

موسوعة القانون المدني المصري

نظريات العقيدة

والإرادة المنفردة

دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي

الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي

الحائز جائزة أخصه الرسائل من جامعة باريس السربون
وجائزة أخصه الأبحاث من معهدنا للعلوم الجنائية
عميد كلية الحقوق والشرعة بجامعة الكويت سابقا
أستاذ القانون المدني بجامعة القاهرة
والمحامي أمام محكمة النقض

الكتاب الاول

بسم الله الرحمن الرحيم

من ثلاثين سنة خلت . وكنت يومئذ في شرح الشباب من عمرى . وفى أول عهدي بالاستاذية فى الجامعات . افتتحت المجموعة التى استخرت الله أن أكتب بين دفتيها : « التى اسميتها : « أحكام القانون المدنى المصرى » . « بأول مؤلفاتى باللغة العربية : « التأمينات الشخصية والعينية » . وأتبعته فى رحابها بمؤلف ثان صغره بعامين . وهو « عقد الإيجار » .

وكان العزم منى أن أتبع مؤلفى هذين ، فى رحاب مجموعتهما . بغيرهما . وإذا كان ذلك لم يتحقق ، فمرده إلى التبعات الجسام التى ألقىت على عاتقى . فالى جانب الاستاذية التى شرفت بتحمل أعبائها الثقالة ، ليس فى مصرنا وحدها ، بل أيضا فى السودان والمغرب وليبيا والكويت . توليت مهام العمادة : ومهام المحاماة . وقضاء التحكيم ، وأخيرا مهام صناعة التشريع على نطاقه الواسع العريض .

على أن تلك التبعات ، على ثقلها ، لم تصرفنى عن الكتابة . فقد أخرجت بعد مؤلفى السابقين حصيلة ضخمة بلغت خمسة عشر مؤلفاً . ولم يقدر لهذه المؤلفات أن تنضم لمجموعة « أحكام القانون المدنى المصرى » ، إما لأن بعضها يتناول موضوعات أعم مما يدخل فى رحاب القانون المدنى ، وإما لأن بعضها الثانى يقوم على أساس قانون أجنبى . وإما لأن بعضها الثالث قد جاء فى صورته الأولية ، دون أن تعاد صياغته فى صورة تالية منقحة ، وهو المستوى الذى حددته لما أردت له الدخول فى رحاب تلك المجموعة من كتاباتى .

وقد حدث ، منذ بضعة أشهر ، أن اتصل بى أخى وزميلي الأستاذ أحمد حسن هيكل رئيس محكمة النقض السابق ونقيب المحامين آنذاك . ومعه أحد الأعراء من تلاميذى . عضو النقابة الأستاذ كمال الدين بدر . وشرفانى بأن طلبا منى ، باسم المحامين . وتمشيا مع السنة الحميدة التى سارت عليها نقابتهم من توفير المراجع القيمة لهم ، الكتابة فيما قدرا أن يعود بالنفع عليهم . وعلى الفكر القانونى كله من بعدهم ، وأخذنا منى العهد بمؤلفين : أحدهما فى

نظرية العقد ، وثانيهما في المسؤولية المدنية ، اعتباراً بالأهمية القصوى لذين الموضوعين .

وأراني اليوم استشعر السعادة الغامرة إذ أقدم أول الكتابين ، موفياً بذلك بنصف ما يثقل كاهلي من دين ، داعياً الله أن يمكنني من إنجاز ثانيهما ، فأوفي بالنصف الباقي من الدين .

ولقد كان الاتجاه عندي أن ينضم كتاب اليوم إلى مجموعة « أحكام القانون المدني المصري » ، التي بدأت بالكتابة في رحابها ، ليكون فيها ثالثاً بعد التأمينات والإيجار . ولكنني تبينت ، بعد أن أنجزته : أنني لو فعلت . ظلمته وظلمت صاحبه . فهو عن مجرد بيان حكم القانون أعم وأوسع . مما جعلني أتخير له أن يجمي تحت عنوان : « موسوعة القانون المدني المصري » .

وقد عنيت ، في هذا المؤلف ، بأحكام القضاء مصرياً وأجنبياً ، وعنيت على الأخص أشد العناية بأحكام محكمة النقض ، غير واقف عند مجرد السرد ، بل متجاوزاً إياه إلى النقد ، كلما استبان لي لازماً ، وذلك لإيماننا مني بأن القانون ليس هو مجرد ما تنطق به النصوص في المدونات ، بل هو تلك النصوص على نحو ما يتردد به تفسيرها وإعمالها بين جدران المحاكم وفي موسوعات القضاء .

كما إنني حرصت على أن أضمن هذا الكتاب مقارنة الكثير من موضوعاته بأحكام الفقه الإسلامي ، في حدود ما سمح به المقام . وقد توخيت من ذلك أن يتمثل نواة متواضعة لتأصيل نظرية العقد في الفقه الإسلامي الحنيف .

والغاية التي يستهدفها هذا الكتاب هي أن يكون عوناً في أداء رسالة الحق والعدل بنصيب وإن قل ، وذلك في أهم موضوعات القانون المدني ، بل أهم موضوعات القانون على وجه العموم والشمول . فلإن أفلح الكتاب في تحقيق غايته تلك ، فقد أدى لنا كل ما نرجوه منه . وإن قعد عن أدائها ، فحسبنا منه جزاء العاجز الذي بذل في سبيل تحقيق قصده كل وسعه .

وما توفيقي إلا بالله

عبد الفتاح عبد الباقي

٢٠ يناير سنة ١٩٨٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

١ - تنقسم الحقوق المالية . بصفة أساسية . إلى حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات ^(١) . وهذا هو التقسيم الأساسي الذي يقوم عليه القانون المدني المعاصر ، والذي تتخذة عادة مدوناته في البلاد المختلفة . ومن بينها مصر . منهاجاً رئيسياً في سرد أحكامه ^(٢) .

(١) وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية تقسم تقليدي وضع الروم . مذوره . ولا زال القانون المعاصر في مجموعه يسير عليه إلى الآن . وإن كان قد اتسع بعض الشيء ، تحت ظله ، ليشمل نوعاً جده من الحقوق ، وهي تلك التي ترد على ثمرة الفكر والحاطر والقريحة في جانبها المالي . والتي أطلق عليها في البداية اسم « حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية » . ثم أخذ الفكر القانوني يعتمد عنه ، مضافاً عليها اسماً آخر ، بعد أن تبين مغايرتها واختلافها عن حق الملكية بمفهومه العلمي ، ليقول تارة « الحقوق المعنوية » وتارة أخرى « الحقوق الذهنية » . وإذا كانت الحقوق المالية التي ترد على ثمرة الفكر والحاطر والقريحة تنقسم في ذاتها بأهمية لا تجحد - وهي من بعد أهمية تزايدت على مر الأيام ، نتيجة التقدم المطرد في العلم والفن والأدب - إلا أنها مع ذلك لا تتناسب البتة في أهميتها مع فرعي التقسيم التقليدي الكبيرين : الحق العيني والحق الشخصي أو الالتزام . من أجل ذلك لم يمس ظهور تلك الحقوق في دنيا القانون جوهر هذا التقسيم التقليدي العتيق . وإن تطلب شيئاً من التحفظ في شأنها ، وهو ما أردناه بعبارة « بصفة أساسية » في قولنا ، في المتن ، إن الحقوق المالية تنقسم ، بصفة أساسية ، إلى حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات .

(٢) ولعل مدونة القانون المدني الألماني تعتبر رائدة في هذا المجال . فبعد أن أفردت كتابها الأول لما أورده تحت عنوان « القسم العام » ، تناولت أحكام نظرية الالتزام في كتابها الثاني ، لتخصص بعد ذلك كتابها الثالث للملكية وغيرها من الحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية ، تحت عنوان « قانون الأشياء » . وجاءت مدونة القانون المدني المصري بعد ذلك ، تنقسم قسمين رئيسيين ، يتضمن أولهما أحكام الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، ويتناول ثانيهما أحكام الحقوق العينية ، وذلك بعد أن بدأت بنصوص ضمنتها الأحكام القانونية العامة ، وأوردتها فيما أطلقت عليه « باب تمهيدى » . وحذت مدونة القانون المدني السوري ومدونة القانون المدني العراقي ومدونة القانون المدني الليبي حذو مدونة القانون المدني المصري في النهج الذي اتبعته في سرد أحكامها .

٢ - والحق العيني سلطة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته . يكون له . بمقتضاها . أن يفيد منه مباشرة . في حدود معينة يرسمها القانون .

والصفة الأساسية التي يتسم بها هذا الحق هي أن صاحبه يفيد من الشيء الذي يرد عليه بطريق مباشر . أي بدون وساطة أحد . فلا يطلب من غير صاحبه أكثر من الامتثال للواجب العام المفروض على الكافة بالامتناع عن التعرض له في مباشرته والإفادة منه . شأن هذا الحق في ذلك شأن سائر الحقوق الأخرى . حيث يترتب . على مجرد تقريرها لأصحابها ، تحمل الكافة بواجب عدم التعرض لهم في مباشرتها واستخلاص ثمارها . وهكذا لا يظهر في الحق العيني إلا صاحبه . والشيء أو العين التي يرد عليها . ومن هنا جاءت تسميته بالحق العيني . اعتباراً بأنه حق في العين *jus in rem* .

٣ - أما الحق الشخصي ^(١) . أو حق الدائنية . كما يطلق عليه أحياناً أو الالتزام . كما يغلب أن يسمى . فقد تعمد المشرع المصري . في القانون

وسارت على الدرب مدونة القانون المدني الأردني ، من غير كبير خلاف . وأخيراً جاءت مدونة القانون المدني الكويتي - وهي أحدث مدونة مدنية في العالم بأسره - تتبع النهج نفسه . والزام التقسيم التقليدي للحقوق المالية إلى شخصية وعينية كمنهج يتبع في سرد الأحكام التي تتضمنها مدونة القانون المدني ، يتمشى تماماً مع منطق القانون ومقتضيات فنه ، سيما وأن أحكام النوع الثالث الذي جده من الحقوق المالية : لينتظم الحقوق المعنوية أو الذهنية ، تجد مكانها ، وفقاً لما جرت عليه العادة في الدول المختلفة . ومن بينها مصر . في قانون خاص بها ، نظراً لما تنقسم به من طابع متميز : ولما تتجه إليه من دولية تقوى على مر الزمن .

والتقسيم التقليدي للحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية يتجاوب في مجموعة مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من تقسيم الحقوق المالية إلى عين ودين .

(١) واصطلاح « الحق الشخصي » مستمد من الرومان . وإن لم يقولوا به صراحة . فان رومان لم يتعلموا على الحق الذي نحن بصدده اسم « الحق الشخصي » ، ولكنهم كانوا يطلقون على الدعوى التي كانت تمنح لصاحبه (الدائن) ، في سبيل اقتضاائه ، اسم « الدعوى الشخصية » *actio in personam* ، وعلى مر الزمن : أخذ الحق اسم الدعوى التي تحميه ، فصار يطلق عليه « الحق الشخصي » . ولعل مما ساعد على رسوخ هذا الاصطلاح قيام التقابل على أحسن ما يكون بينه وبين اصطلاح (الحق العيني) ، الذي أريد به التعبير عن حق الشخص في الشيء . نظر في هذا المعنى : *Planiol et Ripert* ج ١ نبذة ٢٥٩٧ .

المدنى الحالى . وبخلاف ما جاء عليه قانوننا المدنى القديم ^(١) عدم إيراد تعريف له ^(٢) . تاركاً أمر هذا التعريف للاجتهاد . وقد سارت جمهرة الفقهاء . من قديم . على تعريفه بأنه رابطة أو علاقة قانونية تجمع بين شخصين . بحيث يقتضها يلتزم أحدهما . ويسن المدين . بأن يؤدى للآخر . ويسمى الدائن . عملاً معيناً . أو أن يمتنع لصالحه عن أداء عمل معين ^(٣) . وهذا التعريف مستمد من فقهاء القانون الرومانى . حيث رأوا أن الحق الشخصى يتضمن أساساً علاقة أو رابطة قانونية *Juris Vinculum* بين طرفين ، هما الدائن والمدين ^(٤) .

(١) عرف القانون المدنى المصرى القديم الحق الشخصى فى المادة ١٤٤/٩٠ منه ، بقوله : « التمهيد هو ارتباط قانونى الفرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتعهد بعمل شئ معين أو بامتناعه عنه » . ويلاحظ أن قانوننا القديم أطلق على الحق الشخصى أو الالتزام اصطلاح « التمهيد » . وفى ذلك عيب ظاهر . إذ أن لفظ « التمهيد » يشير فى الذهن تولد الالتزام بالإرادة والاحتمار من المدين . وهذا . إن صح بالنسبة إلى العقد والإرادة المنفردة . فهو ليس صحيحاً بالنسبة إلى مصدر الأخرى المنشئة للالتزام . لاسيما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب على حساب الغير .

(٢) وهو فى ذلك بخلاف ما سارت عليه بعض القوانين الأجنبية كالقانون الألمانى (المادة ٢٤١) . والقانون البولونى (المادة ٧) والقانون اللبنانى (المادة الأولى) . ولكم يسير بعضها الآخر . كالقانون العراقى والقانون السورى والقانون الليبى والقانون الاردنى والقانون الكويتى . ولقد صادف مشرعة التوفيق عند امتنع : فى قانوننا الحالى . عن إيراد تعريف للحق الشخصى أو الالتزام . فحسن صناعة التشريع بأن تلجأ النصص إلى تعريف الأنظمة القانونية ، ما لم تتطلبه ضرورة أو حاجة . فذلك إلى عمل الفقه أخلق . ثم إن تعريف الالتزام لا زال أمراً يثير اختلاف حوله : بعد أن عمد الفقه الحديث إلى نيل التعريف التقليدى الذى يقوم على أساس أن الالتزام رابطة بين الدائن والمدين ، وبعد أن أخذ الطابع المسمى للالتزام يفرض وجوده على حساب طابعه الشخصى . والأولى أن يترك أمر هذا الخلاف إلى اجتهاد الفقهاء . لعلهم يصعدون إلى حسمه على ضوء ما يتضمنه القانون من أحكام .

(٣) ومن الفقهاء الذين يعرفون الالتزام بأنه رابطة أو علاقة قانونية الإخوة *Mazeaud*

راجع مؤلفه القيم : *Léçons de Droit Civil T. II nos 4, 9 et II.*

وانظر أيضاً : *P. Engél, Traité des Obligationa en Droit Suisse*

(٤) وقد جاء القانون المدنى المصرى القديم يعرف الحق الشخصى ، أو الالتزام ، على غير . فعمل الرومان وسارت عليه جمهرة الفقهاء . حيث قصت المادة ٩٠ / ١٤٤ منه بأنه : « التمهيد هو ارتباط قانونى *lien de droit* الفرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتعهد بعمل شئ معين أو بامتناعه عنه » .

وتعريف الحق الشخصي أو الالتزام بأنه علاقة أو رابطة قانونية لا يخلو من النقد . فالحق عموماً . أياً ما كانت طبيعته . لا يمكن أن يكون هو ذات الرابطة التي تجمع بين صاحبه وغيره من الناس . وإن كان يفترض في الغالب من الأحيان ^(١) وجودها . فالرابطة . حيث تنهض أساساً لحق ما . تقوم أولاً بين شخصين . ثم يأتي القانون وينظمها . بفرض حق لأحدهما . وواجب على الآخر . فالرابطة أو الصلة تقوم أولاً بين الزوج وزوجه . مثلاً . ثم يأتي القانون وينظمها بفرض حقوق وواجبات لكل منهما وعليه . وإذا أقرضتك مائة جنيه . قامت بيننا علاقة أو رابطة قانونية أساسها القرض ثم يأتي القانون لتنظيمها . وهو يفعل ذلك . بمنحى حقاً شخصياً قوامه سلطة إلزامك بدفع مبلغ القرض . وبفرض واجب عليك بدفع هذا المبلغ . فالحق ليس هو ذات الرابطة . التي لاتعدو أن تكون الأمر الذي ينظمه القانون عن طريق ترتيب الحقوق والواجبات ^(٢) .

وإذا لم يسغ القول عن الحق عموماً بأنه رابطة أو علاقة بين الأشخاص . فإن هذا القول لم يعد يسوغ . على وجه الخصوص . بصدد الحق الشخصي في ظل القانون المعاصر . فؤدى اعتبار هذا الحق رابطة بين الدائن والمدين عدم وجوده قبل قيامها . في حين أن القانون المعاصر . وبخلاف ماسار عليه .

(١) نقول إن الحق يفترض وجود الرابطة بين طرفيه ، في الغالب من الأحيان . ونريد بهذا التحفظ أن نستثنى بعض الحقوق ، وعلى رأسها الحقوق العينية . في الحق العيني ، لاتوجد ، في الحقيقة ، رابطة بين صاحبه وغيره من الناس . لأنه مجرد سلطة تثقّر له ، وبطريق مباشر . على الشيء . وعلى أثر تقرير هذه السلطة له . أى على أثر ثبوت الحق له ، يتوجب على الكافة عدم التمرض له فيه . ولا ينبغي أن نرى في هذا الواجب ، المفروض على الكافة ، رابطة تجمع بينهم وبين صاحب الحق كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء الذين أطلق على فكرتهم مذهب الشخصين ، وعلى الأخص بلانيول Planiol وديموج Demogue . فهو لا يبدو أن يكون واجب احترام القانون ذاته بعدم الاعتداء على الحقوق بدون نظر إلى أصحابها . فإن اعتدى على الحق العيني بالفعل ، نشأت في هذا الوقت ، لاقبله ، رابطة بين المعتدى وبين صاحب الحق . وهذه الرابطة تنهض أساساً لقيام حق شخصي . حيث يلتزم المعتدى . إلى جانب الكف عن اعتدائه . بتعويض صاحب الحق عما ناله من ضرر من جرائه . (راجع في ذلك مؤلفنا نظرية الحق ، نبذة ٣١) .

(٢) انظر مؤلفنا نظرية الحق ، نبذة ٤ و ٢٧ .

الرومان . أصبح يسمح . في بعض الأحيان . وإن كانت نادرة . بقيام الحق الشخصي قبل أن يوجد الدائن . وبالتالي قبل أن يتصور وجود رابطة تجمع بينه وبين المدين . والاشتراط لمصلحة الغير والوعد بجائزة دليان على ذلك . فإذا أمن شخص على حياته . مثلاً : لمصلحة الأولاد الذين سوف يولدون له في المستقبل . كان من شأن ذلك أن تتحمل شركة التأمين فوراً . وقبل ميلاد الأولاد . بالالتزام بدفع مبلغ التأمين . وإذا وجه شخص للمجهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين . تتحمل بالالتزام بإعطائها فوراً وقبل القيام بالعمل . أي قبل وجود الدائن .

وإذا كان من الممكن أن يوجد الحق الشخصي قبل أن يوجد الدائن . فإنه لا يسوغ القول بأنه رابطة أو علاقة بينه وبين المدين . لأن العلاقة لا تقوم إلا إذا وجد طرفاها . ومادامت العلاقة لم تقم . كان حرياً بالالتزام . إن كانت هي قوامه . ألا يقوم .

يظهر مما سبق أن تعريف الحق الشخصي بأنه علاقة أو رابطة قانونية بين الدائن والمدين لا يسوغ .

وقد لجأ بعض الفقهاء إلى تعريفه على نحو آخر . فقالوا إنه حالة قانونية أو وضع قانوني *situation juridique* أو نظام قانوني *institution juridique* يلتزم بمقتضاها شخص بإعطاء شيء معين أو بفعله أو بالامتناع عن فعله^(١) و^(٢) .

(١) ومن يقولون بهذا التعريف أو ما يقربه : Demogue (الالتزامات . ج ١ نبذة ٧) - عبد الرزاق السهري (الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ نبذة ١٤) - سليمان مرقس (نظرية العقد . نبذة ١٥) - أنور سلطان ، (النظرية العامة في الالتزام . ج ١ نبذة ١٦) - Marty er Raynaud (القانون المدني ، الالتزامات ، نبذة ١١) .

(٢) وقد تبني مشروع القانون المدني المصري هذا التعريف ، فجاءت المادة ١٢١ منه تنص بأنه : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل » . ولم يأت هذا النص في القانون . فقد حذف ، تمثيلاً مع أصوات فن صناعة التشريع في تجنب التعريفات بقدر الإمكان (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ٩ في الهامش) ، إذ أن عملها هو كتب الفقهاء . وليس مدونات القوانين .

ولاشك في أن تعريف الحق الشخصي أو الالتزام . بأنه حالة قانونية يلتزم الشخص بمقتضاها بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل ، يفضل سابقه الذي يقوم على اعتبار الالتزام رابطة تجمع بين الدائن والمدين . بيد أنه لا يخلو بدور من النقد .

فهو يتضمن . من ناحية أولى ، تجهيلاً لطبيعة الالتزام . فالقول عنه إنه حالة قانونية . أو وضع قانوني أو نظام قانوني . لا يقدم كثيراً في بيان كنهه وطبيعته . فمن الممكن إطلاق هذا الوصف على كل وضع من أوضاع القانون دون تمييز .

ثم إن هذا التعريف . في غمرة رغبة قائية في إضعاف أثر الرابطة التي تجمع بين المدين والدائن . تمادى في إهمال هذا الطرف الأخير : في حين أن الالتزام يتقرر أصلاً لفائدته . الأمر الذي يحتم وجوده . إن لم يكن عند قيام الالتزام . فعلى الأقل . عند تنفيذه . بأداء مضمونه . وليس أدل على عيب التعريف السابق . من ناحية مبالغ في إهمال الدائن : ليس أدل على ذلك من أن الأخذ به . على إطلاقه . يجعل من واجب الشخص في الامتناع عن ارتكاب جريمة . ومن واجبه في الامتناع عن التعدي على حقوق الغير . التزامين يثقلان كاهله . وليس هذا هو المقصود باصطلاح « الالتزام » . في لغة القانون . فهذا الاصطلاح يفيد واجباً خاصاً يتحمل به المدين . لصالح شخص معين هو الدائن . الذي يتحتم وجوده . إن لم يكن عند قيام أو جب . فعلى الأقل : عند أدائه (١) .

(١) وفي سبيل تفادي العيب الناجم من إهمال الدائن . لجأ بعض الفقهاء ، من القائلين بأن لالتزام حالة أو وضع أو نظام قانوني : إلى ذكره في تعريف الالتزام . ومن هؤلاء عن سبيل مثال . Marty et Raynaud (القانون المدني . الالتزامات نبذة ١) . فقام عرف . هذان الفقهاء الالتزام بقولهما إنه نظام قانوني *institution juridique* . منصوص يلتزم شخص ، يسمى المدين .، إزاء شخص آخر ، يسمى الدائن ، بأداء إيجاب *prestation positive* . أو امتناع *abstention* . وتعريف الالتزام على هذا النحو . يظهر . من عيب إهمال ذكر الدائن . إلا أنه يبقى مشوباً بالعيب الآخر ، الذي سبق ذكره في المتن ، وهو عيب التجهيل والغرض .

وإذا لزم تفادى العيدين السابقين ، فأننا نعرف الحق الشخصي . من ناحيته الإيجابية . أى باعتباره حقاً . بأنه سلطة تثبت لشخص معين . يسمى الدائن . فى مواجهة شخص آخر ، يسمى المدين ، وتمكنه من أن ينزله بأداء عمل محدد أو بالامتناع عنه . ونعرف الحق الشخصي . من ناحيته السلبية . أى باعتباره التزاماً ، بأنه واجب ، يتحمل به شخص معين . يسمى المدين ، ويتضمن قيامه بعمل محدد أو امتناعه عنه ، لمصلحة شخص آخر . يسمى الدائن . يكون له سلطة إجباره على أدائه (١) .

ومن هذا التعريف يبين أن الحق الشخصي : أو الالتزام . يستلزم وجود رابطة قانونية بين شخصين . وإن لم يكن ذات هذه الرابطة ، كما سبق لنا أن بينا . وأحد طرفى هذه الرابطة هو ذاك الذى يثبت له الحق ، وهو صاحب الحق . ويسمى : « الدائن créancier » : وثانيهما هو ذاك الذى يتحمل عبء الحق ، أو هو الذى يلتزم بأداء الواجب : ويسمى « المدين أو الملتزم débiteur » .

كما أنه يبين من التعريف أن الحق الشخصي ، أو الالتزام : يقوم على وجوب قيام المدين . لصالح الدائن ، بأداء عمل معين . أو بامتناعه عن أداء عمل معين . فموضوع هذا الحق هو عمل أو امتناع عن عمل : أو هو عمل إيجابى أو سلبى .

٤ - ولاحظ للصور التى يتخذها الحق الشخصي أو الالتزام : سواء أكان موضوعه عملاً أو امتناعاً عن عمل .

(١) ويلاحظ أن هذا التعريف لا يسرى إلا على الالتزام . فى صورته العادية المألوفة ، أى ما يطلق عليه ، فى بعض الأحيان ، « الالتزام المدنى » ، تمييزاً له عن « الالتزام الطبيعى » . والالتزام الطبيعى نوع شاذ من الالتزامات يتسم بأنه لا يتضمن منح الدائن سلطة إجبار المدين على أدائه . بل تكون للمدين به مطلق الحرية فى أن يؤديه أو لا يؤديه . فلا جبر فى تنفيذه (الماده ١٩٩ / ٢) . وبهذه المثابة ، يبرز الالتزام الطبيعى التزاماً ناقصاً . بل إنه ، فى الحقيقة ، لا يعتبر التزاماً ، بالمعنى الحقيقى لهذا الاصطلاح ، وإنما هو وسط بين الالتزام ، بمعناه الحقيقى ، وبين الواجب الأدبى العادى .

ومن أمثلة الحقوق الشخصية التي تتضمن أداء عمل معين : حق المقرض في أن يدفع له المقرض مبلغ القرض ، وحق البائع في أن يدفع له المشتري الثمن ، وحق المشتري في أن يسلمه البائع الشيء المبيع ، وأن يعمل كل مايلزم من جانبه لنقل ملكيته إليه ، وحق المؤجر في أن يدفع له المستأجر الأجرة ، وحق المستأجر في أن يسلمه المؤجر العين المؤجرة ، وحق المخدم في أن يؤدي له تابعه الخدمة المتفق عليها ، وحق الخادم في أن يدفع له مخدمه أجره . إلى غير ذلك كله من الأعمال التي لا تنهاه ولا تقع تحت حصر . والتي تصلح كلها . وأياً ما كانت . لأن تكون موضوعاً لحق شخصي . بشرط أن تكون ممكنة غير مستحيلة . ومعينة أو قابلة للتعيين . وغير مخالفة للنظام العام .

وأما الحقوق الشخصية التي يكون موضوعها امتناعاً عن عمل ، فتألف الحق الذي يثبت لتاجر معين في أن يمتنع شخص آخر عن أن ينافسه بتجارة مماثلة في حي محدد . وحق أحد المسارح في أن يمتنع ممثل معين عن الاشتراك في مسرحيات غيره من المسارح . وحق المؤجر في أن يمتنع المستأجر عن أن يجري في العين المؤجرة تغييراً من شأنه أن يضره ^(١) ، وحق رب العمل في أن يمتنع العامل عن إفشاء أسرار له التي يطلع عليها بمناسبة العمل ^(٢) .

يظهر مما سبق أن موضوع الحق الشخصي أو الالتزام ، هو عمل أو امتناع عن العمل ، أو هو عمل إيجابي أو سلبي . وقد جرى كثير من الفقهاء : من قديم ، على القول بأن موضوع الحق الشخصي يشمل ، فضلاً عن أداء العمل والامتناع عنه ، إعطاء شيء معين . وهم يقصدون بذلك نقل ملكية هذا الشيء أو ترتيب أي حق عيني آخر عليه . فإذا باع شخص لآخر شيئاً . مثلاً ، قالوا إن البائع يلتزم بأن يعطي هذا الشيء للمشتري . بمعنى أنه يلتزم بأن ينقل إليه ملكيته .

(١) راجع المادة ٨٥٠ / ١ .

(٢) انظر في التزام العامل بعدم إفشاء سر رب العمل مؤلفنا : قانون العمل الكويتي ،

وإذا أردنا أن نتمشى مع المنطق القانوني الدقيق ، ظهر لنا أنه لا يوجد في حقيقة الواقع ، التزام موضوعه هو إعطاء شيء بالمعنى الذي حددناه ^(١) . إذ أن نقل الملكية ، وغيرها من الحقوق العينية الأخرى ، يحدث بفعل القانون نفسه ، إذا توافرت ظروف معينة يحددها ، دون أن يكون للمدين أى دخل في ذات حصوله ، وإن لزم في بعض الحالات ، أن يقوم المدين بعمل معين . لكي تتوافر الظروف المطلوبة . وحتى في هذه الحالات ، نجد أن الشيء الذى يلتزم المدين بأدائه هو عمل معين ، يختلف باختلافها .

ولتوضيح هذا الأمر : نأخذ على حدة كلا من الحالات التى يقول الفقهاء إنها تتضمن التزاماً بالإعطاء ، مراعين في ذلك طبيعة الشيء الذى يتعلق به الالتزام . وهذه الحالات لا تخرج عن ثلاث : فإما أن يكون الشيء منقولاً معيناً بذاته ، وإما أن يكون منقولاً معيناً بنوعه فقط ، وإما أن يكون عقاراً . ففي الحالة الأولى ، إذا باع شخص ، مثلاً منقولاً معيناً بذاته ، كحصان معين أو كتاب معلوم ، انتقلت الملكية من البائع للمشتري ، فور تمام البيع ، دون حاجة إلى أن يقوم البائع بعمل ما . فالملكية هنا تنتقل بقوة القانون . بمجرد إبرام العقد ، دون أن يسوغ لنا القول ، إذا أردنا أن نتمشى مع المنطق القانوني الدقيق ، بأن المدين يتحمل بالالتزام بإعطاء شيء ، أو بنقل ملكيته ^(٢) . ولا يصحح هذا القول أن يدعى البعض ، كما فعلت بعض المدونات القانونية نفسها ، ومن بينها مدونة القانون المدنى المصرى في المادة ٢٠٤ ، أن الالتزام بنقل الملكية ينشأ في ذمة المدين ، ثم ينفذ من تلقاء نفسه وفور نشوئه ^(٣) .

(١) أنظر ممن يقولون بهذا الرأى : Capitant مقدمة القانون نبذة ٧٨ -

Planioi et Ripert ج ١ نبذة ٢٦٥ . وراجع مؤلفنا نظرية الحق ، نبذة ٢٨ .

(٢) أنظر في هذا المعنى Mazeaud المرجع السابق ، نبذة ١٩ .

(٣) تنص المادة ٢٠٤ مدنى مصرى الملقى على أن : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وهذا نص عجيب . بل لعله فريد في العجب . فمؤداه أن البائع ، مثلاً ، ينحمل بالالتزام بنقل الملكية للمشتري ، ثم ينتقل هذا الالتزام من تلقاء نفسه وفور نشوئه ، بأن يوفى نفسه بنفسه ، في ذات اللحظة التى ينشأ فيها ، ودون أى تدخل -

وفي الحالة الثانية ، إذا باع شخص منقولاً معيناً بنوعه فقط . كما إذا باع كمية من القمح أو الأرز ، دون تحديد لذاتيهما ، التزم البائع . لا ينقل

من المدين . ومما يتناقض مع فكرة الالتزام ، في أبسط مظاهرها ، أن يقال عنه إنه يتنفيذ تنقيهاً . أي أنه يوفى نفسه بنفسه . فالالتزام يتمثل عبءاً على المدين . الأمر الذي يتطلب منه أن يقوم به بوفائه ، أو في الأقل ، يوفيه غيره عنه . ثم إنه لا يستلزم منطقياً أن يقال إن الالتزام يولد ويموت في ذات اللحظة التي يولد فيها . والأحرى أن يقال عنه هنا إنه لم يولد أصلاً . وأن يقال بالتالي بأن ثمة التزاماً بنقل الملكية ، أو التزاماً بالإعطاء . كما يسمى ، لم يقم أبداً في ذمة المدين . وإنما نقل الملكية قد تم بقوة القانون ذاته ، وبمقتضى العقد نفسه ، وفور انعقاده .

ولقد كان فقهاء الشريعة الإسلامية أكثر تمسكاً مع المنطق ، بسيرهم على الفكرة التي نتجت بها . فهم ، بالنسبة إلى عقد البيع ، مثلاً . يفرقون بين نقل ملكية المبيع إلى المشتري وبين غير ذلك من الالتزامات التي تترتب في ذمة البائع ، كالتسليم والضمان . ويررون في نقل ملكية أنه يترتب بحكم العقد . بمعنى أنه يترتب بحكم الشرع . أو في نغتنا القانونية المعاصرة بقوة القانون . في حين أنهم يرون أن الالتزامات الأخرى تدخل في « حقوق العقد » . بمعنى ثابته . بل إن من القوانين العصرية التي تقول إن الالتزام بنقل الملكية . أو الالتزام بالإعطاء يتنفيذ من تلقاء نفسه ، من هذه القوانين ذاتها ما عدا إلى الصواب . للقول إن نقل الملكية يتم بقوة القانون أو بمقتضى العقد . فالقانون المدني الفرنسي ، بعد أن نص في المادة ١٦٣٨ منه ، بأن الالتزام بالتسليم ، الذي يتم بمجرد التراضي ، يجعل الدائن مالكاً للشيء (وهو صيغة مفرقة في العيب) ، جاء يقول ، في المادة ١٥٨٣ منه ، بصدد عقد البيع . إن الملكية تنتقل من المشتري بقوة القانون فور التراضي على الشيء والتمن . والقانون المدني المصري . بعد أن نص في المادة ٢٠٤ منه . على أن الالتزام بنقل الملكية ينشأ في ذمة المدين ثم يتنفيذ من تلقاء نفسه . جاء بدوره بعد ذلك ينوذاً بالصواب فيقول ، في المادة ٩٣٢ منه ، إن الملكية تنتقل بالعقد ، ويكتفى ، في هذا الصدد ، بأن يحمل المدين بالالتزام بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الملكية (المادة ٤٢٨) .

والحقيقة أن النص المغيب الذي جاء به القانون المدني المصري في المادة ٢٠٤ منه والذي يقضى بأن الالتزام بنقل الملكية . بالنسبة إلى المنقول المنع بالذات والمملوك للملتزم . ينشأ في ذمة المدين ويتنفيذ من تلقاء نفسه ، بالحقيقة أن هذا النص المغيب يرجع إلى اعتبارات محض تاريخية . تواجدت في ظل القانون الروماني . ولم يعد لها الآن من أثر .

في ظل القانون الروماني ، كان عقد البيع ، مثلاً ، لا ينقل الملكية بذاته ، وفور انعقاده . وإنما كان يترتب عليه مجرد التزام شخصي على البائع بنقل الملكية . وكان يندرج ، لانتقال الملكية بالفعل إلى المشتري ، الالتجاء إلى أحد الأشكال التي يحددها القانون . والتي كانت تتركز في ثلاثة : هي الإشهاد *mancipatio* ، والتسليم *traditio* ، والتنازل القضائي *in iure cessio* . وكان التيسيم أهم هذه الطرق الثلاثة ، عملاً .

وفي سبيل التحرر من رجة الشكلية المقنونة ، أخذ الرومان يسهلون ما استعملوا من

ملكية المبيع إلى المشتري . ولكن بإفرازه فحسب . حتى إذا ما أفرز المبيع انتقلت ملكيته على الفور . وبقوة القانون .

— واقعة حدوث التسليم ، باعتبارها أمراً يؤدي إلى نقل الملكية . وانتهى بهم الأمر إلى عدم تظنيهم ضرورة حصول التسليم المادى لذات الشيء المبيع . ولهم في ذلك طرق ثلاثة شهيرة تستهدف كلها بإسلاس حصول التسليم . وتلك الطرق هي الآتية :

(١) فبدلاً من أن يسلم الشيء بذاته ، أجزأ أن يسلم . بدلاً عنه ، ما يرمز إليه ، أو يخول إتساعاً عليه . كتسليم مفاتيح المنزل . وهذا ما كان يعرف عندهم بالتسليم باليد العوية *traditio longa manu*

(٢) وإذا كان الشيء المبيع موجوداً . قبل البيع . في يد المشتري . بصفة أو بأخرى . كما إذا كان مستأجر إياه أو مستعيراً ، لم يعد ضرورياً أن يعيد المشتري هذا الشيء إلى البائع . ثم يتولى هذا من جديد تسليمه إليه . وإنما أصبح يكتفى بأن يستمر المشتري في وضع يده على الشيء ، مغيراً في ذلك صفته من حائز عرضي يخوز لحساب غيره . لحائز قانوني يخوز لحساب نفسه . وهذا هو التسليم باليد القصيرة *traditio brevi manu*

(٣) وإذا رقى . في النهاية ، بسبب أو لآخر . أن يقل البائع واضعاً يده على الشيء . كما إذا اتفق على أن يستأجره أو يستعيره من المشتري . لم يعد ضرورياً أن يسلم البائع الشيء للمشتري ، ثم يعيده بعد ذلك الشيء للأول . وإنما سارع أن يعتبر التسليم واقعاً قانوناً . برغم عدم انتقال الشيء مادياً من البائع . اكتفاه بتغيير صفة حيازته . من صيغة لحساب نفسه . إلى عمومية لحساب المشتري . وهذا ما يطلق عليه التسليم بتغيير سبب الحيازة *constitutum possessorum* هكذا أصبح الرومان لا يتشددون في كيفية حصول التسليم . وإن بقى لديهم في بدايات إجراماً ضرورياً لنقل الملكية . إلى جانب الإشهاد والتنازل القضائي .

ثم جاء القانون الفرنسي القديم يسير في نفس الاتجاه الذي سار عليه القانون الروماني . فبهذه مثله يتطلب التسليم لانتقال الملكية . وهو مشه أيضاً بعمل على تسهيل حصوله . إلا أنه فاقه إلى حد بعيد في هذه الناحية الدنية . فقد أصبح يكتفى . لا اعتبار التسليم حاصلاً ، وبإثبات الاعتبار بقول الملكية واقعاً ، أن ينص في العقد على أن البائع قد تخلّى عن المبيع . وأن المشتري قد تسلمه . فتضمن العقد شرطاً يفيد ذلك أصبح يعنى حصول تسليم الشيء بالبائع . مادياً كان هذا التسليم أم رمزياً . ويطلق على هذا الشرط شرط التخلية والتسليم *clause de dessaisine saisine* ودرج الناس في عقودهم على أن يضمنوه الشرط السابق ، رغبة منهم في التحديد من ربيعة الشكلية . وتيسيراً لانتقال الملكية إلى المشتري . حتى أصبح . في العمل ، لا يوجد عقد يخلو منه . أو يكاد ، وبعبارة أخرى أصبح هذا الشرط من تلك التي تدرج آلياً في العقود دون اتفاقٍ خاص عليها *clause de style* ، بل يفترض وجوده في العقد إن لم تذكر فيه صراحة . وبهذا يكون الفريسيون القدماء قد وصلوا ، في حقيقة الواقع ، إلى جعل الملكية تنتقل بقوة القانون ، وإن ظلوا ، لتبهم الماضي ، ولشدة وطأة القانون الروماني عليهم .

وفي الحالة الثالثة : إذا ورد التصرف بشأن عقار . فإن نقل ملكيته إلى المنتصرف إليه ، يتم أيضاً . كما هو الشأن في الحالتين الأوليين ، بقوة القانون عند إجراء التسجيل ، دون أن يكون للمتصرف أى دور ، بالنسبة إلى ذات حدوث هذا النقل . فكل ما يلتزم به المنتصرف هنا هو أداء ما يلزم من جانبه من الأفعال التي تمكن المنتصرف إليه من تسجيل التصرف ، كالعمل على التصديق على توقيعه على العقد من مأمورية التوثيق ، إن كان هذا العقد عرفياً ، وكتقديم مستندات ملكيته للشيء الذي تصرف فيه .

هكذا يبين أن نقل الملكية ، وغيرها من الحقوق العينية الأخرى ، يتم دائماً بقوة القانون ، إما بمجرد تمام العقد (في المنقول المعين بذاته) ،

و تغفل الشعور بالإجلال والقداسة نحوه في عميق نفوسهم ، يصوغون هذا الحكم على نحو يجعله شكلاً لا حقيقة ، مناطاً بمحصول التسليم .

ثم جاءت مدونة نابليون ، في المادة ١١٣٨ منها ، تسجيلاً صادقاً وأميناً للقانون الفرنسي القديم ، في آخر مراحل تطوره ، حيث نصت على أن : « الالتزام بتسليم الشيء يتم بمجرد تراضى الطرفين المتعاقدين - وهو يحمل الدائن مالكا للشيء ، كما يحمله تبعه هلاكه من اللحظة التي كان يجب أن يتم فيها التسليم ، حتى لو لم يحصل التسليم بالفعل ، وذلك ما لم يكن المدين قد أعذر بتسليم الشيء ، حيث تبقى تبعه هلاكه على هذا الأخير » .
و واضح مدى ما في هذا النص من عيب في الصياغة . إذ هو يقول إن الالتزام بالتسليم هو الذي ينقل الملكية .

بيد أن مدونة نابليون عادت بعد ذلك إلى الوضع السليم ، مقررته ، في المادة ١٥٨٣ منها ، أن الملكية تنتقل بمقتضى ذات العقد وبثبوت القانون ذاته *de droit* ، وإن كان ذلك لا يصلح إلا بالنسبة إلى المنقول المعين بالذات ، دون المنقول المعين بالنوع ، ودون العقار . وجاء القانون المدني المصري متأثراً بالقانون الفرنسي ، قاضياً ، في المادة ٢٠٤ منه ، بأن الالتزام بنقل الملكية ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق . ثم عاد ليقول ، في المادة ٩٣٢ منه ، بأن الملكية تنتقل بالعقد .

وكان كل ما فعله القانون المدني المصري هو أنه خفف من حدة الخطأ الذي وقعت فيه مدونة نابليون ، دون أن يتجنبه بالكلية . فبدلاً من أن يفرق في الخطأ ، فيقول ، حل غرار المدونة الفرنسية ، إن الالتزام بالتسليم هو الذي ينقل الملكية ، قال إن الالتزام بنقل الملكية ينتقلها من تلقاء نفسه .

ولما بتمام العقد وإفراز الشيء (في المنقول المعين بنوعه فقط) ، ولما بتمام العقد وتسجيله (في العقار) (١) .

فالمدين لإذن ليس هو الذى يعطى الشيء للدائن . وإنما القانون هو الذى يعطيه لإياه . كل ما فى الأمر أن المدين يلتزم أحياناً بإجراء عمل معين . لكى يترتب ذلك الأثر . هذا العمل هو إفراز الشيء . فى حالة المنقول غير المعين بالذات ، وأداء مايلزم لتكوين المتصرف إليه من التسجيل . فى حالة العقار . وفى كلتا الحالتين . يكون موضوع التزام المدين هو أداء عمل .

خلاصة هذا كله أن موضوع الحق الشخصى . حسب المنطق القانونى الدقيق . هو عمل أو امتناع عن عمل . وإذا كان كثير من الفقهاء يزدون . على ذلك . إعطاء الشيء . فإن هذا القول تعوزه الدقة . ومن ثم كان واجباً تجنبه (٢) : أو لزم فى الأقل . إذا رغبتنا فى أن نظل نساير القديم لعله . أو لأخرى . أن يكون إعطاء الشيء . حينما نقره موضوعاً للحق الشخصى . أو للالتزام ، إلى جانب العمل أو الامتناع عن العمل : أن يكون هذا الإعطاء مقصوداً به قيام المدين بعمل معين . يتميز بأنه يستهدف نقل ملكية الشيء . أو ترتيب حق عيى آخر عليه .

٥ - والحق الشخصى يعتبر حقاً . إذا نظرنا إليه من زاوية صاحبه .

(١) وفى جميع هذه الحالات الثلاث ، نفترض . بطبيعة الحال ، أن الشيء مملوك للمتصرف . فإن لم يكن كذلك . فإن الملكية لا تنتقل إلى المتصرف إليه ، إلا إذا حصل إقرار التصرف من المالك الحقيقى ، فضلاً عن توافق الإجراء القانونى المناسب ، إن لزم .

(٢) أنظر من القائلين معناه هذا رأى : حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام نبذة ٢٦ - عبد المنعم الصده ، نظرية الحق نبذة ٢٦ . وقد تبين هذا رأى القانون المدنى المصرى القديم ، حيث عرف الالتزام فى المادة ٩٠ / ١٤٤ منه بقوله : « التمهيد هو ارتباط قانونى الغرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه » .

.. أما القانون المدنى الفرنسى فقد جاء متمشياً مع الفكرة التقليدية التى تجعل من الإعطاء موضوعاً للحق الشخصى . وفى ذلك تنص المادة ١١٠١ مدنى فرنسى على أنه : « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء ، أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » . أما قانوننا المدنى المصرى الحالى ، فقد غفل غفلاً عامداً عن تعريف الحق الشخصى أو الالتزام .

أى الدائن . وهو فى نفس الوقت يتمثل واجباً أو التزاماً ، إذا نظرنا إليه من زاوية من يتحمل غرمه ، أى المدين .

ولإذا كان موضوع الحق الشخصى هو عمل إيجابى أو سلبى يقوم به المدين ، أو يحجم عن القيام به . برزت لنا أهمية الدور الذى يؤديه هذا الأخير . فالدور الذى يؤديه المدين يفوق كثيراً ، فى الأهمية ، ذاك الذى يؤديه الدائن . ففى حين أن مهمة الدائن تكاد تقتصر على المطالبة بحقه واستيفائه ، نجد العبء ثقيلاً باهظاً على المدين . فهو الذى يؤدي موضوع الالتزام ويتحمل بذلك عبأه . وهو الذى يتحمل بالمسئولية إن لم يؤديه . من أجل ذلك جرت العادة من قديم . وفى كل تشريعات الدنيا ، على أن ينظر إلى الحق الشخصى من زاوية المدين أكثر من أن ينظر إليه من زاوية الدائن . الأمر الذى أدى بنا إلى أن نرى فيه عبءاً أو واجباً أو التزاماً أو ديناً يثقل كاهل الأول . أكثر من أن نرى فيه نفعاً أو ميزة أو حقاً مقررراً لصالح الثانى . من هنا غلب استعمال اصطلاح « الالتزام obligation »^(١) على استعمال اصطلاح « الحق الشخصى » .

٦ - نخلص مما سبق أن الحقوق المالية ، التى هى قوام قانوننا المدينى المعاصر . تنقسم أساساً إلى نوعين : حقوق عينية وحقوق شخصية . أو التزامات كما يغلب أن تسمى . ولا يدخل النوع الأول من الحقوق فى نطاق دراستنا هنا . فنحن نخصص هذه الدراسة للالتزامات .

ولإذا تناولنا هنا الالتزامات بالبحث والدراسة ، فإننا نعالجها داخل نطاق نظرية عامة . فنحن لا نتناول القواعد التى تحكم التزاماً بعينه ، كالتزام

(١) الاصطلاح الفرنسى obligation انتهى يقابل ، فى لغتنا العربية ، اصطلاح الالتزام . والذى أضحي اليوم يفيد نفس المدلول لاصطلاحنا ، كان له ، فى أصل نشأته عند الرومان الأقدمين ، مدلول أكثر صرامة وشدة بالنسبة إلى المدين . فقد كان يفيد آنذاك معنى القيد ، اعتباراً بأن المدين يضحي مقيداً نتيجة تحمله بالالتزام . فكلمة ob-ligatus اللاتينية تفيد القيد . بل إنها كانت تعنى القيد المادى . اعتباراً بأن المدين كان يوضع فى السجن مقيداً بالسلاسل والأغلال ، تحت رحمة الدائن ، الذى كان له أن يسترقه ويبيعه فى السوق . بن كان له أن يقتله ، إذا لم ينف له بما عليه .

البائع بالعمل على نقل ملكية المبيع مثلاً ، أو التزام المشتري بدفع الثمن :
أو التزام المستأجر بدفع الأجرة ، أو التزام المقرض بدفع مبلغ القرض .
ولنما نبين الأحكام الأساسية العامة التي تخضع لها الالتزامات في مجموعها .
بغض النظر عن ذاتية كل التزام .

ومن هنا تنقسم دراستنا بالتعميم والتجريد . فهي تسمو على الجزئيات
التي تختلف بالضرورة من التزام إلى آخر . لترتقى إلى الأسس التي تكاد
تكون واحدة مشتركة في الالتزامات كلها . أو في الأقل في مجموعة
محددة منها .

٧ - وتوجد في القانون المعاصر ، نظرية رائعة للالتزامات . وتمتد جذور
هذه النظرية عميقاً في دنيا الماضي . حيث تصل إلى عهد الرومان ، الذين
وضعوا أسسها الأولى ^(١) .

(١) ولا نغنى بذلك أنه قد تواجدت لدى الرومان نظرية عامة متكاملة للالتزامات . ففل
هذه النظرية لم تهم عندهم في الحقيقة . إذ أنهم قننوا بتقسيم مصادر الالتزام ، ثم عرضوا بعد ذلك
لتناول أحكام الالتزامات الناشئة من كل مصدر على حدة ، دون أن يتبعوا ذلك بدراسة عامة
للتزامات كلها ، وبغض النظر عن مصدرها ، بغية إبراز القواعد العامة الأساسية التي تحكمها
في آثارها وفي انقضاءها . ومع ذلك فإن ما فعله الرومان بتقسيم مصادر الالتزامات ، وبيان
كيفية نشأة الالتزامات المختلفة ، يعتبر في حد ذاته أول نواة لنظرية الالتزامات في شكلها المعاصر .
وقد تأثرت مدونة نابليون بنهج القانون الروماني ، في تناولها أحكام نظرية الالتزامات .
فهي قد تناولت الالتزامات المختلفة ، تحت المصادر المنشئة لها ، بادقة بالالتزامات الناشئة من
الاتفاق أو العقد ، ثم بتلك التي تنشأ من مصدر آخر غير الاتفاق ، قاصرة الكلام في آثار
الالتزام وإثباته وانقضائه على الباب المخصص للالتزامات الأولى (الباب الثالث من الكتاب
الثالث في المواد ١١٠١ إلى ١٣٦٩) ، دون ذلك الذي تناول الالتزامات الثانية . وكان هذه
الالتزامات الأخيرة لا تنشأ آثاراً ، ولا تحتاج إلى إثبات ، ولا تنقضي .

والنهج الذي يقتضيه المنطق ، في تناول أحكام نظرية الالتزامات . هو أن تعالج الالتزامات
في نشأتها ، أي في مصادرها ، ثم تسرد أحكامها العامة المشتركة المتعلقة بآثارها وانقضائها ،
بغض النظر عن مصدرها ، وهذا ما لجأ إليه القانون الألماني بالفعل ، حيث عرض لآثار
الالتزامات كلها ، بغض النظر عن مصادرها . ولكنه وقع في عيب منطقي من نوع آخر . إذ
أنه قد تناول آثار الالتزام قبل أن يتناول مصادرها ، وكان الالتزام يعيا ويعيش ، قبل أن
ينشأ ويولد !

وخلال القرون العديدة التالية ، وعلى الأخص في قرننا الحالى والقرنين اللذين سبقاه . نمت هذه النظرية وتطورت وازدهرت إلى أن وصلت إلينا فى شكلها الرائع الذى نراها عليه اليوم .

٨- وأهم ما تتميز به نظرية الالتزام أن القواعد التى تدخل فى رحابها تندم بشئ كبير من الثبات والاستقرار . والسبب فى ذلك أن تلك القواعد لاتقرر إلا الأسس العامة التى تقوم عليها الالتزامات فى مجموعها ، دون أن تنطرق إلى الجزئيات والتفاصيل التى تنطوى عليها الالتزامات المختلفة . وإلى تباین بداهة من التزام إلى آخر . وحظ الأسس العامة التى يقوم عليها أى نظام من التطور والتغير أقل بالضرورة من حظ الجزئيات والتفاصيل^(١) .

ولكن ليس معنى ما سبق أن قواعد نظرية الالتزام هى قواعد أبدية خالدة لا يلحقها التغير . فجميع قواعد القانون . كلها وبدون استثناء ، لا يمكن . ولا ينبغي لها . أن تكون ثابتة إلى الأبد . وما ذلك إلا لأن الغاية منها هى تنظيم الحياة فى الجماعة . وتلك الحياة تتغير وتتطور . حتى فى الأسس التى تقوم عليها . بتغير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية . كل ما فى الأمر أن القواعد التى تدخل فى رحاب نظرية الالتزام ، بحكم أنها تتمحور على تنظيم

= وقد عدت المدونات اللاحقة . فى مجموعها . إن تلافى العيب الذى وقع فيه المشرع الألمانى ، حيث تبدأ بمصادر الالتزام . ثم تتبعها بآثارها وانقضاءها (راجع Mazeaud المرجع السابق نبذة ٣٨) . وهذا ما أنتجتته مدونة القانون المصرى .

(١) ولكون نظرية الالتزامات لا تتناول إلا الأسس التى تقوم عليها بوجه عام وبإحدى الأسس التى تقوم عليها الحياة المالية ، فإنه من الممكن التفكير فى توحيد القواعد القانونية التى تحكمها . إن لم يكن فى كل الدول ، فعلى الأقل فى المجموعات المتقاربة منها من حيث النظام القانونى الذى يسود فيها . ولقد وجدت بالفعل محاولة من هذا النوع بين فرنسا وإيطاليا . انتهت بوضع مشروع مدونة الالتزامات والعقود المشتركة بين فرنسا وإيطاليا فى عام ١٩٢٧ . ولم يقدر لهذا المشروع أن يعير مدونة قانونية ، لمضى أسباب سياسية . وفى سبيل توحيد قانون الالتزامات بين الدول ، أصدر المعهد الأمريكى للقانون والمشرع المقارن ، فى سنة ١٩٣٧ ، مشروع مدونة دواية للالتزامات .

وحورى بنا ، نحن مشر العرب ، أن نعمل إلى توحيد قانون الالتزامات فى دولنا العربية ، سيما وأن عدداً كبيراً من هذه الدول يسير بالفعل على قانون موحد أو متشابه للالتزامات .

الأسس العامة للمعاملات المالية ، بل للحياة القانونية في مجموعها : هي أقل تغييراً وأميل للثبات والاستقرار من غيرها .

ولحة ولو سريعة إلى نظرية الالتزام في القانون الروماني وفي القانون المعاصر تقود إلينا الدليل واضحاً على أن قواعد تلك النظرية : وإن اتسمت بشئ من الثبات النسبي ، إلا أنها لم تكن بمنأى عن كل تطور أو تغيير .

فالأمثلة كثيرة على حصول تغيرات جوهرية في نظرية الالتزام على مر الزمان . بل إن هذه التغيرات قد شملت طبيعة الالتزام ذاتها . فقد كان الرومان يرون في الالتزام رابطة شخصية تجمع بين المدين والدائن . الأمر الذي كان يحول دون إمكان تغيير أى من طرفيه . فما كان للدائن أن يتزل عن حقه لغيره . وما كان يسوغ للمدين أن يحول عبء دينه على شخص آخر . يتحمل به مكانه . وقد تغيرت النظرة إلى الالتزام في وقتنا الحاضر . فأخذ بصطبغ بصبغة مادية ظاهرة . من شأنها أن تضعف أثر العلاقة بين الدائن والمدين : لتبرز أن الالتزام هو . قبل كل شئ ، مال كغيره من الأموال . الأمر الذي جعلنا نسمح أولاً بانتقاله من صاحبه إلى غيره . : عن طريق حوالة الحق . ثم أخيراً من المدين إلى غيره : عن طريق حوالة الدين ^(١) .

٩ - ولنظرية الالتزام أهمية بالغة . إذ هي تعالج ، كما قدمنا . الأسس التي تقوم عليها الالتزامات في مجموعها . والالتزامات هي قوام المعاملات المالية بين الناس . وقد أدى هذا بالفقهاء إلى أن يروا في نظرية الالتزام العمود الفقري للقانون المدني .

بل إن أهمية نظرية الالتزام لا تقتصر على القانون المدني وحده . وإنما تعداه إلى كافة فروع القانون الخاص الأخرى ^(٢) . لاسيما القانون

(١) ومن التغيرات الأساسية التي طرأت على نظرية الالتزام ذلك الذي لحق مبدأ سريان الإرادة في العقود . وسوف نمود إلى ذلك فيما بعد (انظر ما سيجيء ، نبذة ٢٧) .

(٢) ولقد كان من شأن الأهمية القصوى للأحكام الداخلية في رحاب نظرية الالتزام . وبيد أن تتسم به من شمول يتجاوز حدود فرع معين من فروع القانون ، أن لجأت بعض الدول إلى أن

التجارى . إذ أن تنظيم المعاملات التجارية ، وإن تأثر بالضرورة بما تقتضيه التجارة من أوضاع . إلا أنه يخضع ، فى أساسه . للقواعد التى تنظم النشاط المالى بين الناس فى مجموعه ، أى لقواعد الالتزامات .

ولاتفق أهمية نظرية الالتزام على فروع القانون الخاص ، بل تتعداه إلى فروع القانون العام ، لاسيما القانون الإدارى . فالقانون الإدارى . فى تنظيمه للعلاقات التى تقوم بين جهة الإدارة وبين الأفراد . يتخذ قواعد الالتزامات له أساساً . وإن غير فيها وعدل على النحو الذى تقتضيه طبيعة تلك العلاقات . من حيث وجود جهة الإدارة طرفاً فيها . من ناحية ، ومن حيث إن الغاية التى يستهدفها القانون الإدارى ، فى تنظيمه تلك العلاقات ، تتركز أساساً فى تسيير المرافق العامة على خير وجه وأفضله . من ناحية أخرى .

١٠ - ويتنازع نظرية الالتزام ، عبر تاريخها الطويل . مذهبان : أحدهما يغلب العلاقة القائمة بين طرفي الالتزام . وهذا هو المذهب الشخصى . وثانيهما يغلب موضوع الالتزام ، وهذا هو المذهب المادى ..

فالمذهب الشخصى فى الالتزام يرى أساسه فى الرابطة التى تجمع بين الدائن والمدين . وهو بذلك يؤدى إلى عدم قيام الالتزام : ما لم يتحدد طرفاه . كما أنه يؤدى إلى استحالة انتقاله من ناحية الدائن . ومن ناحية المدين على السواء .

تفرد لها مدونة خاصة بها ، إما وحدها وإما مع العقود المسماة ، اعتباراً بأن هذه العقود تتمثل مصدرها الأساسى الغالب . فى سويسرا ، صدرت فى سنة ١٨٨١ للالتزامات مدونة خاصة مستقلة أطلق عليها « مدونة الالتزامات » . وإذا كانت هذه المدونة أدخلت فيما بين دفتى مدونة القانون المدنى السويسرى ، إلا أنها لازالت تحتفظ باستقلالها وتسلسل موادها . وفى المغرب ، توجد مدونة خاصة بالالتزامات والعقود .، يطلق عليها « قانون الالتزامات والعقود » ، وإن تضمنت بعضاً من الأحكام التى لا تدخل فى رحابها ، وكذلك الشأن فى تونس .

بيد إن أفراد مدونة مستقلة لأحكام الالتزام بوجه عام ليس أمراً ضرورياً . فيمكن لهذه الأحكام أن تجد مكانها المرموق بين دفتى مدونة القانون المدنى . فالقانون المدنى هو الفرع الأصيل فى دوحة القانون الخاص ، ومن ثم يمكن لمدونته أن تضم فى فسح رحابها الأحكام القانونية التى من شأنها أن تسرى داخل نطاقه ، كما تسرى فى نطاق غيره من فروع القانون الأخرى ، وهى مهمة يضطلع بها بالفعل من قديم فى الأغلبية الكبرى من البلاد ، بدءاً بمدونة نابليون إلى الآن .

وترجع نشأة المذهب الشخصي إلى القانون الرومانى . حيث رأى فقهاؤه أن الالتزام رابطة قانونية *juris vinculum* ، تجمع بين الدائن والمدين ، كما سبق لنا أن بينا^(١) . وساد هذا المذهب . بوجه عام . فى القانون الفرنسى . كما ساد فى غيره من القوانين اللاتينية النزعة^(٢) .

أما المذهب المادى فى الالتزام . فيقوم على تغليب موضوعه على طرفيه . فهو ينظر إلى موضوع الالتزام ، على اعتبار أنه الأمر الجوهري فيه . وهو فى نفس الوقت يضعف من أثر العلاقة التى تجمع بين الدائن والمدين . ومؤدى ذلك أن الالتزام يبرز ، لأعلى اعتبار أنه يثبت لشخص معين قبل آخر . ولكن على اعتبار أنه يتضمن ، قبل كل شئ ، قيمة مالية . الأمر الذى يجيز تداوله تداول غيره من الأموال ، فيشترى ويبيع .

وكان لفقهاء الألمان ، وعلى الأخص Geirke ، فضل التبشير بالمذهب المادى والدفاع عنه فى ظل القانون المعاصر . وتأثر القانون الألمانى : فى تنظيمه للالتزامات بهذا المذهب إلى حد كبير . وقد تأثر القانون المندنى المصرى الحالى بدوره بهذه النزعة . ولكن إلى حد معين ، يقل كثيراً عما وصل إليه القانون الألمانى . أما القانون الفرنسى . فلازال مثالا غزواً للقوانين التى تسودها النزعة الشخصية ، وإن أضحى لا يخلو من بعض مظاهر المادية .

ولإذا تركنا القانون المعاصر جانباً ، ويممنا وجهنا نحو الفقه الإسلامى . وجدنا الدين فيه تسوده نزعة مادية ظاهرة . لاتقل عن تلك انزعة المادية التى تسود الالتزام فى القانون الألمانى . فالاعتبار الأساسى فى الدين . عند

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٣ .

(٢) بل إن هذا المذهب رأى له فى ألمانيا ، وهى معقل المذهب المادى فى الالتزام ، نصيراً كبيراً ، حيث دافع عنه الفقيه العالمى Savigny ، على نحو لا يخلو من الشطط والإسراف . فقد رأى هذا الفقيه الكبير أن الالتزام يتضمن سيادة الدائن على المدين ، بالنسبة إلى مظهر محدد من مظاهر نشاطه . فهو ، عنده ، يتفق مع الرق ، من حيث إنه ينطوى على السيادة والتسلط ، وإن اختلف عنه بالضرورة فى الدرجة والشمول .

فقهاء المسلمين : هو موضوعه : حتى أنهم رأوا فيه مالا ، وإن كان حكماً .
أما طرفا الدين ، وهما الدائن والمدين : فأهميتهما أقل بكثير . وقد أدت
التزعة المادية للدين بالفقه الإسلامى إلى أن يجيز انتقال عبء الدين من المدين
الأصلى إلى غيره . عن طريق حوالة الدين ^(١) . كما أدت به إلى القول
بحلول أخرى كثيرة ^(٢) .

١١ - تقتضى نظرية الالتزام : كما سبق لنا أن بينا . رسم الخطوط
العريضة للالتزامات . ببيان القواعد العامة الأساسية التى تحكمها فى مجموعها .
دون التعرض للقواعد التفصيلية الخاصة بكل التزام على حدة .

والالتزام شأنه فى ذلك شأن أى نظام قانونى آخر . بل شأن كل كائن
على وجه البسيطة . يمر بمراحل ثلاث : فهو يولد ويحيا ويموت . وتستهدف
دراستنا هذه تناول الالتزام فى ميلاده أو نشأته ، أو ما يسمى بمصادر
الالتزام . على أننا لن نعالج فى هذا المؤلف مصادر الالتزام جميعها .
وإنما نجتزئ منها بأولها وأكثرها شيوعاً وأهمها على الإطلاق . وهو العقد .
لمحققين به الإرادة المنفردة : حيث إنه يجمع بينهما كون الإرادة هى
الأساس فى إنشاء الالتزام : الأمر الذى يمكن معه أن يدخل معاً فى رحاب
ما يمكننا أن نطلق عليه المصدرين الإراديين لنشأة الالتزام . والأمل : معقود
على أن نتضمن بعونه تعالى من أن نعرض . فى مؤلف ثان . لمصادر الالتزام
الأخرى . وهى التى يمكن أن نطلق عليها المصادر غير الإرادية . اعتباراً بأنها
على خلاف من العقد والإرادة المنفردة : تنشئ الالتزام دون مداخل للإرادة .

(١) والغريب فى الفقه الإسلامى أنه أجاز انتقال عبء الدين من المدين الأصل إلى غيره ،
أى حوالة الدين ، فى حين أنه لم يجز فى مجموعه انتقال مزيته من الدائن الأصل إلى دائن آخر ،
أى حوالة الحق : فيما عدا حالة الميراث والوصية . على أن ذلك هو رأى الجمهور ، ولم يجمع
عليه فقهاء المسلمين . فهناك بعض من قال بإمكان انتقال مزية الحق من الدائن إلى غيره ، أى حوالة
الحق . بمقتضى البيع أو الهبة أو حتى الرهن . وعلى رأس هؤلاء فقهاء المذهب المالكى : زكاجع
على التحقيف ، التصرف الإرادى والإرادة المنفردة ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) ومن هذه الحلول ما قال به فقهاء المسلمين من إمكان وجود الدين حتى لو كان الدائن
شخصاً لم يتمين بعد ، كما فى الجمالة ، وإن كان هذا مما يصح العدول عنه قبل الشروع فى العمل .
وعلى الجملة أجاز فقهاء المسلمين الالتزام بالإرادة المنفردة .

كلمة تمهيدية الالتزام في ميلاده أو مصادر الالتزام

١٢ - لكي ينشأ الالتزام . لابد من وجود مصدر يخلقه ، ويبعث الحياة فيه . ولذلك جرت عادة الفقهاء على تناول نشأة الالتزام أو ميلاده تحت عنوان يحمل اسم « مصادر الالتزام » . اعتباراً بأن بيان تلك المصادر يتضمن في ذاته بيان نشأة الالتزام .

ويقصد بمصدر الالتزام الأمر الذي يولده . أو هو ينبوع الذي يستقى منه الالتزام وجوده .

ولم القانون ترجع نشأة الالتزامات جميعاً . فلا قيام لأحد منها . ما لم يقره القانون ويعترف به . شأنه في هذا شأن سائر الحقوق والواجبات . المالية منها وغير المالية على السواء .

بيد أن القانون ، وإن كان هو الذي يولد الالتزامات ، إلا أنه لا يولدها بطريق مباشر . فهو يعلق قيامها على حدوث وقائع معينة يحددها . فهو لا يقول . مثلاً . إن شخصاً معيناً يتحمل لصالح آخر بالالتزام محدد . ولكنه يقرر قيام هذا الالتزام . إذا كان ثمة اتفاق يقضى به . أو إذا حدثت واقعة أخرى من الوقائع العديدة المختلفة التي بمنحها قوة خلقه . وهكذا فالقانون ، وإن كان مصدر كل الالتزامات . إلا أنه ينزوي إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر . أما مصدرها القريب المباشر . فهو ذات الواقعة التي يتطلب القانون حدوثها لقيامها . والمصدر القريب المباشر هو الذي يقصد عادة باصطلاح « مصادر الالتزام » .

١٣ - ومصادر الالتزام ، بالمعنى الذي انتهينا إليه ، عديدة متنوعة . فالبيع ، مثلاً ، ينشئ التزامات متبادلة على البائع والمشتري . والإيجار ينشئ التزامات متبادلة على المؤجر والمستأجر . والوعد بجائزة تعطى عن

عمل معين ينشئ في ذمة الواعد التزاماً باعطائها لمن يقوم به . والفعل الخاطئ الذي يؤدي إلى إصابة شخص بضرر ينشئ التزاماً في ذمة مرتكبه بتعويض هذا الضرر . وقيام شخص بترميم جدار مملوك لآخر ، أراد أن ينقض في غيابه . يحمل صاحب الجدار التزاماً بتعويض من رممه عن كل الخسارة التي لحقته من جراء فعله . أو على الأقل في حدود ما أثرى به صاحب الجدار . والقراءة تؤدي إلى تحمل الشخص الموسر بالالتزام بالنفقة لصالح المحتاجين من أقربائه . كل هذه وقائع تؤدي إلى نشأة الالتزام . وغيرها كثير يتناهى عن الحصر والبيان .

وكان طبيعياً . أمام تعدد الوقائع التي تنشئ الالتزام واختلافها . أن يعد القانونيون إلى ردها إلى أصول تجمع بينها . تمشياً مع منطق القانون ومتنضيات فنه وصناعته .

١٤ --- وفي هذا الصدد . نجد مذهباً تقليدياً . ساد في فرنسا طوال القرن التاسع عشر . ولازال الكثيرون من فقائها يقولون به حتى الآن ، وإن أخذت أسهم النقد الجارحة تأتبه من كل جانب . وهذا المذهب يقسم مصادر الالتزامات إلى خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة ثم القانون .

ويقصد بالعقد Contrat توافق إرادتي طرفين على إنشاء التزام أو أكثر في ذمة أحدهما أو في ذمة كليهما . كالبيع والإيجار . أما شبه العقد quasi contrat . فيقصد به عمل مشروع . يقوم به صاحبه بإرادته ويؤدي إلى نفع شخص آخر . من غير أن يكون ملزماً بذلك قانوناً . كما إذا قام شخص عن قصد بأمر عاجل لمصلحة آخر دون أن يطالب منه القيام به أي الفضالة . وكما إذا دفع شخص لآخر ماليس بمستحق عليه . من غير أن يقصد التبرع له بما دفع . ويقصد بالجريمة délit ارتكاب فعل غير مشروع يؤدي إلى إيذاء الغير ، عن قصد من صاحبه . أما شبه الجريمة quasi délit . فيقصد به الفعل غير المشروع الذي يحدث ضرراً بالغير والذي يرتكبه صاحبه عن غير عمد . وإنما عن رعونة أو إهمال . أما الالتزامات الناشئة عن القانون la loi فيقصد بها تلك التي تنشأ عن

وقائع أخرى غير ماسبق ذكره ، كالالتزام بالنفقة المقرر لصالح المحتاجين في ذمة ذوى اليسار من أقربائهم .

وقد قال بهذا التقسيم لمصادر الالتزام بعض فقهاء القانون الفرنسى القديم في أوائل القرن الثامن عشر . وقد أخذ به على الأخص أشهر فقهاء هذا العصر وهو Pothier . وعن هذا الفقيه انتقل إلى مدونة نابليون .

وكان من شأن تبني مجموعة نابليون للتقسيم الحماسى السابق لمصادر الالتزام أن منحه قوة كبرى جعلت الفقهاء الفرنسيين يجمعون على الأخذ به طوال القرن التاسع عشر . بل لازال بعض الفقهاء المعاصرين منهم يأخذون به حتى الآن . وقد زاد في قوة هذا التقسيم الاعتقاد الذى ساد في القديم من أنه مستقى من القانون الرومانى .

١٥ - وإذا أردنا أن نضع هذا التقسيم لمصادر الالتزام في الميزان . وجدنا العيب يكتنفه من كل جانب . فليس صحيحاً ، من ناحية . أن أصله يرتد إلى القانون الرومانى . فالرومان بريثون من وزره . ومن ناحية أخرى . فهو في ذاته فاسد ممعن في فساده .

فلم يقل الرومان أصلاً بتقسيم مصادر الالتزام إلى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وإنما هذا التقسيم نسب إليهم بهتاناً . نتيجة خلط وقع فيه شراح القانون الفرنسى القديم .

فقد قسم الرومان . في مستهل عهد شريعهم العريقة : مصادر الالتزام إلى نوعين : الجريمة^(١) delicta والعقد contractus .

(١) وكانت الجريمة delicta عند الرومان نوعان : الجريمة العامة الجنائية delicta publica-crimina ، وهى التى تقابل الجريمة الجنائية في وقتنا الحاضر ، والجريمة الخاصة delicta privata ، وهى التى تقابل العمل غير المشروع الآن . والجريمة العامة تقوم على إتيان فعل يحظره القانون ، ويؤدى ارتكابه إلى الإضرار بمصالح المدينة أو إلى سخط الآلهة ، كجريمة الحرب من الجندية أو الخيانة العظمى والاعتداء على الديانة . وكانت السلطة العامة هى التى تتولى الادعاء في الجريمة العامة . وكانت الدعوى ترفع أمام المحكمة الجنائية . وكانت العقوبة في أغلبها بدنية أو ماسة بالحرية . أما الجريمة الخاصة ، فتقوم على عن محظره القانون ، ويؤدى ارتكابه إلى الإضرار بالمصالح الفردية ، كجريمة الاعتداء على =

وقد دعاهم إلى هذا التقسيم الثنائي ما كان يروونه وقتئذ من أن الأمرين السابقين وحدهما هما اللذان يولدان الالتزام : دون غيرهما من الوقائع والأحداث^(١) وكان يقصد بالجريمة ، في أول عهد شريعة الرومان . معناها الغابر القديم ، وهو الاعتداء المتعمد المقصود^(٢) ، اعتباراً بأن هذا الاعتداء يحمل مرتكبه بالدية في بعض الأحيان .

وبعد قليل من الزمان . أذن الرومان لبعض وقائع أخرى متفرقة . غير العقد والجريمة . أن تولد بدورها الالتزام . فكان طبيعياً أن يتسع تقسيمهم لمصادر الالتزام ليشمل تلك الوقائع الجديدة . فأصبح التقسيم ثلاثياً . شاملاً إلى جانب العقد والجريمة : ما أطلقوا عليه « الأسباب المختلفة *variae causarum figurae* »

هكذا انتهى الرومان إلى تقسيم مصادر الالتزام إلى ثلاثة : الجريمة والعقد والأسباب المختلفة . وظل هذا التقسيم معمولاً به عندهم إلى آخر مراحل تطبيق شريعتهم . كل ما في الأمر أن فقيهم الكبير *Gaius* أراد أن ينسق بين الالتزامات التي تنطوي تحت ما أطلق عليه « الأسباب المختلفة » . فراعته أن بعضها يقترب من تلك الناشئة عن الجريمة ، وأن بعضها الآخر يقترب من تلك التي تنتج عن العقد . وذلك على الأخص من حيث الأثر . فأراد أن

= رب الأسرة أو أحد أفراد أسرته أو رقيقه *injura* وجريمة السرقة . وكانت الدعوى ، في الجريمة الخاصة ، ترفع من المضرور أمام البريتور المدني وبنفس إجراءات الدعاوى المدنية الأخرى ، وإن كان الجزاء عليها يتمثل في أداء مبلغ من النقود ، يزيد على مدى الضرر ، ليتضمن ، إلى جانب التعويض عنه ، فكرة العقوبة *poena* . وقد أدت نظرة الرومان إلى الأفراد التي تؤدي المصالح الفردية وتؤدي إلى توقيع الجزاء عليها على اعتبار أنها جريمة ، إلى عدم إباحتها إلا في الأحوال التي كان يسمح بها القانون مباشرة ويحدها ، إعمالاً لقاعدة أنه لا جريمة إلا بناء على قانون .

(١) بل إن الرومان لم يصلوا إلى أن يجعلوا من الجرائم والعقود مصادر عامة لنشأة الالتزام . وإنما كانوا يقررون تولد الالتزامات عن جرائم معينة بذاتها حدودها عن سبيل الحصر ، وإن أخذ عددها يتزايد على مر السنين .

(٢) وإن كان مضمون الجريمة قد اتسع فيما بعد ، حيث إن جريمة اتلاف الأموال ، التي تقررت بمقتضى قانون *Aquilia* ، مع التعديلات التي أدخلها عليها البريتير ، كانت تشمل ، إلى جانب الاعتداء المتعمد ، ذلك غير المتعمد .

يعبر عن تلك الفكرة . فقال عن الالتزامات الأولى . إنها تتشابه مع تلك التي تنتج بمقتضى الجريمة ^(١) quasi ex delicto وعن الثانية . إنها التزامات تتشابه مع تلك التي تتولد بمقتضى العقد ^(٢) quasi ex contractu واتخذ هذا التفريق مكاناً في مجموعة Justinien

ثم حدث . في أواخر عهد القانون الفرنسى القديم : أن وقع تحريف فيما قال به Gausis ومن بعده Justinien . فبدلاً من القول بأن هناك التزامات تتشابه مع تلك الناشئة عن الجريمة quasi ex delicto : قيل إن هناك التزامات تنشأ عن شبه الجريمة ex quasi delicto . وبدلاً من القول بأن هناك التزامات تتشابه مع تلك التي تنتج عن العقد quasi ex contractu . قيل بأن هذه الالتزامات تنشأ عن شبه العقد ex quasi contractu . وهكذا نشأ في لغة القانون اصطلاحان جديداً . هما : شبه الجريمة وشبه العقد . وهما غريبان عن الرومان . وإن جاءا نتيجة تحريف عبارتهم . ذاك التحريف الذى نشأ نتيجة تقديم كلمة (ex) على كلمة (quasi) .

يظهر مما سبق أن تقسيم مصادر الالتزام إلى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون لا يرجع في أصله للقانون الرومانى . بل هو من خلق بعض فقهاء القانون الفرنسى القديم .

وإذا صرفنا النظر عن أصل هذا التقسيم إلى الحكم عليه في ذاته . وجدناه

(١) فالذى كان Gausis يعنيه هنا هو اعتبار الالتزام كما لو كان ناشئاً عن الجريمة ، لا من حيث المصدر فهو لا ينشأ عن جريمة في واقع الأمر ، ولكن من حيث الأثر المترتب على الالتزام ذاته . فكلتا الحالتين ، كان يجوز للالتزام ، أن يتجاوز ، في مقداره مدى الضرر الذى لحق الدائن ، اعتباراً بأنه كان يتضمن أيضاً معنى العقوبة . وفي كلتا الحالتين أيضاً . كان الالتزام يقع على عاتق المدين شخصياً ، فلا يتحمل به وارثه من بعده . وتعبيراً عن هذه الفكرة ، قال Gausis ، عن الالتزامات التي نحن بصدددها ، إن المدين يلتزم بهما كما لو أنه كان يلتزم بجريمة quasi ex delicto tenetur

(٢) وهنا أيضاً كان Gausis يعنى أن هناك ، إلى جانب الالتزامات الناشئة عن العقد . التزامات أخرى تتشابه معها في الأثر ، أى التزامات يتحمل بها المدين ، كما لو أنه كان يتحمل بالتزامات ناشئة عن العقد Quais ex contracto tenetur

فاسداً ممعناً في فسادہ (١) . والعيوب التي تشوبه كثيرة . وأهمها الأمران الآتيان :

١ — ما أطلق عليه (شبه العقد) لا يشبه العقد من حيث إنه يولد الالتزامات . ففي العقد نجد أن الإرادة المتبادلة لطرفيه هي التي تولد الالتزامات الناشئة عنه . فالالتزامات الناشئة عن عقد البيع . مثلاً ، تقوم بسبب أن الإرادة المشتركة لكل من البائع والمشتري ارتضت قيامها . فالقانون هنا يقتصر على تقرير شرعية ما اتجهت إليه تلك الإرادة .

وليس الحال هكذا فيما أطلق عليه (شبه العقد) . فالالتزام الذي تعزى نشأته لهذا المصدر يقوم نتيجة حصول فعل معين . بصرف النظر عن إرادة صاحبه أو غيره في التحمل به . فالفضولي (٢) مثلاً ، يتحمل بالالتزام بالمضي في العمل الذي يبدأه إلى أن يتمكن من بحرى لصالحه من مباشرته بنفسه (المادة ١٩١) . كما أنه يلتزم بأن يبذل فيه عناية الرجل المعتاد (المادة ١٩٢) . ولا يرجع تخمنه بهذين الالتزامين إلى انصراف إردته إلى التحمل بهما ، ولكن إلى مجرد قيامه بالعمل . صحيح أن الفضولي يقصد القيام بالعمل الذي يأتيه ، ولكن الالتزامات التي يتحمل بها لا ترجع إلى رغبته في التحمل بها . فسواء انصرفت إرادته إلى ذلك ، أم أنه يفكر فيه أصلاً . ولا يقف الأمر عند هذا الحد . إذ أن أثر الفضالة لا يقتصر على ترتيب الالتزامات على الفضولي ، بل إنها تحمل رب العمل نفسه بعدة التزامات ، أهمها دفع كل المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها الفضولي ، وهو في سبيل القيام بالعمل مع فوائدها من يوم دفعها (المادة ١٩٥) . والالتزامات التي يتحمل بها رب العمل لا تمت بصلة إلى إرادته . فهي تثقل كاهله برغم

(١) انظر ، في نقد هذا التقسيم Planiol . في مقاله المنشور في rev. critique س ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) وهو الشخص الذي يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك (المادة ١٨٨) . ومثاله أن يلجأ شخص عن قصد إلى ترميم جدار مملوك لآخر يريد أن ينقض ، من غير أن يطلب منه ترميمه .

نفيه . وما قلناه عن الفضالة يسرى على دفع غير المستحق ، حيث إنه يترتب عليه التزام المستلم برد ما أخذ بغير وجه حق . من غير أن يكون لإرادته أى أثر فى تحمله بهذا الالتزام .

هكذا يبين أن الخلاف أساسى بين العقد وبين ما أطلق عليه (شبه العقد) من حيث إنهما ينشئان الالتزام . ففى حين أن الأول يقوم على منح الإرادة المشتركة لطرفيه قوة خلق الالتزام ، نجد أن الثانى يقوم على ترتيب الالتزام نتيجة وقوع فعل معين . دون أن يكون للإرادة أى دور فى هذا الترتيب . وإن أمكن أن يكون لها دور فى وقوع العمل نفسه . وإذا كان الأمر هكذا . فإن تشبيه الثانى بالأول يقع فى غير محله .

٢ - والعيب الثانى الذى يوجه إلى التقسيم الذى نحن بصددده يقوم على أنه لا يوجد مبرر معقول للفرقة بين الجريمة وشبه الجريمة ، باعتبار أنهما ينشئان الالتزام . فقصد الإضرار ، الذى هو قوام تلك الفرقة ، لا يهـم فى القانون المدنى . حيث إن هذا القانون يستهدف مجرد التعويض عن الضرر الذى يحدثه الفعل . وذلك بخلاف الحال فى القانون الجنائى ، حيث يستهدف توقيع العقاب على الجانى . زجراً لنفسه . وردعاً لغيره من الناس . فالالتزام بالتعويض ينشأ عن كل فعل خاطئ يضر الغير . بعض النظر عما إذا كان هذا الفعل قد ارتكب عن قصد وعمد . أو كان قد ارتكب عن رعونة وإهمال . ويتحدد هذا الالتزام . فى مده . بمقدار الضرر . وذلك فى الحالتين كليهما . فالمنهم هنا هو قدر جسامه الضرر ، وليس قصد الأضرار (١) .

(١) ويلاحظ أن الرومان أنفسهم لم يدخلوا فى اعتبارهم قصد الأضرار أو عدمه . عند قولهم بنشوء الالتزام بالتعويض عن الجريمة أو بنشوء التزام بالتعويض يشابه ذلك الناشئ عن الجريمة . وإنما الأساس الذى اعتبروه هنا هو وجود نص فى القانون يعتبر الفعل جريمة أو عدم وجود مثل هذا النص . فبعض الجرائم كان يقوم على فعل غير عمدى . ومثال ذلك جريمة إتلاف المال *demnam injuria datum* الذى تقررت بمقتضى قانون *Aquilia* فهذه الجريمة ، مع التمديدات التى أدخلها البريتور عليها ، كانت تشمل الاعتداء المتعمد وذات غير المتعمد على حد سواء . ثم إن الأفعال التى اعتبرها الرومان مشابهة للجرائم من حيث إنها تولد مثله =

من كل هذا يظهر أن تقسيم مصادر الالتزام إلى العقد والجريمة وشبه العقد وشبه الجريمة والقانون هو تقسيم فاسد . وكان من شأنه فساده أن هجرته أغلب التقنيات التي وضعت بعد المجموعة الفرنسية : حتى تلك التي استوحتها .

١٦ - وإذا طرحنا جانبا التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام : رأينا أنه يمكن رد تلك المصادر إلى نوعين أساسيين :

أولهما يقوم على الإرادة : من حيث إنها هي التي تولد الالتزام فيه . بمعنى أنها هي التي ترتضى قيام الالتزام . ولا يفعل القانون أكثر من أن يتبنى رضاءها ذلك . فيقيم الالتزام اعتداداً به . ويطلق على هذا المصدر التصرف القانوني . وهو يشمل التصرف القانوني الصادر من جانب واحد . أي نتيجة الإرادة المنفردة . والتصرف القانوني الصادر من جانبين أو إرادتين : وهذا هو الاتفاق أو العقد .

والنوع الثاني من مصادر الالتزام يقوم على حدوث واقعة معينة يترتب على مجرد حدوثها نشأة الالتزام ، من غير أن يكون لإرادة شخص ما أدنى أثر في ذات قيامه . ومثال ذلك أن يدهم رجل بسيارته شخصاً آخر . فيصيبه بأذى . إذ أن مجرد وقوع الحادثة مع نشأة الضرر عنها . يولد . على سائق السيارة . التزاماً بتعويض المضرور . دون ما دخل لإرادة أي من هذين الشخصين في نشأة الالتزام .

وهكذا نصل إلى أن التقسيم المنطقي لمصادر الالتزام هو تقسيم ثنائي . يقوم على التفرقة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ^(١) . وهو تقسيم

= الالتزام بالتعويض كانت تتضمن أفعالا عمدية وأفعالا غير عمدية . ومثال الأول جور القاذي أو ظلمه لأحد الخصوم وإلقاء شيء من المسكن . راجع في ذلك مؤلفنا : المسؤولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الأشياء الخطرة ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة لقسم الدكتوراه في جامعة الكويت عام ١٩٧٢ - ١٩٧٣ .

(١) انظر مؤلفنا : نظرية الحق ، نبذة ١٨٣ .

لا يقتصر على الالتزامات وحدها : بل يسرى أيضاً على كافة الحقوق والواجبات (١) .

١٧ - ويبدو أن هذا التقسيم الثنائي هو الذى راق للمشرع المصرى فى مدونة القانون المدنى الحالية ، وإن لم يصرح فى ذات نصوصها بما يبنى عن ذلك . فإذا كانت هذه المدونة لم تتضمن نصاً يحدد مصادر الالتزام أو يقسمها ، مراعاة منها لمقتضيات فن صناعة التشريع (٢) . إلا أنها تناولت هذه المصادر بترتيب معين وفى فصول متعاقبة يتم عن أنها تردّها إلى مصدرين

(١) ويتول فقهاء المسلمين بتقسيم مقارب لمصادر الحقوق . فهم يرجعون هذه المصادر إلى ما يطلقون عليه « التصرفات القولية » و « التصرفات الفعلية » . وهم يقتصدون بالتصرفات القولية الحالات التى ينشأ فيها الحق نتيجة لإرادة ذوى الشأن . اعتباراً بأن القول أو اللفظ هو الوسيلة الأساسية للتعبير عن تلك الإرادة . أما التصرفات الفعلية ، فهى تلك التى تقوم على فعل الإنسان . ومن الممكن أن نرى ، فيما يطلق عليه فقهاء الشريعة « التصرفات القولية » مطابقة مع ما نطلق عليه نحن ، فى ظل القانون المعاصر ، « التصرف القانونى » . أما « التصرفات الفعلية » ، فهى تقابل عندنا « الوقائع القانونية » ، دون أن تتطابق معها تمام المطابقة . إذ أن التصرفات الفعلية وفق ما يدل عليها اسمها ، هى تلك التى تقع بفعل الإنسان . أما الواقعة القانونية ، فى ظل القانون المعاصر ، فتعنى كل حدث يقع وينتج عنه أثر قانونى ، دون أن يكون للإرادة دخل فى ذات إنتاج هذا الأثر ، وسيان بعد ذلك أن يقع الحدث بفعل الإنسان ، كما إذا دهم رجل بسيارته أحد المارة ، فأحدث به الأذى ، أو أن يكون قد وقع بغير فعله ، وإنما بفعل الطبيعة ذاتها كالولادة والموت والقرابة والجوار ، وهذه هى ما يطلق عليها : الوقائع الطبيعية .

هكذا نرى أن تقسيم فقهاء المسلمين مصادر الحق إلى التصرفات القولية والتصرفات الفعلية يقارب إلى حد كبير تقسيم القانون المعاصر لهذه المصادر إلى التصرفات القانونية والوقائع القانونية ، وإن كان لا يتطابق أو يتماثل معه تماماً . انظر فى ذلك : منصور مصطفى منصور ، دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى ، دروس الدكتوراه فى جامعة الكويت ، لعام ١٩٧٢ / ١٩٧٣ . ص ٤ . وقارن أستاذنا السنبورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، ج ١ ص ٦٩ . ويرى الفقيه السنبورى أن التقسيم الإسلامى لمصادر الحقوق إلى تصرفات قولية وفعلية مطابق لتقسيم القانون المعاصر لهذه المصادر إلى التصرفات القانونية والوقائع القانونية ، فى حين أن المطابقة ليست تامة كما بينا .

(٢) وفى ذلك يختلف قانوننا المصرى الحالى عن قانوننا القديم الذى تضمن فى المادة ٩٣ / ١٤٧ منه ترتيباً معيناً لمصادر الالتزام ، وذلك بقوله إن «التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص فى القانون » . ويلاحظ على هذا النص أنه أغفل الإرادة المنفردة . كما أن اصطلاح « الفعل » الذى تضمنته يتعد به العمل غير المشروع والإثراء دون سبب على حساب النذر . وهو بذلك يقابل اصطلاح الواقعة القانونية فى لغتنا الحديثة .

أساسيين ، هما التصرف القانوني والواقعة القانونية . فهي تبدأ بالعقد . ثم تتلوه بالإرادة المنفردة ، وهما اللذان يكونان في مجموعهما التصرف القانوني . ويعد ذلك تعرض مدونة القانون المدني للمصادر الأخرى التي ترتد كلها إلى الواقعة القانونية ، فتتكلم في الفعل الضار ، ثم في الفعل النافع ، لينتهي بالمصدر الأخير الذي جرت العادة على أن يضمن عليه اسم « القانون » .

١٨ - وإذا كان التقسيم الثنائي لمصادر الالتزامات هو الذي يقتضيه المنطق . إلا أننا . أخذنا بالاعتبارات العملية . سنراعى في دراستنا لتلك المصادر نوعية كل منها . متبعين نفس الترتيب الذي سارت عليه مدونة القانون المدني .

١٩ - هكذا يرسم لنا منهاج دراستنا لمصادر الالتزام . فنبدأ بالكلام في العقد . ثم نتبع بالإرادة المنفردة . ونعقب بالفعل الضار . ثم يجيء الفعل النافع أو الإثراء دون سبب على حساب الغير . لينتهي المطاف بالالتزامات التي تعزى نشأتها إلى القانون .

٢٠ - وسوف نجتزئ . في هذا المؤلف ، بتناول العقد والإرادة المنفردة . اعتباراً بأنهما يتمثلان المصدرين اللذين يقومان على الإرادة . أى باعتبارهما المصدرين الإراديين في نشأة الالتزام . أما المصادر الأخرى . فسوف نخصص لها مؤلفاً آخر .

٢١ - والعقد هو أهم المصادر المنشئة للالتزام . بل إن المصادر الأخرى مجتمعة لا تتناسب معه بمفرده في الأهمية . فهو ينشئ الأغلبية الساحقة من الالتزامات .

ونعالج نظرية العقد في أبواب أربعة : فنبدأ . في باب تمهيدى . بالتعريف بالعقد . ثم نعالج . في الباب الأول . قيامه . ونعقب . في الباب الثانى . بآثاره . وننتهى . في الباب الثالث . بالأمور التي قد تطرأ عليه فتزيله . أى انحلاله . وسوف نتبع دراسة نظرية العقد بدراسة نظرية الإرادة المنفردة ، باعتبار أنها . لقلّة أهميتها نسبياً في إنشاء الالتزام . يمكن إلحاقها بالعقد . ونخصص لذلك الباب الرابع والأخير .

باب تمهيدى

فى التعريف بالعقد

٢٢ - تقتضى دراستنا للعقد أن نبدأ بكلمة عنه : تستهدف التعريف به . ونلجأ فى هذا المجال إلى بيان المقصود منه : ونحدد أساسه ونطاقه . ونبرز أهميته . ثم نتناول بعد ذلك كله التقسيمات العديدة التى ترد عليه .

٢٣ - تعريف العقد :

لم يورد القانون المدنى المصرى تعريفاً للعقد ^(١) . وهو إن توافق فى ذلك مع بعض القوانين فى الدول المختلفة . فهو يتخالف مع كثرة من قوانين أخرى ^(٢) .

ويمكن تعريف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون . وهذا هو التعريف السائد فى الفقه المعاصر بالنسبة إلى الجوهر . وإن اختلفت العبارة من فقيه لآخر . ولعله يكون من الأدق أن نقول . فى تعريف العقد : بأنه ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون ^(٣) . وهذا تعريف مستمد من الفقه الإسلامى مع شئ من التعديل .

(١) ورد فى مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى (المادة ١٢٢) تعريف للعقد مؤداه « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها » . ولم يرد هذا التعريف فى القانون ، « حتى يتجنب التعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه » .

(٢) تبين أمر التقنينات ، فى الدول المختلفة ، فى شأن تضمن النصوص تعريفاً للعقد . فبعضها سار عليه ، كالقانون الفرنسى (المادة ١١٠) ، والقانون الإيطالى (المادة ١٠٩٨) . والقانون الأسبانى (المادة ١٢٥٤) ، والقانون البرتغالى (المادة ٦٤١) . والقانون الهولندى (المادة ١٣٤٩) والمشروع الفرنسى الإيطالى (المادة الأولى) ، ومشروع تنقيح القانون المصرى (المادة ١٢٢) ، والقانون اللبنانى (المادة ١٦٥) . والقانون العراقى (المادة ٧٣) والقانون الأردنى (المادة ٨٧) ، والقانون الكويتى (المادة ٣١) . والبعض الآخر من التقنينات تجنب إيراد تعريف للعقد ، كالقانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون المغربى .

(٣) وهذا هو التعريف الذى تخيرناه للقانون المدنى الكويتى ، وورد فى المادة ٣١ منه . وهو فى الحقيقة أدق من التعريف السائد فى الفكر القانونى المعاصر ومؤداه أن العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر أو توافق إرادتهما على إحداث أثر قانونى . فالأولى توافق أو الاتفاق لا يكتفى بذاته =

ومن تعريفنا للعقد على نحو ماسبق ، يبين أنه يقوم على أمرين أساسيين :
توافق الإرادتين أو ارتباط الإيجاب بالقبول ، وهو ما يكون الإرادة
المشتركة . أى الرضاء . وهو الركن الركن اللزم لقيام العقد . والأمر الثانى
الذى يقوم العقد عليه هو أن يبتغى به إحداث أثر يرتبه القانون ، أى يتحقق
بالجبر والإلزام وينطوى على جزاء تكفله السلطة العامة بالقوة عند الضرورة .
وليس مجرد أثر يبتغى به المحاملة أو التمشى مع مجرد اعتبارات الصداقة
أو الإنسانية . وسيان بعد ذلك أن يكون الأثر القانونى المستهدف من العقد
من طبيعة أو نوعية معينة أو من أخرى . فسواء أن يبتغى بالعقد إنشاء أو نقل
حق عيى . أو إنشاء حق شخصى أى التزام . أو نقله . أو تعديله أو إنهائه .

والعقد يقوم أساساً على ارتباط إرادتين أو أكثر . فهو لا يقوم حينما
توجد إرادة شخص واحد . حتى إذا اتجهت تلك الإرادة إلى أحداث أثر
قانونى . كما إذا أوصى شخص بماله بعد موته لآخر أو وقفه على الر
والخير . فى هذه الحالة يقوم تصرف قانونى من جانب واحد . فى حين
أن العقد هو تصرف قانونى من جانبين ، على الأقل .

والغالب أن يقوم العقد بين طرفين . البائع والمشتري ، مثلاً ، فى عقد
البيع . والمؤجر والمستأجر . فى عقد الإيجار . ولكن لا يوجد نمة ما يمنع

== لقيام العقد ، ما بقيت الإرادة كائنة فى نفس صاحبها ، لم تتجاوزها إلى العالم الخارجى عن طريق
التعبير عنها . وهو ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى . (الصيغة) . ثم إنه ينبغى أن يحى القبول
حالة كون الإيجاب باقياً لم يستطع لسبب أو لآخر . وعبرة ارتباط الإيجاب بالقبول أخلق بأن
تبرز هذين الأمرين كليهما .

وارتباط الإيجاب بالقبول ، كأساس للعقد . قول مستمد من الفقه الإسلامى ، وهو شائع
على ألسنة رجاله . وأوردته المحلة (المادة ١٠٣) ومرشد الخيران (المادة ٢٦٢) ، كما أوردته
أخيراً مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبى حنيفة ، الذى أصدره مجلس البحوث
الإسلامية بالقاهرة (المادة ٣) . وقد أقام القانون العراقى تعريف العقد على ذلك القول ،
فنقل عن مرشد الخيران ، فى المادة ٧٣ منه ، النص على أن : « العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر
من أحد العقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » . وأخذ القانون الأردنى
فى المادة ٨٧ منه بالتعريف ذاته مع شئ من الإضافة إليه .

من أن يقوم العقد بين أطراف متعددة ، كما هي الحال في عقد الشركة وعقد القسمة . وفي حدود الطرف الواحد للعقد . لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتعدد الأشخاص الذين يدخلون في تكوينه . ومثال هذه الحالة البيع الصادر من عدة أشخاص للشيء الذي يملكونه في الشيوع . والشراء الذي يعقد لصالح أشخاص متعددين .

يظهر مما سبق أن ارتباط إرادتين على الأقل أمر لازم لقيام العقد . على أنه وحده لا يكفي . فليس كل توافق إرادتين وارتباطهما ينشأ بالضرورة عقداً . وإنما يلزم بذلك أن يتجه هذا التوافق إلى إحداث أثر قانوني ، أي أثر يضني عليه القانون الجزاء الذي يكفل احترامه بوساطة السلطة العامة . فإن لم يتم توافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني ، ما قام ثمة عقد ، بالمعنى المقصود بهذا اللفظ في لغة القانون . ومثال هذه الحالة الأخيرة . أن يتفق شخصان على أن يستضيف أحدهما الآخر في داره . أو على وجبة طعام ، أو على أن يوصله بسيارته إلى داره . في كل هذه الحالات وما يشابهها ، لا نكون بصدد عقد ، بالمعنى القانوني لهذا اللفظ ، مادام توافق الإرادتين لم يتجه إلى إحداث أثر قانوني . وإنما قصد التمتشي مع واجبات الصداقة أو المحاملات أو الإنسانية فحسب . وسنعود إلى ذلك فيما بعد . عند الكلام في الإرادة باعتبارها لازمة لقيام العقد (١) .

وإذا وجب ، لقيام العقد ، أن تتفق إرادتان وترتبطا على إحداث أثر قانوني ، فلا أهمية بعد ذلك . كما سبق أن بينا . لطبيعة هذا الأثر . فسواء أن يكون لإنشاء حق أو نقله أو تعديله أو زواله .

٢٤ - ومقتضى عدم الاعتداد بطبيعة الأثر القانوني الناتج عن العقد أن يصبح هذا اللفظ ، في معناه ومدلوله . مرادفاً للفظ (الاتفاق) .

والحق أن بعض الفقهاء قد جروا على التفرقة بين هذين الاصطلاحين . فهم يرون في الاتفاق convention توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء

(١) راجع ماسيجي . نبذة ٤٣ .

الحق (كالبيع ينشئ حقوقاً للبائع والمشتري . وكالإيجار ينشئ حقوقاً متبادلة للمؤجر والمستأجر) . أو على نقله (كما هي الحال في الحوالة) ، أو على تعديله (كالاتفاق على تقسيط الدين أو على مد أجل الوفاء به) ، أو على زواله (كالوفاء ينهى حق الدائن) . أما العقد *contrat* . فهم يرون فيه توافق الإرادتين الذى يستهدف الأمر الأول وحده . وهو إنشاء الحق ، دون باقى الأمور . وهى نقل الحق وتعديله وزواله . وهكذا فالعقد فى نظر هؤلاء الفقهاء أخص وأضيق نطاقاً من الاتفاق . فهو بالنسبة إليه بعض من كل أو نوع من جنس ^(١) .

ولكن أغلبية الفقهاء سرعان ما نادى بنبذ التفرقة السابقة بين الاتفاق والعقد . ووصل الأمر بنا . فى وقتنا الحاضر . إلى أن نجد إجماع الفقهاء . أو ما يقربه ^(٢) . يقوم على عدم التمييز بين الاتفاق والعقد . وعلى أنهما لفظان مترادفان لمدلول واحد ، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى ، يرتبه القانون إعمالاً له . أياً ما كانت طبيعة هذا الأثر ، أى سواء أكان لإنشاء حق أم نقله أم تعديله أم زواله . وأياً ما كان الأمر ، فإنه ينبغى عدم التزام التفرقة السابقة . لانعدام فائدتها أصلاً ^(٣) . وهو الأمر الذى

(١) وقد قال بهذه التفرقة بين الاتفاق والعقد كثير من شراح القانون الفرنسى القديم ، لاسيما بوتيه Pothier ودوما Domat ، وانتقل منهم إلى مدونة نابليون ، التى جاءت تعرف العقد فى المادة ١١٠١ منها بقولها : « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شئ أو بعمله أو بالامتناع عن عمله » . وهكذا يرى المشرع الفرنسى أن العقد هو نوع من الاتفاق مقصور فى أثره على إنشاء الالتزام .

(٢) أنظر من الفقهاء الحديثين من لازالوا يقولون بالتفرقة بين الاتفاق والعقد :

H, L. et J. Mazeaud, *Léçons de Droit Civil*. T. II No. 52.

(٣) وقد رأى بعض من قالوا بهذه التفرقة أن لها أهمية من حيث الأهلية ، زاعمين بذلك أن الأهلية تختلف باختلاف ما إذا كنا بصدد إنشاء حق ، أى العقد ، أم بصدد نقله أو تعديله أو زواله ، أى بصدد الاتفاق الذى لا يعتبر عقداً . وهذا زعم فاسد لا يوجد أدنى مظهر للصدق فيه . فالأهلية الواجبة فى إبرام التصرفات لا تتأثر إطلاقاً بما إذا كنا بصدد إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو زواله ، وإنما هى تتأثر باعتبار آخر قوامه طبيعة التصرف فى ذاته من حيث إنه ينطوى ، بالنسبة إلى من يقوم به ، على نفع محض أو على ضرر محض أو على التقابل بين النفع =

يسير المشرع عليه بالفعل ، حيث يطلق لفظي « العقد » و « الاتفاق » قاصداً
منهما نفس المعنى والمندلول ^(١) . وكذلك يسير العمل عندنا على هدر التفرقة
بين العقد والاتفاق ، باعتبارها قائمة على اختلاف الأثر القانوني المترتب على
كل منهما ، وإن أخذ يسير على شيء من التفرقة بينهما على أساس آخر .
قوامه التمييز بين العقود الأساسية التقليدية الهامة كالبيع والإيجار والوكالة
والشركة ، حيث جرت عادة الناس على أن يطلقوا عليها اصطلاح « العقد » .
وبين العقود الأخرى كعقد إصلاح سيارة أو ترميم منزل وغيرها من العقود
غير المسماة ، والتي يغلب أن يطلق عليها الناس اصطلاح « الاتفاق » . بيد أن
هذا الاتجاه في العمل لم يتبلور بعد . وآية ذلك أن كثيراً من الناس ، حتى
القانونيين منهم ، يطلقون على الصنف الثاني من العقود التي بينها عبارة « عقد
اتفاق » . وهي عبارة معيبة في الحقيقة ، حيث إنها تجمع بين مترادفين ،
يغني أحدهما تماماً عن الآخر .

= والضرر . ولاتأثير إطلاقاً بعد ذلك لما إذا كنا بصدد إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم زواله .
ويترب على ذلك أن الأهلية الواجبة تتفاوت في حدود الأثر الواحد للعقد ، بحسب المعيار الذي
حدده . فالأهلية الواجبة لإبرام البيع تختلف عن تلك الواجبة لإبرام الهبة وعن تلك الواجبة
لإبرام الإيجار ، في حين أن هذه العقود جميعاً تستهدف أثراً واحداً هو إنشاء الحق . بل أن الأهلية
الواجبة تختلف في العقد الواحد بالنسبة إلى طرفيه . فالأهلية اللازمة لدى الواهب ، في عقد الهبة ،
أشد بكثير من تلك المطلوبة في الموهوب له .

(١) وقد حرص واضعو المشروع التمهيدى لقانوننا المذق على نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق
وعلى جعلهما شيئاً واحداً . وكان هذا الحرص هو دافعهم الأساسى لإيراد تعريف للعقد في
المادة ١٢٢ من المشروع ، التي جاءت تقول : « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على
إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها » . فقد جاء في المذكرة الإيضاحية : تبريراً لإيراد
هذا التعريف للعقد : « ومهما يكن من أمر ، فقد روى من المفيد إيراد تعريف للعقد ، ولو لم
يكن من وراء ذلك سوى نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً » . وقد حذف
النص السابق ، فلم يأت في قانوننا . والسبب في حذفه هو مجرد التمسك مع فن عمل التشريع الذي
يقضى بتجنب التعريفات ما أمكن (انظر المذكرة الإيضاحية ، ج ٢ ص ١١ في الهامش) .
فهذا الحذف لايعنى بقاء عدم رضا المشرع بالغاية التي استهدفها النص ، وهي هدم التفرقة بين
الاتفاق والعقد .

٢٥ - فكرة العقد في الفقه الإسلامى :

أصل معنى لفظ (العقد) فى لغتنا العربية هو الربط المحكم^(١) ، ثم اتسع مدلوله . فشمّل . فى اصطلاح الفقهاء ، العهد الذى يأخذ الإنسان نفسه على احترامه . أو بعبارة أخرى ، الأمر الذى يرتضى المرء الالتزام به . اعتباراً بأنه قد قبل أن يربط نفسه به . وعقد النية على الإذعان له .

وقد أدى الأصل اللغوى للفظ (العقد) إلى أن فقهاء الشريعة الأقدمين . فى مجموعهم^(٢) . أطلقوه على كل تصرف من شأنه أن يربط أثراً شرعياً ، ليس فقط فى الحالة التى يقوم فيها هذا التصرف على إرادتين (وهو الخبال الوحيد لاصطلاح العقد فى القانون المعاصر) . بل أيضاً فى الحالة التى يقوم فيها على إرادة واحدة . وهكذا أضنى الفقه الإسلامى التقليدى وصف (العقد) لبس فقط على البيع أو الإيجار أو الشركة أو القسمة أو غيرها من التصرفات التى تقوم على توافق الإرادتين . بل أضفوه أيضاً على الوصية والوقف والطلاق والعنق والإبراء من الدين . وهى تصرفات تقوم على إرادة واحدة . أو كما يقول الشرعيون : تصرفات تنعقد بالإيجاب وحده ، دون ما لزوم لأن يلحقه قبول . ولازال بعض من فقهاء الشريعة المعاصرين يسرون على ما سار عليه أسلافهم . فيرون عقداً فى كل تصرف قانونى . حتى لو كان تصرفاً صادراً من جانب واحد^(٣) .

بيد أن أغلب فقهاء الشريعة المعاصرين ، وربما يكونون فى ذلك قد

(١) والعقد (بالضم) موضع العقد أو الربط ، وهو ما عقد عليه . ومن ذلك قوله جل شأنه : (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) . ومعنى ذلك أن الزواج من المطلقة لايجل حتى تنتهى عدتها .

(٢) فهناك فى الحقيقة عدد قليل من فقهاء الشريعة الأقدمين قصر العقد على التصرف الصادر من جانبين . دون ذلك الناشئ من إرادة واحدة . ومن هؤلاء الدسوقي ، أحد فقهاء المالكية ، حيث يقول : « المقود هى ما تتوقف على إيجاب وقبول » . وبذلك خلص إلى أن الطلاق لايعتبر عقداً .

(٣) انظر فى ذلك أستاذنا المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم فى مقاله (العقود والشروط والخيارات المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد .

تأثروا بفقه القانون المعاصر . يقصرون اصطلاح (العقد) على التصرف القائم على إرادتين ، أى على إيجاب وقبول . دون ذلك الذى لا يتطلب لقيامه إلا إرادة واحدة ^(١) . وأعل من أسبق هؤلاء الفقهاء الأستاذ الكبير أحمد قدرى باشا ، الذى جمع أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات على المذهب الحنفى فى شكل التقنينات الحديثة . أى فى شكل مواد مركزة متسلسلة . على غرار ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية أو المحلة ^(٢) بلانعت ولاخصيص ، وذلك فى مؤلفه الرائع الشهير « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان » . فقد عرفت المادة ٢٦٢ من « مرشد الحيران » العقد بقولها « العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقلين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » . وهو نفس التعريف الذى قال به حرفياً القانون المدنى العراقى (المادة ٨٣) . ومن بعده قانون التجارة الكويتى الملغى (المادة ١٠٣) .

ومجلة الأحكام العدلية أو « المحلة » - وهى تقنين رسمى لأحكام الفقه الإسلامى على المذهب الحنفى أوجدته الدولة العثمانية فى عام ١٨٧٦ . وطبق فى الكثير من بلادنا العربية وإن لم يطبق فى مصر - لم تساير هى أيضاً الفقه الإسلامى التقليدى فى خصوص تعريف العقد . فقد قصرت العقد على التصرف القائم على توافق الإرادتين . وبلغه الفقه الإسلامى . على ارتباط الإيجاب بالقبول . فقد جاءت . فى المادة ١٠٣ منها . تقول : « العقد التزام المتعاقدين وعقدهما أمراً . وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول » .

(١) انظر على وجه الخصوص: على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص ١٣٨ - محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ١٧١ - ١٧٣ .

(٢) على أنه يوجد بطبيعة الحال ثمة خلاف أساسى بين (المحلة) وبين (مرشد الحيران) . فالمجلة تقنين رسمى أى تشريع ضخم طبق بالفعل فور صدوره فى الجزء الأكبر من الإمبراطورية العثمانية ، وإن كان قد كلف اليوم عن التطبيق فى جميع البلاد التى كان يعمل فيها . وكان آخرها دولة الكويت ، حيث انتهى تطبيق المحلة فيها فى ٢٥ فبراير ١٩٨١ ، على إثر صدور قانونها المدنى . أما مرشد الحيران ، فهو مجرد تقنين غير رسمى أى أنه لا يرتقى إلى مرتبة التشريع . فهو مجرد اجتهد فقهى . فهو لم يطبق بصفة رسمية فى أى بلد .

يظهر مما سبق أنه يقصد باصطلاح (العقد) ، في الفقه الإسلامي التقليدي كل حالة ينشأ فيها الأثر القانوني عن الإرادة ، سواء أكانت هذه الإرادة واحدة ، أم تعددت بأن توافقت مع إرادة أخرى ، وبعبارة الفقه الإسلامي نفسه ، يقوم العقد سواء أكان ركنه الإيجاب وحده ، أم كان ركنه الإيجاب والقبول معاً . وهذا يتسع مدلول (العقد) في الشرع الإسلامي التقليدي على الأقل ، عن مدلوله في القانون المعاصر ، ليقابل فيه مدلول (التصرف القانوني) .

٢٦ - أساس العقد :

رأينا أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون إعمالاً له . ومن هذا التعريف يبين أن أساس العقد ، بمعنى الأمر الرئيسي الجوهرى فيه ، هو الإرادة المشتركة لعاقديه . فهذه الإرادة المشتركة هي التي تنشئ العقد وتقيمه ، كما أنها هي التي تحدد آثاره .

على أن دور الإرادة في العقد ، وإن بقى إلى الآن أساسياً ، إلى أنه يسير في اتجاه الاضمحلال والضعف . وذلك حتى بالنسبة إلى إنشاء العقد ، وليس فقط بالنسبة إلى تحديد آثاره . فقد أخذ القانون ، تمشياً مع النزعة الاشتراكية التي أخذت تتغلغل في حنايا المجتمع الحديث ، يتدخل في نظام العقد من حيث إنشائه ومن حيث آثاره على السواء . ففي بعض الأحيان . نجد المشرع يلزم شخصاً معيناً بإبرام العقد مع آخر ^(١) ، كما هو الحال بالنسبة إلى بيع السلع المسعرة . ثم إنه في أحيان أخرى كثيرة . يتدخل فيحدد آثار العقد لمصلحة أحد طرفيه ضد الطرف الآخر . كما هو الشأن على الأخص في عقد العمل . بل إن القانون لم يعد يكتفى بأن يتدخل بذات نفسه في مجال العقود . بالنسبة إلى إنشائها أو إلى ترتيب آثارها ، وإنما نراه

(١) وذلك إلى جانب القيد القديم الوارد على دور الإرادة المشتركة في إنشاء العقود ، والمتمثل في فرض المشرع على العاقدين شكلاً معيناً يلتزمان به في بعض الأحيان ، باحترامه ، وإلا بطل عقدهما . وهذا هو شأن العقود الشكلية التي سوف نعرض لها بعد قليل (راجع ما يأتي نبذة / ٣١) .

يمنح القاضي ، في خصوصها ، سلطة لم تكن له في الماضي ، إلا في عهد
البريتير الروماني ، وهي من بعد سلطة تتجاوز المألوف من صلاحيات
القاضي ، ويبتغي بها القانون تحويله القدرة على تعديل آثار العقد . بل حتى
إهدارها إذا اقتضت ذلك العدالة والمصلحة . وليس أبلغ هنا من أن نشير
إلى سلطة القاضي في صدد عقود الإذعان (المادة ١٤٩ والمادة ١٥١ / ٢) .
وإلى سلطته التي تثبت له إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة (المادة ١٤٧ / ٢) .

وإذا كان القانون يتدخل . بطريق مباشر أو غير مباشر في إنشاء
العقود وفي تحديد آثارها ، فإنه يعتمد بذلك إلى تقييد سلطان الإرادة في
شأنها . والدلائل توحى بأن هذا التدخل من القانون . وبالتالي انكماش
مبدأ سلطان الإرادة . سيزدادان يوماً بعد يوم . حتى إنه يمكننا أن نقول
بأننا نسير رويداً رويداً نحو نظام العقد الموجه *contrat dirigé* . ولا نريد
أن نقول ، كما ذهب البعض من الفقهاء . نحو العقد الواجب *Contrat forcé*^(١) .
ولأهمية دور الإرادة في العقد ، ومدى القيود التي تتوالى على سلطانها
في خصوصه . نلجأ إلى شيء من التفصيل : وذلك فيما يلي :

٢٧ - سلطان الإرادة في العقود :

الإرادة كما رأينا . أساس التصرف القانوني : فهي التي تنشئه : وهي
التي تحدد أثره . والقاعدة العامة أن الإرادة سيدة موقورة السلطان في هذا
المجال وفي ذلك .

فالأصل أن الإرادة : حينما تنشئ التصرف القانوني : تعمل متحررة
من القيود التي تستلزم ورودها في شكل أو في آخر . فيكفي في ذلك أن يعبر
الشخص عن إرادته . بإبرازها إلى العالم الخارجي الملموس . دون مضرورة
لحجي هذا التعبير في صيغة معينة أو في قالب محدود أو في شكل خاص . فسواء

(١) راجع في ذلك :

Josserand, Le contrat forcé et le contrat légal, Dalloz Heb.ch.

5 -- Josserand, Aperçu gén. des tendances actuelles de la théorie du
contrat.

أن يعبر الشخص عن إرادته في إنشاء تصرف ما باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم باتخاذ أى موقف آخر يدل على حقيقة مقصوده (المادة ٩٠). ولا يقتصر الأمر في سلطان الإرادة على كفايتها في إنشاء التصرف القانوني ، دون تحتم مجيئها في شكل أو في آخر . بل إن الأصل كذلك أنها حرة في تحديد أثر هذا التصرف بالنسبة إلى صاحبها . فالقاعدة ، مثلاً ، أن الإرادة المشتركة للبائع والمشتري حرة . وفورية السلطان بالنسبة إلى تحديد آثار البيع بينهما .

من هنا وهناك أتى المبدأ الأساسي الذي لازال يسود التصرفات القانونية الداخلة في رحاب القانون الخاص . وهو مبدأ سلطان الإرادة *principe de l'autonomie de la volonté* . ومؤدى هذا المبدأ ، كما بينا . أن الإرادة ، من ناحية ، كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانوني ، دون ما ضرورة تحتم ورود التعبير عنها في صورة معينة . أو في شكل خاص . وأنها . من ناحية أخرى ، سيدة في تحديد آثار التصرف الذي تجريه . وإن كان ذلك في الحدود التي لا تمس الغير بطبيعة الحال .

ولم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى الشرائع المستمدة من القانون الروماني إلا بعد تطور جد طويل ، وذلك . على الأخص ، بالنسبة إلى شطره الأول الخاص بكفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف . دون ضرورة مجيئه في شكل أو في آخر .

في القانون الروماني القديم . لم تكن الإرادة بذاتها كافية لإنشاء التصرف القانوني . بل كان يلزم لذلك أن يجيء التعبير عنها في شكل من الأشكال التي كان يحددها القانون على سبيل الحصر ^(١) . من هنا جاءت

(١) والأشكال التي كان يحددها القانون الروماني ، بالنسبة للتصرفات المولدة للعقود الشخصية ثلاثة : هي الآتية :

١ - عقد الاستدانة *nexum* : وهو عقد يتم بالسيكة والميزان .

٢ - العقد الشفوي *verbis* : ويتم بصيغة شفوية تتضمن سؤالاً موجهاً من الدائن للمدين عن قبوله التمسك وجواباً موافقاً من هذا الأخير .

٣ - العقد الكتابي *litteris* : ويتم بقيام المدين بتقيد الدين في سجل الدائن .

القاعدة الرومانية القديمة التي كانت تقضى بأن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقاً ولا يولد دعوى *ex nudo pacto actio non nascitur*

بل إن القول بأن الإرادة . معبراً عنها في الشكل الرسمي . هي التي تنشئ التصرف في القانون الروماني ؛ هذا القول ، فيه تجوز ليس بقليل . ففي الحقيقة الأمر الذي كان ينشئ التصرف ، في ظل تلك الشريعة ، هو اتباع طرفيه أحد الأشكال الرسمية . حتى لو كانت إرادتهما في إنشائه معدومة أو معيبة أو مبنية على سبب غير مشروع . فإذا تعهد شخص . مثلاً . بدين عليه لآخر في أحد الأشكال المحددة . نشأ التصرف صحيحاً . وتولد عنه الحق للدائن . حتى إذا كان المدين في تعهده هازلاً غير جاد . أو كانت إرادته مشوبة بغلط أو إكراه أو تدليس ، أو كان السبب الذي دفعه إلى التعاقد معدوماً أو غير مشروع^(١) . من هنا يمكن القول بأن المبدأ الذي كان يسود القانون الروماني ، لاسيما في عهده القديم ، ليس هو سلطان الإرادة ، بل سلطان الشكل .

وكان طبعياً أن يتأذى الرومان من تمسكهم بأهداب الشكلى إلى الحد المروع الذي وصلوا إليه . فمن شأنه أن يعرقل المعاملات ويقف عقبة في سبيل ازدهار التجارة . وكلما ازداد الرومان حضارة . كلما استشعروا الحرج أكثر وأكثر .

ولذلك عمد الرومان تدريجاً إلى التحرر من ربة الشكل . وإن لم يكن التطور قد انتهى بهم . في هذا السبيل إلى نهاية المطاف . إلا أنهم ساروا فيه شوطاً بعيداً . حتى أنهم وصلوا ، في آخر مراحل القانون الروماني . إلى تقرير رضائية أهم العقود المتداولة بينهم ، وهى البيع والإيجار والوكالة والشركة ، بمعنى أن مجرد تبادل الرضاء كان يكفي لقيامها . دون حاجة

(١) انظر في هذا المعنى : محمود أبو عافية ، انتصرف القانونى المجرد ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة سنة ١٩٤٦ . وانظر أيضاً : عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد نبذة ٩٠ .

إلى اتباع شكل خاص^(١).

وواصل مبدأ رضائية العقود سيره . بعد زوال الدولة الرومانية .
ووجد في العصور الوسطى أكبر العون من الكنيسة ، التي ما فتئت تنادى
بضرورة احترام العقود والمواثيق . على أن هذا المبدأ وصل إلى ذروة
مجده في القرون الثلاثة الأخيرة . أي ابتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر
القرن التاسع عشر . ويرجع ازدهاره في هذه الحقبة من الزمن إلى تفشى
المذهب الفردى خلالها . فهذا المذهب يقوم . كما نعلم^(٢) : على تبجيل الفرد
واعتباره محور القانون وأساسه . وهو إن بجل الفرد . فإنه يبجل فيه
بالضرورة كل مقوماته ومظاهر حياته . فهو يبجل فيه حياته وحرية
وحقوقه وتفكيره وإرادته . ومن هنا ساد مبدأ سلطان الإرادة . فإدام
الإنسان حراً في نفسه وفي تفكيره . فإن هذا المنطق يؤدي به إلى أن يكون
حراً في إرادته : بمعنى أن يكون لتلك الإرادة بذاتها أن تقرر . بالنسبة إلى
صاحبها . الأثر القانوني الذي تراه . وقد أبرز هذه الفكرة Domat . وهو من
أشهر فقهاء القانون الفرنسى القديم . بقوله : « إذا تمت الاتفاقات ، فكل
ما اتفق عليه فيها يقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيدها » . ولم ير واضعو
مجموعة نابليون في فرنسا . لتسجيل مبدأ سلطان الإرادة ، أفضل من
تبني عبارة Damat السابقة . فضمنوها المادة ١١٣٤ . التي جاءت تقول

(١) وإن جانب تقرير رضائية عقود البيع والإيجار والوكالة والشركة ، وصل الرومان .
في سبيل تحررهم من سطوة الشكل ، إلى تقرير صحة نوعين آخرين من العقود : هما الآتيان :
١ - المقود العينية *in rei* كمقود القرض والوديعة والعارية ؛ وهي عقود تقوم صحيحة ،
دون حاجة إلى اتباع شكل خاص ، بشرط تسليم الشيء موضوع التصرف ، كبلغ القرض وأشيئ
المودع أو المعار .

٢ - العقود غير المسماة أو غير المعينة . وهذه عبارة تفيد ، في لغة الرومان ، بعض عقود
محددة وصل الرومان إلى تقرير صحتها ونفاذها ، برغم عدم اتخاذها الشكل القانوني المرسوم لها ،
وذلك بشرط قيام أحد عاقيدها بتنفيذ التزامه ، إذ كان يحق لهذا العاقد أن يطالب العاقد الآخر
 بتنفيذ التزامه بدوره .

(٢) انظر مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ١٢ .

« الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها » (١) .

هكذا تتوج مبدأ سلطان الإرادة بتسجيله في مجموعة نابليون . باعتباره أحد الأسس الكبرى التي تقوم عليها هذه المجموعة . وكان طبيعياً أن يجد هذا المبدأ صدى قوياً في قانوننا المدني القديم . الذي وضع في مستهل الربع الأخير من القرن الماضي ، وهو قانون منقول في مجموعه عن مدونة نابليون .

هكذا وصل مبدأ سلطان الإرادة إلى ذروة مجده في فرنسا وفي مصر . إلا أنه أخذ يتقلص وينتكس ، ابتداء من القرن العشرين ، تحت تأثير المبادئ الاشتراكية التي أخذت تتغلغل بسرعة في حنايا المجتمع الحديث .

فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة نتيجة طبيعية وملازمة للترعة الفردية . التي تقُدس إرادة الفرد وتقرر لها السيادة موفورة كاملة . إلا أنه لا يتفق تماماً مع الترعة الاشتراكية . فأساس الاشتراكية صالح الجماعة لا الفرد . وهي لذلك تعمل ، من ناحية ، على منع تسلط القوى على الضعيف ، عن طريق تقييد إرادة الأول لصالح الثاني ، حتى تصل بهذا ، في التصرفات القانونية ، إلى شيء من المساواة الفعلية بين عاقدتها . ومن ناحية أخرى ، تؤدي الترعة الاشتراكية إلى تقييد إرادة الشخص في إنشاء التصرف القانوني وفي تحديد أثره : إذا تطلب ذلك صالح الجماعة بطريق مباشر . من هنا وهناك توالى القيود على مبدأ سلطان الإرادة مستهدفة : كما سبق لنا أن أجمعنا ، أمرين ، هما الآتيان :

الأول : حماية الجانب الضعيف في التصرف القانوني . وفي هذا الحال يقيد القانون إرادة الجانب القوي بالشكل الذي يمنع به تسلطه على الجانب الضعيف . وأبلغ مثال لذلك في قانوننا المصري عقود الإيجار المتعلقة

(١) «Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi

à ceux qui les ont faites».

بالأراضي الزراعية . وتلك المتعلقة بالأماكن . فإلى عهد قريب ، كان للأشخاص كامل الحرية في أن يؤجروا أماكנם وأراضيهم بالأجرة التي يريدونها وللمدة التي يشاؤونها . مادام مستأجروهم يرتضون شروطهم . ثم تدخل مشرعنا في الأمر . رغبة منه في التيسير على الناس في الحصول على مأوى يأويهم وعلى مورد يمكن لهم أن يستمدوا منه رزقهم . فحد من حرية الملاك . وفرض عليهم أجرة لا يستطيعون تجاوزها . ومنح للمستأجرين منهم الحق في امتداد إيجاراتهم إلى الفترة التي يريدونها هم . طالما ظلوا يوفون بالتزاماتهم . ومن أمثلة القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة حماية للجانب الضعيف أيضاً مانراه في عقد العمل . حيث يقيّد القانون إلى حد بالغ من حرية رب العمل في وضع شروط هذا العقد وإنهائه . ومن هذه الأمثلة كذلك عقود الإذعان . وهي تلك التي يضع أحد طرفيها شروطها ولا يقبل مناقشة فيها . ويقتصر دور طرفها الآخر على مجرد التسليم بهذه الشروط (المادة ١٠٠) . كعقود النّقل العام بالطائرات والسفن وعقود التأمين : ففي هذه العقود : يحد القانون من حرية الطرف القوي . وهو الطرف الذي يملئ شروط العقد . لصالح الطرف الضعيف وهو الطرف المذعن . بأن يمنح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي قد يشملها العقد أو أن يعنى الطرف المذعن منها . وفقاً لما تقتضيه العدالة (المادة ١٤٩) .

الثاني : حماية صالح الجماعة . وفي هذا المجال ، يعهد القانون إلى الحد من دور الإرادة في ترتيب الآثار القانونية للتصرفات . ابتغاء وجه الصالح العام بطريق مباشر ^(١) ، ومن أبرز الأمثلة في هذا الصدد ما يقضى به قانون الشهر العقاري (المادة ٩) من أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية العقارية لا تنتقل ولا تتغير ولا تزول . نتيجة التصرفات التي تبرم بين الأشخاص .

(١) ومن الحق أن نلاحظ هنا أن حماية الجانب الضعيف في المعاملات تستهدف بدورها الصالح العام ، الذي يقوم بالضرورة على التضامن الاجتماعي بين الناس وتوفير المساواة الفعلية بينهم بقدر الإمكان . إلا أننا نصل بتلك الحماية إلى توفير الصالح العام بطريق غير مباشر . في حين أن الحد من سلطان الإرادة في المجال الذي نحن بصدد دراسته هنا يستهدف توفير صالح الجماعة بطريق مباشر .

إلا بشهر هذه التصرفات بالتسجيل أو بالقيود . على حسب الأحوال .
 فعقد البيع . مثلاً ، لم يعد ينقل الملكية العقارية من البائع إلى المشتري .
 حتى فيما بينهما . بمجرد إبرامه . ولو أراداهما غير ذلك . بل يلزم .
 لحصول هذا الانتقال ، أن يسجل عقد البيع . فهنا يحد القانون من سلطان
 إرادة المتعاقدين ، حتى يوفر للغير الثقة والاثمان في شأن العقارات .

هكذا أخذت القيود تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة . . وهي تنزايد
 يوماً بعد يوم . وإن كانت هذه القيود لم تصل بعد إلى حد إهدار ذلك
 المبدأ . قناعة بأن تقييد بعض الشيء من إطلاقه وبأن ترد استثناء عليه .
 إلا أنها توحى بأننا نسير في اتجاه مبدأ آخر . هو مبدأ التصرف الموجه
acte dirigé . أى التصرف الذى يحدد القانون أهم شروطه ، ولا يكون
 للأشخاص إلا أن يرتضوه بها أو لا يرتضوه ، دون أن تكون لإرادتهم
 أن تعدل منها .

٢٨ - القيود التى تحد من سلطان الإرادة :

تبيننا فيما سبق أن القيود أخذت تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة . وإذا
 تعذر علينا حصر هذه القيود . إلا أنه يمكننا ردها إلى نوعين أساسيين :
 هما الآتيان :

الأول : قيود ترد على المبدأ فى شطره الأول : أى ترد عليه من حيث
 أنه يقرر كفاية الإرادة فى ذاتها لإنشاء التصرف القانونى ، دون ضرورة
 تحتم مجيئها فى شكل أو فى آخر . ومن شأن هذه القيود أن تجعل بعض
 التصرفات شكلية . بمعنى أنه يلزم لقيامها أن تبرم فى الشكل المحدد الذى
 الذى يرسمه القانون . فالقاعدة العامة أن التصرفات رضائية ، بمعنى أن
 توافر الرضاء بها يكتفى لقيامها ، أياً ما كانت طريقة التعبير عن الإرادة .
 والأغلبية الكبرى من التصرفات من هذا النوع . كالبيع والإيجار والوكالة
 والقرض والوديعة والعارية . واستثناء من قاعدة رضائية التصرفات ،
 توجد هناك قلة من التصرفات تتميز بأنه مجرد الرضاء بها لا يكتفى لقيامها ،

ولنما يلزم لذلك أن يجي هذا الرضاء في شكل محدد يرسمه القانون . ولذلك تسمى هذه التصرفات بالتصرفات الشكلية ، تمييزاً لها عن التصرفات الرضائية .

وسمة التصرفات الشكلية أن الشكل ركن لازم لانعقادها . بمعنى أنها إذا لم تبرم في الشكل الذي يحدده القانون ، وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً . وماتج عنها أى أثر . ولكن ليس معنى هذا أن الشكل يغنى فيها عن الإرادة . كما كان الحال قديماً عند الرومان ^(١) . بل يلزم لقيامها توافر الأمرين معاً . الرضاء والشكلية ، فلا يغنى أحدهما عن الآخر ^(٢) .

والأشكال التى يرسمها القانون للتصرفات الشكلية ليست كلها من نوع واحد . وهى تتراوح فى مجموعها بين الكتابة العادية وبين إبرام التصرف بواسطة موظف رسمى مختص يناط به توثيق التصرفات ، وهذا ما يطلق عليه « الرسمية » .

فهناك بعض تصرفات يستلزم القانون لقيامها تدوينها فى محرر مكتوب ومن هذه التصرفات عقد الشركة . حيث تقضى المادة ٥٠٧ مدنى بأنه : « ١ — يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً . . . » . ومن هذه التصرفات أيضاً عقد إشاء ملكية الأسرة (المادة ٨٥١) . وعقد تقرير المرتب مدى الحياة (المادة ٧٤٣) . والتصرف الذى بمقتضاه ينقل المؤلف لغيره حق استغلال مؤلفه (المادة ٣٧ من قانون حماية حق المؤلف) .

وهناك تصرفات أخرى لا يكتفى القانون فيها بمجرد الكتابة العادية ، بل يستلزم تدوينها فى ورقة رسمية . ويقصد بالورقة الرسمية تلك التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن . وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه

(١) انظر ما سبق ، نبذة ١٦ .

(٢) وسوف نعود مرة ثانية إلى هذا الأمر عند تناول العقود الشكلية . انظر ماسيجي* ،

نبذة ٣١ .

(المادة ١٠ / ١ من قانون الإثبات) . وأهم التصرفات التي تستلزم فيها الرسمية هي الهبة ^(١) وعقد الرهن الرسمي .

ويلاحظ أن الرسمية تتضمن بالضرورة تدوين التصرف في محرر مكتوب . ومن ثم فأى تصرف يستلزم فيه القانون الكتابة العادية . يمكن إبرامه في الشكل الرسمي .

الثاني : النوع الثاني من القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة يلحق هذا المبدأ في شطره الثاني الخاص بسيادة الإرادة في ترتيب الآثار التي تتولد عن التصرف . وتتميز هذه القيود بأنها تنجبه إلى موضوع التصرف لا إلى شكله . فإذا كانت القاعدة العامة التي تسود القانون الخاص هي أن الإرادة موفورة الساطان في ترتيب الآثار التي تشاؤها . إلا أن القانون يحد من سلطانها هذا في كثير من الأحيان . ابتغاء وجه الصالح العام . وترتد هذه القيود أساساً إلى فكرة حماية الجانب الضعيف في العقد . ابتغاء توفير شيء من العدالة في العقود ورفع العنت والحرج .

٢٩ - نطاق العقد :

تبيننا فيما سبق أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني يربته القانون إعمالاً له . ولكن هل كل توافق من هذا النوع يعتبر عقداً . أم أنه لا يكون كذلك إلا في دائرة خاصة ونطاق محدد ؟

يسير اتجاه في الفقه نحو التضييق من نطاق العقد أو دائرته . وقد تعددت الحدود التي قيل بها في هذا الصدد .

وأول تلك الحدود قصر نطاق العقد على العلاقات التي تدخل في رحاب القانون الخاص . دون تلك الداخلة في رحاب القانون العام . ويؤدي هذا النظر إلى استبعاد فكرة العقد عن الاتفاقات أو المعاهدات التي تعقدها الدول

(١) على أن الرسمية لا تستلزم في الهبة إلا إذا جاءت سافرة ، بمعنى أنها لم تأت مستورة في صورة عقد من عقود المعاوضات كالبيع ، ولم تكن واردة على منقول وتمت بإقباضه (المادة ٤٨٨) .

بينها وبين بعض ، تنظيمياً لشيئونها . وهو يؤدي كذلك إلى استبعاد فكرة العقد عن الاتفاقات التي تبرمها الدولة وفروعها ، باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، مع الأفراد ، كاتفاقات تولى الوظائف العامة والتزامات المرافق العامة التي تمنح الدولة وفروعها بمقتضاها إدارة مرفق عام لفرد أو شركة .

ولم يقف الأمر عند قصر نطاق العقد على علاقات القانون الخاص دون القانون العام ، بل إن بعض الفقهاء قالوا بالتضييق من هذا النطاق ، حتى في مجال القانون الخاص نفسه ، فجعلوه مقصوراً على المعاملات المالية ، دون الأحوال الشخصية . ووفقاً لهذا النظر ، لا يعتبر الزواج ، مثلاً ، عقداً ؛ وإنما هو نظام أو وضع قانوني . وأساس هذا النظر أن الاتفاقات التي تتناول الأحوال الشخصية ، كالزواج ، لا تولد حقوقاً مالية . الأمر الذي يبعدها عن مجال العقد .

بل إن الأمر لم يقف عند ماسبق . فأخذ بعض الفقهاء يعمدون إلى التضييق من دائرة العقد حتى في مجال الأحوال العينية أو المعاملات المالية نفسها . وقد تعددت في ذلك الأساليب . فمن قائل بأن الاتفاق الذي يعتبر عقداً هو ذلك الذي تسوده المساواة بين طرفيه . بالنسبة إلى إبرامه . بمعنى أن يكون لكل منهما أن يناقش شروط الطرف الآخر . أما إذا لم تتوافر تلك المساواة ، وكان لأحد الطرفين أن يملئ شروط العقد . ولا يكون للآخر إلا أن يقبلها أو لا يقبلها دون مناقشتها . فإننا لانكون بصدد عقد . وواضح أن هذا النظر يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد . وقيل أيضاً بأن الاتفاق لا يعتبر عقداً . إلا إذا قام على تنظيم مصالح متعارضة . كما هي الحال في البيع والإيجار . حيث تتعارض مصالح كل من البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر . أما إذا قام الاتفاق على تنظيم مصالح متوافقة . كما هي الحال في الشركة . فلا يعتبر عقداً .

هذه هي أهم القيود التي أريد بها تضييق دائرة العقد أو نطاقه . ويلاحظ أن من بينها ما لا أساس له أصلاً . ونعني بذلك القيود التي من شأنها أن تخرج

من دائرة العقد الاتفاقات التي تتعلق بأمر يدخل في الأحوال العينية أو المعاملات . فلا أساس لرفع صفة العقد عن عقود الإذعان . بل هي تعتبر عقوداً بالمعنى الكامل لهذا اللفظ . ولا يحول دون هذا الاعتبار تسلط إرادة أحد الطرفين على إرادة الطرف الآخر ، وإن أدى هذا التسلط بالمشرع إلى أن يقرر لعقود الإذعان أحكاماً تختلف بعض الشيء عن تلك التي تخضع لها العقود بوجه عام : وتهدف التخفيف على الطرف المذعن والرحمة به على نحو ما سوف نبينه في حينه ^(١) . فلا يلزم إطلاقاً ، لإضفاء وصف العقد على التصرف ، أن يكون طرفاه على قدم المساواة من حيث قوة وضع شروطه والمساومة بشأنها . إذ أن كل ما يجب لذلك هو أن يرتضي الطرفان شروط العقد ، حتى لو كان أحدهما في رضائه به يرضخ ويدعن لإرادة الآخر .

وكما أنه لا أساس للقيود الذي يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد . فلا أساس أيضاً لذلك الذي من شأنه أن يخرج عنه الاتفاقات التي تقوم على المصالح المتوائمة المتوافقة . فالعقد يقوم إذا توافقت إرادتان أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، وسيان بعد ذلك أن تتفق مصالح ذوي الشأن أو تتعارض .

أما القيود التي من شأنها أن تقصر نطاق العقد على المعاملات المالية في القانون الخاص . دون الأحوال الشخصية والعلاقات التي ينظمها القانون العام : فهي على شيء من الصحة ليس بقليل . فالخلاف جوهرى بين أثر الإرادة . التي هي قوام العقد وأساسه . في الاتفاقات التي تنظم العلاقات المالية من ناحية ، وفي تلك التي تتعلق بالأحوال الشخصية وعلاقات القانون العام من ناحية أخرى . فبالنسبة إلى الاتفاقات الأولى : نجد أثر الإرادة لازال قوياً . بالنسبة إلى إنشائها وتحديد آثارها على السواء . أما بالنسبة إلى الاتفاقات الثانية . فنجد دور الإرادة جد محدود : فهو يكاد يقتصر على ذات قيامها . دون تحديد آثارها ، التي يتولاها القانون بنفسه . ولكن هذا الخلاف الجوهرى في أثر الإرادة لا يصل إلى رفع صفة العقد بالكلية عن

(١) راجع ماسيجي ، نبذة ٩٩ وما بعدها .

اتفاقات الأحوال الشخصية والقانون العام . فإن كان القانون هو الذى يتولى بنفسه تحديد آثارها . فالإرادة هى التى تنشئها . كل ما فى الأمر أن هذه الاتفاقات تعتبر عقوداً من طبيعة خاصة متميزة عن عقود المعاملات المالية فى الكثير من أحكامها . وإن اشتركت معها فى الكثير من أحكامها أيضاً ، الأمر الذى يمكننا معه أن نقول إنها تتمثل مزيجاً من فكرة العقد وفكرة النظام القانونى . خلاصة كل ما سبق أن نطاق العقد يشمل كل الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية . وهى التى يطلق عليها فى العادة الأحوال العينية Statut réel . بل إنه يشمل أيضاً . وإن كان ذلك فى حدود مرسومة ضيقة النطاق . الاتفاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية . وتلك التى تقوم فى خصوص علاقات القانون العام . وعلى أية حال . فنحن . إذ نتكلم هنا عن العقد باعتباره مصدراً للالتزامات : فإننا نتناوله بصفة أساسية فى مجال المعاملات المالية .

٢٩ مكرر - أهمية نظام العقد :

العقد نظام فذ وعملق من أنظمة القانون . بل هو . بعد القانون نفسه . أهم الأنظمة التى تستظل بظله . فالعقد يلعب الدور الأساس الأعظم فى دنيا المال بين الناس . وهو أكثر أنظمة القانون شيوعاً فى حياتهم . إذ أن الفرد منا . حتى فى حياته العادية . يبرم مع غيرد العقد . فى اليوم الواحد . مرات ومرات .

وإذا نظرنا إلى العقد فى مجاله الطبيعى . وهو المال . وجدناه يتمثل المصدر الأساسى الغالب لنشأة الحقوق والالتزامات . بغض النظر عن طبيعة الحق . عينياً كان أم شخصياً . ويكفيينا . للتدليل على ذلك ، أن نذكر نوعاً واحداً من العتود . ألا وهو عقد البيع ، الذى هو بلا شك أكثر الوسائل شيوعاً فى دنيا المعاملات .

ونظام العقد : على جنيل خطره فى مجال المال . لايقف عند حدوده . فهو يتجاوز حدود المال إلى غيره من الكثير من مظاهر الحياة . فهو : مثلاً . السبيل إلى إنشاء هذا الرباط المقدس بين الرجل والمرأة فى الزواج ، وإن

كانت صفة العقدية في الزواج تتخفف إلى حد كبير بمخالفتها لفكرة النظامية فيه . بل إن دور العقد لا يقف عند معاملات الناس . مالية كانت أم إنسانية ، وإنما يتجاوزها إلى علاقات الدول نفسها فيما بينها وبين بعض . فكثيراً ما تلجأ الدول إلى تنظيم شئونها فيما بينها عن طريق اتفاقات أو عقود تبرمها ، ثنائية كانت أم جماعية . وهي التي يغلب أن تسمى بالاتفاقات أو المعاهدات .

وإذ نقصر الكلام هنا على أهمية نظام العقد في مجال الالتزامات . نجد أنه يتمثل المصدر الغالب لنشأتها . فهو ينشئ وحده . في واقع حياة الناس . الأغلبية الكبرى من الالتزامات . بحيث إن مصادر الالتزام الأخرى . كلها مجتمعة . لا تتناسب معه بمفرده في الأهمية .

وإذا كان للعقد أهميته القصوى من حيث إنه يتمثل المصدر الغالب لنشأة الالتزامات . فهو لا يقنع بهذا الدور . على عظيم شأنه . فهو إلى جانب إنشاء الالتزام . نجده كثيراً ما يتخذ وسيلة لتعديل التزام قائم . كما أنه قد يتخذ أداة لنقل الالتزامات . سواء أكان هذا النقل إيجابياً أي بين الدائن الأصلي إلى دائن آخر (حوالة الحق) . أم سلبياً أي من المدين الأصلي إلى مدين آخر يتحمل بالالتزام مكانه (حوالة الدين) . ثم إنه قد يتخذ سبيلاً إلى إنهاء التزام موجود . كما هي الحال في الوفاء .

وإذا كنا نتناول هنا نظام العقد . ونحن بصدد دراسة مصادر الالتزام . متبعين فيه النهج الذي سار القانون المدني نفسه عليه . فهاذا لك إلا لأن دور العقد في إنشاء الالتزام . بل والحقوق المالية بوجه عام . هو أبرز أدواره وأهمها . فليس معنى تناولنا نظام العقد . ونحن في مجال دراسة مصادر الالتزام . بل وليس معنى إيراد القانون نفسه أحكام العقد في الباب المخصص لمصادر الالتزام . ليس معنى ذلك كله أن الأحكام التي أوردها القانون في شأن العقد بوجه عام . والتي نتناولها نحن هنا بالدراسة . لا تنطبق إلا في خصوص إنشاء الالتزام . بل أنها تلزمه في شتى مجالات إعماله دون تفريق .

وغنى عن البيان أن من العقود نوعيات عديدة تستعصى على الحصر

والبيان . فمنها البيع والإيجار والشركة والوكالة والكفالة والرهن والوديعة والعارية والتأمين . وغير ذلك جد كثير لا يتناهى . ونحن هنا لا نتناول دراسة عقد بعينه . وإنما نتناول الأحكام العامة الأساسية المشتركة للعقود بوجه عام . أى أننا نعالج العقد فى إطار نظرية عامة . وهو ذات النهج الذى ألتزمه المشرع فى بيان أحكام العقد بوجه عام فى الباب الذى أفردده لمصادر الالتزام .

فالمشرع يتناول العقود فى مجالين مختلفين : فهو يبدأ . فى الباب المخصص لمصادر الالتزام . ببيان أحكام العقد بوجه عام (١) ، أى أنه يتناوله فى إطار نظرية عامة تتضمن القواعد الأساسية العامة للعقود دون تخصيص . ثم يعود بعد ذلك لبيان الأحكام الخاصة ببعض العقود التى يتلمس أهميتها من حيث مدى ما يثار بشأنها بين الناس من منازعات . كالبيع والإيجار والهبة ونحوها ، وهى التى يطلق عليها العقود المسماة (٢) .

وقيام المشرع بوضع أحكام للعقد بوجه عام . أو أحكام نظرية العقد : من الأهمية . بحيث لا تخفى على أحد . ففضلاً عن تمشيه مع مقتضيات العصر من التأصيل والتركيز . فهو يغنى من مثونة التكرار عند عرض أحكام العقود المسماة . بالنسبة إلى ما هو مشترك بينها . ثم إن من شأن ذلك أن يتيح للقاضى أن يجد الحكم القانونى فى صدد العقود التى لا يتناولها المشرع بالتنظيم الخاص . وهى ما يطلق عليها العقود غير المسماة أو غير المعينة .

والأحكام التى يتضمنها القانون فى مجال نظرية العقد : اعتباراً بأنها ترمى الأسس العامة المشتركة . تسرى على العقود المالية كلها . مدنية كانت أم تجارية . أم حتى غيرها ، وسواء أكانت هذه العقود مسماة أو غير مسماة . وذلك مالم يقض القانون فى شأن عقد معلوم ، بحكم معين يخصه به .

(١) وهذا ما يفعله القانون المدنى المصرى فى الفصل الأول المعنون « العقد » من الباب الأول المعنون « مصادر الالتزام » من الكتاب الأول المعنون « الالتزامات بوجه عام » من القسم الأول المعنون « الالتزامات أو حقوق الشخصية » .

(٢) ويفعل المشرع ذلك فى الكتاب الثانى المعنون « العقود المسماة » من القسم الأول .

أو اقتضته طبيعة هذا العقد . وهذا أمر بين واضح (١) لم ير المشرع ثمة ضرورة لأن يصرح به في نص خاص (٢) .

٣٠ - تقسيمات العقود :

العقود ليست كلها من صنف واحد . فهي تتنوع وتختلف . بل هي في تنوعها واختلافها لا ينتظمها تقسيم واحد ، وإنما ترد عليها تقسيمات كثيرة . فكلما نظرنا إلى العقود من زوايا معينة ووفقاً لأساس محدد . رأيناها تتغير وتتشكل فصائل وطوائف .

ولبيان تقسيمات العقود أهمية كبرى . فالعقود في عددها لا تنتهي ولا يشملها الحصر . وهي على كثرتها لا تقف عند حد معين ، بل يظهر منها في كل يوم جديد . وما ذلك إلا لأن للإرادة أن تنشئ من العقود ما تريد . تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وإذا استعصت العقود على الحصر . فلا أقل من أن نجمع كل ما يتشابه منها في فصيلة خاصة ، حتى نتبين القواعد الأساسية التي تحكم كل فصيلة .

ولكثرة تقسيمات العقود ، لانتناولها كلها ، بل نجتزئُ بالهم منها . وسنتناول ، فيما يلي أهم تلك التقسيمات .

٣٠ مكرر - العقود المسماة وغير المسماة :

تنقسم العقود ، بالنسبة إلى بيان القانون أحكامها الخاصة أو سكوته عن ذلك ، إلى عقود مسماة أو معينة *contracts només* ، وعقود غير مسماة

(١) وقد قنن المشرع الفرنسي هذا الأمر في المادة ١١٠٧ من مدونة نابليون ، وسأيرته في ذلك بعض التقنينات الأخرى ، كالقانون الإيطالي (المادة ١١٠٥) والقانون اللبناني (المادة ١٧٥) ، ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٩) والقانون المدني العراقي (المادة ٧٦) وأخيراً القانون المدني الأردني (المادة ٨٩) .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدى ، في المادة ١٢٣ منه ، نصاً يصرح بسريان أحكام نظرية العقد على كافة العقود المدنية ، ما لم يرد في شأن عقد معين حكم خاص به ، وبسريان أحكام القانون التجارى على العقود التجارية . ولم يرد هذا النص في القانون ، إذ أنه حذف لعدم الحاجة إليه . وذلك أمر محمود . إذ أن الحكم يبلغ في وضوحه إلى حد أن تقتنيه يمثل نافذة .

أو غير معينة (١) *contrats innomés*

فلا حد للصور التي يمكن للعقود أن تتخذها ، إذ هي تختلف باختلاف الأمور التي يرد عليها توافق الإرادتين . وما هذا إلا نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة . فما دام النظام العام للدولة لا يعتدى عليه . فإن للأفراد الحرية كاملة في أن ينظموا شئونهم بالشكل الذي يريدون . ومن هنا كانت العقود . بحسب موضوعها . لا تنهأ ولا تقع تحت حصر (٢) . وبالتالي استحال على

(١) ويجب عدم الخلط بين المعنى الذي تفيد به عبارة « العقود غير معينة أو غير المسماة » في لغة القانون المعاصر ، وبين المعنى الذي كانت تفيد به هذه العبارة في لغة القانون الروماني . فقد كان هذه العبارة عند الرومان معنى جدياً مختلف عن المعنى الذي نفهم منها الآن ، والذي يبناه في الآن . فعبارة « العقود غير اسماء أو غير معينة *contrats innomés* » كانت تفيد في لغة الرومان طائفة من العقود غير الشكلية ، وصلوا إلى إجازتها وتقرير إلزامها ، وهم في سبيل التحرر من الأشكال التي كان يلزم اتباعها لكي يقوم العقد صحيحاً ملزماً . فالأصل عند الرومان أن العقد لا يقوم ولا يلزم إلا إذا « في أحد الأشكال المرسومة » وهي الثلاثة الآتية : عقد الاستدانة *nexum* والاشتراط الشفوي *stipulatio* والعقد الكتابي *litteris* وفي سبيل التحرر من سطوة الشكل ، وصل الرومان إلى إقرار أنواع من العقود تقع مصيبة ومزمنة دون ضرورة أن تبرز في أحد الأشكال السابقة . وأول ما ظهر من هذه العقود غير شكلية هو العقود العينية *in re* ، وهي عقود يلزم التسليم لانعقادها ، كمعقد المارية والقرض والوديعة . ثم ظهرت العقود الرضائية *solu consensu* : وهي عقود تتم بمجرد توافق الإرادتين وكانت محصورة في أربعة : البيع والإيجار والوكالة والشركة . وأخيراً ظهرت العقود غير المسماة ، ويعني بها طائفة من العقود كانت تقع مصيبة رغم عدم اتخاذها الشكل الرسمي ورغم عدم دخولها في طائفة العقود العينية أو طائفة العقود الرضائية ، وذلك بشرط قيام أحد العاقدين بتنفيذ التزامه . فالعقد غير المسمى كان يفيد في لغة الرومان عقداً من شأنه أن يرتب التزامات في ذمة كل من طرفيه ، ولكنه لم يمر بالشكل الرسمي ، ولا يدخل في زمرة العقود العينية ولا الرضائية ، وهو لهذا لا يقوم ولا يلزم بذاته ، ولكنه يصير كذلك إذا ما قام أحد طرفيه بتنفيذ التزامه : إذ يعتق لهذا الطرف المنفذ أن يجبر الطرف الآخر بأن يوفى بدوره تعهده عن طريق دعوى يمنحها إياه القانون .

(٢) انظر مع ذلك *Planio* في *rev. crit.* ج ٣٠ س ١٩٠٤ ص ٤٧ . ويرى الأستاذ الكبير إمكان حصر العقود ، سواء أكانت مسماة أم غير مسماة . وذلك على أساس أن موضوعها لا يخرج عن أمور ثلاثة ، فهو إما شيء أو حق أو عمل . ولم تلق فكرة *Planio* نجاحاً يذكر . فأساس الفكرة ، وإن كان في مجموعها صائباً ، إلا أنه لا يمكن أن يؤدي إلى النتيجة التي أراد صاحبها الوصول إليها . فالعقود التي ترد على العمل ، مثلاً ، يمكن أن تتخذ صوراً لأحد لها ، مادامت لا تنافي النظام العام في الدولة .

المشرع أن يستعرض جميع الصور التي يمكن أن تتخذها العقود . ليضع لها من الأحكام الخاصة ما يكفل تنظيمها . ولم يكن هناك مفر من الاقتصار في ذلك على بعضها دون البعض الآخر . والمشرع يقتصر على بيان الأحكام الخاصة للعقود التي يلمس أهميتها للناس . بحسب حاجاتهم ، وبحسب ما يثور حولها من منازعات في مألوف حياتهم .

والمشرع ، حينما يبين الأحكام الخاصة لعقد ما ، يخلع عليه بالضرورة اسماً خاصاً به . ولذلك تسمى العقود التي من هذا النوع بالعقود المسماة . كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة وعقد الهبة ... الخ .

أما العقود التي لا يتكفل المشرع ببيان أحكامها الخاصة . فيطلق عليها العقود غير المسماة ، لأن المشرع لا يخلع عليها اسماً خاصاً تعرف به . وهي تظل محتفظة بوصفها هذا . حتى إذا درج العمل على إضفاء اسم خاص عليها . لأن الاعتبار في خلع هذا الوصف يرجع إلى عدم قيام القانون نفسه ببيان الأحكام الخاصة بالعقد . كما سبق أن بينا . ومثال العقود غير المسماة الاتفاق على إيواء التزل في الفندق ، والاتفاق الذي يعقده صاحب المسرح أو السينما مع روادهما على تمكينهم من مشاهدة الرواية .

ولا يفهم مما سبق أن العقود غير المسماة لا تخضع لتنظيم القانون . إذ أن المشرع . قبل أن يبين أحكام العقود المسماة ، يبدأ ببيان الأحكام الأساسية للعقد في نطاق نظرية عامة تشمل العقود أياً ما كانت صورها . كما سبق لنا أن بينا . وهذه الأحكام الأساسية تسرى على العقود جميعها ، ما لم يرد بشأن بعضها حكم خاص . أو كانت طبيعتها تتجافى معها . وفضلاً عن ذلك فالعقد غير المسمى إنما يخضع للأحكام العامة للقانون . وللأحكام التي تستنتج عن طريق القياس بمقارنته بما قد يشابهه من العقود المسماة .

والحقيقة أن المشرع تكفل ببيان أحكام أغلب العقود التي يقتصر الأفراد عليها في معاملاتهم ، والتي تثار حولها المنازعات بينهم ، حتى أنه يندر عملاً أن نجد عقداً لا ينطوي تحت صورة من صور هذه العقود ، أو على الأقل ،

لا تعتبر مزيجاً من عقود متعددة منها . وعلى أية حال ، إذا عرض عقد من نوع خاص ، فلاخوف من أن تكتنفه الفوضى ، إذ أن في الأحكام العامة للقانون ، ولما يضعه طرفاه من شروط ، في حدود النظام العام للدولة ، ما يكفل تنظيمه .

وإذا اطرده ظهور عقد من نوع خاص وبرزت أهميته وتكاثرت المنازعات في شأنه ، تولى المشرع تنظيم أحكامه ، وأدخله بذلك بين طائفة العقود المسماة . وعقد التأمين أبرز مثال لذلك . فإلى عهد ليس ببعيد ، لم يكن هذا العقد معروفاً . بل كان يستحيل على الأفراد الالتجاء إليه ، لاعتبار أحكامه حينئذ مخالفة للنظام العام . وسرعان ما اقتنع المشرع في مصر وفرنسا وفي غيرها من أكثرية الدول بفائدته ، فقرر شرعيته . ولجأ إلى وضع أحكام تنظمه فانتقل بذلك إلى طائفة العقود المسماة .

يظهر مما سبق أن العقود تنقسم . حسب بيان القانون أحكامها الخاصة أو سكوته عن ذلك ، إلى : عقود مسماة أو معينة وعقود غير مسماة أو غير معينة . وقد أقر القانون المدني المصرى هذا التقسيم ضمناً . فقد جاء الكتاب الثانى من القسم الأول منه يحمل عنوان : « العقود المسماة » ، الأمر الذى يعنى بالضرورة أنه يقر وجود نوع آخر من العقود ، هى العقود غير المسماة .

والعقود المسماة . وبعبارة أخرى العقود التى يحيطها المشرع بالتنظيم الخاص . متعددة متنوعة ، وهى تختلف باختلاف موضوعها والغرض منها . فمن هذه العقود مايرمى إلى نقل ملكية شئ* أو حق عيني آخر عليه ، كالبيع والمقايضة والهبة . ومنها مايرد على منفعة الشئ* أو الحق ، كالإيجار والعارية ، ومنها ما يرد عمل الإنسان كعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الوديعة . ومنها مايقصد به تأمين استيفاء الدائن حقه ، كعقد الكفالة وعقد الرهن .

٣١ - العقود الرضائية والشكلية والعينية :

تنقسم العقود . بالنسبة إلى ما إذا كانت الإرادة ، بذاتها ومجردة عن أى ظرف يكتنفها . تكفى لإنشائها ، أو أنها غير كافية لذلك . إلى : عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية .

فالإرادة أساس العقود جميعاً . فلا قيام لعقد أياً ما كان نوعه ، إلا إذا توافقت إرادتا طرفيه وارتبطتا على إنشائه ؛ وعلى حكم المسائل الجوهرية فيه . ولكن طريقة التعبير عن الإرادة التى يتطلبها القانون لإنشاء العقود تختلف باختلافها . فمن العقود ما يطلق القانون أثر الإرادة فى إنشائها . فيكتفى بمجرد التعبير عنها ، دون أن يقيد هذا التعبير بوجوب وروده فى شكل أو فى آخر . ولا باقترانه بأمر أو بآخر . فالذى يهم . بصدد هذا النوع من العقود . هو مجرد توافر الرضاء بها . ومن هنا جاءت تسميتها بالعقود الرضائية *contrats consensuels* . ومن العقود ما يستلزم القانون . لإنشائها . مجئ الرضاء بها فى شكل خاص يحدده . وهذه هى العقود الشكلية *contrats formels* . ومن العقود . فى النهاية . ما يستلزم القانون لقيامها أن يقترن الرضاء بها بتسليم الشئ . أو العين التى يرد عليها . وهذه هى العقود العينية *contrats réels*

فالعقود الرضائية هى التى تنعقد بمجرد التراضى بين طرفيها على إنشائها وعلى حكم المسائل الجوهرية فيها . دون ما لزوم أن يجئ هذا التراضى فى شكل معلوم ، أو أن يقترن بإجراء معين . فسواء أن يحصل باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم بانخاذ أى موقف آخر يدل عليه . ومثلها البيع والإيجار والصالح والقسمة .

والرضائية فى العقود هى الأصل ، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وإن كانت الاستثناءات أخذت تتكاثر على مر الزمن . وعلى ذلك فالعقد يعتبر رضائياً ما لم يقر القانون نفسه غير ذلك .

أما العقود الشكلية : فهى التى يلزم . لذات انعقادها . ورود الرضاء بها فى شكل خاص محدد . ومثلها الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة .

والشكل الذى يتطلبه القانون لقيام العقود الشكلية ليس واحداً . فهو يتدرج ما بين الورقة الرسمية والكتابة العرفية . ففى بعض العقود . يستلزم القانون الرسمية لانعقادها . كما هى الحال فى الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة . وفى البعض الآخر . يكتفى القانون بكتابة محرر ولو كان عرفياً . كما هى الحال فى عقد الشركة المدنية (المادة ٥٠٧) . وعقد إنشاء ملكية الأسرة (المادة ٨٥١) .

ونلفت النظر إلى أن الشكل الذى يتطلبه القانون لا يجعل من التصرف شكلياً ، إلا إذا كان ضرورياً لذات قيامه . بحيث إنه ينعقد إذا تخلف . أما إذا لم يصل دور الشكل إلى هذا الحد . ما جعل التصرف شكلياً . بل يستمر رضائياً . ومن الأشكال التى تدخل فى هذا النوع الأخير ما يتعلق بإثبات التصرف وشهره . ففوضى المادة ٦٠ / ١ من قانون الإثبات . مثلاً . أنه يلزم الكتابة أو ما فى حكمها لإثبات التصرفات غير التجارية التى تزيد قيمتها على ٢٠ جنيهاً . ولكن هذا لا يجعل من هذه التصرفات شكلية . فالشكل هنا مطلوب للإثبات فحسب . فإن تخلف . فإن هذا لا يمنع من أن التصرف موجود وصحيح فى حقيقة الواقع . وإن صعبت إقامة الدليل عليه قضاء^(١) . وإن لم تصل إلى حد الاستحالة . حيث تجوز بالإقرار واليمين . بل وبالبينة نفسها فى بعض الأحوال . وكذلك الأمر بالنسبة إلى شهر التصرفات بالتسجيل أو القيد على حسب الأحوال . فالقانون . وإن استلزم شهر التصرفات العقارية ، إلا أنه لا يجعل من هذا الشهر شرطاً لانعقادها . بل

(١) ومن العقود التى يلزم إثباتها بالكتابة عقد التحكيم (المادة ٢/٥٠١ مرافعات) ، وهو العقد الذى يتفق فيه طرفاه على عرض المنازعات التى نشأت أو تنشأ بينهما على فرد أو أفراد ليفصلوا فيها بدلا من المحكمة المختصة . والكتابة مطلوبة فى هذا العقد لإثبات فحسب . فهى إذن لاتغير من طبيعته الرضائية . فهو ينعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول . (انظر تمييز الكويت ١٧/٦/١٩٧٥ ، القضاء والقانون س ٥ ع ٢ ص ٩٤ رقم ١٨) . وإذا لم يكن عقد التحكيم وارداً فى محرر ، وتعذر بذلك إثباته بالكتابة ، فإنه لا يمكن أيضاً اثباته بما هو دون الكتابة من أدلة الإثبات ، أى بالبينة والقرائن ، ولكن يمكن إثباته بما هو أقوى من الكتابة من أدلة الإثبات ، ونعنى بذلك الإقرار واليمين الحاسمة . راجع فى إثبات التحكيم : فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى نبذة ٤١٠ .

مجرد إجراء يأتى فى وقت لاحق لهذا الانعقاد ، ويلزم حصوله لإحداث أثر من آثارها ، وهو انتقال الملكية أو غيرها من الحقوق العينية . فبيع العقار غير المسجل : مثلاً . عقد صحيح وينتج كل آثاره ، مع استثناء أثر واحد ، وهو انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري . حيث يترأخى حصوله إلى مابعد التسجيل .

ونلفت النظر أيضاً إلى أن الشكل فى العقود الشكلية لا يغنى عن الإرادة . فهو لا يعدو أن يكون الثوب الذى يجب أن يحى الرضاء بالعقد فيه . فإذا أحيط إبرام الرهن الرسمى أو الهبة . مثلاً . بالرسمية . بمعنى أن أبرم التصرف أمسام الموثق . ثم اتضح انعدام إرادة أحد المتعاقدين . كما إذا كان مجنوناً . فإن التصرف لا يقوم أصلاً . ففى العقود الشكلية يلزم لقيامها ورود الرضاء بها ، وفى الشكل المحدد . ولا يغنى أحد الأمرين عن الآخر (١) .

والقانون هو الذى يحدد العقود الشكلية . والشكل المتطلب فى كل عقد . ولا يسوغ القياس على ما يقرره منها . لأن العقود الشكلية استثناء . والاستثناء لا يتوسع فى تفسيره ولا يقاس عليه .

وإذا تطلب القانون شكلية معينة لانعقاد عقد معلوم . كالهبة أو الرهن الرسمى مثلاً . فإن نفس الشكلية تلزم فى عقد التوكيل فى إبرام هذا العقد ممن يتطلب القانون شكلية رضائه (المادة ٧٠٠ مدنى) . كما أن الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد تلزم أيضاً لقيام عقد الوعد بإبرامه (المادة ١٠١ / ٢ مدنى) . وفى إجازته وإقراره وتعديله (٢) .

ولكن لا يوجد نمة ما يمنع المتعاقدين من أن يتفقا . فى حالة معينة بذاتها .

(١) وفى هذا تختلف العقود الشكلية فى القانون المعاصر عن أمثالها فى القانون الرومانى . فقد أدت سطوة الشكل فى شريعة الرومان إلى أن احترامه كان يرتب الأثر القانونى ، حتى لو كانت إرادة أحد العاقدين أو كليهما غير قائمة .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام ، نبذة ٤٥ - محمود جمال الدين زكى . الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٢١ .

على أن يكون عقد رضائي بطبيعته ، كعقد البيع ، عقداً شكلياً . كما إذا اتفقا على أن البيع الذي يزعمان إبرامه لا ينعقد ، إلا إذا تم في الشكل الرسمي . أو تم في محرر مكتوب . فهنا يعتد بإرادة المتعاقدين ، ولا يعتبر للعقد قيام إلا إذا جاء في الشكل الذي رسمته . وذلك ما لم يتفق العاقدان على عدم الاعتداد بالشكل الذي تطلبته الإرادة . فرضائية العقود ، حيث يقررها القانون ، لا تعتبر من النظام العام . ومن ثم يسوغ الاتفاق على خلافها ^(١) . على أنه يجب هنا أن يكون الاتفاق قاطعاً في دلالة على أن طرفيه أرادا جعل العقد شكلياً . بمعنى أنهما أرادا سلوك الشكل المطلوب لذات قيام العقد ، وأن العقد لا ينعقد بدونه . وكثيراً ما تدق معرفة قصد المتعاقدين من استلزام الشكل الذي يتطلبه ، أهو شرط لانعقاد العقد . أم لأمر آخر كإثباته . مثلاً . وعند الشك ، يجب تفسير عبارة العقد على أنها لا تستلزم الشكل لذات انعقاده . بل للأمر الآخر ^(٢) . الذي هو دون انعقاد العقد بالضرورة . ذلك لأن الشك الذي يكتنف شرطاً من شروط العقد ينبغي أن يفسر على النحو الذي يتمشى مع ما تقتضيه القواعد القانونية العامة ، ومؤداها هنا أن العقد رضائي ^(٣) .

وإذا قلنا إن الاتفاق بين العاقدين على جعل عقدهما - الذي هو رضائي بطبيعته - عقداً شكلياً يقع صحيحاً ويكون من شأنه أن هذا العقد لا يقوم إلا إذا أبرم في الشكل المتفق عليه ، فإن هذا القول . وإن كان سليماً تماماً

(١) وذلك بخلاف الحال بالنسبة إلى شكلية العقود . فالشكلية ، حيث يستلزمها القانون ، تعتبر من النظام العام . إذ أن القانون لا يقررها إلا مراعاة لمصلحة أساسية . ومن ثم لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الشكلية ، حتى إذا ورد هذا الاتفاق في الشكل المطلوب .

(٢) وقد كانت المادة ١٤٩ من المشروع التمهيدى لقانوننا نقضى بحكم مخالف . إذ هي تقول « إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى العقد شكلاً خاصاً لم يشترطه القانون ، فانفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذي يستوفى فيه العقد الشكل المتفق عليه » . وقد حذف هذا النص ، فلم يأت في القانون ، وترك الأمر لحكم القواعد العامة .

(٣) انظر في هذا المعنى : عبد الرزاق السهورى ، الوسيط في شرح القانون المدنى ج ١ ط ٢ ص ١٦٣ هامش ١ . عبد المنعم الصده ، محاضرات في القانون المدنى ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ج ١ ص ٣١ .

من ناحية الفكرة العامة والنهج القانوني ، إلا أنه في العمل يتمثل عديم الجدوى في مجال إبرام العقود ذاته . لأن الشكلية التي يتطلبها العاقدان في إبرام عقدهما . من غير أن يفرضها القانون نفسه . والتي يمكننا أن نطلق عليها الشكلية الاتفاقية . تتميز أذا عن الشكلية التي يفرضها القانون ، أو الشكلية القانونية ؛ تلك الشكلية الاتفاقية يمكن للعاقدين أن يخالفوها إذا انعقدت إرادتهما على ذلك . فهي بخلاف الشكلية التي يفرضها القانون . لا تتعلق بالنظام العام . وهكذا فلا يوجد ثمة ما يمنع العاقدين . بعد أن يتفقا على إبرام عقدهما في شكل مرسوم كما إذا اتفق المتبايعان على إبرام البيع في محور رسمي موثق أمام مأمور اتوثيق من أن يعودا فيبرمانه في غير ذلك الشكل . كما إذا أبرما البيع . في مثالنا في محور عرقي . ذلك لأن إبرام العقد في غير الشكل الذي اتفق عليه العاقدان ابتداء . وفي تاريخ لاحق لهذا الاتفاق ، يعتبر بذاته اتفاقاً منهما . ولو أنه ضمنى . على عدم الاعتداد باتفاقهما الأول . وما يجوز للإرادة المشتركة أن تقيمه . يسوغ لها بذاتها أن تنقضه ، طالما أن هذا النقص لا يتخالف مع النظام العام .

وإذا وصلنا إلى أن الشكلية الاتفاقية المطلوبة لإبرام العقود يمكن لها أن تخالف بإبرام العقد في تاريخ تال في غير الشكل المرسوم . فلننسا نصل إلى أن مثل هذه الشكلية لا تكون ذات جدوى في العمل إلا إذا كانت مطلوبة لإجراء تصرف انفرادي من أحد العاقدين ؛ كالتنبيه بإخلاء العين المؤجرة مثلاً . حيث أنه يجوز هنا للعاقد الآخر أن يتمسك بوجوب حصول التصرف في الشكل المرسوم .

ولإلى جانب العقود الرضائية والشكلية . توجد العقود العينية . وهي تلك التي يلزم لقيامها تسليم الشيء الذي ترد عليه . والعقود العينية هي نوع مخفف من العقود الشكلية أدى إليه تطور القانون الروماني . في سبيل التحلل من الأوضاع والأشكال البالية التي كانت تسوده .

فللتخلص من الشكل الذي كان يلزم إجراؤه بالنسبة إلى العقود بوجه عام

سمح الرومان ، بالنسبة إلى بعض العقود : بالاكتفاء بتسليم الشيء التي ترد عليه . وانتقل نظام العقود العينية من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي . ومن هذا الأخير انتقل إلى القانون المصري القديم . فقد عرف القانون المصري القديم . كالقانون الفرنسي تماماً . خمسة عقود عينية . وهي القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازي وهبة المنقول التي تبرم سافرة في عقد عرقي .

