى فى أغراضه، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للامتلاك. ففى هذه الأحوال تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة، وتصلح اذا أن تكون محلا للالتزام^(٢).

* ٤٦٩ - ما يرجع لغرضه الذى خصص له الشئ - وقد يكون الشئ قابلا بطبيعته للتعامل، ولكنه خصص لغرض يقتضى ألا يكون محلا للالتزام، وذلك كالأموال

(١) وهناك رأى يذهب الى وجوب التمييز بين عدم قابلية المحل للتعامل، ويحقق ذلك اذا كان عدم القابلية يرجع الى طبيعة المحل أو الى الغرض الذى خصص له، وبين عدم مشروعية الشئ، ويحقق ذلك اذا كان المحل مخالفا لنص فى القانون أو للنظام العام أو للآداب (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٢٤ ص ٣٠٢). وهذا الرأى يقتضى إذن أن يتوافر فى المحل، عدا قابليته للتعامل، شرط المشروعية.

وإذا توافر هذان الشرطان جاز التعامل فى الشئ، عقارا كان أو منقولا، ماديا أو معنويا، محققا أو شرطيا أو احتماليا (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٤٤).

(٢) دى هلنس كلمة الالتزامات (obligation) فقرة ٣٨ - هالتون ١ ص ٢٣٥ - ذفى فقرة ١٥٤ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ يونيو سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٥ ص ٢٧٣.

العامّة من طرق وشوارع وشواطئ وغير ذلك . فهذه أشياء لا يصح بيعها ولا التصرف فيها ، لأنها مخصصة لمنفعة عامّة ، وتخصيصها هذا يتنافى مع جواز التصرف فيها . ومثل ذلك أيضا المال الموقوف ، يجعل ريعه لسلسلة لا تنقطع من المتفعين ، وهذا التخصيص يقتضى ألا يجوز التصرف فيه مادام وقفا ، حتى لا تنقطع سلسلة الانتفاع به .

ويلاحظ أن مثل هذه الأشياء قد ينص القانون على عدم قابليتها للتعامل ، كما فعل القانون المصرى فى الأملاك العامّة (م ٢٥/٩ - ٢٦) وكما فعلت الشريعة الاسلاميّة فى المال الموقوف . ولكن نص القانون الذى يرد فى هذا الشأن انما هو تقرير لأمر كان يتقرر دون نص ، رجوعا الى ما يقتضيه الغرض الذى خصص له الشيء .

ويلاحظ أيضا أن عدم القابلية للتعامل هنا انما هو نسبي . فالأملاك العامّة اذا كانت لا تصلح محلا للتصرف ، فانها قد لا تصلح محلا للايجار ، من طريق الترخيص بشغل جزء من الطريق العام ، أو إعطاء احتكار للعبور بالناس من شاطئ الى آخر ، أو منح رخصة لاقامة حمامات أو "كابينات" على شواطئ البحار ، أو غير ذلك ^(١) . والمال الموقوف اذا كان لا يجوز بيعه ، فانه يجوز ايجاره ^(٢) . وكل هذا معقول ، فان عدم القابلية للتعامل انما يرجع للغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتنافى معه فهو جائز ، وبذلك يصبح الشيء صالحا لأن يكون محلا للالتزامات دون أخرى .

* ٤٧٠ - ما يرجع لعدم المشروعية - وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما الى نص فى القانون ، أو الى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب .

ونص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشيء يكون مبنيًا على اعتبارات ترجع للنظام أو للآداب ، فالقانون مثلا يحزم أن تزيد الفوائد على ٩٪ (م ١٨٥/١٢٥) ، وهذا التحريم يرجع إما للآداب ، باعتبار أن الربا الفاحش يتنافى مع الفضيلة ، وإما للنظام العام ، باعتبار أن فى الربا الفاحش إرهابا للدين والنظام العام يتنافى مع هذا الارهاق ^(٣) . فما ورد فيه نص

(١) انظر كتاب الايجار للؤلف فقرة ١٢٢ و فقرة ١٣٠

(٢) انظر كتاب الايجار للؤلف فقرة ٦٣

(٣) وقد يتفق شخصان على شيء مخالف لنص فى القانون ، ثم يلغى النص بعد ذلك ، فهل يعود الاتفاق مشروعا بالنا . =

يحترم التعامل فيه إنما هو في الوقت ذاته مخالف للآداب أو للنظام العام أو لهما معا . ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر، فآثر أن يورد له نصا، أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مؤديا للغموض والابهام، كالنص الذي يحرم التركة المستقبلية (م ٣٣٢/٢٦٣)، أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده، كما حدد الربا الفاحش، أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه، كما حظر المشرع المصري الاتجار في الحشيش والمخدرات^(١).

فيمكن القول إذاً أن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام أو للآداب، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد. فالمسألة إذاً تدور حول معرفة ما هو النظام العام وما هي الآداب التي لا تجوز مخالفتها، والتي أورد المشرع المصري فيها نصا عاما يقضى بأن يكون الغرض من التعهد فعلا جائزا (أى مشروعا) وشيئا يجوز التبايع فيه (أى التعامل) (م ١٤٩/٩٥)^(٢)، كما أورد فيها المشرع الفرنسي نصا عاما كذلك^(٣).

= النص المحترم؟ (انظر ايموس وارانجون مسائل في القانون المدني وفي القانون التجاري نمرة ٧٤) ونرى أن يعود الاتفاق مشروع، لأن الأصل أن تحترم ارادة المتعاقدين طبقا لمبدأ سلطان الارادة، وقد حال دون احترامها مانع وقتي، هو وجود قانون يحترم الاتفاق، فإذا زال المانع، رجعنا الى الأصل وهو احترام ما اتفق عليه المتعاقدان، بعد أن أصبح هذا الاتفاق غير محترم.

(١) دى هلنس لفظ الالتزامات (Obligations) فقرة ٣٨ — ذهني فقرة ١٥٤، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بيع أساحة غير مرخص بدخولها في مصر مخالف للقانون، ويكون باطلا، ولايستطيع من صدر هذه الأساحة أن يتقاضى الثمن من المشتري، إذا كان متواطئا معه (٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦).
وقد يكون نص القانون الذي يحترم التعامل في الشيء، هو حكم في الشريعة الإسلامية، مثل ذلك يحترم علماء الفقه الإسلامي أخذ أجر على تلاوة القرآن، وقد أخذت إحدى المحاكم المصرية بذلك، فقضت بأن تلاوة القرآن تعتبر عبادة لوجه الله تعالى، فلا يحق لمؤدّيها أن يطلب عليها أجرا، لمخالفة ذلك للشرع الشريف والآداب العامة (دكرس الأهلية في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٣ ع ١٥٥ ص ٢٣٥) — انظر مع ذلك حكم محكمة بنى سويف الجزئية الأهلية وهو يقضى بأن كل تعهد لا يخالف القانون ولا يخل بالنظام العام والآداب، بل قد جرت العادة على حصول مثله، يجب نقاذه، وفي حالة عدم قيام المتعهد به، يلزم بالتعويض. مثال ذلك: ما لو تعهد شخص لآثر بتلاوة القرآن الشريف ليالى رمضان تحت جعل معلوم، ولم يقم بهذا التعهد، فان للتعهد له حق طلب التعويض عن ذلك (٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٢٠٣). وهذا الحكم الأخير يتفق مع رأى بعض فقهاء المذهب الحنفى يجوز أخذ أجر على قراءة القرآن (انظر مبدوط السرخسي ١٦ ص ٣٧).

(٢) انظر أيضا المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

(٣) انظر المادة ٦ من القانون المدني الفرنسى، ونقضى بأنه لا يجوز، بطريق اتفاقات خاصة، مخالفة القوانين التي تمس النظام العام والآداب. انظر أيضا المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسى.

وكا ان المحل يجب أن يكون مشروعا كذلك يجب أن يكون السبب، وسنعرض لذلك فيما يلى (انظر م ١٤٨/٩٤ من القانون المدني المصرى وم ١١٣٣ من القانون المدني الفرنسى).

فاذا عرفنا النظام العام والآداب ، أمكن أن نقرر ما اذا كان نص معين في القانون يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وأمكن أيضا أن نقرر، حتى عند عدم وجود نص ما، ما اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام ، أو للآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام . وهذا ما نتولى الآن بحثه .

الفرع الثاني - النظام العام والآداب^(١)

(L'ordre public et les bonnes moeurs)

(أو مشروعية المحل (Caractère licite de l'objet)

* ٤٧١ - معنى اعتبار القاعدة من النظام العام - اذا تقرر أن قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام، فمعنى ذلك أن هذه القاعدة تكون ملزمة . وللإلزام هنا معنى أشد من الإلزام في أية قاعدة قانونية . فنحن نعرف أن كل القواعد القانونية ملزمة ، سواء كانت من النظام العام أو لم تكن^(٢) . إلا أن من هذه القواعد ما يستطيع المتعاقدان أن يعدلا منها باتفاقهما^(٣)، فهي ملزمة مالم يختارا أن يدخلها فيها تعديلا ، مثل ذلك القاعدة القانونية التي تقضى بأن البائع يضمن للمشتري تعرض الغير، فهي قاعدة ملزمة مالم يتفق البائع مع المشتري على ألا ضمان، ولا تعتبر هذه القاعدة من النظام العام، فيجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها . ومن القواعد القانونية ما هو ملزم، ولا يجوز للشخص أن يعدل فيه أو يخالفه ، لأنه معتبر من النظام العام^(٤)، مثل ذلك القاعدة التي تقضى بأن البائع يضمن للمشتري التعرض الشخصى الصادر

* المراجع : فارى سومير (Vareilles Sommières) في قوانين النظام العام وفي مخالفة القوانين سنة ١٨٩٩ - بارتان (Bartin) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب - سافاتييه (Savatier) آثار وجزاء الواجب الأدبي (رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦) - مارميون (Marmion) في قوانين النظام العام (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) - ريبير (Ripert) في القاعدة الخلقية في الالتزامات - تشافداروف (Chavdaroff) في الآداب (رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧) .

(١) انظر في هذا المعنى رينيه كاپيتان (René Capitant) في عدم المشروعية (L'illicite) جزء أول ص ٧٠ وما بعدها .

(٢) وهذه ما تسمى بالقواعد الاختيارية (facultatives) أو المفسرة (interprétatives) أو المبيحة (permissives) .

(٣) وهذه ما تسمى بالقواعد الآمرة (impératives) أو المانعة (prohibitives) أو نواع النظام العام (règles d'ordre public) .

منه ، فهذه القاعدة ملزمة للبائع ، وهى من النظام العام ، فلا يستطيع البائع الاتفاق مع المشتري على مخالفتها فيشترط ألا يضمن تعرضه الشخصى .

ومن ذلك نرى أنه لا يجوز الاتفاق على محل التزام يكون مخالفا للنظام العام . فكيف نستطيع أن نحدد ما اذا كانت قاعدة قانونية معينة تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، أو لا تعتبر كذلك فتجوز مخالفتها ؟

* ٤٧٢ - النص على اعتبار قاعدة منه النظام العام - يتفق أن بعض النصوص التشريعية تتضمن بيانا يرشد الى معرفة ما اذا كانت هذه النصوص تعتبر من النظام العام أو لا تعتبر . مثل ذلك ، انصت عليه المادتان ٣٢٤/٢٥٧ من أنه لا يجوز للنضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والأفوكاتية أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم لا كلا ولا بعضا من الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجوزون فيها وظائفهم ، فاذا وقع ذلك كان البيع باطلا ، وفى هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلا ، ويحكم ببطلانه بناء على طلب أى شخص له فائدة فى ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها . ونحن نرى من ذلك أن النص التشريعى المتقدم يعتبر من النظام العام ، فالاتفاق على بيع يخالف هذا النص يكون باطلا بطلانا مطلقا ، وقد نص المشرع صراحة على ذلك ، فيجب التسليم إذاً بأن القاعدة القانونية التى يتضمنها هذا النص تعتبر من النظام العام^(١).

وتنص المادتان ٣٥٢/٤٤٠ على أن المحيل لا يضمن يسار المدين فى الحال ولا فى الاستقبال إلا اذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين . ويتبين من هذا أن القاعدة القانونية التى تقضى بأن المحيل لا يضمن يسار المحال عليه ليست من النظام العام ، إذ يجوز الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المحال عليه فى الحال وفى الاستقبال ، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة ، فوجب اعتبار القاعدة القانونية التى يتضمنها هذا النص قاعدة ليست من النظام العام .

فلو أن كل القواعد القانونية تتضمنها نصوص تشريعية ، وبينت هذه النصوص ما اذا كانت هذه القواعد تعتبر أو لا تعتبر من النظام العام ، لكان حل مسألة النظام العام من أسهل

(١) أما اذا لم تكن هذه القاعدة من النظام العام ، لانتضى ذلك أن يكون بيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء باطل بطلانا نسبيا لمصلحة البائع الذى أريد حمايته ، وكان يزول البطلان بإجازة هذا البائع .

الأمر، إذ لا يكون علينا إلا الرجوع الى النصوص التشريعية، وهى التى 'تتكفل بالحل' ^(١). ولكن الواقع أن أكثر النصوص التشريعية لا تبين هذه المسألة، ثم ان كثيرا من القواعد القانونية لا تتضمنها نصوص تشريعية أصلا، فكيف يمكن أن نعرف علاقتها بالنظام العام؟

* ٤٧٣ - ما هو النظام العام - فالمسألة كما نرى لا يحدى فيها نص تشريعى، وهى من أكثر المسائل القانونية تعقيدا. فنحن نريد أن نعرف ما اذا كانت قاعدة قانونية معينة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، حتى يخضع لها الجميع ولا يجوز لأحد أن يخالفها، أو هى قاعدة اختيارية، لا يهم المجتمع أن يأخذ بها كل الناس، وكل شخص حر فى اتباعها أو فى تعديلها كما يشاء.

وما هو هذا النظام الأعلى للمجتمع الذى يتحتم على كل عضو عدم الخروج عليه؟ يوجد دون شك من القواعد القانونية ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع. وهذه المصلحة إما أن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية. والمصلحة الخلقية هى التى تقوم عليها الآداب العامة، ومن ذلك نرى أن دائرة النظام العام واسعة فهى تشمل الآداب. فمثل المصلحة السياسية ما تقوم عليه روابط القانون العام من دستورية وإدادية ومالية، فإن أكثر روابط هذا القانون تعتبر من النظام العام. ومثل المصلحة الاجتماعية ما تقوم عليه قواعد القانون الجنائى، ومن هذه القواعد أيضا ما يحقق مصلحة عامة خلقية. وهناك من روابط القانون الخاص ما يحقق مصلحة عامة اجتماعية كما فى كثير من القواعد القانونية المتعلقة بالعمل، أو مصلحة عامة اقتصادية كما فى القواعد التى تجعل التنافس حرا مفتوحا بابه للجميع.

* ٤٧٤ - النظام العام فكرة نسبية - ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فتؤثر فى القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فى الجليل والبيئة. وتوسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعا لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من آداب، وتبعا لتقدم العلوم الاجتماعية.

(١) وقد خيل لبعض الفقهاء أن هذا مستطاع (انظر هيك ١ فقرة ١٩٤ وما بعدها). وغنى عن البيان أن هذا ضرب من الخيال (انظر بلانيول ورييرواسمان ١ فقرة ٢٢٩ ص ٣٠٩).

كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره ؛ فالقاضي يكاد إذا يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة . بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة ^(١) .

* ٤٧٥ - عمق النظام العام بالمرزب الاشتراكي - ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق اذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية ، فان هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد ، فلا تدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحمي اذا كان ضعيفا ، ولا تكبح جماحه إذا كان قويا . فاذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي ، اتسعت دائرة النظام العام ، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد ، وتولى حماية الضعيف ضد القوى ، بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه ، وتصبح كثير من المسائل التي لم يكن يتعلق بها إلا مصلحة الفرد وقد تعلق بها المصلحة العامة ، اذ تصير كثير من المصالح الفردية يعني بها المجتمع ، ويحرص على تحقيقها باعتبارها مصلحة عامة للمجموع ^(٢) .

ونحن في العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرب بالعوامل الخلقية ، حتى صبح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية في القانون (socialisation et moralisation du droit) وما النظريات القانونية الحديثة ، كمنظريه سوء استعمال الحق ونظريه تحمل التبعة وتشريع العمال ونحو ذلك ، إلا أثر واضح لهذه النزعة المتغلبة .

٤٧٦ - إيراد تطبيقات على النظام العام - وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك . ويحسن في إيراد هذه التطبيقات أن

(١) ومن هنا كان البت فيما اذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ، تخضع لرقابة محكمة النقض . ولا شك في ذلك فيما يتعلق بالنظام العام ، وري أن ذلك صحيح أيضا فيما يتعلق بالآداب (انظر في هذا المعنى ديموج ٢ فقرة ٧٧٤ - محكمة النقض الفرنسية في أول مايو سنة ١٨٥٥ سريه ١٨٥٥ - ٣٣٧ - ١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٦ سريه ١٨٩٧ - ١ - ٣٩٧ ؛ ويرى الأستاذ بارتان في آابه الشروط المستحيلة ص ٢٤٧ أن البت فيما اذا كان اتفاق مخالفا للآداب يعتبر رافعا لا قانون) .

(٢) ومما هو جدير بالذكر أيضا أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة ، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ . وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام .

فصل ما كان منها مخالفا للنظام العام مما يخالف الآداب . وإذا كنا قد رأينا أن كل ما يخالف الآداب يخالف النظام العام ، إلا أن هناك فرقا بين اتفاق يخالف الآداب فيخالف بذلك النظام العام ، واتفاق لا يخالف إلا النظام العام . فالاتفاق الأول يناهض قاعدة خلقية غير ملزمة قانونا في الأصل ، وإنما يتوسل القانون إلى إيجاب احترامها بطريقة غير مباشرة ، من وراء جعل الاتفاق على ما يخالفها باطلا ، وإن كانت القاعدة نفسها لا تلزم ، مثل ذلك الامتناع عن الدعارة قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة ، فهو ينبح الاحتراف بالدعارة ولا يعاقب من يأتيها متى بلغ سنا معينة ولم يكن مكرها ، ومع ذلك فالاتفاق الذي يساعد على الدعارة (إيجار منزل للدعارة مثلا) يعتبره القانون باطلا^(١) . أما الاتفاق الذي يخالف النظام العام فهو يناهض قاعدة خلقية ملزمة ، مثل ذلك الاتفاق على تقاضى فوائد تزيد على الحد المسموح به في القانون . على أنه يلاحظ أن هناك اتفاقات تكون مخالفة للآداب ، وهي في الوقت ذاته مخالفة لقاعدة قانونية ملزمة تعتبر من النظام العام ، كما في الاتفاق على ارتكاب جريمة . وهذه علامة على أن القانون قد جعل من القاعدة الخلقية قاعدة قانونية ملزمة ، وأوجب احترامها بطريق مباشر^(٢) .

ونتولى الآن إيراد تطبيقات لاتفاقات تخالف النظام العام ، وأخرى تخالف الآداب .

المبحث الأول — الاتفاقات التي تخالف النظام العام

• ٤٧٧ — نظرات مختلفة في تحرير النظام العام — قدمنا أن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ، سواء كانت هذه المصلحة

(١) وقد يستعين القانون على جعل القواعد الخلقية تدخل في الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعي . فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة ، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا ، لا تكرا منه بل اعترافا بجميل عليه ، فالقانون بعد هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعا .

فالقانون إذا قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلا ، وقد يأمر ، بطريق غير مباشر أيضا ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل هذا الذي تأمر به التزاما طبيعيا في ذمة المدين .

(٢) وقد أورد الأستاذة بلانيول وريبير واسمان أمثلة على قواعد خلقية في سبيل أن تصير قواعد قانونية ، وإن لم تصبح كذلك بشكل بات ، كمنع الاتجار بالنفوذ وإبطال سندات المجاملة وتحريم الوساطة غير المشروعة في الزواج ، فهذه قواعد تتراوح بين أن تكون متعلقة بالآداب أو متعلقة بالنظام العام ، وهذا التردد آت من أنها قواعد خلقية لم تصبح قواعد قانونية بعد ، وإن كان سائرا في هذا الطريق (بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٢٢٨) .

سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . فحيث يعتبر القانون أن المصلحة التي تكفلها قاعدة قانونية معينة تعلو على مصلحة الأفراد ، وتسمو الى مقام المصلحة العامة ، وجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم ، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة .

على أن اعتبار مصلحة ما مصلحة عامة أو مصلحة فردية يختلف باختلاف النزعة المتغلبة على النظام السائدة ، هل هي نزعة فردية أو نزعة اشتراكية ، كما قدمنا . فإن كثيرا من المصالح تعتبر فردية في مذهب فردى ، وعامة في مذهب اشتراكي ، لذلك تضيق دائرة النظام العام أو توسع تبعا للنزعة المتغلبة كما سبق بيان ذلك .

وقد حاول البعض حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام ، وهذه نظرية فردية متطرفة ، يكذبها الواقع ، فإن النظام العام يتدخل دون شك في روابط القانون الخاص ، ولا يقتصر على دائرة القانون العام . وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية ، فالأولى تعتبر من النظام العام ، والأخرى تعتبر من المصالح الفردية يكون الشخص فيها حرا ينظمها على الوجه الذي يراه . وهذه أيضا نظرة ضيقة للنظام العام ، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة ، كما يتبين ذلك من التطبيقات التي سنوردها ^(١) .

والواقع أننا لا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى ، فهو شئ متغير ، يضيق ويتسع حسب ما يعدّه الناس في حضارة معينة "مصلحة عامة" . فلسنا بمستطيعين أن نضع قاعدة ثابتة تحدد "النظام العام" تحديدا مطلقا ، يتمشى على كل زمان ومكان ، لأن النظام العام شئ نسبي . وكل ما نستطيعه هو أن نضع معيارا يكون معيار "المصلحة العامة" ، وتطبيق هذا المعيار في حضارة يؤدي الى نتائج غير التي نصل اليها في حضارة أخرى .

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٢٦ — وبلاحظ الأستاذة الثلاثة أن التمييز بين الحقوق المالية وحقوق الأحوال الشخصية يصلح أساسا لبعض تطبيقات معروفة ، فقد يكون هناك حق لا يجوز النازل عنه لأنه من حقوق الأحوال الشخصية ، كحق البتة مثلا ، فهو معتبر من النظام العام ، ولكن يجوز النازل عن حق مالى مترتب على هذا الحق ، كالميراث بعد موت المورث (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٢٦ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٦) .

ولا يسعنا في هذا الباب إلا أن نورد تطبيقات لا نذكرها إلا على سبيل التمثيل، ولا نقصد بها أن نحصر كل مسائل النظام العام، وهى بعض النتائج التى نصل إليها من تطبيق معيار المصلحة العامة كما يفهمها جيلنا الحاضر، وكما يطبقها القضاء فى مصر وفى فرنسا فى الحضارة التى وصلنا إليها. وقد تُغير هذه التطبيقات، فيصبح من النظام العام ما لم يكن منه، ويصير مصلحة فردية ما كان قبل من النظام العام، إذا تغير فهمنا للمصلحة العامة بتطور الحضارة^(١). ونتولى إيراد هذه التطبيقات : (أولاً) فى دائرة روابط القانون العام. (ثانياً) وفى دائرة روابط القانون الخاص، سواء ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو ما اتصل بالمعاملات المالية.

المطلب الأول - روابط القانون العام

* ٤٧٨ - أنواع هذه الروابط - القانون العام ينظم روابط الأفراد بالدولة، كما ينظم روابط الهيئات العامة بعضها ببعض الآخر. وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية. ويشمل القانون العام القواعد الدستورية، والحريات العامة، والنظم الإدارية، والنظام القضائى، والنظم المالية للدولة، والقوانين الجنائية.

روابط القانون الدستوري :

* ٤٧٩ - فمن القواعد الدستورية ما يبين تكوين الهيئة التشريعية، والقاعدة الدستورية التى تقر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام، ولا يجوز لمرشح أن يتنازل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل، كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته، وكل اتفاق من هذا القبيل يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام.

كذلك النائب فى هيئة تشريعية حرقى تكوين رأيه فى المسائل التى تعرض على الهيئة التى ينتمى إليها، ولا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يعطى صوته لرأى معين، كما لا يجوز له

(١) ويتبين هذا بوضوح من مقارنة الحاضر بالماضى، فقد كان قبلاً يعتبر مخالفاً للنظام العام ما يعتبر الآن مشروعاً، وذلك كالتأمين على الحياة، وثقافات العمال، والوساطة فى الزواج، والتعاقد مع الهنافة، والتعهد بعدم الهنافة تعهداً دائماً الخ.

أن يتعهد بالتنازل عن عضويته . كل هذه الاتفاقات وما إليها تتعارض مع المصلحة العامة التي أريد تحقيقها من وراء الحكم النيابي، فهي باطلة بطلانا مطلقا لمخالفتها النظام العام .

الحريات العامة :

٤٨٠ - الحرية الشخصية وحرية الإقامة وحرية الزواج وحرية الاختصاص -
لا يجوز أن يتفق شخص مع آخر على أن يسترقه، أو على أن يستخدمه طول حياته (م ٤٠٢/٤٩٠ من القانون المدني المصري وم ١٧٨٠ من القانون المدني الفرنسي) .

كذلك لا يجوز أن يتعهد شخص بالإقامة في جهة معينة أو مع شخص معين طول حياته، فإن هذا يتعارض مع حرية الشخص في الإقامة . ومع ذلك يجوز أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة في جهة معينة، إذا وجد مبرر قوي لذلك التعهد .

وكل شخص حر في أن يتزوج أو لا يتزوج، فحرية الزواج من النظام العام، وكل قيد يرد على هذه الحرية باطل، ما لم يكن مبنيًا على مبررات قوية . ونستعرض هنا القيود المختلفة التي ترد على حرية الزواج لنطبق عليها هذا المبدأ . يمكن أن نفترض أن شخصا تعهد بالآلا يتزوج مطلقا، أو أن يتزوج حتما، أو ألا يتزوج بشخص معين، أو أن يتزوج بهذا الشخص المعين . هذه هي الفروض المتطرفة للقيود التي ترد على حرية الزواج، وقد ترد في عقد بين المتعهد وشخص آخر يهّمه أن يقيد حرية المتعهد في الزواج، أو بين المتعهد ونفس الشخص الذي تعهد هذا بالزواج منه، أو يرد القيد شرطا في وصية أو في هبة تعطى لمن أريد تقييد حريته في الزواج . ففي كل هذه الفروض يكون القيد باطلا، إلا إذا وجد سبب مشروع يبرره . فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقا، كان هذا التعهد في أغلب الأحوال باطلا، ومثله أن

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٧٦

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ سيرييه ١٩٢٥ - ١ - ٣٢ - محكمة رن الاستئنافية في ٧ مارس سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٣٠٥ مع تعليق بلانيول .

ويلاحظ أن التعهد بتحديد محل الإقامة، أو بعدم الإقامة في مكان معين، يجب ألا يكون من شأنه أن يعوق المتعهد عن كسب عيشه (بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٢ ص ٣٢٨) .

(٣) كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق ألا تزوج أصلا (محكمة باريس الاستئنافية في ١٣ يولييه سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٩٢) .

يتعهد شخص ألا يتزوج إلا بعد الحصول على ترخيص من شخص معين، ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحا في بعض الأحوال، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته، وكما إذا تعهد شخص بعدم الزواج إلا إذا رجع إلى رأى أبيه أو إلى رأى شخص ينظر في هذا الزواج إلى اعتبارات مشروعة ترجع لظروف الأسرة أو إلى مصلحة المتعهد نفسه^(١). وفي الأحوال التي يكون فيها التعهد صحيحا، لا يكون جزاؤه بطلان الزواج الذي يعقد مناقضا للتعهد، بل يدفع المتعهد تعويضا عن خرقه لتعهد، وقد يكون الجزاء أن يحرم المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له، أو من المعاش الذي رتب له ونحو ذلك^(٢). أما إذا تعهد الشخص بأن يتزوج حتما، فالغالب أن يكون هذا التعهد مشروعا، ويلتزم المتعهد بالزواج أو يدفع تعويضا أو يحرم من تبرع، ما لم يكن التعهد بالزواج مناقضا لواجب أدبي، كأن يلتزم مسلم متزوج بالزواج من امرأة أخرى وهو يعتقد أنه يسىء بذلك لامرأته الأولى من غير حق، ففي هذه الحالة يكون تعهد به باطلا لمخالفته للنظام العام، إذ أن هذا التعهد يقيد من حريته في عدم تعديد زوجاته. وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين، فهو غير مقيد بتعهد، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد، ولا يكون مسئولا بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل الضار لفسخه الخطبة في وقت غير لائق^(٣). ومثل ذلك أيضا أن يتعهد شخص بأن يتزوج شخصا من

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١١ نوفمبر سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٠٥ مع تعليق ريبير - محكمة باريس الاستئنافية في أول أبريل سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ٢ - ٧٧ - محكمة كان الاستئنافية في ١٦ مارس سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ٢ - ٢٣٧ - محكمة دويه الاستئنافية في ٢٢ يولييه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ٢ - ٣٤٤ - لوران ١١ فقرة ٥٠١ - هيك ٦ فقرة ٦٠ - لارومير مادة ١١٧٢ فقرة ٢٩ - بارتان ص ٢٥١ - والتون ١ ص ٣٢٨ و ص ٣٣٠ - ص ٣٣١

(٢) وفي قانون المعاشات ما يقضى بحرمان أرملة الموظف مما تستحقه من المعاش إذا تزوجت، وهذه حالة غير الحالة التي نحن بصدد، فالأرملة لم تتعهد بعدم الزواج حتى تؤخذ بتعهد، وإنما اعتبرها القانون مستحقة للمعاش إلى الوقت الذي نجد فيه زوجها آخر يكفلها.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن مبدأ حرية الزواج يقضى بأن يكون الطرفان في حل من العدول عنه، إلى أن يتعهد، والوعد بالزواج باطل حينئذ من الوجهة المدنية لمخالفته للنظام العام، وعدم الوفاء به لا يمكن أن يترتب عليه تعويض، ولا يقضى بالتعويض للطرف الذي حصل له الضرر إلا إذا نتج عن عدم الوفاء بالوعد ضرر مادي (٢٩ مايو سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ عدد ٣٨ ص ٧٧). وقضت محكمة الزقاق الأهلية (حكم استئنافي) بأن الوعد بالزواج لا يترتب عليه أى التزام قانوني، وذلك لأن في الزام المتعهد به مخالفة للنظام العام الذي يقتضى ترك الحرية للزواج إلى وقت العقد، ومن ثم فإن عدم الوفاء بهذا الوعد لا يترتب عليه تعويض ولو كان في شكل شرط جزائي، =

طبقه معينة أو من دين معين أو من جنسية معينة، فكل هذه قيود باطلة، ما لم يوجد من ظروف أسرة المتعهد أو أحكام دينه أو مصلحة وطنه ما يبرر هذه القيود. ويكون أخيراً باطلا تعهد الشخص ألا يتزوج من شخص معين، لا سيما إذا كان هذا التعهد يعوقه عن الزواج عملاً^(١)، ومع ذلك قد يكون مثل هذا التعهد جائزاً إذا وجد سبب يبرره، كما إذا كان هذا الشخص المعين يخشى ضرره على المتعهد^(٢).

وللشخص حرية الإيصاء في الحدود التي يقررها القانون، فله أن يوصي أو لا يوصي، وإذا أوصى فيجوز أن يوصي بثلث ماله لغير وارث في الشريعة الإسلامية، وله أن يعدل عن الوصية في أي وقت شاء قبل موته. وحرية الإيصاء هذه من النظام العام، فكل قيد يرد عليها باطل، كما إذا اتفق شخص مع ورثته على ألا يوصي لأحد بشيء من ماله، أو كما إذا أوصى شخص لغير وارث بشيء من ماله وتعهد بعدم العدول عن هذه الوصية، أو كما إذا تعهد شخص لآخر بأن يكتب له وصية قبل موته. كل هذه الاتفاقات باطلة، إما لأنها تقيد من حرية الإيصاء، وإما لأنها تعاقب على تركة مستقبلية وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٣).

= وللحكمة أن تحكم ببطالان عقد الوعد بالزواج من تلقاء نفسها (٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ عدد ٧٥). وقضت محكمة عابدين الجزئية بأن العقد الذي ينفق فيه شخص مع امرأة على أن يتزوج بها، وإن تأخرت تدفع له ألف فرش تعويضاً، مخالف للشرع والآداب، ويجب رفض الدعوى المقامة بشأنه لخلوها من الأساس القانوني، لأن سبب الالتزام باطل (٢٨ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٢١).

انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ — محكمة بورسعيد الجزئية المختلطة في ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ ص ٢٥ نمرة ٤٣

وهذه الأحكام تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، فالعدول فيها عن الخطبة جائز وقد ورد في المادة الرابعة من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا: الوعد بالنكاح في المستقبل ويجزئ قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعي بإيجاب وقبول لا يكون كل منهما نكاحاً، وللخاطب العدول عن خطبها، وللخطوبة أيضاً رد الخاطب الموعود بتزويجها منه، ولو بعد قبولها، أو قبول ولها إن كانت قاصرة، هدية الخاطب ودفعه المهر كله أو بعضه.

انظر أيضاً في هذا الموضوع أوبري ورو ٧ فقرة ٤٥٤ ص ٤١ هامش نمرة ٢٦ — والتون ١ ص ٣٢٧ — محكمة جرينويل الاستئنافية في ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ داللو ١٩١٠ — ٢ — ١٣٤

(١) أو كان المتعهد يجب عليه أدبيا الزواج من هذا الشخص المعين، بأن كانت بينهما صلات من قبل (انظر والتون ١ ص ٣٢٩).

(٢) والتون ١ ص ٣٢٨ و ص ٣٢٩

(٣) بودرى وكولان في الهبات والوصايا ٢٧٠٧ فقرة ٢٧٠٨ مكررة — لوران ١٤ فقرة ١٧٥ — والتون ١ ص ٣٢٢ — ٣٢٣

٤٨١ - **حرمة النفس والحرمة الأدبية** - وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . وعلى ذلك يكون باطلا كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة ، فالانفاق على المباراة أو الملاكمة أو المصارعة أو على إجراء عملية جراحية خطيرة لغير معالجة مرض بل لمجرد التجربة العلمية يكون باطلا^(١) .

وحرمة النفس الحرمة الأدبية ، لا يجوز انتهاكها . وعلى ذلك لا يصح أن يتنازل شخص عن حقه في الدفاع عن كرامته من عمل أو قول يخدش سمعته ، سواء كان التنازل قبل أو بعد صدور هذا العمل أو هذا القول . ولا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه ، حتى لو كان قد تنازل عن حقوقه المادية في مؤلفه^(٢) .

٤٨٢ - **حرية الرية والاعتقاد** - ويكون باطلا كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره ، كما إذا تعهد شخص بالدخول في دين معين ، أو بالخروج من الدين الذي ينتمى إليه ، أو بعدم الخروج منه ، أو بعدم الانتماء إلى أي دين ، أو بالانتماء ضرورة إلى دين ما . ويكون كذلك باطلا كل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير^(٣) .

٤٨٣ - **حرية الاجتماع** - وقد أصبحت حرية الاجتماع من النظام العام ، وأقرتها الدساتير الحديثة بنصوص صريحة ، فأصبح لكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره في هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات ، ما دام الغرض الذي تألفت

(١) ديموج ٢ فقرة ٨٠٣ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٢ ص ٣٢٦ - جارو في المجلة الدولية للقانون الجنائي سنة ١٩٢٤ ص ٢١٢ - محكمة النقض الفرنسية في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٠ جازيت دي باليه ١٩٢١ - ١ - ٦٨ - محكمة النقض بتوران (إيطاليا) في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٤ - مجلة القانون المدني ربع السنوية ١٩٠٨ ص ٧٣٤

وهناك ميل إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة . كالملاكمة والمصارعة ، لانشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها (ديموج ١ فقرة ٨٠٣ ص ٦٥٢ - ٦٥٣ - ومقاله في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٤ ص ٢٦٢ - محكمة دويه الاستئنافية في ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ داللو ١٩١٣ - ٢ - ١٩٨ - وسيريه ١٩١٤ - ٢ - ٢١٧ مع تعليق رو (Roux) .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٢ ص ٣٢٨ - ٣٢٩

(٣) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٢ ص ٣٢٩ - محكمة جرينويل الاستئنافية في ١١ أغسطس

سنة ١٨٤٧ سيريه ٤٨ - ٢ - ٧١٤

من أجله هذه الجمعيات مشروعا^(١) . وأكثرا ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق في الانضمام الى النقابة التي يختارها ، وهو كذلك في ألا ينضم الى نقابة ما .

على أن القضاء الفرنسي يميز بعض الاتفاقات التي تقيد من هذه الحرية . فقد قضى بصحة التزام أخذه العامل على نفسه ألا ينضم لاحدى النقابات ، فقيد العامل بذلك الاتفاق حريته في أن ينخرط في سلك النقابات التي يختارها^(٢) . وقضى من جهة أخرى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضمًا الى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل في أن يبقى بعيدا عن النقابات^(٣) .

* ٤٨٤ - حرية العمل والتجارة - لكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة . ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ، ولورضى بهذا الحرمان ، وإلا أغلق على نفسه أبواب الرزق ، وعجز عن العمل للقيام بأوده ، وهذا يتعارض مع النظام العام .

وأكثر ما تريد القيود الاتفاقية على حرية العمل والتجارة في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل . فإذا باع صاحب المتجر متجره ، فهو ملزم بضمان تعرضه بمقتضى عقد البيع ذاته ، ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجرا آخر يترفع به عملاء المتجر القديم ، وإلا كان متعرضا للمشتري ووجب الضمان . ولكن المشتري لا يكتفى عادة بهذا الضمان الذي يقرره القانون ، بل يشترط في عقد البيع أن يكف البائع عن العمل في هذا النوع من التجارة . كذلك كثيرا ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه في عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول ، فيأمن بذلك على أسرار الصنعة أن يستغلها العامل في منافسته بعد أن يكون قد أتم بها عنده .

(١) فلا يحتاج بحرية الاجتماع ، اذا كان الغرض من هذا الاجتماع غير مشروع ، كما اذا ألفت جمعيات لتهريب مالا يجوز التعامل فيه ، أو اذا اتفق المتجرون على منع المنافسة فيما بينهم على حساب المستهلكين كما سنبين ذلك فيما يلي .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٩ مارس سنة ١٩١٥ سيريه ١٩١٦ - ١ - ٧٢ - محكمة اكس الاستنافية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٨٥ مع تعليق بلانيول .

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٤٧ وسيريه ١٩٢٠ -

١ - ١٧ مع تعليق بنكاز .

فإذا تعهد شخص بالآلا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل ، وقد يكون هذا القيد مخالفا للنظام العام . ويبطل القضاء الفرنسي والقضاء المصري مثل هذا التعهد ، باعتباره مخالفا للنظام العام ، إذا كان مطلقا ، غير مقيد لا بزمان ولا بمكان . إما إذا قيد بزمان ، كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كأن يلزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين ، كان التعهد صحيحا . وهناك ميل من جانب القضاء الى العدول عن هذه القواعد الجارمة واستبدال

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢ يولية سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ١٧٥ — حكم آخر في ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٤٤ — حكم ثالث في ١٥ يونيه سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٠٠ — انظر أيضا بقية أحكام القضاء الفرنسي في هذا الموضوع في ديموج ٢ فقرة ٨١٥

وفي قضية استخدم صيدل مساعدا ، وافق معه على أنه اذا ترك خدمته لا يمارس مهنة الصيدلة مدة عشر سنين بأى شكل ما ، وإلا كان ملزما بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض ، وقد ترك المساعد بعد ذلك خدمة الصيدل واشتغل بصيدلية أخرى مجاورة للصيدلية الأولى ، فرفع المخدم الأول دعوى عليه مطالبا بإياه بالتعويض المتفق عليه ، فقضت محكمة مصر الكلية الأهلية بأن هذا التعهد لا يعتبر باطلا ، ولو أن فيه مصادرة لحرية التجارة ، حيث أن الحظر المتفق عليه بين المتعاقدين مقيد بزمان ومكان معينين ، فضلا عن أن الغرض منه غرض مشروع ، يقصده به منع الخادم من حرمان مخدمه من عمله ، وقررت أن التعهد واجب المراجعة ، سواء أخرج المخدم الخادم من خدمته أم تركها هذا يحض ارادته ، كما أنه لا يمكن اعتباره باطلا لسبب من أسباب الإكراه ، لعدم توفر أحكام المادة ١٣٥ مدني (مصر الكلية الأهلية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ع ١٢٠ ص ٢٥٠ — الحقوق ٢٩ ص ٤٢) . وفي قضية أخرى اتفق ابن مع أبيه أحد تجار القماش في المنيا ألا يشتغل في تجارة القماش ، أو يستخدم عند أحد التجار المشتغلين فيه في تلك الجهة ، في مقابل تعهد الوالد أنه ما دام على قيد الحياة يدفع لابنه شهريا مبلغا قدره مئتا قرش ، فقضت محكمة بنى سويف الكلية استئنافية بأن اتفاقا كهذا لا يعتبر باطلا ، لأنه لا يخالف النظام العام ، ولو أن فيه مصادرة لحرية التجارة ، إذ أن المصادرة كانت مقصورة على تجارة معينة ومحل معين . ولو أنها كانت لأجل غير محدود (بنى سويف في ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ عدد ٩٥ ص ١٨٤ الحقوق ٢٠ ص ١٠٨) . وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية بأنه بعد باطلا الشرط الذى يؤخذ على العامل في ألا يشتغل في أى مكان آخر بوجه عام في عمل مشابه . لما في ذلك من الاعتداء على حرية العمل ، ولا يسأل العامل في حالة مخالفة الشرط عن تعويض ما ، واذا تعهد العامل بدفع مبلغ عند المخالفة ، كان تعهده باطلا ، ولكن اذا أنصرف التعهد الى الحظر على الاشتغال في دائرة معينة في البلد أو في محل معين ، أو على الحظر في عدم الاشتغال في أى مكان لمدة معينة ، كان تعهده صحيحا (مصر الكلية الأهلية في ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٦٥٥ عدد ٣٢٥) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التزام المتعاقد ألا يباشر مهنة في مكان معين أو لمدة معينة . في مقابل منفعة حصل عليها ، لا يجاوز حدود الاتفاق المشروع ، ويكون الشرط صحيحا ملزما (١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٦) . وقضت في حكم آخر بأن كل اتفاق يخطر خطرا مطلقا على الشخص أن يكسب نفيه يكون مخالفا للنظام العام (٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢) . وقضت في حكم ثالث بأن الاتفاق على عدم الاشتغال بتجارة أو صناعة لا يكون غير مشروع ، ولو كان لمدة غير محددة ما دام محدد المكان ، أو كانت غير محدد المكان ما دام لمدة محددة (٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦) .

معياري مرن بها ، فلا يكون المدار في الصحة والبطلان أن يتقيد التعهد بزمان أو مكان أو لا يتقيد ، بل المهم أن يكون التعهد معقولا لا تعسف فيه ، ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازما لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقا من كل قيد زماني أو مكاني ، ويكون التعهد باطلا إذا زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة ، حتى لو كان مقيدا في الزمان وفي المكان . فالعبرة إذا بمعقولية التعهد لا بتقييده ^(١) .