ونظام العقود العينية منتقد في الفقه المعاصر . فلم يعد له مبرر . فهو قد نشأ عند الرومان للتخفيف من حدة الشكل . أما الآن . فالقاعدة هي رضائية العقود . وبهذا فقد هذا النظام علة وجوده . بل أصبح من شأنه أن يعرقل إبرام التصرفات . بعد أن قصد به في الأصل تيسيره . من أجل ذلك أخذت التشريعات المعاصرة تهجر نظام العقود العينية . وقد سار قانوننا المدني في هذا الاتجاه . فقصر هذا النظام على عقد واحد . بل على صورة معينة من صور انعقاده . وهذا العقد هو هبة المنقول . فيلزم . لانعقاد هبة المنقول . أن تجيء في إحدى صور ثلاث : فهي إما أن تجيء في ورقة رسمية . أو مستترة في صورة عقد آخر . أو أن تقرن بقبض الموهوب له الشيء الموهوب (المادة ٤٨٨) . والهبة التي تتم في الصورة الأخيرة يطلق عليها الهبة اليدوية . اعتباراً بأنها تتم بتسليم الشيء من يد الواهب إلى يد الموهوب له . وهي الصورة الوحيدة لنظام العقود العينية في قانوننا المدني الحالي . وفيها لا يعتبر للهبة قيام . إلا إذا تم القبض . أما العقود الأخرى التي كانت عينية في ظل قانوننا القديم وهي القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازي . فقد أصبحت الآن عقوداً رضائية . بعد أن كف التسليم عن أن يكون شرطاً لانعقادها ، وأصبح مجرد أثر يترتب عليها . فالرهن الحيازي . مثلاً ينعقد صحيحاً بمجرد التراضي عليه بين الراهن والمرتهن . حتى قبل أن يسلم الشيء المرهون إلى هذا الأخير . فتسليم المرهون هنا يقع أثراً لعقد الرهن : لاركتناً لازماً لقيامه . ويتمثل هذا الأثر في التزام أساسي يتحمل به الراهن لصالح المرتهن (١) .

(١) راجع في ذلك مؤلفنا . التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٤٤١ .

وكما يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون عقد رضائي معين عقداً شكلياً . يسوغ لهما أن يتفقا على جعله عقداً عينياً ، بمعنى ألا يقوم إلا إذا تم القبض . وكثيراً ما يقع مثل هذا الاتفاق في عقد التأمين . عندما تتضمن بوليسته شرطاً يفضى بعدم قيامه إلا بعد دفع قسط أو أكثر من أقساطه . وقد يقع مثل هذا الاتفاق أيضاً في شأن عقد نقل البضائع . فهذا العقد . وإن كان بحسب الأصل عقداً رضائياً ، يتم بمجرد توافق إرادة طرفيه . إلا أنه يجوز الاتفاق بينهما على تأخير انعقاده إلى وقت تسليم البضاعة المنقولة . فيعتبر حينئذ عقداً عينياً .

٣٢ - عقود المعاوضات وعقود التبرع :

تنقسم العقود . بالنسبة إلى ما إذا كان عاقدها يأخذ مقابل لما يعطى أو لا يأخذ . إلى عقود بمقابل . أو عقود معاوضات . وإلى عقود بغير مقابل أو عقود تبرع . ففي النوع الأول يعطى العاقد ويأخذ مقابل لما يعطيه . ومثاله البيع . حيث يعطى البائع الشيء المبيع للمشتري ويأخذ منه الثمن . ويعطى المشتري للبائع ثمن ويأخذ منه المبيع . والإيجار حيث يعطى المؤجر منفعة العين للمستأجر ويأخذ منه الأجرة . ويعطى المستأجر للمؤجر الأجرة ويأخذ منه منفعة العين المؤجرة . ومثال هذا النوع أيضاً عقد العمل . وكذلك الوكالة والوديعة إن كانتا بأجر . وفي النوع الثاني . يعطى أحد التعاقدين للآخر شيئاً دون أن يأخذ مقابل لما يعطيه إياه . فهو يتبرع له بشئ من عنده . والمثال الفذ لهذا النوع هو الهبة . حيث يعطى الواهب الشئ للموهوب له . دون أن يأخذ مقابل لما يعطيه إياه . ومثال هذا النوع أيضاً العارية ، ثم الوكالة والوديعة إن عقدتا بغير أجر .

يظهر من هذا أن أساس تقسيم العقود إلى عقود المعاوضة وعقود التبرع هو حصول التعاقد على مقابل لما يعطيه من عدمه . والمقصود بالمقابل هنا هو المقابل المادى . أى ذاك الذى تكون له قيمة مالية . فلا يعتد بما يناله المتعاقد من مقابل أدبى أو معنوى لما يعطيه . ومن ثم فالأم التى تعطى لابنها مالها ، مثلاً ، فى مقابل أن تشبع فى نفسها عاطفة الحب والحنان نحوه .

لا تعقد معه عقداً من عقود المعاوضات . وإنما عقداً من عقود التبرع ، فهي تبرع له بما لها .

وإذا خلصنا إلى أن أساس التقسيم الذي نحن بصدده هو حصول المتعاقد على مقابل مادي لما يعطيه أو عدم حصوله عليه ^(١) . فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كان المتعاقد يحصل على مقابل ما يعطيه من المتعاقد الآخر ، أو كان يحصل عليه من شخص أجنبي عن العقد الذي يبرمه . فالكفيل . الذي يأخذ مقابلاً لكفالاته من المدين . يبرم عقداً من عقود المعاوضات . في حين أنه يبرم عقد الكفالة مع الدائن . وأن المدين لا يعتبر طرفاً في هذا العقد .

وصفة المعاوضة أو التبرع ، وإن لزمّت بعض العقود . بحيث إنها لا تقوم أصلاً إلا إذا اتسمت بها ، فإنه يوجد من العقود الأخرى ما يمكن اتسامه بإحدى هاتين الصفتين أو بالأخرى . فالبيع والإيجار . مثلاً . لا يقومان إلا إذا أبرما على سبيل التعاض . وكذلك الهبة والعارية ، لا تقومان إلا إذا أبرمتا على سبيل التبرع . أما الكفالة والوديعة والوكالة . فن السائغ أن نجى في صورة أو في أخرى . وفقاً لما إذا كان عاقدتها يأخذ مقابلاً لما يعطى أو لا يأخذ .

(١) ولتحديد وصف العقد بحسب ما إذا كان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرع ، يجب أن ننظر إلى كل من طرفيه على حدة . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يعتبر العقد ، بالنسبة لأحد طرفيه ، تبرعاً ، في حين أنه يعتبر معاوضة ، بالنسبة إلى الطرف الآخر . فنحن في الحقيقة لانحكم هنا على العقد في ذاته ، وإنما نحكم على دور كل من طرفيه في إبرامه ، في خصوص كونه يعنى بمقتضاء شيئاً بالهجان ، أو يحصل منه على هذا النحو على فائدة مالية من عدمه . فإن غلب أن يتسم عقد التبرع بهذا الوصف بالنسبة إلى كل من طرفيه ، كما هي الحال في الهبة والعارية والقرض بدون فائدة والوكالة والوديعة بغير أجر ، إلا أنه من الممكن أن يتسم بذلك الوصف بالنسبة لأحدهما دون الآخر . ومثال هذه الحالة الأخيرة الكفالة بغير أجر : فهذا العقد يعتبر بالنسبة إلى الكفيل تبرعاً ، حيث إنه يعقده مجرد إسداء الجليل للمدين ، أما بالنسبة إلى الدائن ، فالكفالة تتمثل في العادة عقداً من عقود المعاوضات ، إذ هو ، ان استحصل منها على الأمن والضمان في استيفائه دينه ، فهو لا يأخذ ذلك في الغالب بالهجان ، وإنما نظير قيامه بإقراض المدين الدين ، أو نظير منحه أجلاً للوفاء به . انظر في هذا الاتجاه : السبوري ، نظرية العقد نبذة

بقى أن نعرف أن صفتي المعاوضة والتبرع قد تختلطان في ذات العقد الواحد . فمن يبيع ، مثلاً . داره بثمن يقل عن قيمته مجاملة للمشتري ، كما إذا كان قريبه أو صديقه . يأخذ بعض ما يراه مقابلًا لداره ، ويتبرع بالباقي . ومن يتبرع بأرضه لابنه مشروطاً عليه أن يدفع له مبلغاً من النقود لا يتناسب البتة مع قيمة الأرض : يتبرع بالكثير . ولكنه لا يتجرد كلية عن العوض . وفي مثل هذه الحالة ، لا يسوغ بالضرورة تجزئة العقد . والقول بأنه يعتبر في بعضه تبرعاً . وفي بعضه الآخر معاوضة . وإنما يلزم تغليب إحدى هاتين الصفتين على الأخرى ، بعد إجراء الموازنة بين الجزء الذي أخذ المقابل عنه ، والجزء الذي حصل التبرع به . ومع الاعتداد أساساً بنية المتعاقدين . فالبيع الذي تحصل فيه مجاملة في الثمن يظل مع ذلك عقداً من عقود المعاوضات . مادامت المجاملة لا تتجاوز حدودها المعقولة . والهبة تظل تبرعاً . حتى لو فرض الواهب على الموهوب له القيام بأمر معين . مادام هذا الأمر لا يتناسب البتة مع قيمة الموهوب . ومادام الواهب لا يتجرد عن نية التبرع (أنظر المادة ٤٨٦ / ٢ مدني) .

وللتفرقة بين المعاوضات والتبرعات أهمية كبرى . ومن مظاهر تلك الأهمية ما يلي :

١ — الأصل في التصرفات التي تقوم على التبرع هو أنها تعتبر أعمالاً مدنية وليست تجارية . إذ أن التجارة تقوم على المضاربة وغرض الكسب . فالتبرع غريب عنها . أما المعاوضات . فقد تنسم أحياناً بالصفة المدنية . وأحياناً بالصفة التجارية ، على حسب الأحوال .

٢ — تختلف الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات . باختلاف ما إذا قامت على التبرع أو المعاوضة . ففي عقود التبرع ، نجد القانون يشترط أقصى درجات الأهلية في المتبرع . وأخفها في المتبرع له . اعتباراً بأن الأول يجري عملاً يضره ضرراً محضاً ، وأن الثاني يجري عملاً ينفعه نفعاً محضاً . أما في المعاوضات فالقانون يشترط في المتعاقد أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين

النفع والضرر . وهى أهلية تجبى فى مرتبة وسطى بين أهلية إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً . وأهلية إجراء التصرفات النافعة نفعاً محضاً .

٣ — تختلف معاملة القانون للمتعاقد باختلاف ما إذا كان متبرعاً أو متبرعاً له أو متعاضداً . فهو يعامل المتبرع معاملة أخف من تلك التى يعامل بها المتعاضد . فى حين أنه يعامل المتبرع له معاملة أقسى وأشد . فالقانون ينظر إلى المتبرع على أنه متفضل . فيعامله بالنسبة إلى حقوقه والتزاماته معاملة تنسم بالتسامح واللين . ومن أجل ذلك نجد مركز الواهب . أخف كثيراً من مركز البائع^(١) . ومركز المعير أخف من مركز المؤجر . أما المتبرع له . فالقانون ينظر إليه على اعتبار أن المتبرع يسدى إليه الفضل والجميل . الأمر الذى جعله يقرر له معاملة تنسم بشئ من الصرامة . ولهذا نجد مركز الموهوب له أشد من مركز المشتري^(٢) . ومركز المستعير أشد من مركز المستأجر . بل إننا نجد القانون يعامل المتعاقد فى ذات العقد الواحد . معاملة تختلف باختلاف ما إذا كان متبرعاً أم متعاضداً . فهو يقرر للوكيل والوديع بغير أجر معاملة أخف من تلك التى يقرر لها للوكيل أو الوديع بأجر^(٣) .

٤ — تختلف بصفة عامة التبرعات عن المعاوضات بالنسبة لإبطالها على

(١) فللواهب ، مثلاً ، أن يرجع فى هبته ، ولو على غير رغبة من الموهوب له ، إذا استند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها فى المادة ٥٠٢ مدنى (راجع المادة ٥٠٠ / ٢) أما البائع ، فليس له ، بغير إرادة المشتري ، الرجوع فى البيع بعد تمامه .

(٢) فالقانون ، مثلاً ، يتطلب من الموهوب له الوفاء للواهب فى مقابل ما وهبه إيـاه ، فلا يخل بما يجب عليه نحوه إخلا لا يعتبر جمحوداً كبيراً من جانبه إزاءه ، وإلا حق للواهب اعتبار هذا الجمحود عذراً مقبولاً يغوله أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع فى الهبة (المادة ٥٠١ أ) . أما المشتري ، فلأنه يدفع مقابل ما يشتريه ، فلا يقع عليه واجب خاص فى الوفاء للبائع ، ولا يجوز لهذا الأخير أن يرجع فى بيعه له بحجة حصول الجمحود منه .

(٣) انظر ، فى شأن الوكالة ، المادة ٧٠٥ ، حيث تتطلب من الوكيل بأجر أن يبذل فى مباشرة الوكالة العناية التى يبذلها الرجل العادى ، فى حين أنها لا تتطلب من الوكيل بغير أجر إلا العناية التى يبذلها فى أعمال الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك بأزيد من عناية الرجل العادى . وانظر المادة ٧٢٠ ، حيث تجرى نفس التفريق فى شأن عقد الوديعة .

أساس الغلط الواقع في شخصية المتعاقد . فالغلط الذي ينهض سبباً لإبطال العقد هو الغلط الجوهرى . ويغلب أن يكون الغلط في شخصية المتبرع له جوهرياً . لأن التبرع يقوم أساساً على اعتبارات شخصية يقدرها المتبرع في المتبرع له . وتعتبر بالنسبة إليه السبب الرئيسى الذى يدفعه إلى التعاقد . أما المعاوضات . فالأصل فيها أن الغلط في شخصية المتعاقد لا يعتبر جوهرياً . ولا ينهض بذلك سبباً لإبطالها ، إذ أن شخصية المتعاقد فيها لا يكون لها عادة كبير اعتبار . ولكن ذلك لا يمنع من أنه في كثير من الأحيان يكون لشخصية المتعاقد . في عقد المعاوضات . اعتبار رئيسى . كما هي الحال . على وجه الخصوص في عقد الشركة وعقد المزارعة وعقد العمل . وفي مثل هذه الحالة . يعتبر الغلط في شخصية المتعاقد جوهرياً . وينهض سبباً لطلب الإبطال .

٥ - تختلف المعاوضات عن التبرعات بالنسبة إلى شروط إعمال الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة دائنيه . ففي الأولى يلزم غش المدين وعلم المتصرف اليه بهذا الغش (المادة ٢٣٨/١) . أما في الثانية . فلا يلزم هذا الشرط أصلاً (المادة ٢٣٨ / ٢) .

٣٣ - العقود الملزمة للجانبين وتلك الملزمة لجانب واحد :

تنقسم العقود . بحسب ما إذا كانت تنشئ التزامات على طرفيها كليهما أم على أحدهما فقط . إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد .

ففي العقود الملزمة للجانبين . نجد الالتزامات تثقل كلا من طرفيها على سبيل التقابل . فكل منهما دائن للآخر ومدين له . ومثالها عقد البيع . حيث إنه ينشأ التزامات على البائع لصالح المشتري (الالتزام بالعمل على نقل الملكية والالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان) . وأخرى على المشتري لصالح البائع (الالتزام بدفع الثمن وتسليم المبيع) : وعقد الإيجار : حيث ينشأ التزامات على المؤجر (الالتزام بتسليم العين المؤجرة والالتزام بصيانتها والالتزام بالضمان) وأخرى على المستأجر (الالتزام بدفع الأجرة والقيام برعاية العين والالتزام برد العين عند انتهاء الإيجار) . ومن العقود التي باتت ملزمة

للجانبيين ، بعد أن كانت من قبل ملزمة لجانب واحد . العارية والقرض والرهن الحيازي . وهى من العقود التى كانت عينية فى الماضى ، ثم ارتفعت عنها عينيها . وأضحت عقوداً رضائية ^(١) .

أما العقود الملزمة لجانب واحد : فهى تلك التى ترتب الالتزامات فى ذمة أحد طرفيها دون الآخر . فيكون هذا الطرف مدينأ غير دائن ، فى حين أن الطرف الآخر يكون دائناً غير مدين . ومثال هذه العقود الهبة حيث ترتب على الواهب لصالح الموهوب له الالتزام بنقل ملكية الشيء والالتزام بتسليمه . فى حين أن الموهوب له لا يتحمل فى العادة بأى التزام ومثاله أيضاً الكفالة ^(٢) .

ويجب عدم الخلط بين تقسيم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد وبين تقسيم التصرفات إلى تصرفات صادرة من جانبين وأخرى صادرة من جانب واحد . فهذا التقسيم الأخير يتناول التصرف فى ذات قيامه ، ناظراً إلى من يجريه . فإن كان شخص واحد هو الذى يجريه كان تصرفاً صادراً من جانب واحد . كالوصية والوقف . وإن كان التصرف لا ينعقد إلا إذا أجراه طرفان ، كان تصرفاً صادراً من جانبين كالبيع . أما التقسيم الأول ، فهو يتناول العقود (التى هى تصرفات صادرة من جانبين) من حيث أثرها .

(١) فن الأصول الأساسية فى عقود العارية والقرض والوهن الحيازي حصول تسليم الشيء محل العقد . ولقد كان هذا التسليم ، فى ظل القانون الرومانى ، ومن بعده فى ظل القانون الفرنسى ، ثم فى ظل قانوننا المصرى القديم ، ركناً لازماً لذات قيام العقد . ومن هنا أتى وصف العقود السابقة بالعينية . وفى الفكر القانونى الحديث ، كف تسليم العقود عليه (الشيء المنعارة أو المقرض أو الموهون) عن أن يكون ركناً فى العقد ، فارتفعت بذلك العينية ، ولكنه صار أثراً للعقد ، متمثلاً فى التزام يتحمل به الماقد الذى لم يكن فى الماضى متحملاً بأى التزام ، فأضحى العقد ملزماً للجانبين ، بعد أن كان من قبل ملزماً لجانب واحد . وقد تمشى القانون المصرى الحالى مع الفكر الحديث ، فى خصوص ما نحن بصدده ، فنص على قيام الالتزام بتسليم العقود عليه على الميعر (المادة ٦٣٥ و ٦٣٦) وعلى المقرض (المادة ٥٣٨ والمادة ٥٣٩/٢) وعلى الرهن الحيازي (المادة ١٠٩٦ والمادة ١٠٩٩) .

(٢) انظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ١٨ .

ويجب عدم الخلط كذلك بين تقسيم العقود إلى ملزمة لجانب واحد وملزمة لجانبين وبين تقسيمها إلى تبرعات ومعاوضات . فالأساس مختلف في التقسيمين ، كما يتضح مما قلناه . ثم إن التقابل لا يقع تاماً بينهما . فإن كان الغالب في عقود التبرع أن تلزم جانباً واحداً . هو المتبرع . دون الجانب الآخر وهو المتبرع له . كما هي الحال في الهبة . إلا أنه قد تكون في بعض الأحوال ملزمة للجانبين . ومثال هذه الحالة الأخيرة الهبة المقترنة بتكليف أو الهبة بشرط ، وهي التي تفرض على الموهوب له أداء التزام معين . وكذلك إن كان الغالب أن تقع المعاوضات ملزمة للجانبين . فقد تكون ملزمة لجانب واحد فقط . ومثال هذه الحالة الأخيرة الكفالة بأجر يأخذها الكفيل من المدين لا من الدائن ^(١) .

ولتقسيم العقود إلى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد أهمية بالغة . وترجع هذه الأهمية إلى أن العقود الأولى تقوم على التقابل بين الالتزامات المفروضة على كل من طرفيها . في حين أنه لا يوجد في العقود الملزمة لجانب واحد أى تقابل بين الالتزامات . وقد اعتد القانون بالتقابل بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين من حيث دات قيامها . ثم من حيث تنفيذها ، ومن حيث سبيل التحلل منها ^(٢) . ففي هذه العقود . يتمثل التزام

(١) فالكفالة تبرم بين الكفيل والدائن ، ولا يعتبر المدين طرفاً فيها . فإن أخذ الكفيل مقابلاً لكفالاته من المدين ، وأصبحت الكفالة بذلك من عقود المعاوضات ، فإن هذا لا يمنع من أن تلك الكفالة ترتب على الكفيل وحده الالتزامات ، ولا ترتب التزامات ما على الدائن . وهو طرفها الآخر . فالكفالة هنا تعتبر ملزمة لجانب واحد ، برغم أنها من أعمال المعاوضات .

(٢) كما أنه يترتب أيضاً على التقابل في الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين مبدأ تعاصر التنفيذ للالتزامات المتقابلة . فالأصل في هذا النوع من العقود ، هو وجوب الوفاء بالالتزامات المتقابلة في وقت واحد ، بالنسبة إلى الطرفين كليهما . ولا يخالف هذا الأصل إلا إذا نص القانون أو قضى العرف أو الاتفاق بغيره . انظر في هذا الاتجاه : تمييز الكويت ١٩٧٥/٥/٢٨ طعن رقم ١٩٧٤/١٦ تجارى ، مجموعة القواعد القانون لمحنة التمييز ص ١٩٣ رقم ٣٦ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « من المقرر في مجال الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين أن يكون التنفيذ من جهة مقابلاً للتنفيذ من الجهة الأخرى . فتعتبر الالتزامات المتقابلة مستحقة التنفيذ في وقت واحد . فإذا قام أحد المتعاقدين بالتزامه فإن الالتزام المقابل له بذمة =

كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر مضافاً إليه الباعث الذي دفعه إلى التعاقد ، عن نحو ما سوف نبينه عند دراسة السبب كركن في العقد . وهكذا فإذا لم يحم التزام أحد العاقدين لأمر أو لآخر . فقد الالتزام الآخر سببه : وبطل بالتالي العقد كله . ومن ناحية ثانية ، إذا لم يحم أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه . كان للطرف الآخر أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه . وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . ومن ناحية ثالثة . يسوغ في العقود الملزمة للجانبين . عند عدم أداء أحد طرفيها التزاماً عليه . أن يطالب الطرف الآخر من القاضي بالحكم بفسخ العقد . حتى تزول الالتزامات التي يرتبها عليه . هكذا يعمل في العقود الملزمة للجانبين بنظامي الدفع بعدم التنفيذ والفسخ ، في حين أنهما لا يطبقان في العقود الملزمة لجانب واحد . وكذلك يختلف مضمون السبب كركن لازم لقيام العقد . في العقود الملزمة للجانبين عنه في العقود الملزمة لجانب واحد .

٣٤ - العقود الفورية والعقود المستمرة أو عقود المدة :

تنقسم العقود . بحسب ما إذا كان للزمن دخل في تحديد مدى ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها أم لا . إلى عقود فورية وعقود مستمرة أو زمنية أو عقود المدة .

فالعقود الفورية Contrats instantanés هي التي لا يتدخل الزمن في

=- العاقد الآخر يكون مستحقاً ومنجزاً في ذات "وقت" . وعليه أدائه بغير حاجة إلى إنذار رسمي أو أى إخطار آخر قبل رفع الدعوى » . ويعن لنا على هذا الحكم ملاحظتان : حاصل الأولى أن عبارة الحكم جاءت مطلقة على نحو يوحي بأن مبدأ تعاصر تنفيذ الالتزامات المتقابلة هو مبدأ يتسم بالشمول والاطلاق ، وذلك في حين أنه ليس كذلك . فن الممكن أن يخالف ويتوجب أداء التزامات أحد العاقدين فوراً . حالة كون التزامات الآخر مؤجلة التنفيذ . وذلك إذا قضى به القانون أو الاتفاق أو طبيعة العقد . وحاصل الملاحظة الثانية أن الحكم قد جانبه التوفيق بقوله إنه عند قيام أحد العاقدين بالتزامه يتوجب على العاقد الآخر أن يقوم بدوره بالتزامه بغير حاجة إلى إنذار أو إخطار . فإذا كان صحيحاً أنه يتوجب على العاقد تنفيذ التزاماته . عندما ين المتعاقد الآخر بما يشغل ذمته من الالتزامات ، إلا أنه لا يعتبر مغلاهاً إلا بعد إعداره . وفقاً للقواعد العامة ، ما لم يكن إعداره غير متطلب قانوناً .

تحديد مقدار ما يؤدي من الالتزامات المتولدة عنها ، وسيان بعد هذا أن يتدخل في تحديد وقت نفاذها أو لا يتدخل . فالبيع مثلاً عقد فوري التنفيذ ، لأن التزامات البائع والتزامات المشتري تؤدي : دون أن يتدخل الزمن في تحديد مقدارها ومداها . فالتزام البائع بنقل الملكية والتزامه بالتسليم ، وكذلك التزام المشتري بدفع الثمن ، هذه الالتزامات كلها تتحدد في مداها دونما دخل للزمن . وما يؤدي من هذه الالتزامات يؤدي مرة واحدة دون تكرار . فالبايع لا يسلم المبيع ولا ينقل ملكيته إلا مرة واحدة . والمشتري لا يدفع الثمن إلا مرة واحدة كذلك . من أجل هذا يقال عن البيع إنه عقد فوري . أو هو فوري التنفيذ . ولا يغير من وصفه هذا أن يقترن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بأجل محدد . لأن الأجل هنا لا يؤثر في مدى ما يؤدي من التزامات ، ولكنه يؤثر فقط في وقت تنفيذها . فلن أرجى قيام المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن . مثلاً . أو اشترط دفع هذا الثمن على أقساط . فإن هذا لا يؤثر في مقدار الثمن الذي يجب دفعه ^(١) .

أما العقود المستمرة *Contrats successifs* أو عقود المدة *Contrats de durée* . كما يتجه بعض الفقهاء إلى تسميتها في مصر . فهي تلك التي يتوقف مقدار ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها على الزمن . إذ أن هذه الالتزامات تضيق في مداها أو تتسع . بحسب قصر أو طول المدة التي ينفذ العقد خلالها . ومثال العقود المستمرة . عقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد . فكلما طالت مدة عقد الإيجار . مثلاً . كلما اتسع نطاق

(١) وإحقيقة أن اصطلاح « العقود الفورية » الذي هو ترجمة لفظية للاصطلاح المقابل في اللغة الفرنسية ، من شأنه أن يدعو إلى اللبس الذي أردنا أن نحذر منه في المتن . ذلك لأن لفظ « الفوري » قد يشير في ذهن أن أداء الالتزامات الناشئة من العقد يتم فور قيامها . ولعله كان من الأوفق أن يستبدل بإصطلاح « العقود الفورية » اصطلاح آخر من شأنه أن يبعد اللبس الذي أظهرناه . ولعله كان من الممكن هنا أن نقول : « العقود وحدوية التنفيذ » ، بمعنى أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها يتم مرة واحدة دون تكرار ، ليمرّز بذلك التقابل بين العقود التي نحن بصدددها والعقود المستمرة التنفيذ . ولكننا لسنا نسمع ذلك من أنصار التجديد في الاصطلاحات المستقرة الثابتة . إذ أن العبرة في الاصطلاحات العلمية عامة ، والقانونية منها خاصة ، هي بما تدل عليه ويفهم منها .

التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة . وهكذا فالزمن عنصر أساسى فى العقود المستمرة ، فى حين أنه لايعتبر كذلك فى العقود الفورية .

ولتقسيم العقود إلى فورية ومستمرة أهمية كبرى . وترجع تلك الأهمية إلى أن الزمن ، إذا فات ، لايعود . فقوات الزمن يؤثر بالضرورة فى العقود المستمرة . ولكنه لا يؤثر فى العقود الفورية . ومن أهم مظاهر هذا التأثير مايلى :

١ - إذ أوقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة ، سواء أحصل ذلك برضاء عاقديه أم بسبب أجنبي لايد لأيهما فيه . انتقص ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنه ، فى حدود مايقابل مدة الوقف . فإذا أغرقت السيول ، مثلاً ، العين المؤجرة ، وحالت بذلك دون انتفاع المستأجر بها مدة من الزمن . زال التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين خلال تلك المدة ، وزال أيضاً التزام المستأجر بدفع الأجرة فيما يقابلها . أما العقود الفورية . فوقف تنفيذها لا يؤثر فى مقدار ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها . فهو لا يعدو أن يكون أرجاء لأداء تلك الالتزامات ، التى تظل متفظة بمقدارها كاملاً .

٢ - فسخ العقود الفورية أو انفساخها يؤدى إلى زواذا بأثر رجعى ، كقاعدة عامة . فهى تعتبر نتيجة فسخها أو انفساخها . كأن لم تبرم أصلاً . الأمر الذى يترتب عليه إرجاع عاقدىها إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرامها . أما العقود المستمرة ، فلا يكون لفسخها أو انفساخها أثر رجعى . بل يقتصر أثره على إنهاؤها بالنسبة إلى المستقبل فحسب (١) و (٢) . والسبب فى ذلك أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذه العقود يقوم فى أساسه على الزمن .

(١) وسوف نعود إلى ذلك . عند الكلام فى الفسخ والانفساخ كسببين لانحلال العقد .
(٢) بل إن القضاء الفرنسى . متأثراً فى ذلك باعتبارات إنسانية لمصلحة العامل ، يسير ، بصدد عقد العمل ، على عدم إعمال فكرة الأثر الرجعى حتى بالنسبة إلى البطالان نفسه ، ولو كان هذا البطالان متعلقاً بالنظام العام ، مالم تكن المخالفة التى أدت إليه جسيمة فادحة . راجع فى ذلك : مؤلفنا : أحكام قانون العمل الكويتى ، نبذة ١٥٨ .

والزمن الذى فات لا يعود . فإذا بدأ ، مثلاً ، تنفيذ عقد الإيجار ، ثم تقرر فسخه . ما كان فى مقدورنا أن نزيل من الوجود انتفاع المستأجر بالعين فى المدة السابقة على الفسخ . فهذا الانتفاع قد تم بالفعل ولا سبيل إلى إزالته . من أجل هذا يقتصر فسخ الإيجار على إنهائه بالنسبة إلى المستقبل . دون أن يكون له أثر بالنسبة إلى الماضى .

٣٥ - العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية :

تنقسم العقود ، بحسب ما إذا كان من الممكن عند إبرامها تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها أم لا : إلى عقود محددة القيمة وعقود احتمالية .

فالعقد محدد القيمة (Contrat commutatif) هو ذلك الذى يمكننا ، عند إبرامه ، أن نتبين قيمة الالتزامات الناشئة عنه ، بحيث يستطيع كل متعاقد أن يعرف ، فى هذا الوقت ، مدى ما يأخذه ومدى ما يعطيه بمقتضاه . ومثال العقود محددة القيمة : بيع شئ معين أو إيجاره نظير مبلغ نقدى محدد كثمان أو كأجرة . فهنا نستطيع أن نتبين ، عند إبرام العقد ، مدى ما يعطيه ويأخذه كل من البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر .

أما العقد الاحتمالى Contrat aléatoire فهو ذلك الذى لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنه أو أحدها : عند إبرامه : بل تتوقف تلك القيمة على عوامل مستقبلية للصدفة فيها أثر كبير . ومثال العقود الاحتمالية عقد التأمين . والبيع الذى يكون اتين فيه إيراداً مرتباً لمدى حياة المشتري . فلا نستطيع : مثلاً : عند إبرام عقد التأمين على الحياة . أن نعرف قيمة المبالغ التى يدفعها المؤمن له لشركة التأمين . فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له أو قصرها . فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد . وقد تمتد الحياة إلى أن يدفع الكثير منها .

وتقسم العقود التى محددة القيمة واحتمالية يكاد يكون عديم الفائدة قانونياً ، اللهم إلا بالنسبة إلى نوع معين من العقود الاحتمالية : وهى تلك التى

تقوم على المضاربة والمقامرة . كبيع القطن قديماً في البورصة لأجل . وهو ما كان يطلق عليه « الكونتات » . حيث إن القضاء وعلى رأسه محكمة النقض قد استقر على عدم سريان نظرية الخواثل الطارئة على هذا النوع من العقود (١) . بخلاف الأصل في العقود بوجه عام .

٣٦ - العقود المدنية أو عقود القانون الخاص والعقود الإدارية :

ثمة تقسيم جديد للعقود . شق طريقه إلى دنيا القانون . من وقت ليس نجد بعيد . بعد أن لم يكن معروفاً من قبل . وذلك هو تقسيم العقود إلى عقود مدنية وعقود إدارية .

ففكرة العقود الإدارية هي فكرة جد حديثة . فهي ترجع إلى مطلع القرن الذي نعيشه . وهي ترجع في نشأتها إلى القضاء الإداري الفرنسي . وأساس نشأتها هو توزيع الاختصاص . في شأن العقود عامة ، بين القضاء العادي والقضاء الإداري .

فلقد كان معيار التفرقة . في فرنسا . بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري . يتمثل في فكرة عمل السلطة *acte d'autorité* . ومؤدى هذه الفكرة أنه إذا كان العمل قد قامت به الإدارة باعتبارها ممثلة للسيادة والسلطان في الدولة . كفرض ضريبة أو استيلاء على مال للفرد أو نزع ملكيته . اعتبر عملاً إدارياً وخضع بالتالي للقضاء الإداري . أما إذا كان عمل الإدارة قد صدر منها باعتبارها شخصاً عادياً . اعتبر عملاً مدنياً . وخضع للقضاء العادي . وكان يعتبر من شاكلة هذا الصنف الأخير من الأعمال العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد أو الشركات بوجه عام . كبيع مال مملوك للدولة ملكية خاصة أو إيجاره وكعقد مقاوله لإجراء الأشغال العامة .

وعلى مر الزمن . بدأ المشرع الفرنسي . في نطاق محدود . يخضع عقوداً بعضها من تلك التي تبرمها الإدارة للقضاء الإداري . كعقود الأشغال

(١) انظر نقض ١٥/٢/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٨٧ قاعدة ٣٨ . وانظر ماسيجو ، نبذة . . .

العامة وعقود بيع أملاك الدولة الخاصة . ومن هنا نشأت فكرة العقود الإدارية ، باعتبارها متميزة عن غيرها من العقود ، من حيث اختصاص القضاء الإدارى بالمنازعات التى تثور حولها . دون القضاء العادى . وقد كانت الفكرة السابقة ، فى بادئ الأمر ، محدودة فى نطاقها بالعقود التى يعينها المشرع نفسه *Contrats administratifs par détermination de la loi* . ثم أخذ مجلس الدولة الفرنسى يتوسع فى فكرة العقود الإدارية ، بغية الزيادة فى اختصاصه . إلى أن انتهى إلى إطلاق فكرة العقد الإدارى . وجعلها شاملة كل عقد تبرمه الإدارة فى شأن تسيير أو تنظيم المرفق العام . قوئياً كان هذا المرفق أم عملياً .

ولم تنشأ فكرة العقود الإدارية فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة فى سنة ١٩٤٦ ، حيث إن أساس نشأتها المتمثل فى وضع معيار للتفريق ، فى صدد العقود . بين اختصاص القضاء العادى والقضاء الإدارى لم يتواجد من قبل . بل إن فكرة العقود الإدارية لم تبدأ فى الظهور فى مصر إلا فى سنة ١٩٤٩ ، حينما عدل قانون مجلس الدولة الصادر فى سنة ١٩٤٦ بما يدخل فى اختصاصه لأول مرة النظر فى المنازعات المتعلقة ببعض العقود الإدارية . وهى عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد . وذلك دون أن يرفع القانون النظر فى المنازعات السابقة عن القضاء العادى . الأمر الذى جعل الاختصاص بالعقود السابقة اختصاصاً مزدوجاً . وجاء قانون مجلس الدولة الصادر فى سنة ١٩٥٥ . ومن بعده قانون مجلس الدولة الحالى (القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) بمنحان لمجلس الدولة وحده ، دون القضاء العادى . الاختصاص بنظر المنازعات بأى عقد إدارى على وجه العموم والشمول ^(١) . وعلى هذا النحو . أخذ تقسيم العقود إلى عقود مدنية ، أو عقود القانون الخاص ، وعقود إدارية ^(٢) يتسم بأهمية بالغة فى مصر .

(١) راجع المادة ١٠ من كل من القانونين رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) راجع فى تحديد الطبيعة الإدارية للعقد : ثروت بدوى ، المعيار المميز للعقد الإدارى .

مذ. منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٢٧ ع ٣ و ٤ ص ١١٥ وما بعدها .

فالمنازعات المتعلقة بالعقود الأولى تدخل في اختصاص القضاء العادى ،
في حين أن تلك المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل في اختصاص القضاء الإدارى .
والعقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام ، أى جهة
من جهات الإدارة ، بقصد تنظيم أو تشغيل مرفق عام . وتظهر فيه نية
الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام . بأن كان يتضمن شروطاً غير
مألوفة *Clauses exorbitantes* فى القانون الخاص . فقوام العقد الإدارى
الاعتبارات الثلاثة الآتية :

١ - الإدارة فيه طرف ، وسواء فى ذلك أكانت فى إجراءاتها العقد
مثلة لسيادة والسلطان من عدمه .

٢ - أن تبرم الإدارة العقد بقصد تنظيم أو تسيير مرفق عام .

٣ - أن يتضمن العقد وسائل القانون العام بالنسبة إلى تنفيذه ، بأن ينطوى
على اشتراطات غير مألوفة فى مجال تطبيق القانون الخاص ، كأن يشترط
فى العقد منح جهة الإدارة حقاً وامتيازات لا تثبت فى مجال العقود المدنية .
وكان يتضمن العقد شروطاً من شأنها أن تحول التعاقد مع جهة الإدارة
سلطات استثنائية فى مواجهة الغير ، بمعنى أن تحوله مباشرة بعض مظاهر
السلطة العامة . أو أن تشركه مع جهة الإدارة فى تسيير المرفق العام .

ولتقسيم العقود إلى مدنية وإدارية أهمية بالغة . فإلى جانب تنوع
الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بكل منها بين القضاء الإدارى والقضاء العادى
الذى هو أصل نشأة التفرقة ، أخذت العقود الإدارية تختلف عن نظيرتها
المدنية فى أمور عديدة أخرى . وإن بقيت بطبيعة الحال خاضعة لأحكام
نظرية العقد المنصوص عليها فى القانون المدنى . والتى نعرضها فى هذا المؤلف .
فى غير ما يرد عليه المخالف .

ويرجع أساس المخالف فى الحكم فى بعض النواحي بين العقود المدنية
من ناحية . والعقود الإدارية من ناحية أخرى ، إلى أن القضاء الإدارى
يتميز عن القضاء العادى بأنه لا يتقيد بالقانون على النحو الدقيق الصارم

الذى يتقيد به هذا الأخير . فكثيراً ما يعمد القضاء الإدارى إلى عدم التقيد الصارم بأحكام القانون ، إذا مادعته إلى ذلك اعتبارات المصلحة العامة ، وهذا ما أدى إلى أن يقال عنه إنه قضاء بريطورى أو قضاء ذو نزعة بريطورية ، إشارة إلى دور البريتير فى القانون الرومانى فى تطوير هذا القانون وتخفيف حدته ، ولو كان ذلك على حساب صارم قواعده . ومن الأمور التى يتخالف فيها العقد الإدارى عن العقد المدنى ، على نحو ما سار عليه القضاء الإدارى ، عدم ثبوت الرخصة للقاضى فى تخفيض مقدار الشرط الجزائى عند مخالفة المتعاقد مع الإدارة لمقتضى التزامه ^(١) ، وهى الرخصة المقررة بالمادة ٢٢٤ مدنى . ولاننسى ، فى المجال الذى نحن بصددده ، دور القضاء الإدارى الفرنسى فى القول بنظرية الظروف الطارئة فى خصوص العقود الإدارية ، على نحو لا يتفق مع نصوص مدونة نابليون . وعلى الخصوص المادة ١٢٣٤ منها ، ويتخالف مع ما تيسر عليه إلى الآن محكمة النقض الفرنسية .

(١) انظر نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٦٣ ، طعن ٢٦٢ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١٠٨١ رقم ١٥٤ . وقد جاء فى هذا الحكم : « غرامات التأخير التى ينص عليها فى العقود الإدارية تختلف فى طبيعتها عن الشرط الجزائى فى العقود المدنية ، إذ أن هذه الغرامات جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه فى المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام واطراد . وفى سبيل تحقيق هذه الغاية ، يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها فى تلك العقود من تلقاء نفسها ودون حاجة إلى صدور حكم بها ، وذلك بمجرد وقوع المخالفة التى تقرررت الغرامة جزاء لها . كما أن لها أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التى تكون مستحقة فى ذمتها للمتعاقد المتخلف . ولا يتوقف استحقاق الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء اخلال هذا المتعاقد بالتزامه ، ومن ثم فلا تلتزم بإثبات هذا الضرر ، كما انه لا يجوز للطرف الآخر أن ينازع فى استحقاقها للغرامة كلها أو بعضها بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة فى تقدير الغرامة فى العقد لدرجة لا تتناسب مع قيمة الضرر الحقيقى - وكما أن للإدارة سلطة توقيع الغرامة عند التأخير فى تنفيذ الالتزام ، فإن لها أيضاً سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل بنفسها محل المتعاقد المتخلف أو المقصر فى تنفيذ الالتزام أو تعهد بتنفيذه إلى شخص آخر . . . » . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض مدنى ١٩٦٤/٢/٦ طعن ٢٥٣ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٢١٣ رقم ٣٧ - نقض مدنى ١٩٦٥/١٠/٢٦ طعن ٤٧١ س ٣٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٩٢٢ رقم ١٤٥ - نقض ١٩٦٥/١١/٢٣ طعن ٨٧ لسنة ٣١ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ١١٢٦ رقم ١٧٦ - نقض ١٩٦٦/٤/٧ ط ٣٢/٢٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٨٢٥ .

ولقد كان للقضاء الإدارى الفرنسى ، بقوله بإعمال نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية ، فضل غرس نواة هذه النظرية ، التى سرعان ما عم تطبيقها على كل العقود ، فى الكثير من البلاد ومن بينها مصر ، على نحو ما سنتبينه عند تناول تلك النظرية فى باب آثار العقد ^(١) .

٣٧ - تقسيمات العقود فى الفقه الإسلامى :

بمخلاف ما رأيناه فى الفكر القانون المعاصر ، لم يلجأ الفقه الإسلامى التقليدى إلى تقسيم عام شامل للعقود . وليس هذا بغريب . ففقهاء المسلمين لم يصلوا إلى حد وضع نظرية عامة للعقد ، تتضمن بين رحابها الأسس التى تقوم عليها العقود بوجه عام ، والأحكام المشتركة التى تسرى عليها كلها أو أكثرها ، شأنهم فى ذلك شأنهم فى كافة الموضوعات الأخرى ، حيث اقتصرت اجتهاداتهم على استنباط الحلول الفردية الخاصة بالمسائل المختلفة ، من غير أن يعتمدوا إلى التأصيل والتركيز ، إلا فى أقل القليل . وإذا كان فقهاء المسلمين التقليديون لم يصلوا إلى وضع نظرية عامة للعقد ، فإنهم قد قنعوا بأن يأخذوا كل عقد على حدة ، ليبينوا قواعده وأحكامه ، حتى إذا ما فرغوا منه ، انتقلوا إلى غيره . بل إنهم ، فى تناولهم للعقود المختلفة ، لم يراعوا منطقاً ولا ضابطاً يهديهم فى ترتيب سردها . وإنما اتبع الكثير منهم ، فى سرد العقود التى تناولوها ، ترتيباً قائماً على محض التحكم . الأمر الذى أدى إلى وقوع اختلاف كبير فى ترتيب العقود عند فقهاء المسلمين ، على نحو ربما لا يخلو من الإسراف والشطط ^(٢) .

(١) ومن الأمور التى يقع فيها التخالف بين العقود الإدارية والعقود المدنية ، على نحو ما يسر عليه الفكر القانونى الإدارى ، عدم اعمال الدفع بعدم التنفيذ من المتعاقد مع جهة الإدارة - انظر فى ذلك : سلمان الطاوى ، العقود الادارية ط ٣ ص ٥٦٤ .

(٢) بل إن من فقهاء المسلمين من أورد أحكام العقود وفق ترتيب لا يتسق مع فن القانون وحسن صناعته ، ويتجافى مع ما عرف عن فقهاء المسلمين من علو كمهم فى المنطق . ومن هؤلاء السرخى (القرن الخامس الهجرى) الذى بدأ بالوديمة (وهى عقد قليل الأهمية نسبياً) ، فى حين أن البيع (وهو أهم العقود قاطبة) لا يأتى عنده إلا فى المكان الخامس ، بعد الوديمة والعارية والشركة والهبة .

وإذا كان التقليديون من فقهاء المسلمين لم يلجأوا إلى تقسيم العقود ، فإن بعض الحديثيين منهم ، متأثرين في ذلك بالفقه القانوني المعاصر ، قد حاولوه ، وإن لم يصلوا فيه إلى ذروة النجاح ^(١) . ولعل أقرب تقسيمات العقود إلى المنطق ، فيما قال به فقهاء المسلمين الحديثون ، هو ذلك الذي قال به الأستاذ أحمد قدرى باشا في مؤلفه القيم « مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان » . وهو يقوم على تقسيم العقود ، بحسب موضوعها ، إلى عقود ترد على الأعيان لتمليكها بعوض (البيع) ، أو بغير عوض (الهبة) ، وعقود ترد على الأعيان لحفظها (الوديعة) أو لاستهلاكها ورد بدلها (القرض) ، وعقود ترد على عمل الإنسان ^(٢) . وقد أخذ القانون المدني العراقي هذا التقسيم (المادة ٧٤) .

وقد نحت « المحلة » منحى الفقه الإسلامى التقليدى . فلم تتعرض لتقسيمات العقود . واكتفت بسرد أحكام كل منها وفق ترتيب اتبعته ، لانرى فيه منطقاً ولا ضابطاً ولا حتى مجرد فكرة تجمع بين ما تقدم منها وما تلاه ، إلا فى القليل . وقد أفردت المحلة كتاباً خاصاً لكل عقد : فيما عدا الوديعة والعارية حيث جمعتهما فى كتاب واحد ، أطلقت عليه عنوان « الأمانات » .

وقد استهلكت « المحلة » العقود ^(٣) بالبيع ، ثم الأيجار ، فالكفالة ، فالحوالة فالرهن ، فالوديعة والعارية ، فالهبة ، فالشركة ، فالصلح ^(٤) .

(١) ومن أهم تقسيمات الفقهاء الحديثيين للعقود هو تقسيم العقود إلى عقود معاوضة (كالبيع والأيجار) ، وعقود تبرع (كالهبة والعارية والوديعة بلا أجر) وأن كانوا يضيفون إلى هذين الصنفين من العقود صنفاً ثالثاً يشمل ما يسمونه عقود تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً ، ويمثلون له بالكفالة والرهن . وهناك تقسيم آخر عند الفقهاء الحديثيين ، يقوم على تجزئة العقود إلى ودائع أو أمانات (الوديعة والعارية والرهن) ووكالات (الوكالة والشركة) والتوثيقات (الكفالة والحوالة والرهن) .

(٢) راجع مرشد الخيران فى المواد ٢٦٣ - ٢٦٦ .

(٣) وذلك بعد أن انتهت ، فى المائة الأولى من موادها ، من تناول القواعد الفقهية العامة .

(٤) ولم تكتف المحلة ، فى سردها لأحكام العقود ، بعدم اتباع منطق ظاهر فى الترتيب ،

بل أنها لجأت إلى قطع هذا الترتيب بالتعرض لأمور لا تمت إلى العقود بصلة . فقد ذكرت أحكام النصب والاتلاف والحجر والاكراه والشفعة ، فى الكتابين الثامن والتاسع بين الهبة والشركة .

٣٨ - هل العقود في الشريعة الإسلامية واردة على سبيل الحصر ؟

عرفنا ، فيما سبق ، أن الفقه الإسلامى التقليدى تناول العقود عقداً عقداً ، دون أن يعتمد إلى تقسيمها إلى الطوائف والفصائل التى يمكن تفريعها إليها . ولعل من أهم ما يثيره هذا الاتجاه من تساؤلات هو معرفة ما إذا كانت العقود التى أوردها الفقه الإسلامى التقليدى ، والتى أضفى على كل منها بالضرورة اسماً يميزه عن غيره . والتى يمكن ، بلغة القانون العصرى ، أن يطلق عليها اصطلاح « العقود المسماة » ، هى وحدها التى تجوز مباشرتها ، أم أنه يسوغ للناس أن يبرموا عقوداً أخرى غيرها ، وهى تلك التى تقابل فى القانون العصرى العقود غير المسماة أو غير المعينة ؟ وبعبارة أخرى ، هل العقود التى أتى بها الفقه الإسلامى واردة فيه على سبيل الحصر ؟

إن أهمية هذا الموضوع لاتحفى على أحد . أن ظروف الحياة تتغير على مر الزمن . بل هى تختلف ، فى الزمن الواحد ، من بلد إلى بلد . فهل يجب على المسلمين ، فى وقتنا الحاضر ، أن يعتبروا العقود التى أوردها الفقه الإسلامى مذكورة فيه على سبيل الحصر ، ومن ثم يتحتم عليهم أن يقنعوا بها فى تنظيم أمورهم ، أم أن لهم أن ينشئوا عقوداً أخرى لم تكن من قبل ، تتسق مع ما استجد من ظروف معاشهم ؟ وإذا أردنا أن نتخذ لذلك من واقع الحياة عندنا مثالا ، فلا يوجد أفضل من أن نسوق عقد التأمين . ففقهاء المسلمين لم يعرفوا هذا العقد . شأنهم فى ذلك شأن الأقدمين فى شرائع الدنيا قاطبة . فهل يحق لنا أن ستخلص من ذلك عدم جواز التجاء المسلمين إلى هذا العقد فى حين أنه أصبح اليوم ضرورة اجتماعية واقتصادية ليس لأى مجتمع متحضر عنها غناء ؟

لعل النظرة العابرة فى شريعة المسلمين تتيح لقائل أن يقول إن العقود التى أوردها فقهاؤها مذكورة فيها على سبيل الحصر ، وإنه لايسوغ إذن للمسلمين أن يبرموا غيرها .

ومن الممكن أن نجد لهذا رأى دعامة فيما لجأ إليه الفقهاء ، فى صدد كل

عقد ، من البحث عن أصل يسند إليه ويبرر شرعيته ، سواء أكان هذا الأصل نصاً في القرآن ، أو أثرأ في سنة رسول الله ، أو إجماعاً ، أو عرفاً ، أو حتى مجرد فائدة للناس . فلعله يحلو للبعض أن يستخلصوا من هذا السلوك أن العقود ، في شريعة المسلمين ، لا تتجاوز تلك التي أوردتها فقهاؤهم الأقدمون ، وأنه لا يصح لنا الآن أن نلجأ إلى غيرها ، سيما أن نظرة الجمود والتمت التي لازالت غالبة على أذهان الكثيرين ، قد تجعلهم يقصرون الإجماع والعرف والمصلحة على ما وقع منها في صدر الإسلام ، دون ماعساه أن يقع منها الآن .

وثمة أمر ثان ، قد يرى فيه البعض دعامة أخرى للرأى القائل بورود العقود في الشريعة الإسلامية على سبيل الحصر . ذلك أن الفقه الإسلامي ينظر إلى العقود التي يبيحها نظرة يغلب عليها الضيق ، الأمر الذي أدى بهم إلى أن يقصروا إباحتها على الحالات وفي الحدود التي كانت سائدة حين تقرير شرعيتها ، دون تلك التي تستجد بعدئذ ^(١) . كما أنه قد أدى بهم إلى حظر كثير من الشروط التي يتفق عليها العاقدان في عقودهم ، بحجة أنها ليست من مقتضياتها ولا من ملاءماتها ^(٢) . وإذا كان ذلك كذلك بالنسبة إلى العقود التي أوردتها الفقه الإسلامي ، فرب قائل أن يزعم أن هذه النظرة الضيقة تمل علينا ألا نبيح العقود التي لم يوردها .

ومع ذلك فنحن نرى أن العقود في ظل الشريعة الإسلامية غير واردة على سبيل الحصر . ومن ثم فيجوز تحت رحابها ممارسة أى عقد ، ولو لم يكن من العقود التي بينها فقهاؤها ، طالما كان فيه نفع للناس ، وبشرط واحد

(١) ومن ذلك ، مثلاً ، ما قال به بعض الفقهاء من أنه لا يصح تأجير الأشجار لتجفيف الثياب عليها ، ولا تأجير الثياب لجرد الزهو بها ، في حين أن الفقه الإسلامي أجاز عقد الإيجار عامة . وحجتهم أن عقد الإيجار ، باعتباره مخالفاً للأصل العام في الفقه الإسلامي الذي يقضى بعدم جواز التعامل في الأشياء المستقبلية ، لم يسمح به إلا استحصانا لمصلحة الناس . ومن ثم فهو لا يجوز إلا في حدود تلك المصلحة . وكان تأجير الأشجار لتجفيف الثياب عليها مثلاً ، عديم الفائدة .

(٢) فعل سبيل المثال ، حظر بعض الفقهاء ، في عقد البيع ، اشتراط انتفاع البائع بالمبيع بعد تمام البيع . انظر شفيق شحاته ، المرجع السابق ، نبذة ١٢٠ .

هو ألا يكون مخالفاً لأصل أساسي من أصول الشرع الحنيف ، وبعبارة القانون المعاصر ، ألا يكون مخالفاً للنظام العام .

وسندنا فيما رأينا هو أنه لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يحظر ممارسة العقود التي لم ترد فيه . والقاعدة أنه مالم يس بمحظور فهو جائز .

ثم إن الأصل في الشريعة الإسلامية هو ، كما يقول الرسول صلوات الله عليه : « المسلمون عند شروطهم » . ومؤدى ذلك أن كل مسلم يلتزم باحترام الشرط الذي يقطعه على نفسه ^(١) ، طالما كان غير مخالف للدين . وواضح أن الحديث هنا ورد مطلقاً عاماً ، فلا يسوغ قصره على مجال دون آخر ، أو على عقد دون آخر . فالمطلق يجري على إطلاقه ، إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة (المادة ٦٤ من المحلة) .

وفضلاً عن هذا وذاك ، نجد الفقه الإسلامي ، في عصره الذهبي ، يميز الالتجاء إلى عقود جديدة ، إذا درج عليها العرف ، أو حتى كان فيها مصلحة للناس . بل ذهب إلى أكثر من ذلك ، حيث أجاز عقوداً لا تتفق تماماً مع الأصول التي نادى هو نفسه بها . ومن ذلك إباحته عقد الإيجار ، برغم أنه يقوم على منفعة الشيء المؤجر للمستقبل ، وفي حين أن الأصل في الشريعة الإسلامية أنها لا تجيز التعامل في الأشياء المستقبلية . بل إن الفقه الإسلامي ، في عصره الذهبي ، وصل ، في سبيل التيسير على الناس وتحقيق منفعتهم ، إلى إباحة بيع السلم ، وهو بيع الشيء المستقبل بثمن يدفع حالا ، أو في لغة الشرعيين ، هو بيع المؤجل بالمعجل ، في حين أن هذا البيع ، إلى جانب كونه يرد على شيء مستقبل ، يقوم على شيء من الغرر ، والغرر أمر بغيب في الإسلام .

مما سبق نخلص إلى أن العقود التي أوردها الفقه الإسلامي ليست واردة فيه على سبيل الحصر ، ومن ثم يجوز ، في ظل الشريعة الإسلامية الغراء ، مباشرة أي عقد آخر ، ليواجه ما يستجد عند الناس من حوائج وأمور ،

(١) راجع في ذلك بدائع الصنائع جزء ٥ ص ٢٥٩ .

بشرط ألا يكون هذا العقد مخالفاً لأصل من أصول الدين الإسلامى ورفيع أخلاقياته . بل إنه ، قياساً على إباحة الفقه الإسلامى بعض العقود برغم أنها لا تنسق تماماً مع الاتجاهات التى ينادى بها ، كالإيجار وبيع السلم ، لا نرى ثمة ما يمنع ، تحت ظله ، من إباحة العقود التى تقتضيها حاجات الناس ومصالحهم ، حتى لو كانت غير متمشية تماماً مع اتجاهات الفقه الإسلامى ، بشرط ألا تكون ، بطبيعة الحال ، مخالفة لأصل جوهرى من أصول الشرع الحنيف . فالدين يسر لا عسر . وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، كما قال الصحابى الكريم عبد الله بن مسعود . وعلى أية حال فالضرورات تبيح المحظورات .

ونريد بما قدمنا أن نصل إلى القول بأننا لا نرى ، مثلاً ، فى عقد التأمين (وقد بلغت أهميته الآن إلى الحد الذى أصبح معه متعذراً على أى مجتمع متحضر الاستغناء عنه) عقداً محظوراً فى شرع المسلمين .

الباب الأول

قيام العقد

٣٩ - لكي يقوم العقد ، يلزم أن تتوافر له أسس وجوده ، أى أركانه .
وأركان العقد ، فى القانون المعاصر ^(١) عامة ، والقانون المدنى المصرى
خاصة ، هى الرضاء والمحل والسبب ^(٢) ، وذلك إلى جانب الشكل ، فى

(١) وفى الفقه الإسلامى ، إذا صرفنا النظر عن التفريق بين ما يسمى فيه ركن العقد
وشرائطه ، حيث يكون أثر الإخلال فى الحالتين واحداً وهو البطلان ، وحيث يدخل ركن
العقد وشرائطه فيما يسمى « أصل العقد » ، نستطيع أن نرد أركان العقد إلى اثنين أساسيين :
هما التراضى والمعقود عليه ، أو المحل ، كما يسمى فى الفقه المعاصر . أما السبب ، باعتباره
ركناً فى العقد ، فنجد المذاهب الإسلامية مختلفة بصدده .

(٢) على أن تصوير العقد على اعتبار أنه يقوم ، كأصل عام ، على ثلاثة أركان ، هى
الرضاء والمحل والسبب ، لم يخل من النقد . فقد اعترض عليه البعض بمقولة إن العقد لا يقوم
إلا على ركن واحد ، هو الرضاء ، أما المحل والسبب فهما ركنان فى الالتزام ، وليس فى العقد
الذى يولده (انظر من يناصرون هذا رأى : Colin et Capitant ج ٢ نبذة ٨٠
حشمت أبوسيت ، نظرية الالتزام ج ١ نبذة ٧٢ - أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، نبذة ٣٧)
واعترض عليه البعض الآخر بمقولة إن الرضاء والسبب هما ركنان العقد ، أما المحل فهو ركن الالتزام
(انظر : السهورى ، الوسيط فى مصادر الالتزام ج ١ نبذة ٦٨) .

وإذا نظرنا إلى المحل ، باعتباره ، الأمر الذى يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله ،
وجدناه يتمثل ، فى الحقيقة ، ركناً فى الالتزام بصفة مباشرة . ومع ذلك فهو ليس غريباً عن
العقد . بل إنه يعتبر أيضاً ركناً فى العقد ، وإن كان ذلك بصفة غير مباشرة . إذ أن المحل المباشر
للعقد ، باعتباره مصدراً للالتزامات ، هو ذات الالتزامات التى ينشأ . وهكذا فما يعتبر
محلاً مباشراً للالتزام يقضى محلاً غير مباشر للعقد الذى يولده . ونتيجة ذلك أن عدم توافر
الشروط القانونية فى محل الالتزام لا يؤدى إلى عدم قيام هذا الالتزام فحسب ، بل يؤدى أيضاً
إلى بطلان العقد الذى كان من شأنه أن يرتبه (المادة ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ مدنى) . وإذا كان
الأمر كذلك ، فهنا الاعتبار الذى أدى منه التقدم إلى الخلط بين محل الالتزام ومحل العقد ،
وساغ أن نتناول محل الالتزام ، باعتباره ركناً فى العقد ، لا يقوم بغير توافره .

أما السبب ، فهو يعتبر ، فى الحقيقة ، ركناً فى العقد ، أكثر من اعتباره ، ركناً فى الالتزام
الذى يتولده . فالسبب ، بصفة عامة ، هو الفرض أو الغاية التى يقصدها المتعاقد من ارتضائه
التحمل بالالتزام ، فهو شرط لقيام العقد . بل إننا لو أمعنا النظر ، لوجدناه شرطاً لازماً فى -

نوع خاص ضيق النطاق من العقود ، هي العقود الشكلية ، ودون إخلال بما عساه أن يتطلبه القانون أو حتى طبيعة الأمور ، في خصوص عقد معين ، من أركان أخرى تكميلية ^(١) .

وسوف نتناول ، فيما يلي ، أركان العقد ، كلا في فصل مستقل .

= الإرادة لكي يعتد بها القانون من حيث إنها تحمل صاحبها بالالتزام. فالقانون لا يعتد بالإرادة، من حيث إنها تؤدي إلى نشأة الالتزام ، إلا إذا استهدفت من وراء ذلك غاية مشروعة ، أي سبباً مشروعاً .

هكذا يبدو غير سليم النقد الذي وجه إلى الفكرة التقليدية التي سادت منذ عهد الرومان إلى الآن ، والتي تعالج المحل والسبب باعتبارهما ركنين في العقد .

وعلى أية حال ، فليس لهذا النقد أية أهمية عملية . إذ أن الأمور التي تمس أيّاً من المحل والسبب ، حتى لو اعتبرناهما ركنين في الالتزام ، لا تثور إلا بصدد العقد ، وبمعنى أدق التصرف القانوني بوجه عام . من أجل ذلك نتمشى مع الفكرة التقليدية التي ترسي العقد على أركان ثلاثة ، هي التراضي والمحل والسبب .

(١) الرضاء والمحل والسبب ، إلى جانب الشكل في العقود الشكلية ، هي أركان العقد بوجه عام . وهذا لا يمنع من أن يتطلب القانون ، أو حتى طبيعة الأمور ذاتها ، في خصوص عقد معين ، أركاناً أخرى تكميلية . فالتمن ، مثلاً ، ركن أساسى في عقد البيع ، لا يقوم بغيره ، وكذلك الشأن في الأجرة بالنسبة إلى عقد الإيجار . ومبدأ المساواة بين الشركاء ركن أساسى في عقد الشركة ، بمعنى أنه يلزم أن يساهم الشركاء في الربح وفي الخسارة ، ولا ينبغي أن يحرم أحد الشركاء من الربح ، كما أنه ينبغي ، كأصل عام ، ألا ينفى أحد الشركاء من الخسارة ، ومقتضى الإخلال بمبدأ المساواة بين الشركاء أن تقع الشركة باطلة .

الفصل الأول

الرضا

٤٠ - العقد ، كما سبق أن بينا ، ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانوني يربته القانون إعمالاً له ، الأمر الذي يستلزم توافق إرادتي طرفيه . وهكذا فتوافق الإرادتين ، وهو ما يعبر عنه بالرضا أو التراضي ، هو قوام العقد وأساسه . فلا وجود للعقد ، إذا لم يتوافر الرضاء به ، وبعبارة أخرى يقع العقد باطلاً .

بيد أن توافر الرضاء ، وإن مكن لقيام العقد ، إلا أنه يلزم أن يجي صحیحاً سليماً ، وإلا اعتري الفساد العقد برغم قيامه ، وأصبح مهدداً بالزوال وبعبارة أخرى ، أصبح قابلاً للإبطال .

هكذا يوجد ، بصدد التراضي أو الرضاء ، أمران أساسيان ، يلزم التحرز من الخلط بينهما . وهذان الأمران هما :

- ١ - وجود الرضاء ، حيث إن تخلفه يؤدي إلى وقوع العقد باطلاً .
- ٢ - صحة الرضاء ، حيث إن فساده يؤدي إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال و نتناول أولاً وجود الرضاء ، ثم نعقب بصحة الرضاء .

المبحث الأول

وجود الرضاء

٤١ - الرضاء Consentement هو قوام العقد وأساسه . كما بينا فهو ركنه الأصيل الذي لا يقوم بغير توافره .

ويقصد بالرضا ، بمعناه العام ، اتجاه الإرادة إلى الأثر القانوني المطلوب . وفي هذا المعنى ، يقال إن البائع قد ارتضى البيع ، والمشتري قد ارتضى الشراء ، والموصى قد ارتضى الوصية . ولكنه بالنسبة إلى العقد ، يعنى

الرضا توافق إرادتي طرفيه وارتباطهما على إحداث الأثر القانوني المقصود منه .

ولكي يقوم الرضا بالعقد ، لابد أن توجد إرادة لشخص محدد ، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، وأن يخرجها صاحبها إلى العالم الخارجي ، بالتعبير عنها ، وأن تتطابق وترتبط مع إرادة أخرى ، معبراً عنها بدورها . وهكذا يلزمنا ، ونحن بصدد الكلام في توافر الرضا بالعقد ، أن نتكلم في وجود الإرادة عند كل من العاقلين ، ثم في التعبير عنها ، ثم في توافقها وارتباطها مع إرادة المتعاقد الآخر . وحيث إنه يحصل في بعض الأحيان أن يقوم شخص بإبرام العقد باسم آخر ولحسابه بصفته نائباً عنه ، تحتم أن نعقب بنظرية النيابة . وبعد كل ما سبق نختم موضوعنا بتناول بعض صور خاصة في التعاقد .

المطلب الأول

الإرادة

٤٢ - يجب ، بادئ ذي بدء ، لكي يتوافر الرضا بالعقد ، أن توجد الإرادة لدى كل من طرفيه . فالإرادة هي أساس العقد والتصرف القانوني بوجه أعم . فإذا لم تكن الإرادة متوافرة في كل من طرفي العقد ، أو حتى في أحدهما ، ما أمكن للعقد أن يقوم .

ويقصد بالإرادة Volonté أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو قادم عليه وينتهي إلى أن يقصده ، بأن يكون مدركاً ماهية التصرف الذي يجريه ، والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه منه ، وأن يقصد ذلك كله ^(١) . فإذا انعدمت الإرادة في أحد العاقلين عند إبرام العقد ، ما قام رضاه ،

(١) انظر نقض ٨ مارس سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عروج ١ رقم ١٦٩ ص ٣١٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن المقصود بالرضا الصحيح في التصرف هو أن يكون مبرراً ، يعقل معنى التصرف ويقصده . والفرض من كونه مبرراً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية هذا العقد والتزاماته فيه . أما كونه يقصده ، فالفرض منه بيان أنه لابد من إرادة حقه منه ، لقيام الالتزام الذي يتحمل به . وخلصت المحكمة من ذلك إلى تقرير بطلان سند بدين وقمة شخص لصالح زوجته ، حالة كونه مصاباً بحالة مرضية انتهت به إلى أن دفعته إلى الانتحار .

وبالتالى بطل العقد . ولايهم بعد ذلك السبب الذى أدى إلى انعدام الإرادة . كما أنه لأهمية لما إذا كان هذا الانعدام دائماً أو مؤقتاً ، مادام قد لحق بالعقد عند إبرام العقد . ومثال الشخص الذى تنعدم عنده الإرادة الصغير فاقد الإدراك والتمييز . ومثاله أيضاً مضطرب العقل لجنونه أو عتهه^(١) ، حتى لو كان اضطرابه هذا عرضياً مؤقتاً . مادام قد أدى بالفعل إلى فقدته الإدراك ، وكان هذا الفقد فى الإدراك قائماً لديه عند إبرام العقد . ومثال عديم الإرادة كذلك من فقد وعيه بسبب المرض أو الشيخوخة^(٢) أو السكر أو الغيبوبة أو التنويم المغناطيسى أو الإيحاء . ومثاله ، فى النهاية ، من أكره مادياً على إبرام العقد ، كما إذا أمسك شخص بيد آخر ويجعله يوقع على سند .

٤٣ - يبين مما سبق أنه يلزم ، لكى يتوافر الرضاء ، أن توجد الإرادة . بيد أن مجرد وجود الإرادة لا يكتفى . وإنما يلزم أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى ، بمعنى أن يقصد صاحبها الارتباط بأمر معين ، على سبيل الجبر والإلزام الذى تكفله السلطة العامة ، وليس على أساس مجرد المجاملة أو التأدب أو التودد أو الإنسانية . وهذا ما عرّف عنه الرومان بنية إبرام الصفقة

(١) راجع ما سوف نذكره فى خصوص حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر عليه وبعده ، نبذة

(٢) انظر نقض ٩ ديسمبر ١٩٥٤ ط ٣١٢ / ٢١ ق مجموعة النقض س ٦ ص ٢٥٧ قاعدة ٣٣ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً تقدم به العمر وأناخ عليه المرض وضعفت منه الإرادة ، فعمد بعض أولاده إلى التسلط عليه وجعلوه يجرى بعض التصرفات فى أمواله بإصراراً بباقي أولاده وزوجتيه ، الأمر الذى أدى برفع دعوى الحجر عليه لئله ، ولكنه مات قبل صدور قرار الحجر . رفع الورثة الذين صدرت التصرفات بإصراراً بهم دعوى طالبوا فيها ببطال تلك التصرفات ، تأسيساً على ضعف الإرادة عند المتصرف وقت إجرائها . قضت محكمة الموضوع بإجابة طلبهم ، وباركت المحكمة العليا هذا القضاء . وجاء فى حكمها : « إذا كان الواقع فى الدعوى أنه قدم طلب . . . بتوقيع الحجر على شخص لئله وضعفت الإرادة وفقدان الأهلية ، ولم يصدر المجلس الحسبى (وهو الهيئة التى كانت تتولى الحكم فى مسائل الأهلية والولاية على المال بدلاً من محكمة الأحوال الشخصية الآن) قراره بسبب وفاته أثناء تحقيق الطلب ، فرفع بعض ورثته الدعوى بطلب بطلان التصرفات الصادرة منه إلى بقية الورثة ، وكان الحكم إذ قضى ببطال هذه التصرفات قد أثبت بالأدلة السائفة التى أوردها أن هذا الشخص كان فى حالة من ضعف الإرادة لا تتوافر معها صحة الرضا بالمعقود الصادرة منه ، وهو ما جعله أساساً لبطالها ، فإن النى على الحكم بمخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس » .

animus negotii contrahendi^(١) . فلا عبيرة قانوناً بالإرادة إذا قصدت مجرد التمشي مع مقتضيات الشهامة والمجاملة وحسن الأخلاق فحسب ، كما إذا دعا شخص آخر إلى أن يتناول عنده الطعام ، أو دعاه ليركب معه في سيارته ليوصله إلى داره بالمجان^(٢) . فالاتفاق الذي يتم في مثل هذه الحالة لا يعتبر عقداً قانونياً ، ولا يتولد عنه بالتالي أى أثر قانوني ، وإن أمكن اعتباره اتفاقاً أدبياً ، أو اتفاق شرف^(٣) تتواجد عنه واجبات أخلاقية أو أدبية فحسب .

ثم يلزم أن تكون الإرادة ، في قصدها لإحداث الأثر القانوني ، جادة غير هازلة . فلا عبيرة بإرادة الهازل ، كما إذا ذهبت لتشتري شيئاً ، ولما أفصحت للبائع أنه يبالغ في الثمن الذي يطلبه عنه ، قال لك « خذه بدون مقابل » . فالبائع هنا ، في عرضه إعطائك الشيء بلا ثمن ، هازل غير جاد ، فلا يعتد قانوناً بعرضه هذا .

ويأخذ حكم الإرادة غير الجادة تلك التي تجيء معلقة على محض المشيئة من صاحبها ، كما إذا قال شخص لآخر : « أبيعك منزلي حينما يحلو لي

(١) راجع : Josserand ، في تعليقه على حكم النقص الفرنسية - عرائض - ١٩ مارس ١٩٢٧ ، D. P. ، ١٣٧-١- .

(٢) وقد استخلص الفقه والقضاء ، من أن النقل بالمجان لا يعتبر عقداً ، عدم قيام المسؤولية العقدية على الناقل ، إذا ما وقعت ، أثناء النقل ، حادثة ألحقت الضرر بالمنقول ، تاركين إياه يقع بالمسؤولية التقصيرية ، وبذلك يحرم المنقول بالمجان من الاستفادة من فكرة الالتزام بالسلامة obligation de securité الواقع على عاتق الناقل ، في عقد النقل بمقابل ، أو في عقد النقل بلا نعت ولا تخصيص . إذ أن عقد النقل لا يكون إلا بمقابل (راجع Josserand في مؤلفه Les Transports نبذة ١٠٣ ، حيث يقول إن الثمن عنصر أساسي في تكوين عقد النقل ، لا تقل أهميته عن البضاعة المنقولة ذاتها) . ولم يكتف الفقه والقضاء ، في حالة المنقول بالمجان ، برفض المسؤولية العقدية تأسيساً على انتفاء عقد النقل ، بل ذهب إلى رفضها ، اعتباراً بأنه لا يوجد عقد على الإطلاق ، رافضين بذلك فكرة نادت بقيام عقد غير مسمى من عقود التبرع . انظر في ذلك : -

Leservoisier. la responsabilité civile resultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais.

(٣) ويطلق في اللغة الانجليزية على مثل هذا الاتفاق اصطلاح gentleman agreement .

أو عندما أريد » . فالإرادة هنا تعتبر غير موجودة أصلاً ، لأن الإرادة عند الإرادة مؤداها حالاً انتفاء الإرادة ، ومن ثم لا يقوم العقد ، لا باعتباره باتاً ، ولا حتى باعتباره معلقاً على شرط واقف (المادة ٢٦٧) .

ويلزم لذلك أن تكون الإرادة ، في قصدها لإحداث الأثر القانوني ، حقيقية ، بأن تبتغيه في واقع الأمر ، وليست صورية ، بمعنى أن تظهر على نحو يدل على أنها تبتغي لإحداث الأثر القانوني ، حالة كونها لا تبتغيه في الحقيقة . فالإرادة الصورية ، أي تلك التي لا وجود لها في حقيقة الواقع ، لا تنشئ عقداً ، وإن أمكن لها أن تتيح لبعض الأشخاص أن يعتدوا بقيام العقد الذي صورته على خلاف الواقع ، تأسيساً على فكرة أن المظهر الخادع الذي خلفته يحمي المخدوع ، وليس تأسيساً على مجرد قيام العقد (راجع المادة ٢٤٤) .

٤٤ - إثبات توافر الإرادة :

لم يعرض المشرع المصري ، شأنه في ذلك شأن غيره من مشرعي الأغلبية العظمى من البلاد ^(١) ، لأمر إثبات توافر الإرادة لدى الشخص . ومؤدى القواعد العامة في الإثبات أن الأصل هو افتراض توافر الإرادة ، وعلى من يدعى عدم توافرها لدى شخص معين أن يقيم الدليل على انتفاؤها . ذلك لأن الغالب لدى الناس تمتنعهم بالإرادة . فهو من ثم الأمر الظاهر بينهم . والقاعدة أن على من يدعى خلاف الظاهر أن يثبت ما يدعيه .

وإذا كان الأصل هو افتراض توافر الإرادة لدى الشخص ، فإنه يستثنى من هذا الأصل الحالة التي يقرر فيها القانون نفسه انعدام الأهلية . إذ أن انعدام الأهلية يعنى بالضرورة انعدام الإرادة ، تأسيساً على أن الأهلية

(١) وقد سار القانون المدني الكويتي على نهج مخالف ، إذ أنه عرض لأمر إثبات توافر الإرادة وقتنه على النحو الذي يتوافق مع ما تقتضيه القواعد العامة ، وهو في ذلك يقول ، في المادة ٢/٣٣ منه بأنه : « ويفترض توافر الإرادة عند إبرام التصرف ، ما لم يثبت العكس أو يقض القانون بخلافه » .

تدور مع الإرادة كمالاً وعدمياً ونقصاناً^(١) . وانعدام الأهلية ، وبالتالي انعدام الإرادة ، نجده في الصبي غير المميز (المادة ١١٠) وفي المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، وحتى قبل ذلك إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (المادة ١١٤)

وتوافر الإرادة من عدمه لدى الشخص مسألة من مسائل الواقع ، يترخص قاضي الموضوع في تقديره بغير معقب عليه في ذلك من محكمة النقض ، وذلك مع استثناء الحالات التي يكون من شأن القانون فيها أن يقرر انعدام الأهلية وبالتالي انعدام الإرادة ، حيث يخضع قاضي الموضوع ، في خصوص تلك الحالات ، لرقابة المحكمة العليا .

المطلب الثاني

التعبير عن الإرادة

٤٥ - رأينا أنه يلزم ، لتوافر الرضاء أو التراضي بالعقد ، أن توجد الإرادة في كل من طرفيه ، وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه ، بشرط أن تكون في ذلك جادة غير هازلة ، وحقيقية وليست صورية .

ولاشك أن الإرادة هي أساس الرضاء وقوامه . بيد أن القانون لا يهتم بها طالما بقيت في مكمنها تخاليج من صاحبها النفس والنية والضمير . فهي ، على حالها هذه ، مجرد إحساس أو شعور . والقانون لا يهتم بمجرد المشاعر والأحاسيس ، مادامت باقية في حيز النفس ، لا تخرج منها إلى العالم الخارجي^(٢) .

فلا بد إذن ، لكي يتوافر الرضاء بأمر ما ، أن تخرج الإرادة التي قصدها من نفس صاحبها إلى العالم الخارجي الملموس . ويتم ذلك بالإفصاح أو التعبير عنها . من أجل ذلك نجد المادة ٨٩ تقضى بأنه « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك

(١) راجع مؤلفنا نظرية الحق ، نبذة ٦١ .

(٢) انظر مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ٣ مكرر .

من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . فهذا النص لا يقول إن العقد يتم بمجرد توافق الإرادتين ، ولكنه حرص على أن يذكر أن العقد يتم عند تبادل التعبير عن هاتين الإرادتين المتوافقتين^(١) . وفي تطلب التعبير عن الإرادة يتفق القانون المصري خاصة والقانون المعاصر عامة مع الفقه الإسلامى^(٢) .

هكذا نخلص إلى أن الرضاء بالعقد يقوم على توافق إرادتين ، بعد أن يتم التعبير عن كل منهما . أما إذا توافقت إرادتان ، حالة كونهما كامنتين في حيز النفس ، أى دون أن يحصل التعبير عنهما ، كما إذا اقتصر الأمر عند شخصين ، على أن راودت أحدهما نفسه أن يبيع للآخر منزله بشمن معلوم ، وراودت الآخر نفسه بأن يشترى ذلك المنزل بنفس الثمن ، فلا يعتبر ذلك رضاء يقوم العقد على أساسه^(٣) . من هنا تبرز أهمية التعبير عن الإرادة .

٤٦ - كيف يحصل التعبير عن الإرادة :

رأينا أن القانون لا يتم بالإرادة ، باعتبارها مكونة للرضاء ، إلا إذا حصل التعبير عنها . وعلينا الآن أن نحدد كيفية حصول هذا التعبير .

والقاعدة أنه لا توجد طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة . فللشخص أن يعبر عن إرادته بالشكل الذى يحلو له . وهذا لا مجرد تطبيق لمبدأ رضائية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٣٥ من المشروع التمهيدى التى أصبحت بنصها تقريراً المادة ٨٩ من القانون ما يأتى : « قطع المشروع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩) .
(٢) وفي ذلك يقول ابن تيمية ، في مختصر الفتاوى الهندية (ص ٥٤٧) « إذا نوى (رجل) طلاق زوجته ، لم يقع بمجرد النية طلاق ، باتفاق العلماء » .

(٣) وإذا كان الرضاء لا يقوم بغير الإرادة ، ولا تتوافر الإرادة في المتعاقدين ، إلا إذا وعى وتدبر أمر التعاقد الذى هو قادم عليه ، وانتهى إلى أن يقصده ، وإذا كان توافر الإرادة وحده لا يكفى ، وإنما يلزم أن تخرج إلى العالم الخارجى الملموس ، ويتم ذلك عن طريق التعبير عنها ؛ إذا كان ذلك كله ، فإنه يمكن أن يقال إن الإرادة ، التى يمتد بها القانون في إنشاء العقود والتصرفات القانونية بوجه عام ، تمر بمراحل ثلاث : التدبير والتقرير والتعبير . والمرحلتان الأوليان نفسيتان . أما الثالثة فتأخذ مظهراً مادياً .

العقود ، الذى يقضى بأن العقد يقوم بمجرد توافر الرضاء به ، دون ماضورة
لحجى التعبير عن الإرادة فى شكل أو فى آخر . ولا يستثنى من قاعدة حصول
التعبير عن الإرادة بأى شكل أو طريقة ، إلا الحالات التى يستلزم فيها
القانون شكلاً خاصاً لقيام العقد ، كما هى الحال بالنسبة للهبة والرهن الرسمى ؛
إذ يتحتم هنا أن يحجى التعبير عن الإرادة فى الشكل الذى رسمه القانون .

هكذا يبين أنه وفقاً للقاعدة العامة ، يسوغ أن يحصل التعبير عن الإرادة
دون تقييد بطريقة معينة أو بشكل خاص . وفى ذلك تقضى المادة ٩٠ / ١ بأنه
« ١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ،
كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة
المقصود » .

فيصح أن يحصل التعبير عن الإرادة باللفظ ، كما هو الغالب عملاً ،
كما إنه يسوغ أن يقع بالكتابة ، سواء أكانت مخطوطة أم مطبوعة أم مكتوبة
على الآلة الكاتبة ، وسواء أ جاءت فى سند أم فى رسالة ، وسواء أكان العقد
عرفياً أم رسمياً . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل التعبير عن الإرادة بالإشارة
ولو من غير الأخرس ، مادامت متداولة عرفاً تداولا لا يثير شكاً فى حقيقة
مدلولها ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول ، وكهزها أفقياً أو هز
الكتفين دلالة على الرفض . ويسوغ أن يتم التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية
الدالة على التراضى ، ولو لم يصحبها كلام ، كما إذا أعطيت خمسة قروش
لبائع الصحف فناولك الصحيفة . وهذا هو المعروف فى الفقه الإسلامى تحت
اسم « تعاقد المعاطة » . كما أن التعبير عن الإرادة قد يحصل فى النهاية ، باتخاذ
موقف معين لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود ،
كما إذا عرض تاجر على الجمهور بضاعته معلقاً عليها الثمن ، وكما إذا وقفت
سيارة الأجرة فى انتظار من يريد بها ، وكما إذا وضع شخص آلة معينة تؤدى
للجمهور تلقائياً خدمات خاصة نظير ثمن محدد ، كآلات التى تقدم فى بعض

البلاد المشروبات الباردة أو الساخنة والموازين الميكانيكية (١) .

٤٧ - التعبير الصريح والتعبير الضمني :

رأينا أن التعبير عن الإرادة لا يتقيد ، كقاعدة عامة ، بطريقة معينة أو بشكل خاص . ف سواء أن يحى باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم بالمبادلة

(١) وفي هذا كله ، يتفق الفقه الإسلامى فى مجموعة مع القانون المعاصر عامة والقانون المصرى خاصة ، مع خلاف بسيط فى المذاهب . ولعل أقرب المذاهب الإسلامية إلى القانون المعاصر فى هذا المجال ، هو المذهب المالكى . فالمالكية يجيزون التعبير عن الإرادة باللفظ الذى يدل عليها عرفاً ، حتى ولو لم يدل عليها لغة ، ودون تقيد فى ذلك بصيغة الماضى أو المضارع أو الأمر . كما أنهم يجيزون التعاقد بالكتابة والإشارة والمعاطاة . وهم لا يقيدون الإشارة بأن تكون من الأخرس ، مستندين فى ذلك إلى قوله تعالى : « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا » ، اعتباراً بأن المقصود بالرمز هو الإشارة . ويقترّب المذهب الحنبلى من المذهب المالكى فى التوسع فى طريقة التعبير عن الإرادة . أما المذهب الحنفى ، فهو وإن كان كسابقيه متحرراً بدوره بالنسبة إلى طريقة التعبير عن الإرادة ، إلا أنه يقل عنهما بعض الشيء . فهو ، وإن أجاز التعبير عن الإرادة بالمشافهة والإشارة والكتابة والمعاطاة ، إلا أنه ، من ناحية أولى ، يقيد اللفظ بوجوب وروده على صيغة الماضى أو المضارع ، دون صيغة الأمر كأصل عام . ومن ناحية ثانية ، هو لا يجيز التعبير عن الإرادة بالإشارة إلا للعاجز عن التعبير بغيرها ، أما القادر على التعبير بغير الإشارة ، فلا تنفع منه إشارته ، بل عليه أن يعبر بما يستطيعه مما هو أقوى منها فى الدلالة ، لفظاً . مثلاً أو كتابة (راجع : محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامى ، مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه ، طبعة ٣ بند ٤٨١ و ٤٨٢ والمراجع التى يشير إليها) . أما المذهب الشافعى ، فهو يعمل على التشدد والتضييق . إذ أنه لا يجيز التعاقد بالكتابة ولا بالمعاطاة ، كما أنه لا يجيز التعاقد بالإشارة إلا للأخرس .

ويلاحظ أن كثرة من فقهاء المسلمين ، لاسيما فقهاء المالكية والحنابلة والشافعية ، بالنسبة إلى التعبير عن الإرادة ، يخصصون الزواج بحكم متميز عن غيره من العقود ، نظراً لجلاله وخطره ولما فيه من معنى العبادة للمولى عز شأنه . فهم يشترطون ، فى صده ، أن تكون الألفاظ المستعملة للدلالة على إرادته مشتقة من مادق نكح وزوج ، إن كان المتعاقدان يفهمان العربية . ويستشهدون لما يذهبون إليه ، بأن هذين اللفظين وردا فى القرآن ، فلا بد من التزامهما ، اقتضاء به ، وذلك إذ يقول تعالى فى سورة النساء : « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف » ، كما يقول فى سورة الأحزاب : « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها » . والأحناف يخالفون هنا فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة . ويجيزون التعبير عن الإرادة فى الزواج بأى لفظ ، دون التقيد بلفظ الزواج أو النكاح ، ما دام هو يدل على التملك فى الحال ، وبشرط فهم الشهود للمقصود (انظر : محمد يوسف موسى ، المرجع السابق) .

الفعلية أو التعاطي ، أم باتخاذ موقف يدل على حقيقة المقصود بغير شك أو غموض . وأياً ما كان السبيل الذي يتخذه التعبير عن الإرادة ، فإنه لا يلزم ، كقاعدة عامة ، أن يكون هذا التعبير صريحاً ، بل يصح أن يحىء ضمناً . وفي هذا تقضى المادة ٢/٩٠ بأنه : « ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً ، إذا اتخذ صاحبه سبيلاً يدل على إرادته بطريقة مباشرة ، من غير حاجة إلى إعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي . ومثال ذلك أن أقول لك ، لفظاً أم كتابة ، إننى أرغب فى أن أبيعك متزلى بثمان معين . ففي هذا القول ، تعبير صريح عن الإرادة . لأنه يدل بطريقة مباشرة على رغبتى فى البيع ، دون حاجة لاستخلاص هذا المعنى عن طريق الاستنتاج من أمور أخرى . ومثال التعبير الصريح أيضاً أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه شيئاً بثمان محدد ، ثم يسأله عما إذا كان يقبل شراءه ، بهذا الثمن فيومىء هذا برأسه دلالة على القبول . فإشارة الرأس هنا تعبير صريح عن الإرادة ، لأنها تدل على رغبة صاحبها فى الشراء بطريقة مباشرة . ومثال التعبير الصريح عن الإرادة ، فى النهاية ، وقوف سيارة الأجرة فى انتظار راكب يستأجرها . فهذا الموقف من سائق السيارة يدل بطريقة مباشرة على رغبته فى أن ينقل من يريد بالثمان المعلوم .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا كان السبيل الذى يلجأ الشخص إليه لا يدل على الإرادة بطريقة مباشرة ، ولم يبتغ به ذلك بصفة أساسية ، وإنما هو يدل عليها بطريقة غير مباشرة ، وبعد إعمال الفكر فى الاستنتاج المنطقي^(١) .

(١) وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتعبير الضمنى عن الإرادة والتفريق بينه وبين التعبير الصريح ، وذلك فى تعليقها على الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ منه ، التى أصبحت بذات نصها الفقرة الثانية من المادة ٩٠ من القانون المدنى . وهى ، فى هذا الخصوص ، تقول إنه : « أما الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ ، فقد أخذت عن المادة ١٠٧٩ من التقنين البرازيلى . وهى تتناول مسألة التفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى عن الإرادة . وهذه التفرقة ليست =

ومثال ذلك أن يتنازع الدائن والمدين على وجود الدين ، ثم يأتي المدين فيطلب أجلاً لوفاته ، أو يقدم تأميناً لضمانه ؛ ففي ذلك من المدين اعتراف ضمنى بالدين . ومثال ذلك أيضاً أن تنتهى مدة الإيجار ، ومع ذلك يبقى المستأجر منتفعاً بالعين ، بعلم المؤجر وبغير اعتراض منه ، فيتجدد الإيجار تجديدًا ضمنياً ، بنفس شروط الإيجار المنقضى ، ولكن للمدة المحددة لدفع الأجرة ^(١) (المادة ٥٩٩ / ١ مدني) .

= بمجرده من الأهمية العملية، فقد يستلزم القانون أحياناً، وقد يشترط المتعاقدون أنفسهم في بعض الفروض ، وجوب التعبير الصريح عن الإرادة لإبراز أهمية التصرف القانوني الذي يراد عقده . وبين مختلف المعايير التي تداولها الفقه في هذا الصدد ، يوجد معياران ، هما أكثر هذه المعايير ذيوياً : أولهما يحتكم إلى فكرة المؤلف وغير المؤلف في أسلوب التعبير أو طريقته . ويرى أصحاب هذا المعيار أن التعبير يكون صريحاً ، إذا كان أسلوب الإفصاح عن الإرادة من الأساليب المألوفة، ويكون على النقيض من ذلك ضمنياً، إذا لم يكن أسلوب الإفصاح من بين الأساليب التي ألف الناس استعمالها في هذا الشأن، بحيث لا يحتاج استخلاص دلالة التعبير في الصورة الأخيرة إلا من طريق الاستنتاج . أما المعيار الثاني فيرى أصحابه أن التعبير يكون صريحاً أو ضمنياً ، تبعاً لما إذا كان مباشراً أو غير مباشر . ويراعى أن الفارق العمل بين هذين المعيارين ضئيل ، إن لم يكن معدوماً . فالأسلوب المؤلف في التعبير عن الإرادة هو في الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، في حين أن الأسلوب غير المباشر ليس ، في الغالب ، بالأسلوب المؤلف . ومهما يكن من شيء ، فقد أثر المشروع ألا يفصل في المسألة بنص تشريعي ، تاركاً أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء . ومع ذلك ، فمن المحقق أن اتخاذ موقف معين ، أو التزام سلوك بالذات ، للإفصاح عن الإرادة لا يستتبع حتماً أن تكون هذه الإرادة ضمنية . فمن صور السلوك في بعض الفروض ، ما قد يعتبر أسلوباً مباشراً مألوفاً في الإفصاح عن الإرادة ، ويكون بهذه المثابة تعبيراً صريحاً . راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤ .

(١) في هذه الحالة ، يقوم إيجار جديد على أنقراض الإيجار القديم المنقضى ، وإن كان يتفق معه في كل شروطه باستثناء المدة . والإيجار الجديد يقوم على إرادة ضمنية مزدوجة ، من المؤجّر والمستأجر كليهما . فالمستأجر ، ببقائه منتفعاً بالعين بعد انتهاء الإيجار الأصل ، يعرض ضمنياً إرادته بإبرام الإيجار الجديد . والمؤجر بدوره ، بعلمه بما فعله المستأجر وعدم اعتراضه عليه ، يقبل ضمنياً عرض هذا الأخير . فيقوم الإيجار الجديد (راجع مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٣٠٠-٣٠٢) . ومن أبرز حالات التعبير الضمني الذي تقوم العقود عليه كذلك حالة التجديد الضمني لعقد العمل . فإذا أبرم عقد العمل لمدة محددة ، وانتهت ، ومع ذلك استمر العامل وصاحب العمل في تنفيذ الالتزامات الذي يرتبها العقد عليهما ، اعتبر العقد متجدداً بنفس شروط العقد القديم الذي انقضى ، ولكن لمدة غير محددة (المادة ٧٢ من قانون العمل الصادر برقم ١٣٧ / ١٩٨١) . انظر في التجديد الضمني لعقد العمل ، مؤلفنا : قانون العمل الكويتي ، نبذة ٢٣٩ .

يظهر مما سبق أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً ، وقد يحىء ضمناً . والقاعدة أن هذين النوعين من التعبير عن الإرادة يقعان صالحين ، بمعنى أنه يعتد بالإرادة سواء أعبء عنها صراحة أم ضمناً . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الحالات التى ينص فيها القانون أو الاتفاقى على ضرورة حصول التعبير الصريح .

٤٨ - هل يصلح السكوت تعبيراً عن الإرادة ؟

ثار الجدل حول ما إذا كان السكوت (١) ، يصلح تعبيراً عن الإرادة ، أو لا يصلح . ومفتاح هذه المسألة هو فى تبين ما إذا كان سكوت الشخص يعتبر موقفاً من شأنه أن يدل على حقيقة مقصوده بغير شك أو غموض ، أم لا . فإن كان الجواب بنعم ، صح السكوت تعبيراً عن الإرادة ، وإن كان بلا ، ما يصلح لذلك .

وإذا طبقنا هذا المعيار ، وجدنا أن السكوت لا يصلح بالضرورة تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب بالعقد . فالعقد يبرم ، كما سنبنيه بعد قليل ، على مرحلتين أساسيتين ، هما الإيجاب والقبول . ويقصد بالإيجاب العرض

(١) ويجب عدم الخلط بين السكوت والتعبير الضمنى عن الإرادة . فالسكوت والتعبير الضمنى عن الإرادة ، وإن اتفقا معاً فى وجوب إعمال الاستنتاج المنطقى للوصول إلى حقيقة القصد ، فإنهما يختلفان فى طبيعتهما . إذ أن التعبير الضمنى يقوم على وضع إيجابى يصدر من المتعاقد ، وإن لم يدل على إرادته بطريق مباشر . أما السكوت ، فهو مجرد صمت عن الرد . فهو إذن وضع سلبى ، وإن أمكن فى بعض الأحيان أن يستدل منه على الإرادة . وإذا كان التعبير الضمنى عن الإرادة يصلح للإيجاب والقبول ، فإن السكوت لا يصلح إلا للقبول ، بل هو لا يصلح للقبول ، إلا إذا لابتة ظروف خاصة من شأنها أن تدعم دلالة عليه ، على نحو ما سوف نبنيه فى المتن بعد قليل . انظر ، فى خصوص التفريق بين السكوت والتعبير الضمنى عن الإرادة ، المذكرة الإيضاحية للمادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت المادة ٩٨ من القانون المدنى بعد إجراء بعض التغيير فى الصياغة . وقد جاءت فى مستهلها تقول : « ١ - ينبئ التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير الضمنى ، بحسب الأحوال ، إيجاباً أو قبولاً ، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولاً (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٧) » .

الذى يتقدم به مبادأة أحد العاقدين للآخر ، تاركاً له أمر قبوله أو رفضه . وهو ، بهذه المثابة ، يجب أن يتضمن بياناً واضحاً لطبيعة الصفقة المراد إبرامها وشروطها الأساسية . والسكوت ، بطبيعة الحال ، لا يصلح وسيلة لهذا البيان . وهكذا نصل إلى أن السكوت ، لا يصلح تعبيراً عن الإرادة ، بالنسبة إلى الإيجاب (١) .

ولكن إذا كان السكوت لا يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب فهل يصلح تعبيراً عنها بالنسبة إلى القبول ؟

ثار هذا التساؤل في حالات عملية كثيرة . ومن هذه الحالات ، لإرسال صاحب صحيفة جديدة أعدادها لأحد الأفراد ، عارضاً عليه بذلك الاشتراك فيها لمدة معلومة . فإن سكت المرسل إليه عن رد تلك الأعداد ، فهل يعتبر سكوته هذا تعبيراً عن إرادته بقبول الاشتراك ؟ وحصل أيضاً أن أرسل أحد البنوك لعميل من عملائه خطاباً ينبئ فيه أنه قيد اسمه في قائمة المكتتبين في مشروع معين بعدد من الأسهم ، وأنه احتسب قيمة هذه الأسهم في حسابه الجاري ، وسكت العميل ، فلم يرد على البنك قبولاً أو رفضاً ، فهل يعتبر سكوته هذا قبولاً للاكتتاب ؟ وإذا أرسل تاجر لأحد زبائنه عينة من بضاعة ذاكر آله أن عدم ردها يعتبر منه قبولاً لشراء كمية منها ، فهل يقع السكوت من العميل هنا بمثابة القبول ؟

وحكم هذا الموضوع أن السكوت بذاته ومجردة ، أى السكوت الذى لا يقترن بظروف من شأنها أن تدعم دلالة ، وبعبارة أخرى ، السكوت البسيط ، لا يصلح تعبيراً عن الإرادة ، حتى بالنسبة إلى القبول . وعلة هذا الحكم أن السكوت بمجرد ذاته لا يمكن أن يقطع في دلالة على شيء ، أو أنه ، كما تقول القاعدة الشرعية ، لا ينسب لسكوت قول (٢) ، في حين

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على المادة ١٤٢ منه ، بعد أن أبرزت أن التعبير الضمنى عن الإرادة يصلح لأن يكون إيجاباً أو قبولاً ، استطردت تقول : « أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز ، في بعض فروض استثنائية ، أن يعتبر قبولاً (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٨) » .

(٢) وقد تضمنت المهلة هذه القاعدة في المادة ٦٧ منها .

أن الموقف الذى يتخذه الشخص لا يصلح تعبيراً عن إرادته ، إلا إذا كانت ظروف الحال لا تدع شكاً فى دلالة على حقيقة مقصودة (المادة ٩٠ / ١) .

وتطبيقاً لهذه الفكرة ، حكم بأن سكوت الشخص الذى أرسل إليه صاحب الصحيفة أعدادها ، بغية اشتراكه فيها ، عن ردها وعن إبداء رأيه فى قبول هذا الاشتراك أو رفضه ، لا يعتبر منه قبولاً أباه ، حتى لو كان صاحب الصحيفة قد أخطره بأن عدم رده الأعداد يقع بمناسبة قبوله الاشتراك^(١) . وحكم أيضاً بأن سكوت العميل الذى أرسل إليه البنك خطاباً ينبئ فيه أنه اكتتب باسمه فى مشروع معين بعدد من الأسهم لا يعتبر قبولاً منه لهذا الاكتتاب ، حتى لو كان البنك قد أخطره بأن سكوته يقع بمناسبة القبول^(٢) . وحكم كذلك بأن سكوت الشخص الذى يرسل إليه تاجر معلوم عينة من بضاعة لا يعتبر قبولاً لشرائه كمية منها ، حتى لو كان التاجر قد أخطره بأن عدم رد العينة يحمل منه على هذا المحمل^(٣) و^(٤) .

هكذا نصل إلى أن السكوت البسيط المجرد لا يصلح تعبيراً عن الإرادة ، حتى بالنسبة إلى القبول . ولكن الأمر يختلف بالنسبة إلى نوع آخر من السكوت هو ذلك الذى يقترن بظروف من شأنها أن تقوى وتدعم دلالة على الرضاء .

(١) نظر محكمة Seine الفرنسية ١٩/٤/١٩٨٣ ، مشار إليه فى Planiol et Ripert ح ٦ ص ١١٧ هامش ٣ .

(٢) أنظر نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ ، سبرى ١٩٤٤ - ١ - ٣١ ، نقض فرنسى ١٥ يوليه سنة ١٩٣١ ، جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ١ - ٩٠٥ .

(٣) انظر استئناف Monpiliier ٢٢ يوليه ١٩٠٤ ، دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٢٩٦ وتعليق Valéry .

(٤) وإذا كان من المسلم أن السكوت فى كل الأمثلة السابقة لا يقع بمناسبة القبول ، فقد تراءى للبعض أنه يعتبره عملاً خاطئاً ، من شأنه أن يلزم صاحبه بالتعويض . وقد استهدف من هذه الفكرة الجديدة اعتبار الصفقة المعروضة قائمة على أساس آخر غير إبرام العقد ، وهو أساس التعويض عن العمل غير المشروع ، اعتباراً بأن القاضى قد يجد فى إقامة تلك الصفقة تعويضاً عينياً مناسباً . بيد أن هذه الفكرة لم تسد . لأنه لا يمكن اعتبار المرسل إليه مقصراً بمجرد أنه لم يرد على عرض وصل إليه ، وإلا وقع الناس فى العنت والحرج ، وذلك طبعاً ما لم يتواجد من ظروف الحال ما يفرض عدم الصمت .

وهذا هو ما يطلق عليه السكوت الملايس Silence circonstancié ، اعتباراً بأن هناك ظروفاً تلايسه ، من شأنها أن تبرز أثره في الدلالة والبيان . والسكوت الملايس أو السكوت الموصوف ، كما أطلقت عليه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في تعليقها على المادة ١٤٢ منه التى أصبحت المادة ٩٨ من القانون ، يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول .

ولكن متى يعتبر السكوت ملايساً أو موصوفاً ، حتى يصلح تعبيراً عن القبول ؟ اتخذت المادة ٩٨ فى ذلك معياراً مرناً . وقوام هذا المعيار هو ما إذا كان من شأن طبيعة المعاملة والعرف التجارى وغير ذلك من الظروف أن تجعل الموجب يتوقع ممن وجهه إليه إيجابه تصريحاً بالقبول من عدمه . فإن كان الأمر الأول ، فإن السكوت لا يقع بمثابة القبول ؛ حيث إن المفروض أن رضاء من وجهه إليه الإيجاب يقتضى منه التصريح به . وإن كان الأمر الثانى ، أى إذا كان من شأن الأمور التى بينها أن تجعل الموجب لا يتوقع ، ممن وجهه إليه إيجابه ، تصريحاً بقبوله ، فإن سكوت هذا الأخير يقع بمثابة قبوله ، بشرط أن يستمر فترة معقولة ، تخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع . وفى هذا تقضى المادة ٩٨ / ١ بأنه : « ١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم ير فض الإيجاب فى وقت مناسب » .

وإذا طبقنا هذا المعيار على الأمثلة التى سبق سردها ، وجدنا أنه لم يكن من شأن الظروف التى اكتنفها أن تجعل الموجب لا ينتظر تصريحاً بالقبول ممن وجهه إليه إيجابه ، إذا كان حقيقة ينتغيه . فصاحب الصحيفة مثلاً ، والفرض أنه لم يسبق له تعامل مماثل مع من أرسل إليه أعدادها ، لم يكن له من الظروف الملايس ما يبرر عدم توقعه تصريحاً بقبول الاشتراك ممن أرسل إليه صحيفته ، إذا كان حقيقة يرتضيه ، بل على النقيض من ذلك تملى عليه تلك الظروف أن يتوقع هذا التصريح بالقبول ، من أجل ذلك فإن السكوت هنا لا يعتبر قبولاً . ولكن يتغير الوضع ، فى هذا المثال ، لو أن صاحب الصحيفة قد سبق له أن أصدر عدة صحف ، وجرت العادة بينه وبين شخص معين على

أن يرسل إليه أعداد كل صحيفة يصدرها ، فإن حازت قبوله وأراد الاشتراك فيها سكت ، وإن رفضها ردها ، في مثل هذه الحالة ، نجد أن طبيعة المعاملة تبرر لصاحب الصحيفة ألا يتوقع تصريحاً بالقبول من عميله ، إذا كان راغباً في الاشتراك فيها ، ومن ثم فإن سكوت هذا العميل عن رد أعداد الصحيفة يحمل منه محمل القبول . فالظروف هنا تملي على العميل أن يرد أعداد الصحيفة في وقت مناسب ، إذا كان راغباً عن الاشتراك فيها ؛ أما ولم يفعل ، فإنه يعتبر ، بسكوته هذا ، قد عبر عن إرادته بالقبول .

وقد طبق المشرع نفسه المعيار الذي حددناه ، وذلك في المادة ٩٨ / ٢ ، التي جاءت تقول : « ٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه » .

فالمشرع يورد تطبيقين للمعيار الذي جاء به ، وهما الآتيان :

١ - إذا كان هناك تعامل سابق من شأنه أن يجعل الموجب لا يتوقع تصريحاً بالقبول من الموجب له ، إذا كان راغباً في الصفقة التي يعرضها عليه والتي تتصل بهذا التعامل ، بل يجعله ، على النقيض من ذلك ، يتوقع تصريحاً بالرفض إذا كان راغباً عنها ، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر منه قبولاً . ومثال هذه الحالة تاجر الجملة الذي تعود أن يرسل كمية من البضائع التي تصل إليه ، إلى تاجر تجزئة من عملائه ، الذي تعود بدوره أن يرفض ما لا يعجبه منها ، ويسكت على ما يعجبه . في مثل هذه الحالة ، تحتم ظروف التعاقد ، في ضوء ماتم منه في القديم ، أن يصرح تاجر التجزئة برفضه كل صفقة يكون عنها راغباً ، بحيث إن تاجر الجملة هنا لا ينتظر منه تصريحاً بالقبول ، إذا كان له في الصفقة هوى . فإن سكت تاجر التجزئة بالنسبة إلى صفقة معينة ، زمناً معقولاً يحدده قاضي الموضوع ، اعتبر سكوته قبولاً لإياها ، وتعذر عليه بالتالي أن يتملص منها ^(١) . ومثال هذه الحالة أيضاً أن يعتاد أحد

(١) انظر في هذا الاتجاه : نفث فرنسي ٢١ مايو ١٩٥١ Bul.civ. ١٩٥١ - ٢ - ١٢٨ .

البنوك أو غيره من المؤسسات المالية الأخرى مع أحد العملاء على أن يجرى لصالحه صفقات في حقل معين ، ثم يخطر به بإجرائها منتظراً منه ردّاً في خصوص ما إذا كان يقبلها أو يرفضها ، واعتاد العميل بدوره أن يجهر برفضه عما لا يرغبه من الصفقات ، فإن سكوته بعد ذلك عن الرد في حالة معينة مدة معقولة من الزمان يترك تقديرها لقاضي الموضوع ، يعتبر منه قبولاً للصفقة (١) .

٢ - يعتبر السكوت قبولاً كلما جاء من صاحبه ردّاً على إيجاب متمحض عن مجرد منفعة له . ومثال ذلك أن يرسل شخص لآخر خطاباً ، يعرض عليه فيه أنه يكفل الوفاء بدين له على ثالث ، فيلزم المرسل إليه ، وهو الموجب له بالكفالة ، الصمت . فهنا يعتبر سكوته قبولاً للكفالة المعروضة عليه (٢) ، ولا يسوغ لمن أرسل الخطاب أن يتنصل من التزامه ككفيل بمقولة إن غريمه لم يرد على عرضه بالقبول في وقت مناسب . والسبب في ذلك أن الكفالة هنا تؤدي إلى مجرد نفع للمرسل إليه . وهذا بذاته ظرف من شأنه أن يدعم سكوته ويقوى أثره في الدلالة على قبوله إياها . فالغالب أن الناس لا يرفضون العروض التي تقدم إليهم ، إذا كانت تؤدي إلى مجرد نفعهم : أي تؤدي إلى تحقيق مصلحة لهم بدون مقابل ، بحيث إن من يريد منهم مخالفة هذا الوضع الغالب ، يبادر بالإفصاح عن قصده ، وبحيث إن الطرف الآخر لا ينتظر تصريحاً بالقبول ممن يكون في الصفقة راغباً .

هذان هما التطبيقان اللذان أوردتهما المادة ٤٤/٢ من القانون المدني للسكوت

(١) انظر : نقض فرنسي - عرائض - ١٥ مارس ١٩٤٤ ، سيرى ١٩٤٤ - ١ - ٤٠ . ومن الحالات التي يمكن فيها للسكوت أن ينهض دلالة على القبول في مجال اتصال الأمر بتعامل سابق بين ذوي الشأن ، الحالة التي يرسل فيها البنك لعمليه كشف حساب ، فيسكت العميل فترة معقولة من الزمن ، يترك تحديدها لقاضي الموضوع ، دون الاعتراض على ما تضمنه من بيانات ، فوفقاً للعادات الجارية يمكن أن يستخلص من هذا السكوت رضا العميل بما تضمنه الكشف من بيانات ، إلا ما جاء منها نتيجة زلات القلم أو أخطاء الحساب .

(٢) انظر : استئناف مختلط ١٣/٢/١٨٩٦ ، ب ٨ ص ١١٨ . وانظر في نفس الاتجاه : نقض فرنسي - عرائض - ٢٠/٣/٣٨ ، دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٥ وتعليق Voizin .

الملابس الذي يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول : وهما وإن كانا من أهم التطبيقات العملية في هذا المجال ، إلا أنهما ليسا الوحيدين . فهما مذكوران في النص على سبيل المثال ، لا الحصر . وهكذا ففي كل حالة أخرى نجد أنفسنا أمام سكوت ملابس ، أي سكوت يقترن بظروف من شأنها أن تؤدي بالشخص إلى الإفصاح عن رفضه الإيجاب الموجه إليه إذا كان يقصده ، بحيث إن الطرف الآخر لا ينتظر منه تصريحاً بالقبول إذا كان للصفقة راعياً ، فإن هذا السكوت يصلح من صاحبه تعبيراً عن إرادته ، بالنسبة إلى قبوله هذا الإيجاب . ومن أمثلة هذه الحالات تسلم المشتري البضاعة التي اشتراها مع قائمة بثمنها متضمنة شروطاً معينة للصفقة ، حيث إن سكوته عما جاء في تلك القائمة فترة معقولة من الزمن يقدرها قاضي الموضوع يعتبر منه تسليماً بما تضمنته من شروط ^(١) . ومن أمثلة هذه الحالات أيضاً سكوت الموكل بغير مقتضى فترة معقولة عن تجاوز وكيله حدود وكرالته ، برغم علمه بحصوله . ومن أمثلتها كذلك سكوت المالك بغير مقتضى عن تصرف غيره في ماله ، إذا كان هذا التصرف قد حصل في حضوره ، أو كان قد أخطر به على نحو سليم (انظر المادة ٣٨ من مدونة الالتزامات والعقود المغربية) .

٤٩ - مما سبق يبين أن السكوت بمجرد ذاته لا يصلح تعبيراً عن الإرادة . فهو عدم ، والعدم لا يفيد إلا العدم . فالسكوت لا يصلح أبداً تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب وهو ، مجرداً عن أي اعتبار آخر ، لا يصلح أيضاً تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . ولكن من الممكن للسكوت أن يصلح تعبيراً عن القبول ، إذا لا يسته ظروف من شأنها أن تدعم دلالة عليه وهذا هو السكوت الملابس . وإذا كانت المادة ٩٨ قد وضعت لنا معياراً

(١) ويلاحظ أن المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى كانت تتضمن هذه الحالة كتطبيق للسكوت الملابس الذي يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . وقد حذفت العبارة التي تشير إلى تلك الحالة فلم تأت في نص المادة ٢/٩٨ من القانون . ولكن لا يستفاد من الحذف السابق ، وفق ما جاء في مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ التي أجرتها ، الرغبة في إبعاد الحالة التي نحن بصددنا (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٧ وما بعدها) .

للسكوت الملابس وأوردت تطبيقات له ، فليس معنى هذا أن ماجاء فيها يتمثل أمراً حسابياً . فالمعيار الذى أوردته لا يعدو أن يكون مجرد مرشد يستأنس به القاضى ، دون أن يملأ عليه بالضرورة القول الفصل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى التطبيقين اللذين أوردتهما النص ، فهما بدورهما ليسا قاطعين . والأمر من بعد متروك زمامه بيد قاضى الموضوع الذى يتعين عليه أن يحدد ، فى ضوء ظروف كل حالة : ما إذا كان السكوت ينهض دلالة على القبول من عدمه . ولقاضى الموضوع فى ذلك سلطة تقديرية تنأى به عن رقابة محكمة النقض ، طالما قام تقديره على أسباب سائغة ^(١) . فالأمر يدخل فى رحاب الواقع .

وغنى عن البيان أن كل ما قلناه فى صدد السكوت لا يخل بما يصرح به القانون ، فى حالات خاصة ، من إعطائه أثراً معيناً ، سواء أكان هذا الأثر هو القبول أم الرفض ^(٢) . كما إنه لا يخل بما يتفق عليه العاقدان من ترتيب أثر معين على السكوت ، كما إذا اتفق المؤجر والمستأجر أو العامل ورب العمل على أن سكوت كل منهما عن إبداء رغبته فى إنهاء العقد فى أجل معلوم يكون من شأنه امتداده لفترة تالية معينة كانت أم غير معينة .

٥٠ - قيام التعبير عن الإرادة وإنتاجه أثره :

بينما فيما سبق أن الإرادة هى أساس الرضاء ، وبالتالي أساس العقد

(١) راجع Marty Raynaud ج ٢ مجلد ١ نبذة ٩٦ .

(٢) فى بعض الأحيان يرتب القانون بنصوص خاصة أثراً معيناً على السكوت . وهو تارة يحمله محمل القبول ، وتارة أخرى يحمله محمل الرفض . ومثال الحالة الأولى ما تضمنته المادة ٢/٣٢٢ فى شأن حوالة الدين المضمون بالرهن الرسمى عند بيع العقار المرهون بيعاً مسجلاً ، قاضية بأنه : « ٢ - فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى ، اعتبر سكوته إقراراً » . ومثال الحالة التى يعتبر فيها القانون السكوت قبولاً كذلك ما جاءت به المادة ١/٤٢١ فى خصوص بيع التجربة من أن سكوت المشتري عن ابداء رأيه فى البيع المدة القانونية مع تمكينه من اجراء التجربة هذا يعتبر منه قبولاً للمبيع يتمتع به البيع . أما الحالة التى يعتبر فيها القانون السكوت بمثابة الرفض ، فمثالها ما جاءت به المادة ٢/٣١٦ فى خصوص حوالة الدين من أن سكوت الدائن بعد إعلاؤه بالحوالة عن إقرارها خلال أجل معقول يعتبر منه رفضاً لها .

والتصرف القانوني بوجه عام ، كما بينا أن القانون لا يعتد بالإرادة إلا إذا حصل التعبير عنها . وعلينا أن نحدد هنا متى يوجد التعبير عن الإرادة ، ومتى ينتج أثره .

والتعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره من أجراء . ولكنه ، مع ذلك ، لا ينتج أثره ، في القانون المصري ، إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه ^(١) . أما قبل تلك اللحظة ، فالتعبير قائم وموجود ، ولكنه غير منتج أثره . وفي ذلك تقضي المادة ٩١ مدني بأنه : ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » .

وهكذا يلزم أن نفرق بين وجود التعبير عن الإرادة في ذاته ، وبين إنتاج أثره القانوني . فقد يوجد التعبير عن الإرادة مادياً ، بمعنى أن يكتمل له مظهره المادي ، ولكنه يبقى مع ذلك ، إلى فترة معينة ، عديم الأثر قانوناً . وهذا ماأخذ به القانون المدني ، مسaireً فيه كثرة من القوانين المعاصرة الأخرى ، حيث جعل الأثر القانوني للتعبير عن الإرادة ، في مجال العقود ، مترaxياً إلى وقت وصوله إلى علم من يوجه إليه ^(٢) . فالتعبير من الموجب

(١) أما في الفقه الإسلامي ، فينتج التعبير عن الإرادة أثره من وقت صدوره . ولكن الفارق في هذا المجال ، بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر عامة والقانون المصري خاصة ، وإن كان من الناحية النظرية جد كبير ، إلا أنه من الناحية العملية يزول تماماً في صدد الإيجاب ، نتيجة إعمال القاعدة الإسلامية القاضية بوحدة المجلس . فوحدة المجلس ، في الفقه الإسلامي ، شرط أساسي لانعقاد العقد . وهكذا لو عبر شخص عن إرادته في إبرام عقد معين ، حالة كون المتعاقد الآخر غير موجود معه ، فإن هذا التعبير لن يكون له أدنى أثر . أما في التعاقد بالمراسلة ، فيبدأ مجلس العقد في الانعقاد عند تبليغ رسالة الموجب للموجب له ، فيقوم علم هذا به . أما في صدد القبول ، فيبرز الفارق كبيراً بين الفقه الإسلامي والقانون المصري ، ولكن في مجال التعاقد بالمراسلة وحده ، حيث يتم العقد ، في ظل الأول ، بمجرد صدور القبول ، في حين أنه ، في ظل الثاني ، يتراخى قيام العقد إلى وقت اتصال القبول بعلم الموجب .

(٢) ويقضي هذا الحكم ، على وجه الخصوص ، القانون الألماني (المادة ١٣٠) ، وإن كان قد جعل لإنتاج التعبير أثره رهناً بوصوله إلى من وجه إليه ، ومدونة الالتزامات السويسرية =

بما ينبغي عن إرادته إبرام عقد معين ، وإن تكامل له وجوده المادى من لحظة صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يعتبر إيجاباً بالعقد إلا بعد اتصاله بعلم الموجب له . كما أن التعبير من الموجب له عن إرادته بما يتضمن موافقته على العرض الصادر له ، وإن تكامل له بدوره وجوده المادى فور صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يعتبر قبولا ينعقد به العقد . إلا بعد اتصاله بعلم الموجب .

ولا تظهر أهمية تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه إلا في التعاقد بالمراسلة بين الغائبين . إذ توجد في هذا النوع من التعاقد بالضرورة فترة من الزمن ، تطول أو تقصر ، بين صدور التعبير من صاحبه ، ووصوله إلى من يرسل إليه ، وذلك بالنسبة إلى الإيجاب والقبول على سواء . أما في التعاقد بين الحاضرين ، سواء أكان في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو ما يشابهه . فلا يظهر في العمل أية أهمية لتراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى ما بعد اتصاله بعلم من يوجه إليه ، إذ أن صدور التعبير ووصوله يمان ، في هذه الحالة ، في نفس الوقت .

وغنى عن البيان أن تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه لا يكون إلا في مجال إبرام العقود . فهو لا يكون في حالة التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، كالوعد بجائزة موجه للجمهور وكالوصية ، حيث لا يوجد إلا طرف واحد هو الذى يصدر منه التعبير ، ولا يوجد غيره يوجه التعبير إليه . ومن ثم ينتج التعبير عن الإرادة أثره ، في هذا المجال الأخير . بمجرد صدوره من صاحبه ، طالما يظهر منه أن يتضمن عزمه النهائى على إبرام التصرف .

= (المادة ٩) ، و مشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢/٤) والقانون البرازيل (المادة ١٠٨) . وقد سائر القانون المصرى في حكمه القانون الليبى (٩١) والقانون المدنى الكويتى (المادة ٣٦) ، ووافق فيه القانون العراق وإن لم يصرح به . ولم يأخذ بحكم مغاير من التقنيات العربية التى أخذت أحكامها عن القانون المصرى إلا القانون السورى ، حيث ترك ، على غير عادته ، نص المادة ٩١ مصرى ، وتضمن نصاً (المادة ٩٨) يوحى بأنه يغيره في الحكم .

٥١ - إثبات اتصال التعبير بعلم من يوجه إليه :

رأينا أن التعبير عن الإرادة ، وإن تكامل له وجوده المادى فور صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يكون له أثر قانونى إلا بعد اتصاله بعلم من وجه إليه . ومن شأن هذا الحكم الهام أن يثير مسألة من ذا الذى يتحمل بعبء الإثبات .

ولو أننا تمسكنا مع القواعد القانونية العامة ، لتوجب أن يقع عبء الإثبات على من يدعى حصول العلم بالتعبير . إذ أن البينة على من ادعى . وهكذا فلو ادعى الموجب له ، مثلاً ، وصول تعبيره بالقبول إلى علم الموجب ، ليصل بذلك إلى تقرير قيام العقد ، لتعين عليه أن يقيم الدليل على صحة ادعائه . وهو أمر بالغ العسر فى العمل . ومن ثم جاءت المادة ٩١ تقيم قرينة قانونية مؤداها أن وصول التعبير إلى من يوجه إليه ينهض بذاته دليلاً على علم هذا به . ما لم يثبت العكس . وهى فى ذلك تقول فى آخرها . " ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك " .

والمقصود بوصول التعبير إلى من يوجه إليه هو وصول إلى موطنه ، حيث يعتبر الموطن هو المكان القانونى للشخص ، ويفترض أنه يعلم بكل ما يصل إليه فيه .

وعلى هذا ، فيكفى لمن وجه التعبير ، فى سبيل الدلالة على العلم به من وجهه إليه ، أن يثبت وصوله إليه . فإن فعل ، اعتبر هذا العلم واقعاً ، ما لم يقيم من وجه التعبير إليه الدليل على العكس ، أى أن عبء الإثبات يتحول إلى من وجه التعبير إليه ، حيث يمكنه أن يدخل القرينة التى تقيمها المادة ٩١ ، وذلك بجميع أدلة الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، كما إذا أفلح ، مثلاً ، فى أن يقيم الدليل على أنه لم يكن متواجداً فى موطنه لمرضه أو غيابه أو لأمى سبب آخر . بل إنه إذا كان من وجهه إليه التعبير هو الموجب وتضمن التعبير قبولاً من الموجب له ، فإنه لا يكفى الأول ، فى سبيل الحاجة بعدم قيام العقد ، أن يثبت أنه لم يعلم بالتعبير المتضمن القبول ، بل عليه

أن يثبت أيضاً أن انتفا - علمه به لا يرجع إلى خطأ يعزى إليه (١) . فإدام هو قد أوجب بالعقد ، فإن ظروف الحال تقتضى منه أن يتربص الرد عليه ، على نحو يعلمه بمضمونه فور وصوله . وهكذا يتحمل الموجب هنا بالتزام بالعمل على أن يصل رد الموجب له إلى علمه فور أن يصل إلى موطنه ، فإن وصل إليه من غير أن يعلم به ، وكان ذلك : راجعاً إلى خطأ يعزى إليه ، ما كان له أن يحتاج بجهل هو المسئول عنه .

٥٢ - العدول عن الإرادة :

رأينا ، فيما سبق ، أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره فور صدوره من صاحبه : وإنما يترأخى أثره القانونى إلى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويرتب على هذا الحكم نتيجة بالغة الأهمية فى العمل . إذ أنه يجوز بمقتضاه لمن يصدر منه التعبير عن الإرادة ، سواء أكان متصفاً بإيجاباً أم قبولاً ، أن يقبل نفسه من الصفقة ، إذا بات عنها غير راغب ، وذلك فى الحالة التى يفلح فيها أن يوصل إلى علم غريمه رغبته فى النكوص ، قبل أن يتصل بعلمه التعبير المتص من رغبته فى إجراء الصفقة ذاتها ، أو فى نفس الوقت . وهذا ما يمكن حدوثه فى التعاقد بالمراسلة . وهو نمط من التعاقد بات كثير الوقوع فى وقتنا الحاضر . لاسيما أن ما وصل إليه فكر لإنسان اليوم من السبل السريعة للاتصال . وعلى الأخص التليفون والبرق والتاكس ، يمكن الشخص من توصيل عدوله عما يكون قد أبدى رغبته فيه : فى وقته المناسب .

فالعدول عن التعبير عن الإرادة ممكن ، إذا وصل إلى علم من وجه إليه تعبير عن إرادة مضادة ، قبل وصول الأول إليه ، أو فى نفس وقت وصوله . وحينئذ لا يكون للتعبير الأسمى أى أثر قانونى .

ولم يتضمن قانوننا المدنى نصاً يصرح بالحكم الذى سقناه . ومع ذلك فلاشك فى إعماله . فهو مجرد تطبيق للقاعدة التى أملها المادة ٩١ من أن التعبير

(١) انظر نقض ١٩٧٢/١/١٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ص ٦٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه .

عن الإرادة لا يكون له أثر قانوني إلا بعد اتصاله بعلم من يوجه إليه . فإدام هو كذلك فإن التعبير المضاد الذي يصل إلى علم من وجه إليه . في وقته المناسب ، يلغيه ويمنعه بالتالي من أن ينتج أثره ^(١) . وقد كانت المادة ١٢٥ / ١ من المشروع التمهيدى ، التى تتمثل أصلا للمادة ٩١ من القانون . تتضمن الحكم الذى نحن بصددده ^(٢) ، ولكن العبارة التى تدل عليه حذفت فى لجنة المراجعة ، بحجة عدم الحاجة إليه ^(٣) .

ولاعبرة هنا بعلم من وجه إليه التعبير بحصول العدول عنه أو عدم علمه به طالما أنه قد وصل إليه فى وقته . إذ لا يقبل منه هنا أن يدعى علمه بالتعبير وعدم علمه بالعدول عنه . أو علمه بالأول قبل الثانى .

وتظهر أهمية إمكان العدول عن الإرادة بإرادة مضادة يصل التعبير عنها فى وقته المناسب ، بشكل واضح ، بالنسبة إلى القبول : حيث إنه يجوز لمن أرسل إلى الموجب . يبلغه بقبوله . أن يعدل عنه . وبهذا يستطيع أن يقلل نفسه من الصفقة ، إذا ندم على ارتضاؤها . بيد أن هذا الحكم لا يعدم كل فائدة بالنسبة إلى الإيجاب . فتظهر له فائدته فى الحالات التى يكون فيها

(١) راجع : نقض ١٠ إبريل ١٩٥٨ ، طعن ٢٤ / ٩٧ ق ، مجموعة أحكام النقض ص ٩ ص ٣٥٩ قاعدة ٤٠ . وقد جاء فى هذا الحكم أن : « مؤدى المادتين ٩١ و ٩٣ من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه . فإذا كان الموجب قد التزم فى إيجابه بالإبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة . فإن هذا الإيجاب لا ينزىم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به . وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال فى حوزة الموجب (الأصح أن يقال هنا إنه إلى هذا الوقت لا يوجد ثمة إيجاب على الإطلاق) . فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه ، لأن التعديل ماهو إلا صورة من صور العدول لا يمكن إلا فى الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه » .

(٢) جاءت المادة ١ / ١٢٥ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت - بعدما أجرى عليها من تعديل وحذف المادة ٩١ من القانون - تقضى بأنه : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يصل فيه إلى من وجه إليه ، بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير ، أو فى الوقت الذى وصل إليه فيه » .

(٣) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠ .

الإيجاب ملزماً للموجب ، لا يستطيع الرجوع فيه ، وهذه على وجه الخصوص ، هي حالة التعاقد بالمراسلة (المادة ٩٧) . إذ بالعدول ، لا يتمثل التعبير إيجاباً أصلاً .

والحكم الذى وصلنا إليه^(١) ، يتمشى مع الروح السمحة للشريعة الإسلامية الغراء ، ويتجاوب مع الحديث النبوى الشريف : « من أقال نادماً بيعته ، أقال الله عثرته يوم القيامة » .

٥٣ - أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة :

رأينا أن التعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره من صاحبه . ولا يقف الأمر عند هذا الحد . بل إنه بوجود التعبير ، يعيش مستقلاً عن أصله ، كعمل قانونى قائم بحد ذاته . وهكذا فإن قدر لمن أصدر التعبير أن يموت ، أو أن تزول عنه الأهلية . فإن ذلك لا يؤثر في التعبير الذى سبق أن صدر منه . فهذا التعبير يبقى موجوداً . ومادام هو موجوداً ، أمكن له أن ينتج أثره . إذا تحقق ما يلزم لذلك . وهو اتصاله بعلم من وجه إليه . وفي ذلك تقضى المادة ٩٢ بأنه : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره . فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه . هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

وهكذا فالأصل أنه إذا مات من صدر منه التعبير أو فقد أهليته قبل أن ينتج أثره ، فإن ذلك لا يمنع من إنتاج أثره . إذا اتصل بعلم من وجه إليه . ما لم يظهر من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن العقد لا ينقذ إلا مع من وجه التعبير نفسه .

(١) وقد أخذت بحكم مماثل عدة قوانين ، كالقانون الألمانى (المادة ١٣٠) ، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٩) ، والقانون البولونى (المادة ٦٥) ، والقانون البرازيلى (المادة ١٨١) . وقد أخذ به أخيراً القانون المدنى الكويتى ، حيث إنه جاء ، في المادة ٣٧ منه ، يقضى بأنه : « لا يكون للتعبير عن الإرادة أثر ، إذا ما وصل إلى من وجه إليه عدول عنه قبل وصوله ، أو في نفس وقت وصوله » .

ولتفهم أثر هذه القاعدة من الناحية العملية . يلزمنا أن نفرق بين ما إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب ، أى ذاك الذى صدر منه التعبير بالإيجاب . أو هو القابل ، أى ذاك الذى صدر من التعبير بالقبول .

فإن كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب . كما إذا أرسل زيد خطاباً لبكر يعرض عليه أنه يبيعه سلعة معينة ، ثم مات زيد أو فقد أهليته قبل أن يصل تعبيره إلى علم بكر ، فإن ذلك لا يمنع هذا التعبير من أن ينتج أثره بعد أن يتصل بعلم بكر . وهذا الأثر هو أنه ينهض إيجاباً بالبيع . ولكن هذا الإيجاب ، وإن قام صحيحاً . إلا أنه لن يكون نواة لعقد البيع . والسبب فى ذلك أن بكرأ . إذا عبر عن إرادته بارتضائه الشراء . فإن هذا التعبير لن يتيسر له أن ينهض قبولاً يقترن بالإيجاب القائم . وعلة ذلك أنه لن يتصل بعلم من وجه إليه ، وهو الموجب (زيد فى مثالنا) ، لأنه قد مات أو لأنه قد فقد الأهلية ^(١) . وهكذا نرى أنفسنا هنا بصدد إيجاب صحيح ، ولكنه لن يقترن به قبول ، فيبقى عديم الأثر .

أما إذا كان من دهمه الموت أو فقد الأهلية هو القابل ، كما إذا كتب زيد لبكر يعرض عليه أن يبيعه سلعة . وأرسل بكر برده متضمناً قبوله . ولكنه مات أو فقد أهليته قبل أن يصل رده هذا إلى زيد ؛ فهنا يبقى تعبير بكر قائماً . وينتج أثره عند اتصاله بعلم زيد . أى أنه ينهض عندئذ قبولاً . ومادام إيجاب زيد باق لم يسقط ، فإن قبول بكر يقترن به ، فيتم توافق الإرادتين . ويقوم العقد .

٥٤ - الاختلاف بين الإرادة الحقيقية ومدلول التعبير عنها أو الاختلاف

بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

زأينا فيما سبق أن الإرادة أساس الرضاء الذى هو بدوره أساس العقد ، وإن كان القانون لا يعتد بها إلا إذا خرجت عن حيز النفس والنية إلى العالم الخارجى ، وبعبارة أخرى إلا إذا حصل التعبير عنها .

٠٠ (١) انظر فى هذا المعنى : السهورى ، الوسيط ج ١ ، نبذة ٨٢ - أحمد حشمت أبو-ستيت ،

مصادر الالتزام نبذة ٨٤ . وانظر فى عكس هذا الرأى : سليمان مرقس ، نظرية العقد نبذة ٨٦ -

عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام نبذة ٧٩ .

وقد يقع في بعض الحالات ، وإن كانت جد نادرة ، أن تخطئ الوسيلة ، التي استهدف بها الشخص التعبير عن إرادته ، غايتها ، فلا تبرز هذه الإرادة على حقيقتها ، ويقع بذلك خلاف بين الإرادة الحقيقية ومدلول التعبير عنها ^(١) ، وبعبارة أخرى بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة .

ففي مثل هذه الحالة ، يحق أن نتساءل عما إذا كان يسوغ لنا أن نفق عند مدلول التعبير عن الإرادة ، ونعتد به في ذاته ، أم أنه يجب أن نطرح هذا المدلول ولا نعتد به ، مادام قد ثبت أنه لا يطابق الإرادة الحقيقية . ومثال الحالة التي نحن بصدددها ، أن يقصد شخص أن يبيع سلعة بجنهين ، فيعرضها على الجمهور واضعاً عليها خطأ ورقة تفيد أن ثمنها جنيه واحد . فهنا الإرادة الحقيقية للتاجر هي أنه يريد البيع بجنهين . ولكن مدلول التعبير عن الإرادة هو أنه يعرض البيع بجنهين واحد . فإذا تقدم شخص وأراد الشراء بجنهين . فهل يقوم البيع على أساس هذا المبلغ ، اعتداداً بمدلول التعبير عن إرادة البائع ، أم أنه لا يقوم ، اعتداداً بإرادته الحقيقية ؟ ومثال هذه الحالة أيضاً أن يعزم شخص على قضاء إجازته في فندق معين ، وفي وقت محدد ، وليكن شهر يولييه ، فيكتب للفندق ليعرض عليه أن يحجز له غرفة خلال هذا الشهر . ولكن يزل به القلم ويحجى في كتابه أن الحجز يكون في شهر يونيه ، ويحجز له الفندق بالفعل الغرفة المطلوبة خلال الشهر الوارد في كتابه ، من غير أن يخضر ، فهل يعتبر عقد الفندقة أنه قد قام عن شهر يونيه اعتداداً بالتعبير عن إرادة التزيل ، أم أنه يعتبر أنه لم يتم اعتداداً بإرادته الحقيقية التي أخطأ التعبير عن إظهارها .

تتنازع هذا الموضوع ، في القانون المعاصر . نظريتان أساسيتان . إحداهما قديمة تقليدية ، وثانيتها حديثة .

(١) وكما يحدث الاختلاف بين الإرادة الحقيقية وبين مدلول التعبير عنها نتيجة الخطأ . قد يحدث عن عمد وقصد . والاختلاف المقصود يتمثل أساساً في التحفظ الذهني ، بأن يبدي الشخص رضاه بالعقد على نحو محدد ، حالة كونه يضرر قيداً أو تحفظاً على رضائه هذا . والحكم واحد في الحالتين ، بالنسبة إلى من يوجه إليه التعبير .

فالنظرية التقليدية تعتمد بالإرادة الحقيقية . فهي ، إن استلزمت حصول التعبير عن الإرادة ، إلا أنها لا تهتم به إلا في الحدود التي يجي فيها مطابقاً للإرادة الحقيقية . فالتعبير عن الإرادة ، في منطق هذه النظرية . ليس هو الذي يكون بذاته الرضاء ، وقيم بالتالي العقد ، وإنما الذي يفعل ذلك هو الإرادة نفسها ، وإن لزم أن تظهر عن طريق التعبير عنها . ثم تجي هذه النظرية فتقيم قرينة على أن التعبير عن الإرادة يطابق حقيقة قصد صاحبها . وإن خولت لهذا الأخير أن يدحضها بإثبات العكس .

هذه هي النظرية الأولى . وتسمى نظرية الإرادة الباطنة *Volonté interne* اعتباراً بأنها تنقصى حقيقة الإرادة الكامنة في باطن النفس ، للتأكد من مطابقة التعبير لها ، لتقيم الرضاء عليها . وتسود هذه النظرية القوانين اللاتينية انترعة ، وعلى رأسها القانون الفرنسي .

أما النظرية الثانية ، فتتقصر اهتمامها على التعبير ذاته . وتعمل مدلوله . حتى لو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية . فهذه النظرية تكتفي بما ظهر للإرادة ، دون أن تنقصى ما بطن منها . وهي لذلك تسمى نظرية الإرادة الظاهرة *Volonté externe* ، أو نظرية الإعلان عن الإرادة *Declaration de la volonté* . فوفقاً لمنطق هذه النظرية ، للتعبير عن الإرادة في ذاته أثره القانوني ، من حيث إنه يكون الرضاء ، ويعمل به على هذا الأساس . حتى لو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية ، أو هو ، في الأقل ، ينهض قرينة قانونية قاطعة ، لا يجوز دحضها بإثبات العكس ، على أنه مطابق للإرادة الحقيقية ^(١) . وتسود هذه النظرية في القوانين الجرمانية انترعة ، وعلى رأسها القانون الألماني .

هاتان هما النظريتان اللتان تتنازعان ، في القانون المعاصر ، حكم الحالة

(١) بيد أن هذه النظرية ، وإن اعتدت بالتعبير عن الإرادة في ذاته ، إلا أنها تستلزم صدوره عن إرادة موجودة . فلا أثر للتعبير ، إذا كان قد صدر عن شخص معدوم الإرادة أصلاً ، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه .

الباطنة ، وإن غلبت الإرادة الحقيقية : إلا أنها تقيم قرينة على مطابقة التعبير لها ، تأسيساً على أن ذلك يتفق مع الغالب من أمر الناس . وإن ساء دحض هذه القرينة بإثبات العكس ، إلا أن هذا الإثبات ، في العمل ، يقلب أن يتعذر . ونظرية الإرادة الظاهرة ، من ناحيتها ، وإن أخذت بالتعبير عن الإرادة ، إلا أنها تتطلب لذلك حسن النية فيمن يريد أن يعتد به ، بأن يكون معتقداً تطابقه مع حقيقة القصد من صاحبه . هذا فضلاً عن أنه من الممكن ، في بعض حالات أعمال نظرية الإرادة الحقيقية ، إقامة العقد على أساس التعبير المخالف ، تطبيقاً للمسئولية التقصيرية . وهذا يحدث إذا ما أمكن تكييف المخالف بين الإرادة وبين التعبير عنها على أنه نتيجة خطأ من صاحبها ، وأن هذا الخطأ قد رتب الضرر لمن وجه إليه التعبير ، كما إذا كان هذا الأخير قد عول على التعبير ، ورتب عليه أموره مما جعله يفوت على نفسه صفقة كان يصل إليها لولاه . ففي مثل هذه الحالة ، يحق لمن وجه إليه التعبير المخالف أن يطالب صاحبه بالتعويض . وقد يرى القاضى أن خير سبيل إلى تعويضه هو تقرير قيام الصفقة على أساس التعبير الذى اعتقد مطابقته لحقيقة القصد من صاحبه .

وإذا كنا قد عرضنا النظريتين اللتين تتنازعان ، في قوانين الدول المختلفة حكم الحالة التى يحى فيها التعبير عن الإرادة غير مطابق للقصد الحقيقى لصاحبه ، تعين علينا أن نحدد موقف قانوننا منهما . ولابد أن نرى أن قانوننا لا زال يسير فى الفلك اللاتينى . شأنه فى هذا شأن قانوننا القديم وشأن القانون الفرنسى . فهو يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة . ولا يعتد ، فى قيام العقد ، بالتعبير عن الإرادة . إلا فى الحدود التى يحى فيها مطابقاً لحقيقة قصد صاحبه ولا أدل على ذلك من نص المادة ٨٩ الذى جاء يقول : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين .. » . فالنص يستلزم التطابق بين الإرادتين ذاتيهما . وهذا ما يفيد أنه يقيم العقد على الإرادة نفسها ، وليس على مجرد التعبير عنها ، وإلا لقال بأن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان تعبيرين متطابقين عن إرادتين . بل إن قانوننا فى مجموعه لا يكتفى بالإرادة الحقيقية فيتقصاها . ولا يعمل التعبير عنها إلا فى الحدود التى يحى فيها

مطابقاً لها ، وإنما يتعمق أكثر فيما هو وراء الإرادة . فيبحث عن الدافع إليها ، بحيث إنه لو كان هذا الدافع غير مشروع : أهدرها وأبطل العقد الذى قصده . وهذا هو مؤدى فكرة السبب الذى سنتناوله فيما بعد .

٥٥ -.. بيد أنه إذا كان قانوننا يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة . فهو لم يهمل كلية نظرية الإرادة الظاهرة : بل اقتبس منها بعض مظاهر تطبيقها . وطعم بها أحكامه . وهكذا فلئن كان قانوننا يأخذ بالنسبة إلى قيام الرضاء الذى هو أساس العقد : بل التصرف القانونى عموماً ، بنظرية الإرادة الباطنة كأساس . إلا أنه لا يأخذ بهذه النظرية بصفة تامة مطلقة . بل نجده يأخذ أيضاً من نظرية الإرادة الظاهرة بقسط . ومن مظاهر تأثيره بهذه النظرية الأخيرة مايل :

١ - وفقاً للمادة ٩١ . ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . فلو أن شخصاً كتب لآخر ينبئه بقبوله عرضاً كان قد تقدم له به بشأن بيع شئ يملكه . ثم عدل بعد ذلك عن رغبته فى الشراء . وبعث بعدوله هذا للموجب . ولكنه وصل إليه بعد وصول الخطاب الذى يتضمن قبول الشراء : فى مثل هذه الحالة . يقوم البيع ولايستطيع المشتري أن يتحلل منه . برغم أنه قد عدل فى الحقيقة عن الشراء قبل أن يتم للعقد قيامه . وهكذا يعتد قانوننا بالتعبير عن إرادة المشتري فى الشراء الذى وصل إلى البائع . ويقيم الرضاء عليه . فى حين أن هذا التعبير قد كف عن أن يكون مطابقاً لقصده ، بسبب عدوله عن الشراء .

٢ -.. تقضى المادة ٩٢ بأن أثر التعبير عن الإرادة لايزول . كأصل عام بموت صاحبه ولابفقده الأهلية . وهذا الحكم لايتماشى مع منطق نظرية الإرادة الباطنة . بل مع منطق غريمتها . إذ أن النظرية الأولى تربط بين الشخص وبين التعبير عن إرادته . بحيث إنه لو مات أو فقد أهليته . قبل أن ينتج تعبيره عن إرادته أثره ، لوجب . وفق منطقها ، أن يزول هذا التعبير بذوره .

٣ - لا يأخذ قانوننا بعيوب الرضاء على إطلاقها . فهو لا يقرر حق الإبطال للمتعاقد كلما ثبت تعيب رضاه . بل إن هناك حالات يكون من المقطوع فيها أن رضاء المتعاقد قد شابه الفساد ، ومع ذلك يقع عقده صحيحاً . فالغلط الذى يقع فيه أحد المتعاقدين لا ينهض سبباً للإبطال ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع بدوره فى هذا الغلط ، أو كان على علم به . أو كان من السهل عليه أن يتبينه (المادة ١٢٠) . فإن وجدنا فى حالة غلط لا ينطوى تحت ماسبق . فإنه لا يمنع من صحة العقد . وهذا لا يتفق مع نظرية الإرادة الباطنة التى تقتضى أن يكون الرضاء مبنياً دائماً على بينة سليمة للأمر المقصود . ولكنه يتفق مع نظرية الإرادة الظاهرة . حيث تهتم بالتعبير عن الإرادة فى ذاته . وما قلناه عن الغلط يسرى على التدليس والإكراه ، إذا وقعا من شخص من الغير . فهما لا يصلحان . فى هذه الحالة سببين للإبطال . إلا إذا كان من تعاقد مع اندلس عليه أو مع المكروه على علم بالتدليس أو بالإكراه أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به (المادتان ١٢٦ و ١٢٨) .

المطلب الثالث

توافق الإرادتين

٥٦ - بينا فيما سبق أنه يلزم . لحصول الرضاء الذى هو أساس العقد . أن تتواجد الإرادة فى كل من طرفيه . وأن يقع التعبير عنها . وهذان الأمران لا يكفيان . بل يلزم ، فضلاً عنهما . أن تتوافق إرادتا طرفى العقد على قيامه . وعلينا هنا أن نحدد كيفية حصول هذا التوافق .

والتوافق بين الإرادتين يتم على خطوات ثلاث : الإيجاب والقبول ثم ارتباط القبول بالإيجاب . ويلزمنا بالضرورة أن نتناول كلا من هذه الموضوعات . ثم نعقب بدراسة بعض حالات يأخذ فيها هذا التوافق شكلاً خاصاً ، لنختتم بدراسة النيابة فى التعاقد .

(أ) الإيجاب

٥٧ - لكي يتم إبرام عقد معين ، يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على آخر ، بعد أن يكون هو قد استقر نهائياً عليه . ويطلق على هذا العرض اصطلاح « الإيجاب » . ولايهم : بالنسبة إلى عقد معين . أن يرد الإيجاب من هذا المتعاقد أو من ذاك . فأيهما يبدأ بعرض الصفقة . يكون هو المتقدم بالإيجاب (١) .

فالإيجاب offre ou pollicitation هو العرض الذى يتقدم به شخص معين إلى آخر بالنسبة إلى إبرام عقد ما . بغية حصوله على قبوله إياه . وبالتالي على قيام هذا العقد . ويلزم : لكي يعتبر العرض إيجاباً : أن يتضمن . فى الأقل . طبيعة العقد المراد إبرامه . بيعاً كان أو إيجاراً أو هبة . مثلاً . فضلاً عن أركانه الأساسية . فالإيجاب بالبيع مثلاً . يلزم أن يتضمن الرغبة فى إبرام البيع والشئ المراد بيعه أو شراؤه واثمن . ولايوجد ثمة ما يمنع بعد ذلك من أن يتضمن الإيجاب الشروط التى يرغب الموجب التعاقد على أساسها . أو بعض هذه الشروط . حتى لو كانت فى ذاتها ليست على كبير أهمية .

٥٨ - الإيجاب الموجه للجمهور :

لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يوجه الإيجاب لأشخاص غير معينين : أى لجمهور الناس . على أن ذلك يقتضى . بطبيعة الحال . ألا تكون شخصية من يراد التعاقد معه ذات اعتبار أساسى فى التعاقد .

ولم يعرض مشرعنا المصرى للإيجاب الموجه للجمهور . ولكن القواعد القانونية العامة كفيلة بتقريره وتنظيمه على سواء .

فمن حيث المبدأ . لا يتنافى مع مقتضى القانون أن يكون الإيجاب موجهاً

(١) ولا يوجد فى ذلك أى خلاف بين القانون المعاصر وبين الغالب فى الفقه الإسلامى . مع ملاحظة أن الشافعية والحنابلة يرون ، فى العقود التى يترتب عليها انتقال الملك كالبيع ، أن الإيجاب يصدر دائماً من القابل للتملك . ولو جاء متأخراً . أما القبول فهو الذى يصدر من يصير إليه الملك . وأن جاء متقدماً .

لعموم أفراد الناس دون تخصيص ، طالما أن شخصية المتعاقد ليست ذات اعتبار في التعاقد . ومن حيث التنظيم . فالقواعد القانونية العامة تتيح لنا أن نخضع هذا النوع من الإيجاب للأحكام التي تقتضيها أوضاع التجارة والتعامل مع الجمهور .

وكل ما يثار في شأن الإيجاب الموجه للجمهور من صعوبات هو تحديد ما إذا كان العرض المقدم لأفراد الناس يرتقي حقاً إلى مرتبة الإيجاب . أم أنه يقف عند حد الدعوة إلى التعاقد . والمعيار الذي يراعى هنا هو نفس المعيار الذي سوف نبرزه فيما بعد . عند تناول التفرقة بين الإيجاب ومقدماته . وقوام هذا المعيار العزم النهائي من صاحب العرض على إبرام الصفقة مع كل من يتقدم إليه بمجرد أن يرتضى عرضه . فإذا كان العرض من هذا النوع . فهو إيجاب . والا فهو مجرد دعوة إلى التعاقد . ومن المسلم في الفكر القانوني أن عرض البضائع في واجهات المتاجر أو نحوها مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً . في حين أن النشر والإعلان عن السلع أو الخدمات وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجاري التعامل بها لا يعتبر إيجاباً . ما لم يتضح العكس من ظروف الحال ^(١) .

ومن أبرز صور الإيجاب الموجه للجمهور . فضلاً عن عرض البضائع في واجهات الخوانيت مع تعليق أثمانها عليها . الإيجاب الذي توجهه الشركات والهيئات التي تقدم للجمهور الخدمات العامة بشروط تحددها . كهيئة السكك الحديدية وشركات الطيران والتأمين . ومنها كذلك وقوف سيارة الأجرة في المكان المخصص لها في انتظار من يركبها . ومن تلك الصور . في النهاية .

(١) جاءت المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى متجاوبة مع ما ذكرناه في المتن . وهي في ذلك تقول : « ١ - يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد . فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض » . وهذا الذي جاءت به المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى مستمد من المادة ٢/٧ و ٣ من مدونة الالتزامات السويسرية والمادة ٧٣ من القانون البولوني . وانتقل حكم المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى المصرى إلى القانون العراقى (المادة ٨٠) وإلى القانون الأردنى (المادة ٩٤) ، كما أن القانون المدنى الكويتى قننه أيضاً . وإن ارتفع به إلى مرتبة التأصيل (المادة ٤٠) .

ما نراه في الكثير من البلاد من وضع الآلات الميكانيكية تحت استعمال الجمهور كالموازين وآلات توزيع المنتجات .

وغنى عن البيان أن الإيجاب الموجه للجمهور يتضمن ، بطبيعة الأمور ذاتها ، قيداً معيناً مؤداه أن هذا الإيجاب يقع معلقاً على شرط توافر إمكانية تمشي صاحبه معه . فهيئة السكك الحديدية مثلاً ، أو شركة مصر للطيران . وهى توجب للجمهور الناس نقلهم بالشروط التى تحددها ، تجعل إيجابها ذاك معلقاً على شرط توافر الأمكنة الشاغرة . ثم إن الإيجاب الموجه للجمهور لا يخل بما تقتضيه التجارة من أوضاع . فإذا عرض أحد التجار ، مثلاً ، سلعة فى واجهة محله وعليها ثمنها ، فإن عرضه هذا قد لا يعتبر إيجاباً ببيعها . إذا كانت ظروف الحال تدل على أنه قد وضعها للدعاية فحسب ، كما إذا كانت وحيدة من نوعها ليس لها ما يماثلها فى متجره . كما أن التاجر ، بوضعه سلعة معينة فى متجره ، قد يقصد من وراء ذلك إبقاءها فى مكانها للدعاية . وأنه يريد بيع سلعة أخرى تماثلها .

٥٩ - مقدمات الإيجاب :

فى بعض الأحيان ، يتم الإيجاب دون أن تسبقه مقدمات . ويحصل ذلك عادة فى إبرام العقود قليلة الأهمية ، ولا سيما العقود التى تقتضيها الحياة اليومية للناس : كالعقد الذى نشترى بمقتضاه الصحف أو الفاكهة أو الخضر أو الملابس . وكالعقد النقل الذى يبرمه الفرد منها بركوبه سيارة أجرة أو « أتوبيس » . وكالعقد الذى بمقتضاه يتناول الشخص القهوة أو الشاي فى مقهى ، أو الطعام فى مطعم ، أو ينزل فى فندق . وتكن فى العقود الخامة . كبيع أرض أو منزل أو سيارة . وكإيجار المنزل أو الأرض . يغلب أن يجرى الإيجاب على أثر معاوضات تطول أو تقصر . أو على أثر دعوة إلى التعاقد . فكل ماسبق العزم النهائى على إبرام العقد ، ويستهدف مجرد التحضير أو التمهيد له . لا يعتبر من قبيل الإيجاب . بل هو من قبيل المفاوضات بشأنه ، أو من قبيل الدعوة إليه .

وقد تدق ، في بعض الأحيان ، التفرقة بين الإيجاب وبين المقدمات التي تسبقه ، وهي التي كثيراً ما يطلق عليها الدعوة إلى التعاقد أو الدعوة إلى التفاوض . وخير معيار نراه في هذا الصدد هو أن نتبين . وفق ما يتضح من ظروف الحال . ما إذا كان العرض يتم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرة . أي بمجرد أن يقبله الموجب له ، أم عن مجرد التمهيد أو التحضير له ^(١) . فإذا كان الأمر الأول : كنا بصدد إيجاب . وإن كان الأمر الثاني ، كنا بصدد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض . فقوام معيارنا أمران جوهريان : (الأول) العزم النهائي من العاقد مقدم العرض على إبرام العقد . فلا يكفي مجرد الرغبة فيه إذا لم تصل إلى حد البت . (الثاني) أن يحصل العرض المتضمن العزم النهائي على إبرام العقد على صورة بحيث إن مجرد صدور قبوله من الطرف الآخر يكون من شأنه أن يؤدي إلى قيام العقد على أساسه . وهذا الأمر وذلك يتطلبان في العرض . لكي يرتقى إلى مرتبة الإيجاب ، أن يتضمن ، في الأقل . طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية .

وتطبيق المعيار السابق يؤدي بنا إلى اعتبار العرض الذي لا ينطوي إلا على مجرد الرغبة في إبرام عقد ما . دون بيان كل أركانه . مجرد دعوة إلى التعاقد . ومثال ذلك اللافتة التي يعلقها الشخص على داره متضمنة ما يفيد أنه للبيع أو أنه للإيجار . وكذلك الإعلان الذي ينشر لهذا الغرض . والسبب في ذلك أن الشخص . بعرضه الدار للبيع أو للإيجار ، مجرداً عن ذكر كل أركانه ، حيث ينتقص الثمن أو الأجرة : لا يقصد أن يتعاقد مع كل شخص يتقدم إليه ، وإنما يقصد أن يتعاقد مع من يقبل شروطه . فهو بذلك لا يتم عن عزم نهائي في إبرام العقد . وبالتالي فهو لا يوجب بالتعاقد ، وإنما يدعو الناس إليه . ومثال العرض الذي لا ينطوي إلا على مجرد الرغبة في إبرام العقد دون تضمينه كل

(١) وقريب من هذا المعيار ما جاء في حكم النقض الصادر في ١٩ يونيو ١٩٦٩ في الطعن رقم ٣٥/٣٢٣ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٠ قاعدة ١٥٩) من أن « الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين ، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد » .

أركان العقد ، والذي لا يرتق من ثم إلى مرتبة الإيجاب ولكنه يقف عند حد الدعوة إلى التعاقد ، ما قضى به من أن عرض شخص على آخر القيام بعمل معين ، دون تضمن الشروط والتفاصيل اللازمة ، لا يعتبر إيجاباً^(١) .

ومن قبيل العرض الذى لا ينم عن عزم صاحبه على إبرام الصفقة بمجرد أن يصدر القبول ممن يوجه إليه الإعلانات عن السلع أو الخدمات التى تنشر فى الصحف وغيرها من سبل الإعلام مرثية كانت أم صوتية . وكذلك إرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجارى التعامل بها . سواء أكان للجمهور أم لأفراد معينين من الناس . فكل ماسبق لا يعدو . فى الأصل . أن يكون مجرد سبيل للدعاية والإعلان لحث الناس على التعامل^(٢) . فهو يتمثل إذن دعوة إلى التعاقد أو التفاوض . وليس إيجاباً به . وذلك بالضرورة ما لم يظهر العكس من ظروف الحال .

ومن قبيل العرض الذى لا يعتبر إيجاباً ، وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد ، اعتباراً بأنه لا يتضمن العزم النهائى على إبرام العقد بمجرد صدور قبوله ممن يوجه إليه ، ذاك الذى يوجه إلى أشخاص عديدين أو إلى جمهور الناس . إذا اتضح من الظروف أن شخصية من يراد التعاقد معه محل اعتبار أساسى فى التعاقد ، بحيث يكون لصاحب العرض أن يتخير من يريده . ومثال ذلك أن يعلن شخص فى الصحف عن حاجته إلى سكرتير خاص . فمثل هذا الإعلان ، لا ينطوى على إيجاب بإبرام عقد العمل ، بل على مجرد دعوة إلى التعاقد . حتى لو تضمن الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها . كما إذا ذكر فى الإعلان المؤهلات المطلوبة فى السكرتير والأجر والمدة المعروضين . والسبب فى عدم اعتبار العرض هنا إيجاباً هو أن

(١) راجع استئناف مختلط ١٩٠٤/٣/١٦ ص ١٤٧ و ١٩٠٢/٤/٢٤ ب ١٤ ص ٢٦٤ (والحكمة أشار إليها فى مؤلف استاذنا السهورى ، الوسيط ج ١ ط ٢ ص ١٢١ هامش ٢) .

(٢) وذلك بخلاف عرض البضائع مع بيان أثمانها ، فهو يعتبر إيجاباً لأنه يتضمن عزم التاجر على البيع لأى شخص يرغب فى الشراء بالثمن المعروض . راجع ما سبق أن ذكرناه فى المتن ، نبذة ٥٨ .

صاحب الإعلان لا يقصد بالضرورة أن يتعاقد مع كل من يتقدم إليه ، بل هو ، بالإعلان الذي أجراه ، يدعو الناس إلى التقدم إليه . ليتخير من بينهم من يشاء .

ومن الأمور التي لا تصل إلى مرتبة الإيجاب بالعقد . وإنما تقف عند مجرد التفاوض في شأنه والتحضير له أن يتقدم شخص بعرض متعلق بشئ معين كأن يشتره ، إذا كان عرضه في شأنه لا يتفق مع حقيقة واقعه (١) .

وللتفرقة بين ما يعتبر إيجاباً ، من ناحية . وبين ما يعتبر مفاوضة بشأن العقد أو دعوة إلى التعاقد . من ناحية أخرى : أهمية كبرى . فالإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد . فهو يوجه إلى الطرف الآخر . حتى إذا ما قبله ، قام العقد . وماساغ بعد ذلك لمن وجه الإيجاب أن يتحلل منه . أما الدعوة إلى التعاقد ، فهي لا تتضمن أكثر من أن يستحث بها صاحبها الشخص الذي وجهت إليه على أن يتقدم للتعاقد معه ، حتى إذا ما استجاب هذا إليها ، تقدم للأول بإيجابه . فن ينشر في الصحف إعلاناً يطلب فيه سكرتيراً خاصاً له ، مثلاً : يدعو الجمهور إلى التعاقد معه . فإذا لبى أحد الأفراد دعوته هذه ، تقدم له بإيجابه . وهنا يكون لناشر الإعلان أن يقبل هذا الإيجاب أو يرفضه : دون أن يكون عليه في ذلك معقب : كأصل عام .

وهكذا نجد الدعوة إلى التعاقد خطوة إلى الإيجاب . في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد .

ولهذا التكييف أهمية بالغة . فالإيجاب : إذا ما قبل ، نشأ العقد . وما ساغ للموجب بعد ذلك أن يتحلل من إيجابه ، كما سبق لنا أن بينا . أما إذا لبى

(١) انظر نقض ١٩٥٠/١/٩ قضية رقم ١٨/٨٨ ق مجموعة النقض س ١ ص ٢٠٣ قاعدة ٥٦ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شخصاً تقدم بعرض شراء قطعة أرض من آخر مع اختلاف عرضه مع حقيقة الأرض بالنسبة إلى حدودها ومساحتها . وقضت محكمة الموضوع برفض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المقامة من صاحب العرض . وباركت المحكمة العليا هذا القضاء ، اعتباراً بأن الاختلاف على مساحة المبيع وحدوده يجعل البيع غير قائم وإن كل محصل هو مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين .

الدعوة إلى التعاقد، فلا يترتب على تلبية أكثر من إيجاب يقدم إلى من وجهها .
وللموجب له . كأصل عام ، كامل الحرية في أن يقبل الإيجاب أو يرفضه .
وهكذا نصل إلى أنه يجوز لمن يدعو الناس إلى التعاقد أن يرفض إتمامه مع
من يستجيب لدعوته . والأصل أن رفضه التعاقد هنا لا يحمله بالمسئولية ^(١) .

٦٠ - أثر الإيجاب :

الإيجاب . كما بينا ، هو العرض الذي يتقدم به أحد العاقدين منطوياً
على رغبته النهائية في إبرام العقد . بشرط أن يتضمن ، في الأقل ، تحديد
أركان هذا العقد التي يرغب هو أن يقوم التعاقد عليها وشروطه الأساسية .
والفرض الآن أن الإيجاب قد تم . الفرض . مثلاً . أن شخصاً معيناً عرض
على آخر أن يبيعه أرضاً محددة بثمن معلوم . ونريد هنا أن نحدد أثر هذا
الإيجاب .

يقتصر أثر الإيجاب على أنه عرض يتقدم به أحد طرفي العقد المراد
إبرامه للآخر . فهو بالضرورة لا ينطوي على إلزام للمتعاقدين . فالذي
يرتب القوة الملزمة للمتعاقدين هو العقد نفسه . أما الإيجاب فهو مجرد خطوة

(١) ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي يعتبر رفض التعاقد فيها عملاً خاطئاً من شأنه أن
يستوجب المسئولية ، على أساس العمل غير المشروع . فهناك أشخاص يدعون الناس ويستحثونهم
على التعاقد معهم ، كالتجار ينشرون على الجمهور إعلاناتهم ويبيعون إليهم بقوائم أسعارهم ،
وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتتحون محلاتهم داعين الناس إليها ، وكأرباب الصناعات والأعمال
يدعون العمال إلى العمل لديهم ، مثل هؤلاء الأشخاص ، وإن كان لهم ، كأصل عام ، أن يرفضوا
التعاقد مع من يستجيب لدعوتهم ، إلا أنه ، إذا ثبت أن رفضهم قد تجرد عن المبرر والمسوغ .
اعتبر ذلك منهم عملاً خاطئاً من شأنه أن يشغل مسئوليتهم التقصيرية . إذ أنهم هم الذين استحثوا
الناس على التعاقد معهم . فلا يسوغ لهم نتيجة ذلك أن يرفضوا هذا التعاقد بعد أن تلبى دعوتهم ، من
من غير أن يستندوا في ذلك إلى مبرر معقول . ومن شأن أعمال فكرة المسئولية التقصيرية هنا الحكم
بالتعويض لمن رفض التعاقد معه . وقد يرى القاضي أن غير ما يفعله هنا هو أن يقضى بالتعويض
العيني ، فيحكم باعتبار العقد ، الذي رفض إبرامه ، قائماً . وهنا يقوم العقد ، لا على أساس توافق
الإيجاب والقبول ، ولكن على أساس التعويض العيني . (راجع في المسئولية عن الخطأ في رفض
الإيجاب المقدم على أثر الدعوة إلى التعاقد : السهروري ، الوسيط ج ١ نبدق ١٠٠) .

إلى العقد ، قد اتصل بنا إليه ، وقد لاتصل . فهو يصل بنا إلى قيام العقد ، إذا ارتبط به القبول ، وإلا فلا .

والأصل في الإيجاب أنه لا يلزم ، حتى من صدر منه ، أى الموجب .
فلهذا أن يرجع عنه بعد تقديمه . أى أن له أن يسحبه ، طالما بقي مجرد إيجاب ،
أى لم يقترن به بعد قبول . ويستفاد هذا الحكم . عن طريق مفهوم المخالفة ،
من نص المادة ٩٣ . فهذا النص يفرض على الموجب التزاماً بالإبقاء على
إيجابه . إذا عين ميعاداً للقبول . فهو إذن لا يلتزم بالإبقاء عليه عند انتفاء هذا
التعين . فكان الأصل العام هو أن الموجب لا يلتزم بإيجابه . بمعنى أنه
يسوغ له أن يرجع فيه ، قبل أن يقترن به القبول من الطرف الآخر .
وهذا الحكم من بعد هو الذى يسود في الفكر القانوني المعاصر بوجه عام^(١) .
كما أن جمهور فقهاء المسلمين يقولون به . وهو مؤدى ما يسمى عندهم
« خيار الرجوع »^(٢) .

ويلاحظ أن الإيجاب ، في ظل القانون المصري ، لا يعتبر قائماً .
إلا بعد أن يتصل بعلم الموجب له . إذ أنه تعبير عن الإرادة . والتعبير عن
الإرادة لا ينتج أثره القانوني ، إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه (المادة
٩١) ، وفقاً لما سبق لنا أن بيناه^(٣) . فقبل أن يتصل الإيجاب بعلم من
وجه إليه ، يستطيع الموجب دائماً أبداً أن يعدل عنه . ويتم له ذلك بإخطار
الموجب له بعدوله ، بشرط أن يصل إليه هذا الإخطار قبل أن يصل إليه

(١) تتنازع هذا الحكم في القانون المقارن فكرتان : تقوم أولاً على التزام الموجب بإيجابه .
فتحرمه من الرجوع فيه ، ما لم يتضمن ما يتم عن قصده في الاحتفاظ بحقه في ذلك . أما الفكرة
الثانية ، فلا تفسى على الإيجاب في ذاته صفة الإلزام ، وتخول بالتالي لصاحبه أن يرجع فيه . مثلما
لم يقترن به بعد قبول . وهذه الفكرة الأخيرة هي التي تسود في الغالبية الكبرى من القوانين المعاصرة .
(٢) وقد أخذت المجلة بخيار الرجوع (المواد ١٨٢ - ١٨٥) . وذهب رأى في المذهب
المالكي يقول بلزوم الإيجاب على صاحبه ، حتى أنه إذا رجع فيه ، وصدر بعد ذلك القبول في
مجلس العقد ، انعقد العقد (راجع الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠) .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ٥٠ و ٥٢ .

الإيجاب نفسه^(١) ، أو حتى في نفس وقت وصوله . كما إذا أرسل الموجب إيجابه بالبريد العادي . ثم ضمن عدوله برقية بعث بها إلى الموجب له . ووصلت إليه أولاً أو في نفس الوقت .

ولكن الأمر لا يقف عند حد إمكان الموجب العدول عن إيجابه . قبل أن يتصل هذا الإيجاب بعلم من وجه إليه . بل إنه حتى إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه . واكتمل له بالتالي كيانه القانوني كإيجاب قائم . يكون لمن أجراه . كقاعدة عامة . أن يرجع فيه . طالما بقي مجرد إيجاب . أى طالما لم يقترن به قبول الموجب له . على نحو ماسبق لنا أن بيناه منذ قليل . أما بعد أن يقترن القبول بالإيجاب : فلا يسوغ بالضرورة للموجب أن يتحلل من انصفقة . فمن الحق أن له . كقاعدة عامة . أن يرجع في إيجابه . ولكن . في حالتنا هذه . لم يعد هناك إيجاب ما . حتى يمكن الرجوع عنه . فالإيجاب الذى كان قائماً قد تفاعل مع قبول الموجب له . ونشأ عن تفاعلهما شئ جديد مستقل عنهما . وهو العقد . والقاعدة أنه لا يسوغ لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد .

وهكذا نصل إلى أنه يسوغ للموجب . كأصل عام . أن يرجع عن إيجابه . طالما أنه لم يقترن به قبول . من هنا جرى القول بأن الإيجاب في الأصل يقع غير ملزم . أى أنه لا يلزم صاحبه بالإبقاء عليه . في انتظار أن يلحقه القبول .

٦١ - التزام الموجب بإيجابه إذا اقترن بميعاد للقبول : إذا كانت القاعدة العامة هي أن الإيجاب يقع غير ملزم ، بالمعنى الذى حددناه . إلا أن هذه القاعدة لبست مطلقة . فإرد عليها استثناء هام . ومؤدى هذا الاستثناء أن الإيجاب يقع ملزماً . ويمتنع بالتالي على الموجب الرجوع فيه : إذا كان هذا قد حدد لمن وجهه إليه ميعاداً ، يبدى خلاله رأيه فيه . قبولاً أو رفضاً ،

(١) راجع نقض ١٠ أبريل ١٩٥٨ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٣٥٩ ، وقد سبق

الإشارة إليه .

أو كانت ظروف الحال أو طبيعة المعاملة تقتضيه ، وذلك طوال هذا الميعاد .
وفي ذلك تقضى المادة ٩٣ مدنى بأنه : « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب
بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من
ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » (١) .

فإذا حدد الموجب ميعاداً للموجب له ، لكى يبدى خلاله رأيه فى
الإيجاب الذى يعرضه عليه ، إن قبولاً أو رفضاً . تقيد الموجب بهذا الميعاد

(١) وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٣٠ من المشروع التمهيدى ، والتي أصبحت بعد
تعديلات لفظية المادة ٩٣ من القانون نقول : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد
للقبول ، متى حدد له ميعاداً ، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو حاضر . فإذا انقضى
الميعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب ، بعد أن فقد ماتوافر له من قوة
الإنزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبق
إيجابه قائماً ، إلا فى خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب
قائماً بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تمثيه مع ما يغلب
فى حقيقة نية الموجب ، ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب ، عند انقضاء الميعاد ، يستتبع اعتبار
القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد ، وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق .
وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز فى كونه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منردة
والثانى اتفاق إرادتين .

ويكون تحديد الميعاد فى غالب الأحيان صريحاً ، ولكن قد يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد
ضمناً ، من ظروف التعامل أو طبيعته ، فإذا عرض مالك آتة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن
الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه ، طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع
فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى . وتختلف هذه الصورة عن صورة الإيجاب الموجه إلى الغائب .
بغير تحديد صريح أو ضمنى لميعاد ما ، وقد عاجلها المشروع فى المادة التالية ، فقضى بأن يبق ،
الموجب ملتزماً بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب
وبالطريق المعتاد .

وإذا كان الإيجاب غير ملزم فى رأى القضاء المصرى ، فقد انحصر الاشكال فى تعيين الفترة
التي يظل الإيجاب قائماً فى خلالها ، إذا لم يكن قد عدل عنه . وقد جرى القضاء فى هذا الشأن على أن
الإيجاب لا يسقط ، إلا إذا عدل عنه الموجب ، أو ما لم يكن قد اتفق على ميعاد يسقط بانقضائه
(استئناف مخطط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ ب ٣٠ ص ٦٢) أو ما لم يكن قد تبين بجلاء أن المتعاقدين
قد اتفقا ضمناً على ميعاد . أما فيما يتعلق بتحديد الميعاد الذى يتفق عليه ضمناً ، فللقاضى أن يقوم
بتحديدده ، إذا لم يحدده المتعاقدان بوجه من الوجوه ، بالرجوع إلى نية الموجب وفقاً لظروف
كل حالة بخصوصها (استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١٠٠) .

وامتنع عليه الرجوع عن إيجابه ، مابق الميعاد قائماً لم ينقض . فإن وقع منه هذا الرجوع قبل فوات الأجل المحدد ، اعتبر رجوعه هذا كأن لم يكن أصلاً . لحصوله بمخالفة التزام يفرضه القانون عليه بالإبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة . وهكذا يظل الإيجاب ، في حالتنا قائماً ، برغم رجوع الموجب غير المشروع عنه . ويترتب على ذلك أنه إذا صدر القبول ، خلال الميعاد المحدد . اعتبر مصادفاً لإيجاباً قائماً . ونشأ بالتالي العقد . حتى لو كان الموجب قد غير في الحقيقة رأيه ، بعد أن اتصل لإيجابه بعلم الموجب له . وأبلغ هذا الأخير بعدوله .

يبين مما سبق أن الإيجاب يقع . استثناء من القاعدة العامة ملزماً ، بمعنى أن الموجب يلتزم بالإبقاء عليه . إذا كان قد حدد للموجب له ميعاداً لإصدار قبوله أو رفضه . وذلك خلال هذا الميعاد . وهذا الحكم الذي تقضى به المادة ٩٣ لا يعدو أن يكون تفسيراً من المشرع لإرادة الموجب . فهذا الأخير . إذ يحدد للموجب له ميعاداً يبدى خلاله رأيه في إيجابه . يريد بالضرورة أن يبقى ملتزماً بهذا الإيجاب خلال هذا الميعاد .

والإيجاب ، إذ يصير ملزماً للموجب . خلافاً للأصل العام ، إذا حدد هذا الأخير للموجب له ميعاداً يبدى خلاله رأيه بشأنه ، فإن هذا التحديد قد نجح صريحاً . وقد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، أو طبيعة المعاملة . ومثال التحديد الصريح . أن يعرض شخص معين على آخر أن يبيعه منزله بتمن محدد . ويترك له مهلة أسبوع أو أكثر أو أقل ، ليتدبر فيها أمره ، ويقبل الصفقة أو لا يقبلها .

أما التحديد الضمني لميعاد القبول ، فهو ذاك الذي يستدل عليه من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، كما قلنا . ومثاله أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه سيارة أو ما كينة على شرط التجربة . فظروف الحال هنا تدل على أن الموجب يترك للموجب له الميعاد الذي تستغرقه التجربة بحسب المؤلف . لكي يدلى خلاله برأيه ^(١) . ومثال التحديد الضمني لميعاد القبول

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة ١٣٠ .

أيضاً أن يتقدم شخص بعطاء في مزاد أو في مناقصة ؛ فظروف الحال هنا تدل على أن الإيجاب الذى ينطوى عليه تقديم العطاء يتضمن الميعاد اللازم لتقديم عطاء آخر يزيد عليه أو يقل عنه . أو لنفرض المظروفات . إذا كان المزداد أو المناقصة قد حصل بطريقته . ومثال التحديد الضمنى لميعاد القبول في النهاية ، ما يحصل في التعاقد بالمراسلة . فإذا أرسل شخص ، مثلاً إلى آخر خطاباً يعرض عليه صفقة معينة ، دلت ظروف الحال ، في غالب الأحيان . على أن الموجب يترك للموجب له ميعاداً مناسباً . يبدأ من وصول الخطاب إليه . لكي يتدبر فيه أمره ويبت في العرض برأيه . ثم يرسل إليه رده . وهكذا تدل ظروف الحال هنا على أن الموجب أراد أن يلتزم بإيجابه طوال المدة اللازمة . بحسب الظروف العادية المألوفة ، لكي يبت الموجب له برأيه ويبعث برده ويصل هذا الرد إلى الموجب . وعلى أية حال فاستخلاص التحديد الضمنى لميعاد القبول ومداه أمر تدل عليه طبيعة المعاملة وظروف التعاقد . وهو من بعد أمر يتعلق بالواقع ، ولقاضي الموضوع فيه فصل القول . دون رقابة عليه من محكمة النقض .

يخلص من كل ما سبق أن الإيجاب . وإن كان بحسب الأصل غير مازم . بمعنى أنه يسوغ لمن أصدره أن يرجع فيه أو أن يسحبه . طالما أن القبول لم يقترن به . إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء هام . وهواه أن يقع الإيجاب ملزماً . ويمتنع بالتالى على الموجب الرجوع فيه . وذلك إذا كان الموجب قد حدد ميعاداً للموجب له . لكي يبدى خلاله رأيه في إيجابه . حيث يكون الإيجاب هنا ملزماً طوال الميعاد المحدد لإبداء الرأى . وسواء بعد ذلك أن يكون تحديد الميعاد صريحاً أو أن يستدل عليه ضمناً من طبيعة المعاملة أو ظروف الحال (١) .

(١) ويلاحظ أنه لا يوجد في القانون الفرنسى نص تشريعى يجرى هذا الحكم ، وإن كان القضاء الفرنسى يجمع على اتباعه أو يكاد . بل إن نمة اتجاهات في الفقه الفرنسى ، يميل إلى اعتبار كل إيجاب أنه مقترن ضمناً بميعاد . معقول للقبول يكون ملزماً خلاله ، ويتيح لمن وجه إليه فرصة =

٦٢ - سقوط الإيجاب :

بيننا ، فيما سبق ، أن أثر الإيجاب في ذاته يقتصر على كونه مجرد عرض يتقدم به صاحبه ، أى الموجب . إلى من يُوجه إليه ، أى الموجب له ، لإبرام الصفقة بينهما . وإذا كان للموجب . كقاعدة عامة ، أن يرجع في

= مناسبة للتفكير . راجع في ذلك Mazeaud . المؤلف السابق الإشارة إليه ، تبدة ١٣٤ . وك هو الحال في القانون الفرنسى ، لم يكن في قانوننا المذوق القديم نص على الإلزام للإيجاب عندما يقترن بميعاد محدد للقبول . ومع ذلك اتجه الفكر القانونى تحت ضله . فقها وفضاء ، إلى القول بذلك الإلزام (راجع السهررى . الوسيط ج ١ نبذة ١٠٢) .

وأمام عدم وجود نص في القانون الفرنسى وفي قانوننا المصرى القديم يقرر إلزام الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول ، حاول الفقهاء تأسيس هذا الإلزام على القواعد القانونية العامة . وفي هذا الصدد ثار الجدل حاداً وعنيفاً ، وتمددت الآراء . وأرجع بعض الفقهاء هذا الإلزام إلى إرادة الموجب المنفردة . ورأى البعض الآخر أن إلزام الإيجاب المقترن بميعاد للقبول لا يرجع إلى الإرادة المنفردة للموجب ، بل إلى عقد يبرم بين الموجب والموجب له ، ويتضمن التزام الأول بالإبقاء على إيجابه طوال الميعاد المحدد للقبول . فوفقاً لهذا الرأى . ينطوى الإيجاب المقترن بميعاد للقبول على إيجابين ، لا واحد فحسب . فهو ، إلى جانب اعتباره إيجاباً بالصفقة ذاتها ، يتضمن إيجاباً آخر بالإبقاء على عرض الصفقة على الموجب له طوال المدة المحددة . وهذا الإيجاب الأخير يتمحض عن مجرد منفعة للموجب له ، فسكوته يهض قبولاً بالنسبة إليه . وهكذا يفهم عقد غير مسمى ، يلتزم الموجب بمقتضاه بالإبقاء على إيجابه بالصفقة خلال المدة المحددة . ورأى فريق ثالث من الفقهاء أن الإيجاب المقترن بميعاد للقبول لا يتولد عنه التزام ناشئ عن العقد ولا عن الإرادة المنفردة ، ولكن رجوع الموجب عن إيجابه قبل فوات الميعاد الذى حدده ينطوى على فعل خاطئ يذمه بتعميضر الضرر الذى نشأ عنه للموجب له ، وقد يرى القاضى أن خير تعويض يحكم به هو اعتبار الإيجاب قائماً لم ينقض ، فيقوم العقد على أساسه إذا ما صادفه قبول الموجب له . وهكذا وصل هذا الرأى الثالث إلى فكرة الإبقاء على الإيجاب المقترن بميعاد طوال مدته ، على أساس المسئولية التقصيرية . والرأى الثالث هو أقل الآراء نجاحاً في فرنسا . حيث انقسم الفقه والقضاء في مجموعهما بين الرأيين الأولين ، وإن كانت كفة الرأى الثانى أرجح ، بسبب عدم التسليم ، كبداً عام ، بأن للإرادة المنفردة أن تنشأ الالتزام ، نتيجة عدم وجود نص في القانون الفرنسى يخولها هذه القوة بشكل قاطع . وكذلك كان الشأن تحت ظل قانوننا الملغى .

ولم تعد لهذا الجدل ، تحت ظل قانوننا الحالى ، أية قيمة عملية . والسبب في ذلك أن المادة ٩٣ منه تقطع بأن الإيجاب المقترن بميعاد المقبول يقع ملزماً . وبهذا أغنانا المشرع عن مثونة البحث في أساس لتقرير هذا الإلزام . ولم يكن هذا هو أمر قانوننا القديم ، ولا أمر القانون الفرنسى الحالى ، حيث جاءا خاليين من نص يقرر إلزام الإيجاب في حالتنا ، فكان طبيعياً ، وإحال هذه . أن يبحث الفقهاء تحت ظلهم عن أساس لتقرير إلزامه فيها .

إيجابه طالما لم يقترن به القبول . إلا أن لهذا الإيجاب في ذاته أثراً جوهرياً هاماً . فطالما هو باق لم ينقض ، فهو يتيح للقبول أن يلحقه ، وبالتالي للعقد أن يقوم . ومن ثم كان من الأهمية البالغة أن نحدد متى يزول الإيجاب : أو متى يسقط ^(١) . إن قدر له هذا المصير . لأن الإيجاب إن سقط ، وأتى القبول بعد ذلك ، فإن العقد لا يقوم ، وإنما يعتبر القبول إيجاباً جديداً موجهاً لصاحب الإيجاب الأصلي الساقط ، يقبله أو لا يقبله وفقاً ليريد .

وإذا قام الإيجاب مكتملاً وجوده القانوني ، فلما يسقط بواحد من الأمور الآتية :

١ - رجوع الموجب في إيجابه : فللموجب . كما بينا . أن يرجع في إيجابه . ما لم يكن مقترناً بميعاد للقبول ^(٢) . ولا يعتبر القبول مقترناً بالإيجاب إلا من الوقت الذي يتصل فيه القبول بعلم الموجب ، تطبيقاً لقاعدة أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره . إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من

= وبرغم انتفاء الأهمية العملية، تحت ظل قانوننا الحالي، للبحث في أساس إلزام الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ، فقد تعرض له فقهاؤنا . وقد انقسموا بصدده فريقين . تشيع أولهما للرأي الذي يرجع أساس الإلزام إلى الإرادة المنفردة ، قائلاً بأننا نوجد هنا أمام إحدى الحالات التي ينشأ فيها الالتزام بمقتضى الإرادة المنفردة . لوجود نص يخولها هذه القوة (السهوى . الوسيط ج ١ نبذة ٢٠٤ - عبد المنعم الصدد ، مصادر الالتزام ، نبذة ٨٧ - جمال زكي . الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٤٣) . وتشيع الفريق الثاني للرأي الذي يرجع أساس الإلزام إلى فكرة العقد . والرأي الأول هو الصحيح .

(١) لن تعرض هنا للمألة التي يعدل فيها الموجب عن إيجابه ، ويتصل عدوله هذا بعلم الموجب له قبل أن يتصل بعلمه الإيجاب نفسه أو في نفس الوقت . فو هذه الحالة ، الإيجاب لا يستند في الحقيقة . فمؤدى السقوط أن يقوم الشيء ثم يزول . أما في حالتنا ، فإن الإيجاب لم يتم أصلاً . إذ أن التعبير عن الإرادة ، كما بينا أكثر من مرة ، لا ينتج أثره بمجرد صدوره من صاحبه ، وإنما باتصاله بعلم من وجه إليه . أما والفرض أنه قد عدل عن الإيجاب قبل اتصاله بعلم من وجه إليه أو في نفس الوقت ، فهو يعتبر أنه لم يتم أصلاً . وما لا يقوم أصلاً لا يسقط ، لأنه لا حاجة به إلى السقوط .

(٢) ويلاحظ أن تكرار الإيجاب من الموجب يعتبر رجوعاً عن الإيجاب الأول . وفي ذلك تنص المادة ١٨٥ من المحلة بأنه : « تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني ... » .

وجه إليه . وهكذا يسوغ للموجب . كقاعدة عامة ، أن يرجع في إيجابه إلى الوقت الذى يعلم فيه بقبوله من الموجب له .

٢ - رفض الموجب له الإيجاب : يسقط الإيجاب بالضرورة إذا رفضه الموجب له . ويسرى هذا الحكم . سواء أكان الإيجاب ملزماً للموجب ، بسبب اقترانه بميعاد للقبول ، أم غير ملزم له . لتجرده عن هذا الميعاد . فالإيجاب يوجه إلى الموجب له . لبيت فيه برأيه . فإن رفضه . سقط ، ولو كان له ميعاد وكان الميعاد لم ينقض بعد . حتى إذا ما عاد الموجب له بعد ذلك إلى ارتضاء الصفقة . فإن رضائه هذا لا يعتبر قبولا ، لأن القبول يوجه إلى إيجاب موجود ، ولم يعد هناك إيجاب ، بسبب سقوطه ذاتية رفضه السابق . ولكن رضاء الموجب له ، بعد سبق رفضه للإيجاب الذى وجه في البدء إليه ، يقع منه بمثابة إيجاب جديد .

ولرفض الإيجاب صور عديدة . فقد يأنى صريحاً . وقد يستدل عليه ضمناً ، كما أن القانون قد يقرره حكماً . وإذا تم الإيجاب في مجلس العقد أو بالتليفون أو بأى طريق آخر مماثل ، أى حال كون المتعاقدين يتناقشان بشأنه مباشرة . بحيث يصل التعبير عن إرادة كل منهما للآخر بمجرد صدوره ، فإن الإيجاب يعتبر ، في أبعده الحدود . مرفوضاً حكماً . إذا أنقض مجلس العقد . من غير أن يلحقه قبول (المادة ٩٤) . وذلك ما لم يكن قد رفض من قبل . ويستثنى من ذلك الحالة التى يقرن فيها الإيجاب بميعاد للقبول يستمر إلى ما بعد انفضاض مجلس العقد . وإذا تم الإيجاب عن طريق المراسلة . اعتبر الإيجاب على أية حال مرفوضاً . إذا لم يلحقه القبول في الوقت المعقول الذى يبدى فيه الموجب له رأيه عادة . وذلك ما لم يتضح اقترانه بميعاد أطول للقبول . ويلاحظ أن قبول الموجب له الصفقة . بما يتضمن زيادة في الإيجاب المعروض عليه أو إنقاصاً منه أو تقييداً من إطلاقه أو تعديلاً فيه بأية صورة أخرى ، يعتبر رفضاً ضمناً للإيجاب الأصيل متضمناً إيجاباً جديداً (المادة ٩٦) .

٣ - يسقط الإيجاب إذا كان الموجب قد حدد لذاته بقاءه ميعاداً ليبدى الموجب له خلاله رأيه فيه ، ثم فات هذا الميعاد من غير أن يصدر القبول . وفي هذه الحالة يزول الإيجاب كلية ، أى أنه يزول . لا على اعتبار أنه إيجاب ملزم فحسب . بل على اعتبار أنه إيجاب أصلاً . وذلك ما يتضح غيره من نية الموجب . « وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقتصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد » (١) .

وإذا كان الإيجاب المقترن بميعاد يحدده الموجب ، ليبدى الموجب له رأيه فيه ، يسقط بفوات هذا الميعاد ، فإنه يكون من الأهمية بمكان أن نتبين إلى أى وقت يستمر الميعاد قائماً . وقد سبق لنا أن رأينا أن تحديد الميعاد الذى يقترن به الإيجاب قد يجئ صريحاً . وقد يستخلص ضمناً من ظروف الحال . ولا صعوبة في حالة التحديد الصريح للميعاد . ولكن الصعوبة تثور في الحالة التى يتقدم فيها الموجب بإيجابه . في غير مجلس العقد . دون أن يحدد ميعاداً صريحاً للقبول . حالة كون ظروف الحال وطبيعة المعاملة تشعر بأن الموجب أراد أن يترك وقتاً للموجب له ليبدى رأيه في إيجابه إن قبولاً أو رفضاً . فهل يظل الإيجاب هنا قائماً إلى وقت غير محدد طالما أن الموجب له لم يرفضه . أو أنه لا يبقى قائماً إلا إلى وقت معلوم ، وإذا كان الأمر الأخير ، فكيف يتحدد الوقت الذى يبقى خلاله الإيجاب قائماً ؟

والرأى عندنا أن الإيجاب : بحسب الأصل ، لا يعطى من صاحبه منطلقاً ، أى بغير تحديد لزم . وذلك ما لم يظهر غيره من نية الموجب . وهذا الحكم

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، تعليقا على المادة ١٣٠ منه ، التى أصبحت بعد بعض التعديلات اللفظية المادة ٩٣ من القانون ما يأتى : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول ، متى حدد له ميعاداً . سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير ملزم فحسب ، بعد أن فقد ما توافر له من قوة الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً ، إلا في خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تمثيه مع ما يغلب في حقيقة نية الموجب » .

لا يبعدو أن يكون تفسيراً لقصد الموجب : في الأعم الأغلب من الحالات . فالموجب حينما يتقدم بعرضه ، في غير مجلس العقد ، إلى شخص يعلم أن ظروفه هو أو ظروف المعاملة نفسها تقتضي أجلاً ليبدى خلاله رأيه في عرضه يقصد بالضرورة أن يكون إيجابه محدداً بذلك الوقت لا يتجاوزه ^(١) . وهذا

(١) وقد أخذت بالرأى الذى نقول به محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢ يولييه ١٩٦٤ (طعن ٢٩/١٨٧ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٨٩٥ قاعدة ١٣٩) . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم في أن إخوة ثلاثة تقدموا لإحدى شركات بيع الأراضي بطلب شراء قطعة أرض محددة بشئ معلوم ، دون أن يقترن طلبهم هذا (الذى اعتبر إيجاباً منهم بالشراء) بميعاد صريح لصدور القبول من الشركة . أراد طالبو الشراء التمسك من الصفقة بعد هبوط أسعار الأراضي إثر صدور قانون الإصلاح الزراعى ، فدفعوا بسقوط إيجابهم قبل أن يخطروا بقبول الشركة . وقد قضت محكمة الموضوع بأنه مادام الإيجاب قد وقع في غير مجلس العقد ، ومادام هو م يقترن بميعاد محدد للقبول ، فإنه يبقى قائماً طوال الميعاد الذى يتسع لعرضه على مجلس إدارة الشركة ، وإخطار الموجبين بالرأى الذى ينتهى إليه هذا المجلس . وهكذا اعتبرت محكمة الموضوع أن الإيجاب في خصوصية الدعوى ، وإن لم يذكر له ميعاد محدد صريح ، إلا أنه قد اقترن ضمناً بميعاد غير محدد صراحة من الموجب ، فقامت هى بتحديد ميعاده مستخلصة إياه من طبيعة المعاملة وظروف الحال . وهذا الذى قائلته محكمة الموضوع بارتكبه بحق محكمة النقض وأيديته ، وجاءت في حكمها تقول : « لقاضى الموضوع ، في حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول ، أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله وفي تقديره للوقت الذى يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين في حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التى انتهى إليها . والمحكمة ، وهى بسبيل استخلاص الميعاد الذى قصد الموجب الالتزام فيه بإيجابه لها أن تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه . ولا تريب عليها إذا استظهرت من أفعال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب . كما أنه لا على المحكمة ، في حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة ، أن تستدل على قصدهم المتحد بأمور تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا القصد » .

وهذا الذى قضت به محكمتنا العليا ، في حكمها الذى انتهينا حالا من الإشارة إليه وأوردنا بعض عبارته ، والذى هو متفق تماماً مع حكم القانون ، كانت المحكمة نفسها قد تخالفت معه في حكم سبق لها أن أصدرته منذ أقل من سنة ، وهو الحكم الصادر في ١٨ إبريل ١٩٦٣ (طعن ٢٨/٥٢ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٥٥٠ قاعدة ٧٨) . وتتلخص الوقائع التى صدر فيها الحكم الأخير في أن إحدى الشركات تقدمت بعبء لمصلحة الجمارك لاستئجار بعض مخازن داخل الدائرة الجمركية بالسويس . ولم يتضمن العبء ميعاداً صريحاً لصدور القبول . جاءت مصلحة الجمارك وقبلت العبء المقدم لها بعد مدة أربعة أشهر وعشرين يوماً ، وهى مدة بالغة الطول على ما يظهر ، =

هو الذى تشير إليه المادة ٩٣ / ٢ بقولها : « وقد يستخلص الميعاد (الميعاد المحدد من الموجب للقبول) من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » وإذا كان هذا هو الأمر فى الأعم الأغلب من الحالات . فإنه لا يقال بعكسه ، أى لا يقال بورود الإيجاب منطلقاً فى وقته ، أى إلى أن يبدى الموجب له رأيه فيه ، إلا إذا اتضح من ظروف الحال أن ذلك هو إرادة الموجب . فالذى يدعى خلاف الظاهر الغالب عليه أن يقيم الدليل على ما يدعيه . وفق ما تقتضى به القواعد العامة فى الإثبات .

وإذا وصلنا إلى أن الموجب لا يقصد . فى الحالة التى نحن بصدددها . أن يكون إيجابه منطلقاً . بل يكون محدداً بميعاد معلوم ، فإن هذا الميعاد يتحدد وفق ظروف الحال وطبيعة المعاملة . وقاضى الموضوع هو الذى يقوم بهذا التحديد . وهو إذ يفعل . لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأنه يفصل فى أمر من أمور الواقع ، ويدخل بذلك فى مطلق سلطته التقديرية : طالما استند قضاؤه إلى أسباب سائغة تحمله .

٦٣ - أثر الموت أو فقد الأهلية على الإيجاب :

تكلمنا فيما سبق ^(١) فى أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة بوجه عام . ونريد هنا . ونحن بصدد بيان حالات سقوط الإيجاب . أن

« دفعت الشركة بعدم انعقاد العقد لصدور القبول بعد سقوط الإيجاب المقدم منها . ثم تأخذ محكمة الموضوع بدفاع الشركة وقضت بقيام العقد ، تأسيساً على أن الشركة لم تكن قد عدلت عن إيجابها قبل أن يصدر القبول من مصلحة الجمارك . وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع . قائلة : « وهذا الذى قرره المحكم صحيح فى القانون . ذلك أنه إذا لم يعين ميعاد للقبول لا يسقط الإيجاب إلا إذا عدل عنه الموجب . فإذا بقى على إيجابه حتى صدور القبول... تم العقد بتلاق الإرادتين ، ولا يجوز بعد ذلك التنصل من العقد أو التحلل من آثاره » . وحكم محكمة العليا هنا قد جابه التوفيق . وهو يتخالف مع حكمها الصادر فى ٢ يوليه ١٩٦٤ والذى بدأنا بعرضه فى هذه الحاشية . ذلك لأن عدم اقتران الإيجاب بميعاد للقبول لا يكون عند مجرد عدم ذكر هذا الميعاد صراحة ، وإنما يلزم أيضاً للقول بذلك ألا تدل ظروف الحال على أن الموجب أراد أن يقرن إيجابه بالميعاد الذى تقتضيه تلك الظروف . وكان على محكمة الموضوع ، بعد أن استدلت على عدم وجود الميعاد الصريح للإيجاب ، أن تبحث فيما إذا كان الموجب قد أراد ضمناً أن يقرن إيجابه بالميعاد الذى تقتضيه ظروف الحال وطبيعة المعاملة من عدمه : ثم فى تحديد هذا الميعاد الضمنى إن كان . أما ولم تفعل فكان حرياً بحكمها أن ينقض للفساد فى الاستدلال .

(١) راجع نبذة ٥٣ .

نتبين أثر الموت أو فقد الأهلية عليه بالذات ، لتحديد ما إذا كان أى منهما يؤدي إلى سقوطه من عدمه .

وثمة أمر أول لاصعوبة في استخلاصه ، وهو أن الإيجاب يسقط بموت الموجب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول . ذلك لأن الإيجاب يوجه إلى الموجب له ليبدى رأيه فيه . إن قبولاً وإن رفضاً . فإذا كان الموجب له قد مات أو فقد أهليته قبل أن يبت في الإيجاب برأيه ، فإن الإيجاب هنا لن يقدر له أن يقبل منه ، فيصبح غير ذات موضوع ، فيسقط ويزول^(١) . ولا يمكن هنا أن يقال إن رخصة القبول تنتقل من الموجب له إلى ورثته ، لأن الرخص بخلاف الحقوق لا تورث^(٢) .

وثمة أمر ثان لاصعوبة فيه أيضاً ، وهو أن الإيجاب ، وإن كان يسقط كما بينا حالا بموت الموجب له قبل أن يصدر منه القبول ، فهو لا يسقط إذا كان موت الموجب له أو فقد أهلية قد طرأ بعد أن يكون القبول قد صدر بالفعل منه ، حتى قبل أن يتصل بعلم الموجب . وهذا بطبيعة الحال ما لم تكن شخصية الموجب له محل اعتبار في التعاقد . ذلك لأن التعبير عن الإرادة ، وفقاً لما يقضى به القانون المصرى . يستقل عن صاحبه بمجرد صدوره منه . إعمالاً للقاعدة التي أراد أن يتبناها ، وهي أن الإرادة لا تموت بموت صاحبها . وهكذا فإذا مات القابل ، بعد صدور القبول منه . واتصل قبوله بعلم الموجب . فإن العقد يتعقد ، ويلتزم به ورثته في حدود تركته^(٣) و^(٤) .

(١) والأعمال التحضيرية للقانون المدنى تؤيد رأى الذى وصلنا إليه فى المتن (أنظر مناقشات لجنة المراجعة ، الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٢) .

(٢) والرأى القائل بسقوط الإيجاب بموت الموجب له أو فقد أهلية قبل صدور القبول منه هو الرأى الذى يسود فى الفقه الإسلامى . وأن مخالفه الأباضية ، حيث إنهم يجوزون لورثة الموجب له أن يقبلوا الإيجاب مكانه (شرح النيل ٢٢٥/٨) .

(٣) راجع فى هذا المعنى : السهورى ، الوسيط ج ١ ، نبذة ٨٢ .

(٤) وهذا الحكم هو الذى يقول به الفقه الإسلامى ، لا تأسيساً على فكرة استقلال الإرادة عن صاحبها بمجرد التعبير عنها كما يقول بها القانون المصرى ، ولكن تأسيساً على فكرة أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الفقه الإسلامى بمجرد صدوره من صاحبه ، وبدون حاجة إلى اتصانه بعلم من يوجه إليه ، خلافاً لما يقضى به القانون المصرى .

يبقى أمر ثالث ومؤداه أن يكون الموت أو فقد الأهلية قد دهم الموجب نفسه بعد أن صدر منه الإيجاب ، وقبل أن يتصل بعلمه القبول ، فهل يسقط الإيجاب هنا أو لا يسقط ؟

إذا نظرنا إلى الإيجاب في حد ذاته ، وجدنا أنه لا يتأثر ، في ظل قانوننا المصرى ، بموت الموجب أو فقدته الأهلية . لأن التعبير عن الإرادة ، كما قلنا مراراً وكما تقضى المادة ٩٢ ، يستقل عن صاحبه بمجرد صدوره منه . وحتى قبل أن يتصل بعلم من يوجه إليه . ولكن الإيجاب ، من ناحية أخرى . ليس في ذاته غاية ، وإنما هو وسيلة لقيام العقد ، إذا قدر له أن يلقى القبول . وهو ، في الحالة التى نحن بصدددها ، لن يلقى قبولا من الناحية القانونية . ذلك لأن ارتضاء الموجب له الإيجاب لا يعتبر بمجرد ذاته قبولا إياه . تحت ظل قانوننا المصرى ، وإنما يلزم لذلك أن يتصل بعلم الموجب . وهذا الاتصال لن يحدث هنا بسبب مالحق الموجب من موت أو فقد للأهلية (١) . وهكذا . فإن كان الإيجاب ، منظوراً إليه في حد ذاته . لا يمس بموت الموجب أو فقدته الأهلية ، إلا أنه لن يكون له مع ذلك أثر في هذه الحالة . لأنه يتمثل إيجاباً استعصى عليه أن يلقى القبول ، فكأنه يسقط هنا وإن كان بطريق غير مباشر (٢) . وقد رأى البعض أن الإيجاب في حالتنا لا يسقط إذا كان ملزماً للموجب بسبب اقترانه بميعاد محدد للقبول ، بمقولة إن الموجب هنا يتحمل بالتزام بالإبقاء على إيجابه قائماً ، وأن هذا الالتزام يتحمل به ورثته

(١) انظر في ذلك : السهورى ، المرجع السابق نبذة ٨٢ - أحمد حشمت أبو ستيت . نظرية الالتزام في القانون المدنى الجديد ، نبذة ٨٤ - جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، نبذة ٤٠ .

(٢) ولا يقبل هنا أن يقال ، كما ذهب البعض (راجع : سليمان مرقس . الالتزامات . نبذة ٨١ - عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٧٩) إن ورقة الموجب يحلون محله في العلم بالقبول . ذلك لأن المادة ٨٢ تقضى بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ومؤدى ذلك أن يكون المقصود هو علم من يوجه إليه التعبير شخصياً . ثم إن العلم بالقبول ، شأنه في ذلك شأن العلم بأى مدلول آخر للتعبير عن الإرادة ، هو مجرد واقعة مادية ، والوقائع لا يمكن لها أن تورث .

بعد موته ^(١) . وهذا الرأي يبدو لنا غير سديد . ذلك لأن انعدام أثر الإيجاب في حالتنا لا يرجع إليه نفسه ، كما أنه لا يرجع إلى إخلال من الموجب أو من ورثته . وإنما هو يرجع إلى أمر آخر ، هو استحالة أن يلحقه القبول قانوناً . والسائد في الفقه الإسلامي أن الإيجاب يسقط بموت الموجب قبل أن يصدر القبول ^(٢) .

(ب) القبول

٦٤ - تكلمنا فيما سبق في الإيجاب . والإيجاب وحده لا يكفي لتكوين العقد . فإلى جانبه . يلزم أن يتوافر القبول . إذ بهذا يمكن أن يحصل التوافق بين الإرادتين ، الذي هو قوام العقد .

والقبول هو ارتضاء الإيجاب من وجه إليه . بيد أنه يلزم ، لاعتبار إرادة من وجه إليه الإيجاب متضمنة قبولاً إياه . أن نجى . فيما ارتضته مطابقة له تماماً . وذلك في كل المسائل التي تناولها الإيجاب : دون تفرقة في هذا الصدد بين ما يعتبر من المسائل الجوهرية . وما يعتبر من المسائل التفصيلية الثانوية . فإدام الموجب قد عرض في إيجابه لأمر معين . حتى لو كان من بينها ما هو ثانوى . فإن القبول لا يقع . إلا إذا تناول الرضاء هذه الأمور جميعها . دون تفریق . فإن وقع خلاف بين الإيجاب وبين ما قصده الموجب له . أياً ما كان مداه أو موضوعه . ما اعتبرت إرادة هذا الأخير متضمنة قبولاً للإيجاب الذي وجه إليه . بل على النقيض من ذلك . تعتبر رفضاً لهذا الإيجاب متضمنة إيجاباً جديداً . وفي ذلك تقضى المادة ٩٦ مدني بأنه : « إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه . اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » .

(١) راجع : عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٧٩ - عبد المحي حجازي ، نبذة ٣٣٣ .
(٢) وهذا هو مذهب الحنفية (رد المختار لابن عابدين ٢٩/٤) والشافعية (مغنى المحتاج ٦/٢) . والحنابلة (المغنى لابن قدامة ٤٨٢/٣) ، والشيعة والجعفرية (فقه الإمام جعفر ٤٤/٣) . وهذه المذاهب تقيم سقوط الإيجاب بموت الموجب أو بفقد أهليته على أساس خيار الموجب في الرجوع فيه ، اعتباراً بأنه يتعذر عندئذ إعمال هذا الخيار .

فأساس القبول هو مطابقته للإيجاب تمام المطابقة ، وذلك في كل الأمور التي يتناولها . وذلك حتى لو كان من بين هذه الأمور ما هو ثانوي . فإن وقع في شيء من ذلك كنه خلاف بين الإيجاب وبين إرادة الموجب له ، بأن زادت فيه أو أنقصت منه أو قيدت من إطلاقه أو عدلت فيه بأية طريقة كانت . فإن تلك الإرادة لا تعتبر متضمنة قبولاً للإيجاب السابق : بل إنها تعتبر رفضاً له متضمنة لإيجاباً جديداً ^(١) . فإذا أوجب زيد ، مثلاً ، أن يشتري من بكر جواده بألف ، فارتضى هذا الأخير أن يبيعه إياه بألف ومائتين . فإن إرادة بكر لا تعتبر متضمنة قبولاً للإيجاب الصادر من زيد ، بل تعتبر رفضاً له . بيد أن إرادة بكر هنا ، وإن اعتبرت رفضاً للإيجاب الصادر من زيد بالشراء بألف ، فإنها تتضمن في نفس الوقت إيجاباً جديداً موجهاً إلى زيد بالبيع بألف ومائتين . فإذا قبل زيد الشراء بهذا القدر : انعقد البيع على أساسه . وإذا أوجب خالد أن يبيع منزله لعمر و بمائة ألف ، فارتضى هذا الأخير الشراء بتسعين ألفاً . فإن إرادته عمرو لا تعتبر متضمنة قبولاً لإيجاب خالد :

(١) أنظر نقض ١١ ديسمبر ١٩٥٨ ، طعن ٢٤/١٨٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٩ ص ٧٤١ قاعدة ٩٦ . وقد جاء في هذا الحكم : « كان الرأي مستقراً إلى ما قبل العمل بالقانون المدني الجديد على أن كل قبول ينطوي على ما يعدل في الإيجاب يكون بمثابة إيجاب جديد . وهو ما أقره المشرع في المادة ٩٦ من القانون المذكور . وإذن فمتى كان قبول الشركة المعلنون عليها . وقد اقترن بشرط جديد لم يتضمنه إيجاب الشركة الطاعة ، فإنه يعتبر رفضاً لهذا الإيجاب ولا يتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما ... » .

وانظر نقض ٢ مايو ١٩٦٣ ، طعن ٢٨/١٤٢ ق ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٦٥٣ قاعدة ٩٣ . وقد جاء في هذا الحكم : « يشترط قانوناً لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب . فإذا جاء القبول بما يعدل في الإيجاب ، فلا يكون في حكم القبول الذي يتم به التعاقد ، وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر . فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائفة التي أوردتها إن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية في التعاقد الذي كان يراد إبرامه ... ورتبت على عدم مطابقة القبول للإيجاب أن العقد لم ينعقد أصلاً بين الطرفين ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون » .

وانظر أيضاً نقض ٩ نوفمبر ١٩٦٥ ، طعن ٣٠/٣٥٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٣٨٦ قاعدة ١٥٥ . وقد جاء في هذا الحكم : « يجب تمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب . أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ... » .

بل رفضاً له . وهي في نفس الوقت تتضمن إيجاباً جديداً موجهاً إلى خالد بالشراء منه بتسعين ألفاً . فإن قبل خالد البيع بهذا المبلغ الأخير ، قام البيع به . وإذا أوجب صالح أن يبيع لإبراهيم سيارته بخمسمائة تدفع فوراً ، فارتضى هذا الأخير الشراء بهذا المبلغ . على أن يؤجل دفع جزء منه قل أو أكثر ، فإن رضاه هذا لا يعتبر قبولاً للإيجاب صالح . بل رفضاً إياه متضمناً إيجاباً جديداً موجهاً إلى صالح ، بشراء السيارة منه على أساس إرجاء دفع الجزء الذي حددته من الثمن . فإن قبل صالح هذا الإيجاب قام البيع على أساسه ^(١) .

وبيان ما إذا كان القبول مطابقاً للإيجاب من عدمه مسألة واقع . ويدخل

(١) وهناك ، في العمل ، فروض جد نادرة يدق فيها الحكم . ونعني بها تلك التي تنجم فيها إرادة القابل بما هو أكثر نفعاً للموجب مما أوجب به . كما إذا أوجب زيد البيع بألف ، فقال خالد اشتريت بألفين ، أو بدأ خالد الكلام قائلاً اشتريت بألفين ، فرد عليه زيد قائلاً « بعث بألف » . والرأي السائد في الفقه اخفى أنه إذا أوجب البائع بأن يبيع بثلثين مائة ، ثم جاء المشتري فقل الصنف بثلثين مائة ، انعقد البيع بالمبلغ الأقل (أي بالألف في مثال زيد وخالد الذي ضربناه أولاً) ، ما لم يتضح أن البائع قد قبل الزيادة التي عرضها المشتري . أما إذا جاء الإيجاب من المشتري ، ثم تبعه القبول من البائع متضمناً ثمناً أقل ، انعقد الشراء بالثمن الأقل بدون اعتبار لزيادة المشتري (انظر في هذه المعنى ، الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٢٧ - الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٧) .

وقد تبنت المجلة هذا الحكم صراحة في المادة ١٧٨ . التي جاءت تقول : « تكفي موافقة القبول للإيجاب ضمناً . فلو قال البائع للمشتري بعثك هذا المال بألف قرش ، وقال المشتري اشتريت منك بألف وخمسمائة قرش ، انعقد البيع على الألف . إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس ، ينزح المشتري حينئذ أن يعطيه الخمسمائة قرش التي زادها أيضاً . وكذلك لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش ، فقال البائع بعثت منك بثمانمائة قرش . ينعقد البيع وينزح تنزيل المائتين من الألف » .

وإذا أردنا أن نتعرف على حكم المسألة التي نحن بصدد حلها في ظل القانون المعاصر عامة وفي ظل القانون المصري خاصة ، رأينا أن المسألة مناطها دوماً وجوب التطابق الكامل بين الإيجاب والقبول ، على نحو ما يبين من ظروف الحال . فإذا أوجب ، مثلاً ، زيد البيع بألف . فقبل بكر أن يشتري بألفين ، فإن الحال لا يخرج عن أحد فرضين : إما أن يكون بكر قابلاً للإيجاب (البيع بألف) ، ولم يرد بالزيادة إلا تأكيد قصده ، فهنا يقوم البيع على الألف ، اعتباراً بأن بكر قد قبل الإيجاب بألف ، فقام التطابق بين الإيجاب والقبول . وإما أن يكون قاصداً ألا يشتري إلا بألفين ، وهنا يعتبر رده رفضاً للإيجاب فلا يقوم البيع بالألف . ولكن هذا الرد من بكر يتضمن إيجاباً جديداً بالشراء بألفين . فإن قبله زيد ، تم البيع بالألفين .

بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، من غير معقب عليه فى شأنه لمحكمة النقض ، مادام تقديره يقوم على أسباب سائفة تحمله (١) .

٦٥ - خيار قبول الإيجاب أو رفضه :

رأينا أن قبول الإيجاب ضرورى لقيام العقد . ولمن يوجه إليه الإيجاب كامل الحرية فى أن يقبله أو يرفضه . دون ما إلزام عليه فى هذا أو فى ذلك . فالأمر ، فى الأصل . أمره ومترك لتقديره (٢) .

٦٦ - إلى متى يصح صدور القبول :

يسوغ لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبله فى أى وقت . بشرط أن يتصل قبوله بعلم الموجب حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط . فإذا سقط الإيجاب ، لأى سبب من الأسباب التى بينها فيما سبق (٣) . قبل حصول القبول . وبمعنى أدق . قبل وصول القبول إلى علم الموجب . وقع هذا القبول غير ذى موضوع ، لأنه لا يصادف قبولاً قائماً . ومن ثم لا ينعقد العقد .

على أن الرضاء الذى يصدر من الموجب له . بعد أن يكون الإيجاب قد سقط . وإن لم يعتبر قبولاً لهذا الإيجاب الساقط . إلا أنه يعتبر من صاحبه

(١) راجع : نقض ١١ ديسمبر ١٩٥٨ ونقض ٢ مايو ١٩٦٢ . وقد سبقت الإشارة إليهما .

(٢) فالأصل أن رفض الموجب له الإيجاب لا يشغل مسؤوليته بشئ ما . لأنه يعتبر فى ذلك مستملاً رخصة ثابتة له . ومن يستعمل رخصة خولها إياه القانون لا يخطئ . بيد أنه ، فى بعض الأحيان ، يعتبر الموجب له خارجاً عن الرخصة الممنوحة إياه فى قبول الإيجاب أو رفضه ، أو فى الأقل متعسفاً فى استعمالها ، إذا رفض الإيجاب من غير أن يكون له مبرر معقول يدعوه إليه . ويقع هذا الأمر ، إذا كان الإيجاب قد قدم إلى الموجب له ، بناء على دعوة سابقة منه ، استحث بها الموجب على أن يتقدم له بإيجابه . وهنا يعتبر رفض الإيجاب خطأ ، من شأنه أن يشغل مسؤولية الموجب له التقصيرية . تأسيساً على أنه ارتكب عملاً غير مشروع (راجع ما سبق . نبذة ٥٩ وهامش (١) الوارد فى ص ١٢٦) . ويلاحظ أن اتفاق البنائى قد صرح بهذا الحكم (المادة ١٨١) . من غير أن يكون ثمة مقتضى فى الحقيقة لتقنينه ، وهذا مظهر من مظاهر النزعة الفقهية التى جاء قانون الموجبات والعقود البنائى منسماً بها .

(٣) راجع ما قلناه فى شأن سقوط الإيجاب ، نبذة ٦٢ و ٦٣ .

بمثابة إيجاب جديد موجه للموجب الأصلي . فإن قبله هذا الأخير ، قام العقد . ومثال هذه الحالة أن يوجب زيد بأن يبيع بيته لبكر بمائة ألف جنيه ، ويحدد له مدة أسبوع لصدور قبوله . ثم يمضي الأسبوع . وبعد ذلك يعلن بكر لزيد رضاه بالشراء . هنا يعتبر إيجاب زيد قد سقط لفوات الميعاد المحدد ، دون صدور القبول خلاله . فرضاء بكر بالشراء لا يعتبر قبولاً يتم به البيع ، لأنه لم يصادف إيجاباً قائماً ، أى أنه جاء غير ذى موضوع . ولكن هذا الرضاء من بكر ، وإن لم يعتبر قبولاً للإيجاب السابق صدوره من زيد ، إلا أنه ينطوى بدوره على إيجاب جديد بالشراء . فإذا جاء زيد وقبل هذا الإيجاب من جديد ، انعقد البيع .

ويلاحظ . كما سبق لنا أن بينا (١) ، أن القبول لا يسقط بموت القابل أو بفقد أهليته ، حتى إذا طرأ قبل أن يتصل بعلم الموجب . ولكنه يسقط بالضرورة إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يتصل بعلمه ، اعتباراً بأنه لن يعتبر هنا قبولاً من الناحية القانونية ..

(ج) ارتباط القبول بالإيجاب

٦٧ - لا يكفي ، لحصول التوافق بين الإرادتين الذى هو قوام العقد ، أن يتوافر هناك إيجاب وقبول . بل لابد لهذين من أن يرتبط أحدهما بالآخر . وهذا لا يكون ، إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب ، حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط . فإذا كان الإيجاب قد سقط ، لسبب أو لآخر ، عند صدور القبول . أو حتى لو كان الإيجاب قائماً عندئذ ، ولكنه سقط قبل أن يتصل القبول بعلم الموجب ، فإنه لا يحصل ارتباط القبول بالإيجاب ، ومن ثم لا يقوم العقد . إذ أن القبول هنا لا يصادف محلاً ، بسبب زوال الإيجاب قبل أن يتوافر له هو وجوده القانونى .

ويحصل ارتباط الإيجاب بالقبول فى العمل على إحدى صور ثلاث : فهو إما أن يحصل فى مجلس العقد ، وإما أن يحصل عن طريق المراسلة

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٦٣ :

أو مافى حكمها ، وإما أن يحصل عن طريق الهاتف أو ما بما يشابهه . و نتناول
كلا من هذه الصور فيما يلي :

٦٨ - (أ) ارتباط الإيجاب بالقبول في مجلس العقد أو التعاقد بين
الحاضرين :

الصورة الأولى ، وهي الغالبة في العمل ، أن يحصل توافق الإرادتين ،
المتمثل في ارتباط الإيجاب بالقبول ، في مجلس العقد ، وهذا هو التعاقد
بين الحاضرين .

٦٩ - المقصود بفكرة مجلس العقد في الفقه الإسلامى وفي القانون المصرى :

مجلس العقد اصطلاح شرعى . قال به الفقه الإسلامى ، وأخذ به قانوننا
المدنى المصرى ^(١) . وهو يعنى اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان ،
بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة . حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد
لا يشغلها عنه شغل . وهو يبدأ بتقديم الإيجاب . أما انتهاءه . فيقع بأحد
الأمرين الآتين : (١) الرد على الإيجاب ممن وجه إليه ، إن قبولاً فينعقد
العقد ، وإن رفضاً فيزول الإيجاب . (٢) انفضاض المجلس من غير رد على
الإيجاب ، حيث يعتبر الإيجاب هنا مرفوضاً حكماً .

وينفرض مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد العاقدين أو كليهما .
ولكنه يعتبر منفضاً كذلك ، ولو لم يبرح العاقدان المكان ، إذ شغلها أو شغل
أحدهما عن التعاقد شغل .

ويقوم مجلس العقد ، في الفقه الإسلامى ، على وحدة المكان ووحدة
الزمان . ومؤدى ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان ،
وفي نفس الجلسة .

(١) ومن خلال القانون المدنى المصرى أخذت كل قوانيننا العربية الأخرى التى استوحى
بفكرة مجلس العقد ، كالقانون السورى (المادة ٩٥) ، والقانون الليبى (المادة ٩٤) ،
والقانون المدنى الكويتى (المادة ٤٦) ، والقانون المدنى العراقى (المادة ٨٢) .

ومجلس العقد أمر أساسى فى الفقه الإسلامى . إذ يلزم أن يحى الإيجاب والقبول فيه . وهو مايسى بوحدة المجلس .

ووحدة المجلس ، فى جميع مذاهب السنة ، على الأقل ، شرط لانعقاد العقد . بمعنى أن العقد لا ينعقد ، إلا إذا حصل كل من الإيجاب والقبول فى مجلس واحد . فلو أن شخصاً أوجب ، مثلاً ببيع داره لآخر . حالة كونه غير موجود معه . ثم علم هذا الآخر بعرض البائع فقبله ، ماانعقد البيع ، طالما أن علم المشتري بالإيجاب بالبيع قد تم عن غير طريق تبليغه به بوساطة رسول أوفده له البائع أو كتاب بعث به إليه (١) .

وضرورة انعقاد العقد فى مجلس العقد . على نحو مايقول به الفقه الإسلامى فكرة لا غبار عليها فى ذاتها . بل إنها تستهدف غاية مفيدة ، وهى ضمان توافق الإيجاب والقبول على نحو لا يثير الشك والاضطراب . فالغالب فى التعبير عن الإرادة . فى عهد الشريعة الإسلامية الأول ، أنه كان يحصل بالمشافهة . وقد يخشى أن يثور الشك حول مدلول الألفاظ والعبارات التى يدلى بها المتعاقدان ، وبالتالي حول مدى تطابق الإيجاب والقبول بينهما . لو تباعدا أحدهما عن الآخر ، فى الزمان والمكان . ولعل هذا هو السبب الذى حدا بالفقه الإسلامى إلى أن يقول بفكرة « مجلس العقد » . وأن يشترط وحدة المجلس لانعقاد العقد (٢) .

(١) أما إذا حصل تبليغ المشتري بإيجاب البائع عن طريق رسول أوفده هذا إليه أو رسالة بعث بها ثم قبله ، فإن الحكم يختلف ، إذ أن البيع هنا ينعقد ، اعتباراً من فقهاء المسلمين بقيام مجلس عقد حكى يبدأ بتبليغ الرسالة من الرسول أو بقراءة الكتاب الذى يتضمنها .

(٢) انظر فى هذا المعنى Linant de Bellefonds فى مؤلفه القيم *Traité de Droit Musulmean Comparé* نبذة ١٦٨ . وقد أجرى المؤلف الفقيه مقارنة ، فى هذا الصدد ، بين الفقه الإسلامى والقانون الرومانى . ورأى أن الشريعتين متفقتان فى وجوب أن يتم العقد فى نفس المكان وفى نفس الجلسة . إلا أن هذا الوضع اقتضى . فى ظل القانون الرومانى تمشياً مع الشكنية التى كانت تسوده . حيث كان يلزم اتباع شكل خاص فى انعقاد العقد . أما فى الشريعة الإسلامية ، فلا مجال فيها للشكنية إلا فى حدود بالغة الضيق . ويسوغ فيها إبرام العقد بأى طريق ، ولو بمجرد تبادل الألفاظ والعبارات . ولكن خشية وقوع الخطأ فى مدلول العبارات والألفاظ اقتضت وحدة المجلس . وهكذا يخلص المؤلف إلى أن وحدة المجلس اقتضاها . فى القانون الرومانى ، الإفراط فى الشكنية ، فى حين أنها ، فى الشريعة الإسلامية ، وجدت لتواجه الإفراط فى الرضائية .

بيد أن بعض فقهاء المسلمين، وعلى الأخص الحنفية منهم، تمادوا في إرساء فكرة مجلس العقد على وحدة المكان والزمان، على نحو لا يخاف من الإسراف والشطط. ولا يمكن أن يكون متسقاً مع الروح السمحة للشرعية الإسلامية ولا مع الأصل الأساسي العريق الذي يسودها، وهو مبدأ الرضائية في إبرام العقود^(١)، والتحرر من الأشكال البالية التي كانت معهودة في غيرها من شرائع الأقدمين. فقد وصل فقهاء الحنفية إلى القول بأن أي تغيير في موقف العاقدين أو في مكان وجودهما، ولو كان يسيراً، ينهي مجلس العقد. ويحول بالتالي دون انعقاد العقد. فلو أن الإيجاب قد صدر، مثلاً، حالة كون المتعاقدين جالسين، فوقف الموجب له وقال: «قبلت»، فإن العقد لا ينعقد^(٢)، لصدور القبول بعد انفضاض المجلس. وجاء في بدائع الصنائع للكاساني أنه إذا تباع رجلان وهما يمشيان، أو يمتطيان دابتين، أو حتى دابة واحدة، ولم يأت الإيجاب والقبول منهما متصلين، بأن كان بينهما فاصل وإن قل، فإن العقد لا ينعقد، اعتباراً بأن وحدة المكان قد زالت. ولا انفصال الإيجاب عن القبول في المكان^(٣). ولا شك أن هذا إغراق في تصوير مجلس العقد وحدة مكانية، كما يقول بحق الأستاذ الفذ السهوري^(٤).

وهناك مذاهب أخرى في الفقه الإسلامي. وعلى الأخص المذهب الحنبلي والمذهب المالكي. جاءت بعيدة عن الإغراق في الشكلية والإسراف في أعمال وحدة المكان، فرأت أن مجلس العقد يبقى منعقداً، حتى ينفض بالمفارقة الجسدية، أو بأي قول أو فعل يقوم مقامها، وفقاً لما تعارف عليه الناس.

(١) انظر في هذا المعنى أستاذنا السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٢ ص ٧.

(٢) راجع بدائع الصنائع، ج ٥ ص ١٣٦ - فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ وما بعده.

وانظر أيضاً الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٢٧.

(٣) والعجيب في الأمر أن صاحب البدائع يستطرد فيقول: «ولو تباعا وهما في سفينة ينعقد، سواء كانت واقفة أو جارية، خرج الشطران (يقصد الإيجاب والقبول) متصلين أو منفصلين بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بجرائه...».

(٤) انظر: السهوري، المرجع السابق ج ٢ ص ٩.

وقد أخذت « المحلة » بفكرة مجلس العقد ، وتكلمت عنه في باب البيع ، وأسمته « مجلس البيع » ، وذلك في المادة ١٨١ منها : التي جاءت تقول : « مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع » . ويبدو لنا أن « المحلة » لم تنشأ أن تسير الفقه الحنفى التقليدى في تزمته بالنسبة إلى وحدة المكان . فالمهم عندها هو انصراف المتعاقدين ، في اجتماعهما ، إلى التعاقد ، من غير أن يشغلهما عنه شاغل . أما وحدة المكان ، بالشكل المتزمت المسرف الذى يقول به الحنفيون التقليديون ، فليست لازمة .

وكما هو الحال تماماً في الفقه الإسلامى التقليدى ، تجعل « المحلة » من وحدة المجلس ، أى من ضرورة حصول توافق الإيجاب والقبول في مجلس العقد ، شرطاً لانعقاد العقد ^(١) .

وقد أخذ قانوننا المصرى بفكرة مجلس العقد . بيد أن مدلول « مجلس العقد » ، تحت ظله ، لا يعنى أكثر من اجتماع العاقدين ، حال كونهما منصرفين إلى التعاقد ، لا يشغلهما عنه شاغل . وبشرط أن يكون اتصال أحدهما بالآخر مباشراً ، أى أن يتم بغير طريق رسول ، وسيان بعد ذلك أن يكون وضعهما على نحو أو على آخر .

وإذا كان قانوننا المصرى قد أخذ بفكرة « مجلس العقد » . إلا أنه لا يأخذ بها إلا من حيث إن الإيجاب يستمر قائماً في أبعد حدوده طوال قيام المجلس ، وإن كان لصاحبه أن يرجع عنه طالما بقي إيجاباً . ومن حيث إنه يسوغ للقبول أن يصدر في أى وقت طوال انعقاد المجلس . بشرط أن يظل الإيجاب قائماً حينئذ . فهو لا يذهب إلى أبعد من ذلك . وعلى الأخص . هو لا يجعل من وحدة

(١) ولم تصرح « المحلة » بما يفيد أن وحدة المجلس شرط لانعقاد العقد ، في الباب المخصص لعقد البيع ، وهو الباب الذى جرت عاداتها أن تذكر فيه أكثر الأحكام العامة التي تخص البيع وتخص غيره من العقود . ولكنها صرحت بذلك في باب الإيجار . حيث جاءت المادة ٤٤٥ تقضى بأنه : « يشترط موافقة الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد في الإيجار كما في البيوع » .

المجلس شرطاً لانعقاد العقد^(١) ، كما يقول بذلك الفقه الإسلامى وتقضى به المحلة . وآية ذلك أنه ، إلى جانب أنه يبيح التعاقد بالمراسلة (المادة ٩٧) ، وعن طريق الهاتف أو التليفون (المادة ٩٤) ، فهو يجيز ، فى حالة الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ، حتى لو قدم خلال قيام مجلس العقد ، أن يترأخى صدور القبول إلى حلول هذا الميعاد (المادة ٩٤) .

٧٠ - كيف يتم التعاقد فى مجلس العقد :

حددنا ، فيما سبق ، المقصود باصطلاح « مجلس العقد » . وعلينا الآن أن نوضح كيف يتم التعاقد فى مجلس العقد .

يبدأ مجلس العقد بتقديم الإيجاب . كما أسلفنا . وإذا قدم الإيجاب : نهض صالحاً لأن يقترن به القبول . ولكن إلى أى وقت يسمح للإيجاب أن يربص القبول ؟ وبعبارة أخرى ، إلى متى يسوغ للقبول أن يصدر ؟

فى الفقه الإسلامى . نزعان مختلفتان . فالشافعية يقولون بالفور^(٢) ، بمعنى وجوب أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب . وإلا اعتبر هذا الإيجاب مرفوضاً . وأما النزعة الثانية ، وهى النزعة السائدة فى الفقه الإسلامى

(١) ويلاحظ أنه قد وردت فى مذكرة المشروع التمهيدى تعليقاً على المادة ١٣١ منه التى أصبحت بذات صيغتها تقريباً المادة ٩٤ من القانون ؛ يلاحظ أنه قد وردت فى تلك المذكرة عبارة من شأنها أن تثير اللبس . فبعد أن أوردت المذكرة أن المشروع آثر أن يأخذ بمذهب الحنفية القائل بعدم ضرورة فورية القبول ، وأن هذا القبول يمكن له أن يترأخى إلى ما قبل انقضاء مجلس العقد ، ما لم يكن الموجب قد رجع عن إيجابه قبل ذلك ؛ بعد أن أوردت المذكرة ما سلف ، جاءت تقول : « وقد رأى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد » . فعبارة « اتحاد مجلس العقد » التى أوردتها المذكرة قد تثير فى الذهن فكرة « وحدة مجلس العقد » ، التى هى فى كل مذاهب السنة ، حتى من قال منها بفورية القبول ، كالشافعية والمالكية ، شرط لازم لانعقاد العقد وفى الأقل لصحته . وليس ذلك وارداً على الإطلاق فى قانوننا المصرى . ومن حسن الحظ أن المذكرة الإيضاحية قد تحفظت فى عبارتها القائلة بأن المشروع قد أخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد ، مقيفاً هذا الحكم بعبارة « فى هذه الحدود » ، أى فى حدود عدم ضرورة فورية القبول .

(٢) جاء فى بدائع الصنائع للكاسانى (وهو من أمهات الفقه الحنفى) ما يأتى : « وعند الشافعى رحمه الله الفور . . . شرط لا ينعقد الركن بدونه » .

ويقول بها ، على الأخص . الحنفية ^(١) : فؤداها أن الفور غير لازم . وأن الإيجاب . طالما أن صاحبه لم يرجع عنه . يبقى إلى آخر مجلس العقد ، وأن القبول يصح أن يلحقه إلى هذا الوقت . مع ملاحظة أن مجلس العقد لا ينفذ ، كما سبق لنا أن بينا . بالمفارقة الجسدية فحسب . بل أيضاً بكل ما يشغل العاقدين عن التعاقد بشاغل .

وقد جاءت صياغة المادة ٩٤ مغرقة في العيب . فظاهر النص يخلط بين الترتين الفورية والمستمرة إلى انقضاء مجلس العقد . فتلك المادة تقضى بأنه : « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد . دون أن يعين ميعاد للقبول . فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً . وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل . ٢ - ومع ذلك يتم العقد . ولو لم يصدر القبول فوراً . إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن يفيض مجلس العقد » . والفقرتان السابقتان تبدوان في ظاهرهما متعارضتين . فؤدى الفقرة الأولى . لو أخذت بحرفيتها . أن الإيجاب يسقط إذا لم يصدر القبول فوراً ، في حين أن مؤدى الفقرة الثانية أن الإيجاب يبقى قائماً إلى آخر المجلس ما لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عنه . ولا بد من تفسير الفقرتين على نحو يرفع التناقض بينهما . وخير سبيل نراه لذلك أن نعتبر الفقرة الثانية مرسية للأساس . وهو أن الفورية ليست ضرورية . وأن الإيجاب يبقى متربصاً بالقبول إلى انقضاء مجلس العقد . ما لم يثبت أن صاحبه قد رجع عنه . أما الفقرة الأولى . فتفسر على أن المشرع يضع بها قرينة على أن الموجب قد رجع في إيجابه إذا لم يصادفه القبول فوراً . وهي قرينة بسيطة يجوز دحضها بإثبات أن هذا الرجوع

(١) وقد أخذت « الهجلة » بهذه الزعة الأخيرة ، فأجازت أن يأتى القبول في أى وقت إلى نهاية مجلس العقد . وفي ذلك تقضى المادة ١٨١ بأنه « المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس مثلاً لو أوجب أحد المتبايعين البيع في مجلس البيع بأن قال بعث هذا المال أو اشتريت ، ولم يقل الآخر على الفور اشتريت أو بعث ، بل قال ذلك مترخياً قبل انتهاء المجلس ، ينقذ البيع وإن حالت المدة » .

لم يقع . وهذا التفسير يمكن له أن يتمشى مع عبارة الفقرة الثانية التي تقول ما مؤداه أن الإيجاب يبقى قائماً إلى آخر المجلس « إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول » .

وواضح من نص المادة ٩٤ أنها تمنح الخيار للعاقدين كليهما . ولكنه خيار متغاير بالنسبة إلى موضوعه . فهي تمنح للموجب خيار الرجوع في إيجابه . طالما أن القبول لم ينحقه . وتمنح للموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه . وهو ما يسمى بخيار القبول . وهذا الخيار وذلك يتحددان بانهضاض مجلس العقد .

٧١ - (ب) التعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين :

تمة صورة جد شائعة في التعاقد . لاسيما في المعاملات التجارية . وهي من بعد صورة يزداد شيوعها يوماً بعد يوم . على أثر ازدهار التجارة وتقدم العلم وتكنولوجيا العصر . وهذه هي صورة التعاقد بالمراسلة . سواء أتم عن طريق إيصال رسول يبلغ الرسالة من هذا الطرف لذاك . أو تم بالمكاتبة عن طريق البريد . أو عن طريق البرق أو التلكر أو ما يشبههما من وسائل الاتصال الأخرى . وسمة هذا التعاقد أنه يتم بين غائبين . دون أن يسمع أحدهما الآخر فور أداء عبارته . الأمر الذي يتطلب بالضرورة فوات فترة من الزمن ، تطول أم تقصر . بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته ووصول تعبيره هذا إلى علم الآخر .

والتعاقد بالمراسلة يثير مسألتين بالغتين الأهمية . تتمثل أولاهما في تحديد وقت قيام الإيجاب بالعقد ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه قائماً وكيف يتم للعقد قيامه . وتتسلل المسألة الثانية في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الذي يتم بالمراسلة . وسوف نعرض لهاتين المسألتين على التوالي . وذلك فيما يلي :

٧٢ - قيام الإيجاب ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه في التعاقد

بالمراسلة :

أول مسألة يمكن للتعاقد بالمراسلة أن يثيرها ، بل لعلها أهم ما يمكن له

أن يثيره من مسائل ، تتمثل في تحديد وقت قيام الإيجاب ، ومدى التزام صاحبه بالإبقاء عليه متربصاً بالقبول .

وقد جرت العادة في أغلب قوانين الدول المختلفة ، عربية كانت أم أجنبية على إغفال التعرض بطريق مباشر لحكم هذه المسألة ، على جليل خطرهما وأهميتها القصوى . وقد سار قانوننا المصرى فى هذا الاتجاه ، فلم يتضمن نصاً يصرح بالحكم الذى ينظم الموضوع الذى نحن بصددده ^(١) ، مكتفياً بنص المادة ٥٧ ، التى عرضت لبيان حكم التعاقد بين الغائبين من حيث تحديد زمان ومكان انعقاد العقد .

بيد أنه إذا كان مشرعنا لم يعرض للتعاقد بالمراسلة ، أو التعاقد بين الغائبين ، من حيث قيام الإيجاب ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه وكيفية قيام العقد ، فإن حكم هذه الأمور كلها لا يستعصى تحت ظله . إذ أنه يمكن الوصول إلى هذا الحكم فى يسر واطمئنان عن طريق إعمال المادة ٩١ المتعلقة بأثر التعبير عن الإرادة ، والمادة ٩٣ الخاصة بالإيجاب الذى يصير ملزماً للموجب نتيجة اقترانه بميعاد محدد للقبول .

ومؤدى هاتين المادتين أن العرض الذى يبعث به الراسل لا يرتقى إلى مرتبة الإيجاب ، إلا بعد علم المرسل إليه به ، مع ملاحظة أن وصول العرض إلى المرسل إليه يقوم قرينة على علم هذا به ، ما لم يقدم الدليل على العكس (المادة ٩١) . على أنه يلاحظ : إعمالاً لحكم المادة ٩١ : أن العرض لا يعتبر إيجاباً البتة برغم وصوله إلى الموجب له بل وعلمه به . إذا كان قد وصل إليه عدول عنه من الموجب قبل وصوله هو : أو فى ذات وقت وصوله ^(٢) .

فإن وصل العرض إلى الموجب له ، من غير أن يستطيع هذا إثبات عدم

(١) تضمن المشروع التمهيدى نصاً يصرح بحكم التزام المرسل إليه بإيجابه ومداه الزمنى ، وهذا هو نص المادة ١٣٢ منه التى جاءت تقضى بأنه : « إذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاداً للقبول ، فإن الموجب يبقى ملزماً إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد . وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر » .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٥٢ .

علمه به ، وأن عدم علمه هذا لا يرجع إلى تفصيل منه ^(١) ، ودون أن يصله قبل ذاك العرض أو في نفس الوقت ، عدول عنه ، تمثل إيجاباً . وهو إيجاب ملزم للموجب ، حيث يلتزم بالإبقاء عليه قائماً طوال الفترة التي حددها لبقائه ، إن حدد لذلك فترة معينة ، فإن لم يفعل : بقي إيجابه ملزماً طوال الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله للموجب له ^(٢) وابداء هذا رأيه فيه ووصول القبول إلى الموجب . ووقوع الإيجاب هنا ملزماً للموجب لا يعدو أن يكون تطبيقاً تشريعياً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٩٣ والفاية ذبالتزام الموجب بإيجابه إذا حدد ميعاداً لقبوله ، أو اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة .

ففي التعاقد بالمراسلة : إذا قام الإيجاب ، التزم صاحبه بالإبقاء عليه فترة من الزمن ، لا اعتبار أنه يتضمن ميعاداً للقبول . فلا يجوز للموجب أن يرجع عنه خلال تلك الفترة ، ولكنه ينقضي بفواتها ، إن لم يلحقه القبول قبل ذلك .

وهذه الفترة من الزمن . التي يبقى الإيجاب خلالها قائماً ، إما أن تكون قد تحددت من الموجب تحديداً صريحاً ، وإما أن يكون هذا قد سكت عن تحديدها . فإن كان الأمر الأول ، بقي الإيجاب قائماً ، خلال الفترة المحددة . وإن كان الأمر الثاني ، وكان الموجب قد سكت عن تحديد ميعاد لبقاء إيجابه

(١) راجع : نقض ١٩ يناير ١٩٧٢ ، طعن ٤٦٢ / ٣٥ ق مجموعة النقض س ٢٣ ص ٦٧ . وقد جاء في هذا الحكم أن مفاد نص المادة ٩١ من القانون المدني أن التعبير عن الإرادة « ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه » .

(٢) إذا كنا قد قلنا هنا إنه عند عدم تحديد الموجب مدة لإيجابه ، فإن إيجابه هذا يبقى قائماً المدة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله للموجب له : إذا كنا قد قلنا ذلك ، فليس معناه أن الإيجاب يقوم قبل وصول التعبير به إلى علم الموجب له . فهو إلى هذا الوقت لم يتواجد بعد . وإنما الذي نعنيه من عبارتنا ، هو أن الإيجاب ، عند وصوله للموجب له ، لا يصير ملزماً للموجب إلا إذا كان قد وصله في الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله ، والتي يقدر للموجب أنه أدخلها في تقديره حينما بعث بإيجابه . وعلى هذا فإذا تأخر وصول الإيجاب إلى الموجب له إلى ما يتجاوز الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال بحسب العادة المألوفة ، فإنه لا يكون ملزماً للموجب ، بل إنه لا يتوهم هنا أصلاً ، لوصوله بعد ميعاده .

قائماً ، تحدد هذا الميعاد بالفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال لإبداء الموجب له رأيه . ووصول قبوله إلى الموجب . إذا قدر لهذا القبول أن يكون . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر الفترة المعقولة التي يبقى فيها الإيجاب قائماً عند عدم قيام الموجب نفسه بتحديددها . فالمسألة مردها لظروف كل حالة . وهي من بعد مسأله واقع لقاضى الموضوع فيها القول الفصل ^(١) .

ويسقط الإيجاب بفوات الفترة التي يبقى خلالها قائماً ، سواء أكانت هذه الفترة قد تحددت بذاتها من الموجب . أم أنها تحددت وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال .

ومؤدى سقوط الإيجاب بفوات فترة بقائه قائماً أن العقد لا يقوم إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب قبل ذلك الوقت . وقد يحدث . فى العمل . أن يرسل الموجب له بما يعمل قبوله خلال فترة بقاء الإيجاب مازماً . وفى وقت يسمح بوصوله للموجب قبل فواتها وفقاً للظروف العادية . ولكن ذلك القبول . لسبب أو لآخر . يتأخر فى وصوله إلى مابعد انقضاء تلك الفترة . فما عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

لا صعوبة هنا إذا كان تأخر وصول القبول للموجب راجع إلى فعل الوسيط الذى كلفه الموجب له بتبليغ قبوله . كهيئة البريد ونحوها . فالإيجاب هنا يسقط ولا يقوم العقد : لاعتبار أن القبول قد وصل بعد ميعاده . ذلك لأن المرسل يتحمل . فى مواجهة المرسل إليه . تبعة فعل من أرسله . بل إن الحكم الذى وصلنا إليه . والقاضى بسقوط الإيجاب . وبالتالي عدم قيام العقد . يسرى أيضاً حتى فى الحالة التي يكون تأخير وصول القبول فيها

(١) انظر : نفوس ٢ يوليه ١٩٦٤ . طعن ١٨٧ / ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ من ٨٩٥ قاعدة ١٣٩ . وقد جاء فى هذا الحكم : « لقاضى الموضوع ، فى حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول ، أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب المبادىء الذى التزم البقاء فيه على إيجابه . والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله . وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول . لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين فى حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التي انتهى إليها » .

راجعاً إلى سبب أجنبي تماماً عن الموجب له ، ليس له فيه يد . إذ أنه أولى بهذا الأخير أن يتحمل تبعه ذلك التأخير دون الموجب . ثم إن الفترة المحددة لبقاء الإيجاب قائماً تتمثل بميعاد سقوط . وسمة مواعيد السقوط الصرامة في احتسابها .

٧٣ - التعاقد مع الأشخاص الاعتبارية :

إذا دخل أحد الأشخاص الاعتبارية ، عاماً كان أم خاصاً . طرفاً في التعاقد . فإنه يكون من الأهلية بمكان تحديد ما إذا كان هذا التعاقد يتم في مجلس العقد . أي بين حاضرين : أم أنه يتم على نحو آخر بين غائبين . لأنه إذا كان الأمر الأول ، فإن الإيجاب لا يكون بحسب الأصل ملزماً للموجب إلا إذا اقترن بميعاد صريح للقبول ، وأنه يسقط إذا لم يلحقه القبول قبل انقضاء المجلس . في حين أنه إذا اعتبر التعاقد حاصلًا مع غائب . ترتب على ذلك بالضرورة اعتبار الموجب ملتزماً بالإبقاء على إيجابه الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال ليبت الشخص الاعتباري في الإيجاب برأيه ويقوم بتبليغ هذا الرأي للطرف الآخر .

ولاصعوبة هنا إذا حصل التعاقد مع من له سلطة تمثيل الشخص الاعتباري قانوناً ، كما إذا وقع مع مدير الشركة الذي له سلطة تمثيلها في إبرام العقد . أو مع الوزير المختص الذي له سلطة تمثيل الدولة في إجراءاته . إذ أن من يمثل الشخص الاعتباري في هذه الحالة يعتبر نائباً عنه في إبرام العقد ، والنائب ، وإن كان يعبر عن إرادته . إلا أنه يعتبر في حكم الأصيل تماماً بالنسبة إلى عملية إبرام العقد ذاتها ، حيث إن إرادته تحل محل إرادة الأصيل في ذلك^(١) . وهكذا يعتبر التعاقد هنا حاصلًا في مجلس العقد . أي بين حاضرين .

ويختلف الأمر إذا سلم الإيجاب المراد تقديمه للشخص الاعتباري إلى أحد القائمين على شأنه . وكانت سلطة البت فيه ثابتة لغيره ، سواء أكان هذا الغير فرداً آخر أم هيئة . كما إذا قدم العرض لأحد موظفي الشركة وكانت

(١) راجع ما سيجي ، نبذة ١٠٩ .

سلطة تمثيلها في التعاقد ثابتة لمديرها أو لمجلس إدارتها ، أو قدم الإيجاب لأحد موظفي الوزارة وكانت سلطة تمثيل الدولة في التعاقد ثابتة في حد ذاتها للوزير أو لأحد المدراء . ففي مثل هذه الحالة يعتبر التعاقد حاصلًا بالضرورة بين غائبين . اعتباراً بأن الشخص الاعتباري بمن يمثله قانوناً بعيد ، ويأخذ من ثم حكم التعاقد بالمراسلة من حيث التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه المدة المعقولة التي تلزم لعرض الإيجاب على سلطة الاختصاص والبت فيه برأيها وتبليغ هذا الرأي للموجب (١) .

ويلاحظ ، في مجال التعاقد مع الشخص المعنوي ، التحرز من الخلط بين سلطة قبول الإيجاب ذاته ، وسلطة التصديق على هذا القبول بعد صدوره ،

(١) انظر : نقض ٢ يولي ١٩٦٤ ، طعن ١٨٧ / ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض ص ١٥ ص ٩٨٥ قاعدة ١٣٩ ، وقد سبقت الإشارة إليه . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن إخوة قدموا لشركة معينة طلباً ، أبدوا فيه رغبتهم في شراء أرض مملوكة لها بشمن معلوم . عرضت الشركة طلب الشراء على مجلس إدارتها ، فوافق عليه بعد يومين اثنين من تقديمه ، ولكنها أبلغت طالبي الشراء بتلك الموافقة بعد عدة أشهر . طالبت الشركة المشتريين بالمستحق من الثمن ، فدفعوا هؤلاء دعواها بعدم انعقاد البيع ، لسقوط الإيجاب المقدم منهم قبل إبلاغهم بالقبول . وقضت محكمة الموضوع بانعقاد البيع ، تأسيساً على أنه لم يتم في مجلس العقد ، وإنما تم بين غائبين ، وأن الإيجاب إذ لم يقترن بميعاد للقبول ، محددًا على نحو صريح ، فهو مقترن بالميعاد الذي تقتضيه ظروف الحال ، وهو الذي يتسع لنظر مجلس إدارة الشركة فيه ولإبلاغ قرارها لطالبي الشراء . وخلصت محكمة الموضوع إلى أن قبول الشركة للإيجاب المقدم من المشتريين وإبلاغ هؤلاء به قد حصل خلال الميعاد الذي اقترن بإيجاب الموجبين ، وانتهت نتيجة ذلك إلى انعقاد البيع ، سيما وأن الموجبين مكثوا لا يعترضون على تأخر الشركة في إبلاغهم بقبولها حتى رفعت هي الدعوى عليهم بدفع المستحق من الثمن بعد أكثر من سنة . وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع قاضية برفض الطعن الموجه ضده . وجاء في حكمها : « ولما كانت هذه الأسباب التي دلت بها الحكم المطعون فيه على أن الشركة أبلغت قبولها في الميعاد المحدد ضمناً وفي الوقت المناسب لها أصلها في الأوراق التي كانت مقدمة إلى محكمة الموضوع ، وتتسق مع الوقائع التي استعرضتها المحكمة ، وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ، وكان لقاضي الموضوع في حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذي التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضي فيما يستخلصه من ذلك كله وفي تقديره للوقت الذي يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين في حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التي انتهى إليها . . . » .

إذا كان هذا التصديق لازماً قانوناً . ففي كثير من الأحيان ، لاسيما في مجال التعاقد مع الدولة أو أحد فروعها ، يتطلب القانون التصديق على التعاقد من هيئة عليا . بعد سبق إبرامه من هيئة أدنى . ويحصل ذلك على وجه الخصوص في التعاقد بالمزاد ، كما هو الشأن في بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها ، وفي التعاقد عن طريق تقديم العطاءات داخل مظروفات : وكما هو الشأن في التعاقد مع الدولة وغيرها من الأشخاص العامة في خصوص المشروعات والأشغال العامة . فإذا كلفت الدولة : مثلاً . أحد الأشخاص بإجراء مزاد لبيع مالها الخاص . فلإنها تعطيه بذلك سلطة إرساء هذا المزاد . وإرساء المزاد في المزايدات يعتبر قبولاً للعطاء المقدم (المادة ٩٩ مدني) . ولكن تصديق وزير المالية هنا لازم بحكم القانون لتمام البيع . فما هو دور التصديق في مثل هذه الحالة ؟

ثمة أمر مسلم هنا لاجدال فيه ، وهو أن التعاقد لا يعتبر قائماً أصلاً إلا إذا حصل التصديق عليه ممن يملكه . ولكن هل يعتبر التصديق على العقد هو ذات قبوله : أم أنه يتمثل أمراً آخر ؟ إن التكييف القانوني السليم للتصديق على العقد بعد إبرامه هو أنه لا يعتبر ذات القبول الذي يرتبط بالإيجاب ، ولكنه مجرد شرط للاعتداد بهذا القبول من حيث اعتباره رضاء من صاحبه بالعقد . فالتبول ، حينما يلزم التصديق عليه ، يعتبر معلقاً على شرط واقف هو حصول هذا التصديق . فإن لم يقع التصديق ماقام العقد ، لا اعتبار قبوله من الموجب له متخلفاً . وإن وقع التصديق ، قام العقد لتوافر الرضاء به . وتبرز أهمية اعتبار التصديق شرطاً لإعمال القبول وأنه ليس هو القبول ذاته : في أنه إذا وقع فإن العقد يقوم ، لامن تاريخ حصول التصديق ، ولكن من وقت إبرام العقد من السلطة التي تملك إصدار القبول ^(١) . فالتصديق له أثر رجعي . وذلك كله بطبيعة الحال مالم يتفق على غيره أو يقض القانون بخلافه .

(١) قارن : نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٦٨ ، طعن ٤٤٧ / ٣٤ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٢٨٧ قاعدة ١٩٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن وزارة الإسكان طرحت في المزاد العام قلعة أرض من أملاك الدولة الخاصة ، ورسا المزاد على شخص معين ، =

٧٤ - تحديد زمان ومكان التعاقد بالمراسلة :

المسألة الثانية التي يثيرها التعاقد بالمراسلة هي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد . فإذا أرسل تاجر في القاهرة ، مثلاً ، خطاباً إلى آخر في الاسكندرية يعرض عليه فيه أن يبيعه كمية من البضائع . وقبل هذا الأخير الصفقة . وأرسل يخطر تاجر القاهرة بقبوله . فعلياً أن نحدد زمان انعقاد البيع ومكانه : هل هو قد انعقد وقت أن صدر القبول . أو انعقد في الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول ، أو في وقت آخر غير هذا وذلك ؟ ثم أين مكان العقد ، أهو في القاهرة أم في الاسكندرية ؟

إن لتحديد زمان انعقاد العقد أهمية بالغة في العمل ^(١) : الأمر الذي جعل

= الذي وضع يده على الأرض استناداً إلى رسو المزاد عليه . رغبت وزارة الإسكان دعوى طالبة طرد الراسي عليه المزاد ، تأسيساً على عدم انعقاد البيع لعدم صدور التصديق على رسو المزاد . قضت محكمة النقض بأن البيع لم ينمقذ . وجاء في حكمها ، استناداً إلى نصوص لائحة شروط بيع أملاك الميرى الحرة الصادرة في ٣١ أغسطس ١٩٠٢ ، « أن بيع أملاك الحكومة (الصحيح بيع أملاك الدولة) المطروحة في المزايعة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية . ولا يعتبر رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجاباً صادراً من الراسي عليه المزاد . والحكم سليم تماماً في قوله إن ركن القبول لا يتم إلا بالتصديق . ولكن يؤخذ عليه قوله إن رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين يعتبران إيجاباً . فهذا القول من محكمة العليا غير سديد بشطريه . فبلغ التأمين الذي يدفع لدخول المزيادات لا يعتبر من قبيل الإيجاب ، إذ الذي يعتبر إيجاباً هو تقديم العطاء من صاحبه . أما رسو المزاد ، فهو الذي يتمثل قبولا للإيجاب ، وإن كان قبولا معلقاً على شرط واقف هو التصديق عليه من يملكه . وهذا الحكم هو الذي يتفق مع مقتضى نص المادة ٩٩ مدني التي تقضي بأن العقد يتم في المزيادات برسو المزاد . وهو يتسق في نفس الوقت مع ١٠٠ تقضي به المادة ١٨ من لائحة بيع أملاك الدولة الخاصة بالآفة الذكر ، والتي تقضي بأن كل بيع لتلك الأملاك يلزم أن يتصدق عليه من وزارة المالية ، سواء تم بالمزاد أم بتقديم العطاءات داخل مظاهرات أم بالممارسة . وانظر في نفس اتجاه الحكم الذي نقدناه : نقض ٢٤ فبراير ١٩٦٦ طعن ١٢ / ٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٤٥٠ .

(١) ومن مظاهر هذه الأهمية ما يلي :

١ - إذا صدر قانون جديد يغير من القواعد القانونية المفسرة التي تحكم عقداً من العقود ، فإن هذا القانون لا يسرى إلا على العقود التي تبرم بعد نفاذه ، فهو لا يسرى على تلك التي تم إبرامها قبل ذلك . وهكذا يهم هنا معرفة زمان انعقاد العقد ، لتحديد ما إذا كان قد جاء بعد نفاذ القانون الجديد ، فيخضع له ، أم أنه جاء قبل ذلك ، فيخضع للقانون القديم . أما إذا كان -

الفقه القانوني المعاصر ، في الدول المختلفة ، يعتمد إلى بيانه . ويمكن رد الآراء التي قيل بها في هذا الصدد ، إلى أربعة ، هي الآتية :

١ - ثمة رأى أول يذهب إلى أن العقد يتم بمجرد أن يعلن الموجب له قبوله . اعتباراً بأنه في هذا الوقت يتم توافق الإرادتين . وهذا هو مذهب إعلان القبول . ويتوافق هذا الرأى مع مايقول به الفقه الإسلامى . الذى يعطى للتعبير عن الإرادة أثره بمجرد صدوره .

٢ - ورأى ثان ذهب إلى أن العقد يتم عند تصدير القابل لما ينبئ بقبوله . كما إذا وضع الخطاب الذى تضمنه صندوق البريد . وهذا الرأى ، وإن كان يأخذ أصلاً بأن توافق الإرادتين يتم بمجرد إعلان القبول ، إلا أنه يستهدف من إجراء التصدير أن يكون القبول نهائياً لارجوع فيه من صاحبه . وهذا هو مذهب تصدير القبول .

٣ - وثمة رأى ثالث قال بأن العقد يتم في الوقت الذى يصل فيه القبول إلى الموجب . حتى لو لم يعلم هذا به . وهذا هو مذهب وصول القبول أو استلام القبول . وهذا الرأى بدوره يسلم بأن توافق الإرادتين يتم بمجرد إعلان القبول ، ولكنه اشترط وصول القبول إلى الموجب . لكي يكون نهائياً لارجوع فيه ، بعد أن تبين أنصاره أن مجرد تصدير القبول لا يفيد بالضرورة أنه نهائى . حيث يستطيع القابل أن يسترد ماينبئ بقبوله قبل أن يصل إلى الموجب ، كما إذا استرد خطابه من مصلحة البريد قبل وصوله .

= القانون الجديد يتضمن قواعد قانونية آمرة ، فهو يحكم جميع العقود التى تكون موجودة تحت ظله ، حتى ما أبرم منها قبل صدوره (انظر في هذا الموضوع مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ١٦٩) .

٢ - في الوقت الذى يتم فيه إبرام العقد ، تتولد عنه آثاره . وهكذا تهبط معرفة زمن إبرام العقد ، لأننا بذلك نعرف الوقت الذى تولدت فيه آثاره . وقد تكون لهذا التحديد الزمنى أهمية عملية قصوى ، كما إذا باع شخص ، مثلاً ، إحدى التحف عن طريق المراسلة . ثم أوقع هائن البائع الحجز عليها ، فهل تم البيع هنا قبل توقيع الحجز ، ومن ثم لا يسرى هذا الحجز على المشتري ، أم أنه تم بعد توقيع الحجز ، فيسرى هذا عليه ؟

٣ - لتحديد زمان العقد أهمية بالغة في حالة شهر الإفلاس ، فالتصرفات التى تبرم بعده هذا الحدث لا تسرى ، بحسب الأصل ، في حق الدائنين .

٤ - والرأى الرابع والأخير يبشر بأن العقد لا يتم ، إلا فى الوقت الذى يتصل فيه القبول بعلم الموجب : اعتباراً بأن ارتباط الإرادتين يتم فى هذا الوقت : لا قبل ذلك . وهذا هو مذهب العلم بالقبول .

هذه هى مجمل المذاهب التى قيل بها فى خصوص التعاقد بالمراسلة . وتباينت قوانين الدول المختلفة فى الأخذ منها بما ارتأتها ^(١) . وتخير القانون المدنى المصرى (المادة ٩٧) المذهب الأخير ، وهو مذهب العلم بالقبول . وفى ذلك تقضى المادة ٩٩ منه بأنه : « ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول : ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . ٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول » .

فالمشرع يأخذ بمذهب العلم بالقبول ، ويقرر أن التعاقد بالمراسلة يتم فى ذات الوقت الذى يعلم فيه الموجب بقبول القابل . وذلك ما لم يتفق على غيره ، أو يقض القانون أو العرف بخلافه .

وهذا الذى تصرح به المادة ٩٧ لا يعدو أن يكون تطبيقاً تشريعياً للمبدأ الأساسى الذى سبق للمشرع أن أخذ به فى المادة ٩١ ، والقاضى بأن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من يوجه إليه .

(١) فن هذه القوانين ما يعتد بصدر القبول . وهذه هى حال مدونة الالتزامات والعقود التونسية (المادة ٢٨) ومدونة الالتزامات والعقود المغربية (الفصل ٢٤) ، والقانون اللبنانى (المادة ١٨٤٠) ، والقانون الأردنى (المادة ١٠١) . ومنها ما يعتد بتصدير القبول . وهذا هو ما تقضى به مدونة الالتزامات السويسرية (المادة ١٠) ، والقانون البرازيل (المادة ١٠٩٦) . ومن التقنيات ما يعتد ، فى تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه بوصول القبول إلى الموجب له . وهذا ما يقرره القانون الألمانى (المادة ١٣٠) ، والقانون البولونى (المادة ٧٠) . ومن التقنيات ، فى النهاية ، ما يعتد بالعلم بالقبول وهذا هو الحكم الذى يقول به مشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢) ، والقانون الأسبانى (المادة ١٢٦٢) . وقد تبنى القانون المصرى الرأى الأخير ، كما رأينا فى المتن (المادة ٩٧) ، وتبعته فيه أغلب القوانين العربية التى استوحته ، كالقانون الليبى (المادة ٩٧) والقانون العراقى (المادة ٨٧) . وأخذ بهذا الرأى أخيراً القانون المدنى الكويتى (المادة ٤٩) .

ونلاحظ ، إعمالاً للمادة ٩٧ / ٢ ، أن وصول القبول إلى الموجب ينهض قرينة قانونية على علم هذا به . ولكنها قرينة بسيطة ، يستطيع الموجب أن يدحضها بأي دليل من أدلة الإثبات .

وما قلناه بشأن تحديد زمان العقد ، يسرى على مكانه . فهذا أيضاً يتحدد بصريح نص المادة ٩٧ ، وإعمالاً لحكم المادة ٩١ ، بالمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ، اعتباراً بأنه في هذا الوقت يتم إبرام العقد . مع ملاحظة أنه يفترض ، إلى أن يقوم الدليل على العكس ، أن الموجب قد علم بالقبول في المكان الذي وصل إليه فيه .

ولتحديد مكان العقد أهميته . لاسيما بالنسبة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين ، حيث يجوز إخضاع العقد ، من حيث الشكل إلى قانون البلد الذي أبرم فيه (المادة ٢٠ مدني) ، كما أنه يخضع . من حيث الموضوع . لقانون هذا البلد . إذا اختلف طرفاه موطناً ولم يتفقا على سريان قانون آخر عليه (المادة ١٩ مدني) . كما أن لتحديد مكان إبرام العقد بعض الأهمية في قانون المرافعات ^(١) ، وفي القانون المدني ^(٢) .

٧٥ - (ج) التعاقد بالتليفون :

تكلمنا ، فيما سبق ، في سمورتين يتم عليهما التعاقد ، وهما التعاقد في مجلس العقد ، أو التعاقد بين الحاضرين ، والتعاقد بالمراسلة ، أو التعاقد بين الغائبين . بقي علينا أن نتناول هنا الصورة الثالثة والأخيرة ، التي يمكن للتعاقد أن يتم عليها ، وهي صورة التعاقد بالتليفون أو أي أداة أخرى مماثلة ، من حيث إنها تنقل الكلام بين غائبين ، ولكن مباشرة بحيث يسمع كل منهما الآخر في نفس وقت صدوره : كالجهاز اللاسلكي . وهكذا فالتعاقد بالتليفون أو بما يشبهه يعتبر تعاقدًا بين غائبين حاضرين في آن معاً . فهو تعاقد بين

(١) انظر ، على سبيل المثال ، المادة ٥٥ و ٥٦ مرافعات .

(٢) انظر على سبيل المثال ، المادة ١/٣٤٧ مدني .

عائنين ، لبعد المسافة بينهما . وبين حاضرين لوصول عبارة كل منهما إلى الآخر فور صدورهما .

وحكم التعاقد بالهاتف أو مايمثله أنه يأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين ، من حيث زمان انعقاد العقد . أى أن العقد بوساطته يعتبر تاماً فور صدور القبول . لأن القبول يتصل بعلم الموجب فى ذات لحظة صدوره . كما أن التعاقد بالتليفون أو مايمثله يأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين ، أو التعاقد فى مجلس العقد . بالنسبة إلى كيفية تمامه . أى بالنسبة إلى كيفية ارتباط الإيجاب بالقبول (المادة ٩٤ / ١) . أما بالنسبة إلى مكان العقد ، فيأخذ التعاقد بالتليفون حكم التعاقد بالمراسلة . أو التعاقد بين العائنين : أى أنه ينعقد فى المكان الذى يتكلم منه الموجب . ذلك لأنه فى هذا المكان يتصل القبول بعلم الموجب .

٧٦ - الأمور التى يرد عليها توافق الإرادتين :

عرضنا فيما سبق لكيفية حصول توافق الإرادتين ، ورأينا أن هذا التوافق يتم على مراحل ثلاث : الإيجاب والقبول وارتباط القبول بالإيجاب . ونود هنا أن نحدد الأمور التى يجب أن يرد عليها توافق الإرادتين . حتى يمكن للعقد أن يقوم .

والقاعدة فى هذا المجال أنه يلزم أن يرد توافق الإرادتين على طبيعة العقد . بيعاً كان أو هبة أو إيجاراً مثلاً . وعلى جميع المسائل الجوهرية فيه ، كانباع والتمن بالنسبة إلى البيع . وكالعين المؤجرة والأجرة بالنسبة إلى الإيجار . أما المسائل التفصيلية للعقد ، كملحقات الشئ المبيع أو المؤجر وتوابعه التى يجب أن تسلم معه . ومكان وزمان تسليم المبيع أو العين المؤجرة ، ومكان وزمان دفع الثمن أو الأجرة . والإصلاحات التى يستلزمها الانتفاع بالعين المؤجرة . ونحو ذلك كله . فليس من الضرورى لقيام العقد أن يرد توافق الإرادتين عليها بطريق مباشر . فكل مايلزم بصدددها هو ألا يثور بين المتعاقدين خلاف لا يصلان إلى حسمه . أو فى الأقل . لا يصلان إلى إرجاء حسمه إلى وقت تال . فإذا قام ثمة خلاف بين المتعاقدين على مسألة ما

متعلقة بالعقد . ولم يوصلا إلى حسمه أو إلى الاتفاق على إرجاء هذا الحسم .
فإن العقد كله لا يقوم . مهما كانت المسألة التي ثار بصدد هذا الخلاف
ثانوية تفصيلية . فإذا انعقد رضاء البائع والمشتري . مثلاً : على الشيء المبيع
والثمن وكل شروط البيع الأخرى : فيما عدا ما تعلق منها بوقت دفع الثمن :
كان تطلب البائع دفعه فوراً . وصمم المشتري على أن يدفع جزءاً منه
مهما قل ، في وقت تال ، مهما قصر . فإن البيع في مجموعه لا يقوم .
ولكن إذا لم يصل المتعاقدان . عند إبرام العقد ، إلى حسم النزاع الذي ثار
بصدد المسائل التفصيلية ، فإنه يمكنهما الاتفاق على الاحتفاظ بها للمستقبل :
لعلهما يوفقان إلى حل بشأنها يرضيهما معاً . فإن اتفقا على هذا الإرجاء .
قام العقد من فوره . إلا إذا كانا قد اشترطا أنه لا يقوم إلا عند الاتفاق على
حكم تلك المسائل . وإذا قام العقد . نتيجة الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية لاتفاق
يحصل فيما بعد بين العاقدين ، فإنه لا يؤثر في قيامه ألا يقع هذا الاتفاق
مستقبلاً . وهنا تقضى المحكمة في الخلاف : وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام
القانون والعرف الجاري ومقتضيات العدالة . وفي ذلك كله جاءت المادة ٩٥
تقضى بأنه : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد :
واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند
عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي
لم يتم الاتفاق عليها . فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام
القانون والعرف والعدالة . »

وهكذا يلزم . بالنسبة إلى تحديد الأمور التي يجب أن يرد عليها توافق
الإرادتين . أن نفرق بين المسائل الجوهرية في العقد والمسائل التفصيلية
الثانوية فيه . فبالنسبة إلى المسائل الأولى . يجب أن يرد توافق الإرادتين عليها .
ولا يقوم العقد إلا إذا حصل هذا التوافق . ومن تاريخ وقوعه . أما المسائل
التفصيلية في العقد ، فكل ما يلزم بصدددها هو ألا يثور بشأنها خلاف لا يصل
المتعاقدان إلى حسمه أو إلى إرجاء هذا الحسم . فإن اتفق المتعاقدان على إرجاء

حسم الخلاف بشأن المسائل التفصيلية ، قام العقد من فوره ، مالم يشترط عدم قيامه إلا عند حصول الاتفاق على تلك المسائل ^(١) . ولا يؤثر في قيام العقد هنا ألا يصل المتعاقدان ، في الوقت الذي حددها ، إلى اتفاق بشأن المسائل التي أجلا حسمها ، وإنما تتولى المحكمة في هذه الحالة الفصل فيها ، مهتدية بطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة .

وتحديد ما إذا الأمر المتفق بين الطرفين على إرجاء نظرهما فيه يتمثل أمراً جوهرياً أم ثانوياً هو مما يتعلق بالتكييف ، ومن ثم فهو يتمثل مسألة من مسائل القانون ، يخضع قاضى الموضوع في شأنه لرقابة محكمة النقض .

٧٧ - أثر توافق الإرادتين يتركز في قيام العقد ولزومه على طرفيه :

بيننا : فيما سبق : المراحل الثلاث التي يتم عليها توافق الإرادتين ، والمتمثلة في الإيجاب والقبول وارتباط القبول بالإيجاب ، كما بينا الصور الثلاث التي يحىء عليها ارتباط القبول بالإيجاب . وهى التعاقد في مجلس العقد أو التعاقد بين الحاضرين ، والتعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين ، والتعاقد بالتليفون أو ما يشبهه : وهو تعاقد بين حاضرين غائبين في آن معاً ، فهو تعاقد بين حاضرين كلاماً حيث يسمع كل شخص عبارة الآخر فور صدورهما منه ولكنه تعاقد بين غائبين مكاناً لبعد كل منهما عن الآخر .

وأياً ما كانت الصورة التي يأتى عليها ارتباط القبول بالإيجاب . وبالتالي توافق الإرادتين ، فإن مؤدى ذلك قيام العقد . ولزومه فور قيامه على طرفيه ، وذلك مالم يقض العقد نفسه أو القانون أو العرف بغير ذلك .

(١) راجع في هذا الاتجاه : نقض ٢٦ يناير ١٩٦٧ طعن ٣٣٧/٣٠ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٢١٥ (وقد قضى هذا الحكم بقيام عقد صلح اتفق فيه على شروطه الأساسية وأرجأ طرفاه الاتفاق على أوصاف هذا العقد وتفصيله) . وانظر أيضاً نقض ١٦ يناير ١٩٧٥ ، طعن ٣٥٢/٣٩ ق مجموعة النقض س ٢٦ ص ١٨٣ قاعدة ٤٣ . وقد قضى هذا الحكم بأن احكم المطعون فيه ، إذ اعتبر الاتفاق بين الطرفين على الأرض المبيعة والثمن ، مع إرجاء تحرير عقد البيع النهائي إلى أن تقوم به الإدارة القانونية للجنة الإصلاح الزراعى بالشروط التي تراها فيه ، انه لا يعدو أن يكون مشروعاً لعقد بيع ، دون أن يبحث فيما إذا كان الشروط المرجأة جوهرياً أم قانونية ، فإنه يكون متسماً بالقصور مما يتعين معه نقضه .

فبمجرد أن يتم ارتباط الإيجاب بالقبول ، وينعقد بالتالي العقد ، يكسب العقد قوته الملزمة . ويمتنع بالتالي على أى من طرفيه ، بغير إرادة الآخر ، التحلل منه أو النكوص عن حكمه : ما لم يسمح له بذلك العقد نفسه . أو يقض له به نص فى القانون . أو حكم جرى به العرف . وذلك حتى لو كان الطرفان لازالا باقيين معاً لم يتفارقا بعد بالبدن ^(١) . ومن أهم الحالات التى يسمح فيها القانون لطرفى العقد العدول عنه بعد تمامه ، بل أهمها على الإطلاق هى حالة التعاقد بالعربون : التى سنعرض لها فيما بعد ^(٢) .

(د) صور خاصة من توافق الإرادتين

٧٨ - بينا . فيما سبق . كيف يتم توافق الإرادتين . ونبتاول هنا بعض صور خاصة لهذا التوافق ، لما قد يعترىها من لبس فى تبين حكمها ، أو لما تختص به من حكم متميز ، أو لما تنسم به من أهمية فى العمل . وفى هذا المجال . نتكلم فى العقد الابتدائى . وفى الوعد بالتعاقد ، وفى التعاقد بالعربون . وفى التعاقد بطريق المزايدة ، وفى التعاقد بالإذعان .

(١) ويلاحظ أن فقهاء المسلمين اختلفوا فى هذا الخصوص . فطائفة منهم يترعها الفقه الشافعى والحنبل يقول بأن لآى من المتعاقدين أن يرجع فى العقد ، برغم توافق الإيجاب والقبول ، طالما بقى المتعاقدان مجتمعين ، لم يتفارقا بالبدن . وهذا ما يسمى عندهم (خيار المجلس) . ودعامة هذا الرأى الحديث الشريف (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار) . والطائفة الثانية من فقهاء المسلمين يترعها الفقه الحنفى والفقه المالكى . وهى تقول بأن العقد ، بعد انعقاده بتوافق الإيجاب والقبول ، يصير لازماً ، ويمتنع على أى من طرفيه الرجوع فيه برغم إرادة الآخر . فهى لا تقول بخيار المجلس . وعمدة هذا الرأى قوله ، عز شأنه : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، اعتباراً بأنه مما يتنافى مع الوفاء بالعقد أن يسمح لآى من طرفيه بالنكوص عنه بعد تمام انعقاده . وأنصار هذا الرأى يعمدون إلى تفسير الحديث الشريف (المتبايعان بالخيار ...) على نحو يجعله متسقاً مع إطلاق الآية الكريمة . كقول بعضهم بأن المقصود ، فى الحديث الشريف ، من كلمة (المتبايعان) هو المتساومان ، أى المتفاوضان فى شأن البيع ، وكقول البعض الآخر أن المقصود بكلمة (يفترقا) هو الافتراق بالقول ، لا التفريق بالأبدان . وهو يتم بصدر القبول .

(٢) راجع ما سيجىء ، نبذة ٨٥ وما بعدها .

٧٩ - العقد الابتدائي :

ثمة نوع خاص من العقود ، تتميز بأنها تستهدف التكوين من قيام عقود أخرى غيرها ، أو تستتبع إعادة إبرامها بذاتها . ولكن في ثوب جديد على نحو يقتضيه القانون أو طبيعة المعاملة . فالسمة الجامعة لهذه العقود أنها عقود أولية لعقود أخرى تتلوها . أو هي . كما يطلق عليها أحياناً ، عقود ما قبل العقود

Avant Contrat

وقد دأبت أغلب التقنينات . في الدول المختلفة . ومن بينها مصر ، على أن تقتصر على تنظيم نوع معين من هذه العقود الأولية . وهو الوعد بالعقد ، دون أن تتناول تنظيم نوع آخر منها على جليل خطره . وهو ما جرى العمل على أن يطلق عليه . في مصر ودول أخرى كثيرة غيرها . انعقد الابتدائي^(١) .

والعقد الابتدائي ، على نحو ما يدل عليه اسمه في لغتنا القانونية في مصر وفي غيرها من البلاد العربية الأخرى التي استوحت قوانينها منها . يتمثل اصطلاحاً جديداً في دنيا القانون . فقد نشأ بمناسبة ما يتطلبه القانون المعاصر ، في شأن التصرف في العقار ، من وجوب الشهر لنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية إلى المتصرف إليه . فالتصرف في العقار من بيع وهبة وغيرها لا ينقل الملكية بمجردة . وإنما يلزم لذلك تسجيله . وإجراء التسجيل يتطلب بالضرورة بعض الوقت ، ثم إنه يستلزم إجراءات وأوضاع معينة يقتضيها القانون . وهذا ما يؤدي بالمتعاقدين في العادة إلى إثبات رضائهما بالعقد وبشروطه في محرر أولى . انتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد في الثوب الذي يتطلبه القانون لإجراء التسجيل . وقد استقر الفكر القانوني ، في مصر وفي بلاد عربية أخرى كثيرة . على أن يطلق على ذلك المحرر الأولى اصطلاح « العقد الابتدائي » . تمييزاً له عن المحرر الذي تأتى فيه الصيغة النهائية للعقد . والذي

(١) وقد كف القانون المدني الكويتي ، الصادر في أول أكتوبر ١٩٨٠ ، ليعمل به ابتداء من ٢٥ فبراير ١٩٨١ ، والذي كان لنا شرف رئاسة اللجنة التي أنيط بها إعداده ، عن السير في هذا الاتجاه ، فعمد إلى تنظيم العقد الابتدائي في المادة ٧٠ و ٧١ منه ، مقتناً القواعد التي سار عليها القضاء في مصر وفي الكويت . وقد راعى القانون المدني الكويتي ، إذ خصص العقد الابتدائي بالتنظيم التشريعي ، مدى أهمية هذا العقد وشيوعه ، لاسيما في التصرفات العقارية . ولعله بذلك يكون أول تقنين يلجأ إلى التنظيم التشريعي للعقد الابتدائي .

يتمشى مع مقتضيات التسجيل . ثم ينتهى به الأمر إلى أن يسجل . وهو ما جرت العادة على أن يطلق عليه اصطلاح « العقد النهائى » . وهكذا فالعقد الابتدائى والعقد النهائى ، فى مجال البيع . مثلاً : لا يعدوان أن يكونا مسميين لعقد واحد : هو عقد البيع مجرداً عن النعت والتخصيص . كل ما فى الأمر أن اصطلاح « العقد الابتدائى » يعنى العيص فى صورته الأولية ، فى حين أن اصطلاح « العقد النهائى » يعنى ذات العقد : ولكن فى صورته النهائية .

ولإبرام العقد الابتدائى بغية إعادة صياغته مستقبلاً فى شكله النهائى قد تقتضيها طبيعة العقد ذاتها . كما هو الأغلب . وهذه . على وجه الخصوص . هى حالة العقود التى ترد فى شأن الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، إذا ما انصبت على عقار . فى مثل هذه الحالة . التسجيل لازم . وهو يتطلب إعادة تحرير العقد فى صيغة جديدة تتمشى مع مقتضيات إجراءاته . على نحو ما ذكرناه حالا . وإذا كان الغالب فى العمل أن إعادة إبرام العقد فى صورة أخرى نهائية . تجىء كمقتضى لذات طبيعته . فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تكون نتيجة لاتفاق العاقدين عليها . فلا يوجد . مثلاً : ثمة ما يمنع العاقدين من أن يتفقا على إعادة إبرام عقدهما . الذى اتفقا عليه مشافهة . فى محرر مكتوب ، تيسيراً لإثباته . وهكذا ففكرة العقد الابتدائى ليست محصورة بالضرورة فى نطاق التصرفات العقارية . وإن بقى هذا النطاق مجالها الحصب الغالب .

ويلاحظ أن إضفاء وصف « الابتدائى » على العقد لا يغير من حقيقته المتمثلة فى أنه عقد كامل . وأنه ذات العقد الذى يقصده عاقداه أولاً وأخيراً . فهو وصف لا يرد على العقد فى ذات أحكامه ، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التى تبدأ صياغته فى أن تجىء عليها . لتغير فيما بعد لتصير فى شكلها النهائى ، على نحو ما سبق لنا أن بيناه منذ قليل .

وإذا كان العقد الابتدائى هو ذات العقد المقصود أولاً وأخيراً . وجب أن تراعى فيه كل الأحكام المتطلبة للانعقاد والصحة ، بما فيها شرط الشكل . إن لزم .

كما أن العقد الابتدائي ، باعتبار أنه ذات العقد المقصود أولاً وأخيراً ، وإن جاء في صيغة أولية ، نجده يرتب كافة الالتزامات والآثار التي من شأن العقد أن يرتبها ، بغض النظر عن اتسامه بوصف « ابتدائي » أو « نهائي » ، وذلك باستثناء ما يعلق القاتون نفسه ترتيبه من آثار على إجراء لا يتوافر فيه . فعقد البيع الابتدائي ، مثلاً ، يرتب كل الآثار التي من شأن البيع بوجه عام أن يرتبها ، فيما عدا نقل الملكية في العقار . إذ أن نقل الملكية في العقار بمقتضى العقد لا يكون إلا بالتسجيل ، ومن تاريخ حصوله (المادة ٩ من قانون الشهر العقاري) ، والعقد الابتدائي هو بالضرورة عقد لا يسجل ، إذ أن التسجيل لا يلحق إلا العقد النهائي . .

وزيادة على الالتزامات التي يرتبها العقد الابتدائي ، اعتباراً بأنه العقد الكامل المقصود أولاً وأخيراً ، وإن جاء في صيغة أولية ، فإنه يولد أيضاً التزاماً خاصاً به ، مستمداً من علة وجوده ذاتها . وهذا هو الالتزام الذي يثقل كلا من طرفيه ، والمتمثل في وجوب أن يسهم كل منهما بنصيبه المعلوم في إبرام انعقد النهائي .

فعلى كل من طرفي العقد الابتدائي التزام بأن يسهم في إعداد العقد النهائي وإبرامه ، على نحو ما يقتضيه منه العقد ومجريات الحال . ومما يلتزم به كل من العاقدين في هذا المجال ، في خصوص العقود الواردة على العقارات ، إن كانت عرفية ، التوقيع على العقد النهائي أمام موثق العقود ، لكي يقوم هذا الأخير بعملية التصديق على التوقيع . وهي عملية تتمثل هنا بضرورة لإجراء التسجيل .

وعلى كل من طرفي العقد الابتدائي أن يني بالتزامه بأداء ما ينبغى عليه فعله لإبرام العقد النهائي في الميعاد الذي يحدده العقد الابتدائي . فلأن لم يحدد هذا الأخير ميعاداً لذلك ، وجب على كل من الطرفين إبرام العقد النهائي والتوقيع عليه في فترة معقولة تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع ، وفق ما تستوجبه طبيعة المعاملة وظروف الحال .

ويبرم العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي ، مالم يتفق على إجراء تعديل فيها ^(١) . أو كان هذا التعديل مما تستوجبه طبيعة المعاملة . كإجراء

(١) وفي كثير من الأحيان يتضمن العقد الابتدائي أحكاماً معينة تأتي في بنوده وشروطه ، ثم يبرم العقد النهائي خالياً منها ، فإذا عساه أن يكون الحكم في مثل تلك الحالة ؟ لا صعوبة هنا بالنسبة إلى الأحكام الوقتية التي يكون من شأنها تنظيم علاقة البائع والمشتري في الفترة ما بين إبرام العقد الابتدائي وتحرير العقد النهائي ، كالأحكام المتعلقة بتوزيع ثمار المبيع وتكاليفه بينهما في هذه الفترة . فمثل هذه الأحكام تكون قد استنفدت غرضها عند تحرير العقد النهائي أو في الأقل عند تسجيله ، ومن ثم يكون طبيعياً ألا تذكر فيه .

ولكن الصعوبة قد تثور بالنسبة إلى الأحكام التي يكون من شأنها أن تسري على المتعاقدين حتى في فترة ما بعد تحرير العقد النهائي وتسجيله . ومرد هذه الصعوبة إلى أن عدم ذكر الأحكام التي كان يتضمنها العقد الابتدائي في العقد النهائي ، ورغم إنها لم تستنفد بعد موضوعها ، قد يثير في الذهن فكرة اتفاق الطرفين على النزول عنها . والرأي عندنا هو أن البيع ، كنظام قانوني يقوم على توافق الإرادتين ، يقتضي إعمال كل الشروط التي يتفق عليها الطرفان ، سواء أوردت في المحرر الابتدائي أم في المحرر النهائي ، ما لم يثبت للقاضي أن إغفال إبراد شرط يتضمنه العقد الابتدائي في العقد النهائي يمثل تنازلاً ضمنيّاً من العاقدين كليهما عن حكمه ، ومع مراعاة أن التنازل لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ، وإنما يجب أن يقوم الدليل الصادق عليه من واقعات الحال .

بيد أن محكمة النقض نهجت نهجاً آخر مغالفاً لرأينا في حكم أصدرته بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٧٠ (طعن ٣٦/٤) مجموعة النقض س ٢١ ص ٥١٣ قاعدة ٨٢) ، في قضية تتعلق بتأخير البائع في التوقيع على العقد النهائي ، وتأخر هذا بالفعل ، ثم حرر العقد النهائي خالياً من الشرط الجزائي ، وطالب المشتري بعد ذلك بإعماله ، متذرعاً بوجوده في العقد الابتدائي ، وبأن عدم ذكره في العقد النهائي لا يعتبر منه نزولاً عنه ، إذ أن ذلك يرجع إلى صعوبة موافقة البائع عليه من جديد بعد أن وقع منه الإخلال بالفعل . ولم تأخذ محكمة العليا بوجهة نظر البائع ، مقررة أن عدم ذكر الشرط الجزائي في العقد النهائي يدل على أن الطرفين قد تخليا عنه وانصرفتا نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه . بل إن الحكم ذهب إلى التعميم فقال : « إن العقد النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين » . وذلك كله من الحكم محل نظر عندنا . إذ أنه يلزم ، عند تحديد الأحكام التي تنظم علاقة المتعاقدين النظر إلى العقد كنظام قانوني يقوم على ارتباط الإيجاب والقبول ، وما المحرر الذي يتضمنه إلا مجرد أداة لإثباته أو لتسجيله ، وسواء في ذلك أن يكون المحرر ابتدائياً أم انتهائياً . وهكذا يلزم إخضاع المتعاقدين لكل الأحكام التي يتفقان عليها اتفاقاً صحيحاً قانوناً ، سواء أتى ذكرها في العقد الابتدائي أم في العقد النهائي ، وذلك ما لم يثبت أنها ، بعدم ذكرها في العقد النهائي ، أرادا أن ينزلا عنها ، ومع مراعاة أن النزول لا يفترض ولا يؤخذ عن طريق الظن . فإغفال ذكر الشرط الذي أورده العقد الابتدائي في العقد

تعديل في حدود العقار مثلاً ، على نحو ما يستبين من الإجراءات التمهيدية في التسجيل . كما أنه يمكن إجراء التعديل إذا اقتضته ظروف الحال . كما إذا مات المشتري ، ورغب ورثته في أن يكتب العقد النهائي بأسمائهم . ولم يكن في ذلك خطر يهدد المشتري ، وكما إذا تعاقد شخص بوصفه نائباً عن آخر . ولم يفصح للمتعاقد معه عن صفته في العقد الابتدائي . وأراد أن يكون العقد باسم الأصيل ولحسابه ، وكان يستوى عند المتعاقد الآخر أن يكون التعاقد باسم النائب أو الأصيل ، كما إذا كان بائعاً واستوفى الثمن بتمامه (راجع المادة ١٠٦) .

وإذا لم يف أي من طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بالمشاركة في إبرام العقد النهائي على نحو ما يفرضه عليه العقد ومجريات الحال ، كان للطرف الآخر أن يقاضيه ويطلب الحكم ، في مواجهته ، بصحة العقد الابتدائي ونفاذه . شريطة ألا يكون هو بدوره مخلاً بالتزامات التي يفرضها العقد عليه .

والغالب حصوله في خصوص بيع العقار - وهو الحال الخصب لورود العقد الابتدائي - أن البائع هو الذي يخل بالتزامه بإبرام العقد النهائي . وهو إخلال يتمثل عادة في عدم ذهابه للمثول أمام موثق العقود والتوقيع أمامه على العقد النهائي . فيمتنع بذلك إجراء التصديق على توقيعه . ويتعسر التسجيل . وهنا يكون للمشتري أن يرفع على البائع دعوى . يطلق عليها « دعوى صحة العقد ونفاذه » . وينظر القاضي في هذه الدعوى فيما إذا كان البيع صحيحاً أم باطلاً . وفيما إذا كان نقل الملكية للمشتري ممكناً أو غير ممكن . وفيما إذا كان التزام البائع بنقلها متوجب الإنفاذ حالاً أم لا - وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان المشتري غير مخلى بالتزاماته . وعلى الأخص التزامه بدفع الثمن . وذلك لإعمال مبدأ الدفع بعدم التنفيذ - حتى إذا ماتحقق القاضي من صحة البيع ونفاذ التزام

= النهائي لا يكفي بذاته وبمجردة لقول بأن الطرفين قد تخليا عنه ، كما ذهبت محكمة العليا . كما أنه ليس صحيحاً أن العقد النهائي وحده دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويعصب قانون المتعاقدين ، وإنما تستقر تلك العلاقة بالمحررين كليهما اللذين يعصبان معاً قانون المتعاقدين ، وذلك باستثناء الأحكام التي يتضمنها العقد الابتدائي . ويثبت أن المتعاقدين ، بغفلتهما ذكرها في العقد النهائي ، أرادا النزول عنها إن صراحة وإن ضمناً .

البائع بنقل الملكية حالا . حكم بصحة العقد الابتدائي ونفاذه . ويقوم حكمه هذا مقام العقد النهائي ، حتى إذا ما سجل . انتقلت الملكية للمشتري (١) .

وغنى عن البيان أن ثبوت الحق للمتعاقد ، عند إخلال المتعاقد معه بما يفرضه العقد الابتدائي عليه من المساهمة في إبرام العقد النهائي ، في رفع دعوى صحة العقد الابتدائي ونفاذه ، لا يخل بما يقرره له القانون من حقوق أخرى . كحقه في طلب فسخ العقد وحقه في التعويض .

ودعوى صحة ونفاذ العقد الابتدائي . عند الإخلال بالالتزام بإبرام العقد النهائي : لاتعدو أن تكون وسيلة للوصول إلى التنفيذ العيني للالتزام . وهي من بعد ثمرة يانعة للخلق القضائي ، لاسيما في مصر .

تلك هي الأحكام التي تنظم العقد الابتدائي ، وهي مستقاة من القواعد القانونية العامة ، إذ أن هذا العقد لم يخط بعد في مصر بالتنظيم التشريعي الخاص .

٨٠ - الوعد بالعقد :

يغلب في العمل أن تبرم الصفقة المقصودة مباشرة ، كما إذا رغب شخصان في بيع أو إيجار . فعقدها . ولكن يحصل في بعض الأحيان أن يتفق شخصان لاعلى الصفقة ذاتها . ولكن على أن يعد أحدهما الآخر بإبرامها معه ، إذا رغب فيها هذا الأخير خلال مدة معينة . وهذا هو الوعد بالعقد أو الوعد بالتعاقد . ومثاله أن يستأجر شخص من آخر قطعة أرض لمدة عشر سنوات ليبني عليها مصنعا ، ويخشى بطبيعة الحال أن ينتهي الإيجار : فيضطر إلى ترك الأرض وما بناه عليها . وكان يتمنى لو أنه استطاع أن يتغلب على هذا الخطر الذي يهدده ، عن طريق قيامه بشراء الأرض ، ولكن المال يعوزه . فيلجأ إلى صاحب الأرض ، ويستحصل منه على وعد بأن يبيعه إياها بثمن محدد ، لو أراد هو الشراء ، خلال مدة الإيجار . وهكذا نجد أنفسنا هنا أمام وعد بالبيع مقترن بعقد الإيجار . ومثال الوعد بالتعاقد أيضاً أن يتردد شخص

(١) راجع ، في دعوى صحة العقد ونفاذه ، مؤلفنا : محاضرات في العقود ج ٢ عقد

البيع ، نبذة ٩٥ .

في شراء شيء معين ، فيلجأ آخر إلى حثه على شرائه ، واعدأ إياه بأنه لو اشتراه فإنه سيشتريه منه بدوره بضمن محدد ، يكون له فيه ربح يغريه ، أو أنه سيستأجره منه بأجرة محددة تشجعه ؛ وهنا نكون بصدد وعد بالشراء أو وعد بالاستئجار على حسب الأحوال . ومثال الوعد بالتعاقد ، في النهاية ، أن يفتح بنك اعتماداً بمبلغ محدد لصالح شخص معين . ففتح الاعتماد يتضمن وعداً بالقرض ، وإن خصه المشرع بأحكام تخالف إلى حد كبير أحكام الوعد بالعقد بوجه عام ^(١) .

والوعد بالعقد *promesse de contrat* هو في ذاته عقد . لأنه يقوم على إيجاب وقبول . فمن يعد آخر بالبيع ، مثلاً ، يوجب له بهذا الوعد ، ثم يأتي الموعد له فيقبل منه الوعد صراحة أو ضمناً ^(٢) .

والوعد بالعقد . وإن كان في ذاته عقداً . إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية . وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه . فهو لا يعدو أن يكون من مقدمات العقد المقصود في آخر الأمر ، أو هو عقد يراد به أن يتيح الفرصة لعقد آخر أن يقوم . وهو بهذه المثابة يعتبر من فصيلة عقد ما قبل العقد *avant contrat* . فالوعد بالبيع . مثلاً . ولو أنه في ذاته عقد ، إلا أنه لا يقصد به إلا أن يكون مجرد وسيلة تستهدف ، في النهاية . إجراء عقد آخر هو البيع . فقبول الموعد له لا ينصب في بداية الأمر إلا على مجرد الوعد بالبيع ، فهو لا يتناول ذات البيع الموعد بإبرامه . ومن ثم ، فالوعد بالبيع — طالما بقي كذلك ، أي طالما لم يبد الموعد له رغبته في إبرام

(١) اختلف فقهاء القانون التجاري في طبيعة فتح الاعتماد . فمن قائل إن فتح الاعتماد هو عقد قرض معلق على شرط واقف هو قبض العميل المبلغ المفتوح الاعتماد به كله أو بعضه . وقال آخرون إنه عقد من نوع خاص . وقال فريق ثالث إنه عقد وعد بالقرض . ونحن آميل إلى هذا الرأي الأخير . راجع في طبيعة فتح الاعتماد: محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري ج ٣ نبذة ٥٦ .

(٢) ويعتبر سكوت الموعد له قبولاً ضمناً للوعد ، إذ أن الإيجاب يتمخض عن محض منفعة (المادة ٢/٩٨) .

البيع في المدة المحددة - لا يعتبر بيعاً ، ولا يترتب عليه أى أثر من آثاره .
فلكية الشئ تبقى للواعد . كما أن الموعود له لا يلتزم بدفع الثمن .

والوعد بالعقد هو وعد انفرادى ، أى أن أحد طرفيه هو الذى يلتزم به .
دون الآخر ، الذى يقتصر دوره على أن يكون مجرد موعود له بإبرام
العقد المستهدف ، كما هى الحال في الأمثلة التى سردناها فيما سبق . ومع ذلك
فقد جاء في المادة ١٠١ / ١ ما يفهم منه إمكان وقوع الوعد مزدوجاً ،
أى أن يتحمل به الطرفان كلاهما ، بأن يكون كل منهما واعداً للآخر بإبرام
العقد وموعوداً منه به في نفس الوقت . فتلك المادة تقضى بأنه : « ١ - الاتفاق
الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل
لا ينعقد ، إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة
التي يجب إبرامه فيها » . فتؤدى النص السابق أن الوعد بالعقد يمكن أن يجيء
انفرادياً . كما يمكن أن يجيء ثنائياً أو ازدواجياً . وهو في ذلك قد جاء بعيداً
كل البعد عن التوفيق . إذ أن الوعد بالعقد ، بمعناه القانوني السليم ، وبأركانه
المتطلبة قانوناً ، لا يمكن له أن يكون إلا انفرادياً ، يلتزم به طرف واحد .
هو الواعد ، في حين أن الطرف الثاني يكون مجرد موعود له . فعقد الوعد
هو عقد ملزم لجانب واحد ، ولا يمكن له أن يكون ملزماً لجانبين .

صحيح أن البعض من الفقهاء قد رأوا ، متأثرين في ذلك بالنصوص
التشريعية في قوانين بعض البلاد المختلفة ، ومن بينها مصر ، أنه من الممكن أن
يجيء الوعد بالعقد ثنائياً^(١) ، أى أن يتحمل به كل من الطرفين لصالح الآخر .

(١) انظر من الفقهاء الذين يرون أن الوعد بالعقد يمكن له أن يجيء ثنائياً : السهورى .
الوسيط ج ١ ، نبذة ١٣٢ . ويلاحظ أن فقيهما الكبير في المثال الذى ضربه لما أطلق عليه « وعد
ملزم للجانبين » قد التبس عليه الأمر ، فخلط بين الوعد بالعقد وما درج عرف المعاملات على
تسميته بالعقد الابتدائي . الذى سبق لنا أن عرضنا له منذ قليل (راجع ما سبق ، نبذة ٧٩) .
وهذا الخلط من فقيهما الفذ انعكس على صياغة نص المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى ، التى تنص
أصلاً للمادة ١٠١ من القانون . فقد جاءت المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى تقول : « الاتفاق
الابتدائي الذى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً
إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يتم فيها هذا العقد » .
وقد سحفت كلمة « ابتدائي » أثناء مناقشة النص في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، نتيجة
اعتراض من أستاذنا حامد زكى بناءً على أن العمل قد جرى على أن المقود الابتدائية عقود

ومثال ذلك . على نحو ما يزعمون : أن يتواعد شخصان معاً على أن تلتشأ بينهما شركة معينة في تاريخ يضر بانه . أو أن يتفق شريكان في الشيوع على إجراء قسمة المال الشائع بينهما في موعد يبينانه . ومثال ذلك أيضاً . على نحو ما يجيئ على لسان كثير من الفقهاء . أن يعد زيد بكرأ بأن يبيعه منزله بثمن معلوم : إذا رغب بكر في شرائه خلال مدة محددة . وفي نفس الوقت : يعد بكر زيدا بأن يشتري منه هذا المنزل لو رغب زيد في بيعه : خلال السنة المحددة . والوعد الثنائي . أو المزدوج : بالعقد . برغم أن القانون المصري قد نص عليه (المادة ١٠١ / ١) . ومن قبله فعل ذلك القانون الفرنسي (المادة ١٥٨٩) ؛ الوعد الثنائي . برغم هذا كله . لا يعتبر في الحقيقة مجرد وعد بإبرام العقد ، طالما أن القانون يستلزم فيه . كما يستلزم في الوعد الانفرادي تماماً . تحديد المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه . إذ أننا في حالتنا هذه : نجد الطرفين يرتضيان كلاهما العقد المقصود في النهاية : ويقبلان المسائل الجوهرية فيه . فما الذي ينقص إذن هذا العقد حتى يقوم وينعقد ؟ إن ما يطلق عليه الوعد الثنائي أو المزدوج بالعقد ليس . في الحقيقة ، إلا هذا العقد نفسه . وإن أرجى قيامه إلى الموعد المحدد . أي أنه عقد مقترن بأجل : لأقل ولا أكثر . وزبما كان ذلك هو الذي دعا المادة ١٥٨٩ / ١ من مدونة نابليون إلى القول بأن : « الوعد بالبيع يساوي البيع . إذا وجد هناك رضاء متبادل من الطرفين على المبيع والثمن » . والرأي الذي نقول به أخذ يلتقي قبولاً من الفقه ^(١) وعمدت محكمة النقض إلى السير عليه ^(٢) .

= نبتة . ونيسر مجرد وعود بمقود أخرى (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ٧٦) .

وانظر كذلك من يقولون بالوعد الثنائي بالعقد : عبد المنعم الصده . مصادر الالتزام نبذة ١٠٤ .

(١) راجع Marty et Raynaud . ج ٢ نبذة ١١٣ - جهال ذكي . الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - نبذة ٦١ .

(٢) انظر نقض ٢٥ مايو ١٩٧٢ ، الهامة س ٥٦ ص ٨٢ رقم ٦٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو بيع تام . وليس لمجرد وعد به .

٨١ - التمييز بين الوعد بالتعاقد وبين الإيجاب :

هناك بعض أنظمة تتشابه مع الوعد بالعقد . لاسيما الإيجاب إن وقع ملزماً ، والعقد الابتدائي . ويلزم التمييز بين نظامنا وبين غيره . حتى لا يقع اللبس .

فالوعد بالعقد . باعتباره في ذاته عقداً ، يتميز عن الإيجاب ، حتى لو كان ملزماً . فالإيجاب ليس بعقد . فإن التزم صاحبه بالإبقاء عليه في بعض الأحوال - وهذه هي حالة الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول - فإن ذلك لا يرتقي به إلى مرتبة العقد . طالما أن القبول لم يقترن به ممن وجه إليه . إذ أن التزام الموجب هنا قائم على مجرد إرادته المنفردة . وهكذا يبدو الفارق جد كبير في طبيعة كل من الإيجاب وعقد الوعد .

بيد أنه إذا كان الفارق كبيراً بين طبيعة كل من الوعد بالعقد وبين الإيجاب به ، إلا أن النتيجة العملية تقترب فيهما إلى حد كبير . في الحالة التي يكون الإيجاب فيها ملزماً . فالوعد بالعقد يلزم الواعد بأن يبر بوعده . ويبرم العقد الموعود بإبرامه لصالح الموعود له ، إذا أظهر هذا الأخير رغبته في ذلك خلال المدة المحددة للوعد . بل إن مجرد إبداء الموعود له رغبته في العقد الموعود به ، ووصول تلك الرغبة إلى علم الواعد خلال فترة الوعد ، يقيم ذلك العقد ، حتى إذا كان الواعد قد غير في الحقيقة رأيه . إذ أن القانن لا يقيم هنا وزناً لنكوله عن وعده . وفي هذا يتشابه الوعد بالعقد مع الإيجاب الملزم^(١) تماماً . وهو من بعد تشابه ينصب على الأثر الرئيسي الذي يستهدفه كل منهما .

ومع ذلك فإن تشابه الوعد بالعقد مع الإيجاب الملزم في الأثر الرئيسي المترتب على كل منهما ، إلا أنه يبقى بينهما مع ذلك فارق هام ، زيادة على ذلك الذي رأيناه متمثلاً في التخالف في الطبيعة بين كل منهما . ويرجع هذا الفارق الجديد إلى أثر الموت وفقد الأهلية على كل منهما .

(١) راجع في أثر الإيجاب الملزم ما سبق . نبذة ٦١ .

فالإيجاب ، وإن كان في حد ذاته لا يسقط : تحت ظل قانوننا المصري .
كما سبق لنا أن رأينا (١) . بموت الموجب أو الموجب له إلا أن من شأن هذا
الحديث أن يحول دون قيام العقد . فموت الموجب له يجعل صدور القبول منه
مستحيلاً . ولا يمكن القول بأن الخيار فيه ينتقل إلى ورثته ، لأن الخيارات
بخلاف الحقوق لا تورث . ثم إنه يمكن القول إن الموجب بإيجابه أراد أن
يتعاقد مع ذات من وجه إليه إيجابه لامتغ غير ه . أما موت الموجب . فيجعل
اتصال القبول بعلمه مستحيلاً ، وبالتالي لا يستطيع هذا القبول أن يقرن
بإيجابه . وفق ما سبق لنا أن بيناه في خيئه ، ثم إنه يمكن القول بأن الموجب له .
بإرضائه الإيجاب . قبل أن يتعاقد مع ذات الموجب لا مع غيره .
أما الوعد بالعقد ، فلا يكون للموت تأثير عليه ، سواء بالنسبة إلى الواعد
أو الموعود له . ذلك لأن الوعد بالعقد ، بخلاف الإيجاب ، هو في ذاته
عقد . وهو بهذه المثابة يرتب على الواعد التزاماً بأن يبرم العقد الموعود به .
إذا ما ارتضاه الموعود له في الميعاد المحدد ، ويرتب للموعود له حقاً مقابلاً
في ذلك . فإن مات الواعد انتقل الالتزام الذي كان يثقله إلى تركته .
وحق للموعود له أن يتمسك بقيام العقد الموعود به في مواجهة ورثته .
في حدود تركته . أما إذا مات الموعود له ، انتقل حقه إلى ورثته ، وساغ لهم
أن يتمسكوا بقيام العقد في مواجهة الواعد ، إذا ما جاء رضاءهم به في ميعاده ،
وذلك ما لم يكن الوعد قد صدر للموعود له بمراجعة شخصه .

٨٢ - التمييز بين الوعد بالعقد وبين العقد الابتدائي :

كما أن الوعد بالعقد يتميز عن الإيجاب ، وإن كان ملزماً . فإنه يتميز
أيضاً عن العقد الابتدائي . صحيح أن الوعد بالعقد والعقد الابتدائي يتشابهان
في كون كل منهما عقداً تام التكوين . وصحيح أيضاً أنهما يتقاربان - وإن
لم يتماثلا - في أن كلا منهما ، وإن كان في ذاته عقداً ، إلا أنه ليس هو
آخر المطاف . وليس هو في ذاته المقصود في نهاية الأمر ، وإنما هو عقد

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٦٣ .

تمهيدى يستهدف أمراً آخر ، قد يكون عقداً جديداً ، وقد يكون مجرد إعادة صياغة لعقد قائم . وهذا ما يمكن معه ، بشئ من التجاوز ، جمعهما معاً تحت ما يطلق عليه : عقد ما قبل العقد *avant contrat* . ولكن العقدين مع ذلك كله يختلفان اختلافاً جديراً^(١) .

فالوعد بالعقد ، وإن كان في ذاته عقداً ، إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية . وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه . فهو عقد يرمى إلى الوصول إلى عقد آخر مختلف في ذاته عنه . فالوعد بالبيع ، مثلاً ، يستهدف الوصول إلى البيع . ولكنه في ذاته ليس هو البيع . وعقد الوعد في سبيل الوصول إلى الغاية منه ، يحمل أحد طرفيه - وهو الواعد - التزاماً بأن يبرم العقد الموعود به لصالح الطرف الآخر - وهو الموعود له - إذا ما ارتضى هذا الأخير قيامه خلال الميعاد المحدد . وهكذا فالعقد المقصود في النهاية لا يقوم إلا إذا ارتضى الموعود له قيامه في الميعاد المحدد . وليس عليه في ذلك إلزام . بل الأمر أمره ومترك لخياره .

أما العقد الابتدائي ، فهو ، كما سبق لنا أن رأينا^(٢) ، نفس العقد المقصود أولاً وأخيراً . كل ما هنالك أنه ، لعل خاصة ، أبرم في صيغة أو شكل أولى . انتظاراً لإعادة صياغته من جديد في ثوبه النهائي . وعلى ذلك فيانظران كلاهما ملتزمان بالعقد المقصود في النهاية . ولا حاجة لقيام هذا العقد إلى رضا جديد من أيهما . بل إنه ليس لأيهما عنه فكاك . فالعقد الابتدائي بالبيع هو في ذاته بيع كامل ، وينتج كل آثار البيع ، فيما عدا ما يتطلب منها

(١) يلاحظ أن الخلط بين العقد الابتدائي والوعد بالعقد ورد في المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى الذى يتضمن أصل المادة ١٠١ من القانون . فقه جاءت تلك المادة تقول : « الاتفاق الابتدائي الذى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما إبرام عقد معين فى المستقبل . . . » . وعبارة « الاتفاق الابتدائي » ترجمة غير موفقة للاصطلاح الفرنسى *convention préliminaire* أى الاتفاق الأول أو التمهيدى . وقد حذفت العبارة السابقة من النص الذى جاء يقول فى بدايته : « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما . . . » ، لما لوحظ من أن العقود الابتدائية هى عقود نهائية (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٣ وما بعدها) .

(٢) راجع ما سبق ، نبرة ٧٩ .

إجراء معيناً لا يتوافر فيه ، كما هو الشأن بالنسبة إلى نقل الملكية في العقار ، حيث لا يكون إلا بالتسجيل ، وهو إجراء لا يلحق إلا العقد النهائي أو ما يقدّم مقامه ، وهو الحكم القاضي بصحة العقد ونفاذه . بل إن عقد البيع الابتدائي يولد بذات نفسه التزاماً على البائع بالعمل على نقل الملكية إلى المشتري ، مما يقتضي منه وجوب القيام بكل ما يلزم من جانبه لتمكين المشتري من إجراء التسجيل . فإن لم يمثل لمقتضى التزامه ، كان للمشتري أن يعمل على وصوله إلى تنفيذه عيناً ، وذلك برفع دعوى صحة ونفاذ البيع ، حيث يقوم الحكم الصادر فيها مقام العقد النهائي ، فإن تسجل انتقلت الملكية . وهكذا فالعقد الابتدائي يمكن له أن يصل بالمشتري إلى نقل الملكية إليه ، حتى لو امتنع البائع عن المساهمة في إجراء العقد النهائي .

٨٣ - أركان الوعد بالعقد :

الوعد بالعقد ، هو في ذاته عقد ، كما بينا . ويرتب على ذلك وجوب أن تتوافر فيه الأركان الثلاثة التي تقوم عليها العقود في مجموعها ، وهي الرضاء والمحل والسبب . فلا بد إذًا أن يتراضي الواعد والموعود له على الوعد (١) . وأن يكون كل منهما متمتعاً بالأهلية اللازمة لإبرامه (٢) ، وأن يجي رضاه خالياً من العيوب . ثم يلزم أن يكون العقد الموعود بإبرامه ، وهو محل الوعد مشروعاً . كما أنه يتحتم ، في النهاية ، أن يكون للواعد سبب يدفعه إلى التحمل بالوعد ، وأن يكون هذا السبب مشروعاً .

بيد أن توافر الأركان اللازمة في العقود عموماً لا يكفي لقيام الوعد بالتعاقد .

(١) ولا يعتبر رضا الطرفين على الوعد قائماً إلا إذا توافقت إرادتهما على المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه كالمبيع والتمن بالنسبة إلى عقد البيع ، فإن اختلفا في شأنها ما قام الوعد .
(٢) والأهلية اللازمة في الواعد هي نفس الأهلية التي يجب توافرها فيه لو أنه أبرم العقد الموعود بإبرامه . فالأهلية التي يلزم أن تتوافر في الواعد بالمبيع ، مثلاً ، هي نفس الأهلية المطلوبة فيه لو أنه باع الشيء الذي وعد ببيعه . والسبب في ذلك أن الوعد يلزم الواعد بإتمام العقد الموعود بإبرامه إذا رغب فيه الموعود له . أما الموعود له ، فتكفي فيه أهلية الاغتناء ، أي أهلية الصبي المميز الذي بلغ السابعة من عمره ومن في حكمه . إذ أن الوعد لا يترتب أي التزام على الموعود له ، فهو يموّد عليه بالنفع المحض .

فإلى جانبها ، يلزم توافر ركنين آخرين في جميع حالات الوعد بالتعاقد ،
 ثم ركن ثالث في حالات خاصة منه ، وهى تلك التى يكون فيها العقد الموعود
 بإبرامه شكلياً . حيث يلزم أن يحى الوعد ذاته في نفس الشكل . وقد تضمنت
 المادة ١٠١ الأركان الخاصة بالوعد بالتعاقد : وهى في ذلك تقضى بأنه :
 ١ - الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في
 المستقبل لا ينعقد . إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه .
 والمدة التى يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء
 شكل معين . فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذى يتضمن الوعد
 بإبرام هذا العقد .

فيلزم : لكى يقوم الوعد بالعقد ، أن يتوافر فيه ، إلى جانب الأركان
 اللازمة في العقود بصفة عامة ، الأركان الخاصة به ، وهى الآتية :

١ - يلزم أن يتضمن الوعد ، إلى جانب طبيعة العقد الموعود بإبرامه .
 بيعاً مثلاً . كان أم إيجاراً ^(١) ، جميع المسائل الجوهرية لهذا العقد . ويقصد
 بالمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه الأمور التى لا ينعقد هذا العقد بغير
 التراضى عليها . فهى ، بالنسبة إلى البيع ، الشئ المبيع والثمن ^(٢) : وهى .
 بالنسبة إلى الإيجار ، العين المؤجرة والأجرة ^(٣) : وهى بالنسبة إلى الرهن .
 العين المرهونة والدين المضمون . فلا يكتفى ، مثلاً ، لقيام الوعد بالبيع .

(١) على أنه لا يلزم بداهة أن تكون طبيعة العقد الموعود بإبرامه مبينة في الوعد بياناً قانونياً
 دقيقاً وسليماً . فذلك مسألة تكييف ، والتكييف ليس من شأن المتعاقدين . وإنما المقصود هنا
 أن تكون معالم الصفقة المعقودة واضحة ومبينة بياناً كافياً نافعاً للجهالة .
 (٢) ولا يلزم أن يكون الثمن محددًا في الوعد تحديداً حسابياً ، أى بذات مبلغه ، وإنما
 يكتفى أن يتضمن الوعد أساساً سليماً لتحديد ، كما إذا حدد الثمن على أساس نسبة من أجرة العين
 (انظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٢٩١) .

(٣) أما مدة الإيجار ، فهى وإن كانت ركناً في العقد ، إلا أنه ليس من المحتم أن يمرض
 لها العاقدان مباشرة ، لا في عقد الإيجار ذاته ، ولا في عقد الوعد به . إذ أن القانون ، في مثل
 هذه الحالة ، يفترض أن المتعاقدين قد قصدا أن تكون مدة الإيجار هى تلك المحددة لدفع الأجرة .
 (راجع المادة ٥٦٣) .

أن يعد شخصاً بأن يبيع لآخر منزله . إذا لم يكن قد حدد الثمن الذي يبعه بأن يحصل البيع على أساسه .
والمعيار الذي يجب مراعاته لمعرفة ما إذا كانت المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه معينة في الوعد من عدمه هو التساؤل عما إذا كان من شأن هذا العقد أن يقوم بمجرد أن يقول الموعود له قبلته ، دون حاجة إلى الاتفاق على شيء آخر . أم لا . فإذا كان الأمر الأول . فإن تعيين المسائل الجوهرية يعتبر حاضراً . وإلا فلا^(١) .

٢ - ويلزم أن يتضمن الوعد المدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها إذا ما ارتضاه الموعود له . فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد . وقع باطلاً . بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحاً . بل يكفي أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال . كما إنه لا يلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديداً عددياً . بالأيام أو الأشهر أو السنين مثلاً . وإنما يكفي أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما كان سليماً من شأنه أن يمكن قاضي الموضوع من إجرائه على نحو سائغ ومقبول^(٢) .

(١) انظر نقض ٢١ إبريل ١٩٧٣ ضمن ١١ / ٣٧ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ قاعدة ١١٥ . وقد جاء في هذا الحكم : « يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقاً للمادة ١٠١ من القانون المدني أن يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، فضلاً عن المدة التي يجب إبرامه فيها ، وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، دون حاجة إلى الاتفاق على أي شيء آخر . والمقصود بالمسائل الجوهرية انعقد الموعود بإبرامه أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يرى المتعاقدان الاتفاق عليها والتي ما كان العقد يتم بدونها » . وانظر أيضاً نقض ٢٣ / ١ / ١٩٦٤ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ١١٥ . وقد قضى هذا الحكم ببطلان وعد بالبيع لعدم تضمنه الاتفاق على شروط أساسية للبيع واحتفاظ الواعد بحق البيع فيها مستقبلاً .

(٢) انظر نقض ٣٠ مارس ١٩٧٧ ، مجموعة النقض س ٢٨ ص ٨٦٥ قاعدة ١٠١ . وتتلخص واقعات الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن شخصاً أجبر لآخر شقة في عمارته ، ونظراً لضيقتها ، وعدد بأن يؤجر له بها أي شقة أخرى تخلو في عمارته وتكون له أفع ، من غير أن يتضمن الوعد مدة محددة تحديداً صارماً لسريانه . خلت بالفصل شقتان في العماره بعد أكثر من ثمان سنوات ، وأخطرت المستأجر مالك العماره برغبته في استئجار إحداها . ولكن هذا الأخير شغلها بغيره . فرفع المستأجر الموعود له دعوى يطالب فيها بإنفاذ الوعد . وقضت =

٣- الركبان السابقان يكفيان لقيام الوعد بالعقد بوجه عام ، على فرض توافر الأركان العامة في مجموع العقود ، وهي التراضي والخلع والسبب . بيد أنه في نوع معين من الوعد بالعقد . وهو الوعد بإبرام العقود الشكلية ، يلزم توافر ركن ثالث . هو أن يحنى الوعد في نفس الشكل الذى يستلزمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه . فإذا تطلب القانون . لقيام عقد معين ، شكلاً خاصاً ، وجب لقيام الوعد بإبرام هذا العقد ، أن يحنى في نفس الشكل (المادة ١٠١ / ٢ مدنى) . وتطبيقاً لهذه الفكرة ، يقع باطلا الوعد بالرهن

= محكمة الاستئناف بصحة الوعد بالتأجير ، وحددت له مدة تسع سنوات ، وعلى أساس ذلك قضت بتسكين الموعود له من إحدى الشقتين الحاليتين . وأيدت محكمة النقض هذا القضاء من محكمة الموضوع . وجاء في حكمها : « لما كان الوعد بالإيجار الملزم لجانب واحد هو عقد بمقتضاه يتعهد صاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب في استئجارها ، وكان هذا العقد وفقاً للمادة ١٠١ من القانون المدنى يعتبر ملزماً لمن صدر منه بشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقد الإيجار وأن تحدد فيه المدة التى يجوز فيها إلزام الواعد بإتمام الإيجار خلالها ، وكان الاتفاق على تحديد هذه المدة لا يشترط أن يكون صريحاً ، بل يجوز أن يكون ضمناً ، فيحق للقاضى أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة التى يقدرها لنفاذ الوعد بالإيجار ، لما كان ذلك وكان الوعد بالإيجار مثار النزاع قد خلا من تقدير المدة التى يجوز فيها إلزام الطاعن (الواعد) بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعون عليه (الموعود له) ، فإنه لا تريب على محكمة الموضوع أن حى قدرت المدة التى اعتبرتها معقولة فى نطاق ماتستقل به من سلطة تقديرية وفق مقصود العاقدين » .

وهذا الحكم من محكمتنا العليا محل نظر عندنا . فتحديد المدة التى يلتزم فيها الواعد بإفناذ وعده لم يأت ضمناً كما ذهبت المحكمة ، وإنما صرح فى العقد بأساس لتحديد المدة ، وهو خلو شقة مناسبة فى العمارة ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، وغير معروف وقته إذا قدر له أن يكون . وهكذا فأساس تجديد المدة فى خصوصية الدعوى غير سليم ، الأمر الذى ينبى معه القول بخلو الوعد بالإيجار من تعيين المدة التى يجب إبرام الإيجار خلالها . والدليل على صحة ما نقول أن محكمة الموضوع حددت مدة الوعد بتسع سنين ، وهو تحديد قام على محض التحكم منها . فلا يستبين من واقعات القضية المنشورة أى دليل عليها . وليس صحيحاً ما ذهبت إليه محكمتنا العليا من أن لمحكمة الموضوع أن تحدد مدة الوعد عند عدم تحديد العاقدين إياها ، مادامت المدة التى تحددها معقولة . فالأمر ليس مجرد رخصة لمحكمة الموضوع بتقديره بما تراه مادام تقديره معقولاً ، وإنما يلزم أن يكون لهذا التقدير أساس واضح من مقصود العاقدين من شأنه أن يبعد القاضى عن التحكم فيما يحدده .

الرسمى أو الوعد بالهبة . إذا جاء في ورقة عرفية ^(١) ، حيث إن القانون يستلزم الرسمية لقيام الرهن الرسمى (المادة ١٠٣١ / ١) ، كما يستلزمها في

(١) وقد وردت في مذكرة المشروع التمهيدى (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٥) عبارة أحدثت بلبلة في الفقه . فقد جاء في هذه المذكرة : « ومع ذلك فأنوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى ، إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقاً مبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » .

وقد دفعت هذه العبارة بعض الفقهاء إلى القول بأنه إذا استلزم القانون أن يجرى الوعد في نفس الشكل المتطلب لقيام العقد الموعود بإبرامه ، فإن ذلك لا يشترط لذات انعقاد الوعد . ولكن فقط لجرد إمكان الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الموعود بإبرامه (انظر في هذا المعنى : سليمان مرقس ، نظرية العقد ، نبذة ١١٣ ، والتأمينات العينية ، نبذة ٦٩ - السبوري ، المرجع السابق نبذة ١٣٥ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٣٥ . ولا يمكن التسليم بهذا الرأى . فالشكل ركن في الوعد لا يقوم بغير توافره . ثم إن مقومات هذا الرأى تهاثر . فهو ، من ناحية ، يقول بأن الوعد الذى يتخلف فيه الشكل يقع صحيحاً ، ويرتب على الواعد التزاماً بإبرام العقد الموعود به . وهو ، من ناحية أخرى ، يقول باستحالة استصدار حكم بإيقاع هذا العقد ، إذا امتنع الواعد عن إبرامه اختياراً . وفي هذا شىء يتناقى مع المنطق . فما دام الوعد صحيحاً ، ومادام هو يرتب التزاماً بإبرام العقد الموعود به ، فما الذى يمنع من استصدار حكم بإيقاع هذا العقد ، إذا اقتضت الضرورة ذلك ! فهذا الإجراء لا يعلو أن يكون تنفيذاً عينياً لذلك الالتزام .

والرأى الذى نراه صواباً ، وفقاً لما يظهر من نص المادتين ١٠١ و ١٠٢ ومن الغرض الذى استهدفه المشرع من استلزام أن يجرى الوعد في نفس الشكل المتطلب لقيام العقد الموعود بإبرامه ، هو أن تخلف الشكل في الوعد بالتعاقد ، عند لزومه ، يجرى إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً ، لتخلف ركن من أركانه . فالوعد بالرهن الرسمى ، إذا جاء في ورقة عرفية ، وقع باطلاً أصلاً ، وتشابه بذلك مع الوعد بالهبة . وإن كان القانون قد خص الوعد بالهبة بنص يصرح ببطلانه إذا لم يأت في الشكل الرسمى (المادة ٤٩٠) . انظر في نفس الرأى الذى ذهبنا إليه : جبال زكى ، المرجع السابق نبذة ٦٢ والهامش ٥ .

وإذا كان الوعد بالرهن الرسمى الذى تتخلف عنه الرسمية يقع باطلاً ، فإنه يمكن إعمال نظرية تحول العقد في شأنه إذا توافرت شروطها ، فيقوم على أنقاضه عقد وعد بتقديم تأمين لضمان الدين دون تحديد لذاتيته ، الأمر الذى من شأنه أن يسقط أجل الدين عند عدم تقديم هذا التأمين . إذا كان للدين أجل . راجع في ذلك : مؤلفا التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ١٩٦ .

الهيئة مالم تتم تحت ستار عقد آخر من عقود المعاوضات ، أو وردت على منقول وتم إقباضه (المادة ٤٨٨) .

والحكمة من تطلب ورود الوعد في نفس الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه ظاهرة . إذ أن الوعد بإبرام عقد معين ، إذا قام صحيحاً ، كان من شأنه أن يؤدي إلى قيام هذا العقد ، إذا رغب فيه الموعود له ، كما سنبينه بعد قليل . فإذا ساء أن يجيء الوعد في غير الشكل الذي يرسمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه ، لأمكن بذلك لهذا العقد الأخير أن يقوم من غير اتباع ذلك الشكل . وبهذا يتمثل الوعد بالعقد طريقاً للإفلات من الشكل الذي يستلزمه القانون ^(١) .

٨٤ - أثر الوعد بالعقد :

إذا قام الوعد بالعقد ^(٢) . أنتج أثره . وقد جاءت المادة ١٠٢ . في شأن تحديد هذا الأثر . تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكث وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتتمام

(١) راجع في ذلك المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٣ و ٧٤) . وقد جاء فيها : « ... أما فيما يتعلق بالشكل ، فلا يشترط وضع خاص ... إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين . ففي هذه الحالة ، ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدى نفسه . ويوجه هذا النظر إلى أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكون لبلوغ هذه الغاية أن يمدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد ، لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدران حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصادا عن طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها » .

(٢) واستخلاص وجود الوعد أو عدم وجوده من عبارات العقد ذاتها لا تعدو أن تكون مسألة تفسير ، ومن ثم فهو يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية (نقض ١٣/٦/١٩٥٧ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٥٧٦ قاعدة ٦٤) . أما تحديد ما إذا كان الوعد قد قام من عدمه بالنظر إلى توافر أركانه أو انتقائها ، فهو بالضرورة مسألة قانون ، ومن ثم فهو يخضع لرقابة محكمة النقض .

العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة . . . تمام . الحكم متى حازة قودة الشئ المقضى به مقام العقد .

ومن شأن هذا النص أن يثير اللبس ، لا بالنسبة إلى وجوب أن يبر الواعد بوعده ، ولا بالنسبة إلى تحمله بالالتزام بإبرام العقد الموعد بإبرامه إذا ما أبدى الموعد له رغبته فيه خلال المدة المحددة ، فهذا الأمر وذلك واضحان بيننا التوضيح ، ولكن النص يثير اللبس بالنسبة إلى كيفية قيام العقد الموعد به ، إذا ما أبدت من الموعد له الرغبة فيه في مياعداها ، وإلى وقت قيامه ، فإذا أبدى الموعد له رغبته وكانت في مياعداها ، وامثل الواعد لرغبته تلك وحرر معه العقد الموعد به في تاريخ تال ، فهل يعتبر العقد أنه قد قام عند إبداء الموعد له رغبته فيه أم عند تحريره ؟ وإذا نكل الواعد عن وعده ، برغم إبداء الموعد له رغبته في مياعداها ، وقاضاه هذا الأخير ، فهل يحكم القاضي بإلتناع العقد بحكم إنشائي ، فيرجع قيامه إلى تاريخ صدوره ، أم أن القاضي يحكم بتقريب وفوق العقد من تاريخ إبداء الموعد له رغبته فيه ؟

إن نص (المادة ١٠٢) لا يقطع في هذا الأمر بقول فصل . بل إن صياغته قد توحى إلى أنه إلى الرأي الثاني أقرب . ومع ذلك فإن الرأي الذي نراه صواباً ومتفقاً مع حكم القانون هو أن العقد الموعود به يقوم بمجرد أن يبدي الموعود له رغبته في إبرامه . وتتصل رغبته تلك إلى الواعد . طالما كان ذلك كله في الميعاد المحدد للوعد . ذلك لأن الواعد لا يتحمل فقط بالالتزام بإبرام العقد الموعود به . إذا ما أبديت الرغبة فيه في ميعادها . وإنما يلتزم أيضاً بالإبقاء على الوعد بالصفقة قائماً طول الميعاد . بحيث إن العقد الموعود به يقوم من فوره بمجرد حصول الرغبة واتصالها بعلم الواعد . ولا يمكن لعقد الوعد هنا - وهو في ذاته عقد - أن يكون أدنى أثراً من الإيجاب الملزم الذي هو قائم على مجرد إرادة منفردة من الموجب . وهكذا فإذا نكل الواعد عن وعده . وقاضاه الموعود له . وصدر الحكم بإيقاع العقد الموعود به : فإن هذا العقد يعتبر قائماً من تاريخ إبداء الرغبة واتصالها بعلم الواعد . فالحكم هنا يعتبر تقريرياً وليس إنشائياً . وهذا الذي وصلنا إليه يسر عليه الفكر القانوني في مصر

فقيهاً^(١) وقضياً^(٢) . وإن كان جوهر المسألة وما يمكن له أن يثيره من خلاف لم يحظ باهتمامه أصلاً . أما في الفكر القانوني الفرنسي ، فالمسألة لا زالت مثاراً للخلاف .

... هكذا نصل إلى أن العقد الموعود بإبرامه يقوم بمجرد أن يرتضيه الموعود^(٣) . ويتصل رضاؤه به بعلم الواعد ، طالما حصل ذلك كله في الفترة المحددة لبقاء الوعد^(٤) .

(١) انظر : السهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ١٣٩ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٠٧ - جمال ذكى ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٦٣ .
(٢) انظر : نقض ٢١ إبريل ١٩٧٣ طعن ٣٧/١١ مجموعة النقض س ٢٤ ص ٤٩ - قاعدة ١١٥ .

(٣) على أنه لا يعتد برضاء الموعود له إلا إذا جاء على نحو ما تضمنه الوعد . فإذا قبل الموعود به إبرام العقد ، ولكن على نحو يتغاير مع ما اتفق عليه في الوعد كشروط له ، فإنه لا يقوم أصلاً . راجع في ذلك نقض ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ طعن ٣١/١٩٨ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٢٩١ قاعدة ٢٠٢ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن شركة البيبسي كولا استأجرت قطعة أرض من شخص مدين ، استحصلت منه على وعد ببيعها لها إذا رغبت في شرائها في ميعاد محدد ، وذلك بشمن يتحدد على أساس الأجرة السنوية (عشرون ضعفاً) ، وكانت الأجرة نفسها محددة على أساس يدخل فيه ثمن زجاجات البيبسي كولا . أبدت الشركة رغبتها في البيع في الميعاد ولكن على أساس ثمن رأته المحكمة غير متفق مع الأساس الذي تضمنه الوعد . فقضت المحكمة بعدم قيام البيع . وجاءت في حكمها تقول : « لما كان يشترط قانوناً لانعقاد العقد في حالة ما إذا أبدى الموعود له رغبته في التعاقد - مطابقة لإرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناوّلها التعاقد - فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل في الوعد ، فلا ينعقد العقد ، ما لم قبل الواعد هذا التعديل . إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد . فلا ينعقد العقد به إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر - وكانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائفة وفي نطاق سلطتها الموضوعية أن إرادة طرفي العقد تتطابق بشأن ركن الثمن ، لأن الشركة أظهرت رغبتها في الشراء بشمن يقل عن الثمن المتفق عليه في العقد والذي صدر الوعد من المطعون ضده على أساسه ... ، فإن الحكم إذا انتهى إلى أن البيع لم ينعقد ... فإنه لا يكون قد خالف القانون » ..

(٤) ويكفى لقيام العقد الموعود بإبرامه أن يرتضيه الموعود له ويتصل رضاؤه بعلم الواعد في المدة المحددة ، فلا يلزم بعد ذلك أن يقوم الموعود له بالوفاء بالالتزامات التي يرتبها عليه العقد الذي ارتضاه . ما لم يتفق في الوعد على غير ذلك ، وما لم يستدل من سكوت الوعد له على أنه أراد أن يوجب للواعد بالتقاييل عن العقد الذي قام . وفي مثل هذه الحالة ، إذ قبل الواعد بملوره =

أما قبل ارتضاء الموعود له العقد الموعود بإبرامه ، فليس يوجد إلا عقد الوعد . أما العقد الموعود بإبرامه فليس بقائم بعد . فإذا وعد شخص . مثلاً آخر بأن يبيعه منزله ، إذا رغب في شرائه خلال سنة ، فطالما أن هذا الوعد لم يقترن بارتضاء الموعود له قيام العقد الموعود به ، فالبيع غير قائم ولا ينتج آثاره . ويترتب على ذلك أنه لا يحق تسجيل الوعد بالبيع ، إذا ورد في شأن عقار : وهو إن سجل . ما كان لتسجيله أثر . وتبقى ثمار الشيء الموعود بيعه للواعد . ولا تكون للموعود له إلا بعد أن يرضى الشراء في الميعاد المحدد للوعد . وابتداء من تاريخ ارتضاءه إياه ، بل من التاريخ الذي يعلم فيه الواعد بهذا الرضاء .

وغنى عن البيان أن العقد الموعود بإبرامه لا يقوم ، إعمالاً للوعد ، إلا إذا ارتضاء الموعود له واتصل رضائوه بالواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد . أما إذا انقضت تلك المدة . من غير أن يتصل بعلم الواعد رضاء الموعود له . فإن الوعد يسقط من فوره ومن تلقاء نفسه . وتبرأ ذمة الواعد نهائياً ، وذلك دون حاجة من الواعد إلى أن يتخذ إجراء ما كتنبيه أو إنذار (١) .

وموت الواعد أو الموعود له لا يؤثر في إمكانية قيام العقد الموعود به . إذا حصل الرضاء به في ميعاده . فالوعد بالعقد لا يسقط بالموت .

فإذا مات الواعد ، بقي للموعود له خياره في قيام العقد الموعود به . ليباشره في مواجهة ورثة الواعد ، حتى إذا ما صدر رضائوه بذلك العقد على

= نقدي إن صراحة وإن دلالة ، اعتبر العقد الموعود بإبرامه أنه قد قام فعلاً ، ولكنه انحل بعد قيامه . واستخلاص حصول التقايل هنا من عدمه مسألة واقع ، ويدخل بالتالي في سلطة قاضي الموضوع التقديرية . انظر فيما سبق نقض ١٣ يونيو ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض ص ٨ ص ٥٧٦ قاعدة ٦٤ .

(١) انظر نقض ٦ مايو ١٩٥٤ ، مجموعة النقض ص ٥ ص ٨٣٤ قاعدة ١٢٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه متى كان المظنون عليه قد تعهد بأن يبيع عقاراً للطاعن إذا قبل ذلك وقام بدفع الثمن خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذا كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المظنون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار أو تنبيه ، إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء .

نحو ما يتطلبه القانون ، قام وانعقد . وإذا مات الموعود له ، انتقل خيار قيام العقد الموعود به إلى خلفائه ، ما لم يكن الوعد قد أعطى له بمراعاة شخصه .

٨٥ — التعاقد بالعربون :

الأصل في التعاقد أنه بات ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتحنل منه . ولكن يسوغ في بعض الأحيان أن يتم التعاقد ، على أن يكون لطرفيه أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته . ومن أبرز هذه الحالات : التعاقد بالعربون . وهذا النوع من التعاقد شائع في العمل : لاسيما في البيع والإيجار .

والعربون^(١) les arrhes هو مبلغ من النقود ، أو أى شئ آخر غيره . يقوم أحد المتعاقدين بإعطائه للآخر عند التعاقد . وإن كان الغالب في العمل أن يقتصر العربون على النقود .

وقد عمد القانون المدني المصري إلى تنظيم التعاقد بالعربون : وذلك في المادة ١٠٣ منه ، التي جاءت تقضى بأنه : « ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ — فإذا عدل من دفع العربون فقه . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر » .

وسوف نتناول العربون في دلالاته ، ثم نتكلم في خيار العدول عن العقد المقترن به ، لنعقب بأثر هذا العدول ، ونكمل بالكلام في استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المقترن بالعربون . لننتهى بعرض نظام العربون في الفقه الإسلامى .

٨٦ — دلالة العربون :

قيام أحد المتعاقدين بدفع العربون للآخر ، عند إبرام العقد . يستهدف إحدى غايتين أساسيتين ، وفقاً لما تقصده الإرادة المشتركة . فقد يقصد المتعاقدان ،

(١) ويقال في اللغة : العربون (بضم العين أو فتحها) ، كما يقال أيضاً عربان (بضم العين) .

البائع والمشتري مثلاً ، من دفع العربون ، منع أحدهما أو كليهما خيلاً العدول
عن العقد الذى أبرماه . أى أنهما يقصدان من العربون أن يكون عربون
عدول . وقد يقصد المتعاقدان من دفع العربون عكس ماسبق ، أى تأكيد
إبرام العقد . وجعله باتاً نهائياً لا رجوع فيه ولا تكوص عنه . وذلك عن
طريق تعجيل جزء من المقابل الذى يلتزم به أحدهما . أنى الثمن . مثلاً .
بالنسبة إلى عقد البيع . وهنا يكون المقصود هو عربون البتات . فالأمر فى
تحديد ما إذا كان العربون هو عربون رجوع أم عربون بتات مرده إلى قصد
العاقدين عنه إبرام العقد (١) .

ولكن قصد العاقدين قد يغم على القاضى . فيتك دفع العربون وراءه
ظلال الشك فى أمره . وهنا يثور التساؤل حول الاتجاه الذى يفسر فيه هذا
الشك . إذا ما قعدت وسائل التفسير عن تبديده : أيفسر على نحو أن العاقدين
قد قصدا من دفع العربون تأكيد قيام العقد . ومن ثم بتاتته : أم يفسر على أنه
يفيد أنهما قصدا به ثبوت خيار الرجوع فى العقد ؟ وبعبارة أخرى ،
أيفسر دفع العربون على أن العاقدين قد قصدا به أن يكون عربون بتات
أم عربون رجوع ؟

وفى سنيل الأجل هذا الاتجاه أو ذاك . اختلعت تقنيات الدول وتباينت
أحكامها (٢) . وجاء القانون المصرى يسيراً فى اتجاه عربون الرجوع ،

(١) انظر : نقض ٣٠ أبريل ١٩٧٠ . طعن ٣٦/٦ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٧٤٣

قاعدة ١٢

(٢) فن كان من تلك التقنيات جرمانى النزعة سار فى اتجاه عربون البتات ، كالقانون
الألماني (المادة ٣٣٦) ، والقانون السويسرى (المادة ١٥٨ من مدونة الالتزامات) ، والقانون
البلونى (المادة ٧٤) . أما التقنيات اللاتينية النزعة ، فلم تتفق كلمتها ، وسار البعض منها
فى اتجاه عربون الرجوع . كالقانون الفرنسى (المادة ١٥٩٠) ، والبعض الآخر فى اتجاه
عربون البتات ، كالقانون الإيطالى القديم (المادة ١٢١٧) ، ومشروع القانون الفرنسى
الإيطالى (المادة ١٧٠) ، والقانون انتونى (المادة ٣٠٣) والقانون المغربى (المادة ٢٨٨) .
وحذا حق القانون المصرى أكثر قوانين البلاد العربية الأخرى التى استوحته ، فسارت بدورها
فى اتجاه عربون الرجوع ، كالقانون السورى « (المادة ١٠٤) ، والقانون الليبى (المادة
١٠٣) ، والقانون الكويتى (المادة ٧٤) . ولم يخالف هذا الاتجاه إلا القانون العراقى حيث
اعتبر العربون ، عند الشك ، عربون بتات (المادة ٩٢) .

جاءلاً من دفع العربون ، وقت إبرام العقد ، قرينة قانونية على أنه يفيد من كل من المتعاقدين حق العدول ، أو خيار العدول . عن العقد الذي أبرماه ، وذلك إلى أن يثبت أنهما قصداً غير ذلك إن صراحة أو ضمناً . وفي ذلك تقضى المادة ١٠٣ / ١ بأنه : « دفع العربون ، وقت إبرام العقد ، يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك » . وقد جاء هذا النص متجاوزاً ما في السائل عن عرفاً في مذهب (١) .

وهكذا فدفع العربون يقوم قرينه على أن المتعاقدين قد قصداً أن يكون لكل منهما خيار العدول عن العقد الذي أبرماه . وذلك دون اعتداد بإرادة الطرف الآخر . بشرط أن يكون هذا الدفع قد تم عند التعاقد ، لا بعد ذلك . بيد أن هذه القرينة بسيطة . فيجوز دحضها بإقامة الدليل على أن إرادة المتعاقدين المشتركة قد اتجهت . صراحة أم ضمناً . إلى ما يخالفها (٢) . ويجوز دحض هذه القرينة بكل طرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن (٣) . والمسألة من بعد مسألة واقع . وتختلف باختلاف ظروف كل حالة ، ومردّها . في النهاية . لتقدير قاضي الموضوع . الذي يعمل . من خلال أدلة الإثبات

(١) جاء المشروع التمهيدى ، في المادة ١٥٢ منه ، جاءلاً من دفع العربون وقت إبرام العقد دليلاً على بطلانه ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ولكن عدل عن هذا الاتجاه وتغير النص على النحو الذي جاءت به المادة ١٠٣ من القانون لتصير دلالة العربون على أنه عربون رجوع ما لم يتفق العاقدان على بطلانه . وجاء تبريراً لهذا العدول أنه قصد به التمسك مع العرف السائد في بلادنا (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٨٠ وما بعدها) .

(٢) انظر نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ طعن ٥٦ / ٣٥ ق مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٣٤٤ قاعدة ٥٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن « مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدني أن دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد ، فيعتبر المدفوع تنفيذاً له وجزءاً من الثمن » . (٣) ومن القرائن التي تدل على ما يخالف القرينة التي يقيمها القانون والمنتشرة في اعتبار العربون عربون رجوع ، أن يكون المبلغ المدفوع كبيراً ، كما إذا اشترى شخص سيارة ، مثلاً ، بألف جنيه ، ودفع من الثمن خمسمائة أو أكثر . فمسألة المبلغ المدفوع بالنسبة إلى الثمن المطلوب ، تنهض بذاتها قرينة ، وإن لم تكن قاطعة ، على أن المتعاقدين لم يقصداً منه أن يكون عربوناً مخولاً بحق العدول عن البيع ، وإنما قصد به أن يكون جزءاً معجلاً من الثمن في بيع بات لا رجوع فيه . والأمر من بعد متروك لتقدير قاضي الموضوع .

المقدمة له ، على أن يستظهر منها ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد قصبت مخالفة القرينة التي يقيمها القانون من عدمه ^(١) . فإن لم تظهر له تلك الإرادة ، تحم عليه اعتبار العربون عربون عدول . وقاضى الموضوع . بالنسبة إلى هذا الأمر الأخير ، يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن مسألته مسألة قانون ، وليست مجرد مسألة واقع ^(٢) .

٨٧ - مباشرة خيار العدول في التعاقد بالعربون :

رأينا ، فيما سبق . أن للعربون . وفقاً لما تقضى به المادة ١٠٣ / ١ . دلالة تركز في أن دفعه . وقت إبرام العقد . ينهض قرينة قانونية على أن العاقدین قد فصداً من دفعه تخويل كل منهما خيار العدول . بيد أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يجوز دحضها بإثبات العكس .

وهكذا فالحال لا يخرج عن أحد فرضين : فيما أن يقام الدليل على عكس القرينة القانونية ، وإما أن أحداً لا يفلح في إقامته .

فإن كان الأمر الأول : تهدمت القرينة القانونية . واعتبر العربون

(١) انظر نقض ١٩٧٥/٢/٢٣ مجموعة النقض س ٢٦ ص ٤٥٧ قاعدة ٩٣ - نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ السابقة الإشارة إليه . وانظر أيضاً نقض ١٩٥٥/٣/٢٢ طعن ١٩٥٥/٣/٢٢ مجموعة النقض ص ٣٦٩ . وقد جاء في حكمها : « لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعه ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن انعقد به البيع باتاً ، أو أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول . إذ أن ذلك مما يدخل في سلطانها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب سائفة » . ويلاحظ أن ثمة عدم دقة في الصياغة قد لحق عبارة الحكم التي سردناها . إذ أن محكمة الموضوع لا تستظهر في حقيقة الأمر ما إذا كان العاقدان قد قصداً من دفع العربون خيار الرجوع . فهذا أمر يفترضه المشرع نفسه . وكل ما على محكمة الموضوع أن تستظهره هو ما إذا كان العاقدان قد قصداً مخالفة هذا الافتراض بإرادتهما أن يكون العربون عربون بثات . فإذا لم تستظهر هذا القصد ، تحم عليها أن تقضى بكون العربون عربون رجوع ، من غير أن تبحث فيما إذا كانت نية العاقدین قد انصرفت إلى ذلك الأمر ، أم أنها لم تنصرف . فإن لم تفعل ، وقع حكمها في مخالفة القانون ، وكان حرياً به أن ينقض . فذلك مسألة من مسائل القانون ، وليست مجرد مسألة واقع . انظر في نفس معنى الحكم الذي سردناه عبارته وب نفس ألفاظه تقريباً : تمييز الكويت ١٩٧٧/١٢/٥ طعن رقم ٧٧/٤ تجارى . وانظر كذلك تمييز الكويت ١٩٧٩/١٢/٧ طعن رقم ٧٨/٧ تجارى .

(٢) راجع الهامش السابق .

عربون بتات . وما كان لأى من العاقدين عن العقد نكوص ، واستحال عليه أن يستقل بنقضه ^(١) . أما المبلغ المدفوع . فيخصم من قيمة ما يستحق على دفعه . باعتباره مجرد معجل دفع تنفيذاً للعقد . فإذا كان المشتري . مثلاً ، هو الذى دفعه ، خصم من الثمن المستحق عليه . وإذا كان المستأجر هو الذى دفعه . استقطع من الأجرة المطلوبة منه .

فإن كان الأمر الثانى . بأن لم يفلح أحد العاقدين فى إقامة الدليل على عكس القرينة التى أقامها القانون . بقيت هذه القرينة قائمة . وتثبت للعربون دلالة فى أنه يمنح خيار الرجوع لأى من العاقدين ، دون اعتداد بإرادة العاقد الآخر .

٨٨ - وقت مباشرة خيار العدول :

إذا كان من شأن العربون أن يمنح لأى من طرفيه خيار الرجوع أو العدول عن العقد . وجب أن نتعرف على الوقت الذى يباشر فيه هذا الخيار .

والحال . بالنسبة إلى وقت مباشرة خيار العدول . عند ثبوته . لا يخرج عن أحد فرضين : فلما أن يكون ثمة ميعاد محدد لذلك ، أو لا يكون .

فإن تحدد لمباشرة خيار العدول ميعاد معلوم ، بمقتضى الاتفاق أو العرف لم تكن ثمة صعوبة ، ووجب مباشرة رخصة العدول خلاله . وإلا تأكد قيام العقد . وصار إلى بتاته . فإن لم يحدد ميعاد لمباشرة خيار الرجوع عن العقد اتفاقاً أو عرفاً . بقى هذا الخيار قائماً للمتعاقد ، وحق له أن يعدل عن العقد . إلى أن يصدر منه ما ينم عن رغبته فى تأكيد قيامه . وبالتالى عن رغبته فى التزول عن خيار العدول عنه . وتلك الرغبة من المتعاقد قد تجى منه

(١) وإذا اعتبر العقد هنا باتاً ونهائياً ، سرى عليه من الأحكام ما يسرى على العقود الأخرى التى لا رجوع عنها ، حتى إذا ما قضى بفسخه ، نتيجة إخلال أحد طرفيه بالتزاماته ، وطالب المتعاقد الذى حصل الإخلال بإضراره به بالتعويض ، فإن هذا التعويض يقدر وفقاً للقواعد العامة . أى على حسب جسامته الضرر ، ومن غير أن يكون للمبلغ الذى عجل كعربون أى دخل فى ذلك . راجع السهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ١ نبرة ١١٣ .

صراحة . وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال ، وعلى الأخص من قيامه بعد دفع العربون أو قبضه . على حسب الأحوال . بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته .

وإذا كان قيام العاقد . بعد دفع العربون أو قبضه ، بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد عليه ينهض دليلاً على رغبته في تأكيد قيام هذا العقد . ويعتبر بالتالي نزولاً ضمنيّاً منه عن حقه في العدول عنه ، إذا كان ذلك . فإن قعود العاقد عن تنفيذ التزاماته في الأجل المحدد لها مدة تتجاوز المألوف قد يدل على أنه أراد أن يباشر خياره في الرجوع عن العقد . والمسألة من بعد مسألة واقع . يستظهر فيها قاضى الموضوع قصد العاقد بما يدخل في سلطته التقديرية . فكما أن النزول من العاقد عن خيار العدول يمكن أن يستخلص دلالة من ظروف الحال . فإن مباشرة هذه الخيار بدورها يمكن أن يستدل عليها من تلك الظروف .

٨٩ - الأثر المترتب على مباشرة خيار العدول في التعاقد بالعربون :

إذا ثبت خيار العدول في التعاقد بالعربون . واستعمله المتعاقد بالفعل في ميّعه . ترتب على ذلك أثر أساسى هام . يتمثل في إزالة العقد واعتباره كأن لم يكن أصلاً . فالعقد هنا لا يزول بالنسبة للمستقبل فحسب . بل بالنسبة إلى الماضى أيضاً . وكأنه لم ير نور الحياة قط .

ولكن أثر مباشرة خيار العدول لا يتف عند إزالة العقد . على جليل خطرهما . وإنما له أثر آخر هام . ويتعلق هذا الأثر الآخر بمقابل استعمال الخيار ذاته . فالمتعاقد بالعربون . وإن كان القانون يمنحه خيار الرجوع عن العقد . إلا أنه لا يمنحه إياه بالبحان . وإنما بمقابل يخمسه به . ويتحدد هذا المقابل بمبلغ العربون المدفوع ذاته . فإن كان الذى عدل عن العقد هو من دفع العربون . ضاع عليه العربون . وأصبح بذلك حقاً خالصاً لمن قبضه . أما إذا كان العادل هو من قبض العربون . التزم بأن يدفع للمتعاقد الآخر مبلغاً يساويه : فضلاً عن التزامه برده . اعتباراً بأنه أصبح ولاحق له فيه .

وهذا كله بغض النظر تماماً عما إذا كان العدول من العاقد قد رتب لغريمه الضرر أم لم يرتب . وفي ذلك جاءت المادة ١٠٣ / ٢ تقضى بأنه : « فإذا عدل من دفع العربون ، فقدّه . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولو لم يرتب على العدول ضرر » .

ونكرر أن العربون يستحق على اعتبار أنه المقابل المتفق عليه لاستعمال خيار العدول ، أو هو الثمن المحدد لمباشرة هذا الخيار . وعلى ذلك فالمتعاقد الذى يعدل عن العقد يلتزم بدفع العربون كاملاً للطرف الآخر . حتى لو كان الضرر الذى سببه العدول لهذا الطرف الآخر يقل عن قيمة العربون . بل حتى لو لم يسبب له أدنى ضرر . بل حتى لو استتبع له العدول النفع . كما إذا أعاد الصفة لشخص آخر بضمن أكبر .

وإذا كان يحق لمن حصل العدول عن العقد إضراراً به أن يأخذ كل مبلغ العربون المتفق عليه . حتى لو لم يبلغ الضرر الناجم له مداه . أو حتى لو انتفى هذا الضرر بالكلية . بل حتى لو كان قد استفاد من عدول غريمه عن الصفقة ، فهو لا يستحق أن يطالب بأكثر منه . ولو ثبت أن الضرر الذى ناله من العدول يتجاوزه . فالمسألة هنا ليست مسألة تعويض للمتعاقد عن الضرر الذى يناله من جراء عدول غريمه عن الصفقة ، وإنما هى رخصة تستعمل . ولكن فى مقابل مبلغ متفق عليه لاستعمالها ، ومحدد بقيمة العربون لا أقل منه ولا أكثر ^(١) . ففكرة التعويض هنا غير واردة أصلاً . إذ أن التعويض . فى مجال العقود . لا يكون إلا عند الإخلال بالالتزام الناشئ عنها . والمتعاقد بالعربون الذى يعدل عن العقد . لا يخل بعدوله هذا بالتزام ما ، بل على النقيض من ذلك هو يستعمل حقاً ثابتاً له يقرره العقد ذاته . ومن يستعمل حقاً لا يخطئ ولا يخل . فالجواز الشرعى ينافى الضمان . كما تقول القاعدة الأصولية فى الفقه الإسلامى . من أجل ذلك حرص المشرع . فى المادة ١٠٣ / ٢ على أن يصرح بأن العربون يستحق للطرف الذى حصل العدول عن العقد إضراراً به . « ولو لم يرتب عن العدول ضرر » .

(١) راجع فى ذلك : السهورى ، المرجع السابق نبذة ١١٣ .

وإذا كان العربون يستحق لمن حصل العدول عن العقد إضراراً به كمجرد مقابل لاستعمال غريمه خيار العدول . ودون اعتبار بعد ذلك لما إذا كان العدول قد رتب له ضرراً أم لم يرتب . ولا لمدى هذا الضرر إذا كان قد وقع ؛ إذا كان ذلك ؛ فإن العربون يختلف اختلافاً جذرياً عن الشرط الجزائي . الذي هو تقدير اتفاقى للتعويض عن الضرر الناجم نتيجة الإخلال بالالتزام . الأمر الذى يجعل قيمته قابلة للإنقاص حتى تتناسب مع مدى الضرر (١) .

٩٠ - أثر استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التعاقد بالعربون :

بيننا ، فيما سبق ، الأثر المترتب على التعاقد بالعربون . وهو يتركز فى أن دفع العربون ، عند إبرام العقد ، ينهض قرينة على أن العاقدين ارتضيا أن يكون لكل منهما خيار العدول عنه . ما لم يثبت العكس . فإذا ثبت ذلك الخيار . وباشره بالفعل ، فى ميعاده . من دفع العربون . فقد . فإن باشره من قبض العربون ، التزم برده وبدفع مثله .

وقد يحصل ، فى بعض الأحيان . أن نكون بصدد عربون العدول . وفى الفترة المحددة لمباشرة الخيار . وقبل استعماله . ثم يهلك محل الالتزام المترتب على أحد العاقدين . كما إذا تعلق الأمر ، مثلاً . ببيع منزل أو بقرة بالعربون . وتهدم المنزل أو نفقت البقرة . حالة كون الميعاد المحدد لمباشرة خيار العدول باقياً لم ينقض . ومن غير أن يباشر هذا الخيار . فإذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

لم يعرض قانوننا المدنى لحكم الحالة التى نحن بصدددها (٢) . ولكن هذا

(١) راجع فى الشرط الجزائى وأحكامه المواد ٢٢٣ إلى ٢٢٥ مدنى .

(٢) كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يحكم هذه الحالة ، وهو نص المادة ٢/١٥٣ منه ، الذى جاء يقضى بأنه : « ٢ - ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد المتعاقدين مسئولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو بانقضاء بينهما » . وحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء ع . (راجع عمدة الأثرل التحضيرية ج ٢ ص ٨٠ و ٨١) .

الحكم ليس بالأمر العسير . فمن شأن القواعد القانونية العامة أن تقودنا إليه في يسر وفي غير عناء .

ففي مثل الحالة التي نحن بصدددها ، يتعين التفرقة بين ما إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزامات راجعة إلى فعل يعزى إلى المتعاقد الذي له خيار الرجوع ، كما إذا قام هذا بذبح البقرة المبيعة أو هدم المنزل ، فاستحال عليه بذلك ، ونتيجة فعله . الوفاء بالتزامه . وبين ما إذا كانت تلك الاستحالة ناشئة بسبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه ، كما إذا نفقت البقرة قضاء وقدرأ . أو تهدم المنزل بزلزال .

فإن كان الأمر الأول . أي كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل يعزى إلى المتعاقد صاحب خيار الرجوع ، اعتبرت تلك الاستحالة في حكم العدول عن العقد ، فلا يكون للمتعاقد الآخر أكثر من قيمة العربون المتفق عليه . فلا يكون له حق في التعويض عما عساه أن يدعيه من ضرر ناجم له بسبب هلاك الشيء . ذلك لأنه كان على هذا للمتعاقد الآخر أن يتوقع من غريمه أن يرجع عن العقد ، إعمالاً لخيار العدول الثابت له . فكأن ثمة ضرراً لم ينله . ثم إنه يمكن القول بأن قيام المتعاقد بهلاك الشيء ، إذا كان هو الذي أهلكه بنفسه ، يعتبر منه مباشرة ضمنية لخياره في العدول . على أن الحكم الذي وصلنا إليه هنا لا يسرى بطبيعة الحال . إلا إذا وقعت استحالة تنفيذ الالتزام في الفترة التي يكون فيها خيار الرجوع قائماً لم يزل . فإن زال خيار الرجوع . وصار العقد بالتالي إلى بتاته ، ثم وقعت استحالة تنفيذ الالتزام بخطأ المتعاقد ، أثقلتة المسؤولية وفقاً للقواعد القانونية العامة .

أما إذا كان الأمر الثاني ، أي كانت استحالة تنفيذ الالتزام المترتب عن العقد راجعة بسبب أجنبي عن المتعاقد لا يد له فيه . فإن الحكم يكون واضحاً لا صعوبة فيه . إذ أن العقد هنا ينفسخ بقوة القانون ، إعمالاً للقاعدة العامة التي تضمنتها المادة ١٥٩ مدني ، الأمر الذي يؤدي إلى وجوب إرجاع العاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها عند إبرام العقد . فيلتزم من ثم المتعاقد الذي قبض العربون برده إلى دافعه .

ويأخذ حكم الفسخ العقد بالنسبة إلى وجوب رد العربون بمن قبضه .
التاسخ أو التقايل الذي يتفق عليه المتعاقدان . فن شأن التماسخ أو التقايل
أو الإقالة إلغاء العقد بأثر رجعي . واعتباره كأن لم يكن . الأمر الذي يستلزم
إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد .

٩١ - التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي :

عرف الفقه الإسلامي بدوره التعاقد بالعربون . ولجأ إلى تنظيمه على نحو
سائع ومقبول . وإن اختلفت أحكامه باختلاف مذاهبه . وإذا كان الاتجاه
السائد . في الفقه الإسلامي . هو صحة التعاقد بالعربون في ذاته . إلا أن
الخلاف قد ثار . تحت ظله . حول أثر الاتفاق على ضياع العربون على
دافعه إذا ما باشر خيار الرجوع في العقد . فالمالكية وإن أجازوا التعاقد
بالعربون . إذا كان من شأنه أن يعطى للعائد خيار الرجوع .
إلا أنهم لا يقرون الاتفاق على أنه يفقد العربون . إذا ما باشر خياره هذا .
وإلا وقع العقد فاسداً . وسند هذا الرأي عند أصحابه أن النبي . عليه صلوات الله
وسلامه . قد نهى عن بيع العربان : اعتباراً بأنه غرر وأكل المساء بالباطل .
أما الحنابلة . فهم يميزون التعاقد بالعربون . حتى في الحالة التي يتفق فيها
على ضياع العربون على صاحبه عند تكبوله عن الصمقة . وهم يدافعون عن
رأيهم بمقولة إن الحديث المروي في النهي عن بيع العربون هو حديث
ضعيف في نسبته إلى الرسول .

٩٢ - التعاقد بالمزايدة :

الغالب في واقع حياة الناس أن يتم التعاقد بالممارسة . ولكن يحصل
مع ذلك ، في أحوال كثيرة ، وعلى الأخص في البيع والإيجار . أن يتم
التعاقد عن طريق المزايدة ، سواء أحتملها القانون . كما هو الشأن في بيع
أو إيجار الأموال الخاصة للدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ،
وفي بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبري عليها نتيجة عدم وفائه بديونه ،
أم التجأ إليها المتعاقدان طوعاً واختياراً . كما إذا نظم شخص مزاذاً

يجريه بنفسه أو بوساطة آخر ينوب عنه في إجرائه لبيع منقولاته أو عقاراته أو تأجيرها

وإذا تم التعاقد بطريق المزايدة ، توجب بيان حكمه . ويتركز بيان حكم هذا النوع من التعاقد في تحديد ما يعتبر إيجاباً . وفي مدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه ، وأخيراً في تحديد الوقت الذي ينعقد فيه العقد . . .

وقد جاءت المادة ٩٩ تنظم البيع بالمزايدة وهي في ذلك تقول : « لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزااد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا » . .

ومؤدى هذا النص أن الإعداد للمزااد وافتتاحه لا يعتبران إيجاباً . فهما لا يعدوان أن يكونا مجرد دعوة إلى التعاقد . فإن لبست تلك الدعوة . بأن تقدم شخص إلى المزااد وأدلى بعطائه فيه . كان عطائه هذا هو الإيجاب (١) و (٢) .

وهكذا نجد أن قانوننا المصري ، بين التزعتين اللتين قامتا في الفكر القانوني بصدد هذا النوع من التعاقد . ينحو منحى التزعة التي ترى الإيجاب في العطاء الذي يتقدم به المتزايد . تاركاً التزعة الأخرى التي ترى الإيجاب متمثلاً في الإعداد للمزااد وفتححه . اعتباراً منه أنهما لا يعدوان أن يكونا من قبيل الدعوة إلى التعاقد .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدي . التي أصبحت بعد شيء من التعديل في الصياغة ، المادة ٩٩ من القانون ، ما يأتي : ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجرى بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الثمن ليس في منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول ، فلا يتم إلا برسو المزااد . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذي يرى في افتتاح المزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولاً . .

(٢) انظر : نقض مدني ٩ يناير ١٩٦٤ طعن ٢٨/١١٢ ق مجموعة أحكام النقض ص ٦٨ قاعدة ١٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن افتتاح المزايدة ، ولو على أساس سعر معين ، لا يعتبر إيجاباً . فالإيجاب يكون من جانب المتزايد بالتقدم بالعطاء ، ولا يتم القبول إلا بإرساء المزااد .

ويعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً ، ولو كان مصحوباً بتأمين تقدم به صاحبه وأخذه منه مجرى المزااد ، لأن التأمين يعتبر شرطاً للتقدم بالعطاء ، ولا يعتبر أخذه قبولاً إياه ينعقد به العقد^(١) . كما أن العطاء يعتبر مجرد إيجاب ، ولو كان هو الأكبر ، ولو أدى إلى سقوط غيره من العطاءات الأخرى الأقل منه^(٢) .

وعطاء المزايد - وإن اعتبر إيجاباً - إلا أن صاحبه يبقى ملتزماً به إلى حين تقدم مزايد آخر بعطاء أفضل ، أو إلى أن يقفل المزااد ، دون أن يرسى على أحد ، إذا كان عطاؤه هو الأفضل ، وذلك ما لم يظهر من ظروف الحال أن المتزايد أراد ألا يبقى مقيداً بعطائه . أو أن المتعاقدين اتفقا على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزااد^(٣) . وهذا الحكم يتمشى مع قصد المتعاقدين . فن يتقدم بعطائه دون تحفظ يريد بذلك بالضرورة أن يبقى عطاؤه قائماً ، ويظل ملتزماً به إلى أن يتقدم متزايد آخر بعطاء يفوقه . أو إلى أن يرسى المزااد عليه إذا كان عطاؤه هو أفضل عطاء . فهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً للأصل العام الذى قرره المادة ٩٣ ، والذى مؤداه أن يقع الإيجاب ملزماً . إذا اقترن

(١) انظر حكم محكمة النقض المشار إليه فى الهامش السابق . وقد جاء فيه أن دفع التأمين شرط لازم للدخول فى المزايدة ، وقبول الوزارة (الهيئة التى أجرى المزااد لصالحها) هذا التأمين لا يتمتع بها من أن تستعمل حقها فى رفض العطاء المقدم من دافعه ، ولو كان هو العطاء الأخير .

(٢) انظر نقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ ، طعن ٣٤/٥٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٩٥٧ قاعدة ١٥٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه وإن كان تقديم عطاء يزيد على العطاءات السابقة عليه يترتب عليه طبقاً للمادة ٩٩ من القانون المدنى سقوط العطاء الأقل ، إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين مقدم العطاء الأعلى وبين الداعى للمزايدة ، لأن التقدم بالعطاء ، ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ، ليس إلا إيجاباً من صاحب هذا العطاء ، فلا بد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزااد عليه من يملكه .

(٣) أنظر نقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « إذا كان المطعون ضده (الداعى للمزااد) قد أثبت فى محضر جلسة المزايدة الأخيرة أنه قد قرر إخضاع المزايد بقراره خلال ثلاثة أيام . . . ووقع الطاعن (صاحب العطاء الأخير) على هذا المحضر بعد هذه العبارة ، فإنه يكون بذلك قد قبل مد الأجل المحدد أصلاً (للداعى للمزااد) فى تأتمة شروط المزايدة لاستعمال حقه فى القبول أو الرفض ... » .

بمعاد للقبول . فإن كان من الممكن لهذا المعاد أن يجي صريحاً ، فإنه قد يستخلص دلالة من الظروف .

وبمجرد أن يتقدم شخص بعطاء يزيد على عطاء سابق . يسقط هذا العطاء السابق . حتى لو وقع العطاء الجديد باطلاً (١) ، أو تقرر رفضه أو إلغاؤه أو الرجوع فيه أو أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد (٢) . وذلك ما لم يتضح من الظروف أن النية قد انصرفت إلى غير ذلك . والسبب في ذلك أنه يفترض في صاحب العطاء الأول أنه يريد ، أن يبقى عطاؤه هذا قائماً إلى حين التقدم من آخر بعطاء أفضل ، دون مانظر إلى قيمة هذا العطاء الأخير في ذاته أو إلى مصيره . فإن حصل هذا العطاء الأفضل . انتهى المعاد الذي حدد لبقاء الأصغر قائماً . من غير أن يكون قد لحقه القبول ، فيزول . على أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد إعمال لإرادة المتزايد . أخذاً بالغالب . فإن اتضح أن المتزايد ارتضى غيره . عمل برضائه . لأن مرد الأمر إليه (٣) .

وإذا كان العطاء الذي تقدم به المتزايد هو الأفضل . بمعنى أنه لم يتقدم آخر بعطاء يفوقه . بقي العطاء الوحيد الذي يتضمن إيجاباً قائماً ينتظر القبول

(١) ومثال العطاء الباطل ذلك الذي يتقدم به قاض أو محام بشأن شراء حق متنازع فيه ، إذا كان الاختصاص بنظر هو النزاع يدخل في ولاية المحكمة التي يعمل في دائرتها (المادة ٤٧١ مدني) . ومثال العطاء الباطل أيضاً ذلك الذي يتقدم به مجنون .

(٢) وقد جاء في مذكورة المشروع التمهيدى : « ويراعى أن العطاء الذي تلحق به صفة القبول وفقاً لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلاً ، أو قابلاً للإبطال ، ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة . فإدام ان تقدم بالعطاء هو الإيجاب ، فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء المعاد المحدد . أما المعاد في هذا الفرض ، فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ، ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضى بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر ، أو إقفال المزاد دون أن يرسو على أحد (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٥) .

(٣) وهذا ما يحدث بالفعل في الزيادات أو المناقصات داخل مفاوضات . فالمتزايد أو المناقص هنا لا يعلم بالعطاءات المتقدمة من غيره ، إلا بعد البت النهائي في الأمر . ومن ثم يستعصى القول بأنه أراد أن يقيد بقاء إيجابه إلى حين تقديم عطاء آخر أكبر أو أقل . ويكون التفسير المنطوق هو أنه أراد أن يبقى إيجابه قائماً حتى إرساء المزايدة أو المناقصة . ومن ثم فيجوز أن يقع القبول على أى عطاء . دون أن يكون لصاحبه أن يحتاج بوجود ما يزيد عليه أو ينقص عنه .

ولا يتم القبول هنا بمجرد إقفال باب المزاد ، بل بتقرير إرسائه على صاحب العطاء (المادة ٩٩) .

فمن الجائز أن يرفض العطاء الأخير : وهما يقلل المزاد ، دون أن يكون قد أرسى على أحد ، فلا ينعقد العقد . اعتباراً بأن الإيجاب لم يلحقه قبول : كما أن العطاء الأخير يعتبر مرفوضاً أيضاً ويسقط ، إذا أقيمت المزايدة دون أن ترسى على صاحبه .

والأصل أن للداعي للمزاد أن يرفض العطاء ، ولو كان هو الأفضل أو الأخير . دون أن يكون من شأن ذلك أن يحمله بالمسئولية . ذلك لأنه موجب له . وللموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه . دون أن يكون عليه معقب . بيد أنه إذا اتضح هنا من الظروف أن من أجرى المزاد لصالحه قد أخطأ . بعدم إرسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول . بعد أن دعا إليه . قامت مسئوليته على أساس العمل غير المشروع . والتزم بالتعويض . وقد يرى القاضي أن خير ما يفعله هو تقرير التعويض العيني . فيحكم باعتبار الصفقة قائمة مع من تقدم بالعطاء الأكبر .

وإذا تضمنت قائمة المزاد شرطاً يعطى منظمه الحق في رفض العطاء . وقع هذا الشرط صحيحاً . على أن يكون المتزايد قد علم به . أو في الأقل كان في مكنه أن يعلم به . وتؤدي صحة هذا الشرط إلى انتفاء الخطأ عن الداعي للمزاد ، إذا رفض أي عطاء . حتى لو كان هو الأكبر ^(١) . وهذا ما يفسر لنا

(١) انظر نقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أنه متى كان المتزايد « قد قبل دخول المزايدة على أساس قائمة شروط المزايدة التي تعوى النص على تحويل المظنون ضده (الداعي للمزاد) الحق في قبول أو رفض أي عرض دون إبداء الأسباب . ووقع عليها بما يفيد علمه بما تضمنته ، فإن يكون قد ارتضاء ، ويكون المظنون ضده (الداعي للمزاد) إعمالاً لهذا الشرط مطلق الحرية في رفض أي عطاء ولو كان هو العطاء الأخير دون أن يطلب منه إبداء سبب مشروع لهذا الرفض . . . ومن ثم فلا وجه لما يستند الطاعن (المتزايد) إلى المظنون ضده (الداعي للمزاد) من تبسب قوامه أنه لم يبد سبباً مشروعاً يبرر رفض عطائه وما يؤسس على ذلك من أحقيته في التعويض » .

ما جرى عليه العمل من ذبوع يتضمن قوائم المزايدات شرطاً يقضى بأن
لمن يجرى المزاد لصالحه قبول أو رفض أي إعطاء ، بدون إبداء الأسباب .
ويلاحظ أنه إذا كان من مقتضى شروط المزاد وجوب المصادقة على
إرسائه من شخص محدد أو من هيئة معينة . كما هي الحال في بيع وإيجار
أموال الدولة ، فإن المزاد لا يعتبر أنه قد أرسى إلا إذا حصل ذلك التصديق .
على أنه إذا حصل التصديق على إرساء المزاد عند لزومه ، اعتبر العقد منعقداً
من تاريخ رسو المزاد . وبمعنى أدق من تاريخ علم المتزايد بإرساء المزاد
عليه (١) .

وإذا تم إرساء المزاد . قام العقد في اللحظة التي يتصل فيها هذا الإرساء
بعلم من أرسى عليه . وهنا لا يكون أمام هذا الأخير . ولا أمام من أجرى
المزاد لصالحه . إلى النكوص عن العقد سبيل . ما لم يتفق على غير ذلك
أو يقض القانون بخلافه . أما قبل أن يتصل إرساء المزاد بعلم صاحب العطاء .
فيكون لمن أجرى المزاد لصالحه أن يرفض عطاء المتزايد . أما المتزايد نفسه
فلا يسوغ له النكوص . إذ أنه بتقديمه عطائه هنا . يعتبر أنه تقدم بإيجاب

(١) قارن. نقض ٢٩/١٠/١٩٦٨ طعن ٤٤٧/٣٤ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٢٨٧
قاعدة ١٩٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « مفاد نصوص المواد ٨ و ١٧ و ١٨ من لائحة
شروط بيع أملاك الميرى الخرة (بيع أموال الدولة الخاصة) الصادرة في ٣١ أغسطس ١٩٠٢
أن بيع أملاك الحكومة الخاصة المطروحة في المزايدة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على
البيع من وزارة المالية . ولا يعتبر رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجاباً صادر من الرأى
عليه المزاد » . وهذا الحكم من محكمة العليا سديد تماماً في خصوص قوله إن القبول في المزاد
الذي يلزم فيه التصديق من هيئة عليا على رسو لا يتم إلا بحصوله . ولكنه جانب السوابق في
قوله إن رسو المزاد لا يعتبر في مثل هذه الحالة إلا إيجاباً . فرسو المزاد هنا أيضاً يعتبر قبولاً .
كل ما في الأمر أن القبول يعتبر معلقاً على شرط واقف هو حصول التصديق من يملكه ، ومن ثم
لا يعتبر تاحاً إلا بحصوله . إن قدر له أن يكون . وهذا الذي ذهبنا إليه هو الذي يتفق مع مقتضى
المادة ١٨ من اللائحة المشار إليها نفسها . حيث إنها جاءت تقول : « كل بيع يلزم أن يتصدق
عليه من نظارة (وزارة المالية : ...) . وليس للاختلاف في التأصيل هنا أهمية عملية بالنسبة إلى
انقضاء العقد ذاته ، فهو لا يقوم في الحالتين كليهما إلا بحصول التصديق . ولكن تلك الأهمية
تظهر في تحديد تاريخ انقضاء العقد . فهذا التاريخ يرجع ، وفق قضاء المحكمة ، إلى وقت حصول
التصديق ، في حين أنه يرتد ، في الرأى الذي ذهبنا إليه ، إلى وقت رسو المزاد .

مقترن بميعاد ممدد للقبول ، هو ذلك الذى يتطلبه إرساء المزاد والإخطار به .
والإيجاب المقترن بميعاد للقبول هو إيجاب ملزم كما قلنا مراراً .

ويلاحظ فى النهاية ، أن التعاقد يتم فى بعض الأحيان عن طريق المناقصة .
كما يحصل غالباً فى الاتفاق مع المهندسين أو المقاولين بشأن إقامة المباني
وغيرها من المنشآت الحكومية . والمناقصة ما هى إلا مزايدة فى تخفيض
المقابل الذى يستحقه المتعاقد نظير العمل الذى يلتزم به . ولذلك يسرى عليها
ما يسرى على المزايدة ، بمعناها الضيق ، من أحكام^(١) .

٩٣ - المزايدة أو المناقصة داخل مظروفات :

الأصل فى المزايدة أن تحصل علناً ، فيعرف كل من يشترك فيها بالعطاء
الذى يتقدم به غيره . وهذا ليس هو الحاصل فى كل الأحوال . فكثيراً
ما تقع المزايدة أو المناقصة من غير أن يعلم من يشترك فيها بعطاءات غيره .
وهذه هى المزايدات أو المناقصات داخل مظروفات ، التى يغلب أن تلجأ إليها
الدولة وغيرها من الأشخاص العامة الأخرى فى مشروعاتها الكبرى .

والمزايدة أو المناقصة داخل مظروفات هى بالأساس مزايدة . ومن ثم
تسرى عليها فى الأصل أحكام المزايدة التى بينها فيما سبق . ويستثنى من
هذه الأحكام ما تقتضيه سرية العطاءات المتمثلة فى عدم علم المتزايد أو المتناقص
بعطاء غيره . ومؤدى ذلك اعتبار المتزايد أنه لم يعلق بقاء عطائه على عطاءات
الآخرين ، وإنما هو يفترض فيه أنه بتقديمه عطائه داخل مظروف ، أراد
أن يبقى عطائه هذا قائماً إلى أن تفض المظروفات ويتقرر إرساء المزاد
أو المناقصة ، ومن غير أن يتأثر عطائه هذا بما عساه أن يكون غيره قد تقدم
به من عطاءات أخرى . وهكذا يكون للداعى للمزاد أو للمناقصة أن يتخير

(١) انظر حكم استئناف الكويت ١٠ يناير ١٩٧٠ ، مجلة القضاء والقانون س ١٤١ ص ٤ .
وقد جاء فى هذا الحكم أن : « المناقص يلتزم بعطائه وقت تصديره (الصحيح وقت اتصاله بعل
صاحب المشروع) ، ويعتبر تقدمه به إيجاباً ملزماً له . إلا أنه من ناحية أخرى لا يعتبر متعاقداً
ولا يترتب له أى حق قبل الدولة (صاحبة المشروع) ، إلا من تاريخ التصديق على العقد » .

من العطاءات المقدمة ما يراه له أصلح ، دون أن يتقيد بقيمة أى منها ، وذلك كله ما لم يتفق على غيره ، أو يقض القانون بخلافه .

٩٤ - التعاقد بالمزايدة في الفقه الإسلامى :

التعاقد عن طريق المزايدة ، في الفقه الإسلامى ، جائز قانوناً ، ولا غبار عليه ديناً ، وعلى الأخص بالنسبة إلى البيع : حيث يسمى « بيع المزايدة » أو « بيع من يزيد »^(١) . وذلك ما لم تكن المزايدة صورية قد قصد بها التواطؤ على رفع الثمن^(٢) .

ويتفق حكم بيع المزايدة في الفقه الإسلامى مع حكمه في القانون المدنى المصرى فى أن فتح المزايدة يعتبر دعوة إلى التعاقد : وإن تقدم المتزايد بعطاءه هو الذى يعتبر إيجاباً ، وأن التعاقد لا يتم إلا بإرساء المزايدة من صاحبها . الذى تكون له الحرية فى إجرائه وبالتالى إتمام العقد . أو الامتناع عنه ، حيث

(١) ويجب عدم الخلط ، فى الفقه الإسلامى بين بيع المزايدة ، وبين ما يسمى « بيع المستام » . فالأول يقوم على عرض السلعة للبيع عن طريق المزايدة فى ثمنها ، بحيث إن البائع لا يقبل البيع إلا من يتقدم بالعطاء الأكبر . وهذا النوع من البيع جائز فى الفقه الإسلامى قانوناً وديناً . بل إن بعض الفقهاء نظروا إليه نظرة استحسان ، اعتباراً بأنه « بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه (التزلى ج ٤ ص ٦٧) » . أما بيع المستام ، فيقصد به فقهاء المسلمين الحالة التى يبيع الشخص بالفعل سلعة لآخر ، ثم يتقدم ، بعد حصول البيع ، رجل يعرض على البائع أن يشتري هو . دون المشتري الأول ، السلعة بإغرائه بثمن أكبر ، أو يتقدم فى الصورة العكسية ، رجل يعرض على المشتري أن يبيعه هو ، دون البائع الأول ، نفس السلعة بثمن أقل ، أو بنفس الثمن سلعة أحسن . وبيع المستام يقع صحيحاً قانوناً . ولكنه مكروه ديناً ، إعمالاً لقوله ، صلوات الله عليه : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه » وقوله أيضاً : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه » .

(٢) وهذا ما يطلق عليه ، فى الفقه الإسلامى ، النجش (بفتح النون والجيم) . والنجش مكروه ، إذا قصد به تفضيل المشتري ودفعه إلى الشراء بأكبر من ثمن المثل . ولكنه غير مكروه إذا قصد به رفع ثمن السلعة إلى ثمن المثل . أما عن أثر النجش فى بيع المزايدة ، فقد اختلفت بصدده المذاهب الإسلامية . فأهل الظاهر يقولون إن النجش يجعل المزايدة فاسدة . أما المالكية فتجعل للنجش حكم العيب ، فيكون المشتري بالخيار إن شاء رد السلعة على صاحبها ، وإن شاء أمسكها . أما الحنفية والشافعية ، فلا يجعلون للنجش أثراً قانونياً على البيع ، الذى يظل صحيحاً برغم النجش ، الذى يبقى اثماً دينياً على الناجش والبائع .

يعتبر إيجاب المتزايد مرفوضاً بفض مجلس المزايدة ، أو مايسمونه « مجلس المناذاة » . كما يتفق الفقه الإسلامى مع قانوننا المدنى المصرى بالنسبة إلى وقوع العطاء ملزماً لصاحبه ، بحيث يمتنع عليه الرجوع عنه فترة من الزمن ، خلافاً للأصل العام فى الفقه الإسلامى الذى يمنح الموجب : بمقتضى خيار الرجوع أن يعدل عن إيجابه ، طالما أنه لم يلحقه قبول . كل ما هنالك أن فقهاء المسلمين قد اختلفوا فى مدى بقاء العطاء ملزماً لصاحبه . فرأى البعض أن العطاء لا يبقى قائماً إلا لحين التقدم بعطاء أزيد (وهو نفس الحكم الذى يقول به قانوننا المدنى المصرى) . فى حين أن البعض الآخر رأى أن العطاء الأكبر لا يسقط العطاء الأصغر . بل يظللان قائمين جنباً إلى جنب . بحيث يكون لرب المزايدة أن يتخير من بينهما ما يريد^(١) . على أن الفقه الإسلامى شأنه فى ذلك شأن القانون المعاصر تماماً . يجعل للإرادة المشتركة للعاقدين : وفق ما تبين من ظروف الحال ومن عادة الجهة . القول الفصل فى هذا المجال .

٩٥ - التعاقد بالإذعان أو عقد الإذعان :

الأصل فى التعاقد أنه يتسم ، فى إجراءاته . بحرية النقاش والمساومة . بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة فى أن يجعل الآخر يرتضى أفضل الشروط بالنسبة إليه .

وهناك ضرب من العقود يشذ عن هذه القاعدة . فلا تكون هناك مساومة أو نقاش فى شروطها . وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط سلفاً . ويعرضها على جمهور الناس ولا يكون أمام من يريد إبرام الصفقة إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة ، بحيث إن قبوله إياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ والإذعان منه إلى المشيئة الحقة والرضاء الخالص . من هنا أتت تسمية هذه العقود بعقود الإذعان^(٢) .

(١) انظر فى ذلك الخطاب ، ج ٤ ص ٢٣٧ .

(٢) ويرجع اصطلاح « عقد لإذعان » فى أصل نشأته إلى الأستاذ الكبير السبورى (راجع مؤلفه : الوسيط ج ١ طبعة ٢ ص ٢٤٥ هامش ١) . وهو يقابل الاصطلاح الفرنسى *contrat d'adhesion* أى عقد الانضمام أو عقد التسليم ، اعتباراً بأن أحد طرفى العقد ينضم إلى إرادة "طرف الآخر" أو يسلم بإرادته . والاصطلاح العربى جاء موقفاً . لأنه يفيد أن قبول أحد الطرفين لا يأتى عن مشيئة كاملة ، وإنما نتيجة الرضوخ والإذعان لإرادة الطرف الآخر .

وعقود الإذعان^(١) نتاج لنمط الحياة التي يعيشها عصرنا . إن لم يكن في أصل وجودها . ففي هذا الوجود ذاته . ثم في كثرتها وشيوعها . فهي . في مجموعها ، ظاهرة جديدة اقتضتها المدنية الحديثة . فالأقدمون لم يعرفوها . ولم تتناولها شرائعهم ، وإن عرفوا أصل وجودها المتمثل في الاحتكار ، وعادوه وحاربوه^(٢) . وقد بلغت عقود الإذعان من الحداثة أن الاصطلاح الذي تعرف به . سواء في فرنسا أو في مصر أو في غيرها من بلادنا العربية الأخرى ، لم يشق وجوده إلا في السنين الأولى من القرن الذي نعيش فيه .

وقد نشأت عقود الإذعان . في الفكر القانوني المعاصر ، نتيجة الوضع الاقتصادي المتمثل في قيام قوى هائلة . باتت تتحكم في أرزاق الناس . أو في ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو من حاجات أو خدمات لازمة . وقد توصلت إلى هذا التحكم في الأرزاق أو ضروريات الحياة ومتطلباتها عن طريق الاحتكار أو ما يقربه من إضعاف أثر المنافسة . وقد ساعد على ذلك أن مدنية العصر اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة أصبحت من لوازم الحياة . حال كونها تتطلب لأدائها مجهودات كبيرة وأموالاً طائلة . لا تستطيع القيام بها إلا مشروعات ضخمة ذات قوى هائلة . يغلب ألا تجد لها منافساً . وإن وجدته هادنته . لتتوافق معه على توحيد شروطها في تقديم الخدمات . الأمر الذي يضعف أثر المنافسة بينها ، إن لم يزله كلية . ومن هذه الحاجات . أو الخدمات . على وجه الخصوص ، تقديم الضروريات المترتبة كالمياه والكهرباء والغاز . والنقل أرضياً كان أم بحرياً أم جواً . والعمل في المشروعات الكبرى . والتأمين . وغيرها كثير .

وكان من نتيجة تسلط القوى الهائلة على السلع والخدمات اللازمة لحياة

(١) انظر في عقود الإذعان : عبد المنعم فرج الصده ، عقود الإذعان في التشريع المصري ،

رسالة مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(٢) ولقد كانت الشريعة الإسلامية ، كدأبها في السبق إلى كل ما هو خير ، سباقة إلى خدابة الاحتكار ومعاداته والعمل على وقاية الناس من شروره وآثامه . وفي ذلك يقول عليه أفضن صلوات الله : الجالب مرزوق والمحتكر ممنون » . ويقول « لا يحتكر إلا خاطئ » .

الجمهور . أنها دأبت ، في تعاملها مع أفرادها بشأنها ، على أن تقتصر بأن تعرضها عليهم . بشروط تضعها هي : ولا تقبل منهم مناقشة فيها ، وليس هؤلاء إلا أن يقبلوها جملة أو يرفضوها جملة ، وبعبارة أخرى . ليس لهم إلا أن يأخذوا أو يدعوا . وهكذا عرف عالم القانون ضرباً جديداً من ضروب التعاقد . يأبى المساومة ويمنع النقاش ، ويقوم بين طرفين ، أحدهما بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادي أو الاجتماعي ، والثاني — بالغة مابلغت قوته في ذاتها — ضعيف أمامه . لا يملك ، لشدة حاجته إلى التعاقد معه ، إلا أن يسلم بشروطه ويرضخ لإرادته ويدعن لمشيئته .

وقد أورد قانوننا المدني المصري الأحكام التي أراد أن يخص بها عقد الإذعان في ثلاثة نصوص متباعدة : الأول هو نص المادة ١٠٠ في شأن القبول الذي ينعقد به العقد . والثاني هو نص المادة ١٤٩ الذي يمنح القاضي سلطة الإعفاء من الشروط التعسفية الذي قد يتضمنها العقد . والثالث هو نص المادة ١٥١ / ٢ في شأن تفسير العبارات الغامضة في العقد . وكان أولى بالمشرع أن يورد أحكام عقد الإذعان في موضع واحد . منعاً للتشتت والتناثر ^(١) .

٩٦ - خصائص عقد الإذعان :

يتميز عقد الإذعان بخصائص ثلاث أساسية ^(٢) ، هي الآتية :

(١) وهذا ما فعله القانون المدني الكويتي حيث نظم عقد الإذعان باعتباره إحدى الصور التي يتم عليها التعاقد ، وأورد أحكامه في موضع واحد ، وخصه بالمواد ٨٠ و ٨١ و ٨٢ منه .
(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للمادة ١٤٥ من المشروع التمهيدى ، التي أصبحت بعد تعديين طفيف في الصياغة ، المادة ١٠٠ من القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٨ و ٦٩) .
وقد جاءت هذه المذكرة تستعرض خصائص عقود الإذعان قائلا : « وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة إلى المستهلكين أو المتفعين . والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق ، احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متائلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصانع البريد والتليفونات والتلفرافات أو مع شركات التأمين » .

١ - أن يتعلق بسلعة أو خدمة مما يعتبر من الضروريات الأولية ، ليس بالنسبة إلى فرد بعينه ، وإنما بالنسبة لجمهرة الناس ، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم . دون أن يلحقهم الأذى أو الضيق ^(١) . وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا مسألة واقع . وتدخل بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية .

٢ - أن يكون أحد العاقدین محتكراً السلعة أو الخدمة . سواء أكان احتكاره هذا قانونياً أو فعلياً ، أو أن تكون . فى الأقل . المنافسة بينه وبين غيره ، فى تقديم تلك السلعة أو الخدمة . محدودة ضيقة النطاق .

٣ - أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررّة سلفاً ولا يقبل نقاشاً فيها .

هذه هى الخصائص أو الصفات التى تتميز بها عقود الإذعان ^(٢) . وهى عقود كثيرة الشبوع . وتزداد يوماً بعد يوم : نتيجة تطور الوضع

(١) انظر فى وجوب أن يتعلق عقد الإذعان بالمصالح الأولية للجمهور : نقض ١٢/٣/١٩٧٤ ، مجموعة النقض س ٢٥ ص ٤٩٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أن السلع الضرورية التى تكون محلاً لعقود الإذعان « هى التى لا غنى للناس عنها » ، والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونون فى وضع يضطرون إلى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة » .

(٢) انظر فى خصائص عقود الإذعان ، نقض ١٢ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٤٩٢ قاعدة ٨٠ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شركة النصر لصناعة السيارات أعلنت عن إنتاج سيارة نصر ١٣٠٠ ، وعرضت على الجمهور أن يقوم من يريد شرائها بالحجز لدى موزعيها مع دفع المبلغ من الثمن ، وذكرت فى الإعلان أن إتمام إجراءات التعاقد متوقف على موافقتها . تقدم أحد أعضاء مجلس الدولة بحجز سيارة لدى أحد الموزعين ، ولكنه لم يحظ مع ذلك بالسيارة ، فرفع دعوى اختصم فيها الشركة المنتجة والشركة الموزعة ، وأسس دعواه على أن السيارة تعتبر من لوازم الحياة وأن الشركة المنتجة تحتكر إنتاجها ، وأن عقد بيع السيارة له يعتبر من ثم عقد إذعان ، وأن إعلان الشركة المنتجة عن حجزها يعتبر منها إيجاباً بالبيع ، وأن تقديمه بالحجز مع دفع مقدم الثمن يتمثل منه قبولاً ينعقد البيع به . أما عما ورد فى الإعلان من أن تمام إجراءات التعاقد يتوقف على موافقة الشركة المنتجة ، فقد قال عنه إنه شرط تعسقى تملك المحكمة إعفاءه منه إعمالاً للمادة ١٤٩ . وقد تجاوبت محكمة الموضوع مع المدعى فيما ذهب إليه . ولكن محكمة النقض نقضت الحكم على أساس أن العقد هنا لا يعتبر =

الاقتصادي الذي أخذ يؤدي إلى نشأة مؤسسات أو هيئات أو شركات أو حتى أفراد يتحكمون في الجمهور ، بتسلطهم على السلع والخدمات الحياتية التي لا يستطيع عنها غناء . ومن أمثلة عقود الإذعان عقد النقل الذي تبرمه هيئة السكك الحديدية أو غيرها من شركات النقل المشترك أو شركات الملاحة أو الطيران . وعقد العمل الذي تبرمه الشركات والمؤسسات الكبرى . وعقد التأمين : وعقد الاشتراك في التليفون : وعقد الاشتراك للتزود بالكهرباء : وغيرها كثير .

وتوافر الخصائص السابقة لازم لاعتبار العقد من عقود الإذعان . فإن لم تتوافر مجتمعة . ما اعتبر العقد من بينها . وما أخذ بالتالي حكمه (١) .

= عقد إذعان لتخلف الخصائص التي يتميز بها . وقد جاء في هذا الحكم : « لما كان من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المستفيدين ، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب من أي الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة ، وكانت السلع الضرورية هي التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصاحهم بدونها ، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة ، وكان مجرد انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما أو الاتجار فيها لا يعد بذاته احتكاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم في شأنها من عقود الإذعان ، ما لم تكن السلعة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم .. » . وهذا الذي ذهب إليه الحكم سديد تماماً . فالتعاقد في خصوصية الدعوى لا يعتبر من قبيل التعاقد بالإذعان . لأن السيارة لا تعتبر من ضروريات الحياة في مجتمعنا . ثم أن الاحتكار غير قائم . لأن السيارات الأخرى متوافرة في السوق . وعلى ذلك يعتبر الإعلان الذي وجهته شركة النصر مجرد دعوة إلى التعاقد ، في حين يعتبر طلب الحجز هو الإيجاب ، فلا ينقذ العقد إلا بموافقة الشركة المنتجة . كما هو وارد في إعلان الحجز . انظر في خصائص عقد الإذعان أيضاً : نقض ١٩٥٤/٥/٢٢ . مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٧٨٨ قاعدة ١١٩ . وقد خلص الحكم . بعد أن استظهر خصائص عقود الإذعان ، إلى أن عقد الأشغال العامة لا يعتبر منها .

(١) وقد قضى بأن عقد الأشغال العامة لا يعتبر من قبيل عقود الإذعان (نقض ١٩٥٤/٥/٢٢ السابقة الإشارة إليه) وهذا القضاء سديد . فضلاً عن الطبيعة الإدارية لعقد الأشغال العامة ، فإن جهة الإدارة وإن كانت هي التي تضع مسبقاً شروط العقد ولا تقبل عادة نقاشاً فيها ، إلا أنها لا تحتكر الأعمال التي يمكن للمقاولين أن يباشروها ، فضلاً عن عدم تمثلها أموراً ضرورية حياتهم . وقضى أيضاً بأن ترخيص مصلحة الجمارك لإحدى الشركات بتشغيل معمل لإنتاج =

٩٧ - الطبيعة القانونية لعقد الإذعان :

لقد كان من شأن إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي ورضوخه لمشيئته أن تثار، في فرنسا وفي غيرها من دول أخرى كثيرة مخاوف، الخلاف عنيماً حاداً حول طبيعة عقد الإذعان ذاتها . وهو خلاف تركيز حول ما إذا كان عقد الإذعان يعتبر عقداً . وبالتالي تسرى في شأنه أحكام العقود بوجه عام . أم أنه لا يعتبر كذلك . وقد انقسم الفقهاء بصدد هذه المسألة . فهاجم فكرة العقدية فريق منهم . أكثرهم من فقهاء القانون العام . وبينهم بعض أفذاذهم . مثل دينجى Duguít وهريو Hauriot . ولكن معهم أيضاً بعض أفذاذ القانون الخاص مثل Salleilles . وناصر فكرة العقدية فريق آخر من الفقهاء . أغلبهم من فقهاء القانون الخاص . بل ومن عمالقتهم . من أمثال دموج Demogue وريبير Ripert وأسمين Esmein وكابيتان Capitant : دون أن يتجردوا بدورهم عن مناصرة بعض كبار فقهاء القانون العام أنفسهم لرأيهم . من أمثال لوبادير De Laubadere . أما القضاء في فرنسا فلم ينفك قط عن أن يسير في فلك العقدية في عقد الإذعان وكذلك فعل قضاؤنا المصرى تحت ظل قانوننا القديم .

وقد أثر القانون المدنى الحالى أن يحسم هذا الخلاف العنيف الحاد حول عقود الإذعان . فناصر فكرة العقدية في صددتها ، قاضياً . في المادة ١٠٠ منه بأن « القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » .

وقانوننا المدنى ، بإيراده الحكم الذى ضمنه المادة ١٠٠ ، يغلب الرأى السليم . الذى ناصره القضاء دوماً ، فضلاً عن كثرة من الفقهاء . وقد راعى

= المشروعات الكحولية بشروط معينة تشتمل التزامات على الشركة وحدها لا يعتبر من قبيل التعاقد بالإذعان ، لأنه ليس عقداً أصلاً . وإنما قرار إدارى ، ومن ثم « فلا يجوز التحلل من أحكامه بدعى أنها جائرة وإن قبول الطاعة (الشركة) لها تم بطريق الإذعان ، إذ أن الإستثناء الوارد في المادة ١٤٩ من القانون المدنى في شأن عقود الإذعان خاص بالعقود المدنية ، ولا يسرى على القرارات الإدارية » .

في ذلك أن الطرف المذعن . ولو كان في مركز اقتصادي أو اجتماعي أضعف بكثير من غريمه . ولو أن رضائه يأتي على صورة التسليم بشروطه والإذعان لمشيئته . إلا أنه مع ذلك رضاء قائم وكاف لقيام العقد . فالظروف التي تحيط بالطرف المذعن والتي تلح عليه في إبرام العقد والرضوخ لإرادة الطرف الآخر والتسليم بشروطه لاتصل . في حد ذاتها ، إلى مرتبة الإكراه : الذي من شأنه أن يؤدي إلى إبطال العقد . ثم إن علاج رضوخ الطرف المذعن لإرادة غريمه والتسليم بشروطه من غير مناقشة فيها لا يتمثل في رفض فكرة العقدية في ذاتها . وإنما في حماية هذا الطرف الضعيف عندما تقتضيها المصلحة واعتبارات العدالة . وهو الأمر الذي عمد المشرع بالفعل إليه في المادتين ١٤٩ و ١٥١ / ١ . على نحو ماسيجي بعد قليل .

٩٨ - كيف يتم التعاقد بالإذعان :

يتم التعاقد في عقود الإذعان بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة ، ثم قبول من الطرف المذعن .

فالإيجاب هو عرض السلعة أو الخدمة من صاحبها على من يشاء من الجمهور . وهو إيجاب مستمر . يتم وفق شروط موضوعة سلفاً ومنشورة على الناس . بحيث يستطيعون العلم بها . ويترتب على كون الإيجاب مستمراً . أنه إذا قبله أى شخص ، قام العقد نهائياً ، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحلل من إبرامه ، حتى إذا ما قعد عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ، انشغلت مسؤوليته التعاقدية . ولكن يلاحظ أنه في بعض الأحيان يقترن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تملئها طبيعة التعاقد ذاتها . بحيث لو أنها تخلفت . اعتبر الإيجاب غير قائم أصلاً . ومثال ذلك الإيجاب بالتأمين على الحياة الموجه للجمهور من شركات التأمين ، فهذا الإيجاب معلق بالضرورة على شرط أن يكون المؤمن على حياته خالياً من الأمراض التي تهدد الحياة . ومثال ذلك أيضاً الإيجاب الموجه من شركات الخطوط الجوية وشركات النقل على خلاف أنواعها ، فهذا الإيجاب معلق على شرط أن يكون هناك محلات شاغرة .

والإيجاب في عقود الإذعان على نحو ما آتينا عليه حالا . لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضى بأنه يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين ، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسي في التعاقد ، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال .

ويتم القبول ، في عقود الإذعان ، إذا جاء شخص وارتضى الإيجاب الموجه له ولغيره من أفراد الناس ، فينقذ العقد بمجرد أن يتصل رضاؤه هذا بعلم الموجب . ولا يحول دون اعتبار ارتضاء الإيجاب هنا قبولاً إياه من شأنه أن يقيم العقد . أن يكون قد انبنى من صاحبه على الرضوخ والإذعان لمشيئة الطرف الآخر . فهذا لا يمنع من كون العاقد قد أراد العقد ، وكان في وسعه أن يمتنع عن إبرامه . وعلى أية حال فالقانون يقنع بهذا النوع من الرضاء لذات انعقاد العقد . وأن رتب عليه آثاراً معينة . سندكرها فيما بعد . وهي آثار تسبغ حماية فعالة للطرف الذي جاء رضاؤه بالعقد عن رضوخ وإذعان لمشيئة غيره .

٩٩ - حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان :

إذا كان قانوننا المدني ، شأنه في ذلك شأن غيره من قوانين بعض البلاد الأخرى ^(١) ، قد اعتبر عقد الإذعان عقداً صحيحاً . واعتد فيه بتسليم الطرف المدعى لمشيئة الطرف الآخر على اعتبار أنه يصلح قبولاً بقيمه ، إلا أنه لم يغفل عن أنه يتميز بطبيعة خاصة ، تقوم على التفاوت الكبير بين مركز كل من طرفيه . حيث إن أحدهما يوجد ، من الناحية الواقعية . في مركز سيادة بالنسبة إلى الآخر ، سمح له بأن يملى عليه شروطه . ولم يكن لهذا المتعاقد الآخر إلا أن رضخ وأذعن لمشيئته . وقد أدى به هذا الاعتبار إلى أن يخص عقود الإذعان ببعض أحكام تستهدف حماية الطرف المدعى .

(١) انظر المادة ١٠١ مدني سوري ، والمادة ١٠٠ من القانون المدني الليبي ، والمادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١٧٢ من قانون الموجبات اللباني ، والمادة ٨٠ من القانون المدني الكويتي .

وتتمثل الحماية التي يسبغها القانون على الطرف الضعيف في عقود الإذعان . أى الطرف المذعن ، في مظهرين أساسيين ، هما الآتيان :

١٠٠ - أولاً : الحماية من الشروط التعسفية :

طالما أن عقد الإذعان هو في حقيقته من إعداد مقدم الخدمة أو السلعة الذى أملى شروطه على الطرف الآخر ، فإنه من الممكن له أن يتضمن شروطاً تعسفية جائرة بالنسبة لهذا الأخير . وكثيراً ما يفعل في الواقع . وهذا ما دعا الفكر القانوني إلى أن يعمل جاهداً في سبيل حماية الطرف المذعن من تلك الشروط . وقد جاء القانون المدني المصري يضمن الحماية بسخاء في هذا المجال . قاضياً في المادة ١٤٩ منه بأنه : « إذا تم العقد بطريق الإذعان . وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها . وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق يقع على خلاف ذلك » .

فالمظهر الأساسي للحماية التي يضيفها القانون على الطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذي من شأن أعمال ما قد يتضمنه العقد من شروط تعسفية أن يلحقه به . وذلك بتحويله الحق في أن يرفع الأمر إلى القضاء ، طالباً منه الحكم بتعديل تلك الشروط بما يرفع عنه إجحافها . أو بإعفائه كلية منها . وذلك على نحو ما تقتضيه العدالة .

وتعتبر الشروط تعسفية . إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل . وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم غير ذلك مناط بالقضاء^(١) .

(١) ويلاحظ أننا لو راعينا الأصل العام في مثل الحالة المذكورة في المتن ، لترجع القول بأن تقدير ما إذا كان الشرط الذي يتضمنه عقد إذعان معين هو شرط تعسفى أم أنه غير ذلك ، هو مسألة واقع ، يستقل بها قاضى الموضوع . دونما رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض . ولكن الفكر القانوني في فرنسا ، فقها وقضاء ، يميل إلى تحويل الرقابة على قاضى الموضوع بالنسبة إلى تفسير العقود التي لها صفة تنظيمية عامة ، كالعقود النموذجية وعقود الإذعان ، وهي العقود التي يقال عنها : « إنها عقود تنشئ في واقع الحال القانون الذي طبق في حالات عديدة وعلى أشخاص =

وتثبت حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية ، حتى لو كان يعلم بها وقت التعاقد : وشملها بالتالى رضاؤه . فهي لا تقف عند حد الشروط التي لم يثبت علمه بها . وإن جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بغير ذلك (١) .

= كثيرين . فن أجل توحيد القضاء ، في مثل هذه الحالات ، يتجه الفقه وأحكام النقض الفرنسية إلى تحويل الرقابة في شأن تفسير العقود لمحكمة النقض . ونحن من جهتنا لا يسعنا إلا أن نؤيد هذا الاتجاه ونباركه . راجع فيما سبق : نقض باريس مدنى ٤ مايو ١٩٤٢ ، D. C. ١٩٤٢ - ١٣١-١ وتعليق Besson وانظر أيضاً .

Marty, Distinction du fait et droit th. Toulouse 1929 no 158.

وإذا كان الفكر القانوني يميل إلى تحويل محكمة النقض الرقابة على قاضى الموضوع في شأن تفسير عقود الإذعان ، فإن تحويلها هذه السلطة أولى بالاتباع في شأن تقدير ما إذا كانت الشروط التي تنطوى عليها تعسفية أم لا ، لتعمل فيها سلطة التعديل أو الإعفاء .

(١) جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٧ من المشروع التمهيدى تقول : « فالأصل أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة ، ففي مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أقرت فيها . بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج في عقود الإذعان من الشروط الجائرة . فالالتجاء إلى التفسير يتعين بشأنها ، ولو كانت واضحة العبارة بينه السياق . فن واجب القاضى أن يتثبت في هذه الحالة مما إذا كان العاقد المذعن قد تنبه إلى هذه الشروط . فإذا استوثق من تنبه هذا العاقد إليها ، كما لو كان العاقد الآخر قد احتاط فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد في عقد مطبوع . تحم عليه إمضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات . أما إذا تبين أن العاقد المذعن لم يتنبه إلى الشروط الجائرة ، فعليه أن يستعدها وينزل على أحكام القواعد العامة - في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله ، متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه . فالإذعان لا يحتلظ بالإكراه . بل أن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغى للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يؤف من حماية الإذعان المذعن ينبغى أن يكون محلاً لأحكام تشريعية عامة - كما هو الشأن في حالة الاستغلال - أو لتشريعات خاصة . . . » .

والعبارة السابقة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة في أن سلطة القاضى المتمثلة في التعديل أو الإعفاء لا تكون إلا بالنسبة إلى الشروط التي لم يعلم بها الطرف المذعن . دون تلك التي علم بها . ومع ذلك فالرأى عندنا هو ما ذهبنا إليه في المتن . ذلك لأن تلك العبارة قد جاءت ليضاحاً لنص آخر مختلف تماماً عن النص الذي أورده القانون في المادة ١٤٩ . وذلك النص هو : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضى أن يجعل ذلك محلاً للتقدير » . وهو مختلف تماماً عن النص الذي تضمنته المادة ١٤٩ ، التي جاءت تعملي للقاضى =

وغنى عن البيان أن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها لا يجريه القاضى من تلقاء نفسه . إنما بناء على طلب الطرف المذعن . ويجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضى أعمال تلك الرخصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضى الموضوع . ولكنه لا يجوز له أن يطلب أعمالها لأول مرة أمام محكمة النقض : لأن التسك بها يتخالط مع واقع (١) .

والحق الذى يقرره القانون للطرف المذعن فى تعديل الشروط التعسفية التى يتضمنها العقد بما يرفع عنه إجحافها . أو فى إعفائه من تلك الشروط كلية ؛ هذا الحق يتعلق بالنظام العام . إذ أنه يستهدف حماية الضعفاء من الناس من جور القوى الاقتصادية الكبرى . وإذا كان ذلك : فإن الحق فى تعديل الشروط التعسفية أو فى الإعفاء منها يثبت للطرف المذعن . ولو اتفق على غير ذلك : إذ أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا (المادة ١٤٩ فى آخرها) .

ويلاحظ . فى النهاية : أن القانون . وهو يتيح للقاضى . بناء على طلب الطرف المذعن . أن يعدل الشروط التعسفية بما يرفع عن هذا الأخير إجحافها . أو يعفيه كلية منها : يلاحظ أن القانون . وهو يفعل ذلك : يخص عقود الإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضى سلطة تتجاوز إلى حد كبير

= سلطة تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وفقاً لما تقضى به العدالة . وذلك بغير تخصيص ولا تمييز بين الشروط التى يثبت علم الطرف المذعن بها ، وتلك التى يثبت فى خصوصها علم عنه . ولا تخصيص بغير مخصص . والواجب عدم الاعتداد أصلاً بعبارة المذكورة الإيضاحية . لأنها جاءت إيضاحاً لنص آخر غير النص الذى تضمنته المادة ١٤٩ .

(١) انظر نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ طعن ١٦٩/٣٦ ق . مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٣٠٥ قاعدة ٢١٤ . وقد صدر هذا الحكم فى شأن تفسير عقد الإذعان ، قاضياً بعدم جواز التسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأنه لا يسوغ تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المذعن . وهذا الحكم يسرى أيضاً بالنسبة إلى طلب الطرف المذعن تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها . ففى الحالتين كليهما يتطلب أعمال سلطة القاضى فى الإعفاء من الشروط التعسفية أو تعديلها أو فى التفسير على نحو لا يضر بمصلحة الطرف المذعن البحث عما إذا كانت خصائص عقد الإذعان متوافرة من عدمه وما إذا كانت شروط العقد جائزة من عدمه ، وذلك من أمور الواقع التى لا يجوز طرحها لأول مرة أمام محكمة النقض .

المألوف من سلطته . فهو يمنح القاضي هنا سلطة تعديل الشرط التعسفي بل وإهداره . إذا اقتضت منه ذلك العدالة وشرف العامل . وذلك في حين أن مهمة القاضي . وفقاً للقواعد العامة ، تقتصر . في شأن العقود ، على مجرد تفسيرها ، بغية إعمال حكم القانون فيها ، دون أن يترخص له في أن يجري تعديلاً فيها أو إهداراً لشروطها .

١٠١ - ثانياً : تفسير الشك في مصلحة الطرف المدعى :

لا تقف حماية القانون للطرف المدعى عند تخويله الحق في أن يطلب من القاضي تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد بما يرفع عند إجحافها . أو حتى إعفائه كلية من تلك الشروط ، حسب مقتضيات العدالة ، وإنما يقرر القانون له مظهراً آخر من مظاهر حمايته إياه . ويتمثل هذا المظهر الجديد في وجوب تفسير الشك ، إن وجد ، في مصلحة الطرف المدعى . وفي ذلك جاءت المادة ١٥١ / ٢ تقول : « ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى » .

ويلاحظ أن النص السابق جاء متسماً بسوء الصياغة . فهو يقول إن المحذور هو تفسير العبارات الغامضة بما يضر بالطرف المدعى . وليس ذلك هو المقصود بطبيعة الحال . إذ أن المقصود هو عدم تفسير الشك الذي تتضمنه العبارات الغامضة بعد أن يعتمد القاضي إلى تفسيرها للتعرف على مقصود العاقلين .

فإذا اتسم شرط من شروط عقد الإذعان بغموض . ولم تسعف طرق التفسير القاضي في تبديد هذا الغموض . وبقي ثمة شك فيما أراده العاقدان من عبارة الشرط ، وجب تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المدعى . وذلك دائماً وفي كل الأحوال ، حتى لو كان من شأن القواعد العامة أن تجعل تفسير الشك في مصلحة الطرف الآخر ، كما لو كان من شأن الشرط الذي لا بهه الشك أن يشدد من مسؤوليته عما تقضى بها القواعد العامة في القانون .

وكما هو الشأن بالنسبة إلى تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ،

لا يجوز للطرف المدعى أن يتمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك إضراراً به لأول مرة أمام محكمة النقض^(١).

(هـ) النيابة في التعاقد

١٠٢ - الأصل في التعاقد أن يتولاه أصحاب الشأن بأشخاصهم ، فيبرمونه بالأصالة عن أنفسهم . ولكن في كثير من الأحيان ، يبرم العقد لصالح شخص معين بوساطة آخر : يقوم مكانه في عقده . أو ينوب عنه في ذلك . وهذا هو التعاقد بطريق النيابة .

والنيابة في التعاقد نظام بالغ الأهمية في دنيا القانون . وترجع أهميته إلى شيوع الالتجاء إليه . في واقع حياة الناس . بل إنه في كثير من الأحيان . يتمثل أمراً ضرورياً ليس عنه غناء . ويحدث ذلك . على وجه الخصوص . بالنسبة إلى عديمي الأهلية وناقصيها . فالقانون لا يجيز لهؤلاء إبرام التصرفات كلها أو بعضها بذات أنفسهم . ولكنه يقدر مع ذلك أن مصلحتهم قد تقتضي إبرامها . وهنا تبرز النيابة كضرورة لإمكان إجراء تلك التصرفات عن طريقها . وحتى في الأحوال التي لا تتمثل فيها النيابة أمراً ضرورياً . كثيراً ما تظهر كنظام جليل الفائدة للناس . حيث يسهل عليهم أمور حياتهم . إذ يمكنهم من إجراء تصرفات قد يتعذر عليهم إبرامها بأنفسهم . لغيابهم عن مكان عقدها . أو لعدم إلمامهم بها . أو لكثرة مشاغلهم عنها . أو لأي سبب آخر .

ولما تنسم به النيابة من عظيم الأهمية . أولاها القانون المدني عنايته . وعمد إلى تنظيمها في إطار نظرية عامة^(٢) . تتضمن الأسس التي تقوم عليها . وتؤدي على هديها وظيفتها . وذلك في المواد من ١٠٤ إلى ١٠٨ منه .

(١) أنظر نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ السابقة الإشارة إليه .

(٢) لم يتناول الفقه الإسلامي نظام النيابة داخل إطار نظرية عامة . ولكنه عنى أشد العناية بـ (تعيينين هـ) . ونقصد بهما الولاية على مال عديمي الأهلية وناقصيها (نيابة قانونية) والوكالة (نيابة إتفاقية) .

وغنى عن البيان مدى الأهمية التي يتسم بها تنظيم القانون للنيابة في إطار نظرية عامة ، تتضمن أسسها وقواعدها العامة المشتركة . إذ أن صور النيابة تتعدد وتنشعب ، سيما وأن الفكرة التقليدية السائدة التي تنظر إلى الوكالة على اعتبار أنها تتمثل النيابة الاتفاقية في كل مظاهرها . أخذت تتزلزل في الفكر القانوني المعاصر . الذي بات يرى أن الوكالة . بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية . لاتعدو أن تكون بعضاً من كل . وإن كان بعضها الأغلب . وأن هناك صوراً أخرى غيرها للنيابة الاتفاقية . لاسيما في مجال النيابة عن الأشخاص الاعتبارية الخاصة . كالشركات والجمعيات ، حينما تحدد نظمها الأشخاص الذين تثبت لهم صفة النيابة عنها .

ونتناول النيابة ، بادئين بالتعريف بها وبيان أنواعها وتحديد مجال إعمالها . ونعرض بعد ذلك لتحديد سلطة النائب . ثم نتطرق إلى مقومات النيابة . لنعالج بعد ذلك آثارها وانتهائها . ولما كان من شأن إعمال فكرة النيابة إما كان أن يتعاقد الشخص مع ذات نفسه ، وجب أن نختم دراستنا لنظرية النيابة بالتعرض لهذه الحالة .

١٠٣ - التعريف بالنيابة :

النيابة ^(١) représentation نظام قانوني مؤداه أن تحل إرادة شخص معين ، يسمى النائب ، محل إرادة شخص آخر ، هو الأصيل . في إنشاء تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى الأصيل ، لا إلى النائب . وبعبارة أخرى شائعة في الفقه الإسلامي . النيابة هي قيام شخص مقام آخر في إجراء التصرف . فالذي ينشئ التصرف هنا هو النائب . وهو ينشئه بذات إرادته . ولكن آثار هذا التصرف لا تلحق النائب . وإنما تنصرف إلى الأصيل . إذ أن النائب . ولو أنه هو الذي يبرم التصرف . ويبرمه بذات إرادته . إلا أنه يبرمه باسم الأصيل ولحسابه . وهكذا يرى الأصيل نفسه . بالنسبة

(١) راجع في النيابة في التعاقد : جمال مرسى بدر ، النيابة في التصرفات القانونية . رسالة مقدمة لجامعة الإسكندرية سنة ١٩٥٤ .

إلى آثار التصرف ، كما لو كان هو الذى أبرمه بشخصه ، فى حين أنه فى الواقع لم يبرمه ، وإنما أبرمه عنه نائبه باسمه وحسابه .

١٠٤ - أنواع النيابة :

تنقسم النيابة ، بالنسبة إلى المصدر الذى يقرر وجودها ويرسم حدودها ، إلى نوعين أساسيين . يشمل أولهما النيابة الاتفاقية ، وينتظم ثانيهما النيابة القانونية^(١) .

فالنيابة الاتفاقية ، هى تلك التى يقرر الاتفاق وجودها ويعين حدودها . وحالتها الغالبة هى الوكالة . وإن لم تكن الوحيدة . فالوكيل نائب اتفاق عن الموكل ، لأنه يستمد نيابته عنه من عقد الوكالة ، فى الحدود التى يرسمها هذا العقد . ويعتبر نائباً اتفاقياً كذلك مدير الشركة أو الجمعية إذا استمد نيابته عنها بمقتضى عقد تأسيسها ، أو بمقتضى قرار تصدره .

أما النيابة القانونية ، فهى تلك التى يقرر القانون وجودها ويعين حدودها بطريق مباشر . وهذه هى حالة الولي والوصي والقيم ومدير التفليسة (السنديك) والحارس القضائي . ولا يغير من اعتبار النيابة قانونية أن يترك القانون فى بعض الأحوال للقاضي سلطة تعيين النائب ، كما هى الحال بالنسبة إلى الوصي والقيم والسنديك والحارس القضائي . وإن كان كثير من الفقهاء يطلقون على النيابة هنا اصطلاح « النيابة القضائية » . إذ أن دور القاضي هنا يقتصر على اختيار شخص النائب . أما تقرير مبدأ النيابة ذاتها ورسم حدودها ، فالقانون هو الذى يتولاهما بنفسه .

١٠٥ - مجال إعمال النيابة فى التعاقد :

القاعدة أنه يجوز التعاقد بطريق النيابة فى كل التصرفات القانونية كالبيع والإيجار والهبة والشركة ، إلى غير ذلك من كافة التصرفات الأخرى .

(١) وقد جاءت المادة ١٥٦ من المشروع التمهيدى تقول إن النيابة اتفاقية أو قانونية . وقد حذفت هذه المادة لوضوح حكمها (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٠ و ٩١) .

ولا يستثنى من هذه القاعدة ، إلا الحالات التى يستلزم فيها القانون أن يبرم الشخص التصرف بنفسه ^(١) . وهى حالات جد نادرة ^(٢) .

١٠٦ - سلطة النائب :

الأصل العام أن سلطة النائب تتحدد بمصدر نيابته ، وبعبارة أخرى بسند نيابته . فإذا كان القانون هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن على الأخص فى الولاية على أموال معدومي الأهلية وناقصيها ، تحددت سلطة النائب بما يقضى به القانون فى شأنها . وإذا ترك القانون للقاضى تحديد سلطة النائب ، وجاء الحكم يحددها ، فإن هذا الحكم هو الذى يرسم أبعادها . وإذا كان الاتفاق هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن على الأخص فى الوكالة . تعينت سلطة النائب بمقتضاه .

وإذا كان الأصل العام أن سلطة النائب تتحدد بسند نيابته بمعنى ، مصدرها ، فقد يحصل فى بعض الأحيان أن يعلن الأصيل فى الصحف أو فى نشرات أو إعلانات . أو فى غير ذلك كله من وسائل الإعلام ، عن سلطة نائبه فى إجراء التصرفات عنه ، بما يتجاوز فى الواقع ما حدده له سند نيابته ، أو يخطر بذلك شخصاً أو أشخاصاً معينين . فماذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

يجب هنا أن نفرق بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . ففى النيابة الاتفاقية يعتد بالضرورة بما يحى فى إعلان الأصيل أو إخطاره بما يتجاوز سلطة نائبه . مع عدم الإخلال بما يتطلبه القانون من شكلية عند لزومها .

(١) وقد كانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تتضمن هذا الحكم بقولها : « يجوز التعاقد بالأصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » . وقد حذف هذا النص فلم يأت فى القانون ، وذلك لوضوح حكمه (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٠ و ٩١ فى الهامش) .

(٢) ومن هذه الحالات فى القانون الفرنسى ، إبرام الزواج ، حيث إنه لا تجوز النيابة فيه ، قانونية كانت أم اتفاقية . انظر مؤلفنا ، الزواج فى القانون الفرنسى ، نبذة ٣٥ . أما فى الشريعة الإسلامية فالنيابة فى الزواج جائزة بنوعها .

ذلك لأن سلطة النائب هنا تستمد من الأصيل نفسه ، فإن عهد هذا الأخير إلى الإعلان أو الإخطار بما يتجاوزها ، فهو يلجأ بذلك إلى التوسعة فيها ، وهو أمر يملكه .

أما في النيابة القانونية ، وكذلك في النيابة القضائية (عند من يقول باستقلالها عن النيابة القانونية) ، فالأمر مختلف . ذلك لأن القانون أو حكم القاضي على حسب الأحوال ، هو الذى يرسم هنا حدود النيابة ، وليس إرادة أى شخص آخر . حتى ذلك الذى يتولى النائب مباشرة سلطة النيابة عنه . وهكذا فلو أعلن هذا الأخير أو أخطر بما يتجاوز المحدد قانوناً أو قضاءً من سلطات نائبه ، فإن ذلك الإعلان أو الإخطار لا يغير من الأمر شيئاً .

١٠٧ - مقومات التعاقد بالنيابة :

لكى يعتبر التعاقد حاصلًا بطريق النيابة ، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية يلزم توافر الأمور الأربعة الآتية :

- ١ - قيام النيابة .
- ٢ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف .
- ٣ - إجراء النائب التصرف باسم الأصيل ولحسابه .
- ٤ - التزام النائب في إبرامه التصرف حدود نيابته .

ونتناول كلا من هذه الأمور الأربعة بالتفصيل ، وذلك فيما يلي :

١٠٨ - أولاً : قيام النيابة :

لكى يعتبر التعاقد حاصلًا بطريق النيابة ، يلزم أولاً وبالبداهة أن تكون النيابة قائمة عند إجرائه . وهى تقوم : كما سبق لنا أن بينا ، إذا وجد لها سند ينشأ . سواء أكان هذا السند هو القانون (النيابة القانونية) أم الاتفاق (النيابة الاتفاقية) .

وعلى من يتعاقد مع من يدعى النيابة عن غيره أن يتثبت من نيابته ومن

حدودها ، وإلا عرض نفسه لعدم سريان التصرف الذى يجريه فى حق الأصل^(١) .

ولا يلزم أن يكون سند النيابة فى الشكل الذى يتطلبه القانون لإبرام التصرف الذى يتم عن طريقها : إن تطلب له شكلاً ما . وذلك ما لم يقض القانون بخلافه . فالشكلية استثناء من القواعد العامة . ومن ثم فهى لا تكون واجبة إلا حينما يتطلبها القانون . ولا يوجد فى القانون نص يفرض الرسمية لإنشاء سند النيابة على وجه العموم والشمول . وإن كان يغلب فى هذا السند بحكم طبيعته ذاتها أن يحجى فى الشكل الرسمى . كما إذا قامت النيابة نتيجة حكم صادر بتعيين وصى أو قيم أو سنديك أو حارس قضائى .

فإذا تطلب القانون شكلاً خاصاً لانعقاد العقد الذى يراد إبرامه عن طريق النيابة : كعقد الرهن الرسمى مثلاً . أو عقد الهبة أو عقد الشركة . فإنه لا يازم لقيام النيابة فى إبرام هذا العقد أن يكون سندها فى نفس الشكل . هذا هو الأصل . وإن كان ليس مطلقاً . إذ أنه يرد عليه استثناء أساسى هام فى خصوص الوكالة . حيث تقضى المادة ٧٠٠ مدنى بأنه : « يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة . ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . أما فى غير الوكالة : فالأصل أنه من الممكن للنيابة أن تقوم . ويقع التعاقد عن طريقها صحيحاً . دون ما ضرورة لأن يحجى سندها فى نفس الشكل الذى يتطلبه القانون لإبرام التصرف الذى يبرمه النائب عن أصيله . وتظهر أهمية هذا الحكم فى حالات النيابة التى تثبت بمقتضى تصرف قانونى فى غير حالات الوكالة . وعلى الأخص فى حالة

(١) انظر : نقض ١٤ إبريل ١٩٧٣ . طعن ٣٨/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٠٨ قاعدة ١٠٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الأصل فى قواعد الوكالة « إن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته . فإن قصر فعليه تفسيره . وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة . فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصل . ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالماً بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك » . وإذا كان هذا الحكم قد ورد فى خصوص الوكالة ، إلا أن مضمونه يسرى أيضاً فى كل صور النيابة الأخرى .

النيابة عن الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات والجمعيات . فلو أن عقد تأسيس شركة ، مثلاً ، علق قيام مديرها برهن عقاراتها على صدور قرار من مجلس إدارتها ، وصدر هذا القرار بالفعل . فإن قيام المدير بالرهن يقع صحيحاً ، حتى لو لم يأت ذلك القرار موثقاً بشكل رسمي . أو حتى لو كان عقد تأسيس الشركة نفسه غير وارد في الشكل الرسمي ، وذلك مادام الرهن ذاته قد أبرم في الشكل الرسمي بطبيعة الحال .

والأصل في النيابة . بحكم ذات طبيعتها أنها شخصية . فإن ثبتت لشخص معين ، ما كان له أن يمنحها لغيره . وذلك ما لم يقض القانون أو الاتفاق بخلافه .

١٠٩ - ثانياً : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

قوام النيابة وأساسها هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء التصرف القانوني . فالذي يبرم التصرف هنا هو النائب . وليس الأصيل . والنائب ، في إبرامه التصرف ، يعبر عن إرادته هو . ولا يعبر عن إرادة الأصيل ^(١) . وإرادة النائب ، هي التي تنجبه إلى إحداث الأثر القانوني المترتب عن التصرف . وهي التي ترتبه بالفعل ، وحدها إن كنا بصدد تصرف صادر من جانب واحد . وعلى إثر إقرارها بإرادة المتعاقد الآخر ، إن كنا بصدد تصرف صادر من جانبين ، أي عقد . كل ما في الأمر أن الإرادة هنا تتميز بأنها تنشئ الأثر القانوني ، لا في حق صاحبها . كما هي القاعدة العامة . ولكن في حق شخص آخر : هو الأصيل .

وإذا قلنا إن أساس النيابة هو أن النائب ، حينما يبرم التصرف عن الأصيل . إنما يعبر عن إرادته هو ، كان طبيعياً أن نستلزم في النائب : توافر

(١) وهذا واضح تماماً في أغلب تطبيقات النيابة القانونية ، حيث إن الأصيل في بعضها يكون معدوم الإرادة تماماً ، وفي بعضها الآخر يكون إدراكه ناقصاً . فيأت القانون ويجعل له نائباً يبرم له التصرف ، وتحل في إبرامه إرادة النائب محل إرادة الأصيل . ولكن الحكم يسرى أيضاً في كافة مظاهر النيابة الأخرى ، حتى الاتفاقية منها .

الإرادة . فمن تنعدم عنده الإرادة . كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه . لا يصلح لإجراء التعاقد بالنيابة عن غيره . كما أنه لا يصلح لإجرائه بالأصالة عن نفسه . وفي الحالتين . يقع تصرفه باطلا .

وإذا وصلنا إلى أنه يلزم في النائب : لكي يقع تصرفه عن الأصيل صحيحاً . أن تتوافر فيه الإرادة ، فإن تطبيق القواعد العامة يؤدي إلى عدم ضرورة توافر الأهلية عنده . إذ أن الأهلية لا تستلزم في الشخص . إلا عند إجرائه تصرفاً من شأنه أن يترتب أثراً قانونياً يلحق ذات نفسه . والأثر الذي يترتب على التعاقد الذي يحصل بطريق النيابة . لا يلحق النائب الذي يجريه . وإنما ينصرف إلى الأصيل : كما سيحى بعد قليل . ومن هنا كانت الأهلية غير ذات موضوع في مجالنا . وهكذا يسوغ . كقاعدة عامة : لأي من ناقصي الأهلية ، مادامت الإرادة متوفرة عنده ، كالصبي المميز والمجنون عليه للسفه أو للغفلة : أن يتعاقد بالنيابة عن غيره ^(١) . ويكون عقده هنا صحيحاً ، حتى لو كان من شأن هذا العقد ، لو أنه أبرمه عن نفسه . أن يقع باطلاً أو قابلاً للإبطال .

وإذا كانت القواعد العامة في النيابة لا تختم في النائب توافر الأهلية ، فإن القانون يستلزم فيمن يتولى النيابة القانونية عن غيره توافر الأهلية بالنسبة إلى شئون نفسه . وهذا هو ما تقضى به المادة ٢ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المسال بالنسبة إلى الولي ، حيث جاء فيها : « لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية ، إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » . وهو ما تقضى به أيضاً . بالنسبة إلى الوصي والقيم . المادتان ٢٧ و ٦٩ من القانون السابق ، حيث تنصان على وجوب أن يكون كل منهما عدلاً كفؤاً ذا أهلية .

بيد أن ما يقضى به القانون من وجوب توافر الأهلية بالنسبة إلى من يتولى النيابة القانونية . لا يقدح في سلامة الحكم الذي يقضى بعدم ضرورة توافر

(١) انظر في هذا الاتجاه : السبوري ، المرجع السابق نبذة ٨٧ - أحمد حشمت أبو ستيت ،

نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد نبذة ١٢٦ - جمال ذكي المرجع السابق ، نبذة ٥٦ .

الأهلية في النائب . باعتبار أنه ينهض مبدأ عاماً . ويمكن التمشي مع هذا المبدأ في النيابة الاتفاقية . كالكالة . حيث يترك اختيار النائب لإرادة الأصيل . فإن وكل الأصيل شخصاً آخر : في إجراء تصرف معين ، وأجراه الوكيل بالفعل . وقع التصرف صحيحاً . حتى لو كان الوكيل عند إجرائه غير أهل لإبرام تصرف يماثله في حق نفسه . مادامت الإرادة متوافرة لديه ^(١) .

يخلص مما سبق أن أساس النيابة هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إجراء التصرف . بحيث إن النائب يعبر هنا عن إرادته هو . وبحيث إن إرادته هذه هي التي تنشئ التصرف . وهي التي ترتب الأثر القانوني المتولد عنه . أو تسهم في ترتيبه مع إرادة المتعاقد الآخر ، على حسب الأحوال . وينتج عن ذلك أنه يلزم ، لاعتبار الشخص نائباً عن غيره في إجراء التعاقد . أن يكون له بعض من حرية التقدير في شأنه . إن لم يكن له كله . حتى يتاح لإرادته أن تظهر وتعمل . فإن انعدمت حرية التقدير لدى الشخص . بحيث كان مجرد أداة لنقل إرادة الأصيل إلى الطرف الآخر ما اعتبر نائباً . بل مجرد رسول . والفارق جد كبير بين الاثنين . كما سيجي بعد قليل .

وإذا كانت إرادة النائب هي التي تنشئ التصرف الذي يتم عن طريق النيابة . وجب أن نعتد بهذه الإرادة ذاتها . دون إرادة الأصيل . لتحديد ما إذا كان الرضاء بهذا التصرف قد قام صحيحاً ، أم أنه قد لحقه الفساد . بسبب أن عيباً قد شابه . وكذلك الشأن بالنسبة إلى تحديد حسن النية أو سوءها ، حيث يجب النظر فيهما إلى شخص النائب : لا إلى شخص الأصيل . وفي ذلك تقضى المادة ١٠٤ في فقرتها الأولى بأنه : « ١ - إذا تم العقد بطريق النيابة . كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة . أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة . أو افتراض العلم بها حتماً » .

(١) انظر : استئناف وطني ٨ يونيو ١٩١٥ . المجموعة الرسمية س ١٦ ص ١٤٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه يجوز نالفيه المحجور . عليه أن يكون وكيلاً عن الغير . ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه وإنما باسم موكله .

فعند النظر فيما إذا كان الرضاء الذى قام على أساسه التعاقد الحاصل بطريق النيابة قد وقع صحيحاً أم أن عيباً قد شابه . يجب أن نعتد أساساً بإرادة النائب . دون إرادة الأصيل .

فإن كانت إرادة النائب قد تعيبت . نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وقع الرضاء فاسداً . وكان العقد بالتالى قابلاً للإبطال . حتى لو كان الأصيل نفسه لم يقع ضحية للعيب . فإذا اشترى الوصى . مثلاً . ساعة لحساب قاصره . معتقداً أنها من الذهب الخالص . في حين أنها في الحقيقة من الفضة المطلاة بالذهب . تعيبت إرادته بالغلط . وكان العقد قابلاً للإبطال على أساسه . على فرض توافر شروط إعماله . حتى لو كان القاصر ، وهو الأصيل في التعاقد والذي تنصرف إليه آثاره ، لم يقع في الغلط . بأن كان على بيئة من حقيقة الساعة . ويسرى نفس الحكم . لو أن الوصى كان ضحية للتدليس ، أو للإكراه أو للاستغلال ، دون القاصر .

أما إذا كان الأصيل هو الذى وقع ضحية لعيب من عيوب الرضاء . حالة كون النائب الذى أجرى عنه التصرف . لم يقع في هذا العيب . فإن الرضاء يعتبر سليماً ، والعقد بالتالى يقوم صحيحاً . كأصل عام . فلو أن الوصى ، في المثال السابق سرده ، كان عالماً بحقيقة الساعة التى اشتراها لحساب قاصره . ولكن هذا القاصر هو الذى وقع في غلط ، بأن كان يعتقد أن الساعة من الذهب الخالص . فإن الرضاء بالبيع يعتبر سليماً . والعقد بالتالى صحيحاً . ولا يعتد بما وقع فيه القاصر من غلط .

وما قلناه بشأن عيوب الإرادة يسرى على حسن النية أو سوءها أو على تطلب العلم أو الجهل ببعض الظروف . فإن استلزم القانون . لترتيب أثر معين أن يكون المتعاقد على علم ببعض الظروف الملازمة أو على جهل بها . فلنأخذ كقاعدة عامة ، نتقصى هذا العلم أو ذاك الجهل في شخص النائب . لا في شخص الأصيل . فيلزم . مثلاً . لصحة البيع ، أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، وإلا كان للمشتري طلب لإبطال البيع (المادة ٤١٩

مدني (١) . فإذا اشترى الولي شيئاً نيابة عن قاصره ، وجب تطلب العلم بالمبيع في الأول دون الثاني (٢) .

يخلص مما سبق أنه ، اعتباراً بأن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف ، وأنها هي التي تبرمه دون إرادة الأصيل ، فإنه يتوجب تقصي عيوب الرضاء في شخص النائب . دون الأصيل . بيد أن هذا الحكم ليس مطلقاً ، إذ أنه يتقيد بعض الشيء في النيابة الاتفاقية . وذلك في الحالة التي يتصرف فيها النائب الاتفاق وفقاً لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل . ففي هذه الحالة . يمتنع على الأصيل . في حدود تنفيذ تعليماته ، أن يتمسك بجهل نائبه أموراً كان يعلمها هو ، أو كان مفروضاً فيه حتماً أن يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الأصيل من عيوب . وفي ذلك تقضي المادة ١٠٤ / ٢ بأنه : « ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » (٣) .

(١) والحكم الذي أورده المادة ٤١٩ مدني والذي يتطلب لصحة عقد البيع أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً يتوافق مع ما يقول به الفقه الإسلامي ، الذي هو من بعد تقنين لقول الرسول عليه أفضل صلوات الله : « من اشترى شيئاً لم يره ، فله الخيار إذا رآه » . (٢) والمجلة تقول بحكم مماثل حيث تعتبر رؤية الوكيل بمثابة رؤية الأصيل مسقطاً لخيار الرؤية (المادة ٣٣٣) ، بخلاف رؤية الرسول (المادة ٣٣٤) .

(٣) وحكم المادة ١٠٤ بفقرتيها الأولى والثانية مستوحى من نص المادة ١٦٦ من القانون الألماني . ثم وجد النص المصري مكانه الرحب في المدونات العربية الأخرى التي نقلت عنه ، كالقانون السوري (المادة ١٠٥) ، والقانون الليبي (المادة ١٠٤) ، والقانون الأردني (المادة ١١١) . وجاء القانون المدني الكويتي بحكم مماثل ، وذلك في المادة ٥٦ منه ، وإن أدخل على صياغة الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مصرى تعديلاً هاماً ، وذلك من ناحيتين . فأورد أن حكمها يخص من تنشأ نيابته بمقتضى اتفاق ، بدلاً من القول بأن حكمها يخص الوكيل . لأن النيابة الاتفاقية في الحقيقة أعم من الوكالة ، وفق ما يذهب إليه الفكر القانوني المعاصر ، الذي أخذ يعزف عن الفكرة التقليدية التي ترى في النيابة الاتفاقية مجرد وكالة . وفي هذا الخصوص . اتجه القانون الكويتي إلى المصدر الأصلي للنص المصري ، المتمثل في الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون الألماني ، حيث خصت حكمها من تعهد إليه النيابة بمقتضى تصرف قانوني . والتعديل الثاني الذي أورده المشرع الكويتي أنه ذكر وجوب الاعتداد بشخص الأصيل بالنسبة =

فلذا وكل شخص آخر ، مثلاً ، في شراء بيت معين لحسابه ، فإنه لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة البائع بأن وكيله لم يكن يعلم بالبيت الذي اشتراه له . إذا كان هو يعلم به . وإذا كان الموكل قد فوض وكيله في شراء البيت الذي عينه له في حدود ثمن معين ، واشتراه الوكيل بالفعل في حدود هذا الثمن . فإنه يمتنع على الموكل أن يتمسك بوقوع النائب في غلط في أمر من أمور المنزل ، إذا كان هو نفسه لم يقع في هذا الغلط . أما إذا كان الموكل في الحالة التي نحن بصدددها ، هو الذي وقع في الغلط ، أمكنه أن يتمسك بإبطال البيع على أساسه .

وليس في الحكم الذي ذكرناه حالاً خروج . في الحقيقة ، على الأصل العام القاضي بأنه يعتد بشخص النائب لا بشخص الأصيل في تقصى عيوب الرضاء وفي العلم أو الجهل بالأمور الخاصة . إذ أن من يتولى أمر التعاقد لحساب غيره ، لا يعتبر نائباً عنه . إلا في حدود ما يحىء فيه التعاقد تعبيراً عن ذات إرادته . فإن اقتصر أمره على تنفيذ تعليمات الأصيل . غلبت عليه ، في حدود تنفيذه تلك التعليمات . صفة الرسول ، لا النائب .

ويلاحظ أن مؤدى حرفية نص المادة ١٠٤ / ٢ أن يقتصر حكمه على علم الأصيل بظروف تجهلها وكيله . ومع ذلك ينبغي . لاتحاد العلة ، تعميم هذا الحكم على حالة وقوع الأصيل ضحية لعيب من عيوب الرضاء^(١) . إذ أن الوكيل ، في حدود تنفيذ تعليمات موكله . هو أقرب إلى أن يكون رسولا منه إلى أن يكون نائباً على نحو ما بيناه حالاً .

١١٠ - ثالثاً : إجراء التصرف باسم الأصيل ولحسابه :

رأينا ، فيما سبق . أساسين من أسس التعاقد بطريق النيابة ، يتمثل أولهما

= إلى عيوب الرضاء ، عندما لا يفعل النائب إلا تنفيذ تعليماته ، ولم يقتصر في ذلك على علم الأصيل ببعض الظروف أو افتراض علمه بها . وفي ذلك تجديد تفرضه الملائمة ويتفادى به عيب اتسمت به صياغة النص الألماني ، ومن بعده النص المصري وما تبعه من نصوص عربية أخرى (راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي فيما جاء فيها تعليقاً على المادة ٥٦ منه) .

(١) « انظر في هذا الاتجاه : حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ١٢٧ » .

في قيام النيابة في ذاتها . ويتمثل الثاني في حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف . والأساس الثالث لذلك النوع من التعاقد هو إجراء النائب التصرف باسم الأصيل وحسابه .

فن أسس النيابة أن يتعاقد النائب باسم الأصيل وحسابه . أي بصفته نائباً عنه . ولا يكفي أن يضمّر النائب هذا الأمر . بل يجب أن يعلنه للشخص الذي يتعاقد معه وقت التعاقد . أو في الأقل أن يكون هذا الأخير عالماً به حينئذ من أي طريق آخر . أو مفروضاً فيه حتماً أن يعلم به . فإذا لم يعلن النائب لمن يتعاقد معه . عند التعاقد : أنه يتعاقد معه بصفته نائباً : ولم يعلم هذا الطرف الثاني بذلك من طريق آخر . ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم به . فإنه لا يجبر على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل . ما لم تنتف مصلحته بالكلية في تجاهله . بأن كان يستوى لديه أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل . أو بينه وبين النائب بصفته الشخصية . وفي ذلك تقضى المادة ١٠٦ بأنه : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً . فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً . إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » .

فإذا لم يعلن النائب . عند التعاقد . لمن يتعاقد معه أنه يتعاقد بوصفه نائباً عن أصيله . ولم يعلم المتعاقد معه حينئذ بصفته هذه من طريق آخر ، ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بذلك وفقاً لظروف الحال : فإن هذا الأخير . كأصل عام . لا يجبر على الاعتداد بوصف النيابة . ولا يجبر بالتالي على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل . وعلة هذا الحكم واضحة تماماً . فطالما أن المتعاقد مع النائب لم يعلم بأن شريكه في العقد قد أبرمه معه بوصفه نائباً عن أصيل معين . ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بهذا الأمر . فإنه لم يقصد بالضرورة التعاقد مع هذا الأصيل . وإنما أراد أن يكون التعاقد بينه وبين النائب بصفته الشخصية . ومن هنا كان حقه في تجاهل الأصيل . وعدم اعتبار العقد قائماً معه . إذا أراد ذلك بطبيعة الحال .

يخلص من كل ماسبق أنه يلزم . لاعتبار التعاقد حاصلًا بطريق النيابة ، أن يبرم النائب العقد باسم الأصيل وحسابه .

وإذا كانت القاعدة هي أنه يتوجب على النائب أن يعلن لمن يتعاقد معه . عند إبرام العقد . أنه يبرمه باسم الأصيل وبوصفه نائباً عنه : إلا أنه يرد على هذا الأصل الاستثناءان الآتيان :

١ — إذا كان الشخص الذي تعاقد معه النائب عالماً ، عند التعاقد . بأن هذا الأخير قد تعاقد معه بهذه الصفة ، أو في الأقل كان من المفروض حتماً أن يعلم بذلك . ومثال هذه الحالة أن يذهب شخص إلى محل تجارى ، فيشتري سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخدمييه . فهنا يعتبر المستخدم أنه قد أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل التجارى . وإذا أن المشتري كان يعلم عند الشراء بصفته هذه . أو في الأقل كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم بها . وهكذا فالعلم من المتعاقد الآخر بالنيابة . أو حتى كون الظروف تملى عليه حتماً أن يعلم بها ، يقعان بمثابة إخطاره بها من النائب .

٢ — إذا كان يستوى عند من تعاقد مع النائب أن يعتبر التعاقد حاصلًا معه هو . أو مع الأصيل . ومثال هذه الحالة أن يزعم شخص شراء منزل أو أرض بصفته ولياً عن ابنه القاصر . ويبرم الشراء بالفعل . دون أن يعلن للبائع صفته هذه ، في هذه الحالة : إذا كان البائع قد قبض الثمن كاملاً . فإنه يستوى لديه أن يكون التعامل حاصلًا بينه وبين الابن أو بينه وبين الأب . فإذا أراد هذا الأخير أن يكون التعاقد حاصلًا لحساب ابنه . كان له ماأراد . وحق له إلزام البائع على أن يجاريه فيه . إذ أنه لا مصلحة هنا للبائع في عدم التجاوب مع الأب فيما أراده . ولادعوى بلا مصلحة .

١١١ — وإذا لزم . لاعتبار التعاقد حاصلًا بطريق النيابة . أن يكون النائب قد أعلن لمن أجرى التعاقد معه بأنه يعمل باسم الأصيل وحسابه : أو كان هذا الأخير عالماً بالنيابة من طريق آخر . أو كان مفروضاً فيه حتماً أن يكون عالماً بها : إذا لزم ذلك . خرجت عن نطاق النيابة الحالة التي

يريد فيها شخص إبرام صفقة معينة لنفسه . دون أن يظهر بشخصه كطرف فيها فيتفق مع آخر على أن يبرمها باسمه (باسم هذا الآخر) ، على أن تنصرف آثارها إليه هو بطريقة أو بأخرى . وهذه حالة التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار ^(١) prète-nom . ومثال هذه الحالة أن يريد زيد شراء أرض من غير أن يظهر كمشتري لها ، فيلجأ إلى بكر . ويتفق معه على شراء هذه الأرض باسمه (باسم بكر) ، على أن تنصرف آثار الشراء إليه هو (إلى زيد) ؛ فهنا لا يعتبر التعاقد ، بالنسبة إلى البائع ، حاصلًا بطريق النيابة . ويسوغ له أن يتجاهل زيدا ، ويصر على اعتبار بكر هو المتعاقد معه بصفته الشخصية دونه ، ما لم يستو لديه أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين بكر أو بينه وبين زيد .

ولا يعتبر كذلك تعاقدًا بطريق النيابة ذلك الذى يجريه الوكيل بالعمولة ^(٢) . وذلك فى علاقته مع من يجرى التعاقد معه . برغم أنه يجريه لحساب الموكل .

(١) و (٢) على أنه يلاحظ فى التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار من ناحية ، وفى الوكالة بالعمولة من ناحية أخرى ، أن الخروج عن نطاق النيابة لا يكون إلا بالنسبة إلى من يتعاقد مع من يعبر اسمه أو مع الوكيل بالعمولة . أما فى العلاقة بين من يعبر اسمه ومن يستعيره ، أو فى العلاقة بين الوكيل بالعمولة ووكيله ، فالنيابة تعتبر قائمة ويعمل بها فى حقهما ، الأمر الذى يتعين معه على من يعبر اسمه أو على الوكيل بالعمولة أن ينقل آثار التصرف الذى يجريه مع من يتعاقد معه إلى من استعار اسمه أو إلى من وكله . وهكذا توجد النيابة هنا بين النائب والأصيل وحدهما ، دون الغير الذى يتعاقد النائب معه . ولما كانت هذه النيابة القاصرة المحدودة لا تكون إلا فى حالة النيابة الاتفاقية المشتملة أساساً فى الوكالة ، ولما كانت تلك الوكالة لا تظهر لغير طرفيها ، فقد جرى الفقه والمضاء على تسميتها بالوكالة المستترة . انظر فى خصوص التعاقد بالاسم المستعار : نقض ١٩ أكتوبر ١٩٧٦ ، طعن ٤٥٨/٤٠ ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٤٦٧ قاعدة ٢٧٨ . وقد جاء فى هذا الحكم « أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره ، لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصيلاً ، ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ، ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد . وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة المسافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل ، وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر » . ويلاحظ أن الشطر الأخير من عبارة الحكم غير صحيح . فالمتعاقد مع صاحب الاسم المستعار لا يلزم بأن ينصرف أثر العقد بينه وبين من يستعيره إلا إذا أراد هو ذلك ، إذ أن الفرض أنه يجهل الوكالة . وانظر أيضاً نقض ٢٦ نوفمبر ١٩٦٤ ، طعن ٣٠/١٧ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ١٠٧٣ قاعدة ١٥٨ . =

فى نظير عمولة يقتضيها منه . لأن الوكيل بالعمولة يجرى التصرف مع العملاء باسمه هو شخصياً ، وليس باسم الموكل .

١١٢ - أثر عدم إعلان النائب صفته :

رأينا أن يلزم ، لاعتبار التعاقد حاصلًا بطريق النيابة ، أن يعلن النائب لمن يتعاقد معه ، عند التعاقد ، أنه يبرم العقد باسم الأصل وحسابه . بوصفه نائباً عنه ، أو أن يكون المتعاقد معه عالماً بذلك أو مفروضاً فيه أن يعلم به حتماً أو أن يستوى لديه أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب بشخصه أو بينه وبين الأصل ، اعتباراً بأنه لا دعوى بلا مصلحة . وإذا حصل شيء من ذلك توجب على من تعاقد معه النائب الاعتداد بالأصيل ، واعتبار أن التعاقد قد تم بينه وبينه . وتنصرف إليهما وحدهما بالتالى آثار العقد . دون النائب الذى تعتبر مهمته قد انتهت بإبرام العقد لحساب الأصل .

ولكن ما الحكم إذا لم يعلن النائب . عند التعاقد صفته ، ولم يعلم بها المتعاقد الآخر . ولم تكن ظروف الحال تفرض عليها أن يعلم بها حتماً . وكانت لمن تعاقد معه النائب ، بعد ذلك كله . مصلحة ظاهرة فى عدم اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصل ؟

القاعدة فى ذلك أنه إذا لم يكن المتعاقد مع النائب مجبراً على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصل ، ولم يرتضه . اعتبر التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب شخصياً . دون أن يكون للنائب أن يتمسك بانصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصل .

فى الحالة التى نحن بصدددها يكون لمن تعاقد مع النائب الخيار بين أمرين : فإما أن يرتضى أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصل . وإما أن

= وقد جاء فى هذا الحكم أن من يعبر اسمه ليس إلا وكيلًا لمن أعزده ، ولكن الوكالة مستترة . ومقتضى ذلك أن الصفقة تتم لمصلحة الموكل وحسابه ، فيكسب كل ما ينشأ من التعاقد من حقوق ، ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً . وانظر كذلك : نقض ١١ يناير ١٩٧٣ ، ط١٠ / ٢٨٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٧٣ قاعدة ١٤ .

يصر على أن يتجاهل الأصيل ، وأن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب باعتبار شخصه ، وليس باعتباره نائباً .

فإذا اختار المتعاقد مع النائب الأمر الأول ، فؤدى ذلك أنه يتجاوب مع إدعاء النائب بأنه تعاقد معه بوصفه نائباً عن الأصيل ، ومن ثم يقوم التعاقد بينه وبين الأصيل . وليس في هذا الأمر ما يستدعى الإيضاح ، اللهم إلا بيان أن اعتبار التعاقد هنا حاصلًا مع الأصيل . إنما يحى برضاء الطرف الثانى واختياره . دون ما جبر عليه في ذلك ، بخلاف الحالة التى يعلن فيها النائب صفته عند التعاقد . أو يكون الطرف الثانى عالماً بها حينئذ . أو مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بها ، أو حتى . كان يستوى لديه أن يكون المتعاقد معه هو النائب بشخصه أو هو الأصيل ، حيث يكون الطرف الثانى هنا مجبراً على أن يكون تعاقد مع الأصيل . وليس بخيراً فيه . على نحو ما سبق لنا بيانه . وأبرزته المادة ١٠٦ مدنى .

أما إذا لم يرتض المتعاقد مع النائب أن يكون تعاقد مع الأصيل ، جز له ذلك . وحق له أن يتمسك بقيام التعاقد بينه وبين النائب شخصياً . أى باعتبار ذاته . وليس بوصفه نائباً عن أصيله . وهذا هو خياره الثانى .

والحق إنه يمكن لهذه المسألة أن تترك مجالاً لبعض من الشك . ذلك لأنه قد يقال إنه إذا كان المتعاقد مع النائب قد قصد . فى حالتنا ، التعاقد مع النائب باعتبار ذاته . فإن النائب نفسه لم يقصد أن يتعاقد على هذا الاعتبار . ومن شأن هذه المقولة : لو أعملناها بذاتها . أن تؤدى إلى بطلان العقد بالكلية . اعتباراً بأن الإرادتين لم تتلاقيا .

وهذا النظر على وجاهته يقابله نظر آخر ربما كان أولى بالاتباع . إذ أن المتعاقد مع النائب من جهته — والفرض أنه لم يخطر بالنيابة ولم يعلم بها — قد قصد التعاقد مع النائب ، لا بصفته وإنما بذات نفسه . أما النائب . فحتى لو قصد فى قريرة نفسه أن يكون التعاقد حاصلًا باسم الأصيل ولحسابه . واستطاع إثبات ذلك على شديد عسره ، إلا أنه طالما لم يعلن عن قصده ذلك . فلا يعتد

به . لأن العبرة في مقصود التعاقد بما يظهر للعالم الخارجي عن طريق التعبير عنه . وهو ما أرادت المادة ٨٩ أن تستظهره بقولها إن العقد يتم بتبادل الطرفين « التعبير عن إرادتين متطابقتين » . فالقانون لا يدخل في اعتباره مجرد النية . إذ ظلت حبيسة النفس : تقنع بأن تخالجات الفؤاد والضمير . وإنما يتحتم لذلك أن يعبر صاحبها عنها . ثم إن النائب . بعدم إعلانه عن إبرامه التصرف لحساب أصيله : يرتكب خطأ من شأنه أن يحمله بتعويض الطرف الآخر لإعمالا للمسئولية التقصيرية . وخبر تعويض هنا هو التعويض العيني المتمثل في الاعتداد بالصفقة على نحو ما اعتقده هذا الطرف الآخر . أي على اعتبار أنها حاصلة مع النائب بصفته الشخصية .

١١٣ - رابعة : التزام النائب حدود نيابته :

تناولنا . فيما سبق . المقومات أو الشروط الثلاثة الأولى للتعاقد بطريق النيابة . وهي ثبوت صفة النيابة فيمن يجري التعاقد . وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في إبرام التصرف . وإجراء النائب التصرف باسم الأصل ولحسابه . والشرط الرابع والأخير هو التزام النائب حدود نيابته . دون تجاوز لها .

فيلزم . لاعتبار التعاقد حاصلا بطريق النيابة . ومن ثم لانصراف أثره إلى الأصل . أن يكون النائب قد أجراه في حدود سلطة النيابة الممنوحة له . فإن خرج النائب عن حدود نيابته . كما إذا باع الولي (الأب) عقار أولاده القصر الذي آلت ملكيته إليهم بطريق الشراء من مال والدتهم دون أن يحصل على إذن المحكمة . بمخالفة المادة ٧ من قانون الولاية على المال التي تستلزم هذا الإذن (١) ، وكما إذا قايضت الوصية على أموال قاصر بها بغير الحصول

(١) انظر نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ ، طعن ٤٢/٥٠٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٨

على إذن المحكمة بمخالفة المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال^(١) .
وكما إذا وكل شخص رجلاً في تأجير ماله ، فجاء الوكيل وباع هذا المال^(٢) .
فإن تصرف النائب لا يعتبر هنا حاصلًا بالنيابة عن الأصيل ، وهو بالتالي
لا ينفذ في حق هذا الأخير ما لم يحصل إقراره وفقاً للقانون^(٣) ، شأن النائب
الذي يتجاوز حدود نيابته هذا شأن من لم تثبت له النيابة أصلاً ، فكلاهما يعتبر
في حكم الأجنبي عن صاحب الشأن ، ولا يسرى من ثم تصرفه عليه ، ما لم يحصل
إقراره وفقاً للقانون . وهذا الحكم ، فضلاً عن أن القواعد القانونية العامة
لنظرية العقد تقضى به . فإنه يمكن استخلاصه بمفهوم المخالفة عن حكم
المادة ١٠٥ .

١١٤ - ومن البداهة أنه يلزم ، لكي يعتبر النائب أنه قد تصرف في
حدود نيابته ، أن تكون تلك النيابة قائمة لم تنقض عند إجراء التصرف . فإن
زالت النيابة عن شخص ، بأن كان وكيلاً ، مثلاً . وتم عزله أو مات
موكله . أو كان وصياً ثم عزل من الوصاية أو انتهت عنه ببلوغ قاصره
سن الرشد أو بموته : إن زالت النيابة بأي سبب . فإن كل تصرف يجريه

(١) انظر نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦
ص ٧٣ قاعدة ١٢ .

(٢) انظر نقض ١٤/٤/١٩٧٣ ، طعن ٣٨/٢٢ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤
ص ٦٠٨ قاعدة ١٠٧ .

(٣) يلاحظ أن محكمة النقض جاءت ، في حكم صار منها في ٢١ يناير ١٩٦٥ (طعن
٣٠/١٠٧ ق مجموعة النقض س ١٦ ص ٧٣ قاعدة ١٢) ، تقول إن تصرف النائب الذي يتجاوز
به حدود نيابته يقع باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة الأصيل (نفس الاتجاه : تمييز الكويت ٢/٣/١٩٧٦
طعن ١٩٧٤/٤٨ تجاري) . والتكييف الصحيح هو أن العقد هنا يقع غير نافذ في حق الأصيل .
لأن البطلان النسبي ، وبعبارة أدق القابلية للإبطال لا يكون إلا في العلاقة بين طرفي العقد .
والنائب الذي يتجاوز حدود نيابته يكون في حكم الغير . وقد عادت محكمتنا العليا إلى التكييف
الصحيح في أحكامها التالية ، حيث قضت بأن العقد في حالتنا يقع غير نافذ في حق الأصيل
(انظر : نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ الصادر في الطعن ٤٢/٥٠٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٨
ص ٣١٠ - نقض ١٤ إبريل ١٩٧٣ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٠٨ . وقد
سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين) .

النائب بعد ذلك يعتبر بالضرورة خارجاً عن حدود نيابته ، ولا يسرى بالتالى فى حق الأصيل . إلا إذا أقره . هذا هو الأصل العام .

بيد أن هذا الأصل ليس مطلقاً . فقد أوردت عليه المادة ١٠٧ استثناءاً هاماً ، حيث جاءت تقضى بأنه : « إذا كان النائب ومن تعاقد معه بجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه . حقاً كان أو التزاماً . يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » .

فإذا انتهت النيابة ، ثم أجرى النائب التصرف باسم الأصيل . حالة كونه هو ومن تعاقد معه بجهلان معاً انتهاء نيابته . كما إذا كان الموكل أو القاصر قد مات دون علم من هذا ومن ذاك على السواء . فإن التعاقد يعتبر أنه قد تم من النائب بوصفه هذا ، وبالتالى تنصرف آثاره إلى الأصيل ، إن كان حياً ، وإلى خلفائه من بعده إن كان قد مات . ويلاحظ أنه يلزم للعمل بحكم النيابة هنا أن يكون كل من النائب ومن تعاقد معه جاهلاً كلاهما انتهاءها ^(١) ، فلا يكتفى أن يجهله أحدهما دون الآخر ^(٢) . كما أنه يلاحظ أن محكمة النقض قد توسعت وبحق فى إعمال حكم المادة ١٠٧ . فجعلته يسرى على إجراءات التداعى أمام المحاكم ، مقررمة صمة هذه الإجراءات . حتى ماجاء منها فى مواجهة النائب بعد زوال نيابته . مادامت المحكمة لم تنبه إلى زوالها ^(٣) .

(١) ولعل التوفيق قد جانب مشرعنا فى صياغة المادة ١٠٧ . فقد كان من الأوفق . على الأقل بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية ، أن يكتفى ، للقول ببقاء النيابة قائمة ، بجهل النائب المتعاقد مع انتهاءها ، إذا كان له من ظروف التعاقد ما يعذره عن الوقوع فيه ، استقراراً للمعاملات من وجه ، وتمشياً مع القاعدة العريقة التى تقضى بأن المظهر الخادع يحسم المخدوع ، أو كما يقال عادة وإن كان بعبارة أقل دقة ، الخطأ الشائع يوكد الحق ، من وجه آخر .

(٢) انظر نقض ٣٠ مايو ١٩٦٣ ، طعن ٢٨/١٦٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٧٥٩ قاعدة ١٠٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط إضافة أثر العقد الذى يبرمه النائب مع الغير إلى الأصيل أو خلفائه بعد انقضاء النيابة هو أن يكون النائب والغير كلاهما جاهلين لإنقضاء النيابة وقت التعاقد .

(٣) انظر نقض ١٥ ديسمبر ١٩٦٦ ، طعن ٣٢/١٥٩ ق مجموعة أحكام النقض س =

١١٥ - أثر النيابة :

إذا تم التعاقد بطريقة النيابة . وتوافرت الشروط التي حددناها ، فإن التصرف الذي يجريه النائب ينتج آثاره ، لا في حقه هو . ولكن في حق الأصيل . وفي هذا تقضى المادة ١٠٥ بأنه : « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل : فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل » (١) .

فالحقوق والتزامات التي تترتب على التعاقد بطريقة النيابة تنصرف إلى الأصيل : لا إلى النائب . وهي تنصرف إليه مباشرة . أى من غير المرور بذمة النائب . وهكذا يسوغ للأصيل أن يطالب المتعاقد الآخر مباشرة بالحقوق التي رتبها التعاقد الحاصل بوساطة نائبه . وكذلك يجوز لهذا المتعاقد الآخر أن يطالب الأصيل بحقوقه المتولدة من العقد : دون أن يكون له مطالبة النائب ، باعتبار ذاته . بشئ منها . وعلى العموم يعتبر الأصيل هو المتعاقد مع الطرف الآخر (٢) . دون نائبه .

١٧ ص ١٦٨٠ قاعدة ١٣٨ . وقد قضى هذا الحكم بأن بلوغ الخصم القاصر سن الرشد أثناء سير الدعوى ، واستمرار والدته الوصية عليه في تمثيله ، دون تنبيه المحكمة . لا يمنع من اعتبار حضورها عنه منتجاً لإثارة القانونية على أساس من النيابة الاتفاقية . وخلصت إلى صحة اختصاصها كمثله له في الاستئناف الذي يرفع عن الحكم الصادر في الدعوى . وأنظر أيضاً : نقض ١٨ نوفمبر ١٩٧٦ طعن ٥٨٩/٢٤٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ١٦١٩ قاعدة ٣٠٠ . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة ١/١٥٨ التي أصبحت . بعد تعديل طفيف في الصياغة ، المادة ١٠٥ من القانون ، ما يأتي : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعل النقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده ، عند تعيين معير آثاره . فالأصيل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب عنه من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة القانونية » .

(٢) أنظر نقض ٢٦ مارس ١٩٧٤ ، طعن ٣٩/١٦٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٥٧٥ وقد جاء في هذا الحكم أن الأصيل لا يعتبر غيراً ، فهو ممثل في التصرف بوكيله الذي أبرمه لحسابه .

وهكذا فإن كان النائب هو الذى ينشئ التصرف . فإنه يخفى تماماً عند إعمال أثره . ولا يصح له انتمسك بهذا الأثر بصفته الشخصية ^(١) . فالعقد يعتبر قائماً بين الأصيل وبين المتعاقد الآخر ، وليس بين هذا الأخير وبين النائب . الذى لم يكن إلا مجرد أداة لإبرام العقد لحساب الأصيل .

وإذا كان مقتضى النيابة أن تنصرف آثار العقد الذى أبرم عن طريقها إلى الأصيل . الذى يعتبر كما لو كان هو الذى أبرم العقد بذات نفسه . إلا أن ذلك لا يقع ولا تسرى آثار العقد في مواجهة الأصيل . إذا ثبت أن النائب قد أجراه بالغش والتواطؤ مع من تعاقد معه إضراراً بالأصيل . إذ أن الغش يفسد كل شيء ^(٢) .

١١٦ - انتهاء النيابة :

إذا انتهت النيابة : فقد النائب الصفة التى كانت ثابتة له في تمثيل الأصيل وأصبح بذلك من الغير بالنسبة إليه . ومن ثم فالتصرفات التى يجريها بعدئذ باسمه تعتبر غير نافذة في حقه . ما لم يحصل إقرارها وفقاً للقانون ، وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في المادة ١٠٧ : والتي عرضنا لها فيما سبق ^(٣) .

ولسنا هنا بصدد بيان أسباب انتهاء النيابة . فهى تختلف باختلاف حالاتها المتنوعة العديدة والمبعدة في نواح كثيرة من القانون . وإنما يهمنا هنا أن نبرز حكماً عاماً مشتركاً يسرى في جميع حالات انتهاء النيابة . ومؤداه التزام النائب أن يرد ، فور انتهاء نيابته . ما عساه أن يكون قد تسلمه كدليل لثبوتها

(١) وإن كان له بالضرورة أن يطالب بإعمال هذا الأثر في حق الأصيل بوصفه قائماً عنه . إذا كانت نيابته عنه قائمة وقتذاك .

(٢) انظر في ذلك : نقض ٧ إبريل ١٩٧٦ . طعن ٢٧٣/٢ : ق مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ٨٨٦ قاعدة ١٦٩ . وقد جاء في هذا الحكم : « ثن كن الأصل ، وفقاً للمادة ١٠٥ من القانون المدنى ، أن ما يبرمه الوكيل في حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل . إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش . فإذا تواطأ الوكيل مع الغير بإضرار بحقوة موكله ، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل » .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١١٤ .

له ، كما إذا كان قد تسلم صورة من عقد توكيل مثلاً ، أو صورة حكم بتعيينه وصياً أو حارساً قضائياً ، أو كان قد تسلم ملابس أو نحوها مما يجعله الشركات أو اذنيات زياً خاصاً لمن تنبيه عنها في تحصيل مستحقاتها .

١١٧ - التعاقد مع النفس :

مؤدى لإعمال نظرية النيابة إمكان أن يتعاقد الشخص مع ذات نفسه ، بمعنى أن يبرم هو وحده العقد وإن تعددت صفته ، دون أن يسهم أحد آخر معه في إنشائه . ويتصور هذا الوضع في إحدى حالتين :

(الأولى) أن يبرم شخص العقد بصفته أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره ، كما إذا وهب الأب . بصفته الشخصية : ماله لابنه ، ثم قبل الهبة . بصفته ولياً عنه ، وكما إذا أبرم مدير الشركة بصفته الشخصية عقد وديعة مع الشركة نفسها باعتباره ممثلها القانوني ^(١) .

(الثانية) أن يبرم شخص العقد بصفته نائباً عن كل من طرفيه ، كما إذا باع الأب مال أحد أبنائه لابن ثان له . بوصفه ولياً عن الاثنين .

وإذا كان إعمال نظرية النيابة يميز في ذاته التعاقد مع النفس . إلا أن ملاسبات هذا النوع من التعاقد تدعو إلى شيء من الارتياب فيه ، بالنسبة إلى الأعم الأغلب من حالاته . إذ أنه من المحتمل أن يؤثر التعاقد مع نفسه مصلحته هو على مصلحة من ينوب عنه . أو يؤثر مصلحة أحد ممن ينوب عنهما على حساب الآخر . من أجل ذلك ، نجد الشرائع المختلفة لا تقر نظام التعاقد مع النفس في عمومه وشموله ، وإن تباينت منها الوسيلة . فمنها ما يميزه كقاعدة . ويحرمه في بعض الحالات على سبيل الاستثناء . كالقانون الفرنسي وكقانوننا المصري القديم : وفقاً للرأى السائد فيه على الأقل . ومن الشرائع ما يحرم نظام التعاقد مع النفس كقاعدة ، وإن أجازته في بعض الحالات على سبيل الاستثناء . كالقانون الألماني (المادة ١٨١)

(١) انظر نقض ١٩/١٢/١٩٦٣ طعن ٢٩/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ١٤

ص ١١٧٣ قاعدة ١٦٩ .

والفقه الإسلامى^(٢) . وقد جاء قانوننا المدنى الحالى مع هذه الفصيـلة الأخيرة ، قاضياً فى المادة ١٠٨ بأنه : « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر . دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

وهكذا فالتعاقد مع النفس يقع : فى ظل قانوننا المصرى . غير سائغ ، كقاعدة عامة . وتطبيقاً لهذه القاعدة . جاءت المادة ٤٧٩ مدنى تقضى بأنه : « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيـط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوباً عليه فى قوازين أخرى »^(٣) .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أنه لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه . إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها الاستثناءان الآتيان :

١ - إذا رخص الأصيل للنائب أن يبرم العقد مع نفسه . ساغ له ذلك . مثال هذه الحالة ، أن يوكل شخص آخر فى بيع مال له أو فى إيجاره . مع الترخيص له فى أن يشتريه أو يستأجره لنفسه .

٢ - ويشمل الاستثناء الثانى الحالة التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بإمكان التعاقد مع النفس . فإذا قضى القانون : فى حالة معينة ، بإجازه التعاقد مع النفس . تحم العمل بحكمه . ومثال ذلك ماتقضى به المادة ١٤ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه :

(١) راجع المادة ١٤٨٨ من مجلة الأحكام العدلية فى شأن الوكالة بالشراء ، والمادة ١٤٩٦ فى شأن الوكالة بالبيع .

(٢) وقد توسع المشرع فى هذا الأمر ، فلم يجز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال الممهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأنسابهم أم باسم مستعار (المادة ٤٨٠) . وذلك فى حين أن السماسر والخبراء لا يعتبران تائبين فى كل الأحوال .

« للآب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك » (١) . وكذلك إذا قضت قواعد التجارة بإمكان أن يتعاقد الشخص مع نفسه ، ساغ هذا النوع من التعاقد . ومثال هذه الحالة ماتقضى به قواعد البورصات من إمكان أن يبرم السمسار الصفقة مع نفسه ، كما إذا كان قد كلفه شخص ببيع كمية من الأوراق المالية . وكلفه آخر بشراء هذه الكمية .

هذان هما الاستثناءان اللذان يردان على القاعدة العامة التي تقضى بعدم إمكان التعاقد مع النفس . وفي غيرهما : يبقى المبدأ العام سليماً .

وإذا حصل التعاقد مع النفس . حالة كونه غير جائز قانوناً ، فإنه لا يترتب على ذلك بطلانه ، بل مجرد اعتباره غير سار في حق الأصيل . ما لم يقره . فالقانون بمنعه التعاقد مع النفس . يستهدف حماية الأصيل من نائبه . وسيله إلى ذلك فرض قيد عام يرد على النيابة ويتضمن هذا المنع . فإن تعاقد النائب مع نفسه ، ولم يكن ذلك مسموحاً به قانوناً . اعتبر أنه في تعاقد هذا خارجاً عن حدود نيابته . ويترتب على ذلك أن هذا التعاقد يعتبر ، بالنسبة إلى الأصيل . كما لو كان قد وقع من أجنبي ، أى أنه لا ينفذ في حقه إلا إذا أقره (٢) . وقد تضمنت المادة ١٠٨ هذا الحكم . فبعد أن قررت

(١) ومن الحالات التي ينص فيها القانون على عدم إجازة تعاقد الأب مع نفسه ما تقضى به المادة ٦ من قانون الولاية على المال من أنه لا يجوز للولي ، حتى لو كان أباً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوج أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة . (٢) ويلاحظ أنه قد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٦١ من المشروع التمهيدى ، التي أصبحت ، بعد تعديل طفيف في الصياغة ، المادة ١٠٨ من القانون ؛ جاء في هذه المذكرة أن التعاقد مع النفس . عند عدم جوازه قانوناً ، يقع قابلاً للإبطال لمصلحة الأصيل (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠٦) . وهذا من المذكرة غير سديد . إذ أن التكييف القانوني سليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس ، في الحالة التي نحن بصدددها ، يقع غير نافذ في حق الأصيل ، كما قلنا في المتن . وقد تمت بحكمة النقض مع هذا الرأي ، فقضت أن الوديعة التي يديرها مدير الشركة بصفته الشخصية مع الشركة ذاتها ، بوصفه ممثلاً قانونياً لها ، تعتبر غير نافذة في حق الشركة (نقض ١٩٦٣/١٢/١٩ طعن ٢٩/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١١٧٣ قاعدة ١٦٩ ، وقد سبقت الإشارة إليه) .

منع التعاقد مع النفس . كأصل عام . استطردت تقول : « على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد » . وتطبيقاً لهذا الحكم . جاءت المادة ٤٨١ تقضى بأن شراء النائب لنفسه الشيء الذى نيط به بيعه . والذى يقع غير جائز بمقتضى المادة ٤٧٩ . يصح إذا أجازته من تم البيع لحسابه . وهكذا نصل إلى أن الإجازة اللاحقة . وبمعنى أدق الإقرار اللاحق . يقع بمثابة التصريح السابق . من حيث أنه يجعل التعاقد مع النفس صحيحاً .

١١٨ - التفرقة بين النائب والرسول :

تكلمنا . فيما سبق . في التعاقد بطريق النيابة : محددين مقوماته وأثره . ويحسن بنا . في نهاية هذا الموضوع . أن نفرق بين التعاقد بوساطة النائب والتعاقد بوساطة الرسول .

فالنائب *representant* . في إجراءات التعاقد عن الأصيل . يعبر ، كما بينا . عن إرادته هو : بحيث إنه هو الذى يبرم العقد . ويترتب على ذلك كما سبق أنوضحناه . ضرورة توافر الإرادة لديه ، وأنه يعتد ، بالنسبة إلى عيوب الرضا وإلى العلم أو الجهل بالظروف الملائمة للعقد ، بشخصه هو لا بشخص الأصيل .

أما الرسول *messenger* فهو مجرد أداة تنقل إرادة من أرسله إلى المتعاقد الآخر . ومتال التعاقد بوساطة الرسول أن يبعث الأب ابنه يبلغ آخر بأنه قبل الإيجاب الذى سبق أن قدمه له ببيع منزله أو بإيجاره ، أو أن يرسل السيد خادمه ليستعلم من التاجر المتجول عن ثمن السلعة ويبلغه الثمن الذى يرتضى شراءها به .

والرسول . كما سبق أن قلنا . لا يعدو أن يكون مجرد أداة لنقل إرادة المرسل . فدوره في التعاقد لا يختلف عن الدور الذى تؤديه هيئة البريد في نقل الرسائل . وهكذا فالرسول . بخلاف النائب . لا يعبر عن ذات إرادته . ولا يبرم بالتالى العقد . وإنما يقتصر دوره على مجرد نقل إرادة المرسل . الذى يظل هو المنشئ للعقد .

ويترتب على هذا الخلاف الأساسى فى طبيعة الدور الذى يؤديه كل من
النائب والرسول فى إجراء التعاقد المروق الثلاثة الآتية :

١ - مادام دور الرسول يقتصر على مجرد نقل إرادة المرسل ،
فلا ضرورة لأن يكون متمتعاً بالإرادة . فهو مجرد أداة لنقل رسالة المرسل ،
لا أكثر . ومادام هو قد أفلح فى نقل الرسالة ، فإن التعاقد يقوم ، حتى
لو كان معدوم الإرادة تماماً ، بأن كان صبيهاً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً .
أما النائب ، فلكونه يعبر عن إرادته هو ، فإنه يلزم أن يكون متمتعاً بالإرادة
كما سبق أن بينا .

٢ - فى التعاقد بوساطة الرسول ، يعتد بشخص المرسل ، لا بشخص
الرسول ، بالنسبة إلى عيوب الإرادة وإلى تقصى العلم أو الجهل بالظروف
الملائمة للعقد . أما فى النيابة ، كما سبق أن بيناه فى حينه ، فالأصل أنه يعتد
بالنسبة لهذين الأمرين ، بشخص النائب لا بشخص الأصيل .

٣ - لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقوم شخص واحد بأداء الرسالة لطرفى
العقد كليهما . أما تعاقد الشخص مع نفسه . إعمالاً لفكرة النيابة ، فيقع غير
سائغ ، كأصل عام ، وفق ما بيناه منذ قليل .

المبحث الثاني

سلامة الرضاء

١١٩ — تناولنا ، في كل ماسبق ، وجود الرضاء ، باعتباره الأساس الأول والركن الركين لقيام العقد . وإذا توافر الرضاء بالعقد ، أمكن له أن يقوم .

بيد أن توافر الرضاء ، وإن مكنّ بذاته لقيام العقد ، إلا أنه يلزم أن يحىء سليماً صحيحاً ، وإلا اعترى الفساد العقد برغم قيامه ، وأصبح بذلك مهدداً بالزوال . لهذا يتحتم علينا أن نتناول هنا سلامة الرضاء ، بعد أن انتهينا من بيان الأمور التي يقتضيها وجوده .

ولكى يحىء الرضاء سليماً ، يلزم أن يصدر عن شخص متمتع بالأهلية . وأن يكون خالياً من العيوب التي تشوبه ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

١٢٠ — ونحب أن نلفت النظر إلى أن ثمة أمرين أساسيين ينبغي عدم الخلط بينهما في خصوص الرضاء ، الذي هو الركن الركين للعقد . وهذان الأمران هما : وجود الرضاء وسلامة الرضاء أو صحته . إذ أن الدور الذي يؤديه كل منهما في قيام العقد والجزاء المترتب على تخلفه متغايران تغايراً جذرياً عن الدور الذي يؤديه الآخر والجزاء المترتب على تخلفه . فالرضاء في ذاته ، أى في وجوده ، هو وحده الذي يتمثل الركن في العقد . فإن تخلف . فإن العقد لا يقوم أصلاً ، أى أنه لا ينعقد ، وبعبارة أخرى هو يقع باطلاً . أما سلامة الرضاء أو صحته ، فلا تصل إلى حد كونها ركناً في العقد ، أو حتى شرطاً لازماً لذات توافره ، وإنما هي أمر يتعلق بهذا الركن فحسب . ويستهدف كماله بجعله بمنأى عن الشوائب . وعلى هذا فعدم سلامة الرضاء لا يحول دون انعقاد العقد ، ولا يصل بالتالى إلى وقوعه من الأصل باطلاً . كل ما هنالك هو أنه يجعل العقد مهدداً بالزوال لمصلحة العاقد الذي لم يأت

رضاءه به سليماً ، حيث يمنحه القانون مجرد رخصة في إهداره . وهكذا فإن كان جزاء انعدام الرضاء هو بطلان العقد ، فجزاء عدم سلامة الرضاء لا يتجاوز مجرد جعل العقد مهدداً بالزوال لمصلحة العاقد الذي تعيب رضاءه ، وبعبارة أخرى قابلاً للإبطال .

وعدم سلامة الرضاء أو عدم صحته ينجم عن أحد الأمرين الآتين :
(١) نقص الأهلية . (٢) عيوب الرضاء . وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال^(١) .

١٢١ - وسوف نتناول الأمرين اللذين يمسان سلامة الرضاء ، بادئين بالأهلية ، ومعقبين بعيوب الرضاء . كلاهما في مطلب مستقل .

المطلب الأول

الأهلية

١٢٢ - يقصد بالأهلية *capacité* ، بوجه عام ، صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات . ومباشرة التصرفات القانونية التى يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك . ومن هذا التعريف يبين أن الأهلية تنقسم نوعين : أهلية وجوب . وهى صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات . وأهلية أداء . وهى صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التى يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو أن تحمله التزاماً . على وجه يعتد به قانوناً .

والمقصود بالأهلية هنا ، أى المقصود بالأهلية اللازمة لسلامة الرضاء . هى . بطبيعة الحال . أهلية الأداء . لأن أهلية الوجوب لا تثار إلا بصدد الحالة التى نبحث فيها عما إذا كان يجوز لشخص معين أن يكون صاحباً لحق ما

(١) وقد جاءت المادة ١٦٢ من المشروع التمهيدي تقضى بأنه : « يجوز إبطال العقد : أولاً - لعدم توافر الأهلية فى المتعاقدين أو أحدهما . ثانياً - لعب في الرضاء » . وقد حذفت هذه البادة فى لجنة المراجعة ، اعتباراً بأنها تعدد حالات منصوص عليها فى المواد التالية . راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١١٠ .

أو محملاً بالتزام ما ، أو لا يجوز له ذلك . في حين أن أهلية الأداء هي - كما بينا ، صلاحية الشخص لمباشرة التصرف القانوني من عدمه ، وبعبارة أخرى ، أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور الرضاء بالتصرف منه .

١٢٣ - والأصل في أهلية الأداء ، أو الأهلية بلا نعت ولا تخصيص - حيث إنه لو جاء اصطلاح « الأهلية » مرسلًا من غير تخصيص عنها ^(١) - أنها متوافرة في الشخص . مالم يقض القانون بانعدامها أو نقصانها عنده . وفي ذلك تقضى المادة ١٠٩ مدني بأنه : « كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » ^(٢) .

وهكذا فالشخص منا يعتبر أهلاً لإجراء التصرفات القانونية كافة . مالم يقض القانون بانعدامها عنده ، فيمتنع عليه حينئذ إجراء أى من تلك التصرفات . أو يقضى القانون بانتقاص الأهلية لديه . فلا يصح منه إجراء التصرفات التي يرد الإنقاص عليها ^(٣) .

والأحكام التي تنظم الأهلية تمس النظام العام في الصميم . لأنها تؤثر تأثيراً بالغاً في حياة الشخص القانونية والاجتماعية والاقتصادية . ولهذا جاءت المادة ٤٨ تقول : « ليس لأحد التزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » .

(١) وهذا هو المعنى المقصود من اصطلاح « الأهلية » في المواد ١٠٩ وما بعدها من القانون المدني .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدي التي أصبحت المادة ١٠٩ من القانون ما يأتي : « الأصل في الشخص توافر الأهلية . أما عدم الأهلية فيجب أن يقرر بمقتضى نص في القانون . ويتفرع على ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية ، من شأنها إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بعدم الأهلية » .

(٣) وفرض الحراسة على الأموال ، سواء أحصل بمقتضى إجراء إداري أو بحكم قضائي ، لا يتمثل قيداً على أهلية صاحب تلك الأموال . فهو لا يعدم أهلية هذا الشخص ولا ينقصها . إذ هو إجراء يرد على ذات حق الشخص في أمواله بفل يده في شأنه ولا يمس أهليته ، مثل فرض الحراسة هنا مثل شرط المنع من التصرف في المال المنصوص عليه في المادتين ٨٢٣ و ٨٢٤ . انظر في ذلك : نقض مدني ٢٩ نوفمبر ١٩٧٦ طعن ٤٢/٣٧١ ق ، مجموعة أحكام النقض

فكل ما يعمليه القانون في شأن الأهلية من أحكام يسرى دائماً أبداً وفي كل الأحوال ، حتى لو ارتضى الأشخاص غيرها أو اتفقوا مع غيرهم على مخالفتها . فمثل ذلك الرضاء أو الاتفاق يقع باطلاً أصلاً ولا يعتد به ، لمخالفته لمقتضى النظام العام .

١٢٤ - مجال أعمال أهلية الأداء :

عرفنا مما سبق أن أهلية الأداء ، أو الأهلية بلانعت ولا تخصيص . هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه الحق أو تحمله بالالتزام .

ويلاحظ أن الأعمال التي يجريها الشخص والتي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو تحمله بالتزام نوعان :

(الأول) عمل قانوني ، وهو ما يطلق عليه بعبارة أكثر شيوعاً « التصرف القانوني » . ويتميز العمل أو التصرف القانوني بأنه يقوم على الإرادة . بمعنى أن الإرادة تنجبه فيه إلى إحداث الأثر القانوني . وهو ترتيب الحق أو الالتزام ، ومثال العمل أو التصرف القانوني : البيع والإيجار والهبة والوصية .

(الثاني) عمل مادي ، وهو العمل الذي يقوم به الشخص . سواء أكان عن عمد أو عن غير قصد . فيرتب عليه أن يكسب حقاً أو أن يتحمل بالتزام ، دون أن يكون لإرادته دخل في ترتيب ذلك الحق أو هذا الالتزام . وإن أمكن لها في بعض الأحيان أن يكون لها دخل في ذات وقوع العمل المادي . ومثال ذلك أن يدهم شخص بسيارته رجلاً يسير في الطريق ، فيحدث به ضرراً . فسائق السيارة يرتكب هنا عملاً مادياً . هو العمل الذي أدى إلى إصابة المضرور . وقد يكون هذا العمل عن قصد أو عن إهمال . ويترتب على هذا العمل تحمل سائق السيارة بالالتزام بتعويض المضرور عما ناله من ضرر . ولكن هذا الأثر القانوني لا يجيء نتيجة لإرادة سائق السيارة . فهو لم يقصد بما عمل أن يتحمل بالالتزام ، ولكن القانون هو الذي يحمله به ، نتيجة مجرد وقوع الفعل الضار بخطئه .

وقد رأى البعض أن أهلية الأداء تعنى ، فضلاً عن الصلاحية للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية ، الصلاحية للقيام بالأعمال المادية التي ترتب له الحق أو الالتزام ^(١) . وربما كان دافعهم إلى ذلك ما جاءت به المادة ١٦٤ مدني من أن الشخص لا يسأل : كقاعدة عامة ، عن أعماله غير المشروعة إلا إذا صدرت منه وهو مميز .

والحقيقة أن أهلية الأداء لا تعنى إلا الصلاحية للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية : دون الأعمال المادية . لأن مناط أهلية الأداء هو الإرادة المدركة المميزة . فلا مجال لها إلا في الأحوال التي يجيء الأثر القانوني فيها نتيجة الإرادة ، أي لا مجال لها إلا في التصرفات القانونية . أما الأعمال المادية ، فهي وإن رتبت في بعض الأحيان آثاراً قانونية ، إلا أن هذه الآثار لا تنجى نتيجة إرادة فاعلها ، وإنما تنجى بسبب أن القانون يقضى بترتيبها . نتيجة وقوع العمل المادي ذاته ولحجود وقوعه . ولا يقدح في صحة هذا القول ما جاء به القانون المدني من أنه يلزم ، كقاعدة عامة ، لمسئولية الشخص عن عمله الخاطيء أن يكون مميزاً . فالتمييز هنا شرط ، لتحمل الشخص بالالتزام . فهو قيد يرد على أهلية الوجوب . ولا يمس أهلية الأداء ^(٢) .

خلاصة ما سبق أن مجال أهلية الأداء هو الأعمال أو التصرفات القانونية وحدها ، دون الأعمال المادية .

١٢٥ - أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية :

تختلف أهلية الأداء اللازمة لإجراء التصرفات القانونية ، باختلاف نوع هذه التصرفات . والتصرفات في هذا الصدد . تنقسم أساساً إلى أنواع ثلاثة :

(١) انظر شفيق شحاته ، نظرية الحق نبذة ٨٤ .

(٢) ويأخذ بهذا الرأي : عبد المنعم الصدة ، نظرية الحق نبذة ٨٤ - سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية نبذة ٢٤٤ . ويتفق الرأي الذي ذهبنا إليه مع ما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية من أن أهلية الأداء هي أن يكون الإنسان صالحاً لأن يلزم بعبارته ، فهي شرط صحة في التصرفات « القولية » دون « الفعلية » .

١ - أولاً : أعمال أو تصرفات نافعة للشخص نفعاً محضاً : وهى التصرفات التى تعود على من يجريها بالنفع الخالص ، أى النفع الذى لا يدفع عنه مقابل مادى . ومثالها قبول الشخص هبة تصدر له ، وقبوله كفالة دين له على آخر . وتسمى الأهلية اللازمة لإجراء هذه الأعمال « أهلية الاغتناء » ؛ لأن من شأنها أن ترتب لصاحبها اغتناء محضاً .

ثانياً : أعمال أو تصرفات ضارة بالشخص ضرراً محضاً : وهى التصرفات التى تعود على من يجريها بالضرر المادى . دون أن يأخذ مقابل لما يخسر . ومثالها أن يهب شخص ماله لآخر ، أو أن يوصى له به بعد موته ، أو أن ينزل عن دين له على آخر . وتسمى الأهلية اللازمة لمباشرة هذه الأعمال « أهلية الافتقار » ؛ لأن من شأنها أن تفقر صاحبها . دون أن يكون من وراء هذا الافتقار مقابل مادى يؤدى إلى نفعه . كما تسمى أيضاً « أهلية التبرع » . على أساس أن الشخص يتبرع بماله . وتسمى أيضاً أهلية التصرف بلا مقابل ، على أساس أن الشخص ينزل عن ماله دون مقابل .

ثالثاً : أعمال أو تصرفات تدور بين النفع والضرر : وهى التصرفات التى من شأنها أن تنفع وأن تضر فى نفس الوقت . وتمتصها يأخذ الشخص شيئاً ، ويعطى من ماله مقابلاً لما يأخذ . ومثالها البيع حيث يأخذ مجريه الثمن ويعطى المال . والشراء حيث يأخذ مجريه الشئ ويعطى الثمن . والإيجار حيث يأخذ مجريه الأجرة ويعطى منفعة الشئ . والاستئجار حيث يأخذ مجريه منفعة الشئ ويعطى الأجرة .

وتشمل الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر نوعين فرعيين :

- ١ - أهلية التصرف بعوض أو بمقابل : وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها أن تفقد المال عن صاحبه ، ولو جزئياً ، كالبيع والشراء والرهن .
- ٢ - أهلية الإدارة : وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها التعامل فى المال مع بقائه لصاحبه : أى دون فقده . كالإيجار والوديعة وانعارية .

هذه هي أنواع التصرفات القانونية . وبإمكان إجرائها من عدمه ، تقاس أهلية الأداء ، وجوداً أو عدماً أو نقصاناً . فإذا كان للشخص أن يجريها كلها : كانت أهلية الأداء لديه كاملة . وإذا لم يكن له أن يجري شيئاً منها . كانت أهلية الأداء معلومة عنده . وإذا كان له أن يجري بعضها دون البعض الآخر : كانت له أهلية أداء ناقصة .

١٢٦ - مناط أو أساس أهلية الأداء :

مناط أو أساس أهلية الأداء هو الإدراك أو التمييز . فهي تدور معه وجوداً وعدماً . كمالات ونقصاناً . فإذا اكتمل الإدراك لدى شخص . تمتع بأهلية أداء كاملة . وإذا انعدم : انعدمت . وإذا نقص . نقصت .

وفي هذا تختلف أهلية الأداء اختلافاً أساسياً عن أهلية الوجوب . فنطاق هذه الأخيرة هو الشخصية ذاتها . وهكذا فبمجرد أن يرى الوليد نور الحياة : تثبت له الشخصية . ويتمتع بالتالي بأهلية وجوب كاملة . ولكنه لا يتمتع بأهلية الأداء إلا بعد أن يتوافر لديه الإدراك أو التمييز ، وبمقدار ما يتوافر لديه منه . فإدام الإدراك لديه منعداً . كانت أهليته منعومة كذلك . وفي الوقت الذي يتوافر لديه بعض الإدراك : تمتع له أهلية أداء ناقصة . وكلما زاد إدراكه . زادت أهلية أدائه . حتى إذا ما كمل : كملت .

١٢٧ - تأثير أهلية الأداء بالسن :

عرفنا أن مناط أهلية الأداء هو الإدراك أو التمييز . وإدراك الشخص يتوقف في صغره على سنه . حتى يبلغ رشده . ولذلك كان السن عاملاً أساسياً في تحديد أهلية الأداء لدى الصغير . فهي تتفاوت باختلافه . ويمر الإنسان في هذا الصدد بأدوار أربعة أساسية ، تتفاوت فيها أهلية أدائه بين العدم والكمال . وهذه الأدوار هي الآتية :

الدور الأول - الجنين أو الحمل المستكن : للجنين أهلية وجوب ناقصة . ولكن ليس له أهلية أداء البتة . فنطاق أهلية الأداء الإدراك أو التمييز . وليس للجنين شيء منه .

الدور الثاني - الصبي غير المميز : ويبدأ هذا الدور من الولادة وينتهي ببلوغ الصبي السابعة من عمره ، وهو سن التمييز . وفي هذه المرحلة من الحياة ، يكون الصبي فاقد الإدراك والتمييز . وبعبارة أدق ، يفترض فيه القانون ذلك فرضاً لا يقبل لإثبات العكس ، وبالتالي فهو يكون معدوم أهلية الأداء (المادة ٤٥) . فليس للصبي غير المميز أن يقوم بأى عمل أو تصرف قانوني . حتى أهلية الاغتناء لا تثبت له . وإذا قام الصبي بأى عمل قانوني . حتى لو قبل هبة ، كان تصرفه باطلا . وفي هذا تقضى المادة ١١٠ بأنه : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

الدور الثالث - الصبي المميز : يبدأ هذا الدور من بلوغ الصبي السابعة من عمره ، ويستمر إلى أن يبلغ سن الرشد ، وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (المادة ٤٤ / ٢) . وفي هذا الدور من حياة الصبي يبدأ الإدراك يتوافر لديه تدريجاً . ولهذا تثبت له أهلية أداء ناقصة (المادة ٤٦) ، تقوى تدريجاً بازدياد الإدراك عنده ، حتى تكمل باكتماله ، حينما يبلغ رشده .

ويمر الصبي المميز بمراحل ثلاث فرعية ، يحسن أن نبين مدى أهليته خلال كل منها ، وذلك فيما يلى :

(أ) مرحلة الصبي المميز من سن السابعة إلى السادسة عشرة : تثبت للصبي المميز فى هذه المرحلة أهلية الاغتناء . فله أن يجرى كل التصرفات التى تعود عليه بالنفع المحض ، دون حاجة إلى تدخل وليه أو وصيه . فله أن يقبل بمفرده الهبة ، كلما كانت عارية من كل شرط أو تكليف ، كما أن له أن يقبل كفالة دين له على غيره . أما أهلية الافتقار أو التبرع ، فعدومة عنده أصلاً . فليس له أن يجرى التصرفات التى تعود عليه بالضرر المحض ، كأن يهب ماله أو يوصى به أو ينزل عن حق له ؛ فإن أجراها ، وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً ^(١) (المادة ١١١ / ١) . تبقى بعد ذلك التصرفات الدائرة بين

(١) انظر : نقض ١٢ ديسمبر ١٩٦٧ . طعن ٣٤/٢١٣ ق ، مجموعة أحكام النقض

النفع والضرر ، كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والوكالة والشركة .
وللصبي المميز . بالنسبة إلى هذه التصرفات . أهلية ناقصة ، بمعنى أنه إذا
أجراها . وقعت قابلة للإبطال لمصلحته هو ^(١) دون المتعاقد الآخر
(المادة ١١١ / ٢) .

(ب) مرحلة الصبي المميز من سن السادسة عشرة إلى الثامنة عشرة :
في هذه المرحلة ، تكون للصبي نفس أهلية الأداء التي بينها في المرحلة
السابقة . وتزيد عليها أهلية كاملة بالنسبة إلى الأموال التي يكسبها الصبي من
عمله الخاص .

فتى بلغ الصبي السادسة عشرة من عمره . منحه القانون أهلية التصرف
في المسال الذي يجيء ثمرة عمله . سواء أكان التصرف بعوض أم تبرعاً .
فإذا احترف مهنة أو صناعة أو أدى أى عمل عاد عليه بمال . حق له أن
يتصرف في هذا المال على نحو ما يراه ، فيحق له . مثلاً . أن يشتري به منزلاً
أو أرضاً أو سيارة . بل يحق له أن يتبرع به لغيره . ولا تثبت للصبي هنا

(١) وإذا كانت القاعدة هي أن أهلية الصبي المميز تقع ناقصة بالنسبة إلى التصرفات الدائرة
بين النفع والضرر ، إلا أنه يرد على هذه القاعدة الاستثناءان الآتيان :

الأول : خاص بالأموال التي تسلم للصبي المميز أو توضع تحت تصرفه لأغراض نفقته .
فبالنسبة لهذه الأموال ، تكون للصبي ، متى بلغ السابعة من عمره ، أهلية التصرف كاملة في الحدود
التي تتفق مع أغراض الإنفاق على نفسه . فللصبي أن يشتري بمصروفه كل ما يلزم حاجته . ويقع
شراؤها هنا صحيحاً ، دون حاجة إلى تدخل من وليه أو وصيه . ويصح للصبي أن يقترض المال
اللازم لنفقته . على أن التزامات الصبي التي يعقدها لأغراض نفقته ، لا يمكن لأصحابها استيفاؤها
إلا من المال الذي يسلم له أو يوضع تحت تصرفه لهذه الأغراض . وقد تضمنت المادة ٦١ من قانون
الولاية على المال الأحكام السابقة بقولها : « لتقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت
تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال
فقط » .

الثاني : والاستثناء الثاني خاص بأهلية الصبي المميز لإبرام عقد العمل انفرادي . فللصبي ،
متى بلغ السابعة من عمره ، أن يبرم مع رب العمل عقد العمل الفردي ، دون حاجة إلى تدخل
من وليه أو وصيه . ولكن يثبت للحكمة هنا الحق ، بناء على طلب الولي أو الوصي أو أى ذى شأن ،
في إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة (راجع المادة ٦٢
من قانون الولاية على المال) .

أهلية التصرف في ذات المال الذي كسبه بعمله فحسب ، وإنما تثبت له أيضاً أهلية التصرف في كل الأموال التي تخل محل المال الذي كسبه من عمله ^(١) . فيحق له . في المثال السابق سرده . أن يبيع المنزل أو الأرض ، أو السيارة ، ويشترى بالثمن أموالاً أخرى . ويحق له أن يرهنه وأن يؤجره . بل يحق له أن يهبه . والأموال التي يكسبها الصبي من عمله الخاص لا تخضع للولاية أو الوصاية . بل تبقى في يد الصبي يديرها ويتصرف فيها بنفسه .

والالتزامات التي تنجى نتيجة التصرفات التي يبرمها الصبي متعلقة بماله الذي كسبه من عمله الخاص . سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، تقع صحيحة ، ولكن في حدود هذا المال فقط ، بمعنى أن الدائنين بتلك الالتزامات لا يستطيعون استيفاءها من أموال الصبي الأخرى . كذلك التي ورثها ، مثلاً .

وأهلية التصرف في المال المكسوب من العمل الخاص تثبت للصبي الذي بلغ السادسة عشرة من عمره بقوة القانون . أي دون حاجة إلى إذن خاص من الولي أو الوصي أو حتى من المحكمة .

هذا هو قدر ما يزيد على أهلية الصبي المميز على أثر بلوغه السادسة عشرة عاماً من عمره . والحكمة ظاهرة من تقرير تلك الزيادة في أهلية هذا الصبي . فقد لاحظ المشرع أن الصبي الذي يكسب مالا نتيجة عمله الخاص في هذه

(١) ويلاحظ أن الحكم الذي أوردناه في المتن ، وهو القاضي بثبوت أهلية الصبي ذي السادسة عشرة من عمره في التصرف ليس فقط في ذات المال الذي يكسبه مباشرة من عمله . وإنما أيضاً في الأموال الأخرى التي تخل محله بطريق أو بآخر . يلاحظ أن هذا الحكم قد لا يستين من ذات نص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال . التي جاءت تمنح للصبي أهلية التصرف « فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره » . فحرفية النص قد يفهم منها قصر الأهلية على الثمرة المباشرة للعمل ذاتها . دون ما يجيء بديلاً عنها أو يحل محلها . ومع ذلك فالرأي الذي ذهبنا إليه هو الذي يبدو لنا صائباً . فحتى لو قلنا بأن حرفية نص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال لا تستوعبه ، فهي على الأقل لا تمنعه . ومن ثم يتوجب إعماله تطبيقاً لنظرية الحلول العيني لتوافر شروطها فيه . انظر في نفس الاتجاه : إسماعيل غانم في رسالته المقدمة لجامعة باريس في فكرة الذمة في القانون الفرنسي والقانون المصري ، ص ١٥٦ . وانظر أيضاً : منصور مصطفى منصور في رسالته المقدمة لجامعة القاهرة في نظرية الحلول العيني نبذة ١١٥ وما بعدها .

السن المبكرة جدير برعاية القانون وتشجيعه : وأنه يجب عليه ألا يقف حائلاً بينه وبين استمرار نشاطه .

بيد أن المشرع لاحظ مع ذلك أن إدراك الصبي لازال غير مكتمل ، وأنه قد يقع نتيجة ذلك فريسة للتزق والطيش . ففرض الرقابة عليه للمحكمة التي حولها أن تقيد أهليته في التصرف في ماله الذي كسبه من عمله الخاص . إذا اقتضت ذلك مصلحته : وفي هذه الحالة ، يخضع المال لنظام الولاية أو الوصاية ، في حدود الأعمال التي تقيد المحكمة القاصر في إجرائها .

تلك هي أحكام أهلية الصبي الذي بلغ السادسة عشرة من عمره بالنسبة إلى الأموال التي يكسبها من عمله الخاص . وقد ركزها المشرع في المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال بقوله : « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته . ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور . وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية » (١) .

(ج) مرحلة الصبي من سن الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين : في هذه المرحلة يزيد إدراك الصبي بعض الشيء . ولذلك تزيد أهليته قليلاً عما كانت في المرحلتين السابقتين .

فقد رأينا أن الصبي بمجرد بلوغه السابعة من عمره : تثبت له أهلية الاغتناء . وتبقى له هذه الأهلية كاملة في هذه المرحلة . أما أهلية الافتقار . فهي معدومة عنده . وتظل معدومة كذلك حتى بعد بلوغه الثامنة عشرة . مع استثناء إجراء الوصية (٢) . فللصبي إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره أن يوصى بماله . بشرط

(١) وكان قانون المحاكم الحسبية ينص على حكم يقارب من بيناه في المتن ، وذلك في المادة ٦ منه التي شملها الإلغاء .

(٢) فالوصية عمل من الأعمال الفسادة بالموصى ضرراً محضاً . ومن مقتضى القاعدة التي تضمنتها المادة ١/١١١ . والتي تقضى ببطالان تصرفات الصبي المميز متى كانت ضارة به ضرراً محضاً ، أن تقع وصية الصبي المميز باطلة . ولكن قانون الوصية قرر استثناءها من هذا الحكم ، قاضياً بصحتها ، بشرط إذن المحكمة .

أن يأخذ بذلك إذناً من المحكمة (المادة ٥ من قانون الوصية) . أما أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر . فقد رأينا أنها ناقصة لدى الصبي المميز . ويتوافر للصبي منها ، متى بلغ السادسة عشرة ، أهلية التصرف في الأموال التي يكسبها من عمله الخاص . ويبقى للصبي في مرحلتنا هذا المظهر من الأهلية وزيادة عليه . يكسب الصبي الذي يبلغ الثامنة عشرة مظهرين آخرين : وهما الآتيان :

١ - أهلية الاتجار : للصبي إذا بلغ الثامنة عشرة أن يتجر ، بشرط إذن المحكمة في ذلك . إذناً مطلقاً أو مقيداً (المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال) .

٢ - أهلية الإدارة بالنسبة إلى كل أمواله أو بعضها . بشرط أن يصدر له الإذن في ذلك .

والإذن للصبي في الإدارة يصدر إما من وليه ، إن كان له ولي ، وإما من المحكمة إن لم يكن له ولي .

فإذا كان للصبي ولي ، وهو الأب أو الجد الصحيح عند غياب الأب . حق له أن يأذن صغيره . في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . ويجب هنا أن نحصل الإذن بإشهاد رسمي . يتم في مكتب التوثيق الملحق بمصلحة الشهر العقاري . وللولى أن يسحب إذنه أو يقيد بإشهاد آخر (المادة ٥٤ ولاية على المال) .

فإذا لم يكن للصبي ولي ، كان إعطاء الإذن بالإدارة من اختصاص المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) . وهي تعطيه أو ترفضه ، بعد سماع الوصي . وإذا رفضت المحكمة الإذن ، ما جاز تجديد طلبه إلا بعد فوات سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض . وللمحكمة أن تأذن للصبي في تسلم وإدارة أمواله كلها أو بعضها ، على حسب ما ترى (راجع المادة ٥٥ ولاية على المال) .

ويلاحظ أن الإذن بالإدارة لازم . نكى يصبح الصبي البالغ ١٨ سنة أهلاً لإدارة الأموال التي يتسلمها . فهذه الأهلية لا تثبت له بقوة القانون . بمجرد بلوغه تلك السن . وفي هذا يختلف حكم الصبي البالغ ١٨ سنة بالنسبة إلى أهلية الإدارة عن حكم الصبي البالغ ١٦ سنة بالنسبة لأهلية التصرف في أمواله التي يكسبها من عمله الخاص . فهذه الأهلية الأخيرة ، تثبت بقوة القانون بمجرد بلوغ الصبي ١٦ سنة . دون حاجة إلى إذن خاص . وتبقى له مالم تقض المحكمة بسلبها منه أو بتقييدها .

وللصبي المأذون في الإدارة . أن يجري كل أعمال الإدارة المتعلقة بالأموال التي يأذن في إدارتها . فله أن يجري الأعمال اللازمة لصيانة هذه الأموال . كأن يتفق مع مقاول على أن يرمم له منزله . وله أن يجري كل التصرفات اللازمة لزراعة أرضه ، كأن يشتري البذور والسماذ . وله أن يؤجر كل أمواله ، لأية مدة يشاء ، مع استثناء الأراضي الزراعية والمباني . فلا يصح له أن يؤجرها لمدة تزيد على سنة ؛ فإن أجزها لمدة تزيد على سنة ؛ وقع إيجاره صحيحاً في حدودها^(١) وقابلاً للإبطال فيما تجاوزها^(٢) . وللصبي البالغ ١٨ سنة . فضلاً عن أعمال الإدارة ، أن يجري أعمال التصرف المترتبة عليها . فله أن يني ويستوفى الديون المترتبة على أعمال الإدارة . وله أن يبيع غلة أرضه . وله أن يتصرف في صافي دخله ، ولكن في حدود القدر اللازم لسد نفقته ونفقة من يعوله (راجع المادة ٥٦ ولاية على المال) .

والصبي يعتبر كاملاً الأهلية بالنسبة إلى الأعمال المسموح له بإجرائها ؛ فله أهلية لإجرائها وأهلية التقاضي بشأنها .

والصبي المأذون يباشر أعمال الإدارة تحت الرقابة . فهو لا زال غير مكتمل الإدراك ، ويخشى أن يقع ضحية التزق والطيش . فإذا منحه القانون أهلية الإدارة ، فهو ينتصب عليه رقيباً يشرف عليه فيما يعمل ؛ فإن أحسن الإدارة ، فيها ؛ وإن أساءها ، سلب الرقيب منه أهليته .

(١) راجع مؤلفنا ، عقد الإيجار ، الجزء الأول ، فقرة ٢٨ .

والرقيب على الصبي في إدارته أمواله هو وليه : إن كان موجوداً .
فللولي إذا أساء صبيه إدارة أمواله . أن يحد من الإذن الذي أعطاه إياه في
صددها أو أن يسحبه . بشرط إجراء ذلك بإشهاد رسمي ، كما سبق أن بينا .
وإذا كان الولي غير موجود . ثبتت الرقابة على الصبي للمحكمة . ولتمكين
المحكمة من إجراء هذه الرقابة . يفرض القانون على الصبي واجب أن يقدم لها
حساباً سنوياً عن إدارته . يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى (المادة ٥٨ ولاية
المال) . وإذا رأت المحكمة أن الصبي المأذون قد قصر في الإدارة أو في تقديم
الحساب . أو رأت أن هناك أسباباً يخشى معها من بقاء الأموال في يده .
حق لها من تلقاء نفسها . أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن ،
أن تحد من الإذن بالإدارة أو تسلب القاصر إياه . وذلك بعد سماع أقواله
(المادة ٥٩ ولاية على المال) .

الدور الرابع - البالغ الرشيد : يبلوغ سن الرشد . وهى إحدى وعشرون
سنة ميلادية كاملة (المادة ٤٤ / ٢ مدنى) ، تنتهى حالة القصر ويستكمل الصبي
أهليته . وإنما يشترط لذلك أن يبلغ الصبي سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية
(المادة ٤٤ / ١ مدنى) . فإن بلغها مجنوناً أو معتوهاً . بقيت حاله قصره .
واستمرت الولاية على ماله لوأيه أو وصيه . على حسب الأحوال . وتستمر
الولاية هنا على مال الصبي . دون حاجة إلى حكم سابق من المحكمة يقضى
باستمرارها . أما إذا لم تكن بالصبي عاهة في عقله ، انتهت حالة قصره ،
وزالت الولاية على ماله بمجرد بلوغه سن الرشد . مالم تقض المحكمة قبل بلوغه
هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . والمحكمة تقضى باستمرار الولاية
أو الوصاية ، إذا رأت أن الصبي برغم تمتعه بقواه العقلية . لا يحسن التصرف
في ماله ، لسفه أو غفلة .

ويلاحظ هنا الفرق بين حالة ما إذا بلغ الصبي سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً
أى غير متمتع بقواه العقلية . وبين حالة ما إذا بلغها متمتعاً بقواه العقلية .
ولكن يعتريه سفه أو غفلة . فى الحالة الأولى ، تبقى الولاية أو الوصاية على
مال الصغير ، دون حكم سابق من القضاء . أما فى الحالة الثانية ، فيلزم .

لا استمرار الولاية أو الوصاية ، صدور حكم من المحكمة يقضى بذلك قبل بلوغ سن الرشد (١) .

ويلاحظ أيضاً الفرق بين حالة استمرار الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، وبين حالة ما إذا اعتبر الشخص رشيداً ، ثم أريد بعد ذلك الحجر عليه ، لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ففي الحالة الأولى . تبقى الولاية على مال الشخص لوليه أو وصيه . أما في الحالة الثانية . فتعتبر الولاية أو الوصاية قد انتهت إلى غير رجعة . وينصب على الشخص قيم . وليست لهذا الموضوع أية أهمية عملية بالنسبة إلى الوصاية . فسواء أخضع الشخص لولاية الوصى . على أثر استمرارها بعد بلوغه سن الرشد ، أم خضع لولاية القيم على أثر الحجر عليه ، فالأمر واحد بالنسبة إلى سلطة النائب ؛ إذ سلطة الوصى والقيم واحدة (المادة ٧٨ ولاية المال) . ولكن الأمر يختلف إذا كان للصبي ولي . فاستمرار الولاية بعد بلوغه سن الرشد ، يقتضى استمرار سلطة الولي .

(١) وقد كانت المادتان ١٣ و ٢/٣٠ من قانون المحاكم الحسبية تتضمنان الفارق بين هاتين الحالتين بشكل صريح . إذ أن أولى هاتين المادتين تنص على أنه : « تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية عليه لسبب من أسباب الحجر إلا إذا بلغها مجنوناً أو معتوها ، فإن الولاية تستمر عليه حتى لو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة » . وتقرر المادة ٢/٣٠ نفس الأمر بالنسبة إلى الوصاية . أما قانون الولاية على المال ، فلم يبرز الفارق بين الحالتين اللتين نحن بصددهما . ولكنه موجود مع ذلك تحت ظله . ويستدل عليه من تقريب نص المادة ١/٤٤ مدنى ونص المادتين ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال . فالمادة ١/٤٤ مدنى تقضى بأن : « كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية » . فهذه المادة تستلزم لإنهاء حالة القصر ، وبالتالي لزوال الولاية والوصاية ، أن يبلغ الصبي سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية . فإذا بلغها غير متمتع بقواه العقلية لجنون أو عته ، ما توافر شرط إنهاء حالة قصره ، وبالتالي تستمر الولاية أو الوصاية عليه ، دون حاجة إلى حكم سابق من القضاء . أما المادتان ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال ، فتتضمن على أن الولاية والوصاية تنتهيان ببلوغ القاصر ٢١ سنة ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمراره عليه . ولا بد من تفسير هاتين المادتين تفسيراً يتشبه مع حكم المادة ١/٤٤ مدنى . وهذا التفسير يقتضى عدم الأخذ بحكمها إلا إذا لم تكن بالشخص عاقل في عقله ، ولكن تقوم به عاقل تلحق تدبيره ، وهى السفه والغفلة . وهكذا نصل إلى نفس الحكم الذى كان يقضى به قانون المحاكم الحسبية الملغى ، وهو الذى بيناه في المتن .

أما إذا انتهت الولاية ، وحجر على الشخص . فإنه ينصب عليه قيم . والفارق كبير بين سلطة الولي وسلطة القيم ، على نحو ماسنينيه . وتمشياً مع تلك النتيجة . جاءت المادة ١٩ من قانون الولاية على المال تقضى بأنه : « إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إذا قام به سبب من أسباب الحجر » (١) .

١٢٨ - الولاية على مال القاصر :

عرفنا أن الشخص يكون معدوم أهلية الأداء قبل أن يبلغ السابعة (الصبي غير المميز) . فإذا بلغها . كان ناقص الأهلية إلى أن يبلغ رشده (الصبي المميز) . ومؤدى انعدام الأهلية أو نقصها . أن الشخص لا يصلح لأن يباشر بذات نفسه التصرفات المالية : أو لا يصلح لأن يباشر بعضها . وإذا كان الأمر هكذا . وجب أن ينصب على القاصر شخص يتولى عنه مباشرة التصرفات التي يؤدي عدم إجرائها إلى الإضرار به . ويحصل ذلك بمقتضى نظام الولاية على المال .

والولاية على مال القاصر تثبت لوليّه أو وصيه على حسب الأحوال . وهي تثبت لهما تحت رقابة المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) .

وثمة ترتيب معين يحتم القانون مراعاته فيمن تعطى له الولاية على مال الصغير . وهو من بعد ترتيب مستق من الفقه الإسلامى .

ووفق هذا الترتيب . تثبت الولاية بادىء ذى بدء لأب الصغير . إذا كان موجوداً ولم يقم به سبب يمنعه من توليها . وثبوت الولاية للأب وتقديمه على من عداه أمر متفق عليه فى الفقه الإسلامى من غير خلاف . وعلته ظاهرة . إذ أن الأب مع الأم أقرب الناس إلى ولده . وهو أولاهم طراً لرعاية مصلحته .

فإن لم يكن الأب موجوداً . أو قام به سبب يمنعه من تولي الولاية .

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض جنائى ١٩ ديسمبر ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض الجنائية س ٣ رقم ٥٨ ص ٧٨ .

ثبتت ولاية مال الصغير لمن عساه أن يكون الأب قد اختاره وصياً لولده ، إذا لم يقم به سبب يمنعه منها . وهذا هو الوصى المختار ^(١) .

فإن لم يكن الأب قد اختار وصياً لولده ، ثبتت الولاية على ماله للجد الصحيح . وهو الجد لأب ^(٢) . شريطة أن يكون صالحاً قانوناً لمباشرتها .

فإن لم يكن للصغير أب . ولا وصى مختار من الأب ، ولا جد لأب . ثبتت الولاية على مال الصغير لمن تعينه المحكمة وصياً عليه . ونبدأ بالكلام في الولي ، ثم نعقب بالوصي .

١٢٩ - الولي أو الولي الشرعي :

ثبتت الولاية على مال الصغير ، كما سبق لنا أن بينا ، لأبيه إن كان حياً ولم يمنعه منها سبب قانوني . فإن كان الأب قد مات . أو قام به سبب يمنعه . ثبتت الولاية للجد الصحيح (الجد لأب) إن كان موجوداً وصالحاً لمباشرتها وذلك ما لم يكن الأب قد اختار لصغيره وصياً .

والأب والجد يطلق عليهما « الولي » ، بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح . حيث إنه قد يطلق هذا الاصطلاح أيضاً ويقصد به : في معناه الواسع الشامل ، كل من يتولى الولاية على مال عديمي الأهلية وناقصيها : سواء أكان أباً أم جداً أم غيرهما . ولتمييز الأب والجد عن غيرهما ممن يتولون الولاية على مال ناقصي الأهلية وعديميها ، أي الوصى . فإنه كثيراً ما يطلق على كل منهما اصطلاح « الولي الشرعي » أو « الولي الطبيعي » .

وولاية كل من الأب والجد لأب ولاية إلزامية . بمعنى أنه لا يجوز لأى منهما أن يتنحى عنها إلا إذا وجد سبب مقبول لهذا التنحى : وأذنته المحكمة فيه (المادة الأولى من قانون الولاية على المال) . وفي ذلك تختلف الولاية بمعناها

(١) وتقديم الوصى المختار على الجد حكم تقول به المالكية والحنفية .

(٢) أما الجد لأم ، وهو الذي يطلق عليه في لغة الفقه الإسلامي « الجد الفاسد » . فلا تثبت له الولاية على مال حفيده بقوة القانون ، وإن أمكن بطبيعة الحال أن يختار وصياً عليه من الأب أو من القاضى ، شأنه في ذلك شأن غيره من كافة الناس .

الضيق عن الوصاية . حيث لا يلزم الوصى . أياً ما كانت درجة قرابته للقاصر ، بقبول الوصاية . بل إن له أن يرفضها .

وتقع الولاية على كل أموال القاصر ^(١) . مع استثناء ما يؤول إليه منها بطريق التبرع . إذا اشترط المتبرع عدم خضوعها لسلطة الولى (المادة ٣ ولاية المال) . وفى هذه الحالة ينصب للصغير وصى يقوم إلى جانب وليه . وتكون سلطته مقصورة على الأموال الخارجة عن سلطة الولى .

١٣٠ - سلطة الولى :

وللولى . أباً كان أم جدأ . سلطة القيام بالأعمال النافعة للصغير نفعاً محضاً . كقبول هبة له غير مقرونة بشرط . أما إذا كان التبرع مقروناً بشرط ما صح للولى قبوله . إلا بإذن المحكمة (المادة ١٢ ولاية المال) .

أما الأعمال الضارة بالصغير ضرراً محضاً . فالأصل فيها أنها ممنوعة على الولى . فليس للولى ، ولو كان هو الأب . أن يتبرع بمال الصغير . إلا أنه يستثنى من ذلك التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى ، فيصح للولى أن يتبرع بمال صغيره لأداء واجب إنسانى أو عائلى . بشرط إذن المحكمة .

وبالنسبة للأعمال الدائرة بين النفع والضرر : تلزم التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف بمقابل .

فأعمال الإدارة جائزة للولى . فللولى أن يقوم نيابة عن صغيره بكل التصرفات اللازمة لإدارة أمواله ^(٢) . كشراء البذور والسماد والاتفاق مع مقاول على ترميم دار للصبي . ومن أعمال الإدارة الجائزة للولى إجارة

(١) وتقتضى المادة ١٦ من قانون الولاية على المال بأنه : « على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضاً لمال القاصر للخطر » .

(٢) مع استثناء الاستمرار فى مباشرة تجارة آلت للقاصر . فليس للولى أن يستمر فى مباشرة هذه التجارة ، إلا بعد إذن المحكمة ، وفى حدودها هذا الإذن (المادة ١١ ولاية) .

أموال القاصر . بشرط ألا يكون من شأنها أن تستمر مدتها إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة ؛ فإن تجاوزت مدة الإيجار هذا المدى . ما حق للولي إجراؤه ، إلا بإذن المحكمة (المادة ١٠ ولاية المال) .

أما أعمال التصرف بعوض . فتختلف سلطة الولي في إجرائها باختلاف ما إذا كان أباً للصغير أم جداً . فليس للجد أن يتصرف في مال الصغير إلا بإذن المحكمة (المادة ١٥ ولاية) . فلا يحق للجد . بغير إذن المحكمة ، أن يبيع مال الصغير أو أن يرهنه . أو أن يتصالح عليه . أما الأب . فالأصل أن له أن يتصرف بعوض في مال صغيره . دون حاجة إلى إذن المحكمة . فالأصل أن للأب أن يبيع مال الصغير وأن يرهنه وأن يجرى عليه غير ذلك من التصرفات بعوض . ولكن ترد على هذا الأصل القيود الآتية :

١ - « لا يجوز للولي (حتى لو كان أباً) أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة . ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (المادة ٦ ولاية المال) » . وبلا حظ أن المنع هنا مقصور على عقارات القاصر ؛ فهو لا يشمل منقولاته .

٢ - « لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثائة جنيه إلا بإذن المحكمة ^(١) » - ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (المادة ٧ ولاية المال) » .

٣ - « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في المال المورث فلا يجوز للولي أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها (المادة ٧ ولاية المال) » .

(١) انظر نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ طعن ٥٠٨/٤٢ ، مجموعة النقض من ٢٨ ص ٣١٠ رقم ٦٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « لما كانت نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية . ويتعين عليه حتى يتصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته . أما إذا جاوز الولي هذه الحدود (باع الأب عقاراً لأولاده القصر تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه اشترى لهم من مال أمهم) ، فإنه يفقد صفة النيابة ، ولا ينتج العمل أثره بالنسبة إلى القاصر . ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببه » .

٤ - لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا افتراضه إلا بإذن المحكمة (المادة ٩ ولاية المال) .