ويتفرع على ما تقدم أن التصرف في العملاء جائز على النحو الآتي : يتعهد طبيب مثلا ألا يباشر مهنة الطب في جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد ، وهو الدائن في هذا التعهد ، لعملائه على اعتبار أنه خليفته ، ويصحب هذا التعهد في الغالب تنازل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المكان الذي جعل فيه "عيادته" ^(٢) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ أيار سنة ١٩١١ سيرة ١٩١٣ - ١ - ٢٥٣ (فان ديموج ٢ فقرة ٨١٥ ص ٦٧١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للخدم ، بقصد حماية مصالحه المشروعة ، أن يشترط على الخادم ألا يمارس مهنة في دائرة معينة عند انتهاء مدة خدمته ، ولكن يجب أن يكون هذا الشرط معقولا تبعا للظروف ، فالشرط الذي يخطر على الخادم الذي قدم من الخارج أن يمارس مهنة في مصر شرط تعسفي غير مشروع (٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٠) . وقضت في حكم آخر بأن كل عقد يفيد من حرية العمل يجب أن يقدر طبقا للظروف المتعلقة به ، فإذا كان تحديد القيد من حيث المكان بالبلاد المصرية يعتبر تحديدا واسعا غير مشروع بالنسبة لتاجر صغير ، فقد يكون تحديدا معقولا بالنسبة لتاجر كبير من تجار الصادرات أو الواردات (٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢) . وقضت في حكم ثالث بأن تحديد القيد من حيث المكان بجهة معينة يعتبر تحديدا واسعا غير معقول بالنسبة لشخص صناعته الحجام (٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ١٦٢ نمرة ١٤٦) . انظر أيضا حكم محكمة القاهرة المختلطة الجزئية في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٦٣ نمرة ١٤٩) .

انظر في هذا الموضوع ، في القضاء الانجليزي بنوع خاص ، كتاب المؤلف بالفرنسية في القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل ليون سنة ١٩٢٥ . انظر أيضا لا باتي (Labatut) في القيود الاتفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل في القضاء الفرنسي تولوز سنة ١٩٢٨ ، انظر أيضا ديموج ٢ فقرة ٨١٣ - فقرة ٨١٥ - بلانيول وريير واسمان ١ فقرة ٢٤٢ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٨ - والتون ١ ص ٣٣٤ - ص ٣٤٣

(٢) كان القضاء الفرنسي قدما يبطل عقود التنازل عن العملاء ، لأن مسألة العملاء مسألة شخصية تتعلق بشخص معين ، فلا يجوز لهذا الشخص التنازل عنهم إلى غيره من الناس (انظر محكمة السين الابتدائية في ٢٥ فبراير سنة ١٨٤٦ سيرة ١٨٤٦ - ٢ - ١٤٢ - محكمة باريس الاستئنافية في ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٤٧ سيرة ١٨٤٨ - ٢ - ٦٤) . ثم رجع القضاء عن هذا المبدأ ، وأجاز للطبيب أن يقدم طبيبا آخر لعملائه وأن يتعهد ألا يمارس مهنة الطب في دائرة معينة (محكمة دريه الاستئنافية في ٢٥ مايو سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٣٢ - محكمة فاني الاستئنافية في ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ٥ - ٧٦ - محكمة باريس الاستئنافية في ٢٠ يوليو سنة ١٩١١ جازيت دي باليه ١٩١١ - ٢ - ٣٠٨ - محكمة ليون الاستئنافية في ٢ يونيو سنة ١٩١٢ جازيت دي تريينو ٢٣ أغسطس سنة ١٩١٢) . فلا يكن القضاء يبطل إذا تنازل ورثة الطبيب =

النظم الإدارية :

* ٤٨٥ — كذلك النظم الإدارية تحقق مصلحة عامة، فهي إذا من النظام العام . ولا يجوز للأفراد، باتفاقات خاصة، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة .

وكثيرا ما يطبق هذا المبدأ على الموظف، فهو شخص مكلف بخدمة عامة، يجب عليه أن يقوم بها على الوجه الأكمل، دون أن يجعل وظيفته محلا للساومة، ودون أن يستغل هذه الوظيفة للحصول من ورائها على منافع غير مشروعة، ودون أن يقوم الى جانب الخدمة العامة التي يجب أن يكرس لها كل وقته بعمل تجارى محرم عليه .

أما انه لا يجوز للموظف أن يجعل وظيفته محلا للساومة، فيظهر ذلك في فروض مختلفة، منها أنه يحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن يتنازل عنها لآخر، على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يقبل التعامل فيه، فلا يصح أن تكون محلا لتصرف ما . كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته سواء رضى من وراء هذه الاستقالة الى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها^(١) . وكما لا يجوز للموظف أن يساوم على وظيفته، لا يجوز له أيضا أن يستغلها . فكل شركة بين الموظف وغيره من موظفين أو غير موظفين يراد بها اقتسام ما يحصل عليه الموظف من الربح في القيام بوظيفته تكون شركة باطلة . وكل اتفاق بين الموظف وغيره على أن يأخذ الموظف

== عن عملاء هذا الطبيب بعد موته (محكمة باريس الاستئنافية في ٢٥ يونيو سنة ١٨٨٤ سريه ١٨٨٤ — ٢ — ١٧٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٥٨) ، وما عدا هذا الفرض ، كان يجزئ التنازل عن العملاء بطريق غير مباشر كما تقدم ، ثم أجاز هذا التنازل بطريق مباشر ، فيصح أن يتنازل طبيب عن عملائه لطبيب آخر ، على أن يفسر هذا التنازل أنه من جهة الطبيب المتنازل تعهد بتقديم الطبيب الجديد للعملاء وعدم ممارسة مهنة الطب في جهة معينة (محكمة باريس الاستئنافية في ١٠ مارس سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ — ٢ — ٣٣٢ — هيك ١٠ فقرة ٥٨ — بودرى وسبينا في البيع فقرة ١٠٣ — ديموج ٢ فقرة ٧٥٣) .
وكمهمة الطب المهنة الأخرى (انظر ديموج ٢ فقرة ٧٥٤) .

و يقرب من القيود التي ترد على حرية التجارة أن يتعهد شخص بأن يعامل تاجرا معينا دون غيره من التجار ، ويبطل القضاء الفرنسي مثل هذا التعهد اذا لم يكن مقيدا لمدة محددة (محكمة دريه الاستئنافية في ١٥ يولييه سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٢٦ — ١ — ٤٠٠ في الهامش — محكمة ليسون الاستئنافية في ٢١ يونيو سنة ١٩٢٦ — سريه ١٩٢٦ — ٢ — ٦٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٢ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٨) .

(١) محكمة ليون الاستئنافية في ٢١ يولييه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ — ٢ — ٢٦٣ — محكمة باريس الاستئنافية في ٣٠ يناير سنة ١٨٥٧ سريه ٥٧ — ٢ — ١٠٨ — لارومبييرم ١٢٨ فقرة ١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٥٠ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٣٨ — والتون ١ ص ٣٣٠

جعلاً في مقابل قيامه بعمل هو ملزم بالقيام به دون مقابل بحكم وظيفته يكون اتفاقاً باطلاً ، سواء توافرت شروط الرشوة المعاقب عليها جنائياً أو لم تتوافر^(١) . وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال وظيفته فيجني من وراء ذلك ربحاً ، يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام ، فالقاضي وعمال القضاء عموماً محترمون عليهم أن يشتروا حقوقاً متنازعا عليها إذا كان النزاع يدخل في اختصاصهم (م ٣٢٤/٢٥٧) ، والمهندس المكلف بحكم وظيفته بالاشراف على "المقاول" لا يجوز له أن يتعاقد مع هذا "المقاول" على أن يقوم له بعمل خاص يراعى فيه أن يستفيد المهندس مستغلاً في ذلك مركزه في الوظيفة . وليس الأمر مقصوراً على الموظف ، فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقد باطلاً ، فاتفاق الوسيط مع شخص آخر على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو "مقولة" يرسو "العطاء" عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام^(٢) .

كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجاري محترم عليه^(٣) ، بل أن هناك من المهن كالطب والحاماة ، ما ينظم تنظيمياً إدارياً ، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة^(٤) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٥ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٢٠ - سيريه ١٩١٣ - ١ - ٤٩٧ مع تعليق ديموج :

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٥ فبراير سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ١٥٨ - حكم آخر في ١٥ مارس سنة ١٩١١ سيريه ١٠١١ - ١ - ٤٤٧ - حكم ثالث في ٣ أبريل سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٥ - ١ - ٧١ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٧٨ - بلانيول وريبير وامان ١ فقرة ٢٣٨ - والتون ١ ص ٣٠١ - ص ٣٠٢ وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن إعطاء الرتب والنياشين مسألة مرتبطة بالنظام العام ، فلا يجوز بيعها ولا شراؤها ، وكل مبلغ دفع للحصول عليها يعد رشوة إذا كان دفع لموظف ، وأما إذا دفع لغير موظف فدفعه محترم قانوناً لمخالفته للنظام العام ، كذلك التعهد بدفع مال مقابل السعي في الحصول على رتبة أو "نشان" يعد باطلاً لمخالفته للنظام العام (١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٥) . وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية بأنه مما يخالف النظام العام التعاقد على سعي شخص لانهالة آخر رتبة أو وساماً من رب الدولة ، لأن عنوانات الشرف هذه يجب أن تكون منزهة عن أن تمنح إلا باستحقاق من تمنح له ، وهذا الاستحقاق بقدرة من له السلطة في منحها ، فتل هذا التعاقد باطل (٥ يونيو سنة ١٩٠١ الحقوق ٦ ص ١٧٩ المجموعة الرسمية ٣ عدد ٢/٨٥) .

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ١٤ مايو سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٤٨٧

(٤) فلا يجوز لطبيب أو محام أن يتفق مع أحد الممولين على أن هذا يعطيه المال اللازم لإنشاء "عيادة" أو "مكتب" =

النظام القضائي :

* ٤٨٦ - من التفاضل والاختصاص المحاكم - والنظام القضائي في بلد يحقق في مجموعه "مصلحة عامة"، وكثير من أحكامه لا تجوز معارضتها باتفاقات فردية .

حق كل شخص في التفاضل يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز لشخص أن يتنازل مقدما عن هذا الحق إلا في الحدود التي يباح فيها التحكيم^(١) .

كذلك تحديد اختصاص المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها قد يعتبر في بعض الحالات من النظام العام، فإذا اعتبر كذلك كان هذا معناه أنه لا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص غير الاختصاص المقرر للمحكمة ، ويجوز لكل خصم رغما عن هذا الاتفاق أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وللقاضى أن يحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك^(٢) . وهناك اتفاق على أن تحديد وظيفة نوع من المحاكم، كالمحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية ، يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز أن ترفع دعوى على أجنبي أمام محكمة أهلية ، كما لا يجوز أن ترفع دعوى فيها كل الخصوم مصريون أمام محكمة مختلطة ، أو ترفع دعوى طلاق أمام محكمة أهلية ، حتى لو اتفق الخصوم على ذلك وارتضوه فيما بينهم . كذلك هناك اتفاق على أن الاختصاص المركزي أو المحلي للمحاكم لا يعتبر من النظام العام ، فيجوز أن يتفق الخصوم على رفع دعوى في غير محكمة المدعى عليه أو في غير محكمة العقار^(٣) . والخلاف في الاختصاص الموضوعي أو النوعي،

= بشرط أن يشترك معه الممول في أرباح مهنته ، فإن مثل هذا الاتفاق إنما هو انجاء بمهنة الطب أو مهنة المحاماة (بلانيول وريير واسمان ١٩٣٩) . كذلك لا يجوز للعالم أن يجعل وسيطا بينه وبين موكله ، ويجوز الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السمسرة يأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدلي على أن يرسل الطبيب عملاء للصيدلي ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم (محكمة باريس الاستئنافية في ٣١ مايو سنة ١٨٦٦ سيرة ٦٧ - ٢ - ٤٩) . ولا يجوز للعالم أن يأخذ في مقابل "أتعابه" جزءا من الحق المتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة ، واستغلال لضعف الموكل ، وسيأتي تفصيل هذا فيما يلي .

(١) والتون ١ ص ٣١٥ ، وانظر فيما يتعلق بخضوع عضو في أحد الأندية أو إحدى الجمعيات لاختصاص النادي أو الجمعية في توقيع غرامات عليه الى والتون ١ ص ٣١٦ - ص ٣١٧

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢

(٣) على أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ١٠٣) قضت بأن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص ان كان سببه أن العقار ليس داخل في دائرة اختصاصها .

فقانون المرافعات الأهلى يقرر أنه ليس من النظام العام (م ١٣٤) ، وقانون المرافعات المختلط يقرر عكس ذلك (م ١٤٩) . ومقتضى هذا أنه لو اتفق الخصوم على رفع قضية مدنية مستقلة أمام محكمة جنائية ، أو قضية جنائية أمام محكمة مدنية ، أو قضية جزئية أمام محكمة كلية ، أو قضية كلية أمام محكمة جزئية ، جاز هذا فى المحاكم الأهلية ، ولم يحز فى المحاكم المختلطة . وهذا ما دعاه فقهاء المرافعات المصريين الى الاعتراض على حكم القانون الأهلى فى ذلك ، ومن رأى البعض أن مثل هذا الاتفاق إذا قيد الخصوم فى المحاكم الأهلية ، فالمحكمة نفسها غير مقيدة به ، ولها أن تحكم بعدم اختصاصها ^(١) . كذلك قابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة فى حكم حضورى ، أو أن الاستئناف جائز فى حكم لا يقبل ذلك . أما إذا كان الحكم قابلاً للاستئناف فلا يجوز الاتفاق على رفع القضية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف فيتخطى الخصوم بذلك محكمة أول درجة . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذى يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة ^(٢) .

* ٤٨٧ — قواعد الإثبات — لم يتفق الفقه مع القضاء فى فرنسا على تحديد ما إذا كانت قواعد الإثبات تعتبر من النظام العام . فكثير من الفقهاء الفرنسيين يعتبرون هذه ^(٣) (١) وفى هذا يقول الأستاذ المرحوم أبوهيف : "وعندى أن عدم الاختصاص بالنسبة لمقدار الدعوى هو وحده الذى يمكن اعتباره غير ماس بالنظام ، أما عدم الاختصاص المنى على كون القضية رفعت لأول مرة أمام محكمة استئنافية أو على أن قضية مدنية رفعت الى محكمة جنائية بصفة مستقلة أو العكس ، فهذا ما لا يمكن اعتباره من شأن الأشخاص (وأن وجوب إبداء الدفع بعدم الاختصاص قبل ما عداه إنما يربط الخصوم دون المحكمة التى تبقى حرة فى النطق به من تلقاء نفسها) ، وإنما هو من شأن النظام العام ، وأن سكوت القانون عنه غير مقصود أصلاً ، أفستطيع محكمة الاستئناف الأهلية صبراً على نظار قضية ابتدائية قيمتها عشرة قروش أراد الخصوم أن يرفعوها اليها براضهم ، ودون أن تكون نظرت فى أول درجة ؟ — أو تصير محكمة الجنابات على رفع قضية مدنية أمامها لو قدمت بصفة مستقلة ؟ " (أبوهيف فى المرافعات طبعة أولى ص ٣١٢) . انظر أيضاً والتون ١ ص ٣١٠

(٢) أبوهيف فى المرافعات طبعة أولى فقرة ٥٥٩ و ٥٦١ و فقرة ١٢٢٨ — والتون ١ ص ٣١٢ . بل يجوز أن يتفق الخصوم على جعل قضية كلية من اختصاص القاضى الجزئى ويكون حكمه فى القضية نهائياً (انظر المادتين ٢٧/٢٩ من قانون المرافعات . أبوهيف فى المرافعات فقرة ١٢٢٨ ص ٦٣١ — والتون ١ ص ٣٠٩) . انظر فى هذا الموضوع محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٩ جازيت ٧ ص ١٣٦ نمرة ٤٠١ — حكم ثان فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢ — حكم ثالث فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٩ (٣) انظر لاروسبيير م ١٣٤٧ فقرة ١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥١٨ — كولان وكاچان ص ٢٢٥ — =

القواعد من النظام العام ، دون تمييز بين ما كان منها متعلقا بتعيين من يتحمل عبء الإثبات وما كان منها متعلقا بطرق الإثبات كتابة أو بينة أو غير ذلك . فلا يجوز أن يتفق الطرفان أن يتحمل أحدهما عبء الإثبات في فرض كانت القواعد العامة تضع هذا العبء فيه على الطرف الآخر، كما لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يكون الإثبات بالكتابة أو العكس . وهناك من الفقهاء من يميز القواعد المتعلقة بعبء الإثبات ، فلا يعتبرها من النظام العام ، عن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات وهذه هي وحدها التي تعتبر من النظام العام ^(١) . أما القضاء الفرنسي فيميل في مجموع أحكامه الى عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام ، دون تمييز بين قاعدة وأخرى ^(٢) .

أما في مصر فالفقه والقضاء متفقان على أن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات اذا كانت تجيز البينة فلا تعتبر من النظام العام ، ويجوز للطرفين أن يتفقا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة في هذه الحالة ^(٣) . فاذا كانت قواعد الإثبات تتطلب الكتابة فهناك من الفقهاء من يعتبر هذه

= ص ٢٢٦ — جوسران ٢ فقرة ٢٠٣ ص ١١٠ — ليال (Le Balle) في الاتفاقات المتعلقة بطرق الإثبات رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ ص ١٣٤

انظر عكس ذلك ديمولومب ٣٠ فقرة ٢١٥ — هيك ٨ فقرة ٢٩٠

(١) انظر سيسيور يانو (Sescioreano) في الاتفاقات المتعلقة بإثبات براءة المدين رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ ص ٣٩

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٩ يناير سنة ٢٨٦٥ دالوز ٦٥ — ١ — ١٦٠ — حكم آخر في ١٧ يولي سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ — ١ — ٦٦ — حكم ثالث في ٣٠ يولي سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥ — ١ — ٣٧٥ — حكم رابع في أول يونيو سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ — ١ — ٢٨٣ — حكم خامس في ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٥ — ١ — ١٣٧ — حكم سادس في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٧ — ١ — ٣٢٧ — حكم سابع في ٨ أغسطس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٨١ — حكم ثامن في ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٤٩ — حكم تاسع في ١٧ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ — ١ — ١٨٥ — حكم عاشر في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ١٥٨ — حكم حادي عشر في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٠

انظر في تحليل القضاء في فرنسا مذكرات الأستاذ برنان في تمييز الأحكام الآمرة والأحكام المفسرة ص ١٥٠ وما بعدها . بلانيول وريبير وجابولد في الالتزامات جزء ٢ فقرة ١٤٢٩

(٣) والتون ١ ص ٣١٩ الأستاذ محمد صالح في الالتزامات ص ٢٦٠ — أحد منشآت بك : رسالة الإثبات فقرة ٩٦ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ — حكم بر في ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤٠ — محكمة الأقصر في المحاماة ١ رقم ٦٠

القواعد من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة مقدماً، بل لا يجوز تنازل أحد الطرفين عن الإثبات بالكتابة أثناء رفع الدعوى، وللقاضى من تلقاء نفسه أن يرفض الإثبات بالبينة حتى لو قبلها الخصمان^(١). ويميز بعض الفقهاء بين الحالتين، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبينة حيث يكون الإثبات بالكتابة، ولكنه يجوز اتفاق الخصمين أثناء رفع الدعوى على الإثبات بالبينة ولو كان القانون يتطلب الكتابة^(٢).

يتبين مما تقدم أنه لا يوجد اتفاق فى هذه المسألة، لا فى مصر ولا فى فرنسا، ولا بين القضاء والفقهاء. على أن الخلاف أقل استحكاماً مما يظهر لأول وهلة. فالقضاء الفرنسى لا يعتبر قواعد الإثبات من النظام العام، ويتفق معه الفقه المصرى بوجه عام فى ذلك إلا فى مسألة واحدة، هى جواز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبينة حيث يكون الإثبات بالكتابة. فيمكن القول، بشئ من التعميم، أن عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام هو الرأى الذى يذهب إليه القضاء فى فرنسا، ويقول به الفقه فى مصر، ويصحح إليه القضاء المصرى فى بعض تطبيقاته، ولا يخالفه إلا الفقه الفرنسى دون أن تصل هذه المخالفة الى حد الإجماع. ونحن نؤيد هذا الرأى، لأن قواعد الإثبات اذا كانت فى الأصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتقاضى^(٣)، إلا أن هذا لا يمنع الخصوم اذا رأوا، فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية، ألا

(١) أحمد نشأت بك : رسالة الإثبات فقرة ٩٥ — دى هلتس جزء ثالث لفظ اثبات (Preuve) فقرة ٤٨ — وقد قررت لجنة المراقبة القضائية أن اثبات تعهد تجاوز قيمته ألف قرش لا يكون إلا بالكتابة، ولو قبل الطرف الآخر، ويجب على القاضى من نفسه أن يرفض الإثبات بالشهود (بمجموعة مذكرات ومنشورات لجنة المراقبة رقم ٣٤٨).

(٢) والتون ١ ص ٣١٨ — ص ٣١٩ — محمد صالح فى الالتزامات ص ٢٥٩ — ص ٢٦٠
ويقرب من ذلك ما قضت به محكمة مصر التجارية المختلطة من أنه لا يجوز الاتفاق سلفاً على التنازل عن توجيه اليمين الحاسمة، لأن اليمين الحاسمة قد تكون طريقة الإثبات الوحيدة التى تكشف الغطاء عن حقيقة عقد مخالف للقانون، كما لو ذكر سبب سند اذنى على خلاف الحقيقة، أو كان سببه باطلاً، فلا سبيل لاثبات الحقيقة إلا بتوجيه اليمين الحاسمة (٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ فقرة ١٦٣).

(٣) وعندما يتطلب القانون دليلاً كتابياً، يبرر الفقهاء ذلك عادة باعتبار ثلاث : (أ) حرص القانون على التقليل من المنازعات والخصومات، لأن الدائن اذا علم أن الدليل الكتابى واجب، حرص على الوصول اليه، فلا يصبح للدين مجال كبير لانكار الدين ومنازعة الدائن. وكذلك الأمر من جهة الدائن الذى لم يصل الى الدليل الكتابى المطلوب، فإن أمه فى كسب دعواه يكون ضعيفاً، فيبعد عن التفكير فى الالتجاء الى التقاضى. (ثانياً) عدم الطمأنينة الى شهادة الشهود، فان الذاكرة البشرية يتطرق اليها من عوامل الضعف ما لا يعترى الورق المكتوب، ولا يمكن الاحتراز من السهو والنسيان. (ثالثاً) عدم الثقة بالشهادة فى جميع الأحوال، فاحتمال شراء الشهود أو التأثير فيهم ليقرروا غير الواقع احتمال يتحقق فى كل يوم.

بأس عليهم من اتباع قاعدة دون أخرى أن يتفقوا على ذلك . فهم أحرار في تقدير ما يرونه صالحا ، ما دام الحق المتنازع عليه لا يمس النظام العام ، وهم قادرون على التنازل عن هذا الحق ، فيستطيعون من باب أولى رسم طريق خاص لاثباته . سيما أن القاعدة الأساسية في النظام القضائي هي حياد القاضي وتركه الخصوم يديرون دفة الدعوى كما يريدون في الحدود المشروعة . ومن رأينا أنه يجوز الاتفاق على تعيين من يتحمل عبء الإثبات ولو خالف ذلك القواعد القانونية المقررة . ويجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبينه . ويجوز الاتفاق على الإثبات بالبينه حيث يكون الإثبات بالكتابة ، سواء كان هذا الاتفاق وقت رفع الدعوى ، أو من طريق تنازل أحد الخصوم عن حقه في الاستمسك بالاثبات بالكتابة ، أو كان الاتفاق مقدما قبل قيام النزاع . ولا نستثنى إلا فرضا واحدا : حيث يكون الحق المتنازع عليه معتبرا من النظام العام ، كما اذا وقع نزاع على الزوجية ، أو البنوة أو نحو ذلك ، وكان القانون يتطلب طريقا معينا للإثبات ، فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على طريق آخر ، لأن الحق الذي يراد إثباته من النظام العام ، فيمتنع على الخصوم أن يحددوا عن الطريق الذي رسمه المشرع لإثبات هذا الحق ، مراعاة للاعتبارات التي لوحظت في جعل الحق من النظام العام . فالعبرة إذن ليست بقاعدة الإثبات نفسها ، بل بالحق الذي يراد اثباته .

النظم المالية للدولة

٤٨٨ - القوانين التي تفرضه الضرائب - ونظم الدولة المالية تحقق هي أيضا مصلحة عامة ، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف هذه القوانين . وبعدد داخلا في النظم المالية للدولة القوانين التي تفرض الضرائب والرسوم على مختلف أنواعها . فاذا قرر قانون ضريبة وجب دفعها ؛ وبعدد باطلا كل اتفاق يلتزم به الأفراد بعدم أداء الضريبة ، وإذا اقترن هذا الاتفاق بشرط جزائي كان الشرط باطلا أيضا .

وكما لا يجوز الاتفاق على الامتناع عن أداء الضريبة ، لا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملتزم بدفعها شخصا آخر غير الذي عينه القانون^(١) . لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على

= والاعتباران الأولان من شأنهما أن يجعلا القاعدة التي تتطلب الدليل الكتابي من النظام العام ، بعكس الاعتبار الثالث) انظر في هذا الموضوع بلانيول ٢ فقرة ١١٠٦ ، وانظر مذكرات الأستاذ بارتان (Bartin) غير المطبوعة في تمييز الأحكام الآمرة والأحكام المفسرة ص ٢٣١ - ص ٢٣٢) .

(١) محكمة السين الابتدائية في ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ١٧٠

أن يقوم الأخير منهما بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة ، بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة . ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يسبق المؤجر ، اذا كان هو مالك العين ، ملزما بأداء الضريبة لخزينة الدولة .

كذلك لا يجوز الاتفاق على إنقاص الضريبة أو على زيادتها ^(١) .

* ٤٨٩ - القوانين التي تنظم النقر والعملة - تعتبر هذه القوانين من النظام العام . فاذا رسم قانون نظاما للعملة وحدد قيمتها ، فلا يجوز للدائن أن يمتنع عن استيفاء حقه بهذه العملة ، وبقدر القيمة المفروضة لها ، ولو اتفق مع المدين على غير ذلك

وتطبق هذه القاعدة بنوع خاص في حالة ما اذا فرض القانون للعملة الورقية سعرا الزاميا (cours forcé) ولم يقتصر على أن يفرض لها سعرا قانونيا (cours légal) ، ويكون ذلك عادة عقب وقوع الأزمات ، وما يترتب عليها من التضخم (inflation) ، فيتزل سعر العملة الورقية عن سعر الذهب .

والأصل في نظرنا أن العملة الورقية ، اذا تقرر لها سعر قانوني ، وجب على الدائن قبولها ، حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامي . فالسعر القانوني وحده كافٍ لجعل الدائن يستوفي حقه من هذه العملة ، واذا امتنع عن ذلك ، فان الأمر لا يقتصر على إجباره على قبول الورق حتى لو اشترط الذهب أو قيمة الذهب ، بل يتجاوز هذا الى وقوعه في المسؤولية الجنائية ، اذ امتنع عن قبول عملة قانونية بالقيمة المفروضة لها ، وهذا ما تقضى به نصوص القانون الجنائي في مصر وفي فرنسا (انظر المادة ٣٣٩ من القانون الجنائي الأهلي والمادة ٣٣٣ من القانون الجنائي المختلط والمادة ٤٧٥ من القانون

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الاتفاق الذي يتعهد فيه الوصي بدفع ٢٪ من مقدار التركة ، في حين أن الرسم المستحق ليس إلا ١٪ ، لا يمكن لبيت المال الاحتجاج به ، لأن مثل هذا الاتفاق لا يكسبه حقوقا أكثر مما خوله له القوانين واللوائح (١٠ يونيو سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ عدد ٨ / ٢ - الحقوق ٢٠ ص ٢٣٢) . وقد يحاول المتعاقدان إنقاص الضريبة ، بأن يتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي ، حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد ، ففي مثل هذه الحالة تكون العبارة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصوري المكتوب . على أن الخزينة في مصر تأخذ رسوم التسجيل بنسبة ما فرض من الضريبة على العين المبيعة ، ولا تعتد بالثمن المذكور في العقد .

الجنائي الفرنسي^(١) . على أن المسألة ليست لها أهمية عملية ، إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامي ، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ، ولا يستوفيه إلا ورقاً ، يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أى وقت شاء .

فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامي ، ظهرت خطورة المسألة . لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامي تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية ، وتنقص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم . فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً ، فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لوجود السعر الإلزامي ، وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً ، فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . لذلك جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً أو ورقاً بقدر قيمة الذهب^(٢) ، أو بعملة أجنبية قيمتها ثابتة بالنسبة إلى الذهب^(٣) . فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً ؟ نرى أن ذلك لا يجوز ، وأن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، وأن العقد الذي

(١) فإذا كان القانون يعاقب من يرفض قبول العملة الورقية ، متى تقرر لها سعر قانوني ، فكيف يجوز للدائن أن يشترط على المدين أن يكون له الحق في رفض هذه العملة واستيفاء حقه ذهباً ، أى يتفق معه على ارتكاب جريمة يعاقب عليها القانون !

انظر من هذا الرأي أوربري وروالطة الخامسة ٤ فقرة ٣١٨ هامش نمرة ٩ ونمرة ١٤ — هيك ٧ فقرة ٣٩ — سافاتييه في تعليقاته في دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ٨٩ و ١٠٥ و ١٣٥ — بلانيول وريبير ٢ فقرة ٤٢٣ مكررة — بلانيول وريبير وجابولد في الالتزامات ٢ فقرة ١١٦٧ — مذكرات الأستاذ بارتان (Bartin) غير المطبوعة في التمييز بين الأحكام الآمرة والأحكام المفسرة ص ٥٣٦ — ص ٥٣٨ .

على أن الفقه الفرنسي قد أخذ بهجر هذا الرأي ، ويذهب إلى أنه يجوز للدائن أن يشترط استيفاء حقه ذهباً ، وأن السعر القانوني لعملة معينة ليس ملزماً إلا عند عدم اتفاق المدين مع الدائن على عملة أخرى ، وأن النصوص الجنائية التي تعاقب الدائن إذا لم يقبل عملة ذات سعر قانوني مقصورة على حالة ما إذا لم يوجد اتفاق بينه وبين المدين على استيفاء الدين بعملة معينة ، فيجبر الدائن في هذه الحالة على قبول أية عملة لها سعر قانوني ، ويكون مسئولاً جنائياً إذا رفض قبول هذه العملة ، أما إذا رضى المدين أن يوفى الدائن حقه بعملة معينة ، كالذهب ، فإنه يلتزم بوفاء دينه من العملة المتفق عليها ، ولا يكون الدائن معرضاً لمسئولية جنائية إذا استمسك بهذا الاتفاق (انظر ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٥٩ — لابييه في تعليقه في سيريه ١٨٧٢ — ٢٠ — ١٦١ و ١٨٧٣ — ١ — ٩٧ — جني (Gény) في مجلة القانون المدني ربع السنوية ١٩٢٨ ص ٨ و ص ٢٠ — جومران ٢ فقرة ٨٥٦ — فوستان هيل وشوغر في القانون الجنائي ٦ فقرة ٢٥٦٠ — جارو في القانون الجنائي ٦ فقرة ٢٨٤١ — ليون كان في تعليقه في سيريه ١٩٢٠ — ١ — ١٩٣) .

(٢) وهذا ما يسمى بشرط الذهب (Clause d'or) ، فيكون وفاء الدين بالذهب (payable en or) ، أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) .

(٣) انظر في العلاقة ما بين " شرط الذهب " و شرط الوفاء بعملة أجنبية كتاب الأستاذ لامبر (Lambert) في الديون المعقودة بعملة أجنبية باريس سنة ١٩٢٤

تضمنه هذا الشرط يكون باطلا كذلك اذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسي على التعاقد . ونحن في هذا الرأي نتفق مع القضاء الفرنسي ومع جمهور كبير من الفقهاء الفرنسيين .^(١)

وقد قدمنا أنه يكفي أن يكون للعملة الورقية سعر قانوني حتى يجبر الدائن على قبولها ، ولو اتفق مع المدين على غير ذلك . والعملة الورقية التي تقرر لها سعر إلزامي هي عملة مقرر لها سعر قانوني حتماً . على أنه اذا فرض أن ثبوت السعر القانوني للعملة الورقية لا يمنع الدائن^(٢)

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١١ فبراير سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ١٧٧ (مع تعليق بواسل Boistel) - سيريه ٧٣ - ١ - ٩٧ (مع تعليق لاييه) - حكم آخر في ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٢٥ - حكم ثالث في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ - سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٤١ (مع تعليق هيرت Hubert) - محكمة باريس الاستئنافية في ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ١٧ - حكم آخر في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥ - ٢ - ١١٥ - حكم ثالث في ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ - محكمة نيم في ٩ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ٢٨ - محكمة السين الابتدائية في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٣٠٧

(٢) أوبري وروالطة الخامسة ٤ فقرة ٣١٨ ص ٢٦٠ - كابتان في دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ باب المقالات ص ١٧ و ص ٣٢ سنة ١٩٢٧ ص ١ سنة ١٩٢٨ ص ٥٣ - ديموج في مقال له في جريدة مونتي العقود (Journ. des notaires) ١٩٢١ ص ١٣٧ سنة ١٩٢٣ ص ٩٧ - جيز (Jèze) في مقال له في مجلة العالم والتشريع المالي (Revue de science et de législation financière) ١٩٢٤ ص ٥ - ليون كان في تعليقه في سيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٩٣ - نوجارو (Nogaro) في مقال له في مجلة القانون المدني ربع السنوية (الفصلية) سنة ١٩٢٥ ص ٥ سنة ١٩٢٩ ص ٩٤٩ وفي مجلة الأسبوع القانوني (Semaine Juridique) ١٩٢٧ ص ٤٩٧ - بيرو (Perroud) كلييه (Clunet) ١٩٢٤ ص ٦٢٩ سافاتييه (Savatier) جازيت دالوز ١٩٢٤ ص ٨٩ - وتعليقه في دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ٨٩ و ١٠٥ و ١٥٣ سنة ١٩٢٧ - ٢ - ١٥٣ و ١٥٦ - بلانيول وريير وجابول في الالتزامات ٢ فقرة ١١٦٨

على أن كثيرا من الفقهاء يذهبون الى عكس هذا الرأي منهم لاييه في تعليقه في سيريه ١٨٧٢ - ٢ - ١٦١ و ١٨٧٣ - ١ - ٩٧ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٥ - بواسل (Boistel) في تعليقه في دالوز ١٨٧٣ - ١ - ١٧٧ - ديويش (Dupuich) في تعليقه في دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٣٧ - جني في مجلة القانون المدني ربع السنوية (الفصلية) سنة ١٩٢٦ ص ٥٥٧ سنة ١٩٢٨ ص ٥ - وجيمس رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ - لالو (Lalou) في تعليقه في دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ١٧ و ٩٧ و ١٩٢٦ - ٢ - ٦٩ ومقالة في مجلة بلجيكا القضائية (Belgique Jud.) سنة ١٩٢٥ - مائر (Mater) في مجلة قانون البنوك (Rev. de droit bancaire) ١ ص ١٩٣ و ص ٢٨٩ و ٢ ص ١٩٣ - مستر (Mestre) في مجلة (Le génie civil) ١٩٢٦ ص ١٨٤ - جورمان ٢ فقرة ٨٥٩

(٣) هذا ويلاحظ أن السعر الإلزامي لا يزيد شيئا في القيمة القانونية للعملة ، بل أن أهميته تظهر في العلاقة ما بين حامل الورق والمصرف التي أصدره ، فلا يجوز استبدال الذهب بالورق ، ولذلك أصبح سعره إلزاميا بالنسبة لحامله . وقد كان إلزاميا قبل ذلك ، منذ ثبت له السعر القانوني ، بالنسبة لمن يتعامل مع حامله .

(١) من أن يشترط استيفاء حقه ذهباً أو ما يعادل الذهب، كما يذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء، فإن تقرير السعر الإلزامي من شأنه أن يجعل هذا الشرط باطلاً، لأن القانون أراد بتقرير هذا السعر للورق أن يجعل له قيمة قانونية تعادل قيمة الذهب، وهو لا يستطيع ذلك إلا باحدى وسيلتين، إما بأن يجعل الورق قابلاً لأن يستبدل به الذهب في أى وقت، وفي هذه الحالة تكون قيمة الورق الاقتصادية هي نفس قيمته القانونية وهي معادلة لقيمة الذهب، ويقتصر الأمر في ذلك على أن يكون للورق سعر قانوني. وإما بأن يمنع استبدال الذهب بالورق، ويجبر الناس على التعامل بالورق حسب القيمة المفروضة له، وفي هذه الحالة تكون قيمة الورق الاقتصادية أقل من قيمته القانونية ودون قيمة الذهب، ويجب لتحقيق ذلك أن يتقرر للورق سعر إلزامي. فالغرض من تقرير السعر الإلزامي إذاً هو إعطاء الورق قيمة قانونية معادلة لقيمة الذهب، فينعدم الفرق بين الورق والذهب في نظر القانون. ويجب أيضاً أن ينعدم هذا الفرق في نظر الأفراد، لأن القانون إنما أراد هذا لمصلحة عامة، ترجع إلى نظام النقد في البلد، وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها. (٢)

(١) وقد سبقت الإشارة اليهم .

(٢) ويقال عادة لتأييد هذا الرأي أن هناك نصاً صريحاً في كل من القانونين المصري والفرنسي (م ٤٧٤/٥٧٧ مصرى وم ١٨٩٥ فرنسى) يقضى بأن المدين يلتزم برد ما افترضه من النقود، بعين مقدارها العددي، أيا كان اختلاف أسعار المسكوكات الذى حصل بعد وقت العارية (انظر أيضاً المادة ٢٤ من المشروع الفرنسى الايطالى وهى نص عام يتناول كل التزام أيا كان مصدره. وانظر فى الشريعة الاسلامية المادة ٨٠٥ من كتاب مرشد الحيران، وقد ورد فيها ما يأتى : "وإن استقرض شيئاً من ... المسكوكات من الذهب والفضة، فرخصت أسعارها أو غلت، فعليه رد مثلها، ولا عبرة برخصها وغوها). (انظر بلانيول وريبير وجابولد فى الالتزامات ٢، فقرة ١١٧٠ ص ٥٠٥).

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسى إنما يبطل "شرط الذهب" فى المعاملات الداخلية فى فرنسا، أما فى المعاملات الخارجية، وهى التى تقتضى خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها، كما إذا صدر تاجر فرنسى بضاعة الى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج، وكما إذا عقدت دولة قرضاً فى أسواق أجنبية، فإن "شرط الذهب" يكون صحيحاً. وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسى أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب، فليس هذا التعادل إلا اعتباراً، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا فى المعاملات الداخلية حيث يسيطر سلطان المشرع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً، أما فى المعاملات الخارجية فالذهب وحده هو العملة الثابتة ولا ينفذ اعتبار المشرع فى غير بده وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون مشروعاً (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١٠ - ٤١ - محكمة بوردر الاستئناف فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ٦ - محكمة باريس الاستئناف فى ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ - حكم آخر فى ٩ يولييه سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٥٣٧ - حكم ثالث فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ - ٩ - محكمة بيزانسون الاستئناف فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ٢ - ٥٥ =

وهذا ماقرره المشرع المصرى فى المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، فقد قضى هذا المرسوم بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب (وهذا هو السعر القانونى) ، وبأن البنك لايجب على إبدال الورق بالذهب (وهذا هو السعر الإلزامى) . وبأن وفاء الديون بهذه العملة الورقية يعتبر وفاء بالذهب ، حتى لو وجد شرط يقضى بعكس ذلك ، سواء كان هذا الشرط موجودا قبل صدور المرسوم أو جدد بعد ذلك^(١) .

= وقد أيد المشرع الفرنسى وجهة نظر القضاء فى هذا الموضوع . فقد صدر قانون ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٨ يلغى السعر الإلزامى للعملة الورقية ، وبقى لهذه العملة السعر القانونى . وعلى ذلك يصبح "شرط الذهب" فى المستقبل صحيحا على رأى الرأى الرابع ، ولكنه عديم الفائدة بعد إلغاء السعر الإلزامى . أما فى الماضى فقد قضى القانون المذكور بصحة الشرط فى المعاملات الخارجية (paiements internationaux) (انظر بلانيول وريسير وجابولد فى الالتزامات ٢ بقرة ١١٨٠ — بقرة ١١٨٥ — جوسران ٢ بقرة ٨٦٠ مكررة) .

(١) ولكن بالرغم من صراحة هذا النص ، تقضى المحاكم المختلطة فى كثير من أحكامها بأن "شرط الذهب" صحيح . وهى تجزئ أحكام المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، فقيه حكمان ، وهما اللذان يقرران السعر القانونى والسعر الإلزامى لأوراق البنك الأهلى ، ينفذان على الأجانب دون حاجة لموافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، لأنها صادرة من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة . أما الحكم الثالث ، وهو الذى ينص على بطلان "شرط الذهب" ، فلا ينفذ على الأجانب فى رأى هذه المحاكم لأنه لم يصدر من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، وهو يتناقض مع المادة ١٤٩ من القانون التجارى المختلط التى تقضى بأن وفاء الكيالة يكون بالعملة التى تذكر فيها ، فوجب إذن الحصول على موافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، طبقا للمادة ١٢ من القانون المدنى المختلط ، حتى يكون هذا النص ساريا على الأجانب ، وهذا ما لم يحصل . فمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ لا يطبق إذن على الأجانب إلا فيما قرره من السعر القانونى والسعر الإلزامى لأوراق البنك الأهلى ، وتقرير هذين السعرين لا يكفى فى نظر المحاكم المختلطة ، بل عمل "شرط الذهب" باطلا . أما المادة ٥٧٧ من القانون المدنى المختلط (الخاصة باقتراض نقود وردها حسب مقدارها العددي دون سعرها الحقيقى) ، فنقصرها هذه المحاكم على المسكوكات (argent en numéraire) ، وترأها نصا استثنائيا لا يجوز التوسع فيه ، فلا تتجاوز المسكوكات الى العملة الورقية . وتذهب بعض الأحكام المختلطة الى أن مرسوم سنة ١٩١٤ إنما حرم شرط الوفاء بالعملة الذهبية ، ولكنه لم يحرم شرط الوفاء بالعملة الورقية بقيمة معادلة لقيمة الذهب . وإلى ذلك ذهب الأستاذ ارمانجون فى مقاله المنشور فى مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ ص ٤٢٠ — ص ٤٢٣ ، وقد خالف هذا رأى الأستاذ عبد الحكيم الرفاعى فى مقاله المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٣١ وما بعدها . (انظر فى أحكام المحاكم المختلطة محكمة اسكندرية الكلية فى ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٥ نمرة ٢٨٢ — حكما آخر فى ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٦ نمرة ٢٨٢ — محكمة مصر الكلية فى ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٧ نمرة ٢٨٣ ، وانظر تعليقا على هذا الحكم ينتقد تجزئة أحكام مرسوم سنة ١٩١٤ ، ويقرر أن هذه الأحكام إما أن تعتبر جميعها صادرة من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، فهى تسرى على الأجانب دون حاجة لموافقة محكمة الاستئناف المختلطة ، وأما ألا تعتبر كذلك ، فتجب موافقة المحكمة عليها جميعها حتى تسرى على الأجانب ، أما التجزئة فلا تجوز . ويبدى صاحب التعليق دهشته من أن القضاء المختلط لا يبطل "شرط الذهب" مع أن القضاء الفرنسى يبطل هذا الشرط تطبيقا لقانون ٥ أغسطس سنة ١٩١٤ ، وهو فى نصوصه أقل صراحة من مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ولم يرد فيه نص صريح =

القوانين الجنائية :

* ٤٩٠ - ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة، لأن ذلك يعدّ

= على بطلان "شرط الذهب" كما ورد هذا النص في مرسوم سنة ١٩١٤ . انظر أيضا أقوال النباة المختلطة في هذا الموضوع، وهي تذهب الى بطلان "شرط الذهب" (جازيت ٢٣ ص ٢٦٠ - ص ٢٦٢) .