ولا تسرى القيود السابقة على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه . صريحاً كان التبرع أو مستتراً (المادة ١٣ ولاية المال) . فبالنسبة إلى هذا المال . تثبت للأب سلطة كاملة . فله أن يتصرف فيه بكل أوجه التصرف . وله أن يؤجره لأية مدة يشاء . وذلك دون حاجة إلى إذن من المحكمة . بل إن الأب لا يلزم حتى بتقديم الحساب عن هذا المال للمحكمة .

١٣١ - الوصى :

إذا لم يكن للقاصر ولى . ثبتت الولاية على ماله للوصى . والوصى هو كل شخص يمنح الولاية على مال الصغير . غير أبيه وجده لأبيه . وهو نوعان :

١ - وصى مختار . ٢ - وصى معين .

والوصى المختار هو الوصى الذى يقيمه الأب لولده . كما يمكن لمن يريد التبرع بماله للصغير . أن يختار له وصياً يقوم على رعاية هذا المال لصالح الصغير . إذا لم يرد المتبرع دخول هذا المال تحت ولاية الولى أو الوصى العام^(١) . ويجوز لمن أقام الوصى المختار . مادام حياً . أن يعدل عن اختياره بطريق الوصية . ويعرض اختيار الوصى على المحكمة لتثبته^(٢) . وهى تقضى بذلك . إذا كان الوصى المختار عدلاً كفواً ذا أهلية كاملة (المادة ٢٧ / ١ ولاية المال) .

أما الوصى المعين . فهو الذى تعينه المحكمة للقاصر . إذا لم يكن له ولى ولا

(١) ويشترط أن يثبت اختيار الوصى بورقة رسمية ، أى بورقة محررة فى مكتب التوثيق بمصلحة الشهر العقارى ، أو بورقة عرفية مصدق فيها على توقيع الأب أو المتبرع فى مكتب التوثيق كذلك ، أو بورقة عرفية عادية ، بشرط أن تكون مكتوبة بخط الأب أو المتبرع وموقعة عليها بإمضائه (انظر المادة ٢٨ ولاية المال) .

(٢) راجع فى كل ما سبق المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال .

وصى مختار . ويجب أن تتوافر في الوصى الذى تعينه المحكمة شروط خاصة تضمنتها المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال ؛ وهذه الشروط هى الآتية :

١ - يجب أن يكون الوصى عدلاً وكفوّاً للقيام بمهام الوصاية .

٢ - يجب أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة . فلا يصلح للوصاية من كان قاصراً أو مجنوناً أو معتوهاً أو سفياً . فقل هذا الشخص محتاج هو نفسه للرعاية ؛ فلا يسوغ أن تناط به رعاية غيره .

٣ - لا يجوز أن يعين وصياً من حكم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة . ومع ذلك . إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات . جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .

٤ - لا يجوز أن يعين وصياً من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر . لو أنه كان فى ولايته .

٥ - لا يجوز أن يعين وصياً من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للعيش .

٦ - لا يصح أن يعين وصياً المحكوم بإفلاسه إلى أن يرد له اعتباره .

٧ - لا يصح أن يعين وصياً من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

٨ - ولا يعين وصياً من قرر أب القاصر قبل وفاته حرمانه من التعيين^(١) . متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك .

٩ - ولا يجوز أن يعين وصياً من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى . أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة . إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

(١) ويجب أن يأتى الحرمان فى ورقة رسمية ، أو عرقية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخط الأب وموقعة بإمضائه .

١٠ - يجب أن يكون الوصى من طائفة القاصر ؛ فإن لم يكن ، فن أهل مذهبه ؛ فإن لم يكن ، فن أهل دينه .

والأصل أن المحكمة لاتعين للقاصر إلا وصياً واحداً . ولكن يجوز لها عند الضرورة أن تعين أكثر من وصى . وفي هذه الحالة ، لايجوز لأحد من الأوصياء الانفراد بإجراء عمل ما ، إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً معيناً لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق . وذلك مع استثناء الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة عن نفع للقاصر ، فيجوز لأى من الأوصياء المتعدين إجراؤها . وعند الخلاف بين الأوصياء ، يرفع الأمر للمحكمة لتأمر بما يتبع (المادة ٣٠ ولاية المال) .

والقاعدة أن سلطة الوصى تثبت بالنسبة إلى كل شئون القاصر المالية . ويستثنى من ذلك الأموال التى يتبرع بها شخص للقاصر ، مع اشتراط عدم خضوعها لسلطته (المادة ٣ ولاية المال) .

وإلى جانب الوصى العادى . الذى يمكن أن نطلق عليه الوصى العام . على أساس أنه يتولى الإشراف : كقاعدة عامة . على كل شئون القاصر المالية . تقيم المحكمة للقاصر وصياً خاصاً ، يتولى عنه أمراً من الأمور تحدده المحكمة . ويكون ذلك فى حالات معينة بينها المادة ٣١ من قانون الولاية على المال : التى تقضى بأنه : « تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

(ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعهم أو مع من يملكه الوصى .

(ج) إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغائه بين القاصر وبين الوصى أو أحد المذكورين فى البند (ب) .

(د) إذا آل للقاصر مال بطريق التبرع واشترط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال .

(هـ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال .

(و) إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ويجوز للمحكمة أن تعين إلى جانب الوصي ، ولو كان مختاراً ، مشرفاً (المادة ٨٠ ولاية المال) . ويراقب المشرف الوصي في إدارته أموال القاصر . وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليهما . وعلى الوصي إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة أموال القاصر وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال . وعلى المشرف . إذا شغل مكان الوصي لأي سبب من الأسباب . أن يطلب إلى المحكمة إقامة وصي جديد . وإلى أن يباشر هذا عمله . يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر للقاصر (المادة ٨١ ولاية المال) . وللمحكمة في أي وقت أن تقرر انتهاء الإشراف ، إذا رأت زوال داعيه (المادة ٨٣ ولاية المال) .

١٣٢ - سلطة الوصي :

سلطة الوصي على أموال القاصر أضيق نطاقاً من سلطة الولي ، سيما إذا كان أباً . وهاك الخطوط العريضة التي تحدد سلطة الوصي . سواء أكان مختاراً أم معيناً .

أولاً - الأعمال النافعة للصبي نفعاً محضاً . كقبول هبة تصدر لصالحه : وهذه الأعمال تجوز للوصي بغير إذن من المحكمة . ويلاحظ أن التبرع للقاصر المقرون بشرط من شأنه أن يحمله التزاماً ما . لا يعتبر عملاً نافعاً له نفعاً محضاً ، ومن ثم لا يجوز للوصي قبوله أو رفضه إلا بإذن المحكمة .

ثانياً - الأعمال الضارة بالصبي ضرراً محضاً . كالتبرع بماله : وهذه الأعمال لا تجوز أصلاً للوصي . ولا حتى بإذن المحكمة . ويستثنى من ذلك التبرع بمال القاصر لأداء واجب إنساني أو عائلي . فيسوغ للوصي إجراؤه ، ولكن بشرط أن تأذن له به المحكمة (المادة ٣٨ ولاية المال) .

ثالثاً - أعمال التصرف بعوض ، كبيع مال القاصر والتقايط عليه ^(١) وقسمته ^(٢) ورهنه والصلح والتحكيم بشأنه وحوالة حقوقه وديونه واستثمار أمواله وإقراضها : كل هذه الأعمال وغيرها مما يعتبر تصرفاً بعوض في أموال الصغير . لاتصح للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة (المادة ٣٩ ولاية المال) . ويستثنى أعمال التصرف الممنوعة على الوصى بغير إذن المحكمة ، تلك التي تنجم نتيجة لإدارة المال . فلاوصى بغير إذن المحكمة أن يجرى تلك الأعمال ، كأن يبيع غلة الأرض ، وأن يشتري مايلزم لها من بذور وسماذ .

رابعاً - أعمال الإدارة . الأصل أن للوصى أن يقوم بالأعمال التي تستدعيها إدارة أموال القاصر . دون حاجة إلى إذن المحكمة . وله على الخصوص أن يؤجرها لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات (المادة ٥٥٩) ، بشرط ألا يكون التأجير حاصلًا لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائباً عنه ؛ ففي هذه الحالة الأخيرة . لايسوغ للوصى أن يؤجر مال الصغير إلا بإذن المحكمة . وحتى في الحالة التي لا يحصل فيها التأجير للأشخاص السابقين ، تحد سلطة الوصى في تأجير مال الصغير إذا كان من الأراضي الزراعية أو المباني . فلا يسوغ للوصى بغير إذن المحكمة ، أن يؤجر الأراضي الزراعية لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، وبشرط ألا تمتد الإجارة إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد إلى أكثر من سنة ^(٣) . أما المباني . فلا يجوز للوصى بغير إذن المحكمة أن يؤجرها ابتداء لمدة تزيد على سنة . وإذا أجز الوصى بغير إذن المحكمة مال الصغير لمدة تتجاوز الحد القانوني . أنقصت مدة الإيجار إلى هذا الحد .

(١) انظر : نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ ق . مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٧٣ رقم ١٢ .

(٢) انظر : نقض ١٢ مايو ١٩٦٦ طعن ٣٢/٣٠٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١١٠٦ - نقض ٢٣ يناير ١٩٦٤ ، طعن ٢٩/١٩٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ١٣١ رقم ٢٤ .

(٣) وهذا هو حكم كل عقارات القاصر ، فيما عدا المباني .

١٣٣ - تجاوز الولى أو الوصى حدود سلطته :

بيننا فيما سبق سلطة كل من الولى الشرعى (أياً كان أم جدّاً) والوصى حينما يباشران الولاية على أموال القاصر . وقد يحدث أن يتجاوز هذا أو ذاك حدود سلطته . فما عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

ان هذا الحكم ليس بعسير . فالولى أو الوصى لا يعدو أن يكون نائباً قانونياً عن القاصر . فيأخذ تجاوز السلطة منه حكم تجاوز النائب سلطته لإزاء أصيله : ومؤداه عدم نفاذ التصرف الذى يجريه خارج حدود سلطته : فى حق القاصر مالم يقره بعد بلوغه رشده ^(١) . وقد سارت محكمتنا العليا مؤخراً على هذا النظر فى حكمين إثنين لها ^(٢) ، وإن كانت قد خالفت فى حكمين آخرين ، مقررّة أن من شأن تجاوز الوصى حدود سلطته أن يقع تصرفه قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر ^(٣) . وهذا التكييف الأخير بعيد عن الصواب ، ومن حسن الحظ أن يكون القضاء به سابقاً على القضاء بالنظر الآخر ، الأمر الذى يحملنا على الاعتقاد بأن محكمتنا العليا قد عدلت عنه .

والحق إنه ينبغى التحرز من الوقوع فى الخلط الشائع بين التصرف غير

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١١٣ .

(٢) أنظر : نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ طعن ٤٢/٥٠٨ ق مجموعة بالنقض س ٢٨ ص ٣١٠ رقم ٦٤ (وقد قضى هذا الحكم بعدم نفاذ بيع أجراه الأب نيابة عن أولاده القصر لعقار تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه آل إليهم من أهم بمخالفة المادة ٧ من قانون الولاية على المال) - نقض ١٢ مايو ١٩٦٦ ، طعن ٣٢/٣٠٤ ق مجموعة بالنقض س ١٧ ص ١١٠٦ (وقد قضى هذا الحكم بعدم الاحتجاج على القصر بقسمة رضائية أجراها وصيهم نيابة عنهم بغير الحصول على إذن محكمة الأحوال الشخصية ، ولو كان الوصى قد تعهد بالحصول على هذا الإذن ثم قصر فى ذلك) .

(٣) أنظر نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ ق ، مجموعة بالنقض س ١٦ ص ٧٣ رقم ١٢ (وقد قضى هذا الحكم بأن إبرام الوصية عقد مقايضة نيابة عن القاصر بدون الحصول على إذن المحكمة يعتبر باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر يصح بإجازته بعد بلوغه سن الرشد) - نقض ٢٣ يناير ١٩٦٤ طعن ٢٩/١٩٠ ق مجموعة بالنقض س ١٥ ص ١٣١ رقم ٢٤ (وقد قضى هذا الحكم بأن قيام الوصى بالتصرف خارج سطاته بأن أجرى قسمة مال القاصر بغير إذن المحكمة يستتبع البطلان النسبى لمصلحة القاصر الذى يكون له ، عند بلوغه سن الرشد ، التنازل عن التمسك بالبطلان وإجازة القسمة) .

النافذ في حق شخص معين وبين ذلك الذي يقع قابلاً للإبطال لمصلحته .
فالأول لا يسرى في مواجهة الشخص مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون . فهو
يبقى غير معمول به في حقه مالم يقره . إذا قدر له أن يفعل . أما التصرف
القابل للإبطال . فهو ينفذ فور إبرامه . حتى في حق من تقرر الإنطال لمصلحته ؛
ويبقى كذلك إلى أن يقضى بإبطاله إذا قدر له أن يأخذ هذا المصير . ثم إن التصرف
القابل للإبطال يتطهر من عيبه ويصير بذلك عقداً تام الصحة بفوات ثلاث
سنوات (المادة ١٤٠) . تبدأ في حالة القصر من بلوغ الرشد . أما التصرف
غير النافذ فيبقى عديم الأثر مهما طال الوقت . مادام إقراره لم يقع .

١٣٤ - عوارض الأهلية :

إذا بلغ الإنسان سن الرشد . وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .
متمتعاً بقواه العقلية ، ولم تكن المحكمة قد قضت قبل بلوغها باستمرار الولاية
أو الوصاية عليه . اعتبر أنه استكمل الإدراك والتمييز . وأضفى القانون عليه
بالتالي أهلية الأداء كاملة . ويستمر الإنسان متمتعاً بتلك الأهلية ما بقي حياً ،
مالم يدركه عارض من عوارض الأهلية .

وعوارض الأهلية هي أمور تدرك البالغ الرشيد . ويكون من شأنها
أن تعدم أهليته أو تنقصها . وهي متعددة متنوعة . وتنقسم . بحسب طبيعتها .
إلى ما يأتي :

١ - عوارض تصيب من الإنسان عقله . فتعدم إدراكه وتميزه ؛ وهذه
هي الجنون والعتة .

٢ - عوارض تلحق من الإنسان تدبيره ، فتفسده ؛ وهذه هي السفه
والغفلة .

٣ - عارض لا يصيب العقل ولا يلحق التدبير . ولكن وجوده يصعب
على الإنسان التعبير عما يريد ؛ ويتضمن هذا العارض العاهات الجسمية .

٤ - عارض لا يصيب العقل ولا يلحق التدبير ولا يصعب التعبير عن الإرادة ،
ولكنه يؤثر في أهلية الشخص كعقوبة جنائية تبعية ؛ وهذا هو عقوبة
الجنائية .

ونتكلم في هذه العوارض على التوالى :

١٣٤ - (أ) العوارض التى تصيب العقل أو الجنون والعتة :

الجنون خلل يلحق العقل ، فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز .
أما العتة ، فقد اختلف فى تعريفه . فقال البعض إنه نوع من الجنون .
يتميز بأن صاحبه لا يلجأ إلى العنف ، لأنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون .
فهو جنون هادئ^(١) . وقال البعض الآخر إن العتة يتميز عن الجنون بأنه
لا يعدم بالضرورة الإدراك لدى صاحبه . فقد يصل من القوة إلى حد إعدام
هذا الإدراك ، وهنا يأخذ حكم الجنون . وقد يصل من القوة إلى حد إنقاص
الإدراك لدى صاحبه فحسب . وهنا لا يكون المعتوه معذور الإرادة كالمجنون
بل ناقصها ، ويأخذ حكم الصبي المميز^(٢) .

والخلاف السابق فى تحديد المقصود بالعتة لا يعدو أن يكون مجرد صدق
لذلك الذى قام بين فقهاء المسلمين فى شأنه . فقد رأى البعض منهم إن العتة
يعدم عند صاحبه الإدراك . شأنه فى ذلك شأن الجنون ، الأمر الذى جعلهم
يعطون تصرفات المعتوه حكم تصرفات المجنون والصبي غير المميز . ورأى
البعض الآخر من فقهاء المسلمين إن العتة لا يعدم عند صاحبه الإدراك .
ولأنما ينقصه فحسب . الأمر الذى جعلهم يعطون تصرفاته حكماً يغير ذاك
الذى يلحق تصرفات المجنون . ليتمثل مع حكم تصرفات الصبي المميز^(٣) .

والفرقة فى العتة بين نوعين : أحدهما يعدم عند صاحبه الإدراك ويجعله
فى حكم المجنون . وثانيهما يقتصر على أن ينقص لدى صاحبه الإدراك ويجعله
فى حكم الصبي المميز : هذه الفرقة : وإن أقرها الفقه الإسلامى فى بعض

(١) انظر فى هذا المعنى : عبد المنعم الصده . نظرية الحق نبذة ٩٩ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : أستاذنا عبد الرزاق السنورى ، الوسيط فى شرح القانون

الجديد مصادر الالتزام ، نبذة ١٥٧ - سليمان مرقص . المدخل للعلوم القانونية نبذة ٢٤٦ .

(٣) وقد أخذت المجلة - وهى كما نعلم تقنين لبعض قواعد الفقه الإسلامى على المذهب

الحنفى - بهذا رأى .

مذاهبه ^(١) كما بينا . إلا أن قانوننا المدني لا يأخذ بها ، أو على الأقل . هو لا يأخذ بها بعد تسجيل قرار الحجر . فالمادة ١/٤٥ مدني تجعل المعتوه فاقد التمييز ، كالمجنون تماماً . والمادة ١٤ مدني تنص على أن تصرفات المعتوه . بعد تسجيل قرار الحجر . تقع باطلة : شأنها في ذلك شأن تصرفات المجنون تماماً . وعلى هذا . فalcته يأخذ قانوناً حكم الجنون .

وقد أحسن مشرعنا صنعا بعدم التفرقة بين المجنون والمعتوه في صدد حكم تصرفاتهما . فالتفرقة بين الجنون والعتة تتمثل في خيط رفيع قد يدق بيانه . يخلص من هذا أن كلا من الجنون والعتة ^(٢) عاهة تلحق عقل الإنسان . فتعدم فيه الإدراك والتمييز . وتعدم فيه بالتالي أهلية الأداء . التي مناطها الإدراك والتمييز . كما قد نا ^(٣) .

فكل من المجنون والمعتوه فاقد التمييز ومعدوم أهلية الأداء (المادة ٤٥ مدني) . وهو يأخذ حكم الصبي غير المميز . فكل تصرفاته تقع باطلة بطلاناً مطلقاً . حتى ما كان من شأنه أن يعود عليه بالنفع المحض .

على أن المجنون أو المعتوه ، لا يعتبر كذلك في حكم القانون ، وبعبارة أخرى . لا تنعدم أهلية الأداء عنده . إلا بعد صدور قرار الحجر عليه من المحكمة وتسجيل هذا القرار ^(٤) . وفي ذلك يختلف قانوننا المصري مع الراجع في الفقه الإسلامي ، والذي يقول به الحنفية . حيث يبشر بأن كلا من المجنون

(١) انظر في هذا المعنى : أستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الفقه الإسلامي . مجلة القانون والاقتصاد س ١ ص ٣٧٤ .

(٢) وقد عرفت محكمة النقض العتة بقولها : « العتة آفة تصيب العقل فتعيبه وتنتقص من كاله » . وهذا التعريف ، وإن أمكن له أن يتماشى مع الفقه الإسلامي في بعض مذاهبه ، إلا أنه يبدو غير دقيق تحت ظل قانوننا المصري : إذ أن هذا القانون لا ينظر إلى المعتوه على أنه ناقص العقل غير كامله ، وإنما ينظر إليه على اعتبار أنه معدوم العقل . شأنه في ذلك شأن المجنون . (٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٢٦ .

(٤) انظر نقض ٢٥ مايو ١٩٧٧ ، طعن ٤٥/٣٣ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ١٢٩٣ رقم ٣٢٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن توقيع الحجر ورفع له لا يكون إلا بمقتضى حكم ، وأنه لا اعتداد بقيام موجب الحجر أو زواله إذا لم يصدر به حكم .

والمعتوه . وبخلاف السفیه وذی الغفلة ، محجور علیه لذاته ، أى لجرد كونه مجنوناً أو معتوهاً ^(١) ، ودون اعتبار لما إذا كان قد قضى بالحجر علیه أم لم يقض ، وسواء أكان قد نصب علیه قیم أن لم ينصب . ووفقاً لهذا النظر الإسلامی ، تقع تصرفات المجنون أو المعتوه مشوبة بالبطلان لجرد صدورهما منه حالة كونه مجنوناً أو معتوهاً . وهی لا تكون كذلك إلا إذا صدرت منه فی فترة جنونه أو عتهه . دون تلك الی تصدر منه فی فترة من فترات إفاقة . وذلك فی الأحوال الی يكون المجنون أو العته متقطعاً غیر مطبق . أما فی ظل القانون المصری . فإدام المجنون أو المعتوه لیس محجوراً علیه لذاته . وإنما فقط بقرار الحجر وتسجیله . فإنه لا یعتبر معدوم الأهلیة إلا بعد صدور قرار الحجر وتسجیله . وهو یبقى كذلك طالما بقی قرار الحجر المسجل قائماً ولم یصدر قرار آخر برفع الحجر . وسواء فی ذلك بالنسبة إلی التصرفات الی تصدر فی فترة من فترات المجنون أو العته ، أو فی فترة من فترات الإفاقة ^(٢) . وهكذا یتمثل الحجر . بعد تسجیل القرار الصادر به . فی ظل قانوننا المصری ، قرینة قانونیة قاطعة علی انعدام الإدراك وبالتالي علی انعدام الأهلیة . وذلك طوال بقاء الحجر قائماً ^(٣) . فلا یسوغ عندئذ الادعاء بأن التصرف قد صدر من المجنون أو المعتوه فی فترة كان فیها واعياً ومدرکاً لما یقول ویفعل : بغية الوصول إلی تقرير صحة تصرفه .

وتحديد ما إذا كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً من عدمه أمر متروک لتقدير القاضی . ویوضع زمامه بین یدیه . ویفصل فیهِ علی هدی من شواهد الحال

(١) انظر المادة ٩٥ من المجلة .

(٢) وقد سائر القانون المصری فی ذلك کلا من القانون السوری (المادة ١١٤) والقانون اللیبی (المادة ١١٣) . وأخذ القانون العراقی بحکم یتخالف مع ما یقضى به القانون المصری . مقررّاً أن المجنون والمعتوه محجور علیهما لذاتهما أى بقوة القانون وبغیر حاجة لحکم القاضی (المادة ٩٤) ، متجاوباً فی ذلك مع ما هو سائد فی الفقه الإسلامی وقفت به المجلة (المادة ٩٥٧) . وقد سار القانون الأردنی علی النّیج نفسه (المادة ١/١٢٨) . وجاء القانون المدنی الكويتی بدوره متجاوباً مع الفقه الإسلامی ، قاضياً بأن المجنون والمعتوه محجور علیهما لذاتهما ، شأنهما فی ذلك شأن الصغیر (المادة ١/٨٥) .

(٣) انظر : نقض ١٩ يناير ١٩٧١ ، مجموعة النقض س ٢٢ ص ٧١ رقم ١٤ .

وخبرة المتخصصين في الآفات العقلية . دون أن يتقيد في ذلك بدليل أو بآخر من أدلة الإثبات . والأمر من بعد يتمثل مسألة موضوعية . أى أنه يدخل في سلطة قاضى الموضوع التقديرية : من غير معقب عليه من محكمة النقض . مادام حكمه يقوم على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله (١) .

وليس ضرورياً لإثبات الجنون أو العته قضاء ، بغية توقيع الحجر على صاحبه بسببه ، أن يكون قد صدرت من الشخص بالفعل تصرفات ترم عن حالته . فمجرد قيام الجنون أو العته مسوغ كاف لتوقيع الحجر . فتوقيع الحجر ليس عفوية أو جزاء عن تصرفات تصدر من الشخص ، وإنما هو مجرد إجراء يستهدف به حمايته (٢) .

وإذا وصلنا إلى أن كلا من الجنون والمعتوه لا يعتبر . في ظل قانوننا المصرى . منعدم الأهلية إلا بصدور قرار الحجر وتسجيله (٣) ، فلن ذلك

(١) انظر نقض ٥ يناير ١٩٧٧ . مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ١٨٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن لمحكمة الموضوع ، في سبيل توقيع الحجر للعته ، مطلق الحرية في تقدير قيام حالة العته باعتبارها تتعلق بفهم الواقع في الدعوى ، فلا تخضع في قضائها هذا لرقابة محكمة النقض . متى كان استخلاصها سائداً . وانظر في نفس المعنى : نقض أول يناير ١٩٧٤ طعن ٥٣ و ٥٧ / ٣٨ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٢ رقم ١٨ . وانظر كذلك نقض ١٩/١/١٩٧١ . ضمن ٢٧٠/٣٦ ق مجموعة النقض س ٢٢ ص ٧١ رقم ١٤ .

(٢) أنظر نقض ٥ يناير ١٩٧٧ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم في خصوص ' الحجر للعته ما يأتي : « الحجر للعته لا يقصد منه توقيع عقوبة على المحجور ، وإنما يريد المشرع به حماية المحجور في أمواله ، بأن يدرأ عنه ما قد تؤدي إليه حالته . ومن ثم فليس يلزم أن يعنق توقيع الحجر على حصول تصرفات تدل على فساد التدبير لدى الشخص ، طالما تحقق الحكم من موجب الحجر بقيام حالة العته » . ويلاحظ على صياغة هذا الحكم أنه جعل فساد التدبير هو المسوغ للحجر للعته ، في حين أن المسوغ للعته هو خلل في العقل ، وليس في مجرد فساد التدبير . الذى ينعض مسوغاً للحجر لفسفه أو الغفله فحسب .

(٣) ويأخذ حكم تسجيل قرار الحجر تسجيل طنب الحجر المقدم للمحكمة . فإعمالاً للمادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات الصادر برقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (والذى لم يشملها الإلغاء بمقتضى قانون المرافعات الحالى الصادر في سنة ١٩٦٨) ، تعتبر تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة إذا جاءت بعد تسجيل طلب الحجر . وقدر لهذا الغضب أن تستجيب له المحكمة فتصدر قرارها بتوقيع الحجر .

الحكم ليس مطلقاً . فهو لا يعدو أن يكون الأصل العام . ويرد على هذا الأصل استثناءان هامين . يعتبر كل من المجنون والمعتوه بمقتضاهما عديم الأهلية . حتى قبل صدور قرار الحجر عليهما وتسجيله . وقد تضمنت المادة ١١٤ هذين الاستثناءين . فبعد أن قررت . في فقرتها الأولى . وقوع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة إذا صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر . جاءت في فقرتها الثانية تقول : « ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . وهكذا فاستثناء من الأصل العام . يعتبر المجنون أو المعتوه عديم الأهلية حتى قبل تسجيل قرار الحجر عليه في الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى — شيوع حالة المجنون أو العته وقت التعاقد : إذا كانت حالة الشخص من المجنون أو العته شائعة عند إجرائه التصرف . اعتبر عديم الأهلية عندئذ . وبطل من ثم تصرفه . حتى لو كان المتعاقد معه نفسه على غير بينة من حقيقة حالته . ويقصد بشيوع حالة المجنون أو العته عند الشخص أن تكون معروفة من سواد الناس ممن يخالطونه أو يجاورونه أو يتعايشون معه .

الحالة الثانية — علم المتعاقد مع المجنون أو المعتوه بحالته : إذا كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من حقيقة حالته . اعتبر هذا أو ذاك عديم الأهلية . وبطل بالتالى تصرفه ، حتى لو كانت حالة المجنون أو العته غير شائعة بين الناس في مجموعهم .

خلاصة كل ماسبق أن المجنون أو المعتوه . في ظل قانوننا المصرى . لا يعتبر عديم الأهلية إلا بعد صدور قرار الحجر عليه وتسجيله . وذلك ما لم تكن حالته شائعة . عند إجراء التصرف . أو كان المتعاقد معه على بينة من حالته وقت التعاقد . ويوقع الحجر بقرار من المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) . كما يرفع أيضاً بقرار منها . ولا يعتبر الحجر واقعاً على الشخص ، كما أنه لا يرفع الحجر عنه بعد توقيعه عليه . إلا بمقتضى قرار المحكمة ، وذلك حتى لو قام به قبل ذلك القرار مقتضى توقيع الحجر أو رفعه .

والقرار الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر أو برفعه . بوصف أنه ينشئ *
للشخص حالة مدنية ، له حجية مطلقة على الناس كافة ^(١) . فهو يسرى حتى
على من لم يكن طرفاً في الدعوى .

١٣٥ - حكم تصرفات المخبون أو المعتوه :

لتحديد حكم تصرفات المخبون أو المعتوه ، يلزمنا ، في ضوء ما تقدم .
التفريق بين مرحلتين : المرحلة السابقة على تسجيل قرار الحجر ، والمرحلة
اللاحقة لتسجيل هذا القرار .

١٣٦ - حكم تصرفات المخبون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر :

المخبون أو المعتوه . كما سبق لنا أن بينا . لا يعتبر . بحسب الأصل ، معدوم
الأهلية إلا بعد تسجيل قرار الحجر ، مع ملاحظة أن القانون يجعل لتسجيل
طلب الحجر أثر تسجيل القرار الصادر به ^(٢) ، بالنسبة إلى الحكم الذي يلحق
التصرفات الصادرة من المخبون أو المعتوه . شأن تصرفاتهما في ذلك شأن
تصرفات السفهية وذى الغفلة (المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات القديم
الصادر في سنة ١٩٤٩) . وإذا كان الأمر كذلك . فإن الأصل أن تقع
تصرفات المخبون أو المعتوه ، قبل تسجيل قرار الحجر (أو قبل تسجيل
طلب الحجر إن كان هذا الطلب قد سجل) صحيحة لا باطلة ، ما لم تكن
قد صدرت منه حالة كون جنونه أو عتبه شائعاً ، أو كان المتعاقد الآخر
على بينة منه ^(٣) . وفي ذلك جاءت المادة ١١٤ / ٢ مدني تقضي بأنه :

(١) نقض ١٩٧٤/١/١ : طعن ٥٣ ، و ٣٨/٥٧ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٢
رقم ١٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن القرار الصادر بتوقيع الحجر للعتبه - بوصفه منشأ حالة
المدنية - له حجية مطلقة تسرى في حق الناس جميعاً .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٥/١١/٢ طعن ٣١/١٣ ق مجموعة النقض س ١٦ ص ٦٥٣
دقم ١٥١ . وقد جاء في هذا الحكم أن تسجيل طلب الحجر يترتب عليه ما يترتب على تسجيل قرار
الحجر نفسه .

(٣) ويكفي لبطان تصرف المخبون أو المعتوه أحد الأمرين : شيوع الحالة أو علم المتعاقد
الآخر بها . فلا يلزم اجتماع الأمرين معاً . كما أنه في خصوص علم المتعاقد الآخر بالمخبون أو
العتبه ، يكفي مجرد هذا العلم . فلا يلزم التواطؤ أو الاستغلال ، بخلاف الحال في السفه والغفلة . =

« ٢ - أما إذا صدر التصرف (من المجنون أو المعتوه) قبل تسجيل قرار الحجر عليه . فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد . أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

ولكن هل يتعين الأخذ بتلك النتيجة بصفة مطلقة . بمعنى أن تكون تصرفات المجنون أو المعتوه . قبل تسجيل قرار الحجر عليه ، وفي غير الحالتين المنصوص عليهما في المادة ١١٤ / ٢ . صحيحة دائماً ، أى حتى ولو ثبت أنه كان فعلاً مجنوناً أو معتوهاً عند إبرامها . أم أن تلك التصرفات تقع باطلة ، على أساس آخر غير انعدام الأهلية . هو انعدام الإرادة ؟

لم يثر هناك شك حول هذه المسألة في ظل القانون المدني القديم . وكان الرأى المجمع عليه حينئذ هو أنه إذا ثبت أن الشخص كان عند إبرام التصرف مجنوناً أو معتوهاً ، وقع التصرف باطلاً على أساس انعدام الإرادة . ولو كان لم يحجر عليه بعد ، ولو كان جنونه أو عته غير شائع . ولو كان المتعاقد معه على غير بينة من حالته ^(١) .

ولكن المادة ١١٤ / ٢ من القانون المدني الحالي تثير الشك . فهي تقول إن تصرف المجنون أو المعتوه ، قبل تسجيل قرار الحجر ، لا يكون باطلاً . إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد . أو كان المتعاقد الآخر على بينة من حالته . فهل يفهم من هذه المادة أن تصرف المجنون

١- انظر في ذلك : نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ طعن ٣٢٢/٢٨٣ ، مجموعة أحكام النقض س ١٧ من ٢٠٢٤ - نقض ١٩٦٧/٦/١٥ طعن ٣٤/١٤٧ ، مجموعة النقض س ١٨ من ١٢٩٨ . (١) وقد أقرت محكمتنا العليا هذا الرأى في أحكام عديدة لها . انظر من أحكامها الحديثة : نقض ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض (مجموعة عمر) ج ٥ ص ٢٣٨ رقم ١٠٦ - نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ . مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ١ رقم ٤٣ ص ١٣٩ ؛ وقد جاء في هذا الحكم أن العته يعدم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوته ، وأن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر (بعد توقيعه) على الماضي ، وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه . وانظر أيضاً نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية . س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ ؛ وقد جاء في هذا الحكم أن البيع الصادر من شخص معتوه ، حجر عليه بعد إبرامه ، يقع باطلاً لانعدام إرادته عند إبرامه ، لا نتيجة لمحجب أثر قرار الحجر على التصرفات السابقة على وقوعه .

أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر ، وفي غير الحالتين السابقتين ، يقع صحيحاً دائماً ، أى حتى لو ثبت أنه كان فعلاً مجنوناً أو معتوهاً عند إبرامه ؟

واضح أن حرفية المادة ١١٤ / ٢ تؤدي إلى الأخذ بهذا الحكم . ومن الممكن أن يقال في تبريره إن استقرار المعاملات ومراعاة حسن نية المتعاقد مع المجنون أو المعتوه يقتضيانه . وقد قالت به فعلاً محكمة النقض ^(١) ، كما أن بعض الفقهاء يؤيدونه ^(٢) .

بيد أننا لانستطيع الأخذ بهذا الرأي . لأن الإرادة أساس التصرف . ولا يمكن لهذا أن يقوم إلا إذا جاء نتيجة إرادة مدركة مميزة . فإذا ثبت أن شخصاً معيناً كان بالفعل مجنوناً أو معتوهاً حين إبرامه تصرفاً معيناً . وقع هذا التصرف باطلاً بالضرورة : ولو لم يكن قد حجب على هذا الشخص بعد . ولو كان جنونه أو عته غير شائع : ولو كان الطرف الآخر على غير بينة من حالته . لأن المجنون أو العته يذهب بذاته عن الشخص الإرادة . دون

(١) انظر نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وقد جاء في هذا الحكم ، الذي فصل في قضية ثار فيها نزاع حول بطلان عقد بيع أبرمته ، قبل صدور القانون المدنى الجديد ، امرأة معتوهة لم يكن قد حجب عليها بعد ، ما يأتي : « أما المادة ١١٤ من القانون المدنى الجديد فقد سنت حكماً جديداً : يمكن مقرر في القانون الذى كان معمولاً به وقت حصول التصرف ، إذ أوجبت لبطلان التصرف السابق على تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها . وهو ما لم يوجب القانون السابق » . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١١/١١/١٩٦٥ طعن ١٩٦٥/٤٦٠/٣٠٠ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٠٣١ رقم ١٦٠ - نقض ١٩٧١/١/١٩ طعن ٣٦/٢٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ص ٧١ .

(٢) انظر عبد الرزاق السهورى ، الوسيط ج ١ . ويقول أستاذنا الكبير بدون تفريق عند الكلام في أهلية المجنون (نبذة ١٥٦) : « فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة مادامت حالة المجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر » . في حين أنه يقول ، عند الكلام عن الإرادة (نبذة ٧٢) ، باعتبارها ركناً في العمل القانوني ، إن المجنون يعتبر معدوم الإرادة دون تفرقة بين ما إذا كان قد حجب عليه أم لا . وانظر في نفس الاتجاه القائل بصحة التصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر : حسن كيره ، أصول القانون نبذة ٣٠٩ - عبد المنعم البدر اوى ، النظرية العامة لالتزامات ج نبذة ١٢٤ - توفيق فرج ، المدخل للعلوم القانونية نبذة ٣٩٦ .

توقف على أى أمر آخر . على أن البطلان هنا لايجب نتيجة انعدام الأهلية ولكن نتيجة انعدام الإرادة .

ولا يسوغ أن يعترض على هذا الحكم بنص المادة ١٤٤ / ٢ . فهذه المادة . كما يدل عليه مكانها ^(١) . لا تعرض إلا لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه على أساس انعدام الأهلية عنده . وقد رأينا أن البطلان في حالتنا يؤسس على أمر آخر . هو انعدام الإرادة . وهو يبنى على نص آخر ، هو نص المادة ٨٩ التى تستلزم الرضا ، كركن أساسى لقيام العقد .

وهكذا نصل إلى أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل الحجر عليه تقع باطلة . ولو كان جنونه غير شائع . ولو كان المتعاقد معه على غير بيئة من أمره . ومرد البطلان هنا إلى انعدام الإرادة لدى المجنون أو المعتوه . فهو لا يؤسس على انعدام الأهلية عنده ^(٢) .

ويلاحظ أن الفارق كبير بين تأسيس البطلان على انعدام الأهلية لدى المجنون أو المعتوه ، وبين تأسيسه على انعدام الإرادة عنده . فإذا كان المجنون أو العته شائعاً وقت التعاقد . أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بيئة من حالته . اعتبر الشخص معدوم الأهلية . وأخذ حكم المحجور عليه . ويرتب على ذلك أن طالب البطلان لا يلزم بإثبات قيام حالة الجنون أو العته عند التعاقد ، فوجود هذه الحالة يفترض عندئذ . أما إذا كان المجنون أو العته غير شائع عند التعاقد ، ولم يكن الطرف الآخر على بيئة من هذه الحالة . اعتبر المجنون كامل الأهلية ، واستحال تقرير البطلان على أساس انعدام الأهلية . فإذا أريد تأسيس البطلان على انعدام الإرادة ، على اعتبار أن المجنون أو العته يذهب عن الشخص إرادته . نحتم على طالبه أن يثبت قيام

(١) فهذه المادة تجيء بين المواد التى تعرض للأهلية كشرط لازم لصحة العقد .

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد المنعم الصدة ، نظرية الحق ، نبذة ١٠٤ - شفيق شحاته ،

النظرية العامة للحق ص ٨٥ - أحمد حشمت أبوستيت ، نظرية الالتزام ج ١ مصادر الالتزام ،

نبذة ١٤٦ .

الجنون أو العته حال إجراء التصرف بالذات ^(١) ، بحيث إنه إذا عجز عن هذا الإثبات ، أو أثبت الطرف الآخر أن المجنون أو المعتوه كان مقيماً في ذات اللحظة التي أبرم فيها التصرف ، وقع التصرف صحيحاً ، ولذى المصلحة أن يثبت قيام الجنون أو العته بكل طرق الإثبات ، بما فيها شهادة الشهود ، والتقدير النهائي لقاضي الموضوع ^(٢) .

١٣٧ - حكم تصرفات المجنون أو المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر :
المجنون أو المعتوه . كما سبق لنا أن بينا يحجر عليه من المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) . وتعين له هذه المحكمة فيما يشرف على شؤنه المالية . ويجب تسجيل طلب توقيع الحجر ، ثم قرار الحجر بعد صدوره .

وإذا صدر قرار الحجر وسجل . أصبح المجنون أو المعتوه معدوم أهلية الأداء ^(٣) . ويستمر هكذا إلى أن تصدر المحكمة قراراً برفع الحجر عنه . ويرتب على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، بعد الحجر عليه . أن جميع تصرفاته التي يبرمها بعدئذ تقع باطلة بطلاناً مطلقاً . أي معدومة ^(٤) . لا تفرقة في ذلك بين نوع وآخر من هذه التصرفات . فكل تصرفاته تقع باطلة ، ولو كان من شأنها أن تعود عليه بالنفع المحض . كقبول ائبة . ولا تفرقة

(١) على أن مجرد إثبات قيام الجنون أو العته عند التعاقد يكفي . فلا يلزم إثبات توافر التحايل على القانون أو التواطؤ على تفويت حكمه . كما هي الحال بالنسبة إلى السفه إذا أريد إبطال التصرفات السابقة للحجر عليه . انظر في هذا المعنى نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ١ رقم ١٣ ص ١٤٩ .

(٢) انظر تنقض ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية (مجموعة عمر) ج ٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٨ - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ .

(٣) بل إنه إذا كان طلب توقيع الحجر على المجنون أو المعتوه قد سجل ، ثم صدر قرار الحجر بعد ذلك ، اعتبر المجنون أو المعتوه معدوم الأهلية ابتداء من تسجيل ذلك الطلب .

(٤) ويلاحظ أن القانون الفرنسي لا يوقع تصرف المجنون باطلاً . وإنما قابلاً للإبطال فحسب . وذلك برغم التسليم بانعدام الإرادة عنده ، وذلك لمجرد التمسك مع اعتبارات المصلحة ، وحتى يمتنع على المتعاقد مع المجنون التخلص مع العقد ، إذ تصادف وكانت للمجنون فيه فائدة (انظر المادة ٤٨٩ فرنسي) . وذلك مثال فذ لانحناء فن صناعة القانون أمام مصلحة الناس .

أيضاً بين ما إذا كان المجنون أو المعتوه قد أجرى التصرف في حالة جنونه أو عتبه ، وبين ما إذا كان قد أجراه في فترة من فترات إفاقته : إن كان جنونه أو عتبه متقطعاً غير مطبق ، وتنخلله فترات إفاقة .

١٣٨ - (ب) العوارض التي تصيب الإنسان في تدبيره أو السفه والغفلة :

السفيه هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع ^(١) ، حتى لو كان ذلك في وجه من وجوه الخير ^(٢) . أو هو . كما عرفته محكمة النقض في الحديث من أحكامها ^(٣) . من يبذر المال ويتلفه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً ، أو هو ، كما عرفته المادة ٩٤٦ من المجلة . « الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف ... » .

فالسفه ضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس يحمل صاحبه على تبذير ماله وإتلافه ^(٤) فيما يتجاوز المشروع والمعقول في نظر الحكماء من الناس ، أو هو خفة في الإنسان ^(٥) تحمله على ماسبق . ويلاحظ أن مجرد إنفاق المال لا يعتبر في ذاته سفهاً ، وإن كبر . وإنما يجب أن يعول في الأساس على الظروف التي حملت الشخص على هذا الإنفاق والغرض الذي تغياه به . فليس يعتبر بالضرورة سفهاً أن يتبرع الشخص . مثلاً . بالكثير الأغلب من ماله ، بل وبكل ماله ، لزوجته وأولاده الصغار . مدفوعاً في ذلك

(١) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٦١٩ رقم ٦٩ - نقض ١٩٥٨/٥/١٥ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٥٠١ رقم ٦٠ .

(٢) ويلاحظ أن الشافعية يخالفون السائد في الفقه الإسلامي ، فلا يعتبرون الشخص سفيهاً إذا كان تجاوز الإنفاق عن المألوف قد وقع منه في وجه من وجوه الخير .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٤/٣/٢٧ ، طعن ٤٠/٣١ ق (أحوال شخصية) مجموعة النقض س ٢٥ ص ٥٩٣ رقم ٩٥ - نقض ١٩٦٦/٢/٢ طعن ٣٣/٣١ ق (أحوال شخصية) ، مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٣٧ رقم ٣١ - نقض ١٩٧٢/١٠/٢٥ ، مجموعة النقض س ٢٣ ص ١٢١٦ .

(٤) نقض ١٩٥٨/٥/١٥ السابقة الإشارة إليه .

(٥) انظر : نقض ١٩٧٤/٣/٢٧ السابقة الإشارة إليه .

بالتوادم والتعاطف والتراحم والرغبة في تأمين المستقبل وضمانه ^(١) . كما أنه لا يعتبر بالضرورة سفهاً أن يتبرع الشخص بالأغلب من أمواله لآخر . مدفوعاً بالوفاء لصنيعه والاعتراف بجميله . لاسيما إذا لم يكن للمتبرع أولاد يرثونه من بعد وفاته ^(٢) .

وإذا كان السفه يتمثل : كما أسلفنا . في تبذير المال وإتلافه . فهو لا يمس من الإنسان عقله . وإنما يمس تدبيره أمره . فالسفيه كامل العقل . ولكنه سيء التدبير فاسده .

وتحديد ما إذا كان الشخص سفياً من عدمه أمر متروك في النهاية للقضاء . وكل ما يتوجب على القاضي هنا هو أن يعتد بالمقومات التي يجب توافرها في السفه والتي بينهاها . وتسير محكمة النقض على إخضاع تقدير قاضي الموضوع لقيام السفه من عدمه لرقابتها ^(٣) . بخلاف ما تسير عليه في شأن الجنون

(١) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن « السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . ولما كان تصرف الطاعن في كل ما يملك لزوجته ولأولاده الصغار ، سواء أكان هذا التصرف بعمد أو بغير عمد لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تماهيه الرغبة في تأمين مستقبل الزوج والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن هذا التصرف إتلاف المال في مفسدة ، بل أن فيه حفظ المال لمن رأى الطاعن أنه أحق أهله به . إذ الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته كلاً أو بعضاً لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول إليهم ، كما أن مثل هذا التصرف لا ينافي العقل ... » .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/٢/٢ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بانتقاء السفه عن امرأة عجوز صماء بكاء . حالة كونها أرملة لم تنجب ، ورغم أنها تبرعت بالجزء الأغلب من أموالها لواحد من أبناء شقيقتها إضراراً ببناتي إخوانه ، مدفوعة في ذلك بالوفاء له . لكونه قد تولى رعايتها بين أهله بعد ترملها . وقد بنى الحكم قضاءه على قوله إن أفعال المرأة تكشف عن أوضاع جارية ومتعارفة قوامها التراحم والتضامن الاجتماعي وما يخص عليه التشريع الإسلامي . وبالتالي فهي لا تنطوي على خفة من جانبها ، وليس فيها ما يذم عن إنفاقها المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع .

(٣) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ ونقض ١٩٦٦/٢/٢ السابقة الإشارة إليهما . وقد قضى كل من هذين الحكمين بنقض الحكم المطعون فيه والقاضي بالحجر للسفه ، تأسيساً على عدم توافر مقتضاه في وقائع الدعوى .

والعته ^(١) . ولعل السبب في التفرقة هنا بين الجنون والعته من ناحية : والسفه من ناحية أخرى ؛ لعل هذا السبب يكمن في أن الجنون والعته يقومان على خلل في العقل . ويتمثلان بالتالي أمراً من أمور الواقع . في حين أن السفه يقوم على مخالفة التصرفات التي يجريها صاحبه للعقل والشرع في نظر الحكماء من الناس . فتحديده بهذه المثابة أقرب إلى أن يكون مسألة قانون ، لأنه أقرب إلى أن يكون مسألة تكييف .

أما ذو الغفلة . فهو من كان طيب القلب إلى حد السذاجة . بحيث تجره طبيته وبلاذته إلى أن يغيب في المعاملات . أو الغفلة . كما عرفت بمحكمة النقض . « هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير . ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب في معاملاته مع الغير » ^(٢) . فذو الغفلة كامل العقل . فالعلة ليست في عقله . وإنما في سذاجته وفرط الطيبة في قلبه . الأمر الذي يجره إلى عدم تمكنه من حسن تدبيره أمره . مما يؤدي به إلى أن يغيبه غيره في معاملاته معهم . والغفلة تشترك مع السفه في أن كلا منهما يقوم على ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس على نحو يبعد بين الشخص وبين حسن التدبير ^(٣) . ولكنهما يختلفان في أن السفه يؤدي بصاحبه إلى تبذير ماله والإسراف في إنفاقه . في حين أن الغفلة تؤدي بصاحبها إلى عدم سلامة التقدير في معاملاته ^(٤) . ^(٥) .

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٣٤ .

(٢) انظر : نقض ٢٠ يونيو ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٦٠٩ رقم ٦٩ .

(٣) انظر : نقض ١٥ مايو ١٩٥٨ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٥٠١ رقم ٦٠ .

وقد جاء في هذا الحكم : « السفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس . إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال على خلاف مقتضى العقل والشرع . أما الغفلة ، فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير ... » .

(٤) انظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة النقض س ٦ ص ٢٨٦ رقم ٤٩ . وقد

جاء في هذا الحكم : « لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة . فقال بعضهم إنه الشخص الذي لا يهتدى إلى التصرفات الراجعة لسلامة قلبه فيغيب في تصرفاته . ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه . على أنه من المتفق عليه أنها من العوارض التي تعترى الإنسان فلا تغل بالعقل من الناحية الطبيعية ، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن =

والسفيه وذا الغفلة يخضعان في الأساس لحكم واحد . وهما لا يعتبران معدومي الأهلية . كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ، ولكنهما يعتبران ناقصيهما فحسب . وهما يأخذان حكم الصبي المميز . وفي ذلك تقضى المادة ٤٦ بأنه : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة . يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » .

بيد أن السفيه وذا الغفلة لا يعتبران ناقصي الأهلية . إلا بعد الحجر عليهما . فهما ليسا محجوراً عليهما لذاتهما . وإنما يحجر عليهما بحكم القاضي ^(١) . فالمحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) توقع عليهما الحجر . كما توقعه على المجنون والمعتوه . والأصل أنهما لا يعتبران ناقصي الأهلية . إلا بعد صدور قرار الحجر وتسجيله . مع ملاحظة أن تسجيل طلب الحجر يأخذ حكم القرار الصادر به ، إذا قدر لهذا الطلب أن تستجيب المحكمة له .

وهكذا فلمعرفة مدى أهلية السفيه أو ذى الغفلة وحكم التصرفات التي يجريانها ، لابد أن نفرق بين مرحلتين : المرحلة السابقة على الحجر . والمرحلة اللاحقة له .

١٣٩ - حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل الحجر عليهما : القاعدة
أن السفيه وذا الغفلة . قبل الحجر عليهما . يعتبران كاملي الأهلية . وعلى ذلك . فالأصل أن جميع تصرفاتهما تقع في هذه المرحلة صحيحة . ولا يمكن

= التقدير . وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابع فيها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخاطر الضياع . والمحكمة في توقيع الحجر بسببها هي المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين .

(هـ) وقد نظرت المجلة إلى الغفلة على اعتبار أنها نوع من السفه . فقد جاء في المادة ٩٤٦ من : « والذين يفعلون في أخذهم وعطائهم ، ولم يعرفوا طريق تجارتهم ، بسبب بلاءهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء » .

(١) وفي هذا يتفق حكم قانوننا المصري مع ما يقضى به الفقه الإسلامى ، الذى يقول بدوره إن السفيه وذا الغفلة لا يحجر عليهما إلا بقضاء القاضي ، بخلاف المجنون والمعتوه اللذين يعتبران محجورين عليهما لذاتهما في السائد عند فقهاء المسلمين .

لإبطال هذه التصرفات على أساس انعدام الإرادة . فالسفيه وذو الغفلة يعتبران كاملي العقل . كما قدمنا .

على أنه إذا كانت القاعدة هي أن السفيه أو ذا الغفلة يعتبر كامل الأهلية إلى أن يحجر عليه ، وأن تصرفاته تقع بالتالي صحيحة إلى هذا الوقت . إلا أنه يرد على تلك القاعدة الاستثناءان الآتيان :

١ - التصرفات التي تجيء نتيجة استغلال حالة السفه أو الغفلة : ويقصد بالاستغلال هنا أن يعلم المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة بحالته . فيعمد إلى أن يغتنم الفرصة . وأن يفيد مما يتسم به غريمه من سوء تدبيره أمره : لتبذيره وإسرافه . أو لبلايته وفرط الطيبة في قلبه ، ويصل من وراء ذلك إلى مزايا مفرطة لاتتعادل مع ما يقدمه هو أو يتحمل به من التزامات . فلا يكفي هنا . للقول بحصول الاستغلال . أن يكون المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة عالماً بحالته . وإنما يلزم أن يعمد إلى أن يصل من وراء قيام تلك الحالة على مزايا مفرطة لاتتعادل مع التزاماته ^(١) . وليس يوجد بالضرورة معيار محدد لمعرفة ما إذا كان ثمة تعادل في الالتزامات من عدمه ولا لتحديد قدر التفاوت بين ما يأخذه السفيه أو ذو الغفلة وما يعطيه . فالأمر متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية ومن غير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما بنى قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله ^(٢) .

٢ - التصرفات التي تجيء نتيجة التواطؤ بين السفيه أو ذي الغفلة وبين من يتعاقد معه : وصورة التواطؤ هنا أن يُتوقع الحجر . فيعمد السفيه

(١) انظر في هذا الاتجاه من أحكام النقض : نقض ١٥/٢/١٩٦٢ . مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ٢٦٨ - نقض ١/٢/١٩٦٤ طعن ٢٩/٢٠٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٧٠٦ رقم ١١٢ - نقض ١١٤/١/١٩٦٨ ، طعن ٣٤/٤٤٦ ق مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٣٤٥ رقم ٢٠٤ - نقض ٢٤/٦/١٩٦٥ طعن ٣٠/٤٤٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٥١٨ رقم ١٢٩ - نقض ٢٨/١/١٩٦٩ طعن ٣٥/٦١ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٨٢ رقم ٣٠ - نقض ٢٨/٥/١٩٧٠ طعن ٣٥/٣٩٦ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٩٢٠ رقم ١٤٧ .

(٢) انظر : نقض ٢٤/٦/١٩٦٥ السابذة الإشارة إليه .

أو ذو الغفلة . بالتدبير والاتفاق مع الطرف الآخر ، إلى المبادرة إلى إجراء التصرف استباقاً للزمن وتفويتاً لأثر الحجر المرتقب ^(١) .

هذان هما الاستثناءان اللذان يردان على القاعدة التي تقضى بصحة التصرفات الصادرة من السفه أو ذى الغفلة قبل الحجر عليه . ومؤدى هذين الاستثناءين أن التصرفات التي تجب نتيجة الاستغلال ^(٢) أو التواطؤ — وأحد هذين الأمرين يكفي فلا يلزم اجتماعهما معاً ^(٣) — لا تكون صحيحة . وإنما القانون يعطيها نفس الحكم الذي كان ليثبت لها لو أنها حصلت بعد الحجر . فتكون باطلة أو قابلة للإبطال . على حسب ما إذا كانت ضارة بالسفيه أو ذى الغفلة ضرراً محضاً ، أو دائرة بين النفع والضرر ^(٤) . وقد تضمن القانون القاعدة التي تقضى بصحة تصرفات السفه وذى الغفلة قبل الحجر عليهما والاستثناءين اللذين يردان عليها في المادة ١١٥ / ٢ . وفي ذلك هي تقضى بأنه : أما التصرف الصادر (من السفه أو ذى الغفلة) قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

١٤٠ — حكم تصرفات السفه وذى الغفلة بعد الحجر عليهما : بعد الحجر على السفه أو ذى الغفلة وتسجيل قرار الحجر ^(٥) . يصبح كل منهما

(١) انظر في تحديد المقصود بالتواطؤ مع السفه أو ذى الغفلة توقفاً للحجر الأحكام التي شرنا إليها في خصوص استغلال حالة السفه أو الغفلة في هامش ١ ص ٣٨٣ .

(٢) ويلاحظ أن الاستغلال عيب عام يلحق رضا الشخص . وهو يكون في الحالة التي يستغل فيها شخص طيشاً بيناً أو هوى جاحماً لدى شخص آخر (المادة ١٢٩) : على أنه تجب التفرقة بين الاستغلال العادي ، واستغلال حالة السفه أو الغفلة ، فالحكم في الحالتين ليس واحداً . فالتصرف الذي يجيء نتيجة الاستغلال العادي ، يقع قابلاً للإبطال أو لإنقاص التزامات الشخص الذي استغل فيه الطيش أو الهوى . على وفق ما يراه القاضي (المادة ١٢٩) . أما التصرف الذي يجيء نتيجة استغلال السفه أو الغفلة ، فيأخذ حكم تصرفات السفه أو ذى الغفلة بعد الحجر عليه ، وهذا ما يجعله باطلاً أو قابلاً على حسب الأحوال .

(٣) انظر : نقض ١٩٦٩/١/٢٨ طعن ٣٥/٦١ مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٨٢ رقم ٣٠ .

(٤) انظر : نقض ١٩٥٧/٤/١١ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٤٠٤ رقم ٤١ .

(٥) وإذا كان طلب توقيع الحجر قد سجل ، ثم صدر قرار الحجر بعد ذلك ، اعتبر السفه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية من وقت تسجيل الطلب ، وليس فقط من وقت تسجيل قرار توقيع الحجر .

ناقص الأهلية . ويأخذ حكم الصبي المميز . وفي ذلك تقضى المادة ١١٥ / ١ بأنه : « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر . سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » .

وإذا أخذ السفه أو ذى الغفلة . بعد تسجيل قرار الحجر عليه . حكم الصبي المميز . فإن مقتضى ذلك أن تثبت له أهلية الاغتناء كاملة . أما أهلية الافتقار أو أهلية إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، فالأصل أنها معدومة لدى السفه وذى الغفلة . كما هى معدومة عند الصبي المميز . فإن أجرى السفه أو ذى الغفلة أحد هذه التصرفات . كأن وهب ماله لآخر أو أبرأ مدينه من دين له عليه . وقع هذا التصرف باطلا . على أنه يستثنى من الأعمال الضارة ضرراً محضاً . الوصية والوقف . فيصح للسفه أو لذى الغفلة إجراؤهما . بشرط إذن المحكمة في ذلك ^(١) . وقد تضمنت المادة ١١٦ / ١ هذا الاستثناء بقولها : « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو لغفلة بالوقف أو الوصية صحيحاً . متى أذنت المحكمة في ذلك » .

أما أهلية التصرف بعوض . فلا تثبت للسفه أو لذى الغفلة إلا ناقصة . بمعنى أنه إذا أجرى تصرفاً بعوض . كأن باع أو اشترى . وقع تصرفه قابلاً للإبطال .

تبقى بعد ذلك أهلية الإدارة . وهى كأهلية التصرف بعوض . لا تثبت للسفه أو لذى الغفلة إلا ناقصة . بمعنى أنه إذا أجرى تصرفاً مما يدخل فى أعمال الإدارة . كأن أجر ماله ، وقع تصرفه قابلاً للإبطال . على أنه يصح للمحكمة أن تأذن السفه فى تسلم أمواله وإدارتها . كلها أو بعضها . وفى هذه الحالة ، يصح له أن يجرى أعمال الإدارة فى الحدود المرسومة للصبي البالغ

(١) ويلاحظ هنا الفرق بين السفه أو ذى الغفلة وبين الصبي المميز ؛ فهذا الأخير لا يجوز له أن يجرى من الأعمال الضارة به ضرراً محضاً إلا الوصية دون الوقف ، وبشرط إذن المحكمة ، وأن يكون قد بلغ الثامنة عشرة من عمره . راجع ما سبق ، نبذة ١٢٧ .

الثامنة عشرة المأذون في الإدارة (راجع ١١٦ / ٢ مدني والمادة ٦٧ من قانون الولاية على المال) .

ويستمر السفية أو ذو الغفلة ناقص الأهلية في الحدود التي رسمناها . إلى أن تقضى المحكمة برفع الحجر عنه .

١٤١ - الولاية على مال المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة :

رأينا أنه إذا اعتري الإنسان جنون أو عته أو غفلة أو سفه . أوقعت المحكمة الحجر عليه . وأنه يترتب على قرار الحجر وتسجيله أن يصبح المجنون والمعتوه عديمي الأهلية . والسفيه وذو الغفلة ناقصيها .

وإذا كان الأمر هكذا . وجب أن ينصب على المحجور عليه شخص يشرف على شئونه الماليه . ويتولى عنه إجراء التصرفات التي لا يستطيع هو إجراءها بنفسه . وهذا الشخص هو القيم .

والقيم تعينه المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) ، بناء على طلب أى ذى شأن أو النيابة العامة .

وعلى المحكمة أن تعهد بالقوامة لابن المحجور عليه ، إذا كان بالغاً وتوافرت فيه شروط القوامة ؛ فإن لم يكن له ابن توافرت فيه شروط القوامة ، عهدت بها إلى أبيه . ثم إلى جده ؛ فإذا لم يكن له ابن ولا أب ولا جد توافرت فيه شروط القوامة . عهدت بها للمحكمة إلى من تختاره هي ^(١) . وفي ذلك تقضى المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال بأنه : « تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة » .

(١) ونسير محكمة النقض على أن الترتيب الذي يفرضه القانون في تعيين القيم ، والذي يبينه في المتن ، لا يعدو أن يكون « قيداً على المحكمة في الاختيار وقت التعيين » . فإذا لم تراعه المحكمة وصار حكمها انتهائياً ، ما ساع عزل القيم لهذا السبب وحده . إذ أن العزل لا يكون إلا إذا توافرت أسبابه المحددة في المادة ٤٩ من قانون الولاية على المال ، وليس من بينها عدم مراعاة ترتيب القوامه . انظر : نقض ٨ يونيو ١٩٨٢ طعن ١٤ / ٥١ ق ، أحوال شخصية ، المحاماه سن ٦٢ ع ٧ و ٨ ص ٢٩ رقم ٤٠ .

ويشترط في الشخص ، لكي يعين قيماً . أن تتوافر فيه الشروط اللازمة في الوصي ^(١) ، والتي تضمنتها المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال ^(٢) .

وللقيم أياً من كان ، أى حتى ولو كان ابناً أو أباً أو جداً للمحجور عليه . نفس السلطة التي تثبت للوصي على أموال القاصر . ويسأل مسئوليته (المادة ٧٨ ولاية المال) .

ويجوز للمحكمة أن تعين مع القيم مشرفاً يراقبه في إدارة شئون المحجور عليه . وللمشرف على القيم نفس سلطة المشرف على الوصي (المادة ٨٠ ولاية المال) .

١٤٢ - (ج) العوارض التي تصعب على الإنسان التعبير عن إرادته أو العاهات الجسدية :

عرفنا أن الإنسان . بعد بلوغه رشده ، قد تلحقه عوارض تصيب عقله أو تدبيره ، فيعتبره القانون معدوم الأهلية أو ناقصها ، الأمر الذي يترتب عليه عدم أهليته في إجراء التصرفات المالية . كلها أو بعضها على حسب الأحوال . وهنا ينصب على الإنسان قيم يتولى . نيابة عنه . إجراء التصرفات التي لا يستطيع قانوناً أن يقوم بها بنفسه .

وقد تعترض الإنسان عاهات تلحق جسمه . فلا تمس عقله . ولا تصيب تدبيره ، ولذلك يبقى كامل الإدراك سليم التدبير . ولكنه يتعذر عليه بسبب عاهاته أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً . أو يخشى عليه بسببها من عدم

(١) انظر في الشروط اللازمة في الشخص لكي يعين وصياً ، ما سبق ذكره بهذا العدد

نبذة ١٣١ .

(٢) على أنه إذا كان الشخص الذي يراد تعيينه قيماً ابناً أو أباً أو جداً للمحجور عليه ، ساغ للمحكمة ، إذا رأت في ذلك مصلحة ، أن تطرح جانباً الشرط القاضى بوجوب ألا يكون الشخص محكوماً عليه في جريمة من الجرائم المحلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، وكذلك الشرط القاضى بوجوب ألا يكون الشخص قد حكم بإفلاسه إلى أن يرد له اعتباره (انظر المادة ٦٩ ولاية المال) .

تبين ظروف التصرف الذى يجريه . ولهذا يقرر القانون لمثل هذا الشخص نظام المساعدة القضائية . ومقتضى هذا النظام أن يعين القضاء للشخص الذى نحن بصددده مساعداً يعاونه فى إجراء التصرف وفى تفهم ظروفه ، ويكون بمثابة المترجم له وعنه .

ولكى تتقرر المساعدة القضائية للإنسان . يجب أن يتوافر فيه الشرطان الآتيان :

١ — يجب أن يجمع بين عاهتين على الأقل من ثلاث . وهى الصمم والبكم والعمى . كأن يكون الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم . وواضح أن اجتماع عاهتين من العاهات الثلاث السابقة من شأنه ، فى أغلب الأحوال . أن يعجز الشخص عن تفهم ظروف التصرف الذى يجريه ، وعن التعبير عن إرادته بشأنه .

وإذا كانت القاعدة هى أن المحكمة لا تعين المساعد القضائى للشخص إلا إذا اجتمعت فيه عاهتان على الأقل من العاهات الثلاث السابقة . إلا أنه يجوز لها مع ذلك أن تعين له المساعد القضائى . ولو لم تكن به أية عاهة منها ، إذا رأت فيه عجزاً جسيماً شديداً يخشى بسببه عليه من انفراده بمباشرة التصرف فى ماله . أياً ما كانت طبيعة هذا العجز . وقد استحدث قانون الولاية على المال الصادر فى ٣٠ يولية سنة ١٩٥٢ العجز الجسمى الشديد . كسبب لإخضاع صاحبه لنظام المساعدة القضائية . بعد أن كان القانون المدنى وقانون المحاكم الحسبية من قبله . يستلزمان لذلك توافر عاهتين من العاهات الثلاث التى بينهاها .

٢ — ولا يكتفى اجتماع العاهتين أو العجز الجسمى الشديد لإخضاع الشخص لنظام المساعدة القضائية ، بل يلزم أن يكون من شأن هذا أو ذاك أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته . فإذا اجتمعت العاهات بشخص أو أثقله العجز الجسمى الشديد . ولكنه بقى مع ذلك قادراً على تفهم ظروف التصرف الذى يجريه والتعبير عما يريد به بشأنه . ما حق إخضاعه لنظام المساعدة القضائية .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان من شأن العاهات الجسدية أن يتعذر على صاحبها التعبير عن إرادته من عدمه . وذلك دون معقب عليه من محكمة النقض .

وقد تضمنت المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال شروط تعيين المساعد القضائى ، وهى فى ذلك تقول : « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ (وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة) - ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » (١) .

ويلاحظ أن ولاية المساعد القضائى تختلف فى مداها عن ولاية الولى أو الوصى أو القيم . فالقاعدة . بالنسبة إلى هؤلاء الثلاثة الأخيرين . أن ولايتهم تقع عامة بالنسبة إلى كل تصرفات ناقص الأهلية أو عديمها . أما المساعد القضائى . فولايته مقصورة على التصرفات التى تقرر المحكمة لزوم معاونته لذى العاهتين فى إبرامها . فإذا صدر قرار المحكمة بمساعدة ذى العاهتين فى إجراء تصرف أو تصرفات معينة ، اقتضت ولاية المساعد القضائى عليها ، وبقي ذو العاهتين كامل الأهلية بالنسبة إلى غيرها . وقد حددت

(١) أول القوانين التى عرضت فى مصر لنظام المساعدة القضائية هو قانون المحاكم الحسبية الصادر فى ١٣ يولية سنة ١٩٤٧ ، وذلك فى المواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ منه (وقد ألغيت هذه المواد بقانون الولاية على المال) . ثم جاء القانون المدنى الجديد وتعرض لهذا النظام ، وقد نقل عن قانون المحاكم الحسبية الحكم الذى ضمنه المادة ١١٧ بفقرتها . وأتت الفقرة الأولى من هذه المادة تعرض لشروط تعيين المساعد القضائى ، وهى فى ذلك تقول : « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته . جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك » . ويلاحظ أن هذا النص يخالف بعض الشيء ما جاءت به المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال ، وهو يعتبر معدلاً فى الحدود التى يخالفها فيه . أما نص الفقرة الثانية من المادة ١١٧ مدنى ، التى يبين حكم التصرفات التى يجزىها من عين له المساعد القضائى ، فىق سليماً .

المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال التصرفات التي يجوز للمحكمة إخضاعها لنظام المساعدة القضائية بتلك التي لا يجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة . وأهمها التصرف في المال : منقولاً كان أم عقاراً . وإيجار العقار لمدة تزيد على ثلاث سنوات .

وتختلف ولاية المساعد القضائي كذلك في طبيعتها عن ولاية كل من الولى والوصى والقيم . فكل من هؤلاء الثلاثة الأخيرين يعتبر نائباً عن ناقص الأهلية : يباشر عنه تصرفاته في الحدود التي يرسمها القانون . دون حاجة إلى تدخل ما من ناقص الأهلية . فلإرادة الولى أو الوصى أو القيم هي التي يعتد بها في إبرام تصرفات ناقص الأهلية . دون إرادة هذا الأخير . أما المساعد القضائي . فلا يعتبر : بحسب الأصل . نائباً عن ذى العاهتين في مباشرة التصرف . فهذا الأخير كامل الإدراك . وإرادته هي التي يعتد بها في إبرام تصرفاته . فهو من ثم ليس في حاجة إلى شخص يرتضى التصرف مكانه ونيابة عنه . كل ما هنالك هو أنه في حاجة إلى من يساعده في إظهار إرادته وفي تفهم ظروف التعاقد الذي يجريه ، فيجىء دور المساعد القضائي . لكي يعاونه في إظهارها . ويكون بمثابة المترجم له وعنه (١) . ولذلك فالأصل أن المساعد القضائي . لا ينفرد بإجراء التصرف عن ذى العاهتين . ولكنه يشترك معه في إجراءاته فحسب (المادة ٧١ / ١) .

وإذا اشترك المساعد القضائي مع ذى العاهتين في إجراء تصرف معين من التصرفات التي تلزم المساعدة فيها ، اختلف دور كل منهما . فذو العاهتين هو الذى يريد . ولا يعتد إلا بإرادته . أما المساعد القضائي . فدوره مقصور على أن يساعد ذا العاهتين في تفهم ظروف التصرف وفي التعبير عن إرادته بشأنه . وإذا انفرد المساعد القضائي بإجراء التصرف ، ما سرى تصرفه في حق ذى العاهتين . وذلك ما لم تكن المحكمة قد أمرت بهذا الانفراد . وفق ما تقتضى به المادة ٧١ من قانون الولاية على المال .

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المحاكم الحسبية ، فيما جاء فيها تعليقاً على حكم المادتين

واشتراك المساعد القضائي في إجراء التصرف الخاضع للمساعدة لازم لصحته . وإذا امتنع عن الاشتراك في إجراء تصرف معين من التصرفات التي تلزم فيها المساعدة ، جاز رفع الأمر للمحكمة . فإن رأت المحكمة أن الامتناع في غير محله ، أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد في إبرام التصرف . أو عينت شخصاً آخر للمساعدة في إبرامه . وفقاً للتوجيهات التي تبينها في قرارها (المادة ٧١ / ٢ ولاية المال) .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن اشتراك المساعد القضائي لا يفي عن تدخل ذي العاهتين في إبرام التصرف . إلا أن المشرع لاحظ أنه من الممكن أن تعرض حالات لا تسمح فيها حالة هذا الأخير بأن يبرم التصرف حتى بمعاونة المساعد القضائي . ويكون من شأن عدم إجراء هذا التصرف أن يعرض مصالحه للخطر . وفي هذه الحالات . يخول المشرع المساعد القضائي رفع الأمر للمحكمة . ولهذا المحكمة أن تأمر . بعد التحقيق . بانفراد المساعد القضائي بإجراء التصرف (المادة ٧١ / ٣ ولاية المال) . وفي هذه الحالة وحدها . يكون للمساعد القضائي صفة النائب . بمعناها الحقيقي . عن ذي العاهتين .

يظهر مما سبق أنه إذا تعين لدى العاهتين مساعد قضائي . وجب أن يشترك الإثنان معاً في إجراء التصرفات التي تلزم فيها المساعدة . أما بالنسبة إلى التصرفات التي لا يشملها قرار المساعدة . فتبقى لدى العاهتين الأهلية كاملة في إجراءاتها وحده .

ولكن ما الحكم إذا أجرى ذو العاهتين . دون اشتراك المساعد القضائي تصرفاً من تلك التي تلزم فيها المساعدة ؟

لمعرفة هذا الحكم . تلزم التفرقة بين التصرفات السابقة على تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي ، وبين تلك اللاحقة له .

فالتصرفات التي يبرمها ذو العاهتين . قبل تسجيل قرار تعيين المساعد

القضائي . تقع صحيحة ، في حدود القواعد القانونية العامة ^(١) . ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي يبرم فيها التصرف بعد رفع طلب المساعدة القضائية إلى المحكمة وتسجيله ، والحالة التي يكون فيها المتعاقد مع ذي العاهتين سيء النية ، أي يعلم عند إبرام التصرف بسبق طلب المساعدة القضائية من المحكمة .

والسبب في صحة التصرفات التي تبرم قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية هو أن ذا العاهتين كامل الإدراك ، ولا يعتبر ناقص الأهلية إلا بعد أن يحكم بالمساعدة القضائية ويسجل القرار القاضي بذلك .

أما التصرفات التي يبرمها ذو العاهتين دون اشتراك مساعده بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية ، فتقع قابلة للإبطال لصالحه وحده . دون المتعاقد معه . وقد تضمنت المادة ١١٧ / ٢ مدني هذا الحكم بقولها : « ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقرر المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد : إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » ^(٢) .

(١) فإذا ثبت ، مثلا ، أن ذا العاهتين قد وقع في غلط ، جاز له أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط ، على نحو ما تقتضيه القواعد القانونية العامة . على أنه يلاحظ هنا الفرق الهام بين حكم التصرف الذي يجريه ذو العاهتين قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية . وبين حكم التصرف الذي يجريه بعد ذلك . ففي الحالة الأولى ، لا يحكم القاضي بالإبطال : إلا إذا ثبت ذو العاهتين أنه في وقع غلط تتوافر فيه الشروط القانونية . أما في الحالة الثانية . فيحكم القاضي بالإبطال ، إذا طلبه منه ذو العاهتين ، لمجرد أن المساعد القضائي لم يشترك معه في إبرامه ، دون أن يكلف بإثبات أي أمر آخر .

(٢) وقد نقل القانون المدني هذا النص عن نص المادة ٤٨ من قانون المحاكم الحسبية المملو . وقد أسست المذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأخير حكم البطلان النسبي الذي يلحق التصرفات التي يجريها ذو العاهتين بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية دون معاونة مساعده ، على وقوعه في غلط ، على اعتبار أن القانون يقيم هنا قرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسي على قيام هذا الغلط . وهذا التعليل ، في رأينا ، غير صائب . إذ أنه لو كان الأمر كما قالت المذكرة الإيضاحية ، لوجب أن يكون الطرف الآخر قد وقع بدوره في غلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (المدة ١٢٠ مدني) . وذلك في حين أن البطلان النسبي (وبصيغة أدق التبادلية للإبطال) في حالتين ينحصر التصرف في كل الظروف ، دون حاجة إلى إثبات أي أمر مما سبق =

ويستمر حكم تصرفات ذى العاهتين على نحو ماقدمنا . إلى أن تقضى المحكمة برفع المساعدة عنه .

١٤٣ - المحكوم عليه بعقوبة الجناية :

بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات ، يحد من أهلية الأداء لدى الشخص الذى يحكم عليه بعقوبة الجناية . فترفع عنه إدارة أهواله . ويعهد بها إلى قيم يختاره هو وتصدق عليه المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها موطنه ، أو تعينه هذه المحكمة فى غرفة مشورتها . إذا لم يختار المحكوم عليه أحداً لتولى القوامة عليه . وذلك بناء على طلب النيابة العمومية أو أى ذى شأن . أما التصرف فى المال . فلا يعهد به إلى القيم . ولكن يظل يتولاه المحكوم عليه ، بشرط أن تأذن المحكمة المدنية به ؛ فإن لم يأت منها هذا الإذن . وقع التصرف باطلا . ويتساوى مع إجراء التصرف فى المال تعهد المحكوم عليه بأى التزام .

والحد من الأهلية لا يلحق هنا إلا المحكوم عليه بعقوبة الجناية ، وهى السجن والأشغال الشاقة المؤبدة والإعدام . أما المحكوم عليه بالحبس . وهو عقوبة المخالفة والجنحة ، فلا يحد من أهليته .

ولا يلحق الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجناية إلا بعد اعتقاله وطوال مدة هذا الاعتقال . فهو لا يلحقه قبل الاعتقال . ولا بعد الإفراج .

ويلاحظ أن الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجناية لا ينجىء نتيجة خلل يصيب منه العقل أو التدبير أو يصعب عليه التعبير ، فهو خال من كل ذلك . ولكنه ينجىء كعقوبة تبعية لعقوبة الجناية ، ومراعاة للصالح العام . حتى لا يكون فى مباشرة المحكوم عليه التصرف فى ماله مايساعده على الفرار

= والحقيقة أن التقابلية للإبطال تؤسرها على نقص أهلية ذى العاهتين ؛ ذلك النقص الذى يفترض القانون وجوده بمجرد صدور قرار المساعدة القضائية ، وإن استلزم لسريان أثره فى حق الغير . تسجيله . والظاهر أن قانوننا المدنى يأخذ بهذا التعليل ؛ لأنه أورد حكم ذى العاهتين بين أحكام الأهلية دون أحكام القلق .

من السجن أو -الفة ماتقضى به قواعده . ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المحكوم عليه في ماله بغير إذن المحكمة المدنية : أو قام بتأجيرها . وقع تصرفه باطلا وليس قابلا للإبطال .

١٤٤ - استعمال الطرق الاحتياطية لإخفاء نقص الأهلية :

عرفنا أن تصرفات ناقص الأهلية (وهو الصبي المميز . والسفيه وذو الغفلة بعد الخجر عليهما . وذو العاهتين بعد إخضاعه لنظام المساعدة القضائية) تقع في مجموعها قابلية للإبطال لصالحه . ويحق لناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته . أو يحق لنائبه قبل ذلك . أن يطلب إبطال التصرف .

وثمة حقيقة أولى واضحة جلية : وهي أنه لا يغير شيئاً من أحكام الأهلية على نحو ما يقضى به القانون أن يدعى القاصر أو غيره من ناقصي الأهلية وعدميها توافر الأهلية لديه . إذا كانت هي في الحقيقة غير ذلك ^(١) . فأحكام الأهلية من النظام العام في الصميم . فلا يغير منها إدعاء ما . أو حتى اتفاق يقع بمخالفتها .

ولكن الأمر قد لا يقتصر على مجرد أن يدعى القاصر اكتمال الأهلية لديه . حالة كونها في الحقيقة غير ذلك : وإنما قد يلجأ إلى طرق احتياطية من شأنها أن توهم بصحة ادعائه . كما إذا أبرز شهادة ميلاد مزورة . أو صنع في نفسه ما يجعله أكثر سناً مما هو عليه : أو قدم مطبوعات عليها اسمه مقترناً برقم للسجل التجاري باعتباره عضواً في شركة ^(٢) . فما عساه أن يكون الحكم في مثل هذه الحالة ؟

تصدت المادة ١١٩ لحكم مثل هذه الحالة قائلة : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض . إذا لجأ إلى طرق احتياطية ليخفي نقص أهليته » .

(١) و (٢) انظر : نقض ٣ مارس ١٩٧٠ ضمن ٣٦/٢٩ ق ، مجموعة النقض س ٢١

فإخفاء النقص في الأهلية لا يمنع القاصر ومن في حكمه من التمسك بإبطال التصرف الذي يجريه . إعمالاً لأحكام الأهلية ذاتها . ذلك لأن مثل هذا العمل لا يجعل من ناقص الأهلية كاملاً .

ولكن إذا حق لناقص الأهلية أن يتمسك بالإبطال . برغم التجائه إلى الطرق الاحتمالية لإخفاء نقص الأهلية عنده ، إلا أن هذا الفعل يعتبر منه عملاً خاطئاً غير مشروع . ولذلك فهو يتحمل بالالتزام بتعويض المتعاقد معه عن الضرر الذي يسببه له الإبطال . والمادة ١٩ تصرح بقيام هذا الالتزام . وهي إذ تقرر ذلك . لا تفعل أكثر من تقرير تطبيق تشريعي للمسئولية التقصيرية . اعتباراً بأن ناقص الأهلية . بالتجائه إلى الحيلة والخداع لإخفاء نقص أهليته . يرتكب عملاً خاطئاً غير مشروع ، فإن سبب بذلك ضرراً لمن تعاقد معه . التزم بتعويضه عنه .

فالطرق الاحتمالية التي يلجأ إليها ناقص الأهلية لإخفاء نقص أهليته لا تحرمه . وفق ما تقتضيه به أحكام الأهلية ذاتها من حق طلب إبطال التصرف . ولكن من شأنها تحمله بالالتزام بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي يسببه له الإبطال . ولا يوجد ثمة ما يمنع القاضي من أن يرى أن خير سبيل لتعويض المتعاقد مع ناقص الأهلية هو قيام التصرف المطلوب بإبطاله ^(١) . وهكذا قد يحرم ناقص الأهلية في النهاية من طلب الإبطال . ولكن هذا الحرمان لا يجيء نتيجة اعتباره كامل الأهلية . ولكن على أساس التعويض الذي يلتزم به للطرف الآخر . إعمالاً للمسئولية التقصيرية . وهكذا يتمثل حكم المادة ١١٩ تطبيقاً تشريعياً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد . التي سوف نعرض لها فيما بعد عند تناول نظرية البطلان ^(٢) .

(١) انظر نقص ٣ مارس ١٩٧٠ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن مفاد المادة ١١٩ مدني « أنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتمالية لإخفاء نقص أهليته ، فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للفشل الذي صدر منه عملاً بقواعد المسئولية التقصيرية ، ولا يكتفى في هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين بطرق احتمالية لتأكيد كمال أهليته ... » .

(٢) انظر ما سيجيء ، نبذة ٢٥١ .

المطلب الثاني

عيوب الرضاء

١٤٥ - يقصد بعيوب الرضاء vices de consentement أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد منه الرضاء ، دون أن تجهز عليه ^(١) . فرضاء المتعاقد هنا موجود . كل ما في الأمر أن إرادته لا تنجى سليمة . إما لأنها أتت على غير بينة من حقيقة الأمر ، أو لأنها أتت عن غير كامل حرية واختيار .

والعيوب التقليدية التي تشوب الرضاء ، على نحو ما عرفه الفكر القانوني منذ أمد طويل ، هي الغلط والتدليس والإكراه . ووجد إلى جانبها الغبن الذي ، وإن لم يكن ، في حقيقته وبمجردده وذاته ، عيباً يشوب الرضاء . إلا أنه اعترف له . في بعض الأحيان ، وفي حالات خاصة تحددها النصوص . بتأثير على العقد . اعتباراً بأنه يخل إخلالاً كبيراً بمبدأ المساواة بين طرفيه .

(١) وفكرة عيوب الرضاء لم تظهر في القانون الروماني إلا في وقت متأخر نسبياً . حينما بدأ ظهور مبدأ الرضائية في العقود . ففي الوقت الذي كانت تسود فيه الشككية في إبرام العقود ، لم يكن لعدم سلامة الرضاء أي اعتبار . بل لم يكن للإرادة في ذات وجودها أهمية . فطالما احترمت الطقوس والأشكال الواجبة ، فالعقد منعقد وصحيح ، حتى لو كانت إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فاسدة ، بل حتى لو كانت غير موجودة أصلاً . وبالتدريج ، وبفعل البريتير ، أخذ الإكراه والتدليس ثم من بعد الغلط تشق طريقهما إلى القانون . بيد أن ظهور هذه العيوب لم يأت بهدف حماية الإرادة في ذاتها ، وإنما بتأثير من اعتبارات الأخلاق والعدالة . فالإكراه والتدليس ، باعتبارهما متنافيين مع مقتضيات الخلق الجميل وحسن سير العدالة ، باتا يعتبران من قبيل الجرائم المخطورة قانوناً ، الأمر الذي كان يؤدي إلى عدم إعطاء العقد قوته الملزمة ، لا على اعتبار فساد الإرادة ، وإنما كمجرد جزاء يوقع على المتعاقد الذي لجأ إليهما بالضغط والقسر على غريمه أو الحيلة والخداع . وهكذا نشأ الإكراه والتدليس في القانون الروماني ، لا على أساس أنهما عيبان يشوبان الإرادة ، ولكن على أساس أنهما عيبان يشوبان العقد ذاته . أما الغلط ، فلم يحتل في ظل القانون الروماني إلا مكاناً ضيقاً ، بسبب أنه لا يأتي نتيجة أفعال مؤثمة من المتعاقد الآخر . راجع فيما سبق :

Dalloz, Répertoire de droit civil, vices de consentement, no 31.

ومنذ عهد ليس بجذ بعيد ، وبتأثير من القوانين ذات النزعة الجرمانية . أخذ عيب رابع من عيوب الرضاء يشق طريقه ويثبت أقدامه ويرسخ وجوده في دنيا القانون . وينفذ إلى تقنيات الكثير من البلاد المختلفة . ومن بينها مصرنا . وهذا العيب هو الاستغلال (١) .

وقد أخذ قانوننا المصرى بفكرة عيوب الرضاء . باعتبارها عيوباً ترد على الإرادة فتفسدها دون أن تجهز عليها . وأخذ بها في رباعتها (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال) . ملحقاً بها الغبن . وتناول أحكامها في المواد (من ١٢٠ إلى ١٣٠) .

وسوف نبدأ بالغلط . ثم نتبعه بالتدليس . ثم بالإكراه . لننتهى من عيوب الرضاء بالاستغلال . وبعد ذلك نتناول الغبن . وإن كان بذاته وبمجرده لا يعتبر في الحقيقة من عيوب الرضاء .

أولاً : الغلط

١٤٦ - الغلط *erreur* ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص ، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته . بأن يرى فيه شيئاً غير موجود في الحقيقة . أو يتوهم خلوه من صفة . حالة كونها تلزمه . ومثاله أن يشتري شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص . فإذا به يجدها من المعدن المطلى بقشرة من الذهب . وأن يشتري الشخص تحفة . اعتقاداً منه بأنها أثرية . ثم يفاجأ بأنها مجرد تقليد . وأن يستأجر شخص شقة لسكناء . مدفوعاً باعتقاده بأن لها واجهة على الشارع . ثم يتضح له خطأ اعتقاده .

وسوف نتناول . في دراستنا للغلط . النظرية التقليدية في الغلط : لنعقب بالنظرية الحديثة . لنصل بعد ذلك إلى دراسة أحكام الغلط في القانون المصرى . وننتهى بدراسة فكرة الغلط في الفقه الإسلامى .

(٢) ومن القانون المصرى عرف نظام الاستغلال طريقه إلى تقنيات دول عربية أخرى كثيرة ، كالقانون السورى (المادة ١٣٠ و ١٣١) ، والقانون الليبى (المادة ١٢٩ و ١٣٠) ، والقانون العراقى (المادة ١٢٥) ، والقانون المدنى الكويتى (المواد ١٥٩ إلى ١٦١) .

١٤٧ - النظرية التقليدية في الغلط :

هناك نظرية قدمة في الغلط ، يحسن بنا البدار بعرضها ، لكى نستطيع بعد ذلك أن نتفهم أحكام قانوننا بصددده . إذ أن هذه الأحكام جاءت في أساسها متأثرة بالنقد الذى وجه إلى تلك النظرية .

وقد قال بهذه النظرية ، فى أصل نشأتها ، الرومان . وظل الفقهاء الذين جاءوا بعدهم يقلدونهم فيها ، وإن تعهدوها بالصقل والتهذيب ، ردحا طويلا من الزمن . ومن هنا أضنى عليها اسم « النظرية التقليدية فى الغلط » .

ومؤدى هذه النظرية تقسيم الغلط إلى أنواع أساسية . هى الآتية :

أولا : غلط يعدم الرضاء أصلا ، ويقف بالتالى عقبة فى سبيل قيام العقد ، أو هو يؤدى بعبارة أخرى ، إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً . وهذا هو الغلط المانع أو الغلط العقبة *erreur obstacle* .

ويشمل هذا النوع من الغلط :

(أ) الغلط الذى ينصب على طبيعة العقد المراد إبرامه *error in negotio* . كما إذا أعطى شخص لآخر مبلغاً من المال على سبيل القرض ، فتسلمه هذا الآخر معتقداً أنه هبة له .

(ب) الغلط الذى ينصب على ذاتية الشيء محل الالتزام *error in corpore* . كما إذا كان لشخص متزلان ، أحدهما فى القاهرة وثانيهما فى الاسكندرية . وأراد أن يبيع أولهما . ولكن المتعاقد الآخر ظن أنه يريد بيع الثانى . فارتضى الشراء على هذا الأساس .

(ج) الغلط الذى ينصب على سبب الالتزام . كما إذا اعتقد الورثة أن مورثهم قد أوصى لآخر بمبلغ من النقود . فتعهدوا له بدفعه . ثم اتضح أن هذه الوصية باطلة ، أو أن الموصى كان قد رجع فيها قبل موته .

ثانياً : غلط يؤثر فى الرضاء . فيعييه دون أن يعدمه . وهو بالتالى لا يحول دون قيام العقد ، ولكنه يجعله قابلاً للإبطال فحسب ، وبعبارة

أخرى تقليدية : يجعله باطلاً بطلاناً نسبياً . ويوجد هذا النوع من الغلط في الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا انصب الغلط على المادة التي يتكون منها *substance même de la chose* أو على صفة جوهرية فيه . فقد قصد بهذا النوع من الغلط في الأصل ذلك الذي يقع على ذات العناصر التي تتكون منها مادة الشيء *error in substantia* ، كما إذا اشترى شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص ، في حين أنها من المعدن المطلي بالذهب . ثم أدى التطور إلى اتساع هذا المدلول . فأصبح يشمل الغلط في صفة جوهرية من الصفات المتعلقة بالشيء *qualité substantielle* . كما إذا اشترى شخص تحفة على أنها أثرية حالة كونها مجرد تقليد ^(١) .

(ب) إذا انصب الغلط على شخصية المتعاقد ذاتها . أو على صفة من صفاتها : وكان هذه أو تلك محل اعتبار أسامي في التعاقد . ومثال الغلط في ذات الشخصية أن يهب شخص آخر مالا ، اعتقاداً منه بأنه ابن صديق عزيز عليه قد مات . ثم يتضح له أنه ليس كذلك . أو أن توكل ، للدفاع عنك في قضية ، شخصاً معيناً ، اعتقاداً منك بأنه المحامي الكبير المشهور ، ثم يتضح لك أنه مجرد سمي له . ومثال الغلط في صفة من صفات الشخصية : أن يعهد شخص إلى آخر بتشديد دار يزعم بناءها ، معتقداً أنه مهندس كبير مشهور . ثم يثبت له بعد ذلك أنه ليس على نحو ما اعتقد .

ثالثاً : غلط يقع فيه المتعاقد ؛ ولكنه لا يؤثر في رضائه ، وبالتالي لا يصيب العقد لا بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي ، بل يبقى صحيحاً . ويشمل هذا النوع من الغلط في الحالات الآتية :

(أ) الغلط في صفة غير أساسية في الشيء محل العقد ، كذلك الذي ينصب ، مثلاً ، على صنف ورق الكتاب الذي تشتريه لتقرأه .

(١) انظر في هذا المعنى : Mazeaud ، دروس القانون المدني ج ٢ - التزامات نبذة ١٦٣ .

(ب) الغلط في شخصية المتعاقد ، أو في صفة فيها . إن لم تكن هذه أو تلك محل اعتبار أساسي في التعاقد . كما إذا باع التاجر سلعته بالثمن الذي حدده في الأصل لشخص يعتقد أنه قريبه . ثم اتضح أنه مجرد شبيه له .

(ج) الغلط في القيمة . كما إذا اعتقد الشخص أن منزله يساوي خمسين ألف جنياً . فباعه بهذا المبلغ ، ثم اتضح له أنه يساوي مائة ألف .

(د) الغلط في الباعث . كما إذا اشترى شخص حصاناً ، معتقداً خطأ أن حصانه القديم قد نفق موتاً .

هذه هي النظرية التقليدية في الغلط . وقد تبنتها مجموعة نابليون في أضيق صورها ^(١) . كما أنها تركت بصماتها على نحو أو آخر في قوانين بلاد أخرى كثيرة ^(٢) .

وقد وجه الفقه المعاصر لهذه النظرية سهاماً من النقد جارحة . وقد أصابتها تلك السهام في ناحيتين أساسيتين . هما الآتيتان :

(الأولى) فكرة الغلط المانع التي تقول بها النظرية التقليدية فكرة معيبة . ثم إنها مجردة عن الفائدة .

أما أنها معيبة . فذلك لأن المقصود بالغلط في التعاقد هو أن يقوم الرضاء بالعقد ، كل ما هنالك أن هذا الرضاء ينجى وليد الوهم والاعتقاد الخاطئ . في حين أنه في الحالات التي تقول فيها النظرية التقليدية بقيام الغلط المانع . لا يوجد رضاء أصلاً ، أو في الأقل ، لا يوجد رضاء يعتد به القانون . ففي حالة الغلط في طبيعة العقد ، كما إذا أعطى شخص آخر مبلغاً من النقود على

(١) فقد جاءت المادة ١١١٠ من مدونة نابليون تقضى بما ترجمته : « الغلط لا ينهض سبباً لبطلان الاتفاق إلا إذا وقع على ذات مادة الشيء التي تكون موضوعه . وهو ليس سبباً لبطلان إذا لم يقع إلا على الشخص الذي يقصد المرء التعاقد معه ، وذلك ما لم يكن اعتبار هذا الشخص هو السبب الرئيسي للاتفاق » .

(٢) ومن هذه القوانين : القانون الألماني (المادة ١١٩) ، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٢٣) . والقانون اللبناني (المادة ٢٠٣ و ٢٠٤) .

سبيل القرض ، فتسلمه هذا الآخر معتقد أنه هبة له . لا يقوم الرضاء أصلا . حيث إن الإرادتين لم تتوافقا على شيء ما . وكذلك الشأن في الغلط الذي ينصب على ذاتية الشيء محل العقد . أما في حالة الغلط في السبب ، كما إذا تعهد الورثة بأن يدفعوا لشخص معين مبلغاً من النقود . استناداً إلى وصية اعتقدوا أن مورثهم قد تركها له ، ثم اتضح لهم بطلان هذه الوصية أو رجوع الموصي عنها قبل موته ؛ في هذه الحالة ، ولو أن الرضاء قد قام فعلا ، إلا أن القانون لا يعتد به أصلا . لعدم استناده إلى سبب .

هكذا يبين أن فكرة الغلط المانع غير دقيقة . وزيادة على عدم دقتها ، فلا فائدة منها . فهي ، في منطق النظرية التقليدية ، تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ، كما بينا . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة على أساس آخر . وهو انتفاء الرضاء أو انتفاء السبب ، على حسب الأحوال .

(الثانية) والعيب الأساسي الثاني الذي وجه إلى النظرية التقليدية يتعلق بالمعيار الذي اتخذته أساساً لتبين ما إذا كان الغلط يقع مؤثراً فيهدد العقد بالإبطال . أو يقع غير مؤثر فلا يصيب العقد بأذى . فقد أقامت هذا المعيار على إجراء تفرقة مادية حسائية بين حالات الغلط ، واجدة في بعضها أن الغلط يقع مؤثراً (وهي حالة الغلط في مادة الشيء أو في صفة جوهرية فيه : والغلط في شخصية المتعاقد أو في صفة فيها ، إذا كانت محل اعتبار في التعاقد) ، وفي بعضها الآخر أنه لا يقع كذلك . فأساس معيار التفرقة بين الغلط المؤثر والغلط غير المؤثر ، وفقاً للنظرية التقليدية ، يكمن في الأمر الذي ينصب الغلط عليه . وليس في أثر هذا الغلط في ذاته على رضاء المتعاقد بالعقد .

ولاشك أن الفكرة التي دعت أنصار النظرية التقليدية إلى القول بهذا المعيار فيها شيء كبير من الصحة . ففي أكثر الأحيان ، يكون الغلط هو الدافع إلى التعاقد ، كلما انصب على مادة الشيء محل الالتزام أو على صفة جوهرية فيه ، أو انصب على شخصية المتعاقد أو على صفة فيها طالما كانت محل اعتبار أساسي في التعاقد ، ولا يكون كذلك في الأحوال الأخرى . ولكن الكثرة لا تعني الشمول والاطلاق . فهناك حالات أخرى غير ماسبق .

يكون الغلط فيها هو الدافع إلى التعاقد . بحيث إن المتعاقد ما كان يرتضى العقد . لو لم يقع فيه . ولنضرب لذلك مثلاً بالغلط في القيمة . الذى جعلته النظرية التقليدية غير مؤثر دائماً . فلو أن شخصاً باع سنداً من سندات أحد البنوك بقيمته في السوق . معتقداً أنه لم يكسب جائزة من تلك الجوائز التى يمنحها البنك بالقرعة لحملة سنداته ، ثم اتضح أنه كسب جائزة قدرها ألف جنيه . أمكن أن يثور هنا شك في أن الغلط الذى وقع فيه البائع قد بلغ من الجسامة حداً . بحيث إنه لو تبين وجه الحقيقة . ما كان يرتضى البيع . أو في الأقل . ما كان يرتضيه بالسعر الذى باع على أساسه ؟ بل إننا لو دققنا النظر في ذات الحالات التى ترى النظرية التقليدية الغلط مؤثراً فيها . لوجدنا أنها وإن كانت تصدق في الكثير الغالب . إلا أنها قد تكذب في بعض الأحيان . فقد يقع الغلط في نفس مادة الشيء . ومع ذلك لا يعتبر هو الدافع إلى التعاقد ومثال ذلك أن يشتري أحد هواة العاديات تحفة أثرية خلفها فراعنة مصر . معتقداً أنها من المرمز . في حين أنها من الجرانيت . أو حتى من الحجر العادى . لاجدال في أن الغلط هنا يقع في العادة غير مؤثر . إذ أن التحفة الأثرية تستمد قيمتها . في تقدير غواة العاديات . من كونها أثرية . ولا يهم كثيراً بعد ذلك المادة التى صنعت منها .

ثم إذا كانت النظرية التقليدية قد استوحت . في إجراءاتها التفرقة بين الحالات التى رأت فيها الغلط مؤثراً وتلك التى رأتها فيها غير مؤثر . مدى جسامة الغلط وأثره على رضا المتعاقد من حيث إنه هو الذى دفعه إلى إبرام العقد من عدمه ؛ إذا كان الأمر كذلك ، أفليس من الأفضل أن نتخذ من هذه الفكرة الأخيرة ذاتها معياراً للغلط المؤثر وغير المؤثر ، دون أن نقيدها بخالات محددة سلفاً ؛ وأن يترك الأمر من بعد للقاضى ، يفصل في الأمر بحسب ظروف كل حالة !

إن أفدح عيب وقعت فيه النظرية التقليدية . والذي أدى بها إلى فساد المعيار الذى قالت به بصدد التفرقة بين ما يكون من الغلط مؤثراً فيجعل العقد من ثم قابلاً للإبطال . وبين ما يكون منه غير مؤثر فلا يصيب

العقد بأذى ؛ ان هذا العيب الأفدح للنظرية التقليدية يكمن في أنها بنت معيارها ذلك على أساس مادی حسابي . في حين أن الغلط ، اعتباراً بأنه أمر نفسي . ينبغي أن يراعى ، في تحديد ما إذا كان مؤثراً أو غير مؤثر ، معيار شخصي ؛ يتعلق بالمتعاقد ذاته وأثر الغلط عليه من حيث إنه هو الذي جره ، أو لم يجره . إلى صدور رضائه . من هنا وجب أن يكون المعوّل عليه . ليس هو ذات الأمر الذي انصب الغلط عليه ، وإنما هو الأثر الذي ترتب على الغلط بالنسبة إلى صدور الرضاء بالعقد . وبهذه المثابة لزم أن تتغير النظرة إلى الغلط المؤثر . فبدلاً من تطلب أن ينصب على أمر جوهري . نحتم أن يكون هو ذاته الجوهري ، على أن يكون المقصود من جوهريته أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، بحيث إنه ما كان ليتعاقد لو لم يقع فيه .

هذان هما النقدان الأساسيان للذان وجها إلى النظرية التقليدية في الغلط وأصاباها في الصميم . وعلى ضوءهما قامت النظرية الحديثة .

١٤٨ - النظرية الحديثة في الغلط :

مؤدى النظرية الحديثة في الغلط أنها تهمل فكرة الغلط المانع ، ولا تقيم لها وزناً . أما بالنسبة إلى الأحوال الأخرى من الغلط ، فهي تفرق ، بصدد تحديد ما إذا كان الغلط يقع مؤثراً فيجعل العقد قابلاً للإبطال ، أو يقع غير مؤثر فلا يمس صحة العقد . بين الغلط الجوهري أو الدافع وغير الجوهري أو غير الدافع .

فالغلط الجوهري *erreur substantielle* أو الدافع ، هو ذلك الذى يدفع المتعاقد إلى الرضاء بالعقد . بحيث إنه لولا وقوعه فيه . لما كان يرتضيه . والغلط غير الجوهري أو غير الدافع هو الذى يقع فيه المتعاقد دون أن يكون قد دفعه إلى التعاقد ، بمعنى أنه كان ليرتضى العقد بنفس الشروط حتى لو لم يقع في الغلط . وسيان بعد ذلك ، أن ينصب الغلط على ناحية أو على أخرى من نواحي التعاقد . فإذا ثبت أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، بحيث إن الشخص ما كان ليرتضى العقد لو أنه لم يقع فيه . كان مؤثراً وجعل العقد قابلاً للإبطال ، ليس فقط في الحالات التى ينصب فيها

على مادة الشيء ، أو على صفة جوهرية فيه . أو على شخصية المتعاقد ، بل في أية حال أخرى . كما إذا انصب على القيمة ^(١) ، أو على الباعث . أما إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التعاقد . بالمعنى الذى حددناه ، وقع غير مؤثر ، وما عاب الرضاء . وما كان له بالتالى مساس بالعقد ، أياً ما كان الأمر الذى تناوله ، حتى لو انصب ، مثلاً . على مادة الشيء .

هكذا انطلقت نظرية الغلط من عقاها ، بعد أن تكسر الإطار الجامد التى ظلت حبيسة فيه . ردها طويلاً من الزمن ، أخذاً بمنطق النظرية التقليدية . وأصبح مناط تأثير العقد . أو التصرف القانونى عامة . بالغلط هو أن يكون الغلط فى ذاته جوهرياً *erreur substantielle* ، بمعنى أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . بعد أن كان مناطه . فى ظل النظرية التقليدية هو أن ينصب الغلط على صفة جوهرية *qualité substantielle* .

١٤٩ - أحكام الغلط فى القانون المدنى المصرى :

تمشى القانون المدنى المصرى . مع النظرية الحديثة فى الغلط ، فأهمل كلية الغلط المانع . الذى من شأنه أن يؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً . واقتصر على الغلط الذى يعيب الرضاء ويؤدى إلى قابلية العقد للإبطال . ولم يعمد . فى هذا المجال الأخير ، إلى أن يحدد سلفاً ، وبطريقة مادية حسابية .

(١) وقد تأثرت أحكام بعض المحاكم المصرية بالنظرية الحديثة فى الغلط ، حتى فى ظل القانون المدنى المصرى القديم . فقضت ببطلان العقد تأسيساً على الغلط فى القيمة . ومن تلك الأحكام : استئناف مخطوط ١٦/٥/١٩١٧ ب ٢٩ ص ٤٢٦ . وتركز وقائع القضية التى صدر فيها هذا الحكم فى أن شخصاً اتفق مع صاحب سفينة على نقل بضاعته على ظهرها ، تاركاً له اختيار أن يكون سعر النقل على أساس الوزن أو الحجم ، غير عالم بأن الأساس الثانى ثمانية أضعاف الأول . ولما اختار أمين النقل الأساس الثانى ، طعن الناقل فى العقد بالإبطال تأسيساً على وقوعه فى غلط فى القيمة وأنه ما كان ليرضى العقد على نحو ما ارتضاء عليه لو أنه لم يقع فيه . وأجابته المحكمة إلى الإبطال . انظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢٥/٣/١٩٢٢ ، ب ٣٦ ص ٣٦١ - استئناف مخطوط ٣/٤/١٩٣٤ ب ٤٦ ص ٢٢٤ . أما المحاكم الفرنسية ، فلا زالت متأثرة بالنظرية التقليدية فى الغلط ، الأمر الذى يجعلها ترفض إبطال العقد للغلط فى القيمة . انظر نقض فرنسى مدنى ٢٥/١/١٩٦٥ ، دالوز ١٩٦٥ ص ٢١٧ .

الحالات التي يقع فيها الغلط مؤثراً وتلك التي يقع فيها غير مؤثر . واكتفى بوضع معيار ذاتي مرن ، قوامه جسامة الغلط وأثره على المتعاقد . فإن بلغ الغلط من الجسامة حداً بحيث كان المتعاقد يمتنع معه عن إبرام العقد . لو أنه لم يقع فيه ، اعتبر الغلط جوهرياً وعاب الرضاء . وإلا فلا .

بيد أن القانون المصري ، وإن اتخذ فكرة الغلط الجوهري . وبعبارة أخرى فكرة الغلط الدافع إلى التعاقد . أساساً لتحديد ما إذا كان الغلط مؤثراً أو غير مؤثر . إلا أنه لم يقرر له الجزاء في كل حالة يعتبر كذلك . وإنما استلزم شرطاً آخر ، اقتضاه حرصه على استقرار المعاملات . وهو وجوب أن يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر . ومؤدى هذا الشرط الأخير عدم إعمال فكرة الغلط . وبقاء العقد بالتالي سليماً وبمناى عن دعوى الإبطال . حتى لو كان الغلط في ذاته جوهرياً . وذلك كلما كان المتعاقد الآخر بعيداً عن الغلط . لم يتصل به بسبب أو بآخر . هكذا جاءت المادة ١٢٠ تقضى بأنه : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد . إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط . أو كان على علم به : أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

١٥٠ - شروط إعمال الغلط :

يبين مما سبق أن يلزم . لكي ينتج الغلط أثره القانوني . في ظل القانون المدني المصري . توافر شرطين أساسيين . هما الآتيان : (١) أن يكون الغلط جوهرياً ، بمعنى أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد . (٢) أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر . وتناول كلا من هذين الشرطين بشيء من التفصيل . وذلك فيما يلي :

١٥١ - الشرط الأول : يلزم أن يكون الغلط جوهرياً ، بمعنى أن يكون

هو الذي دفع المتعاقد إلى أن يرتضى العقد : ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي بالضرورة إلى وقوع العقد الذي يبرمه قابلاً للإبطال . بل يلزم لذلك أن يكون هذا الغلط جوهرياً . بأن يكون هو الذي دفع المتعاقد الغالط

إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء ، أو كما تقول المادة ١٢١ / ١ « يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط » .

وواضح أن معيار الغلط الجوهري أو الدافع إلى التعاقد هو معيار ذاتي أو شخصي يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه . وليس معياراً مادياً (١) . فنحن نتقصى أثر الغلط على إرادة المتعاقد ذاتها . فإذا كان هو الذي دفعها إلى التعاقد ، بحيث إنه لولاه لم ارتضته . كان الغلط جوهريا . وإلا فلا (٢) .

(١) راجع السهورى ، الوسيط ١ ، نبذة ١٦٨ .

(٢) يلاحظ أن منطق نظام الغلط ذاته ، اعتباراً بأنه يتنبا أن يحى رضاء المتعاقد على بينة من أمر ما يرتضيه ، يقتضى منا ، في صدد تحديد ما إذا كان الغلط جوهريا أم لا ، أن نأخذ بالمعيار الذاتي . فنبحث في مدى تأثير الغلط على المتعاقد الذى وقع فيه بالذات ، لتبين ما إذا كان هو الذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، بحيث إنه ما كان ليرتضى العقد لو لم يقع فيه ، أم أنه كان ليتعاقد بنفس الشروط حتى ولو لم يكن قد وقع فيه . وقد أدى هذا المنطق بالمشرع المصرى في المادة ١٢١/١ من القانون المدنى ، إلى أن يصرح بوجوب تحديد ما إذا كان الغلط جوهريا أم غير جوهري على أساس معيار شخصي ذاتي يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه . ويسير القضاء الفرنسى هو أيضاً على نفس النهج ، فيأخذ بدوره بمعيار ذاتي قوامه نفس المتعاقد الغالط L'errans في تحديد العفة الجوهرية التي ينصب الغلط عليها .

وبرغم كل ما سبق ، فتحديد جوهرية الغلط على أساس معيار ذاتي يكاد يكون أمراً نظرياً أكثر منه واقعياً ، كما لاحظ بحق الإخوة Mazeaud (راجع مؤلفهم ، دروس القانون المدنى ج ٢ الالتزامات نبذة ١٧١) . ففى الغالب من الأمر لا يوجد في ظروف التعاقد وملاساته ما يقطع بأن الغلط الذى وقع فيه المتعاقد هو الذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما أجراه . فإذا جاء المتعاقد ، في مثل هذه الحالة ، وادعى أن الغلط الذى وقع فيه جوهري ، فإن ادعائه هذا يتمثل أمراً نفسياً ، فكيف للقاضى أن يتحقق منه ! وهكذا لا يبق لإثبات مثل هذا الإدعاء إلا قرائن الأحوال . والقاضى في سبيل تكوين اقتناعه بصدق إدعاء الغالط أو عدم صدقه ، يرى نفسه ، ربما من غير أن يشعر ، يتساءل عما كان يفعله الرجل العادى في مثل ظروف المتعاقد الغالط . هل كان يمتنع عن إبرامه العقد لو لم يقع فيه ، أم أنه كان يبرمه حتى في هذه الحالة . وهكذا يجد القاضى نفسه ، من حيث الواقع الفعل ، مسيراً إلى تحديد جوهرية الغلط أو عدم جوهريته على أساس موضوعي مجرد in abstracto .

وقد أثر هذا الاعتبار الواقعي في المشرع المصرى . فبعد أن بدأ يصرح ، في غير غموض ، بقياس جوهرية الغلط على أساس معيار ذاتي يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه ، جاء بعد ذلك ، في صد التمثيل للغلط الجوهري ، يقول بأنه يقوم في الحالة التي ينصب فيها الغلط على صفة في =

وإذا كان الأمر كذلك . فإن أثر الغلط على الرضاء يختلف بالضرورة باختلاف الأحوال . وينهض أمراً من أمور الواقع ، يقول فيه قاضي الموضوع القول الفصل . طالما جاء قوله هذا سائغاً^(١) .

وقد نبذ المشرع فكرة النظرية التقليدية التي تقوم على تحديد الغلط المؤثر بحالات محددة سلفاً : أساسها أمور معينة ينصب الغلط عليها . فالعبرة عنده ليست بالأمر الذي ينصب الغلط عليه . وإنما بأثر هذا الغلط على الإرادة . فإن بلغ تأثير الغلط على الإرادة إلى حد أن جعلها ترتضى العقد ، وما كانت لترتضيه بدونه . اعتبر جوهرياً . وتنبأ لأن يشوب العقد بالقابلية للإبطال . دون اعتبار بعد ذلك بالأمر الذي انصب عليه .

بيد أن قانوننا ، وإن لم يلجأ إلى التحديد المادى للحالات التي يقع فيها الغلط جوهرياً وبالتالي مؤثراً . فقد عمد إلى التمثيل لهذه الحالات . وقد مثل لها بنفس الحالتين اللتين كانت النظرية التقليدية تحصر الغلط المؤثر فيهما دون غيرها . وفي هذا الصدد . جاءت المادة ٢١ / ٢ تقضى بأنه : « ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (أ) إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين . أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغى في التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته . وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد » . وهكذا يقرر قانوننا : على سبيل التخصيص والتمثيل . وليس على سبيل التحديد والحصر ، أن الغلط يقع جوهرياً في الحالتين الآتيتين :

= الشئ محل التعاقد تكون جوهرياً في اعتبار العاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغى في التعاقد من حسن النية » . فالنص لا يكتفى ، لاعتبار الغلط جوهرياً . أن ينصب على صفة تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين ، وإنما يتطلب أن تكون جوهرياً في اعتبار العاقدين كليهما . بل إنه لم يكتف بذلك . حيث اعتبر الغلط جوهرياً ، حتى في الحالة التي ينصب فيها على صفة في الشئ يجب اعتبارها جوهرياً مراعاة للظروف الملازمة للعقد ولما ينبغى من مراعاة حسن النية في إجرائه . وفي هذا خلط واضح بين المعيارين الذاتي والموضوعي . (١) انظر : نقض ١٣/٣/١٩٧٣ ، طعن ٣٨/٣٩ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٣٩٦ رقم ٧٠ - نقض ١٩٤٥/٥/٦ ، قضية ٢١/٢٢١ ق مجموعة النقض س ٥ ص ٨٤٠ رقم ١٢٥ . وانظر أيضاً تمييز الكويت تجارى ١٩٧٧/٢/٢١ ، طعن رقم ١٩٧٦/٢٣ تجارى .

(أ) الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد : فإذا انصب الغلط على صفة ما في الشيء . وكانت هذه الصفة أساسية لدى المتعاقدين أو أحدهما ، بمعنى أن الاعتقاد بوجودها هو الذي أدى بهما أو بأحدهما إلى ارتضاء التعاقد ؛ إذا انصب الغلط على صفة أساسية بهذا المعنى ، اعتبر جوهريا .

وإذا كان من العسير عملا . في كثير من الأحيان . أن يقيم المتعاقد الدليل على أن صفة ما كانت جوهرية لديه عند التعاقد . حيث إن هذا أمر نفسي . فإن المشرع يعتبر تلك الصفة كذلك . إذا اقتضتها الظروف الملازمة للعقد وما ينبغى في التعامل من حسن النية . فمن يشتري . مثلا . تحفة من أحد تجار العاديات بثمن كبير لا يناسب البتة مع سعر التحفة المماثلة إن كانت جديدة ، يعتبر . إلى أن يقوم الدليل على العكس . أنه اعتد هذه الصفة كأمر أساسي في التعاقد ؛ لأن ظروف التعاقد وما ينبغى فيه من حسن النية تقتضي هذا الاعتبار .

(ب) الغلط الواقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته : إذا انصب الغلط على شخصية المتعاقد ، أو على صفة من صفاته . وكانت هذه أو تلك هي السبب الرئيسي في التعاقد ، اعتبر جوهريا . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذه الحالة عند عرض النظرية التقليدية . ونجترىء بالإحالة على ما قلناه في هذا الصدد .

هاتان هما الحالتان اللتان خصتهما المادة ٢/٢١ بالذكر . ونكرر أنهما واردتان فيها على سبيل التخصيص والتثيل ، وليس على سبيل التحديد والتعيين والحصر . ويترتب على ذلك أنه في أية حالة أخرى يظهر أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد . بحيث إنه لولاه لما ارتضى الشخص العقد الذي أجراه . فإن هذا الغلط يعتبر جوهريا ، ويكون من شأنه . إذا توافر فيه الشرط الآخر الذي سنبينه بعد قليل ، أن يجعل العقد قابلا للإبطال . فقد يعتبر الغلط جوهريا . مثلا ، إذا وقع في القيمة أو في الباعث أو في أي أمر آخر غيرهما .

وإذ أورد قانوننا الحالتين السابقتين كمثالين للغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد . فقد كان حرياً به ألا يفعل . وأن يكتبنى بالمعيار المنطلق المرن الذى ضمنه الفقرة الأولى من المادة ١٢١ . ولعل فى إيراد هذين المثالين ماينبىء بأنه . وإن أراد أن يتبنى النظرية الحديثة للغلط . إلا أن إيمانه بها وكفره بالنظرية التقليدية لم يكونا كاملين .

ويلاحظ أن مشرعنا المصرى . وإن أراد أن يندب منطق النظرية التقليدية القائم على تحديد نطاق الغلط المؤثر الذى من شأنه أن يدمغ العقد بالقابلية للإبطال بحالات محددة سلفاً . مكثفياً فى ذلك بمعيار مرن . هو معيار الغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد : إذا كان مشرعنا أراد ذلك . وعهد إلى أن يرسى فكرة الغلط المؤثر على أساس متغايير من الناحية الفنية النظرية مع النظرية السابقة ، إلا أنه لا يتخالف معها فى الحقيقة ومن حيث الفعل والواقع ، إلا فى القليل .

ذلك لأن الحالتين الأساسيتين اللتين توردهما النظرية التقليدية للغلط المؤثر - وهما حالة الغلط فى صفة جوهرية الشئ محل العقد ، وحالة الغلط فى شخصية المتعاقد أو فى صفة فيها إن كانت محل اعتبار أساسى عند التعاقد - تهضمان أيضاً وبطبيعة الأمور ذاتها حالتين للغلط المؤثر . فى ظل النظرية الحديثة للغلط بوجه عام . وفى منطق القانون المدنى المصرى الذى تبناها بوجه خاص . فإدام الغلط قد انصب على صفة جوهرية فى اعتبار المتعاقد الغالط . فإن هذا الغلط بالضرورة هو الذى دفعه إلى ارتضاء العقد . وكذلك الشأن لو انصب الغلط على شخصية المتعاقد أو على صفة فيها . إذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار أساسى لدى المتعاقد عند التعاقد .

يبقى بعد ذلك بين النظرية التقليدية للغلط من ناحية ، وبين النظرية الحديثة التى تبناها المشرع المصرى من ناحية أخرى . أمران هما اللذان ينحصر فيهما الخلاف . وهذان الأمران هما الآتيان :

(الأول) الغلط فى مادة الشئ محل العقد : فوفقاً للنظرية التقليدية يقع

هذا الغلط مؤثراً دائماً . أما في ظل النظرية الحديثة . فليس حتمياً أن يقع هذا الغلط مؤثراً ، وإن كان هو كذلك في الأعم الأغلب من الحالات في العمل . فالمتعاقد ، في العادة : يولى بالغ الاهتمام للمادة التي يتكون منها الشيء الذي يتعاقد عليه . كما إذا كان يشتريه ، مثلاً . ومن هنا يغلب أن يكون غلطه في هذه المادة من قبيل الغلط الدافع أو الجوهرى ، أى ذلك الذى يؤدي به إلى ارتضاء العقد على نحو ما يرتضيه عليه . بحيث إنه لولا وقوعه فيه ما كان ليرتضيه . ولكن الغلبة لاتعنى الشدول . ومن المتصور أن ينصب غلط المتعاقد على مادة الشيء . من غير أن يكون هذا الغلط دافعاً أو جوهرياً ، وعلى الأخص في العقود التي لا ترد على ملكية المعقود عليه كالإيجار . بل حتى في تلك التي ترد على الملكية . كما إذا اشترى شخص تحفة على أنها أثرية . معتقداً أنها مصنوعة من مادة معينة . ثم ثبت أنها . وإن كانت أثرية . إلا أنها من مادة أخرى لاتقلل من أهميتها كأثر .

(الثانى) الغلط في أمر آخر غير مادة الشيء والصفة الجوهرية فيه وشخصية المتعاقد أو الصفة فيها إذا كانت محل اعتبار أساسى في التعاقد : فالنظرية التقليدية خارج هذه الأمور . تجعل الغلط غير مؤثر دائماً . ومن هذا المنطلق . كان الغلط في القيمة والغلط في الباعث غير مؤثرين تحت ظلها . أما في منطق النظرية الحديثة : وفي ظل القانون المدنى المصرى الذى تبناها . فإنه يمكن للغلط أن يكون مؤثراً ، حتى لو انصب على القيمة (١)

(١) راجع من فقهاءنا المصريين الذين يرون أن الغلط في القيمة يمكن له أن يكون مؤثراً ومؤدياً بالتالى إلى وقوف العقد قابلاً للإبطال : السهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ١٧٢ - حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام نبذة ١٦٣ - أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام نبذة ١٢٠ - جمال زكى . الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٧٢ . ويلاحظ أن القضاء المصرى ، حتى في ظل قانوننا القديم ، كان يجعل في بعض أحكامه للغلط في القيمة تأثيراً على العقد . وذلك بخلاف المستقر عليه إلى الآن في القضاء الفرنسى . ففي قضية تتلخص وقائعها في أن تاجراً اتفق مع صاحب سفينة على نقل بضاعته عليها بأجرة تتحدد أما على أساس سعر الحجم أو سعر الوزن وفق ما يختاره صاحب السفينة ، واختار هذا الأخير الأساس الأول الذى كان يزيد على الثانى ثمانية أضعاف على جهل من صاحب البضاعة : في هذه القضية حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بإبطال عقد النقل (استئناف مختلط ١٦/٥/١٩١٧ ب ٢٩ ص ٤٢٦) . وفي قضية أخرى =

أو الباعث^(١) أو أى أمر آخر غيرهما ، طالما يثبت أن هذا الغلط كان فى ذاته جوهرى ، بمعنى أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه ما كان ليرتضيه أصلاً . أو ما كان ليرتضيه بنفس الشروط التى ارتضاه عليها .

نخلص من كل ما سبق أنه . وفقاً للقانون المدنى المصرى . يقع الغلط مؤثراً ، ويكون من شأنه - إذا توافر فيه الشرط الثانى الذى سوف نبينه حالاً - أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . إذا كان هو الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه ما كان ليرتضيه على نحو ما ارتضاه عليه لو أنه لم يقع فيه ، وسواء بعد ذلك أن ينصب الغلط على أمر أو على آخر من أمور التعاقد ، وحتى لو انصب على القيمة أو الباعث .

والأمثلة على الغلط الجوهري كثيرة . وأغلبها ، فى أقع حياة الناس ، ينصب على صفة تعتبر أساسية فى نظر المتعاقد . وقد سبق لنا أن أوردنا بعض هذه الأمثلة ، عند عرض النظرية التقليدية فى الغلط . ونعود الآن لنسوق بعض أمثلة أخرى مستقاة من أحكام القضاء . فقد قضى بأن الغلط يعتبر واقعاً فى صفة جوهرية ، وموجباً بالتالى إبطال العقد ، إذا انصب على كون السيارة المشتراة جديدة لم تستعمل من قبل إلا على سبيل التجربة . حالة كونها قديمة وقد سبق أن استعملت كثيراً ؛ بل إنه قد سبق أن ردها مشتر آخر لهذا السبب عينه^(٢) . وقضى كذلك بأن الغلط يعتبر جوهرى إذا

= تلخص وقائعها فى أن المدين كان ملزماً بوفاء الدين بالعمله المصريه ، فدفعت إلى نائب الدائن (حارس قضائى) بالعمله الفرنسيه ، الذى قبل منه الوفاء اعتقاداً منه عن غلط بأن العقد يعطيه الحق فى ذلك ، وقضت المحكمه بإلزام المدين بدفع الفرق بين العملتين (استئناف مختلط ١١/٢٥ / ١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٧٦) . وانظر كذلك استئناف مختلط ١٩٣٤/٤/٣ ب ٤٦ ص ٢٢٤ . (١) انظر فى الغلط فى الباعث باعتباره محولاً لإبطال العقد : السهورى ، المرجع ، السابق نبذة ١٧٣ - حشمت أبوستيت ، المرجع السابق نبذة ١٦٤ - أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ١٢١ - جمال زكى ، المرجع السابق نبذة ٧٣ - عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام نبذة ١٦٣ .

(٢) انظر : استئناف مختلط ١٩٣١/٥/٢٨ ب ٤٣ ص ٤١٥ .

انصب على كون الأرض المشتراة بغرض البناء عليها تقع على شارع عريض حالة كونها لاتقع على شارع أصلاً^(١) ، وإذا انصب على كون القماش المشتري قابلاً للغسيل . حالة كونه لايقبله^(٢) . وإذا انصب على كون الحق المحال به مضموناً برهن . في حين أن الرهن قد زال ، بسبب عدم تجديد قيده^(٣) . كما قضى بإبطال البيع على أساس الغلط الجوهرى في صفة في المبيع ، في حالة اشترت فيها قطعة أرض . لبناء مدرسة عليها . ثم اتضح أن مساحتها أقل من الحد الأدنى اللازم لإنشاء مدرسة^(٤) . وقضى أيضاً بإبطال عقد منحت الدولة المصرية بمقتضاه حق استغلال قطعة أرض . اعتقاداً من الحكومة بأنها لاتحتوى إلا على كمية ضئيلة من الملح ، ثم ظهر لها أنها تحتوى على كميات كبيرة منه يمكن استغلالها بسهولة وجنى أرباح طائلة من ورائه^(٥) . وقضى بإبطال بيع شيء اشترى على أساس أنه تحفة أصيلة . حالة كونه مجرد تقليد^(٦) . وقضى بإبطال الوفاء الحاصل من غير المدين . حالة كونه يعتقد عن غلط بأن الدين الموفى به حال بحكم نهائى ومقرر له فوائد^(٧) .

وإذا وصلنا إلى أن الشرط الأول لإعمال الغلط يتمثل في وجوب أن يكون

- (١) انظر : استئناف مختلف ١٩١١/١/١٩ ب ٢٣ ص ١١٩ - حكم Pau الفرنسية ١٩٦٨/١٢/١٨ . دالوز ١٩٦٩ ص ٤٦٦ .
 - (٢) استئناف مختلف ١٩٤٦/٣/١٨ ب ٥٨ ص ٧٤ .
 - (٣) استئناف مختلف ١٩٣١/٤/٧ ب ٤٣ ص ٣٣٣ .
 - (٤) حكم Orléans الفرنسية ١٨٩٥/١/١٨ . دالوز ١٨٩٥ - ٢ - ٤٧ .
 - (٥) استئناف مختلف ١٨٩٢/١/٧ ب ٤ ص ٩٩ .
 - (٦) انظر : نقض فرنسى تجارى ١٩٧٠/١٠/٢٠ ، Sem. Jur. ١٩٧١/٢/١٩١٦ مع تعليق Ghestin . وانظر أيضاً : باريس ١٩٥٠/٢/٢٧ ، دالوز ١٩٥٠ ص ٢٦٩ .
 - (٧) باريس ١٩٥٤/٢/١٢ دالوز ١٩٥٤ ص ٣٣٧ - استئناف مختلف ١٩٤٦/٣/١٨ ب ٥٨ ص ٧٤ .
- (٧) انظر : نقض ١٩٦٥/٥/٢٠ طعن ٣٠٣/٧٩ ق مجموعة النقض س ١٦ ص ٦٠٣ رقم ٩٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن اعتقاد الموفى غير المدين خطأ بأن الدين الموفى به حال الأداء يقتضى حكم نهائى ومقرر له فوائد تتمثل غلطاً جوهرى في صفة أساسية من صفات الدين ، إذ لولا ما كان الوفاء ، وأن هذا الغلط مع علم الموفى له به من شأنه أن يؤدي إلى إبطال الوفاء وإعادة الطرفين إلى ما كانا عليه قبل حصوله .

جوهرية . بمعنى أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . فلا يبقى لنا في خصوص هذا الشرط إلا القول بأن جوهرية الغلط من عدمه تتمثل مسألة واقع : لقاضي الموضوع فيها القول الفصل بدون معقب من محكمة النقض . طالما جاء تقديره على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله .

١٥٢ - الشرط الثاني : يلزم أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر : لا يكفي . لوقوع العقد قابلا للإبطال ، أن يشوب الغلط رضا أحد المتعاقدين . حتى لو كان هذا الغلط جوهرية : ولكن يلزم أن يتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٠ بأنه : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد . إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط . أو كان على علم به . أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

وهذا الشرط لا يتسق مع مبدأ سلطان الإرادة . وهو من بعد شرط جديد . لم يقل به الأقدمون من التقليديين . فوذى مبدأ سلطان الإرادة . لو أنه أخذ على إطلاقه . أن يعطى للمتعاقد السبيل إلى الخلاص من العقد الذى أبرمه . كلما ثبت أنه كان ضحية لغلط جوهرى . دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان هذا الغلط قد اتصل بالمتعاقد الآخر . أم لم يتصل به . إذ أن الغلط فى كل من الحالتين شاب رضاه ودفعه إلى التعاقد . ولكن هذا الشرط الجديد . اقتضاه العمل على استقرار التعامل . فأمام الرغبة فى العمل على استقرار التعامل . يضحى القانون بتعيب الإرادة بالغلط أو بغيره من العيوب . إذا كان المتعاقد الآخر بعيداً عن العيب لم يتصل به بسبب . إذ أن مؤدى أعمال الغلط أن يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد الغالط . ومن شأن ذلك أن تضيق الصفقة على المتعاقد الآخر ، فيناله الضرر . من هنا توجب ألا نعمل أثر الغلط . إلا إذا وجد ثمة مسوغ يبرر التضحية بمصلحة الطرف الآخر . وقد وجد المشرع هذا المسوغ فى كون الغلط متصلاً بذلك الطرف الآخر على نحو أو على غيره . فتطلب هذا الشرط فيه ^(١) .

(١) فالقانون لا يكتفى . لإعمال أثر الغلط فى العقد ، بأن يكون هو الدافع إلى التعاقد . فهو لا ينظر إلى الغلط من زاوية المتعاقد الغالط وحده . وإنما ينظر إليه كذلك من زاوية المتعاقد =

ويعتبر الغلط الذى يقع فيه أحد المتعاقدين متصلاً بالمتعاقد الآخر فى إحدى الحالات الثلاث الآتية :

(أ.) إذا وقع المتعاقد الآخر بدوره فى الغلط : وهذه هى حالة الغلط المشترك . أى الغلط الذى يشترك فى الوقوع فيه الطرفان كلاهما . ومثال هذه الحالة أن يشتري شخص ساعة مطلاة بالذهب . معتقداً أنها من الذهب الخالص . ويشاركه البائع هذا الاعتقاد الخاطىء . فكل من المتعاقدين هنا قد وقع فى الغلط . والذى يضار من الوقوع فى الغلط هنا هو المشتري . إذ الفرض أنه لو تبين حقيقة الساعة ، فإنه ما كان ليشتريها . أو ما كان ليشتريها بالثمن الذى قبله . والقانون يمنحه هنا حق طلب إبطال البيع . برغم أن البائع كان حسن النية . وقد قدر فى ذلك أن الرضاء جاء معيباً من المتعاقدين كليهما ، فضحى بحسن نية من يقع الإبطال إضراراً به . تمشياً مع اعتبارات العدالة والمصلحة .

فوقوع المتعاقدين كليهما فى نفس الغلط ينهض بذاته دليلاً على أن أياً منهما معذور فى غلطه . فيغفر له القانون الوقوع فيه ، ويكون لصاحب

= الآخر ، الذى من شأن دمع العقد بالقابلية للإبطال نتيجة الغلط أن يتهدده بالخطر ، اعتباراً بأنه يحل بأمن تعاقد واستقراره ويجعله قابلاً للزوال وفق مشيئة غريمه . وهى من بعد نظرة ثقت الفكر القانونى المعاصر فقها وقضاء وتشريعاً ، وأدت به إلى أن يعمد إلى تقييد مجال أعمال أثر الغلط . وحصره فى الحدود التى تتفق مع ما ينبغى للتعامل من أمن واستقرار .

وقد تواجدت فى هذا الصدد عدة أفكار تستهدف كلها عدم التصححية بالمتعاقد الذى يعمل نظام الغلط إضراراً به . إلا إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . ولعل هذه الأفكار تتركز فى اثنتين أساسيتين : الأولى تقول بعدم تخويل المتعاقد الغلط حق طلب إبطال عقده إلا إذا كان وقوعه فى الغلط لم يأت نتيجة خطأ منه ، اعتباراً بأن غلطه هنا يكون مفتقراً . فإن كان غلطه غير مفتقر . حرم من حق طلب إبطال العقد . أما الفكرة الثانية ، فهى تنطلق من المتعاقد الذى يعمل الغلط إضراراً به ، وتقوم على عدم ثبوت حق الإبطال ضده ، إلا إذا كان هو قد أخطأ فى عدم تبصير غريمه بغلطه على وفق ما يقتضيه الشرف والنزاهة فى التعامل .

ويبدو أن المشرع آثر أن يعمل هاتين الفكرتين كليهما ، كلاهما فى مجال محدد . فتطلب ، لإعاز أثر الغلط ، أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره فى نفس الغلط ، أو علم بوقوع غريمه فيه . أو كان من السهل أن يتبين عنه ذلك .

المصلحة منهما أن يتمسك بإبطال العقد ، اعتباراً بأنه قد وقع في غلط يعذر عنه ويغتفر له .

(ب) إذا علم المتعاقد الآخر بالغلط الذى وقع فيه غريمه : فالغلط المشترك ، وإن كان يخول طلب إبطال العقد ، إلا أنه ليس ضرورياً لذلك . فيكفى أن يكون الغلط فردياً ، بمعنى أن يقع فيه أحد المتعاقدين دون الآخر ، إذا كان هذا الآخر يعلم بوقوع الأول فيه ، وأنه هو الذى دفعه إلى ارتضاء العقد . ففي مثال الساعة السابق ذكره ، والقائم على شراء شخص ساعة مطلاة بالذهب ، حالة كونه يعتقد أنها من الذهب الخالص . لا يلزم لوقوع البيع قابلاً للإبطال ، أن يكون البائع قد وقع مع المشتري في الغلط . بل يكفي أن يكون عالماً بوقوعه فيه ، بمعنى أن يكون مدركاً أن المشتري قد اعتقد أن الساعة من الذهب . وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفعه إلى ارتضاء الشراء .

وظاهر هنا أن توضيح مصلحة المتعاقد الذى يقع الإبطال لإضراراً به (بائع الساعة في مثالنا) أدعى منها في حالة الغلط المشترك . إذ الفرض أن هذا المتعاقد قد أدرك أن المتعاقد معه قد وقع في غلط جوهري . وأن هذا الغلط هو الذى دفعه إلى التعاقد . فكان حرياً به ، والحال هذه . أن ينبه إلى الغلط الذى وقع فيه . أما ولم يفعل ، فهو سىء النية . وكان خليقاً بتحمل الجزاء الذى يفرضه القانون عليه .

(ج) إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبين أن غريمه قد وقع في الغلط : فلا يلزم . لوقوع العقد قابلاً للإبطال . أن يكون الطرف الآخر قد وقع بدوره في الغلط أو علم بوقوع غريمه فيه . بل يكفي أن يكون من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . حتى لو لم يتبينه بالفعل . والظروف الملائمة للعقد . وما ينبغى في التعامل من حسن النية ، هى التى تنير السبيل أمامنا لتحديد ما إذا كان من السهل على المتعاقد أن يتبين أن غريمه قد وقع ضحية للغلط أم لا . والأمر من بعد يتملق بالواقع ، ولقاضى الموضوع فيه القول الفصل . فإذا ارتضى شخص ، مثلاً ، أن يدفع في تمثال رغب في شرائه ألف جنيه ، حالة كونه لا يساوى في الحقيقة إلا خمسة أو عشرة جنيهات .

معتقداً عن غلط أنه أثرى ؛ في هذه الحالة ، ينهض الغلط سبباً للإبطال ، حتى لو كان البائع لم يقع بدوره في الغلط . ولم يعلم بوقوع المشتري فيه ، إذ أنه كان من السهل عليه أن يتبين أن المشتري قد وقع في الغلط ، وأن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى ارتضاء الشراء . ومعيار إمكان العلم بالغلط هو معيار موضوعي أساسه الشخص العادي .

ولتضحية مصلحة المتعاقد الذي تنقرر قابلية العقد للإبطال إضراراً به . حينما يكون من السهل عليه أن يتبين أن غريمه قد وقع فريسة للغلط ؛ لتضحية مصلحته هنا ما يبررها . فهو إن لم يكن سيء النية أو شاشاً . فهو مقصر تقصيراً جسيماً . لعدم تبينه وقوع المتعاقد الآخر في الغلط . والتقصير الجسيم يتساوى مع الغش .

يظهر مما سبق أنه لا يكفي . بحسب الأصل . لإعمال أثر الغلط المتمثل في دمج العقد بالقابلية للإبطال . أن يكون جوهرياً . بل يلزم أيضاً أن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر ، بأن يكون هذا قد وقع بدوره في الغلط . أو علم بوقوعه فيه . أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك ^(١) .

٨٥٣ - الغلط في الواقع والغلط في القانون :

ينقسم الغلط . بالنسبة إلى الأمور التي يرد عليها . إلى نوعين أساسيين : غلط في الواقع . وغلط في القانون .

(١) وإذا كان شرط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر الذي فرضته المادة ١٢٠ قد جاء بهدف إحاطة العقد بالأمن والاستقرار وعدم تضحية مصلحة الطرف الآخر إلا إذا وجد المسوغ والمبرر ؛ إذا كان ذلك . فإنه كان أولى بالمشرع أن يقصر هذا الشرط على المعاوزات دون التبرعات . فالمتبرع له يأخذ ولا يعطى . في حين أن المتبرع يعطى ولا يأخذ . وهذا ما يستلزم أن تكون إرادة المتبرع سليمة خالية من كل العيوب التي تشوبها . وذلك بغض النظر عن موقف المتبرع له من هذه العيوب . وقد تدارك القانون المدنى الكويتي هذا الأمر ، فلم يشترط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر إلا في المعاوزات دون التبرعات (المادة ١٤٧/٢) . وقد عمم هذا الحكم على التدليس والإكراه . مكتفياً لإبطال التبرع أن تكون إرادة المتبرع قد جاءت نتيجة العيب ، حتى لو كان المتبرع له بعيداً كل البعد عنه . راجع في ذلك : مؤلفنا مصادر الالتزام في القانون المدنى الكويتي - نظرية العقد نبذة ١٥٤ و ١٦٤ و ١٧٤ .

فالغلط في الواقع أو في الوقائع ، هو ذلك الذي ينصب على أمر من أمور التعاقد ذاتها ، كمادة الشيء محل التعاقد أو صفاته وكشخصية المتعاقد . وكل الأمثلة التي ذكرناها فيما سبق تدخل في هذا النوع من الغلط .

أما الغلط في القانون . فهو ذلك الذي ينصب على حكم القانون بالنسبة إلى أمر من أمور التعاقد ، بأن يعتقد الطرفان أو أحدهما أن القانون يقضي في ذلك الأمر بحكم معين ، في حين أنه يقضي في الحقيقة بحكم مخالف . ومثال ذلك أن تموت امرأة دون أن تخلف عقباً . فيعتقد زوجها أن القانون يفرض له في تركتها الربع . ويبيع حصته فيها مدفوعاً بهذا الاعتقاد . وهو اعتقاد خاطيء . إذ أن القانون هنا يفرض للزوج نصف تركته زوجته . وليس ربعها فحسب . ومثال الغلط في القانون أيضاً أن يشتري شخص قطعة أرض معتقداً أن القانون يمنحه حق البناء عليها . حالة كونه في الحقيقة يخرجه . ومن أمثلة الغلط في القانون كذلك . مما عرض على المحاكم في فرنسا . أن يبيع شخص سلعة معينة بثمن محدد . اعتقاداً منه بأنها مسعرة جبرياً . حالة كونها غير ذلك في الحقيقة (١) .

وقد قام الشك . في وقت ما . حول أثر الغلط في القانون على العقد الذي ينجم نتيجة . وخيل للبعض أن هذا الغلط يقع غير مؤثر . وكان دافعهم إلى ذلك الفهم الخاطيء لقاعدة أساسية . هي قاعدة عدم العذر بجهل القانون .

والحقيقة أن أعمال هذه القاعدة الأخيرة لا يتنافى إطلاقاً مع إعمال الغلط في القانون ، إذا ما وقع (٢) . فحكم القانون يطبق دائماً . ما لم تتضمنه قاعدة مفسرة . واتفق على استبعاده . ولا فرق في ذلك بين أن يكون المتعاقدان عالمين أو جاهلين به . لكن إذا ارتضى أحد المتعاقدين عقداً ما . حالة كونه يجهل حكم القانون بشأن أمر من أموره . فلن من شأن هذا الغلط

(١) انظر حكم Montpilier الفرنسية ٢٣ أكتوبر ١٩٥١ ، دالوز ١٩٥٢/١٥ .

(٢) انظر في هذا المعنى : Mazeaud ، دروس القانون المدني ج ٢ الالتزامات نبذة

أن يجعل رضائه غير سليم . فالزوج الذى يبيع حصته فى تركه زوجته التى لم تخلف عقباً . اعتقاداً منه بأنه يرث فيها الربع . فى حين إنه يرث النصف . يقع رضائه بهذا البيع معيباً . ولا يعترض على ذلك بمقولة إن الشخص لا يعذر بجهله القانون . لأن مؤدى هذه القاعدة أن القانون يطبق على الشخص سواء أكان يعلم أو يجهل حكمه . والقانون فى حالتنا يطبق على نصيب الزوج فى تركه زوجته . فيأخذ النصف . برغم جهله حكمه . ولكنه حينما باع حصته فى تركه زوجته . جاء رضائه بهذا العيب مشوباً بالغلط . فجعله بحكم القانون أثر فى رضائه . وجعله يرتضى البيع . فى حين أنه ما كان ليرتضيه بدونه . ومؤدى ذلك ثبوت الحق له فى طلب إبطال البيع ، لا على أساس أنه يريد التهرب من حكم القانون الذى يجهله ، بل على النقيض من ذلك . هو يريد إعمال هذا الحكم ، كل ما فى الأمر أنه يدعى وبحق أن رضائه بالبيع الذى أجراه لم يأت سليماً ، بسبب جهله لحكم القانون .

هكذا نخلص إلى أن الغلط فى القانون يتساوى تماماً مع الغلط فى الواقع . بمعنى أنه يؤدى مثله إلى اعتبار العقد قابلاً للإبطال (١) . بشرط أن يكون جوهرى وأن يتصل بالمتعاقد الآخر : على النحو الذى حددناه فيما سبق . وهذا مالم يقض القانون بغيره . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٢ بأنه : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون . إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين . هذا مالم يقض القانون بغيره » .

وإذا كان الغلط فى القانون يؤدى إلى وقوع العقد الذى أبرم على أساسه قابلاً للإبطال . بنفس الشروط . وفى نفس الحدود التى يجب مراعاتها فى الغلط فى الواقع ، فلنأخذ لا نفرق فى ذلك بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد

(١) وهذا هو الحكم الذى تدير عليه محكمة النقض الفرنسية ، برغم عدم وجود نص يقرر الإبطال لغلط فى القانون . انظر نقض فرنسى مدنى ٩ فبراير ١٩٧٠ ، ١٩٧٠ Gaz. Pal. ١ - ٣٤٠ ، نقض مدنى فرنسى ٢٤ مايو ١٩٤٨ ، دالوز ١٩٤٨ ، ١٧ وتعليق Lenoan نقض مدنى فرنسى ١٥ يونيو ١٩٦٠ ، ١٩٦١ Sem. Jur. ٢ - ٢٢٧٤ وتعليق Voirin ومنشور أيضاً فى سيرى ١٩٦١ - ١ - ١ مع تعليق Savatier .

القانونية المقررة أو المفسرة . فالغلط في حكم القانون . بالنسبة إلى هذين النوعين . بمنزلة سواء ^(١) .

ويلاحظ أن الغلط في القانون . حينما يكون من شأنه أن يجعل انعقد قابلاً للإبطال ، يؤدي بالضرورة إلى غلط في واقعة من واقعات العقد . فالزوج الذي يبيع . مثلاً . حصته في تركة زوجته معتقداً أن له فيها الربع . حالة أن له فيها النصف بسبب كونها لم تنجب عقباً . يقع في غلط في حكم القانون . وهذا الغلط يحجره إلى غلط من نوع آخر . هو غلط في واقع العقد ذاته ، إذ أنه وقع في غلط بالنسبة إلى القدر المبيع والقيمة التي حصل بها البيع . ومن يشتري أرضاً باعتقاد أن له حق البناء عليها . حالة كون القانون يحظره . يقع في غلط في القانون . وهذا الغلط يؤدي به إلى الوقوع في غلط في الواقع . حيث إنه ينصب على صفة في الأرض المبيعة . هي قابليتها للبناء عليها . وهكذا فحينما يكون الشخص واقعاً في غلط في القانون يستطيع في الحقيقة أن يتمسك بهذا الغلط وبالغلط في الواقع في آن معاً .

وإذا كان الغلط في القانون ، شأنه في ذلك شأن الغلط في الواقع . يؤدي عند توافر الشروط القانونية المطلوبة إلى دمج العقد . بل والتصرف القانوني عموماً ، بالقابلية للإبطال ، فإن ذلك لا يعدو أن يكون تقريراً لمبدأ عام حرص المشرع نفسه على أن يصرح بإمكان ورود الاستثناء عليه . إذا قضى القانون بذلك .

(١) والعجيب في الأمر أن أغلب الفقهاء في مصر وفي فرنسا يقتصرون بإبطال العقد من الغلط في القانون الذي تتضمنه القواعد المقررة ، دون ذلك الذي تتضمنه القواعد الآمرة . بل إن الأصعب من ذلك أنهم ، برغم إجرائهم التفرقة السابقة ، يعمدون ، عند إعطائهم أمثلة الغلط في القانون المؤثر في العقد ، إلى سرد حالات من الغلط الواقع في حكم القواعد الآمرة . والسبب الذي دعا الفقهاء إلى إجراء التفرقة هنا بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة هو الخلط الشائع الذي وقعوا فيه بين الغلط في القانون وقاعدة عدم العذر بجهل القانون ، التي رُويها بدورها مقصورة على النوع الأول من القواعد القانونية ، دون الثاني . والحقيقة أن الغلط في القانون شيء وعدم جواز العذر بجهله شيء آخر ، وأن كلا من هاتين القاعدتين تسري على القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المقررة أو المفسرة ، دون تفریق .

ومن الاستثناءات المقررة على قاعدة أن الغلط في القانون يمكن له أن يؤدي إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ما تقتضيه المادة ٥٥٦ مدني من أنه : « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون » . ومن هذه الاستثناءات أيضاً ما يمكن الوصول إليه . تفسيراً للمادة ٢٢٧ مدني . من أنه إذا اتفق على فائدة تزيد على الحد القانوني . اعتقاداً من أحد الطرفين أو كليهما بأنها داخلة فيه . فإن الجزاء لا يكون في إبطال العقد . وإنما في إنقاص الفائدة إلى الحد القانوني فحسب ^(١) . وكذلك الشأن إذا أبرم إيجار شيء مما يخضع للتشريع الإيجاري الاستثنائي بأجرة تزيد على الحد القانوني . اعتقاداً من المؤجر عن خطأ أن هذا الشيء لا يخضع لذلك التشريع أو أن الأجرة المتفق عليها تدخل في النصاب القانوني . فلا يكون هنا للمؤجر أن يطلب إبطال الإيجار للغلط . إذا تمسك المستأجر بالامتداد القانوني للإيجار . أو طلب إنقاص الأجرة إلى الحد القانوني . وسند هذا الحكم أن القانون يحدد تحديداً حصرياً الأحوال التي يجوز فيها إخلاء العين المؤجرة من المستأجر . وليس من بينها إبطال العقد لغلط في القانون ^(٢) .

وإذا امتنع . استثناء من الأصل العام المقرر بمقتضى المادة ١٢٢ ، التمسك بالغلط في القانون . فإنه يمتنع بالضرورة التمسك بالغلط في الواقع الذي يؤدي هو إليه .

١٥٤ - أثر الغلط :

يخلص مما سبق أنه إذا كان الغلط جوهرياً . بمعنى أنه باغ من الجسامة حداً بحيث كان ليمتنع معه المتعاقد الذي وقع فيه عن أن يتعاقد لو أنه تبين وجه الحقيقة . واتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر . بأن وقع بدوره فيه . أو كان على علم بأن غريمه قد وقع فريسته . أو في الأقل كان من السهل أن

(١) راجع : السهوري ، المرجع السابق ، نبذة ١٧٤ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، نبذة ١٦٥ .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، نبذة ١٦٥ .

أن يتبين عنه ذلك ؛ إذا توافر هذان الشرطان كلاهما أنتج الغلط أثره .
وسواء بعد ذلك أكان غلطاً في الواقع أم غلطاً في القانون .

ويتركز أثر الغلط في جعل العقد قابلاً للإبطال ، على النحو الذي
سنبينه فيما بعد . عند الكلام في الجزاء المترتب على عدم توافر شروط
صحة العقد . بل ان الغلط . شأنه في ذلك شأن باقي عيوب الرضا ، لا يدمغ
بالقابلية للإبطال العقد وحده . وإنما التصرف القانوني بوجه عام . أى حتى
التصرف الصادر بإرادة واحدة : كالوصية والوعد بجائزة وترك الخصومة
في الدعوى^(١) .

ووقوع المتعاقد في غلط ، وتحقق توافر شروط إعمال هذا الغلط .
مسألة من مسائل الواقع . يستقل قاضي الموضوع بتقديرها . دون أن يخضع
في ذلك لرقابة محكمة النقض ، مادام تقديره قد قام على مقومات سائغة
تبرره ، شأن الغلط في ذلك شأن غيره من عيوب الرضاء الأخرى^(٢) .

(١) انظر في إمكان الطعن بالغلط في ترك الخصومة ، نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ .
طعن ٤٥/٣٢ مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٦٤٩ رقم ٣٠٤ . وانظر أيضاً في إمكان الطعن في
التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة بوجه عام ، نقض فرنسي مدني (دائرة أولى) ٩ فبراير
١٩٧٠ Rev. trim. dr. civ. سنة ١٩٧١ ص ٧٥١ ، ومنشور أيضاً في Bull. civil
رقم ٤٧ ص ٧٨ وتعليق Loussouran . وانظر أيضاً بالنسبة إلى الغلط في الزواج عن
التركة renonciation à la succession ، نقض مدني فرنسي ٢٤ مايو ١٩٤٨ ، دالوز ١٩٤٨
ص ٥١٧ وتعليق Lenco ، ومنشور أيضاً في سيرى ١٩٤٩ - ١ - ١٠٢ مع تعليق
Delaum - نقض مدني فرنسي ١٢ يناير ١٩٥٣ ، دالوز ص ٢٣٤ - نقض مدني فرنسي
١٥ يونيو ١٩٦٠ ، دالوز ١٩٦١ - ١ .

ويلاحظ أن الغلط إذا كان يؤثر في التصرف القانوني الصادر بإرادة واحدة ، عن نحو
ما يؤثر في العقد ، إلا أنه لا يلزم لإعماله فيه توافر الشرطين اللازمين لإعماله في مجال العقد
كليهما . وإنما يكفي فيه بأن يكون جوهرياً . أما الشرط الثاني المتطلب في مجال العقد ، وهو أن
يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر ، فهو ليس بلازم بطبيعة الحال ، في مجال التصرف الصادر
بإرادة واحدة ، لأنه يقع هنا غير ذي موضوع . وما قلناه بصدد الغلط يسري أيضاً على التدليس
والإكراه .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٣/٣/١٣ طعن ٣٨/٣٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٤٠
ص ٣٩٦ رقم ٧٠ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/٢١ طعن رقم ١٩٧٦/٢٣ تجاري . =

والقضاء بإبطال العقد تأسيساً على الغلط لا يمنع القاضي من الحكم .
زيادة عليه ، بالتعويض لمن وقع ضحيته ، إذا ناله ضرر لم يصلح الإبطال
في رفعه عنه . وكان هذا الضرر ناجماً عن خطأ ارتكبه الطرف الآخر
وأدى بالأول إلى أن يجيء رضاؤه مشوباً بالعيب المبطل . كما إذا علم بوقوعه
في الغلط . فلم ينبه إليه . متجافياً في ذلك مع مقتضيات الشرف ونزاهة
التعامل . وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية
التقصيرية^(١) . ولنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

١٥٥ - عدم التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية :

رأينا أنه إذا وقع المتعاقد في غلط ، توافر فيه شرطاه اللذان حددناهما .
كان له أن يطلب إبطال العقد . وحق المتعاقد في إبطال العقد على أساس
الغلط ليس مطلقاً . فهو يتحدد بما لا يتنافى مع حسن النية . وفي ذلك تقضي

« وقد جاء في هذا الحكم : « أن تقرير وقوع المتعاقد في الغلط يعتبر ، كشأن باقي عيوب الرضا التي
ترد عن العقود ، من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقدير الأدلة فيها بغير معقب » متى
أقيم تقديره لهذا الواقع على ما ينتجه » .

(١) أنظر نقض ١٩٧٠/٦/٢ ملعن ٣٦/٣٤ ق مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٩٦١
رغم ١٥٥ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « يجوز القضاء بإبطال العقد (الصحيح لإبطال العقد)
إذا ثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعاً في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد .
ويجوز مع القضاء بإبطال العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه ضرر لأحد المتعاقدين ، ويكون
ذلك لا على اعتبار أنه عقد ، بل على اعتباره واقعه مادية ، متى توافرت شروط الخطأ الموجب
نفسية التقصيرية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال » . والحكم في
دته صحيح في مجموعه . إلا أننا نلاحظ على صياغته اتسامها بالعمومية في تحديد الطرف الذي
يشترط فيه التعويض . فقد جاء فيه قوله إنه يجوز الحكم بالتعويض إذا ترتب على الإبطال ضرر
« لأحد المتعاقدين » . الأمر الذي قد يفهم منه أن هذا التعويض قد يكون لهذا التعاقد أو لذلك ،
في حين أنه لا يكون في الحقيقة إلا للعاقد الغالط وحده . دون غيره . ذلك لأنه ، حتى إذا سلمنا
بممكن نسبة الخطأ ابتداء إلى المتعاقد الغالط عندما وقع في الغلط المبطل للعقد . فإن الطرف الآخر
يما أن يكون قد وقع بدوره في نفس الغلط ، وهنا لا يحق له أن يتأذى من أمر هو نفسه واقع فيه ،
بأن يكون عالماً بوقوع غيره في الغلط ، أو كان بإمكانه أن يعلم به لو أنه بذل الحرص
الموجب . ودنا يكون هذا المتعاقد الآخر مرتكباً خطأً هو بالضرورة أفدح مما ارتكبه التعاقد
بذلك .

المادة ١٢٤ بأنه : « ١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية. ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه . إذا أظهر الطرف الآخر استعدادة لتنفيذ هذا العقد » .

فلا يسوغ للشخص أن يتمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . فالغلط وهم كاذب يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه . دون أن يجره إليه المتعاقد الآخر . أو فى الأقل . دون أن يجره إليه بما يصل إلى مرتبة الحيلة والخداع . فغلطه إذن يعزى إليه قبل كل شيء . فإن أراد أن يتمسك به . بغية الوصول إلى إبطال العقد . وجب ألا يكون ذلك منه على نحو يتجافى مع ما يوجبه عليه حسن النية وشرف التعامل . وإلا كان متعنتاً فيما يطلب من حماية القانون . ولزم رفض دعواه .

ومن أبرز الحالات التى يظهر فيها التعنت . والتى خصها المشرع بالذكر أن يصير الغالط على إبطال العقد والخلاص كلية من أى تعامل مع غريمه : إذا أظهر هذا الأخير استعدادة أن يجرى التعامل معه على نحو يتمشى مع حقيقة ماقصده هو . أى الغالط . عند إبرام العقد . أى على نحو يرتفع عنه أثر الغلط . بل حتى ولو لم يرتفع هذا الأثر كلية . وكان من شأن إعادة الصفقة أن تحمل الغالط بالقليل مما لا يبهظه من تضحية . ومثال هذه الحالة أن يشتري شخص ساعة من ماركة معينة . اعتقاداً منه بأنها من الذهب الخالص . حالة كونها من النحاس . فيصر على التخلص من الصفقة كلية . برغم أن البائع يعرض عليه . بالثمن عينه أو حتى بثمن يزيد قليلاً . ساعة من الذهب الخالص من نفس الماركة والشكل . فن البداة أنه مما يتعارض مع حسن النية أن يستهدف الشخص من التمسك بالغلط شيئاً يزيد على تخلصه من نتيجة وقوعه فيه . بل حتى لو كان من شأن ذلك أن يحمله باليسير مما لا يبهظه .

١٥٦ - الغلط المادى :

يجب عدم الخلط بين الغلط : باعتباره عيباً يشوب الرضاء . وبين الغلط المادى الذى يجىء فى عبارة العقد . فالأول . كما بينا ، اعتقاد خاطئ أو وهم

كاذب يتولد في ذهن المتعاقد ويدفعه إلى التعاقد . وهو بذلك يفسد منه الرضاء . أما الغلط المادى : فيقصد به مجرد زلات الحساب أو القلم . وهو بهذه المثابة لا يؤثر في الرضاء . إذ الفرض أن الرضاء قد قام على الأساس الصحيح . ولكن وفع غلط بعد ذلك في الحساب أو في تحرير العقد . فالغلط المادى لا يعدو أن يكون مظهرآ غير صحيح لرضاء هو في ذاته سليم ^(١) . ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر ٥ أفدنة بسعر ٥٠٠ جنيه للفدان . ثم يذكر أن مجموع الثمن المستحق على المشتري ألفان جنيه . بدلا من ألفين وخمسمائة . أو أن يدفع المشتري من هذا الثمن ألف وخمسمائة ويتبقى عليه ألف . فيذكر في العقد العكس .

ومادام الغلط المادى لا يؤثر في الرضاء : فإنه لا يمس صحة العقد . بل يقتصر الأمر على تصحيح ما جاء مغلوطآ . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٣ بأنه : « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب . ولا غلطات القلم . ولكن يجب تصحيح الغلط » .

ولكن إذا كان الغلط المادى لا يؤثر في الرضاء ولا يمس صحة العقد . إلا أنه قد يجر إلى غلط آخر يشوب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال . ومثال هذه الحالة . أن يعتمد شخص إلى حساب قيمة تكلفة السلعة حتى يحدد ثمن بيعها : فيخطئ الحساب . ويصل إلى تقدير سعر لبيع السلعة . في حين أنه ما كان ليقبل البيع به . لو أنه لم يخطئ : في مثل هذه الحالة .

(١) راجع نقض ١٦/١/١٩٦٩ طعن ٤٥٧/٤٣ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١١١ رقم ١٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن « مجال تطبيق المادة ١٢٣ من القانون المدنى الغلطات في الحساب وغلطات القلم ، أى الأخطاء المادية التى تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد . فلا يدخل في هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر : لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ : ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من "قانون المدنى" (أحكام القانون المدنى المتعلقة بالإثبات ألغيت بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وحلت محلها الأحكام التى جاء بها هذا القانون) التى تقضى بأن الورقة تعتبر صادرة من موقعها .

يؤدي الغلط في الحساب إلى الوقوع في غلط يشوب الرضاء . وهو غلط في قيمة الشيء . ومؤدى هذا الغلط الأخير أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . مادام هو جوهرياً . ومتصلاً بالمتعاقد الآخر .

١٥٧- فكرة الغلط في الفقه الإسلامي :

لم يتناول فقهاء المسلمين الغلط : باعتباره عيباً يشوب الرضاء . في مؤلفاتهم . ولم يولوه من العناية ما أولوه للتدليس والإكراه . اللذين أحاطوهما . و على الأخص أخيرهما . ببالغ الرعاية والاهتمام .

والحق إن الغلط . باعتباره أمراً نفسياً تلقائياً . يقوم على توهم يخالف الحقيقة ، ويتولد ذاتياً لدى صاحبه بطريقة عفوية تلقائية . لا يتمشى مع ما يسود شريعتنا الإسلامية من نزعة موضوعية مادية . فهذه الشريعة السمحة . في علاقة الناس بعضهم ببعض . تغلب ما يظهر لهم على ما يخفى عليهم . استقراراً للمعاملات بينهم . ومنعاً للقلقلة والاضطراب . ونجد تطبيقاً لذلك أن الفقه الإسلامي يغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة عند تعارضها^(١) . ومؤدى هذه الفكرة ذاتها أنه لا يعتد ، في إبرام التصرفات . بالغلط بمفهومه العلمي الصحيح . أى باعتباره وهماً يخالف الحقيقة . ويتولد تلقائياً عند صاحبه .

١٥٨- ومع ذلك فقد رأينا فقيهاً معاصراً فذاً . هو الأستاذ الكبير السنبورى^(٢) . يحاول أن يجد لنظرية الغلط . على نحو ما يقول به القانون المعاصر : صدى أميناً في الفقه الإسلامي . وقد جذب إلى فكرته بعض الفقهاء الآخرين^(٣) .

وتتركز فكرة الأستاذ السنبورى في أن الفقه الإسلامي يعرف : شأنه في ذلك شأن الفقه الغربي التقليدي : الغلط المانع والغلط المؤثر .

(١) راجع ، في ذلك : مؤلفنا مصادر الالتزام في قانون التجارة للكويتي . نبذة ٤١ .

(٢) انظر السنبورى . مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١١١ وما بعدها .

(٣) انظر مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج ١ طبعة ٩ نبذة ١١٩ وما بعدها -

عبد المجيد الحكيم . مصادر الالتزام ، نبذة ٢٢٦ وما بعدها . وقارن شفيق شحاته . المرجع السابق نبذة ١٥٧ وما بعدها .

فالغلط المانع يكون عند اختلاف الجنس ، أو اتحاده مع التفاوت الكبير في الوصف . ومثال الحالة الأولى ، أى اختلاف الجنس . أن يبيع شخص ياقوتا . فإذا بالمبيع زجاج . أو يبيع حنطة . فإذا بالمبيع شعير . أما الحالة الثانية ، وهى حالة اتحاد الجنس مع التفاوت الفاحش في الوصف ^(١) ، فنشأ أن يبيع شخص داراً من آجر فإذا بها من لبن . أو يقول شخص لآخر : بعثك هذا الغلام ، فإذا بالمبيع جارية ^(٢) . ويؤدى الغلط المانع في الفقه الإسلامى ، على حد تعبير الأستاذ السهورى . إلى منع انعقاد العقد ، وإن كان يضيف ، تعليلاً لذلك قوله : لأن المحل يكون معدوماً .

أما الغلط المؤثر . فقد رآه صاحب الفكرة فيما يلى :

(أ) **تفاوت الوصف دون تفاحش** : وهنا يكون الجنس متحداً بين الشيء الذى ارتضته ارادة العاقد والشيء الموجود بالفعل . ولكن الوصف المرغوب فيه ، غير متوافر . دون تفاحش . ومثال ذلك أن يبيع شخص ياقوتا أحمر . فإذا هو ياقوت أصفر . أو أن يبيع بقرة . فإذا بها ثور . أو ناقة ، فإذا هى جمل .

وفي هذه الحالة . يرى صاحب الفكرة أن الغلط يقع مؤثراً ، من حيث أنه يخلو ضحيته إما الإبقاء على العقد بحالته ، وإما فسخه ^(٣) .

(١) فقهاء المسلمين يعطون التفاوت الفاحش في الوصف المرغوب حكم الاختلاف في الجنس . أو هو يؤدى . على حد تعبير بعضهم ، إلى اعتبار الشئين جنسين مختلفين في المعنى ، فيكون حكمه حكم اختلاف الجنس في الحقيقة (انظر فتح القدير ، ج ٥ ص ٢٠٦) .

(٢) يلاحظ أن فقهاء المسلمين يقررون أن اختلاف الحيوانات في الذكورة والأنوثة لا يعتبر اختلافاً فاحشاً في الوصف ، كما إذا باع حيواناً على أنه بقرة ، فإذا به ثور . أما في بئى الإنسان ممن كانوا يعتبرون عبيداً وإماء ، فالاختلاف في الذكورة والأنوثة ، كان يعتبر اختلافاً فاحشاً في الوصف . يؤدى إلى اعتبار الخلاف في حكم ذلك الواقع في الجنس ، وذلك للاختلاف البين الجسم في المنفعة المقصودة من الجارية والعبد .

(٣) ولكنه يشترط لذلك أن يكون الغلط واضحاً للمتعاقد الآخر ، بأن كان قد صدر من الغالط ما استطاع أن يستشف منه غلطه . أو استطاع أن يستشف هذا الغلط دلالة من ظروف التعاقد .

(ب) **الغلط في شخصية المتعاقد** ، إذا كانت محل اعتبار في العقد ، ومثال ذلك أن تزوج المرأة من الرجل . فإذا هو ليس كفؤاً لها ، أو به عجز أو مرض يحول دون المقصود من الزواج . وكما إذا تنازل الشفيع عن الشفعة اعتقاداً منه بأن المشتري هو شخص معين يطمئن إليه ، فإذا به آخر يخشى منه . ومثال ذلك ، في النهاية ، اجارة الظئر لإرضاع طفل ، ثم ظهور أنها مريضة أو فاسقة ، أو عدم ملائمة لبنها لصحة الطفل .

وهنا أيضاً يقع الغلط مؤثراً . ويكون للغالط أن يبقى على العقد أو يفسخه .

(ج) **الغلط في القيمة** : الغلط في القيمة ، إذا صحبه غبن . يؤدي إلى منح صاحبه الحق في الإبقاء على العقد أو فسخه ، بشرط أن يكون هذا الغلط قد جاء نتيجة التفرير أو التدليس . وهذا ما يسمى بخيار الغبن .

هذا تلخيص . نعتقد أنه أمين ، لفكرة الأستاذ الكبير السهوري . وواضح أنه يستهدف بها إظهار أن الفقه الإسلامي يعرف نظرية الغلط على نفس النحو الذي عرفها عليه الفقه الغربي . وكأنك . حينما تستعرض النتيجة التي وصل إليها ، ترى فيها صورة تكاد . في أصولها . أن تكون مطابقة لما يتضمنه فقه القانن المعاصر في نظريته التقليدية للغلط .

١٥٩ - وهذه الفكرة . من فقيها الفذ . محل نظر عندنا . فهي لا تبدولنا سليمة ، لا في أساسها . ولا في غايتها .

فن ناحية أولى . فكرة الغلط في ذاتها لا تتسق مع النزعة الموضوعية المادية التي تسود الفقه الإسلامي . على نحو ما بيناه^(١) . وذلك باختلاف التفرير والاكراه والغبن . فهذه العيوب الثلاثة الأخيرة خلافاً للغلط ، تصطبح بأمور مادية ظاهرة . هي الاحتيال أو الضغط أو عدم المساواة في العقد . الأمر الذي نفهم معه اهتمام الفقه الإسلامي بها دونه .

ومن ناحية ثانية ، فإننا نكاد لا نجد في الفقه الإسلامي اهتماماً بالغلط

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٠ .

باعتباره عيباً يشوب لذاته وبمجرد الرضاء بالعقد . بل ان اصطلاح « الغلط » في ذاته يكاد يكون غير مألوف لدى الفقهاء .

ومن ناحية ثالثة ، فان المحاولة الذكية التي لجأ إليها الفقيه الكبير لاستنتاج التقارب ، ان لم يكن التشابه ، بين الفقه الإسلامى والقانون المعاصر بالنسبة إلى الغلط ، ليست ناجحة . واطهاراً لذلك نقول :

(أ) بالنسبة إلى اختلاف الجنس والتفاوت الفاحش في الوصف ، لم يلجأ فقهاء المسلمين إلى فكرة الغلط لإبطال العقد . بل انهم لم يلجأوا حتى إلى التراضى للوصول إلى انعدامه ، كما نفعل نحن اليوم في القانون المعاصر بصدد ما يسمى بالغلط المانع . ولكنهم أبطلوا العقد تأسيساً على انعدام محل الالتزام ، أو ما يسمى عندهم المعقود عليه . وهم في ذلك يقولون انه إذا اختلف الجنس (كما إذا قال بعثك هذا الياقوت ، فإذا هو زجاج) ، أو وقع التفاوت الفاحش في الوصف (كما إذا قال بعثك هذه الدار المبنية من الآجر ، فإذا بها من لبن) ، فإن العقد لا ينعقد أصلاً ، لأن العاقد قصد شيئاً ، في حين أن هذا الشيء بذاته غير موجود في الحقيقة . فالعقد هنا يبطل لأن المعقود عليه معدوم . والمعدوم لا يصح أن يكون محلاً للتعاقد في الفقه الإسلامى ، كأصل عام . وهكذا فبطلان العقد هنا ، وفق منطق الفقه الإسلامى ، لا يقع تأسيساً على انعدام الرضاء . كما ذهب استاذنا السهورى ، ولكن تأسيساً على انعدام المحل . وهو أمر يعترف هو نفسه ^(١) به . كما إنه ظاهر بوضوح من كتابات بعض فقهاء الشرع الإسلامى ^(٢) . وبين بشكل يكاد يكون قاطعاً في المحلة ^(٣) .

(١) بعد أن قال الأستاذ السهورى (مصادر الحق في الفقه الإسلامى ج ٢ ص ١١٣) أن الغلط في جنس الشيء يمنع انعقاد العقد ، استطرد يقول : « لأن المحل يكون معدوماً » . في حين أنه مؤدى الغلط المانع أن يمنع انعقاد العقد لانعدام الرضاء ، وليس لانعدام المحل .

(٢) جاء في الفتاوى الهندية (ج ٢ ص ١٣٤) : « لو باع فصاً على أنه ياقوت ، فإذا هو زجاج ، أو أشار إلى مملوك ، فقال بعثك هذا الغلام ، فإذا هو جارية : كان البيع باطلاً ، لأنهما جنسان مختلفان فيكون هذا بيع معدوم » . وجاء في الزيلعى (ج ٤ ص ٥٣) : « ثم إذا كان المتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس ، يقع البيع باطلاً .. لأنه معدوم . وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم » .

(٣) فبعد أن جاءت « المحلة » ، في المادة ٢٠٥ منها . تقرر الأصل العام في أن بيع المعدوم باطل ، جاءت في المادة ٢٠٨ منها تقول : « إذا باع شيئاً وبين جنسه ، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس ، بطل البيع . فلو باع زجاجاً على أنه ألماس ، بطل البيع » .

(ب) بالنسبة إلى اختلاف الوصف دون تفاحش . كما إذا باع ياقوتا أحمر . فلماذا به أصفر ، أو بقرة فلماذا بها ثور . ينحول الفقه الإسلامى للعائد إما الإبقاء على العقد كما هو . وأما فسخه . وقد أرجع الأستاذ السهورى ذلك إلى فكرة الغلط المؤثر . وهذا لا يتسق إطلاقاً مع ما جاء فى كتابات الفقهاء المسلمين . فجميع الأمثلة التى تضمنتها عبارات الفقهاء المسلمين والتى أوردتها الأستاذ السهورى نفسه . والتى يثبت فيها خيار الفسخ ، لا تخرج عن حالات ثلاث : (١) إما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسبوقاً بعبارة : «على أنه» . كما هو الشأن فى المثل السائد الذى يقول : «إذا باع ليلاً فصا على أنه ياقوت أحمر . فظهر أصفر ، أو ذلك الذى يقول : «لو اشترى كتاباً على أنه من تأليف محمد»^(١) . «فظهر أنه كتاب غيره» (٢) وأما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسمى فى العقد . كما إذا قال : «بعثك هذا الفص من الياقوت الأحمر» . فظهر أصفر (٣) . وأما أن يكون الوصف المرغوب فيه مستخلصاً دلالة من ظروف التعاقد . كما إذا اشترى شخص عبداً شهرته أنه خباز أو أنه كاتب . فظهر غير ذلك . ومن هذه الأمثلة الثلاثة يبين . أن خيار الفسخ ، عند اختلاف الوصف . لا يثبت إلا إذا كان الوصف المرغوب مشروطاً فى العقد . إما صراحة ، أو إشارة أو دلالة . وهكذا فرد خيار الفسخ هنا لا يرجع إلى فكرة الغلط . كما ذهب استاذنا السهورى ، ولكن إلى الاختلال بشرط تضمنه العقد . إن صراحة أو إشارة أو دلالة ، بفوات وصف مرغوب فيه تضمنه هذا الشرط . وهذا هو بالفعل أساس ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى : «خيار الوصف» . وقد جاءت المحلة تقر هذه الفكرة»^(٢) .

(١) المقصود هو محمد بن الحسن الشيبانى (المتوفى سنة ١٨٩ هـ) . وهو العاصم الثانى للامام الأكبر أبو حنيفة ، بعد أبو يوسف .

(٢) فقد جاءت ، تحت عنوان « فى بيان خيار الوصف » ، تقول فى المادة ٣١٠ منها : «إذا باع مالا بوصف مرغوب . فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف ، كان المشتري مخيراً ، إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذ بجميع الثمن المسمى . ويسمى هذا الخيار خيار الوصف . مثلاً لو باع بقرة على أنها حلوب ، فظهرت غير حلوب ، يكون المشتري مخيراً . وكذا لو باع فصاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر . فظهر أصفر ، يخير المشتري» .

هكذا يبين أن خيار الفسخ ، لفوات الوصف ، لا يرجع إلى فكرة الغلط ، ولكن إلى فكرة اشتراط الوصف المرغوب . ثم تخلفه . وليس أدل على ذلك من عدم ثبوت ذلك الخيار : عند عدم اشتراط هذا الوصف . ومثال ذلك أن يبيع شخص مصلى غير عالم بأنها خبز ، أو أن يبيع ثوباً مروياً^(١) معتقداً أنه غير ذلك . وكما إذا قال البائع : « أبيعك هذا الحجر ، فإذا هو ياقوتة » . في كل هذه الأمثلة يرى فقهاء المسلمين أن البيع يقع لازماً ، ولا يثبت فيه للبائع خيار الفسخ . برغم أنه وقع في غلط جوهرى ، وحتى لو كان المشتري يعلم بحقيقة المبيع .

(ج) بالنسبة إلى الاختلاف فى الشخصية : يقول الأستاذ السهورى أن الفقه الإسلامى يقر الغلط فى الشخصية إذا كانت محل اعتبار فى التعاقد . ويضرب لذلك عدة أمثلة أهمها زواج المرأة برجل يتضح لها أنه ليس كفؤاً لها ، وتنازل الشفيع عن الشفعة اعتقاداً منه بأن المشتري شخص معين ، ثم يتضح له أنه شخص آخر . واجارة الظئر التى يبين عدم صلاحها لإرضاع الطفل . والحقيقة أن الغلط هنا لا يلعب أى دور . وإما ثبوت خيار الفسخ يرجع إلى اعتبارات أخرى تختلف باختلاف كل حالة .

فبالنسبة إلى الزواج : لا يرجع خيار الفسخ عند انتفاء الكفاءة . إلى فكرة الغلط ، وإنما إلى وجوب حماية المرأة من زواجها برجل لا يكون لها كفؤاً . وآية ذلك أن فسخ الزواج لعدم الكفاءة لا يثبت . وفقاً لإجماع مذاهب السنة الأربعة ، إلا للمرأة دون الرجل . ثم أن المرأة التى تزوج بمن لا يكون لها كفؤاً ، تستطيع ، فى المذهب الحنفى على الأقل ، أن تطلب فسخ الزواج . حتى لو كانت تعلم ، عند الزواج ، بأن رجلها أدنى منها مرتبة^(٢) .

وبالنسبة إلى الشفعة ، فالحكمة منها . وهى دفع أذى المشتري . هى التى تقضى أن تنازل الشفيع لا يقع صحيحاً إلا بالنسبة إلى الشخص الذى يقع من أجله ، لا من أجل شخص آخر .

(١) الثوب المروى : منسوب إلى مرو (بفتح وسكون) . وهى بلدة من بلاد فارس . اشتهرت بصنع الثياب .

(٢) أنظر فى هذا المعنى Linant de Bellefonds ، المرجع السابق نبذة ٥١٥ و ٥١٦ .

وكذلك بالنسبة إلى الظئر . فصلحة الطفل هي المقصودة من اجارتها .
فإذا استبان تخلف هذه المصلحة ، كان لوليه أن يفسخ الاجارة .

(د) بالنسبة إلى الغبن : الغلط في القيمة يقع غير مؤثر في الفقه الاسلامي .
فالذى يهتم به هذا الفقه هو الغبن . بل إنه ، كأصل عام ، لا يهتم بالغبن المجرد .
ولأنما يتطلب أن يجيء هذا الغبن وليد التغيرير أو التدليس .

من كل ما سبق يخلص أن فكرة الغلط غريبة عن الفقه الإسلامى ولا تتسق
مع النزعة المادية الموضوعية التى تمسوده .

بيد أن هذا ليس معناه قصور أو نقص في الفقه الإسلامى عما عليه الحال في
القانون المعاصر . إذ أنه يصل إلى تحقيق الغاية من نظام الغلط ، في الحدود التى
يسمح بها استقرار المعاملات وازدهار التجارة ، على شكل ان لم يفضل القانون
المعاصر ، فعلى الأقل لا يدنوه . وذلك بوسائل فنية أخرى تتركز في نظرية
المعقود عليه ، أو محل الالتزام كما يسمى في القانون المعاصر . وفي خيار
الوصف . وخيار العيب .

ثانياً : التدليس

١٦٠ - التدليس dol ، أو التغيرير ، كما يسمى في الفقه الإسلامى^(١) .
باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، هو الالتجاء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام
المتعاقد بأمر يخالف الواقع . وجره بذلك إلى التعاقد . فقوامه التضليل
والتمويه والخداع . ومثاله أن يقدم شخص لآخر شهادة كاذبة توهم بمثانة
منزل أو بدقة بنائه أو بكثرة إيراده ، ويصل بذلك إلى حمله على شرائه .
ومثاله كذلك أن يتقدم شخص إلى بنك ، ظاهراً أمامه بمظهر اليسار ، عارضاً
عليه شهادات مزورة توهم بكثرة أمواله ، ويدفعه بذلك إلى فتح اعتماد
لصالحه . أى إلى وعده بإقراضه . ومثاله في النهاية أن يقصد شخص إيهام
شركة التأمين بصحة بدنه وخلوه من الأمراض التى تهدد حياته . حتى يصل

(١) راجع في التدليس أو التغيرير في الفقه الإسلامى ما سيجى ، نبذة ١٧٠ .

بذلك إلى حملها على إبرام عقد التأمين على حياته^(١)، فيجعل آخر يتقدم إلى الكشف الطبي مكانه متحلاً شخصيته .

والتدليس يؤدي إلى تضليل المتعاقد الذي يقع ضحيته . فهو يجعله يعتقد أمراً يخالف الحقيقة . وبعبارة أخرى . هو يؤدي إلى إيقاعه في الغلط . وهكذا نصل إلى أن التدليس ، إن عاب الرضاء . فهو لا يفعل أكثر من أن يجعله مشوباً بالغلط . كل ما في الأمر أن الغلط الناشئ عن التدليس هو غلط مدبر يقصد المدلس إيقاع ضحيته فيه . ويجره فعلاً إليه^(٢) . بالحيلة والخديعة والتضليل . في حين أن الغلط العادي . يتولد في ذهن ضحيته تلقائياً ، أى من غير أن تدفع تلك الضحية إليه . أو في الأقل من غير أن تدفع إليه بالحيلة والخداع والغش .

وقد عرض القانون المدني للتدليس في المادتين ١٢٥ و ١٢٦ .

١٦١ - شروط إعمال التدليس :

لكي ينتج التدليس أثره القانوني . من حيث إنه يشوب الرضاء . ويجعل العقد قابلاً للإبطال . يلزم أن تتوافر فيه الشروط الثلاثة الآتية :

١ - استعمال طرق احتيالية تؤدي إلى تضليل المتعاقد .

٢ - أن يحصل استعمال الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر أو ممن في حكمه . أو أن يكون هذا المتعاقد الآخر . في الأقل ، عالماً باستعمالها أو مستطيعاً أن يعلم به .

٣ - أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد .

ونتناول كلا من هذه الشروط بالإيضاح . وذلك فيما يلي :-

١٦٢ - الشرط الأول - استعمال الطرق الاحتيالية :

قوام التدليس الاحتيال والتغريب والتضليل . كما بينا . فلا بد إذن من

(١) انظر : استئناف مخطوط ١٢/٩/١٩٣٥ ب ٣٨ ص ٩٠ .

(٢) راجع في ذلك Mazeaud ، دروس القانون المدني ، نبذة ١٨٨ .

أن يتضمن أدوات أو وسائل تصل به إلى هذه النتيجة . ويطلق على هذه الوسائل أو الأدوات الطرق الاحتيالية أو الحيل manoeuvres frauduleuses . ومثالها تقديم شهادات مزورة توهم بمتانة أو دقة البناء المراد بيعه أو بكثرة إيزاده . وانتحال شخصية أو صفة رجل آخر^(١) ، والظهور بمظهر اليسار للوصول إلى تسهيل ائتماني ، إلى غير ذلك كله من أنواع الحيل التي لا تنتهي^(٢) . وقد أشارت المادة ١/١٢٥ إلى الحيل ، باعتبارها قوام التدليس وأساسه . قائلة : « ١ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد » .

ويراعى في تقدير أثر الحيلة المكونة للتدليس معيار شخصي^(٣) ، أي أننا نضع نصب أعيننا ذات الشخص الذي وجهت إليه الحيلة بقصد تضليله . فرد المسألة إلى رضائه : هل تأثر بالحيلة أم لم يتأثر . فإن كان التغيرير قد انطلى عليه ، اعتبر التدليس قائماً ، حتى لو كان من شأنه ألا ينطلى على غيره من الناس . ولكن ينبغي مع ذلك أن تصل الحيلة إلى حد معقول من الجسامة بالقدر الذي يمكن معه أن تعتبر حيلة . فنظام التدليس لا يحمي المفرضين

(١) انظر استئناف مختلط ١٩٣٥/١٢/٩ ب ٣٨ ص ٩٠ . وقد قضى هذا الحكم . تأسيساً على التدليس ، بإبطال عقد تأمين تقدم فيه تخص للكشف الطبى مكان المؤمن له .
(٢) وإذا تطلبنا في التدليس وجود طرق احتيالية ، فليس المقصود أن تصل تلك الطرق من الجسامة إلى الحد الذي تستلزمه جريمة النصب الجنائية . فهذه الجريمة تقوم بدورها على الطرق الاحتيالية . ولكن الطرق الاحتيالية التي تقتضيها تتسم بالجسامة إلى الحد الذي يدل على روح الإجرام في مرتكبها وتفنته في ابتزاز أموال الغير بدون وجه حق . في حين أنه لا يتطلب في الطرق الاحتيالية التي تكون التدليس أكثر من أن تفلح في تضليل المتعاقد وإيهامه بالأمر المراد حمله على الاعتقاد به ، طالما أنها على قدر معقول من الجسامة ، على نحو ما بيناه في المتن . وهكذا فالطرق الاحتيالية المكونة للتدليس المدنى أوسع نطاقاً من الطرق الاحتيالية المكونة لجريمة النصب الجنائية . فكل ما يعتبر مكوناً للنصب يكتفى ، من باب أولى ، لتكوين التدليس المدنى . ولكن العكس ليس صحيحاً . فيمكن لأمر معينة أن تعتبر كافية لقيام التدليس المدنى ، دون أن تصل من الجسامة إلى الحد الذي يتطلبه القانون لقيام جريمة النصب .

(٣) انظر في ذلك : السهورى ، المرجع السابق ، نبذة ١٨١ - وانظر أيضاً De Page

في كتابه Traité de droit civil belge ، ج ١ نبذة ٥٠ .

في البساطة والسذاجة . وإنما أمثال هؤلاء قد يمكن لهم أن يجدوا الحماية القانونية في نظام الحجر للغفلة أو في نظام استغلال الطيش البين .

ومعيار الحد المعقول من الجسامة الذي يلزم أن تتصف به الحيلة . حتى تصل إلى مرتبة التدليس . هو تجاوز الأمور العادية المألوفة في التعامل . فإذا كانت الحيلة قد تجاوزت الأمور العادية المألوفة في التعامل بين الناس أمكن لها أن تصل إلى مرتبة التدليس . وإلا فلا .

١٦٣ - هل يكفي الكذب أو الكتمان لقيام التدليس ؟ ثار التساؤل من قديم حول ما إذا كان مجرد الكذب يتدنى إلى مستوى التدليس من عدمه . والقاعدة أن الكذب العادي . أي المجرد من الظروف التي تقتضي بصفة خاصة من صاحبه تجنبه . لا يعتبر تدليساً يشوب الرضاء . فمن يروج لبضاعته . مثلاً ، ملتجئاً في ذلك إلى المبالغة في امتداحها . لا يعتبر مدلساً^(١) . إذ أن مثل هذا الكذب أصبح مألوفاً في وقتنا هذا . بحيث يمكن اعتباره داخلاً في المعاملات العادية للناس . ويقع عبء التحرز منه على الغير . فهو بهذه المثابة لا يصل إلى حد أن يعتبر حيلة .

وإذا كان الكذب العادي البسيط . مجرد الكذب . لا يعتبر بحسب الأصل تدليساً . إلا أن هناك نوعاً من الكذب يتميز بدناءة أكبر وبخطورة أشد . وهو ذاك الذي يأتي بمخالفة واجب خاص متميز يملى على الشخص الإحجام عنه . غير مجرد الواجب الديني أو الأخلاقي . فما يعتبر بمثابة الخيل المكونة للتدليس . الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملايساته ، أو السكوت عن ذكرها . إذا كان ذلك يتمثل إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به .

(١) انظر : Trib. civ. Seine الفرنسية ١٩٥١/٣/٧ ، Gaz. Pal. - ١٩٥١ -

فإذا كان الأصل في الحيلة ، التي هي أساس التدليس ، أن تقوم على أفعال مادية ^(١) ، فإنه يقع بمثابتها الكذب والكتمان ، كلما جاء إخلالاً بواجب خاص في الصدق والمصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه وغرر به ^(٢) .

وهكذا فالكذب في حد ذاته ، ومجرداً عن أى اعتبار آخر ، لا ينهض دعامة كافية للتدليس المبطل للعقد . برغم ما فيه من قبح ، وبرغم أن ديننا وأخلاقنا تأباه وتمقته وتحرمه . فقد نفشى الكذب اليوم ، حتى وصل بنا إلى حد إلقاء الواجب علينا في أن نتحرز نحن منه . فإن لم نفعل ، كنا مقصرين في حق أنفسنا ، وما كان لنا أن نلجأ إلى القانون ليحمينا . إنما الكذب الذي يتدفى إلى مرتبة التدليس هو ذلك الذي يأتي بمخالفة واجب خاص يملى على الشخص الإحجام عنه ، غير مجرد الواجب الديني أو الأخلاقي . وهذا الواجب قد يأتي من القانون ، كما هو الشأن على الخصوص بالنسبة إلى عقد التأمين ^(٣) حيث يلتزم المؤمن له بالإدلاء بكل الظروف المعلومة له والتي يهم المؤمن معرفتها في سبيل تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ، وإلا وقع العقد قابلاً للإبطال . وقد يأتي الواجب من الاتفاق . بل إنه قد يأتي من طبيعة المعاملة ذاتها التي يكون من شأنها الالتزام بالصبر بالصدق والمصارحة ، كما هو الشأن على الأخص في تلك البيوع التي يركن المشتري في خصوص تحديد الثمن فيها إلى ذمة البائع ، وهي تلك التي يطلق عليها في الفقه الإسلامي « بيوع الأمانة » . وقد يأتي واجب الصدق والمصارحة في النهاية ، من

(١) وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتفريير الفعل .

(٢) وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتفريير القولي .

(٣) أنظر استئناف مختلط ٢٨/٥/١٩١٩ ب ٣١ ص ٣١٦ ، وقد أبطل هذا الحكم عقد تأمين ذكر فيه المؤمن له أنه مزارع حال أنه بحار ، فأخفى بذلك على شركة التأمين المخاطر التي تعرض لها مهنته . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٦/٢/١٩٣٠ ب ٤٢ ص ٣٢٥ ، وقد قضى هذا الحكم بإبطال عقد تأمين ذكر فيه المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها .

الثقة التي يكون من شأن ظروف الحال ، وما ينبغي أن يقوم عليه التعاقد من اعتبارات حسن النية أن تجعل للمتعاقد المدلس عليه حقاً في أن يضعها فيمن خدعه وغرر به (١) و (٢) .

وما قلناه بشأن الكذب ، يسرى على السكوت أو الكتمان . فالسكوت حيث يلزم الإفصاح والبيان ، نوع من الكذب ، هو كذب سلبي . فليس الصدق أن تقول ما هو حق فحسب ، بل أن تقول أيضاً كل ما يجب عليك أن تفصح عنه . وهكذا فالسكوت العادي . كالكذب العادي . لا ينهض إلى مرتبة التدليس . إذ الأصل أن المتعاقد لا يجبر قانوناً على الإفصاح عن كل ما يتناوله التعاقد من شئون . وإلا وقع الناس في العنت والحرج . أما السكوت . حيث يلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو حتى ظروف التعاقد . وفقاً لمقتضيات حسن النية ونزاهة التعامل . الإفصاح والبيان . أي السكوت عن الأمور الجسيمة التي يعلق المتعاقد عليها أهمية في ارتضائه العقد ، بحيث

(١) انظر في هذا الاتجاه : De Page ، ارجع السابق نبذة ٥٠ - Beudant

ج ٨ نبذة ١٣٨ - Demogue ج ١ نبذة ٣٥٨ - وأنظر كذلك نقض فرنسي ٢٣/٥/١٩٣٣ دالوز ١٩٣٣-١-١٤٣ .

(٢) ويدخل في ظروف التعاقد التي تمل على المتعاقد واجب الإفصاح والبيان ، بحيث يمتنع سكوته تدليساً مخولاً بإبطال العقد ، يدخل في تلك الظروف ما تعلق منها بالمتعاقدين نفسيهما . فكلما كانت الظروف تقول لأحد المتعاقدين . وفقاً لنزاهة التعامل ومقتضيات حسن النية . أن يضع ثقته في التعاقد الآخر بأن يكشفه عن أمر من الأمور التي يعلق عليها أهمية في إبرام العقد على النحو الذي أبرمه عليه . فإن سكوت هذا الأخير عمدت عن مكاشفته به يتدفق إلى مرتبة التدليس . وعلى الأخص إذا كان هو الذي استطاع أن يوحى إلى غيره بأن يضع ثقته فيه . انظر في هذا الخصوص : باريس ٢٢ يناير ١٩٥٣ ، Gaz. Pal ١٩٥٣-١-١٣٧ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن أحد كبار تجار الصور الفنية Tableaux باع لأحد الأشخاص . من ليست لهم دراية فنية ، ثلاثة منها ، بثمن يزيد على قيمتها ، على نحو يتجاوز كثيراً الربح المعتق . بعد أن قدم له ما يدل على عدم كعبه في فن الصور . وعلى أنه يعمل خبيراً فنياً في مجاله لدى المحاكم وبأنه واسع الثراء . الأمر الذي أدى بالمشتري إلى أن يثق في أنه سوف يبيع له الصور بثمن عادل لا يفتنه فيه غبن كبير . رفع المشتري دعوى بإبطال البيع ، استناداً إلى تدليس البائع . وأجابته المحكمة إلى الإبطال ، استناداً إلى أن التاجر تركه ينخدع في قيمة الصور ، بعد أن ركز إلى الثمن الذي طلبه منه ، حالة أنه قد أوحى إليه بوضع ثقته فيه ، على نحو جعله يعتقد أنه سوف لا يفتنه .

يثبت للقاضي^(١) ، أنه ما كان يرتضيه لو علم بها ، فهو يصل إلى مرتبة التدليس الذي يشوب الرضاء ، ويجعل العقد قابلاً للإبطال . بشرط أن يقع من صاحبه عن عمد .

ومثال السكوت الذي يعتبر تدليساً ، أن يكتم المؤمن له ، عن عمد ، بقصد ، على شركة التأمين مرضاً يهدد حياته ، إن كان التأمين على الحياة . أو أن يكتم عنها وجود خطر يهدد المال المؤمن عليه . كوجود مستودع سرى للمفرقات بجواره ، إن كان التأمين على هذا المال .

ويلاحظ أن المشرع ، في خصوص ما يتدنى إلى مرتبة التدليس المبطل للعقد من غير الأفعال المادية ، لم يعرض إلا للسكوت ، فلم يعرض للكذب . فقد جاءت المادة ١٢٥/٢ تقول : « ٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة . إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » . ولكن يجب تعميم حكم هذه المادة على الكذب . فالسكوت هو نوع من الكذب ، فهو كذب ساذج . فليس الصدق أن تقول ما هو حق فحسب ، بل أن تقول كل ما هو حق . ثم إن الكذب حينما تملئ علينا ظروف الحال تجنبه يتدنى في حد ذاته إلى مرتبة الغش الذي هو قوام التدليس^(٢) .

١٦٤ - مباشرة الخيل بقصد تضليل المتعاقد والوصول به إلى ذلك :

يظهر مما سبق أنه يلزم ، لقيام التدليس ، أن تكون هناك طرق احتيالية . ومجرد وجود هذه الطرق الاحتيالية لا يكفي . وإنما يلزم أن تكون قد بوشرت على المتعاقد بقصد تضليله^(٣) ، وأن تصل به إلى هذه النتيجة بالفعل .

(١) ولقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كانت الظروف التي اكتشفت السكوت تصل به إلى حد التدليس من غير تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض . انظر نقض فرنسي لإجتماعي ١٩٤٧/١٢/٣٠ سيري ٤٩ - ١ - ٢٤ .

(٢) انظر في إمكان اعتبار الكذب في بعض الأحوال الخاصة تدليساً : السهوري ، المرجع السابق نبذة ١٨١ - جبال زكي ، نبذة ٨٠ والمراجع التي يشير إليها .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٤٢/٦٢٠ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٧

فإن لم يقصد بالطرق الاحتيالية التضليل ، أو قصد بها التضليل ، ولكن لم تنجح في الوصول إليه ، فلا يعتبر التدليس قائماً^(١) . ومثال الحالة الأولى

(١) انظر مع ذلك حكم محكمة استئناف Colmar الفرنسية الصادر بتاريخ ٣ يولييه ١٩٦٨ ومنشور في دالوز ١٩٧٠ ص ٢٩٧ مع تعليق Alfandari . وتتلخص الوقائع التي صدر فيها هذا الحكم في أن سيدة عقدت هبة لابنتها وإبنها ، فطمعت الإبنة في نصيب أخيها ، وأرادت أن تستأثر به لنفسها دونه ، وعاونها زوجها على ذلك ، فأخذت الأم في دارها ، وجعلها ترجع في هبتها لإبنها ، ثم تبيع نصيبه من الهبة لزوج ابنتها بشن زهيد للغاية modique . رفعت الأم دعوى إبطال البيع الصادر لصهرها ، تأسيساً على أنها كانت ضحية التدليس . وأجابتها محكمة استئناف Clomar إلى طلبها . وقد جاء في حكمها أن : « كل الأفعال غير الشريفة agissements malhonnêtes التي تستهدف مفاجأة شخص بقصد حمله على ارتضاء التزام ما كان ليقبله بغيرها يمكن أن تعتبر طرقاً تدليسية manoeuvres dolosives ، كما جاء في هذا الحكم أيضاً أن : « مناط التدليس هو التنكر للشرف malhonnêteté الذي يوحى بوسائل الاحتيال ، وليس الانخداع tromperie الذي من شأن هذه الوسائل أن ترتبه » . وخلص الحكم إلى أنه : « لا يتعمد في ضحية التدليس أن يكون قد انخدع . ففكرة التدليس تتجاوز الغلط والإكراه » . وهكذا نرى أن هذا الحكم لا يتطلب لقيام التدليس ، أن يكون المتعاقد قد انخدع بالفعل . بل هو لا يتطلب حتى مباشرة الطرق الاحتيالية . وإنما يكفي بالأعمال التي تم عن النذالة والتنكر للشرف malhonnêteté . ولا جدال في أن المحكمة ، في خصوصية الدعوى التي صدر فيها الحكم ، قد استهدفت غاية نبيلة في ذاتها ، وهي إبطال البيع الصادر إلى زوج البنت . حتى ترجع إلى الأم النصيب الذي كانت من قبل قد وهبته إلى إبنها ، والذي ابتزها منها ابنتها وزوجها بدنانة ونذالة وخسة . ولكن الوسيلة التي سلكتها المحكمة في الوصول إلى الإبطال لم تأت منها صائبة . فهي قد تنكرت جوهر التدليس ذاته ، الذي يقوم على انخداع الضحية بالغلش والحيلة . ومن أجل ذلك فقد انتقد هذا الحكم انتقاداً مراراً من جانب بعض الفقهاء الفرنسيين . فقد انتقد Alfandari في تعليقه الذي أشرنا إليه آنفاً . كما انتقده الفقيه الكبير Savatier في تعليقه المنشور في Rev. Trim. ص ٦٠١ . فقد انتقد هذان الفقهاء الحكم لتأسيس الإبطال على التدليس ، وإن كانا يباركان الإبطان ذاته ، ويشيران بأنه كان الأفضل تأسيسه على الإكراه الأدبي ، اعتباراً بما كان للبنت وزوجها من سطوة على الأم ، ولدت في نفسها الرهبة التي جعلتها تبرم البيع . والحقيقة أنه ليس في وقائع القضية السابقة لا تدليس ولا إكراه ، بالمداول القانوني لذين النظامين . ولكن أمام اعتبارات العدالة التي تمل هنا بإبطال العقد ، لجأت المحكمة إلى التدليس ، ولجأت الفقيهان إلى الإكراه ، في توسع من الجميع يتجاوز المدى والحدود . والصحيح أن إبطان العقد هنا يؤسس على الاستغلال . ولو أن وقائع القضية عرضت في ظل القانون المدني المصري ، لكان من الممكن أن يؤسس الإبطال على الاستغلال ، اعتباراً بأن البنت وزوجها استغلا في الأم سلطتهما الأدبية عليها ، فضلاً عن هواها الجامح لإرضائها . أما في فرنسا ، فلا زال القانون =

أن يتقدم شخص إلى آخر بشهادات كاذبة توحى بأن منزله يبلغ من القوة ودقة البناء حداً كبيراً ، غير مستهدف من وراء ذلك إلا مجرد التظاهر والتباهى ليس إلا ، وبعد مدة طويلة ، يكون خلالها قد نسي ما فعل . يرتضى ذلك الشخص الآخر شراء المنزل ، متأثراً بتلك الشهادة (١) . ومثال ذلك أيضاً أن تعلن شركة عن بيع عقار ذاكرة إيراداً له يزيد قليلاً عن إيراده الحقيقي (٢) . أما الحالة الثانية ، فمثلاً أن تبشر الطرق الاحتيالية على شخص معين ، بقصد إيهامه بأمر ما ، ولكنه مع ذلك لا ينخدع بها .

يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لقيام التدليس ، أن تستعمل ، في مواجهة المتعاقد ، طرق احتيالية (٣) أو حيل ، بقصد تضليله ، وأن تصل

= لا يعترف بالاستغلال كميب يشوب الرضاء . ويجوز كذلك ، سواء في فرنسا أو في مصر ، تأسيس إزالة البيع على المسؤولية التقصيرية ، اعتباراً بأن الأفعال التي صدرت من البنت وزوجها نحو الأم ، والتي قوامها التنكر للشرف ، تقع منهنما عملاً خاطئاً يستوجب تعويض الضرر الناشئ عنها ، إعمالاً للمسؤولية التقصيرية ، وأن خير تعويض هنا هو اعتبار البيع الذي استهدفته هذه الأفعال كأن لم يكن . انظر عكس ما ذهبنا إليه بصدد نقد الحكم التعليق المنشور في مجلة Rev. Trim. de dr. Civil ١٩٧٠ ص ٧٥٥ .

(١) ففي مثل هذه الحالة ، لا يستطيع المشتري أن يطلب إبطال البيع على أساس التدليس . إذ أن البائع لم يقصد باخيلة التي اتبناها لتضليله الذي يحمله على التعاقد . ولكن يسوغ له أن يتمسك بإبطال البيع على أساس الغلط ، إذا توافرت شروط إعماله .
(٢) راجع نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ السابقة الإشارة إليه .

(٣) ويلاحظ أن بعض أحكام القضاء الفرنسي تتوسع إلى حد بالغ في الطرق الاحتيالية أو الحيل المكونة للتدليس . فقد قضى بأنه يدخل في هذه الحيل استغلال أحد العاقدين الضعف العقل في المتعاقد الآخر (انظر نقض - عرائض - ٣ مايو ١٨٩٩ ، دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٦١) أو عدم خبرته (باريس ١٩٥٣/١/٢٢ ، J.C.P. ١٩٥٣ - ٢ - ٧٤٣٥ ، ومنشور أيضاً في Caz. Pal. ١٩٥٣ - ١ - ١٣٧) ، أو وجه الضعف فيه كيله إلى السكر . والحقيقة أن هذه الأمور كلها لا تعتبر طرقاً احتيالية مما يلزم لقيام التدليس . ولكن المهام الفرنسية رأت فيها ذلك متأثرة بظروف الدعوى التي تقتضى إبطال العقد عدالة . وقد أغنانا القانون المصري عن هذا النوع من الاجتهاد القضائي الذي لا يتفق مع حقيقة حكم القانون ، وذلك عن طريق الأخذ بعبء جديد من عيوب الرضاء لا يقول به القانون الفرنسي ، ألا وهو الاستغلال . إذ يمكن للاستغلال أن يصل بنا إلى إبطال العقد في الأحوال التي ذكرناها .

إلى تفضيله. بالفعل . واستعمال الطرق الاحتمالية يعتبر العنصر المادى فى التدليس . أما قصد التفضيل ، فهو عنصره المعنوى .

وقيام التدليس بعنصره المادى والمعنوى مسألة واقع تخضع فى تقديرها لقائضى الموضوع ، الذى له أن يقدر ما إذا كان التدليس متوافراً من عدمه ، دون أن يخضع فى تقديره لتعقيب محكمة النقض : ما دام حكمه قد قام على أسباب سائغة تبرره^(١) .

١٦٥ - الشرط الثانى - وقوع التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به :

لا يكتفى ، بحسب الأصل ، لاعتبار رضاء المتعاقد مشوباً بالتدليس ، أن توجه إليه طرق احتمالية تصل إلى تفضيله . وإنما يلزم أن تكون هذه الطرق الاحتمالية موجهة إليه من المتعاقد الآخر أو من نائبه ، أو أن يكون هذا المتعاقد الآخر ، عند إبرام العقد ، عالماً بتلك الحيلة ، أو مقروضاً فيه حتماً أن يعلم بها . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٦ بأنه : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المقروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس » .

فالمادة ١٢٦ تملئ شرطاً ثانياً أساسياً لإعمال التدليس ، يتمثل فى وجوب أن يكون التدليس الموجه إلى المتعاقد ، والذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، متصلاً بالمتعاقد الآخر . وهو يعتبر كذلك بادئ ذى بدء إذا كان هذا المتعاقد الآخر هو الذى لجأ بذات نفسه إلى الحيلة ، أو لجأ إليها نائبه . (المادة ١/١٢٥) .

وتقتضى منا روح نظام التدليس أن نتوسع فى تفسير المقصود بكلمة « نائب » فى قول المادة ١/١٢٥ بقيام التدليس إذا وقعت الحيلة من المتعاقد

(١) انظر نقض ١٣/٣/١٩٧٣ طمن ٣٨/٣٩ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٣٩٦ رقم ٧٠ - نقض ١٥/١٢/١٩٥٥ مجموعة النقض س ٦ ص ١٥٨٢ رقم ٢١٨ - نقض ٢٠/٢/١٩٦٤ طمن ٢٩/٣٠١ ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٢٦٣ رقم ٤٦ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ١٤/٢/١٩٧٧ ، طمن رقم ١٠/٩٧٥ مدنى ، الهامى س ٢٦ ع ٦ و ٧ ص ٤٦ .

الآخر أو من « نائبه » . فليس يلزم هنا التقييد بالمدلول القانوني الصارم لاصطلاح « النائب » . كما هو الشأن بالنسبة إلى الولى والوصى والوكيل والحارس القضائى والسنديك . وإنما ينبغى التوسعة فى هذا المدلول ليشمل كل من يعمل لصالح المتعاقد الآخر بتكليف منه . كالسمسار الذى يكلفه بالعمل على إجراء الصفقة ، وكتابعه الذى يعمل لحسابه . ولا صعوبة بالنسبة إلى السمسار المكلف . فما دام العاقد قد لجأ إليه وكلفه بإبرام الصفقة ، فإنه يتحمل نتيجة ما يلجأ إليه من الغش والخديعة بالنسبة إلى ابطال العقد : اعتباراً بأنه فى حكم نائبه . أما بالنسبة إلى التابع . فالأمر أكثر سهولة : لأن المتبوع ، ان لم يسأل عن تدليس تابعه باعتباره فى حكم نائبه إعمالاً للمادة ١/١٢٥ ، فإنه يمكن مساءلته عنه وإبطال العقد بسببه . تأسيساً على مسئولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه (المادة ١٧٤) . اعتباراً بأن الإبطال هنا يتمثل تعويضاً عينياً مناسباً عن الضرر الذى يلحق العاقد المدلس عليه .

وهكذا يعتبر التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر الذى يتمسك ضده بإبطال العقد . فى الحالة التى تصدر فيها الحيل منه أو من نائبه . بالمعنى الواسع لكلمة نائب .

أما إذا وقع التدليس من الغير : فلا يعتبر متصلاً بالمتعاقد الآخر ، وبالتالي محولاً لطلب الإبطال . إلا إذا كان هذا قد علم . عند إبرام العقد : بصدوره . أو كان فى استطاعته حينئذ أن يعلم به . لو أنه بذل من الحرص ما يبذله الشخص العادى : لو كان فى مكانه .

وعبء إثبات حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به إذا كان واقعاً من الغير يقع على عاتق المتعاقد المدلس عليه والذى يتمسك بإبطال العقد . فالبيئة على من ادعى .

والغاية التى يتوخاها المشرع من تطلب أن يكون التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر ، على نحو ما بينا . هى العمل على تقرير الأمن والاستقرار للتعامل ، عن طريق عدم تعريض هذا المتعاقد الآخر للإبطال تأسيساً على التدليس ، إلا إذا أمكن أن يعزى إليه ما يبرر تحمله نتيجةه .

فالتدليس الواقع على أحد المتعاقدين من الغير ، حالة كون المتعاقد الآخر لم يعلم به ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، أو لم يكن من المفروض حتماً أن يعلم به ، كما تقول المادة ١٢٦ ؛ ذلك التدليس يقع ، في حدود اعتباره تدليساً ، غير مؤثر في العقد ، ولا يخول ضحيته طلب إبطاله ، حتى ولو كان في واقع الأمر قد ضلل به وانخدع ^(١) . بيد أنه إذا تعذر هنا على من ضلل وخدع أن يتمسك بالتدليس ، فإنه يجوز له ، بطبيعة الحال ، أن يتمسك بالغلط ، إذا توافرت فيه شروطه ، كما أنه يجوز له أن يرجع بالتعويض على من دلس عليه ، تأسيساً على المسؤولية التقصيرية ، اعتباراً بأن التجاء هذا الأخير إلى الطرق الاحتمالية بقصد تغريبه وخديعته وحمله بذلك على التعاقد ، يتمثل منه أمراً خاطئاً قد أحدث له الضرر .

١٦٦ - مدى استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالتعاقد الآخر : رأينا أنه يلزم ، لإعمال التدليس كعيب يشوب الرضاء ، ويؤدي بالتالي إلى وقع العقد قابلاً للإبطال ، أن يكون متصلاً بالتعاقد الآخر ، بأن يصدر منه بذات نفسه ، أو من نائبه ، أو أن يكون عالمًا بالتدليس عند إبرام العقد ، أو مفروضاً فيه حتماً العلم به عندئذ ، إذا كان التدليس من الغير .^١ ولكن هل يعتبر لزوم وقوع التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به ، في الحدود التي بينها ، شرطاً عام التطبيق ، بمعنى أن يتوجب لإعماله بالنسبة إلى كل التصرفات ، حتى ما قام منها على أساس التبرع ، أم أنه يمكن أن يستثنى من إعماله هذا النوع الأخير من التصرفات ؟

(١) ويلاحظ أن استلزام حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به لا يتسق مع مبدأ سلطان الإرادة في حد ذاته . فزدي هذا المبدأ وجوب أن نعطي للشخص الفرصة في أن يتحمل من العقد ، كلما كان رضاؤه به غير سليم . ولا شك أن رضا المدلس عليه يقع فاسداً إذا جاء نتيجة التضليل ، سواء أكان المدلس هو المتعاقد الآخر أم أجنبياً ، وسواء أكان المتعاقد الآخر يعلم بالتدليس أو يجهله . ولكن المشرع لاحظ ، من ناحية أخرى ، أنه إذا بقى المتعاقد الآخر أجنبياً عن التدليس ، لم يلجأ إليه ولم يكن يعرفه وما كان في مكتته أن يعرفه ، فإنه يكون جديراً بالرعاية وعدم تفضية مصلحته في سبيل مصلحة المدلس عليه . وحسب هذا الأخير أن يرجع بالتعويض المناسب في مواجهة الأجنبي الذي دلس عليه ، إذ أن التدليس يعتبر من هذا الأجنبي عملاً غير مشروع ، من شأنه أن يشغل مسؤوليته التقصيرية .

إن صياغة المادتين ١٢٥ / ١ و ١٢٦ توحى لنا بالقول بعمومية الشرط الذى نحن بصددده ، والقول بوجوب تطلبه ، حتى لو كان التصرف المطعون فيه بالتدليس تبرعياً . فقد جاءت المادتان السابقتان تتطلبان صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به على نحو مطلق غير مقيد بنوع أو بآخر من التصرفات .

ومع ذلك فنحن أميل إلى القول بقصر إعمال شرطنا على المعاوضات وحدها دون التبرعات . ذلك لأن الغاية التى يستهدفها المشرع من فرضه ، بمخالفة القاعدة الأساسية التى توجب أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب ، هى إحاطة التصرف بالأمن والاستقرار ، وعدم تضحية مصلحة المتعاقد الآخر الذى يعمل التدليس لإضراراً به ، إلا إذا كان يستحق أن يضحى بمصلحته . وهذه الحكمة لا تتوافر إلا فى المعاوضات ، دون التبرعات . ففى المعاوضات يعطى العاقد مقابل ما يأخذ ولا يحصل عليه بالهجان . الأمر الذى يستوجب التحرز عند تقرير إبطال عقده تأسيساً على التدليس أو على غيره من كافة عيوب الرضاء . والأمر فى التبرعات جد مختلف . ففى التبرع ، كالهبة مثلاً . لا يعطى المتبرع له مقابل ما يأخذ . فكل أثر الإبطال بالنسبة إليه هو حرمانه من فائدة محضة لا يدفع عنها ثمناً ، وبعبارة أخرى حرمانه من غم لا يتحمل فى سبيله غمماً . وهكذا فإذا نظرنا إلى الأمر من زاوية المتبرع له ، وجدنا أن الغاية التى يتوخاها المشرع بتقييد الإبطال المؤسس على التدليس وعلى غيره من عيوب الرضاء الأخرى ، لا تتوافر . ويندعم هذا النظر أكثر وأكثر إذا نظرنا إلى الأمر من زاوية المتبرع الذى يقع ضحية التدليس . فالمتبرع يعطى ، ولا يأخذ مقابل ما يعطى . فهو بتبرعه متفضل . وهذا ينبغى أن تكون إرادته سليمة لا تشوبها شائبة ، بغض النظر عن دور المتعاقد الآخر فيما عساه أن يؤدي إلى فسادها .

هكذا نصل إلى أنه تمشياً مع مقتضى الغاية التى يتوخاها المشرع بفرضه فى المادتين ١٢٥ / ١ و ١٢٦ ، شرط صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به ، يتعين قصر إعمال هذا الشرط على المعاوضات وحدها دون

التبرعات . ومما يؤيد هذا النظر أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جاءت تصرّح به ^(١) ، كما أن له صدى قوياً فى الفكر القانونى الفرنسى فقهاً وقضاءً ^(٢) . وقد نص عليه القانون المدنى الكويتى على نحو قاطع (المادة ١٥٤) ^(٣) .

١٦٧ - الشرط الثالث - يلزم أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

الشرط الثالث والأخير لإعمال التدليس . باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، ويؤدى بالتالى إلى قابلية العقد للإبطال ، هو أن يكون دافعاً إلى التعاقد ، بمعنى أن يثبت للقاضى أن المتعاقد الذى وقع ضحية التضليل والخداع ما كان ليبرم العقد . على نحو ما أبرمه عليه ، لولا تلك الحيل التى أوصلته إلى أن ينخدع .

فإذا ثبت أن التدليس لم يكن هو الدافع إلى التعاقد ، بأن لم تبلغ الحيل المستعملة فيه إلى حد تضليل المتعاقد . أو وصلت إلى ذلك الحد ، ولكن الطرف المضلل كان ليرضى العقد ، وب نفس الشروط التى قام عليها ، حتى لو لم يضل ، فى مثل هذه الحالة . لا يكون للتدليس أثر على صحة العقد .

(١) جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٧٤ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت بعد تعديلها المادة ١٢٦ من القانون ، جاءت هذه المذكرة ، ، بعد أن أوردت المبدأ العام القاضى بعدم إعمال التدليس إلا إذا كان صادراً من المتعاقد الآخر أو كان هذا عالماً به ، تقول : « يختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهى تعتبر قابلة للإبطال ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير . ولم يكرز يستطيع أن يعلم به . لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب » . (٢) يلاحظ أن الفكر القانونى فى فرنسا يسير على استثناء التبرعات من شرط صدور التدليس من المتعاقد الآخر ، برغم عدم وجود نص يقرره . ويستند هذا الرأى الذى يقول به الفقه والقضاء على سواء ، إلى وجوب أن تكون نية التبرع سليمة خالصة من الشوائب ، فضلاً عن استناده إلى فكرة أن درء المغارم مقدم على جلب المغايم . انظر فى هذا الاتجاه : Mazeaud المرجع السابق نبذة ١٩٢ - Marty et Raynaud المرجع السابق نبذة ١٣٦ - Lossouran فى تعليقه على حكم Colmar ١٩٧٠/١/٣٠ ، Sem. Sur. ١٩٧١/٢/١٦٦٠ . وانظر "سهورى" الوسيط ج ١ نبذة ١٨٣ . وانظر نقض مدنى فرنسى ١٨٢٥/٥/١٨ . وانظر كذلك Pau الفرنسية ١٩٥٣/١٢/١٧ ، Gaz. pal. ١٩٥٤ - ٨٦ .

(٣) تنص المادة ١٥٤ مدنى كويتى على أنه : « ... يجوز ، فى عقود التبرع ، طلب إبطال العقد ، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس ، دون اعتبار لمن صدرت الحيل عنه .

ويلاحظ أن ثمة رأياً كان سائداً في الفقه قديماً يفرق ، بصدد التدليس ، بين ذلك الذي يدفع ضحيته إلى ارتضاء التعاقد ذاته ، ويطلق عليه التدليس الدافع *dol déterminant* أو التدليس الأصلي *principal* ، وذلك الذي يؤدي بضحيته ، لا إلى قبول مبدأ التعاقد ذاته ، ولكن إلى مجرد ارتضاء شروط أشد وقرراً من تلك التي كان ليقبلها لولاه ، ويطلق عليه التدليس غير الدافع أو التدليس العارض *dol incident* ، ويجعل من الأول وحده عيباً يشوب الرضاء ويحول بالتالي طلب إبطال العقد ، في حين أنه يقصر أثر الثاني على مجرد التعويض ، اعتباراً بأنه لا يعيب الرضاء بالعقد ، ولكنه يقع عملاً غير مشروع يحول التعويض عن الضرر الناجم عنه فحسب . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن يتفق شخصان على بيع منزل معين ، من حيث المبدأ ، ثم يلجأ البائع ، في سبيل حمل المشتري على ارتضاء ثمن أكبر ، إلى حيل توهمه بكبر ريعه ، كما إذا أبرز له عقود إيجار صورية تدل على ارتفاع الإيراد الذي يغله . ففي هذه الحالة ، يقول الرأي الذي كان سائداً في الفقه قديماً أن التدليس لا يؤدي إلى إبطال البيع . اعتباراً بأنه لم يدفع المشتري إلى ارتضاءه في ذاته ، وإنما دفعه إلى ارتضاء ثمن أكبر فحسب . ولكنه يعتبر عملاً غير مشروع . يحول التعويض عن الضرر عنه : إعمالاً للمسئولية التقصيرية . ويتمثل هذا التعويض في الفرق بين الثمن الذي التزم به المشتري نتيجة التدليس ، وبين المبلغ الذي كان ليرتضيه لو لم يقع فيه ^(١) .

(١) انظر من يقولون بهذا الرأي : Aubri et Rau ، ج ٦ نبذة ٣٤٣ مكرر وهامش ٢١ و ٢٢ - Beudant ج ٨ نبذة ١٤٢ - Demogue ج ١ نبذة ٣٧٧ . وانظر من أحكام القضاء المصري : استئناف مختلط ٣٠ مارس ١٩٣٥ ، Bul ٤٧ ص ١١٢ . وقد جاء في المشروع التمهيدى نص يأخذ بهذا الرأي ، وهو نص المادة ١٧٥ منه ، الذي جاء يقول : « التدليس الذي يجعل العقد أثقل عبثاً ، دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، لا يعطى للمدلس عليه إلا الحق في مطالبة المدلس بالتعويض » . وعلقت المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى على هذا النص قائلة : « إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقرراً مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس ، تترتب عليه مسئوليته ويعطى الحق في طلب التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد الماقدين أم من أجنبي عن » .

والرأى الذى يفرق بين التدليس الذى يدفع المتعاقد إلى قبول التعاقد فى ذاته وذلك الذى يقتصر أثره على دفع المتعاقد إلى قبول شروط فى التعاقد أبهظ وأشد مما كان يرتضيه لو لم يضلل ؛ هذا رأى منتقد فى الفقه الحديث . والنقد فى رأينا على حق . ذلك لأن الصفقة كل لا يتجزأ . وإرادة المتعاقد بدورها لا تتجزأ . فالمتعاقد بارتضاءه العقد ، يقبله بالشروط الذى يتم هذا العقد عليها . فإذا جاء قبوله تلك الشروط نتيجة الخداع ، والتضليل ، فإرادته كلها قد تعيبت . ولا يسوغ هنا تجزئة الإرادة بمقولة إن الجزء الأساسى منها : وهو ذلك المنصب على قبول التعاقد ذاته ، قد جاء صحيحاً ، وأن العيب لم يلحق إلا الجزء الباقى المتعلق بشروط العقد . وعلى هذا فلا معنى إطلاقاً للقول بأن ما يطلق عليه التدليس العارض بالمفهوم الذى ذكرناه ، لا يعيب الرضاء : ولا يخلو بالتالى الحق فى طلب الإبطال . وهذا هو رأى الذى أصبح يسود فعلاً الآن فى الفقه الفرنسى ^(١) ، ويقول به بعض الفقهاء فى مصر ^(٢) . كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أيدته ^(٣) .

على أنه يلاحظ أنه فيما أطلق عليه التدليس العارض يكون للتدليس عليه ، إن شاء ، أنه يحجم عن التمسك بإبطال العقد ، ويرجع على من دلس عليه بالمسئولية التقصيرية ، تأسيساً على أنه قد أخطأ حيث لجأ بالحيلة إلى خديعته .

= العقد » . ولم يأت هذا النص فى القانون المدنى ، فقد حذفته لجنة المراجعة ، اعتباراً منها بأنه يقرر خطأ « تكفى فيه قواعد المسئولية » . (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، ج ٢ ص ١٧٥) .

(١) انظر من الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بهذا رأى : Marty et Raynaud ، الالتزامات نبذة ١٣٨ - Mazeaud ج ٢ نبذة ٢٠٣ - Planiol Pipert et Boulanger ج ٢ نبذة ١٨٥ - Planiol, Ripert et Esmein ج ٦ نبذة ٢٠٧ - End. Daloz - de droit civil ، رقم ٢٤ - De Page ، المرجع السابق ، نبذة ٥١ .

(٢) انظر من الفقهاء المصريين الذين ينفذون التفرقة بين ما يسمى بالتدليس الأصل والتدليس العارض : السهورى ، المرجع السابق نبذة ١٦٤ - وانظر فى عكس هذا الاتجاه : أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ١٣٢ - حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ١٧٥ - عبد المنعم الصلح ، المرجع السابق نبذة ١٧٠ .

(٣) انظر : نقض فرنسى مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٥٤ ، دالوز ١٩٥ ص ٢٥٤ .

وبهذا يستطيع الوصول إلى رفع ماجاء نتيجة التدليس من إيهاط في شروط العقد ، مع إبقائه هو في ذاته قائماً ، اعتباراً بأن ذلك يجبر له الضرر الذي سببه التدليس ^(١) . وهذه المثابة يرى الشخص الذي يقع ضحية لما يسمى بالتدليس العارض نفسه بين خيارين ، له أن يسلك أيهما يراه له أنفع : فإما أن يتمسك بإبطال العقد تأسيساً على التدليس ، وإما أن يبقى عليه . مع وصوله إلى رفع ماجاء نتيجة التدليس من إيهاط عليه في شروط العقد ، تأسيساً على المسئولية التقصيرية .

مخلص مما سبق أنه يلزم لإعمال التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء من شأنه أن يؤدي إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ، أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . وسواء في ذلك أن يكون هو الذي دفع ضحيته إلى ارتضاء العقد ذاته . أم أن أثره عليه اقتصر على جعله يرتضى العقد بشروط أقسى وأشد مما كان يقبله عليها لولاه .

وعبء إثبات كون التدليس هو الدافع إلى التعاقد يقع بالضرورة على عاتق ضحيته ، شأنه في ذلك شأن باقي شروط التدليس . والمسألة من بعد مسألة واقع ، تدخل في رحاب السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، الذي يترخص له أن يقضى فيها بدون معقب عليه من محكمة النقض ، طالما جاء قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله ^(٢) .

١٦٨ - أثر التدليس :

إذا توافرت في التدليس الشروط التي بينها ، أنتج أثره . ويتركز هذا الأثر في جعل العقد الذي يقوم على أساسه قابلاً للإبطال لمصلحة المدلس عليه . على النحو الذي سنبينه فيما بعد ، عند الكلام في نظرية البطلان . وإذا كان التدليس يشوب الرضاء ويجعل العقد قابلاً للإبطال ، فإن ذلك لا يمنع من أنه يعتبر في ذاته عملاً غير مشروع ممن وقع منه ، ومغولاً

(١) راجع Mazeaud ، المرجع السابق نبذة ١٩٧ .

(٢) انظر في ذلك تمييز الكويت الصادر في الطعن رقم ١٩٧٤/٥١ تجارى .

ضحيته ، على هذا الأساس : الحق في تعويض الضرر الناجم له عنه ، إن كان .
لهذا التعويض محل (١) .

١٦٩ - هل يغني نظام الغلط عن التدليس :

رأينا أن التدليس . إذ يؤدي إلى تضليل المتعاقد وإيهامه بأمر يخالف الواقع . ويجره بذلك إلى التعاقد ، فإنه يؤدي بضحيته إلى إيقاعه في الغلط . كل ما في الأمر أن الغلط الناجم عن التدليس هو غلط مدبر قصد المدليس إيقاع المتعاقد فيه ، وأفلح فعلا في جره إليه ، بالحيلة والخديعة والتضليل ، في حين أن الغلط العادي يتولد في ذهن المتعاقد تلقائياً ، من غير أن يدفع إليه . أو في الأقل من غير أن يدفع إليه بالحيلة والخداع والغش (٢) .

ولقد كان للتدليس أهمية قصوى في الفكر القانوني . عندما كانت تسوده النظرية التقليدية في الغلط الموروثة عن الأقدمين ، بل إنه لا زالت له هذه الأهمية في ظل القوانين التي بقيت متأثرة بهذه النظرية ، كما هو الشأن في القانون الفرنسي . فالغلط العادي ، وفقاً للنظرية التقليدية العتيقة . لا يعيب الرضاء ويؤدي إلى إبطال العقد في كل الأحوال . حتى لو كان هو الدافع إلى التعاقد . فهو لا يعيبه إذا انصب على القيمة أو على الباعث الشخصي (٣) . ولكن التدليس . يعيب الرضاء . كلما كان هو الدافع إلى التعاقد . دون اعتداد بالأمر الذي ينصب عليه الغلط الناجم عنه . وهكذا يصلح التدليس

(١) وإذا كان التدليس يتمثل . من ناحية أولى ، عيباً يشوب الرضاء ، ويعتبر ، من ناحية ثانية . عملاً غير مشروع ، فإنه يكون لضحيته الخيار بأن يتمسك بالاعتبار الأول فيطلب إبطال العقد ، أو أن يتمسك بالاعتبار الثاني فيبقى على العقد ، مقتصرأ على طلب التعويض عن الضرر الذي ناله ، إعمالاً للمسئولية التقصيرية (انظر في ذلك على وجه الخصوص : Marty et Raynaud : المرجع السابق نبذة ١٣٨ - Mazeaud ، المرجع السابق نبذة ١٩٧) . بل إنه إذا وقع اختيار ضحية التدليس على الأمر الأول ، وطلب إبطال العقد ، وكان من شأن هذا الإبطال . إذا ما قضى له به ، ألا يرفع عنه كل الضرر ، وإنما يبقى له ضرر ناجم عن تفويت الصفقة عليه ، فإنه يكون له الحق في التعويض عن هذا الضرر . وهذا الحكم يتمثل تطبيقاً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٠ .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٤٧ .

أساساً لإبطال العقد ، في حالات يقصر الغلط العادى : على نحو ما تقول به النظرية التقليدية ، عن أن يتناولها . وهذا هو السبب الرئيسى الذى أدى فى الأصل إلى وجود التدليس جنباً إلى جنب مع الغلط .

أما وفقاً للنظرية الحديثة التى تسود فى الفكر القانونى المعاصر ، والتى تبناها قانوننا المدنى . فقد أطلقت فكرة الغلط من عقابها ، ولم يعد إعمالها حبيش دائرة محدودة . كما كان الحال فى الماضى . وأمكن للغلط أن يعيب الرضاء : كلما كان هو الدافع إلى التعاقد : بغض النظر عن ذاتية الأمر الذى ينصب عليه^(١) .

وقد كان من شأن هذا التحول فى فكرة الغلط أن أخذ ، فى وقتنا الحاضر . سؤال يطرح نفسه فى إلحاح على الفكر القانونى عامة . وعلى العمل التشريعى خاصة : فهل ظلت لنظام التدليس أهمية خاصة بحيث تبرر الإبقاء عليه إلى جانب الغلط . أم أنه أصبح يكوّن مجرد ازدواجية مع الغلط . بحيث يمكن أن يستغنى بهذا عنه ؟

١ : وأمام هذا التساؤل الهام . انشطر الفكر القانونى شطرين : ففريق يرى أن الغلط . وقد أصبح عيباً منطلقاً من شأنه أن يؤدى إلى إبطال العقد فى كل الحالات التى يكون فيها هو الدافع إلى التعاقد : فإنه لم تعد ثمة ضرورة لبقاء التدليس إلى جانبه . وأنه من الممكن أن يجتزأ به عنه^(٢) . وقد تجاوبت بالعمل بعض التفتيشات مع هذه الفكرة ، حيث أغفلت التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء^(٣) .

٢ : وفريق آخر ، وإن سلم بأن الغلط أصبح من شأنه أن يغطى كل الحالات التى يمكن للتدليس أن يؤدى فيها إلى إبطال العقد : إلا أنه يقول مع ذلك بفائدة وجود التدليس كنظام مستقل : متذرعاً بسهولة إثبات التدليس من وجه

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٤٨ و ١٥١ .

(٢) انظر فى هذا الاتجاه Planiol et Ripert ج ٢ نبذة ١٠٦٦ Demogue نبذة

٣٦٤ - السهورى ج ١ نبذة ١٨٥ .

(٣) وهذا هو الشأن على وجه الخصوص فى القانون البرتغالى (المادة ٦٥٧ و ٦٦٣) .

وبأن التدليس . من وجه آخر ، يتمثل عملاً خاطئاً يمكن له أن ينهض دعامة لقيام المسؤولية التقصيرية . إلى جانب كونه عيباً يشوب الرضاء (١) ، ويجعل العقد بالتالى قابلاً للإبطال .

والواقع أن كون التدليس أسهل في الإثبات ، أو أنه ينهض دعامة لقيام المسؤولية التقصيرية ، لا يصلحان سببين كافيين لتبرير وجود نظام التدليس كعيب مستقل يشوب الرضاء . فليس يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون من شأن النظام الواحد أن يكون إثباته أسهل في حالة من حالات أعماله منه في حالة أخرى . ثم إن إمكان قيام التدليس دعامة للمسؤولية التقصيرية ، لا يمت بصلة إلى كونه عيباً يشوب الرضاء . فرد ذلك إلى اعتبار آخر ، وهو كون التدليس يقوم على خطأ من صاحبه ، شأن التدليس في ذلك شأن الإكراه .

والحقيقة إنه لم تعد في ظل قانوننا الحالي ، ثمة فائدة تذكر من الإبقاء على نظام التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . ففي أعمال نظام الغلط ما يغني عنه . فقد رأينا ، من ناحية أولى ، أن الغلط يفسد الرضاء . كلما كان جوهرياً ، أى دافعاً إلى التعاقد ، ومتصلاً بالمتعاقد الآخر ، بأن كان هذا قد وقع بدوره فيه ، أو كان يعلم بوقوع غريمه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . ورأينا ، من ناحية ثانية ، أن التدليس يعيب الرضاء بدوره ، كلما كان دافعاً إلى التعاقد ، حاصلًا من الطرف الآخر ، أو كان هذا عالماً به ، أو كان هذا العلم مفروضاً فيه . وهكذا ففي كل حالة يقع فيها التدليس مؤثراً في العقد ، نجد أنفسنا أنه أدى إلى وقوع المتعاقد في غلط جوهري ، حالة كون المتعاقد الآخر يعلم بوقوعه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . أى أننا نجد أنفسنا في حالة تكفي قواعد الغلط ذاتها لاعتبار الرضاء فاسداً محولاً طلب الإبطال .

هكذا نصل إلى أنه ، وفقاً لأحكام قانوننا ، لم تعد هناك فائدة تذكر

(١) انظر في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ١٧٢ .

من الإبقاء على نظام التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . إذ أن نظام الغلط يمكن له أن يغنى عنه .^١

ولعل الأمر الوحيد الذى يفارق بين الغلط والتدليس ، فى حدود كونهما عيبين يشوبان الإرادة ، ويؤديان إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ؛ لعل هذا الأمر يتمثل فى أن المشرع أعطى ، فى حالة الغلط للمتعاقد الآخر الحق فى أن يجنب نفسه الضرر الناجم عن إبطال العقد ، إذا اقتضت ذلك اعتبارات حسن النية (المادة ١٢٤) . كما إذا عرض على المتعاقد الغالط أن يقوم العقد بينهما على نحو يتفق مع حقيقة ما اعتقده ^(١) ، ولم يعط مثل هذا الحق فى حالة التدليس . وقد دعاه إلى ذلك التفريق بين النظامين ما لاحظته من أن الغلط أمر تلقائى ، يقع فيها المتعاقد من تلقاء نفسه . فالأمر إذن مرجعه فى الأصل إليه . من هنا أمكن للمتعاقد الآخر ، حتى لو كان يعلم بالغلط ، أن يجنب نفسه الضرر الذى يترتب له عن الإبطال . أما فى التدليس ، فالمتعاقد لا يقع فى الغلط من تلقاء نفسه ، إنما نتيجة الخداع والتضليل من المتعاقد الآخر ، الأمر الذى يجعل هذا الأخير غير جدير بذلك القدر من الرفق فى المعاملة .

١٧٠ - التدليس أو التفرير فى الفقه الإسلامى :

التدليس ^(٢) أو التفرير أو الخلاصة ^(٣) نظام معروف فى الفقه الإسلامى . وله فيها مكان رجب ، مع تفاوت فى المذاهب ^(٤) .

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٥٥ .

(٢) يستعمل اصطلاح « التدليس » فى الفقه الإسلامى فى معنيين . فتارة يقصد به معنى واسع يتفق مع مدلوله فى القانون المعاصر . وتارة أخرى يقصد به إخفاء العيب فى المعقود عليه ، كما إذا أخفى البائع على المشتري عيباً فى المبيع .

(٣) الخلاصة (بكسر الخاء) معناها فى اللغة الخديعة . ويفضل بعض الفقهاء (انظر مصطلح الزرقاء ، المرجع السابق ج ١ نبذة ١٨٦) إطلاق اصطلاح الخلاصة باعتبار أنه يستوعب كل صور الخديعة فى التعاقد ، وأن التفرير والتدليس يعتبران صورتين من صور الخلاصة .

(٤) فأوسع مذاهب السنة إعمالاً للتدليس أو التفرير هو المذهب المالكى ثم المذهب الحنبلى ويليهما ، المذهب الشافعى . ومظهر التضييق عند الشافعية ، أنهم لا يأخذون بالتفرير إلا إذا كان من شأن الحيلة أن تنطلى على غالب الناس ، أما إذا انطلت على المتعاقد ، وما كانت لتنطلى على غيره من

وكان طبيعياً أن يأخذ الفقه الإسلامى بنظام التفرير أو التدليس ، خلافاً لما فعله بالنسبة إلى الغلط . فهو يقوم على الحيلة والخداع والتضليل . ومن ثم فهو يقوم على أمور مادية خارجية ظاهرة . فالأخذ به إذاً لا يتنافى مع النزعة الموضوعية التى تسود الشريعة السمحة . وهذا بخلاف الغلط الذى يقوم . كما رأينا . على توهم يخالف الحقيقة : ويتولد تلقائياً فى ذهن المتعاقد ، من غير أن يدفع هو إليه من شخص آخر . بل إن الشريعة الإسلامية باعتبارها شريعة سماوية تنغيا فى الإنسان الكمال . وتحارب فيه بالتالى الغش والخدعة والاحتيال والكذب . قد توسعت فى صور التدليس عما يقول به القانون المعاصر . فاعتدت بالكذب والكتمان فى حالات أوسع مدى مما يقول هو به .

والأصل فى التدليس ، فى الفقه الإسلامى . كما هو الحال تماماً فى القانون المعاصر . هو أنه يقوم على أفعال تستهدف تضليل المتعاقد وخدعته وجره بذلك إلى التعاقد . وهذا ما يسمى بالتفرير أو التدليس الفعلى . وكل الطرق الاحتيالية التى تكون التدليس فى القانون المعاصر . والتى سردنا أمثلة لها ، يمكن أن تنسوى تحت التفرير الفعلى فى الفقه الإسلامى . وإلى جانب ذلك . يسرد فقهاء المسلمين أمثلة تقليدية لهذا النوع من التدليس . منها التناجش أو النجش : وهو تواطؤ صاحب السلعة مع آخر على المزايدة فى ثمنها . حتى يخدع المشتري ويجعله يشتريها بثمن يؤدي إلى غبنه . ومنها التصرية . وهى ترك لبن أنثى الحيوان . كالبقرة والشاة والناقة . دون حلب مدة من الزمن ، حتى يمتلئ به ضرعها . لايهام المشتري بغزارة لبنها وبكونها حلوباً^(١) .

بيد أن أفعال الاحتيال ليست لازمة لقيام التفرير فى الفقه الإسلامى . بل أن الأقوال الكاذبة تنهض . فى بعض الأحوال : تدليسا ، إذا قصد بها

سود الناس . فالشافعية لا تمنح دعوى التفرير ، اعتباراً بأن المشتري مقصر (راجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج ٤ ص ٧٣ و ٧٤) . أما المذهب الحنفى . فهو أقل مذاهب السنة استعداداً بالتدليس .

(١) وقد نهى الرسول ، عليه صلوات الله ، عن التصرية بقوله : « ولا تصروا الإبل والغنم . فن ابتاعها ، فإنه بخير النظرين ، بعد أن يحلبها : إن شاء أمسك . وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » . وصاع التمر فى الحديث هو مقابل اللبن المملوب .

الخدعة والتفصيل . وهذا ما يسمى : في الفقه الإسلامى : بالتغريز القولى . كما أن الكتمان يصلح تغريزاً فى بعض الأحيان ، كما إذا كتم البائع عن المشتري عيباً فى المبيع . ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يتوسع فى صور التغريز القولى عما يفعله القانون المعاصر . فإذا كان الغالب فى الشريعة الإسلامية أن مجرد الكذب ، كأصل عام ، لا يكتفى لقيام التغريز^(١) ، إلا أن الفقهاء توسعوا فى الحالات التى يعتبر فيها الكذب أو الكتمان تغريزاً . وأبرز حالات التغريز القائم على مجرد الكذب ، أو التغريز القولى ، حالة الكذب فى بيوع الأمانة .

وبيوع الأمانة هى تلك التى يركن فيها المشتري إلى ذمة البائع . ويتفق معه على أن يتحدد الثمن على أساس السعر الذى يقر البائع أنه اشترى السلعة به ، مع زيادة محددة عليه (وهنا يسمى البيع بيع المراجعة) ، أو نقص فيه (ويسمى البيع هنا بيع المواضعة أو بيع الوضعية) ، أو بلا زيادة ولا نقص (ويسمى البيع هنا بيع التولية) . فى كل هذه الحالات . يتحتم على البائع أن يكون صادقاً فيما يقوله للمشتري بشأن المبيع . وخاصة بالنسبة إلى الثمن . فإن كذب . نهض كذبه تغريزاً بالمشتري^(٢) .

يخلص مما سبق أن الفقه الإسلامى يأخذ بنظام التغريز أو التدليس : سواء بنى على أفعال أى طرق احتمالية (تغريز فعلى) ، أو على الكذب أو الكتمان فى حالات خاصة (تغريز قولى) . وسواء أكان التغريز من هذا الصنف أم من ذلك . فإنه يلزم لإعماله . فى الفقه الإسلامى . أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، أو من شخص يكون متواطئاً معه . أو من الدلال أو السماسر الذى كلف منه بتسهيل إبرام الصفقة .

(١) ومع ذلك فالظاهر فى مذهب الحنابلة أنه يكتفى بمجرد الكذب لقيام التغريز . فقد جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (ج ٤ ص ٧٩) ما يأتى : « ولو قال البائع أعطيت لهذه السلعة ما لم يعط ، فصدقه المشتري ، ثم كان كاذباً ، فالبيع صحيح ، والمشتري الخيار أيضاً ، لأنه فى معنى النجش » .

(٢) ويلحق ببيوع الأمانة ، فى الفقه المالكي والحنبل ، ما يسمى « بيع المسترسل أو المستأمن » ، وفيه يكشف العاقد أن لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، ويركن إلى ذمة المتعاقد معه ، ويطلب إليه أن يعامله كما يعامل غيره من الناس . فإذا كذب العاقد المستأمن على غريم . اعتبر كذبه تغريزاً به ، إعمالاً لمحدث الشريف : « غبن المسترسل ظلم » .

وإذا كان التدليس أو التفرير ، في الفقه الإسلامى ، إما فعلى وإما قولى ، إلا أنه يختلف في حكمه باختلاف ما إذا كان من هذا الصنف أو من ذاك . فالتدليس الفعلى يحول دعوى التدليس ، حتى ولو تضمن غيبنا يسيراً ، بل حتى لو لم يصحبه غيب : وكان قائماً على إيهام المتعاقد بوجود صفة في المبيع ، كإيهامه بأن البقرة حلوب ، وهو ما يسمى بتفرير الوصف . أما التدليس القولى ، فهو لا ينتج أثره إلا إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى الغيب الفاحش . على أنه يستثنى من ذلك التفرير القولى في بيوع الأمانة . فهو يأخذ حكم التفرير الفعلى . وينتج أثره بمجرد وجود الخيانة : حتى إذا لم يتضمن الا يسير الغيب .

ويتركز أثر التفرير أو التدليس . في الفقه الإسلامى ، في ثبوت الخيار للمدلس عليه في أن يبقى على العقد أو يفسخه^(١) .

ثالثاً : الإكراه

١٧١ — الإكراه^(٢) Violence ضغط يقع على الشخص بغير وجه حر . فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد : خشية الأذى . ومثاله أن يضرب شخص آخر أو يهدده بالقتل أو بالضرب أو بالاعتداء على العرض أو بإثارة فضيحة أو بإتلاف ماله أو بخطف ابنه . حتى يحمله على أن يعطيه مبلغاً من المال . أو أن يبيع له داره ، أو أن يقر له بالتخالص من دين عليه .

والإكراه يختلف عن الغلط والتدليس بالنسبة إلى موضوع كل منها . ففي حين أن الأخيرين يمسان من العاقد علمه بما يرتضيه ، بحيث يحجى رضاه

(١) على أنه إذا أدى التفرير إلى الغيب ، فإن بعض المذاهب الإسلامية ، وعلى الأخص ، المذهب المالكي ، يحول المتعاقد الآخر الحق في أن يرفع عن المدلس عليه الغيب ، بأن يحط البائع ، مثلاً ، من الثمن : ما يرتفع به الغيب عن المشتري . فإن فعل ذلك ، امتنع عن المدلس عليه خيار الفسخ .

(٢) الإكراه ، كعيب يشوب الرضاء ويؤدي إلى إبطال العقد ، لم يعرف عند الرومان ، إلا في وقت متأخر نسبياً ، يرجع إلى أواخر عهد الجمهورية ، وهو من خلق البريتير . وقد بدأ في صورة دفع منحه البريتير لمن يتعاقد تحت سيطرة الخوف ، بغية تمكينه من دفع الدعوى الناشئة ضده من العقد الذى أبرمه exceptio metus . ثم أخذت الأمور بالإكراه في سبيل التطور إلى أن وصل إلى عيب يشوب الرضاء ، على نحو ما نعرفه عليه اليوم .

عن غير بينة بحقيقة الحال ، نجد أن الإكراه لا يمس من العاقد إلا الاختيار فيه . فرضاء المكره يأتي عن بينة بما يرتضيه . ولكن رضاء لا يجيء عن حرية ، إنما عن قسر وإجباء .

والإكراه ، كعيب يشوب الرضاء^(١) ، يفسد هذا الرضاء ، دون أن يعدمه . فالشخص المكره يريد التصرف الذي يجريه . وكان في مكنته ألا يرتضيه : لو فضل تحمل الأذى ، أو استطاع التغلب على سطوة الرهبة التي تولدت في نفسه . فالإكراه يجعل الشخص بين أمرين : إما أن يتحمل الأذى الذي يقع به أو يهدده ، وإما أن يرتضى التصرف المعروض عليه . فإن قبل التصرف . فما ذلك إلا لأنه أراد . كل ما هنالك أن إرادته لم تكن كاملة الحرية والاختيار ، حيث جاءت تحت سلطان الخوف والرهبة ، بحيث إنه لو لا الأذى الذي كان يهدده . لما وقع منه رضاء^(٢) .

وهكذا نجد أن الإرادة هنا تعتبر موجودة ، وإن اعتورها الفساد . بسبب مجيئها وليدة الرهبة الناجمة عن الضغط والإرهاب . ومن ثم فالعقد في حالتنا يقوم ، وإن تهدده الزوال ، وفقاً لمشيئة المكره .
وإذا وصلنا إلى أننا نقصد بالإكراه : باعتباره عيباً يشوب الرضاء ،

(١) والإكراه ، في حقيقة الواقع ، ليس هو العيب الذي يشوب الرضاء . فالذي يشوب الرضاء ويجعله فاسداً هو الخوف أو الرهبة التي تتولد من الإكراه ، وليس هو الإكراه ذاته . وكأن الإكراه - باعتبار أنه هو الذي يولد الخوف أو الرهبة التي تدفع إلى التعاقد - لا يعدو أن يكون أداة العيب الذي يشوب الرضاء أو وسيلته ، وليس هو هذا العيب نفسه ، مثل الإكراه في ذلك مثل التدليس ، الذي لا يعدو بدوره أن يكون مجرد أداة للعيب الذي يشوب الرضاء ، ذلك العيب المتمثل في الغلط الذي يقع فيه المتعاقد نتيجة التضليل والخداع . وقد أدى ذلك ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن ينتقدوا تسمية « الإكراه » *violence* التي لجأ إليها المشرع الفرنسي ، مفضلين عليه اصطلاح « الرهبة » *contrainte* . ومن هؤلاء الفقهاء : Beudant (ج ٨ ص ٨١) - De Page (ج ١ بند ٨) H., L. et J. Mazeaud (ج ٢ بند ٢٠٠) . وقد تمشى القانون السويسري مع هذه الفكرة فاستعمل اصطلاح « الرهبة » *contrainte* بدلاً من اصطلاح الإكراه (تراجع المادة ٢٩ و ٣٠ و ٣١ من مدونة الالتزامات السويسرية) .
(٢) وللبعض فقهاء المسلمين تحليل رائع للرضاء بالعقد ودور الإكراه فيه ، سوف نعرضه فيما بعد ، عند تناول الإكراه في الفقه الإسلامي . راجع ما سيجيء ، نبذة ١٨٠ .

الضغط الذى يؤدى إلى إفساد الإرادة دون إعدامها . فإننا نريد بذلك أن نستبعد الإكراه المادى ، الذى من شأنه أن يصور قيام الإرادة حالة كونها معدومة أصلاً . ومثال ذلك أن يمسك شخص بيد آخر ويجعله يوقع على محرر ، أو يتسلط شخص على آخر . عن طريق التنويم المغنطيسى ، بحيث يصبح مجرد أداة فى يده ، ويجعله يوقع على محرر . فالإرادة هنا معدومة تماماً . والعقد بالتالى لا يقوم أصلاً . وهذا النوع من الإكراه يكاد يكون غير موجود فى العمل . فهو فرض محض مدرسى ، أو يكاد .

١٧٢ - أهمية الإكراه : أولى الفكر القانونى منذ القدم ، وفى ظل الشرائع المختلفة كلها ، أهمية قصوى للإكراه . ذلك لأنه ، إلى جانب كونه عيباً يشوب الرضاء ويفسده . فهو يقوم على العنف أو التهديد به .

وقد وجد نظام الإكرام ، فى الفقه الإسلامى بالذات (١) ، مكاناً رجباً با زاً ، واهتم به وجاهه اهتماماً كبيراً . بل لعل اهتمام فقهاء المسلمين بالإكراه يفوق إلى حد كبير الاهتمام الذى أولى إياه فى ظل الشرائع الأخرى . بل إنه يفوق اهتمامهم هم أنفسهم بغيره مما يدخل . فى النظرة المعاصرة . فى زمرة عيوب الرضاء .

وقد اهتم القانون المدنى المصرى بدوره بالإكراه : وأولاه ما يستحقه من عناية ، وأبرز أحكامه فى المادتين ١٢٧ و ١٢٨ .

١٧٣ - شروط الإكراه :

يلزم ، لإعمال أثر الإكراه . باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ - أن يجرى الشخص التصرف تحت سلطان رهبة بعثت فى نفسه بدون وجه حق .

٢ - أن تكون الرهبة هى الدافعة إلى التعاقد .

(١) انظر فى حكم الإكراه فى الفقه الإسلامى ما سيجىء ، نبذة ١٨٠ .

٣١- أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر ، أو كان هذا المتعاقد الآخر ، في الأقل عالماً بها ، أو كان مفروضاً فيه أن يعلم بها حتماً .

ونتناول كلا من هذه الشروط بشيء من التفصيل . وذلك فيما يلي :

١٧٤ - الشرط الأول : التعاقد تحت سلطان الرهبة :

جوهر الإكراه ولبه وأساسه أن يتم التعاقد المشوب به تحت سطوة رهبة تبعث في نفس المتعاقد . فتفسد منه اختياره . بحيث يمكن القول بأنه ، وإن أراد التصرف الذي أجراه : إلا أن إرادته هذه لم تأت عن كامل حرية واختيار . بل عن ضغط وقسر وإجبار .

فيلزم . لقيام الإكراه . أن تبعث في نفس المتعاقد رهبة ، وأن يبرم التصرف تحت سلطانها . والمقصود بالرهبة الخشية من الأذى التي تؤثر في رضا المتعاقد . بحيث تحمله على إجراء تصرف . ما كان ليرغب فيه لولاها .

وينبغي أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل فاعل ، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أو شخصاً غيره ممن يكون عالماً بوقوع الإكراه منه . على نحو ما تقرره المادتان ١٢٧ و ١٢٨ . فإن تولدت الرهبة بغير تدخل من أحد . كما إذا تولدت بفعل الظروف اغيطة بالشخص ، كأن أشرف شخص على الغرق واستشعر الخوف من الموت . وطلب النجاة من آخر ، وقبل منه شروطاً أملاها هذا الأخير لإنقاذه ، أو تولدت الرهبة في نفس المتعاقد بتأثير مجرد الإجلال الذي يستشعره نحو شخص آخر ، فإن الإكراه لا يتواجد ، وإنما قد يفتح المجال لإعمال عيب آخر من عيوب الرضاء : هو الاستغلال . وسوف نعود إلى ذلك فيما بعد ^(١) .

ولابد أن تكون الرهبة التي تتولد في نفس المتعاقد ، والتي يبرم التصرف تحت سلطانها ، قائمة حقيقة ، أو قائمة على أساس كما تقول المادة ١٢٧/١ . فلا يكفي بالضرورة أن يدعيها المتعاقد ، إن لم يكن لها وجود في الواقع .

(١) راجع ما سيجي ، نبذة ١٧٨ و ١٧٩ .

وتكون الرهبة قائمة على أساس ، كما تقول المادة ١٢٧/٢ ، « إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسدياً مهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » .

فمن الضرورى ، لاعتبار الرهبة قائمة فى نفس المتعاقد ، أن يكون من شأن الظروف المحيطة به أن تصور له خطراً جسدياً يهدده ، أى تجعله يعتقد بوجوده . وليس يلزم أن يكون هذا الخطر موجوداً فى حقيقة الواقع . بل إن الرهبة تعتبر قائمة ، حتى لو كان الخطر الذى يهدد الشخص وهماً ، لو نظرنا إليه فى ذاته ، ما دامت الظروف تصوره لذلك الشخص حقيقياً . فمن يدعى مثلاً نتيجة تهديده بمسدس ، فيرضخ لمشينة مهدده ، ويرمى معه تصرفاً ما ، خوفاً من أن يطلقه عليه فيقتله أو يجرحه ، يعتبر واقعاً تحت سلطان الرهبة المكونة للإكراه ، حتى لو كان المسدس خالياً فى الحقيقة من الرصاص ، على جهل منه .

بيد أنه يلزم بطبيعة الحال أن يكون الخطر أو الأذى الذى يهدد الشخص على قدر من الجسامة ، بحيث يؤثر فى المتعاقد نفسه ويجعله ، بين أن يتحمل الأذى أو أن يرمى التصرف ، مقادراً إلى الأمر الأخير . اعتباراً بأنه أهون الشرين وأخف الضررين . فتهديد الشخص العادى ، مثلاً ، بالصفع على وجهه ، لو أنه لم يبيع منزله ، قد لا يرتقى إلى مرتبة الإكراه ، وإن كان التهديد بذلك الأمر قد يصل إلى هذه المرتبة ، لو أنه وجه إلى شخص يتميز ، لسبب أو لآخر ، بحساسية مفرطة .

ولا أهمية لنوع الخطر أو الأذى الذى يهدد الشخص أو يتصور أنه يهدده . فحسبه أن يبلغ من الجسامة حداً بحيث يفلح فى أن يولد فى نفسه الرهبة التى تحمله على التعاقد . فسيان أن يكون الأذى جسدياً ، بأن يحس به المتعاقد فى جسمه ، كما إذا ضرب أو عذب ، وهذا ما يطلق عليه الإكراه الحسى ، أو أن يكون نفسياً ، بأن يخشاه المتعاقد فى نفسه دون أن يستشعره بحسه ، وهذا هو الإكراه النفسى ، وهو يكون فى الحالة التى يهدد فيها الشخص بإيقاع ما يؤذيه ، دون إيقاعه بالفعل .

ولا أهمية أيضاً لما إذا كان الشخص مهدداً بخطر حال أو بخطر يوقع به فيما بعد . فالخطر الحاضر والخطر المستقبل سواء ، طالما أنه يولد في نفس التعاقد الرهبة التي تدفعه إلى التعاقد^(١) .

ولا أهمية كذلك لما إذا كان الأذى أو الخطر الذي يتضمنه التهديد موجهاً إلى التعاقد أو إلى غيره ، كإبنه أو أبيه أو أمه أو أخيه أو زوجته أو خطيبته أو صديق عزيز على نفسه ، ما دام هو يولد بالفعل في نفسه رهبة تحمله على التعاقد . ولا يوجد تحديد ، بالنسبة إلى درجة قرابة الغير الذين

(١) وقد جاءت المادة ٢/١٢٧ تقول بأن الرهبة التي ينبى عليها الإكراه تعتبر قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للتعاقد خطراً جسيماً محققاً . وقد يفهم من اشتراط أن يكون الخطر محققاً ، أن يكون حالاً ، أى وشيك الوقوع . ولكن هذا الرأى لا يتفق مع أساس نظام الإكراه . فالعبرة في الإكراه هي بإبرام التصرف تحت سلطان الرهبة . ولا جدال في أن التهديد بخطر مستقبل قد يصل في بعض الظروف إلى بعث الرهبة في نفس التعاقد . فالمجرم المخطير الذي يهدد ، مثلاً ، شخصاً بأنه سوف يقتله بعد خروجه من السجن ، إن لم يعطه مبلغاً من المال ، قد يوقع الرعب في نفس هذا الشخص لدرجة تجعله يذعن لمشيئته ، خوفاً من احتمال بطشه . فإن فعل ، اعتبر أنه قد تعاقد تحت سلطان الرهبة ، وجاءت إرادته مشوبة بالإكراه . من أجل ذلك عمد الفقه المصرى إلى تفسير نص المادة ٢/١٢٧ ، بالنسبة لما جاء فيه من وجوب أن يكون الخطر محققاً ، على أنه يعنى وجوب أن تكون الرهبة ذاتها هي المهددة بالتعاقد ، بمعنى أن تكون موجودة عند إبرامه التصرف ، وسيان بعد ذلك أن تكون قد جاءت نتيجة التهديد بخطر حال أو مستقبل (راجع في ذلك السهورى ، الوسيط ح ١ ، نبذة ١٩٤ - جمال زكى ، المرجع السابق نبذة ٨٥ - عبد المنعم الصدة ، نبذة ١٤٠) . وهذا هو نفس الرأى الذى استقر عليه الفقه الفرنسى في مجموعه ، برغم ظاهر نص المادة ١١١٢ فرنسى . فوفقاً لظاهر هذا النص ، يستلزم ، لقيام الإكراه ، أن يكون الخطر الذى يهدد الشخص حالاً *present* . وقد تطلب هذا الشرط فعلاً بعض الفقهاء ، اعتباراً بأنه إذا كان الخطر مستقبلاً ، فإن الشخص يستطيع أن يدركه عن نفسه ، بالالتجاء إلى السلطة العامة عند الضرورة . ولكن أغلب الفقهاء في فرنسا لا يسلّمون بذلك . وهم يؤسسون رأيهم على أن العبرة هي بتأثر إرادة المكره بالأذى الذى يهدده ، عند إبرامه التصرف . وسيان بعد ذلك أن يكون هذا الأذى في ذاته حالاً أو مستقبلاً . ومن أجل ذلك لم يتقيدوا بظاهر النص ، وفسروا عبارة « الأذى الحال *mal present* » الواردة فيه ، على أنها تعنى أن يكون الخوف من الأذى هو الحال ، لا الأذى نفسه (أنظر في هذا المعنى *Marty et Raynaud* ، الالتزامات نبذة ١٤٢ - *Planiol et Ripert* ج ٦ نبذة ١٩١ - *De Page* ، المرجع السابق ٦٠ .

يعتبر تهديدنا بايذائهم إكراهاً لنا^(١) . بل إن القرابة في ذاتها ليست حتمية . كما أنها ، من ناحية أخرى ، ليست بمجردا كافية . فالمسألة مردها إلى أثر ذلك التهديد على نفس المتعاقد ذاته . هل من شأنه أن يولد في نفسه الرهبة التي تحمله على ارتضاء التصرف أو لا يولدها . وقد تشعر بالحب أو بالإعزاز نحو شخص لا يمت لك بصلة القرابي ، فيولد تهديدك بإيذاته في نفسك الخوف الذي يجعلك تبرم التصرف ، درءاً لهذا الأذى عنه . وعلى النقيض من هذا :

(١) وقد لجأ القانون الفرنسي في هذا الصدد إلى تحديد تحكي لا معنى له . فجاء في المادة ١١١٣ منه يقول : « يكون الإكراه سبباً لبطلان العقد ، ليس فقط عندما يقع على المتعاقد ، بل أيضاً عندما يقع على زوجه أو فروعه أو أصوله » . وبرغم صراحة هذا النص ، فالفقه الفرنسي الحديث ، في مجموعه ، لا يتفق بحرفيته . وهو يسير على أن الإكراه يعتبر قائماً ومفسداً لرضاء ضحيته ، حتى لو كان الشخص الذي هدد بإيذاته من غير الأشخاص المذكورين في القانون . وفي سبيل التوفيق بين الحكم الذي يقوله به الفقهاء وبين نص المادة ١١١٣ فرنسي ، يقول البعض منهم إن تلك المادة لم تذكر الأشخاص الذين أوردتهم إلا على اعتبار أنها تقيم قرينة قانونية على أن تهديد المتعاقد بايذائهم يعتبر إكراهاً ، تمشياً مع الغالب وقوعه في حياة الناس . ومن ثم فلا يقع عليه عبء إثبات أن تهديده بايذائهم ولد في نفسه رهبة دفعته إلى التعاقد . أما بالنسبة إلى من لم تذكرهم المادة ١١١٣ فرنسي ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من اعتبار تهديد المتعاقد بايذائهم إكراهاً له . ولكن يلزمه هنا إقامة الدليل على أن هذا التهديد ولد في نفسه الرهبة التي دفعته إلى التعاقد . تأسيساً على أن القرينة المستمدة من المادة ١١١٣ لا تظلمهم . أما البعض الآخر من الفقهاء ، فقد كانوا أكثر جرأة : بحيث اكتفوا بالقول بأن الأشخاص الذين أوردتهم المادة ١١١٣ فرنسي مذكورون فيها على سبيل مجرد التمثيل لا احصر (راجع في ذلك Marty et Raynaud ، المراجع السابق ، نبذة ١٤٣ - Planiol, Ripert et Esmein ، ج ٦ نبذة ٩٣ - H. L. et J. Mazeaud المراجع السابق نبذة ١٠٥ - Beudant et Lagarde ج ٨ نبذة ١٢٩ - Encyc daloz, dr, civil تحت كلمة Violence رقم ١٢ .

وقد جاءت المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى تقول إن الإكراه يقوم إذا كان من شأن الظروف أن تجعل الشخص يعتقد أن خطراً جسيماً حلاً يهدده هو أو أحد أقاربه ، من غير أن تحدد درجة القرابة ، تازكة هذا التحديد للقضاء . وفي لجنة المراجعة ، أبدلت عبارة « أو أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » . بعد أن لاحظ - وبحق - أحد الأعضاء أن القرابة قد تكون أوسع مما ينبغي في حالات معينة ، كما أنها قد تكون أضيق مما ينبغي في حالات أخرى . فقد يكون للشخص « صديق أعز عليه من أقاربه » . وهكذا جاءت المادة ١٢٧ مدني مصري خلو من اشتراط القرابة فيمن يعتبر تهديدنا بايذائهم إكراهاً لنا (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ في تعليقها على المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى) .

قد لا يهتم الإنسان منا أقرب الناس إليه ، فلا يستشعر الخوف من أن يصيبه فادح الأذى . بل لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تتولد الرهبة في نفس المتعاقد ، نتيجة تهديده . بالحاق الأذى بذات الشخص الذي يكرهه على إبرام التصرف لصالحه . ومثال ذلك أن يهدد شخص أمه بعزمه على الانتحار ، ان لم تهبه منزلها أو أرضها .

هكذا نخلص إلى أن الرهبة التي يتضمنها الإكراه تعتبر قائمة حقيقة في نفس المتعاقد ، أو قائمة على أساس كما تقول المادة ١٢٧/٢ ، كلما كان من شأن ظروف الحال أن تصور له أن خطراً جسيماً لا قبل له بتحملة أو دفعه . يتهده هو أو غيره ، ممن يأثر فيه إيذاؤهم ، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال أو في أى شيء آخر ، حتى لو كان هذا الخطر وهمياً لا وجود له في الحقيقة . فيكفى أن يكون من شأن وسائل الإكراه ، في الظروف التي بوشرت فيها ، أن جعلت المتعاقد يستشعر الخوف من أذى جسم يتهده أو يتصور أن يتهده في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، طالما تصور أنه لا قبل به إلى دفعه ولا سبيل له إلى تحمله . ويتوجب هنا الاعتداد بالظروف الشخصية^(١) المتعلقة بكل متعاقد على حدة . فلا يوجد معيار موضوعي عام يحدد لنا متى تكون الرهبة قائمة على أساس في نفس المتعاقد ، ومتى لا تكون . فالمسألة لا تعدو أن تكون أمراً شخصياً ، أى يتعلق بنفس المتعاقد الذي كان ضحية الإكراه ، من حيث تصوره للخطر الذي يتهده ، ومن حيث أثر هذا الخطر على نفسه . وهكذا فمعيار جسامة الإكراه ليس معياراً موضوعياً عاماً in abstracto ، ولكنه معيار شخصي in concreto ، أساسه ذات الشخص الذي وقع ضحية الإكراه . وفي هذا يتشابه القانون المدني المصري مع القانون المدني الفرنسي^(٢) ، ولكنه يتخالف مع القانون

(١) أنظر نقض ١٥/٢/١٩٦٦ طعن ٣١/١١٧ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٨٧ رقم ٣٨ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ٢٤/٣/١٩٧٥ طعن رقم ١١/١٩٧٣ أحوال شخصية ، مجموعة نوازل التمييز في المدة من ١/١١/٧٢ حتى ١/١٠/٧٩ .

(٢) والحقيقة أن المادة ١١١٢ فرنسي جاءت ، في صدد المعيار الواجب مراعاته لقيام الإكراه متسمة بشيء من الغموض . ففي حين أن الفقرة الأولى من هذه المادة تتطلب في الإكراه أن يكون من شأنه أن يؤثر في الرجل المعقول أى العاقل l'homme raisonnable ، نجد أن الفقرة -

الرومانى (١).

وغنى عن البيان أن الناس يتفاوتون فى تصورهم للأخطار التى تهددهم ، أو التى يتخيلون أنها تهددهم ، وفى أثر هذه الأخطار عليهم . ثم إن للظروف التى تحيط بهم أثرها فى هذا الصدد . فالرجل عادة أكثر شجاعة من المرأة ، والشاب أقوى احتمالاً من الشيخ الهرم ، وقوى الأعصاب أقل تأثراً من ضعيفها ، والمرأة البسيطة الساذجة تهاب أموراً يراها المتعلم أو المتنور مجرد خزعبلات ، كالتهديد بالسحر وأعمال الدجل والشعوذة . والتهديد فى مكان منعزل أقوى مفعولاً منه فى مكان آهل بالناس ، إلى غير ذلك كله من الظروف التى تؤثر فى الشخص من حيث توليد الرهبة والخوف فى نفسه . وعلينا أن نتناول كل حالة على حدة ، مقتدين بمقياس شخصى ، قوامه ذات الشخص الذى يتمسك بالإكراه . من حيث جنسه وسنه وصحته أو ضعفه . وشجاعته أو جبنه وعلمه أو جهله ورزاقته أو خفته . إلى غير ذلك كله من الصفات التى يتسم بها . ثم نحدد بعد ذلك ما إذا كان من شأن الظروف الملازمة أن تبعث فى نفسه الرهبة أو لا تبعثها . فإذا تبين للقاضى ، فى الحالة المعروضة عليه . أن الرهبة قد تولدت بالفعل فى نفس المتعاقد . وأنها هى

الثانية تستوجب مراعاة سن المتعاقد وجنسه وحالته . وهكذا فالفقرة الأولى تأخذ بالمعيار الموضوعى ، فى حين أن الفقرة الثانية تثير المعيار الشخصى . وكان نتيجة هذا التعارض أن يختلف الفقهاء الفرنسيون . ولكن الرأى الراجح الآن يسير على المعيار الشخصى ، أى يتخذ ضحية الإكراه نفسه أساساً لمحكّم (انظر على وجه الخصوص : Mazeaud ، المرجع السابق ، نبذة ٢٠٤ - Marty et Raynaud المرجع السابق ، نبذة ١٤٢) . والقضاء الفرنسى بدوره يسير على هذا الرأى (راجع على الخصوص : نقض مدنى ٣ نونبر ١٩٥٩ ، Gez; Pal ١٦-١٩٠٤ ، نقض - عرائض - ١٧ نونبر ١٩٢٥ ، سبرى ١٩٢٦ - ١ - ١٢١ وتعليق Breton) . (١) والقانون الرومانى - تأثراً منه يكون الإكراه قد نشأ تحت ظله باعتباره جريمة جنائية ، قبل أن يتطور إلى كونه عيباً يشوب الرضاء ويؤدى إلى إبطال العقد - كان يقول بالمعيار الموضوعى . فهو يستلزم ، لقيام الإكراه المبطل للعقد ، أن يكون من شأنه أن يؤثر فى أشجع الشجعان من الناس *constantissimam virum* . والفقه الإسلامى ، بخلاف القانون الرومانى ، يأخذ بالمعيار الشخصى فى الإكراه ، وإن تطلب ، فى مجموعه ، شيئاً من التناسب بين الأذى الذى يهدد المتعاقد والأمر الذى يجبر على إتيانه ، بحيث إن الإكراه لا يعتبر متوافراً ، إلا إذا كان المتعاقد ، بإبرامه التصرف الذى أجبر عليه ، قد درأ عن نفسه أذى أكبر .

التي دفعته إلى التعاقد ، وجب عليه أن يعتبر الإكراه قائماً ، حتى لو كان غيره من الناس ، أو حتى لو كان الرجل العادي ، في نفس الظروف ، لا يستشعر أية رهبة . فالمعيار الذي يجب مراعاته هنا هو معيار شخصي . أساسه المتعاقد نفسه الذي كان ضحية الإكراه . وليس معياراً موضوعياً مجرداً ، كما سبق لنا أن بينا . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٧/٣ مدني بأنه : « ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامه الإكراه » .

يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لقيام الإكراه ، أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة قائمة حقيقة في نفس المتعاقد . وتعتبر الرهبة كذلك ، كلما كان من شأن الظروف المحيطة بالمتعاقد : ومع مراعاة حالته هو الشخصية من حيث جنسه وسنه وجميع مظاهر إنسانيته الأخرى ، أن صورت له بالفعل خطراً جسيماً : لا قبل له بدفعه ولا سبيل له إلى تحمله : يهدده هو أو غيره في النفس أو العرض أو الجسم أو الشرف أو المال أو أى شيء آخر (١) .

وعبء إثبات كون الرهبة على أساس يقع بطبيعة الحال على من يتمسك

(١) وقد سارت محكمة النقض في العديد من أحكامها ، وهي بصدد تحديد ماهية الإكراه الموجب لإبطال العقد ، على قولها إن : « الإكراه المبطل للرضا إنما يتحقق بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول مالم يكن ليقبله اختياراً » (انظر : نقض ٢٢ يناير ١٩٧٤ ، طعن ٣٨/٣٦٥ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨ رقم ٣٦ - نقض ١٩٧٠/٦/٩ : مجموعة النقض س ٢١ حصص ١٠٢٢١ رقم ١٦٣) . ويلاحظ على قضاء محكمتنا العليا - وقد جاء في صورة تقرير المبادئ العامة - الأمران الآتيان : (١) تصف المحكمة الخطر الذي من شأن الإكراه أن يهدد به ضحيته بالهدق ، الأمر الذي من شأنه أن يثير الشبهة في وجوب أن يكون حالاً . وهذا الوصف ، وإن كان منقولاً من ذات نص المادة ١٢٧/٢ ، إلا أنه غير سليم على نحو ما سبق لنا أن بيناه في المتن ، إذ أن المقصود هو أن تكون الرهبة ذاتها هي المهددة بالمتعاقد لا الخطر نفسه . (٢) جاء في قضاء النقض أن الخطر الذي ينشأ عن الإكراه يلحق المتعاقد في نفسه أو في ماله ، في حين أنه يمكن له أيضاً أن يلحق أى شخص من الغير ، إذا كان من شأن التهديد بإيذائه أن يولد الرهبة في نفس المتعاقد على نحو ما بيناه في المتن .

بالإكراه بغية إبطال العقد . ولهذا أن يقيم الدليل على ما يدعيه بكل طرق الإثبات ، ولو كان العقد رسمياً . والأمر من بعد متروك لقاضي الموضوع ، يفصل فيه في رحاب سلطته التقديرية ، بغير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سائقة من شأنها أن تحمله^(١) .

ولإى جانب كون الرهبة قائمة حقيقة أى على أساس ، يلزم أن يتوافر فيها أمر آخر ، هو أن تكون قد بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق^(٢) (المادة ١٢٧/١) . فإن كانت قد بعثت بحق ، ما اعتبرت إكراهاً^(٣) . ولكن متى تعتبر الرهبة بغير حق ؟

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ طعن ٤١/١٧٢ ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٨١٥ رقم ١٥٧ - نقض ١٩٧٦/١/٢٦ طعن ٤٠/٦٥٥ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٣٠١ رقم ٦٨ - نقض ١٩٧٤/٦/١٢ طعن ٤٠/١٢ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٠٣٥ رقم ١٧١ - نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ طعن ٣٨/١ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٣٣٦ رقم ٥٩ - نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ طعن ٣٦/١٤٢ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ - نقض ١٩٧٠/٦/٩ طعن ٣٦/١٤٢ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ١٠٢٢ رقم ١٦٣ - نقض ١٩٦٦/٢/١٥ طعن ٣١/١٧٧ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٨٧ - نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ رقم ٢٣٣ . (٢) وفي ذلك يتجاوب قانوننا مع الفقه الإسلامى الذى يبشر بأن الإكراه بحق أو ما يطلق عليه تحت ظله « الجبر الشرعى » يقع غير مؤثر على العقد .

(٣) استلزام أن تكون الرهبة قد تولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق ، على نحو ما يقول القانون المصرى (المادة ١٢٧/١) ، لكى يقوم الإكراه المفسد للرضا ، لا يتفق مع هذا الميـب في جوهره وأساسه . فجوهر الإكراه يتمثل في أن المتعاقد يرتضى العقد تحت تأثير الخوف والرهبة اعتباراً بأن رضاه هنا لا يجـى حراً مختاراً . وتستوى الرهبة ، في أثرها على إرادة المتعاقد ، سواء أ جاءت بحق ، أى كانت مشروعة ، أم بغير حق ، أى غير مشروعة . ففي كلتا الحالتين نجد المتعاقد يستشعر الخوف من الأذى ، فيلجأ إلى إبرام العقد بغية أن يتفاداه . فوصف الشرعية أو عدم الشرعية ، الذى يمكن للرهبـة أن تنقسم به ، ليس له أدنى تأثير عليها في ذاتها ، ولا على كونها تتمثل أمراً يدفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، درءاً للخطر الذى يهدده . والحقيقة أن استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، أو ما يسمى بالإكراه غير المشروع *violence injuste* ، يرجع في أصله ، في القانون المعاصر ، إلى القانون الرومانى . وهو أمر ناتج من أن الإكراه بدأ عند الرومان باعتبار أنه جريمة جنائية ، ثم تطور بعد ذلك إلى أن وصل إلى كونه عيباً يشوب رضاء المتعاقد ، ويجعل عقده بالتالى قابلاً للإبطال . وقد أراد Domat - وهو من أكبر فقهاء القانون الفرنسى القديم - أن يجعل من الرهبة التى تتولد بحق إكراهاً يعيب الرضاء، على قدم المساواة مع الرهبة التى تتولد في نفس المتعاقد بغير حق . وكان =

تعتبر الرهبة بغير حق ، إذا كان القانون لا يسمح للشخص بأن يعيها
في نفس المتعاقد معه . فالقانون . في بعض الأحيان ، وفي حدود معينة .

= دافعه إلى ذلك ، على وجه الخصوص ، منع الدائن من أن يهدد مدينة بمقاضاته ، حتى يحمله على أن يدفع له دينه ، إعمالاً لقاعدة أنه لا يجوز للشخص أن يقر العدل لنفسه بنفسه . ولم يأخذ Pothier - وهو بدوره من أكبر فقهاء القانون الفرنسي القديم وأكثرهم تأثيراً على واضعي مدونة نابليون - برأى زميله Domat ، ناصحاً منحي القانون الروماني ، مطلباً مثله ، لقيام الإكراه ، أن تكون الرهبة قد تولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق ، ثم جاءت مدونة نابليون ، ونحت بدورها منحي القانون الروماني . صحيح أنها لم تستلزم صراحة أن يحجم الإكراه غير مشروع ، ولكنها جاءت ، في المادة ١١١٤ منها ، تقول إن مجرد الخشية التأديبية Crainte révérentielle نحو الأب أو الأم أو أي أصل آخر ، من غير مباشرة أي إكراه ، لا يكفي لإبطال العقد . وانطلاقاً من اعتبار الخشية التأديبية نحو الآباء تتمثل رهبة مشروعة ، وصل القضاء الفرنسي إلى استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، لقيام الإكراه كسبب يشوب الرضاء ، ويجعل العقد قابلاً للإبطال . في كل الأحوال . أما إذا كانت الرهبة بحق ، وبعبارة أخرى إذا كان الإكراه مشروعاً ، فإرادة المتعاقد لا تعتبر متعيبة . وبالتالي يكون العقد غير مهدد بالإبطال . والقضاء الفرنسي يسير على أن الرهبة تعتبر بحق وأن الإكراه بالتالي يعتبر مشروعاً . فلا يجعل العقد قابلاً للإبطال . كلنا كان للمتعاقد الحق في أن يبعث الرهبة في نفس غريمه ، شريطة أن يستعمل هذا الحق في حدود الغرض الذي تقرر له من أجله ، من غير شطط أو إساءة أو إسراف . وإعمالاً لهذه القاعدة ، قضت المحاكم الفرنسية بعدم قيام الإكراه المعيب للرضاء في الحالة التي يهدد فيها الدائن مدينة بمقاضاته . حتى يحمله على دفع الدين الذي له عليه ، أو تحرير سند به ، أو تقديم كفيل يضمنه (انظر من أحكام القضاء الفرنسي في هذا الصدد نقض - عرائض - ١٧ نوفمبر ١٩٢٥ ، سيري ١٢١/١/١٩٢٦ وتعليق Chambéry - Breton ١٥ مايو ١٩٤٤ ، ١٩٦١ Bull. Civ ، ١١١/٢/١٩٤٤ Gaz. pal. - نقض فرنسي مدني ٥ يونيو ١٩٦١ ، ١٩٦١ Bull. Civ ، رقم ٢٨٩ ص ٢٣٠) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأب الذي يتقدم لكفالة دين على ابنه ، خشية إشهار إفلاسه . لا يحق له التمسك بإبطال الكفالة على أساس الإكراه (نقض مدني ١٨٧٩/٢/٢٥ ، سيري ١٨٧٩ - ١ - ١٧٣) . أما إذا كان القانون يبيح للشخص أن يهدد غريمه بأمر معين فبأنشر عليه هذا التهديد . ولكن من أجل الوصول إلى غرض يتجاوز ذلك الذي أباح القانون التهديد من أجله . فإن الإكراه يعتبر متوافراً . ويقع العقد قابلاً للإبطال ، حيث إن الرهبة هنا تكون بغير وجه حق . وانطلاقاً من هذه الفكرة ، قضت المحاكم الفرنسية بأن الزوج الذي يفاجئ زوجته متلبسه بالزنى ، فيهددها بالتبليغ . فتندفع هي ، خشية العقوبة والفضيحة ، إلى أن تحرر له سنداً بدين ليس عليها في الحقيقة ، فإن تصرفها هذا يقع قابلاً للإبطال على أساس الإكراه (نقض - عرائض - ١٩٠٣/٤/٦ ، سيري ١٩٠٤ - ١ - ٥٠٥ وتعليق Naquet . وقضت كذلك بأن الشخص الذي يعطى لآخر مبلغاً من المال ، تحت سيف تهديده بإيابه بتبليغ =

يجب للشخص بأن يسلط على المتعاقد معه سيف الخوف والرهبة ؛ فإن فعل .
بغية الوصول إلى الغرض الذي سمح القانون بالتهديد من أجله لا أكثر ،
ومن غير شطط أو إسراف أو تعسف ، ورضخ غريمه لما طلبه منه ، ما استطاع
هذا الأخير أن يدعى أنه كان مكرهاً على إجراء التصرف الذي أبرمه . ومثال

= السلطات الفرنسية عن أنه تسبب في جعل سلطات الاحتلال الألماني تمتلئ ، يكون له الحق في
إبطال التصرف الذي التزم بمقتضاه باعطاء المبلغ ، تأسيساً على الإكراه (نقض مدني ١٩٥٤/٦/٣٠
Sem. jur. ١٩٥٤ ، ٨٣٢٥) . وانظر أيضاً : نقض مدني فرنسي ١٩٥٩/١١/٣ .
Gaz. pal. ١٩٦٠-١-١٦ و منشور أيضاً في دالوز ١٩٦٠ ص ١٨٧ مع تعليق Holleaux ،
و منشور كذلك في Rev. trim. dr. cv. ١٩٦٠ ص ١٩٥ مع ملاحظات Mazeaud .
ويسير القضاء المصري ، وعلى رأسه محكمة النقض ، في نفس الاتجاه الذي يسير عليه القضاء
الفرنسي ، فيتطلب بدوره ، لإعمال الإكراه ، أن يكون غير مشروع ، بمعنى ألا يكون
مستنداً إلى حق . انظر في ذلك : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ طعن ١٧٢/٤١ مجموعة النقض س ٢٧
ص ٨١٥ رقم ١٥٧ . وقد جاء في هذا الحكم : « مفاد نص المادة ١٢٧ من القانون المدني
أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق ، على ما جرى به قضاء هذه المحكمة (١٩٧٠/١٢/٨) ،
مجموعة النقض س ٢١ ص ١٢١٢ - ١٩٧٣/٢/٢٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٤
ص ٣٣٦) إلا بتهديد المتعاقد المكره بخاطر جسيم محقق بنفسه أو بماله ، أو باستعمال وسائل
ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله
على الإقرار بقبول ما لم يكن يتقبله اختياراً . ويجب أن يكون الضغط الذي تتولد عنه في نفس
المتعاقد الرهبة غير مستند إلى حق . وهو يكون كذلك إذا كان الهدف هو الوصول إلى شيء غير
مستحق ، حتى لو سلك في سبيل ذلك وسيلة مشروعة » . ويلاحظ في واقع الدعوى التي صدر
فيها الحكم السابق أن المكره (مؤجر دكان) استعمل وسيلة مشروعة ضد ضحية الإكراه (مستأجر
الدكان) تتمثل في تنفيذ حكم صادر له بالطرد ، للوصول إلى غرض غير مشروع وهو قبول ضحية
الإكراه (المستأجر) التنازل عن استئناف كان قد رفعه ضد حكم صادر ضده بعدم إنقاص الأجرة .
وقضى الحكم بحق بتوافر الإكراه . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٦/١/٢٦ طعن ١٩٧٤/١/٢٢ ،
مجموعة النقض س ٢٧ ص ٣٠١ رقم ٦٨ . وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ،
طعن ٣٨/٣٦٥ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨ رقم ٣٦ . وقد صدر هذا الحكم في قضية تتلخص
وقائعها في أن شخصاً استصدر لصالحه حكماً بطرد المستأجر من العين المؤجرة (عين مؤجرة
لتكون مدرسة) ، فهدد المحكوم ضده بتنفيذ هذا الحكم ، وجعله تحت سيف هذا التهديد يبيع
له المباني التي أقامها على العين المؤجرة بشمن بنحس ويرتضي زيادة الأجرة . وقد قضى الحكم
بتوافر الإكراه المبطل للعقد ، برغم أن المؤجر استعمل وسيلة مشروعة ، وهي تنفيذ الحكم
بالطرد ، تأسيساً على أنه استهدف غرضاً غير مشروع ، « وهو ابتزاز ما يزيد على حقه » .

الحالة التي نحن بصدددها أن القانون يبيح للدائن أن يهدد مدينه بمقاضاته أو بالتنفيذ على أمواله أو بشهر إفلاسه ، استيفاء لحقه منه . فإن هدد الدائن مدينه بأمر مما سبق ، بغية استيفائه دينه لا أكثر . وأدى هذا التهديد بالمدين إلى أن وفى الدين ، أو أجرى أى تصرف آخر يستهدف ضمان الوفاء به . كإبرام الرهن . كان تصرفه صحيحاً . وما استطاع الطعن فيه على أساس الإكراه ، حتى لو كان هو فى حقيقة الواقع قد أكره على إجرائه^(١) و^(٢) . إذ أن القانون يمنح الدائن هنا سلطة تهديده ، فالرهبة التي تقوم فى نفسه . نتيجة لهذا التهديد ، تكون بحق . وقد قدر المشرع أن المصلحة فى أن يتغاضى عن فساد الرضاء إذا جاء نتيجة رهبة تولدت بحق . وبعبارة أخرى . نتيجة إكراه مشروع^(٣) . وبعبارة فقهاء المسلمين . نتيجة جبر شرعى .

(١) وقد تضمن المشروع التهديد للقانون المدنى المصرى نصاً يتضمن هذا الحكم ، وهذا هو نص المادة ١/١٧٨ . الذى يقضى بأنه : « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق ، ما لم يستغل الضيق الذى وقع فيه الطرف المهدد . فيبتز منه ما يزيد كثيراً على ما فى ذمته من حق » . وقد حذف هذا النص ، لعدم الحاجة إليه (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ١٨٥) .

(٢) انظر استئناف القاهرة ٢٨ فبراير ١٩٦١ المجموعة الرسمية س ٦٠ رقم ٦ ص ٤٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه يشترط فى الإكراه المبطل للعقد أن تكون الوسائل المستعملة غير مشروعة ، ويقصد بها الوصول إلى أغراض غير مشروعة . ومن ثم فالضغط من شخص على آخر عن طريق المطالبة بحق له عليه . بحيث لا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه . لا يبطل العقد بالإكراه . وقد نصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأب الذى يتقدم لضمان دين على ابنه خوفاً من مقاضاة هذا الابن ، لا يستطيع أن يعطى فى عقد الكفالة بالإكراه (استئناف مختلط ٣ يونيه ١٩٢١ ب ٢٣ ص ٣٥١) . وقضت أيضاً بأن انصياع الشركة لدائنيها وتقديم ضمانات لم تكفل الوفاء بديونهم عليها لا يخلو الطعن فى تصرفها بالإبطال تأسيساً على الإكراه (استئناف مختلط ٢٤ يونيه ١٩٢٤ ب ٢٦ ص ٤٧٩) . وانظر من أحكام القضاء الفرنسى ما سبق لنا أن أشرنا إليه فى ص ٣٦٤ هامش ٣ .

(٣) وتكرر هنا أن الرهبة . ولو تولدت بحق فى نفس المتعاقد ، من شأنها أن تفسد رضاه ، إذ أن رضاه هذا لا يأتى حراً مختاراً ، كما أننا نقرر أن استلزام كون الرهبة متولدة بغير وجه حق لقيام الإكراه المبطل للعقد . يرجع فى أصله التاريخى فى القانون المعاصر ، للقانون الرومانى ، حيث كان يعتبر الإكراه جريمة جنائية .

وقد جاء أستاذنا الكبير السهورى يحاول تبرير استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، وبعبارة =

والرأى السائد في الفقه يتخذ من الغرض المراد الوصول إليه معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة المتولدة عن الإكراه بحق أو بغير حق . فإن كان هذا الغرض غير مشروع ، اعتبرت الرهبة بغير حق ، حتى لو كانت

= أخرى أن يكون الإكراه غير مشروع . وهو في ذلك يبدأ الأمر المسلم ، والذي مؤداه أن الإكراه ، مشروعاً كان أم غير مشروع ، يضغط على الإرادة ويفسدها ، وأنه يجوز بالتالي ، وفقاً لمنطق الإرادة ذاته ، إبطال العقد ، حتى في الحالة التي يكون الإكراه فيها مشروعاً . ولكن في هذه الحالة الأخيرة ، إذا تمسك العاقد المكروه بالإبطال يكون قد فوت على العاقد الآخر الغرض المشروع الذي أراد الوصول إليه بالإكراه المشروع الذي جأ إليه ، ويعتبر هذا منه تعسفاً في استعمال حق الإبطال . والتعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض . وغير تعويض ما كان عينياً . فيمنع العاقد المكروه من طلب الإبطال . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبق ، لا على أساس الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة (راجع السهوري ، الوسيط ج ١ طبعة ٢ ، ص ٢٧٠ هامش ٢) .

وهذا القول من أستاذنا محل نظر عندنا . فن ناحية ، نجد أن تأسيس بقاء العقد في حالتنا . بحرمان المتعاقد المكروه من إبطاله ، على فكرة التعويض عن العمل غير المشروع أمر غير سائق . فلا يمكن القول هنا بأن المتعاقد المكروه له حق إبطال العقد . ولكنه يعتبر متعسفاً إذا استعمله . فالمتعاقد هنا وقع بالفعل ضحية الإكراه . وقد تعيبت إرادته حقيقة . فكيف يعتبر متعسفاً في استعمال حق الإبطال ، إذا كان هو بذلك يسعى إلى الخلاص من عقد لم تأت إرادته حرة في إبرامه ! ولا يقبل عنه أن يوصم بالتعسف لمجرد أن إبطال العقد ينقض الغرض المشروع الذي سعى غرضه إليه عن طريق تهديده . بقيت فكرة الإرادة الظاهرة التي أثارها الأستاذ الكبير ، ليؤسس عليها بقاء العقد الذي يبرمه المتعاقد تحت تأثير الإكراه المشروع ، أو الرهبة التي تتولد بحق . وهي بدورها فكرة غير مقبولة أصلاً . لأنه لا توجد هنا إرادة ظاهرة تخالف إرادة حقيقية . فتماماً إرادة واحدة . وهي الإرادة الحقيقية . ما دام التعبير عن الإرادة جاماً مطابقاً تماماً لقصد صاحب . كل ما في الأمر أن تلك الإرادة الحقيقية لم تأت عن حرية واختيار ، وإنما عن ضغط وإجبار . والحقيقة أن تطلب أن يكون الإكراه غير مشروع . وبعبارة أخرى تطلب أن تكون الرهبة بغير حق ، لثبوت حق طلب إبطال عقد المكروه . يرجع في أصله التاريخي للقانون الروماني . كما ذكرنا . وهو التبرير الذي يقف عنده الفقهاء الفرنسيون : أما في القانون المصري . فأسند في حاجة إلى كل هذا المنه لتبرير أن يكون الإكراه غير مشروع . ذلك لأن مجرد تعيب إرادة المتعاقد . تحت ظل هذا القانون . لم يعد كافياً لثبوت حق إبطال العقد ، حتى لو ثبت أن العيب هو الذي دفع المتعاقد إلى إبرامه . بحيث إنه ما كان ليتعاقد لولا . فثمة شروط أخرى يتطلبها المشرع . لاعتبارات معينة قدرها . كاستقرار المعاملات ومقتضيات العدالة . ومن أهم هذه الشروط اتصال العيب بالمتعاقد الآخر . على نحو أو على غيره . فليس عجيباً بعد ذلك أن يأتي المشرع المصري . فيتطلب في الإكراه المبطل للعقد أن يكون غير مشروع . حيث إنه فضل هنا — =

وسيلة الإكراه في ذاتها مشروعة . أما إذا كان الغرض المراد الوصول إليه مشروعاً . اعتبرت الرهبة بحق . حتى لو كانت وسيلة الإكراه غير مشروعة ، ما لم تصل إلى حد ارتكاب الجريمة .

وإعمال هذا المعيار يؤدي بنا إلى وجود صور أربع في مجال الإكراه هي الآتية :

(أ) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع : ومثال هذه الحالة تهديد الشخص بالقتل أو بخطف ابنه أو بالتشهير به أو بإثارة فضيحة حوله : من أجل الوصول إلى حمله على إبرام تصرف لا يلتزم بإجرائه ، كإعطائه مبلغاً من النقود لمن يهدده . وحمله على أن يبيع له ماله . من غير أن يكون له حق لا في هذا الأمر ولا في ذلك . ويرى الفقه السائد أن الإكراه يتوافر في هذه الحالة . ولا جدال في صحة هذا الرأي . بل أن الإكراه يتواجد هنا في أبشع صوره .

(ب) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع : ومثال ذلك أن يهدد الدائن مدينه بمقاضاته أو بالتنفيذ على أمواله أو بشهر إفلاسه ، حتى يحمله على دفع الدين الذي له عليه^(١) أكثر . أو تحرير سند به ، أو تقديم رهن أو كفالة لضمانه . والفقه السائد يرى في هذه الحالة أن الإكراه لا يتوافر . لا اعتبار الرهبة المتولدة عنه بحق . ولا جدال أيضاً في صحة هذا الرأي . والقضاء يجمع عليه سواء في فرنسا^(١) أو في مصر^(٢) .

(ج) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع : ومثال هذه الحالة أن يهدد شخص آخر بالتبليغ عن جريمة ارتكبها . ليحمله على

= وبحق - مصلحة المتعاقدين الآخر . طالما أنه استعمل حقاً يقرره له القانون في تهديده غريمه ، في حدود الغرض المحدد ، ومن غير شطط أو إصراف أو إساءة . وفضلاً عن ذلك فالمرجع ، بتقريره أن الإكراه المشروع لا يؤثر في النعقد . يتجاوب معائفه الإسلامى الذى يقضى بأن الإكراه ينعق ، أو ما يطلق عليه فيه « الجبر الشرعى » يقع غير مبطل للنعقد .

(١) انظر الأحكام المشار إليها في الهامش (٣) من صفحة ٣٦٤ .

(٢) انظر الأحكام المشار إليها في الهامش ٢ من صفحة ٣٦٧ .

أن يعطيه مبلغاً من المال لاحق له فيه ^(١) ، أو أن يهدده بأن ينفذ على أمواله بمقتضى دين له ، إن لم يبيع له أرضاً لاعلاقة لها بالدين ^(٢) . والفقه السائد يرى الإكراه متوافراً هنا ، اعتباراً بأن الرهبة المتولدة عنه بغير حق . ولا شك أن هذا الرأي بدوره صحيح . والقضاء في فرنسا وفي مصر : وعلى رأسه محكمة النقض ، مجمع عليه ^(٣) .

(د) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع ، والمثال الذى يعطى عادة لهذه الحالة أن تهدد امرأة عشيقها بالتشهير به لدى خطيبته أو زوجته إن لم يدفع لها مبلغاً من المال ، تعويضاً لها عما نالها من ضرر ^(٤) . ويرى أكثر الفقهاء هنا أن الإكراه لا يتوافر ، إلا إذا كان الأمر المهدد به ينطوى على جريمة ^(٥) . كما إذا كان تهديد المرأة عشيقها

(١) راجع نقض فرنسى - عرائض - ٦ إبريل ١٩٠٣ وتعليق Naquet ، سرى ١٩٠٤ - ١ - ٥٥٥ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم ببطلان سند حررقه زوجته لزوجها بدين عليها له ، حالة كونها غير مدنية في الحقيقة ، وذلك على أثر تهديده إياها برفع دعوى الزنى ضدها . وقد أسس الحكم الإبطال على الإكراه .

(٢) راجع نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، مجموعة النقض س ٥ ص ٢٠٨ السابقة الإشارة إليه . (٣) انظر من أحكام النقض المصرية : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ ، مجموعة النقض س ٢٧ ص ٨١٥ - نقض ١٩٧٦/١/٢٦ ، مجموعة النقض س ٢٧ ص ٣٠١ - نقض ١٩٧٤/١/٢٢ . مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨ . وانظر من أحكام القضاء الفرنسى : نقض مدنى ١٩٥٤/٦/٣٠ ، ١٩٥٤ Sem. Jur. ، ٨٣٢٥ - نقض مدنى فرنسى ١٩٥٩/١١/٣ ، ١٩٦٠ Gaz. Pal. ، ١٩٦٠ ، ١٦٠١١ ، ١٩٦٠ Rev. trim. ، ومنشور أيضاً فى دالوز ١٩٦٠ ص ١٨٧ ، ومنشور كذلك فى Rev. trim. ١٩٦٠ ص ١٩٥ . والأحكام المذكورة فى هذا الهامش سواء أكانت مصرية أم فرنسية أشير إليها فيما سبق .

(٤) يلاحظ هنا أن التصرف الذى بمقتضاه يعطى العشيق لعشيته مبلغاً من المال ، يمد انتهاء العلاقة الآئمة ، وبغية تعويضها عما نالها من أضرار فى الماضى ؛ مثل هذا التصرف يعتبر . فى ظل القانون المعاصر ، صحيحاً . على اعتبار أنه لا يخالف النظام العام . بل إن البعض يعتبره واجباً أدبياً يرتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى . وذلك بخلاف الهبات التى يمنحها العشيق لعشيته . بغية حملها على بدء المعاشرة أو الاستمرار فيها ؛ فثل هذه الهبات تقع باطله ، لخالفها للنظام العام وحسن الآداب .

(٥) انظر من يقولون بهذا رأى : السهوى . المرجع السابق ، طبعة ٢ ص ٣٧٠ فى الهامش . ويرى الفقيه الكبير أنه ما دام الغرض مشروعاً ، فإن الإكراه المبطل للعقد لا يتوافر ، حتى لو استعملت وسائل غير مشروعة . وهو يرى أن هذه القاعدة « ليست فى الواقع إلا تطبيقاً -

بقتله . إذ أن الرهبة هنا . وإن تولدت بوسيلة غير مشروعة . إلا أن الغرض المقصود منها مشروع . ونحن لا نقر هذا الرأي . إذ أنه لا يسوغ للشخص أن يستعمل . في سبيل الوصول إلى حقه . وسيلة لا يجيزها له القانون ^(١) .

من هذا يتبين لنا أن الغرض المقصود من الإكراه لا يكفي وحده معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق . وإنما يلزم أن تضم إليه وسيلة الإكراه ذاتها . فالرهبة تعتبر بحق ، ومن ثم لا يتوافر الإكراه ، إذا استعملت وسيلة مشروعة . سعيًا وراء غرض مشروع . وتعتبر الرهبة بغير وجه حق . وبالتالي يقوم الإكراه ، إذا كان الغرض المستهدف غير مشروع .

أيًا ما كانت الوسيلة المستعملة . أي حتى لو كانت في ذاتها مشروعة . كما أن الرهبة تكون بغير حق أيضاً ويقوم الإكراه . إذا كانت الوسيلة غير مشروعة . حتى لو كان الغرض المستهدف منها مشروعاً .

== للمبدأ الذي يقضى بأن الغاية تبرر الوسيلة » . وهو يصل إلى حد تقرير أن للشخص أن يستقضى حقه بنفسه ، ما دام لا يتعسف في ذلك ، وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائي . وهذا القول من الفقيه الكبير يقتضى الوقوف عنده . فن ناحية ، لا يوجد في القانون مبدأ أن الغاية تبرر الوسيلة . بل إن هذا المبدأ يتناقض مع النزعة الخلقية التي تسود القواعد القانونية .

ثم إن القول بأن للشخص أن يستقضى حقه بيده غير سليم إطلاقاً . فهو يتناقض مع مبدأ قانوني أساسي ، وهو أنه لا يجوز للشخص أن يأخذ الحق لنفسه بنفسه ، أو أنه ليس للشخص أن يقر المدعى لنفسه بنفسه . ملاحظة أخيرة نسوقها على قول أورده الأستاذ الفذ السهوري في المجال الذي نحن بصددده ، ومؤداه أنه يجوز للشخص أن يهدد آخر - ولو بوسيلة غير مشروعة ، طالما أنها لا تصل إلى حد الجريمة - حتى يحصل منه « على الإقرار بالتزام طبيعي وتحويله إلى التزام مدني » .

وهذا القول محل نظر ، حتى لو سلمنا بأن لإكراه هنا مشروع . إذ أن من مقتضيات الالتزام الطبيعي أن لا يجبر في تنفيذه (المادة ٢/١٩٩ مدني) ، وإنما يترك أمر أدائه إلى محض أريحية المدين . فإن أجبر المدين بالتزام طبيعي على أدائه أو على التمهيد بأدائه مستقبلاً ، كان تصرفه غير صحيح ، حتى ولو لم يتوافر الإكراه بالمعنى القانوني الذي يجعل منه عيباً يشوب الرضاء . وانظر من يقولون بالرأي الذي نعارضه أيضاً : Demogue ، ج ١ ، نبذة ١٨٨ - Planiol, Ripert et Esmein ، نبذة ١٩٦ . وانظر من فقهاءنا المصريين : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٨١ .

(١) انظر في اتجاه الرأي الذي نقول به : Mazeaud ، المرجع السابق ج ٢ ، نبذة ٢٠٢ . وانظر أيضاً De Page ، المرجع السابق نبذة ٦٠ . حيث يرى أن الإكراه يتوافر إذا لجأ شخص ، في سبيل الوصول إلى حقه ، إلى التهديد باتخاذ إجراءات لا حق له فيها . ويقول في تقرير ذلك إن مشروعية الغرض لا تبرر استخدام العنف .

وتحديد ما إذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق : وبالتالي تحديد ما إذا كان الإكراه مشروعاً فلا يمس العقد . أو غير مشروع فيدمغه بالقابلية للإبطال : هذا التحديد يعتبر من مسائل القانون : فيخضع قاضي الموضوع في شأنها لرقابة محكمة النقض ^(١) .

١٧٥ - الشرط الثاني : الرهبة الدافعة إلى التعاقد :

يلزم أن تكون الرهبة التي تولدها وسيلة الإكراه هي الدافعة إلى التعاقد . بمعنى أنه لولاها لامتنع المكره عن إجراء التصرف .

وشرط كون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد بدسهي . ولا صعوبة فيه . إذ أن الإكراه لا يؤثر في العقد . إلا على أساس أنه يفسد الرضاء . وهو لا يعتبر كذلك . إلا إذا حمل المتعاقد بالفعل على التعاقد . فإن ثبت أن المتعاقد . كان ليبرم التصرف . وبنفس الشروط التي تم عليها . حتى لو لم يسلط عليه سيف التهديد . فإن الإكراه لا يعتبر مفسداً لرضائه . وفي هذا يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط .

١٧٦ - الشرط الثالث : اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر :

يلزم في النهاية . لإعمال الإكراه باعتباره عيباً يشوب الرضاء ويجعل العقد بالتالي قابلاً للإبطال . أن يكون متصلاً بمن يتعاقد مع المكره . ويعتبر الإكراه هكذا إذا وقع من نفس المتعاقد مع المكره . كما هي الحال الغالبة في العمل . بيد أن هذا ليس ضرورياً فيمكن أن يكون المتعاقد مع المكره عالماً بالإكراه أو كان مفروضاً عليه حتماً أن يعلم به . إن وقع من غيره . وهكذا نصل إلى أن الإكراه . كالتدليس تماماً . لا يعتبر مفسداً للرضاء . إلا إذا وقع من المتعاقد الآخر . أو كان هذا على علم به . أو كان المفروض

(١) انظر : نقض ١٩٧٤/١/٢٢ . طعن ٣٨/٣٦٥ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨ رقم ٣٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن « تقدير كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة هو من يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبنية في الحكم . لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانوني المعطى لواقعة معينة يترتب على ما يقع من الخطأ فيه الخطأ في تطبيق القانون . وانظر في نفس المعنى : نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ طعن ٣٨/١٣٦ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ رقم ٢٣٣ .

حتماً أن يعلم به . وفي هذا تقضى المادة ١٢٨ بأنه : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين . فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد . ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه » . ولا توجد في الحقيقة علاقة بين أثر الإكراه في إفساد الإرادة وبين الشخص الذى أصدره . أكان هو المتعاقد الآخر أم أجنبياً . ولا بين علم المتعاقد الآخر به أو جهله إياه . فالإكراه يفسد في واقع الأمر رضاء ضحيته مادام هو قد ولد رهبة في نفسه دفعته إلى التعاقد . دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان قد صدر من المتعاقد الآخر أم من غيره . أو بما إذا كان هذا المتعاقد الآخر يعلم به أو لا يعلم . ولكن المشرع لاحظ . من ناحية أخرى . أن العدالة تقتضى ألا يهدر العقد : إضراراً بصالح المتعاقد الآخر . إذا كان هذا الأخير حسن النية تماماً . بأن لم يقم بالإكراه ولم يعلم به عند التعاقد وما كان مفروضاً حتماً أن يعلم به وقتذاك . وحسب من وقع ضحية الإكراه هنا أن يرجع بالتعويض على من أكرهه .

ويلاحظ أن مقتضى التقييد بحرفية نص المادتين ١٢٧ و ١٢٨ أن يؤدى بنا إلى عدم إعمال نظام الإكراه . إلا إذا كان واقعاً من المتعاقد الآخر . أو كان هذا الأخير عالماً به أو كان المفروض أن يعلم به حتماً . بيد أنه يلزم التوسعة في ذلك والقول بإعمال الإكراه إذا وقع من النائب . كالولى والوصى والقيم والوكيل . لأن النائب . وإن كان لا يعتبر من الناحية القانونية هو المتعاقد . فهو الذى يمثله في إبرام العقد . وأغلب الظن أنه قد جاء سهواً من المشرع ألا يذكر النائب ليعطى الإكراه الواقع منه حكم الإكراه الحاصل من أصيله . على نحو ما فعله في خصوص التدليس (المادة ١٢٥ / ١) . وأياً ما كان الأمر . فينبغى هنا قياس الإكراه على التدليس . والقول بأنه يعيب مثله الرضاء ، ليس فقط إذا وقع من المتعاقد الآخر . بل أيضاً إذا وقع من نائبه . كما أننا نرى هنا وجوب التوسعة في المقصود بالنائب ليشمل كل من يكلفه المتعاقد بالعمل على إجراء الصفقة لحسابه كالسمسار المكلف والتابع^(١) .

(١) راجع ما سبق : نبذة ١٦٥ .

كما إنه يلاحظ أنه ، وإن كان من شأن حرفية نص المادتين ١٢٧ و ١٢٨ أن تقتضى وجوب توافر شرط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر في جميع أنواع التصرفات . إلا أننا نرى مع ذلك قصر تطلبه على المعاوضات وحدها . دون التبرعات . شأن الإكراه في ذلك شأن ما قلناه في صدد التدليس . وتأسيساً على نفس الاعتبارات (١) .

١٧٧ - أثر الإكراه :

بيننا فيما سبق شروط الإكراه . وإذا توافرت هذه الشروط . أنتج الإكراه أثره . ويتركز هذا الأثر في دمج العقد بالقابلية للإبطال لمصلحة من جاء رضاؤه متعيباً . أى لمصلحة الطرف الذى وقع ضحية الإكراه (٢) .

ويثبت حق طلب الإبطال للمكروه . سواء دفعه الإكراه إلى قبول التعاقد ذاته . أم اقتصر على حمله على قبول شروط أقسى وأشد وقرأ مما كان يقبل بها العقد من غيره : شأن الإكراه في ذلك شأن التدليس (٣) .

وإذا كان الإكراه يعتبر عيباً يشوب الرضاء . ويجعل بالتالى العقد قابلاً للإبطال ، فإن ذلك لا يجعلنا نفعل عن مكنون ذاته . من أنه يتمثل من صاحبه عملاً خاطئاً من شأنه أن يشغل مسئوليته التقصيرية . وعلى ذلك يجوز لمصلحة الإكراه . إلى جانب الخيار المتاح له بين التمسك بالعقد وإبطاله . أن يطلب التعويض عما ناله من ضرر ممن أوقع به الإكراه . إذا كان لهذا التعويض محل . وإذا وعينا هذا الأمر ، أدركنا أنه يجوز لمن يكره على إبرام عقد معين بشروط تهبطه الإبقاء على العقد ذاته ، إذا كان فيه رغباً ، بأن

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٦ .

(٢) وهذا الحكم . إن خالف السائد عند الشافعية والجعفرية . حيث يقع عقد المكروه باطلاً عندهم . وإن خالف ما يقول به فقهاء الحنفية من وقوع عقد المكروه موقوفاً أو فاسداً على خلاف بينهم . فهو يتفق مع مذهب المالكية ، حيث يبشرون بوقوع عقد المكروه منعقداً غير باطل ومصححاً غير فاسد . ونافاذاً غير موقوف ، ولكنه يكون غير لازم . حيث يثبت للمكروه خيار الفسخ .

(٣) راجع ما سبق . نبذة ١٦٨ .

لا يتمسك بإبطاله . ويتخلص في نفس الوقت من الشروط المبهضة التي أكره
على ارتضاؤها على أساس المسئولية التقصيرية ، إذا توافرت شروطها .
اعتباراً بأن ذلك يتمثل تعويضاً عينياً للضرر الذي أوقعه به الإكراه . وفي
ذلك يتشابه الإكراه مع التدليس .

١٧٨ - هل تصل الخشية الأدبية إلى مرتبة الإكراه؟

بعد أن بينا شروط إعمال الإكراه وأثره . يحسن بنا أن نتناول بعض
الحالات العملية التي ثار حولها الجدل . ومن هذه الحالات الخشية الأدبية .
أو السطوة الأدبية *Crainte révérentielle* التي يستشعرها شخص معين نحو
آخر . نتيجة ما يكتنه له من عظيم الاحترام والتقدير والإجلال . وهذه . على
وجه الخصوص . وبصفة عامة : هي حالة الابن بالنسبة إلى أبيه ، والمرءوس
بالنسبة إلى رئيسه ، والتلميذ في مواجهة أستاذه ، والمتدين مع رجل الدين .

في هذه الحالات ومثيلاتها : نجد أن ثمة نفوذاً أدبياً يكون لشخص على
آخر . للأب ، مثلاً ، على ابنه . وهذا النفوذ قد يولد في نفس من يقع عليه
رهبة قد تؤدي به إلى الانقياد والانصياع . فهل يعتبر ذلك إكراهاً ؟ لو أن
الأب ، مثلاً ، عرض على ابنه إجراء تصرف قانوني معين كبيع أو إيجار
أو هبة ، فرضخ الابن لمشبته أبيه ، وأجرى التصرف على نحو ماطلبه منه .
لمجرد الخشية من أن يغضبه . وبتأثير السطوة الأدبية عليه ، فهل يجوز هنا
للابن أن يطعن في التصرف بالإكراه ، بمقولة إنه أجراه تحت تأثير الخشية
التأديبية نحو أبيه . وبالتالي تحت سلطان رهبة تولدت في نفسه ؟

القاعدة في ذلك أن مجرد النفوذ الأدبي أو الخشية التأديبية أو السطوة
الأدبية لا يعتبر إكراهاً ، طالما لم يقترن به عمل مادي من أعمال التهديد
أو الضغط (١) . فالنفوذ الأدبي أو الخشية التأديبية أمر يستشعره المرء بذات

(١) وقد صرحت بهذا الحكم كثرة من القوازين . فالمادة ١١١٤ مدني فرنسي تقضي بأنه :
« مجرد الخشية الناتجة من الإجلال نحو الأب أو الأم أو غيرها من الأصول . ومن غير مباشرة
أي إكراه لا يمكن إطلاقاً لإبطال العقد » . وتقضي المادة ٥١ من قانون الالتزامات والعقود =

نفسه وعلى نحو تلقائي . ومن غير أن يعتمد الأب ، مثلاً . إلى أن يبعثه في نفس ابنه . في حين إنه ينبغي القول بأن الرهبة التي تعتبر إكراهاً هي تلك التي تُبعث في نفس صاحبها بفعل فاعل . وذلك واضح تماماً من نص المادة ١٢٧ / ١ التي حددت الإكراه على أنه التعاقد من شخص « تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه . . . » . ومن نص المادة ١٢٨ التي جاءت تقول : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين » .

والحقيقة أنه قد تواجدت . منذ بعض الوقت . في الفكر القانوني المعاصر . فكرة ترمى إلى التوسعة في نظام الإكراه : وجعله شاملاً لحالات

= المغربية (وتقابلها المادة ٥٥ تونسي) بأنه : « الخوف الناشئ من الاحترام لا يحول الإبطال إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية » . وتقضى المادة ٢١٢ لبناني بحكم مماثل . وقد جاء المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى متضمناً بدوره نصاً يعرّض بنفس الحكم . فقد قضت المادة ١٧٨ / ٢ منه بأنه : « ولا يعتبر مجرد النفوذ الأدبى ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وقد علقت المذكرة الإيضاحية على هذا النص بقولها : « ... والتجنيب الثانى خاص بالنفوذ الأدبى . وهو بمجرد لا يعيب العقد وإنما يعيبه إذا صحبه (الإكراه) وفقاً لعبارة المشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٠) ، أو إذا كان هناك تأثير غير مشروع . على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال أو إساءة الاحترام الواجب نواله أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ... الخ ، بقصد إبراز مغم فاحش أو منفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع ، يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عين معين من أعمال الإكراه ... » . وقد حذف نص المادة ١٧٨ / ٢ من المشروع التمهيدى ، فلم يأت في القانون المدنى المصرى اكتشافاً بالنص الذى تضمن الاستغلال .

وانظر من أحكام القضاء التى قضت بأن مجرد الخشية التأديبية أو النفوذ الأدبى . وبدون اقتراحها بإجراء مالى للتهديد أو القسوة . لا يعتبر إكراهاً : نفس مدنى ١٩٤٣ / ٢ / ٢٥ . مجموعة عمر ج ٤ ص ٥٩ رقم ٢٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن مجرد النفوذ الأدبى أو ديبته لا يقرب لا يكفى لإبطال العقد . بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة . وانظر أيضاً نفس ١٩٤٥ / ٤ / ١٢ . مجموعة عمر ج ٤ ص ٦٢٨ رقم ٢٣٧ . وانظر كذلك نقض ١٩٧٠ / ٦ / ٩ . طعن ٣٦ / ١٤٢ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ١٠٢٢ رقم ١٦٣ . وانظر استئناف أسبوط ١٩٤٢ / ٢ / ١٢ . المحاماة س ٢٢ ص ٦٩٨ رقم ٢٤٤ . وقد قضى هذا الحكم برفض دعوى إبطال عقد أبرمته امرأتان لأخيهما . حالة كونهما متزوجتين وتعيشان فى استقلال عنه . لعدم إمكان القول بوقوع وسائل ضغط منه عليهما حملهما على قبول ما لم تكونا تقبلانه اختياراً .

يرى الشخص نفسه فيها مضطراً إلى إبرام التصرف . من غير أن يوجه إليه ضغط أو تهديد من أحد . كما هو الشأن في الحالات التي يرتضى فيها التصرف تحت تأثير مجرد الخشية أو السطوة التأديبية . أو تحت تأثير الخوف من خطر ولدته الظروف المحيطة ذاتها . ومرد ذلك إلى الرغبة في حماية المتعاقد . وهى من بعد رغبة نبيلة لها ما يبررها . بيد أن هذه الفكرة تواجدت في ظل القوانين التي بقيت ملتزمة بالفكر التقليدى . كالقانون الفرنسى وقانوننا القديم . وهو فكر يقصر عيوب الرضا على الغلط والتدليس والإكراه . أما وقد أخذ عيب زابع من عيوب الرضاء . وهو الاستغلال . يثبت أقدامه في الفكر القانونى المعاصر وتنحدد معاملة . وأخذ به قانوننا المصرى الحالى بالفعل . فإنه يتعين أن يقصر الإكراه على أصيل مدلوله . تاركاً أمر الحالات التي أريد إقحامها عليه . لتجد مكانها الصحيح في دائرة الاستغلال (١) .

وإذا كانت الخشية التأديبية لا تعتبر في ذاتها إكراهاً . إلا أنه يمكن الطعن بسببها في العقد ، إذا عمد من تستشعر نحوه إلى أن يفيد منها . للحصول من يحسها على مغم فاحش أو منفعة مفرطة . وذلك ليس تأسيساً على الإكراه . وإنما تأسيساً على الاستغلال . الذى سوف نعرض لدراسته بعد قليل . وإذا

(١) ويلاحظ ، في خصوص الخشية التأديبية أو السطوة الأدبية وكذلك في خصوص الرهبة المتولدة من الظروف التي سوف نعرض لها بعد قليل : يلاحظ في خصوص هذين الأمرين كليهما ، أن المشروع التمهيدى لقانوننا المدنى المصرى جاء ، في نصوده وفي مذكرته الإيضاحية ، مضطرباً حائراً بين الإكراه والاستغلال . فقد جاءت المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى (وقد حذفت في لجنة المراجعة) ، في خصوص الرهبة المتولدة من الظروف ، نقول إن العقد لا يعتبر قابلاً للإبطال بسبب الإكراه . إذا كان الطرف الآخر حسن النية « ولم يقصد أن يستغل الطرف الآخر » . وقد جاءت المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٧٨ الآنف ذكرها ، في خصوص الخشية التأديبية ، نقول بدورها إن التأثير غير المشروع الذى من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال يقصد به « استغلال أو إساءة استعمال الاحترام الواجب لوالده أو رئيس أو لرجل من رجال الدين . . . بقصد ابتزاز مغم فاحش أو منفعة مفرطة » . وفي خصوص الرهبة المتولدة من الظروف ، جاءت المذكرة تقول إن من يجده غير مهدد بخطر جسيم « فيستغل هذا الموقف . فهو وإن لم يكن المتسبب في الظرف الملجئ ، إلا أنه انتفع به للحصول على مغم فاحش » .

كان بعض الفقهاء وبعض أحكام المحاكم في فرنسا ، وكذلك في مصر تحت ظل قانوننا المدني القديم ^(١) . قد قالوا بإمكان الطعن بالإكراه في حالة إبرام التصرف تحت تأثير الخشية التأديبية ، فلهم في ذلك عذرهم المتمثل في قصدهم النبيل في إبطال العقد . إذ أن الاستغلال لا يعتبر إلى الآن من عيوب الرضاء في فرنسا . وكذلك كان الشأن في مصر قبل صدور قانوننا المدني الحالي . أما الذي يدهش حقاً هو أننا لازلنا نرى الكثيرين من فقهاءنا يقولون . تحت ظل قانوننا الحالي . بأن الخشية التأديبية تعتبر إكراهاً . إذا استهدف بها الوصول إلى غرض غير مشروع ^(٢) .

١٧٩ - الرهبة المتولدة من الظروف :

من الحالات التي ثار فيها التساؤل . حول ما إذا كان الإكراه يعتبر متوافراً أم لا . تلك التي يرى الإنسان فيها نفسه معرضاً لخطر جسيم . دون أن يجيء هذا الخطر نتيجة فعل أحد من الناس . بل نتيجة الظروف المحيطة وحدها . وتؤدي به هذه الحالة إلى ارتضاء عقد مجحف به . ومثال ذلك أن يشرف شخص على الغرق . فيلتمس النجاة من شخص يراه بجواره . متعهداً له بإعطائه مبلغاً كبيراً من النقود ، لو تقدم لإنقاذه . ومثال ذلك أيضاً أن تستدعى حالة مريض إجراء عملية جراحية عاجلة وخطيرة . فيتفق هو أو أحد من ذويه مع جراح كبير على إجرائها نظير مبلغ باهظ .

(١) انظر استئناف أسبوط ٨ مايو ١٩٢٩ ، المحاماة س ٩ رقم ٤٨٧ ص ٨٦١ . وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا الحكم في أن أحد مطارنة المسيحية . بتأثيره اندبني وسلطوته الأدبية تسلف على امرأة وجعلها تنقاد له ، الأمر الذي أدى بها إلى الرجوع عن وصية كانت قد أبرمتها لصالح بعض أقاربها بمرض معينة . ووقف هذه الأرض على الفقراء . وتنصيب المطران نفسه ناظراً على الوقف ، مع تفويضه في إنفاق الأربيع على الفقراء ونحوهم دون ما رقيب عليه في ذلك . قفست المحكمة ببطالان الوقف . وإن كان قد جانبها التوفيق في تأسيس البطلان على انعدام الرضاء . وواضح من واقعات النزاع أن المحكمة اعتبرت ما وقع من المطران إكراهاً . ولو أن واقعات النزاع حصلت في مصر بعد نفاذ قانونها المدني الحالي الذي أخذ بنظام الاستغلال . لكان السبيل السوي للعلن في الوقف هو الاستغلال .

(٢) انظر في هذا الاتجاه : السنبوري ، المرجع السابق نبذة ١٩٧ - حشمت أبو ستيت : المرجع السابق نبذة ١٨٣ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٧٨ .

ومن أهم القضايا التي عرضت على المحاكم الفرنسية في هذا الصدد قضية السفينة الدنماركية Rolf . وكانت هذه السفينة قد أشرفت على الفرق في المياه الإقليمية الفرنسية . فالتمس ربانها النجدة من إحدى سفن الإنقاذ . فطالب ربان هذه السفينة الأخيرة مقابلاً باهظاً مجحفاً . ولم ير ربان السفينة الأولى مناصاً من القبول . حتى لا تغرق سفينته بما حملت . ثم طعن بعد ذلك في عقد الإنقاذ ، تأسيساً على الإكراه . فهل يعتبر الإكراه هنا متوافراً حقاً ؟

اختلف الفكر القانوني الفرنسي حول هذا الموضوع اختلافاً كبيراً . ورأى بعض الفقهاء أن الإكراه لا يتوافر في الحالات التي نحن بصدددها . وحجتهم في ذلك أن أحداً من الناس لا ينسب في توليد الرهبة التي تدفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد . إذ أنها تتولد بفعل الظروف المحيطة وحدها . ولكن الرأي الغالب في الفقه الفرنسي يميل إلى السير في الاتجاه العكسي . بمقولة إن مؤدى نظام الإكراه أن تكون الإرادة غير حرة فيما ترتضيه . أي ما كان الأمر الذي يؤدي بها إلى عدم حريتها تلك . حتى لو جاء بفعل الظروف المحيطة وحدها ^(١) . وهذا الاختلاف في الرأي في الفقه الفرنسي وجد صداه في القضاء الفرنسي . فتغايرت أحكامه بدورها . وإن كان الاتجاه الغالب فيها يميل أيضاً إلى القول بإمكان الطعن بالإكراه ^(٢) .

(١) انظر من يقولون بهذا الرأي : Jossierand ج ٢ نبذة ٨٨ - Planiol .
Ripert et Esmein ج ١ نبذة ١٩٥ - Beudant ج ٨ نبذة ١٢ .

(٢) انظر نقض فرنسي - عرائض - ٢٧ إبريل ١٨٨٧ ، سيري ١٨٨٧ - ١ - ٣٧٢ .
دالوز ١٨٨٨ - ١ - ٢٦٣ . وقد قضى هذا الحكم في قضية السفينة Rolf المشار إليها في المتن بإبطال اتفاق الإنقاذ وتخفيض المقابل . وقد جاء المشرع الفرنسي ، بعد صدور هذا الحكم بمدة حويلة ، وأصدر قانوناً يتمشى مع مضمون الحكم . وهذا هو القانون الصادر في ٢٠ إبريل ١٩١٦ ، الذي نص على أن « كل اتفاق مساعدة أو إنقاذ أبرم في وقت الخطر وتحت تأثيره ، يمكن ، بناء على طلب أحد طرفيه ، إبطاله أو تعديله من المحكمة ، إذا رأت الشروط المتفق عليها غير عادلة » .
وانظر من أحكام القضاء الفرنسي الأخرى التي قضت بإبطال العقد على أساس الإكراه :
Seine ١٢ مارس ١٩٤٥ . rev. tr. ١٩٤٥ ص ١٠٨ وملاحظات Boitard .
وانظر عكس الاتجاه : Clmar ١٣ يوايه ١٩٤٦ ، سيري ١٩٤٦ - ٢ - ١٢٤ ، Seine ٧ مايو ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ ج ص ٦٩ .

وفي مصر . الرأى الراجح فقهاً وقضاء يقول كذلك إنه من الممكن الطعن بالإكراه ^(١) .

والرأى السليم الذى يتمشى مع طبيعة الإكراه ذاتها . ويتوافق مع أصله التاريخى الموروث . هو أن مجرد الرهبة المتولدة من الظروف المحيطة . كالرهبة المتولدة من الخشية التأديبية تماماً : لا يعتبر إكراهاً من شأنه أن يدمغ العقد بالقابلية للإبطال ^(٢) . فو دى الإكراه : بحسب طبيعته نفسها وبحسب أصله التاريخى . أن تبعث الرهبة فى نفس المتعاقد بفعل فاعل ، لا أن تتولد تلقائياً بفعل الظروف المحيطة ^(٣) . ومقتضى ذلك أنه يتوجب أن تكون الرهبة قد ولدت فى نفس المتعاقد بفعل شخص معين . فلا يكفي أن تكون قد انبعثت تلقائياً فى نفس المتعاقد : بتأثير ظروف تواجدت حوله .

وإذا كان الإكراه لا يتوافر فى الحالة التى يبرم فيها شخص العقد تحت سلطان الرهبة التى تتولد فى نفسه بفعل الظروف المحيطة : فإنه من الممكن أن يطعن فى العقد على أساس عيب آخر . هو الاستغلال . وذلك إذا لجأ المتعاقد الآخر إلى أن يفيد من حالة الحرج والضييق والاضطرار التى تواجدها فيها . فأملى عليه شروطاً تنطوى على عدم تناسب باهظ بين الأخذ والعطاء . بحيث تتمثل تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية .

وغنى عن البيان أنه إذا كان الفقه فى فرنسا . وفى مصر تحت ظل قانونها القديم . قد قالوا بإعمال الإكراه فى الحالة التى يبرم فيها شخص العقد تحت

(١) انظر فى ذلك : السبوري . الوسيط ج ١ ، نبذة ٢٠١ .

(٢) تضمن نص المادة ١٧٨ من المشروع انتهيدى ذكر حالات ثلاثة على اعتبار أن الإكراه لا يتوافر فيها . وهذه الحالات هى : (١) الخوف من المطالبة . (٢) النفوذ الأدبى . (٣) حالة الخوف من خطر تولده الظروف أو ما يطلق عليه حالة الضرورة . وقد قضى النص أنه فى كل هذه الحالات لا يقوم الإكراه . طالما بقيت الأمور فى حدودها القانونية ولم تستغل للوصول إلى ابتزاز المال . وقد حذفت هذه المادة اكتفاء بما جاء فى القانون متعلقاً بالاستغلال . وهذا ما يدل على أن واضعى مشروع القانون المندى يرون — وبحج — أن تلك الحالات ، فى مجموعها ، تدخل فى نطاق الاستغلال ، ولا تدخل فى نطاق الإكراه .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٧٨ .

سلطان الرهبة التي ولدتها الظروف المحيطة . فما ذلك إلا للخلاص من عقود كانت تتنافى مع الشرف ونزاهة التعامل . حالة كون الاستغلال ليس مقررأ تشريعيا . أما في ظل قانوننا المدني الحالي ، الذي أقر نظام الاستغلال في رحابة وسعة . فليست ثمة حاجة تدعونا إلى التخالف مع أصول الأشياء ، طالما أن التوافق معها يصل بنا إلى الغاية المرجاه .

١٨٠ - الإكراه في الفقه الإسلامي :

أولى الفقه الإسلامي الإكراه بالغ الاهتمام . واهتمامه به يجاوز إلى حد كبير اهتمامه بغيره مما يدخل . عندنا اليوم . في زمرة عيوب الرضا . بل إننا لو أردنا النصفة ، لحق علينا أن نقول إن الإكراه هو الأمر الوحيد الذي يتمثل ، في الفقه الإسلامي . عيباً للرضاء . بمفهوم هذا الاصطلاح في فقه القانون المعاصر . فهو وحده الذي عاجله فقهاء المسلمين على أساس أنه يؤثر في التراضي^(١) . وهو ونحده الذي يتسئل . في بعض المذاهب الإسلامية : أمراً يمس انعقاد العقد فيبطله (وهذا ما تقول به الشافعية) . أو يمس صحة العقد فيفسده (وهذا هو الراجح في فقه الحنفية) .

وأبرز مظاهر اهتمام الفقه الإسلامي بالإكراه أنه عاجله في إطار نظرية عامة . ولم يعالجه بمناسبة تصرف معين من التصرفات . كما يفعل عادة بالنسبة

(١) يفرق فقهاء المسلمين ، بصدد التراضي ، بين ثلاثة أمور :

١ - الإرادة أو القصد : وتمثل في عزم الشخص على إتيان الفعل .

٢ - الاختيار : ومؤداه أن تكون للشخص الحرية في أن يأتي بالفعل الذي عزم على إتيانه أو أن يحجم عنه .

٣ - الرضاء : ويقصد به هنا معنى خاص مؤداه أن يكون الشخص مسروراً بما فعل راغباً فيه ومرتاحاً إليه (انظر معطى الزرقا المرجع السابق ، نبذة ١٨٤ - السهوى . المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠٠ حاشية ١) .

والإكراه ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، لا يمس إلا العنصر الأخير ، أي عنصر "رضاء" . لان المنكره يريد التصرف الذي يجزئيه . وهو يجزئيه عن اختيار ، إذا كان في مقدوره أن يتركه . لو قبل على نفسه تحمل الأذى الذي يتبدده . ولكنه لا يكون راضياً عما يفعل . لأنه يأتيه ، لا عن رغبة فيه وإرتياح إليه ، ولكن ليدراً عن نفسه الأذى الذي يتبدده . فهو يأتي بالفعل . باعتباره أهون الشرين وأخف الضررين .

إلى التفرير والغبن . الأمر الذى جعل الفقهاء يفردون له ، فى مؤلفاتهم ، باباً خاصاً^(١) .

واهتمام الفقه الإسلامى بالإكراه له فيه ما يبرره . فهو . باعتباره ضغطاً يسلط على المتعاقد . وفى أغلب الأحيان من المتعاقد الآخر . يتسق مع التزعة الموضوعية التى تسوده . وأكثر من ذلك . فالفقه الإسلامى . باعتباره مرآة الشريعة الدينية السمحة . يعمل على أن يكون الجزاء رهيناً بالاختيار عند الفرد . ويحارب بذلك ما يسلط عليه من سبل الضغط والقسر والإجبار . وتمشياً مع هذه الفكرة . جاء القرآن الكريم يحارب الإكراه فى العقود ، بقوله عز شأنه : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل . إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . وجاء الرسول الأمين يقول : « إن الله دفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ويعرف الإكراه . فى الفقه الإسلامى ، بأنه « حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى نفسه » .

وفقهاء المسلمين ينظرون إلى الإكراه . باعتباره عيباً يشوب الرضاء . نفس نظرة القانون المعاصر إليه . فهو لا يعدم الإرادة ولا الاختيار . وإنما يعدم فقط ما يطلقون عليه « الرضاء » ، بالمعنى الخاص لهذا الاصطلاح عندهم . والذى يفيد مجرد الرغبة فى الأمر والارتياح إليه^(٢) . وهكذا فالاختيار موجود . ولكنه فاسد .

ويلزم لإعمال الإكراه ، فى ظل الفقه الإسلامى ، توافر الشروط الآتية :

١ — يجب أن يكون الإكراه جسيماً ، بمعنى أن يكون الأذى الذى يتهدد

(١) بل أن فقهاء المسلمين . فى معالجتهم لنظرية الإكراه ، لم يتناولوه فقط على أساس أنه يعيب الرضاء فيما يسمونه التصرفات القولية (وهى التى يقابلها فى لغة القانون المعاصر اصطلاح « التصرفات القانونية ») ، بل أنهم تناولوه أيضاً باعتباره أمراً يمس ما يطلقون عليه التصرفات الفعلية (وهى التى يقابلها فى لغة القانون المعاصر اصطلاح « الوقائع القانونية ») ، مدنية كانت أم جنائية أم دينية .

(٢) انظر ما سبق ص ٣٨١ هامش (١) .

الشخص كبيراً . ويراعى ، في تحديد جسامة الإكراه ، معيار نسبي ذاتي يتعلق بحالة من يقع عليه . تماماً كما يقضى القانون المعاصر . فإما قد يعتبر إكراهاً للمرأة ، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة إلى الرجل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى الضعيف والقوى ^(١) .

وفي صدد جسامة الإكراه ، يميز الفقهاء بين نوعين : (١) إكراه ملجئ أو تام . وهو الذى يخاف فيه تلف النفس أو أحد أعضاء الجسم ، كالتهديد بالقتل والضرب . (٢) إكراه غير ملجئ أو ناقص . وهو الذى لا يهدد النفس أو أحد أعضاء الجسم . وإنما يقتصر على أن يسبب الاغتمام البين والضيق الشديد ^(٢) ، فيستطاع الصبر عليه ، من غير تعريض الحياة أو أحد أعضاء الجسم للخطر ، أو من غير فوات النفس أو العضو كما يقولون .

ولا أهمية لتقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ ، في مجال العقود ^(٣) . فكلهما ينهض عاملاً مؤثراً فيها . بشرط أن يكون جسيماً .

وإذا كان الإكراه جسيماً ، فلا أهمية لما إذا كان يهدد النفس أو الجسم أو الشرف أو العرض أو المال . كما أنه لا أهمية لما إذا انصب الإكراه على المتعاقد نفسه أم على أحد غيره . ممن بهمه أمره . بيد أن الظاهر هو أن الفقه الإسلامى . يلجأ هنا ، كما يقول القانون الفرنسى ، إلى تحديد الأشخاص

(١) ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يميل إلى تقرير شيء من التناسب بين الخطر الذى يهدد الشخص والعمل الذى يجبر على إتيانه ، بحيث لا يعتبر الإكراه متوافراً ، إلا إذا كان الأول أشد أذى من الثانى ، وبعبارة أخرى لا يعتبر الإكراه متوافراً ، إلا إذا كان المتعاقد ، بإبرامه التصرف الذى أجبر عليه ، قد درأ عن نفسه أذى أكبر .

(٢) ويبدو أن الفقه الجعفرى يقول بتقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ في معنى آخر يختلف تماماً . فالإكراه الملجئ هو ذلك « الذى يعدم الإرادة كلية . أما الإكراه غير الملجئ . فهو ذلك الذى يصدر فيه الفعل بإرادة الفاعل ، ولكن انبعاث الإرادة والقصد وقماد دفعاً للضرر للضرر وخوفاً من التهديد والوعيد بالضرب الشديد أو غيره باتلاف نفس أو قطع عضو أو أخذ مال أو هتك عرض أو حبس ونحو ذلك ... فالملجئ يسلب الإرادة والرضا . وغير الملجئ يسلب الرضا وطيب النفس ، دون الإرادة (كاشف الغطاء ج ٣ ص ١٥٦) .

(٣) وإنما تظهر أهمية تقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ في صدد ما يسمى ، في المقتضى ، بالتصرفات الفعلية ، وهى التى تقابل الوقائع القانونية في لغة القانون المعاصر .

الذين يعتبر المتعاقد مكرهاً بتهديده بإلحاق الأذى بهم . فهم يتحددون .
في بعض كتب الفقهاء ، بالابن والأب وكل ذى رحم محرم^(١) ، ويتحددون
في البعض الآخر بالابن وحده .

٢ - ويستلزم الفقه الإسلامى أن يكون الإكراه بغير حق ، مثله في ذلك
مثل القانون المعاصر تماماً . فالإكراه بحق ، أو ما يسمى في لغة الفقه الإسلامى
« الجبر الشرعى » . لا يؤثر . ومثال ذلك أن يجبر القاضى المدين على بيع أمواله
لسداد الديون التى عليه .

٣ - ويستلزم الفقه الإسلامى أن يقع الإكراه من شخص قادر على تحقيق
ما أوعده ، أى قادر على تنفيذ تهديده ووعيده . وهذا شرط لا يتطلبه القانون
المعاصر . ولا نفهم له حكمة . إذ العبرة في الإكراه بالرهبة التى تتولد في نفس
المكروه . وقد تتولد هذه الرهبة في نفسه . حتى لو كان غريمه غير قادر على
تنفيذ ما أوعده به . طالما هو يعتقد قدرته عليه .

هذه هى الشروط التى يستلزمها الفقه الإسلامى لإعمال الإكراه . وذلك
إلى جانب الشرط البدئى . وهو كون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد .

ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يخالف القانون المصرى من حيث إنه لا يشترط
اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر . فالإكراه . تحت ظله . معتبر . حتى
إذا كان واقعاً من غير المتعاقد الآخر . ودون تواطؤ منه . وحتى لو كان
هذا غير عالم بوقوعه . بل حتى لو لم يكن في مقدوره أن يعلم به . بل إن
المذهب المالكى يتوسع في ذلك إلى حد بعيد : فيعتد بالإكراه . حتى لو تهيأ
مصادفة . على غير علم من المتعاقد الآخر . ومثال ذلك أن يضطر المدين
إلى بيع ماله . سداداً لديونه . وهذا ما يسمى « بيع المضغوط » . فيبيع
المضغوط . في الفقه المالكى . يأخذ حكم بيع المكره .

(١) انظر المبسوط . ج ٢٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤ . وقد أشار إليه الأستاذ السنبورى في
مترجمه . وانظر أيضاً المادة ٢٨٧ من مرشد الخيران التى تقضى بأنه : « الإكراه بحبس الوالدين
والأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو بعضهم بعدم الرضا أيضاً » .

وإذا توافرت في الإكراه شروطه : أنتج أثره . ويختلف أثر الإكراه . في الفقه الإسلامي ، باختلاف مذاهبه . وهو يتدرج فيها من العنف إلى اللين . فعند الشافعية . الإكراه يبطل التصرف . فيكون عقد المكره باطلا . كعقد الصبي غير المميز والمجنون ^(١) . وهم يستندون في ذلك إلى قوله تعالى : « لا إكراه في الدين » . ويقول المذهب الجعفري بنفس ما يقول به الشافعية من بطلان عقد المكره . وهو في ذلك لا يفرق بين الإكراه المادي الذي يعدم الإرادة بالكلية . وبين الإكراه المعنوي الذي يفسد الاختيار فحسب ^(٢) . وعند الحنفية ، يختلف حكم الإكراه . فعقد المكره يقع موقوفاً على إجازته عند زفر . ولكنه يقع فاسداً عند أبي حنيفة وصاحبيه . وهذا هو الرأي الراجح في المذهب . بيد أن القائلين هنا بالفساد لا يقرون لعقد المكره نفس حكم العقد الفاسد بوجه عام . بل هم يميزونه عنه بالأمور الثلاثة الآتية : (١) الفساد في عقد المكره يزول بإجازته . اعتباراً بأنه يتقرر لمصلحته . خلافاً للفساد بسبب آخر . حيث لا يزول بالإجازة . اعتباراً بأنه مقرر حماية لحق الله وليس لحق العبد . (٢) بخلاف العقد الفاسد بوجه عام . لا يزول الفساد في بيع المكره بتصرف المشتري في المبيع لأحد من الغير . (٣) إذا أكرهه البائع على البيع لمشتري غير مجبر على الشراء . وتسلم هذا الأخير المبيع ، سقط حق البائع المكره في التمسك بالفساد ، وذلك بخلاف الفساد الذي يلحق العقود بوجه عام : حيث لا يحول قبض المشتري المبيع دون حقه في الفسخ استناداً إلى فساد البيع ^(٣) .

(١) انظر المبسوط ، ج ٢٤ ص ٥٦ وما بعدها . وقد جاء في هذا المؤلف القيم ، الذي يعتبر من أمهات كتب الفقه الحنفي ، عرضاً للمذهب الشافعي : « وقال الشافعي تصرفات المكره قولاً تكون لغوا ، إذا كان الإكراه بغير حق ، بمنزلة تصرفات الصبي والمجنون ... وحجته في ذلك قوله تعالى : « لا إكراه في الدين » .

(٢) انظر : كاشف الغطاء ، ج ٣ ص ١٥٣ .

(٣) ويلاحظ أن المذهب الحنفي يضيق من نطاق الإكراه . فهو لا يعمل في التصرفات التي لا تحتل الفسخ عنده ، كالزواج والطلاق والعق والئذ واليمين . وهكذا فطلاق المكره ، في المذهب الحنفي ، صحيح . ولكنه يقع غير معتبر عند المالكية والشافعية والحنابلة . انظر ابن القيم في إعلام الموقعين ، ج ٤ ص ٤٣ ، مشار إليه في مؤلف الأستاذ السبوري .

أما عند المالكية : فالإكراه لا يمس انعقاد العقد بالبطلان (كما تقول الشافعية والجعفرية) ولا يمس صحته بالفساد (كما يقول الرأى السائد في الفقه الحنفى) . ولكنه يقتصر على أن يجعل منه عقداً غير لازم ، بمعنى أنه يثبت للمكره خيار الفسخ .

رابعاً : الاستغلال

١٨١ - الاستغلال exploitation بوجه عام نظام قانونى مؤداه أن يعتمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنسانى يتلمسها في آخر . كحاجة ملجئة تتحكم فيه ، أو طيش بين يتسم به . أو هوى جامع يملكه . أو خشية تأديبية تسيطر عليه ، فيجعله يبرم عقداً ينطوى . عند إبرامه ، على عدم تناسب باهظ بين أخذه منه وعطائه له . فيؤدى به إلى غرم مفرط . بحيث يمثل عقده هذا تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومتنضيات حسن النية .

والاستغلال أمر جد شائع في العمل . وله صور تكاد تكون تقليدية . لفرض تكرارها يوماً بعد يوم . ومن هذه الصور أن تستغل زوجة : في مستقبل العمر . دلالها على زوجها الشيخ الهرم . ومايرتبه هذا الدلال في نفسه من هوى جامع لإرضائها والتودد إليها . وتحمله بذلك على أن يهب ماله لها أو ذلولاها منه . ومنها أيضاً أن تتزوج عجوز بشاب . فيستغل هذا فيها هواها الجامح نحوه في حملها على إجراء التصرف له في أموالها . ومن هذه الصور كذلك أن يستغل أحد من الناس . لاسيما من نهاز الفرص منهم . الطيش والترق في أحد من صغيرى السن من الشباب ، وعلى الأخص حديثى العهد بإرث المال عن أقربائهم . فيجعله يبرم معه عقداً يتضمن له فادح الغبن : كما إذا استغل طيش الشاب في جعله يبيع أرضه أو داره بثمن زهيد لا يتناسب البتة مع قيمتها . أو استغل فيه هذا الطيش لجعله يشترى منه أشياء بأثمان باهظة .

١٨٢ - ويجب عدم الخلط بين الغبن والاستغلال . فالغبن هو مجرد عدم التناسب بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه . ومثاله أن يبيع شخص شيئاً .

تبلغ قيمته ألف جنيه . بخمسمائة أو ثمانمائة . أو أن يشتري هذا الشيء بألفين أو ألف وخمسمائة . وقد يحىء الغبن نتيجة الاستغلال ، كما إذا استغل المشتري الطيش البين أو الهوى الجامح في مالك الشيء . فيجعله يبيعه له بثمان زهيد . ولكن ليس من الحتم أن يأتى الغبن وليد الاستغلال . فالعبرة فيه بنتيجة العقد بالنسبة إلى المتعاقد . دون نظر إلى الوسيلة التي أدت إليها . فالغبن يتوافر . مثلاً ، إذا باع الشخص ماله بثمان بخس . حتى لو كان هو الذى سعى بنفسه إلى البيع بهذا الثمن . ولم يفعل المشتري إلا أنه قبل منه ما عرضه عليه .

أما الاستغلال . فهو . كما بينا . الالتجاء عن قصد إلى الإفادة من ناحية من نواحي الضعف الإنسانى في المتعاقد . بجعله يرتضى تصرفاً يؤدي به إلى غرم مفرط فادح .

هكذا يظهر أن الفارق بين الاستغلال والغبن يتركز في أن الأول قد يكون وسيلة تؤدي إلى الثاني . وإن لم تكن وسيلة حتمية . حيث إنه من الممكن أن يترتب الغبن دون استغلال . ثم إن الاستغلال ، من ناحية أخرى . أعم من الغبن . فيمكن أن يجد له مكاناً في التبرعات . إلى جانب المعاوضات . بل إن التبرعات تتمثل بمجاله الرحب الحصيب . وذلك في حين أن الغبن لا يكون بطبيعته إلا في المعاوضات . فقوام الغبن عدم التناسب المالى أو الاقتصادى بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه . فلا يكون من ثم إلا في العقود التي تنطوى على الأخذ والعطاء . أى في المعاوضات . ولا يكون في التبرعات . حيث يوجد عطاء بلا أخذ . وأخذ بلا عطاء . كما أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من إعمال نظام الاستغلال في العقود الاحتمالية . وهى تلك التي لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنها وقت إبرامها : كعقود التأمين . وذلك في حين أن الغبن لا يتواجد في هذا النوع من العقود كنظام قانونى من شأنه أن يؤثر فيها . إذ أنها تقتضى بذات طبيعتها احتمال الكسب أو الخسارة لهذا الطرف فيها أو لذلك^(١) .

(١) راجع فيما سبق : السهورى ، المرجع السابق نبذة ٢٠٢ .

١٨٣ — والاستغلال . كعيب يشوب الرضاء ، نظام حديث العهد نسبياً في دنيا القانون . فهو لم يعرف . كنظام شامل يسرى على التصرفات القانونية في مجموعها . إلا من عهد ليس بجيد بعيد . ولعل القانون المدني الألماني ^(١) هو الذي أوحى بفكرته للمدونات القانونية التي تلتها .