على أن محكمة اسكندرية الكلية المختلطة أصدرت حديثا حكما في ٣ مارس سنة ١٩٣٤ ذهبت فيه الى بطلان "شرط الذهب"، والى أن أحكام مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ تعتبر جميعها نافذة على الأجانب . وقد جاء في حيثيات هذا الحكم الهام : "إنه يجب ملاحظة أن مصر دولة مستقلة تتمتع بحق السيادة في بلادها ودخل حدودها، وفي سبيل تمتعها بهذا الحق، يكون لها على جميع السكان من مصريين وأجانب، مهما كانت جنسيتهم، السلطة العليا، طبقا لنص المادة ١١ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة التي تستثنى أعمال السيادة من أن تكون محل نظر المحاكم المختلطة . ولا يمكن النزاع في صحة هذا المبدأ بحجة أن الأجانب معفون من التشريع المحلي، ويمتنعون بمزايا معروفة باسم الامتيازات الأجنبية، التي ورثت مصر عنها لأنها كانت جزءا من السلطنة العثمانية السابقة، ولأن هذا النظام الذي قبله الباب العالي ومنحه للأجانب لم يتضمن بالنسبة لهم سوى حالة استثنائية، لا تخرجهم من الخضوع لحقوق السيادة المحلية، إلا فيما يتعلق بالمزايا الخاصة المنصوص عليها دون سواها . ولا شك أن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل في متناول أعمال السيادة التي يحق للحكومة تنفيذها على جميع السكان، لأن هذا المرسوم قد صدر من الحكومة من أجل صون المصالح العليا للدولة، وتثبيت المركز المالي للبلاد، وهذا واجب مفروض على الحكومات لتتمكن من إدارة البلاد والقيام بمهمتها . وقد أصدرت الحكومة هذا المرسوم باعتباره قانونا من قوانين العملة، وقوانين العملة معترف في القانون العام وفي كل بلاد العالم بأنها إحدى خصائص سيادة الدولة . فسك النقود، وتحديد أوزانها، وتعيين قيمتها من أعمال الحكومات التي تفعل ذلك من أجل مصالح البلاد كلها بغير نظر للأشخاص الذين يستعملون النقود . ولذا فكل قانون يصدر من الحكومة تحقيقا لهذا الغرض السامي يكون ملزما لجميع السكان بغير تفریق . وتعدّ قوانين العملة من القوانين النظامية الدولية العامة الواجبة التطبيق على جميع الأفراد بمجرد صدورها، وقد نص مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ على بطلان كل اتفاق يفرض على المدين الدفع بالذهب . ان المادة ١٤٨ و ١٤٩ مدني مختلط تجعل المصلحة العامة مفضلة على المصلحة الشخصية . أما القول بأن قانون السمر الإلزامي مناف لحرية التعاقد والاتجار فهو قول لا يقوم على أساس، لأن للشرع الحق في إصدار القوانين النظامية المقيدة للحرية ولمصلحة المجموع . وقوانين العملة من هذا النوع، وهي واجبة التنفيذ . ولننظر ماذا كان يترتب على عدم إصدار قانون السمر الإلزامي، كان يترتب على ذلك سقوط الثروة الأصلية، وهبوط ثروة الحكومة، وتبليبل الأفكار، وانتشار الذعر، وصعوبة المعاملات الخ" . (انظر الحكم منشورا في جريدة الأهرام عدد ٧ مارس سنة ١٩٣٤، ولم ينشر ال وقت كتابة هذه السطور في مجلة قانونية) .

وأما هذه الأحكام المتناقضة من المحاكم الكلية المختلطة، لم يبق إلا انتظار حكم من محكمة الاستئناف يت في هذا الموضوع الخطير . (ومع ذلك يستأنس بالأحكام الآتية في معنى صحة "شرط الذهب" محكمة الاستئناف المختلطة ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٢ - حكم آخر في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٦ - حكم ثالث في ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٩١ - وفي معنى البطلان محكمة الاستئناف المختلطة ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤ ص ١١٢) .

أما قضية الدين العام المعروفة، فهي لا تزال معروضة على محكمة الاستئناف المختلطة، ولم يكن البحث فيها أمام محكمة مصر الكلية دائرا حول صحة أو بطلان شرط الوفاء بالذهب طبقا لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤، بل حول

مخالفا للنظام العام . مثل ذلك أن يتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة ^(١) . كذلك يعد باطلا الاتفاق الذى ياترم بمقتضاه شخص ألا يقدم ^(٢) نغا عن جريمة ارتكبت ، أو أن يساعد على إخفاء الجريمة بكتمه معلومات توصل إلى كشف الحقيقة ، أو بتقريره غير الواقع ، أو بآية وسيلة أخرى ^(٣) .

= وجود هذا الشرط أو عدم وجوده ، فقد ذهبت الحكومة المصرية والنائب العام أمام المحاكم المختلطة إلى أن "شرط الذهب" الوارد في المادة الثالثة من قانون ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ إنما يتعلق بكيفية الوفاء (modalités du paiement) لأصل الدين (substance de la dette) ، ولم تأخذ المحكمة بهذه النظرية ، واعتبرت أن "شرط الذهب" متعلق بأصل الدين ، أى أنها قضت بوجود شرط الوفاء بالذهب ، وحكمت بمقتضى هذا الشرط على الحكومة المصرية بأن تدفع أرباح السندات بقيمة الذهب (انظر حكم محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢١ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٦٢ نمرة ٢٨٤ ، وانظر أقوال النائب العمومي المستفيضة في هذه القضية في الجازيت ٢٣ ص ٢٦٧ — ص ٢٨٠) . ويؤخذ ضمنا من هذا الحكم أن شرط الوفاء بالذهب صحيح في نظر محكمة مصر المختلطة . وقد يقال أن القضاء الفرنسى كان يحكم أيضا بصحة هذا الشرط ، في قضية كفضية الدين العام تنطوى على معاملات خارجية دولية (paiements internationaux) . ولكن يلاحظ أن القضاء الفرنسى كان يفسر قانون ٥ أغسطس سنة ١٩١٤ ، وليس فيه نص صريح يقضى ببطالان "شرط الذهب" فيز بين المعاملات الداخلية حيث يقضى ببطالان الشرط ، والمعاملات الخارجية حيث يقضى بصحته . أما القضاء المختلط فهو أمام مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ولا شك في مريانه على الأجانب في جميع أحكامه ، وهذا المرسوم يتضمن نصا صريحا يقضى ببطالان "شرط الذهب" دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية . ولو أن هذا القانون وجد في فرنسا لكان من المحتمل كثيرا أن تنقض المحاكم الفرنسية ببطالان "شرط الذهب" دون تمييز ، والدليل على ذلك أن القانون الفرنسى الصادر في ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٨ ، عند ما أراد اعتبار "شرط الذهب" صحيحا في المعاملات الخارجية ، نص على ذلك صراحة في المادة الثانية . وإذا كان رجال الاقتصاد يقولون بوجود التمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، فإن هذا التمييز محلله التشريع (كما رأينا في التشريع الفرنسى المشار إليه) ، فإذا لم يورد المشرع تمييزا وكان حكمه صريحا (كما فعل المشرع المصرى في سنة ١٩١٤ وكما فعل المشرع الأمريكى أخيرا : انظر مقالا في التشريع الأمريكى للاستاذ عبد الحكيم الرفاعى في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة) ، فعلى القاضى أن يطبق التشريع كما هو لا كما يجب أن يكون . واللوم ، إن كان هناك محل له ، إنما يقع على المشرع لا على القاضى .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠٩ . بل لا يستطيع من ارتكب الجريمة أن يرجع على الغير بقدر ما انتفع من الجريمة . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه ليس لمن يخالف القانون أن يستعين بسلطة القانون على الاستفادة من مخالفته ، وعليه فليس لمن يأتى جريمة انتفع منها الغير أن يطالب هذا الغير بمقابل هذا الانتفاع ، كما لو حاز شخص مالا بطريق الخيانة له ولعائلته ، وانتفعت عائلته بربعه ، ثم نزع هذا المال منه مع ريعه السابق ، فلا حق له في الرجوع على عائلته بقيمة ما انتفعوا به (١٥ يونيو سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٤ ص ٢٤٢) .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ١٢ — محكمة باريس الاستئنافية في ١٥ مايو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ — ٢ — ٧٨ ، ولكن هذا لا يمنع المحنى عليه من أن يصطلح مع الجاني على قيمة التعويض المدنى ، كما إذا اتفق زوج امرأة زنت مع شريك هذه المرأة على قيمة التعويض الذى يطالب به (محكمة عابدين ٧ يونيو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ع ٣٤٧ ص ٣١٤) .

(٣) وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية بصفة استئنافية بأن السند المحرر لإخفاء جريمة ودوره التهمة عن =

ويعتد باطلا أيضا الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية^(١)، والاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائيا على شخص آخر^(٢).

ولا يجوز بموجب اتفاق خاص ما بين الأفراد، أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون، كأن يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديدا، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة مبنية على سبيل الحصر (م ٢٩٦ من القانون الجنائي الأهلي)^(٣).

المطلب الثاني — روابط القانون الخاص

* ٤٩١ — هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، أو داخلية في دائرة المعاملات المالية.

§ ١ — الأحوال الشخصية

* ٤٩٢ — **بعض روابط الأموال الشخصية** — كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة، ويعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم.

فالحالة المدنية للشخص، وأهليته، وعلاقته بأسرته، أمثلة على ما تقدم.

= متهم بالحريق عمدا باطل، لا بئثانه على سبب غير جائز قانونا (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ عدد ١٧ ص ٣٣ — الحقوق ٢٢ ص ٦٠) — وقضت محكمة كفر الشيخ بأنه إذا كان الغرض من الاتفاق عدول المبلغ عن تقرير الحقيقة، بقصد إخفاء جريمة أو درء شبهة عن متهم، كان باطلا، لما في ذلك من المخالفة للقانون والمساس بالنظام العام (٢٠ يونيو سنة ١٩٢٧ محاماة ٨ ص ٨١ رقم ٤٤) — انظر أيضا في هذا الموضوع والتون ١ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٦

(١) فإذا اتفق المؤلف مع الناشر على أن الأول يتحمل ما عسى أن يتعرض له الناشر نفسه من مسؤولية مدنية وجنائية من جراء نشر كتاب المؤلف، كان الاتفاق باطلا (محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١١ — ١ — ٤٢٣).

(٢) انظر ديموج ٢ فقرة ٧٧٧ — وقد قضت محكمة السطة الجزئية بأنه إذا اتفق عدة أشخاص على أن يبيع أحدهم أشياء مشتركة بينهم ثمن أعلى من الثمن المحدد بالتسمية القانونية، وأن يتحمل كل منهم نصيبا معيناً من الغرامة التي قد يحكم بها على شريكهم البائع لمخالفته القانون، كان اتفاقهم باطلا لمخالفته للنظام العام (١١ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ١٢٤ عدد ٩٤).

(٣) وقد قضت محكمة مصر الكلية الأهلية بأنه إذا كانت في ذمة شخص لآخر دين ناتج من معاملات مدنية بجهة، كأن يكون باقي ثمن أطبان مثلاً، وثبتت للمحكمة أن الدائن أراد إكراه المدين على أداء الدين كله في ميعاده، بأن أخذ عليه =

* ٤٩٣ - **الحالة المدنية** - لا يجوز تعديل الحالة المدنية التي يثبتها القانون للشخص باتفاق خاص ، لأن إثبات هذه الحالة يعتبر من النظام العام . فلا يجوز مثلا لشخص أن يتفق مع آخر على تعديل جنسيته دون أن يتبع الاجراءات الخاصة بالتجنس أو تغيير الجنسية^(١) ولا يجوز له الاتفاق على تغيير اسمه ، دون أن يتبع الاجراءات التي يتطلبها تغيير الاسم^(٢) . ولا يجوز له التنازل عن مركزه في أسرته أو الصلح على هذا المركز ، كأن يتنازل عن بنوته لأبيه أو يصطلح على هذه البنوة ، فتحديد مركز الشخص في أسرته يعتبر من النظام العام^(٣) .

* ٤٩٤ - **الأهلية** - وقواعد الأهلية من النظام العام ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك . فلا يستطيع شخص أن يزيد في أهليته أو ينقص منها بالاتفاق . ولا يجوز للقاصر التنازل عن حقه في الطعن بالبطلان في العقود الباطلة التي تصدر منه أو من نائبه مادام قاصرا ، فاذا بلغ سن الرشد كان له أن يحيز العقد الباطل^(٤) . وكالأهلية الولاية ، فلا يجوز للولي أو للوصي أو للقيم أن يزيد أو ينقص من ولايته أو وصايته أو قوامته .

= سندا ذكر فيه أن ذلك المبلغ أعطى له على سبيل الأمانة ، وعرض المدين بذلك لاحكامه الجنائية ، فلا محل لاعتبار المدين مسئولا عن جريمة تبديد تقع تحت نص المادة ٢٩٦ عقوبات (٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ عدد ١/١٧) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دي باليه ١٩٢٧ - ٢ - ٩٨٧
(٢) أما اذا أصبح اسم الشخص اسما تجاريا ، فانه يكون مالا ، يجوز التنازل عنه وبيعه والتصرف فيه بخلاف أنواع التصرفات . وهذا بخلاف الاسم الشخصي فهذا هو الذي لا يجوز التصرف فيه أو تعديله باتفاق خاص . على أن محكمة النقض الفرنسية قضت بصحة اتفاق بين رجل ومطلقة على أن تحتفظ المطلقة باسم مطلقها بعد الطلاق (٢٠ فبراير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٩) .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن الاتفاق على الاعتراف بوراثه شخص بمقابل معلوم باطل نظاما . فاما أن يكون الاعتراف مطابقا للحقيقة ، ومن ثم لا يكون للقابل سبب ، وإما أن يكون مخالفا للحقيقة ، ومن ثم يكون عملا مخلا بنظام الوراثة ، ويمكن اثبات حقيقة هذا السبب بكافة طرق الإثبات (٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ع ٢١٣ ص ٣٨١) . وقضت محكمة الزقاق الكلية بعدم جواز الصلح والتنازل عن حق المطالبة بصفة من الصفات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، كالزواج والبنوة والطلاق ، أو عن حق إنكار هذه الصفات (٢٢ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ع ٢٣٤ / ٢ ص ٤١٢) .

على أنه يجوز الصلح أو التنازل عن حق مالي متولد عن الحالة المدنية . مثل ذلك يجوز للشخص أن يتنازل عن ميراثه في تركه أبيه ، وان كان لا يجوز له أن يتنازل عن بنوته لأبيه وهي الحالة المدنية التي تولد منها حق الميراث .

(٤) بلانبول وريير واسمان ١ فقرة ٢٤٣ ص ٣٢٩ ، وقد قضت محكمة مصر الكلية الاقلية بأن القاصر أو المحجور عليه اذا تنازل عن حقه في الطعن في العقود التي يبرمها ، فإن هذا التنازل لا يقيد به ، بل يظل حقه في الطعن =

٤٩٥ - **عمرق: الشخص بأفراد أسرته** - والشخص باعتباره عضواً في أسرة له حقوق وعليه واجبات . فهذه الحقوق والواجبات تعتبر من النظام العام ، إذا لم تكن حقوقاً مالية محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج ، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية وغير ذلك ، أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من أن يكون قواماً عليها . ولا يجوز للزوج المسلم أن يتنازل عن حقه في الطلاق^(١) . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام^(٢) ، فللاب حق تربية أولاده ، ويتفرع على ذلك أن له حق اختيار دين لهم حتى تنتهي ولايته على النفس ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم ، كأن يكون الأولاد على دين الأم مثلاً^(٣) . وتحديد من له حق الحضانة وفي أي سن تنتقل الحضانة من شخص إلى آخر يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفة الأحكام المقررة في هذا الشأن^(٤) . والنفقات يختلف أنواعها ، من نفقة الزوجية ونفقة

= باقيا ، لأن الاتفاق على مخالفة أحكام الأهلية غير جائز قانوناً (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ عدد ١٤٩ / ١) .

(١) وإذا تعهد الزوج المسلم لزوجته ألا يتخذ غيرها زوجاً مدة قيام الزوجية فالظاهر أن هذا التعهد لا يمنعه من الزواج بأخرى ، ولكنه إذا التزم بأن يدفع تعويضاً مالياً لزوجته الأولى في حالة الزواج بأخرى ، فالزامه صحيح على ما نرى ، ولا يعترض على هذا الرأي بأن الالتزام بدفع التعويض شرط جزائي تابع للالتزام أصلي باطل ، فإن الالتزام بدفع التعويض يعتبر في هذه الحالة التزاماً أصلياً معلقاً على شرط موقف هو الزواج بأخرى . ومثل ذلك التزام الزوج بدفع تعويض لزوجته إذا طلقها ، فلا يكفي هذا الاتفاق على أنه تعهد من الزوج بعدم الطلاق مقترن بشرط جزائي ، بل على أنه التزام أصلي معلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق . والقاعدة التي يمكن استخلاصها مما تقدم أنه يجوز للشخص أن يتعهد مقدماً بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأتيه ، ولو كان هذا العمل مشروعاً ، كالزواج بامرأة ثانية وكالطلاق .

(٢) محكمة المنصورة الجزئية المختلطة في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ٦٢ نمرة ٤٣ .

(٣) والنون ١ ص ٣٢٣ والمراجع المشار إليها . بلانيسول وريير واممان ١ فترة ٢٤١ - محكمة باريس الاستئنافية في ٢٩ أبريل سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ - ٢ - ٤٠ - حكم آخر في ١٤ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٤٥٦

(٤) وإن كان يجوز التنازل عن الحضانة ، بشرط ألا يقصد التنازل أن يستفيد مادياً من هذا التنازل ، وبشرط أن يوجد حاضن غيره يقبل الحضانة . وقد قضت محكمة الزنا في الكلية بأن الحضانة في الشرائع السماوية والوضعية قد شرعت لمصلحة الصغير والهيئة الاجتماعية ، فلا يجوز للحاضن أن يتاجر بها ، ويستفيد مادياً من رائها . فإذا امتنع عن الحضانة ، وتنازل عنها لغيره من الحاضنات اللاتي يصلحن للحضانة ، جاز تنازله ، وإن لم يوجد حاضن غيره لا يجوز التنازل ، ويجبر شرعاً عليها . وتنازل والد الصغير عن حضائنه إلى جدته لأنه جائز شرعاً ، لأنها أولى الحاضنات بعد الأم . =

الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام ، تعتبر كلها من النظام العام . فلا يجوز تنازل الشخص مقدما عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجدها .

§ ٢ - المعاملات المالية

٤٩٦ - **بعض روابط المعاملات المالية** - ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة ، فيعتبر من النظام العام . من ذلك المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي ، والأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية ، والقواعد التي تقضى بحماية الجانب الضعيف ، والحدود التي تمنع الشخص من التورط في أمر مستقبلي .

* ٤٩٧ - **المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي** - ويدخل فيها النظم التي تكفل تداول المال واستثماره على خير الوجه ، وما يجب من إفساح المجال للنشاط الفردي ، وفتح الباب واسعا للمنافسة الاقتصادية المشروعة .

حق الملكية مثلا لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف (clause d'inaliénabilité) باطل إلا إذا كان مؤقتا ومبنيا على مصلحة مشروعة .^(٢)

= إلا أنه إذا كان هذا التنازل بمقابل ، وجب رد هذا المقابل ، لأنه لا يجوز أن يأخذ مقابلا لامتناع عن أداء واجب مفروض عليه شرا (١٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ع ٥٤٢ ص ١٠١٠) .

أما حضانة الولد غير الشرعي فيجوز أن تكون محل اتفاق ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز الاتفاق بين الأب والأم على أن تكون للأم حضانة ولد لها غير شرعي جاءت به من الأب ، وإذا انتزع الأب الولد من أمه ، جازلا لم مطالبة الأب بأرجاع ابنها إليها ، طبقا للاتفاق الذي تم بينهما (٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٠٠) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ يولييه سنة ١٩٢٨ جازيت دي باليه ١٩٢٨ - ٢ - ٧٢٩ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤١ .

(٢) انظر في شرط عدم جواز التصرف وشرط عدم قابلية المال للحجز عليه ديموج ٢ فقرة ٨٢٧ - فقرة ٨٣٠ - محمد كامل مرسي بك في الملكية والحقوق العينية ١ فقرة ٢٨٤ - فقرة ٣٠٢ ، وانظر أيضا محكمة الاستئناف الأهلية في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ ص ٢١٠ رقم ٦٤ - حكما آخر في ٧ ماي سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ ص ٦٥ رقم ٢٥ - حكما ثالثا في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ ص ١٥٣ رقم ٩٩ والمحاماة ٢ ص ٢٠٧ رقم ٦٣ - حكما رابعا في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ١٦٢ رقم ١٠٩ - محكمة استئناف مصر الأهلية في ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٣ - حكما آخر في ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٩٦ رقم ٤٨٦ - محكمة بنى سويف (حكم استئنافي) في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٢/١٠٩ - =

ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٧١١/٦٢١ مرافعات) لأن الشيوع لا يتفق مع خير الوجه لاستثمار الملكية^(١).

والقانون يشجع المنافسة المشروعة ، حتى يفسح المجال للنشاط الفردي . فكل اتفاق ما بين الأفراد يضيق من هذه المنافسة أو يمنعها يكون باطلا اذا كان يرمى الى غرض غير مشروع . وقد يشجع القانون المنافسة بين الذين يتقدمون للشراء ، حتى يحصل البائع على الثمن الأعلى ، كما فعل في حماية البيع بالمزاد العام ، فكل اتفاق من شأنه أن يمس بحرية المزاد^(٢)

= محكمة طنطا الكلية في ٦ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ ص ٨٦٥ رقم ٥٣٩ — محكمة منوف الجزئية في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٦ الشرائع ٤ ص ١٢٦ رقم ٤١ — محكمة بنها الجزئية في ٣ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٤٥٠ رقم ٣٨٣ — محكمة الفيوم الجزئية في ٥ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٤١٦ رقم ٢٢٨ ، انظر أيضا قانون نجسة الأقدنة في عدم قابلية المال للمجزز عليه .

(١) واذا اتفق الشركاء في الملك على أن يبقى العقار مشاعا بينهم مدة تزيد على خمس سنين ، فلا يعد اتفاقهم على ذلك باطلا ، إنما يجب إنقاص المدة التي اتفقوا عليها الى الحد الأقصى الذي قرره القانون (محكمة كفر الزيات في ١٥ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩٥) .

• واذا كان يجوز البقاء في الشيوع لمدة طويلة في الأعيان المملوكة ، فان الافراز في الأعيان الموقوفة لمدة طويلة لا يجوز . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن تخصيص جزء مفرز من أعيان الوقف لأحد المستحقين فيه لمدة طويلة غير محدودة مخالف لقواعد الشرع في قسمة المماثلة (م ٧٧ من قانون العدل والانصاف) ، والاتفاق عليه بين الناظر والمستحق باطل ، ولا يزال بطلانه تصديق المجلس الأعلى للأوقاف (١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٢/٣) . وقد جاء في هذا الحكم أيضا أنه لا يجوز لناظر الوقف المنضم المأذون بالانفراد في الادارة أن يتنازل عن ادارة جزء مفرز من أعيان الوقف لأحد المستحقين فيه تنازلا لا رجوع فيه ولمدة غير معينة ، لأن في ذلك مناقضة لانفراد بالتصرف .

وهناك أحكام أخرى في الملكية تعتبر من النظام العام . من ذلك التقادم ، إذ لا يجوز الاتفاق على إطالة أو إنقاص مدة التقادم المكسب ، ولا إطالة مدة التقادم المسقط ، وإن كان يجوز الاتفاق على إنقاص مدة هذا التقادم الأخير .

وقواعد التنفيذ واجراءاته يعتبر كثير منها داخلا في النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على بقاء حجز سقط قانونا ، كما لا يجوز الاتفاق على امكان الجز تحفظيا (أى دون سند واجب التنفيذ) في حالة لم ينص عليها القانون ، ولا على تثليث حجز تحفظي دون اتباع الاجراءات التي نص عليها القانون . ولا يجوز الاتفاق على التنفيذ بدين ليس له سند تنفيذي ، كما في مصاريق الدعوى المحكوم بها اذا لم تكن مقدرة في سند تنفيذي (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٣) .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ١٥٤ رقم ٩٧ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٣ — جازيت ١٥ ص ١١٨ نمرة ١٨٦

أو يبعد المزايدين يكون باطلاً^(١) ، بل أن المساس بحرية المزايدة قد يكون في بعض الأحوال

(١) ويتحقق إبعاد المزايدين بمجملهم يتعهدون بعدم الدخول في المزايدة . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن تعهد الشخص بالامتناع عن الدخول في المزايدة يعتبر مبنيًا على سبب غير صحيح ، ومن ثم يكون باطلاً (٨ فبراير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٨٨) . وقضت أيضاً بأن التعهد الذي يكتبه شخص لآخر في مقابل امتناعه من الدخول في المزايدة هو تعهد باطل لا يقتره القانون ، لأنه يعطل حرية المزايدات ، وهي حرية مشروعة أوجبها القانون ، وأحاطها بكل الضمانات ، صيانة لأموال الغير من عبث اللاعبين بها (٢٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٨٣٤ رقم ٦٢٩) . وقضت كذلك بأن تعهد شخص لآخر بدفع جزء معين من الربح الذي يصيبه من استغلال أطيان رسا عليه مزايدة استجارها في مقابل امتناع المتعهد له عن طلب إعادة مزايدة إيجار الأطيان باطل ، ولا يترتب على وجوده أي أثرين المتعاقدين ، لبنائه على سبب غير جائز قانوناً (٤ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٢٥٤ رقم ١٨٤) . وقضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه يعتبر عملاً مخالفًا للنظام العام الاتفاق الذي يتم بين المزايدين في إجارة ، والذي بمقتضاه يكف أحدهم عن المزايدة مقابل مبلغ من المال ، ولا يقلل من درجة هذه المخالفة كون الفعل لا ينطبق عليه نص المادة ٢٩٩ عقوبات التي لم توضع إلا لمعاقبة الحالات الاستثنائية التي رأى المشرع أنها مهددة للأمن العام ، ومثل هذا الاتفاق من شأنه أن يحد من حرية التعامل بتكليفه شخصاً أو أشخاصاً معينين من أخذ أموال الغير بالبخل ، و يترتب عليه مسئولية جميع من اشتركوا فيه بتعويض صاحب المال الذي عقد الاتفاق للاضرار به (١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٤٣٧ رقم ٢١٦) . وقضت أيضاً بأن التعهد المبني على امتناع شخص من الدخول في المزايدة يعتبر مبنيًا على سبب غير صحيح لمخالفته للنظام العام ، ومن ثم يكون باطلاً (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٢٧ رقم ٣٢٠ — انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة اسكندرية الأهلية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٧٩ رقم ٢٨٩ — محكمة مصر الكلية الأهلية في ٦ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٢٤٧ نمرة ١٣٢ — محكمة طنطا الجزئية في ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٣ رقم ٧ / ١ الحقوق ١٩ ص ٤٥ — محكمة دمهور الجزئية في ٤ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٤٤٩ رقم ٣٨٢ — محكمة قنا الجزئية في ١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١٤٦ رقم ٨٨) .

على أنه لا يعتبر تعطيلاً للمزايدة أن يتفق شخصان على اقتسام الصفقة التي ترسو على أحدهما ، ولو أن ذلك من شأنه أن يجعل أحد الشخصين يمتنع عن دخول المزايدة ، فإن الشخص الآخر يدخل فيه وينوب عن الشخص الأول . وقد ميزت محكمة استئناف مصر الأهلية بوضوح بين هذا الفرض والفرض المتقدم ، فقضت بأنه إذا كان الفرض من الاتفاق الحاصل بين المزايدين منع أحدهما عن المزايدة مقابل مبلغ معين لمنع الزاحم وتعطيل المزايدات العامة ، كان الاتفاق مبنيًا على سبب غير مشروع فباطلاً . أما إذا كان الفرض من الاتفاق اشتراك المزايدين حقاً في الصفقة ، ونياية أحدهما عن الآخر في المزايدة ، أصبح السبب مشروعاً والاتفاق صحيحاً (٢٦ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٨٧٩ رقم ٥٢٨) . انظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ ص ١٢٦ رقم ٨٢ — وقارن حكماً آخر في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٢٥٢ رقم ٧٨ . وقضت محكمة بنى سويف الكلية بأنه لا يعتبر اتفاق اثنين على اقتسام الصفقة التي ترسو على أحدهما تعطيلاً للمزايدة محظوراً بحكم القانون (١٢ أبريل سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ ص ٣٥٢ رقم ١١٢) . وقضت كذلك محكمة بنى سويف الجزئية بأنه إذا اتفق بعض أشخاص على أن يشتركوا في شراء قطعة أرض للحكومة معروضة للبيع بالمزايدة ، ويكون لكل منهم نصيب فيها ، وأنابوا أحدهم للمزايدة ، بحيث يتنازل لشركائه عن أنصبتهم بعد مرمى المزايدة ، أو يدفع لهم مبلغاً معيناً بصفة شرط جزائي ، فهذه شركة أباحها القانون ، وليست به إذا عمل الشركاء ما من شأنه إبعاد المزايدين الآخرين (١٥ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ ص ٢٣٢ — =

جريمة يعاقب عليها القانون (م ٣٠٨/٢٩٩ عقوبات) . وقد يشجع القانون المنافسة بين الذين يتقدمون للبيع ، حتى يحصل المشتري على الثمن الأدنى ، كما فعل في تحريم التواطؤ على غلاء الأسعار ، فكل اتفاق ما بين البائعين يرمى الى رفع الأسعار الى حد غير مشروع يكون باطلاً ، بل أن هناك من الاتفاقات التي ترمى الى هذا الغرض ما يعاقب عليه القانون (م ٣٠٠ - ٣٠١/٣٠٩ - ٣١٠ عقوبات) .

(= رقم ١٧٢) وقد جرت المحكمة في هذا على الحكم الذي صدر من محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٠ (المجموعة الرسمية ٢١ ص ١٣٦ رقم ٨٢) وهو الحكم الذي سبقت الإشارة اليه .

وهناك اتفاقات فيها شبهة تعطيل المزاد وهي ليست كذلك . من هذا ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية من أنه إذا اتفق المستحق الوحيد في الوقف مع شخص أجنبي أن يدخل المزادة في استثمار أطيان الوقف المطروحة لذلك من الناظر بأي سعر كان ، مقابل تعهد من المستحق بأن الإيجار يعتبر بسعر معين ، وأن الفرق بين ذلك السعر وسعر رستو المزاد يعتبر ديناً على المستحق ، فتل هذا العقد لا يعتبر قد وقع لغرض تعطيل المزاد أو منع حصوله ، خصوصاً إذا ثبت أن المزادين لم يعلموا بوجوده ، ولم يمتنعوا عن دخول المزاد بسببه ، وأن المزاد بلغ حده المناسب بإيجار المثل ، وأن ناظر الوقف متمسك بالعقد الذي بنى على هذا المزاد (٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٣/٣٧) . ومن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اتفق شخص مع آخر على أن يدخل في مزاد ، وإذا رست عليه العين المطروحة في المزاد ، فإنه يبيعها للشخص الآخر بشروط اتفق عليها فيما بينهما ، فإن الاتفاق لا يكون باطلاً ، وليس من شأنه تعطيل المزاد ، فإن الشخص الآخر يبق حراً في أن يدخل مزاداً أو لا يدخل رغماً من وجود هذا الاتفاق (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٨٨) . انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧ . وقضت هذه المحكمة كذلك بأن الاتفاق ما بين المدين وشخص آخر على أن يدخل هذا الشخص مزاداً في مال المدين المزروع ملكيته ، فإذا رسا عليه المزاد أرجع المال للمدين بأية طريقة ، ليس اتفاقاً غير مشروع في ذاته ، وإنما قد تكون شروط تنفيذ هذا الاتفاق غير مشروعة (١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩) .

أما إذا تعهد شخص بأن يدخل مزاداً وأن يزايد حتى يرسو عليه المزاد ، فهذا التعهد صحيح ، لأنه لا يعطل المزاد ، بل على العكس من ذلك يزيده نشاطاً (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٩ جازيت ٣ ص ١٣٤ نمرة ٢٧٥) . كذلك إذا تعهد شخص بأن يشتري العين المطروحة في المزاد بثمن معين ، ودخل في المزاد فرساً عليه ثمن أقل ، فإنه يلتزم بدفع الفرق للبائع ، ويكيف العقد بأنه بيع بثمن معين ، ولكنه معلق على شرط فاسخ هو أن يتقدم يوم المزاد من يدفع ثمناً أعلى ولا يقبل المشتري أن يزايد عليه ، فيقع البيع لازماً للجسد (محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٥٨ رقم ٣٨) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٧٦ - والتون ١ ص ٣٤٣ -

ص ٣٤٦ - ديموج ٢ فقرة ٨١٦ - فقرة ٨٢٢ .

و يلاحظ أن الاتفاقات التي ترمى الى رفع الأسعار تدخل في باب الاتفاقات التي تقيد من حرية العمل والتجارة بوجه عام . ويمكن تقسيم هذه الاتفاقات الأخيرة الى أقسام ثلاثة : (أ) اتفاقات تقيد من حرية الشخص في أن ينجح أو أن يباشر عمله سناً للنافسة وقد سبق الكلام على هذا النوع . (ب) اتفاقات يقصد بها عدم التعامل مع أحد أرباب العمل أو عدم استخدام أحد العمال ؛ إذا لم يخضع للشروط الموضوعة عليه من جماعة المتفقين ، وتكون هذه =

٤٩٨ - الامم المتحدة التي تشكل صهيبة الغير مسمه النية - قد يقرر القانون

أحكاما يقصد بها حماية الغير حسن النية ، كما فعل في القواعد التي رسمها لاشهار نقل الحقوق

= الاتفاقات باطله إذا كانت غير محددة تحديدا كافيا (محكمة النقض الفرنسية في ٩ يناير سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ١٦٣) ، أو اذا كانت ترمى الى غرض غير مشروع (محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ٧٧) . (ح) اتفاقات يقصد بها الاحتكار ورفع الأسعار . وهذه هي التي نعتبها هنا . وصورتها أن يتفق المنتجون فيما بينهم ، فيتمهدوا بالألبيعوا إلا بسعر مرتفع يحدونه . ويجب التمييز في مثل هذه الاتفاقات بين اتفاق يرمى الى غرض غير مشروع ، وهو رفع الأسعار الى حد باهظ ، فيكون باطلا ، سواء كان الاتفاق يقع تحت طائلة القانون الجنائي أولا يقع (محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ٧٧ - حكم آخر في ١١ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ٣٤٥ - حكم ثالث في ١٨ يونيو سنة ١٩٢٨ انظر سيريه كرونك - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٧٦) ، وبين اتفاق يرمى الى غرض مشروع ، كالاتفاق الذي يرمى الى رفع الأسعار الى حد معتدل على أثر منافسة شديدة أدت الى تخفيض الأسعار تخفيضا يجز الخراب على المنتجين (محكمة بوردو الاستئنافية في ٢ يناير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ١٥٠ - انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية في أول أغسطس سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٥٠٧ - حكما آخر في ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٢٢٠ - حكما ثالثا في ٣ مايو سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٣٣ مع تعليق برسيرو - حكما رابعا في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٢٦ - انظر أيضا رسالة الأستاذ مازو في هذا الموضوع ليون سنة ١٩٢٨) .

هذا ولا يعد باطلا الاتفاق الذي لا يؤدي ولم يؤد بالفعل الى رفع الأسعار (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٤ ص ٥١) . ولا الاتفاق ما بين تاجرين على أن يقصر كل منهما معاملاته التجارية على جهة معينة لا يجاوزها الى الجهة التي يباشر فيها الآخر معاملاته (محكمة النقض الفرنسية في ٣١ مارس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٤ - ١ - ٣٦٦) ، ولا الاتفاق ما بين جماعة من المنتجين على أن يبيعوا مصنوعاتهم بطريق وكيل عام لهم جميعا ، اذا كانت هذه الجماعة ليست هي أكثرية المنتجين ، وقد حددوا اتفاقهم بوقت معين وفي مكان معين وتركوا تحديد الأسعار لتقلبات السوق (محكمة جرينوبل الاستئنافية في أول مايو سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ - ٢ - ٢٢١) . ولا الاتفاق ما بين تاجر كبير وتاجر صغير على أن يشتري الثاني بضاعة من الأول بشرط ألا يشتري شيئا من هذه البضاعة من تجار آخرين ، أو يشترط البائع على المشتري أن يبيع البضاعة التي يشتريها منه بسعر معين أو ألا يبيعها بأقل من سعر معين (محكمة النقض الفرنسية في ٣ مايو سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢١ - ١ - ١٥٨ - محكمة باريس الاستئنافية في ١٤ يناير سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٩٨) - كذلك قد يتفق المستهلكون فيما بينهم على ألا يشتروا شيئا معينة أصبح سعره باهظا ، فيعملوا بذلك على تخفيض سعره الى الحد المعقول ، ومثل هذا الاتفاق صحيح لأنه يرمى الى غرض مشروع (محكمة باريس الاستئنافية في ١٣ يناير سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ٢ - ١٥١) . ويدخل في هذا الباب اتفاق العمال على الاضراب حتى يحصلوا على رفع أجورهم ، والاتفاقات التي تنشأ العمال للسعي في تحسين شروط العمل ، وليس في القانون المصري ما يجعل انشاء النقابات أو الاضراب عملا غير مشروع ، ما دامت الأغراض التي يرمى اليها العمال مشروعة ، وقد قضت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ (م ٣٩ ص ١٩٤) ، وان كان لا يوجد في مصر حتى الآن تشريع للعمل ينظم نقابات العمال وحق الاضراب .

(١) العينية، وكما فعل في حماية الدائنين من تصرفات مدينهم في الدعوى البوليصة وفي دعوى الصورية . مثل هذه الأحكام تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وعلى ذلك يكون باطلا اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ، ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدما عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصة (٢) .

* ٤٩٩ — القواعد التي تنفي بحماية الجانب الضعيف — هناك قواعد رسمها القانون ، وأراد بها حماية الجانب الضعيف . فمثل هذه القواعد تعتبر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . من ذلك أنه لا يجوز التنازل مقدما عن الطعن بالغبن

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٩ يونيو سنة ١٨٤٩ دالوز ٤٩ — ١ — ١٨٦ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٤ . هذا وكما يحى القانون حسن النية من جهة فانه يحارب سوء النية من جهة أخرى ، فلا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسؤوليته عن الغش الذي يصدر منه . بل لا يجوز أن يشترط انتفاء المسؤولية ، سواء كانت المسؤولية مبنية على غش أو على خطأ ، وإن كان يجوز اشتراط انتفاء المسؤولية التعاقدية مالم تكن مبنية على غش أو على خطأ جسيم ، وإذا انتفت المسؤولية التعاقدية بمقتضى الشرط بقيت المسؤولية التقصيرية ، وانتقل عبء الاثبات للدائن تبعا لذلك ، ويظهر ذلك بوضوح في عقود النقل (انظر محكمة مصر الكلية الأهلية في ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٠٣ — محكمة أسبوط الجزئية في ٤ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢/١٩ — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٧ جازيت ٢٠ ص ٨٠ نمرة ٨٥) .

(٢) وقد يكون الغير حسن النية الذي يحويه القانون هو جملة من الدائنين يريد أن يحقق المساواة فيما بينهم وبين غيرهم من الدائنين الآخرين . فالناجر المفلس ، اذا أراد الصالح مع دائنيه على أن يتنازلوا عن جز من ديونهم ، يجوز له أن يتفق معهم على ذلك ، بشرط أن يحقق المساواة فيما بينهم جميعا . فاذا تعنت أحد الدائنين وكان رضائه ضروريا لاجراء الصالح ، فاضطر المدين أن يتفق معه على إعطائه نصيبا أكبر من نصيب غيره من الدائنين ، فان هذا الاتفاق الذي يخل بالمساواة فيما بين الدائنين يكون باطلا لمخالفته للنظام العام (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢١ — حكم آخر في ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٣ — محكمة باريس الاستئنافية في ٩ مايو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ — ٢ — ٤٩٠) ، ولدين أن يسترد ما حابي به الدائن الذي تعاقده معه ، ولا يعترض على ذلك بأن المدين نفسه كان متواطئا مع هذا الدائن . فانه كان مكراها على ذلك حتى يحصل على رضائه بالصالح (محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٨٠ — حكم آخر في ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٢) . أما اذا كانت بقية الدائنين يعلمون بهذه المحاباة ولم يعرضوا عليها ، فان الاتفاق يكون صحيحا (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٧ — حكم آخر في ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٣ — حكم ثالث في ١٥ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٨) . أما في غير حالة الافلاس فللمدين أن يقدم دائنا على آخر في الوفا . (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣) .

في الأحوال التي يصح فيها ذلك^(١). ويعتبر باطلا تنازل العامل عن التعويض المستحق له عند فسخ عقد العمل^(٢)، كما أن أكثر القوانين الموضوعية لحماية العمال تعتبر من النظام العام، فيكون باطلا كل اتفاق يخالفها. ولا يجوز الاتفاق على تقاضى فوائد تزيد على ٩ ٪ (م ١٢٥/١٨٥)، فإذا زادت الفوائد على هذا القدر أنقصت الى هذا الحد^(٣). كما لا يجوز أن يشترط الدائن المرتهن في رهن الحيازة أن يملك العين المرهونة عند عدم وفاء الدين (م ٦٦٥/٥٤٣).

كذلك لا يجوز لعمال القضاء أن يشتروا حقوقا متنازعا عليها، إذا كان النزاع واقعا في دائرة اختصاصهم حتى لا يستغلوا صاحب الحق المتنازع فيه (م ٣٢٤/٢٥٧). ولا يجوز للحامى أن يأخذ في مقابل "أتعابه" جزءا من الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis)، حتى لا يستغل ضعف أو عدم خبرة موكله^(٤).

وقد رأينا أن القانون يتقدم لنصرة الضعيف فيما يسمى بعقود الإذعان.