أما في القديم . فلم يكن نظام الاستغلال معروفاً . وقد كان يستعاض عنه جزئياً بنظام الغبن . بل حتى هذا النظام الأخير بقي محدود الأثر . فلم يكن له تأثير في العقود إلا في نطاق ضيق محدود . وفي حالات استثنائية خاصة تعددها النصوص .

وفي الوقت الحاضر . وبتأثير نزعة العدالة الاجتماعية من وجه . والرغبة في مكافحة إفادة البعض من ضعف الآخرين من وجه آخر . بدأ نظام الاستغلال يشق طريقه ويرسخ أقدامه في عالم القانون . وهو . إذا كان يرجع في نشأته إلى قوانين البلاد ذات النزعة الجرمانية ، وعلى الأخص القانون الألماني . إلا أنه امتد ليجد مكاناً رحباً في قوانين كثير من البلاد الأخرى . حتى البلاد اللاتينية النزعة . وقد أخذ القانون المصري بنظام الاستغلال (المادة ١٢٩) . ومنه انتقل إلى قوانين بلاد عربية أخرى . كالقانون السوري (المادة ١٣٠) . والقانون الليبي (المادة ١٢٩) . والقانون العراقي (المادة ١٢٥) . وأخيراً جاء القانون المدني الكويتي فأوسع لنظام الاستغلال رحابه . خاصاً بإياه بثلاث مواد . هي المواد من ١٥٩ إلى ١٦١ .

١٨٤ — ونظام الاستغلال ذو شقين : فهو . من ناحية أولى . يحارب التفاوت الصارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه في التصرفات عموماً . دون الاقتصار على بعض محدد منها . ودون الوقوف على نوعية معينة من العاقدین . متخالفاً في ذلك مع نظام الغبن . بل إن نظام الاستغلال يسرى أيضاً . وكما سبق لنا أن بينا . على عقود التبرع . ويرى فيها الحقل الحصيد

(١) صدر القانون المدني الألماني في ٢٦ أغسطس ١٨٦٦ ، وتنفذ في أول يناير ١٩٠٠ .

لأعماله . في حين أنها تتمثل مجالا مستغلقاً على الغبن . ومن ناحية ثانية . لا يحارب الاستغلال التفاوت الصارخ بين الأخذ والعطاء أو الإفراط في الغنم ، إلا إذا جاء نتيجة استغلال ناحية من نواحي الضعف الإنساني في التعاقد . ذلك الضعف الذي رأته المادة ١٢٩ متمثلاً أساساً في الطيش البين والهوى الجامح .

وقوام الاستغلال أمران ، يتمثل أحدهما وسيلة تستهدف الوصول إلى الثاني . فهو يقوم على استغلال الضعف الإنساني في التعاقد . بغية الوصول منه إلى غنم مفرط .

وقد غلب القانون الألماني الأمر الأول . فنظر إلى الاستغلال من زاوية أنه ينطوي . في المقام الأول . على استغلال الضعف في التعاقد . وقد أدى به ذلك إلى أن يرى فيه مخالفة لحسن الآداب ، من شأنها أن تدمغ التصرف بالبطلان المطلق ^(١) (المادة ١٣٨ ألماني) .

ولكن النظرة الألمانية لنظام الاستغلال لم تسد في الفكر القانوني المعاصر . حتى في البلاد الأخرى التي تسير قوانينها على نهج الجرمانى . كمدونة الالتزامات السويسرية . ذلك لأن استغلال الضعف في التعاقد . وإن كان يتمثل تنكراً لشرف التعامل . إلا أنه مع ذلك لا يصل في تدنيه إلى مرتبة الأعمال التي تعتبر مخالفة لحسن الآداب . على نحو ما يقصد بهذا الاصطلاح .

وإذا كان الفكر القانوني لم يتقبل النظرية الألمانية للاستغلال على اعتبار أنه ينطوي على مخالفة لحسن الآداب . فقد نظر إليه على اعتبار أنه يتمثل عيباً في الرضاء . متأثراً في ذلك بمشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٢) . الأمر الذي دعاه إلى أن يرى الجزاء المترتب عليه لا يتمثل في بطلان التصرف . وإنما يتمثل . في أبعد الحدود . في دمه بالقابلية للإبطال .

وقد آثر القانون المدني المصري أن يتمشى مع هذه التزعة الأخيرة .

(١) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى التي أصبحت بعد

انتمديل المادة ١٢٩ من القانون ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ صفح ١٩٠ .

وهي من بعد التزعة التي تنتهجها قوانين أغلب الدول التي أخذت بنظام الاستغلال^(١).

وقد راعى المشرع ، في اعتبار الاستغلال عيباً في الرضاء ، أن ناحية الضعف في العاقد التي تستغل فيه ليبرم تصرفاً يؤدي به إلى الإفراط في الغرم .
تصل به إلى أن رضائه لا يكون تام السلامة . فهو إما أن يأتي عن غير كامل بينة ، كما لو استغل فيه طيشه البين . وإما أنه يأتي عن غير كامل اختيار .
كما لو استغل فيه الهوى الجامح الذي يملكه ويؤسره . وإذا كان عدم اكتمال البينة أو عدم اكتمال الاختيار في العاقد لا يصلان إلى مرتبة الغلط أو الإكراه على النحو العادي المألوف . فإن مجيئهما وليدى الاستغلال ينهض بهما إلى درجة إن لم تصل إليهما . فهي تقاربهما . فكأن الاستغلال لا يعدو . في الحقيقة ، أن يكون توسعاً في عيوب الرضاء التقليدية : لاسيما الإكراه والغلط . وهو توسع يشفع له قيام الاستغلال على التنكر لشرف التعامل تنكراً مزدوجاً يشمل الوسيلة والغاية في آن . فهو يقوم على استغلال الضعف في العاقد : بغية الوصول إلى الإفراط الفاحش في الغنم .

١٨٥ - شروط الاستغلال :

ركز القانون المدني شروط إعمال الاستغلال وأثره في المادة ١٢٩ .
التي جاءت تقضى بأنه : « ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً . جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد . وإلا كانت غير مقبولة .
٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال .
إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

(١) ومن هذه القوانين مدونة الالتزامات السويسرية (المادة ١١) ، والقانون البولوني (المادة ٤٢) ، والقانون الصيني (المادة ٧٤) ، ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٢) .

ومن هذا النص يبين أنه يلزم . لقيام الاستغلال وإنتاجه أثره . توافر الشروط الثلاثة الآتية : (١) استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في التعاقد . (٢) الوصول بالاستغلال إلى تحميل التعاقد بغرم مفرط . (٣) أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد .

ونتناول . فيما يلي . كلا من هذه الشروط بالإيضاح .

١٨٦ - الشرط الأول : استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح :

قوام نظام الاستغلال وأساسه هو أن يعتمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يتلمسها في آخر . ليحصل منه على غنم فادح ويحمله بالتالي بغرم مفرط . فيعمل نظامنا على أن يفوت عليه قبيح قصده . فنظامنا يتسم بترعة أخلاقية ظاهرة . بل إن هذه التزعة هي سر وجوده . وبذرة نشأته ^(١) .

وإذا تمسكنا مع منطق الأمور ذاته : وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنساني ، أياً ما كان نوعه أو طبيعته . من شأنه أن يقيم الاستغلال . طالما أنه قد استغل بالفعل في صاحبه . ومع ذلك فقد قصرت المادة ١٢٩ مظاهر الضعف الإنساني ، التي يمكن أن تكون محلاً للاستغلال : على الطيش البين والهوى الجامح . بعد أن كانت المادة التي تقابلها في المشروع التمهيدى (المادة ١٧٩) مرنة فضفاضة . ذاكرة الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك وعلى العموم عدم صدور الرضاء عن اختيار كاف ^(٢) .

(١) وهذا ما أدى بالقانون الألماني - وهو الذى أوحى للفكر القانونى المعاصر بنظام الاستغلال - إلى أن يدمغ التصرف الذى يأتى نتيجة الاستغلال بالبطلان المطلق ، اعتباراً بأنه يتنافى مع حسن الآداب . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٨ ألماني بأنه : « يقع باطلاً كل تصرف يخالف حسن الآداب . ويبطل على الأخص كل تصرف قانونى يصل بمقتضاه شخص - باستغلاله حاجة الغير أو خفته أو عدم خبرته - إلى أن يأخذ منه لنفسه أو لشخص آخر ، أو يجعله يتعهد بإعطائه أو إعطاء هذا الشخص الآخر ، كقابل لشيء يؤديه ، مزايا مالية تتجاوز هذا المقابل إلى حد أن تلك المزايا - مع مراعاة ظروف الحال - تكون غير متناسبة معه على نحو صارخ » .

(٢) تنص المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى على أنه : « ١ - إذا كانت التزامات أحد المصاعدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتعادل =

وقد جاء هذا التضييق نتيجة مناقشات محتدمة في لجنة مجلس الشيوخ . جرت إلى أن تتناول نظام الاستغلال في ذات وجوده (١) . وكان محور تلك المناقشات خشية البعض من أن يؤدي نظام الاستغلال إلى قلقلة المعاملات وعدم استقرارها ، وهي خشية أثبتت الأيام أنه لم يكن لها ما يبررها على الإطلاق . ثم إن تلك المناقشات دارت في وقت كانت تسود فيه بلادنا نزعة فردية ظاهرة . حيث لم تكن قد تغلغلت فيها نزعة اليوم . وهي نزعة قوامها العدالة الاجتماعية التي تستهدف حماية كل ما هو ضعيف . وإذا كان التفسير السليم لنصوص القانون يقوم على أن النص ينفصل عن واضعه بمجرد وضعه . ليحيا حياته المستقلة . ويتعايش مع ظروف المجتمع وحاجاته . ويتأقلم مع التزعات الاجتماعية والاقتصادية التي تسوده . (وهذا هو سر بقاء مدونة نابليون في فرنسا إلى اليوم) : إذا كان ذلك . فإنه ينبغي التوسعة في تفسير نص المادة ١٢٩ بالنسبة إلى نواحي الضعف الإنساني التي يمكن للاستغلال أن يرد عليها . برغم ما يستبين من المناقشات التي دارت في خصوصها عند إعدادها من رغبة في التضييق فيها . ومن حسن الحظ أن الأمرين اللذين ذكرتهما تلك المادة ، وهما الطيش البين والهوى الجامح ، يسمحان بتلك التوسعة (٢) .

= مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تبعاً للظروف ، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إرادته ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي ، بناء على طلب الطرف المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من المغبون تبرعاً . ٢ - ويجوز ، في عقود المعاوضة ، أن يتوق الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

(١) راجع مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حول المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٩٢ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ أن من بين قوانين بلادنا العربية التي استوحيت قانوننا ما اكتفى مثله بذكر الطيش البين والهوى الجامح ، كالقانون السوري في المادة ١٣٠ ، والقانون الليبي في المادة ١٢٩ . أما القانون العراقي ، فقد جاء أكثر شمولاً . حيث ذكر الحاجة والطيش والهوى وعدم الخبرة وضعف الإدراك (المادة ١٢٥) . وذكر القانون الألماني - الذي هو أصل نظام الاستغلال - =

ويقصد بالطيش البين عدم الخبرة البالغ بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه . ومثال المتسم بالطيش البين الشاب الذى يعميه المال الكثير . سيما إذا كان حديث العهد بإرثه . فيندفع فى تصرفاته من غير تدقيق فيها ولا وزن لعواقبها .

أما الهوى الجامح . فهو ذلك الذى يتمثل فى الرغبة العارمة الملحة العنيفة نحو شخص أو نحو شئ . فهو لا يقوم على مجرد العطف أو المودة أو الحب المتزن ^(١) . والغالب أن يكون الهوى الجامح نحو شخص . ومثاله التقليدى ذلك الهوى العارم العنيف الذى يتولد فى نفس الرجل . لا سيما إذا كان متقدماً فى السن . نحو زوجته . المرأة الشابة الجميلة التى تخلب منه لبه وتأسر فؤاده وتبسط عليه سلطانها وتجعله طبعاً فى يدها . تسيره حيث تريد . طمعاً منه فى إرضائها والتودد إليها . أما الهوى الجامح نحو شئ . فمثاله أن يعجب أحد غواة التحف بقطعة فنية إلى حد أن تأسر منه عقله وفكره ووجدانه . ومثاله أيضاً أن يشرف شخص على الفرق ، فتستهويه الحياة بعنف الرغبة فيها والخشية من ضياعها ^(٢) . ويمكن هنا بشئ من التوسعة فى التفسير . اعتبار الاستغلال قائماً تأسيساً على الهوى الجامح فى حالة السطوة التأديبية . ونقصد بها النفوذ الأدبى الذى يكون

= الحاجة والخفة وعدم الخبرة (المادة ١٣٨) . وذكرت مدونة الالتزامات السويسرية الحاجة والخفة وعدم الخبرة (المادة ٢١) . وذكر القانون البولونى الخفة والغباء وعدم الخبرة والحاجة أو الضيق (المادة ٤٢) . وأخيراً جاءت المادة ١٥٩ من القانون المدنى الكويتى . وهو أحدث التقنينات فى العالم . فى ثوب رحب فضفاض . ذكره الحاجة الملحة والطيش البين والضعف الظاهر والهوى الجامح والسطوة الأدبية .

(١) وقد جاء فى تقرير مجلس الشيوخ عن نص المادة ١٧٩ من المشروع التى أصبحت المادة ٢٩ من القانون أن المقصود بهوى الجامح « الشهوة الجامحة لا بالمودة والعطف » راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠١ .

(٢) وهذه هى واقعات قضية السفينة الدنمركية Rolf المشهورة التى سبق لنا أن أشرنا إليها ، ذاكرين أن القضاء الفرنسى حكم فيها بتخفيض مقابل الانقاذ تأسيساً على الإكراه ، اعتباراً بأن القانون الفرنسى لا يقر إلى اليوم نظام الاستغلال كعيب يشوب الرضاء ، وأن الأولى بالاتباع هو الاستغلال . ن ظل القوانين التى تأخذ به . راجع ما سبق . نبذة ١٧٩ .

لشخص على آخر ، ويبلغ تأثيره عليه من الكبر حداً بحيث يجعله ينقاد إليه ويصدق لقوله . إما عن عقيدة في صواب رأيه ، وإما خشية إغضابه . كما هو الشأن . على وجه الخصوص ، في السطوة التأديبية التي قد تكون للأب على ابنه . أو للرئيس على مرؤسه . أو للمعلم على تلميذه . أو لرجل الدين على الدّين^(١) . ففي مثل هذه الحالات ، يتولد عادة لدى الشخص رغبة ملحة . أي هوى جامع ، للتودد والتقرب وعدم الإغضاب .

١٨٧ - الشرط الثاني : الغرم المفرط أو التفاوت الصارخ بين الأخذ

والعطاء :

رأينا فيما سبق أنه يلزم ، كشرط أول لقيام الاستغلال ، أن يستغل شخص ، في سبيل جعله شخصاً آخر يرتضى العقد ، طيشه البين أو هواه الجامع . ومضمون هذا الشرط لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة يلجأ إليها صاحب الاستغلال ، وتستهدف تحميل ضحيته بغرم مفرط يتجاوز المدى والحدود . ويتمثل تفاوتاً صارخاً بين أخذه وعطائه . وهذه الغاية هي مضمون الشرط الثاني ، لإعمال نظام الاستغلال .

فلا يكفي ، للطعن في العقد على أساس الاستغلال ، أن يلجأ شخص إلى استغلال الضعف الإنساني في آخر وحمله بذلك على مجرد إبرام العقد ، وإنما يتوجب أن يصل من وراء هذا الاستغلال إلى تحميل المتعاقد الآخر بغرم مفرط ناجم عن التفاوت الصارخ بين أخذه وعطائه . وفي ذلك تقضي المادة ١٢٩ / ١ بأنه : « ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد .. » .

فجوهر الاستغلال وأساسه هو التفاوت الصارخ الباهظ الجسيم بين الأخذ والعطاء . فنظامنا لا يتغيا المساواة في العقود . بل هو لا يجارب مجرد عدم

(١) وقد لجأ الفكر القانوني ، في البلاد التي لا يقرر فيها نظام الاستغلال تشريعياً كفرنسا ومصر تحت ظل قانونها القديم ، إلى نظام الإكراه للطعن في العقود التي تمعدت تحت تأثير السطوة الأدبية . والطريق السوي أن يطمئن في تلك العقود تأسيساً على الاستغلال . راجع ما سبق ، نبذة ١٧٨ .

التناسب البسيط بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه ، وإنما هو يحارب عدم التناسب الفاحش الباهظ الجسم^(١) .

وعدم التناسب الفاحش الباهظ الجسم . الذى هو قوام الاستغلال . يكون ، فى المعاوضات ، بين مايرتبه العقد على كل من طرفيه من التزامات وبين ما يمنحه إياه من حقوق . ففى البيع مثلاً . يكون عدم التناسب بين قيمة المبيع وبين الثمن . كما إذا استغل شخص طيشاً بيناً فى آخر وجعله يبيعه داره التى تبلغ قيمتها مائة ألف جنيه بخمسين ألف فقط . أما فى التبرعات فيكون عدم التناسب بين ما يعطيه المتبرع ، أى قيمة الشيء المتبرع به . وبين المنفعة الأدبية التى يحققها له المتبرع . وهكذا فإعمال نظام الاستغلال لا يكون فى المعاوضات فحسب . وإنما يكون فى التبرعات أيضاً . بل إن التبرعات هى الأساس والمجال الحصب الرحيب لإعمال نظام الاستغلال : لاسيما لاستغلال الهوى الجامح . وقد حرص المشرع . فى المادة ١٢٩ / ١ . على أن يشير إلى ما يفيد إعمال نظام الاستغلال فى مجال التبرعات ، فقال إنه يقوم على عدم التناسب بين التزامات العاقد وبين ما يحصل عليه « من فائدة » ، وذلك زيادة على قوله بعد ذلك بقيامه على عدم التناسب بين التزامات المتعاقد المستغل مع « التزامات المتعاقد الآخر » . والأعمال

(١) وقد عمدت التفتينات التى أخذت بنظام الاستغلال إلى إبراز هذه الناحية فيه ، وإن كان ذلك بمبارات متغايرة . فالقانون المصرى وما سار على دربه من القوانين العربية الأخرى التى استوحته ، كالقانون السورى (المادة ١٣٠) والقانون الليبى (المادة ١٢٩) عبرت عن التفاوت الصارخ بين الأخذ والمطاء بانعدام التعادل البتة ، فى حين أن القانون العراقى (المادة ١٢٥) اكتفى بالغبن الفاحش . أما القانون الألمانى فأورد عبارة عدم التناسب الصارخ *disproportion choquante* (المادة ١٣٨) ، وذكر القانون السويسرى (المادة ٢١ من ملغونة الالتزامات) عدم التناسب الظاهر *disproportion evidente* . وجاء مشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٢) يقول إن الاستغلال يقوم إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تناسب *hors de toute proportion* مع الفائدة التى يحصل عليها من العقد أو مع ما يؤديه المتعاقد الآخر ، وهى العبارة التى ترجمها واضع القانون المصرى بعبارة عدم التعادل البتة . وأخيراً جاء القانون المدنى الكويتى (المادة ١٥٩) يورد عبارة عدم التناسب الباهظ .

التحضيرية قاطعة على سريان نظام الاستغلال على التبرعات^(١) إلى جانب
المعاوضات .

وإذا كان قوم الاستغلال هو عدم التناسب الباهظ ، فإنه لا يوجد
بالضرورة معيار مادي حسابي يتبع في تحديده . وإنما وضع المشرع لذلك
معياراً معنوياً مرناً ترك زمامه بيد قاضي الموضوع ، ليحدد على ضوءه
ما إذا كان عدم التناسب بين الأخذ والعطاء يصل إلى حد الفحش الذي يقيم
الاستغلال من عدمه . وقوام هذا المعيار هو كون إبرام العقد . بالوسيلة
التي اتبعت في حمل ضحية الاستغلال على ارتضائه . وبالغاية التي وصلت به
إليه هذه الوسيلة من تحميله بغرم مفرط . يتمثل تنكراً ظاهراً لشرف التعامل
ومقتضيات حسن النية أم أنه لا يتدنى إلى هذا الحد . والأمر من بعد متروك
لقاضي الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية . من غير تعقيب عليه في ذلك
من محكمة النقض .

وغنى عن البيان أن عدم التناسب الباهظ بين الأخذ والعطاء الذي يقيم
الاستغلال هو ذاك الذي يكون قائماً عند إبرام العقد . فلا عبرة لما تصير
الأمر إليه في تاريخ لاحق .

١٨٨ - الشرط الثالث : الاستغلال هو الدافع للتعاقد :

رأينا . فيما سبق . أنه يلزم . لقيام الاستغلال ، أن يستغل شخص في
آخر العليش البين أو الهوى الجامح ، وأن يصل من وراء ذلك إلى تحميله بغرم
مفرط يتمثل في عدم تناسب باهظ بين ما يأخذه بمقتضى العقد وبين ما يعطيه .
والإلى جانب هذين الشرطين ، يلزم توافر شرط ثالث . مؤداه أن يكون

(١) وقد كانت ١٧٩ من المشروع النهائي ، وهي التي أصبحت المادة ١٢٩ من القانون ،
تصرح بأن الاستغلال ينطبق على عقود التبرع . فبعد أن بينت هذه المادة شروط توافر الاستغلال
وأجزاء المترتب عليه ، جاءت تقول : « ويسرى هذا الحكم ولو كان التعريف الذي صدر
من العرف المغبون تبرعاً » . وقد حذفت هذه العبارة : اعتباراً بأنها من قبيل التزيد . انظر
مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ من ٢٠١ . بل إن ثمة فكرة ترددت في مناقشات لجنة القانون
المدني بمجلس الشيوخ ، طالبت بقصر إعمال نظام الاستغلال على التبرعات وحدها دون المعاوضات
(راجع تلك المناقشات في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٩٣ وما بعدها) .

الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد^(١) ، بمعنى أن يكون هو الذى حمل الضحية على ارتضاء العقد على نحو ما ارتضاه عليه . بحيث إنه ما كان ليرتضيه على هذا النحو لولاه . وفي هذا يتشابه الاستغلال مع غيره من عيوب الرضاء كافة . وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد من عدمه مسألة موضوعية تدخل في رحاب الواقع ، ومن ثم يكون لقاضى الموضوع فيها القول الفصل . من غير تعقيب عليه لمحكمة النقض ، طالما جاء تقديره مبنياً على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله^(٢) .

وإذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد ، فسيان بعد ذلك أن يكون قد دفع ضحيته إلى أن يبرم العقد مع من استغله ذاته ، أو مع شخص آخر غيره يعمل لمصلحته^(٣) . ومثال هذه الحالة الأخيرة : أن تستغل الزوجة هوى زوجها الجامح نحوها ، فتجعله يهب ماله لأولادها منه .

١٨٩ - أثر الاستغلال :

بيننا ، فيما سبق ، شروط الاستغلال . وإذا توافرت هذه الشروط أنتج الاستغلال أثره .

ويتركز أثر الاستغلال . في أنه يترخص للقاضى . بناء على طلب ضحية الاستغلال ، ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف الحال ، أن يقضى بإنقاص التزاماته أو بإبطال العقد (المادة ١٢٩ / ١ فى آخرها) .

(١) ، (٢) انظر نقتض ١١/٥/١٩٦٧ طعن ٣٤/٤٥ ق مجموعة النقض س ١٨ ص ٩٧٤ رقم ١٤٦ . وقد جاء في هذا الحكم : « يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدنى أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينياً أو هوى جامحاً ، بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد . وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع » .

(٣) وإذا وقع الاستغلال من غير المتعاقد الذى أفادته ، كما إذا استغلت الأم الهوى الجامع الذى يستشعره زوجها نحوها ، وجعلته يهب ماله لأولدها ، فإنه لا يلزم علم المتعاقد المستفيد بحصول هذا الاستغلال ، بخلاف ما يتطلبه القانون فى التدليس والإكراه . ولعل المشرع قد عمد عدم تطلب العلم لدى المتعاقد بحصول الاستغلال من الغير . مراعاةً منه لهماجيات العملية ، حيث أن كثيراً ما يقع فى واقع حياة الناس أن يقع الاستغلال من شخص لفائدة غيره ، كما هو الشأن على الأخص فى الأم التى تستغل الهوى الجامع الذى يستشعره زوجها نحوها لفائدة ولدها .

فالاستغلال يمنح : وفقاً للعدالة وماتقتضيه ظروف الحال ، الخيار بين الأمرين الآتين :

(الأول) إنقاص التزامات ضحية الاستغلال : ويستجاب إلى هذا الخيار إذا رأى القاضى أنه كان من شأن الاستغلال أن أدى بضحيتته إلى قبول العقد بشروط أبهظ مما كان يرتضيه من غيره ، أو رأى القاضى أن فى ذلك الإنقاص ما يكتفى لرفع الإحجاف عنه . ومثال هذه الحالة أن يستغل شخص الطيش البين فى آخر فيبيعه ماله بثمان باهظ . فيحكم القاضى . بناء على طلب المشتري . بإنقاص الثمن إلى الحد الذى يرفع عنه فاحش الغبن ، أو يستغل ربان سفينة الهوى الجامح نحو الحياة لدى سفينة أخرى تشرف على الفرق . فيفرض ثمناً باهظاً لإنقاذها . فيحكم القاضى . بناء على طلب صاحب السفينة الغارقة . بإنقاص الثمن إلى الحد العادل^(١) . ومثال الحالة التى نحن بصدددها أيضاً أن تستغل الزوجة الهوى الجامح الذى يستشعره زوجها نحوها فتجعله يهب الكثير من ماله لها أو لأولاده منهما . فتحكم المحكمة . بناء على طلب الزوج نفسه أو ورثته الآخرين من بعده . بإنقاص المال الموهوب إلى الحد الذى تراه مناسباً .

ويلاحظ أن المادة ١٢٩ / ١ تمنح لضحية الاستغلال الخيار فى طلب إنقاص التزاماته هو . فهى لا تمنحه الحق فى أن يطلب من القاضى زيادة التزامات غريمه . على أن لهذا الأخير . إن شاء ، وفى المعاوضات وحدها دون التبرعات . أن يعرض زيادة التزاماته إلى الحد الذى يراه القاضى كافياً لرفع الغبن (المادة ١٢٩ / ٣) . فإن فعل ، وأدى ما ألزمه به القاضى ، زال كل أثر للاستغلال .

ويلاحظ كذلك أن مؤدى نظام الاستغلال وروحه : فى مجال إنقاص التزامات ضحية الاستغلال ، يأتى بالوصول إلى رفع كل الغبن عنه .

(١) وهذا ما قضت به نقض فرنسى - عرائض - ٢٧ / ٤ / ١٨٨٧ السابقة الإشارة إليه فى قضية السفينة Rolf ، وإن كان حكمها جاء تأسيساً على الإكراه ، لعدم وجود نص تشريعى فى فرنسا يقر نظام الاستغلال .

فالمقصود هو رفع الفحش في الغبن أو الإفراط في الغرم . وليس المقصود هو إزالة كل الغبن أو كل الغرم . فالغبن البسيط ، أو عدم التوازن القليل بين الأخذ والعطاء ، لا يؤديان إلى قيام الاستغلال أصلاً . وعلى ذلك فروج نظام الاستغلال تملئ على القاضي . حينما يُطلب منه الحكم بإنقاص التزامات ضحية الاستغلال . ألا يصل إلى الحد الذي يرفع عنه كل ماناله بسببه من غرم . وإنما يرفع عنه ما فحش منه فحسب . والأمير بعد ذلك من إطلاقياته ومتروك لتقديره ، دون أن يكون عليه من محكمة النقض رقيب . فلا يوجد معيار حسابي يلزمه القانون باتباعه .

(الثاني) والخيار الثاني الذي يمنحه الاستغلال لضحيته هو إبطال العقد . فلضحية الاستغلال . إلى جانب إنقاص التزاماته ، أن يطلب من القاضي إبطال العقد ، إذا شاء أن يتخلص نهائياً منه . على أن هذا الخيار ليس مطلقاً . فهو مقيد برخصة تثبت . في المعاولات وحدها دون التبرعات . للطرف المستغل في أن يتنى إبطال العقد ، وذلك إذا عرض أن يؤدي لضحية الاستغلال ما يراه القاضي كافياً لرفع الفحش في الغبن . وفي هذا تقضى المادة ١٢٩ / ٣ بأنه : « ٣ - ويجوز في عقود المعاوضات أن يتوق الطرف الآخر (صاحب الاستغلال) دعوى الإبطال . إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

هذان هما الخياران اللذان يمنحهما الاستغلال . وهو يمنحهما بادیء ذي بدء لضحيته ، حيث يترخص له أن يطلب من القاضي الحكم له بما يشاء منهما . ولكن خياره من بينهما ليس له قوة الإلزام . ففوق خياره يقوم خيار القاضي . ذلك الخيار الذي يتحدد له وفقاً لظروف الحال ، وعلى نحو ما تقتضيه العدالة .

فليس يوجد ثمة ما يلزم القاضي بأن يستجيب إلى طلب ضحية الاستغلال إلى إبطال العقد ، حتى لو كانت شروط الاستغلال متوافرة . ولم يلجأ غريمه إلى توقيه على نحو ما يسمح له به القانون . بل إن له أن يرفضه . وهو يفعل ذلك ، إذا رأى أن في إنقاص التزامات ضحية الاستغلال ،

ما يكتفى لرفع الإجحاف عنه ^(١) . وفي ذلك يختلف الاستغلال في أثره عن غيره من عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه . فالأصل في هذه العيوب الأخيرة ، أنه يتوجب على القاضي أن يحكم بإبطال العقد . إذا ما طلبه منه ضحيته ، وكانت الشروط القانونية متوافرة .

وإذا اكتفى ضحية الاستغلال بطلب إنقاص التزاماته هو بما يرفع عنه الإفراط في الغرم ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد ، إذ أنه تحول دون ذلك قاعدة أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم .

١٩٠ - سقوط دعوى الاستغلال :

دعوى الاستغلال تسقط بمدة بالغة القصر ، وهي مدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إبرام العقد . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٩ / ٢ بأنه : « ويجب أن ترفع الدعوى بذلك (إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات تأسيساً على الاستغلال) خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » ^(٢) .

وفي تحديد سقوط دعوى الاستغلال بسنة واحدة يتخالف الاستغلال مع غيره من عيوب الرضاء . وهي الغلط والتدليس والإكراه ، كما أنه

(١) وأمام سلطة التقدير الرحبة التي يمنحها القانون لقاضي الموضوع في مجال الاستغلال ، والتي تشمل في إنقاص التزامات الطرف المغبون ، أو إبطال العقد ، يحسن بضحية الاستغلال أن يضمن دعواه الأمر الذي يفضل كطلب أساسي ، وأن يشفع ذلك بالبديل الذي يراه ، كطلب احتياطي ، حتى يتفادى بذلك دعوى جديدة ، إذا ما رفض طلبه الأصل . فإذا استغل في شخص طليش البين ، مثلاً ، وبيع له من آجر مال بثمان باهظ يتضمن غبناً فاحشاً له ، ورأى فائدته الكبرى في إبطال البيع ، فإنه يحسن به ألا يكتفى في دعواه بهذا الطلب ، وإنما يلتمسه من القاضي كطلب أساسي ، ويضيف إليه ، كطلب احتياطي ، الحكم له بإنقاص الثمن ، حتى إذا رأى القاضي أن الحال لا تقتضي الإبطال ، حكم له بطلبه الاحتياطي ، وبهذا يتفادى رفع دعوى جديدة .

(٢) وقد كانت المدة المحددة في المشروع التمهيدى لدعوى الاستغلال بمنصرمها هي ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ العقد (المادة ١٩٩) ، ولكنها أنقصت إلى سنة ، دون أن يرد في الأعمال التحضيرية تبرير لهذا الإنقاص ، ولعله يتمثل فيما راود أعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ من خوف أن يؤدي إعمال نظام التدليس إلى إحداث قلقلة واضطراب في المعاملات ، وهو خوف أثبتت السنون الماضية على طولها أنه لم يكن له أساس على الإطلاق . .

يتخالف أيضاً مع العيب الذى يلحق العقد نتيجة نقص أهلية عاقله . إذ أنه فى كل هذه الحالات الأخيرة ، يحدد القانون المدة التى يتوجب رفع الدعوى خلالها بإبطال العقد بثلاث سنوات (١) .

ووفقاً لنص المادة ١٢٩ / ٢ : تبدأ مدة السنة التى تسقط بفواتها دعوى الاستغلال من تاريخ إبرام العقد . وفى ذلك خلاف آخر بين الاستغلال وغيره من عيوب الرضاء من ناحية . وبينه وبين نقص الأهلية من ناحية أخرى . فى كل هذه الأمور الأخيرة . تبدأ مدة الثلاث سنوات المحددة لانقضاء دعوى الإبطال من تاريخ زوال العيب .

ولو أننا أخذنا بحرفية نص المادة ١٢٩ / ٢ على إطلاقها لتمثل حكمها عيباً تشريعياً فادحاً . إذ أنه فى أكثر الحالات العملية التى يقوم فيها الاستغلال . وعلى الأخص فى حالة استغلال الهوى الجامع : يغلب أن يستمر العيب الذى يلحق الإرادة قائماً لمدة تزيد على سنة . فكأن دعوى الاستغلال هنا تتمثل دعوى عديمة الجدوى مجدية الأثر ، وكأننا سلبنا باليسار ما أعطيناه باليمين . لنفرض : مثلاً : أن زوجة استغلت فى زوجها هواه الجامع نحوها . وجعلته يهبها وأولاده منها ماله ، وامتد به العمر إلى ما يتجاوز السنة . وهو لازال خاضعاً لتأثير الهوى الجامع الذى يستشعره نحو زوجته . ثم مات . وجاء أولاده من زوجة أخرى يطعنون فى الهبة تأسيساً على استغلال أبيهم (وهذه هى أغلب حالات الاستغلال شيوعاً فى واقع حياة الناس) : فإذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة : إن مؤدى جرفية نفس المادة ١٢٩ / ٢ أن يحكم القاضى هنا بعدم قبول دعوى الاستغلال لسقوطها . ولا يمكن : فى رأينا . أن يكون ذلك هو قصد الشارع . حينما قضى بسقوط دعوى الاستغلال بسنة . وإلا كان حكمه أقرب إلى العبث الذى يجب أن ينزه عنه . من أجل ذلك نرى . تمشياً مع روح نظام الاستغلال والحكمة التى يتوخاها المشرع منه ، تفسير نص المادة ١٢٩ / ٢ على أن المشرع يقصد منه بدء سريان مدة السنة من تاريخ العقد فى الحالة التى يكون

(١) انظر ما سيجىء نبذة ٢٣٤ .

أثر الاستغلال قد انتهى بذات إبرامه ، كما إذا استغل شخص الطيش البين في آخر وجعله يبيع له ماله بثمان بنحس ، أو استغل ربان سفينة الهوى الجامع لدى ربان سفينة أخرى نحو الحياة له ولسفينته وما حملت ، وجعلته يرتضى عقد إنقاذ بثمان فادح . أما إذا ظل أثر الاستغلال باقياً بعد إبرام العقد ، فلا تبدأ مدة السنة إلا بانقطاعه . مع ملاحظة أن الدعوى تسقط على أية حال بمضى ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد ، تطبيقاً للقواعد العامة (١) .

وفرة السنة التي تنص عليها المادة ١٢٩ / ٢ هي مدة سقوط . ومن ثم فهي لا تقبل ، بعد بدء سريانها ، وقفاً ولا انقطاعاً . ويترتب على فواتها أن يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى .

خامساً : الغبن

١٩١ - الغبن *Lésion* هو الخسارة المالية التي تلحق ، في عقود المعاوضات ، أحد العاقلين ، نتيجة عدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذي يحق له بمقتضاه .

فالغبن لا يكون إلا في عقود المعاوضات . فهو مجال مستغلق على التبرعات . لأنه يقوم على التفاوت في قيمة الالتزامات المتقابلة على طرفي العقد (٢) .

والغبن يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة . كما إذا بيع شيء قيمته ألف جنيه بخمسمائة فقط . فهو يتجافى مع مبدأ المساواة فيما تقضى به العقود من الأخذ والعطاء . وبهذه المثابة ، يبرز الغبن عيباً

(١) وقد جاء القانون المدني الكويتي ، التي كان لنا شرف رئاسة اللجنة التي أنيط بها وضعه ، يتمشى مع هذا النظر ، فجاءت المادة ١٩١ منه ، بعد أن قضت في فقرتها الأولى بسقوط دعوى الاستغلال بمضى سنة من وقت إبرام العقد ، تقول ، في فقرتها الثانية إنه : « على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامع أو السطوة الأدبية ، فإن سريان مدة السنة لا يبدأ ، إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة ، على أن تسقط الدعوى على أية حال بفوات خمس عشرة سنة من إبرام العقد » .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٨٢ .

موضوعيا في العقد نفسه ، وليس عيباً شخصياً يتعلق بالمتعاقد ، وهو من ثم لا يعتبر في ذاته عيباً في الرضاء ، وإن أمكن أن يجيء نتيجة أحد من عيوبه . فمن الممكن أن يأتى الغبن نتيجة غلط يقع فيه المتعاقد في قيمة الشيء . أو نتيجة حيلة خدع بها ، أو تحت تأثير إكراه أوقع به ، أو استغلال ناحية من نواحي الضعف الإنساني فيه . ولكن من الممكن أيضاً أن يجيء الغبن بعيداً عن كل عيوب الرضاء . كما إذا باع شخص شيئاً بأقل من قيمته من غير أن يكون واهماً أو مخدوعاً أو مضطراً أو مستغلاً . ونحن هنا نتناول الغبن في صورته الأخيرة ، أى الغبن المجرد .

١٩٢- ولم يعرف الرومان الغبن . كعيب يؤثر على العقود ، إلا في نطاق جد محدود^(١) . بسبب تفشي روح الفردية عندهم ، الأمر الذى أدى بهم إلى أن يتركوا كل متعاقد يتحمل نتيجة ما ارتضاه ، سواء أكان من شأنه أن يعود عليه بالغنم أو الغرم . فلا وزن عندهم ، بحسب الأصل ، لما إذا كان المقابل الذى يأخذه المتعاقد نظير ما يعطيه متناسباً أو غير متناسب . ولم تتولد فكرة الغبن في القانون الأوربى إلا في القرون الوسطى . وذلك بتأثير من الكنيسة ، التى عمدت . في سبيل اضمحاء الفضيلة على العقود . إلى المناداة بوجوب قيام التناسب فيما تقضى به من الأخذ والعطاء ، الأمر الذى أدى إلى فكرة وجوب أن يسود العقود مبدأ الثمن العادل *Juste Prix* أو الأجر العادل *Juste Salaire* ، فضلاً عن الحد من ربوية الفائدة . . .

وقد تأثر بما بشر به الكنسيون بعض فقهاء القانون الفرنسى القديم . لاسيما *Pothier* ، الذى جعل من الغبن بمجرد ذاته سبباً عاماً لإبطال العقود ، وإن وجدنا البعض الآخر منهم يسرون على غرار ما قال به الرومان من تقليص أثره^(٢) .

(١) لم يعترف الرومان في الأصل بتأثير للغبن المجرد على العقود ، إلا في الحالة التى كان يلحق بها القصر ، وإن انتهت مدونة جستينيان إلى الترخيص لبائع العقار أن يطلب إبطال البيع ، إذا كان قد لحقه فيه غبن فاحش . . .

(٢) انظر *Marty et Raynaud* ، المرجع السابق ، نبذة ١٥١ .

وأخيراً جاءت مدونة نابليون ، فغادت إلى ما كان يقول به الرومان ، فلم تجعل للغبن أثراً عاماً على العقود ، وإنما قصرت أثره على البعض منها ، وذلك في نطاق بالغ الضيق . يتمثل على الخصوص في بيع العقار ، إذا ازداد الغبن على البائع بأكثر من $\frac{7}{10}$ (المادة ١٦٧٤) ، وفي القسمة ، إذا تجاوز غبن المتقاسم الربع (المادة ٨٨٧) ، وفي تصرفات القصر (١) .

والفقه الإسلامى بدوره لا يجعل لمجرد الغبن أثراً في العقود ، إلا في نطاق جـد محدود . يتمثل في بيع مال اليتيم ومال بيت المال ومال الوقف . وقد حدث به إلى ذلك رغبته في إحاطة المعاملات بالأمن والاستقرار ، في غير ما تستوجبه مبادئ الإسلام السامية من إضفاء الحماية على من يخشى عليهم من الإهـال أو عدم الرعاية في التصرف في أموالهم . وإذا كان الغبن المجرّد يحسب الأصل ، لا ينهض بذاته وبمجردة سبباً للطعن في العقود . تحت ظل الفقه الإسلامى . فإنه يفلح في ذلك إذا جاء نتيجة التـغـرير أو الإكراه .

١٩٣ - الغبن في القانون المصرى :

الأصل . في رحاب قانوننا المدنى المصرى : شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسى . وشأن الفقه الإسلامى ، أن الغبن بمجرده وذاته ، أى مجرد عدم التعادل بين ما يلتزم المتعاقد بأدائه بمقتضى العقد وبين المقابل الذى يقرره له ، لا ينهض سبباً للطعن في العقود .

فالغبن وحده : ومن غير أن يأتى نتيجة أحد عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . لا يكون له تأثير على العقد ، إلا في الأحوال الخاصة التى يقضى فيها القانون بحكم مخالف . لحكمة يقدرها . وإذا جاء الغبن نتيجة أحد عيوب الرضاء ، فإنه لا يطعن في العقد

(١) وقد توسع المشرع الفرنسى قليلا في حالات الغبن ، بعد صدور مدونة نابليون ، وذلك بتخصص خاصة بحالات مغبنة محدودة ، كـشراء السماد والبذور والمواد اللازمة لـلف الخيوان (قانون ٨ يوليه ١٩٠٧ المعدل بقانون ١٠ مارس ١٩٣٧) ، والمساعدة والإنقاذ البحرى والجوى (قانون ٢٩ إبريل ١٩١٦ - المادة ٧ وقانون ٢ مايو ١٩٢٤ المادة ٥٧) ، وبيع حق الملكية الأدبية والفنية (قانون ٢٧ مارس ١٩٥٧ المادة ٣٧) .

تأسيساً عليه ، وإنما تأسيساً على العيب الذى جاء نتيجة له . الأمر الذى يقتضى توافر شروط هذا العيب القانونية . فإذا جاء غبن البائع ، مثلاً . نتيجة وقوعه فى غلط فى قيمة المبيع ، أمكن الطعن فى العقد بالإبطال تأسيساً على الغلط . لا تأسيساً على مجرد الغبن . وإنما يلزم هنا توافر شروط إعمال الغلط التى بينهاها . وعلى الأخص شرط الاتصال بالمتعاقد الآخر . كما أنه يمكن للمغبون أن يعمل على خلاصه من الضرر الذى ألحقه به الغبن . تأسيساً على القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية : إذا جاء الغبن نتيجة عمل غير مشروع كما إذا جاء نتيجة الإكراه أو الاحتيال .

والحكمة التى يتوخاها المشرع ، من تقرير الأصل العام القاضى بأن الغبن بذاته وبمجردده لا ينهض سبباً للطعن فى العقود ، بيئة واضحة . فهو يريد أن يحيط العقود بالأمن والاستقرار . طالما أنه لا يوجد اعتبار أقوى يحمله على أن يؤثره . والقول بغير ذلك يصل بالناس إلى البنت والخرج . وبالتعامل إلى القلقلة والاضطراب .

وإذا كان الأصل فى الغبن أنه لا يصلح بمجردده وذاته سبباً للطعن فى العقود ، فإن هذا الأصل بعيد عن أن يكون مطلقاً . فثمة اعتبارات هامة مختلفة جعلت المشرع يورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات .

ومن تلك الاستثناءات ما يتعلق بالطبيعة الخاصة لعقود معينة . ومن هذه العقود عقد الوكالة . حيث تجعل المادة ٧٠٩ أجر الوكيل - إذا كانت الوكالة بأجر - خاضعاً لتقدير القاضى . الأمر الذى يخوله إنقصاه . إذا طلب منه ذلك الموكل ، ورآه القاضى مبالغاً فيه على نحو يلحق الغبن الكبير بالموكل . وذلك كله ما لم يكن أجر الوكيل قد دفع من الموكل طواعية بعد تنفيذ الوكالة .

ومن تلك الاستثناءات أيضاً ما تنقضى به المادة ٨٤٥ من منح الشريك فى الشروع الحق فى نقض قسمة المال الشائع إذا تمت رضائياً ، وألحقت به غبناً يتجاوز الخمس ، ما لم يكمل له شريكه ما نقص من نصيبه نقداً أو عيناً .

ومن الاستثناءات التي يقررها القانون على مبدأ أن الغبن بمجرد ذاته لا يَبْغُضُ سبباً للطعن في العقود ، ما يرجع إلى نوعية معينة من المتعاقدين ، وإلى طبيعة العقد الذي يبرمونه في آن معاً . ومثال هذه الحالة ما تقضى به المادة ٤٢٥ في شأن بيع مال عديمي الأهلية وناقصيها ، من ثبوت الحق للبائع ، إذا سُكِّنَ في البيع غبن يزيد على الخمس . في أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

ومن الاستثناءات التي نحن بصدددها ، في النهاية . ما يقرره القانون نظراً لطبيعة الحق ذاته . وبغض النظر عن طبيعة العقد الذي يقرره . وعن نوعية العاقد . وهذه هي حالة الالتزام بدفع الفائدة . سواء أكانت فائدة تأخيرية ناجمة عن الإخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، أم كانت فائدة مقررة في مقابل الانتفاع بالنقود . فأياً ما كان نوع الفائدة أو طبيعة العقد الذي يقررها ، أو نوعية الشخص الذي تقرر له . ينبغي ألا تزيد الفائدة عن الحد الأقصى الذي يقضى به القانون ؛ فإن تجاوزته . خفضت إليه .

هذه هي بعض الحالات التي يقرر فيها قانوننا للغبن أثراً في العقود . وهو إذ يكون له أثر في العقد ، فإنه لا يتمثل عيباً في إرادة عاقله . وإنما مجرد عيب في العقد نفسه أو في أثر يترتب عليه . عيب يقرره القانون في حالة معينة يحددها لحكمة خاصة يقدرها . وقد حرص مشرعنا . بعد أن قرر الاستغلال كنظام منطلق غير محدد بحالة بذاتها . على أن ينص على أن القواعد التي جاء بها الحكم لا يكون لها أثر على ما يقرره ، في الحالات الخاصة التي يحددها ، من إعطاء أثر للغبن بمجرد ذاته . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٠ بأنه : « يراعى في تطبيق المادة السابقة (التي تقرر نظام الاستغلال) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة في بعض العقود أو بسعر الفائدة » .

الفصل الثاني

المحل

١٩٤ - تبيننا ، فيما سبق ، أن للعقد أركاناً ثلاثة لا يقوم بغير توافرها . وهى الرضاء والمحل والسبب . وقد انتهينا من الكلام فى الرضاء . ونبتناول الآن الركن الثانى : وهو المحل .

ومحل العقد هو الالتزامات التى يولدها . ولسكتنا لانتناول المحل هنا على هذا الاعتبار . وإنما نتناوله على اعتبار أنه الشئ الذى يلتزم المدين بعمنه أو بالامتناع عن عمله . وهو بهذه المثابة يتمثل ركناً فى الالتزام . ومع ذلك . فهو ليس غريباً عن العقد . إذ أنه يعتبر أيضاً ركناً فى العقد . وإن كان ذلك بطريق غير مباشر . فالعقد يولد الالتزام . فما يعتبر محلاً مباشراً للالتزام يعتبر ، فى نفس الوقت . محلاً غير مباشر للعقد الذى يولده (١) . ومن أجل ذلك : درج الفقهاء على أن يتناولوا محل الالتزام . باعتباره ركناً فى العقد . ونهج القانون المدنى المصرى هذا النهج . وليس فى ذلك عيب . فالغاية من العقد إنشاء الالتزام . فإن لم يتم الالتزام لسبب يمس محله . فإن العقد كله يقع باطلاً بدوره (انظر المواد ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ مدنى) . وهكذا يؤثر محل الالتزام فى كيان العقد الذى من شأنه أن يولده .

وإذا كان محل الالتزام يعتبر فى نفس الوقت محلاً للعقد الذى ينشئه : ترتب على ذلك أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التى تصدر عنه . فالبيع مثلاً يولد التزامين أساسيين : أحدهما على البائع . ويتعلق بالمبيع . ويقوم على وجوب تسليمه وبالعمل على نقل ملكيته ، وثانيهما على المشتري . ويتعلق

(١) وهذا مادعا القانون البنائى - وهو تقنين تغلب عليه فى مجموعه النزعة الفقهية المفرطة - لئلا ينص ، فى المادة ١٨٦ أمته ، على أن المحل الحقيقى لأى عقد هو إنتاج الالتزامات . على أن هذا الهدف لا يتحقق إلا إذا كانت تلك الالتزامات ترد بدورها على محال تستجمع صفات معينة .

بالثمن، ويقوم على وجوب دفعه . ومن هنا درج القول على أن محل عقد البيع هو المبيع والثمن .

١٩٥ - الشروط الواجب توافرها في المحل :

يلزم في محل الالتزام توافر شروط معينة : تضمنتها المواد ١٣١ إلى ١٣٥ مدني . وتركز هذه الشروط في كون محل الالتزام ممكناً غير مستحيل . ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، ومشروعاً ، أى غير مخالف للنظام العام ولا لحسن الآداب .

ونتناول فيما يلي كلا من هذه الشروط الثلاثة بالإيضاح :

١٩٦ - أولاً - إمكان المحل :

يلزم ، لنشأة الالتزام . وبالتالي لقيام العقد الذى يولّده . أن يكون محله ممكناً غير مستحيل . وهذا شرط بديهي تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها . إذ أن الشخص لا يلزم بعمل المستحيل *A l'impossible, nul n'est tenu* وفى ذلك تقضى المادة ١٣٢ مدني بأنه : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته . كان العقد باطلاً » . فإذا التزم المدين بما هو مستحيل ، بطل التزامه . وبطل العقد الذى أريد له أن ينشئ .

ويقصد بالاستحالة إلى تحول دون نشأة الالتزام . وتؤدي بالتالى إلى بطلان العقد الذى كان من شأنه أن يولّده . الاستحالة الموضوعية ، أى استحالة محل الالتزام في ذاته ، كما تقول المادة ١٣٢ : أو استحالة من حيث هو . وليست الاستحالة الشخصية الذاتية ، أى تلك التى ترجع إلى المدين نفسه ؛ وبعبارة أخرى المقصود بالاستحالة التى تحول دون قيام العقد هو الاستحالة المطلقة ، أى استحالة القيام بالأمر الذى التزم به المدين على كل الناس ؛ وليس فقط الاستحالة النسبية المتعلقة بظروف هذا المدين بالذات (١) .

(١) انظر في هذا المعنى المناقشات التى دارت في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ،

مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢١٣ و ٢١٤ .

وإذا كانت الاستحالة موضوعية أو مطلقة ، فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كانت مادية أو طبيعية ، أى راجعة إلى حكم الطبيعة : كما إذا التزم شخص بأن يلمس الشمس ، أو أن يطير بذات نفسه في الفضاء ، أو أن يحيى الميت . أو أن ينقل ملكية بيت سبق له أن تهدم وزال ، أو كانت تلك الاستحالة الموضوعية أو المطلقة قانونية ، كما إذا التزم محام برفع استئناف عن حكم لا يجوز الاستئناف فيه ، أو فات ميعاد استئنافه ، وكما إذا باع شخص عقاراً . والتزم بالتالى بنقل ملكيته إلى المشتري ، حال كون العقار المبيع قد نزلت ملكيته من قبل للمنفعة العامة . وصار بذلك الالتزام بنقل الملكية مستحيلاً استحالة موضوعية ، أى على كل الناس . وعدم إمكان محل الالتزام : بمعنى استحالة استحالة موضوعية مطلقة ، هى علة وقوع التصرف فى المال العام : بما يتنافى مع تخصيصه للمنفعة العامة من بيع ونحوه ، باطلاً .

أما الاستحالة النسبية أو الذاتية فلا تحول دون قيام العقد . ويقصد بالاستحالة الذاتية أو النسبية تلك التى تقوم بالنسبة إلى المدين نفسه بمراعاة ظروفه الخاصة ، مع وجود شخص آخر غيره يستطيع القيام بالأمر الذى التزم به . ومثال ذلك أن يلتزم شخص بعمل لوحة زيتية قيمة : حالة كونه يجهل أصول الرسم . وأن يؤجر شخص منزلاً يملكه لآخر^(١) . فى هذين المثالين : يستحيل على المدين نفسه أن يقوم بالأمر الذى تعهد به . ولكن يوجد بالضرورة شخص آخر يستطيع أدائه . ولذلك فالاستحالة هنا تعتبر ذاتية نسبية ، وليست موضوعية مطلقة . وهى لا تمنع من قيام العقد . فإن تعذر على المدين أداء الالتزام ، كان للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ العيني إن كان ممكناً ، أو أن يلجأ إلى التعويض : مع عدم الإخلال بحقه فى الفسخ . وذلك كله فى حدود ما يقضى به القانون .

هكذا يبين أن الاستحالة التى تمنع من قيام العقد هى الاستحالة الموضوعية المطلقة دون الذاتية النسبية . ويلزم أن تكون هذه الاستحالة الموضوعية

(١) أنظر ، فى التصرف فى مال الغير ، ما سيجىء ، نبذة ١٩٧ .

المطلقة قائمة وقت إبرام العقد . فإن كان محل الالتزام ممكناً عند إبرام العقد ، ولكنه أصبح مستحيلاً في تاريخ لاحق ، ما أثر ذلك في ذات انعقاد العقد . فالفرض أن انعقاده قد تحقق فعلاً عند إبرامه ، فلا يزول بعد ذلك لسبب طارئ . ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص حصاناً يملكه . ثم ينفق الحصان موتاً قبل تسليمه للمشتري . فهنا محل التزام البائع بتسليم الحصان كان ممكناً عند البيع ، ثم أصبح مستحيلاً بعد إبرامه ، بسبب أجنبي عن البائع . فالبيع لا يعتبر هنا باطلاً . ولكنه يفسخ (المادة ٤٣٧) . أى أنه يعتبر أنه قد قام صحيحاً ، ثم انحل . وهكذا يلزم عدم الخلط بين استحالة محل الالتزام القائمة عند إبرام العقد حيث إنها تؤدي دائماً إلى بطلانه . وتلك الطارئة بعد إبرام العقد . إذ أنها تؤدي إلى انفساخه ، شريطة أن تكون واقعة بفعل يعزى إلى المدين .

١٩٧ - التعامل في ملك الغير والتعهد عن فعله :

الأصل أن الشخص لا يتعامل إلا في ملكه . وأنه لا يتعهد إلا عن ذات فعله . ولكن يحدث ، في بعض الأحيان ، أن يتصرف الشخص في شيء لا يملكه ، كما إذا باعه أو رهنه أو أجره . وقد يكون في ذلك حسن النية . أى معتقداً أنه يملك ما يتصرف فيه . وقد يكون سيئ النية . أى عالماً بأنه يتصرف فيما لا يملك . كما إنه قد يحدث أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل ثالثاً يؤدي عملاً لمصلحته .

وقد تقبل الفكر القانوني ، في سهولة ويسر : أن يتعهد شخص بفعل الغير . وهو ما يسمى التعهد عن الغير . الذى سوف نعرض له فيما بعد عند تناول آثار العقد^(١) . فالتعهد عن فعل الغير صحيح (المادة ١٥٣) . ولا صعوبة في تبرير صحته . إذ أن قيام المتعهد بجعل الغير المتعهد عنه يؤدي العمل المتعهد به أمر ممكن ، وإن لم يكن مؤكداً . ومجرد إمكان المحل يكفي لقيام العقد . من غير تطلب أن يكون حصوله أمراً يقينياً قاطعاً .

(١) راجع ما سيجيء ، نبذة ٢٨١ وما بعدها .

وعلى عكس التعهد عن فعل الغير ، أثار التصرف في ملك الغير جدلاً بالغ العنف ، واحتدم الخلاف حول حكمه ، ليس في الفقه وحده ، بل حتى في مجال التشريع كذلك ، حيث تتباين قوانين البلاد المختلفة في شأنه من النقيض إلى النقيض ، من البطلان إلى الصحة مروراً بالقابلية للإبطال . بل إن عنف الخلاف لم يقف عند حكم التصرف في مال الغير بوجه عام . بل امتد إلى نوعية التصرف ذاتها ، بحيث إنه لم يسلم الأمر . في ظل التقنين الواحد ، من أن يعطى لبيع ملك الغير . مثلاً . حكم مغاير لذلك الذي يعطى لرهنه أو لإيجاره .

ومؤدى تطبيق القواعد العامة أن يقع التصرف في ملك الغير صحيحاً . فالمتصرف في ملك غيره . البائع مثلاً . إن قلنا بأن وفاءه بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد قد يتعذر عليه شخصياً ، اعتباراً بأن من لا يملك لا يملك . فإنه يوجد بالضرورة شخص آخر غيره يستطيع الوفاء بهذه الالتزامات ، وهو هنا المالك الحقيقي . وعلى ذلك فإذا كان محل التزامات المتصرف مستحيلاً عليه شخصياً ، فهو ليس مستحيلاً على كل الناس . واستحالة محل الالتزام التي تمنع من قيام العقد هي ، على نحو ما قد سبق لنا بيانه . الاستحالة الموضوعية المطلقة . أى استحالة محل الالتزام في ذاته . كما تقول المادة ١٣٢ ، أما الاستحالة الذاتية أو النسبية . أى تلك المتعلقة بالمدين نفسه . فهي لا تمنع من قيام العقد . بل إن محل الالتزامات التي يفرضها التصرف في مال الغير لا يتمثل . في حقيقة الواقع . مستحيلاً حتى على المتصرف نفسه . إذ أنه يمكن لهذا الأخير أن يملك المال الذي تصرف فيه . والذي كان . عند تصرفه . مملوكاً لغيره^(١) . كما إذا اشتراه منه مثلاً .

وإذا كان مؤدى القواعد العامة أن يقع التصرف في ملك الغير صحيحاً . فإن هذا المبدأ يرد عليه بطبيعة الحال التخالف . إذا قرره القانون بنص خاص وفي شأن عقد معين . وهذا هو ما يجريه قانوننا المصرى بالفعل في خصوص بيع ملك الغير (المادة ٤٦٦) ورهنه (المادة ١٠٣٣ / ١) ، حيث يقرر

(١) انظر في هذا المعنى : Marty et Rayaud ، المرجع السابق ، نبذة ١٦٧ . وانظر مؤلفنا عقد الإيجار ج ١ نبذة ٦٠ .

وقوع البيع أو الرهن قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري أو المرتين . وهو ما يقرره القانون الفرنسي ، في شأن بيع ملك الغير ، من وقوعه باطلاً بطلاناً مطلقاً (المادة ١٥٩٩) . على أنه في مثل هذه الحالات التي يملئ فيها القانون بنص معين . الإبطال أو البطلان . ينبغى القول بأنه إبطال أو بطلان خاص أنشأه النص بمخالفة ماتقضى به القواعد القانونية العامة . وبأنه في غير ما ينص في خصوصه القانون بحكم مغاير . يقع التصرف في ملك الغير صحيحاً . وهذا ، على وجه الخصوص . هو ما يجمع الفقه والقضاء عليه سواء في فرنسا أو في مصر بالنسبة إلى عقد الإيجار ^(١) .

خلاصة ما سبق أن التصرف في مال الغير يقع . بحسب الأصل وما لم يقض القانون بغيره ، صحيحاً ، شأنه في ذلك شأن التعهد عن فعل الغير ^(٢) . ومؤدى صحة التصرف في مال الغير ، أن تتولد عنه الالتزامات التي من شأنه أن يولدها . فإيجار مال الغير . مثلاً . يفرض على المؤجر الالتزام بالتسليم وبتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين . فإذا لم يفلح المؤجر في الوفاء بهذه الالتزامات ، فإنه يعتبر مخلاً بها ، ويتحمل بالمسئولية عن إخلاله ، وفقاً لما يقضى به القانون . ومن أبرز مظاهر هذه المسئولية ثبوت الرخصة للمستأجر في طلب فسخ الإيجار ، مع التعويض إن كان له محل . وهكذا فالجزاء الحق في التصرف في ملك الغير ليس هو البطلان . كما يقضى به القانون الفرنسي في خصوص البيع ، وليس هو الإبطال كما يقرر القانون المصري في شأن البيع والرهن ^(٣) ، وإنما هو الفسخ مع التعويض إن كان لهذا التعويض محل .

(١) انظر في صحة إيجار ملك الغير : مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٦٠ والمراجع العديدة المشار إليها في هامش ٣ من ص ٩١ وهامش ١ من ص ٩٣ . وانظر كذلك : نقض ١٩٧٧/١١/٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ١٥٩٧ رقم ٢٧٦ .

(٢) وقد حرص المشرع الكويتي على أن يقنن هذا الحكم ، فجاء في المادة ١٧٠ يقضى بأنه : « يجوز أن يتعلق العقد بمل الغير أو بفعله ، من غير أن يترتب عليه التزام على هذا الغير بدون رضاه » .

(٣) انظر السهوري ، المرجع السابق طبعة ١٩٦٤ هامش ١ صفحة ٤١٨ ، حيث يقول استناداً إلى كون استحالة تنفيذ البائع ملك غيره التزامه بنقل الملكية استحالة نسبية وليست مغلقة ، إنه « لولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (المادة ٤٤٦) لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ » .

وإذا وصلنا إلى أن العقد الذى يتصرف به أحد طرفيه للآخر فى مال الغير يقع ، بحسب الأصل ووفقاً للقواعد العامة ، صحيحاً ، فإن ذلك لا يعنى إطلاقاً أنه ينتج أثراً ما فى مواجهة هذا الغير بمجرد ذاته ^(١) . فليس مؤدى قولنا . مثلاً . إن إيجار ملك الغير صحيح أن المستأجر يكون له الحق فى أن يلزم ذلك الغير بتسليمه العين المؤجرة وبتمكينه من الانتفاع بها . فصحة العقد أو بطلانه أمر لا يعنى . كأصل عام ، إلا العاقدين وحدهما . ثم خلفاءهما من بعدهما . ولا اعتبار له بالنسبة إلى الغير . إذ أن العقد . حتى لو كان صحيحاً بين عاقيه . لا ينتج أثراً ما فى مواجهة الغير . إلا فى أحوال استثنائية ينص عليها القانون . وهذا هو مؤدى القاعدة التى تقضى بأن العقود لا تنفع ولا تضر غير العاقدين وخلفائهما ودائنيهما .

١٩٨- وجود الشيء الذى يتعلق به محل الالتزام :

يخلص مما سبق أنه يلزم : لقيام العقد . أن يكون محل الالتزام ممكناً فى ذاته عند إبرامه . بمعنى ألا يكون مستحيلاً عندئذ استحالة موضوعية مطلقة . وفى أكثر الأحيان يتعلق محل الالتزام بشيء معين . سواء أكان المقصود من الالتزام نقل ملكية هذا الشيء . كما هو الحال بالنسبة إلى التزام البائع والواهب والمتقاضى . أو كان المقصود منه إجراء أى عمل آخر متعلقاً به . كتسليم العين المؤجرة للمستأجر أو المعارة للمستعير . حتى يتمكن من الانتفاع بها على النحو المقصود .

وإذا تعلق محل الالتزام بشيء معين . فإنه لا يكون بالضرورة ممكناً . إلا إذا كان هذا الشيء موجوداً : أو فى الأقل . قابلاً للوجود . من هنا درج البعض على القول بأن الوجود شرط فى محل الالتزام . والحقيقة أن الوجود

(١) أما إذا أتى الغير الذى حصل التصرف فى ماله وأقر هذا التصرف . فإنه يتأثر بالضرورة به ، وتسرى أحكامه عليه ، ولكن ذلك يحدث نتيجة للتصرف فى ذاته الذى كان . عند إبرامه ، أجنبياً عنه ، ولكن نتيجة قيامه بإقراره . إذ بالإقرار يصير المالك الحقيق طرف التصرف ، دون من أجراه ، الذى يعتبر فى حكم النائب عن المقر ، إعمالاً لقاعدة أن الإقرار اللاحق يقع بمثابة الوكالة السابقة .

نيس شرطاً مستقلاً في محل الالتزام . بل هو أمر لازم لتحقيق شرط إمكان هذا المحل ، كلما تعلق بشيء من الأشياء .

فإن كان من شأن العقد أن يولد التزاماً متعلقاً بشيء محدد ، ثم ظهر أن هذا الشيء لم يوجد أصلاً ، أو وجد ولكنه هلك قبل العقد ، فإن العقد لا يقوم أصلاً . ومثال ذلك أن أبيعك حصتي في شركة قريب لي قد مات . ثم يتضح أنني لست وارثاً له . وأن التزم بأن أعيرك حصاناً ثم يظهر أنه قد سبق له أن نفق موتاً . وأن أعقد معك إيجاراً عن منزل ، ثم يبين أنه سبق له أن تهدم . في هذه الحالات ومثيلاتها يقع العقد باطلاً ، لتخلف شرط الإمكان في محله .

ويلاحظ أن عدم وجود الشيء الذي يتعلق به محل الالتزام لا يتصور إلا بالنسبة إلى الأشياء المعينة بالذات ، وبعبارة أخرى الأشياء القيمية . إذ أن الأشياء المثلية ، وبعبارة أدق الأشياء المعينة بالنوع . يتصور دائماً وجودها . ما دامت متوافرة في السوق . حتى لو كانت غير موجودة عند المدين نفسه . فهي تقوم مقام بعضها في الوفاء . ومن هنا جرى القول على أن المثليات لا تهلك .

والهلاك الذي يحول دون قيام العقد . هو ذلك الذي يلحق الشيء قبل إبرامه . لأن العقد هنا ينقصه ركن من أركانه . فلا يقوم . أما إذا كان الشيء موجوداً عند العقد . ولكنه هلك فيما بعد . فعني ذلك أن العقد قد توافر له محله عند إبرامه . فهو لذلك يعتبر أنه قد قام صحيحاً . ولكنه انفسخ بعد ذلك . إذا كان الهلاك حاصلًا بسبب أجنبي عن المدين لا يد له فيه (المادة ١٥٩) .

١٩٩ - التعامل في الشيء المستقبل :

رأينا أنه يلزم : لإمكان محل الالتزام وبالتالي لقيام العقد . أن يكون الشيء المتعلق به موجوداً عند العقد . بيد أن هذا الأمر لا يتحتم . إلا إذا نُظر إلى الشيء على أساس أنه قائم عندئذ . أما إذا نُظر إلى الشيء ، على اعتبار أنه غير موجود الآن ، ولكنه سيوجد في المستقبل . فإن المحل يعتبر ممكنًا : مادام وجود الشيء مستقبلاً غير مستحيل في ذاته استحالة موضوعية مطلقة .

وهكذا نخلص إلى أنه يسوغ . كقاعدة عامة : أن يكون الشيء المستقبل محلاً للالتزام . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٧ / ١ بأنه : « ١ - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً » (١) .

وفي إباحة التعامل بالنسبة إلى الأشياء المستقبلية ، يختلف القانون المعاصر عامة والقانون المدني المصرى خاصة ، عن القاعدة التى يسير عليها الفقه الإسلامى ، وإن كانت الاستثناءات العديدة التى ترد فيه على تلك القاعدة تقلص التخالف إلى حد كبير (٢) .

والتعاقد بالنسبة إلى الأشياء المستقبلية شائع فى العمل . لاسيما فى البيع والإيجار . ومثال ذلك أن يبيع صاحب مصنع البضائع التى سوف ينتجها مصنعها خلال عام مقبل . أو أن يبيع مالك الأرض ماعساه أن تنتجها من محصول فى الموسم القادم ، أو أن يؤجر شخص أو يبيع شقة فى داره التى يزعم إنشاءها ، أو أن يعطى مؤلف لناشر حق نشر كتابه الذى يزعم تأليفه .

٢٠٠ - حظر التعامل فى التركة المستقبلية :

رأينا أن القاعدة العامة هى أنه يسوغ أن يكون الشيء المستقبل محلاً للالتزام . وهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها استثناء هام : مؤداه تحريم التعامل فى التركات المستقبلية ، أى التركات التى لم تفتح حتى الآن (٣) .

(١) وفى ظل قانوننا القديم ، ثار الخلاف حول ما إذا كان التصرف فى الشيء المستقبل يصح ، كقاعدة عامة ، أو لا يصح . وكان الرأى السائد فقها وقضاءً يحجب بنهم . وأراد المشرع فى قانوننا الحالى أن يقطع فى الأمر بقول فصل ، فضمنه هذا النص . انظر فى هذا المعنى : مؤلفنا ، محاضرات فى العقود ج ٢ ، عقد البيع نبذة ٥٣ .

(٢) انظر ، فى حكم التعامل فى الأشياء المستقبلية فى الفقه الإسلامى ، ما سيجىء نبذة ٢٠٤ .
(٣) وقد ورث القانون المعاصر حظر التعامل فى الحقوق التى تشملها التركات المستقبلية من القانون الرومانى . فقد حظر الرومان التصرف فى تلك الحقوق ، ما لم يتم برضاء المورث المحتمل ، لما رأوه فى هذا التصرف من مضاربة على حياة المورث والحث على قتله ، ولما يتضمنه بذلك من مخالفة لحسن الآداب . وانتقل هذا الحظر من الرومان إلى القانون الفرنسى . ولكن الفرنسيين جعلوه شاملاً للتعامل فى حقوق التركة المستقبلية ، ولو تم برضاء المورث ، انظراً لما رأوه من أن هذا التعامل ، فضلاً عن أنه يتضمن المضاربة على حياة المورث ، يقوم فى العادة على استغلال =

وفي ذلك نجد أن المادة ١٣١ ، بعد أن قررت ، في فقرتها الأولى ، المبدأ العام القاضي بجواز التصرف في الأشياء المستقبلية ، جاءت ، في فقرتها الثانية ، تقول : « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه . إلا في الأحوال التي نص عليها القانون » .

وهكذا فالتعامل في التركة المستقبلية باطل . ولو تم برضاه صاحبها ، بل ولو كان هو الذي أجراه (١) . إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون . والمشرع يعنى . بهذا الاستثناء الأخير على وجه الخصوص . حالة التصرف في التركة من صاحبها عن طريق الوصية .

والحكمة من حظر التعامل في التركات المستقبلية أن هذا التعامل يتضمن المضاربة على حياة المورث المحتمل والحث على قتله . من ناحية . ولأن المتصرف في الأموال التي سوف يرثها فيما بعد يكون . في العادة . صيداً سهلاً واثميناً للمرايين والمستغلين والجشعين من الناس . من ناحية أخرى . أما إذا كان التصرف في التركة المستقبلية حاصلًا من ذات صاحبها . فإن علة حظره تتمثل في مخالفته لقواعد الميراث التي هي من صميم النظام العام .

وجزاء حظر التعامل في التركات المستقبلية هو وقوع التصرف باطلا . ولو تم من المورث المحتمل أو برضاه . والبطلان هنا مطلق ، لمخالفة المحل للنظام العام . ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، وللمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها (٢) و (٣) .

= المرايين حاجة الورثة الاحتماليين ونزقهم ، فيسلبونهم حقوقهم المحتملة ، نظير مقابل بنحس زهيد . ومن القانون الفرنسي شاع حظر التعامل في التركات المستقبلية في القوانين المصرية للدول المختلفة . ومنها قانوننا المدني وقوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته .

(١) ويرجع بطلان التصرف إذا أجراه المورث المحتمل نفسه إلى ما يتضمنه هذا التصرف من مخالفته لأحكام الميراث التي هي من النظام العام ، كما قلنا في المتن .

(٢) ولكي يكون البطلان المطلق هو الجزاء ، يلزم أن يكون التعامل قد أجرى على أساس أنه يرد على مال باعتباره داخلا في تركة مستقبلية ، كما إذا باع شخص مالا يملكه في الحال أبوه ، على اعتبار أنه سوف يرثه عنه فيما بعد ، وقبل المشتري الثراء على هذا الأساس . هنا يعتبر التصرف وارداً على تركة مستقبلية . أما إذا اشترت مالا معيناً ، معتقداً عند شرائه أنه مملوك للبائع ، =

وإذا اعتبر التعامل وارداً على مال في تركة مستقبلية في غير ماجاء منه على سبيل الوصية . وقع باطلاً في جميع الأحوال ، وسواء ارتضاه المورث المحتمل أم لم يرتضه ، وسواء أصدر من الوارث (١) أم من المورث نفسه . وسواء أكان المتصرف إليه وارثاً احتمالياً أم أجنبياً ، وسواء أكان محل التعامل مالا معيناً من أموال التركة المستقبلية أو نصيباً محدداً منها . أم هي كلها . فلا يجوز للشخص . مثلاً ، أن يبيع الأموال التي سوف يتركها عند موته . وإنما يجوز له أن يوصي بها في الحدود التي يسمح بها القانون (٢) .

= وجاهلاً بذلك أنه مملوك مورثه المحتمل ؛ في مثل هذه الحالة ، لا يعتبر البيع منعقداً على أساس أنه يرد على مال في تركة مستقبلية ، حتى لو كان البائع قد باع على هذا الاعتبار . وإذا كان البيع في حالتنا لا يعتبر وارداً على حق في تركة مستقبلية ، فهو لا ينال جزاءه ، أي البطلان . إنما هو يعتبر مجرد بيع لملك الغير ، ويأخذ جزاء هذا النوع من البيع ، أي أنه يقع قابلاً للإبطال . انظر في هذا الاتجاه : السهوري الوسيط ج ١ ص ٤١٥ هامش (١) .

(٣) انظر : نقض ١٩٦٧/١١/٢١ طعن ٣٤/١٢٥ ق ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٧٣٦ رقم ٢٦١ . وقد جاء في هذا الحكم أن التصرف في تركة مستقبلية باطل لا تلحقه الإجازة . ويجوز إثباته بكل طرق الإثبات . ولو كان الوارث طرفاً فيه .

(١) فيقع باطلاً البيع الصادر من الوارث المحتمل نال مملوك في الحال لمورثه اعتباراً بأنه سيرته منه مستقبلاً (انظر مصر الوطنية ٣٠ أكتوبر ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤ . ويبطل أيضاً عقد القسمة الذي يبرمه الورثة المحتملون لأموال مورثهم حال حياته ، وإن صح إذا أبرم بعد وفاته . ويبطل كذلك العهد الذي يقطعه الولد على نفسه بعدم الطعن في وصية يجرى أبوه .

(٢) وقد عرضت على محكمة النقض قضية طريقة تتصل بموضوعنا . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين أرادا أن يختص كل منهما بأموال الآخر بعد موته ، دون باق ورثته . فباع كل منهما في نفس اليوم للآخر أمواله بضمن صوري ، واشترط ألا يمتلك أيهما أموال الآخر إلا بعد موته . وثار النزاع حول طبيعة كل من العقدین ، هل يعتبر وصية فتنفذ في حدود ما يسمح به القانون ، أم يعتبر من قبيل التصرفات الأخرى في تركة مستقبلية ، فتقع باطلة . وقضت محكمة الاستئناف باعتبار التصرف الصادر من الزوج لزوجته وصية . ولكن محكمة النقض رأت بحق أنه لا يعتبر كذلك ، بل يعتبر تصرفاً بمقابل ، تم للتحايل على أحكام الميراث ، فهو تصرف في تركة مستقبلية على خلاف طريق الوصية . وخلصت محكمتنا العليا إلى بطلانه . وقد جاء في حكم المحكمة العليا : « حيث إن هذا الذي أثبتته محكمة الاستئناف بين الدلالة على أن أيّاً من الزوجين ، يرد حقيقة الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، بل إن كلاهما جعل وصية صاحبه له سبباً في وصيته هو لصاحبه ، فالواقع أن تصرفهما هو تبادل منفعة معلق على =

ولا يجوز للوارث المحتمل أن يبيع أو يرهن أو يؤجر نصيبه الذى يأمل أن يناله من التركة . أو مالا معيناً منها على اعتبار أنه سيأخذه بالميراث أو بالوصية . وسواء فى ذلك أصدر التصرف لوارث احتمالاً آخر أم لأجنبى ، وسواء ارتضاه المورث أم لم يرتضه . ولا يجوز للأب أن يهب بعض ماله لابنه على اعتبار أنه يمثل نصيبه الذى يستحقه ميراثاً عنه بعد موته (١) .

وحرى بنا أن نلفت النظر إلى أن الحظر : فى المحال الذى نحن بصددده . لا يكون إلا إذا ورد التصرف فى شأن مال ، اعتباراً بأنه سوف يكون من مشتملات تركة مستقبله لإنسان لازال على قيد الحياة عند التصرف . فلا يوجد

= الحظر والفرز ، ولا غرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقهم الشرعية فى الميراث . أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعماها ، فلا وجود له فيه . ويشبه التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ، ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه : لأن لكل من المتعاقدين ورثة يمنع وجودهم من هذه الموالاة . وترى المحكمة ... أنه من قبيل الرقبة المحرمة شرعاً (انظر نقض ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر لأحكام النقض ، ج ١ ص ٤٤٩) . »

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١/٢٩ ، طعن ٤٦/٦٢٦ ق مجموعة النقض س ٣٠ ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً سلم حال حياته إبنه قطعة أرض من أراضيها ليستغلها ، واعدأ إياه ببيعها له بعد سداد الديون التى تثقلها ، على اعتبار أن هذه الأرض هى مقدار نصيبه فى ميراثه فى الأراضى ، وألا يكون له نصيب آخر فى تركته فيها عدا نصيبه فى النخيل . رفع الأب دعوى ببطلان الهبة . أجابته محكمة الاستئناف إلى طلبه . تأسيساً على عدم مشروعية السبب لانصرافه إلى تعامل فى تركة مستقبله . وباركت محكمة النقض هذا القضاء من محكمة الاستئناف . اعتباراً بأنه التزم صحيح القانون . والحكم هنا ببطلان التصرف سليم تماماً . ولكن يؤخذ على محكمة الاستئناف . ومن بعدها على محكمة النقض ، أنهما أسستا بطلان التصرف على عدم مشروعية السبب ، فى حين أن يتأسس فى الحقيقة على عدم مشروعية المحل ، اعتباراً بأن التصرف وارد على تركة مستقبله . فليس يتنافى مع النظام العام مجرد الرغبة فى تخصيص أحد الورثة المحتملين بمال من أموال المورث . وآية ذلك صحة الوصية فى حدودها المرسومة . ولكن الذى يتنافى مع النظام العام هو أن يتصرف الشخص تصرفاً منجزاً فى تركته المستقبلية . وهذا هو ما حدث فى واقعات النزاع الذى صدر فيه الحكم الذى ننقده . فقد أعطى الأب محل حياته لابنه نصيبه فى تركته ، وجعل بذلك وارثاً حالة كونه ليس يعد وارثاً . والمسألة هنا ليست مجرد جدل فقهي . بل إن لها أهمية كبرى فى العمل . فلو أن البطلان هنا تأسس على عدم مشروعية السبب - باعتباره الباعث الدافع كما ذهب الحكم - لوجب علم المتصرف له به ، الأمر الذى حرصت المحكمة بالفعل على إثبات حصوله وهى فى سبيل تسبیب البطلان . أما تأسيس البطلان على عدم مشروعية المحل ، فلا يحتاج إلى علم المتصرف له به ولا حتى علم المتصرف نفسه .

ثمة ما يمنع من أن يتصرف الشخص في أمواله ولو كلها ، إذا ورد التصرف على أنه يسرى حال حياته . فيجوز للشخص . مثلاً ، أن يبيع أو يهب كل أمواله . إذا كان المقصود من البيع أو الهبة أن تسرى فوراً لا بعد الممات (١) ، كما أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتحمل شخص في الحال بالتزام معين . ويتفق مع دأئنه على أن يكون الوفاء به عند موت مورثه المحتمل (٢) .

٢٠١ - ثانياً - تعيين محل الالتزام :

الشرط الثاني الذي يلزم توافره في محل الالتزام هو أن يكون معيناً : أو في الأقل قابلاً للتعيين . وهذا شرط تقتضيه طبيعة الأور ذاتها . مثله في ذلك مثل إمكان محل الالتزام . فالالتزام يلزم المدين بأداء محله . فإذا كان هذا المحل مجهلاً جهالة فاحشة . بحيث يتعذر الوصول إلى تحديده . كان من شأن ذلك أن تثور المنازعات . دون أن يوجد لدينا أساس سليم لفضها . ومن ثم كان خرياً بالالتزام ألا ينشأ بالعقد ألا يقوم . وتمشياً مع هذه الفكرة جاءت المادة ١٣٣ تقضى بأنه : « ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً . ٢ - ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » .

وتعيين محل الالتزام يختلف باختلاف الأحوال . فالالتزام بشييد دار . مثلاً ، يتعين محله بالمواصفات التى يتضمنها العقد لهذه الدار . فإن لم يتضمن العقد . فى ذات نصوصه . هذه المواصفات ، وأمكن تحديد العمل المطلوب من الظروف الملايسة للعقد . كان محل الالتزام صحيحاً . وقام العقد . وإلا

(١) على أن يلزم بطبيعة الحال أن يكون الاتفاق على فورية نفاذ الهبة أو البيع حقيقياً وليعبر صورياً .

(٢) فى هذا المثال لا يوجد تصرف فى تركة مستقبلية . فالأمر لا يعدو اقتران التزام المدين بأجل حدد بوفاء مورثه المحتمل .

كان هذا المحل غير محدد تحديداً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة ، ولا قابلاً للتحديد ، فينهار ، ويبطل العقد .

وإذا تعلق محل الالتزام بشيء ، فإن تحديده يختلف باختلاف ما إذا كان هذا الشيء معيناً بذاته أم بنوعه .

فالشيء المعين بذاته : كمنزل محدد أو كتاب معلوم ، يتعين بمميزاته الذاتية أو بالإشارة إليه أو إلى المكان الذي وجد فيه . بشرط أن يكون هذا واضحاً نافياً للجهالة الفاحشة .

والشيء المعين بنوعه ، أى الشيء المثلئ . يتعين بنوعه ومقداره ودرجة جودته . أى صنفه . كما إذا بعثك ١٠٠ كيلو من الأرز المصرى درجة ٢٣ قيراطاً . وهذا هو التعيين الكامل .

بيد أنه إذا كانت الأشياء المعينة بالنوع تتحدد بالنوع والمقدار ودرجة الجودة ، إلا أن التحديد يختلف من حيث القوة والآخر باختلاف هذه الأمور الثلاثة .

فالتحديد بالنوع ضرورى ، بحيث إنه إذا لم يحصل . ولم يمكننا الوصول إليه بشكل قاطع من ظروف العقد . اعتبر المحل غير معين ، ووقع العقد بالتالى باطلاً ، كما إذا بعثك غلالاً دون أن أبين نوعها . قمحاً هى أم ذرة أم شعيراً . وكما إذا بعثك حيواناً دون أن أبين ما إذا كان بقرة هو أم حصاناً أم حماراً .

والتعيين بالمقدار لازم بدوره . وإلا بطل العقد . فإذا لم يحدد مقدار الشيء الذى يتعلق به الالتزام ، وتعدر الوصول إليه فى ضوء ظروف العقد وملاساته ، بطل العقد . فإذا بعثك : مثلاً ، قمحاً . ولم يحدد مقداره . ولم يكن فى ظروف التعاقد وملاساته ما يمكننا من الوصول إلى هذا التحديد ، وقع البيع باطلاً : لعدم تعيين المبيع . إما إذا أدت الظروف إلى جعل المقدار قابلاً للتحديد ، صح البيع .

وفىما يتعلق بالصنف أو درجة الجودة . فإن استلزم التحديد الكامل لمحل الالتزام تعيينه . إلا أن عدم حصول هذا التعيين لا يؤثر فى قيام العقد .

إذ أن محل الالتزام يعتبر معيناً ، ولو خلا من تحديد صنفه ، حتى ولو لم يكن في ظروف التعاقد ما يؤدي إلى تحديده . فإن أمكن تحديد الصنف من ملابسات العقد وظروفه أو من العرف الجاري . التزم المدين بأن يسلم الشيء من هذا الصنف . وإن تعذر تحديد الصنف على الوجه المتقدم ، التزم المدين بأن يسلم الشيء من صنف متوسط ، أي صنف وسط بين الجيد والردىء .

٢٠٢ - ثالثاً - مشروعية محل الالتزام :

والشرط الثالث والأخير ، الذى يلزم توافره في محل الالتزام ، هو أن يكون مشروعاً ، أى جائزاً قانوناً . فإن كان هذا المحل غير مشروع ، ما قام الالتزام ، وبطل العقد الذى كان من شأنه أن يولده . لعدم مشروعية محله . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٥ بأنه : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » .

ومناطق مشروعية محل الالتزام أو عدم مشروعيته هو اتساقه أو مخالفته للقانون وللنظام العام وحسن الآداب . فإن كان المحل لا يتعارض مع القانون ولا مع النظام العام وحسن الآداب في الدولة . كان مشروعاً وقام العقد ، أما إذا كان مخالفاً للقانون^(١) أو متجافياً مع النظام العام أو حسن الآداب ، وقع غير مشروع وبطل العقد .

ويقصد باصطلاح « النظام العام Ordre public » كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التى يلزم تحقيقها حتى تسير

(١) ومن العقود التى يقضى القانون ببطلانها لعدم مشروعية المحل بيع الوفاء (المادة ٤٦٥) ، وهو البيع الذى يحتفظ فيه البائع بحق استرداد المبيع إذا رد الثمن خلال مدة معينة (انظر نقض ١٩٧٦/٣/١٥ ، مجموعة النقض س ٢٧ ص ٦٥٢ رقم ١٣٠ - نقض ١٩٦٩/١/٢٣ ، مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٤٤ رقم ٢٤) . ومن العقود التى يقضى القانون ببطلانها أيضاً لعدم مشروعية المحل عقود المقامرة والرهان (المادة ١/٧٣٩) ، ولئن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من أدائه ، ولو اتفق على خلافه (المادة ٢/٧٣٩) ، على أنه يستثنى مما سبق الرهان الذى يعقده المتبارون أنفسهم في المباريات الرياضية (وليس غيرهم) ، مع ثبوت الحق للقاضي في أن يخفض قيمته إذا كان مبالغاً فيه ، كما تستثنى أوراق النصيب المرخص بها قانوناً (المادة ٧٤٠) .

في طريقها نحو العزة والمجد ، وسواء في ذلك أكانت هذه المصلحة سياسية : كما هو الحال بالنسبة إلى كل ما يتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرة سيادتها بوساطة سلطاتها المختلفة ، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية ، كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الأسرة . وما يتعلق بكفالة استتباب الأمن والنظام في الدولة . أم كانت تلك المصلحة اقتصادية ، كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الإنتاج القومي في الدولة وتداول النقد فيها . أم كانت هذه المصلحة خلقية . ككل ما يؤدي إلى صيانة الأخلاق الحميدة في الدولة . وهذا هو ما يطلق عليه حسن الآداب (١) .

والأمثلة على العقود التي تقع باطلة لمخالفة المحل فيها للنظام العام عديدة لا تنهاى . ونسوق منهما الاتفاق الذي بمقتضاه يقبل الموظف رشوة لأداء عمل يدخل في مهام وظيفته . والاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص أن يرتكب جريمة . ويقع باطلاً أيضاً بيع المخدرات وغيرها من الأشياء التي يمنع القانون التعامل فيها . وتبطل كذلك كل الاتفاقات التي تستهدف التأثير على حرية الناخب في أن يختار من يراه صالحاً لنتيله .

ومن أمثلة العقود التي تقع باطلة . لمخالفة المحل فيها لحسن الآداب : الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص على أن يكذب لمصلحة آخر ، وعلى الأخص أمام المحكمة . والاتفاق الذي ترضى به امرأة أن تعاشر رجلاً معاشرة آثمة غير مشروعة . ومن أمثلة العقود الباطلة . لمخالفة المحل فيها لحسن الآداب أيضاً . كل الاتفاقات التي ترد بشأن الدعارة ، كالاتفاق مع امرأة على أن تعمل فيها . أو الاتفاق على الترويج لها : أو الاتفاق على تأييد بيوتها . أو بيع هذه البيوت أو إيجارها . وتنسم أحكام القضاء . بشأن كل ما يتعلق بالدعارة . بالصرامة والحزم . فهي تبطل بلا رحمة ولا هوادة كل العقود التي تتصل بها . بل إن المحاكم كانت تقضى ببطالان العقود المتصلة بالدعارة . حتى في الأحوال التي كانت الحكومة تصرح بالدعارة وتخضعها لرقابتها . اعتباراً بأن التصريح الرسمي بالدعارة . وإن أضنى عليها الشرعية

(١) ولزيادة في الايضاح في صدد النظام العام وحسن الآداب ، انظر مؤلفاً نظرية القانون ،

من الناحية الإدارية والجنائية ، إلا أنه يقصر عن أن يطهرها مما تنسم به من تناف وانحراف عن حميد الأخلاق وحسن الآداب .

٢٠٣ - الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

إذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود ، فإن المدين يلتزم بدفع العدد المحدد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها ، في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به ، أى أثر . ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك (المادة ١٣٤) .

فالعبارة في الالتزامات التي يكون محلها دفع مبلغ من النقود هي بعدد هذا المبلغ ، أى بقيمته الاسمية ، دون تأثير لقيمته الحقيقية التي من شأنها أن تتعرض للارتفاع أو الهبوط ، بحسب قوة النقد أو ضعفه .

٢٠٤ - محل العقد أو المعقود عليه في الفقه الإسلامى :

يولى الفقه الإسلامى بالغ الاهتمام لمحل العقد . أو المعقود عليه . كما يسمى فيه . فهو يدخل فيما يسميه « أصل العقد » ويترتب على تخلفه البطلان .

وإذا صرفنا النظر عن التفرقة التي يقول بها فقهاء المسلمين بين ما يطلقون عليه « ركن العقد » الذي يتمثل عندهم في الإيجاب والقبول . وبين « شرائط العقد » التي تدخل في رحابها أمور أساسية تتعلق بالتراضى نفسه . كتوافق الإيجاب والقبول في مجلس العقد وتوافر العقل في كل من العاقلين . كما يدخل في رحابها وجود المعقود عليه والأوصاف اللازمة فيه ؛ إذا صرفنا النظر عن هذه التفرقة ، التي تبدو لنا غير ذات موضوع . أمكننا أن نرى في المعقود عليه ركنا في العقد ، إلى جانب التراضى . وذلك في مفهوم فقه القانون المعاصر .

ويلاحظ أن اختلاف فن الصياغة القانونية بين الفقه الإسلامى والقانون المعاصر اقتضى نوعا من الاختلاف في فكرة محل الالتزام أو المعقود عليه . فالقانون المعاصر يهتم بالموضوع المباشر للالتزام . ويجعل منه محلا له . ولذلك فإن محل الالتزام يتمثل فيه على الدوام عملا أو فعلا ، إيجابيا كان أم سلبيا .

أما الفقه الاسلامي ، فهو يهتم ، في المكان الأول ، بالغاية من الحق . ولذلك فهو يرى محله متمثلاً فيها : الأمر الذي يؤدي إلى أن تصبح الأشياء ، لا الأفعال ، هي المعقود عليه في الغالب من الحالات . ولإيضاح هذه الفكرة . نأخذ عقد البيع كمثال . فالقانون المعاصر يرى محل الالتزامات المتولدة عنه متمثلاً في أفعال . كعمل البائع على نقل الملكية والتسليم والضمان بالنسبة إلى البائع . ووفاء الثمن بالنسبة إلى المشتري . أما الفقه الاسلامي ، فيرى المعقود عليه متمثلاً في الغاية من البيع ، وهي المبيع والثمن .

وإذا لاحظنا هذا الاختلاف في الصياغة القانونية ، وأدخلنا التعديل الذي يقتضيه *mutatis mutandis* ، أصبحت فكرة المعقود عليه في الفقه الإسلامي مماثلة أو تكاد لفكرة المحل في القانون المعاصر . مع استثناء جوهرى يتمثل اختلافاً أساسياً بينهما ، وهو ما يتعلق بالتعامل في الأشياء المستقبلية ، حيث يبيحه القانون المعاصر كقاعدة ، وإن حرمه ، في حالة معينة . على سبيل الاستثناء . في حين أن الفقه الاسلامي يحظره كقاعدة ، وإن أباحه في حالات خاصة ، على سبيل الاستثناء .

وإذا أردنا ، بعد أن أبرزنا الفكرة الأساسية التي تسود « المعقود عليه » في الفقه الاسلامي بوجه عام ، أن نركز على الشروط التي يجب توافرها فيه تحت ظل « المحلة » ، باعتبارها تقنياً للفقه الاسلامي على المذهب الحنفي . أمكننا أن نرد تلك الشروط إلى ما يلي :

١ - يجب أن يكون المعقود عليه موجوداً عند العقد^(١) . وهذا ما يقابل . في القانون المعاصر شرط إمكان المحل . لأن محل الالتزام في القانون المعاصر ، هو الفعل . ومن ثم توجب إمكانه . في حين أن المعقود عليه ، في الفقه الاسلامي هو الشيء ، ولذلك اشترط وجوده .

(١) انظر المادة ١٩٧ مجلة بشأن عقد البيع ، حيث تقضى بأنه : يلزم أن يكون المبيع موجوداً . وانظر أيضاً المادة ٧٠٩ بصدد الرهن ، حيث تستلزم أن يكون المرهون موجوداً . وانظر كذلك ٨٥٦ بشأن الهبة ، وهي تقول : « يشترط وجود الموهوب في وقت الهبة . بناء عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك أو ولد فرس سيولد » .

وإذا لم يكن المعقود عليه موجودا عند التعاقد ، وبعبارة أخرى إذا كان معدوما حينذاك ، وقع العقد باطلا . وفي ذلك تقضى المادة ٢٠٥ من المحلة (الواردة بشأن البيع) بأنه : « بيع المعدوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلا » . وكذلك تقضى المادة ٣٦٣ بأن بيع المعدوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل .

ويبطل العقد ، إذا كان المعقود عليه معدوما عند التعاقد . حتى إذا كان محتمل الوجود مستقبلا . وهكذا فيبيع الثمرة التي لم تبرز أصلا يقع باطلا (المادة ٢٠٥ محلة) . بل إن العقد يبطل . كأصل عام : حتى إذا كان أصل الشيء موجودا . طالما أن وجوده ذاته لم يتم . وهكذا لا يجوز بيع الحمل ولا اللبن في الضرع ^(١) ، كما لا يجوز هبة ولد فرس سيولد (المادة ٨٥٦ من المحلة) .

وهكذا يظهر أن التعامل في الأشياء المستقبلية يرد ، كأصل عام ، باطلا في المحلة ، كما يرد باطلا في الفقه الاسلامي بوجه عام . بخلاف القاعدة التي يقضى بها القانون المعاصر .

بيد أن بطلان التعامل في الأشياء المستقبلية ، لا يتقرر في الفقه الاسلامي ولا في المحلة على وجه شامل مطلق . وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات . وأهم هذه الاستثناءات بيع السلم وهو بيع المؤجل بالعجل : كما إذا اتفق على أن يسلم أحد العاقدين في مجلس العقد مبلغا من المال على كمية من الحنطة محددة في مقدارها وفي وصفها من الجودة والخسة ^(٢) . ومن استثناءات حظر التعامل في الأشياء المستقبلية كذلك . بيع الثمار قبل نضجها ما دامت برزت جميعها (المادة ٢٠٦ محلة) : أو كانت مما تتلاحق أفرادها كالفواكه والأزهار والخضروات وبرز بعضها ^(٣) . إذ يصح هنا بيع ما سيبرز مع ما برز تبعا له

(١) انظر بدائع الصنائع (ج ٥ ص ١٣٨ - ١٣٩) . وقد أشار إليه الأستاذ السهري في مؤلفه .

(٢) انظر في بيع السلم وشرائطه المادة ٣٨٠ - ٣٨٧ من المحلة .

(٣) جاء في التقرير المقدم من واضعي المحلة للصدر الأعظم ما يأتي : « ذكر في المادة السابعة والتسعين بعد المائة والمادة الخامسة بعد المائتين أنه لا يصح بيع المعدوم ، وإحال أنه ما كان مثل =

بصفقة واحدة (المادة ٢٠٧ من المحلة) . ومن استثناءات التعامل في الأشياء المستقبلية ، في النهاية ، عقد الاستصناع . كما إذا اتفقت مع خياط على أن يعد لك حلة تلبسها ، وعقد الإيجار ، حيث أجاز بخلاف الأصل ، مراعاة لمصلحة الناس .

٢ - إذا كان من مقتضى العقد أن يتسلم العاقد شيئاً ، وجب أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم . فان لم يكن كذلك ، بطل العقد . وتمشياً مع هذه الفكرة ، جاءت المحلة ، في صدد البيع تقول ، في المادة ١٩٨ منها بأنه : « يلزم أن يكون المبيع مقدور التسليم » . ثم جاءت في المادة ٢١٩ منها ، تقضى بأنه : « بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل . كبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر أو حيوان نادر لا يمكن مسكه وتسليمه » . وجاءت . في صدد الإيجار تنص ، في المادة ٤٥٧ . على أنه : « يشترط أن تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء . بناء عليه . لا يصح إيجار الدابة الفارة » .

٣ - يجب أن يكون المعقود عليه مالا متقوماً^(١) . فان لم يكن مالا أصلاً . كالهيئة والدم ولحم الخنزير ، أو كان مالا ولكنه غير متقوم . بطل العقد^(٢) . ويقصد بالمال المتقوم ، كما تقول المادة ١٢٧ من المحلة ، أحد معنيين : « الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به . والثاني المال المحرز . فالسملك في البحر غير متقوم . وإذا أصطيد صار متقوماً بالاحراز » . وشرط أن يكون المعقود

= الورد والخرشوم من الأزهار والبقول والفاكهة التي يتلاحق ظهور محصولاتها يصلح فيه البيع . إذا كان بعض المبيع قد ظهر وبعضها لم يظهر . لأنه لما كان ظهور محصولاتها دفعة واحدة غير ممكن . وإنما يظهر أفرادها وتلاحق شيئاً فشيئاً ، اصطلاح الناس في التعامل على بيع جميع محصولاتها الموجودة والمتلاحقة بصفة واحدة ولذا جوز محمد بن الحسن الشيباني ، رحمه الله تعالى ، هذا البيع استحساناً . وقال : اجعل الموجود أصلاً ، والمعدوم تبعاً له . . . وحيث إن إرجاء الناس عن عاداتهم المعروفة عندهم غير ممكن ، كما أن حمل معاملاتهم بحسب الإمكان على الصحة أولى من نسبتها إلى الفساد ، وقع الاختيار على ترجيح قول محمد في هذه المسألة ، كما هو مندرج في المادة السابعة بعد المائتين » .

(١) انظر المادة ١٩٩ من المحلة التي تقضى بأنه : « يلزم أن يكون المبيع مالا متقوماً » . وانظر أيضاً المادة ٧٠٩ بشأن الرهن .

(٢) انظر المواد ٢١٠ و ٢١١ و ٢١٢ من المحلة .

عليه مالا متقوما يقابل ، في القانون المعاصر ، اشتراط أن يكون الشيء الذي يتعلق به الالتزام داخل في دائرة التعامل : أي مشروعاً .

٤- ويجب ، في النهاية ، أن يكون المعقود عليه محددًا تحديداً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة . فبيع المجهول فاسد (المادة ٢١٣ مجلة) . كما إذا قال شخص : « بعثك جميع الأشياء التي هي في ملكي » . وإذا لم يعين المأجور . فان الإيجار لا يصح (المادة ٤٤٩ مجلة) . وكذلك إذا كانت الأجرة غير معلومة (المادة ٤٥٠ مجلة) . ولا تصح هبة الشيء إذا لم يكن معيناً (المادة ٨٥٨) .

هذه هي الشروط الأربعة التي تستلزمها « المحلة » في المعقود عليه . ويلاحظ أنها تقرر بطلان العقد جزاء لتخلف الشروط الثلاثة الأولى : في حين أنها تقرر فساد العقد جزاء لتخلف الشرط الأخير .

الفصل الثالث

السبب

٢٠٥ - تناولنا فيما سبق ، من أركان العقد الرضاء والمحل . وقد حان لنا أن نتناول الركن الثالث والأخير . ونعنى به السبب^(١) .

ويقصد بالسبب *cause* . باعتباره ركناً في العقد ، أو ركناً في الالتزام كما يرى الكثير من الفقهاء . الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام : أو هو بعبارة أخرى : الغاية التي يبتغى الملتزم تحقيقها نتيجة تعهده بالالتزام . فالمدين . حينما يرتضى أن يحمل نفسه بالتزام معين . يفعل ذلك بالضرورة لغرض يحدوه ، أو غاية يسعى إليها ، ويطلق على هذا الغرض أو تلك الغاية لفظ « السبب » . فالبائع ، مثلاً . يرتضى التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع للمشتري وبتسليمه إياه . رغبة منه في الحصول على الثمن الذي يلتزم هذا الأخير بدفعه له . وهكذا فسبب أى من التزامات البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن . ومن ناحية أخرى . يرتضى المشتري التحمل بالالتزام بدفع الثمن . مدفوعاً في ذلك برغبته في الحصول على المبيع . ولذلك يتمثل التزام البائع . بما يحقق له هذه الغاية . سبباً لالتزامه . وسبب الالتزام يتميز بشكل واضح عن محله . فهو . كما قلنا . الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام . أما المحل .

(١) المراجع في نظرية السبب كثيرة متعددة . وإلى جانب المؤلفات العامة في نظرية العقد أو نظرية الالتزامات . نشير هنا إلى جانب من المراجع الخاصة في نظرية السبب :
H. Capitant, De la cause des obligations, 3 me éd., 1927-Josserand, Les mobiles des actes juridiques, nos 108 et S. — Maury, Encyclopéd. Dalloz, reptoire dr. Civ.,voire cause-Dabin, théorie de la cause, th. Liège 1919 — Droat des Monts, la cause immorale, thèse Paris 1955 — Maury, le conepte et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, rev. trim. dr comparé, 1951 p. 485 et s.

فهو ، كما سبق لنا أن بيناه في حينه ، الأمر الذى يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله . وهكذا فالسبب تتضمنه الإجابة عن السؤال : لماذا التزم المدين *cur debetur* ، وبمعنى أدق ، لماذا أراد المدين أن يلتزم ؟ في حين أن المحل تتضمنه الإجابة على السؤال : لماذا التزم المدين ^(١) *quid debetur* ؟

ولا مجال لفكرة السبب إلا في الالتزامات الإرادية ، أى تلك التى تنشأ بفعل الإرادة . فهى لا تكون في الالتزامات غير الإدارية : أى تلك التى لا يكون للإرادة دخل في ذات نشوئها . فالسبب ، كما قدمنا ، هو الغاية التى يسعى إليها الملتزم من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام . فهو لا يكون حينما يفرض القانون الالتزام على المدين : دون أن يكون لإرادته دخل في تحمله به . كما هو الحال في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب ، وتلك التى جرت العادة على نسبتها إلى القانون مباشرة . وإذا وصلنا إلى أن السبب لا يكون إلا في الالتزامات الإرادية ، فهو يكون فيها كلها ، دون تفرقة بين تلك الناشئة عن العقد . وتلك الناشئة عن التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، كالوصية والوعد بجائزة .

٢٠٦ - ويجب بادئ ذي بدء عدم الخلط بين السبب ، بالمعنى الذى حددناه فيما سبق ، وبين السبب بمعنى المصدر الذى يتولد الالتزام منه . فلفظ « السبب » يفيد في نظرية الالتزام ، معنيين أساسيين : فقد يقصد به المصدر الذى يستمد منه الالتزام وجوده . ويطلق عليه . حينما يفيد هذا المعنى « السبب المنشئ » *cause efficiente* . وفي هذا الصدد ، يقال إن العقد . مثلاً . أو العمل غير المشروع . سبب للالتزام . وقد يقصد بالسبب الغرض أو الغاية التى يسعى إليها الملتزم من وراء قبوله التحمل بالتزام . ويطلق عليه في هذا المجال « السبب القصدى » *cause finale* . ونحن هنا نتناول السبب باعتباره أنه يفيد المعنى الأخير .

٢٠٧ - نشأة فكرة السبب :

لم يعرف الرومان (السبب) . باعتباره ركناً لازماً لقيام العقد ، ولم

(١) انظر Mazeaud . المرجع السابق نبذة ٢٥٤ .

يدخلوه أضلا في مقتضيات قيامه . فاصطلاح « السبب causa » عندهم لا يعنى إلا أمراً واحداً ، وهو المصدر المنشئ للالتزام *cause efficiente* . وإذا كان السبب ، باعتباره الغرض الذى يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء قبوله التحمل بالالتزام . لم يصل عند الرومان إلى أخذ الركن اللازم لانعقاد العقد ، فإن فكرته مع ذلك لم تبق بعيدة عنهم . فقد تأثر بها القضاء البريتورى . وهو فى سبيل العمل على التخفيف من حدة القانون وصرامته ، وجعله متمشياً مع مقتضيات العدالة (١) .

(١) وعدم اعتبار السبب ، عند الرومان ، ركناً فى العقد يتمثل منهم سلوكاً طبيعياً ، فى مستهل عهد شريعتهم العريقة . إذ أن العقود كانت وقتئذ خاضعة كلها لسلطان الشكل . ومضى ذلك أنه لم يكن يلزم لانعقادها إلا أن تجيء فى الشكل الذى رسمه القانون ، حتى إذا ما جاءت فى هذا الشكل ، قامت صحيحة . دون اعتداد بعد ذلك حتى بالإرادة فى إنشائها ، ومن باب أولى ، دون اعتداد بالسبب الذى استهدفته تلك الإرادة . وبقي الوضع على حاله ، من غير تعديل فى فن إنشاء العقد ذاته ، حتى بعد أن تواجدت لدى الرومان بعض العقود الرضائية (وهى البيع والإيجار والوكالة والشركة) ، حيث إنهم لم يتطلبوا فيها أن تجيء الإرادة عن سبب يحدوها . وهذا ما يفسر عندهم ظاهرة استقلال الالتزامات بعضها عن البعض الآخر فى العقود الملزمة للجانبين ، وإن أدى تدخل البريتير ، على مر الزمن ، إلى إيجاد شيء من الارتباط بينها بوسعى من مقتضيات العدالة .

وكان من شأن عدم ارتكاز العقد فى قيامه على سبب عند الرومان أنه كان من الممكن أن يقوم العقد صحيحاً وأن يتحمل كل من طرفيه بالالتزام الناشئ عنه . برغم أن الغرض الذى كان يستهدف أى منهم الوصول إليه من ارتضائه غير متحقق . فالمقترض ، مثلاً ، الذى يبرم عقد القرض فى الشكل المرسوم ، كان يلتزم بدفع مبلغ القرض ، حتى لو لم يكن قد تسلمه من المقرض .

وهذا الأمر ، وإن تمشى تماماً مع مقتضيات فن تكوين العقد عند الرومان ، إلا أنه سرعان ما استبان تجافيه مع روح العدالة فيهم ، واستدعى الحال تدخل البريتير لرفع هذا التجافى ، أو فى الأقل ، لحصر نطاقه . والبريتير ، كما نعلم ، كان يعتبر ملاذ العدالة عند الرومان . وقد لعب بالفعل ، على مر الأيام ، دوراً بارزاً فى تطوير قانونهم وتخفيف حدة وصرامة قواعده . وتدخل البريتير لم يصل إلى حد الاعتراف بالسبب كركن لازم لقيام العقد . فهو قد أقر بأن العقد يقوم صحيحاً ، حتى ولو لم يستند إلى سبب . بيد إنه إن فعل ذلك ، إلا أنه أعطى للمدين وسيلة يدافع بها عن نفسه ، فى مثل هذه الحالة . وتمثل هذه الوسيلة فى الدفع بالغش *exceptio doli* . فقد أجاز البريتير (وهو القاضي الرومانى) للمدين أن يدفع بغش الدائن ، إذا ما طالبه بالوفاء بالزام لا يستند إلى سبب . بل إنه أجاز له أن يأخذ المبادرة ، ويرفع دعوى مبتدأه على دائئه =

٢٠٨ - ولعل الفضل في نشأة « السبب » باعتباره ركناً لازماً لقيام العقد في القانون المعاصر ، يرجع إلى الكنسيين les canonistes . ومن الممكن أن يكون الكنسيون قد تلقفوا فكرة السبب في عمومها من القضاء البريتوري عند الرومان . ولكنهم ، على أية حال ، هم الذين وضعوها وبلورها ووصلوا بها إلى مرتبة الركن اللازم لقيام العقد . بمعنى أنه إذا لم يتوافر السبب ، أو حتى إذا توافر ولكنه جاء مخالفاً للأخلاق ، وقع العقد باطلاً .

ولقد بدأ الكنسيون . في نظرهم إلى السبب . يحددونه على نحو ما قال به البريتير الروماني ، أي على اعتبار أنه الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إليه من وراء ارتضائه العقد . كما أنهم استهدفوا بالسبب في أول الأمر . نفس الغاية التي عمد البريتير إلى تحقيقها . وهي توفير العدالة في العقود . اعتباراً بأنه يتجافى مع العدالة أن يتحمل المتعاقد بما يفرضه العقد عليه من التزام ، إذا كان الغرض الأول الذي التزم من أجله لم يتحقق . فالعدالة تأتي ، مثلاً ، أن يلتزم المقرض بدفع مبلغ القرض ، إذا كان الغرض الأول الذي سعى إليه ، وهو تسلمه هذا المبلغ ، لم يتحقق . بيد أن الكنسيين سرعان ما توسعوا في فكرة السبب ، فأدخلوا فيه ، إلى جانب الغرض المباشر الأول ، الباعث الشخصي الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، الأمر الذي قصدوا به إسباغ الفضيلة على العقود ، بمنعها من أن تتخذ وسيلة لمخالفة الأخلاق . بعد أن عمدوا من قبل إلى توفير العدالة في العقود . وعلى هذا النحو وصل الكنسيون من تقرير فكرة السبب كركن في العقد إلى إرساء العقود

= *condictio liberationis* ، يطلب فيها تقرير براءة ذمته ، تأسيساً على عدم وجود سبب لالتزامه . وأكثر من ذلك كله ، أجاز القضاء البريتوري للمدين الذي يوفى بدين غير مستند إلى سبب ، أن يرفع دعوى على الدائن باسترداد ما وفاه له ، تأسيساً على الإثراء بلا سبب . هكذا نجد أن القانون الروماني ، وإن لم يعرف السبب كركن لازم لقيام العقد ، وإن لم يجعل لتخلفه أثراً مباشراً في ذات قيامه كمقد ، إلا أن فكرته في ذاتها تواجدت ، تحت ظله ، في القضاء البريتوري ، وإن كان ذلك على غير وضوح كاف ، وكجرد وسيلة غير مباشرة لتحقيق العدل . وهو إذا تواجد على هذا النحو ، فلم يكن يقصد به إلا الغرض المباشر الأول الذي يسمى الملزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام . فلم يدخل فيه الباحث الدافع إلى التعاقد .

على دعامتين أساسيتين ، هما العدالة والفضيلة (١) .

وهكذا نظر الكنسيون إلى « السبب » نظرة عميقة واسعة مدخلين فيه الغرض المباشر الأول والباعث الدافع في آن معاً . وهى نفس الفكرة التى عاد إليها الفكر القانونى المعاصر . بعد وقت جد طويل . ظل السبب خلالها

(١) وكان طبعياً أن تصادف فكرة السبب حسن القبول في نفوس الكنسيين ، سيما وقد وصلوا إلى تحرير العقود من ربة الشكلى التى كانت سائدة عند الرومان ، وأصبحت العقود . في ظلهم ، رضائية ، إعمالاً للمبدأ الذى ساد عندهم . وهو أن الوفاء بالعهد الذى يقطعه الشخص على نفسه واجب . أيأ ما كانت الصورة التى يحى عليها . فإذا كانت العقود قد تحررت من ربة الشكل ، وأصبحت الإرادة بمجرد ذاتها قادرة على إنشائها ، فإنه ليس مما يتفق مع نوازع المسيحية أن تترك هذه الإرادة مطلقة بغير حدود . وإنما يلزم تقييدها بما تستوجه أخلاق المسيحية وآدابها ، لا سيما ، إرساء مبدأ العدالة في العقود من وجه . وجعل العقود بمنأى عن أن تتخذ أداة لتكسب الفضيلة من وجه آخر . ورأى الكنسيون في « السبب » غير وسيلة للوهون إلى ما ينبغي . فالتخذوه أداة لتحقيق هذين الغرضين كليهما .

فمن أجل توفير العدالة في العقود ، تطلب الكنسيون أن يكون للالتزام سبب ، وإلا وقع العقد باطلا . وفي هذا المجال ، نظروا إلى السبب على اعتبار أنه الغرض المباشر الأول الذى ينشئ المتعاقد إليه من وراء ارتضائه التحمل بالتزامه . وهو نفس مدلول فكرة السبب كما تراهى للقضاء البريتورى عند الرومان . وعلى هذا النحو . رأى الكنسيون أنه ، في العقد الملزمة بجانين كالبيع ، يمثل سبب التزام كل متعاقد في التزام المتعاقد الآخر . وبعبارة أخرى في الأداء المقابل لأدائه . فإذا لم يكن للالتزام المتعاقد سبب . وبعبارة أخرى إذا لم يكن له مقابل ، وقع العقد باطلا . ولم يبق بالتالى التزام ذلك المتعاقد . إذ أن في القول بقيامه تناف مع العدالة لأتداء المقابل . وقد أدت هذه الفكرة بالكنسيين إلى أن يقولوا بمبدأ ارتباط الالتزامات المتقابلة في العقود المنزمة بجانين *connexité* . وقد تركز هذا القول منهم في الشعار الذى ساد لديهم خلال القرن الثالث عشر . والذى يقول بأنه : « لا يلزم الشخص بأن يراعى عهده مع من لا يراعى عهد نفسه ، أو لا عهد من لا عهد له *Non servandi fidem non est fidem servandi* » .

وإذا كان الكنسيون قد استهدفوا من استلزام توافر السبب . كركن لازم لقيام العقد ، توافر العدالة في العقود . فإنهم لم يقفوا به عند هذا الهدف وحده على جليل شأنه ، ولكنهم رغبوا به الوصول إلى هدف آخر لا يقل عن سلفه جلالاً وتبلاً ، ألا وهو منع العقود من أن تتخذ وسيلة لتكسب الفضيلة ومخالفة الأخلاق . وفي سبيل العمل على تحقيق هذا الهدف الأخير ، أدخل الكنسيون في تحديد السبب . وكنصر فيه ، الباعث المستحث الذى يدفع العاقد إلى ارتضاء العقد . وهكذا اتسع مدلول السبب عند الكنسيين عما كان عليه الحال عند الرومان ، فلم يند مقصوراً على الغرض المباشر وحده ، وإنما شمل إلى جانبه الباعث المستحث الدافع . انظر في سبق *Mazeaud* ، المرجع السابق تبة ٢٥٩ .

مقصوراً على الغرض المباشر الأول وحده . على نحو ماستنبينه تفصيلاً فيما بعد .

٢٠٩ - النظرية التقليدية في السبب :

ابتداء من القرن السابع عشر ، أخذ الفقهاء الفرنسيون التقدماء يرجعون إلى فكرة السبب ، كما تراءت للبريتير الروماني ، أى على اعتبار أنها تعنى الغرض القريب المباشر الذى يقصده الملتزم من وراء التزامه . دون الذهاب إلى أبعد من ذلك ، لتقصى البواعث البعيدة التى دفعته إليه . وكان الفقيه Domat من السابقين إلى ذلك ، حيث صاغ من فكرة السبب نظرية عامة محبوبة الأطراف . وأخذ بوتيه (١) فكرة السبب عن Domat . وعن هذين الفقهاء انتقلت إلى مجموعة نابليون .

وبعد صدور مدونة نابليون ، أخذ الفقهاء الفرنسيون يعالجون نظرية السبب على الأسس التى وضع الرومان بذورها الأولى . وقام شراح القانون الفرنسى القديم . لاسيما Domat و Pothier : بصقلها وتنميتها وتهذيباً ، وذلك طوال القرن التاسع عشر ، حتى أطلق على هذه النظرية « النظرية التقليدية » .

وتقوم النظرية التقليدية فى أساسها على التفرقة بين الغرض المباشر القريب *causa proxima* الذى يقصده الملتزم من وراء ارتضائه التحمل بالتزامه وبين الأغراض الأخرى البعيدة أو غير المباشرة *causa remota* . وهى

(١) ذكر بوتيه ، فى مؤلفه « الالتزامات » ، نبذة ٤٢ و ٤٣ ما يأتى : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف . وفى عقود المعاوضة ، يكون السبب فى الالتزام الذى يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه الطرف الآخر ، أو ما يلتزم باعطائه إياه أو التبعة التى يتحملها ، وفى عقود التبرع ، يكون الجليل الذى يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذى يعقده نحوه . أما إذا لم يتم الالتزام على أى سبب ، أو إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذى يتضمنه . ثم ينتقل بوتيه إلى السبب غير المشروع ، فيقول : « إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام يجرح العدالة أو حسن النية أو حسن الآداب ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذى يتضمنه » . وقد نقلنا هذه الترجمة من كتاب بوتيه عن أستاذنا السهورى . الوسيط ج ١ نبذة ٢٦٠ .

لا تعتد إلا بالأول . وترى فيه سبب الالتزام *cause finale* . في حين أن
لا ترى في الثانية إلا مجرد بواعث تدفع إلى ارتضاء الالتزام *causes impulsives* .
فالبائع : مثلاً . وكل بائع . يقصد ، بتحملة بالالتزام بنقل ملكية المبيع ،
أن يتحمل المشتري بالالتزام بدفع الثمن . وهذا هو الغرض الأول المباشر
الذى يسعى إليه البائع من وراء تحمله بالالتزام . وهو وحده الذى ينهض
سبباً لالتزامه هذا . أما البواعث التى دفعت البائع إلى أن يتحمل بالتزامه ،
فهى تختلف من شخص لآخر . ومن حالة لأخرى . فقد يقصد البائع أن
يستغل الثمن الذى يدفعه له المشتري فى شراء مال آخر يكون له أنفع مما باعه ،
أو فى سفر يزعم القيام به . أو فى العلاج . أو فى تعليم نفسه أو أحد من
ذويه ، أو فى الإنفاق على الفقراء والمساكين . أو فى الاتجار فى المخدرات ،
إلى غير ذلك كله من الأغراض التى لا تنهاهى . والمشتري يقصد بدوره .
من تحمله بالالتزام بدفع الثمن . غرضاً مباشراً أول ، هو التزام البائع بنقل
ملكية المبيع إليه . وهذا هو سبب التزامه . أما الدوافع التى حثته على أن
يحصل على المبيع . فهى لا ترتقى إلى مرتبة السبب . ومن هى بعد تختلف
 باختلاف الظروف والأحوال . فقد يقصد المشتري من وراء حصوله على
المبيع ، إن كان منزلاً ، مثلاً . سكنه بنفسه . أو تأجير له لسكنى الغير . أو أن
يفتح فيه متجرأ أو مقهى أو مستشفى أو نادياً للقفار . إلى غير ذلك كله من
الأغراض التى لا تقع تحت حصر .

هذا هو أساس النظرية التقليدية . ويركز كما قلنا فى التفرقة بين الغرض
المباشر الأول الذى يستهدفه الملتزم من وراء تحمله بالتزامه . حيث ترى فيه ،
وفيه وحده . سبب هذا الالتزام . وبين الأغراض التالية البعيدة . حيث
ترى فيها مجرد بواعث دافعة إلى الالتزام .

ونحن إذا قابلنا بين ما تراه النظرية التقليدية سبباً للالتزام وبين ما تراه
مجرد باعث دافع إليه ، وجدنا الأول يتميز بأنه : (١) أمر موضوعي
objectif . أى أمر يتعلق بموضوع العقد ذاته . دون شخصية المتعاقد .
(٢) وأنه أمر داخلى فى العقد *intrinsèque* لا نلتمسه بعيداً عنه ، وإنما نستمدّه

من طبيعته . (٣) وأنه في النهاية ثابت لا يتغير في العقود التي من طبيعة واحدة invariable . فسبب التزام البائع . مثلاً . هو التزام المشتري : وذلك في جميع عقود البيع ، دون تفریق . أما الثاني . ونعني به الباعث الدافع . فهو يتميز بأمور متناقضة تماماً : (١) فهو أمر ذاتي أو شخصي Subjectif ، أى متصل بشخص المتعاقد نفسه . (٢) وهو أمر خارج عن العقد extrinsèque ، إذ تنلمسه في نفسية المتعاقد ذاتها . (٣) وهو : في النهاية ، متغير variable في النوع الواحد من العقود بتغير كل حالة .

وبعد أن تفرق النظرية التقليدية بين السبب والباعث الدافع . تلجأ إلى تحديد السبب في الطوائف المختلفة للعقود . وذلك على النحو التالي :

(أ) العقود الملزمة للجانبين : في العقود الملزمة للجانبين . ترى النظرية التقليدية في التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر . ففي البيع . مثلاً : يعتبر سبب التزام البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن . ويعتبر سبب التزام المشتري هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه . ووفقاً لهذا التصوير التقليدي . إذا باع شخص شيئاً محرماً . كمية مخدرات ، مثلاً ، بطل التزامه هو لعدم مشروعية محله . أما التزام المشتري بدفع الثمن . فهو لا يبطل تأسيساً على المحل . فمحله مشروع ، إذ هو يقوم على دفع مبلغ من النقود . ولكنه يبطل لعدم مشروعية سببه . إذ أن سببه هو التزام البائع بنقل ملكية المخدرات وتسليمها .

(ب) عقود التبرع : السبب في عقود التبرع هو نية التبرع animus donandi ، دون البواعث التي دفعت إليها . فسبب التزام الواهب مثلاً . هو النية التي تحدوه في أن يتبرع للموهوب له .

(ج) العقود العينية : السبب في العقود العينية . أى تلك التي يلزم فيها التسليم لذات قيامها . كالقرض والوديعة والعارية في ظل القانون الفرنسي . هو واقعة التسليم . فسبب التزام المقرض بدفع القرض ، مثلاً . هو سبق تسلمه هذا المبلغ من المقرض .

٢١٠ - مهاجمة النظرية التقليدية :

قليل من النظريات القانونية استهدف للنقد العاقى العنيف ، كما استهدفت له النظرية التقليدية فى السبب . فقد قام كثير من الفقهاء يهاجمون تلك النظرية فى عنف وإصرار : لدرجة أن أطلق عليهم أعداء أو خصوم السبب (١) . les anticausalistes

وقد هاجم أعداء السبب النظرية التقليدية من وجهين : فقد رأوا فيها من ناحية . أنها غير صحيحة ، ومن ناحية أخرى أنها غير مفيدة .
(أ) أما عدم صحتها ، فيدعيه أعداء السبب على النحو التالى :

١ - تقول النظرية التقليدية إن سبب التزام المتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين . هو التزام المتعاقد الآخر . ومؤدى ذلك : فى زعم أعداء السبب . أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين سابقاً للآخر . ولاحقاً له فى نفس الوقت : اعتباراً بأن التزام كل متعاقد يعتبر سبباً لالتزام المتعاقد الآخر ومسبباً عنه فى آن معاً ، والسبب يسبق المسبب . فإذا قلنا فى عقد البيع ، مثلاً . إن سبب التزام البائع هو التزام المشتري ، وإن سبب التزام المشتري هو التزام البائع ، فإن مؤدى ذلك أن يكون التزام البائع لاحقاً فى نشوئه لالتزام المشتري باعتباره مسبباً عنه ، وفى الوقت نفسه سابقاً عليه باعتباره سبباً له . وهذا غير منطقي من ناحية ، ثم إنه غير صحيح قانوناً ، من ناحية أخرى ، إذ أن الالتزامات المتولدة عن العقد تنتج عنه فى وقت واحد ، كأصل عام .

وهذا النقد يقوم على مغالطة يرجع فضل كشفها للفقير الكبير Capitant . إذ هو يقوم على اعتبار أن المقصود بالسبب هو السبب المنشئ ، أى ذلك الذى يعتبر مصدراً للالتزام . فى حين أن المقصود بالسبب ، باعتباره ركناً فى العقد ، هو السبب القصدى ، أى الغرض المباشر الذى يقصده الملتزم من وراء التزامه . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين سبباً أحدهما للآخر فى هذا المعنى ، وإن كانا يولدان

(١) وكان الفقهاء البلجيكيون من السابقين فى ذلك ، لاسيما Laurant و Ernest . ومن أشهر الفقهاء الذين هاجموا نظرية السبب فى فرنسا العلامة Planiol .

في نفس الوقت . إذ أن السببية هنا نفسية ، تتواجد في ذات نفس المتعاقد .
وليست مادية ، بمعنى أن أمراً معيناً ينشئ أمراً آخر .

٢ - السبب في عقود التبرع ، وفقاً للتصوير التقليدي ، هو نية التبرع
كما بينا . وقد انتقد خصوم السبب هذه الفكرة بقولهم إن نية التبرع تدخل
في الرضاء . إذ أن الواهب لا يعتبر أنه ارتضى الهبة ، إلا إذا قصد إعطاء
الموهوب له الشيء تبرعاً له به .

وقد حاول أنصار السبب أو السببيون les causalistes كما يطلق
عليهم ، لا سيما Capitant . رد هذا الهجوم . بمقولة إن الرضاء في عقود
التبرع يتميز عن نية التبرع ، اعتباراً بأن رضاء الواهب هو قبوله إعطاء
الشيء الموهوب له . وهو أمر متميز عن نيته في إعطائه هذا الشيء تبرعاً
منه ، تلك النية التي تعتبر سبباً لالتزامه . وهذا الرد غير مضع في الحقيقة ،
وفيه شيء من العمل كبير (١) .

٣ - السبب في العقود العينية . وفق منطق النظرية التقليدية . هو واقعة
التسليم . كما بينا . وقد انتقد خصوم السبب هذه الفكرة ، بمقولة إن التسليم
هو شرط لذات قيام العقد العيني . فكأن النظرية التقليدية تخلط هنا بين السبب
المنشئ والسبب القصدي .

وقد دحض أنصار السبب هذا النقد بقولهم إن التسليم لا يعتبر شرطاً
لقيام العقد العيني ، إلا من حيث الصياغة القانونية ، لا أكثر . أما من حيث
حقيقة الواقع ، فالعقد العيني عقد رضائي ينتج أثره الكامل بمجرد الاتفاق
عليه . فالمقرض مثلاً ، يلتزم بتسليم مبلغ القرض للمقرض ، بمجرد

(١) وقد أدى هذا بالفقيه Capitant نفسه ، وهو من أشد أنصار النظرية التقليدية .
إلى أن يعترف بأن السبب في عقود التبرع يخلط بالبائع في حالتين : (الأولى) في التبرع
المقترن بشرط ، كما إذا وهب شخص ماله على أن يخص ريعه ليكون مكافأة تمنح لأول لبسانر
الحقوق . فهنا يسلّم Capitant بأن سبب التزام الواهب هو البائع الذي دفعه إلى التبرع .
(الثانية) في الوصية ، حيث يرى الفقيه الكبير أن سبب التزام الموصى هو البائع الذي دفعه
إلى إجرام الوصية .

تفاههما على ذلك . فإن نفذ التزامه وسلم هذا المبلغ إلى المقرض . تحمل هذا الأخير بالالتزام بدفع هذا المبلغ إلى المقرض ، ويرجع سبب التزامه هذا إلى واقعة التسليم ذاتها . وهذا النقد منطقي . ويتفق تماماً مع النظرة الحديثة للعقود العينية التي تجعل من التسليم أثراً لها . وليس ركناً لازماً لقيامها .

(ب) أما عدم فائدة نظرية السبب ، وهي الناحية الثانية التي تركزت حولها مهاجمة أعدائها إياها . فترجع ، في نظر هؤلاء إلى إمكان الاستعاضة عن تلك النظرية ، في العقود الملزمة للجانبين . بتقرير الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، سيما وأن رضاء كل متعاقد بالالتزامات التي تثقله يقوم على اعتبار تحمل المتعاقد الآخر بدوره بالتزاماته . أما في عقود التبرع وفي العقود العينية ، فيمكن الاستعاضة بالسبب بالقواعد القانونية العامة : لا سيما ما تعلق منها بتوافر الرضاء .

وهذا النقد لا يقوم في الحقيقة على أساس . وعلى الأخص ما يتعلق منه بالعقود الملزمة للجانبين . فالقول بتقرير الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هو بذاته تسليم بفكرة السبب . فهذا الارتباط يقوم لأن كل التزام يرجع في سببه للالتزام الذي يقابله .

من كل ما سبق يبين أن الهجوم القاسي العاقب العنيف الذي وجه إلى النظرية التقليدية في السبب لا يقوم ، في مجموعه ، على أساس ، إذا ما استثنينا ما تعلق منه بالسبب في عقود التبرع . ولهذا لم يفلح هذا الهجوم في الإجهاز على فكرة السبب في ذاتها ^(١) ، حيث وجدت لها مكاناً رحباً في

(١) بل إن الكثير من الفقهاء المعاصرين لازالوا يأخذون بنظرية السبب في شكلها التقليدي ، وعلى الأخص بعد التعديلات التي أدخلها عليها *Capitant* . وتركز هذه التعديلات في ناحيتين أساسيتين :

(الأولى) يرى الفقيه الكبير أنه من الأصوب ، في العقود الملزمة للجانبين ، القول بأن سبب التزام كل متعاقد ، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية في ثوبها الأصيل ، ولكن تنفيذ هذا الالتزام . فسبب التزام البائع بنقل الملكية ليس هو ذات التزام المشتري بدفع الثمن ، ولكن الوفاء بهذا الثمن . وسبب التزام المشتري بدفع الثمن ، ليس هو ذات التزام البائع بنقل الملكية ، ولكن حصول هذا الانتقال بالفعل . وقد حدث بالفقيه *Capitant* إلى إجراء هذا التعديل رغبته في أن يجعل نظرية السبب دعامة للعقد ، ليس عند إبرامه فحسب ، =

أحدث التشريعات ، ومن بينها قانوننا المدني المصرى . ومن بعده قوانين
البلاد العربية الأخرى التى استوحته .

٢١١ - النظرية الحديثة فى السبب :

العيب الذى يشوب النظرية التقليدية ليس هو فى كونها غير صحيحة
أو غير مفيدة . كما زعم أعداؤها . بل هو يتركز فى قصرها وضيق أفقها .
الأمر الذى أدى بها إلى جذب إثماتها وضعف فائدتها . فإذا كان مؤدى
نظرية السبب أن تقتضى الغرض الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء الالتزام الذى
يتحمل به ، فلماذا نقف عند الغرض المباشر الأول . فلا نتعدها إلى غيره من
الأغراض الأخرى التى تكون مثله دافعة إلى التعاقد . لماذا نقف فى منتصف
الطريق . دون أن نسير فيه إلى نهايته ؟ فإذا اشترى شخص . مثلاً . منزلاً

- وإنما طوال حياته أيضاً . فلا يقتصر الأمر على تقرير بطلان العقد ، إذا ما تخلف السبب أو
كان غير مشروع منذ البداية ، ولكن العقد يتأثر أيضاً بما يعترى سبب الالتزام بعد نشأته . فإذا
هلك المبيع ، مثلاً ، بعد البيع ، وزال بالتالى سبب التزام المشتري ، كان هذا الأخير فى حيز
من تنفيذ التزامه . وإذا امتنع البائع عن تنفيذ التزاماته ، جاز للمشتري أن يمتنع بدوره عن
تنفيذ التزامه ، أو أن يفسخ البيع .

(الثانية) والناحية الثانية التى شملها التعديل الذى أجراه الفقيه الكبير Capitant فى النظرية
التقليدية تتعلق بالسبب فى عقود التبرع ، حيث خلط بينه وبين الباعث فى الهبة المقترنة بشرط
إنفاق ريع الموهوب على وجه معين وفى الوصية . على النحو الذى أوضحناه فيما سبق (انظر
ص ٤٣٧ هامش ١) .

ويلاحظ أن التعديل الأول الذى أدخله Capitant على نظرية السبب ، والذى
يمثل فى قوله إن سبب التزام المتعاقد ، فى العقود الملزمة لطائفتين ، ليس هو ذات التزام المتعاقد
الآخر ، ولكنه هو الوفاء به ؛ يلاحظ أن هذا التعديل لم يخل من النقد . إذ أن العاقد ، ولو
أنه يستهدف حقيقة حصوله على مقابل التزامه هو ، أى قيام العاقد الآخر بالوفاء بالتزامه .
إلا أنه يستهدف بادئ ذى بدء تحصيل هذا العاقد الآخر بالتزامه ، حتى يقوم بعد ذلك بالوفاء به .
فكيف للعاقد أن يصل إلى أن يوفى له غريمه بالتزامه ، قبل أن تنشغل ذمته به . فالقول من Capitant
أن سبب التزام العاقد هو وفاء العاقد الآخر بالتزامه فيه تجاهل لغرض أسبق ، وهو قيام الالتزام
فى ذمة هذا العاقد الآخر . فقبل الوصول إلى الناية ، ينبغى بادئ ذى بدء أن تتحقق الوسيلة
التي تصلنا بها . انظر فى هذا المعنى : Maury, Enc. Dalloz, cause no 26. Rev. dr. com., 1951. P. 495.

بغية اعداده لمباشرة العهارة فيه ، والتزم بالتالى بدفع ثمنه ، فنحن نتقصى الغرض الذى حدا به إلى قبول التحمل بهذا الالتزام . ولا جدال أنه قصد بذلك الحصول على ملكية المبيع ، كغرض مباشر أول ، وهو غرض مشروع لا غبار عليه . ولكننا لماذا نقف : كما تفعل النظرية التقليدية عند هذا الحد ؟ لماذا لا نتمقق أكثر ، فنتقصى الغرض التالى ونعتد به ، كلما كان دافعاً إلى التعاقد وملحوظاً عند إجرائه ؟ ونحن ، إن فعلنا : وجدنا أن الغرض التالى الذى يستهدفه المشتري . فى مثالنا : بعد أن يتحقق له الغرض المباشر الأول (الحصول على ملكية المنزل) . هو استعماله فى مباشرة العهارة . وهو غرض ناب مخالف لحسن الآداب . وهكذا نستطيع هنا أن نبطل عقد البيع ، على خلاف ما توحى به النظرية التقليدية . ولا جدال فى أن الأخذ بهذه الفكرة الجديدة يوسع الباب لاعتبارات النظام العام وحسن الآداب . لكى تنفذ على نحو أرحب . فتنهض قيداً يرد على الإرادة . يحد من انحرافها ويحول دون التجاؤها إلى ما فيه مخالفة لأسس المجتمع وحميد أخلاقياته .

هكذا ولدت النظرية الحديثة فى السبب . وقوامها أنها لا تقف عند الغرض المباشر الأول ، أو السبب القصدى : كما تسميه النظرية التقليدية ، بل تدخل ، فى سبب الالتزام . الباعث المستحث الذى دفع الملتزم للتحمل بالالتزام . فوفقاً لمنطق هذه النظرية ، لا يعتبر سبب التزام المشتري ، فى البيع الذى يحقده لحصوله على منزل لكى يباشر العهارة فيه ، هو مجرد تمويل البائع بالالتزام بنقل ملكية المنزل إليه . كما تقول بذلك النظرية التقليدية فى ثوبها الأصيل ، ولا حصول هذا الانتقال إليه بالفعل ، كما تقول به تلك النظرية بعد التعديل الذى أدخله عليها Capitant . ولكن يرجع سبب هذا الالتزام إلى رغبة المشتري فى الحصول على ملكية المنزل لمباشرة العهارة فيه . وبهذا تصل النظرية الحديثة إلى بطلان البيع فى هذه الحالة ، لعدم مشروعية السبب : بشرط أن يكون البائع عالماً بالغرض الذى استهدفه المشتري . أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به . هكذا تكسرت من جديد الخواجز التى أقامها الرومان . وسار عليها من بعدهم الفقهاء التقليديون بين

السبب القصدى ، بمعنى الغرض المباشر الأول ، وبين الباعث الدافع إلى التعاقد ، وعدنا بذلك مرة أخرى إلى نظرية السبب ، كما ابتدعتها الفقهاء الكنسيون .

خلاصة ما سبق أن النظرية الحديثة لا تقف . فى تحديد السبب . عند السبب القصدى . بمعنى الغرض المباشر الأول . ولكنها تدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد . كلما كان متصلاً بالتعاقد الآخر ، بمعنى أن يكون هذا عالماً به ، أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به . فليس كل باعث يدخل عنصراً فى السبب . وإنما يلزم أن يكون هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد . بمعنى أن يكون هو الذى أدى بالمدين إلى أن يرتضى التحمل بالالتزام . بحيث إنه لو لاه لما ارتضاه . ثم يلزم ، فوق ذلك ، أن يكون المتعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث . أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به (١) . وذلك فى المعاوضات على الأقل . فإن بقى الباعث مجرد أمر داخلى كامن فى نفس المتعاقد ، لم يعلم به غريمه ، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به ، ظل غريباً عن العقد . ولم يدخل عنصراً فى تكوين السبب . ففى مثالنا السابق الخاص بشراء منزل بغية مباشرة العهارة فيه ، لا يدخل هذا الباعث عنصراً فى السبب . ويؤدى بالتالى إلى بطلان البيع ، إلا إذا كان البائع عالماً به ، أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به (٢) ، لو أنه بذل من الحرص ما تفرضه الظروف على الرجل المعتاد .

(١) انظر فى هذا المعنى Mazeaud ، المرجع السابق ، نبذة ٢٦٩ .

(٢) ويلاحظ أن منطق الأمور يقتضى منا ألا نتطلب اتصال الباعث الذى يدفع أحد العقدين إلى ارتضاء العقد بعلم العقاد الآخر ، لكي يدخل فى مضمون السبب ، إلا فى الحالة التى ترفع فيها دعوى البطلان من صاحب هذا الباعث نفسه . أما إذا رفعت دعوى البطلان من العقاد الآخر ، فليس يوجد أى مقتضى لأن يكون الباعث الذى دفع غريمه معلوماً لديه عند العقد . فالغاية من طلب اتصال الباعث للدافع بالعقاد الآخر هو تأمين هذا العقاد نفسه من خطر البطلان ، فى الحالة التى يكون جاهلاً بإياه تماماً ، اعتباراً بأن استقرار المعاملات يقتضى ذلك . ولكن إذا رفعت دعوى البطلان من العقاد الآخر ضد صاحب الباعث نفسه ، فلا معنى أن نتطلب أن يكون الأول عالماً بهذا الباعث عند العقد . فلو أن شخصاً استأجر ، مثلاً ، داراً ليجمع منها وكرراً للدعارة ، ثم طلب هو بطلان الإيجار ، تأسيساً على عدم مشروعية السبب ، فإنه يكون من المنطق أن نتطلب

هذا هو مؤدى النظرية الحديثة في السبب . وهي لا تفرق : في اعتدادها
بالباعث الدافع المعلوم من الطرف الآخر ، بين المعاوضات والتبرعات .
وإن وجد اتجاه قوى في الفقه يقتصر على اشتراط هذا العلم في المعاوضات
وحدها دون التبرعات ^(١) . وهو اتجاه لم يجمع القضاء عليه . بل لعله أميل
إلى عدم مسايرته ^(٢) . وأياً ما كان الأمر ، فيندر جداً في مجال عقود التبرع
أن يكون المتبرع له جاهلاً بالباعث الآثم الذي دفع المتبرع إلى أن يتبرع له .
ويلاحظ أن النظرية الحديثة لا تهجر منطق النظرية التقليدية على إطلاقه .
فهى لا تعدو أن تكون مكحلة له . مع استثناء ما تعلق منه بالتبرعات . فهى
ما زالت تعتد . في العقود الملزمة للجانبين . بالسبب القصدى . بمعنى الغرض

== اتصال ذلك الباعث الخبيث بعلم المتبرع . وإلا رأينا هذا الأخير وقد حرم من العقد ، نتيجة
البطلان . في حين أنه لا يوجد ما يؤخذ عليه . ولكن إذا كان رافع دعوى البطلان هو المتبرع
نفسه : فهل يكون من المنطوق أن نحول بينه وبين الوصول إلى البطلان بمقولة إنه لم يكن يعلم ،
عند العقد ، بالباعث الذى دفع المستجر إلى إبرام العقد ، وأن هذا الباعث بالثاني لا يدخل في
تكوين السبب ؟ واضح أن مثل هذا القول يتجنى مع المنطق . من وجه . ولا يتمشى مع الغاية التى
من أجلها استلزم اتصال الباعث بالعقود الآخر ، ومن وجه ثان . انظر في هذا المعنى : Mazeaud
المرجع السابق . نبذة ٢٦٩ . وانظر كذلك : Planiol, Ripert et Esmein ، ج ٦
نبذة ٢٧٨ - وانظر أيضاً : عبد المنعم الصمد : المرجع السابق ، نبذة ٢٣٣ - وقارن : جبال
زكري . المرجع السابق نبذة ١١٥ .

وقارن نقض فرنسى مدنى ٤ ديسمبر ١٩٥٦ ، Sem. Jur. - ٢ - ١٠٠٠٨ وتعليق

J. Mazeaud .

(١) راجع : Jossierand . في مؤلفه القيم Les mobiles . نبذة ١٥٩ و ٢٦١ .
ونظر أيضاً : Mazeaud ، المرجع السابق . وانظر كذلك Marty et Raynaud
المرجع السابق . نبذة ١٩١ . وانظر عكس هذا الرأى : السنبورى الوسيط ج ١ نبذة ٢٨٣ .
(٢) أنظر : نقض فرنسى عرائض ٢٤ يونيو ١٩٣٦ ، D.H. ١٩٣٦ ص ٤٠٩ .
سرى ١٩٣٦ - ١ - ٣٤٨ . وقد ذكر هذا الحكم اشترك العاقدین في عدم مشروعية الباعث
كشرط لإبطال التبرع . ورغم أن هذا الأمر لم يكن محل بحث في القضية . وانظر كذلك
Gronoble ديسمبر ١٩٤٥ ، سرى ١٩٤٦ - ٢ - ٢٢ . وقد رفض هذا الحكم تقرير بطلان هبة مستورة ،
اعتباراً بأن الباعث المنافى للأخلاق لم يكن مشتركاً بين العاقدین . وانظر أيضاً نقض مصرى
١٩/١١/٧٩ ، مجموعة النقض س ٣٠ ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ ، الذى جاء في شأن دعوى بطلان
هبة ، يقول إن السبب غير المشروع الذى من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ مدنى ،
يجب أن يكون معلوماً من المتعاقدين الآخر .

المباشر الأول . كل ما هنالك أنها لا تقف عنده ، بل تزيد عليه الباعث اندافع ، بشرط أن يكون المتعاقد الآخر عالماً به أو في استطاعته أن يعلم به (١) .

وما في التبرعات . فترى النظرية الحديثة أن سبب التزام المتبرع هو الرغبة في إسداء الجميل للمتبرع له . ثم تضيف إليه الباعث اندافع . إذا كان ملحوظاً في التعاقد . بمعنى أن يكون الموهوب له . مثلاً . عالماً به ، أو كان في مقدوره أن يعلم به . لو أنه بذل جهد الرجل العادي .

وقد طبقت المحاكم . سواء في فرنسا أو في مصر تحت ظل قانونها القديم . المضربة الحديثة في السبب على نطاق واسع . وذلك في المعاوضات والتبرعات على حد سواء . فقضت ببطالان عقد البيع أو الإيجار . إذا كان المشتري أو المستأجر قد عقده بغية مباشرة الدعارة أو لعب القمار في العين المشتراة أو مستأجرة (٢) . مادام البائع أو المؤجر كان عالماً أو كان في استطاعته أن يعلم بتبيح قصده . وقضت كذلك ببطالان القرض الذي يرم بغية تمكين المقرض من مباشرة العهارة أو لعب القمار أو اللحاق بالخليل (٣) أو الخليفة . وقضت أيضاً

(١) وقد أصابت محكمة الزقازيق الابتدائية (حكم صادر في ٢٠ فبراير ١٩٣٠ ، منشور في مجلة المحاماة المصرية) عين الحقيقة . عندما قالت . في هذا الصدد ، بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر ، وذلك في حالة ما إذا كان التعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، وبأن الباعث يعتبر في هذه الحالة ملاحظاً في العقد ، وأنه بدونه لا يمكن لهذا الأخير أن يتم .

(٢) انظر من أحكام القضاء الفرنسي : نقض مدني ١٢/٢٧/١٩٤٥ ، Gaz. Pal. ١٩٤٦ : ١٠ ، ١٨ ، ومنشور أيضاً ، في rev. tr. dr. civ. ١٩٤٦ ص ١٢٤ وملاحظات الأنحويين Mazeaud - نقض إجتماعي ١٠/٢٧/١٩٥٧ Bull. Civ. ١٩٥٧ ، رقم ١٠٣٧ ص ٧٣١ - استئناف Nimes - ١١/٢٦/١٩٦٦ Sem. Jur. ١٩٦٧ ، ٢ ، ١٥٠٩٩٨ .

(٣) انظر نقض فرنسي عرائض ١٧/٤/١٩٢٣ ، دالوز ٩٢٣-١-١٧٢ . وتتلخص موفائغ القضية التي صدر فيها هذا الحكم في أن امرأة متزوجة اقترضت من أحد الأشخاص مبنياً من النقود ، لكي تستطيع أن تلتحق بعشيقها في جنيف ، ولحققت به بالفعل ، وذلك بعلم المقرض . طالب المقرض بعد ذلك بمبلغ القرض . وقضى في الدعوى ببطالان عقد القرض ، تأسيساً على عدم شرعية السبب .

ببطلان الهبة التي يعقدها شخص لإمرأة، لكي يتوصل بها إلى معاشرتها حراماً ، أو لكي تستمر معه في تلك المعاشرة . أو لكي يستعيد معها ، أو ليكافأها عليها (١) . أما الهبة التي يعقدها الخليل لخليلته . بعد انتهاء المعاشرة الآثمة ، وبغية تعويضها عما لحقها من أضرار بسببها : فهي صحيحة (٢) . وقضت محكمة النقض المصرية ببطلان هبة عقدها أب لابنه ، تأسيساً على أن الباعث إليها هو قصر حقه في إرثه بعد موته على الأرض الموهوبة دون باقي أراضيه : وهو باعث غير مشروع لمخالفته أحكام الميراث (٣) .

هذه هي النظرية الحديثة في السبب . وهي من خلق القضاء . حتى أطلق عليها أيضاً : « نظرية القضاء في السبب » .

وقد انحازت الأغلبية الكبرى من الفقهاء ، سواء في فرنسا أو في مصر ، إلى تلك النظرية من ناحية أنها لا تقف : في مجال تحديد مضمون السبب . عند الغرض المباشر الأول . على نحو ما ذهبت إليه النظرية التقليدية . وإنما نعتد أيضاً بالباعث المستحث الدافع إلى التعاقد . ولكن الفقه في مجموعه . في سبيل تحقيق الهدف الذي نادى به القضاء

(١) انظر : نقض مدني فرنسي ١٤/١٠/١٩٤٠ D.H. ، ١٩٤٠ ص ١٧٤-٢٨/١٠/١٩٥٢
G.C.P. ١٩٥٣ ، ٢ ، ٧٦٤٧ - استئناف باريس ١٤-٦-١٩٥٥ G.C.P. ١٩٥٦ .
٢ ، ٩٣٠٣ وتعليق Rabut - نقض مدني ٨/١٠/١٩٥٧ G.C.P. ١٠٢٣٤/٢/٥٧
ومشور أيضاً في دالوز ١٩٥٨ ص ٣١٧ وتعليق Esmein .

(٢) إذا كانت الهبة بقصد تعويض الخليفة عما لحقها من ضرر من جراء إبسانته سمعها أو بقصد تأمين مستقبلها بعد انقطاع المعاشرة ، فإنها تقع صحيحة ، لمشروعية الباعث الدافع إليها (انظر استئناف مصر ١٣ يونيه ١٩٠٩ ، المجموعة الرسمية س ١١ رقم ٢ ص ٦ - اسكندرية المختلطة ٨ يونية ١٩١٦ ، جازيت ٦ رقم ٣٦ ، ص ١٧٦) . بل إن إعطاء الشيء هنا للخليلة ، على نحو ما يسود في الفكر القانوني الفرنسي ، لا يعتبر هبة ، إنما وفاء لالتزام طبيعي (نقض باريس ١١ مارس ١٩٠٨ Sirey ١٩٠٨ - ١ - ١٧٠) . وانظر في هذا الاتجاه Mazeaud ،
دروس القانون المدني ج ٢ نبذة ٢٨٠ .

(٣) راجع نقض ٢٩/١١/١٩٧٩ ، مجموعة النقض س ٣٠ ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ : وقد سبقت الإشارة إليه ، ورأينا أن الصواب في واقعات الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم هو تأسيس البطلان على عدم مشروعية المثل باعتبار الهبة واردة على تركة مستقبلية إعمالاً للمادة ١٣١/٢ (راجع ما سبق ص ٤١٨ هامش ١) .

وأيده هو وباركه ، لجأ إلى فكرة قوامها ازدواجية السبب : بمعنى أنه لا يوجد في مجال العقد سبب واحد يعتد فيه بالغرض المباشر الأول وبالباعث الدافع في آن معا . وإنما يوجد هناك سببان . سبب للعقد وسبب للالتزام . وحددوا سبب الالتزام بالغرض المباشر الأول . وهو الذي عناه التقليديون بقولهم «السبب القصدى cause finale» والذي اعتدوا به وحده . في حين أنهم يرون في سبب العقد الباعث المستحث الذي يدفع العاقد إلى ارتضائه . وهو الأمر الذي لم يكن التقليديون يدخلونه في اعتبارهم عند تحديد سبب كركن لازم لقيام العقد . اعتباراً بأنه مجرد باعث دافع impulsive . ولقد راجت تلك الفكرة رواجاً كبيراً . سواء في فرنسا (١) أم في مصر (٢) .

وأياً ما كان من أمر رواج فكرة ازدواجية السبب في الفقه المعاصر . فإنه نراها غير مقبولة . لأن من شأنها أن تؤدي إلى تجزئة إرادة العاقد وهو يرتضى التعاقد . في حين أنها لا يمكن أن تكون إلا واحدة . فالمتعاقد . حينما يرتضى العقد الذي يبرمه . لا تكون له إلا إرادة واحدة . وهي إرادة تقوم . في نفس الوقت . على إبرام العقد . وعلى تحمله بالالتزامات التي من شأن هذا العقد أن يرتبها في ذمته . وما دامت الإرادة واحدة . فلا يكون لها إلا سبب واحد . وإن أمكن لهذا السبب أن تتعدد منه العناصر .

ولإذا كانت الغاية من ابتداع فكرة «سبب العقد» ، باعتبارها متغايرة مع فكرة «سبب الالتزام» هي الاعتداد بالباعث الشخصي الدافع إلى التعاقد ، إلى جانب الغرض المباشر الأول ، فإن أسلم طريق إلى ذلك هو القول بأن السبب هو الغرض المباشر الأول مضافاً إليه الباعث المستحث الدافع إلى التعاقد . وهكذا فالفكرة السليمة لا تقوم على ازدواجية السبب . ولكنها تقوم على ازدواجية العناصر التي يتكون منها السبب .

(١) راجع على الأصح من الفقهاء الفرنسيين القائلين بازدواجية السبب : Mazeaud ،
المراجع السابق ، ج ٢ نبذة ٢٥٥ - Marty et Raynaud ، المرجع السابق نبذة ١٨٥
وما بعدها .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٢٣١ - أنور سلطان ، المرجع السابق
نبذة ٢٠٨ - حشمت أبو ستيت نبذة ٢٣٣ .

٢١٢ - « السبب » في القانون المصري :

آثر القانون المدني المصري . شأنه في ذلك شأن الأغلب من قوانين بلادنا العربية الأخرى (١) . أن يأخذ بالسبب كركن لازم لقيام العقد . إلى جانب الرضاء والمحل . وهو . إذ يفعل . يساير النزعة اللاتينية التي يترجمها قانون نابليون (المادة ١١٣١ إلى ١١٣٣) ، وتسير في فلكها قوانين أخرى عديدة (٢) . فقانوننا . شأنه في ذلك شأن غيره من كثرة قوانين بلادنا العربية الأخرى وغيرها من بلاد الدنيا قاطبة ، يتطلب ، لذات قيام العقد . أن يكون للالتزام سبب . وأن يكون هذا السبب مشروعاً .

والقانون المدني المصري ، إذ يجعل من السبب . في وجوده ومشروعيته . أمراً لازماً لا يقوم العقد بغيره . يستهدف ، تحقيق العدالة في العقود . من وجه ، وإضفاء الشرعية والفضيلة على العقود من وجه آخر . وهو إذ يحذو في ذلك حذو الأغلبية الكبرى من قوانين البلاد المتحضرة عامة . والبلاد العربية منها خاصة . يتجاوب تماماً مع هدف الشريعة الإسلامية الغراء المتمثل في منع العقود من أن تتخذ وسيلة لمخالفة صالح المجتمع وتنكب طريق الفضيلة والخلق الجميل (٣) .

واعتراف قانوننا بالسبب كركن لازم لقيام العقد . جنباً إلى جنب مع الرضاء والمحل . جاء منه في المادة ١٣٦ ، التي تقضي بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » .

(١) انظر : المادة ١٣٧ من القانون المدني السوري ، والمادة ١٣٦ من القانون المدني البلجيكي ، والمادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١٦٥ من القانون الأردني . والفصل ٦٢ من مدونة الالتزامات والعقود المغربية ، والمادة ١٧٦ من القانون المدني الكويتي . وانظر المواد من ١٩٤ إلى ٢٠٠ من القانون اللبناني .

(٢) من القوانين الأجنبية التي تأخذ بالسبب كركن لازم لقيام العقد . القانون الإيطالي (المواد من ١١١٩ إلى ١١٢٢) - القانون الأسباني (المواد ١٢٧٤ إلى ١٢٧٧) - القانون الهولندي (المواد ١٢٧١ إلى ١٢٧٣) - قانون كيبك (المادتان ٩٨٩ و ٩٩٩) - مشروع قانون الفرنسي الإيطالي (المواد ٢٧ إلى ٢٩) .

(٣) راجع في فكرة السبب في الفقه الإسلامي ما سيجي . نبذة ٢١٩ .

وهكذا فالسبب . في ظل القانون المصري . ركن لازم لقيام العقد (١) .
يتحتم تواجده فيه . كما يلزم أن يكون مشروعاً . فإن لم يتواجد السبب في
العقد . أو تواجد ولكنه جاء غير مشروع . تخلف عن العقد أحد أركانه .
فلا يقوم . وبعبارة أخرى يقع باطلاً . وسوف نعود إلى ذلك بعد قليل .

٢١٣ - مضمون السبب في القانون المصري :

إذا كان قانوننا المصري يأخذ بالسبب كأساس للعقد . بل للتصرف
القانوني بوجه عام . فما معناه عنده ؟ هل هو ينحاز . في تحديد هذا المعنى
إلى النظرية التقليدية . فيقف عند الغرض المباشر الأول . أى السبب القصدي ،
أم أنه ينحاز إلى النظرية الحديثة . فيعتد بالباعث الدافع إلى التعاقد . طالما كان
المتعاقد الآخر يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم به ؟

لا يوجد في صلب التقنين ما يقطع في الأمر بقول فصل . فقد اكتفى
المشرع بالقول بوجوب توافر السبب . وبأن يكون هذا السبب مشروعاً .
دون أن يحدد المقصود منه . ومع ذلك . فلا يمكن أن يثور شك في أن مشرعنا
أراد أن ينحاز . في تحديده لمضمون السبب . إلى النظرية الحديثة . معتدّاً في ذلك
بالباعث الدافع إلى التعاقد . وغير واقف عند مجرد الغرض المباشر الأول .
والأعمال التحضيرية قاطعة في هذا الأمر (٢) .

(١) ثمة آراء متباينة في الفقه حول دور السبب . فالبعض يراه ركناً في العقد ، والبعض
الآخر يراه ركناً في الالتزام الذي يولده العقد . والبعض الثالث يراه ركناً في الإرادة التي تقيم
العقد . والجدل في ذلك غير منتج . إذ أن عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته يؤدي على أية حال
إلى بطلان العقد ، أياً ما كان الأمر الذي يلحق به . ثم إنه لو قيل بأن السبب يعتبر ركناً في
الالتزام أو الإرادة . فانه حتى في هذه الحالة ، يعتبر ركناً أيضاً في العقد ، وإن كان ذلك بطريق
غير مباشر .

(٢) فقد جاء في المذكرة الإيضاحية ، في نظرتها العامة عن السبب (مجموعة الأسرار
التحضيرية ج ٢ ص ٢٢٥) ما يأتي : « إنه ينهج المشروع نهج التقنيات الجرمانية بشأنه .
نسبب ، بل اختار على التقيض من ذلك مذهب التقنيات اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية .
وواقع أن السبب كما يصوره القضاءان الفرنسي والمصري . بمعنى الباعث المستحث يدخل في نطاق
القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحده من نزعة المادية ، وهي بعد نزعة شتد
ضغائنها في بعض الأحيان . ثم جاء في المذكرة الإيضاحية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ -

ولكن إذا كان قانوننا يعتد ، كما تفعل النظرية الحديثة ، بالبائع الدافع إلى التعاقد ، فهل يرى فيه وحده سبب الالتزام ، ويهمل بالتالي كلية السبب في معناه التقليدي ، أى بمعنى الغرض المباشر ، وبعبارة أخرى السبب القصدى ؟

قد يفهم ذلك من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . حيث جاء فيها أن السبب هو الباعث المستحث^(١) . وقد قال أيضاً بهذا رأى أستاذنا الكبير السنبورى . الأمر الذى حدا به إلى أن يأخذ على قانوننا ما أورده في المادة ١٣٦ منه . والذى يدل على أنه من الممكن وجود التزام بلا سبب ، اعتباراً بأن إرادة المدين لا بد أن تكون مدفوعة بباعث : وإلا كانت غير واعية : وما اهتم بها القانون^(٢) .

ولا يمكننا التسليم بهذا رأى . فهو يقوم فى رأينا على فهم غير دقيق للنظرية الحديثة فى السبب . فهذه النظرية . وإن اعتدت بالبائع الدافع . فهي تعتد به إلى جانب الغرض المباشر . أى السبب القصدى^(٣) : ثم إن هذه النظرية لا تعتد بالبائع الدافع ، إلا إذا كان معلوماً من الطرف الآخر على النحو الذى حددناه : فما الحكم إذا لم يتوافر هذا العلم : هل نقول هنا إن العقد يقوم برغم عدم توافر السبب . أى أنه يصبح تصرفاً مجرداً ؟ وفضلاً عما سبق فإن الأخذ بالرأى الذى نعارضه يتجافى مع المنطق : إذ كيف نعتد بالبائع الدافع . وهو غرض تال وغير مباشر استهدفه المتعاقد ، ونهمل فى الوقت نفسه الغرض المباشر الأول الذى قصده هذا المتعاقد بادىء ذى بدء ؟ بل إن

= (مر ٢٢٧) . تعليقاً على المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدى ، اللتين أصبحتا بعد دمجهما المادة ١٣٦ من القانون ، ما يأتى : « يقصد بالسبب معناه الحديث ، كما يشمل القضاء ان معنى والفرنسى فى العصر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية . لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعوضات » .

(١) انظر الهامش السابق .

(٢) راجع السنبورى . الوسيط ج ١ ، نبذة ٢٨٩ و ٢٩٤ .

(٣) وقد عبرت عن ذلك غير تعبير محكمة الزقازيق الابتدائية فى حكمها الصادر فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ (المقامة س ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢) : حيث جاء فيه أن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث ، إذا كان المتعاقد الآخر يعلم به ، فى مرتبة واحدة مع السبب المباشر .

الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى نتائج شاذة . فلو أن شخصاً . مثلاً . تعهد لآخر بأن يدفع له مبلغاً من النقود . على اعتبار أنه سوف يأخذه منه على سبيل قرض ينفقه في بناء مسجد . دون أن يأخذ منه هذا المبلغ بالفعل ، في مثل هذه الحالة . لو أننا قصرنا السبب على الباعث الدافع وحده . لوجدنا التزام المتعهد سليماً . اعتباراً بأن الباعث الدافع إلى قيامه هو بناء المسجد . وهو غرض مشروع ، وتعين بالتالي وجوب قيام المتعهد بدفع مبلغ القرض برغم أنه لم يتسلمه . وتلك نتيجة تتجاف مع القانون في أبسط مظاهره . في حين أننا نؤاخذنا أيضاً . ونحن نحدد مضمون السبب . بالغرض المباشر الأول . إلى جانب الباعث الدافع ، أوصلنا إلى أن سبب التزام المتعهد بدفع المبلغ هو تسلمه إياه لبناء المسجد . ونصل بذلك إلى بطلان هذا التعهد ، لعدم تحقق العنصر الأساسي في السبب . ألا وهو واقعة تسلم المبلغ . وأخيراً فلنأثرأي الذي نعارضه يصطدم بنص المادة ١٣٦ . فهذه المادة تقضي بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ... كان العقد باطلاً » . فهي بذلك تفترض حالات لا يوجد فيها سبب . وهذا الافتراض لا يتمشى مع اعتبار السبب هو الباعث الدافع وحده . إذ أنه لا يمكن تصور إرادة ترتضي إلزام صاحبها . دون أن تكون مدفوعة في ذلك بباعث ، ما لم تكن تلك الإرادة غير واعية ، الأمر الذي يؤدي بالقانون إلى إهدارها .

يظهر مما سبق أنه ، وإن سلمنا بوجوب الاعتداد . تحت ظل قانوننا المصري ، بالباعث الدافع ، إلا أنه لا يمكننا أن نرى فيه وحده مضمون السبب الذي يعتبر ركناً في العقد ، وإنما يلزم أن يجرى هذا الباعث الدافع كعنصر ثانٍ ينضاف إلى الغرض المباشر الأول ، ليكونا معاً مضمون السبب .

والفقه المصري في أغلبه يسير على أنه لا ينبغي الوقوف عند الباعث الدافع وحده . وإنما يلزم أيضاً الاعتداد بالغرض المباشر الأول . وهو إذ يفعل ذلك يتجاوب مع الفقه الفرنسي . وقد أدى به هذا النظر إلى أن يجمع أو يكاد على

معارضة رأى أستاذنا الكبير السهوري^(١) ، الذى رأى . على غير حق ،
قصر مضمون السبب على الباعث الدافع وحده .

والفقه المصرى شأنه فى ذلك شأن الفقه الفرنسى تماماً : لجأ فى سبيل
الاعتداد بكل من الغرض المباشر الأول والباعث الدافع إلى فكرة ازدواجية
السبب . بمقولة إنه يوجد . فى مجال العقد سببان : وليس سبب واحد فحسب .
سبب الالتزام ويروونه متمثلاً فى الغرض المباشر . وسبب العقد ويروونه متمثلاً
فى الباعث الدافع . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذه الفكرة ، وأبدينا عدم موافقتنا
عليها ، تأسيساً على أن القول بازدواجية السبب من شأنه أن يؤدى إلى تجزئة
بذلك المتعاقد . حالة كونها واحدة . وخلصنا إلى القول بوحدة السبب فى العقد .
وبأن تعددت عناصره ، بحيث يشمل الغرض المباشر الأول . وإلى جانبه
ومضافاً إليه الباعث الدافع إلى التعاقد . إذا كان المتعاقد الآخر قد علم به أو كان
ينبغي عليه أن يعلم به^(٢) .

خلاصة كل ما سبق أن الباعث الدافع ليس هو وحده الذى يكون السبب .
بل إنه ليس من المحتم أن يدخل أصلاً فى تكوينه . إذ أن ذلك مشروط بأن
يكون ملحوظاً فى العقد . بمعنى أن يكون التعاقد الآخر قد علم به . أو كان
ينبغي عليه أن يعلم به . فالركيزة الأساسية للسبب تتمثل دوماً فى الغرض المباشر
الأول الذى يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء ارتضائه العقد . وبالتالي من
ارتضائه التحمل بالالتزامات التى من شأن العقد أن يرتبها فى ذمته . وإلى
جانب هذا الغرض المباشر الأول . وزيادة عليه - وليس بديلاً عنه - يحى ،
الباعث الدافع إلى التعاقد لينضاف إليه ، إذا كان ملحوظاً فى العقد على نحو

(١) انظر : حشمت أبو ستيت . المرجع السابق نبذة ٢٣٨ - عبد المنعم الصده ، المرجع
السابق نبذة ٢٣٤ و ٢٣٥ - أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ٢١٢ . وقارن : سليمان
مؤسس . نظرية العقد نبذة ١٦٥ . وقد رأى الزميل أن السبب فى قانوننا هو الغرض المباشر ،
فى السبب "تقصدي" بالنفعى التثبيدى . مع استثناء الحالات التى يوجد فيها باعث رئيسى غير مشروع .
مجرد أن يكون معنوماً من الطرف الآخر ، حيث ينهض هذا الباعث سبباً للالتزام . وهذا
الرأى ليسوا غير مقنع . إذ كيف يختلف معنى السبب باختلاف الحالات ، فيكون تارة هو
تأمر من المباشر ، وأخرى هو الباعث الدافع !

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢١١ .

١٠. بيانه . أما إذا لم يكن الباعث الدافع ملحوظاً في العقد ، تحدد السبب بالغرض المباشر وحده .

وهكذا في ظل قانوننا المصرى ، يتحدد السبب دائماً وفي كل الأحوال بالغرض المباشر الأول . ثم ينضاف إليه الباعث الدافع إلى التعاقد ، إذا كان ملحوظاً في العقد . بأن كان العاقد الآخر ، عند التعاقد ، يعلمه أو كان ينبغى عليه حينئذ أن يعلمه . فإن لم يكن العاقد الآخر على علم بالباعث الذى دفعه غريمه إلى التعاقد . ولم يكن ينبغى عليه أن يعلمه . لو أنه كان متسماً بفتنة الرجل العادى وبذل حرصه . اقتصر السبب على الغرض المباشر الأول وحده . فنحن . فى تحديدنا السبب . لانقف عند الغرض المباشر الأول عنى نحو ما تقول به النظرية التقليدية . إلا إذا كان الباعث الدافع غير ملحوظ فى العقد . فإن كان هذا الأخير ملحوظاً فى العقد ، توجب الاعتداد به عنصراً فى السبب ، ينضاف إلى الغرض المباشر الأول ، لكى يكون السبب ، فى جملته . هو الغرض المباشر الأول والباعث الدافع فى آن معا . فإذا اشترى شخص ، مثلاً ، داراً لسكنائها أو لاتخاذها وكرراً للعاهرة ، وكان البائع عالماً بالباعث الذى دفع المشتري إلى إبرام البيع ، تمثل سبب التزام هذا الأخير فى رغبته فى الحصول على المبيع (وهو الغرض المباشر الأول) ، مضافاً إليه الباعث الذى دفعه إلى إبرام العقد (السكنى أو اتخاذ الدار محلاً للعاهرة) . وبهذه المثابة يكون سبب التزام المشتري ، فى مثالنا ، ليس هو حصوله على الدار فحسب ، ولكن حصوله على الدار وسكنائها ، أو حصوله على الدار واتخاذها محلاً للعاهرة . أما إذا كان البائع فى مثالنا ، لا يعلم بالباعث الذى دفع المشتري إلى الشراء ، تمثل سبب التزام هذا الأخير فى الغرض المباشر الأول وحده . أى أنه يتحدد هنا بمجرد الحصول على المبيع .

وعلة التفرقة ، من حيث العلم . بين الغرض المباشر وبين الباعث الدافع هى أن الأول أمر موضوعى مستمد من طبيعة العقد ذاتها ، فهو من ثم أمر لا يستطيع المتعاقد الآخر ، ولا أى شخص غيره ، الادعاء بجهله . أما الباعث الدافع ، فهو أمر شخصى يتعلق بصاحبه ، ويتغير بتغير الأحوال ، ومن الممكن أن يجهله المتعاقد الآخر ، دون أن يؤخذ عليه هذا الجهل . فإن جهله هذا

المتعاقد الآخر . من غير أن يؤخذ عليه جهله إياه . توجب عدم التضحية به ، ومن ثم لزم إبعاد الباعث عن مضمون السبب . حتى لا يقع العقد باطلا إضراراً به . وفي ذلك استقرار للمعاملات وإحاطة إياها بالثقة والأمان ، حينما تقتضيها ظروف الحال .

والذى يتطلبه القانون للاعتداد بالباعث الدافع . إلى جانب الغرض المباشر الأول ، هو مجرد علم التعاقد الآخر ، أو حتى إمكان علمه به . فليس يلزم بعده أن يشارك التعاقد الآخر صاحب الباعث في تنفيذه أو حتى الرغبة فيه ^(١) . فبالنسبة إلى من يشتري أو يستأجر ، مثلاً . داراً لمباشرة العهارة فيها ، يكتفى للاعتداد بهذا الباعث النكر في تكوين السبب - إلى جانب الغرض المباشر الأول المتمثل في الحصول على الدار أو منفعتها - بأن يكون البائع أو المؤجر عالماً به ، أو حتى بإمكان علمه به ، دونما لزوم بعد ذلك لأن يشارك المشتري أو المستأجر تدنسه به .

وتطلب العلم من المتعاقد الآخر بالباعث الدافع ، للاعتداد به في تكوين السبب . يسرى ليس فقط على المعاوضات ، وإنما أيضاً على التبرعات ، وإن وجد في الفكر القانوني الفرنسي ، اتجاه لقصره على المعاوضات وحدها ^(٢) . وهو اتجاه لم يسد في القضاء في فرنسا ، ويبدو أن محكمة النقض

(١) وقد اختلف الفكر القانوني الفرنسي حول ما إذا كان يكتفى ، للاعتداد بالباعث الدافع في تكوين السبب ، بمجرد العلم به من المتعاقد الآخر ، أم أنه تلزم مساهمة هذا الأخير فيه . وقد قضت بعض الأحكام بالرأى الأول (راجع على الخصوص : نقض عرائض ١٩٤٧/٨/٤ ، ١٩٤٧ Gaz. Pel. - باريس ١٩٤٧/٥/١٢ ، دالوز ٣٨٠-٤٧ - باريس ١٩٤٩/٥/١٢ ، ١٩٤٩ Gaz. Pel. ٤٨/٢) ، في حين قضت أحكام أخرى بالرأى الثاني (انظر جرنوبل ١٩٤٥/١٢/٥ ، سيري ٢٢/٢/١٩٤٦ - Rouen ٢٧/٦/١٩٥٠ ، سيري ٤٣/٢/٥١ . وقرب من هذا الرأى : نقض فرنسي مدني ١٩٥٦/١٢/٤ J.C.P. ١٩٥٧ - ٢ - ١٠٠٨ وتعليق J. Mazeaud . راجع في هذا الموضوع على الأخص : Marty et Raynaud المرجع السابق ، نبذة ١٩١ .