(١) كذلك لا يجوز التنازل مقدما عن التمسك بوجه من أوجه البطلان أو من أوجه الفسخ في عقد لم يكن قد تم وقت صدور التنازل. أما إذا وقع العقد باطلا أو قابلا للفسخ، فإنه يجوز للمعاقد أن يجيز البطلان أو أن يتنازل عن المطالبة بالفسخ.

(٢) محكمة استئناف مصر الأهلية في ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٩٥ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٧.

(٣) وقد يخفى المتعاقدان عقد القرض بربا فاحش في صورة عقد آخر، فتنى للحكمة أن حقيقة العقد هو قرض بربا فاحش، حكمت بانقراض الفائدة الى ٩ ٪. وقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه إذا قبض المؤجر من المستأجر مبلغا من المال وقت تحرير عقد الاجارة، على أن يؤدي له الأرباح بأجرة هي دون القيمة، وثبتت للحكمة أن عقد الايجار هذا ما هو في الحقيقة إلا عقد تأمين على قرض، وأن الفرق بين الأجرة المتفق عليها وما تساويه العين المؤجرة هو ربا فاحش للمبلغ المقرض، ولو استنزل منه لصالح المستأجر ما يمكن خصمه نظير مصاريف ومستهلكات الإدارة، جاز للحكمة أن تلغى الاجارة، وتلزم المستأجر برد العين المؤجرة، ودفع أجرة تقدرها عن مدة وضع يده عليها، وتقضى على المؤجر برد المبلغ الذي استلمه عند تحرير العقد مع فوائده بواقع ٩ ٪ (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المحاماة ٦ ص ٨٥٧ رقم ٥٣٥). وقد يتنزه المرابون فرصة طيش شاب وإسرافه فيقرضونه نقودا بربا فاحش، فتنى تبذنت المحكمة هذه الوقائع، أنقصت الفوائد الى ٩ ٪، وكلفت الدائن باثبات حقيقة المبلغ المقرض، وإلا أخذت بأفوال المدعى في ذلك (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٣).

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٢ — محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة في ٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ جازيت ١٨٠٧ — محكمة المنصورة المختلطة ٧ مايو سنة ١٩١٨ جازيت ٨ نمرة ٣٢٢ وإذا بطل الاتفاق ما بين المحامى وموكله، فإن المحامى يطالب الموكل "بأتعاب" تتناسب مع الجهود الذى بذله في القضية، بناء على قاعدة الاثراء بلا سبب (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٦) =

٥٠٠ - الحُرود التي تمنع الشخص من التورط في أمر مستقبلي - وهناك حدود وضعها القانون على تصرف الشخص، وقصد بها أن يمنع من تورط مستقبلي. فالاتفاق الذي يجاوز هذه الحدود يكون باطلا لمخالفته للنظام العام. وقد رأينا تطبيقا لذلك في التعامل في التركة المستقبلية، وفي التنازل مقدما عن المطالبة بنفقة. ولا يجوز تطبيقا لهذا المبدأ أن يلزم شخص طول حياته بخدمة آخر (م ٤٠٢/٤٩٠)، ولا أن يبقى في شركة لمدة غير معينة (م ٤٤٥/٥٤٢).

المبحث الثاني - الاتفاقات التي تخالف الآداب

* ٥٠١ - تحرير القواعد المتعلقة بالآداب - في الاتفاقات التي تخالف الآداب نرى العامل الخلقى يتسرب الى القانون. فالقانون كما قدمنا، يستمد الوحي بطريق غير مباشر من علم الأخلاق^(١)، وله في ذلك سيلان: (أولا) يأمر بما تأمر به الأخلاق، ولكن على نحو غير مباشر. وكثير من الواجبات الأدبية يعترف بها القانون التزامات طبيعية، ويجعل لها قوة إلزامية غير مباشرة، فالملتزم بها لا يجبر على وفائها، ولكن اذا وفاها مختارا فلا يسترد ما وفى به. (ثانيا) ينهى عما تنهى عنه الأخلاق، ولكن على نحو غير مباشر أيضا. فقد تكون القاعدة التي يريد القانون احترامها غير ملزمة قانونا، فلا يأخذ الناس بمراعاتها على نحو مباشر، ولكنه من جهة أخرى يجعل الاتفاق على ما يخالفها باطلا.

وهذه القواعد الخلقية غير الملزمة، والتي لا يجوز مع ذلك الاتفاق على ما يخالفها، هي التي يعيننا تحديدها بقدر المستطاع. فهي قواعد غير ثابتة، لتتطور تبعا لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة. وعلى ذلك فهي قواعد متغيرة، فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب

= على أنه يجوز للمحامي أن يتخذ حدا أقصى للأنعاب وحدا أدنى، وبشروط أن تكون الأنعاب الفعلية بين هذين الحدين متناسبة مع مقدار نجاحه في كسب الدعوى (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢١١). ويجوز أن يشترط الموكل على المحامي ألا يعطيه "أنعابا"، إن خسر الدعوى (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢١٢). وليس هنا محل الإفاضة في هذا الموضوع.

انظر والتون ١ ص ٣٠٣ - ٣٠٥ - أحمد نجيب الهاللي بك في البيع (وهو يستعرض آراء ثلاثة في صحة هذا الاتفاق وبطلانه).

(١) هذا الى طريق مباشر يأخذ فيه القانون بالقواعد الخلقية فيجعلها قواعد قانونية، كما يفعل في كثير من الجرائم، فهو ينهى عنها قانونا، وهي في الوقت ذاته أفعال تنهى عنها الأخلاق.

فيما مضى، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري، أصبحت الآن ينظر لها نظرا آخر. وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب، كالاسترقاق وإدخال المهتربات في بلاد أجنبية، وكانت من قبل غير ذلك.

فالآداب، في أمة معينة وفي جيل معين، هي مجموعة من القواعد وحد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية. وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس. وللدين أثر كبير في تكييفه، وكلما اقترب الدين من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقى، وزاد التشدد فيه. ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة. فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك، بل في الصميم منه، ميزان انساني يزن الحسن والقبح، ونوع من الالهام البشرى يميز بين الخير والشر، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له، ولو لم يأمرهم بذلك القانون.

ونورد فيما يلي تطبيقات مختلفة لاتفاقات مخالفة لقواعد أدبية، بعضها يتصل بالعلاقات الجنسية، وبيوت العهارة، وبعضها يتعلق بالمقامرة، وترجع طائفة منها إلى تحريم كسب المال من طريق غير شريف، وطائفة أخرى إلى مراعاة الذمة في المعاملة واجتناب خديعة الناس.

* ٥٠٢ - **المعرفات الجنسية** - كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب. كذلك يكون باطلا كل تعهد يلتزم بمقتضاه الشخص أن يأجر شخصا آخر في مقابل إيجاد علاقات جنسية معه، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات، أو استئنائها إذا كانت قد انقطعت^(١). أما إذا كان المال الذي يتعهد بدفعه الشخصى إنما هو

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٠ - حكم آخر في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ - محكمة النقض الفرنسية في ٢١ مارس سنة ١٨٩٨ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٠٣ - حكم آخر في ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ٢٩٤ - محكمة باريس الاستئنافية في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٩٠٦ رقم ٥٦٨

وقد يكون التعاقد واقعا على عمل من شأنه أن يعين على إيجاد العلاقات الجنسية أو على استمرارها، فيكون باطلا. مثل ذلك وعد بعمل وصية لزوج يرضى في مقابل ذلك أن يترك زوجته تعاشر الموصى (محكمة النقض الفرنسية في ٤ مارس سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ١٢٧)، وافراض امرأة متزوجة مالا لتكفيها من الفرار مع خليلها (محكمة النقض الفرنسية في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢).

على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالالتزام الطبيعي، وإنما يجوز للقاضي تخفيض التعهد بقدر هذا الالتزام الطبيعي الذي يعتبر سببا للالتزام المدني، أي بقدر ما حدث من الضرر^(١).

* ٥٠٣. — **بيوت العمارة** — وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العمارة يعتبر باطلا لمخالفته للأداب، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على الترخيص الإداري اللازم. فيبيع بيت يدار للعمارة، وإيجاره، وشراء مفروشات له، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه، وإنشاء شركة لاستغلاله، وإقراض مال للاعانة على إدارته، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للأداب^(٢).

== وقد قضت المحكمة الإنجليزية ببطالان اتفاق بين امرأة ورجل متزوج يتعهد بمقتضاه الرجل أن يتزوج من المرأة بعد موت زوجته، واعتبرت هذا الاتفاق مخالفا للأداب (والنون ١ ص ٢٨٣).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية، في قضية عاشر المدعى عليه المدعية مدة ثلاث سنين بصفته محظية له، ورزق منها بمولود، وعند انفصالها تعهد لها بدفع مبلغ ظهر للحكمة أنه كان على سبيل التعويض لما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة، بأن هذا الضرر يصح التعهد بتعويضه لأنه سبب صحيح جائز قانونا، بخلاف المعاشرة نفسها فلا يجوز أن تكون سببا صحيحا للتعهد، وبأن للحكمة الحق في تقدير الضرر وانقاص قيمة التعويض عن المبلغ المتفق عليه (١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ ص ٦ رقم ٣ — الحقوق ٢٤ ص ٢٣٠). انظر أيضا محكمة النقض الفرنسية في ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨ — ١ — ١٧٠ — محكمة كان (Caen) الاستئنافية في ١٠ يولي سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٥ — ٢ — ١٦٢ — محكمة باريس الاستئنافية في ٥ مايو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ — ٢ — ٥٩ — حكم آخر في ٨ يولي سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ٢ — ٩١ — انظر أيضا والنون ١ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣.

و يفترض عادة أن التعهد الذي يرتبط به الشخص في أثناء المعاشرة إنما كان لغرض استبقاء هذه المعاشرة، فيكون هذا (محكمة كان (Caen) الاستئنافية في ٢ يولي سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٣ — ٢ — ١٤٥)، على أنه لا يوجد ما يجمع من أن يكون التعهد الذي صدر أثناء المعاشرة إنما كان لغرض منه هو التعويض، فيكون صحيحا (محكمة النقض الفرنسية في ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ دالوز ١١٢٧ — ١ — ١١٣ مع تعليق سافاتييه — محكمة مونبيلييه الاستئنافية في ٢٣ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت دي باليه ١٩٢٥ — ٢ — ٤٩).

وقضت المحكمة الفرنسية بصحة تعهد كان الغرض منه إنهاء المعاشرة لا التعويض عن الضرر الذي أحدثته (محكمة النقض الفرنسية في ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ٣٢ — محكمة رن الاستئنافية في ٧ مارس سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ — ٢ — ٣٠٥ مع تعليق بلانيول ١٩٠٧ — ٢ — ٢٤١ مع تعليق همار (Hémar)).

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ — ١ — ٤٨٤ — حكم آخر في أول أبريل سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ — ١ — ٣٢٩ — حكم ثالث في ١٧ يولي سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ — ١ — ٧٢ — محكمة تولوز الاستئنافية في ١١ يناير سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ٢ — ٢١ — حكم آخر في ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ جازيت دي باليه ١٩٢٧ — ١ — ٧٥٦

وسنرى عند الكلام على السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك ، حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها ، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة ، وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ^(١) .

* ٥٠٤ — المقامرة : ودين القمار باطل لمخالفته للاداب ^(٢) . كذلك يعد باطلا إقراض المقامر مالا حتى يتمكن من المقامرة أو يستمتع فيها . وبيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل

(١) على أن القضاء لا يبطل عقد التأمين على بيت يدار للعهارة (محكمة النقض الفرنسية في ٤ مايو سنة ١٩٠٣ سيرة ١٩٠٤ — ١ — ٥٠٩) ، ولا عقده بنائه أو ترميمه (محكمة السين الابتدائية في ١٦ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ — ٢ — ١٨٧) .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٨ — ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ — محكمة طنطا الجزئية في أول أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ ص ١٧٨ رقم ٧٧ الحقوق ١٨ ص ٢٤٥ (انظر أيضا المادة ١٩٦٥ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٣٠٧/٣١٦ من القانون الجنائي المصري) . ولا يجوز تجديد دين القمار ، فإذا كتب المدين على نفسه سندا بهذا الدين ، يكون السند باطلا ، حتى لو لم يذكر فيه السبب ، وحتى لو أراد الطرفان تجديد الدين (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ والتون ١ ص ٣٠) . على أن من وفى بدين القمار طائعا لا يستطيع أن يسترده (انظر المادة ١٩٦٧ من القانون المدني الفرنسي) ، وليس ذلك لأنه التزام طبيعي كما يرى البعض ، بل لأنه التزام مبنى على سبب غير مشروع ، ويدخل ضمن الالتزامات التي لا يسترد فيها المدين ما دفعه وفاء بها (انظر والتون ١ ص ٢٨ — ص ٢٩ — و ص ٣١) ، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي . وبترتب على ما تقدم أنه إذا وفى المدين بدين القمار ، ثم استرده من حيازة رابحة بدون رضاه ، يعاقب بعقوبة السرقة ، لأن المال انتقل الى الدائن بإرادة المدين ، وإن كانت هذه الإرادة مبنية على سبب غير مشروع لا يبيحه القانون ، إلا أن الحيازة في نفسها مظهر من مظاهر الملكية يحميها القانون (محكمة جنات بنى سويف في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٣٦) ، وكان أمام المحكمة أن تبني حكمها على القاعدة المدنية التي تقدم ذكرها ، من أن المدين الذي وفى بدين القمار لا يجوز له استرداده ، فإذا استرده غصبا كان سارقا .

وقد ان القضاء المختلط مترددا في الحكم بصحة أو بطلان المضاربات في البورصة ففضى أولا بالصحة (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٧ — ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٥٤ — ٢١ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٢) . ثم قضى بعد ذلك بالبطلان (محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٩٦ — ٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٩٨ — ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٤ — ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٨ — ٢٥ مارس ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١١ — ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٥) . وانظر أيضا محكمة الموسكى الجزئية في ٢٠ مارس سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٤١ ثم صدر قانون نمر ٢٣ لسنة ١٩٠٩ (القانون الأهلى) وقانون نمر ٢٤ لسنة ١٩٠٩ (القانون المختلط) ، وهما يعدلان المادتين ٧٣/٧٩ ، وبقضيان بصحة المضاربات التي وقعت مطابقة للوائح البورصة ، فرجع القضاء المختلط الى الحكم بصحة هذه المضاربات (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٨ — حكم آخر في ٩ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٤ — حكم ثالث في ٢٥ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٣) .

ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للقامرة باطل كذلك ، كما رأينا في بيت العهارة ، سواء في ذلك كان البيت معداً للقامرة قبل صدور العقد أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للقامرة ^(١) .

== أما فيما يتعلق بالمراهنة ، لاسيما في سباق الخيل ، فالقضاء المختلط منقسم الى رأيين ، رأى يذهب الى الصحة لأن هذا السباق قد اعترف به المشرع ونظمه بقانون نمرة ١٠ لسنة ١٩٢٢ (انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٤١ — جازيت ٢٠ ص ١١ نمرة ١١) ، ورأى يذهب الى البطلان ، ولا يرى قانون سنة ١٩٢٢ يتعرض للجزاء المدني على المراهنات ، بل هو مقصور على تنظيمها واستلزام ترخيص بها ، وإلا اعتبرت جريمة يعاقب عليها بعقوبة المخالفة ، ولا يتعارض الترخيص الإداري مع البطلان المدني كما رأينا في بيوت العهارة (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ جازيت ٢٠ ص ٩ نمرة ١٠) . أما الألعاب القائمة على المهارة ، وسباق الخيل منها ، فهي اذا كانت قد أبجحت بمنفضى المادة ١٩٦٦ من القانون المدني الفرنسى ، فان الاباحة مقصورة على المراهنة فيما بين اللاعبين أنفسهم ، ولا تمتد الى الغير الذى لا يشترك فى اللعب وإنما يقتصر على المراهنة (محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ١٥١ نمرة ٢٦٣) . انظر أيضا محكمة المنشية الجزئية في ١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٣ رقم ١/٣٩٠

وأوراق "النصيب" (اللوثرية Loteries) نوع من المقامرة أباحها القانون ونظمها ، فقصرها على الجمعيات الخيرية واشترط الحصول على ترخيص بها (انظر قانون نمرة ١٠ لسنة ١٩٠٥ وانظر المادتين ٣٠٨/٣١٧ عقوبات) . وتضام بعض الشركات أسهما تخصص لها "نصيبا" ، ويعتبر هذا مشروعا حتى قبل قانون سنة ١٩٠٥ (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ — جازيت ٢٠ ص ٩ نمرة ١٠ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة اليه) .

انظر في موضوع القامرة والمراهنات مقالا للامبا (Lamba) في مجلة مصر العصرية المجلد الثانى سنة ١٩١١ ص ٣٩٣ — من ٤٠٨ — ومقالات لآثر للاستاذ ريمون شيل في الجازيت ٢٢ ص ١٤٣ — ومقالات لآثر للاستاذ حمدى عبد الحميد الحامى في المحاماة السنة الرابعة — ومقالات رابعا للاستاذ أنطون شكرى ، نحال الحامى في المحاماة السنة العاشرة .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مارس سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٦٧ — ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ٢٣ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٣٠ نمرة ٣٠٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ ، انظر مع ذلك محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٨ .

انظر فى القضاء الفرنسى محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ نوفمبر سنة ١٨٦٤ سيريه ٦٥ — ١ — ٧٧ — حكم آخر فى ٣ مارس سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ — ١ — ٢٧٧ — حكم ثالث فى ٢٢ يناير سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧ — ١ — ٣١٦ — حكم رابع فى ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٢٨٥ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٥ يونيو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ — ٢ — ١٠ — محكمة بو الاستئنافية فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ — ٢ — ٦١ — محكمة نيس الابتدائية فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ جازيت دى تريينو ١٩١٠ — ١ — ١١٩

٥٥٥ - كسب المال منه طريق غير شريف : ويحرص القانون على تحريم عقد يكسب الشخص بمقتضاه مالا من طريق مناف للآداب . فمن يتقاضى أجرا جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر، ويكون عقده باطلا، كمن يتعهد برّد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجرا للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك^(١) .

٥٥٦ - عزم الزمة في المعاملة وتبرئة الناس - ولا تجوز الخديعة ولا الا راف عن واجب الزمة في التعامل . فالإتفاق على ألا يعترف شخص بمسئوليته ولو أدى ذلك الى أن يكذب يكون باطلا، لأنه مخالف للآداب^(٢) . كذلك يعتبر سند المجاملة (effet de complaisance) باطلا حتى فيما بين المتعاقدين، وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام على السبب .

وهناك رأى يذهب الى بطلان عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) لأنه يؤدى الى خديعة الوسيط للزوجين حتى يتمكن من الحصول على أجره ، وسيأتي بيان ذلك في الفصل المفقود لنظرية السبب .

وكان القضاء الفرنسى يبطل الاتفاق الذى يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالهطقة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح، لأن مثل

(١) بلانيول وريير وإسمان ١ قرة ٢٣٣ . انظر فى التعاقد على عمل شريف محكمة الاستئناف المخططة فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢٢ ص ٣٥٤ - وتحريم المادة الثالثة من اللائحة الداخلية لقناة المحامين السعى فى جلب الموكلين بطريق السمرة، لأن هذا يتناقض مع كرامة المهنة ويصير عملا غير شريف . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن المقصود بهذا النص هو تنفيذ المحامين وتنبيههم الى أن شرف مهنتهم يجب أن يربأ بهم عن التماس الرزق بالطرق التجارية المروعة، ولم يقصد الشارع أن يحكم على السمرة فى هذه الناحية من نواحيها بأنها عمل غير مشروع ترى عليه الأحكام العامة . فمن التحريم للبعاء دون غيره كي لا ينزل الى استغلال الموكلين بطريق السمرة، ومن ثم فليس للبعاء الذى يتعهد بدفع مبلغ من المال لمن يتوسط فى توكيله فى قضية أن يتمتع عن الدفع بحجة أن تعهده متى على سبب غير مشروع (١٩ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ ص ٣٠٠ رقم ١٢٧ - المحاماة ٨ ص ٨٧٥ رقم ٥٢٤) .

(٢) بلانيول وريير وإسمان ١ قرة ٢٣٤

هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور ويضلله بترويح كاذب^(١) . ثم رجع القضاء عن ذلك ، وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق ، لأنه لم يعد يرى بأسا من ترك الجمهور يحمي نفسه بنفسه من غش الهتافه وتصليلهم ، هذا الى أن هؤلاء الهتافه قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفنون ومساعدتهم في التغلب على اضطرابهم^(٢) . على أن الاتفاق الذي يضطر مدير المسرح الى عقده مع الهتافه ، خشية أن يتظاهروا ضده إن لم يتظاهروا معه ، يعد باطلا بطلانا نسبيا لأن الرضاء يكون مشوبا بالإكراه في هذه الحالة^(٣) .

ولا يعد باطلا اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه ، ما دام النسابة لم يخدع من تعاقد معه ، بل كشف له عن سر حقيقى كان يحمله^(٤) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ ماي سنة ١٨٤١ سريه ٤١ — ١ — ٦٢٣ — محكمة ليون الاستئنافية في ٢٥ مارس سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ — ٢ — ٦٨

(٢) محكمة باريس الاستئنافية في ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٣ — ٢ — ٢٧٩ — انظر في هذا الموضوع بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٢ مكررة ص ٣٦٠ — ديموج ٢ فقرة ٨٣٥ — والتون ١ ص ٢٩١ — ص ٢٩٢ — محمد صالح فقرة ٢٩٨ ص ٣٥٤ — ص ٢٥٥

(٣) والتون ١ ص ٢٩١ — ص ٢٩٢

(٤) محكمة النقض الفرنسية في ٧ ماي سنة ١٨٦٦ سريه ٦٦ — ١ — ٢٧٦ — محكمة باريس الاستئنافية في ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ — ٢ — ١٨٤ — محكمة بودرى الاستئنافية في ١٨ بوليه سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ — ٢ — ٩٥ — غير أن القضاء الفرنسى ينقص الأجر الموعود به اذا كان مبالغا فيه (محكمة باريس الاستئنافية في ١٧ ماي سنة ١٨٦٧ سريه ٦٨ — ٢ — ٥) .

انظر في هذا الموضوع ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ — نوران ١٦ فقرة ١١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٢ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٣٤ وفقرة ٢٥٤ — والتون ١ ص ٢٩٠ — ص ٢٩١ .

و يعتبر الآن مخالفا للآداب الاتفاق على ارتكاب عمل مخاف لقوانين دولة أجنبية ، كاعطاء رشوة لأحد موظفيها أو ادخال أشياء محترمة فيها (انظر في هذا الموضوع ديموج ٢ فقرة ٧٧٩) .

الفصل الثاني

سبب الالتزام*

La Cause de l'obligation

٥٠٧ - النصوص القانونية - نصت المادتان ١٤٨/٩٤ على أنه يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً . والأصل الفرنسي لهذا النص العربي أدق، فهو يقضى بأن "الالتزام لا يوجد إلا اذا كان له سبب حقيقى مشروع"^(١)، فلم يقرن السبب بالعقد كما فعل النص العربي، بل جعل السبب مقصوراً على الالتزام، ثم أنه جعل السبب شرطاً في وجود الالتزام، لا في صحته فحسب .

ونصت المادة ١١٣١ من القانون المدنى الفرنسى على أن الالتزام لا ينتج أى اثر اذا لم يكن مبنيًا على سبب، أو كان مبنيًا على سبب كاذب، أو على سبب غير مشروع . ونصت المادة ١١٣٢ من هذا القانون على أن الاتفاق يكون صحيحاً حتى لو يذكر سببه . ونصت

* المراجع : كايئات : السبب في الالتزامات طبعه تالته باريس سنة ١٩٢٧ - لوى لوكا (Louis Lucas) : العبن والعقد سنة ١٩٢٦ - جوران : الباعث في الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٢٨ - ربيير : القاعدة الخلقية في الالتزامات - ديموج في الالتزامات الجزء الثانى - بنكلز : ملحق بودرى الجزء الثانى .
الرسائل والمقالات : آرثير (Artur) باريس سنة ١٨٧٨ - بريسو (Brissaud) سنة ١٧٨٩ - تبال (Timbal) تولوز سنة ١٨٨٢ - كولان (Colin) باريس سنة ١٨٩١ - سيفريادس (Séfériades) باريس سنة ١٨٩٧ - بلنيل (Plesnila) باريس سنة ١٩١٠ - پيئون (Pichon) باريس سنة ١٩١٤ - سافاتييه (Savatier) بواتيه سنة ١٩١٦ - ديري (Dubreuil) ليون سنة ١٩١٩ - لوى لوكا (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ - دابان (Dabin) بروكل سنة ١٩١٩ - موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - هامل (Hamel) باريس سنة ١٩٢٠ - يواسكو (Ionasco) باريس سنة ١٩٢٢ - سيليس (Célice) باريس سنة ١٩٢٢ - ماكرون (Macqueron) باريس سنة ١٩٢٥ - شيفرييه (Chevrier) سنة ١٩٢٩ - برس (Bresse) ديجون سنة ١٩٢٩ - كاسان (Cassin) مقال في مجلة القانون التجارى السنوية سنة ١٩٢٣ - دابان (Dabin) مقال في مجلة بلجيكا القضائية سنة ١٩٢٩ - يواسكو (Ionasco) مقال في مجلة القانون الفرنجى السنوية (القملة) سنة ١٩٣١ - الأستاذ عبد الحميد رشدى مقال في المحاماة السنة العاشرة - الأستاذ نصيف زكى مقال في المحاماة السنة الحادية عشرة .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسى :

L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite.

المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع اذا حرمه القانون ، أو اذا كان مخالفا
للآداب أو للنظام العام .

* ٥٠٨ - تعريف السبب وقصره على الالتزام التعاقدى - ويعرفون
السبب عادة بأنه هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه . ويقارنون
بين المحل والسبب بأن المحل هو جواب من يسأل : لماذا التزم المدين ؟ (quid debetur) ،
أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين ؟ (cur debetur) ^(١) .

وقد قدّمنا أن السبب بالمعنى المتقدم ، لا يكون إلا فى الالتزامات التعاقدية . أما
فى الالتزامات الأخرى فلا يمكن أن ننسب للملتزم غرضاً يريد الوصول اليه من وراء الالتزام ،
فهو قد التزم لأن القانون أراد انشاء هذا الالتزام للوصول الى غرض عادل ، هو التعويض
عن ضرر أو منع الاثراء بلا سبب أو تحقيق فكرة التضامن فيما بين أفراد الأسرة أو نحو ذلك
من الأغراض . فاذا كان لا بدّ من البحث عن "السبب" فى الالتزامات غير التعاقدية ،
وجب أن نتلمسه فى العلة التى وجدت هذه الالتزامات من أجلها ، ووجب أن ننسبها
للقانون لا للملتزم .

أما فى الالتزام التعاقدى ، فإن المدين قد أراد هذا الالتزام ، لذلك كان هناك مجال للبحث
لمماذا أراد أن يلتزم ، وهو بحث لا محل له فى الالتزامات غير التعاقدية حيث لم يرد المدين
بتاتا أن يلتزم . ونحن اذا كنا نسلم قانوناً للشخص بأن يلتزم متى أراد ذلك ، وتمل ارادته محل
القانون فى انشاء الالتزام الذى يترتب فى ذمته ، فأننا نسلم بذلك على شرط أن تؤخذ هذه
الارادة لا على أنها ارادة مجردة (abstraite) ، بل على أنها ارادة مسببة ، أى ارادة ترمى الى
غرض معين ، فلا يجوز أن نفصل بينها وبين الغرض الذى ترمى اليه .

وسنرى فيما يلى أنه لم يكن هناك محل فى الماضى لربط الالتزام بسببه ، إذ كانت العقود
شكلية ، وكان الشكل وحده هو الذى يكون العقد ويوجد الالتزام ، ولم يكن للارادة شأن
فى ذلك ، فكان الالتزام مجزئاً مفصولاً عن سببه . ولما ساد مبدأ سلطان الارادة منذ

(١) وأول من قال بهذه المقارنة على هذا النحو هو الأستاذ أودر (Ondot) ونقلها عنه كثير من الفقهاء (انظر
أوبرى ورو ٤ ص ٥٤٦ هامش نمرة ٢ - هيك ٧ ص ٧٥ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٤٥ وفقرة ٣٥٥ -
لوران ١٦ فقرة ١٠٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٢٩٧ وفقرة ٣٠٢ - ديموج ٢ فقرة ٧٤٤) .

العصور الوسطى ، وأصبح الالتزام يتولد من الإرادة ، أصبح يعنينا ألا نجرد هذه الإرادة من الأساس الذى قامت عليه ، أى الغرض الذى تحركت لتحقيقه . فأصبحت الإرادة ، بدلا من أن تحاط بأشكال وأوضاع كما كانت فى الماضى ، تتقدم لابسة ثوبها الحقيقى ، موجهة الى الغرض الذى ترمى اليه ، مستندة الى السبب الذى جعلها تتحرك . فحل السبب محل الشكل قيدا على الإرادة لا يستهان به ، فالإرادة لا توجد الالتزام إلا اذا استندت الى سبب مشروع ، وأصبحت مشروعية السبب قيدا يحّد من سلطان الإرادة .

ونحن نستعرض فيما يلى كيف نشأت نظرية السبب ، ثم نبسط النظرية التقليدية فى هذا الموضوع ، وننقدها بعد ذلك ، لنخلص منها الى النظرية الحديثة .

الفرع الأول

كيف نشأت نظرية السبب

٥٠٩ - القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم - لم تكن نظرية السبب ، بالمعنى الذى نفهمه الآن ، معروفة فى القانون الرومانى ، بل هى تكاد تكون من خلق القانون الفرنسى القديم .

المبحث الأول - نظرية السبب فى القانون الرومانى

٥١٠ - السبب فى العقود الشكلىة - كان القانون الرومانى فى عهده الأول لا يجعل للسبب أثرا فى وجود العقد . فقد كان العقد شكليا ، وكان الشكل هو الذى يوجد ، ولم يكن للإرادة شأن فى ذلك . فسواء كانت الإرادة صحيحة أو مشوبة بعيب ، وسواء وجد سبب مشروع أو لم يوجد ، فإن العقد كان يوجد صحيحا ما دام الشكل يكون قد استوفى^(١) .

على أنه كان يوجد علاج لعقد يتضمن التزاما سببه غير صحيح . ولم يكن هذا العلاج بطلان العقد كما يقرر القانون الحديث ، بل كان المدعى فى التزام ليس له سبب صحيح

(١) أما السبب المدعى فى القانون الرومانى (causa civilis) وهو تعبير استعمله بعض شراح القانون الرومانى -

فهو المصدر القانونى الذى يعطى للعقد قوته الملزمة ، وعلى ذلك يكون "السبب المدعى" للعقد الشكلىة هو الشكل ، وللعقد العينية هو تسليم الشيء ، وللعقد الرضاوية هو مجرد الاتفاق ، وللعقد غير المسماة هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وهكذا .

يستطيع أن يسترد ما أعطاه بدعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني
(^(١)condictiones sine causa)

٥١١ - السبب في العقود الرضائية - وبقي الالتزام مجرداً من السبب
في القانون الروماني حتى في العقود الرضائية؛ وإن كان قد اعترف هذا القانون بأثر السبب عند
تكوين هذه العقود، لا عند تنفيذ الالتزامات التي تنشأ عنها. فكان عقد البيع لا يتكون إلا
منشأً للالتزامات في جانب كل من البائع والمشتري، وهذا معناه أن التزامات كل من المتعاقدين
لا توجد إلا إذا وجدت التزامات المتعاقدين الآخرين باعتبار هذه سبباً لتلك. ولكن إذا تكون
عقد البيع، فقد أصبح التزم كل من البائع والمشتري مجرداً من سببه، فكان يستطيع كل منهما
أن يتقاضى التزم الآخر دون أن يقوم هو بالتزامه، فيستطيع المشتري مطالبة البائع بتسليم الشيء
المبيع دون أن يدفع الثمن، وليس للبائع في هذه الحالة أن يتمتع عن التسليم بل يجب أن يسلم

(١) كايثان في السبب فقرة ٤٣ ص ٨٧. على أن فكرة "السبب" دخلت في العقود الشكلية، بطريق
مباشر، من ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلغ من النقود. فقد كانت العادة قد جرت بأن المقرض يجعل
المقرض يتعهد برد المبلغ المقرض بعقد لفظي، ثم بعقد مكتوب يتضمن الشرط اللفظي الذي أخذوا يكتبونه بدلاً من
التفوه به، وذلك قبل أن يستلم المقرض هذا المبلغ من المقرض. فكان المقرض يضع نفسه بذلك تحت رحمة المقرض،
فهو قد التزم قبل أن يستلم، والتزامه صحيح ما دام قد استوفى الشكل المطلوب. وإذا أراد أن يسعين بدعوى
الاسترداد (condictiones sine causa) فعليه أن يثبت هو أنه لم يستلم شيئاً حتى يلزم برده، أي أنه كان هو
المطالب بآثبات عدم وجود سبب للالتزام، ولا يكلف المقرض بآثبات السبب. وكان من وراء ذلك أن تعسف
المقرضون بالمقرضين، فكان هؤلاء يلزمون مقدماً وقد لا يستلمون شيئاً، ويقع عليهم هم عبء الإثبات إذا أرادوا
التخلص من هذا الالتزام. ومن هنا أدخل قانون أمبراطورى (constitution impériale) تعديلاً في هذه
الأحكام، يقضى بأنه إذا التزم المقرض، واعترف كتابة أنه استلم المبلغ، فله أن ينكر بطريق الدعوى أو الدفع،
أنه لم يستلم في الواقع شيئاً (querela non numeratae pecuniae) وعلى المقرض، إذا أراد استيفاء الالتزام،
أن يثبت أن المقرض قد استلم. ومعنى هذا أن الدائن في هذه الحالة مكلف بآثبات وجود سبب للالتزام، وإلا كان
الالتزام باطلاً. ووضح أن هذا سبيل لادخال فكرة السبب كركن من أركان الالتزام في القانون الروماني في عقد
واحد، هو عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود.

وقد عدلت القاعدة بعد ذلك، وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم يذكر في العقد المكتوب أن
الالتزام له سبب قد نفذ (cautio discreta) أي إذا لم يعترف المدين كتابة أنه استلم مبلغ القرض. فإذا اعترف
بهذا، كان هو المكلف بآثبات أنه لم يستلم. فبقيت حالة ما إذا كان العقد لم يذكر فيه أن السبب قد نفذ وأن المدين
قد استلم النقود، ففي هذا الفرض كان المكلف بآثبات وجود سبب للالتزام هو الدائن.

ولم تقف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود، بل جاوزت هذا العقد إلى عقد المهر، ثم إلى
عقد القرض الواقع على الممتلكات غير النقود، وعممت القاعدة بعد ذلك فأصبحت تشمل جميع العقود (انظر في هذا
الموضوع كايثان في السبب ص ٩٠).

الشيء المبيع وله أن يطالب المشتري بوفاء الثمن ، وكذلك كان يستطيع البائع أن يطالب المشتري بالثمن قبل أن يسلم العين ، وليس للمشتري في هذه الحالة أن يمتنع عن دفع الثمن بل يجب أن يقوم بدفعه وله أن يطالب البائع بالتسليم .

ولم يعترف القانون الروماني بارتباط الالتزامات بعضها ببعض الآخر عند تنفيذها إلا بعد ذلك . فأصبح للبائع الحق في حبس العين المبيعة ما دام لم يستلم الثمن ، وكذلك كان للمشتري أن يدفع بالغش (exception de dol) دعوى البائع الذي يطالبه بالثمن قبل أن يسلم العين المبيعة^(١) . على أن هذا الارتباط لم يكن كاملا ، فقد بقيت بعض أحكام تتناقض مع هذا الارتباط ، كالحكم القاضي بتحميل المشتري تبعة الهلاك قبل أن يستلم العين^(٢) ، وإن كانت فكرة الارتباط قد أصبحت واضحة في العقود الرضائية ، لا سيما عقد الإيجار ، وبدخولها دخلت فكرة السبب في هذه العقود . وليس هذا بغريب ، فحيث يعترف القانون بالإرادة منشئة للالتزام كما هو الأمر في العقود الرضائية ، لا يلبث السبب في صدور هذه الإرادة أن يقترب منها ، ويصبح السبب ركنا في الالتزام .

٥١٢ - السبب في العقود غير المسماة وفي عقد أنظار المربيه -

وفي اعتراف القانون الروماني بالعقود غير المسماة ادخال لفكرة السبب في هذه العقود . فإن العقد غير المسمى كان يتكوّن بتنفيذ أحد المتعاقدين ما أخذه على نفسه من التزام ، فيحق له

(١) وكان المنطق يقضى باعطاء المشتري دعوى تنشأ من عقد البيع (actio ex emptio) حتى يظهر بوضوح الارتباط فيما بين الالتزامين . ولكن القانون الروماني كان يكتفى باعطائه دعوى الغش ، مما يحمل على الاعتقاد بأن المسألة لا ترجع الى الارتباط ، بل الى مقتضيات العدالة وحسن النية (كايتان في السبب ص ٩٤) .

(٢) وقد كان منطق الارتباط يقضى بأن الهلاك يحمّله البائع ، لا سيما أن البيع في القانون الروماني لم يكن ناقلا للملكية ، وكان الشيء قبل التسليم يعتبر مملوكا للبائع حتى ينقل هذا ملكيته الى المشتري ، فإذا هلك الشيء قبل التسليم ، فقد كان الواجب أن يدفع المشتري من دفع الثمن ، إما لأن الشيء قد هلك على مالكه وهو البائع ، وإما لأن التزام المشتري بدفع الثمن مرتبط بالتزام البائع بالتسليم والتسليم لم يتم . فاجبار المشتري على دفع الثمن بالرغم من هلاك العين هو في الواقع من الأمر فصل ما بين التزامه والتزام البائع ، وانعدام الارتباط فيما بينهما .

(٣) فقد كانت الأجرة في هذا العقد تقابل الانتفاع . فإذا تعذر الانتفاع ، ولو بقوة قاهرة ، فالأجرة لا تجب ، وإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين ، كان للوَجَر الحق في استرداد العين المؤجرة (كايتان في السبب ص ٩٨) .

أن يطالب المتعاقد الآخر بما التزم هذا به ، وذلك لأن التزام هذا الأخير أصبح الآن قائماً على سبب صحيح ، هو تنفيذ المتعاقد الأول لالتزامه^(١) .

ثم اعترف القانون الروماني بالسبب كاملاً في عقد أنظار المدين (constitut) ، فهو عقد يلتزم به المدين الذي ترتب في ذمته دين قديم أن يفى بهذا الدين بعد أجل معين . والمهم في هذا العقد أنه يتم بمجرد الاتفاق بين الدائن والمدين ، ولا بد أن يكون مبنيًا على دين سابق . فلا يقوم الالتزام إذا لم يكن هذا الدين السابق موجوداً ، ولا يقوم إلا بقدر هذا الدين . فالدين السابق هو إذاً السبب في الدين الجديد^(٢) .

٥١٣ - السبب في التبرعات - أما في التبرعات فقد اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير . فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع (animus donandi) ، وهي السبب في التزام المتبرع ، ويترتب على ذلك أن من وفى بالتزام طبعى لا يكون متبرعاً ، لأن نية التبرع معدومة . والهبة المقترنة بشرط (donation sub modo) مبنيها قيام الموهوب له بهذا الشرط ، وقد ارتبطت الهبة بتنفيذ الشرط المقترن بها إلى درجة أنه إذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ هذا الشرط كان للواهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد (condictio causa data, causa non secuta) ، وله أيضاً أن يجبر الموهوب له على تنفيذ الشرط .

واعترف القانون الروماني في الوصية بالسبب إلى حد أن مزجه بالبائع ، فإذا ثبت أن هناك غلطاً في الباعث على الوصية ، كان للوارث أن يدفع دعوى الموصى له بالغش (exception de dol) إذا أثبت أن الغلط كان هو الدافع الجوهرى للموصى على الإيصاء ، وأنه لو تبين هذا غلطه لعدل عن وصيته^(٣) .

٥١٤ - موقف القانون الروماني من نظرية السبب - ونرى مما تقدم

أن القانون الروماني لم يعترف بنظرية السبب ، بمعناها الحديث إلا إلى حد ، لأن شكلية

(١) وبقي للتعاقد الأول الحق في استرداد ما دفعه للتعاقد الآخر ، بدلا من مطالبة بالتنفيذ . وقد يكون هذا أثراً من دعوى الاسترداد الأول التي كانت للتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة الملزمة للعقود المسماة . أو قد يكون الحق في الاسترداد نتيجة فسخ العقد ، وفي هذا اعتراف بالسبب ، فهو الذى بنى على تخلفه فسخ العقد (كايتان في السبب فقرة ٥١) .

(٢) كايتان في السبب فقرة ٥٢

(٣) كايتان في السبب فقرة ٥٥

العقود كان من شأنها أن تجعل الالتزام مجرداً من سببه . وإذا كان قد أدخل فكرة السبب في بعض العقود، فيرجع ذلك في الغالب الى أنه اعترف بالارادة منشئة لهذه العقود، ومتى اعترف بأثر الارادة مجزدة من الشكل ، فمن المعقول أن يكون قد أخذ بما قامت عليه هذه الارادة من دافع يحركها، وجعله محل اعتبار في وجود الالتزام .

المبحث الثاني — نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

٥١٥ - **ترريج نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم** — وإذا كان القانون الروماني لم يجعل للسبب شأنًا كبيراً في وجود الالتزام، فإن القانون الفرنسي القديم أخذ يتدرج بنظرية السبب في الأهمية ، ويزيد في شأنها ، حتى وصلت في عهد دوما (Domat) الى أن تكون ركناً في كل التزام . وإذا كان دوما لم يتدع النظرية ابتداءً ، بل تلقاها وهي في مرحلتها الأخيرة من التطور، كما سنبين ذلك إجمالاً، فإن له الفضل في صوغ النظرية صياغة منطقية واضحة ، نقلها عنه من تلامذته من الفقهاء، وأخذها قانون نابليون في الثوب الذي ألبسها إياه ذلك الفقيه الكبير^(١).

(٢)

٥١٦ - **نظرية السبب قبل روما** — أخذ الفقهاء في عهد " الشراح " أو " المفسرين " (glossateurs) يبحثون في صحة العقد اللفظي إذا لم يذكر فيه سبب الالتزام. وانتهى بحثهم الى أنه يجوز للمدين أن يدفع " بدفع الغش " دعوى الدائن المبنية على عقد لفظي لم يبين فيه سبب الالتزام ، ويقع على الدائن عبء اثبات أن هناك سبباً صحيحاً للالتزام الذي نشأ من العقد .

ثم أخذ رجال الكنيسة (canonistes) يجردون العقد من الشكلية ، ويجعلون من مجرد الاتفاق عقداً ملزماً، ينونه على أساس ديني من وجوب المحافظة على العهد والوفاء به كما قدمنا. وقد رأينا أن نظرية السبب تنمى مع نظرية سلطان الارادة، فكلما اعترف للارادة بأثر في تكوين العقد، كلما قرنت هذه الارادة بسببها . فكان من ذلك أن غنى رجال الكنيسة بنظرية السبب عناية كبيرة . فهم بعد أن محوا الأشكال والأوضاع من العقد لم يسعهم أن

(١) كايثان في السبب فقرة ٥٧ ص ١١٥ وفقرة ٧٧ ص ١٥١

(٢) راجع في هذا الموضوع بنوع خاص كايثان في السبب فقرة ٥٧ — فقرة ٧٧

يطلقوا الإرادة من كل قيد ، بفعلوا مردها الى السبب الذي حركها . واذا كانوا قد اعترفوا بصحة العقد حتى لو لم يصب في قالب ”العقد اللفظي“ ، إلا أنهم اشترطوا أن يكون هناك ”سبب“ للالتزام الذي ينشأ من هذا العقد ، لأن الالتزام دون سبب خليك أن يكون مبنيًا على غلط . ومن ذلك نرى أن نظرية السبب استندت في أول الأمر الى نظرية عيوب الرضاء ، فقد كان يفترض وقوع المدين في غلط اذا لم يكن للالتزام سبب^(١) .

وكان رجال الكنيسة أيضا يربطون الالتزامات التي ينشئها العقد الملزم للجانبين بعضها بالبعض الآخر ربطا وثيقا ، ووصلوا في ذلك الى حدّ لم يصل اليه الرومان . فقد كان الارتباط لا يقتصر على المرحلة التي يتكوّن فيها العقد ، بل هو يجاوزها الى مرحلة تنفيذ الالتزام الناشئة من العقد . فرجال الكنيسة هم الذين توسعوا توسعا تاما في قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) حتى جعلوها قاعدة عامة في كل عقد ملزم للجانبين ، بعد أن كان الرومان يقتصرون على تطبيقات خاصة لهذه القاعدة في بعض الفروض ، وهم الذين وضعوا أساس فسخ العقد الملزم للجانبين اذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه ، ولم يكن الرومان يسلمون بالفسخ إلا في العقود غير المسماة وإلا في بعض تطبيقات ضيقة في العقود الرضائية . وكل من قاعدتي الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد انما يجد أساسا له في نظرية السبب وفي فكرة الارتباط فيما بين الالتزامات .

فرجال الكنيسة ، كما نرى ، هم في الواقع الذين وضعوا أساس نظرية السبب ، وجاء من بعدهم ”رجال القانون المدني“ (civilistes) ، فأخذوا النظرية عنهم ، وجعلوا الالتزام الذي لم يذكر سببه لا يقوم إلا اذا أثبت الدائن له سببا . وأخذوا بنظرية الارتباط في العقد الملزم للجانبين ، وأطلقوا عليها ”قاعدة التقابل“ (règle des corrélatifs) ، وذهبوا في أثرها الى أبعد مدى .

وأخذت نظرية السبب تتقدّم بخطوات واسعة في العهود التي تلت ، عهود بارتول (Bartole) وفافر (Favre) وخلفائهما . وقد ميز هؤلاء الفقهاء بين السبب (causa finalis)

(١) كما بينا في السبب فقرة ٦٦ ص ١٣١ . و يلفت النظر أن القضاء الفردي أخذ الآن يبنى نظرية الغلط على نظرية السبب كما سبقت الإشارة الى ذلك . بعد أن كانت نظرية السبب هي التي تبنى على نظرية الغلط . وهذا يثبت على كل حال مبلغ الارتباط فيما بين النظريتين .

والباعث (causa impulsiva) لا سيما في التبرعات ، وهدموا الحواجز ما بين العقود المسماة والعقود غير المسماة ، فتمشت نظرية السبب على جميع العقود .

إلا أن نظرية السبب ، وإن تجتعت أحجارها من كل ناحية ، كان ينقصها البناء والصياغة ، إلى أن أتى دوما فصاغها على النحو المعروف في النظرية التقليدية .

٥١٧ - نظرية السبب منه عشر دوما - وقرر دوما في كتابه "القوانين المدنية"^(١) أن كل اتفاق ملزم ، سواء أطلق عليه اسم معين أو لم يطلق ، وأن التمييز الروماني بين العقود المسماة والعقود غير المسماة لم يعد له محل ، فالعقد يقوم على رضا المتعاقدين ، ومجرد توافق الإرادتين كاف لإنشائه . ثم قسم العقود إلى أربعة أقسام : الثلاثة الأولى هي عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع . ثم قرر بعد ذلك ما يأتي : "في الأقسام الثلاثة الأولى للعقود يجري التعامل دون أن يكون فيه أي تبرع ، ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس لالتزام الآخر . وفي العقود التي يظهر أن شخصا واحدا فيها قد التزم ، كما في اقراض مبلغ من النقود ، قد سبق التزام المقترض ما وجب أن يعطيه الطرف الآخر حتى يتكون العقد . وعلى ذلك فالالتزام الذي ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائما في جانب الآخر ، ويكون الالتزام باطلا إذا لم يكن مبنيًا في الواقع على سبب"^(٢) . وقرر في موضع آخر أن الالتزام الذي قام على سبب انقطع بعد ذلك يصبح باطلا ، وكذلك الفلظ في السبب يبطل العقد^(٣) . ثم ميز بين السبب والباعث في الهبة كما يأتي : "إذا ذكر في هبة أنها في مقابل خدمات أسديت ، أو لتيسر على الموهوب له الحصول على شيء يريده ، فلا تكون الهبة باطلة حتى لو لم تكن هذه الخدمات قد أسديت ، أو كان هذا الشيء لم يتم الحصول عليه . ذلك لأنه توجد دائما إرادة من وهب ، وقد يكون لها بواعث أخرى غير التي ذكرها"^(٤) .

ونقل نظرية السبب عن دوما من جاء بعده من الفقهاء ، فأخذها عنه بريغو دي لا جانس (Prévot de la Janès) و بوتيه (Pothier) . وقد بسط هذا الأخير النظرية كما يأتي :

- (١) الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول .
- (٢) الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول .
- (٣) الكتاب الأول الباب الأول فقرة ١٣ .
- (٤) الكتاب الأول الباب الثامن عشر .
- (٥) الكتاب الأول الباب العاشر الفصل الأول فقرة ١٣ .

”يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف . ففي عقود المعاوضة يكون السبب في الالتزام الذى يعقده أحد الطرفين هو ما يعطيه له الطرف الآخر، أو ما يلتزم باعطائه له، أو ما يأخذه على نفسه من تبعة يتحملها . وفي عقود التبرع يكون التبرع الذى يقصد أحد المتعافدين أن يسديه للآخر سببا كافيا للالتزام الذى يعقده قبله . أما إذا لم يقم الالتزام على أى سبب، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل، ويبطل العقد الذى يتضمنه“^(١) . وتكلم بعد ذلك على السبب المخالف للعدالة أو لحسن النية أو للآداب^(٢) . وقد نقل قانون نابليون نظرية السبب عن دوما وبوتيه على الوجه الذى نراه مبسوطا فى المواد ١١٣١ - ١١٣٣، وقد سبق إيرادها .

الفرع الثانى النظرية التقليدية فى السبب

٥١٨ - أخذ الفقهاء الفرنسيون يسطون نظرية السبب على الأساس الذى وضعه دوما ونقله عنه القانون الفرنسى، حتى تكونت نظرية تقليدية فى السبب مردها ماقرره دوما فى هذا الموضوع . وتتولى الآن بسط هذه النظرية، مبينين فيها المسائل الآتية : (أولا) تحديد معنى ”السبب“ فى الالتزام . (ثانيا) الشروط التى يجب توافرها حتى يكون السبب صحيحا . (ثالثا) إثبات السبب .

المبحث الأول - تحديد معنى ”السبب“

٥١٩ - **أنواع السبب** - تميز النظرية التقليدية بين السبب الانشائى (cause efficiente)، والسبب القصدى (cause finale)، والسبب العرضى أو السبب الدافع (cause occasionelle, impulsive)^(٣) . فالالتزام له سبب أنشأه، وله سبب قصد إليه الملتزم بالتزامه، وله سبب كان هو الباعث للتمتع على الالتزام .

٥٢٠ - **السبب الانشائى** - أما السبب الانشائى فهو مصدر الالتزام، وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هى الإرادة المنفردة والعقد والعمل الضار والاثراء بلا سبب والقانون.

(١) الالتزامات فقرة ٢ .

(٢) الالتزامات فقرة ٤٣ - فقرة ٤٦ .

(٣) انظر بسطا واديا للنظرية التقليدية فى ديملومب ٢٤ ص ٣٢٩ وما بعدها .

ويجب أن نستبعد هذا النوع من السبب ، فهو خارج عن موضوعنا . ونقتصر على أن نلاحظ هنا أن ما كان يسميه الشراح "بالسبب المدني" في عقود القانون الروماني هو قريب من السبب بالمعنى الذي نحن بصددده . فقد قدمنا أن السبب المدني في العقد الروماني هو المصدر القانوني الذي يعطى العقد قوته الملزمة ، فتارة يكون الشكل وطورا يكون التسليم وأخرى يكون مجرد الاتفاق وهكذا . غير أن "السبب المدني" كان يوجد في العقد لا في الالتزام^(١) .

* ٥٢١ - الباعث - يبقى السبب القصدى والسبب الدافع . والأفضل أن نقصر كلمة "السبب" على السبب القصدى ، ونطلق كلمة "الباعث" على السبب الدافع .

فالباعث هو الدافع للترتم على أن يرتب في ذمته الالتزام . والدوافع كثيرة متنوعة ، فمن يشتري منزلا قد يكون الدافع له على الشراء هو أن يستغل المنزل ، أو أن يخصصه لسكناه ، أو أن يجعل منه محلا لعمله ، أو أن يديره للمهارة أو المقامرة ، ومن يبيع منزلا قد يكون الدافع له على البيع والحصول على الثمن هو سداد دين ، أو تمويل تجارة ، أو شراء عين أخرى ، أو إشباع شهوة ، أو التمكن من المقامرة ، وهكذا .

ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شيء خارجي عن العقد (extrinsèque) ، فلا يتضمنه الاتفاق ضرورة ولا يستخلص حتما من الالتزام . (٢) هو شيء ذاتي للترتم (subjectif) إذ يرجع الى نوايا الشخص وما يتأثر به من دوافع . (٣) هو شيء متغير (variable) ، لا في كل نوع من العقود فحسب ، بل في كل عقد على حدة ، فعقد البيع كما رأينا ليس له باعث واحد ، بل بواعث متعددة ، تختلف باختلاف البائع والمشتري ، وباختلاف العوامل التي تأثر بها كل منهما .

وبالباعث لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام . فهما كان هذا الباعث ، شريفا أو غير شريف ، متفقا مع النظام العام أو مخالفا له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم . وذلك لأن الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد ، فالبواعث كما قدمنا متعددة مختلفة ، وقد يلتمز المقترض للحصول على مال ، ويحصل على المال لتحويله متجرا ، ويتجر للكسب ، ويكسب

(١) انظر في السبب الانشائي وربه بالسبب القصدى الى بيدان في الالتزامات ص ١١٠ وما بعدها .

ليست حاجة مشروعة، أو ليقوم بعمل غير مشروع، فهل يمكن أن نبطل عقدا لأن الباعث هو القيام بعمل غير مشروع، وإذا قلنا أن هذا باعث بعيد، فإن نقف بين هذه البواعث المختلفة، ومنى يعتبر الباعث غير المباشر قريبا يصح الوقوف عنده. لذلك تقرر النظرية التقليدية أن الباعث لا أثر له في قيام الالتزام.

* ٥٢٢ - السبب - بقى السبب، وهو الذى نقصده هنا. وتعرفه النظرية التقليدية بأنه هو الغاية المباشرة (fin directe) أو الغرض المباشر (but immédiat) الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه. فالسبب يتميز عن الباعث بأنه هو الغاية المباشرة (causa proxima)، وهو أول نتيجة يصل إليها الملتزم، أما الباعث فهو الغاية غير المباشرة (causa remota)، الأمر الذى يريد أن يصل إليه من وراء تحقيق السبب، سواء كان هذا الأمر قريبا أو بعيدا، فما دام لا يصل إليه مباشرة من وراء الالتزام، فهو باعث لا سبب.

ويتحدد السبب بكثير من الوضع، طبقا للنظرية التقليدية، إذا طبقنا هذا التعريف على أقسام العقود المختلفة. فنميز أولا بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، ثم نميز بعد ذلك عقود التبرع من سائر العقود، ونبين السبب طبقا للنظرية التقليدية: (أولا) فى العقود الملزمة للجانبين. (ثانيا) فى العقود الملزمة لجانب واحد. (ثالثا) فى عقود التبرع.

* ٥٢٣ - السبب فى العقود الملزمة للجانبين - أما فى العقود الملزمة للجانبين فسبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الآخر. ففى عقد البيع مثلا يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، وسبب هذا الالتزام هو التزام المشتري بدفع الثمن. ويلتزم المشتري بدفع الثمن وسبب التزامه هذا هو التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع. كذلك الأمر فى عقد المقايضة وفى عقد الإيجار وفى عقد الشركة وفى غيرها من العقود الملزمة للجانبين. وتفسير ذلك أن البائع عند ما التزم بنقل ملكية الشيء المبيع قصد بالتزامه هذا غرضا مباشرا هو أن يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع. فالتزام كل منهما سبب لالتزام الآخر.

* ٥٢٤ - السبب فى العقود الملزمة لجانب واحد - وفى العقود الملزمة لجانب واحد، إذا كان العقد عينيا، كالعارية بنوعيتها ورهن الحيازة (إذا ذهبنا فى هذه العقود الى

أنها ملزمة لجانِب واحد كما يرى جمهور الفقهاء) وكالوديعة يكون سبب الالتزام العاقد الملتزم، وهو المستعير أو المرتهن أو حافظ الوديعة، أو استلامه الشيء محل التعاقد، أى الشيء المعار أو المرهون أو المودع، فهو قد انتم برّد هذا الشيء لأنه استلمه، وهو قد قصد من التزامه بالردّ غرضاً مباشراً هو الانتفاع بالعين المعارة أو بالعين المرهونة أو حفظ العين المودعة، وهذا لا يتم إلا باستلام العين، فالاستلام هو السبب المباشر للالتزام^(١).

أما إذا كان العقد الملزم لجانِب واحد عقداً رضائياً، كالوعد بالبيع والوعد بالعارية والوعد برهن الحياة فالظاهر أن سبب الالتزام فى مثل هذه العقود التمهيدية هو اتمام العقد النهائى، وهو سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق^(٢).

وقد يكون العقد الملزم لجانِب واحد عقداً شكلياً، كالهبة، والسبب فيها نية التبرع كما سنرى فى عقود التبرع، وكالرهن الرسمى، والسبب فيه ضمان الدين إذ هو الغرض المباشر الذى يريد المدين الوصول إليه من وراء الالتزام.

* ٥٢٥ - السبب فى عقود التبرع - أما فى عقود التبرع فالسبب فى التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها، فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً، هو إسداء يد للموهوب له، وهذا هو السبب فى التزامه.

ويلاحظ أن من عقود التبرع ما هو عينى، كعارية الاستعمال وكعارية الاستهلاك إذا كانت دون فائدة، وفى مثل هذه العقود لا يكون المتبرع ملتزماً بشيء، بل الملتزم هو من تلقى التبرع، أى المستعير، وسبب التزامه هو استلامه للشيء المعار كما قدّمنا^(٣).

* ٥٢٦ - خصائص السبب - ونرى مما تقدّم أن السبب فى الالتزام يستخلص

(١) أما إذا اعتبرنا العارية ورهن الحياة من العقود الملزمة للجانبين، كما ذهبنا إلى ذلك، فالتزام المستعير أو المرتهن يصبح سببه، إلى جانب استلام الشيء، هو التزام المعير أو الراهن بعدم استرداد الشيء إلا عند حلول الأجل.

(٢) كابتان فى السبب فقرة ٢٨.

(٣) وقد يمكن القول بأن المعير فى عارية الاستهلاك يلتزم بنقل ملكية الشيء المعار، فالعقد يتم بالتسليم، ومتى تم التزام المعير بنقل ملكية الشيء المعار (و يتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد نشوئه طبقاً للقواعد العامة) كما يلتزم بالامتناع عن استعماله ما أعاره إلا عند حلول الأجل. وفى هذه الحالة يكون سبب التزام المعير بنقل ملكية الشيء المعار هو نية التبرع إذا كان عقد القرض دون فائدة، أو هو الحصول على الفائدة إذا تضمنها العقد.

من طبيعة الالتزام ذاته ، فهو موجود في العقد لاجراء عنه ، وهو في الوقت ذاته مادي لا يؤثر فيه نوايا الملتزم ومزامية^(١) ولا يتغير في العقد الواحد بتغير البواعث والدوافع .
وفي كل هذا يخالف السبب عن الباعث ، فقد رأينا أن الباعث خارجي ذاتي متغير ، أما السبب فعلى العكس من ذلك داخلي (intrinsèque) ، مادي (objective) ، غير متغير (invariable) .

المبحث الثاني - شروط صحة السبب

* ٥٢٧ - بعد أن حددنا معنى السبب في النظرية التقليدية بقي أن نعرف الشروط الواجب توافرها فيه حتى يكون صحيحا . وفي هذا تنص المادتان ١٤٨/٩٤ على أن السبب يجب أن يكون صحيحا جائزا ، وقد قدمنا أن الأصل الفرنسي لهذا النص أدق ، فهو يشترط أن يكون السبب حقيقيا مشروعاً (certaine et licite) . أما القانون المدني الفرنسي فتتضمن المادة ١١٣١ منه على أن الالتزام لا ينتج أى أثرا إذا لم يكن مبنيا على سبب ، أو كان مبنيا على سبب كاذب أو على سبب غير مشروع . وتتضمن المادة ١١٣٣ من هذا القانون على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون أو كان مخالفا للآداب أو للنظام العام^(٢) .
فن ذلك نرى أن السبب يجب أن يكون : (أولا) حقيقيا غير كاذب . (ثانيا) مشروعاً .

§ ١ - كون السبب حقيقيا غير كاذب

* ٥٢٨ - عرفة السبب بعيب الرضاء - يصعب أن نتصور أن شخصا يلتزم بإرادته لغير سبب ، إلا إذا كان مجبرا على ذلك أو واهما . فقد يمضى مكرها سندا يبين فيه أن

(١) ومع ذلك فن فقهاء النظرية التقليدية من يرى في السبب عنصرا شخصيا (بغوار ص ٥٢٨ وما بعده) .
(٢) إذا لم يتوافر في السبب الشروط المذكورة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا كما سيأتى بيان ذلك . ولكن هناك من الفقهاء من يرى العقد في هذه الحالة باطلا بطلانا نسبيا ، ويتمسك بالبطلان من كان السبب في التزامه لم يتوافر فيه الشروط المطلوبة ، ويزول البطلان في فرنسا بمضى عشر سنوات . هذا ما لم يكن السبب غير مشروع ، فيكون البطلان مطلقا (انظر بلانيرول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٦٣) .

وقد يكون السبب موجودا وجودا جزئيا ، كما إذا أراد شخص الاعتراف بالالتزام طيعي فاعترف بالالتزام مدنى أكبر قيمة من الالتزام الطيعي ، وفي هذه الحالة يصح العقد بمقدار السبب ، ويبطل فيما جاوز ذلك . ما لم يكن العقد غير قابل للتجزئة فيبطل كله (انظر في هذا الموضوع بلانيرول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٦٤ - والتون ١ ص ١٠٥ - ص ١٠٦ - محكمة النقض الفرنسية في ١٧ يولييه سنة ١٩٠٦ - سريه ١٩٠٧ - ١ - ٤٥٧ - محكمة الاستئناف الأهلية في ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ عدد ٣) . والانعدام الجزئي للسبب غير عدم تعادل السبب مع قيمة الالتزام ، فنرى فيما يلى أن السبب يكون صحيحا حتى لو لم يكن معادلا لقيمة الالتزام (انظر دابان (Dabin) في نظرية السبب فقرة ١٢٣ - فقرة ١٢٥) .

سبب مديونية هو القرض ، والواقع من الأمر هو ألا سبب لهذه المديونية ، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا لانعدام السبب ، ولا يكفي أن يقال إنه باطل لأكراه ، فالبطالان للأكراه نسبي لا مطلق^(١) . وقد يتوهم الملتزم أن هناك سببا حقيقيا لالتزامه ، والواقع غير ذلك ، وفي هذه الحالة يكون هناك غلط في السبب أو تدليس أوقع في هذا الغلط ، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا لانعدام السبب . فاذا تخارج وارث مع شخص آخر يعتقد أنه وارث معه ، وهو ليس بوارث ، وأعطاه مبلغا من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث ، فهذا التخارج باطل بطلانا مطلقا لأن سببه منعدم^(٢) .

ومن هنا نرى العلاقة الوثيقة ما بين السبب وعيوب الرضاء ، من غلط وتدليس وإكراه ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك عند الكلام على الغلط .

* ٥٢٩ - السبب الطائِب (fausse cause) — ويقضى القانون الفرنسي بأن السبب يجب أن يكون غير كاذب . ويكون السبب كاذبا اذا كان موهوما (erronée) ، كما في المثال المتقدم ، أو اذا كان صوريا (simulée) بأن ذكر المتعاقدان سببا غير حقيقى يريدان بذلك إخفاء السبب الحقيقى . والالتزام الذى يقوم على سبب صورى لا يكون باطلا لصورية السبب ، فان الصورية في ذاتها ليست سببا في البطلان . ولكن اذا أثبت المدين صورية السبب ، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقى . ويكون الالتزام قائما أو غير قائم تبعا لهذا السبب الحقيقى ، فاذا كان مشروعاً قام الالتزام ، أما اذا كان قد أخفى لأنه غير مشروع فالالتزام لا يقوم .

ومن ذلك نرى أن السبب الكاذب الذى تكلم عنه القانون الفرنسى لا يعدو أن يكون سببا غير موجود اذا كان موهوما ، أو سببا غير مشروع اذا كان صوريا يخفى سببا حقيقيا غير مشروع .

(١) وانما يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا للأكراه ، اذا كان مبينا على سبب صحيح ، وانما شابه الأكراه كذب في ارادة أحد المتعاقدين .

(٢) والتون ١ ص ١٠٦ — بوتييه في الالتزامات فقرة ٤٢ . واذا التزم شخص باعطاء وكيله أجرا ، وتبين بعد ذلك أن هذا الوكيل كان قد استوفى أجره من قبل ، فان الالتزام يكون باطلا لانعدام السبب (محكمة النقض الفرنسية في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٤٠٧)

(٣) ديمولوب ٢٤ فقرة ٣٦٩ — فقرة ٣٧٠ — لوران ١٦ فقرة ١٢٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٠٤ — فقرة ٣٠٨

* ٥٣٠ — السبب غير المبرور — على أنه يمكن أن يلتزم الشخص دون سبب ،
ويكون مختاراً على بينة من أمره ، أى لا يكون مكرها ولا واهما . ويتفق هذا إما عند نشوء
الالتزام ، أو بعد نشوئه .

فقد يلتزم شخص التراما صوريا ، فيحضى سنداً لمصلحة دائن صوري ، ويفصد من ذلك
إعطاء هذا الدائن سنداً يتعامل به ، ويحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد
السند ، قام الدائن الصوري بتوريد قيمته الى المدين ، فيدفعها هذا لحامل السند^(١) . وهذا
ما يسمى بسند المجاملة (effet de complaisance) ، وهو معروف في القانون التجارى . والذي
يهمننا أن نبينه هنا أن سند المجاملة هذا التزام غير قائم لأن سببه منعدم ، إذ لا مديونية في الواقع
بين الدائن والمدين^(٢) . وهناك أمثلة أخرى على التزامات سببها منعدم من وقت نشوئها ، من ذلك

(١) وقد لا تقف المسألة عند هذا الحد ، فإذا حل ميعاد السند ، قام الدائن الصوري بعمل سند صوري آخر لقيمة
أكبر من السند الأول ولأجل متأخر ، فيمضيه له المدين الصوري ، ويحصل الدائن على قيمة هذا السند بتحويله كما فعل
من قبل ، وتكفى هذه القيمة لوفاء السند الأول . وكذلك يفعل المدين الصوري ، يكتب هو الآخر سنداً صورياً على
الدائن ، يكون هذا فيه مديناً والمدين هو الدائن ، ويحصل على قيمته بطريق تحويله . وهكذا يتواطأ الاثنان على خلق
سندات صورية فيما بينهما يتعاملان فيها ، فيحصلان من طريق هذا التواطؤ على ما يحتاجان اليه من نقود (انظر كايتمان
في السبب فقرة ١٦٢) .

(٢) ولكن لا يحتاج بصورية سند المجاملة وانعدام سببه على حامل هذا السند إذا كان حسن النية (محكمة النقض
الفرنسية في ٣٠ مايو سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ — ١ — ٥٠٨) . أما في علاقة الدائن بالمدين ، فان المدين
يستطيع أن يتمسك بطلان التزامه لانعدام السبب (محكمة النقض الفرنسية في ٣٠ مايو سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ —
١ — ١٥٤ — حكم ثان في ١٨ أكتوبر سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ — ١ — ٣٤٠ — حكم ثالث في ١٠ مارس
سنة ١٩١٥ سيريه ١٦ — ١ — ٥ — بفنوار ص ٥٣٧ — ص ٥٣٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٠٣ —
كايتمان في السبب فقرة ١٦٢) ، وكذلك يستطيع أن يتمسك بانعدام السبب قبل حامل السند إذا كان سيئ النية
(محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ يولييه سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ — ١ — ٦٠٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٠٣) . أما إذا
كان حامل السند حسن النية ، فقد قدمنا أنه لا يحتاج عليه بانعدام السبب ، ويجبر المدين على الدفع ، ويكون له الحق
في هذه الحالة في الرجوع على الدائن الصوري بقاعدة الاراء بلا سبب ، فقد أثرى هذا الدائن على حسابه بقبضه
قيمة السند الصوري (محكمة النقض الفرنسية في ٢١ مارس سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ — ١ — ٢٨ — محكمة باريس
الاستئنافية في ٩ أغسطس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ — ٢ — ١٤٤ — تالير في القانون التجارى الطبعة الثالثة
فقرة ١٤٣٨ — ليون كان ورينو في القانون التجارى طبعة ١ فقرة ٥٧٤ مكررة — كايتمان في السبب فقرة ١٦٢ —
والنون ١ ص ١٠٤) .

على أنه يجوز في بعض الأحيان أن يكون المدين الذي قبل أن يسحب عليه سند دون أن يكون مديناً للسالب قد قصد
جدياً أن يضعن الساحب ، حتى يتمكن هذا من الحصول على نقود بقبضه قيمة السند ، وفي هذه الحالة يكون التزام المدين
مبنياً على سبب صحيح ، وله أن يرجع على الساحب كما يرجع الكفيل على المدين الأصلي (محكمة النقض الفرنسية =

العقود الاحتمالية ، والسبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة في كل من الجانبين ، فاذا انعدم هذا الاحتمال في جانب انعدم سبب الالتزام^(١) ، وذلك كعقد التأمين اذا لم يتعرض أحد المتعاقدين فيه لاحتمال أية خسارة^(٢) ، وكالعقد الذى يسمى عادة "كرة الثلج" (boule de neige)^(٣) .

= في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٢٨١ مع تعليق ناكيه (Naquet) — كايتمان في السبب
فقرة (١٦٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه في العقود الموكول أمرها الى الصدق ، اذا كان أحد المتعاقدين ضمن لنفسه الكسب ، ولم يتحمل مصادقات الخسارة ، فالعقد باطل بطلانا جوهريا لانعدام السبب (٢٣ ابريل سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ عدد ٢/٢٧) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٩٣ .

(٣) وصورة هذا العقد أن تاجر يرجع لسله بالطريقة الآتية : يبيع دفتر (carnet) ، يتضمن عددا من القصاصات (coupons) ، أربع قصاصات مثلا ، لشخص بثن معين ، ويتعهد هذا الشخص ببيع القصاصات الأربع لأربعة أشخاص بالنمن الذى اشتراها به ، على أن كل شخص اشترى قصاصة يشترى من التاجر دفتر فيه عدد من القصاصات يساوى الدفتر الأول ، فاذا تم ذلك كان للشخص الأول أن يأخذ سلعة من التاجر دون ثمن . وكذلك كل شخص اشترى قصاصة من الشخص الأول ، ثم اشترى دفتر من التاجر ، إذا تمكن من بيع قصاصات الدفتر الذى اشتراه لأشخاص اشترؤا بدورهم دفتر من التاجر على النحو الذى تقدم ، يكون له الحق في أخذ سلعة من التاجر دون أن يدفع ثمن . وهكذا دوريك .

ولنوضح ذلك بمثال : تاجر ساعات يبيع دفتر الى (أ) ، يتضمن أربع قصاصات ، بمبلغ عشرين قرشا . فيبيع (أ) هذه القصاصات الأربع الى (ب) و (ج) و (د) و (هـ) كل قصاصة بمبلغ خمسة قروش ، وبذلك يكون (أ) قد استرد المبلغ الذى دفعه للتاجر ثمن الدفتر الذى اشتراه . فاذا اشترى كل من (ب) و (ج) و (د) و (هـ) دفتر من التاجر بمبلغ عشرين قرشا ، أعطى التاجر الى (أ) ساعة تباع قيمتها ثمانين قرشا دون ثمن ، وبذلك يكون (أ) قد حصل على ساعة لم يدفع فيها ثمن . ثم إذا استطاع (ب) مثلا أن يبيع قصاصات دفتريه لأربعة أشخاص آخرين ، فيسترد بذلك الثمن الذى اشترى به الدفتر ، واشترى كل من هؤلاء الأربعة دفتر ، أعطى التاجر الى (ب) ساعة دون ثمن أيضا ، وبذلك يكون (ب) قد حصل على هذه الساعة ولم يدفع إلا خمسة قروش ، هي ثمن القصاصات التى اشتراها من (أ) .

هذا العقد هو الذى يسمونه "كرة الثلج" ، لأنه يتطير شظايا إذا ما ألقى في سوق المعاملات ، وتوسع دائرته اتساعا لا يخطر بالبال ، ويذهب كثير من الناس ضحية له ، إذ يقدمون على شراء القصاصات فالدفاتر ، يعتقدون أنه يسهل العثور على أشخاص يشترونهم أيضا قصاصات ودفاتر ، ثم يتبينون بعد ذلك أن الدائرة اتسعت ، وأنه يتعذر الحصول على هؤلاء الناس ، فيضيق عليهم ما دفعوه .

وعند التأمل في هذا العقد يتبين أنه عقد يعود بالكسب على التاجر أولا . ثم على نفر قليل من تعامل مع التاجر في أول الحلقة ، وهؤلاء يكسبون على حساب عدد كبير من الضحايا . وكان هؤلاء الضحايا قد اكتنبت كل منهم بما خسر من مال لاهدا . سلعة مجانا لمن استطاع أن يظفر بهذه السلعة .

والعقد من الناحية القانونية عقد احتمالى ، ولكن الا-تمال فيه لا يوجد إلا في جانب العميل ، ولا يوجد في جانب التاجر أى احتمال للخسارة . فان (أ) في المثل المتقدم ، عند ما باع القصاصات للأشخاص الأربعة واسترد الثمن =

وقد ينعدم السبب بعد أن كان قد وجد عند نشوء الالتزام . وهذا يتحقق في الالتزامات المستمرة، كالالتزامات التي ينشئها عقد الإيجار، فإن هذا العقد ينشئ التزاما مستمرا في جانب المستأجر هو أن يدفع الأجرة، وسبب هذا الالتزام التزام مستمر آخر في جانب المؤجر هو أن يترك المستأجر ينتفع بالعين، فإذا هلكت العين المؤجرة بقوة قاهرة، فإن سبب التزام المستأجر يزول بعد أن كان موجودا، وبذلك ينقضي هذا الالتزام لانقطاع سببه^(١).

ويتبين من ذلك أن هناك فروضا مختلفة يكون السبب فيها منعدما، فإذا اشترطنا وجود

= الذى دفعه، ثم اشترى كل من هؤلاء الأشخاص الأربعة دفاتر، فحصل (أ) بعد ذلك على ساعة دون ثمن، قد تحقق في جانبه احتمال المكسب . ولكنه كان أيضا معرضا لاحتمال الخسارة، إذا فرض أنه لم يوفق إلى أربعة أشخاص يشتركون منه القصاصات، أو إذا امتنع هؤلاء من شراء الدفاتر بعد أن اشترى القصاصات . هذا هو موقف (أ)، شخص تعرض لاحتمال المكسب أو الخسارة . فما هو موقف التاجر الذى تعاقد معه؟ لم يتعرض هذا التاجر لاحتمال خسارة ما، فهو لن يعطى الساعة إلى (أ) قبل أن يقبض ثمن أربعة دفاتر من الأشخاص الأربعة الذين اشترى القصاصات من (أ)، إلى جانب ثمن دفتر اشتراه (أ) نفسه من التاجر، فيكون ما قبضه هو مائة قرش ثمن ساعة يبيعها هو ممارسة بمبلغ ثمانين قرشا . ثم إذا استطاع (ب) أن يبيع قصاصاته لأربعة أشخاص آخرين، واشترى هؤلاء أربعة دفاتر من التاجر، يكون التاجر قد قبض ثمانين قرشا ثمن الدفاتر الأربعة فإذا أعطى (ب) ساعة بعد ذلك، فهو لم يعطها إياه إلا بعد أن قبض ثمنها، ولم يخسر شيئا . من ذلك نرى أن العقد الذى تم بين التاجر وبين أى شخص يشترى منه دفاتر هو عقد احتمالي ولكن من جانب واحد، فالتاجر لا يتعرض لاحتمال خسارة ما، أما الشخص الذى اشترى الدفاتر من التاجر فهو المعرض وحده للمكسب أو الخسارة فيكون العقد باطلا لانعدام السبب كما قدمنا .

(انظر في هذا الموضوع ديموج ٢ فقرة ٨٣٦ ومقالاه في مجلة القانون المدنى ربيع السنوية (الفصلية) سنة ١٩٠٤ ص ٤٠٣ ومقالا آخر للاستاذ سرافا (Sraffa) في نفس المجلة سنة ١٩٠٦ ص ٣٢١ ومقالا ثالثا للاستاذ أشر (Acher) في المجلة العامة للقانون سنة ١٩٠٥ ص ١٢٦ — وانظر أيضا بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٥٤ ص ٣٥٤ هامش نمرة ٢ — والتون ١ ص ١٠٤ — ص ١٠٥)

ومن المحاكم التى قضت ببطالان العقد محكمة ليل الابتدائية في ١٥ يناير سنة ١٩٠٠، سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٤٩ مع تعليق فال — ومحكمة السين الابتدائية في ١٩ نوفمبر سنة ٩٠١، سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٤٩ — ومحكمة الصلح باريس في ٤ أكتوبر سنة ١٩٠٠، جازيت دى باليه ١٩٠٠ — ٢ — ٤٣٦ . هناك محاكم أخذت بعكس هذا الرأى منها محكمة روبيه التجارية في ١٢ مايو سنة ١٩٠٠، سيريه ٩٠٤ — ٢ — ٤٥ — محكمة السين التجارية في ٢٠ يولييه سنة ١٩٠١، سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٤٩ — كما أن بعضا من الفقهاء المذكورين في المراجع المتقدمة يذهب إلى أن العقد لا يمكن إبطاله على أساس انعدام السبب، ويطلب تشريعا خاصا لتحريمه . على أن هناك اتفاقا على أن مثل هذا العقد لا يتفق مع التعامل الشريف، بل قد قضت بعض المحاكم بأنه يتبر نصبا : (محكمة السين الابتدائية في ١٠ يناير سنة ١٩٢٠، جازيت دى باليه ١٩٢٠ — ١ — ٢٥٣) .

(١) انظر السادتين ٣٧٠/٤٥٤ من القانون المدنى المصرى والمادة ١٧٤١ من القانون المدنى الفرنسى انظر أيضا لارومبيير ١ م ١١٣١ فقرة ٧ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٥٨ — بنوار ص ٥٣٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٠٣ مكررة ثانيا — والتون ١ ص ١٠٢ — ص ١٠٤ .

سبب لقيام الالتزام ، لم يكن هذا الشرط نظريا ، فقد يتفق أن يلتزم شخص بإرادته دون أن يكون هناك سبب حقيقى لهذا الالتزام^(١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد الذى يبيع به شخص أملاكه وهو على حافة الموت فى نظير النفقة عليه فى حياته يعتبر باطلا لعدم وجود السبب (١٥ يونيو سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعى ١٠ ص ٣٧٧) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المدين إذا عرض الدين عرضا حقيقيا على دائئه ، فلا يلتزم بدفع الفوائد إلا الى يوم العرض ، ولا يجوز للدائن أن يطالبه بفوائد عما سبق من مدة ستة أشهر المتفق على دفع فوائدها كاملة متى حل يوم منها ، لأن دفع مثل هذه الفوائد يكون دون سبب (١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٨٦) .

وقضت بأن المؤجر إذا قبض الأجرة مقدما ، ولم يستطع المستأجر استلام العين ، وجب عليه أن يرد الأجرة للمستأجر ، ولو كان مشروطا على المستأجر أن يستلم العين بنفسه دون تدخل المؤجر ودون أن يكون هذا مستثلا عن ذلك ، فإن الأجرة فى مقابل الانتفاع ، فإذا انعدم الانتفاع أصبح الالتزام بدفع الأجرة دون سبب (٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٤) .

وقضت بأنه إذا أعطى مصرف لمديره منزلا لسكاه ، وجب اعتبار ذلك جزءا من أجر المدير ، فإذا خرج المدير من خدمة المصرف ، وجب عليه إخلاء المنزل ، لأن انتفاعه به أصبح دون سبب (١٢ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٢) . ولكن إذا كان الالتزام طيعيا ، وأراد المدين أن يجعله التزاما مدنيا ، فله ذلك ، واعترافه بالالتزام يجعله مدنيا . ويعلمون ذلك عادة بأنه تجديد للالتزام الطيعى ، ولكن يمكن اعتبار المدين قد ألزم التزاما مدنيا سببه الالتزام الطيعى السابق ، ويكون هذا الالتزام الطيعى سببا كافيا للالتزام (كاپتان فى السبب فقرة ٢٩ ص ٥٧ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢ — حكم آخر فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٣٧ — حكم ثالث فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧) .

ومتى كان السبب موجودا قام الالتزام ، والمهم هو وجود السبب لا تعادله مع قيمة الالتزام ، فإذا كان السبب غير معادل لهذه القيمة ، كما إذا اشترى شخص منزلا بثمن دون قيمته بكثير ، فهذا لا يمنع من قيام الالتزام ، ويكون العقد صحيحا إلا فى الحالات التى يؤثر فيها الغبن فى صحته (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٢ — حكم آخر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧) . وعلى ذلك إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يستبدل بدين احتمال دين محقق ، صح الاتفاق حتى لو لم يكن هناك تعادل با بين القيمتين (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٠) .

هذا واشتراط وجود السبب فى الالتزام يدعو الى استعراض بعض عقود قد يكون تحديد السبب فيها دقيقا ، فيصبح هذا التحديد لها حتى يمكن التثبت من وجود السبب وقيام الالتزام . مثل ذلك العقد الاحتمالى ، وقد قدما أن السبب فيه هو احتمال المكسب والخسارة فى جانب كل من المتعاقدين . وعقد الصلح ، وفيه نرى أن كلا من المتعاقدين يرضى بتضحية جزء مما يدينه حقالة ، فالتضحية التى يرضى بها كل متعاقد هى السبب فى التضحية التى يرضى بها الآخر ، ولا يكون الالتزام فى الصلح معدوم السبب حتى لو ثبت أن الملتزم قد ضحى بحق موجود قانونا فى مقابل تضحية المتعاقدين الآخر بحق مزعوم لا وجود له ، إذ يكفى سببا فى الصلح أن يضحي كل من الجانبين شيئا مما يدعيه ، ولو لم يكن نابتا ، حسب النزاع (انظر بلانيول وريبير وابنان ١ فقرة ٢٥٧) . وفى التجديد (novation) يكون سبب الالتزام الجديد هو انقضاء الالتزام القديم ، فإذا كان الالتزام القديم غير موجود أو باطلا بطلانا مطلقا كان الالتزام الجديد دون سبب فيبطل (محكمة الاستئناف المختلطة ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٢) .

§ ٢ - كون السبب مشروعاً

* ٥٣١ - السبب المشروع ونميزه عنه المحل المشروع - ولا يكفي أن يكون السبب موجوداً (أى حقيقياً غير كاذب) ، بل يجب أيضاً أن يكون مشروعاً . والسبب المشروع هو السبب الذي لا يحرمه القانون ، ولا يكون مخالفاً للآداب ولا للنظام العام (م ١١٣٣ من القانون المدني الفرنسي) ، وقد بينا ذلك عند الكلام على المحل المشروع^(١) . وغنى عن البيان أن اشتراط مشروعية السبب ، كاشتراط مشروعية المحل ، قيد خطير على مبدأ سلطان الإرادة ، فإن إرادة المتعاقدين لا يمكن أن تنتج أثرها قانوناً إذا كان السبب الذي يحركها غير مشروع .

والسبب المشروع شرط متميز عن شرط المحل المشروع . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع ، وذلك يتحقق في الفروض الآتية :

(أولاً) في العقد الملزم للجائين ، قد يكون محل أحد الالتزامين المتقابلين غير مشروع دون محل الالتزام الآخر . مثل ذلك شخص يتعهد بدفع مبلغ من النقود لآخر جزاء ارتكابه لجرime . فالإتزام هذا الأخير محله عمل غير مشروع وهو ارتكاب الجريمة ، فيكون الترتام غير

= وفي الاشتراط لمصلحة الغير يكون سبب الترتام المتعهد نحو المتنع هو ما حصل عليه المتعهد من المشتراط مقابلاً لهذا الإلتزام ، إلا أن هناك سبباً آخر لحق المتنع في علاقته مع المشتراط ، يجب أن نتلجسه في هذه العلاقة فيما بين الاثنين ، فقد يكون المشتراط أراد باشتراطه لمصلحة الغير تبرعاً أو وفاة دين أو إفراضاً أو غير ذلك (انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٥٨) . انظر أيضاً في وجوب التماس سبب الترتام نحو المتناهب لديه في العلاقة ما بين المتنيب والمتناهب الى كاپيتان في السبب فقرة ٣٢ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٥٣ و فقرة ٢٥٨) . وفي وجوب التماس سبب الترتام الكفيل نحو الدائن في العلاقة ما بين الكفيل والمدين المكفول الى كاپيتان في السبب فقرة ٣١ والى حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ ، وهو يقضى بأن سبب الترتام الكفيل نحو الدائن لا يجوز أن يثبت عنه في هذا الإلتزام ذاته ، بل في العلاقة القانونية الموجودة ما بين الكفيل والمدين المكفول ، فإذا لم يكن لإلتزام الكفيل نحو الدائن سبب ظاهر في الإلتزام ، فإن هذا لا يجعل الإلتزام باطلاً ، إذ أن الكفيل إنما التزم نحو الدائن لسبب موجود بينه وبين المدين ، لا بينه وبين الدائن .

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الأهلية بأن السبب غير الجائز للتعاقد هو ما كان محزوماً في القانون ، أو مخالفاً للنظام العام ، أو منافياً للآداب (٥ يونيو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٧٩) . ونقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإلتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب مشروع ، غير محزوم في القانون ، ولا مخالف للنظام العام ، ولا مناف للآداب (٢٨ مارس سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٦٧ - ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ١٢ - ١٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١١٩) .

قائم لعدم مشروعية المحل . ولكن التزام المتعاقد الأول محله دفع مبلغ من النقود وهو عمل مشروع ، ولا يكون هذا الالتزام غير قائم إلا من ناحية السبب ، فهو وإن كان محله مشروعا إلا أن سببه ، وهو التزام المتعاقد الآخر بارتكاب جريمة ، سبب غير مشروع ، فلا يقوم الالتزام لعدم مشروعية السبب لا لعدم مشروعية المحل .

(ثانيا) قد يكون المحل مشروعا في كل من الالتزامين المتقابلين في العقد الملزم للجانبين ، ويكون السبب في كل منهما مع ذلك غير مشروع . مثل ذلك شخص يلتزم بدفع نقود لآخر حتى يمتنع عن ارتكاب جريمة . فالتزام الأول محله دفع مبلغ من النقود وهذا مشروع ، والتزام الثاني محله الامتناع عن ارتكاب جريمة وهذا مشروع أيضا . ولكن سبب التزام الأول بدفعه النقود هو التزام الثاني بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا سبب غير مشروع . وسبب التزام الثاني بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الأول بدفع النقود ، وهذا سبب غير مشروع أيضا . ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم ، لا لعدم مشروعية المحل ، بل لعدم مشروعية السبب . وكذلك الأمر في كل عقد يلتزم فيه أحد المتعاقدين بإجازة الآخر ليجعله على أن يلتزم بالقيام بما يجب عليه القيام به دون إجازة ، كالمودع يحيز حافظ الوديعة حتى يرد الوديعة ، وكمن سرق منه شيء يحيز اللص حتى يرد المسروق ، وكالحريص على كرامته يحيز بذيء اللسان حتى لا يسبه ، وكمن يخشى أذى من شخص يحيز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

الوساطة في الزواج : ويدخل في هذا الباب عقد الوساطة في الزواج (courtage

(matrimonial) ، وهو عقد يلتزم به شخص أن يدفع أجرا لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه . وهذا الوسيط هو ما نسميه في مصر "بالخاطبة" ، ويكون عادة من النساء لسهولة اتصالهن

(١) هالتون ١ ص ٢٣٩ — ويذهب الأستاذ ديموج الى أن مثل هذه العقود مشروعة ، لأن الغرض الذي ترمى اليه غرض مشروع . ولو أن شخصا وهب آخر مالا وعلق به على شرط هو أن يمتنع الموهوب له عن إتيان عمل محرم ، فإن كلا من الهبة والشرط صحيح ، فإذا جاز ذلك من طريق الهبة بشرط ، فلماذا لا يجوز من طريق الاشتراط المباشر ، والنتيجة واحدة في كلا الفرضين . ولا يستثنى الأستاذ ديموج إلا حالة الموظف يأخذ أجرا جزاء القيام بواجب من واجبات وظيفته ، إذ أن هذه رشوة غير مشروعة ، وإلا حالة ما إذا تأثر أحد المتعاقدين بتهديد المتعاقد الآخر أن يلحق به أذى إذا لم يعطه مالا فالترزم خاضعا لهذا التهديد ، إذ أن رضا هذا العاقد يكون في هذه الحالة مشوبا بالاكراه (ديموج ٢ فقرة ٧٧٨) .

ونلاحظ أن أكثر الأمثلة التي أوردناها تدخل في الاستثناء الثاني ، إلا أن الأستاذ ديموج يجعل العقد في هذه الفروض باطلا بطلانا نسبيا للاكراه ، لا باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب .

بالأسرات المصرية . و يعتبر كثير من الفقهاء الفرنسيين هذا العقد غير مشروع ، لأنه يجعل الزواج ضربا من التجارة ، ولأنه يحمل الوسيط على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجا قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود^(١) . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين ؛ فقد يشترط الوسيط أجرا على عمله تم الزواج أو لم يتم ، ويكون هذا الأجر جزاء على ما بذله من مجهود لا جائزة على نجاحه في مسعاه ، وفي هذه الحالة يكون العقد مشروعا . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط في هذا الفرض يعمل ما في وسعه لتمام الزواج ولو لم يكن في مصلحة الزوجين تمامه^(٢) . والقضاء في مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الأهلية ببطلان العقد ، لا سيما في بلد كمصر حيث كثير من النساء محجبات فيسهل على " الخاطبة "

(١) أوربري وروبي ص ٥٥٣ — لارومبيير م ١١٣٢ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ — لوران ١٦ فقرة ١٥٠ — بنوار ص ٥٤١ — انظر عكس ذلك بودري وبارد ١ فقرة ٣١١ ، وهما يلاحظان أنه إذا أجزت الوساطة في الزواج ، وسدر غش من الوسيط ، فإن المتعاقد المخدوع يستطيع أن يطعن في الزواج بالغش (رغما من أن الغش قد صدر من الغير ، ونحن بصدد القانون الفرنسي ؟؟) ، ويستطيع أن يرجع على الوسيط بالتعويض ، ويستطيع أخيرا حتى لو لم يصدر غش من الوسيط أن يطالب بإتصاص ما اتفق عليه من أجر إذا كان بأعطاء ، وهذه طرق ثلاث تصلح ما عسى أن يكون غير عادل في هذه الاتفاقات (بودري وبارد ١ فقرة ٣١١ ص ٣٥٧) . انظر أيضا مقالا للاستاذ فال في الوساطة في الزواج في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧١ — دابان ص ١٥٧ — ١٧١ — ديموج ٢ فقرة ٨٠٢

على أن من يقول بعدم جواز الوساطة في الزواج يعطى الوسيط الحق في المطالبة بتعويض بدعوى الإثراء بلا سبب ، ويعترض لوران على هذا الرأي بحجة أن الوساطة عمل غير مشروع فلا يجوز أن يدفع عنه تعويض (لوران ١٦ فقرة ١٥١ انظر أيضا في هذا الموضوع ديموج ٢ فقرة ٨٠٢ — جوسران ٢ فقرة ١٣٥ — وهما يقرران أن هناك اتجاهها صريحا من القضاء الفرنسي نحو جواز الوساطة في الزواج ، ويستشهدان على ذلك ببعض أحكام صدرت من بعض المحاكم الابتدائية .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في أول مايو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٥ — ١٤٧ — سيريه ١٨٥٥ — ١ — ٣٣٧ — انظر أحكاما أخرى بهذا المعنى من محاكم الاستئناف الفرنسية : باريس في ٢٩ يونيو سنة ١٨٩١ جازيت دي باليه ٩١ — ٢ — ٥٢٣ — حكم آخر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٨٩٢ سيريه ١٨٩٣ — ٢ — ٢٤ بيزانسون في ٦ مارس سنة ١٨٩٥ دالوز ١٨٩٥ — ٢ — ٢٢٣ — تولوز في ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ٤٢٠ — يوف في ٩ أغسطس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ — ٢ — ١٥

انظر في القضاء الفرنسي في هذا الموضوع هيه (Huet) في الوساطة في الزواج (رسالة من باريس سنة ١٩١٠ ص ٦٦) — فوزنو (Fournot) (رسالة من ديجون سنة ١٩٠٨ ص ١٩) .

أن تخدع الزوج في أمر زوجته . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بصحة العقد إذ أن الغرض الذي يرمى اليه مشروع ، فهو يسهل أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط فمن الممكن الرجوع عليه بالطرق القانونية . على أن الزواج أمر خطير ومن يبحث عن الزوج الصالح قل أن يستسلم لأقوال الوسيط وتأكيده ، فهو يتحذى بنفسه حتى يستوثق من صحة هذه الأقوال ، فلا تسهل خديعته ، وبذلك لا يكون هناك محل للتخوف من غش الوسيط . ويمكن أن نضيف إلى هذه الأسباب سببا آخر ، هو نفس السبب الذي قدّمته المحكمة الأهلية المشار إليها للحكم ببطالان العقد ، وهو في نظرنا حجة على صحة العقد لا على بطلانه ، فإن حجاب النساء في مصر من شأنه أن يجعل الزواج عسيرا ، ويجعل تدخل الوسيط ضروريا في بعض الأحيان . على أننا نرى الوساطة في الزواج أمرا مشروعاً ، بشرط أن يأخذ الوسيط أجرا على عمله تم الزواج أو لم يتم ، وننفيق في ذلك مع محكمة النقض الفرنسية ، وهذا رأى يتوسط بين رأيين ، رأى المحكمة الأهلية المشار إليها وهو تحريم الوساطة مطلقا ولو كان الأجر يعطى على مجهود الوسيط لا على نجاحه ، ورأى محكمة الاستئناف المختلطة وهو إباحة الوساطة مطلقا ولو كان الأجر يعطى على نجاح الوسيط لا على مجهوده . فإذا أخذ برأى محكمة النقض الفرنسية كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجرا إذا نجحت وساطته اتفاقا غير مشروع ، وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثاني يلتزم بالعثور على زوج صالح ، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بترويج الطرف الآخر في مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء أجر في مقابل هذا الزواج .

(ثالثا) ثم اننا اذا تركنا النظرية التقليدية ، وتمشينا مع النظرية الحديثة ، فاعتبرنا السبب هو الدافع كما سنرى عند بسط هذه النظرية ، فقد يكون الالتزام ذا محل مشروع ولكن سببه

(١) مجلة عابدين الجزئية في ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ عدد ٥٦ ، ويفرر هذا الحكم أن الزواج بطبيعته عقد غاية تأسيس أسرة ، ولذلك ينبغي أن يكون مبنيا على اعتبارات أدبية محضة ، فلها من المساس بحالة الأشخاص لا يحسن أن يكون وسيلة مكسب مادي لمن كان وسيطا فيه . (انظر أيضا محكمة مصر المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ نمرة ٩٩) . ويؤيد الأستاذ والتون هذا الرأي (التون ١ ص ٢٨٥ — ص ٢٨٨) . انظر أيضا محمد صالح في الإلزامات ص ٢٥٤ — انظر القانون المقارن في هذا الموضوع ، والتون ١ ص ٢٨٨ — ص ٢٨٩ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ — جازيت ١٢ ص ٧٥ نمرة ١٣٦ — انظر أيضا في هذا المعنى محكمة مصر المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٩٠ نمرة ١٦١ .

غير مشروع . مثل ذلك شخص يهب مالا لآخر حتى يمكنه من القيام بعمل غير مشروع ،
فمحل التزام الواهب في هذا الفرض إعطاء مال وهذا مشروع ، ولكن سبب الالتزام (لا بمعنى
نية التبرع كما في النظرية التقليدية بل بمعنى الدافع الى الهبة كما في النظرية الحديثة) غير مشروع .
ولذلك تبطل الهبة لعدم مشروعية السبب لا لعدم مشروعية المحل^(١) .

الفرع الثالث

نقد النظرية التقليدية . النظرية الحديثة . السبب في القانون المقارن

* ٥٣٢ — بسطنا النظرية التقليدية فيما تقدم . وقد قام خصوم لهذه النظرية يمعنون
في نقدها ، وبلحون في هدمها ، حتى عرفوا بأنهم ”خصوم السبب“ (anticausalistes) .
وتصدى على أثر ذلك للدفاع عن النظرية فقهاء نالوا لقب ”أنصار السبب“ (causalistes) .
فنظرية السبب إذن أصبحت في الفقه محلا للهجوم وللدفاع .

أما القضاء فقد سار في طريقه لا يلوى العنان أمام هذه الضجة الفقهية ، فصاغ من
السبب نظرية غير النظرية التقليدية ، هي نظرية أكثر خضوعا لمقتضيات الحياة العملية ،
وأبعد جانبا عن أثر الصياغة الفقهية .

فنحن نستعرض أولا حملات ”خصوم السبب“ على النظرية التقليدية ، ودفاع ”أنصار
السبب“ عن نظريتهم ، ثم نبسط بعد ذلك النظرية الحديثة كما صاغها القضاء ، مقارنين إياها
بنظرية السبب في القوانين الأخرى حتى نتحدد حالة هذه النظرية في القانون المقارن .

المبحث الأول — نقد النظرية التقليدية

٥٣٣ — ”خصوم السبب“ — أول من هاجم النظرية التقليدية الفقيه البلجيكي
أرنست (Ernst) ، وكان أستاذا في جامعة لييج ، وقد كتب مقاله الذي ينقد فيه نظرية السبب
في سنة ١٨٢٦^(٢) ، ولم يلفت هذا المقال النظر في أول الأمر . وهاجم لوران النظرية بعد
أرنست^(٣) ، ولكن لم يتابعه أحد ، حتى اضطر في مشروع القانون المدني الذي وضعه

(١) انظر في هذا الموضوع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٧٦ .

(٢) وقد نشر هذا المقال في مجلة (Bibliothèque du juriscônult et du publiciste)

سنة ١٨٢٦ ص ٢٥٠ — ص ٢٦٤ .

(٣) لوران ١٦ فقرة ١١١ .

في سنة ١٨٨٤ أن يستبقى السبب ركنا في الالتزام . ثم جاء بعدهما فقيهان : أولهما أرتير (Artur) كتب رسالته في سنة ١٨٧٨^(١) ، والثاني تمبال (Timbal) كتب رسالته في سنة ١٨٨٢^(٢) ، وقد هاجم الاثنان نظرية السبب مهاجمة عنيفة . وأتى بعدهما الأستاذ كورنيل (Cornil) ، وهو فقيه بلجيكي ، هاجم النظرية أيضا^(٣) ، وتبعه هيك (Huc)^(٤) ، وسفريادس (Séfériadès)^(٥) .

ولكن الحملة على نظرية السبب لفتت النظر بنوع خاص عند ما انحاز الأستاذ بلانيول الى "خصوص السبب"^(٦) ، وردد الأستاذان بودرى وبارد صدى هذه الحملة^(٧) ، وكذلك فعل الأستاذ دابان (Dabin)^(٨) ، والأستاذ والتون^(٩) .

٥٣٤ — نقرأ الأستاذ أرنست — أما نقد الأستاذ أرنست للنظرية التقليدية فيتأخص فيما يأتي : ليس السبب ركنا متميزا مستقلا في الالتزام ، فهو يختلط إما بالمحل أو بالرضا . ففي العقود الملزمة للجائنين تقرر النظرية التقليدية أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو الشيء الذي التزم به المتعاقد الآخر ، وعلى ذلك يصبح محل كل التزام سببا للالتزام الآخر ، فيكون

(١) "السبب في القانون الروماني والقانون الفرنسي" باريس سنة ١٨٧٨

(٢) "السبب في العقود والالتزامات في القانون الروماني والقانون الفرنسي" تولوز سنة ١٨٨٢

(٣) في رسالة عنوانها (A propos de la revision du Code civil - De la cause dans les conventions. Art. 1108, 1131, 1133)

(٤) هيك الجزآن السادس والسابع .

(٥) في رسالته (Etude critique sur la théorie de la cause) باريس سنة ١٨٩٧

(٦) بلانيول ٢ فقرة ١٠٣٧ — فقرة ١٠٣٩

(٧) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٧

(٨) في رسالته "نظرية السبب" بروكسل سنة ١٩١٩ ، وانظر أيضا مقالا له منشورا في مجلة

(Belgique Judiciaire) نمرة ١١ أول مايو سنة ١٩٢٩

(٩) والتون ١ ص ٢٧١ — ص ٢٧٢ ، وانظر أيضا ص ١١٤

أما أنصار السبب فهم — عدا علماء الفقه التقليدي كأوبري ورودمولومب وبيدانت وبغوار — بريسو (Brissaud) (في رسالة له من بوردر سنة ١٨٧٩) ، وكولان (Colin) (رسالة له من باريس سنة ١٨٩٧) ، وكايتان في السبب ، وجومران . انظر أيضا رسالة (Ionasco) في السبب وقد ظهرت مع كتاب الأستاذ كايتان في سنة ١٩٢٣ ، ومقالا لنفس المؤلف في مجلة القانون المدني ربع السنوية (الفصلية) سنة ١٩٣١ ص ٢٩ — ص ٦٨ ، وقد رد في هذا المقال على مقال الأستاذ دابان المنشور في مجلة (Belgique Judiciaire) والذي سبقته الإشارة اليه .

الشيء الواحد محلاً وسبباً في وقت معاً، ويختلط السبب بالمحل . وفي عقود التبرع، تكون نية التبرع هي سبب التزام المتبرع، ولكن نية التبرع هذه هي رضا المتبرع وليست شيئاً زائداً عن هذا الرضا، فالسبب في عقود التبرع يختلط إذاً بالرضا .

ويستخلص الأستاذ أرنت مما تقدم أن السبب لا ضرورة له، وتغني عنه أركان الالتزام الأخرى . وعنده أنه يجب محو النصوص التي وردت في القانون متعلقة بالسبب، 'الاجتزاء عنها بنص يأتي عند الكلام على المحل'، ويقضى بأن الفعل لا يكون محلاً للعقد إلا إذا كان ممكناً غير مخالف للقانون ولا للأداب ولا للنظام العام .

* ٥٣٥ - **نقد الأستاذ بلانيول** - وقد يكون نقد الأستاذ بلانيول لنظرية السبب هو خلاصة واضحة للعمليات التي قام بها خصوم هذه النظرية . فهو يقرر أن نظرية السبب لا هي صحيحة ولا هي مفيدة .

أما إنها غير صحيحة، فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب مطبقاً في فروضه الثلاثة : العقد الملزم للجانبين والعقد العيني وعقد التبرع . ففي العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول، كما تزعم النظرية التقليدية، أن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر، فإن في هذا استحالة منطقية، ذلك أن الالتزامين يولدان في وقت واحد من مصدر واحد هو العقد، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر، لأن السبب يتقدم المسبب، وهما قد نشأ معا كما رأينا . وفي العقد العيني يقولون أن سبب الالتزام هو استلام العين، ولكن هذا الاستلام ما هو إلا المصدر الذي أنشأ الالتزام، فإن العقد العيني لا يتكون إلا بهذا الاستلام، فيختلط هنا السبب بالمصدر ويصبحان شيئاً واحداً . وفي عقد التبرع يقولون أن سبب الالتزام هو نية التبرع، وهذا قول خال من المعنى، وإلا فآية قيمة لنية التبرع في ذاتها إذا لم تقرن بالعوامل التي دفعت إليها^(١) .

أما أن نظرية السبب غير مفيدة، فلا نأخذنا نستطيع الاستغناء عنها بشيء آخر . وذلك أن أنصار السبب إنما يقولون بنظريتهم هذه ليستخلصوا منها أن الالتزام غير المبني على سبب

(١) وهنا يقرر الأستاذ بلانيول أن دوماً كان يرى أن السبب في الهبات هو الدافع إلى التبرع لا نية التبرع ذاتها (انظر دوماً : القوانين المدنية الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة ٧)، وأن لوران كان يرى أيضاً مثل هذا الرأي، وأن كان قد ندبه هيك بدعوى أنه يخلط ما بين السبب والباعث (انظر بلانيول ٢ فقرة ٣٨ - ١٠) .

أو المبني على سبب غير مشروع يكون غير قائم . وكلا الأمرين يمكن تعليله بغير نظرية السبب . فالالتزام غير المبني على سبب اذا نشأ من عقد عيني أو عقد تبرع فانه انعدام السبب فيه معناه انعدام التسليم في العقد العيني وانعدام نية التبرع في الهبة ، أى أن معناه انعدام العقد ذاته الذى أوجد الالتزام ، فلسنا فى حاجة الى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ، ويكفي أن نقول أن العقد ذاته غير موجود فلا يوجد الالتزام . وإذا نشأ الالتزام من عقد ملزم للجانبين ، فإن سبب هذا الالتزام هو الالتزام المقابل ، ولسنا فى حاجة هنا أيضا الى الالتجاء لنظرية السبب ، ويكفى أن نقول أن الالتزامين مرتبطان أحدهما بالآخر ، بحيث يتوقف مصير كل منهما على الثانى ، فإذا لم ينفذ أحدهما وجب ألا ينفذ الآخر . على أن الاعتماد على نظرية السبب التقليدية فى العقد الملزم للجانبين لا يؤدى الى ما يراد الوصول اليه من النتائج العملية ، فانه اذا فرض أن أحد الالتزامين المتقابلين لم ينفذ ، فليس هذا معناه فى النظرية التقليدية أن السبب قد انعدم ، لأن السبب هو وجود الالتزام لا تنفيذه ، وينبنى على ذلك أن الالتزام يبقى قائما حتى لو لم ينفذ الالتزام المقابل له — أما اذا قام الالتزام على سبب غير مشروع ، كما اذا التزم شخص بدفع مبلغ من المال لآخر فى مقابل ارتكابه لجريمة ، فإن الالتزام يكون محله غير مشروع أيضا ، لأن دفع المال لارتكاب جريمة عمل غير مشروع ، فيبطل الالتزام لعدم مشروعية المحل ، ولا حاجة بنا الى نظرية السبب .

ويستخلص الأستاذ بلانيول من ذلك أن نظرية السبب لا ضرورة لها ، وأنه يمكن محوها من القانون دون ضرر .^(١)

(١) بلانيول ٢ فقرة ١٠٣٩

و يذهب الأستاذان بودرى وبارد أيضا الى عدم ضرورة نظرية السبب كما قدمنا ، ويمكن الاستغناء فى نظرهما عن السبب القصدى (cause finale) "بالسبب الانشائي" (cause efficiente) فكل التزام تعاقدى مصدره العقد ، والعقد لا يوجد ، اذا كان ملزما للجانبين ، إلا اذا أنشأ التزامات متقابلة ، ولا يوجد ، اذا كان عينيا ، إلا اذا وجد التسليم ، ولا يوجد ، اذا كان تبرعا ، إلا اذا وجدت نية التبرع . فإسمى إذن بالسبب القصدى إن هو إلا عنصر من عناصر تكوين السبب الانشائي (أى العقد) ، فيمكن الاستغناء بهذا عن ذلك (بودرى وبارد ١ فقرة ٣٢٢ — فقرة ٣٢٦) .

ويرتب الأستاذ ليفي ايلسان فى مذكراته "الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين" (ص ٣٠٥ — ص ٣٠٦) الانتقادات التى وجهت الى نظرية السبب التقليدية فى أربعة أقسام . فهنا انتقادات ترجع الى المنطق . وهى التى تلتخص فى أن السبب يختلط إما بازاء أو بالمحل . وأخرى ترجع الى التاريخ ، وتلتخص فى أن نظرية السبب لم تكن معروفة فى القانون الرومانى ، وأن دوما (Domat) هو الذى خلقها تحكما . وثالثة ترجع الى اعتبارات =

المبحث الثاني — دفاع أنصار نظرية السبب

* ٥٣٦ — دفاع الأستاذ كابتان — يمكن القول أن الأستاذ كابتان هو عميد "أنصار السبب" في الوقت الحاضر، وقد دافع عن النظرية التقليدية في كتابه المعروف في السبب دفاعا بليغا . ولكنه في هذا الدفاع أدخل على هذه النظرية بعض تعديلات جوهرية . ونحن نتابعه في دفاعه وفي التعديلات التي أدخلها .

يستعرض الأستاذ كابتان أنواع الالتزامات المختلفة، ويحدد السبب في كل منها، ليدل بذلك على أن السبب ركن ضروري في الالتزام، وأنه كركن يتمشى مع المنطق القانوني . فالالتزام التعاقدى إما أن يكون مصدره عقدا ملزما للجانبين، أو عقدا ملزما لجانب واحد، أو عقدا عينيا، أو عقدا تبرع .

* ٥٣٧ — العقد الملزم للجانبين — فالالتزام الذى ينشأ من عقد ملزم للجانبين سببه، ليس هو الالتزام المقابل له كما تقرر ذلك النظرية التقليدية، بل هو تنفيذ هذا الالتزام المقابل . وهذا تعديل جوهرى أدخله الأستاذ كابتان على نظرية السبب التقليدية^(١)، إذ أن هناك فرقا واضحا بين وجود الالتزام وتنفيذه .

ويدرأ الأستاذ بهذا التعديل النقد الذى يوجه لنظرية السبب في العقود الملزمة للجانبين . فقد قدمنا أن هذا النقد يتلخص في أن السبب في هذه العقود لا يتمشى مع المنطق إذ لا يمكن = عملية، فإن اشتراط وجود سبب للالتزام يرتبط به من شأنه أن يعوق سير التعامل، ويتناقض مع فكرة الالتزام المجرد (promesse abstraite) مع أن وجود مثل هذا الالتزام أمر ضرورى، وقد أصبح من مقتضيات الحياة الاقتصادية الحاضرة . والقسم الرابع من الانتقادات يرجع الى مبدأ سلطان الإرادة، فإن الملزم إذا أراد الالتزام مع تجريد التزامه عن السبب، فلماذا يمنع من ذلك، والواقع أن السبب قيد على سلطان الإرادة، حل محل الاشكال والأوضاع القديمة .

(١) و يقرر الأستاذ كابتان أن هذا التعديل لم يندعه، بل قال به الأستاذ لابييه (Labbé) من قبل (انظر رساله في دراسة بعض الصعوبات المتعلقة بهلاك الشيء الملزم به فقرة ١٠١ ص ١١٨)، وقال به القضاء أيضا (انظر محكمة النقض الفرنسية في ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ م دالوز ٩١ — ١ — ٣٢٩ — حكما آخر في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ جازيت دى باليه في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢١) .

ويرى الأستاذ كابتان أن العقد الملزم للجانبين إذا كان عقدا احتماليا، فإن السبب لا يقتصر على تنفيذ الالتزام، بل يتعدى ذلك الى وجود الاحتمال ذاته في العقد، وقد سبقت الإشارة الى ذلك (كابتان في السبب فقرة ١٨ ص ٤٠) وإذا كان العقد الملزم للجانبين عقدا يتوخى فيه جميع المتعاقدين غرضا مشتركا، كالجمعيات والشركات، فإن السبب يتسع هنا أيضا ليشمل هذا الغرض المشترك (كابتان في السبب فقرة ١٩) .

أن يكون الشيء الواحد سببا ومسببا في وقت معا، وفي أن السبب غير ضروري في هذه العقود إذ يمكن الاستغناء عنه بالمحل .

أما إن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سببا ومسببا ، فيجيب الأستاذ كاپيتان عن ذلك بما يأتي : (أولا) ليس صحيحا أن الالتزام ذاته هو سبب الالتزام المقابل ، بل تنفيذ هذا الالتزام هو السبب ، فلا يكون الشيء الواحد إذا سببا ومسببا . (ثانيا) على أنه إذا فرض طبقا للنظرية التقليدية ، أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته ، فلا يصح أن يقال مع ذلك أن الشيء الواحد يعتبر سببا ومسببا في نظرية السبب ، إلا إذا فهم السبب بمعنى "السبب المنشئ" ، فعند ذلك يستحيل منطقيا أن يكون الشيء الواحد منشئا لشيء آخر وناشئا عنه في آن واحد . ولكن السبب هنا معناه "السبب القصدى" ، أى الغرض الذى قصد اليه الملتزم من وراء التزامه ، ويسهل مع هذا المعنى أن نفهم أن الغرض الذى قصد اليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر ، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر ، ولا يكون في هذا خروج على المنطق . ومن ذلك نرى أن الاعتراض على النظرية التقليدية بأنها تجعل الشيء الواحد سببا ومسببا إنما هو مبنى على خلط ما بين "السبب المنشئ" و"السبب القصدى" .

أما أنه يمكن الاستغناء عن السبب بالمحل فهذا غير صحيح ^(١) . لأننا لو اكتفينا بالمحل في الالتزام ، لاستقل كل التزام عن الآخر في العقود الملزمة للجائين ، مادام قد توافر للالتزام محله . فيصح إذن أن يقوم التزام محله صحيح بينما لا يقوم الالتزام المقابل له لعدم صحة المحل .

(١) وما يقوله خصوم النظرية أن السبب يختلط بالمحل في العقود الملزمة للجائين ، وكان يكفى للرد على هذا الاعتراض أن نلاحظ أننا لو أخذنا التزاما من الالتزامين المتقابلين في العقد ، فإن محله وسببه لا يختلطان بل يكونان شيئين متميزين ، فالمحل هو ما التزم المدين به في هذا الالتزام ، أما السبب فهو وجود الالتزام الآخر أو تنفيذه ، ولا يمكن القول أن هذين الشيئين المتميزين يختلطان حتى يصبحا شيئا واحدا .

و يورد الأستاذ كاپيتان مثلا من القضاء يثبت به تميز السبب عن المحل : جماعة من القضاة تعهدوا فيما بينهم ألا يفتح أحد منهم متجره بعد ظهر يوم الأحد من كل أسبوع ، ثم باع أحدهم متجره ولم يشترط ذلك على المشترى ، فرفع أحد المتهمين دعوى يطالب بفسخ العقد لأن سبب الالتزام قد انعدم ، فقضت المحكمة بفسخ العقد (ديجون في ١٥ يناير سنة ١٩٠٨ سيرة ١٩١١ - ٢ - ٢٧٥) . ففى هذه القضية نرى السبب متميزا عن المحل ، فحل الالتزام كل قصاب هو عدم فتح متجره في وقت معين ، أما سبب الالتزام فهو عدم فتح الآخرين لتاجرهم في هذا الوقت (كاپيتان في السبب فقرة ١٧ ص ٣٨ هامش نمرة ١) .

ولا يمكن بالاستناد الى نظرية المحل وحدها أن نهدم الالتزام الأول بسبب عدم قيام الالتزام الثانى . ولا نستطيع ذلك إلا بالالتجاء الى نظرية السبب ، فهى التى توجد الارتباط ما بين الالتزامين المتقابلين ، وتجعل كل التزام سببا للآخر ، فإذا لم يمكن هدم الالتزام الأول استنادا الى نظرية المحل ، أمكن هدمه استنادا الى نظرية السبب ، لأنه مرتبط بالتزام غير قائم ، وهو الالتزام ذو المحل غير الصحيح ، وهذا الارتباط يهدمه ، لأن المرتبط بالمعدوم معدوم . وقد رأينا عند الكلام فى مشروعية السبب كثيرا من الفروض يكون فيها الالتزام غير قائم لأن سببه غير مشروع وان كان محله مشروعاً .

هذا كله اذا جاربنا النظرية التقليدية ، وقررنا أن سبب كل التزام هو وجود الالتزام المقابل له . أما اذا صححنا النظرية فى هذه المسألة ، وقررنا أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ، لم نقتصر على تعليق نسوء كل التزام على نشوء الالتزام المقابل له ، بل تكون حياة هذا الالتزام بعد نشوئه معلقة على حياة الالتزام الآخر ، ويكون مصير الواحد مرتبطاً بمصير الثانى . فقد ينشأ الالتزامان معا ، ثم لا ينفذ أحدهما ، وقد علمنا أن هذا التنفيذ هو سبب الالتزام الآخر ، فيترتب على عدم التنفيذ نتائج على جانب كبير من الخطورة ، تدل على مالنظرية السبب ، اذا فهمت معذلة على النحو الذى أسلفناه من الأهمية العملية^(١) .

وهذه النتائج يمكن حصرها فيما يأتى : (أولاً) لما كان الالتزام سببه تنفيذ الالتزام المقابل له ، فان هذا التنفيذ اذا لم يتم ، انعدم سبب الالتزام ، وجاز للمتزم أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هى نظرية الفسخ المعروفة ، وهى مبينة فى الواقع على نظرية السبب ، وسنبسطها بالتفصيل فيما يلى . (ثانياً) كذلك اذا لم ينفذ أحد الالتزامين المتقابلين ، فللمتزم الآخر ، عدم امتنع سبب التزامه أن يوقف تنفيذ هذا الالتزام ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) ، مبنى هو الآخر على نظرية السبب ، وسيأتى الكلام عليه . (ثالثاً) وأخيراً اذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين لقوة قاهرة ، فانعدم بذلك سبب الالتزام الآخر ،

(١) وهنا يلاحظ الأستاذ كايثان كيف يتميز السبب عن كل من الرضا والأهلية ، فان هذين يجب توافرها وقت نشوء الالتزام ، ولا يهم انقطاعهما بعد ذلك ، فقد يعدل المتزم عن رضائه بالالتزام بعد أن رضى به ، فيبقى ملتزماً بالرغم من هذا العدول ، وقد تنعدم أهليته بعد نشوء الالتزام فى ذمته ، بأن يحجر عليه مثلاً ، فلا يؤثر الحجر فى بقاء الالتزام . أما السبب فلا يكفى فيه أن يكون متوافراً عند نشوء الالتزام ، بل يجب أيضاً أن يبقى مستمراً ما دام الالتزام موجوداً ، فإذا انقطع السبب بعد وجوده سقط الالتزام . (انظر كايثان فى السبب فقرة ٧) .

انهدم هذا الالتزام، وتحمل الملتزم الأول تبعاً استحالة تنفيذ التزامه، وهذه هي نظرية تحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين، نراها هي أيضاً مبنية على نظرية السبب، وسنفصل أحكامها في موضوعها.

من ذلك يتضح أن نظرية السبب في العقود الملزمة للجانبين ليست بعيدة عن المنطق كما يزعم خصوص هذه النظرية، وليست معدومة الفائدة كما يقولون.

٥٣٨ - العقد الملزم لجانب واحد - ثم يستعرض الأستاذ كابتان العقود الملزمة لجانب واحد. فاما الوديعة والوكالة، اذا كانا دون أجر، فسبب الالتزام فيهما هو إهداء جميل للدائن. كذلك الوعد بالتعاقد (الوعد بالبيع أو بالشراء أو بالإيجار أو غير ذلك) سبب الالتزام فيه هو أتمام التعاقد النهائي. وفي الالتزام بوفاء دين (promesse de payer)، وينشأ من عقد ملزم لجانب واحد، يختلف السبب، فهو تارة يكون فكرة التبرع^(١)، وطورا فكرة التجديد^(٢)، وأخرى تحويل التزام طبيعي الى التزام مدني^(٣)، وبذلك لا يختلط في هذا الالتزام "السبب المنشئ" "بالسبب القصدي" كما يزعم حصوم السبب^(٤). وفي الكفالة نجد سبب التزام الكفيل في العلاقة ما بينه وبين المدين، وهنا قد يجهل الدائن السبب ويكون التزام الكفيل بالنسبة له التزاما مجردا عن سببه^(٥).

٥٣٩ - العقد العيني - اما الالتزام الذي ينشأ من عقد عيني، كالعارية والرهن، فسببه هو تسليم الشيء للمستعير أو للدائن المرتهن، كما تقرر النظرية التقليدية. ويعيب

(١) كما اذا التزم الكفيل نحو الدائن مسوقا بفكرة اهداء جميل للمدين، وكما اذا التزم شخص بدفع مال لآخر وهو متبرع له به.

(٢) كما اذا جدد شخص ديناً قديماً، فأحل محله ديناً جديداً، فالسبب في الالتزام الجديد هو إنهاء الالتزام القديم.

(٣) كما اذا اعترف المدين في التزام طبيعي بهذا الالتزام. ويرى الأستاذ كابتان أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي.

ليس تجديداً له كما يذهب الى ذلك كثير من الشراح، بل هو إنشاء لالتزام مدني السبب فيه هو الالتزام الطبيعي، فالالتزام الطبيعي لم يحدد إذن، بل اتخذ منه سبب لإنشاء التزام مدني (كابتان في السبب فقرة ٢٩ ص ٥٧ - ص ٥٩).

(٤) انظر كابتان في السبب فقرة ٣٠.

(٥) وليس سبب التزام الكفيل هو الدين المكفول كما تقرر النظرية التقليدية، بل يجب تصحيح النظرية في هذه المسألة على النحو المتقدم. وفي الانابة في الوفاء، نجد سبب التزام المالك في العلاقة ما بينه وبين المنيب، كما في الكفالة وقد يكون هذا السبب تبرعاً، وقد يكون وفاء لدين في ذمة المنيب، أو قرضاً يعطيه الأول للثاني، أو غير ذلك وقد سبقنا الإشارة الى تحديد السبب في الكفالة وفي الانابة في الوفاء. وفي عقود أخرى غيرها... (انظر في كل ذلك كابتان في السبب فقرة ٢٦ - فقرة ٣٢).

”خصوم السبب“ على هذه النظرية أنها تخلط هنا أيضا بين ”السبب المنشئ“ و ”السبب القصدي“ . فالتسليم ركن في العقد العيني ، فهو إذا سبب منشئ للالتزام ، فكيف نعتبره غرضاً يسعى إليه الملتزم ؟ ويوجب الأستاذ كاپيتان بأن هذا الاعتراض مبني على فهم خاطئ لطبيعة العارية ورهن الحيازة . فكل عقد من هذين إذا كان ، من حيث الصياغة ، عقداً عينياً ملزماً لجانِب واحد ، هو من حيث طبيعته عقد رضائي ملزم للجانبين . فالمعير والمستعير يتفقان على العارية ، ويتم العقد بالاتفاق ، فيلتزم المعير بتسليم العين المعارة ، كما يلتزم المستعير بردها أو بردها مثلها ، ومن هنا نرى أن التسليم ، إذا رجعنا إلى طبيعة العقد ، ليس هو حتماً السبب المنشئ للالتزام ، بل هو الغرض الذي يسعى إليه المستعير من وراء التزامه برده الشيء . وكذلك الأمر في رهن الحيازة^(١) .

فلا يبقى من العقود العينية إلا الوديعة . وهنا يسلم الأستاذ كاپيتان بأن الوديعة بطبيعتها عقد عيني ملزم لجانِب واحد . ويرى أن سبب التزام حافظ الوديعة ليس هو تسليم الشيء ، إذ يختلط بذلك السبب المنشئ بالسبب القصدي ، بل هو رغبة حافظ الوديعة ، وقد قبل أن يحفظ الشيء دون مقابل ، في أن يسدى جعلاً للودع^(٢) .

• ٥٤٠ - التبرع - أما في عقود التبرع فسبب الالتزام هو نية التبرع ذاتها (animus donandi) ، ولا تختلط هذه النية بالرضا كما يزعم خصوم السبب . فإن ارادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين : العنصر الأول هو ارادته أن يلتزم ، وهذا هو الرضاء ، والعنصر الثاني هو ارادته أن يكون هذا الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع ، وهذا هو السبب يتميز عن الرضاء كما نرى . والدليل على ذلك أن العنصر الأول ، وهو الرضاء بالالتزام ، قد ثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب ، وهو نية التبرع ، كما إذا كتب شخص سنداً بدين في ذمته لآخر ، ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود له ، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع في جانب المدين حتى يستوفي منه قيمة السند ، فهذا مثل نرى فيه رضاء المدين بالالتزام ثابتاً دون أن يكون نية التبرع عنده ثابتة .

(١) كاپيتان في السبب فقرة .

(٢) كاپيتان في السبب فقرة . أما إذا كانت الوديعة بمقابل ، فقد أصبحت عقداً مرئياً للجانبين ، وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر .

على أن الأستاذ كاپيتان ينحرف عن النظرية التقليدية في تحديد السبب في بعض التبرعات . فهو يرى أن التبرع اذا قرن بشرط ، كما اذا وهب شخص مالا لشخص معنوى (جمعية مثلا) واشترط أن يؤدي بهذا المال غرض معين كانشاء ملجأ أو بناء مستشفى أو نحو ذلك ، فقد يكون هذا الشرط هو الذى دفع المتبرع الى تبرعه ، فلا يكون سبب التزام المتبرع في هذا الفرض نية التبرع فحسب ، بل ان هذه النية ما هى إلا وسيلة لادراك غرض مباشر هو السبب في الالتزام ، وهذا الغرض هو القيام بالشرط الذى اقترن به التبرع . فاذا كان الشرط غير مشروع ، لم يحم التزام المتبرع لعدم مشروعية سببه ، وتبطل الهبة . وهذه نتيجة تخالف ما يفهم من نصوص القانون المدنى الفرنسى ، وهى تقضى بأنه اذا اقترن تبرع بشرط غير مشروع يبطل الشرط ويبقى التبرع (م ٩٠٠ من القانون المدنى الفرنسى) . ولكن القضاء الفرنسى ينحو هذا المنحى ، فيميز في الشروط التى يقترن بها التبرع بين شرط دافع ، يبطل التبرع بطلانه ، وشرط غير دافع ، لا يمنع بطلانه من بقاء التبرع قائما .

وفي الوصية ، حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هى إرادة الموصى ، يصرح الأستاذ كاپيتان بأنه لا يجوز الوقوف عند نية التبرع ، بل ان الباعث الذى دفع الموصى الى تبرعه هو الذى يجب اعتباره سببا للوصية ، وهنا يسلم الأستاذ باختلاط الباعث بالسبب .^(١)

* ٥٤١ - مقارنة نظرية الأستاذ كاپيتان في السبب بالنظرية التقليدية : -
ونحن بعد أن بسطنا دفاع الأستاذ كاپيتان عن نظرية السبب ، لا يسعنا إلا أن نقف قليلا لنرى الى أى حد حافظ الأستاذ على النظرية التقليدية في دفاعه عنها ، وما هى التعديلات التى أدخلها على هذه النظرية . وقد رأينا أنه قد أدخل في الواقع تعديلات جوهرية . ويمكن اعتبار نظريته وسطا بين النظرية التقليدية والنظرية التى يقول بها القضاء وهى النظرية التى انضم اليها الفقه الحديث . فكأن الأستاذ قد مد جسرا بين الفقه القديم والقضاء ، فتمكن الفقه الحديث من عبور هذا الجسر لينضم نهائيا الى القضاء في نظريته التى كان يقررها من وقت طويل .

٥٤٢ - انقاف نظرية الأستاذ كاپيتان مع النظرية التقليدية : - يحتفظ الأستاذ كاپيتان بالنظرية التقليدية في أمرين جوهرين : (أولا) في التمييز ما بين السبب والباعث .

(ثانياً) وفي جعل المعيار مادياً في تحديد السبب وفي اعتبار السبب شيئاً داخلياً في العقد غير متغير بالنسبة للعقد الواحد .

أما أنه يحتفظ بالتمييز بين السبب والباعث؛ فذلك ظاهر بوضوح . فهو يحذر من الخلط بين السبب والباعث الدافع ، فالأخير عامل نفسي لا يدخل ضمن الإرادة المنشئة للالتزام فهو إذن ليس عنصراً في توافق الإرادتين ، والأول جزء من هذه الإرادة فهو عنصر من عناصر العقد . والباعث صحيحاً كان أو غير صحيح ، مشروعاً أو غير مشروع ، لا يؤثر في صحة العقد ، بخلاف السبب ^(١) .

ولما كان يرى السبب جزءاً لا ينفصل عن الاتفاق الذي أنشأ العقد ، فمعيار السبب إذن عنده مادي . وما على الباحث إذا أراد معرفة سبب الالتزام ، إلا أن يتلمسه كما هو ظاهر مادياً في الاتفاق الذي تم ما بين المتعاقدين . فكل ما ذكره المتعاقدان في اتفاقهما ، وكل ما هو مفهوم ضمناً من هذا الاتفاق على أنه هو الغرض الذي يسعى إليه الملتزم من وراء التزامه ، يكون هو السبب . فلا نبحث إذن عن السبب في خفايا الضمير كما نبحث عن الباعث ، بل يجب الاقتصار في البحث عنه على الدائرة التعاقدية (champ contractuel) ، ويكون السبب بذلك أيضاً شيئاً داخلياً في العقد لا منفصلاً عنه . ثم إن السبب في نوع واحد من العقود لا يتغير ، ففي البيع مثلاً ، يكون سبب التزام البائع هو الحصول على الثمن ، وسبب التزام المشتري هو الحصول على الشيء المباع ، ولا يتغير هذا السبب بتغير الأشخاص في عقد البيع ، فأياً كان البائع وأياً كان المشتري ومهما كانت الظروف فإن سبب التزام كل من المتعاقدين هو بعينه ما تقدم ^(٢) .

* ٥٤٣ - انحراف نظرية الأستاذ كابتان عن النظرية التقليدية - ولكن الأستاذ كابتان ينحرف عن النظرية التقليدية في أمرين آخرين : (أولاً) في تحديده السبب في بعض العقود بغير ما تحدده به النظرية التقليدية . (ثانياً) وفي الاعتداد بالباعث في بعض الفروض إلى حد خلطه بالسبب .

فقد رأينا أنه يحدد السبب في الالتزام الناتج من العقد الملزم للجانبين بأنه تنفيذ الالتزام المقابل لا وجوده خلافاً للنظرية التقليدية ، ومبيناً ما يترتب على ذلك من النتائج العملية . ورأينا كذلك أنه يحدد السبب في عقد الوديعة بأنه نية التبرع عند حافظ الوثيقة .

(١) كابتان في السبب فقرة ٤

(٢) كابتان في السبب فقرة ٨ ص ١٩ — ص ٢٠

ثم هو يخلط السبب بالباعث في فرضين : أولهما التبرعات المقترنة بشرط متى كان الشرط هو الدافع الى التبرع ، فيعتبر الشرط هو السبب^(١) . وثانيهما الوصايا جميعا ، فيعتبر السبب هو الباعث على الوصية ، لانية التبرع ، فيلن بذلك من جمود النظرية التقليدية ، ويقترب كثيرا من نظرية القضاء .

المبحث الثالث — النظرية الحديثة في السبب نظرية القضاء

* ٥٤٤ — السبب هو الباعث الراجع الى الالتزام — رأينا الأستاذ كاپيتان يحوّر في النظرية التقليدية . فيجعل السبب هو الباعث في بعض التبرعات . أما القضاء في فرنسا وتبعه كثير من المحاكم في مصر ، فقد كان أكثر جرأة وأشدّ إمعانا في هدم النظرية التقليدية ، فقد خرج عليها خروجاً صريحا ، وكسر الحواجز التي أقيمت ما بين الباعث والسبب ، وخطب بينهما خطا تاما ، لا في التبرعات فحسب ، بل في سائر العقود . واعتبر الباعث هو سبب الالتزام ، مادام أنه كان معروفا من المتعاقدين معا ، حتى لو لم يكن جزءا من الاتفاق فيما بينهما^(٢) . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بذلك مرونة لم تكن لها ، فأصبح السبب شيئا نفسيا متغيرا منفصلا عن العقد ، وهذه مزايا ثلاث كسبها من اختلاطه بالباعث^(٣) .

فالقضاء يحدد سبب الالتزام بأنه هو السبب الدافع (cause impulsive et déterminante) للالتزام الى أن يلتزم . غير أنه يختار الباعث الرئيسى ، إذ أن البواعث كثيرة متنوعة ، منها

(١) على أن الأستاذ كاپيتان لم يصل في ذلك الى حد أن يقرر أن الباعث هو السبب في الهبة المقترنة بشرط . فعنده أن الباعث في ذاته ، وهو عنصر نفسى ، لا يكون سببا إلا متى أصبح شيئا ماديا وصار جزءا من اتفاق المتعاقدين . ولا يكفي ليكون الباعث سببا أن يكون هو الدافع الى التعاقد ، ولا أن يكون معروفا من المتعاقد الآخر ، بل يجب أن يكون شيئا شمله اتفاق المتعاقدين كما قدّمنا (انظر كاپيتان في السبب فقرة ٤ وفقرة ٣٨) .

(٢) هذا والنظرية التقليدية في كل ذلك هي محل الدفع والجذب . فهناك من ينكرها ، وهم "خصوم السبب" ، وهناك من يحوّر فيها بالدفاع عنها ، كما فعل بعض أنصار السبب . على أننا اذا أغفلنا التحوير الذى يقول به هؤلاء الأنصار ، فإن النظرية التقليدية لا تزال واقعة بين نارين ، فهى بين فريق يرى محو فكرة السبب محو تاما وهؤلاء هم خصوم السبب ، وفريق آخر يرى الافساح للسبب والتوسع فيه حتى يخلط بالباعث كما ذهب الى ذلك القضاء . وكثير من الفقهاء في العصر الحاضر (انظر في هذا المعنى مذكرات الأستاذ ليفي ايليان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٠٤) .

(٣) انظر في مقابلة جمود النظرية التقليدية في السبب بمرونة النظرية الحديثة الى بنكاز (ملحق بودرى) جزء ٢

الجوهري ومنها الثانوي ، فالباعث الجوهري هو الذي يعتد به ، ومتى ثبت أنه هو الدافع الى التعاقد ، وجب الوقوف عنده .^(١)

وقد سائر الفقه الحديث القضاء في هذا الطريق .^(٢)

ولكى نحدد نظرية القضاء في السبب تحديدا واضحا ، نطبقها أولا على أنواع العقود المختلفة ، ثم نبين كيف أن القضاء في اثبات السبب دعم نظريته بقواعد تكميلية تعزز هذه النظرية ، ونقارن أخيرا بين نظرية القضاء هذه ، وهي نظرية شخصية ، وبين النظرية المادية في السبب التي اتبعتها بعض القوانين الأجنبية .

§ ١ - تطبيق النظرية الحديثة على أنواع العقود المختلفة

* ٥٤٥ - نستعرض العقود الملزمة للجانبين والعقود العينية والتبرعات ، ونطبق على كل منها نظرية السبب باعتباره الدافع الرئيسي الى التعاقد .

* ٥٤٦ - **العقود الملزمة للجانبين** - كثيرا ما يبطل القضاء في فرنسا وفي مصر عقودا ملزمة للجانبين تكون الالتزامات الناشئة منها سببا ، بالمعنى الذي تقول به النظرية التقليدية ، مشروع ، ولكن الباعث الذي دفع الملتزم الى الالتزام غير مشروع . فيبطل العقد لأن سبب الالتزام ، محمدا بالمعنى الجديد الذي يأخذ به القضاء باعتبار أنه هو الدافع الرئيسي للتعاقد ، سبب غير مشروع .

(١) انظر في تحليل القضاء الى دابان في نظرية السبب فقرة ١٥٢ - فقرة ١٦٥

(٢) ديموج ٢ فقرة ٧٤٦ ص ٥٤٣ - ليفي ايلسان في مذكراته في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٢٠ و ص ٣٢٨ - ص ٣٣٤ - بنكاز (ملحق بودري) جز ٢ فقرة ٦٠٨ و فقرة ٦٠٩ و فقرة ٦١٢ - جوسران ٢ فقرة ١٤٨ . و يفسر الأستاذ كاپيتان القضاء الفرنسي بما يتفق مع نظريته (انظر كاپيتان في السبب فقرة ١١٢) .

وهناك من الفقهاء من يستيق النظرية التقليدية في السبب ، ويقصرها على السبب في الالتزام ، ويضع الى جانبها نظرية القضاء ، ويسميا بنظرية الباعث الدافع ، ويجعلها في العقد لاقى الالتزام لأن الباعث يجب أن يكون معروفا من الطرفين فهو واقع في دائرة التعاقد ، وبذلك تملأ المقابلة بين "السبب في الالتزام" و "الباعث في العقد" (انظر بلانيول و ريبير و اسمان ١ فقرة ٢٥٢ ص ٣٥٠ - فيفودرونو في العقد في المشروع الفرنسي الإبطال وفي القانون المقارن فقرة ١٢٤ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣ - انظر أيضا أوربري ورو ٤ فقرة ٣٤٥ هامش نمرة ١ - ديمانت وكولمبيدي سانتير ٥ فقرة ٤٦) .

ف عقد البيع أو عقد الإيجار، إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعھارة ، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري ، ولو لم يدخل هذا القصد فى دائرة التعاقد ، يكون باطلا طبقاً لأحكام القضاء . مع أن التزام البائع بنقل ملكية المنزل ، أو التزام المؤجر بتمكين أو ترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة ، سببه طبقاً للنظرية التقليدية هو التزام المشتري بدفع الثمن أو التزام المستأجر بدفع الأجرة (أو تنفيذ هذا الالتزام طبقاً لنظرية الأستاذ كاپيتان) ، وهذا سبب مشروع . وكذلك سبب التزام المشتري أو المستأجر بدفع الثمن أو الأجرة هو التزام البائع أو المؤجر بنقل الملكية أو بالتمكين من الانتفاع (أو تنفيذ هذا الالتزام) ، وليس هذا فى ذاته سبباً غير مشروع . ولكن القضاء يفهم السبب هنا على وجه آخر ، فيخلطه بالبائع ، ويرى أن الدافع الرئيسى للتعاقد هو إدارة المنزل للعھارة ، وهذا باعث غير مشروع ، لأنه مخالف للآداب ، فيبطل العقد لذلك^(١) .

(١) وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين : منزل معد للعھارة يباع أو يؤجر بعد إعداده باعتبار أنه متجر (fonds de commerce) لا مجرد مكان ، وفى هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلا لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل معاً . ومنزل يباع أو يؤجر باعتبار أنه مكان لا متجر ، ولو كان قصد المشتري أو المستأجر أن يديره للعھارة ، وفى هذه الحالة لا يكون العقد باطلاً ، طبقاً للنظرية التقليدية التى تميز بين السبب والبائع (انظر لوران ٢٥ فقرة ٦٥ — بودرى وفال ١ فقرة ١٥٧) . ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذا التمييز ، فهو يبطل العقد فى الحالتين جاعلاً البائع هو السبب ، جرياً على النظرية التى يأخذ بها (انظر كتاب الإيجار للزلف فقرة ١١٣ ص ١٥٧ — ص ١٥٨ ، انظر أيضاً كاپيتان فى السبب فقرة ١٢٠) .

ومن الأحكام الفرنسية التى قضت ببطلان عقد الإيجار إذا كان المستأجر قد قصد إدارة العين المؤجرة للعھارة حكم محكمة باريس الاستئنافية فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٣٩ — سيرييه ٤٠ — ٢ — ١٢١ — محكمة ليون الاستئنافية فى ١١ يولييه سنة ١٨٦٢ — سيرييه ٦٣ — ٢ — ١٦٥ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ — جازيت دى باليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ ، وهناك أحكام قضت ببطلان عقد الاستخدام فى محل يدار للعھارة : محكمة النقض الفرنسية فى ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ — ١ — ٤٨٤ — وأحكام قضت ببطلان عقد بيع مفروشات محل يدار للعھارة : محكمة السين التجارية فى أول مايو سنة ١٨٨٨ جازيت دى باليه ٨٨ — ١ — ٧٩٧ — محكمة ليج الابتدائية فى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ باسكريزى البلجيكية ٩٧ — ٣ — ٧٥ (انظر فى أحكام أخرى مناقضة فى هذا الموضوع كاپيتان فى السبب فقرة ١١٠ هامش نمرة ١ — بنكاز ملحق بودرى ٢ ص ٧٣٦ هامش نمرة ١) ، وأحكام قضت ببطلان بيع مشروبات اشتراها مرشح فى انتخاب لتقديمها الى الناخبين حتى يحملهم على انتخابه وكان بائع المشروبات يعرف قصد المشتري : محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية فى ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠١ — سيرييه ١٩٠٠ — ٢ — ٢١٩ — محكمة كاستلنودرى (Castelnaudary) الابتدائية فى ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠١ — انظر أيضاً فى القضاء الفرنسى بنكاز ملحق بودرى ٢ ص ٧٣٧ — تطبيق ديموج فى سيرييه ١٩١٣ — ١ — ٤٩٧

أما القضاء المصرى فقد صدرت بعض أحكام منه تنشى مع النظرية التقليدية ، منها ما قضت به محكمة استئناف =

وفعل القضاء ذلك أيضا في الأما كن التي تدار للقامرة ، فيع أو ايجار منزل يران به أن يكون محلا للقامرة يكون باطلا^(١) . وفي هذا أيضا يخط القضاء بين الباعث والسبب .
وفهم السبب بمعنى أكثر مرونة وأقرب اتصالا بالحياة العملية ، فيأخذ بفكرة الباعث الرئيسي الدافع الى التعاقد .

= مصر الأهلية من أنه لا محل للبحث في عقد البيع في الأسباب التي يدعيها الباعث كباعث هل صدور العقد ، لأن الباعث من الأمور التي لا يلتفت إليها في صحة العقد ، وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما (٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٢٩٠ رقم ١٤٧ — قارن أيضا محكمة الزقازيق الكلية في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٧ ص ٣٧٦) ، وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن عقد الايجار أو القرض لا يكون باطلا حتى لو كان المستأجر أو المقرض قصد إدارة العين للعاهرة أو استعمال المبلغ المقرض في إدارة العين للعاهرة ، وحتى لو كان المؤجر أو المقرض عالما بذلك (٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٨) . إلا أن كثيرا من أحكامه يمتشي مع النظرية الحديثة التي أخذ بها القضاء الفرنسي ، من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية في قضية ثبت فيها أن شخصا أودع عقدا يبيع سبعة أفدنة ، وفعلتم ذلك ، فقضت المحكمة بأن هذا البيع باطل لعدم وجود سبب شرعي له ، وأن الأمين الخائن لاحق له في طلب ملكية العين ولا في الثمن (٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ عدد ٢١٦ ص ٢١٠) ، ويلاحظ في هذه القضية أن عقد البيع إذا كان بيعا جديا دفع المشتري فيه ثمنا ، كان عقدا ملزما للجائين اعتبر الباعث فيه سببا . أما إذا كان ، كما هو الغالب ، هبة في صورة بيع ، كان تبرعا أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب .

ومن ذلك أيضا ما قضت به محكمة الزقازيق الكلية من أن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر ، وذلك في حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ويعتبر الباعث في هذه الحالة أمرا ملاحظا في العقد ، وأنه بدونه لا يمكن أن يتم العقد من حيث التعاقد القانوني (٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٧٢ رقم ٣٩) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بيع أسلحة محرم استيرادها الى مصر يكون باطلا لعدم مشروعية السبب متى كان الباعث عالما بهذا التحريم (٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦) . وقضت كذلك بأن اتفاق البائع والمشتري على الثمن الحقيقي للصفقة ، مع بقاءه مخفيا حتى بذكرا ثمنا صوريا أقل من الثمن الحقيقي ، فيتمكن المشتري بذلك من تخفيض رسوم التسجيل بطريق الغش ، يكون اتفاقا باطلا لعدم مشروعية السبب ، ولا يستطيع المشتري التمسك بالثمن الحقيقي في مواجهة الشفيع ، كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن في مواجهة المشتري (٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ — جازيت ١٤ ص ١٠٣ نمرة ١٥٩) .

(١) ومن الأحكام الفرنسية التي تبطل عقد الايجار اذا وقع على محل المقامرة باعتباره محلا . مذا لذلك (أى منجرا) : محكمة بو الاستئنافية في ٢٨ يونيو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ — ٢ — ٦١ . ومن الأحكام التي تبطل عقد الايجار حتى لو وقع على مكان لاعلى منجر ، ما دام قصد المستأجر هو إعداد المكان للقامرة ، وما دام المؤجر قد علم بذلك ، بل راعى في تقدير الأجرة هذا القصد : محكمة نيس الابتدائية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ جازيت دي تريينو ١٩١٠ — ١ — ١١٩ .

* ٥٤٧ - **العقود العيانية** - كذلك يبطل القضاء قرضا يكون قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة ، ويكون المقرض عالما بهذا القصد ، سواء كان مشتركا معه في المقامرة أو لم يكن ، وسواء كان يستفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يستفيد^(١) .

ويبطل القرض أيضا إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقرض من الحصول على منزل يديره للعھارة^(٢) ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له^(٣) .
وكالقرض رهن الحيازة^(٤) .

* ٥٤٨ - **التبرعات** - أما في التبرعات فقد كان القضاء أشد أمعانا في الخلط ما بين السبب والباعث . لأن السبب في التبرع المتبرع ، طبقا للنظرية التقليدية ، هو كما علمنا نية التبرع . وهذا تحديد ضيق للسبب لا يتصور معه أن تبرعا يكون باطلا لسبب غير مشروع ، فنية التبرع في ذاتها ليس فيها ما يمكن أن يوصف بأنه غير مشروع . لذلك لم يقف القضاء عند نية التبرع هذه في تحديد السبب ، بل جعل الدافع إلى التبرع هو السبب ، فنظر إلى

(١) انظر في القضاء الفرنسي محكمة النقض الفرنسية في ٤ يولييه سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٠٠ - محكمة باريس الاستئنافية في أول أبريل سنة ١٨٩٥ جازيت دي باليه ٩٥ - ٢ - ١٥٨ - حكما آخر في ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ - ٢ - ٢٧٠ - حكما ثالثا في ٨ فبراير سنة ١٩١٧ جازيت دي تريينو ١٩١٨ - ٢ - ٣٧٢ .

انظر في القضاء المصري محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ - حكما آخر في ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ ، ولكن اذا ثبت أن المقرض لم يستعمل القرض فعلا في المقامرة ، فان عقد القرض يكون صحيحا (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يونيو سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٢٤٩ نمرة ٢٧٩) . أما محكمة النقض الأهلية فقد قضت بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض قرضا إلى المقرض ، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل ، فاذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد (٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦) .

(٢) محكمة باريس الاستئنافية في ١٤ يناير سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ٢ - ٥١ - محكمة باريس الاستئنافية في ٢٦ يناير سنة ١٨٩٤ ومحكمة النقض في أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٢٨٩ - دالوز ٩٥ - ١ - ٢٦٣ .

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢ - محكمة السين الابتدائية في ٩ مارس سنة ١٩٠٥ جازيت دي تريينو ١٩٠٦ نصف المئة الأول ٢ - ٢٢ .

(٤) انظر في هذا الموضوع مذكرات الأستاذ ليفي إيلبان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين

ما وراء نية التبرع، ونقب عن العوامل النفسية التي دفعت المتبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل، أكان يريد الخير في ذاته، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة، أم يرمى إلى غرض غير مشروع. فإذا تبين أن الباعث الذي دفع المتبرع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع^(١).

والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر أهمها: (أولاً) التبرع لولد غير شرعي: يقضى القانون المدنى الفرنسى بأن يكون نصيب الولد غير الشرعى (enfant naturel) أو ولد الزنا (enfant adultérin) أو ولد المحارم (enfant incestueux) فى مال أبويه، تبرعاً أو ميراثاً، محدوداً تحديداً ضيقاً. فإذا زاد التبرع على الحد كان الانقاص إلى الحد واجباً. أما إذا كانت البتوة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً، فالتبرع جائز ولو زاد على الحد، مادام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعى. ولكن القضاء يبطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للتبرع على تبرعه هى علاقة بتوة غير شرعية، فيخلط ما بين الباعث والسبب، ولا يكتفى بانقاص التبرع إلى الحد الجائز، بل يبطله جميعه^(١).

(١) وقد يكون بطلان التبرع يرجع، لا إلى عدم مشروعية السبب، بل إلى عدم وجود السبب أو إلى الفسار في السبب، مع اعتبار أن السبب هنا هو الباعث. فقد حكم القضاء الفرنسى ببطلان وصية صدرت من الموصى وهو معتقد أنه لا يترك وارثاً شرعياً، وتبين أنه كان واحداً في هذا الاعتقاد (محكمة باريس الاستئنافية فى ٩ فبراير سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ — ٢ — ١٩٥ — سيريه ٦٧ — ٢ — ١٢٩)، وببطلان وصية لأن الموصى خلف ولداً لم يكن موجوداً وقت صدور الوصية (محكمة رن الاستئنافية فى ١١ أبريل سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠ — ٢ — ١٥٧ مع تعليق بلانبول)، وببطلان وصية صدرت من أب لاهدى ابنته، وكان الباعث عليها أن الأب أعطى البنت الأخرى مهراً فأراد المعادلة بين البنين فى ماله بعمل وصية للبنت الأولى، ولكن هذه البنت تزوجت قبل موت أبيها فأعطاه مهراً دون أن يلغى الوصية نسياناً أو إهمالاً، وقد كان الحكم ببطلان الوصية مبنيّاً على عدم صحة السبب (محكمة روان الاستئنافية فى ٣ ديسمبر سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٧ — ٢ — ١٦٣ — سيريه ٤٧ — ٢ — ٣٣٢). انظر فى هذا الموضوع مذكرات الأستاذ ليفى ابلان ص ٣٢٦.

هذا ويلاحظ أن الهدايا التى تعطى بعد الخطبة تسترد إذا لم يتم الزواج، وهذا ما تقرره الشريعة الإسلامية، ويمكن الاستناد فى ذلك إلى أن تبرع الخطيب لخطيبته كان سببه، أى الباعث عليه، هو أن الخطيب ستنصّب زوجاً لخطيبه، وهذا السبب لم يتم، فيسقط التزام المتبرع، ويسترد ما أعطى من الهدايا.

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٤ يناير سنة ١٨٣٢ سيريه ١٨٣٢ — ١ — ١٤٥ — حكم آخر فى ٣١ يوليى سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ — ١ — ٤٥٨ — حكم ثالث فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ — ١ — ٤٩٢ — حكم رابع فى ٢٩ يونيو سنة ١٨٨٧ سيريه ١٨٨٧ — ١ — ٣٥٨ — محكمة ليون الاستئنافية فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٢ — ٢ — ٢٨١ — محكمة السين الاستئنافية فى ٢٧ أبريل سنة ١٩١٨ جازيت دى تريينو =

(ثانياً) تبرع الخليل لخليلته : ويبطل القضاء تبرع الخليل لخليلته اذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لايجاد هذه العلاقة غير الشريفة أو لاستبقائها أو لاعادتها^(١) . أما إذا كان الباعث على التبرع انما هو تعويض الخليفة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية، بعد ان انقطعت، فالباعث يكون مشروعاً، والتبرع يكون صحيحاً، بل هو في الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعي^(٢) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام على محل الالتزام المخالف للآداب .

(ثالثاً) تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصالا ودياً : انفصال الزوجة عن زوجها (séparation de corps) في القانون الفرنسي لا يكون إلا بعد اتباع اجراءات خاصة نص عليها هذا القانون، أو يكون بالطلاق . وفيما عدا هاتين الحالتين فالاتفاق ما بين الزوجين على أن ينفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الاجراءات المرسومة لذلك ، يكون غير مشروع . فاذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودّي يكون سبب تبرعه، أي الباعث عليه، غير مشروع، ويبطل التبرع^(٣) .

= في ٢٣ و ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٨ . انظر تحليلاً مفصلاً للقضاء الفرنسي في موضوع السبب في التبرعات في بنكاز مالحق بودري جز ٢ ص ٦٩٠ - ص ٧٣٤ .

أما القضاء المختلط فلا يعتبر التبرع لولد غير شرعي باطلاً ، بل يعتبره وفاء لالتزام طبيعي ، ويعطيه حكم الوصية ، فيجوز فيها لا يخرج من الثلث (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٠) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢ فبراير سنة ١٨٥٣ سيريه ٥٣ - ١ - ٤٢٧ - حكم آخر في ٤ مارس سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٧ - حكم ثالث في ٨ يولي سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ٢٩٤ - حكم رابع في ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١١٣ مع تعليق سافاتييه - محكمة الجزائر الاستئنافية في ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٧ - ٢ - ٤٥٣ - محكمة ليون الاستئنافية في ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ دالوز ١٩١٨ - ٢ - ٥١ .

وهذا ما يقضى به القضاء المصري أيضاً : محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٠ - حكم آخر في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ - حكم ثالث في ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية في ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ عدد ٣ ص ٦ الحقوق ٢٤ ص ٢٣٠ . انظر أيضاً محكمة اسكندرية الابتدائية التجارية المختلطة في ٨ يونيو سنة ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٧٦ نمرة ٥٣٦ . وانظر في القضاء الفرنسي محكمة النقض الفرنسية في ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨ - ١ - ١٧٠ - محكمة باريس الاستئنافية في ٥ مايو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ٢ - ٥٩ - حكماً آخر في ٨ يولي سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ٢ - ٩١ .

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٢ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٣٧ - مع تعليق كولان - سيريه ١٩١١ - ١ - ٢٨٥ - مع تعليق فال - انظر مع ذلك مقالا للاستاذ سافاتييه في مجلة القانون المدني ربع السنوية (الفصلية) سنة ١٩٣١ ص ٥٣٦ .

(رابعاً) التبرع المقرون بشرط : إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع ، يبطل الشرط ويبقى التبرع ، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدنى الفرنسى . إلا أن القضاء الفرنسى قيد من هذا الحكم بفضل نظريته فى السبب . فقد ميز فى الشرط الذى يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع ؛ فالثانى وحده هو الذى يطبق عليه نص المادة ٩٠٠. ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً^(١) . أما الشرط الدافع إلى التبرع ، أى الباعث على هذا التبرع ، فقد اعتبره القضاء سبباً لالتزام المتبرع ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع فإن التبرع جميعه يكون باطلاً ، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط^(٢) .

§ ٢ - اثبات السبب

* ٥٤٩ - عرم ذكر السبب فى الالتزام - قد لا يذكّر المتعاقدان سبب الالتزام عند تعاقدهما وقد يذكّرانه .

فاذا لم يذكّر سبب الالتزام ، فإن المنطق القانونى كان يقضى بأن الدائن ، وهو المكلف باثبات وجود الالتزام فى ذمة المدين ، هو الذى يثبت السبب ، لأن الالتزام لا يقوم دون سبب . ولكن القانون الفرنسى جرى على عكس ذلك ، فنصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً حتى لو لم يذكّر سببه . ومعنى ذلك أن وجود سبب صحيح للالتزام

(١) حتى لو علق المتبرع نفاذ تبرعه على تنفيذ الشرط ، فإدام الشرط لم يكن هو الدافع إلى التبرع ، فإنه يبطل وحده ويبقى التبرع (انظر محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ يولييه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ - ١ - ٣٠٥ - كابينان فى السبب فقرة ٢٠٤ ص ٤٤٤ هامش نمرة ١ - وانظر تعليق لابييه فى سيريه ٨٤ - ١ - ٣٠٥) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٩ - ١ - ٤١٣ (تبرع مفرون بشرط انشاء مدارس للتعليم تحت سيطرة رجال الدين ، وهذا محرم فى فرنسا) . حكم آخر فى ١٧ يولييه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ - ١ - ٣٠٥ - حكم ثالث فى ٨ مايو سنة ١٩٠١ داللو ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٠ - حكم رابع فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللو ١٩١١ - ١ - ٤٦٣ - حكم خامس فى ٢٣ يولييه سنة ١٩١٣ داللو ١٩١٥ - ١ - ٤٩ - حكم سادس فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللو ١٩٢٢ - ١ - ٢٣٩ - وانظر فى القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع بنكاز ملحق بودرى جز ٢ فقرة ٥٨٥ - فقرة ٥٨٦ - كابينان فى السبب فقرة ٢٠٧ .

انظر فى عدم تطبيق هذا المبدأ فى مصر ، من حيث أن الشريعة الاسلامية هى التى تطبق فى تحديد ما اذا كان التبرع (هبة أو وصية) صحيحاً أو غير صحيح ، فلا محل لتطبيق مبادئ القانون الفرنسى إلا فى حالة ما اذا كان هذا القانون هو قانون جنسية المتبرع ، الى والتون ١ ص ٣٥٥ .

أمر مفروض لا يكلف الدائن إثباته^(١). واقتراض وجود سبب صحيح للالتزام يتفق مع الواقع المشاهد، فأين هو المدين الذي يرضى بأن يلتزم دون أن يكون لالتزامه سبب، فإذا التزم مدين دون سبب عن وهم أو عن بينة من الأمر، أو كان سبب التزامه غير مشروع، فهذا هو القليل النادر، لا يعتد به ولا تبني عليه أحكام، والشيء المألوف هو الذي يفترض، وغير المألوف هو الذي يطالب مدعيه بإثباته^(٢). وقد أخذ الفقه والقضاء في مصر بهذا المبدأ^(٣)، دون

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٧. سواء في هذا ذكر المدين أنه "يعترف بمدونية" (reconnaitre devoir)، أو ذكر أنه "يتعهد بوفاء" (promettre payer). ففي الحالتين هو يعترف بوجود التزام في ذمته، فيفترض أن للالتزام سببا صحيحا. ولا معنى لتفرقة بين العبارتين، بدعوى أنه في حالة الاعتراف بالمدونية يقر المعترف بأنه مدين، وهو لا يقر بذلك في حالة التعهد بالوفاء، فإن الوفاء لا يقع إلا على دين ثابت في الذمة (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ١ فقرة ٣٢٠).

(٢) انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٨ ص ٣٦٩.

وهما يكتن من وضوح المادة ١١٣٢ من القانون المدني الفرنسي، وظهور أن الغرض منها هو أن تجعل السبب مفروضا، يكلف المدين بإثبات عكسه، فإن الفقهاء الفرنسيين يتناقشون طويلا في تفسيرها، حتى ذهب بعضهم (انظر كاپيتان في السبب فقرة ١٦٦ — فقرة ١٧٢) إلى أن هذا النص يميز التسليم بالالتزام المجرد (promesse abstraite) في القانون الفرنسي على النحو المسلم به في القانونين الألماني والسويسري، وسيأتي تفصيل ذلك فيما يلي. أما نحن فنرى أن النص لا يتعرض إلا إلى مسألة إثبات، فبجعل عباءة في السبب على المدين لا على الدائن. وقد أحسن المشروع الفرنسي الإبطال صنعا عند ما أضاف نصا يزيل الإبهام الذي أحاط بهذا الموضوع، ففقد في المادة ٢٧ فقرة ثانية بأن العقد يكون صحيحا حتى لو لم يذكر سببه، وبفترض وجود السبب حتى يثبت العكس.

ونحن في غنى بعد ذلك عن مناقشات لا طائل تحتها قامت بين الفقهاء الفرنسيين، وهي تدور حول تحديد معنى المادة ١١٣٢، وهل هذا النص يفترض أن السبب غير مذكور في السند المكتوب الذي يثبت العقد كما ذهب إلى ذلك غالبية الفقهاء، أو هو يفترض أن السبب لم يذكر عند التعاقد نفسه كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء (انظر أوبري ورو ٤ فقرة ٢٤٥ هامش نمرة ٢٠ — كاپيتان في السبب فقرة ١٦٤ وفقرة ١٧٠). وسواء كان الأمر هذا أو ذاك (وإن كنا نميل إلى الأخذ برأي الأستاذة أوبري ورو وكاپيتان)، فإن المادة ١١٣٢ لا تعني إدخال الالتزام المجرد في القانون الفرنسي، وهي لا تعرض إلا إلى مسألة إثبات لا إلى مسألة موضوعية كما قدمنا. وهي إنما تقرر جعل عبء الإثبات على المدين، فإذا أثبت هذا أن الالتزام غير مبني على سبب صحيح سقط الالتزام. وهذا ينفي فكرة الالتزام المجرد، إذ لو كان الالتزام مجزئا، لبق قائما بالرغم من ثبوت أنه غير مبني على سبب صحيح. وكل ما في الأمر أن المدين تكون له دعوى شخصية قبل الدائن مبنية على الإثراء بلا سبب، يستطيع بها أن يتخلص من الالتزام بعد قيامه (أي أن الالتزام ينقضي لا يسقط)، أو أن يسترد ما دفعه إذا كان قد قام بالوفاء (انظر سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٢٦٦).

على أن هذا لا يعني أن القانون الفرنسي يسلم بفكرة الالتزام المجرد في أحوال أخرى، منها الانابة في الوفاء والكفالة والكميالات والسندات تحت الاذن والسندات لحاملها، وسنعود لهذا الموضوع فيما يلي.

(٣) دي هلس ٣ ص ١١٧ فقرة ١٤ — هالتون ١ ص ٢٤١ — والتون ١ ص ١٠٢ — عبد السلام ذهني بك فقرة ١٧٣.

(٤) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٠ — حكما آخر في ٢ فبراير سنة ١٩١١ م =

أن يكون هناك نص في القانون المصرى يقابل نص القانون الفرنسى السالف الذكر . وقد كان الأولى أن يورد المشرع المصرى نصا فى هذه المسألة ، فان افتراض وجود سبب صحيح فى الالتزام لا يكون إلا بناء على قرينة قانونية ، والقرائن القانونية يجب النص عليها .

فالمخاصية فى إثبات السبب إذاً هو أنه مفروض . ولكن هذا الفرض يقبل اثبات العكس ، فقد ذكرنا أن المدين قد يلتزم دون سبب أو لسبب غير مشروع . فعليه هو اذا ادعى ذلك أن يثبته بطرق الإثبات ^(١) كافية .

* ٥٥٠ - **ذكر السبب فى الالتزام** — أما اذا ذكر المتعاقدان سبب الالتزام ، فالمفروض أنه هو السبب الصحيح الذى رضى المدين أن يلتزم من أجله ^(٢) . فاذا ادعى هذا أن السبب المذكور فى العقد سبب كاذب ، فعليه أن يثبت ذلك . وهو يثبته باثبات أحد أمرين : إما أن السبب المذكور سبب موهوم أو أنه سبب صورى .

ففى الحالة الأولى يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ، لأن المدين استطاع أن يثبت وقوع غلط فى السبب ، وله اثبات ذلك بجميع طرق الاثبات . وفى الحالة الثانية اذا أثبت المدين أن = ٢٣ ص ١٥١ — جازيت ١ ص ٦٦ — حكما ثالثا فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٤ — حكما رابعا فى ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ .

(١) انظر بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٦٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه اذا كان سند الدين خاليا من ذكر سبب الالتزام ، فللمدين المطالب بقبية هذا السند أن يثبت ، دفعا لدعوى خصمه ، بأنه لم يلتزم فى الواقع بهذا التعهد إلا فى مقابل خدمة التزم المدعى بأدائها له ولم يفهم بتنفيذ التزامه . وعلى ذلك يجوز قانونا الأمر بالتحقيق ، كلما تمسك المدعى عليه بدفع كهذا الدفع (١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ عدد ٨٢ ص ١٦١ — الشرائع ١ ع ٢٦٩ ص ١٤٦ — الحقوق ٣١ ص ٦٠) . وقضت محكمة بنى سويف الجزئية بأنه يعتبر التعهد مبنيًا على سبب صحيح ، وعلى المتعهد أن يثبت عدم وجود هذا السبب ، أو حصول التعهد بطريق الغش والتدليس (٢٢ يولييه سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٧١ عدد ٨٩) .

انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ فبراير سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٢٦ — حكما آخر فى ٨ أبريل سنة ١٨٨٦ بوريللى م ٢٨٠ نمرة ٢٥ — حكما ثالثا فى ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٣ — حكما رابعا فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٤ — حكما خامسا فى ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ . هذا ويلاحظ أن قبل عبء الاثبات فى السبب الى المدين قد خالف دفعا كان معروفا فى القانون الرومانى (exceptio non numeratae pecuniae) وكان يقضى بجعل عبء الاثبات على الدائن (انظر فى هذا المعنى بفنوار ص ٥٤٨ — ص ٥٥٧ — بودوى وبارد ١ فقرة ٣١٨ ص ٣٦٩ هامش نمرة ١ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ فبراير سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٢٦) .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٣ .

السبب صوري، يعتبر السبب غير مذكور، ولكن لا يفرض وجوده كما كان يفرض في حالة عدم ذكر سبب في الالتزام من البداية، لأن قرينة وجوده قد نفتها قرينة أخرى هي صورية السبب الذي ذكر في العقد، فنعود الى القواعد العامة، ويكون الدائن هو المكلف بإثبات وجود سبب صحيح لالتزام المدين. وكل هذا متفق مع المبادئ العامة ومع المنطق الصحيح^(١). ومن ذلك نرى أن صورية السبب لا تبطل العقد، بل تؤدي إلى نقل عبء الإثبات من عاتق المدين الى عاتق الدائن^(٢).

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٣١٩

(٢) اوربري ورو ٤ ص ٥٥٧ وهامش نمرة ١٩ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٧١ — فقرة ٣٧٢ — لوران ١٦ فقرة ١٢٢ وفقرة ١٦٩ — هيك ٧ فقرة ٨٦ — بنوار ٥٥٧ — بودري وبارد ١ فقرة ٣١٨ وفقرة ٣١٩ — كاپيتان في السبب فقرة ١٦٤ — محكمة النقض الفرنسية في ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ — ١ — ١٩٢ — حكم آخر في ٣ أبريل سنة ١٩٠٥ جازيت دي باليه ١٩٠٥ — ١ — ٦٢٧ — دالوز ١٩٠٥ — ٥ — ٠٨

هالتون ١ ص ٢٤٢ — والتون ١ ص ١٠٧ — ١٠٨ — محمد صالح فقرة ٣٠٨ وقد قضت محكمة النقض الأهلية بأنه ما دام أن ورثة المدين قد أثبتوا بالطريق القانوني عدم وجود سبب للمدين، فكان على الدائنة أن تقيم الدليل أمام محكمة الموضوع على ما تدعى أنه السبب الحقيقي للتعهد (٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ٣٨٧ رقم ١٩٢).

وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه لا تأثير للسبب الصوري المبين في السند على صحة التعهد، بشرط أن يكون لهذا التعهد سبب جائز، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على أن سبب التعهد جائز، إذا تبين أن السبب المذكور في السند صوري (٣٠ يناير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ ص ٢٤٦ عدد ٩٣ الحقوق ١٨ ص ٢٦٦). وقضت أيضا بأنه إذا طعن في سند بأنه مبنى على سبب غير صحيح، ورخصت المحكمة للطاعن بإثبات سبب الدين الحقيقي، فيتعين عليها أن تأذن الخصم صاحب المصلحة في السند أن يثبت هو الآخر ما يدعيه من وجود سبب صحيح آخر تأييدا لدينه، فان صورية السبب المدقن في السند لا يترتب عليها حتماً أن السبب الحقيقي غير جائز قانوناً (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ ص ٤١٥ رقم ٣٥٨ — المجموعة الرسمية ٢٥ عدد ٢/٣٤). انظر في هذا المعنى محكمة طنطا الكلية (حكم استئنافي) في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٦٩ عدد ٢/٨٨ — محكمة أسبوط الكلية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ عدد ٢/٦ ص ٧ المحاماة ١ ص ٣٩٤ رقم ٧٥ — محكمة سوهاج الجزئية في ١٦ يولييه سنة ١٩٠٢ المحاكم ١٤ ص ٣٠٢٩ الحقوق ١٨ ص ١٧٢.

انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٢٥ — حكماً آخر في ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٨٧ — حكماً ثالثاً في ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — حكماً رابعاً في ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٧٩ — حكماً خامساً في أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — حكماً سادساً في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠ — حكماً سابغاً في ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٥ — حكماً ثامناً في ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٩ — حكماً تاسعاً في ٢٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٣٧ — حكماً عاشراً في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٢١ ص ١٣٦ — حكماً حادى عشر في ٤ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٣٠ — حكماً ثانياً عشر =

* ٥٥١ - **أببات صورية السبب** - وإذا أراد المدين أن يثبت صورية السبب ، وكانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات ، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها . ويكون الأمر كذلك أيضا ، حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، إذا كان السبب الصوري مكتوبا ، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة^(١) .

* ٥٥٢ - **أببات عرم مشروعية السبب** - كل هذا ما لم يكن السبب الحقيقي ، الذي يخفيه السبب الصوري ، سببا غير مشروع . فإذا كان كذلك كان للمدين أن يثبت السبب الحقيقي ، وهو السبب غير المشروع ، بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البيئة والقرائن ، لأن صورية السبب أريد بها إخفاء عدم مشروعية السبب ، وهذا غش يجوز إثباته بكل الطرق^(٢) .

= في ٢٠ مارس ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٣٦ - حكما ثالث عشر في ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٣ - حكما رابع عشر في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ (وفي هذه القضية ثبتت صورية السبب من إقرار الدائن ، ولكنه قرر للالتزام سببا حقيقيا مشروعا ، ولما كان الإقرار لا يجزأ ، فقد قضت المحكمة بأن المدين هو الذي يكلف بإثبات عدم صحة السبب إذا لم يرد الأخذ بإقرار الدائن كاملا) .

وقد ثبتت صورية السبب ، فإذا تبين بعد ذلك أن السبب الحقيقي للالتزام هو التبرع ، فلا يكون السند باطلا ، لأن التبرع سبب جائز قانونا ، ويكفي لصحة التعهد (محكمة الاستئناف الأهلية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ٣٢ عدد ١٨) .

وقد يذكر المدين سند الالتزام أنه قد التزم بالدين « لخدمات أدت » ، ففي هذه الحالة يجب على الدائن أن يبين هذه الخدمات ، وإلا كان الالتزام دون سبب (استئناف مختلط في ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٣ - حكم آخر في ٨ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١١٦ - حكم ثالث في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٦) . أو يذكر أن السبب « خدمات ستؤدي » ، فيجب على الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن هذه الخدمات قد أدت فعلا (محكمة مصر الابتدائية المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٧١ نمرة ٣٠٠) .

(١) هالتون ١ ص ٢٤٣ .

(٢) انظر المادة ١٣٥٣ من القانون المدني الفرنسي - لوران ١٦ فقرة ١٦٨ - هيك ٧ فقرة ٨٦ - بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٨ مكررة - كاپيتان في السبب فقرة ١٦٤ - هالتون ١ ص ٢٤٣ .

وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا رفعت دعوى من وارث بطلب بطلان سند صوري محرر من المورث الى بعض الورثة ، بقصد تمييز بعضهم عن البعض الآخر في الميراث ، فانه يجوز إثبات ذلك بالبيئة ، لأن السند يكون قد أخفى سببا مخالفا للقانون (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ عدد ١/٣٤) . وقضت محكمة مصر الكلية بأن الاتفاق على جعل سبب الدين أمانة ، مخالفة للحقيقة ، اتفاق مخالف للقانون لأنه اتفاق على ترتيب عقوبات جنائية في حالة التأخير عن تنفيذ التزامات مدنية غير المنصوص عليها في المادة ٢٩٦ عقوبات . ومن ثم فانه في مثل هذه الحالة =

على أن المدين قد يطالب بإثبات عدم مشروعية السبب في فرض آخر، وهو حالة ما إذا كان سبب الالتزام غير مذكور في العقد، فيفترض وجوده حتى يثبت المدين أنه غير موجود

== يجوز إثبات سبب الدين الحقيقي بكافة طرق الإثبات (٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ عدد ١٧٥/٢). وقضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأن التعهدات التي يظهر من ظروفها أنها عملت لاختفاء ما حرمه القانون لا تقف سدا مانعا من إثبات هذا التحايل بطرق الثبوت كافة، بما فيها البينة والقرائن. ولما كان السبب القانوني في عقد القرض هو دفع الدائن إلى المقرض نقودا، وعن هذا الدفع يتولد الالتزام بالرد، فإذا انتفى السبب، أو كان السبب محزوما، كانت السندات باطلة قانونا. فإذا رفعت امرأة دعوى ضد شخص تطالبه بمبالغ، بدعوى أنه اقترضها منها، وظهر من مجموع المراسلات المتبادلة بينها وبينه، في وقت معاصر لتاريخ تحرير السندات أو لاحق، أن هناك ما يحمل على الظن بوجود علاقات غير شرعية بينهما، حررت من أجلها السندات، وبأن الدائنة كانت تعيش هي وابنتها في كنف المدين الذي كان يعطيهما من وقت لآخر ما تجود به نفسه، حتى أنهما كانتا تستجديانه جنبا واحدا في بعض الأحيان، مما يدل على أنها كانت في حالة فقر لا تسمح لها بأن تقرضه نحو ثمانية جنيه، كان هذا قاطعا في نفي وجود علاقة قرض حقيق، وتكون السندات خالية من السبب القانوني وباطلة (٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ٦٩ رقم ٢٤). انظر أيضا محكمة الزنا في الكلية في ٢٢ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٤١٢ رقم ٢٣٤ — محكمة أسبوط الكلية في ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٥٦ رقم ٢٨٨ — هذا وإذا تبين أن سبب السند هو الربا الفاحش، فللمدين إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات، لأن السبب غير مشروع (محكمة الاستئناف الأهلية في ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٣٢٤ رقم ١٢٦ — محكمة طنطا الكلية في ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ عدد ٩٦ — محكمة استئناف الجزئية في ١١ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ عدد ٤ — استئناف مخطوط في ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٩٧ — حكم آخر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ — حكم ثالث في ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨). على أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكفي للترخيص بإثباته، إذ أنه لا يجوز قبول الإثبات بالبينة على ما يخالف العقود الكتابية، ما لم تدل الوقائع الثابتة في الدعوى على أن هناك قرائن قوية على وجود الربا الفاحش (استئناف أهلي في ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ عدد ٨٩ — حكم آخر في ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ عدد ٦٩ — استئناف مخطوط في ٩ فبراير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٣٤ — حكم آخر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٢٦٣ نمرة ١٠ — حكم آخر في ٤ مارس سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٢٦٣ نمرة ٣٠٧). فإذا ثبت أن هناك فوائد ربوية، فعلى الدائن أن يثبت كم كان المقدار المقرض، فإذا لم يثبت ذلك، فالمحكمة تقبل اعتراف المدين (استئناف مخطوط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٢٦٣ نمرة ٣٠٧).

انظر أيضا النضاء المخطوط في جواز إثبات عدم مشروعية السبب بجميع طرق الإثبات : محكمة الاستئناف المخططة في ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٩ — حكما آخر في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ — حكما ثالثا في ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٣ — حكما رابعا في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤. و يلاحظ أن المدين إذا تمكن من إثبات صورية السبب المكتوب، أمكنه أن يعتبر السند مبدأ ثبوت بالكتابة يسمح بإثبات السبب الحقيقي بالبينة والقرائن (انظر في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ٤ نوفمبر سنة ١٨٥٧ داللو ٥٧ — ١ — ٤٤١ — حكما آخر في ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ جازيت دي تريينو نصف السنة الأولى ١ — ٧٤ — حكما ثالثا في ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ داللو ١٩٠١ — ١ — ١٩٢ — حكما رابعا في ٣ أبريل سنة ١٩٠٥ داللو ١٩٠٥ — ٥ — ٨ — بودري وبارد ١ فقرة ٣١٩ ص ٣٧١ — ٣٧٢ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٢ ص ٧٩٢).

أو أنه غير مشروع . وقد كان القضاء الفرنسي ، في هذه الحالة وفي غيرها من الأحوال التي يطالب فيها المدين باثبات عدم مشروعية السبب ، يتطلب أن يكون اثبات عدم المشروعية مأخوذاً من نفس العقد المطعون فيه . وكان الداعي الى ذلك أن القضاء ، بعد أن وسع في السبب وجعله الباعث الدافع الى التعاقد ، أراد التضيق من جهة أخرى ، فلم يكن يسمح باثبات أن الباعث على التعاقد غير مشروع الا اذا كان العقد يحمل في نفسه الدليل على عدم مشروعيته . أما اذا لم يكن هناك دليل داخلي (preuve intrinsèque) على عدم المشروعية ، فان المدين لا يستطيع الاثبات بطريق آخر ، ولو كان ذلك بالكتابة^(١) . وقد كان هذا التضيق في الاثبات ، وتحتيم الدليل الداخلي وهو أشد من الدليل المكتوب ، من شأنه أن ينتقص من قيمة توسع القضاء في فهم معنى السبب ، إذ أصبح من النادر أن يبطل عقد لعدم مشروعية السبب ، فانه قل أن يكشف المدين عن الباعث غير المشروع الذي دفعه الى الالتزام في نفس العقد .

على أن القضاء الفرنسي لم يصر على هذا الموقف ، بل تحوّل عنه ، وأخذ يسمح باثبات عدم مشروعية السبب بجميع طرق الإثبات ، ولم يتقيد بدليل داخلي ، بل ولا بدليل مكتوب ، لأنه اعتبر أن عدم مشروعية السبب غش يجوز إثباته بكل الطرق^(٢) ، وهكذا انتقل القضاء من الدليل الداخلي الى الدليل الخارجي (preuve extrinsèque) ، وبذلك حفظ لنظرية السبب التوسع الذي تم لها من وراء اعتبار الباعث سبباً .

* ٥٥٣ - اثبات علم الرأى بالسبب - على أنه يجب استقراراً للعاملات وحماية للثقة المشروعة ، أن يثبت المدين ، اذا أراد الطعن في العقد ، علم الدائن بالباعث الذي دفع المدين الى الالتزام ، مادامنا نعتبر أن هذا الباعث هو السبب ، حتى لا يفاجأ الدائن ببطلان عقد كان واثقاً من صحته ، لاعتبار في أمر مقصور على المدين ومجهول من الدائن . وللمدين أن يثبت علم الدائن بالباعث بجميع طرق الإثبات ، بما في ذلك البينة والقرائن .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ مارس سنة ١٨٦٠ سيرة ٦٠ - ١ - ٢٢١ - حكم آخر في ٣١ يولييه سنة ١٨٦٠ سيرة ٦٠ - ١ - ٨٣٣ .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٢ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٣٧ سيرة ١١ - ١ - ٥٨٥ - حكم آخر في ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيرة ١٨ و ١٩ - ١ - ١٧٠ .

انظر أيضاً كايانان في السبب فقرة ٢١٤ ص ٤٧٠ - بنكاز ملحق بودري ص ٧٣٧ - ص ٧٣٨ .

§ ٣ - نظرية السبب في القانون المقارن

٥٥٤ - نظراته للسبب : نظرة شخصية ونظرة مادية - يمكن تقسيم القوانين المختلفة ، بالنسبة لنظرية السبب ، الى طائفتين متميزتين : الطائفة الأولى قوانين تنظر الى السبب باعتبار أنه الباعث الجوهرى الذى دفع الى التعاقد ، وهذه نظرة شخصية للسبب اتبعتها القوانين اللاتينية بوجه عام ، متمشية فى ذلك مع النزعة الشخصية التى تغلب فيها . والطائفة الأخرى قوانين تنظر الى السبب نظرة مادية ، وهى القوانين الجرمانية والقانون الانجليزى ، وقد رأينا هذه القوانين تغلب فيها النزعة المادية ، ويمكن أن نضع الشريعة الإسلامية فى جانب هذه الطائفة الأخرى .

(١) - النظرية الشخصية (القوانين اللاتينية) :

٥٥٥ - القانونان الفرنسى والمصرى - رأينا القانون الفرنسى فى النظرية الحديثة التى يأخذ بها القضاء يعتبر السبب هو الباعث الذى دفع الى التعاقد ، فلا ينظر اليه نظرة مادية كما كانت تفعل النظرية التقليدية . والقضاء فى ذلك كان أميناً على الروح اللاتينية التى تغلب النزعة الشخصية ، فهو قد سار فى طريق طبيعى ، وأخذ بيد الفقه فستد خطواته بعد أن كان قد ضل الطريق ^(١) .

وقد سار القضاء المصرى على أثر القضاء الفرنسى فى هذه النظرة الشخصية كما رأينا .

٥٥٦ - القانونان الايطالى والمشروع الفرنسى الايطالى - كذلك فعل القانون الايطالى (انظر المواد ١١٠٤ و ١١١٩ - ١١٢٢ من القانون المدنى الايطالى) والمشروع الفرنسى الايطالى . وقد نصت المادة ٢٧ من هذا المشروع الأخير على أن الالتزام لا ينتج أى أثر اذا لم يكن مبنيًا على سبب ، أو كان مبنيًا على سبب كاذب ، أو على سبب غير مشروع . وكل من وفى بالآداب لا يجوز له أن يستعمل دعوى الاسترداد ،

(١) وقد رأينا أن الفقه الفرنسى كان يذهب فى السبب مذهبا ماديا ، وكان يتناقض بهذا مع روح القانون الفرنسى ، فان نظرة هذا القانون الى العقد وإلى الالتزام هى نظرة ذاتية شخصية لا مجال للشك فيها . فالقضاء الفرنسى هو الذى استطاع أن يحتفظ بهذه الروح فى السبب كما احتفظ بها فى النواحي الأخرى من مسائل العقد والالتزام (انظر فى هذا المعنى مذكرات الأستاذ ليفى ايلمان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩) .

إلا اذا لم يكن من جانبه خرق للآداب . ونصت المادة ٢٨ على أن العقد يكون صحيحا حتى لو لم يذكر سببه ، ويفترض وجود السبب حتى يثبت العكس . ونصت المادة ٢٩ على أن السبب يكون غير مشروع اذا كان مخالفا للقانون أو للنظام العام أو للآداب .

ونرى من ذلك أن المشروع الفرنسي الايطالى لم يزد على نصوص القانون الفرنسى إلا نصا يتعلق باسترداد ما دفع بمقتضى عقد غير مشروع (وهذه مسألة نعالجها عند الكلام على البطلان)، وإلا نصا يؤكد القاعدة التى تقضى بأن السبب يفترض وجوده حتى يقوم الدليل على العكس، وهو نص موجود فى القانون الإيטالى (م ١١٢١)^(١) . فالمشروع الفرنسى الايطالى يتفق إذن مع القانونين الفرنسى والايطالى فى الأخذ بالنظرية الشخصية للسبب^(٢) .

٥٥٧ - القوانين المرتبطة الأخرى - على أنه الى جانب القوانين اللاتينية الكثيرة التى نصت على السبب^(٣)، توجد بعض قوانين لاتينية لم تتضمن نصا على هذه النظرية، كالقانون البرتغالى والقانون البرازيلى . لكن المستخلص من أحكام هذه القوانين . بالرغم من عدم النص، أن السبب ركن فى الالتزام، وأنه منظوريه نظرة شخصية، كما فى سائر القوانين اللاتينية^(٤) .

ولا يكاد يستثنى من القوانين اللاتينية إلا القانون الاسبانى ، فقد نظر الى السبب نظرة مادية ، متبعا فى ذلك النظرية التقليدية التى كان يقول بها الفقه الفرنسى (انظر المواد ١٢٧٤ - ١٢٧٧ من القانون المدنى الاسبانى)^(٥) .

- (١) انظر المذكرة الايضاحية المرفقة بالمشروع الفرنسى الايطالى ص ٦٥ .
- (٢) انظر فى هذا المعنى فيفورونو فى العقد فى المشروع الفرنسى الايطالى وفى القانون المقارن فقرة ٢٦ .
- (٣) من ذلك قانون رومانيا (م ٩٦٦ - ٩٦٧) وقانون سبيل (م ١٤٤٥ و م ١٤٦٧ - ١٤٦٨) وقانون الارجنتين (م ٣٠٢ و م ٥٠٠) ، وكثير من قوانين أمريكا الجنوبية وأمريكا الوسطى والقانون التونسى (م ٦٧ - ٧٠) والقانون المراكشى (م ٦٢ - ٦٥) . (انظر فى هذا الموضوع كاپيتان فى السبب فقرة ٨٠ ص ١٦٢) .

- (٤) انظر فيفورونو فقرة ١٢٧ ص ٤٤٣ - ص ٤٤٤ - ص ٤٤٦ - ص ٤٤٩ - كاپيتان فى السبب فقرة ٨٢ .
- (٥) انظر فيفورونو فقرة ١٢٧ ص ٤٤١ - ص ٤٤٣ - كاپيتان فى السبب فقرة ٨١ ص ١٦١ .

(ب) النظرية المادية (القوانين الجرمانية والقانون الانجليزي والسريعة

الاسلامية) .

٥٥٨ - القوانين الجرمانية (الالتزام المسبب والالتزام المجرد) -

تنظر هذه القوانين الى السبب ، عند ما تأخذ به ، نظرة مادية . وعندها أن العقود بالنسبة للسبب على قسمين : عقود مسببة (Kausale Rechtsgeschäfte) وعقود مجردة (abstrakte Rechtsgeschäfte) . ففي الأولى يكون السبب ركنا في الالتزام ، وفكرة السبب هنا فكرة مادية مماثلة لما رأيناه في النظرية التقليدية التي كان يعتنقها الفقه في فرنسا . أما العقود المجردة فالالتزام فيها منفصل عن سببه ، يعيش مستقلا عنه ، فلا يكون لسبب ركنا فيه .

ولا ينص القانون الألماني على السبب ركنا في الالتزام ، ولا يتكلم عنه إلا في موضوع الاثراء بلا سبب . فيقضى في المادة ٨١٢ بأن كل شخص يحصل على كسب دون سبب ، بعمل يقوم به الغير أو بأية طريقة أخرى ، ويكون الكسب على حساب هذا الغير ، يلتزم نحوه بالرد . ويكون هذا الالتزام موجودا أيضا اذا وجد السبب ولكنه انقطع بعد ذلك ، أو كانت الغاية المبتغاة من وراء العمل الذي قام به الغير ، على التحريك يدل عليه مضمون العقد ، لم يتحقق . كذلك لا ينص قانون الالتزامات السويسرى على السبب ركنا في الالتزام ، ويكتفى ، كما فعل القانون الألماني ، بالكلام عنه في موضوع الاثراء بلا سبب ، فيقضى في المادة ٦٢ بأن كل من اغتنى على حساب الغير دون سبب مشروع يلتزم بالرد . ويكون الرد واجبا بنوع خاص على الشخص لما اسلمه دون سبب صحيح ، أو لسبب لم يتحقق ، أو لسبب قد انقطع .

٥٥٩ - الالتزام المسبب (promesse causée) - على أنه بالرغم من أن كلا

من القانونين المتقدمين لا يذكر السبب ركنا في الالتزام ، إلا أن من المسلم به فيهما أن أكثر العقود تنشئ التزامات مسببة ، فلا يقوم الالتزام إلا على سبب صحيح . ولكن الفقهاء الألمان عند ما يعالجون نظرية السبب يبنونها على أساس مادي ، فيميزون بين أسبب والباعث ، ويستخلصون السبب من طبيعة العقد ، وهو في عقود التبرع مقصور على نية المتبرع ذاتها ،

فالسبب إذاً مادي داخلي لا يتغير ، على النحو الذي رأيناه في النظرية التقليدية في الفقه الفرنسي^(١) . وكذلك الأمر في القانون السويسري^(٢) .

٥٦٠ - الالتزام المجرد (promesse abstraite) — ويعرف القانونان ، كما قدمنا ، طائفة أخرى من العقود ، هي العقود المجردة . وهي نوعان : عقود ناقلة للحق العيني وعقود منشئة للالتزام .

فالأولى ينتقل بها الحق العيني دون اعتبار للسبب . وتفصيل ذلك أن الحق العيني في هذين القانونين لا ينتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقله ، بل لا بد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر ، هو العقد الناقل للحق العيني^(٣) . وهو عقد مجرد في القانون الألماني ، ينتقل به هذا الحق ، سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقله صحيحاً أو معيباً . وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً ، وأن الحق العيني قد انتقل دون سبب ، فليس لمن خرج عن هذا الحق إلا الرجوع بدعوى شخصية على من خرج إليه عنه ، هي دعوى الإثراء بلا سبب^(٤) .

(١) انظر ريجلزبرجر (Regelsberger) في البندكت (Pandekten) الجزء الأول فقرة ١٦٧ — كرم (Crome) في القانون المدني الألماني (System des deutschen bürgerlichen Rechts) الجزء الأول فقرة ٧٤ — فقرة ٧٥ والجزء الثاني فقرة ١٦٧ .

وقد حاول بعض فقهاء الألمان ادخال عنصر ذاتي في السبب في الفقه الألماني ، ولكنهم لم يوفقوا في ذلك (انظر مذكرات الأستاذ ليني إلبهان ص ٣٦٥ — فيفرونو فقرة ١٢٨ ص ٤٥٢) .

(٢) انظر أوزر (Oser) في قانون الالتزامات (Obligationen-Recht) م ٢٣٩ .

(٣) فالق الحق العيني على عقار ينتقل من شخص الى آخر اذا ذهب "شخصان الى المكتب العقاري ، وأعلن اتفاقهما وسجل هذا الاتفاق في "السجل العقاري" (Livre Foncier) (انظر المادتين ٨٧٣ و ٩٢٥ من القانون المدني الألماني) . أما في المنقول فالق الحق العيني ينتقل بالتسليم المقترن باتفاق الطرفين على هذا الانتقال (انظر المادة ٩٢٩ من القانون المدني الألماني) .

وهذا هو أيضاً حكم القانون المدني السويسري (انظر المادتين ٦٥٦ والفقرة الأولى و ٦٥٧ الفقرة الأولى بالنسبة للعقار والمادة ٧١٤ فقرة أولى بالنسبة للمنقول) .

فالقانونان يسيرون في هذا على نهج القانون الروماني ، حيث كانت الملكية تنتقل بالطرق المعروفة (mancipatio in jure cessione, traditio) مجردة عن سببها .

(٤) انظر المادة ٨١٢ من القانون المدني الألماني . ولهذا النوع من العقود المجردة مزيه الاستقرار والثبات في المعاملات العقارية . فاعلى الشخص ، حتى يثبت أنه يتعامل مع مالك العقار ، إلا أن يرجع الى "السجل العقاري" فن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك ، ولو كان في ذلك تضمين للمالك الحقيقي . فالقانون الألماني يضحى المالك الحقيقي لحماية الحق الغير ، أما القانون الفرنسي فيضحى الغير لحماية المالك الحقيقي . ويتوسط القانون السويسري بين القانونين ،

والنوع الثاني من العقود المجردة عقود منشئة للالتزامات، وتشمل عدا الأوراق التجارية والسندات : (أولا) حوالة الحقوق الشخصية وحوالة الديون والتنازل عن الحق الشخصي . وفي هذه يكون العقد مجزدا على النحو الذي رأيناه في العقود الناقلة للحقوق العينية . فإذا تم الاتفاق بين المحيل والمحال له على أن ينتقل الحق أو الدين من الأول الى الثاني، أو تم الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يتنازل الدائن عن الحق الثابت له في ذمة المدين ، فإن كل هذا يتم دون اعتبار للسبب في هذه الحوالة أو في هذا التنازل . فإذا تبين بعد ذلك أنه لم يكن يوجد سبب أو كان السبب غير مشروع^(١)، فليس لمن افتقر دون سبب أو لسبب غير مشروع إلا الرجوع بدعوى شخصية على من اغتنى ، هي دعوى الإثراء بلا سبب . وكل ما تقدم صحيح في القانون الألماني وفي قانون الالتزامات السويسرى^(٢) .

(ثانيا) الانابة في الوفاء (délégation) ، فإذا تعهد النائب (délégué) أن يفى بدين في ذمة المنيب (délégant) للنائب لديه (délégataire) ، فإن تعهده هذا يكون تعهدا مجزدا عن السبب ، ولا يستطيع أن يحتج بعد ذلك بما كان له أن يحتج به من دفع ضد المنيب ، ويكون تعهده صحيحا حتى لو ظهر أنه ليس له سبب أو أن سببه غير مشروع ، كما لو تبين أن النائب لم يتعهد إلا لأنه اعتقد غلطا أنه مدين للمنيب ، أو تبين أن الدين الذي في ذمته للمنيب غير

= فهو يحى الغير الذى اعتمد على السجل العقارى بشرط أن يكون حسن النية (م ٩٧٣ من القانون المدنى السويسرى) ، بخلاف القانون الألمانى الذى لا يشترط حسن النية ، وبخلاف القانون الفرنسى الذى لا يحى من تعامل مع غير المالك ولو كان عقد هذا الأخير مسجلا .

ومن ذلك نرى أن العقد الناقل للملكية في القانون السويسرى ليس عقدا مجزدا بالقدر الذى يسلم به القانون الألمانى . (انظر في هذا الموضوع كابتان في السبب فقرة ٨٥ ص ١٧٣) .

(١) مثل ذلك أن يعتقد المحيل أن في ذمته دينا للحال له ، فينتقل اليه حقا له في ذمة المحال عليه ، وفاء بهذا الدين . ثم يتضح بعد ذلك أن الدين الذى اعتقد المحيل أنه ثابت في ذمته للحال له ، والذى كان سببا في الحوالة ، غير موجود أو غير مشروع . فلا يجوز في مثل هذا الفرض أن يطعن المحيل في الحوالة بأنها غير مبنية على سبب أو أن السبب فيها غير مشروع ، لأن الحوالة عقد مجزء كما قدمنا ، ولا تأثير للسبب في صحتها . وإنما يكون للمحيل أن يرجع على المحال له بدعوى الإثراء بلا سبب .

(٢) انظر في القانون الألمانى م ٣٩٨ و م ٤١٣ لحوالة الحق ، و م ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين ، و م ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصي . وفي قانون الالتزامات السويسرى م ١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق ، و م ١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين ، و م ١١٥ للتنازل عن الحق الشخصى .

مشروع . فاذا تحقق شيء من ذلك لم يكن للنايب إلا دعوى شخصية قبل المتنب وهي دعوى
الاثراء بلا سبب ^(١) .

(ثالثاً) التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de payer) والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette) وهما الصورتان العامتان للالتزام المجرد: يميز القانونان الألماني والسويسري أن يتفق الدائن مع مدينه على تجديد الدين بأن يتعهد المدين بالوفاء أو يعترف بالدين، ويكون هذا التعهد أو هذا الاعتراف مجرداً عن السبب، فيوجد الالتزام في ذمة المدين حتى لو لم يكن هناك سبب أو كان السبب غير مشروع. وليس للمدين إلا دعوى الاثراء بلا سبب قبل الدائن اذا تبين أن التزامه لم يكن مبنيًا على سبب صحيح، فيتخلص بذلك من التزام موجود، أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام ^(٢). وهذا بخلاف القوانين اللاتينية، فإن الالتزام فيها لا ينفصل عن سببه، وكل التزام لا يكون له سبب صحيح لا يقوم أصلاً، بدلاً من أن يقوم ثم ينقضي أو يسترد بدعوى الاثراء بلا سبب كما في الالتزام المجرد ^(٣).

ومن ذلك يتبين أن القوانين الجرمانية تسلم بالالتزام المجرد في أحواله الخاصة وفي صورته العامة، وهذا مفهوم في قوانين تقوم على أساس مادي، وتنظر إلى الالتزام والعقد نظرة مادية.

(١) م ٧٨٤ من القانون المدني الألماني وم ٤٦٨ من قانون الالتزامات السويسري .

وهذا هو أيضاً حكم القانونين الفرنسي والمصري .

(٢) انظر المادتين ٧٨٠ — ٧٨١ من القانون المدني الألماني والمادة ١٧ من قانون الالتزامات السويسري . ويتطلب القانون الألماني في التعهد أو الاعتراف المجرد أن يكون مكتوباً ، ولا يشترط ذلك قانون الالتزامات السويسري . ولا فرق ما بين التعهد المجرد بالوفاء والاعتراف المجرد بالدين ، ولم يميز بينهما القانون السويسري . وإذا كان القانون الألماني ذكرهما معاً منفصلين ، فلا أنه أراد أن يجعل حكمهما واحداً ، وبقي بذلك على ما كان قد ذهب إليه الفقه من أن الاعتراف بالدين غير التعهد بالوفاء ، في أن الأول لا يكون إلا مجرد اعتراف لا يفسر من مركز الدائن ، فيبقى عليه عبء إثبات السبب (انظر كابتان في السبب فقرة ١٧٣ ص ٣٧٥ هامش نمرة ٢) .

(٣) كذلك اذا حوّل الدائن في الالتزام المجرد حقه الى آخر ، فإن الحال له يستوفي الحق من الحال عليه ، دون أن يستطيع هذا أن يحتج عليه بعدم وجود سبب صحيح للالتزام . فيجبر الحال عليه على وفاء الالتزام للحال له ، ويرجع بدعوى الاثراء بلا سبب على المحيل اذا كان التزامه غير مبني على سبب صحيح .

(٤) انظر في موضوع الالتزام المجرد كابتان في السبب فقرة ٨٥ — فقرة ٨٦ و فقرة ١٦٥ — فقرة ١٧٤ — سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٢٦٠ — فقرة ٢٦٦ — مذكرات الأستاذ ليفي ايلهان ص ٣٦١ — ص ٣٦٤ — ففورونو فقرة ١٢٨ — ديموج ٢ فقرة ٨٤٧ و ١ ص ٩١ (ويربط الأستاذ ديموج في المرجع الأخير نظرية الالتزام المجرد بنظرية الارادة الظاهرة ، فادعنا نأخذ بالارادة الظاهرة كما هي ، فلا شأن لنا بالغايب التي تسمى اليها هذه الارادة ولا بانباث الذي حركها) .

أما القوانين اللاتينية، وهي القائمة على أساس شخصي ذاتي، فلا تسلم بمثل هذا الالتزام كقاعدة عامة فلا تعترف بالتعهد المجرد بالوفاء، ولا تعتبر العقد الناقل لحق عيني عقدا مجزدا . ولا شك في أن التسليم بالالتزام المجرد فيه مزية استقرار المعاملات وتيسيرها^(١) . وهذا مادعا بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بوجود الالتزام المجرد في القانون الفرنسي، مستندا في ذلك إلى المادة ١١٣٢ من هذا القانون، وهي تقضى بصحة العقد ولو لم يذكر سببه^(٢)، وقد قدمنا أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة إثبات، فيلحق عبء الإثبات في السبب على عاتق المدين . وهناك فرق بين التزام مسبب يلحق على المدين فيه عبء إثبات عدم وجود السبب الصحيح، والالتزام المجرد عن السبب . فالالتزام الأول إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب صحيح يكون باطلا، أما الالتزام الثاني وهو الالتزام المجرد فيبقى صحيحا حتى لو أثبت المدين عدم وجود السبب الصحيح، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء بلا سبب كما سبق بيان ذلك . ومهما يكن من أمر، فلا شك في أن القانون الفرنسي، إذا كان لا يسلم بالالتزام المجرد كقاعدة عامة، يقر وجوده في أحوال معينة، منها الانابة في الوفاء^(٣)، والالتزام الكفيل نحو الدائن، ومنها الكمبيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها^(٤) .

(١) انظر في مرايا الالتزام المجرد كايتمان في السبب فقرة ١٦٦ .

(٢) انظر كايتمان في السبب فقرة ١٦٦ — فقرة ١٧٢، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٣) على أن هذا الفرق إنما هو فرق نظري، فسيان من الناحية العملية أن يعتبر الالتزام باطلا، أو يعتبر قائما ثم ينقضى قبل الوفاء به . أما الفرق العملي بين الالتزام المسبب والالتزام المجرد فيظهر في بعض وجوه، منها أن الدائن في الالتزام المجرد يتقاضى حقه حتما من المدين، حتى لو ادعى هذا أن الالتزام غير قائم على سبب صحيح، فان مثل هذا الادعاء لا يعفيه من وفائه بالالتزام، وله بعد ذلك أن يرفع دعوى الإثراء بلا سبب إذا كان هناك وجه لها . ومنها ما قدمناه من أن الحال له في التزام مجرد يستوفي الحق من الحال عليه، دون أن يستطيع هذا أن يحتج عليه بعدم وجود سبب صحيح للالتزام، وكل ما يستطيعه هو أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب على المدين، أما لو كان الالتزام الحال به مسببا، فان الحال عليه يستطيع أن يحتج على الحال له بعدم وجود سبب صحيح للالتزام . ومنها أن التزام الكفيل للدائن، إذا اعتبر مجزدا كما هو الواقع، يجبر الكفيل على وفاء الدين حتى لو لم يوجد سبب للكفالة في العلاقة ما بين الكفيل والمدين، وللكفيل أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب على المدين، ولو كان التزام الكفيل مسببا لما أجبر على وفاء الدين . وهكذا يمكن القول أنه في جميع الأحوال التي يؤدي فيها الالتزام المجرد إلى رجوع المدين بدعوى الإثراء بلا سبب على غير الدائن، تكون للدائن مصلحة ظاهرة في اعتبار الالتزام مجزدا لا مسببا . (انظر ديموج ٢ فقرة ٨٤٧ ص ٧٤٩ — ص ٧٥٢) .

(٤) وفي هذا يتفق القانون الفرنسي مع القوانين الجرمانية كما قدمنا .

(٥) انظر في أحوال أخرى للالتزام المجرد في القانون الفرنسي ديموج ٢ فقرة ٨٤٧، وانظر في إمكان التسليم

بالالتزام المجرد في القانون الفرنسي كايتمان في السبب فقرة ١٧٥ — فقرة ١٩٤ .

٥٦١ - القانون الإنجليزي - والقانون الإنجليزي أيضا يعرف السبب ، ويسميه "بالاعتبار" (consideration) وينظر اليه نظرة مادية ، أمينا في ذلك على الروح العامة التي تنمى فيه .

وقد سبق أن رأينا أن العقود في هذا القانون تنقسم إلى عقود شكلية (act under seal, deed, covenant speciality) وعقود رضائية (simple contract, promise, agreement)

فالعقد الشكلي لضرورة "للاعتبار" فيه . وهو أقرب ما يكون إلى العقد المجزء في القوانين الجرمانية وفي القانون الروماني ^(١) .

أما العقد الرضائي فلا بد فيه من وجود "اعتبار" ^(٢) . "والاعتبار" هو الثمن الذي اشترى به أحد المتعاقدين التزام الآخر . فالفكرة فيه ليست المغنم الذي حصل عليه الملتزم من وراء

(١) وهو أقرب إلى القانون الروماني منه إلى القوانين الجرمانية ، لأن تجريده من السبب قائم على الشكلية كما كان الأمر في القانون الروماني .

ويلاحظ أنه توجد عقود مجزئة أخرى في القانون الإنجليزي ، كالأوراق التجارية والسندات . وإذا كان صحيحا أن العقد الشكلي في القانون الإنجليزي لا يكون باطلا حتى لو لم يتضمن "اعتبارا" ، فانه من المقرر في هذا القانون أن العقد الشكلي الذي لا يتضمن "اعتبارا" لا يجوز تنفيذه عينا ، بل يكفي فيه بالتعويض . كما أنه إذا ثبت أن العقد الشكلي مخالف للنظام العام أو للآداب ، فانه يكون باطلا .

(٢) على أن هناك عقودا رضائية في القانون الإنجليزي لا تتطلب وجود "اعتبار" . وهذه هي المراكز القانونية المنظمة لعقد العمل وعقد الوكالة . كما أن هناك بعض عقود شكاية تتطلب وجود "اعتبار" ، كالعقود التي تنفيذه من حرية العمل أمر التجارة (restraints of trade) .

(٣) انظر سالموند ونفيلد في العقد ص ٧٦ .

ويشترط في "الاعتبار" شروط ثلاثة : (أولا) أن يكون معاصرا للالتزام ، لا قبله ولا بعده . ويخفى الإنجليزي أن يكون "الاعتبار" قبل الالتزام ، فيتيسر بذلك تجديد الالتزام الطبيعي ، وعندهم أن هذا لا يجوز . (ثانيا) أن يكون مشروعا ، فلا يجوز أن يكون مخالفا للآداب أو النظام العام . (ثالثا) أن يكون شخصا . وهذا الشرط جاء عقب تطور حديث ، وقد ظهر بشكل واضح في حكم من مجلس اللوردات في سنة ١٩١٥ (Selfridge V. Dunlop) ومعنى شخصية الاعتبار هو أن يكون المغمم الذي تحمله الدائن شخصا ، حتى يحق له أن يطالب بالالتزام الذي ترتب في ذمة المدين . ومن هذا لا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الإنجليزي ، لأن المستفيع وهو الدائن لم يحمل مغمما شخصا يصح أن يكون "اعتبارا" في الالتزام الذي يراد ترتيبه في ذمة المتعهد .

ولا يشترط في "الاعتبار" أن يكون معادلا للالتزام . فقد يكون ضئيلا نافها ، ومع ذلك يصلح "اعتبارا" (ويقول الإنجليزي في هذا أن "الاعتبار" قد يكون حبة من الفلفل (pepper - corn) . فهو أقرب إلى أن يكون ضربا من =

الالتزام ، كما هو الأمر في السبب في نظريته التقليدية الفرنسية ، بل هو المفهوم الذي تحمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين "فلا اعتبار" إذن هو ركن في الحق الشخصي لا في الالتزام ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك^(١) . و فرق آخريميز بين نظرية "السبب" الفرنسية ونظرية "الاعتبار" الانجليزية ، هو أن نية التبرع في القانون الانجليزي لا تصلح "اعتباراً"^(٢) ، وهي تصلح سبباً كما رأينا في النظرية التقليدية الفرنسية .

هذان هما الفرقان الرئيسيان بين "الاعتبار" و "السبب" ، فإذا أغفلناهما اقتربت نظرية الاعتبار من نظرية السبب التقليدية اقتراباً كبيراً ، فالأولى كالتانيية نظرية مادية ، يتميز فيها السبب عن الباعث ، ويقرر القانون الانجليزي أن "الاعتبار" في الالتزام الناشئ من عقد ملزم للجائين هو الالتزام المقابل له ، وفي الالتزام الناشئ من عقد عيني هو التسليم . وبهذا تتم المماثلة فيما بين النظريتين فيما عدا عقود التبرع^(٣) .

= الشككية من أن يكون شرطاً موضوعياً . وقد نشأت نظرية "الاعتبار" في القرن السادس عشر عند ما أريد التخلص من الشككية العنيفة ، بل في "الاعتبار" ، وهو شككية مهذبة ، محل الشككية المعقدة القديمة (انظر ساموند في أصول القوانين فقرة ١٢٤) ، وأصبح علامة مادية على تمام العقد ، تحول محل الشكل القديم ، ويقف عندها القاضي ، دون حاجة الى الفحص في سرائر المتعاقدين ، وهذا يتفق مع النظرة المادية التي تنبسط على القانون الانجليزي .

وقد اختلف فقهاء الانجليز في الأصل التاريخي لنظرية "الاعتبار" . فمنهم من يرى أن هذه النظرية نشأت مستقلة عن نظرية السبب المعروفة ، ويتلمس أصلها في العادات الانجليزية القديمة (بولوك في العقد الفصل الرابع وملحق E في آخر الكتاب) انظر أيضاً والتون في مقاله في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩١٩) . ومنهم من يرى أن نظرية "الاعتبار" تتلاقى مع نظرية السبب في أن كلا منهما مشتق من القانون الكنسي في القرون الوسطى ، حيث كان هذا القانون يطبق في إنجلترا ، فانتقلت النظرية من هذا القانون الى قوانين العدالة في إنجلترا (Law of equity) منذ القرن الثالث عشر أو القرن الرابع عشر (ساموند في مقاله في مجلة (Law Quarterly Review) مجلد ٣ سنة ١٨٨٧ وفي كتابه تاريخ العقود ص ٣٣٦) .

(١) انظر آتفا فقرة ٥٩ ص ٥٩ هامش نمرة ٣ .

(٢) ومن هذا يشترط في القانون الانجليزي أن تكون عقود التبرع شككية ، لأن من يتبرع لا يستطيع أن يقتصر على عقد رضائي ، وإلا كان عقده باطلاً لخلوه من "الاعتبار" ، فلا يحصى له من الالتجاء الى العقد الشككي ، حيث لا يشترط وجود "اعتبار" لصحة العقد .

(٣) راجع في نظرية "الاعتبار" في القانون الانجليزي بولوك في العقد ، وساموند ووفيلد في العقد ، وأفسون في العقد ، و برس (Bresse) رسالة من ديجون سنة ١٩١٩ ، ومقالا لوالتون في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩١٩ ص ٤٦٩ وما بعدها ، وأرنست لورنزن (Ernest Lorenzen) في مجلة (Yale Law Journal) مايو سنة ١٩١٩ مجلد ٢٨ ، وكايتان في السبب فقرة ٨٧ — فقرة ٨٨ ، ومذكرات ليفي إيلمان ص ٣٤٣ — ص ٣٦٠ ، وفيفوردونو فقرة ١٢٩ .

٥٦٢ - **الشريعة الإسلامية** - إذا أمكن أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامي نظرية للسبب، فهذه النظرية لا يمكن أن تكون إلا نظرية مادية . ويمكن أن يقال بوجه عام أن الشريعة الإسلامية تعدّ من الشرائع التي تغلب فيها النظرة المادية .

ونحن لا نجد الفقهاء في الشريعة الإسلامية يتكلمون على السبب ، بل يقصرون كلامهم على المحل . فهم يقررون أن المحل يجب أن يكون مشروعاً، معيناً، ممكناً، قابلاً للتعامل فيه، ويفيضون في بيان ذلك ، لاسيما في عقد الإيجار . ولكن الباحث يستطيع أن يستخلص من الأمثلة التي يسوقونها في هذا المقام أنهم يميزون بين الغرض المباشر الذي قصد المتعاقد الحصول عليه من العقد وبين الباعث له على التعاقد . وقد جاء في مبسوط السرخسي : ” وان استأجر الذمي داراً سنة بالكوفة بكذا درهما من مسلم ، فان أخذ فيها مصلي لنفسه دون الجماعة ، لم يكن لرب الدار أن يمنعه من ذلك ؛ لأنه استحق سكناها ، وهذا من توابع السكنى . وان أراد أن يتخذ فيها مصلي للعامة ويضرب فيها بالناقوس ، فلرب الدار أن يمنعه من ذلك . وليس ذلك من قبل أنه يملك الدار ، ولكن على سبيل النهي عن المنكر ، فانهم يمنعون من إحداث الكائن في أمصار المسلمين . فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك ، كما يمنعه رب الدار^(١) . ويؤخذ من هذا المثل أن الباعث إذا كان غير مشروع ، والباعث للاستأجر في مثلنا هذا هو أن يتخذ الدار المؤجرة مصلي للعامة يضرب فيها بالناقوس ، فلا يوجب هذا بطلان عقد الإيجار به بل يبقى الإيجار صحيحاً . وإنما يمنع الذمي من القيام بعمل غير مشروع من طريق الحسبة ، لا من طرق إبطال العقد ، ويمنعه من ذلك لا المؤجر وحده ، بل كل مسلم كما ورد في النص . على أنه يلاحظ أن الباعث إذا ذكر في العقد ، وأصبح جزءاً من الاتفاق ، اعتبر سبباً ، وأثر في صحة العقد . يدل على ذلك ما يقرره صاحب البدائع تعقيباً على المثل المتقدم ، فهو يقول : ” وهذا إذا لم يشترط ذلك في العقد . فأما إذا شرط ، بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلي للعامة ، لم تجز الإجارة ، لأنه استأجر على المعصية^(٢) “ .

(١) السرخسي ١٥ ص ١٣٤ . وجاء في البدائع (٤ ص ١٧٦) : ” ان استأجر (الذمي) داراً من مسلم في مصر ، فأراد أن يتخذها مصلي للعامة ، ويضرب فيها بالناقوس ، له ذلك . ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعه من ذلك على طريق الحسبة ، لما فيه من إحداث شعائر لهم ، وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم ، كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين “ .

(٢) البدائع ٤ ص ١٧٦ .

وهنا نرى نظرية السبب لتسع على النحو الذى رايناه فى نظرية الأستاذ كاپتان ، فالسبب هو كل ما تضمنه الاتفاق . ولكن النظرة لا تزال مادية كما بينا .

وأكثر نصوص الفقه الاسلامى فى هذا الموضوع وردت فى المحل لا فى السبب كما قدمنا . وذلك يذكركنا بالقوانين الجرمانية التى لا تذكر السبب ضمن أركان الالتزام ، وتكتفى بالمحل . على أنه اذا أمكن الاستغناء عن السبب بالمحل فى بعض الفروض ، كما فى اجارة الاماء للزنا لأنها اجارة على المعصية^(١) ، اذ يقال أن المحل هنا غير مشروع ولذلك بطل العقد^(٢) ، فان هناك فروضا لا يمكن تفسيرها إلا بالسبب . منها أن يؤجر شخص آخر على شىء يجب عليه القيام به دون أجر ، فالعقد باطل لعدم مشروعية السبب لا لعدم مشروعية المحل . اذ أن محل التزام كل من المؤجر (بدفع الأجر) والمستأجر (بالقيام بعمل واجب) مشروع . ولكن دفع الأجر للقيام بعمل واجب غير مشروع ، وكذلك القيام بعمل واجب فى مقابل أجر . وقد ورد فى البدائع^(٣) فى هذا الموضوع ما يأتى : ” ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق قبله الأجر ... وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم والصلاة والجمع أنه لا يصح لأنها من فروض الأعيان ، ولا يصح الاستئجار على تعليم العلم لأنه فرض عين ، ولا على تعليم القرآن ... ولا على الجهاد لأنه فرض عين عند عموم النفي ... ولا على الآذان والإقامة والإمامة لأنها واجبة ... ويجوز الاستئجار على تعليم اللغة والأدب لأنه ليس بفرض ولا واجب “ . وفى كل هذه الأمثلة نرى أن الذى يبطل العقد هو ارتباط الالتزامات المتقابلة بعضها ببعض الآخر ، وهذه هى نظرية السبب . يضاف الى ذلك أن فكرة الارتباط هذه هى التى تفسر جواز حبس البائع للمبتاع عند عدم استيفاء الثمن ، وجواز الفسخ فى البيع والايجار عند عدم قيام أحد المتعاقدين بما ترتب فى ذمته

(١) البدائع ٤ ص ١٩٠ .

(٢) ويلاحظ أن السبب يظهر أهميته بنوع خاص فى عقد الايجار لأنه عقد على المنفعة ، ويجب أن تكون المنفعة مما يتبادر استيفاءها بعقد الاجارة ، ويجرى بها التعامل بين الناس . ولما كان سبب التزام المستأجر بدفع الأجرة هو استيفاءه المنفعة ، ظهرت أهمية السبب فى عقد الايجار ، ويجب أن يكون العقد ذا مقصد شرعى (م ٣٠٥ من كتاب مرشد الحيوان) . على أن عبارة ” المقصد الشرعى ” الواردة فى كتاب مرشد الحيران لا يراد بها السبب الذى نعينه ، بل يقصد بها المنفعة التى يجرى بها التعامل بين الناس ، وأكثر ما يطبق ذلك فى عقد الايجار ، لأنه عقد شرع بخلاف القياس لماجة الناس ، ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ، فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظللال بها ، لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر (البدائع ٤ ص ١٩٢ — ص ١٩٣) .

(٣) جزء ٤ ص ١٩١ .

من التزامات ، وهلاك الشيء المبيع قبل التسليم على البائع في البيع ؛ وكل هذه الأحكام معترزة في الشريعة الإسلامية كما هو معروف ، ولا يمكن تفسيرها إلا بفكرة الارتباط أى بنظرية السبب .

فاذا استخلصنا مما تقدم نواة لنظرية السبب في الشريعة الإسلامية ، فإن هذه النظرية ، كما نرى ، نظرية مادية ، تتمشى مع نظرية السبب في القوانين الجرمانية والقانون الانجليزي والفقه الفرنسي التقليدي .