(٢) وعلى أية حال ، فليس لمبدل حول هذا الأمر كبير أهمية من الناحية العملية . إذ أنه يندر ، في واقع حياتنا ، أن يكون المتبرع له بعيداً عن الباعث الذى يدفع المتبرع إلى أن يتبرع له ، والوصف الذى يتسم به ، خيراً كان أم شراً ، جميلاً كان أم نكراً .

المصرية بدورها لا تسايره (١).

٢١٤ - وإذا أردنا أن نطبق ما قلناه ، في خصوص تحديد مضمون السبب على العقود الملزمة للجانبين وعلى عقود التبرع باعتبارها أهم أنواع العقود ، لتبين لنا ما يأتي :

أولاً : في العقود الملزمة للجانبين : يتحدد سبب التزام كل متعاقد بالتزام المتعاقد الآخر : على أن ينضاف إليه الباعث الشخصي الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد . وبالتالي إلى ارتضاء التحمل بالالتزام . إذا كان هذا الباعث متصلاً بالمتعاقد الآخر ، وإلا فهو يتحدد بالتزام المتعاقد الآخر وحده . وعلى ذلك ، فإن اشترى أو استأجر شخص ، مثلاً ، داراً مباشرة العهارة أو لعب القمار فيها : وكان البائع أو المؤجر يعلم بقبيح قصده ، فإن سبب التزامه بدفع الثمن أو الأجرة يتمثل في حصوله على الدار أو منفعتها (وهذا هو مضمون التزامات البائع أو المؤجر على حسب الأحوال) ومباشرة العهارة أو لعب القمار فيها . الأمر الذي من شأنه أن يدمغ العقد بالبطلان . أما إذا لم يكن البائع أو المؤجر يعلم بقبيح قصد المشتري أو المستأجر . وما كان بمستطيع أن يعلمه : لو أنه بذل من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الرجل العادي ، فإن سبب التزامه يتحدد فقط بالحصول على الدار أو على منفعتها ، الأمر الذي يبعد عن عقده البطلان .

ثانياً : عقود التبرع : يتحدد سبب التزام المتبرع ، الواهب مثلاً ، دوماً بالغرض المباشر الأول وهو اسداء الجميل للمتبرع ، وينضاف إليه الباعث الذي دفعه إلى اسداء الجميل ، إذا كان متصلاً بالمتبرع له . وعلى هذا فسبب التزام التحليل في هبته لتحليلته : التي يعقدها بقصد حملها على بدء

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١١/٢٩ ، طعن ٤٦/٦٢٦ ق مجموعة النقض س ٣٠ ع ٣٠ ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ ، وقد سبقت الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم ببطلان هبة تأسيساً على عدم مشروعية السبب . وقد جاء فيه أن « السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ من القانون المدني يجب أن يكون معلوماً للمتعاقد الآخر . فإذا لم يكن على علم به ، أو ليس في استطاعته أن يعلمه ، فلا يعتد بعدم المشروعية » .

المعاشرة الآثمة أو الاستمرار فيها أو التشجيع عليها ، يتمثل في رغبته في إسداء الجميل لها وتحقيق تلك المعاشرة ، الأمر الذى يصل بالهبة إلى البطلان . ويلاحظ هنا أنه يتعذر على الخليفة أن يحتاج بعدم علمها بالبائع الذى دفع الرجل إلى التبرع لها . إذ أن طبيعة الظروف تجعل هذا العلم واجباً عليها . فليس من الحتم . لاعتبار البائع الدافع متصلاً بالمتعاقد الآخر ، أن يكون هذا عالماً به حقيقة ، وإنما يكفى أن يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل الرجل العادى يعلم به ، حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر نفسه في خصوصية الحال المعروضة . فالمعيار هنا هو معيار موضوعى مجرد . أساسه الرجل العادى ، وليس معياراً ذاتياً قوامه المتعاقد نفسه . ولكن إذا أمكن في عقد من عقود التبرع ، أن يظل الطرف الآخر بعيداً عن الغرض القبيح الذى يدفع المتبرع إلى التبرع ، فإن هذا التبرع يكون صحيحاً . ومثال ذلك أن يكفل شخص خليلته في دين عليها بقصد قبيح ، دون علم الدائن بأنها خليلته (١) .

٢١٥ - وجود السبب :

حددنا فيما سبق المقصود بالسبب أى مضمونه ، وتبيننا أنه الغرض الذى يسعى المدين إليه من ارتضائه التحمل بالالتزام ، دون وقوف عند الغرض المباشر الأول ، بل مع الاعتداد بالبائع الدافع إلى التعاقد ، إن كان الطرف الآخر يعلمه ، أو كان في مقدوره أن يعلمه لو أنه بذل عناية الرجل المعتاد وحرصه :

والسبب بهذا المعنى لا بد أن يكون موجوداً ، وإلا كان العقد باطلاً . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٦ بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، ... كان العقد باطلاً » . ومثال السبب غير الموجود . التزام المشتري بدفع ثمن منزل تهدم من قبل ، والتزام شخص بدفع قرض اعتباراً بأن سيتسلمه ، إذا أثبت أنه لم يدفع له في الحقيقة . والتزام الورثة بدفع مبلغ من النقود إلى شخص . اعتباراً بأن مورثهم أوصى له به ، إذا ثبت أن الموصى قد رجع في هذه الوصية ، أو أنها قد جاءت باطلة .

(١) انظر حكم Nancy الفرنسية ١٢ نوفمبر ١٩٠٤ ، دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ١٥٨ .

ويلاحظ أن عدم وجود السبب قد يأتي نتيجة وقوع العاقد في غلط .
كما هي الحال في مثال الوارث الذي يتعهد لشخص بدفع مبلغ من المال .
اعتقاداً منه عن خطأ بأن مورثه قد أوصى له به . وهذه هي الحالة التي يطلق
عليها التقليديون : « الغلط في السبب » . وفي مثل هذه الحالة ، يقع التصرف
باطلاً ، لا إعمالاً للغلط ، فذلك لا يؤدي إلا إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال .
ولنما تأسيساً على انتفاء ركن من أركان العقد ، وهو السبب .
وفي مجال وجود السبب . تبرز أهمية الغرض المباشر الأول . باعتباره
الركيزة الأساسية الدائمة في تكوين السبب .

وإذا قلنا إن السبب لا بد أن يكون موجوداً وإلا وقع العقد باطلاً .
فلننا نعي بذلك بالضرورة أن يكون السبب موجوداً عند إبرام العقد ، وأنه
إذا كان موجوداً آنئذ ، فلا يتأثر العقد في ذات قيامه بزواله بعد ذلك .
فإذا وهب شخص ماله لآخر ، مثلاً ، قاصداً إسداء الجميل له ، ومدفوعاً
في ذلك بدافع نبيل ، وقامت الهبة بالتالي صحيحة لارتكازها ، عند إبرامها ،
على سبب موجود وصحيح ومشروع : فلنأ لا تبطل لمجرد أن الواهب غير
نيته بعد ذلك ، بمقولة إن سبب الهبة قد زال بعد وجوده . فينظر ، كما تقول
محكمة النقض ^(١) ، في توافر السبب أو عدم توافره إلى وقت انعقاد العقد .

(١) أنظر : نقض ٢٤ أكتوبر ١٩٦٣ طعن ٢٨/٣٠٢ ق مجموعة النقض س ١٤
س ٩٦٧ رقم ١٣٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن « الخطبة وإن كانت تمهيداً للزواج ، وهو
من مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر - ومنها
الشبكة - إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل ، لأنها ليست ركناً من أركان الزواج
ولا شرطاً من شروطه ... ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بعقد
الزواج ... ويخرج عن نطاق الأحوال الشخصية . وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ، ويسرى
عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني » . وجاء في الحكم أيضاً أن « السبب ركن
من أركان العقد ، فينظر في توافره وعدم توافره إلى وقت انعقاد العقد ، فإن انعقد صحيحاً
بتوفر سببه ، فإنه لا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده . فإذا كانت الخطبة
هي السبب في هذا النوع من الهبات (الشبكة) ، وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع ، فإن
فسخها لا يمكن أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق » . وأنظر في نفس الاتجاه وبنفس
الألفاظ تقريباً : نقض ٢٦/٥/١٩٧٤ طعن ٣٩/٦٢ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٤٨
رقم ١٥٦ .

وقد طبقت محكمة النقض هذا المبدأ على هدايا الخطبة من شبكة ونحوها قائلة باستمرار صحتها ، حتى لو قدر للخطبة أن تفسخ . وقد أسست المحكمة العليا قضاءها على أن الهدايا التي يقدمها الخاطب لمخطوبته إبان فترة الخطبة . لكونها غير متعلقة بانعقاد الزواج أو بصحته . لاعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، وإنما هي مجرد هبات عادية تخضع لأحكام القانون المدني . وأنه إذا كان ذلك ، وتوافر عند تقديم هدايا الخطبة ، بما فيها الشبكة ، ركن السبب . الذي يدخل في مضمونه اعتبارات الخطبة . فإن الهبة بها لا تبطل بعد ذلك تأسيساً على زوال السبب نتيجة فسخ الخطبة^(١) ، وإن أمكن بطبيعة الحال الرجوع فيها إذا كان للرجوع مسوغ وفقاً للقانون .

٢١٦ - مشروعية السبب :

رأيًا . فيما سبق . ضرورة وجود السبب عند إبرام العقد . وإلا وقع باطلا . ووجود السبب . وإن كان لازماً لقيام العقد ، إلا أنه لا يكفي بذاته . فليس أى سبب يصلح دعامة للعقد . وإنما يلزم أن يتوافر فيه شرط جوهرى ، وهو أن يكون مشروعاً (المادة ١٣٦) . فإن قام رضاء المتعاقد على سبب غير مشروع بطل العقد . والسبب يعتبر غير مشروع ، إذا جاء مخالفاً للنظام العام أو لحسن الآداب . وقد سبق لنا أن عرضنا ، عند الكلام في محل الالتزام :

« ويلاحظ أنه إذا كانت هدايا الخطبة ومنها الشبكة لا تبطل ، باعتبارها هبات ، بفسخ الخطبة ، إلا أنه يمكن الرجوع فيها وفقاً لأحكام الرجوع في الهبة المنصوص عليها في المادة ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدني . ومؤدى تلك الأحكام أن الرجوع لا يكون ، عند عدم قبول الموهوب له إياه ، إلا إذا رخص به القاضى ، وكان يستند إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من موافقة المنصوص عليها في المادة ٥٠٢ .

كما أنه يلاحظ أن المشروع التمهيدى تضمن نصاً (المادة ٦٧٠) يقضى برد هدايا الخطبة إذا قدر لها أن تفسخ . وقد جاء تبريراً حكم هذا النص في المذكرة الإيضاحية للمشروع ، أنه يمكن تعليقه بتن سبب الهبة قد زال بفسخ الخطبة . ولم تأخذ محكمة النقض بهذا التعليل ، كما سبق لنا أن بينا (يراجع حكم النقض الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٦٣ السابقة الإشارة إليه) . وهى في ذلك على صواب لما نبهتته على ما ذكرناه نحن في المتن من أن العبرة في تقدير وجود السبب أو عدم وجوده هى بوقت انعقاد العقد لا بعد ذلك . وقد حذف نص المادة ٦٧٠ من المشروع التمهيدى . فلم يأت في القانون

(١) راجع الهامش السابق .

للمقصود بهذين الاصطلاحين . ونجتزئ هنا بالإحالة على ماقلناه في هذا الصدد (١).

وفي مجال استلزامنا المشروعية في السبب ، تظهر أهمية الباعث الدافع للتعاقد ، باعتباره عنصراً يدخل في تكوينه . ففي أغلب الحالات التي يعتبر فيها السبب غير مشروع ، يرجع عدم مشروعيته إلى مخالفة الباعث المستحث الدافع للنظام العام أو لحسن الآداب .

والقضاء حافل بالأمثلة على بطلان العقود . لعدم مشروعية السبب . وقد سبق لنا أن سردنا الكثير منها عند عرض النظرية الحديثة . ونضيف إلى ماقلناه في هذا الصدد : التزام شخص بدفع مبلغ من النقود إلى آخر نظير ارتكابه جريمة أو عدم ارتكابها ، أو كحلوان لرد شخص مخطوف أو شيء مسروق . والتزام شخص بدفع مبلغ من النقود لموظف على سبيل الرشوة .

٢١٧ - إثبات السبب :

مؤدى القواعد العامة أن يقع عبء إثبات السبب ، في وجوده وفي مشروعيته ، على الدائن . فهو الذى يدعى وجود الدين . فعليه ، كأصل عام أن يثبت قيام مصدره ، وهو هنا العقد . وإثبات العقد يتضمن إقامة الدليل على توافر كل أركانه ، ومن بينها السبب .

ولكن القانون يحجى ، فيما يتعلق بإثبات السبب ، وجوداً ومشروعية ، في عون الدائن ؛ فهو يفترض وجود هذين الأمرين ، عندما يخلو العقد من ذكر السبب ؛ ويفترض حقيقة السبب المذكور في العقد ، إن تضمن له ذكراً . ونتعرض لكل من هاتين الحالتين بشيء من التفصيل :

(أ) فإذا لم يذكر في العقد سبب للالتزام ، كما إذا اقتصر القول فيه على أن المدين يتعهد بدفع مبلغ من النقود للدائن ، دون إيضاح لعلة هذا التعهد ، افترض القانون أن للالتزام هنا سبباً ، وأن هذا السبب مشروع ،

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٠٢ .

إلى أن يثبت المدعى عكس ذلك . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٧ / ١ بأنه :
« ١ - كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً .
مالم يقيم الدليل على عكس ذلك » . فعدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يبطله .
لأن القانون لا يشترط ذكره فيه . بل إنه عندما يخلو العقد من ذكر سبب
الالتزام ، تقوم قرينة قانونية على أن للالتزام سبباً وأن هذا السبب مشروع (١) .
وبهذا يرتفع عبء الإثبات عن الدائن . بيد أن هذه القرينة بسيطة . فيجوز
للمدين دحضها . بإثبات أن الالتزام لا يقوم أصلاً على سبب . أو أنه يقوم
على سبب غير مشروع . فله : مثلاً ، أن يقيم الدليل على أن التزامه بدفع
مبلغ النقود لا يقوم أصلاً على سبب ، لأنه تعهد بدفعه اعتباراً بأن الدائن
سيقرضه إياه . وأن هذا الأمر لم يحصل ، أو أنه تعهد بدفعه اعتداداً بوصية
اعتقد صدورها من مورثه . ثم تبين رجوع هذا فيها أو بطلانها . وله أيضاً
أن يقيم الدليل على عدم مشروعية السبب . كما إذا أثبت أن المبلغ الذى
الترم بدفعه كان على سبيل الرشوة أو فى مقابل ارتكاب جريمة . أو حمل
امراً على معايشة غير شرعية أو لاستمرارها فيها .

وللمدين أن يثبت هنا عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته (٢) بكافة
الأدلة ، بما فيها البينة والقرائن . وذلك حتى لو زاد الدين على عشرين جنياً .
إذ أن الدليل يقوم هنا على خلاف افتراض قانونى : فهو لا يقوم على إثبات
أمر وارد فى محرر مكتوب : ثم هو يقوم من ناحية أخرى . على وقائع
مادية : لا يتقيد الإثبات بشأنها .

(١) انظر : نقض ١٧/٩/١٩٦٩ طعن ٣٥/٢٠٧ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٢٢٧
رقم ١٠٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أن المادة ١٣٦ مدنى « وإن كانت توجب أن يكون للالتزام
سبب مشروع ، إلا أنها لم تشترط ذكر هذا السبب فى العقد . بل أن المادة ١٣٧ تنص على أن
كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقيم الدليل على غير ذلك .
وهو ما يقطع بأن عدم ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يؤدى إلى بطلانه » .

(٢) وإذا استند المدعى ، فى سبيل إقامة الدليل على عدم مشروعية السبب ، إلى الباعث
الدافع ، باعتباره يدخل عنصراً فى تكوين السبب ، وجب عليه أن يثبت ، فضلاً عن عدم
مشروعية هذا الباعث ، اتصاله بالدائن : بمعنى أن يكون هذا عالماً به أو كان فى استطاعته
أن يعلم به .

(ب) وإذا ذكر في العقد سبب للالتزام ، افترض القانون أن هذا السبب هو الحقيقي . حتى يقوم الدليل على العكس . فإذا ذكر : مثلاً . في العقد أن المدين قد تسلم من الدائن مبلغاً من النقود على سبيل القرض . اعتبر التزامه برد ذلك المبلغ قائماً على هذا السبب حقيقة . حتى يقام الدليل على كذبه . وهكذا فالقريئة القانونية هنا بسيطة ، كذلك التي تقوم في اخالة الأولى . وإثبات عكس هذه القرينة يصل بنا إلى إقامة الدليل على صورية السبب المذكور في العقد . وهنا يتحتم على من يهجم الأمر . دائناً كان أم مديناً . أن يقيم الدليل على السبب الحقيقي وعلى مشروعية هذا السبب أو عدم مشروعيته . على حسب الأحوال . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٧ / ٢ بأنه : « ٢ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » .

ويقع عبء إثبات صورية السبب على من يدعيها (١) . والأصل أن البينة والقرائن لا تكفي لإثبات صورية السبب المذكور في العقد . عندما ينحى هذا الذكر في محرر . وذلك حتى لو كان قيمة الدين عشرين جنياً أو أقل . إذ أن القاعدة هي أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة بشهادة الشهود (المادة ٦١ من قانون الإثبات) . ولكن إذا كانت صورية السبب تدليسية . أى قصد بها التحايل بخالفة نص آمر في القانون أو مخالفة النظام العام أو حسن الآداب . ساغ إقامة الدليل عليها بكافة طرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن (٢) . ومثال هذا النوع من الصورية أن يقرض شخص مائة

(١) انظر : نقض ١٩٦٧/١٢/٢٧ ، مجموعة النقض س ١٣ ص ١٢١٤ رقم ١٩١ . وقد جاء في هذا الحكم أنه إذا ادعى المدين صورية السبب الوارد بالعقد ، كان عليه عبء إثباتها ، فإن أثبتها . وقع عبء إثبات أن للعقد سبباً مشروعاً آخر على الدائن المتمسك به . وانظر نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ طعن ١٩٧٠/١٠١ ص ٣٦٦ مجموعة النقض س ٢١ ص ٧١٤ رقم ١٦٦ . وانظر كذلك نقض ١٩٦٢/١٢/٢٧ طعن ١٩٦٢/٨٦ ص ٣٦٦ مجموعة النقض س ١٣ ص ٢٤١ رقم ١٩١ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٦/٦/٨ طعن ١٩٧٦/٦٨١ ص ٤١٦ مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٢٩١ رقم ٢٤٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن للمدين أن يثبت عدم مشروعية السبب بكافة طرق الإثبات .

جنيه لمدة سنة بفائدة ربوية فاحشة يبلغ سعرها ٢٠ ٪ . ثم يذكر في العقد أنه تسلم على سبيل القرض مائة وعشرين جنيهاً .

٢١٨ - التصرف المجرد :

تبيننا فيما سبق أن السبب ركن في العقد ، بل وفي التصرف القانوني بوجه عام . وهذه هي القاعدة في قانوننا المصري وفي القانون الفرنسي وفي غيره من التشريعات الأجنبية لأخرى ذات النزعة اللاتينية . ويطلق على التصرف ، حيث يلزم فيه السبب ، عبارة « التصرف المسبب » .

ويختلف الأمر في القانون الألماني . ومن قبله في القانون الروماني . حيث إن الأصل فيهما أنه لا يلزم أن يستند الالتزام إلى سبب ، بمعنى أن العقد أو التصرف عموماً يقوم صحيحاً ، بغض النظر عما إذا كان قد استند إلى سبب أو لا ،^(١) وعما إذا كان هذا السبب مشروعاً أو غير مشروع . ويطلق على التصرف هنا عبارة « التصرف المجرد *Facte asbtrait* » ، أى التصرف المجرد عن سببه .

وإذا كان قانوننا المصري لا يأخذ ، كقاعدة عامة ، بنظام التصرف المجرد ، إلا أنه يعمل في نطاق ضيق جد محدود ، وفي حالات نادرة مذكورة فيه على سبيل الحصر . ومن هذه الحالات التزام المناب بدفع الدين للمناب لديه^(٢) (المادة ٣٦١) . وقد أراد بعض الفقهاء أن يتوسعوا بعض الشيء في نظام التصرف المجرد في قانوننا ، فجعلوا التزام الكفيل من زمرته . ولا يوجد في رأينا أى سند قانوني لهذا النظر^(٣) .

٢١٩ - فكرة السبب في الفقه الإسلامى :

لم يصل فقهاء المسلمين إلى تأصيل السبب على نحو يرتفع به إلى مرتبة الركن اللازم لانعقاد العقد . ومع ذلك فهو ليس غريباً عنهم . فكثير منهم تكلموا عنه تحت اصطلاح النية أو القصد في العقود والتصرفات . ونجد في

(١) راجع مؤلفنا . دروس أحكام الالتزام ، نبذة ٢٩٣ .

(٢) انظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٣٢ .

هذا المجال الشاطبي (الموافقات ٢ / ٣٢٣) يقول : « إن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والمعاملات ». ويقول ابن القيم : « إن القصد روح العقد ومصححه ومبطله ... وقد تضافرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقد معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة ... » .

وقد اتفق فقهاء المسلمين على أنه يلزم لصحة العقد أن يكون قصد المتعاقد من إبرامه مشروعاً ، إذا ذكر هذا القصد صراحة في صيغة العقد . أو أمكن الاستدلال عليه ضمناً من ظروف التعاقد ، لاسيما من طبيعة محل العقد . أما إذا لم يذكر القصد الباعث على التعاقد في العقد صراحة . ولم يمكن الاستدلال عليه ضمناً من الظروف . فإننا نجد فقهاء المسلمين يختلفون . ففريق منهم لا يعتد . في هذه الحالة . بالقصد . ويقولون بصحة العقد . حتى لو كان هذا القصد غير مشروع . وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية . ووفقاً لهذا الرأي . لو أن رجلاً باع لآخر عصير عنب . من غير أن يذكر في العقد . لاصراحة ولا ضمناً . أن المشتري يقصد من هذا العصير خمرأ . فإن البيع يقع صحيحاً . وفريق آخر من الفقهاء يعتد بالقصد : ويرتب على عدم مشروعيته بطلان العقد . حتى لو لم يذكر في العقد . بشرط أن يكون معلوماً من المتعاقد الآخر أو كان في استطاعته أن يعلم به من ظروف التعاقد . وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة الجعفرية . وقد جاء في المغنى لابن قدامة (٤ / ٢٨٣) : « وبيع العصير ممن يتخذه خمرأ باطل . وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرأ حرام ... لقول الله تعالى : (ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) . وهذا النهى يقتضي التحريم ... » . ويستطرد ابن قدامة فيقول ببطلان إجارة الشخص أمتة لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها ، كما يقول ببطلان بيع السلاح لقطاع الطرق أو لأهل الفتنة وبيع وإجارة الأمة للغناء ، وإجارة الدار لبيع الخمر .

ومن هذا العرض المبسط لأقوال بعض فقهاء المسلمين - وغيرها كثير - يبين أن فقهاء المسلمين عرفوا السبب وتطلبوا مشروعيته ، وإلا وقع العقد

باطلا . وإن لم يصلوا . كدأبهم إلى مرحلة التأصيل والتركيز إلى الحد الذي يجعل من السبب ركناً لازماً لقيام العقد ، على نحو ما يقول به الفكر القانوني المعاصر . بل إن فقهاء المسلمين نظروا إلى فكرة السبب نظرة تتسع بالسعة والشمول . إلى حد أنهم اعتدوا فيه بالباعث الدافع إلى التعاقد ، على نحو ما تقول به النظرية الحديثة في السبب . وعلى نحو ما قال به الكنسيون في القرون الوسطى . ولاغرو في ذلك ففقهاء المسلمين يستمدون أفكارهم من تعاليم الإسلام التي تقوم على الفضيلة في أعلى مراتبها وعلى الأخلاق الحميدة في أقصى درجاتها (١) .

(١) انظر في فكرة السبب في الفقه الإسلامي : عبد الرزاق السهري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ٥١ وما بعدها - صبحي محصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٨٩ وما بعدها - شكري قرداحي ، القانون والأخلاق ج ٢ ص ٢٨٥ .

الفصل الرابع

بطلان العقد

٢٢٠ - رأينا ، فيما سبق ، أن للعقود ، بوجه عام ، ثلاثة أركان ، هي الرضاء والمحل والسبب . وإلى جانبها ، يوجد في نوع خاص واستثنائي ينتظم العقود الشكلية ، ركن رابع ، وهو الشكل . ورأينا أيضاً أن الركن الأصيل في العقد ، ونعني به الرضاء . لا يكفي فيه مجرد قيامه ، بل يلزم أن تتوافر فيه صحته ، التي تتطلب بدورها أن يصدر الرضاء من شخص توافرت فيه الأهلية ، وأن يكون غير مشوب بعيب من العيوب التي تفسده ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونريد أن نتبين هنا الجزء الذي يقرره القانون على عدم مراعاة ما تفرضه أحكامه بشأن تكوين العقد . بالنسبة إلى أركانه وإلى صحة الرضاء . وهذا الجزء هو البطلان .

والبطلان nullité نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد ، أو التصرف القانوني بوجه عام ، غير قائم وأنه لم يقم أبداً ، وذلك بسبب اختلال تكوينه . فالتصرف الباطل يعتبر أنه لم يقم ، نتيجة عدم توافر أحد أركانه أو اختلال هذا الركن اختلالاً أدى إلى انهياره . وهكذا فالبطلان يؤدي إلى إعدام التصرف . وهو يؤدي إلى إعدامه بأثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرامه . فالعقد الباطل يعتبر أنه لم يقم أبداً . فهو قد ولد ميتاً ، أو هو بالأحرى لم يولد أصلاً .

٢٢١ - العقد الباطل والعقد المنعوم :

جرى بعض الفقهاء التقليديين على القول بوجود التفرقة بين العقد الباطل nul والعقد المنعوم inexistant . فالعقد الباطل ، في رأيهم ، هو ذلك الذي تتوافر فيه أركانه ، ولكن أحد هذه الأركان يقع مختلاً ، لتخلف شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لقيامه ، كما إذا كان المحل أو السبب

غير مشروع . فهنا يكون للعقد وجود مادي ، ولكنه يبطل لاعتبار قانوني .. أما العقد المنعدم ، فهو ذاك الذي لا يستحوز على ذات أركانه ، بمعنى أن أحد هذه الأركان لا يوجد أصلاً . كما إذا أمسك شخص بيد آخر وجعلها توقع عقداً ، وانتفى بذلك الرضاء أصلاً ، فهنا العقد لا يقوم ، دون أن يكون له حتى مظهر الوجود . فهو منعدم ، ليس من الناحية القانونية فحسب ، بل من الناحية المادية كذلك .

ويسير جمهور الفقهاء على عدم جدوى التفرقة بين العقد الباطل والعقد المنعدم . وأساس هذا الرأي أن العقد الباطل ، كالعقد المنعدم تماماً ، لا ينتج أى أثر . فكلاهما عدم . والعدم واحد ، لا تفاوت فيه ^(١) . والقضاء بدوره يسير على هذا الرأي ^(٢) .

٢٢٢ - التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ :

كثيراً ما يقع الخلط بين بطلان العقد وبين عدم نفاذه ، أو عدم سريانه ، في حق شخص من الأشخاص ، والأمران مختلفان تماماً . فالبطلان يمس العقد في ذات وجوده ، ويحيله عدماً . أما عدم النفاذ أو عدم السريان inopposabilité فمعناه أن العقد لا ينتج أثراً ما في مواجهة شخص أو أشخاص معينين ، حتى لو كان هو في ذاته صحيحاً ، وبمعنى أدق بالرغم من أنه صحيح . فقد يكون العقد صحيحاً في ذاته ، وينتج بالتالي آثاره بين عاقيه ، ولكنه لا يسرى في حق الغير ، أى أنه لا ينفذ في مواجهتهم . بل إن هذا الحكم هو الذى تمليه القواعد العامة في نسبية آثار العقود ، ومؤداها أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقيدها وخلفائهما (المادة ١٤٥ مدنى) . فإذا أجر شخص ، مثلاً ، داراً يملكها غيره ، فالإيجار ، برغم وقوعه على ملك الغير ، صحيح ، في العلاقة بين عاقيه ، وهو ينتج بالتالي آثاره بينهما ، ولكنه لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقى ، ما لم يقره ، بمعنى أنه ، إن لم يقره ، اعتبر بالنسبة إليه ، كان لم يوجد أصلاً ^(٣) .

(١) راجع : السهورى ، المرجع السابق نبذة ٣٠٠ .

(٢) أنظر : نقض ١٩٧٣/٤/٢١ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ رقم ١١٥ ..

(٣) راجع مؤلفنا عقد الإيجار ١ نبذة ٥٩ و ٦٠ .

وإذا أبرم النائب ، باسم الأصيل ، عقد تجاوز به حدود نيابته . فإن هذا العقد يقع غير نافذ في حق الأصيل ، ما لم يقره ، لاعتباره معقوداً من غير ذي صفة (١) ، وذلك بغض النظر عن حكم العقد في ذاته من الصحة أو البطلان بين الطرفين اللذين أبرماه .

٢٢٣ - التفرقة بين البطلان والفسخ :

ويجب في النهاية عدم الخلط بين البطلان والفسخ . صحيح أن هذين النظامين يقتربان في أثرهما ، حيث إنه يترتب على كل منهما ، كقاعدة عامة ، زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه . ولكنهما مع ذلك يختلفان اختلافاً جندرياً .

فالبطلان جزاء يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون في تكوينه . ومؤداه أن العقد ينهار من أساسه : تبعاً لانحياز ركن من أركانه . فالعقد هنا يعتبر أنه لم يقم أصلاً .

أما الفسخ ، فهو جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته . وهو بهذه المثابة ، يفترض أن العقد قد قام صحيحاً . حتى أنه يمكنه أن يولد الالتزامات على طرفيه ، تلك الالتزامات التي لم يتنفذ بعضها . فإن لم ينفذ أحد الطرفين ما يفرضه عليه العقد من التزامات . كان لامتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد . فإذا ما أجيب إلى طلبه ، انحل العقد واعتبر نتيجة انحلاله هذا ، أنه لم يوجد أصلاً .

٢٢٤ - أنواع البطلان :

إذا ما نظرنا إلى البطلان ، بالنسبة إلى ذات ماهيته ، أي من حيث هو ، وجدناه واحداً لا يتنوع . فمؤداه ، كما بينا ، انعدام العقد . والعدم في ذاته لا يتغاير . ولكننا إذا نظرنا إلى البطلان ، من حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد ، وجدناه يتشكل نوعين . فهناك بطلان يلحق العقد منذ نشأته ، فهو يجعل العقد يولد ميتاً ، أو بالأحرى هو يحول أصلاً دون ميلاده . وهناك بطلان لا يلحق العقد إلا بعد فترة من الزمن ، طال أم قصرت . وهو إن

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١١٣ .

لحقه ، فلا يكون ذلك على سبيل الحتم ، وإنما لإعمال رخصة يجيزها القانون . لأحد المتعاقدين ، إن أراد الإفادة منها . وقد جرى الفقه التقليدى ، فى القانون المعاصر ، على أن ينعت النوع الأول من البطلان بعبارة « البطلان المطلق » . والنوع الثانى بعبارة « البطلان النسبى » ، اعتباراً بأن النوع الأول مقرر لكل ذى مصلحة وأنه يلحق العقد حتماً ، وأن الثانى مقرر لصالح العاقد الذى حدده القانون دون غيره ، وأنه لا يلحق العقد إلا إذا تمسك به من قرره القانون لمصلحته . والحقيقة أن تلك التسمية معيبة ، بالنسبة إلى نوعى البطلان على حد سواء . فعبارة « البطلان المطلق » تفيد أن هناك تفاوتاً فى درجات البطلان . فى حين أن البطلان ، كما قلنا ، عدم ، والعدم ليس له فى ذاته درجات يتفاوت بينها . ثم إن العقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره ، كما سيجىء تفصيلاً بعد قليل . كل ما هنالك هو أنه عقد مريض ، لأنه ينطوى على جرثومة فساد تصلح سبباً لإبطاله ، وقد يكون من شأن هذه الجرثومة أن تفتك به ، فتدمته أى تبطله ، وقد لا تمسه بأذى ، فتزول هى ، ويتدعم العقد بتطهيره منها . فليس دقيقاً أن يقال هنا إن العقد باطل ، ما لم يكن قد تقرر إبطاله بالفعل . أما قبل ذلك فهو عقد قائم ، وإن كان البطلان يهدده . فهو عقد قائم حتى الآن ، ولكنه صالح أو قابل لأن يبطل فيما بعد ، وإلى أجل معلوم . من أجل ذلك ، أغفل القانون المدنى المصرى تسمية نوعى البطلان بالبطلان المطلق والبطلان النسبى ، مضمياً على النوع الأول اسم « البطلان » بلا نعت ولا تخصيص ، وعلى الثانى « القابلية للإبطال » . وهذه التسمية بشرطها تصل إلى أبعد مراتب التوفيق .

ونتناول هذين النوعين من البطلان . فنتكلم أولاً فى العقد القابل للإبطال ، ثم فى العقد الباطل ، وذلك فى مبحثين متتالين . ثم نتكلم ، فى مبحث ثالث ، فى أثر البطلان سواء ألحق العقد من الأصل أم جاء نتيجة الحكم بإطالة .. ونعقب فى مبحث رابع وأخير بدراسة نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

العقد القابل للإبطال

٢٢٥ - العقد القابل للإبطال ، أو العقد الباطل بطلانا نسبياً ، كما يطلق عليه في الاصطلاح التقليدى - الذى لازال سائداً في القانون الفرنسى إلى اليوم ، كما كان يسود أيضاً تحت ظل القانون المصرى القديم - هو عقد يولد ويقوم ، لتوافر كل أركانه ، ولكنه ينطوى على سبب يحمل جرثومة فساد تصلح لإعدامه . فإن أعمل فيه هذا السبب ، أجهز عليه ولحقه بالتالى البطلان ، وإلا بقى منتجاً لآثاره . إلى أن يجىء وقت يتطهر فيه من جرثومة الفساد التى كان ينطوى عليها ، وعندئذ يزول خطر البطلان الذى يهدده ، أى أنه يصير عقداً تام الصحة .

٢٢٦ - حالات القابلية للإبطال :

القابلية للإبطال . كأصل عام ، هى جزاء لعدم صحة الرضاء ، وهو الركن الأصيل في العقد . فوجود الرضاء شرط لذات قيام العقد ، فإن تخلف لم يقم العقد أصلاً ، وبعبارة أخرى : وقع العقد باطلاً . ولكن إذا وجد الرضاء ، ولكنه جاء غير صحيح أو غير سليم أو فاسد ، كما يقال في بعض الأحيان ، فإن ذلك لا يمنع من قيام العقد . كل ما هنالك أنه يقوم منطوياً على جرثومة الفساد التى تهدده بالإبطال . فهو يقوم ، بعبارة أخرى ، قابلاً للإبطال . وهكذا فالبطلان جزاء لانعدام الرضاء بالكلية . في حين أن القابلية للإبطال جزاء لمجرد عدم صحة الرضاء بعد وجوده .

وإذا كانت القابلية للإبطال هى جزاء عدم صحة الرضاء ، وتبين أن عدم صحة الرضاء يرجع إما لنقص الأهلية ، وإما لعبب يشوب الرضاء ، وضح لنا أن العقد يقع أساساً قابلاً للإبطال في الحالتين الآتيتين :

(الأولى) صدور الرضاء ممن يقرر القانون نقص الأهلية عنده ، بالنسبة إلى التصرف الذى أجراه . ومثال هذه الحالة أن يبيع صبي ميمز بيته أو أرضه ،

من غير أن يؤذن في ذلك من وليه أو وصيه . أما إذا باع الصبي غير المميز ماله . فإن التصرف يقع باطلا ، لاعتبار الرضاء به غير موجود أصلا ، وذلك حتى إذا أذنه وليه أو وصيه .

(الثانية) إذا شاب رضاء المتعاقد عيب يفسده . وعيوب الرضاء ، كما بينها في حينه ، هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

وإلى جانب هاتين الحالتين الأساسيتين ، يقع العقد أيضاً قابلاً للإبطال في كل حالة أخرى ينص فيها القانون على اتسامة بهذا الوصف ، حتى لو كان من شأن القواعد العامة ألا تضيفه عليه ^(١) . ولكن انقابلية للإبطال هنا تكون خاصة أنشأها النص ^(٢) ، ولا تعتبر من مقتضيات القواعد القانونية العامة .

٢٢٧ - حكم العقد القابل للإبطال :

العقد القابل للإبطال هو عقد توافرت له كل أركانه . وبالتالي فهو ينعقد . بل هو ينعقد منتجاً لكل آثاره . كل ما في الأمر أن خلافاً يصيب هنا أحد أركان العقد ، وهو ركن الرضاء . وهذا الخلل لبس من الجسامة بحيث يؤدي بذاته وبمجردده إلى انهيار العقد ، ولكنه يعطى المتعاقد ، الذي أضير من وجوده ، الرخصة في إهدار العقد . وهكذا فالعقد هنا يولد ، ولكنه

(١) وقد تضمنت المادة ١٩٥ من المشروع التمهيدى تعداداً لهذه الحالات . فقد جاءت تقول : « يعتبر العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية : (أ) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية . (ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للإبطال » . وقد حذفت هذه المادة ، اعتباراً بأن حكمها وارد في النصوص التي تضمنها القانون . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٥ في الهامش .

(٢) ومن الحالات الخاصة التي ينص فيها القانون المدني على وقوع العقد قابلاً للإبطال بيع ملك الغير (المادة ٤٦٦ / ١) ، والبيع بغير علم المشتري بالمبيع علماً كافياً (المادة ٤١٩) ، حيث يقع العقد في الحالتين قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . ومن الحالات التي نحن بصدددها أيضاً قسمة المال الشائع إذا تمت بالتراضي ولحق أحد المتقاسمين فيها غبن يزيد على الخمس (المادة ٨٤٥) .

يكون قابلاً للإبطال (١) .

وقابلية العقد للإبطال لا تلحق العقد دوماً . فهي فترة مؤقتة تلازمه من نشوئه إلى وقت معين . يطول أو يقصر ، ولكنه ينتهي بالضرورة يوماً . وهذه الفترة تنقضي بأن يأخذ العقد مصيراً من اثنين : فهو إما أن يعمل فيه سيف الإبطال ، فينهار ويبطل . وإما أن يتطهر من جرثومة الفساد التي ينطوى عليها . فيصبح صحيحاً نهائياً . وهكذا يمر العقد القابل للإبطال بمرحلتين متعاقبتين : مرحلة القابلية للإبطال ، ومرحلة تحديد المصير النهائي (٢) .

ونتناول كلا من هاتين المرحلتين فيما يلي :

٢٢٨ - (أ) مرحلة القابلية للإبطال :

مرحلة القابلية للإبطال هي المرحلة الأولى التي تتلو إبرام العقد . وفي هذه المرحلة ، يكون العقد قائماً ، وينتج بالتالي كل آثاره ، شأنه في هذا شأن أى عقد تام الصحة (٣) . كل ما هنالك من خلاف بين العقد القابل للإبطال

(١) و(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن القابلية للإبطال التي أطلقت عليها الإصطلاح التقليدي (البطلان النسبي) ما يأتي : « أما البطلان النسبي ، فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه . ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء ، يفسد بسبب عيب بداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين . ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان ، بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاه العيب ، أو من لم تكتمل أهليته . ومن الجلي أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد في مرحلتين متتابتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج العقد فيها جميع آثاره . والثانية مرحلة البطلان ، ويعتبر العقد فيها باطلاً لا حكم له من وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث : الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان : الصحة والبطلان (الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ٢٥٥) » .

ويلاحظ على هذه العبارة من المذكرة الإيضاحية عدم الدقة في قولها إن مراحل القابلية للإبطال هي الصحة والبطلان . والسليم هو أن يقال ، كما سرنا عليه نحن في المتن ، إن مراحل القابلية للإبطال هي الصحة وتحديد مصير العقد من استمرار الصحة أو وقوع البطلان . لأن العقد القابل للإبطال لا يصير حتماً إلى البطلان ، فهو قد يتخلص من جرثومة الفساد التي تعتريه ، فيتطهر من العيب الذي يشوبه ، وتستمر صحته مبرأة مما كان يعترها من تهديد بالزوال .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٦/٣/٣١ ، طعن رقم ١٩٧٤/٤٨ تجارى . وقد جاء في هذا الحكم أن العقد القابل للإبطال يكون شأنه ، قبل الحكم ببطلانه ، كشأن العقد الصحيح . فيتوفر له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، وتنتج عنه كافة الآثار القانونية التي تترتب عليه ، لو نشأ صحيحاً منذ البداية .

والعقد تام الصحة هو أن الأول يتضمن خلاصاً يصلح سبباً لإبطاله ، ويهدده به بالفعل . في حين أن الثاني برىء من كل عيب . فلماذا باع ناقص الأهلية ، مثلاً ، ماله ، فإن البيع ، طالما أنه لم يبطل . يعتبر صحيحاً ومنتجاً لكل الآثار التي من شأنه أن ينتجها عادة . فالبايع ملتزم بالتسليم وبنقل الملكية وبالضمان . وعليه أن يفي بهذه الالتزامات جميعاً للمشتري . ما لم يتمسك بإبطال العقد . والمشتري ملتزم بدفع الثمن . وإذا باع شخص ملك الغير ، ووقع البيع بالتالي قابلاً للإبطال بمقتضى نص المادة ١/٤٦٦ . وبخلاف القواعد العامة ، كان للبايع أن يطالب المشتري بدفع الثمن ، ما لم يتمسك هذا الأخير بإبطال العقد . حيث إن الإبطال مقدر لمصلحته . أما مشتري ملك الغير ، فله أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته الناتجة من البيع ، ويعتبر ذلك منه إجازة ضمنية لعقد البيع . يصبح بها صحيحاً نهائياً في العلاقة بين طرفيه (١) . وإذا ورد البيع على عقار ، كان صالحاً للتسجيل .

٢٢٩ - (ب) تحدد مصير العقد القابل للإبطال :

مرحلة القابلية للإبطال التي يمر بها العقد المتسم بها مؤقتة . فلا بد أن تنهى يوماً . فيتحدد بانتهائها المصير النهائي للعقد . والعقد هنا يسير في أحد طريقين : فهو إما أن يعمل فيه سيف الإبطال ، فينهار أى يبطل . وإما أن يتطهر من جرثومة الفساد ، وبالتالي تزول عنه القابلية للإبطال ، فيصير صحيحاً نهائياً . وندناول كلا من هذين المصيرين بالتفصيل .

٢٣٠ - أولاً : إبطال العقد :

العقد القابل للإبطال لا يصير باطلاً من تلقاء نفسه . فهو يأخذ هذا المصير بحكم القاضي . والقاضي لا يقضى بإبطال العقد ، إلا بناء على طلب المتعاقد الذي يقرر القانون الإبطال لمصلحته . فلا يجوز له أن يقضى به بناء

(١) انظر : نقض ١٤/٣/١٩٦٣ ، طعن ٢٤٣/٢٨٨ ق مجموعة النقض س ١٤ ص ٢٩٨ رقم ٤٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، وأنه ليس لغيره أن يتمسك بالإبطال ، فإن لم يفعل بقى العقد قائماً ، ويكون له أن يطلب البائع بتنفيذ التزاماته ، ويعد ذلك منه إجازة للعقد .

على طلب شخص آخر غير ذاك الذى شرع الإبطال لمصلحته . حتى لو كان هذا الشخص هو المتعاقد الآخر^(١) . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٨ مدنى بأنه : « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » .

فالقانون ، حينما يقرر أن عقداً ما قابل للإبطال : يفعل ذلك . حماية

(١) وإذا رفعت دعوى بإبطال العقد تأسيساً على سبب معين . وقضى برفضها ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى إبطال أو بطلان جديدة ، تأسيساً على سبب آخر مختلف . ذلك لأن القضاء يرفض دعوى الإبطال أو البطلان المؤسّسة على سبب بعينه لا يتضمن القضاء بصحة العقد ذاتاً . ويختلف الوضع تماماً لو رفعت الدعوى بصحة العقد تمهيداً لإنفاذ منتضاء ، كما هو الشأن ، مثلاً ، فى دعوى صحة ونفاذ عقد بيع العقار التى ترفع من المشتري تمهيداً لإجراء تسجيل الحكم الصادر فيها . ففى مثل هذه الحالة الأخيرة ، لو قضى بصحة العقد ، فإنه يمتنع بعد ذلك رفع دعوى جديدة بإبطاله أو ببطلانه ، تأسيساً على أى سبب كان يمكن إبدائه فى الدعوى التى قضى فيها بصحة العقد ، إذا تمسك الطرف الآخر بقوة الأمر المقضى . ذلك لأن القضاء بأن العقد صحيح يتضمن فى ذاته رفض أى سبب من أسباب الإبطال أو البطلان كان يمكن لأى من طرفيه إبدائه خلال قيامها . انظر فى هذا الاتجاه : نقض ٢١/٤/١٩٦٦ طعن ٣٢/٢٨١ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٨٩٩ رقم ١٢٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، حتى إذا ما سجل الحكم الصادر فيها قام تسجيله مقام تسجيل العقد ذاته . « وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ثم يفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لأن يشار فيها كل أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد . ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلان عقد لسبب من أسباب البطلان ، إذ فى هذه الصورة تنحصر وثيقة المحكمة فى بحث هذا السبب وحده ، فرفضه أو تقبله . وهى حين تنتهى إلى رفضه ، ينتشر قضاؤها على هذا الرفض ، ولا يتعدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد . ومن ثم فإن حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة يطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان . أما فى دعوى صحة ونفاذ العقد ، فالأمر مختلف . إذ المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان التى توجه إلى العقد ، بل أنها تتجاوز ذلك إلى البحث فى صحة العقد ، ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ . وإذا كانت هذه الدعوى ، كما سبق القول ، تتسع لإثارة جميع أسباب البطلان التى توجه إلى التصرف ، فإنه إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته إبدائه فى تلك الدعوى ، ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب » .

لمصلحة خاصة . هي مصلحة العاقد الذى حصل الخلل فى العقد لإضراراً به ، فلا يكون لغير هذا العاقد أن يتمسك بالإبطال . بل ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . والعاقد الذى يتقرر الإبطال لصالحه ، ويكون له بالتالى حق التمسك به ، هو ذاك الذى يجيء رضاؤه بالعقد فاسداً ، نتيجة لنقص أهليته^(١) ، أو لعيب شاب رضاه .

وإذا كان للعاقد الذى يتقرر الإبطال لصالحه أن يتمسك وحده به ، دون العاقد الآخر . ومن غير أن يكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . فإنه يجوز له أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ما لم يفسر سكوته على أنه يتضمن التزول عن حق الإبطال . وبعبارة أخرى . على أنه ينطوى على إجازة ضمنية للعقد . ولكن لا يجوز التمسك بالإبطال لأول مرة أمام محكمة النقض .

وحق طلب إبطال العقد المقرر للمتعاقد ينتقل بعد موته إلى ورثته ، باعتبارهم خلفاً عاماً له . كما أن لدائنيه أن يباشروه باسمه ونيابة عنه : إعمالاً للدعوى غير المباشرة . ذلك لأن حق طلب إبطال العقد ، اعتباراً بأنه يستهدف الخلاص من عقد سبق إبرامه ، يتمثل حقاً مالياً ، من غير أن يكون متعلقاً بشخص صاحبه خاصة^(٢) .

(١) ولناقص الأهلية أن يباشر طلب الإبطال حال نقص أهليته بواسطة من يمثله قانوناً من أول أو وصى أو قيم . فإن زال النقص فى أهليته ، كما إذا كان قاصراً وبلغ رشده ، أو سفياً أو ذا غفلة ورفع الحجر عنه ، جاز له أن يباشر طلب الإبطال بذات نفسه . وفى جميع الأحوال ينتقل حق طلب الإبطال عن ناقص الأهلية بعد موته إلى ورثته ، وذلك مع عدم الإخلال بما يقضى به القانون من تصحيح العقد وزوال رخصة إبطاله بمضى الزمن ، على نحو ما تقضى به المادة ١٤٠ . انظر فى ذلك : نقض ١٩٥٨/٢/٢٧ طعن ٢٤/٤٢ ق ، مجموعة النقض س ٩ ص ١٦١ رقم ١٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً . كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً محل محل سلفه فى كل ما له وما عليه ... وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً ، فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر ، بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته » .

(٢) انظر فى خصوص انتقال حق طلب الإبطال للخلف العام : نقض ١٩٥٨/٢/٢٧ السابقة الإشارة إليه .

والقاعدة أنه إذا طلب الإبطال من القاضي ممن تقرر لمصلحته ،
وتوافر له سببه ، وجب على القاضي أن يقضى به . وذلك ما لم ينص القانون
على خلافه .

فليس للقاضي ، كأصل عام ، سلطة تقديرية في إجابة المتعاقد إلى طلب
الإبطال الذي يتحقق له سببه . أو في منعه عنه . ويستثنى من هذا الأصل
الحالات التي يقضى فيها القانون بخلافه . ومنها على الأخص ، العقد المشاب
بالاستغلال ، حيث يكون إبطاله أمراً جوازيّاً للقاضي (المادة ١٢٩ / ١) .
وفقاً لما سبق لنا بيانه في حينه (١) .

٢٣١ - ثانياً : تصحيح العقد القابل للإبطال :

المصير الثاني للعقد القابل للإبطال هو تصحيحه . فالعقد القابل للإبطال
لا يصير حتماً إل زوال . فهو ، كما قلنا ، عقد قائم ، كل ما في الأمر أنه
يحمل بين طياته جرثومة فساد قد تؤدي إلى انحلاله . وهذه الجرثومة قد
تفتك به ، فتبطله ، وقد تزول هي . فينتظر هو منها ، ويصير بذلك صحيحاً
نهائياً ، بمعنى أنه يتخلص من خطر الإبطال الذي كان يهدده .

ويتصحح العقد القابل للإبطال بأحد أمرين : الإجازة والتقدم . ونتناول
كلا من هذين الأمرين بشيء من التفصيل ، وذلك فيما يلي :

٢٣٢ - الإجازة :

الإجازة confirmation هي التزول عن حق طلب الإبطال ممن يتقرر
لصالحه . وهي لذلك تصحح العقد القابل للإبطال . فقد سبق لنا أن رأينا
أن هذا العقد لا يبطل ، إلا بناء على طلب المتعاقد الذي يقرر القانون الإبطال
لمصلحته . فإذا جاء هذا المتعاقد ونزل عن حقه في طلب الإبطال . صار
العقد صحيحاً نهائياً . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٩ بأنه : « ١ - يزول حق إبطال
العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية . ٢ - وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي
تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير » .

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٨٩ .

والإجازة (١) تصرف قانوني يصدر من جانب واحد ، هو المتعاقد الذي يقرر القانون الإبطال لصالحه (٢) . فهي بذلك تقع صحيحة ، دون لزوم صدور الموافقة عليها من المتعاقد الآخر (٣) .

ويترتب على اعتبار الإجازة تصرفاً قانونياً وجوب أن تجيء صحيحة في ذاتها . ويلزم على الأخص ألا يشوبها العيب الذي كان يعترى العقد . وإلا وقعت قابلة للإبطال بدورها . فإذا وقع العقد قابلاً للإبطال لنقص الأهلية أو لعيب يشوب الرضاء ، ماساخ أن تصدر الإجازة من المتعاقد نفسه إلا بعد أن يكون قد بلغ رشده ، أو تحرر من العيب الذي كان يشوب رضاءه

(١) ويجب التحرز في القانون المعاصر من الوقوع في الخلط الشائع بين الإجازة والإقرار . فالإجازة تصدر ، كما بينا ، من أحد طرفي العقد القابل للإبطال ، وهو ذلك الذي يتقرر الإبطال لصالحه ، وتنطوي على النزول عن حق الإبطال ، الأمر الذي يؤدي إلى تصحيح العقد ، عن طريق زوال الإبطال الذي كان يهدده . أما الإقرار ratification ، فهو تصرف يصدر من أجنبي عن العقد ، وبمقتضاه يرتضى ذلك الأجنبي إعمال هذا العقد في حق نفسه ، الأمر الذي يؤدي به إلى نفاذه في مواجهته . ومثال ذلك أن يبيع شخص ملك غيره ، فالبيع هنا لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي ، حيث إنه لم يكن طرفاً فيه . فان جاء هذا المالك وأقر البيع ، اعتبر أنه هو الذي أجراه مكان البائع ، ويصير بذلك طرفاً فيه من وقت نشأته ، وليس من وقت صدور الإقرار فحسب . أما في لغة فقهاء المسلمين ، فاصطلاح « الإجازة » يستعمل للدلالة على ما يقصد في لغة القانون المعاصر من اصطلاحى الإجازة والإقرار في آن معا .

(٢) ويصح بطبيعة الحال ، وإعمالاً للقواعد العامة ، أن تجيء الإجازة من نائب المتعاقد الذي تقرر الإبطال لصالحه . فتجوز ، مثلاً ، أن تأتى الإجازة من ولى القاصر أو من وصيه ، بشرط مراعاة ما يقضى به القانون بصدد هذا .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٦/٣/٣١ طعن رقم ٧٤/٤٨ تجارى (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقد جاء في الحكم : « العقد القابل للإبطال يكون شأنه ، قبل الحكم ببطلانه ، كشأن العقد الصحيح . فيتوفر له في هذه المرحلة ، وجود قانوني كامل ، وتنتج عنه كافة التصرفات القانونية (الصحيح أن الذي ينتجه العقد هو الآثار القانونية) التي تترتب عليه ، لو نشأ صحيحاً منذ البداية - وإذا ما لحقت الإجازة ذلك العقد ، طهرته من شائبة الإبطال العالقة به ، وانقلب بذاته إلى عقد صحيح على وجه بات . ولا وجه للقول بضرورة إنشاء عقد جديد في هذه الصورة ، بما يتطلبه من إيجاب وقبول جديدين فيما بين الطرفين . ذلك أن الإجازة عمل قانوني من جانب واحد ، هو الهيئ ، ولها أثر رجعي في العلاقة بين العاقدين ، فيرتد أثرها بصحة العقد المجاز إلى وقت نشوئه » . ويلاحظ أن فكرة الأثر الرجعي للإجازة التي يقررها الحكم غير ذات موضوع ، وسوف نعرض لهذا الموضوع بعد قليل في المتن .

(راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٧) .

والإجازة قد تكون صريحة ، وقد تكون ضمنية . والإجازة الصريحة هى تلك التى تتضمن التصريح بالتزول عن حق طلب الإبطال ، دون ماضورة لحجب هذا التصريح فى عبارة أو فى أخرى .

أما الإجازة الضمنية ، فهى تلك التى يستدل عليها من ظروف الحال ، بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعاً فى إفادته التزول عن حق التمسك بالإبطال . إذ أن التزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه . ومثال الإجازة الضمنية ، أن يلجأ المتعاقد الذى قرر القانون الإبطال لمصلحته إلى تنفيذ العقد أو إلى مطالبة العاقد الآخر بتنفيذه من جانبه ^(١) ، وذلك مع علمه بالفساد الذى كان يعتريه ، وأن يلجأ المشتري ، بعد أن يتبين فساد البيع الذى أبرمه ، إلى إعادة بيع المال إلى ثالث أو إلى رهنه أو إلى إجراء أى تصرف آخر فيه ، قانونياً كان هذا التصرف أم مادياً ^(٢) . وقد قضى بأن الدفع من رجل بصورية بيع أبرمه لزوجته ، اعتباراً بأنه فى حقيقته وصية ، يتمثل إجازة ضمنية لهذا العقد ، تمنعه من التمسك فيما بعد بإبطاله على أساس الاستغلال ^(٣) . كما قضى بأن توقيع القاصر ، بعد بلوغه سن الرشد ، كشاهد على عقود بيع أجراها المتقاسمون معه على أنصبائهم التى آلت إليهم بمقتضى القسمة التى أبرمها معهم فى حالة قصره ، يعتبر منه إجازة ضمنية لتلك القسمة ^(٤) . وعلى النقيض مما سبق ، قضى بأن الدفع بالتزوير لا يمنع

(١) انظر : نقض ١٤/٣/١٩٦٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٢٩٨ رقم ٤٥ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أن المشتري فى بيع ملك الغير (وهو عقد قابل للإبطال بمقتضى نص المادة ١/٤٦٦) أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ؛ فإن فعل ، اعتبر ذلك منه إجازة للعقد .

(٢) ومثال التصرف المادى البناء فى الأرض المشتراة .

(٣) أنظر نقض مبنى ٢١/١٢/٧٦ مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٨٠١ رقم ٣٣١ .

(٤) نقض ٣/٥/١٩٦٢ طعن ٢٦/٤٤٩ ق مجموعة النقض س ١٣ ص ٥٩٥ رقم ٨٩ .

وقد جاء فى هذا الحكم أن « إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية . ومن ثم فلا تريب على =

من التمسك بطلب إبطال العقد تأسيساً على نقص الأهلية ، اعتباراً بأنه لا يتمثل إجازة ضمنية^(١) .

واستخلاص حصول إجازة العقد من عدمه مسألة تدخل في رحاب الواقع ، ولقاضي الموضوع فيها القول الفصل ، من غير أن يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله^(٢) .

ويرتب على الإجازة ، صريحة كانت أم ضمنية ، تطهير العقد من العيب الذي كان يعتريه ، وزوال الإبطال الذي كان من قبل يتهده به^(٣) .

= محكمة الموضوع إذا استخلصت - في حدود سلطتها الموضوعية استخلاصاً سائفاً من وقائع الدعوى ومستنداتها - إجازة الطاعة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التملك يرجع إلى عقد القسمة المذكور ، وبالتالي لا تعدو المجادلة في ذلك أن تكون جدلاً موضوعياً لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض » .

(١) نقض ١٩٦٢/٢/١٥ طعن ٢٦٨/٣٤٨ في مجموعة النقض س ١٣ ص ٢٦٨ رقم ٤١ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « ليس في القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعيب في أهلية المتصرف بعد الإخفاق في الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف ، لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعن عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر في الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف ، دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، بينما أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذي أهلية يوجه إلى ذات التصرف بإنكار أهلية المتصرف في إجراء التصرف . فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لا يقتضي بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلاً لإصدار التصرف . كما أن الطعن بتزوير العقد لا يتضمن في ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه في الطعن بعد ذلك في التصرف لعيب في هذه الأهلية » .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٢/٥/٣ ، مجموعة النقض س ١٣ ص ٥٩٥ رقم ٨٩ السابقة . الإشارة إليه .

(٣) وغنى عن البيان أن إجازة العقد القابل للإبطال ، وإن كان من شأنها أن تدعم صحته ، بإزالة الحق في طلب إبطاله ، إلا أنها لا ترفع عن أصل العيب الذي انتابه عدم مشروعيته إن كان متصفاً بها ، كما هو الشأن بالنسبة إلى الإكراه والتدليس ، ولا تحول بالتالي دون إمكان الرجوع على أساس المسؤولية التقصيرية ، إذا توافرت مقوماتها ، وذلك ما لم يتضح غيره من قصد العاقد الذي صدرت منه الإجازة .

بيد أنها لاتحدث هذا الأثر ، إلا بالنسبة إلى ذات العيب الذى انصبت عليه ،
والذى استهدف بها تصحيح العقد منه . فإن قام العقد على أكثر من عيب ،
وحصلت الإجازة بالنسبة إلى عيب معين دون غيره ، تصحح العقد منه ،
ولكنه يبقى مشوباً بالعيوب الأخرى ، وقابلاً للإبطال بسببها . ومثال هذه
الحالة أن يشتري قاصر ساعة على أنها من الذهب الخالص ، حالة كونها من
النحاس ؛ فهنا يقع العقد قابلاً للإبطال لسببين ، هما نقص الأهلية والغلط .
فإن جاء المشتري ، بعد بلوغه رشده ، وأجاز العقد ، حالة كونه لازال
واقعاً فى الغلط ، فإن العقد يتحرر من العيب الذى كان يشوبه نتيجة نقص
الأهلية ، دون ذاك الذى يشوبه بسبب الغلط ، لأنه لايمكن هنا القول بأن
الإجازة انصبت على هذا العيب الآخر .

وإذا كان من شأن الإجازة أن تصحح العقد القابل للإبطال ، نتيجة
تطهيره من العيب الذى كان يتضمنه ، فكثيراً مايقال إنها تفعل ذلك بأثر
رجعى ، يستند إلى تاريخ إبرام العقد ، وذلك دون إخلال بحقوق الغير . بل إن
قانوننا المصرى (المادة ١٣٩ / ٢) قد قنن بالفعل هذه الفكرة . وهى من بعد
فكرة عقيمة وغير ذات موضوع أصلاً . لأن العقد القابل للإبطال قبل
إجازته صحيح ومنتج لآثاره ، ومن ثم فهو ليس فى حاجة إلى أن ترد الإجازة
إلى ماضيه لتصحيحه ، فى وقت كان هو خلاله بالفعل صحيحاً^(١) .

(١) ومن ناحية أخرى ، فالقول بأن أثر الإجازة يستند إلى تاريخ إبرام العقد ،
« دون إخلال بحقوق الغير » ، هو قول مجرد عن المعنى . فليس من المتصور ، لو أننا تمسكنا
مع منطق القانون ، أن يخل الأثر الرجعى للإجازة فى ذاته بحقوق الغير . وقد لجأ بعض الفقهاء
فى فرنسا وفى مصر إلى تصوير حالة يقع فيها هذا الإخلال . وهم فى هذا الصدد يقولون بأنه
إذا باع ، مثلاً ، ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية لبكر أو
رهنا له ، ثم أجاز البيع الأول ، فإن هذه الإجازة لاتسرى فى حق بكر الذى تخلص له الملكية
دون زيد ، أو تنتقل الملكية لهذا الأخير مثقلة بالرهن لصالح بكر (انظر فى هذا المعنى :
السهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٣١٨ . وانظر أيضاً رد منسوب الحكومة على الاعتراضات التى
وجهت إلى النص ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٤٣) . وهذا القول لا يتسق مع
مدلول نص المادة ١٣٩ / ٢ ؛ فهذا النص لا يقضى بأن الإجازة لاتسرى فى حق الغير ، وإنما
هو يقول إن الذى لا ينفك فى حق الغير هو استناد تلك الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد .

٢٣٤ - التقادم :

الأمر الثاني الذى يتصحح به العقد القابل للإبطال ، إلى جانب الإجازة ، هو التقادم ، أى مضى الزمن . فقوات الزمن يسقط الحق فى إبطال العقد القابل للإبطال ، فيصير بذلك صحيحاً نهائياً . وفى ذلك تقضى المادة ١٤٠ بأنه : « ١ - يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة ، فى حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه ، من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » .

فالحق فى طلب إبطال العقد القابل للإبطال لا يثبت لصاحبه إلا إلى أجل محدد . فإذا انقضى هذا الأجل ، سقط ذاك الحق ، وتدعمت بذلك صحة العقد وتأيدت .

ومدة تقادم حق طلب الإبطال ، بالنسبة إلى نقص الأهلية : هى ثلاث سنوات ، تبدأ ، لا من تاريخ إبرام العقد ، ولكن من وقت زوال نقص الأهلية . أى من وقت بلوغ المتعاقد سن الرشد إن كان قاصراً ، أو من وقت رفع الحجر عنه إن كان سفيهاً أو ذا غفلة ، أو من وقت موته فى جميع الأحوال . ومدة تقادم حق طلب الإبطال فى حالة الغلط أو التدليس والإكراه

= ومع إفتراض أن الإجازة ذاتها هى التى لا تسرى فى حق الغير ، فإن ذلك لا يؤدى بذاته وبمجرده إلى النتيجة التى يرتبها أنصار الرأى الذى نعارضه . فإذا أخذنا المثال السابق ، ومؤداه أن يبيع ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد ، يبيعها مرة ثانية أو يرهنها لبكر ، ثم يبيع الأول ؛ فى هذا المثال ، نجد أن البيع الحاصل لزيد ينشأ صحيحاً منتجاً لآثاره ، حتى قبل إجازته . فهو بهذه المثابة قد أفلح فى نقل الملكية إلى زيد . فإذا جاء البائع بعد ذلك ، وتصرف فى الأرض لبكر ، فإنه يتصرف له فى ملك الغير . فلا يستطيع أن ينقل إليه الملكية أو يرتب له حق الرهن ؛ لأنه فاقد الشيء لا يعطيه . فإذا أجاز البائع البيع الحاصل لزيد ، وقلنا إن هذه الإجازة لا تسرى فى حق بكر ، ما كان من شأن ذلك بذاته وبمجرده أن يخلص الحق لبكر . إذ أن عدم الاعتداد بالإجازة بالنسبة إلى بكر معناه عدم وجودها فى حقه ؛ والبيع الصادر لزيد صحيح بدون تلك الإجازة ومن قبل صدورها .

هى ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو يرتفع فيه الإكراه ، أو خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمام العقد ، أى الفترتين أقصر ، وبعبارة أخرى ، أى الفترتين تنقضى أولاً . أما فى حالة الاستغلال ، فحق الإبطال يسقط بمضى سنة واحدة تبدأ من تاريخ إبرام العقد (المادة ١٢٩/٢) ، كما سبق لنا أن بيناه فى حينه .

وسقوط حق طلب الإبطال بالتقادم ، يؤدى إلى تدعيم صحة العقد ، بزوال العيب الذى كان يتضمنه ، وخطر الإبطال الذى كان يهدده نتيجة لوجوده . وما دام العقد قد أصبح تام الصحة ، فلا يجوز إبطاله بعد ذلك . لا عن طريق الدعوى ، ولا عن طريق الدفع .

المبحث الثانى

العقد الباطل

٢٣٥ - يختلف العقد الباطل ، أو الباطل بطلاناً مطلقاً ، كما يطلق عليه فى الاصطلاح التقليدى ، اختلافاً أساسياً عن العقد القابل للإبطال . أو الباطل بطلاناً نسبياً . فالعقد الباطل لا ينعقد أصلاً . هو يولد ميتاً .

٢٣٦ - حالات العقد الباطل :

يقع العقد باطلاً ، إذا تخلف ركن من أركانه ، أو اختل اختلالاً يؤدى إلى عدم الاعتماد به أصلاً^(١) . وأركان العقد هى ، كما بينا ، الرضاء والمحل والسبب ، فضلاً عن الشكل فى العقود الشكلية . فلذا لم يتوافر الرضاء ، بأن كانت إرادة أحد العاقدين صادرة عن غير وعى ، أو كانت صادرة عن وعى ، ولكنها لم تتطابق مع إرادة العاقد الآخر ، فإن العقد لا يقوم . ويبطل

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيلي ، التى أصبحت بعد تعديلات لفظية المادة ١٤٢ من القانون ، ما يأتى : « ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفرعاً على ذلك أو كائتفاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، فى حكم الواقع أو حكم القانون ، يحول دون انعقاده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٥) .

العقد كذلك إذا لم يكن لأحد الالتزامات المتولدة عنه محل ، أو كان محله مستحيلا ، أو غير محدد ، أو غير مشروع . ويبطل العقد أيضاً إذا تخلف فيه السبب ، أو اتسم بعدم المشروعية . وإذا كان العقد شكلياً كالرهن الرسمى أو عقد الشركة ، ولم يأت فى الشكل الذى رسمه القانون لقيامه ، وقع باطلا .

تلك هى الحالات التى يقع فيها العقد باطلا ، وفقاً لما تقتضيه القواعد القانونية العامة . وقد يقع العقد باطلا فى حالات أخرى متباينة ، إذا قضى القانون نفسه بذلك بمقتضى نص خاص ، كما هو الشأن فى بيع الوفاء (١) (المادة ٤٦٥) ، وكما هو الحال فى بيع أموال الدولة الخاصة بغير طريق المزاو عند لزومه (٢) ، وفى التصرف الذى من شأنه أن يؤدى إلى تجاوز الحد الأقصى للملكية (٣) .

٢٣٧ - تقرير بطلان العقد :

رأينا أن العقد الباطل لا ينعقد أصلاً . ويترتب على ذلك أننا لا نكون فى حاجة إلى إيقاع بطلانه . فهذا البطلان حاصل من تلقاء نفسه . ولكن قد يحتاج الأمر إلى تقرير بطلان العقد ، إذا ما نوزع فيه . وهنا يرفع الأمر إلى المحكمة .

وبخلاف الحال فى العقد القابل للإبطال ، يجوز التمسك ببطلان العقد الباطل لكل ذى مصلحة ، بل إن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وفى ذلك تقضى المادة ١/١٤١ بأنه : « ١ - إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزوال البطلان بالإجازة » .

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/١٢/٦ طعن ٣٢/٢٠٤ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٧٧٠ رقم ٢٥٥ - نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ طعن ٣٤/٥٨ مجموعة النقض س ١٨ ص ٩٦٨ رقم ١٣٩ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/١٠/٢٥ طعن ٣٢/٣٥ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٥٧٣ رقم ٢٢٠ .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٣ طعن ٤٢/٣٠٨ مجموعة النقض س ٢٧ ص ٣٧٦ رقم ٨١ .

فلكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد الباطل ، لأنه إذ يتمسك به ، لا يفعل أكثر من المحاجة بحقيقة ماثلة ، مؤداها انعدام العقد الذى يواجهه به (١) .

ويعتبر بالضرورة ذا مصلحة . ويسوغ له بالتالى التمسك ببطلان العقد ، كل من عاقديه . حتى ذاك الذى لم يقيم به سبب البطلان . فلو أن مجنوناً ، مثلاً ، باع ماله ، وقع البيع باطلاً . وثبت التمسك ببطلانه ، ليس للمجنون فحسب ، بل وللمشتري أيضاً (٢) . فبطلان العقد يعنى كلا من طرفيه من الالتزامات التى يولدها ، أو هو بالأحرى يؤدى إلى اعتبار أن هذه الالتزامات لم تنشأ أصلاً فى ذمته ، أو هو يقطع . فى الأقل ، صلته به إن لم يكن من شأنه أن يحمله بالتزام ما .

ويجوز أيضاً التمسك ببطلان العقد لغير طرفيه ، ممن يكون له مصلحة فى إهداره . ومثال ذلك أن يبيع شخص ، بعقد باطل . عقاراً يملكه لآخر . حالة كونه مرهوناً لأحد دائنيه ؛ هنا يسوغ للمرتهن أن يتمسك ببطلان البيع ، وأن يتجاهل بذلك المشتري ، كلما كان له فى ذلك مصلحة .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى ، المقابلة للمادة ١٤٢ من القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٦) . وقد جاء فيها : « ما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً - وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المردوم - فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد ، كالمستأجر مثلاً فى حالة بطلان بيع الشئء المؤجر بطلائاً مطلقاً ، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى ، فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد ، هر الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته . ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه » .

(٢) ويلاحظ أنه ، وإن كان منطلق القانون يقضى ، كما بينا فى المتن ، أنه يجوز لمن يتعاقد مع المجنون أن يتمسك ببطلان العقد ، اعتباراً بأن العقد هنا معدوم ، إلا أن القانون الفرنسى ، رغبة منه فى منع المتعاقدين مع المجنون من التخلص من الصفقة ، تأسيساً على أنه لم يكن فى حاجة إلى حماية القانون ، طالما أنه رشيد ، بات يقصر التمسك بالإبطال هنا على المجنون وحده ، دون من يتعاقد معه (المادة ١٤٨٩/١ معدلة بالقانون رقم ٦٨/٥ الصادر بتاريخ ٣ يناير ١٩٦٨) . وبهذا أصبح عقد المجنون فى القانون الفرنسى قابلاً للإبطال لمصلحة المجنون ، وليس باطلاً ، ويسقط الحق فى طلب إبطاله بمضى خمس سنوات (المادة ١٣٠٤ فرنسى) . وذاك مثال فذ من المشرع الفرنسى للتضحية بمنطق القانون وأصول فنه فى سبيل المصلحة .

ولا يقف الأمر عند ثبوت الحق في التمسك ببطلان العقد الباطل لكل
ذى مصلحة، سواء أكان أحد المتعاقدين أو أجنبياً عن العقد، بل إنه يسوغ
للمحكمة . بل تجب عليها ، أن تقضى بهذا البطلان ، ولو من تلقاء نفسها ،
أى حتى ولو لم يطلبه منها أحد الخصوم . والسبب في ذلك أن بطلان العقد ،
أى البطلان المطلق ، بخلاف القابلية للإبطال أو البطلان النسبي ، يتصل
بالنظام العام .

وإذا رفعت دعوى ببطلان العقد تأسيساً على سبب معين . عدم مشروعية
السبب مثلاً ، ثم رفضت الدعوى ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى بطلان
أو لإبطال جديدة ضد نفس العقد ، إذا ما أسست على سبب آخر مختلف ،
ولكن إذا رفعت دعوى بصحة العقد وقضى بقبولها ، فإنه يمتنع بعد ذلك
الطعن في العقد تأسيساً على أى سبب كان يمكن ابدائه حال قيام تلك
الدعوى (١) .

٢٣٨ - الإجازة لتصحيح العقد الباطل :

العقد الباطل عدم ، كما بينا . وبالتالي فالإجازة لا تلحقه (٢) ، لأنها
لا يمكنها أن تجعل من العدم شيئاً صحيحاً . وفي ذلك تقضى المادة ١٤١ في
آخرها بأنه : « ... ولا يزول البطلان بالإجازة » (٣) .

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٤/٢١ السابقة الإشارة إليه . وراجع ما قلناه في خصوص
دعوى لإبطال العقد ، ص ٤٧١ هامش (١) .

(٢) ومن قبيل إجازة العقد الباطل ، ومن ثم يقع باطلا بدوره فلا يعتد به ، أن ينزل
المتعاقد عن حقه في الطعن في العقد . فالنزول عن الطعن في العقد الباطل يفيد ضمناً الرضاء به ،
أى إجازته . انظر : نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ٩١٨ .

(٣) راجع المذكرة الإيضاحية من المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة ١٤٢
من القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٧) . وقد جاء فيها : « وما دام البطلان
المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً ، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك
حكم العقود القابلة للإبطال ، فهي تصحح بالإجازة ، ولو كانت ضمنية ، بشرط أن تتوفر
شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقد القاصر سن الرشد وقت الإجازة ، مثلاً) ، وأن
تكون الإجازة ذاتها منزهة عن العيب . إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها ،
باعتبارها تصرفاً قانونياً ... » .

بل إن الأمر لا يقف عند حد عدم إمكان أن تلحق الإجازة العقد الباطل^(١) ، وإنما هذه الإجازة ، لو حصلت ، لوقعت بدورها باطلة . فمؤدى الإجازة ، كما سبق لنا أن بينا ، النزول عن حق التمسك بالبطلان . والبطلان هنا يمس النظام العام . ولا يصح النزول عن حق يتصل بالنظام العام . وهكذا نصل إلى أن العقد الباطل يظل متسماً بهذا الوصف ، حتى لو أجزى من قام به سبب البطلان . بل إنه يجوز لهذا الشخص نفسه أن يتمسك بالبطلان ، شأنه في هذا شأن أى شخص غيره تكون له مصلحة في إهدار العقد . فلو أن مجنوناً مثلاً ، أبزم عقداً ، وبعد زوال جنونه ورفع الحجر عنه . أجاز هذا العقد ، فإن تلك الإجازة لا تزيل عن العقد بطلانه ، الذى يبقى حق التمسك به ، حتى لمن صدرت منه الإجازة ، ولأى شخص آخر له مصلحة في إهدار العقد .

وإذا امتنعت إجازة العقد الباطل ، فإنه يسوغ بالضرورة إعادة إبرامه ، من جديد ، بعد أن يتلافى سبب البطلان . على أن هذا الأمر يقتضى ، من جديد ، توافق إرادتى طرفى العقد كليهما . فلا تكفى إرادة أحدهما ، كما هى الحال في الإجازة . فإذا امتنع على من كان مجنوناً عند إبرام العقد أن يجيزه بعد رفع الحجر عنه ، فيسوغ له ، بعدئذ ، إعادة إبرامه ، إذا ما ارتضاه الطرف الآخر ، وبشرط أن يرتضيه . وهنا ينشأ عقد جديد منبث الصلة عن العقد القديم الباطل ، وذلك من تاريخ الاتفاق عليه .

٢٣٩ — التقادم لا يصحح العقد الباطل :

العقد الباطل لا يتصحح بالتقادم ، مهما طال عليه الأمد . فهو عدم ، والعدم لا يصير شيئاً بفوات الزمن .

ولكن إذا كان البطلان الذى يلحق العقد لا يزول عنه بمضى الزمن ، فإن دعوى البطلان ذاتها تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ العقد . وفي

(١) انظر : نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ ملن ٣٤/٥٨ مجموعة النقض س ١٨ ص ٩١٨ رقم ١٣٩ ، وقد جاء في هذا الحكم أن بيع الوفاء ، باعتباره باطلاً بطلاناً مطلقاً ، فإن الإجازة لا تلحقه . وإذا كان ذلك ، فإن التنازل عن الطعن في العقد لا يعتد به ، فهو بمثابة الإجازة .

ذلك تقضى المادة ٢/١٤١ بأنه : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » .

ولكن سقوط دعوى البطلان لا يعنى أن العقد أصبح صحيحاً . فهو لا زال باطلا . كل ما فى الأمر أن دعوى البطلان ذاتها تقع غير مقبولة ، إذ ما رفعت بعد ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد . وهكذا نصيب هنا أمام عقد باطل . دون أن يكون من الممكن تقرير بطلانه عن طريق الدعوى .

وإذا كان من شأن سقوط دعوى البطلان بالتقادم أن يمتنع طلب بطلان العقد عن طريقها ، فإنه يمكن التمسك بهذا البطلان عن طريق الدفع ، مهما طال الزمن ^(١) و ^(٢) . فإذا وقع البيع ، مثلاً ، باطلاً ، وانقضى على إبرامه .

-
- (١) يلاحظ أن بعض التقنينات ، كالتقنين الإيطالى (المادة ١٣٠٢) ، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٢٧) ، والمشروع الأول لتنقيح القانون المدنى الفرنسى (المادة ٢٧ من مشروع النصوص المتعلقة ببطلان التصرفات القانونية - أعمال لجنة التنقيح لعام ١٩٤٧ / ١٩٤٧) قد حرصت على أن تنص على أن سقوط دعوى البطلان بمرور الزمان لا يمنع من التمسك بالبطلان على سبيل الدفع من يطالب بتنفيذ العقد . ولم يسر مشرعنا المصرى فى هذا الاتجاه . لأنه لم ير ضرورة لذلك ، اعتباراً منه بأن الحكم يصل فى وضوحه وجلاله إلى حد أنه يمكن الوصول إليه بغير ما عناه ، استخلاصاً من طبيعة البطلان ذاتها ، المتمثلة فى اعتبار العقد عدماً ، واعتباراً بأن الدفع فى ذاتها لا تتقادم (راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٣) .
- (٢) راجع فى إمكان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع مهما طال الزمن : نقص ١١/٤ / ١٩٥٧ ، مجموعة النقض ص ٨ ص ٤٠٤ رقم ٤١ . وقد جاء فى هذا الحكم ما يأتى : « إنه وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبداً ، ذلك أن العقد الباطل يظل معدوماً ، فلا ينقلب مع الزمن صحيحاً ، وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد المدة الطويلة . أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل ، فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع والدفع لا تتقادم . ففى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى بطلان سند الدين بطلاناً مطلقاً ... فإن ذلك يكتفى لتقرير نتيجته اللازمة قانوناً ، وهى عدم تقادم الدفع بهذا البطلان ... » . وانظر فى نفس الاتجاه من الفقهاء : السهورى ، المرجع السابق نبذة ٣٢٠ - Beudant ج ٨ نبذة ٢٨٢ - De Page ج ٢ نبذة ٧٨٤ - Planiol et Ripert ج ٦ نبذة ٣١٠ - Colin et Capitant ج ٢ نبذة ٢٧٢ - حشمت أبو ستيت المرجع السابق نبذة ٢٦٦ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٢٥٢ - سليمان مرقس ، نبذة ٢١٣ - وانظر فى الاتجاه العكس : Mazeaud ، المرجع السابق نبذة ٣٢٦ - Baudry - Lacantinerie ج ٣ نبذة ٢٠٣٩ - Josserand ج ٢ =

١٥ سنة ، ما كان للبائع ولا للمشتري أن يرفع أحدهما على الآخر دعوى البطلان . ولكن إذا كان البائع لم يسلم بعد المبيع للمشتري ، ورفع هذا عليه دعوى يطالبه فيها بالتسليم استناداً إلى البيع ، كان للبائع أن يدفع تلك الدعوى بتمسكه ببطلان البيع ^(١) . وكذلك الحال بالنسبة إلى المشتري ؛ فإذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن ، ثم طالبه به البائع ، كان له أن يدفع ببطلان البيع . ويخلص نفسه بذلك من الالتزام به ^(٢) .

هكذا يبين أن العقد الباطل ، بخلاف العقد القابل للإبطال ، لا يتصحح بالتقادم . مهما طال أمده . كل ما هنالك أن دعوى تقرير البطلان تسقط

= نبذة ٣٦٠ - جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات نبذة ١٢٥ .
ويلاحظ أن الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري تؤيد الرأي القائل بعدم سقوط الدفع بالبطلان بمرور الزمان . فقد قررت لجنة المراجعة ، عند النظر في المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدي ، المقابلة للمادة ١٤١ من القانون ، سقوط دعوى البطلان بالتقادم ، « ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم » . وصارت الفقرة الثانية من تلك المادة على النحو التالي :
« ٢ . وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به » . ووافق مجلس النواب على هذه الفقرة بعد إجراء تعديل لفظي لا يمس الجوهر . وقد حذفت عبارة « دون الدفع به » في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لا عزوفاً عن الحكم الذي تقتضيه ، ولكن اعتباراً بأنه « من المتفق عليه أن الدفع لا تتقادم » وبأن اللجنة « لم تر محلاً لا يراد تطبيق هذه القاعدة المسلمة » . راجع في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥١ إلى ٢٥٣ .
(١) بل إنه إذا كان البائع قد سلم المبيع فعلاً ، فانه لن يعدم وسيلة يستطيع بها استرداده من المشتري ، ما لم يكن هذا قد كسب ملكيته بسبب آخر غير البيع . وطريقه إلى ذلك أن يتجاهل عقد البيع ، ويلجأ إلى دعوى استحقاق الشيء الذي باعه ، أي يستند إلى ملكيته لهذا الشيء . والقاعدة أنه إذا أثبت شخص أنه كان في وقت ما مالكا لشيء ، فإن الملكية تخلص له ، إلا إذا أثبت المدعى عليه أن تلك الملكية قد انتقلت إليه هو ، بطريق أو بآخر . فهنا يرى المشتري نفسه مضطراً ، في سبيل الاحتفاظ بالشيء الذي تسلمه ، إلى أن يحاول أن يثبت أن ملكيته قد آلت إليه . فان لجأ ، في هذا السبيل ، إلى التمسك بعقد البيع الباطل ، حق للبائع أن يدفع ببطلانه .
(٢) أما إذا كان المشتري قد دفع الثمن ، فهو لن يعدم ، حتى في هذه الحالة ، وسيلة لاسترداده ، بطريق آخر غير دعوى بطلان البيع . وسيله إلى ذلك أن يرفع على البائع دعوى إسترداد ما دفعه ، على اعتبار أنه دفع له ما ليس بمستحق عليه ، بشرط ألا يكون قد امتنع سماع هذه الدعوى بمرور الزمان . فإن تمسك البائع هنا بالبيع ، بغية إثبات أحقيته فيما قبضه ، - جاز للمشتري أن يدفع ببطلانه .

بمضى ١٥ سنة من تاريخ العقد . ويبقى بعد ذلك التمسك بالبطلان عن طريق الدفع جائزاً ، دون تقييد بحد زمنى .

٢٤٠ — مقارنة بين العقد القابل للإبطال والعقد الباطل :

يحسن بنا ، بعد أن بينا أحكام كل من العقد القابل للإبطال والعقد الباطل ، أن نستجمع الفروق التى تباعد بينهما . وتركز هذه الفروق فيما يلى :

١ — العقد القابل للإبطال هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره ، وإن كان ينطوى على جرثومة فساد تنهض سبباً لجعله قابلاً للإبطال . وقد يعمل فيه سيف الإبطال ، فيبطل . وقد يتحرر من الفساد الذى يعتريه ، فتتأكد صحته ويتدعم ، ويزول خطر الإبطال الذى كان يهدده . أما العقد الباطل فهو لا ينعقد أصلاً . فهو والعدم سواء .

٢ — العقد القابل للإبطال لا يبطل ، إلا إذا تمسك بإبطاله من يقرر القانون هذا الأمر لصالحه . فلا يجوز للمتعاقد الآخر أو لغيره أن يتمسك بالإبطال . ولا يسوغ للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . أما العقد الباطل . فلكونه عدم ، فإنه يسوغ التمسك ببطلانه لكل ذى مصلحة . وللمحكمة أن تقضى به ، ولو من تلقاء نفسها .

٣ — العقد القابل للإبطال يتصحح بالإجازة ، بخلاف العقد الباطل .

٤ — العقد القابل للإبطال يتصحح بالتقادم . أما العقد الباطل ، فلا يتصحح بالتقادم مهما طال أمده . وإن كانت دعوى تقرير بطلان العقد الباطل تسقط بالتقادم الطويل ، فإن ذلك لا يفيد أن هذا العقد قد تصحح ، فهو يستمر باطلاً ، كل ما هنالك هو أن الدعوى بتقرير بطلانه لا تسمع قضاء . ويبقى بعد ذلك الطريق مفتوحاً لأى ذى شأن فى أن يتمسك بالبطلان عن طريق الدفع .

المبحث الثالث

أثر البطلان

٢٤١ — تبيننا ، فيما سبق ، أن البطلان ينقسم ، من حيث الوقت الذى يلحق العقد فيه ، نوعين : فهناك نوع يلحق العقد عند نشوئه ، فيحول دون انعقاده أصلاً ، أو هو يجعله يولد ميتاً . وفى هذه الحالة ، يقال إن العقد باطل . وهناك نوع آخر من البطلان لا يلحق العقد عند نشوئه ، ولكن جبرئومته تكون كامنة فيه . وهكذا يولد العقد وينتج آثاره ، ولكنه يكون قابلاً للإبطال . وقد يلحقه البطلان بالفعل ، إذا ما قضى بإبطاله ، دون أن يكون ذلك على سبيل اللزوم والحتم . وسواء ألحق البطلان العقد عند نشوئه ، أم لحقه فى تاريخ لاحق نتيجة لإبطاله ، فإن أثره واحد فى الحالتين .

ويتركز أثر البطلان فى إعدام العقد إعداماً يستند إلى تاريخ إبرامه . فالبطلان لا يزيل العقد من وقت الحكم به فحسب . ولكن من وقت نشوئه أيضاً . هو يزيله بالنسبة إلى الماضى والمستقبل . هو يؤدى إلى اعتباره معدوماً ، وأنه كان دائماً كذلك . وهكذا نجد أن للبطلان أثراً رجعياً . وفى ذلك مستوى العقد الباطل من الأصل ، والعقد القابل للإبطال إذا ما قضى بإبطاله .

وإذا كان مؤدى البطلان هو إعدام العقد إعداماً يستند إلى وقت إبرامه ، ترتب على ذلك اعتبار تنفيذه كأن لم يكن ، إن كان قد تنفذ (١) . وهذا ما يقتضى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد . إن كان ذلك ممكناً ، وإلا ساغ الحكم بأداء معادل . وفى ذلك تقضى المادة ١/١٤٢ بأنه : « ١ — فى حالى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل » .

فإذا نشأ البيع ، مثلاً ، باطلاً ثم تقرر بطلانه ، أو انعقد قابلاً للإبطال ثم قضى بإبطاله ، وكان المبيع قد سلم إلى المشتري ، وجب على هذا الأخير رده

(١) فتتخذ العقد الباطل أو القابل للإبطال لا يحول ، بطبيعة الحال ، دون إمكان التمسك ببطلانه أو بإبطاله ، ما لم يعتبر تنفيذ العقد القابل للإبطال إجازة إياه . انظر فى ذلك تمييز الكويت ١٩٧٣/٥/٩ ، القضاء والقانون س ١ ع ١ ص ٦٦ .

إلى البائع ، كما يجب عليه رد كل ما اقتطعه من أصله ، كما إذا اقتلع منه شجرة . ويجب عليه أيضاً ، أن يرد جميع الثمار التي أخذها من البيع ، ما لم يكن قد تملكها إعمالاً لقاعدة أن حائز الشيء يملك ثماره التي يقبضها بحسن نية (المادة ٩٧٨) . وإذا كان المبيع ، في البيع الباطل ، قد هلك بخطأ المشتري ، أو تعذر على هذا رده ، لسبب أو لآخر يعزى إليه ، وجب عليه أن يدفع للبائع قيمته . أما إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة ، ما كان على المشتري جناح ، ما لم يكن سبب النية عند تسلمه إياه ، أى عالماً حينئذ بسبب البطلان ، ولم يستطع أن يثبت أن الشيء كان لهلك أيضاً عند المشتري لو أنه كان في يده . وإذا كان المشتري قد دفع الثمن ، وجب على البائع رده إليه ، لاعتبار أنه أخذه منه بدون وجه حق ، وذلك ما لم يكن الالتزام بالرد قد انقضى بالتقادم .

وإذا لحق البطلان عقد الإيجار ، حالة كونه قد تنفذ فعلاً ، ألزم المستأجر برد العين ، كما يلتزم المؤجر بأن يرد للمستأجر جميع المبالغ التي أخذها على سبيل الأجرة . ولكن حيث إنه يتعذر هنا إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإيجار ، بالنسبة لانتفاع المستأجر بالعين ، إذ الفرض أنه انتفع بها بالفعل ، فإن المستأجر يلتزم بأن يؤدي للمؤجر مبلغاً يراعى في تحديده القيمة الإيجارية للشيء ، أى أجرة المثل السوقية ، وليس الأجرة المتفق عليها بالفعل .
يخلص مما سبق أن البطلان يؤدي إلى إعدام العقد وإزالة كل أثر له ، الأمر الذي يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامه (١) .

(١) ويسرى هذا الحكم ، حتى لو وقع البطلان بسبب عدم المشروعية ، كما إذا كان محل العقد أو سببه مخالفاً للنظام العام أو لحسن الآداب . وقد وجدت لدى الرومان نظرية مختلفة في هذا الصدد . ومؤدى هذه النظرية أن الاسترداد لا يجوز للمتعاقد الذي لحقه الدنس ، أى المتعاقد الذي يكون عدم المشروعية آتياً منه ، أو يكون هو مشتركاً فيه . فإذا دفع رجل ، مثلاً ، مبلغاً من المال لآخر نظير ارتكابه جريمة ، أو دفع هذا المبلغ لإمرأة لحملها على معاشرته ، ما كان له في القانون الروماني أن يسترد ما دفع . لاعتبار أنه ملوث . أما إذا كان قد دفع هذا المبلغ لمنع ارتكاب جريمة ، أو لرد شيء مسروق أو شخص مخطوف ، فانه كان يسوغ له الاسترداد ، لاعتبار أنه لم يتلوث بالعقد الذي أجراه . وقد صاغ الرومان هذه الفكرة في قاعدة أساسية من —

وذلك بطبيعة الحال ما لم يقض القانون بغيره ، كما هو الشأن على الأخص فيما يتعلق ببطلان أو إبطال عقد عديمي الأهلية وناقصيها (المادة ٢/١٤٢) ، وفيما يتعلق بحماية الحلف الخاص حسن النية من أثر إبطال عقد سلفه ، وهما الحالتان اللتان سوف نعرض لهما بعد قليل . فضلا عن غيرهما من الحالات الأخرى التي يخصصها القانون بحكم مغاير^(١) ، وفضلا عن بعض العقود التي أدى تنافي طبيعتها مع منطق البطلان في كماله بالقضاء إلى أن يغير الحكم في خصوصها

= القواعد التي تسود قانونهم ، ومؤداها أنه لا يجوز لأحد أن يتمسك بدنس نفسه *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* . وقد انتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي ، وإن اتجه الفقه والقضاء تحت ظله إلى قصرها على العقود الباطلة لمخالفة حسن الآداب ، دون تلك التي تبطل بسبب مخالفة النظام العام ، ما لم تكن تلك المخالفة بالغة الخطورة . ووجدت هذه الفكرة لها صدى في الفقه والقضاء تحت ظل القانون المصري القديم . وقد أراد واضعو المشروع التمهيدى للقانون المصري الحالى أن يملوا هذه الفكرة ، فضمنوه نصاً — هو نص المادة ٣/٢٠١ — يقضى بأنه : « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه ، إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب » . وحذف هذا النص ، فلم يأت فى القانون . وجاء هذا الحذف موقفاً . لأن منع الاسترداد لا يتسق ، من ناحية ، مع منطق البطلان . وهو من ناحية أخرى ، يشجع على إبرام العقود المخالفة للآداب ، ما دام المتعاقد يطمئن إلى عدم رد ما يأخذه نتيجة لها .

وينبغى ، فى ظل قانوننا المدنى الحالى ، عدم اتباع القاعدة الرومانية العتيقة التي تقضى بأنه عند بطلان العقد ، يمتنع الاسترداد على من لحقه الدنس ، أو كما تقول القاعدة الرومانية نفسها : « لا يسمع الشخص إذا تمسك بدنسه » . فؤدى البطلان فى ذاته هو انعدام العقد ، وإزالة كل آثاره ، ما لم يصرح القانون نفسه ، فى حالة معينة ، بحكم مغاير ، ثم إن الأعمال التحضيرية لقانوننا تبدو قاطعة فى إبراز قصد الشارع فى عدم إتباع القاعدة الرومانية السابقة . إذ أنه ، بعد أن جاءت المادة ٣/٢٠١ من المشروع التمهيدى تصرح بالأخذ بتلك القاعدة وتتضمنها ، وعند عرضها على لجنة المراجعة ، اقترح أحد أعضائها حذفها « لأنها لا تتماشى مع منطق البطلان ، فوافقت اللجنة على ذلك (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٨) . والفقه فى مصر يجمع على عدم اتباع القاعدة الرومانية فى ظل قانوننا . انظر فى ذلك : السهورى ، نبذة ٣٣٨ — حشمت أبو ستيت ، نبذة ٢٥٩ — عبد المنعم الصده ، نبذة ٢٦٢ — أنور سلطان ، نبذة ٢٣٢ — جمال الدين زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات طبعة ٣ ص ٢٤٦ هامش ٨ .

(١) ومن الحالات الأخرى التي يترك فيها البطلان بعض الأثر حالة تحول العقد (المادة ١٤٤)

التي سوف نعرض لها فى المتن بعد قليل .

على نحو أو على آخر : ونخص بالذكر من تلك العقود عقد الشركة ^(١) وعقد العمل ^(٢).

(١) فعقد الشركة يتميز عن غيره من كافة العقود الأخرى بأنه لا يقتصر في أثره على تنظيم العلاقة بين أطرافه ، وإنما هو يرتب أثراً جوهرياً آخر ، وهو ذلك المتشثل في إنشاء شخص معنوى مستقل عن الشركاء له ذمته المالية الخاصة ، وله نشاطه المالى الخاص . وهذا الشخص المعنوى يتعايش بالضرورة مع غيره من أفراد الناس ومن هم في حكمهم ، فيكسب قبلهم الحقوق ويتحمل بالالتزامات . وقد يظل هذا الشخص المعنوى قائماً في حكم الواقع برغم بطلان عقد الشركة ، الأمر الذى يجعل إزالته من الوجود بأثر رجعى يقتضى في الكثير من النواحي مع ما حصل في واقع الأمر . ثم إن بقاء الشركة في حكم الواقع فترة من الزمن تطول أو تقصر وقيامها بنشاطها المالى يؤدي بالضرورة إلى أن تجبى أرباحاً أو تتحمل خسائر على نحو لا يمكن إزالته من الوجود بعد حصوله حتى في العلاقة بين الشركاء أنفسهم . وكل هذا وغيره أدى بالقضاء ، عند الحكم بإبطال عقد الشركة أو بتقرير بطلانه ، إلى عدم إعماله منطق البطلان في كامل مداه ، وعلى الأخص بالنسبة إلى أثره الرجعى . وهذا ما جعله يلجأ في كثير من الأحيان إلى ما أطلق عليه الشركة الفعلية Société de fait . انظر في بطلان عقد الشركة ونظرية الشركة الفعلية : محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجارى المصرى نبذة ٢٩٦ وما بعدها - على يونس ، الشركات التجارية نبذة ٣٥ وما بعدها .

(٢) يسير القضاء الفرنسى في مجموعه ، وعلى رأسه محكمة النقض ، بمباركة من الفقه ، على عدم إعمال الأثر للرجعى للبطلان في خصوص عقد العمل ، حتى لو كان البطلان راجعاً إلى مخالفة النظام العام ، ولم يشذ عن سلوكه هذا إلا في أحوال نادرة تأثر فيها بفداحة وخطورة المخالفة التى سببت البطلان ، كالعمل في منشأة تباشر نشاطها لمصلحة العدو المحتل للبلاد ، وكالعمل كخادمة في منزل معد للعاهرة ؛ والقضاء في شذوذه ذلك لم يسلم من النقد . وقد تأثر القضاء الفرنسى ، في إبعاده الأثر الرجعى للبطلان في خصوص عقد العمل ، بالنزعة الإنسانية التى تسود تنظيم هذا العقد ، والتي كان من شأنها إضفاء المزايا العديدة على العامل ، وهى من بعد مزايا تنمو وتتضخم على مر الأيام . إذ أن مؤدى إنفاذ الأثر الرجعى للبطلان اعتبار أن الشخص لم يكن عاملاً في المدة السابقة على الحكم به ، حتى لو كان يشتغل بالفعل خلال تلك الفترة . وهذا من شأنه أن يحرم العامل من المزايا العديدة التى يقررها قانون العمل ، برغم أنه في كثير من الأحيان لا يكون مخطئاً ، أو في الأقل لا ينفرد وحده بالمخطأ ، في حين أن رب العمل يفيد من ذلك الوضع ، برغم أنه في أغلب الأحيان مخطئ ، إذ أن حرمان العامل من المزايا العمالية نتيجة الأثر الرجعى للبطلان ينعكس على رب العمل بالنفع . راجع في عدم إعمال الأثر الرجعى للبطلان في خصوص عقد العمل : مؤلفنا ، أحكام قانون العمل الكويتى ، نبذة ١٥٨ . وانظر من أحكام القضاء الفرنسى : نقض اجتهائى ١٩٦١/٢/٢ ، دالوز ١٩٦١ ص ١٨٢ - نقض إجتماعى ١١/٢٥/١٩٦٠ - نقض إجتهائى ١٩٦٦/٢/٩ dr. Soc. ٤٢٦ وتعليق Savatier - نقض مدنى ١٩٢٦/٢/١٠ دالوز ١٩٢٧/١/٣٠ . وقارن حكم باريس ١٩٤٨/١١/٣٠ ، J.C.P. ٤٨٧١/٢/١٩٤٩ - نقض اجتهائى ١٩٦٤/١/٨ ، دالوز ١٩٦٤ J ٢٦٧ .

٢٤٢ - أساس الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد :

رأينا أنه يترتب على بطلان العقد اعتبار أنه لم يقم أصلاً ، الأمر الذى من شأنه أن يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها عند إبرامه ، إذا كان هذا متيسراً ، وإلا حكم بتعويض معادل . ومؤدى ذلك أن كل متعاقد يتحمل قبل الآخر بالالتزام بأن يرد له كل ما أخذه منه ، أو أن يؤدى له ما يعوضه عنه ، إذا استحال الرد عليه .

ولا صعوبة فى تحديد الأساس الذى يقوم عليه الالتزام بالرد ، إذا كان الشيء الذى تسلمه المتعاقد بمقتضى العقد الباطل باقياً بذاته لم يهلك أو يتلف . إذ أن ذلك الأساس يتمثل فى تسلم غير المستحق ، أو دفع غير المستحق كما يسميه مشرعنا . فنتيجة الأثر الرجعى لبطلان العقد أو إبطاله ، يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر ، من غير أن يكون له حق فيه ، ومن ثم يلتزم برده إليه . وهذا هو عين ما قضت به المادة ١٨٢ بقولها : « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ولكن الأمر قد أثار بعض الجدل فى الحالة التى يتعذر فيها على العاقد أن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد ، ويلتزم بالتالى بأن يؤدى إلى العاقد الآخر ما أسمته المادة ١/١٤٢ « التعويض المعادل » كما إذا كان الشيء قد هلك أو تلف . فماذا عساه أن يكون هنا مصدر الالتزام بأداء التعويض المعادل ؟

لقد اختلفت فى هذا الصدد الآراء . فأرجع البعض الالتزام بأداء التعويض المعادل إلى المسئولية التقصيرية^(١) . وهذا رأى بعيد كل البعد عن الصواب . ذلك لأن المتعاقد يلتزم بأداء التعويض المعادل كلما تعذر عليه أن يرد الشيء

(١) انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٩/٦/٤ طعن ١٣٨/٣٤ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٨٦٨ رقم ١٣٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « أساس الحكم بالتعويض المعادل - فى حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبله - إنما هو المسئولية التقصيرية » . وقارن السهورى ، المرجع السابق نبذة ٣٢٧ ، حيث لا يرجع أساس الالتزام هنا إلى المسئولية التقصيرية إلا عندما ترجع استعالة رد الشيء إلى خطأ المتعاقد .

الذى تسلمه . حتى لو لم يكن ذلك راجعاً إلى خطئه ، وهو الأمر الذى يغلب حصوله بالفعل في واقع حياة الناس ، كما إذا اشترى شخص سيارة أو منزلاً بعقد باطل أو قابل للإبطال من غير أن يدري العيب الذى يشوبه ، وتصرف في المبيع على نحو يتعذر معه رده بذاته : معتقداً آنئذ أنه مالك بمقتضى عقد سليم من الشوائب .

ورأى البعض الآخر وجوب اعتبار الالتزام بأداء «التعويض المعادل» كما لو كان ناشئاً من العقد الباطل ^(١) . وليس لهذا رأى مسحة من صواب . فإذا كان العقد قد وقع باطلاً أو قد أبطل بأثر رجعى ، فكيف نعتبر الالتزام بالرد أو الالتزام بأداء التعويض المعادل كما لو كان ناشئاً عنه !

والرأى الذى نراه صواباً هو أن يُرد الالتزام بأداء التعويض المعادل إلى تسلم غير المستحق أو دفع مالا يجب ، شأنه في ذلك شأن الالتزام برد الشيء ذاته . إذ أن من يتسلم ما ليس له حق فيه يتحمل بالضرورة تبعه هلاكه أو تلفه . إذا كان ذلك راجعاً إلى سبب يعزى إليه .

وإذا كان الالتزام بالرد نتيجة بطلان العقد يرجع في أساسه إلى تسلم غير المستحق ، لزم لإعمال قواعد هذا النظام بالنسبة إلى الفوائد والثمار (المادة ١٨٥) ، وبالنسبة إلى تبعه الهلاك ، مع مراعاة حسن النية وسوئها .

٢٤٣ - أثر البطلان بالنسبة إلى ناقص الأهلية :

يرد على قاعدة وجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل إبرام العقد نتيجة بطلانه استثناء هام ، في الحالة التى يبطل فيها العقد بسبب نقص الأهلية . فهنا لا يلزم ناقص الأهلية ، إلا برد قيمة ما عاد عليه فعلاً من نفع معتبر قانوناً نتيجة تنفيذ العقد ، إن كان قد تنفذ . وفي ذلك تقضى المادة ١٤٢/٢ بأنه : « ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعه بسبب تنفيذ العقد » .

فلذا باع القاصر ، مثلاً ، ماله وقبض ثمنه ، ثم أنفق بعض هذا الثمن في ملذاته القائمة على التزق والطيش ، وأنفق بعضه الآخر فيما عاد عليه بنفع

(١) راجع : عبد المنعم الصده ، نبذة ٢٦٠ والمراجع التى يشير إليها .

معتبر قانوناً ، كما إذا اشترى به مالا مفيداً من غير أن يغبن في ثمنه . أو دفعه في أغراض تعليمه بغير إسراف ، ما كان ملتزماً ، عند إبطال البيع ، بأن يرد للمشتري إلا القدر من الثمن الذي عاد عليه بالنفع فعلاً . أما القدر الذي أنفقه في ملذاته وطيشه ، فلا يلتزم برده . إذ القانون يعتبر أنه لم ينتفع به .

وإذا كان ظاهر نص المادة ١٤٢/٢ يجعل الاسترداد في حدود المنفعة مقصوراً على حالة ناقص الأهلية ، وهو القاصر ثم السفیه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، إلا أن هذا الحكم يسرى أيضاً على عديمي الأهلية ، وهم الصبي غير المميز ثم المحنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما (١) . ذلك لأن الحكم السابق لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لقاعدة أعم وأشمل ، أوردتها المادة ١٨٦ بقولها : « إذا لم تتوافر أهلية المتعاقد فيمن تسلّم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به » .

ويلاحظ أن تحديد الالتزام بالرد بالمنفعة المعتبرة قانوناً مقصور على من لا تتوافر الأهلية فيه . فلا يفيد من هذه الميزة المتعاقد الآخر . إذا كان مكتمل الأهلية .

ولكن على من يقع عبء الإثبات في الحالة التي نحن بصدددها ؟ هل يقع على ناقص الأهلية ، فيتحمّ عليه أن يقيم الدليل على أنه لم يفد مما تسلمه بمقتضى العقد كلياً أو جزئياً ؟ أم أن عبء الإثبات يقع على المتعاقد الآخر ، فيقيم الدليل على أن ناقص الأهلية قد أفاد مما أخذه منه ؟

قد رأى البعض النظر الثاني (٢) ولكن هذا الرأي يبدو لنا غير سديد . فالأصل أنه ، عند بطلان العقد أو إبطاله ، يلتزم العاقد بأن يرد كل ما أخذ . فإن أعنى القانون ناقص الأهلية من رد ما لم يعد عليه بالمنفعة ، فإن هذا الإعفاء يرد على خلاف الأصل . وكل من يدعى أمراً يتخالف مع الأصل يقع عليه عبء إثبات أحقيته فيه .

(١) انظر في نفس الاتجاه : جمال الدين زكي ، المرجع السابق نبذة ١٣٢ .

(٢) راجع جمال الدين زكي ، المرجع السابق .

٢٤٤ - حماية الغير حسنى النية من نتائج البطلان :

قد يترتب على إعمال نتائج البطلان على إطلاقها ، أن يترتب فادح الضرر ، ليس للمتعاقد الذى لم يقم به سبب البطلان والذى عول على قيام العقد فحسب ، بل للغير حسنى النية الذين يجرون فى معاملتهم على أساس قيام هذا العقد . فلنفرض . مثلاً ، أن زيداً باع أرضه لبكر ، ثم جاء خالد ، مرتكناً إلى هذا البيع ومعتقداً صحته ، فاشتري الأرض بدوره من بكر ، وبعد ذلك أبطل البيع الأول ؛ فلو أننا أعملنا هنا منطق البطلان على إطلاقه ، لوجب القول بأن من شأنه انهيار البيع الحاصل لبكر بأثر يستند إلى الماضى ؛ فكأن بكر لم يملك إذاً الأرض فى يوم من الأيام ؛ وكأنه حينما باعها لخالد ، باع له ملك الغير ؛ وبيع ملك الغير لا يسرى فى مواجهة المالك الحقيقى مالم يقره . وهكذا نصل هنا إلى أن ملكية الأرض تعود إلى زيد ، ويحرم خالد منها ، لأنه البائع له (بكر) لم يستطع أن يملكه إياها ؛ فهو يعتبر أنه لم يملكها أبداً ؛ وفاقد الشيء لا يعطيه ، ومن لا يملك لا يستطيع أن يملك .

وواضح أن العدالة تقتضى هنا حماية الغير حسنى النية من نتائج بطلان العقود التى يكون من حقهم أن يعولوا على قيامها . بل إن الصالح العام نفسه يقتضى تلك الحماية ، لما فيها من رعاية للائتمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التى يركن الناس إليها . من أجل ذلك عمد قانوننا المصرى إلى توفير تلك الحماية ، وإن كان ذلك فى نواحي متفرقة وعلى درجات متفاوتة . وهى تقوم فى أساسها على فكرة أن البطلان لا يمنع من أن للعقد وجوداً مادياً قد يوهم بوجوده قانوناً . وهكذا يتولد مظهر يوهم بأن العقد صحيح . حقيقة أن هذا المظهر كاذب وخداع ، ولكن الناس قد يكونون معذورين إن اعتقدوا صحته ، إذا لم يكن ثمة خطأ ينسب إليهم ، ووجب ترتيب أمورهم كما لو كان العقد الذى توهموا صحته صحيحاً فى الحقيقة ، وذلك تشجيعاً للائتمان العام واحتراماً للثقة المشروعة . هكذا ولدت ، من قديم ، نظرية المظهر الخادع يحمى المخدوع ، أو كما يقال عادة ، وإن كان بعبارة أقل دقة ، نظرية الغلط الشائع يولد الحق error communis facit jus ولم يفعل قانوننا فى سبيل حماية الغير حسنى النية من نتائج البطلان ، ألا إن يطبقها بصددهم ، وإن كان ذلك فى حدود متفاوتة .

ويوجد ، لحماية الغير حسنى النية من نتائج بطلان العقود أو زوالها بأى طريق آخر : كالفسخ والرجوع والإلغاء . ثلاثة مظاهر أساسية ؛ هى الآتية :

٢٤٥ - أولاً : حماية الدائنين والخلف الخاص من صورية العقد :

إذا أبرم عقد صورى ، كان لدائنى كل من طرفيه ولخلفه الخاص . متى كانوا حسنى النية : أى يجهلون الصورية . أن يتمسكوا بالعقد الصورى أو العقد المستتر . أيهما أوفق لمصلحتهم (المادة ٢٤٤) . فإذا صور شخصان ، بخلاف الحقيقة . وجود عقد بينهما . كما إذا أبرما بيعاً صورياً صورية مطلقة . فإنه لا يكون هناك فى واقع الأمر أى عقد . ومع ذلك يجيز القانون لدائنى المشتري ولمن يكسب منه حقاً عينياً على الشئ محل التصرف الصورى . إذا ما كانوا حسنى النية . أن يعتبروا أن العقد الصورى هو عقد حقيقى : وأن ترتب أمورهم على هذا الأساس^(١) .

٢٤٦ - ثانياً : حماية حائز المنقول بحسن نية :

لو أن شخصاً تصرف لآخر فى منقول . ثم بطل هذا التصرف ، فإن مؤدى منطق البطلان أن تنهار جميع التصرفات التى أجراها المتصرف إليه بدوره . كما إذا كان قد باع المنقول لمشتري ثان . أو رهنه له . ولكن القانون هنا يأتى فى عون المتصرف إليه الثانى ، إذا كان قد حاز المنقول الذى حصل التصرف له فيه بحسن نية . مقررراً بثبوت الحق الذى كان من شأن سنده أن يرتبه له . تطبيقاً لقاعدة أساسية عريقة . وهى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحق^(٢) .

٢٤٧ - ثالثاً : حماية المتصرف إليهم فى العقار :

لم ينل المتصرف إليهم فى العقار بوجه عام . فى قانوننا المصرى . حماية

(١) راجع فى ذلك : مؤلفنا ، دروس أحكام الالتزام ، نبذة ١٠٧ .

(٢) انظر فى قاعدة اخيافة فى المنقول سند الحق أو سند الحائز بالنسبة إلى المنقولات التى

ترد عليها وشروط إعانها وأثرها مؤلفنا :

Du R'ole de la possession en matière mobilière, Thèse Paris 1943.

قانونية فعالة من نتائج بطلان سندات مملكتهم أو زوال هذه السندات لأى سبب آخر ، إلا ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهو تاريخ نفاذ قانون الشهر العقارى فى بلادنا . وقانوننا مع ذلك سباق . بالنسبة إلى أكثر القوانين الأجنبية : فى إضفاء تلك الحماية .

فى ظل قانوننا المدنى القديم . لم تكن الحماية التى نحن بصدددها مقررة إلا للدائنين المرتهينين حسنى النية . فقد جاء القانون المختلط بقاعدة مؤداها أنه إذا رهن شخص عقاره رهنأ رسمياً . ثم زالت ملكيته لبطلان سنده أو لفسخه أو لزواله بأى سبب آخر . فإن الرهن مع ذلك يبقى لصالح المرتهن . إذا ما كان حسن النية ، أى يجهل ما يشوب سند الراهن من أسباب الزوال .

وقد استمد قانوننا المدنى الحالى مبدأ حماية الدائنين المرتهينين حسنى النية ^(١) من سلفة . وضمه المادة ١٠٣٤ التى تقضى بأنه : « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر . إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » .

وقبل نفاذ قانوننا المدنى الحالى بما يقرب من ثلاث سنوات ، كان مبدأ حماية المتصرف إليهم فى العقار من زوال سندات السلف . قد اتسع وعم حتى شملهم جميعاً . ما داموا حسنى النية . دون تفريق بين مشتر أو مرتهن أو غيرهما . وذلك وفقاً لما قضى به قانون الشهر العقارى الذى تنفذ ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . فقد تضمن هذا القانون فى المادة ١٥ منه وجوب شهر الدعاوى التى تتضمن الطعن فى التصرفات العقارية . وجوداً أو صحة أو نفاذا ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . ثم جاء فى المادة ١٧ منه يقول : « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك

(١) انظر فى حماية الدائنين المرتهينين حسنى النية ، مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ،

نبذة ٢١٦ وما بعدها .

الدعوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

ومؤدى هذين النصين أنه إذا آلت ملكية عقار إلى شخص معين بعقد قابل للإبطال أو الفسخ أو الزوال لأى سبب آخر . ثم تصرف فى العقار لشخص آخر حسن النية . كأن باعه له أو رهنه ، وشهر الخلف سنده وفقا للقانون . قبل أن تشهر دعوى إبطال أو فسخ أو إلغاء أو زوال سند السلف لأى سبب آخر . فإن الحكم الصادر بزوال سند السلف لا يؤثر فى حق خلفه ^(١) . فلو أن (أ) باع عقاره . مثلا . لـ (ب) بعقد قابل للإبطال . ثم جاء (ب) وباع العقار بدوره لـ (ج) الذى يجهل العيب الذى يشوب سند (ب) . وبعد ذلك رفع (أ) دعوى الإبطال . وقضى له به . فإن هذا الإبطال لا يؤثر فى حق (ج) الذى يظل متمتعا بالملكية . شريطة أن يكون قد سجل عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الإبطال أو التأشير بها وفقا للقانون . أما لو كان التصرف الصادر لـ (ج) قد سجل فى تاريخ لاحق لشهر دعوى الإبطال المرفوعة من (أ) . فإن هذا الإبطال يسرى فى حق (ج) . حتى لو كان فى حقيقة الواقع يجهل العيب الذى شاب سند مملكه (ب) .

ولا جدال فى أن الحكم الذى تقضى به المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى هو حكم خطير . فهو يؤدى إلى حماية المتصرف إليهم فى العقار من نتائج بطلان سندات مملكتهم . ما داموا حسنى النية ^(٢) . بل من نتائج زوال هذه

(١) وقد جاءت الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ من المشروع التمهيدى تنص على مبدأ حماية المتصرف إليه فى العقار عند إبطال سند ملكية سلفه . قائلة : « ٣ - على أن إبطال العقود الناقلة للملكية لا تضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، بحجة أن حكمه وارد فى مكان آخر (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٧) .

(٢) وقد يشور التساؤل حول ما إذا كانت الحماية التى تفنى على الغير حسنى النية تقع حتى فى حالة وقوع سند ملكه باطلا من الأصل ، أو أنها تقتصر على الحالة التى يقع فيها هذا السند قابلا للإبطال ثم يتقرر إبطاله . وليس هنا مجال الإفاضة فى هذا الموضوع ، وإن كنا أميل إلى الرأى الثانى .

السندات لأي سبب آخر غير الإبطال ، كالفسخ والرجوع والإلغاء^(١) (قارن حكم المادة ٤٧٨ الواردة في شأن بيع المريض مرض الموت) .

٢٤٨ - انتقاص العقد الذي يلحقه البطلان :

الأصل أن العقد يبرم ككل لا يتجزأ ، فإن لحقه البطلان أو الإبطال ، أهدر كله . ولكن قد يمكن . في بعض الأحيان ، تجزئة العقد ، إذا كان البطلان أو الإبطال لا يلحقه إلا بالنسبة لبعض أجزائه دون بعضها الآخر^(٢) .

(١) فكرة حماية المتصرف إليه من زوال ملكية المتصرف ليست غريبة عن الفقه الإسلامي . بل لعل للفقه الإسلامي ، في هذا المجال ، فضل سبق على القانون المعاصر بما يزيد كثيراً على ألف عام . فهذه الفكرة تأتي ، بادئ ذي بدء ، أثراً لما يطلق عليه « الملكية الخبيثة » أو « الملك الخبيث » عند الحنفيين . فالحنفيون ينفردون من بين فقهاء المسلمين بنظرية فساد العقد إلى جانب نظرية بطلانه . فالعقد عندهم يمر بالنسبة إلى ذات تكوينه ، بمرحلتين متميزتين ، هما مرحلة الانعقاد ومرحلة الصحة . فلا بد للعقد بداية من أن ينعقد . فإن لم ينعقد ، لأمر بمس « أصل العقد » . وقع باطلاً . وإذا انعقد ، بأن توافر له أصله . وجب أن يكون صحيحاً باستحوازه على ما يسمى « وصف العقد » ، وإلا وقع فاسداً . والعقد الفاسد ، إذا كان من شأنه نقل الملك ، واقترب بالإقباض الاختياري ، كما إذا سلم البائع في بيع فاسد المبيع المشتري باختياره ، فإنه ينقل إلى المشتري ملكية خبيثة . وهي ملكية من نوع غريب . إذ هي تحول صاحبها التصرف في الشيء . دون الانتفاع به . وهكذا فإن تصرف المشتري في الشيء الذي تملكه ملكية خبيثة ، بأن يبعه بدوره ، مثلاً ، ثبتت لهذا المشتري الثاني ملكية كاملة . واستحال على المالك الأصلي أن يفسخ العقد الفاسد الذي أبرمه مع المشتري الأول . وهكذا يقرر الفقه الحنفي حماية فعالة للمتصرف إليه من كان طرفاً في عقد فاسد . بل إن الظاهر أن الحماية تشمل هنا المتصرف إليه حتى ولو لم يكن حسن النية ، أي حتى لو كان عالماً بسبب الفساد في عقد سلفه . ولم يقف الأمر ، في مجال حماية الغير من زوال العقد ، عند فكرة الملك الخبيث عند الحنفيين ، بل وجدنا اتجاهًا واضحاً عند بعض فقهاء المالكية ، لتعميم تلك الحماية على الغير الذين يتعاملون مع شخص في شأن الشيء الذي يكون قد وصل إلى يده بمقتضى عقد باطل ؛ بالمعنى العام الشامل لاصطلاح البطلان . انظر في ذلك : دردير الدسوقي ، الشرح الكبير ج ٣ ص ٧٠ وما بعدها - ابن رشد ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩١ . وراجع في تفصيل كل ما سبق ما سوف نذكره في هذا الخصوص عند تناول نظرية البطلان في الفقه الإسلامي .

(٢) انظر نقض ١٤/٦/١٩٦٦ طعن ٣١/٢٤٣ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥٩ رقم ١٨٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن شرط تطبيق نظرية انتقاص العقد أو تحوله أن يكون العقد في شق منه (الانتقاص) أو كله (التحول) باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فلا محل لإعمالها إذا كان العقد معلقاً على شرط واقف لم يتحقق .

وهنا يقتصر بطلان أو إبطال العقد على ما تعيب فيه . دون ما لم يتعيب . وهذه هي نظرية انتقاص العقد . وهي لا تعدو أن تكون مجرد أعمال لإرادة المتعاقدين . وقد تضمنتها المادة ١٤٣ مدني بقولها : « إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله » .

ومثال الحالة التي نحن بصدددها . وهي تلك التي يمكن فيها انتقاص العقد : أن يهب رجل لإمرأته ماله . ويشترط عليها ألا تزوج من بعده إذا مات . مدفوعاً في ذلك بمحض الغيرة . فإذا أمكن هنا تجزئة العقد إلى شقين . يقوم أولهما على التبرع بالمال . ويقوم ثانيهما على التزام الزوجة بعدم الزواج ثانية إذا ماترملت ، صح الشق الأول . لعدم وجود ما يعيب العقد بالنسبة إليه . وبطل الشق الثاني لمخالفة ما جاء فيه للنظام العام . بسبب تقييده لحرية الزوجة . من غير مسوغ يجيزه القانون . أما إذا أثبت الزوج . أو خلفاؤه من بعده . أن العقد كله ما كان ليتم من غير الشق الأخير . بأن كان هذا الشق هو الباعث الدافع الذي حث الواهب على إجرائه . بطل كله . حيث يكون العقد هنا قد قام على سبب غير مشروع . ومثال إنقاص العقد أيضاً أن يشتري شخص بئس إجمالاً واحد عدداً من الساعات . معتقداً أنها من الذهب الخالص ، ثم يتضح له أنه قد وقع في غلط جوهرى بالنسبة إلى بعض ما اشتراه ، لكونه من النحاس . فإن أمكن هنا تجزئة العقد إلى شقين . يشمل أولهما بيع الساعات التي لم يقع المشتري في الغلط بالنسبة إليها . ويشمل ثانيهما بيع تلك التي داخل المشتري الغلط فيها ، انتقص العقد إلى الشق الأول وحده الذي يظل صحيحاً . واقتصر البطلان على الشق الثاني . وذلك ما لم يثبت المشتري أنه ما كان ليبرم الصفقة من غير الساعات التي انصب غلطه عليها^(١) .

(١) ويلاحظ أن المشرع نفسه قد يأتي ، في حالة خاصة ، بتطبيقات لنظرية إنقاص العقد . وأبرز مثال لذلك حالة الفائدة الإتفاقية . إذا ما زادت على الحد القانوني ، حيث تنتقص إلى هذا الحد (المادة ٢٢٧) . وهنا يعمل بالإنقاص في حدود ما يقضى به المشرع ، دون ما ضرورة بعد ذلك للالتزام بما تتطلبه المادة ١٤٣ من شروط . وعلى ذلك فإنقاص الفائدة إلى الحد القانوني يكون في جميع الأحوال ، حتى لو ثبت أن الدائن ما كان ليرضى العقد بغير السعر الربوي =

والشرط الأساسي لإعمال انتقاص العقد ألا يكون متعارضاً مع قصد أى من العاقدين . بمعنى أنه إذا أثبت أيهما أنه ما كان ليرتضى العقد بغير الشق الباطل ، امتنع انتقاصه وبطل كله . فلا يكفي مجرد أن يكون محل العقد قابلاً بطبيعته للانتقاص . إذا تعارض هذا مع قصد العاقدين (١) .

٢٤٩ - تحول العقد الباطل :

إذا لحق البطلان العقد . إما لأنه نشأ منذ البداية باطلا . وإما لأنه نشأ قابلاً للإبطال ثم قضى بإبطاله . فإن ذلك يؤدي ، كما سبق أن بينا . إلى انهيار العقد بأثر يستند إلى وقت إبرامه . ولكن انهيار العقد . الذى يترتب نتيجة بطلانه . لا ينصب عليه إلا باعتباره تصرفاً قانونياً . فالإبطال لا يمس العقد باعتباره واقعة مادية تمت فى حقيقة الأمر والواقع . وقد تتضمن هذه الواقعة المادية عناصر عقد آخر غير ذاك الذى لحقه البطلان . وهنا يقوم هذا العقد الآخر على أنقاص العقد الباطل . أو أن العقد الباطل يتحول . كما يقول الفقه السائد : إلى العقد الصحيح . وهذه هى نظرية تحول العقد .

ونظرية تحول العقد *conversion de contrat* نظرية ألمانية النشأة . فقد أخذ بها القانون الألمانى فى المادة ١٤٠ . وقد أخذ بها القضاء الفرنسى وقضاؤنا المصرى ، تحت ظل قانوننا القديم . من غير نص صريح فى القانون يقضى بها . اعتباراً بأن القواعد القانونية العامة تؤدى إلى تطبيقها . وقد تضمنها قانوننا المصرى الحالى صراحة فى المادة ١٤٤/١ بقوله : « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون

الذى قبضته . ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى أجرة الأماكن والأراضى الزراعية إذا زادت على الحد القانونى . كما أنه يلاحظ أن طبيعة الأمور ذاتها قد تفرض ، فى حالة معينة ، إعمال نظرية إنقاص العقد على نحو يتفاير مع ما تقضى به المادة ١٤٣ . وهذا هو الشأن على وجه الخصوص عندما يتضمن عقد العمل شرطاً يتخالف مع القانون . حيث يبطل هذا الشرط ، دون أن يكون لرب العمل أن يحتاج بأنه لولاه لما ارتضى العقد برمته .

(١) انظر : نقض ١٩٧٣/٤/٢١ طعن ٣٧/١١ مجموعة النقض س ٢٤ ص ٦٤٩
رقم ١١٥ - نقض ١٩٦٨/٥/١٦ طعن ٣٤/٤٠٤ مجموعة النقض س ١٩ ص ٩٥٤ .

صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه . إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

ومن أمثلة نظرية تحول العقد أو تحول التصرف بوجه عام . اعتبار الكمبيالة ، التى لا تستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية . سنداً لأمر . وتحول تظهير الكمبيالة لأمر . الذى يقع باطلاً لنقص البيانات الواجبة فيه . إلى توكيل بقبض قيمتها . وتحول القسمة التى ترد على الملكية والتى يقضى بإبطالها بسبب نقص أهلية أحد المتقاسمين . إلى قسمة مهايأة . أى قسمة انتفاع ، إذا كان هذا المتقاسم مأذوناً فى الإدارة .

والمشروع إذ يقضى . على غرار القانون المدنى الألمانى (١) . وما حذا حذوه من القوانين الأخرى . بتحول العقد . يستهدف إنفاذ ما يمكن إنفاذه مما أراده العاقدان تنظيمياً لشأنهما . فإن بطل العقد الذى قصدها فى الحقيقة . فلا أقل من أن يقوم مكانه العقد الذى يحتمل أنهما كانا ينصرفان بإرادتهما إليه ، لو علما بالبطلان . شريطة أن يكون من المقدور أن يستخلص . من أنقاض العقد الباطل ، أركان العقد الصحيح الذى يصير التحول إليه .

٢٥٠ - شروط إعمال نظرية تحول العقد :

للاخذ بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح . يلزم توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ - بطلان العقد الأصيل : فإن كان العقد الأصيل صحيحاً ، ما ساع بغير الإرادة المشتركة لعاقديه كليهما . التحول عنه إلى غيره . حتى إذا ثبت أنهما كانا يفضلانه عليه . لو وضح لهما الأمر . فإذا رهن . مثلاً . شخص لآخر أرضه رهناً حيازياً صحيحاً . لجهلهما بنظام الرهن الرسمى . ما ساع بغير إرادة الطرفين كليهما ، التحول عن الرهن الحيازى إلى الرهن

(١) تقضى المادة ١٤٠ من القانون الألمانى بأنه : « إذا تمشى التصرف الباطل مع متطلبات تصرف قانونى آخر ، اعتد بهذا التصرف الأخير ، إذا كان من الممكن القول بأن المتعاقدين كانا يرتضيان ، لو علما ببطلان التصرف الأول » .

الرسمى ، حتى إذا ثبت أنهما لو علما بالعقد الثانى . لأبرماه دون الأول . وإذا لزم . للأخذ بفكرة التحول : بطلان العقد الأصلى ، فإنه لا يهتم بعد ذلك أن ينشأ هذا العقد باطلا من الأصل . أو أن ينشأ قابلا للإبطال ثم يقضى بإبطاله (١) .

٢ - تضمن العقد الباطل أركان العقد الذى يصير التحول إليه : فيلزم أن يكون فى الإمكان تلمس أركان العقد الذى يصير التحول إليه فى الواقعة المادية التى تخلفت عن العقد الباطل . فالتحول لا يقوم على استيفاء أركان العقد الجديد من خارج نطاق العقد الباطل (٢) . فلو أن شخصاً ، مثلاً : باع داراً سبق لها أن تهدمت . ووقع البيع لذلك باطلا . ماساخ تحول العقد إلى دار أخرى يملكها البائع . حتى لو دلت الظروف على أن البيع كان ليرد عليها . لو تبين المتعاقدان حقيقة هلاك الدار التى وقع عليها البيع الباطل .

٣ - احتمال انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الجديد : ويلزم . فى النهاية .

(١) انظر : نقض ١٤/٦/١٩٦٦ طعن ٣١/٢٤٣ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥٩ رقم ١٨٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط إعمال نظرية تحول العقد أن يكون العقد كله باطلاً أو قابلاً للإبطال . وخلص من ذلك إلى عدم إمكان إعمالها فى حالة العقد المنعلق على شرط واقف لم يتحقق . وهذا النظر من الحكم يبدو غير سليم فليس يوجد ثمة ما يمنع من إعمال نظريتنا فى حالة عدم تحقق الشرط الواقف الذى علق العقد عليه ، إذا تضمن ، كواقعة مادية ، أركان العقد الذى يراد أن يصير التحول إليه ، واتضح أنه كان من المحتمل أن تنصرف إلى هذا العقد إرادة الطرفين لوتبيننا أن الشرط الواقف مصيره الختمى إلى عدم التحقق .

(٢) انظر : نقض ٢٩/١/١٩٧٠ طعن ٣٥/٤٦٤ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٢١٣ رقم ٣٤ . وقد قضى هذا الحكم بعدم إعمال نظرية التحول فى قضية أبرم فيها عقد لتوزيع مطبوعات هيئة الإذاعة . وتوقع عليه من لا يملكون الصفة فى تمثيلها ، وقضى ببطلانه على هذا الأساس (العوالب هو عدم نفاذ التصرف فى حق هيئة الإذاعة وليس بطلانه) . وقد جاء فى حكم النقض . تبريراً لرفضها الأخذ بتحول العقد : « فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس » . وهذا النظر من الحكم ليس مقنعاً فى ذاته . لأن مؤدى بطلان العقد - وهو شرط إعمال التحول - هو اعتبار أنه لم ينشأ أصلاً . ولكن ليس معنى ذلك أن التحول كان يمكن له أن يكون فى واقعات الدعوى التى صدر فيها الحكم . فهو مستحيل . ذلك لأن هيئة الإذاعة لم تكن مثلاً تمثيلاً قانونياً ، والإتيان بمن يعبر قانوناً عن إرادتها . هو إتيان بعنصر خارجى عن الواقعة المادية المنخفضة عن بطلان العقد ، وبالأحرى عن عدم نفاذه .

أن تدل الظروف على أن المتعاقدين كانا ليرتضيان العقد الجديد . لو أنهما تبينا بطلان العقد الأصلي . فالإرادة الحقيقية لم تنصرف . في واقع الأمر . إلا إلى العقد الباطل . ولكن القاضى يستخلص من ظروف الحال أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ؛ لو أنهما تبينا العيب الذى شاب العقد الأصلي . وأدى إلى بطلانه (١) . صحيح أن القاضى لا يستطيع هنا أن يقطع بأن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، إذا كانا قد علما ببطلان العقد الأصلي . ولكن يكتفى هنا مجرد احتمال هذا الرضاء . وهكذا فالعقد الجديد يقوم . لا على أساس الإرادة الحقيقية لطرفيه ، أى الإرادة التى قصدها فى الحقيقة وواقع الأمر . ولكن على أساس الإرادة الاحتمالية ، أى تلك التى يرى القاضى أن الظروف تدل على أنه كان من المحتمل أن تكون . وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص هذه الإرادة الاحتمالية (٢) ، دون معقب عليه فى ذلك من محكمة التمييز ، طالما جاء استخلاصه سائغاً ، لأن الأمر يتعلق بالواقع .

٢٥١ - الخطأ عند تكوين العقد الباطل :

فى كثير من الأحيان ، يعول الشخص على عقد يبرمه . ويرتب أموراً على أساس قيامه . ثم يفاجأ ببطلان هذا العقد . دون أن يقوم به سببه . ودون

(١) ويلاحظ أن للقاضى هنا دوراً إيجابياً نشطاً فى قيام العقد . وإن لم يكن دوره هنا قائماً على التحكم . وإذا كان دور القاضى ، فى مجال تحول العقد الباطل ، لا يتفق تماماً مع أصيب وظيفته فى صدد العقد ، حيث تقتصر على النظر فى قيامه ثم تفسيره وإعمال حكمه ، فإن المصلحة تقتضيه . ثم إن ذلك ليس المنظر الوحيد للتوسع فى سلطة القاضى فى خصوص العقد . فقد شاء الفكر القانونى المعاصر ، تمشياً مع ما تقتضيه مصلحة الناس . أن يصل بوظيفة القاضى فى بعض الأحيان ، إلى تعديل آثار العقد ، كما هو الحال فى نظرية الظروف الطارئة ، بل إلى حد إهدار ما يراه تعسفياً من شروطه ، كما هو الشأن فى عقود الإذعان .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ طعن ٤٠٧/٣٤ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٤٢٠ رقم ٢١٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح أن تتوافر فيه أركان هذا العقد الأخير ، « وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو تبينا ما بالعقد الأصل من أسباب البطلان » . وخلص الحكم إلى عدم تحول عقد باطل على تحكم شخص معين إلى عقداً آخر صحيح يلتزم فيه الطرفان بتقرير أجراء المحكم ، ولكن بغير سماع دفاع الخصوم . وهذا من الحكم قضاء سليم .

أن ينسب إليه الخطأ في ارتضائه العقد مع العيب الذى شابه . ومثال ذلك أن يلجأ ناقص الأهلية إلى طرق تدليسية^(١) تفلح في أن توهم المتعاقد معه باكتمال أهليته . ثم يتقرر إبطال العقد . ومثال ذلك أيضاً أن يبيع شخص ملك الغير . ثم يضطر المشتري إلى طلب إبطال البيع بعد أن يتبين حقيقة الأمر التى كان يجهلها . ومثال حالتنا كذلك أن يريد تاجر بيع سلعته بجنيهين ، فيخطيء التعبير عن تلك الإرادة . معلقاً على السلعة بطاقة تفيد أن ثمنها جنيه واحد . فيأتى شخص ويرضى شراءها بهذا السعر الأخير . معولاً عليه ، ثم يفاجأ بأن البيع لم يقع . ومثال الحالة التى نحن بصددتها في النهاية : أن يريد شخص حجز غرفة في فندق ليوم معلوم . ثم يرتكب ، عند إخطار الفندق برغبته . خطأ مادياً في تحديد هذا اليوم . في هذه الحالات ومثيلاتها . هل يسوغ للمتعاقد الذى يضار من البطلان حالة ، كونه لم يقع به سببه ولا ينسب إليه خطأ في ارتضائه العقد المشاب به . أن يطالب الطرف الآخر بتعويض هذا الضرر ؟ وإن كان له ذلك فعلى أى أساس ؟

قال Ihering في هذا الصدد بنظرية شهيرة . أطلق عليها نظرية الخطأ عند تكوين العقد *culpa in contrahendo* . ومؤدى هذه النظرية أن العقد لا يرتب الالتزامات التى تتولد عنه عادة فحسب . بل هو يرتب أيضاً على كل من طرفيه التزاماً بتعويض الآخر عن الضرر الذى ينجم له من جراء البطلان الذى قد ينجم بسبب يعزى إليه . وأن بطلان العقد . وإن كان من شأنه أن يهدره بالنسبة للالتزامات الأولى . فهو لا يمسّه بالنسبة إلى الالتزام الأخير . وهكذا يصل Ihering إلى أن المتعاقد الذى قام به سبب البطلان يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى ناله من جراء عدم قيام الصفقة . وذلك بناء على مسئوليته العقدية التى تستمد أساسها من العقد الباطل ذاته . وقد وجدت هذه النظرية صدى خفيفاً في فرنسا . حيث رأى العلامة Saleilles إعمالها مع شيء من التحوير في أساسها ، يتركز في إرجاع

(١) والاتجاه إلى الطرق التدليسية لازم لمسئولية ناقص الأهلية . فلا يكفى منه مجرد الادعاء باكتمال الأهلية لديه . انظر في ذلك : نقض ٣/٣/١٩٧٠ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ٣٩٦ .

المسئولية العقدية عن التعويض الناتج من البطلان . إلى عقد ضمنى يقوم في نفس الوقت إلى جانب العقد الذى يتقرر إبطاله . دون أن يمسه هو الإبطال . ومؤداه التزام كل متعاقد بضمان صحة العقد الذى تقرر إبطاله (١) .

ولم يكتب النجاح لنظرية Ihering . لا في ثوبها الأصيل . ولا بعد التعديل الذى أجراه عليها Saleilles : حتى أن القانون الألمانى نفسه لم يأخذ بهذه النظرية إلا في تطبيقات يسيرة متفرقة .

وقد تضمنت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى لقانوننا ما يفيد إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد عندنا (٢) . وقد حذفت هذه المادة ، فلم تأت في القانون . وقد جاء . تبريراً لهذا الحذف . إن النظرية السابقة « نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها ... » .

وليس هناك من شك في أنه لا يسوغ في قانوننا إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد . كما قال بها Ihering أو كما عدل فيها Saleilles . فهذه النظرية لا تتفق من ناحية . مع القواعد القانونية العامة . وهى من ناحية أخرى غير مفيدة . وفقهاؤنا مجمعون على ذلك .

وإذا استبعدنا . من نطاق قانوننا . إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد التى تقوم على المسئولية العقدية . فليس معنى ذلك أن المتعاقد الذى يعزى

(١) وتفصيل فكرة Saleilles أن المتعاقدين حينما يرتضيان العقد الذى يبرمانه . يتفقان ضمناً على عقد آخر ، مؤداه التزام كل منهما بضمان صحة العقد الأول . فإذا أبطل هذا العقد نتيجة خطأ أحد المتعاقدين أعمل الالتزام المترتب عليه من العقد الذى استهدف به ضمان صحته . ولم تلق هذه الفكرة نجاحاً يذكر . إذ أن القول بوجود فكرة العقد الثانى يكذبه الواقع ؛ حيث إنه يغلب في العمل ألا يفكر المتعاقدان أصلاً في النتائج المترتبة على احتمال بطلان العقد الذى يبرمانه ، ولا في طريقة تفاديه . ثم مع افتراض وجود هذا العقد ، فإن سبب بطلان العقد الأصل يمسه بدوره ، في الكثير من الأحيان ، لاسيما إذا بنى البطلان على عدم توافر الأهلية . (٢) وقد جاءت هذه المادة تقول : « ١ - إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للبطلان ؛ فعلى الطرف الذى يتمسك بالبطلان أن يعرض الطرف الآخر عن الضرر الذى لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد ، دون أن تتجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التى كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحاً . ٢ - على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد في وقوع هذا البطلان ، أو كان يعد بسببه أو بانتهى أن يعلم به » .

إليه خطأ في وقوع البطلان يكون دائماً بمنأى عن المسؤولية . فهذه المسؤولية قد تلحقه . لا على أساس العقد ، وإنما على أساس العمل غير المشروع الذي ارتكبه . وهكذا نصل إلى أن المسؤولية هنا تقصيرية وليست عقدية . فكلما أمكن أن يعزى سبب البطلان إلى خطأ أحد المتعاقدين : كان للمتعاقد الآخر أن يطالبه بالتعويض الذي ناله بسبب عدم قيام العقد . بشرط أن يكون من شأن الظروف الملابسة أن تسوغ له الاعتقاد في صحته .

وقد طبق المشرع نفسه هذه الفكرة في حالة التجاء القاصر إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته . فهو إن منحه هنا حق طلب إبطال العقد . فقد ألزمه بتعويض الضرر الناشئ من فعله الخاطئ (المادة ١١٩) : وفقاً لما سبق لنا بيانه في حينه . وقد طبق المشرع هذه الفكرة أيضاً في بيع ملك الغير . حيث قضى في المادة ٤٦٨ بأنه : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع . فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » . فالقانون يفترض فيمن يبيع ملك غيره الخطأ . حتى لو كان معتقداً أنه يبيع ملكه . وينحول بالتالي للمشتري منه : إذا ما حرم من الصفقة . المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ناله بسبب ذلك . بشرط أن يكون غير عالم بأنه يشتري ملك الغير (١) .

وإلى جانب هذين التطبيقين التشريعيين . تعمل المسؤولية التقصيرية . في كل حالة أخرى . إذا ما توافرت فيها شروطها . فمن يخطئ . مثلاً . فيضع بطاقة على سلعته تفيد أنه يعرض بيعها بسعر معين يخالف ذلك الذي قصده في الحقيقة : يلتزم بتعويض الضرر الناجم لمن عول على شرائها بالسعر المعروض . كما إذا كان قد فوت على نفسه بسببه صفقة أخرى رابحة (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن ثبوت التعويض لمن يشتري ملك الغير نتيجة بطلان البيع هو « تطبيق تشريعي لقاعدة الخطأ عند تكوين العقد (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٩٣) » .

(٢) أنظر ما سبق ، نبذة ٥٤ .

ومن يخطيء في إخطار صاحب الفندق باليوم الذي قصد فيه حجز إحدى غرفه يلتزم بتعويضه عن الضرر الذي ناله من جراء تعويله على قيام العقد .

المبحث الرابع

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

٢٥٢ - نظرية البطلان . في الفقه الإسلامي الحنفى ، أكثر شمولاً وأوسع مدى منها في القانون المعاصر . بل وفي المذاهب الإسلامية الأخرى . ويرتد اتساعها فيه إلى نواح ثلاث . تتعلق أولاً بقيام العقد ، وثانيها بتنفيذ العقد ، وثالثها بلزوم العقد . ونتناول هذه النواحي الثلاث واحدة تلو الأخرى .

٢٥٣ - (أ) بالنسبة إلى قيام العقد :

لتكوين العقد تكويناً كاملاً . يتطلب الفقه الحنفى : كأصل عام . المرور بمرحلتين : مرحلة الانعقاد . ومرحلة الصحة .

فلا بد للعقد . بادىء ذى بدء . من أن ينعقد ؛ فإن لم ينعقد . وقع باطلاً . وإذا انعقد . واجه المرحلة الثانية . وهى مرحلة الصحة ؛ فإن اجتازها ، فهو عقد منعقد وصحيح ؛ وإن لم يجتزها . فهو عقد منعقد . ولكنه فاسد .

وهكذا يجعل الفقه الحنفى عدم سلامة العقد . المتعلقة بذات قيامه وتكوينه تراوح بين مرتبتين : هما البطلان والفساد .

أما المذاهب الإسلامية الأخرى ، فهى لاتجعل . بالنسبة إلى ذات قيام العقد ، ثمة تفاوتاً في عدم سلامته . فالعقد عندها إما منعقد . وإما باطل . ولا شيء أكثر من هذا . حتى أن اصطلاح العقد الباطل واصطلاح العقد الفاسد يقعان فيها مترادفين ^(١) .

(١) وجاء في البدائع (انظر البدائع - ٥ ص ٢٩٩) تأييداً لذلك : « وقال الشافعى ، رحمه الله ، لا حكم للبائع الفاسد . فالبيع عنده قسمان : جائز وباطل لا ثالث لهما . والفاسد والباطل سواء ... » . انظر أيضاً : التلويح (٢ ص ١٢٣) ، حيث جاء فيه : « وعند الشافعى رحمه الله تعالى الباطل والفاسد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح » . انظر كذلك فتح القدير ، ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها .

٢٥٤ - أولاً : العقد الباطل : العقد الباطل . في الفقه الحنفى ، هو ذاك الذى لا تتوافر له مقومات انعقاده . وهذه المقومات يجمعها ما يسمى : « أصل العقد » . فكل ما يخل بأصل العقد يؤدى إلى بطلانه . وهذا ما أرادت المادة ١١٠ من المحلة أن تعبر عنه . بصدد البيع . فجاءت تقول : « البيع الباطل ما لا يصلح أصلاً . يعنى أنه لا يكون مشروعاً أصلاً » .

ويمكن رد « أصل العقد » . الذى يسبب الإخلال به البطلان . إلى التراضى . وإلى المعقود عليه . أو المحل كما نقول في فقه القانون المعاصر . ويدخل في التراضى : (١) توافق الإيجاب والقبول . (٢) اتحاد مجلس العقد . (٣) توافر العقل ، أى التمييز . في كل من العاقلين . أما المحل أو المعقود عليه . فيجمع بين : (١) وجود المال (٢) أن يكون مقدور التسليم . (٣) أن يكون مالا متقوماً .

والعقد الباطل . في الفقه الإسلامى يأخذ نفس حكم العقد الباطل في القانون المعاصر . فهو والعدم سواء . ومن ثم فهو لا ينتج أثراً ما (١) ، باعتباره تصرفاً قانونياً (٢) . ولا يتصحح بالإجازة . ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه . وللقاضى . بل يجب عليه . أن يقضى ببطلانه . ولو من تلقاء نفسه .

(١) وتطبيقاً لذلك ، جاءت المادة ٣٧٠ من « المحلة » ، في صدد البيع . تقول : « البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً . فإذا قبض المشتري المبيع باذن البائع في البيع الباطل ، كان المبيع أمانة عند المشتري . فلو هلك بلا تمتد . لا يضمنه » .

(٢) ولكن انعدام العقد الباطل . باعتباره تصرفاً قانونياً ، لا يمنع من أن له من المقدر صورته . ولهذا فقد يترتب على تنفيذه بعض الآثار القانونية ، ليس باعتباره تصرفاً قانونياً . ولكن باعتباره مجرد واقعة مادية . فالزواج الباطل ، بعد الدخول ، يترتب عليه دره الحد وثبوت النسب ، واستحقاق المهر ، ووجوب العدة . وقد اختلف ، في صدد البيع الباطل الذى يعقبه تسليم المبيع إلى المشتري ، وهلاكه بين يديه لسبب أجنبي عنه لا يد له فيه ، هل تقع تبعه الهلاك على المشتري أم على البائع . وانقسم فقهاء الحنفية في ذلك مذهبين . ففريق منهم يرى في البيع الباطل المقترن بالتسليم واقعة مادية مؤداها تسليم الشيء للمشتري لتحقيق منفعة له ، فتكون يد هذا عليه يد ضمان . فان هلك ، تحمل تبعه هلاكه . والفريق الثانى لا يقيم للبيع الباطل أى اعتبار . ويرى أن يد المشتري على المبيع هى يد أمانة . فان هلك ، بدون تعد منه ، ما لزمه ضمانه ، وتحمل البائع دونه تبعه هلاكه . وقد جاءت المحلة تأخذ بهذا الرأي الأخير ، وذلك في المادة ٣٧٠ منها .

٢٥٥ - ثانياً : العقد الفاسد : الفساد في الفقه الحنفي مرتبة في عدم سلامة تكوين العقد . تجيء بعد البطلان . أما المذاهب الإسلامية الأخرى . فهي لاتفرق بين بطلان العقد وفساده . كما بينا . وهكذا فنظرية الفساد نظرية حنفية محضة .

بل إن الفقه الحنفي لم يقل بنظرية الفساد على وجه الإطلاق والشمول . فهو لم يطلق تطبيقها على كل التصرفات القانونية ، وإنما قصرها على بعضها . دون البعض الآخر . فيخرج من نطاق هذه النظرية التصرفات القانونية التالية : ١ - التصرفات الصادرة من جانب واحد . أى تلك التى لاتعتبر عقوداً . بالمفهوم المعاصر . كالطلاق والوقف والعق . والإبراء من الدين والكفالة (١) .

٢ - العقود غير المالية . كالزواج (٢) والتحكيم .

٣ - العقود التى لاتنقل الملكية التى لاترتب الالتزامات إلا فى جانب واحد كالوديعة والعارية بغير أجر .

وإذا خرجت تلك التصرفات من نطاق دائرة نظرية الفساد . بقيت هذه الدائرة مقصورة على العقود الناقلة للملك كالبيع والشركة والقسمة والصلح .

(١) الكفالة ، فى الفقه الإسلامى ، وبخلاف القانون المعاصر ، لا تعتبر عقداً . بل هى تصرف من جانب واحد . فهى كما تقول المادة ١٦٢ من المجلة : « تنعقد وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده » .

(٢) ويلاحظ أن فقهاء المسلمين يميزون مع ذلك بين الزواج الباطل والزواج الفاسد . ولكن معيار التمييز هنا لا يقوم على الاعتقاد وعدمه . كما هو الشأن فى التمييز بين الباطل والفساد بوجه عام . فكلا الزواج الباطل والفساد غير منعقد . ولكن التمييز بينهما يقوم على وجود شبهة استحلال المتعة من عدمها . فالزواج الفاسد هو الذى من شأنه أن توجد فيه شبهة استحلال المتعة ، كالزواج بلا شهود ، وزواج المعتدة قبل إنقضاء عدتها . والزواج الفاسد ، لكون شبهة استحلال المتعة تقوم فيه ، يرتب ، إذا ما اقترن بالدخول ، بعض الآثار . فيثبت به النسب ، ويستحق المهر ، وتجب العدة ويرتفع الحلد .

أما الزواج الباطل ، فيقصد به ذلك الذى يكون فيه سبب التحريم من القوة والظهور بحيث لا تقوم فيه شبهة استحلال المتعة ، كزواج المحارم . وهو يقع بمشابة « الزنى » فلا يثبت به نسب ، ولا يستحق مهر ، ولا يرتفع معه الحلد فى الراجع من الآراء .

وغيرها من العقود الملزمة للجانبين كالإيجار . أما التصرفات المستبعدة . فلا يتراوح عدم سلامتها إلا بين الصحة والبطلان . فهي إما صحيحة . وإما باطلة .

والعقد الفاسد بخلاف العقد الباطل . يستجمع شروط انعقاده . أي يتوافر فيه ركن العقد وشرائط هذا الركن . أو هو : بعبارة الفقه الحنفي . يستحوز على كل ما يدخل في « أصل العقد » . ولكن العقد الفاسد ينقصه . لكي يكون عقداً صحيحاً . صفة من الصفات أو وصفاً من الأوصاف . التي يستلزمها القانون في الأمور التي تدخل في « أصل العقد » والتي ترتد : كما سبق لنا أن بينا . إلى التراضي والمعقود عليه . وهكذا فالبطلان جزاء لاختلال « أصل العقد » . أما الفساد . فهو جزاء لاختلال « وصف العقد » . وبعبارة الفقهاء أنفسهم . العقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه . أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله . دون وصفه . وقد جاءت « المحلة » متمشية مع هذه الفكرة في تعريف البيع الفاسد . حيث قضت . في المادة ١٠٩ بأنه : « البيع الفاسد هو المشروع أصلاً لا وصفاً . يعني أنه يكون صحيحاً باعتبار ذاته . فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجية » .

والأوصاف التي يتطلب الفقه الحنفي توافرها فيما يدخل في « أصل العقد » والتي تكون ما يسمى فيه : « وصف العقد » . والتي من شأن تخلف أحدها أن يسبب فساد العقد ؛ هذه الأوصاف . يمكن ردها إلى ستة : أولها يتعلق بالتراضي . وهو وجوب خلوه من الإكراه . والأوصاف الباقية تتعلق بالمحل أو المعقود عليه . وهي الخلو من الجهالة الفاحشة والغرر والضرر والربا والشرط الفاسد . وهكذا نرى أن الإكراه (١) . والجهالة الفاحشة

(١) الإكراه سبب للفساد في الرأي الراجح في الفقه الحنفي . وهو ما يقول به الإمام وصاحبه . أما زفر . فيرى في الإكراه سبباً لاعتبار العقد موقوفاً على اجازة المكره ، وليس فاسداً . أما « المحلة » فلم تصرح ، في باب الإكراه . بأثره على العقد مكتفية بالقول بأن العقد يقع « غير معتبر » (المادة ١٠٠٦) . وإن كنا قد فسرنا ذلك على أنه يعني فساد العقد (انظر مؤلفنا : مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي نبذة ١١٧) . وهذا هو بالفعل ما صرحت به « المحلة » بعدد الإيجار ، حيث جاءت المادة ٨٤ ؛ تقول بأنه يشترط لصحة الاجارة « رضا العاقدين » . والمقصود بالرضا هنا هو المعنى الخاص في الفقه الإسلامي ، أي ارتياح العاقد إلى ما أراده ، نتيجة صدور إرادته عن طواعيه واختيار . وليس عن قسر وإكراه .

والغرر (١) ، والربا ، والشرط الفاسد . تنهض في الفقه الحنفي . أسباباً
لفساد العقد . في حين أنها . بوجه عام . تنهض أسباباً للبطلان . في
المذاهب الإسلامية الأخرى .

٢٥٦ - أثر العقد الفاسد : وإذا فرغنا من الحالات التي يقع فيها العقد
فاسداً في الفقه الحنفي ، لنحدد حكمه فيها ، وجدنا هذا الحكم ، في العقود
التي تقتضي تسليم المعقود عليه كالبيع . يختلف باختلاف ما إذا كان هذا
التسليم . أو القبض كما يسمى في الفقه الإسلامي ، قد تم . أو لم يتم .

٢٥٧ - أثر العقد الفاسد قبل القبض : العقد الفاسد . قبل القبض .
لا ينتج أي أثر على الإطلاق . فبرغم أنه منعقد ، وله بالتالي وجود قانوني .
إلا أن وجوده هذا يبلغ من الضعف حداً بحيث إنه : بذاته وبمحورده . وقبل
أن يدعم بالقبض ، لا ينتج أي أثر ، ويكون بمثابة العدم ، شأنه في هذا شأن
العقد الباطل تماماً . فالبيع الفاسد . مثلاً . قبل تسليم المبيع إلى المشتري .
لا يترتب عنه أي التزام لا على البائع ، ولا على المشتري ، ويجوز لكل من
منهما التمسك بفسخ (٢) العقد (٣) . إن صراحة وإن دلالة . وللقاضي .

(١) والغرر المفسد للعقد هو ذلك الذي يتعلق بوصف في الشيء أو في مقداره ، كـ إذا
باع شخص بقرة على أنها حامل (فهنا يوجد غرر في الوصف . إذ قد لا تكون البقرة حاملاً) ،
أو على أنها تدر كذا رطلاً من اللبن (فهنا غرر في المقدار ، إذ قد لا تدر البقرة كل القدر
المحدد) . أما الغرر في أصل وجود المعقود عليه فيؤدي إلى بطلان العقد كلية . إذ التعاقد يعتبر هنا
وارداً على معدوم . والعقد الذي يرد على المعدوم باطل . ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص الفرس
الذي في بطن أمه ، أو أن يبيع الصائد ضربة شبكته ، أي ما عساه أن يصطاده بها ، أو أن يبيع
الفائض ثمرة غوصته .

(٢) يستعمل الفقهاء هنا اصطلاح « فسخ العقد » للدلالة على إزالة العقد الفاسد . وهو استعمال
لا يتمشى مع مدلول الفسخ في لغة القانون المعاصر ، الذي يعني حل الرابطة في العقد الصحيح .
ويبدو أن فقهاء الحنفية يستعملون هنا اصطلاح الفسخ نتيجة تأثرهم بفكرة أن العقد الفاسد هو
عقد منعقد ، أي أن له وجود قانوني . وهذه المثابة يكون لاصطلاح « الفسخ » هنا مدلول يفارب
مدلول اصطلاح « الإبطال » في قانوننا المعاصر .

(٣) بل إنه يبدو أن طلب فسخ العقد الفاسد يمثل أمراً مندوباً إليه ديانة ، اعتباراً بأن برء
العقد الفاسد معصية ، على العاقد التوبة منه بفسخه (انظر في ذلك البحر الرائق : ص ٩١) .

بل عليه ، أن يحكم بفسخ العقد الفاسد . ولو من تلقاء نفسه . والعقد الفاسد لا يتصحح بالإجازة (١) أبداً (٢) . وعلى العموم . يأخذ العقد الفاسد ، قبل القبض . حكم العقد الباطل . هذا هو حكم العقد الفاسد قبل القبض في الفقه الحنفي . وقد أقرته « المجلة » في المادة ٣٧١ منها (٣) .

٢٥٨ - أثر العقد الفاسد بعد القبض : العقد الفاسد يتدعم بعض الشيء بالقبض ، أى بتسليم المعقود عليه ممن يلتزم به إلى العاقد الآخر (٤) . وهذا هو جوهر نظام العقد الفاسد في الفقه الحنفي . وهو الذى يميزه عن العقد الباطل . وليس معنى قولنا إن العقد الفاسد يتدعم بعض الشيء بالقبض أنه يصير صحيحاً . فهو يظل فاسداً . كل ما هنالك أن أثر فسادہ يخف . ومظهر استمرار الفساد أنه يبقى ، كقاعدة عامة . لأى من العاقلين التمسك بالفسخ . على حسب الرأى الراجح في المذهب الحنفي (٥) . ووفقاً لما تقضى به المجلة (المادة ٣٧٢) .

أما مظهر دعم العقد الفاسد بالقبض فيتركز في أنه يفيد حكمه وينتج أثره . فالبيع الفاسد ، بعد تسليم المبيع للمشتري . ينقل الملكية لهذا الأخير . وإذا هلك بين يديه . تحمل تبعه الهلاك . وفي ذلك تقضى المادة ٣٧١ من المجلة بأنه : « البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض . يعنى أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكا له . فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري . لزمه الضمان . يعنى أن المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله . وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه » .

(١) انظر البدائع ، ص ٣٠١ .

(٢) ومن ثم يجوز للعاقد أن يتمسك بفسخ العقد الفاسد . ولو كان قد سبق له أن تنازل عن حقه في ذلك . وإذا مات العاقد ، كان لوارثه أن يتمسك بفسخه مكانه .

(٣) جاءت المادة ٣٧١ من « المجلة » تقول في صدرها : « البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض » فهو . بمفهوم المخالفة . تفيد أن البيع الفاسد لا ينتج أثراً قبل القبض .

(٤) والمقصود بالقبض هنا هو ذلك الذى يحصل طوعية واختياراً . فيلزم في البيع . مثلاً ، أن يتم تسليم المبيع إلى المشتري برضاء البائع .

(٥) على أنه إذا كان فساد العقد راجعاً إلى تضمنه شرطاً غير جائز شرعاً ، فإن الرخصة في التمسك بالفسخ لا تبقى إلا إلى الوقت الذى يزول فيه سبب الفساد .

يبد أن الملكية التي تنتقل بمقتضى العقد الفاسد المقترن بالقبض ، بيعاً كان أم هبة أم صلحاً أم غيرها ، ليست هي الملكية العادية التي تترتب بمقتضى العقد الصحيح . فهي ملكية من نوع خاص . هي ملكية تعطى صاحبها مكنة التصرف ، دون مكنة الانتفاع . فليس للمشتري بعقد فاسد أن ينتفع بالمبيع . فلو كان المبيع قيصاً ، مثلاً . ماحق له لبسه . وإن كان جارية ، ما ثبت له حل وطبها . أما التصرف في الشيء . فتعطيه الملكية الناتجة عن العقد الفاسد . سواء أكان هذا التصرف قانونياً أم مادياً . فيجوز للمشتري . بمقتضى البيع الفاسد . بعد أن يقبض المبيع . أن يتصرف فيه : بأن يبيعه أو يهبه أو يرهنه . مثلاً . ويقع هذا التصرف منه صحيحاً . ولا يسوغ للبائع الأصلي بعد أن يتصرف المشتري في المبيع إلى مشتر ثان ، مثلاً . أن يسرده من هذا الأخير . الذي ثبت له ملكية تامة . شاملة للانتفاع والتصرف معاً ، على فرض أن عقده هو صحيح . وليس فاسداً . وكما يجوز لمكتسب الملكية بمقتضى العقد الفاسد المقترن بالقبض أن يتصرف في الشيء تصرفاً قانونياً من بيع ونحوه . فيجوز له كذلك . أن يجري فيه التصرفات المادية التي تغير من ذاتيته . كالقمح بصير دقيقاً . أو تغير فقط من صورته ، كإقامة بناء على الأرض الفضاء أو غرس الأشجار فيها أو حتى تعمير دار مخربة . فإذا حصل تصرف مادي من هذا القبيل ، ثبتت الملكية التامة لمن كان قد كسبها بالعقد الفاسد . وبطل حق المالك الأصلي في فسخ العقد ، واستحال عليه بالتالي استرداد الشيء .

خلاصة كل ذلك أن العقد الفاسد ، إذا كان بطبيعته ناقلاً للملك ، كالبيع والهبة . واقترن بالقبض الاختياري ، فإنه ينقل ، إلى المتصرف إليه . ملكية من نوع خاص . تخول التصرف دون الانتفاع . ويطلق الفقهاء على هذا النوع من الملكية التي تثبت بمقتضى العقد الفاسد اصطلاح « الملكية الخبيثة أو الملك الخبيث » (١) .

(١) ولا جدال في غرابة هذا النوع من الملكية ، فهي ، من ناحية ، تشمل من عناصر الملكية للتصرف ، وهو الأكثر ، دون أن تتضمن الأقل ، وهو الانتفاع . وهي ، من ناحية ثانية ، تبين لصاحبها أن ينقل إلى غيره ملكية تامة ، في حين أنها ، هي في ذاتها ، ملكية ناقصة أو =

وقد جاء في « المحلة » ما يؤيد أنها تأخذ بالرأى الراجح في الفقه الحنفى ،
ومؤداه أن العقد الفاسد المقترن بالقبض لا يمنح إلا ملكية خبيثة ، مقصورة

« خبيثة » كما يقولون . وهكذا نرى الشخص يعطى من الحقوق أكثر مما له ، في حين أن القاعدة أن
فاقد الشيء لا يعطيه ، وأن الشخص لا يستطيع أن يعطى أكثر مما له . ومع ذلك فهذا النوع من
الملكية يلعب دوراً بالغ الخطورة والأهمية ، وذلك على الأخص في مجال حماية الغير الذين
يتعاملون مع صاحب الملكية الخبيثة ، كن يشترى منه الشيء أو يرثه . فهؤلاء الغير يرون أنفسهم
في مأمن تام من نتائج فساد عقد السلف . إذ لا يستطيع من ملك هذا السلف (كالبائع له مثلاً)
أن يسترد الشيء من بين أيديهم ، استناداً إلى فساد العقد . وتبرز أهمية هذه الحماية للغير ، إذا
علمنا أن أسباب فساد العقود كثيرة ، تحت ظل الفقه الإسلامى الحنفى ، تجمع بين الأسباب
العامة التى بينها فى المتن ، والأسباب الخاصة بالفساد فى كل عقد على حدة . وكثيراً ما يجهل الغير
بوجود سبب منها يشوب عقد من يتعاملون معه . ثم أن أسباب الفساد ترجع ، كما سبق لنا أن بيناه
فى المتن ، إلى مجرد أوصاف تلمق العقد أو « وصف العقد » كما يقولون . ومن ثم كثيراً ما تدق
على الغير معرفة هذه الأسباب ، بل كثيراً ما تدق هذه المعرفة حتى على العاقلين نفسيهما . من هنا
وهناك ، كان الغير الذين يتعاملون مع مكتسب الملكية بعقد فاسد ، أى صاحب « الملكية الخبيثة » ،
كما يقولون ، فى حاجة ماسة للحماية . وتجيء نظرية فساد العقد ، فى الفقه الحنفى ، توفر تلك
الحماية لهم . بل إنها ، على ما يبدو ، تسرف فى إضفاء الحماية عليهم ، لأنها لا تفرق ، وفق ما
استبين لنا من كتابات الفقهاء ، بين الغير حسن النية ، أى الذين يجهلون سبب الفساد ، والغير
سيئ النية . أى أولئك الذين يعلمون بفساد عقد ملكهم .

على أية حال ، لا يملك المنصف إلا أن يحنى هامته إجلالاً وتقديراً للفقه الإسلامى ، مثلاً فى
الفقه الحنفى ، حيث عد ، من أكثر من اثنى عشر قرناً من الزمان ، إلى غاية باللغة السمو ، وهى
حماية الغير ، استقراراً للمعاملات بين الناس . وإن كان ذلك فى حيز محدود مقصور على من
يتعاملون مع مكتسب الملكية بمقتضى عقد فاسد . وإن كنت الوسيلة التى استخدمت يمكن أن يقال
عنها إنها لا تبلغ حد الإتقان . من حيث تمثيلها مع أصول الفن الحديث فى الصياغة .

بل إن عبقرية الفقه الإسلامى تبرز بشكل أوفى ، إذا لاحظنا أن فى الفقه المالكي اتجاهاً واضحاً
لتعميم الحماية على الغير الذى يتعاملون مع شخص يكون قد توصل إلى انشئ نتيجة عقد باطل ،
يدعى نعمام الشامل لاصطلاح البطلان (انظر فى ذلك دردير الدسوقى ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص
٧٠ وما بعده) ابن رشد ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩١ — وانظر أيضاً Linant de Bellefonds
نبذة ١٣٤ .

وأياً ما كان الأمر ، فإن عبقرية الفقه الإسلامى ، فى المجال الذى نحن بصدد لا يمكن أن
تقدر حق قدره . إلا إذا لاحظنا أن الفقه الأوروبى . لم يعمد إلى حماية الغير الذين يتعاملون مع
شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته من حيث ملكيته للشيء الذى يتعاملون معه فيه ، إلا فى وقت
متأخر جداً ، يبعد بأكثر من إثنى عشر قرناً من الزمان وذلك بمقتضى نظرية أخذت تتغلغل فى حنايا
التقنين المعاصر ، وإن كانت لم تستقر بعد وترسخ بشكل مطلق تام . وهذه هى نظرية المظهر
الخارجى يعنى المندوع ، أو كما يقال عادة وبعبارة أكثر شيوعاً وإن كانت أقل دقة ، الغلط
نشأه يولد الحق error communis facit jus .

على التصرف دون الانتفاع . فقد وردت المادة ٣٦٦ منها تقضى بأنه : « البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض . يعنى يصير تصرف المشتري في المبيع جائزاً حينئذ » وجاءت المادة ٣٧٢ . بعد أن بينت أنه لكل من العاقلين في البيع الفاسد أن يفسخه ، تقول : « ... إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر . أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله ، كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً . أو تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً . بطل حق الفسخ في هذه الصور » .

هكذا يظهر أن العقد الفاسد . بعد القبض . لا يصبح كالعقد الصحيح . فالقبض لا يظهر العقد الفاسد من فسادة تطهيراً تاماً . فهو يقتصر على أن يمنحه بعض القوة وليس كلها . فهو إن كان من طبيعته أن ينقل الملك كالبيع . إلا أنه لا يعطى إلا ملكية خبيثة . محدودة بالتصرف ولا تشمل الانتفاع . ثم إن العقد الفاسد ينطوي على ناحية أخرى من نواحي الضعف . فإذا تعذر رد الشيء . حتى في الأحوال التي يبطل فيها حق الفسخ نتيجة لإجراء التصرف . فلا يستحق المالك الأصلي (البائع في العقد الفاسد مثلاً) البذل المسمى في العقد وإنما يستحق قيمته . أى ثمن المثل . فإذا باع شخص أرضاً . مثلاً . وكان البيع فاسداً . وتسلمها المشتري . ثم باعها هذا الأخير إلى ثالث أو بنى عليها داراً . وتعذر بذلك على البائع الأصلي فسخ العقد الفاسد واسترداد الأرض . فإنه يحق له . في مقابلها . أن يطالب المشتري بقيمة الأرض عند القبض . لا الثمن المسمى في العقد . وكذلك الشأن تماماً . لو هلك المبيع في يد المشتري (المادة ٣٧١ مجلة) .

٢٥٩ - (ب) بالنسبة إلى نفاذ العقد :

رأينا أن العقد . في الفقه الحنفى يمر . وهو في سبيل اكتمال تكوينه . بمرحلتين : مرحلة الانعقاد . ومرحلة الصحة . فما لا يجتاز مرحلة الانعقاد . فهو باطل . وما يجتازها ، فهو منعقد . والعقد المنعقد يواجه المرحلة الثانية : وهي مرحلة الصحة . فإن لم يجتزها . فهو فاسد . وإن اجتازها فهو صحيح .

ولكن هل يكفي مرور العقد بمرحلة الصحة . حتى يفلح في إنتاج آثاره ؟
القانون المعاصر يجيب بنعم . حيث إن آثار العقد ، تحت ظله ، ترتب
عنه بمجرد قيامه ، أى بمجرد توافر أركانه . وبعبارة أخرى بمجرد انعقاده ،
حتى لو كان ينطوى على سبب يصلح لإبطاله . مادام هذا الإبطال لم يقض به
بالفعل . وهو لا يرتب آثاره بداهة ، إلا بين عاقيه . فهو لا يرتب آثاراً ما
فى مواجهة غير عاقيه . طالما ظلوا أجنب عنه : لم يشتركوا فيه بإقرارهم إياه .
أما الفقه الحنفى ، فلا يسمح للعقد دواماً أن يرتب آثاره ، بمجرد أن
يكون منعقداً وصحيحاً . ومن هنا كان انقسام العقود . بالنسبة إلى إنتاج آثارها
إلى عقد نافذ وآخر موقوف .

فالعقد النافذ هو الذى ينتج آثاره . أو هو ذاك الذى يفيد حكمه . كما
يقول فقهاء الشريعة . أما الموقوف فهو كما يدل عليه اسمه : ذاك الذى
تكون آثاره غير نافذة الآن . وتتطلب لنفاذها حصول إجازة العقد .

ونظام العقد الموقوف ، يقول به الفقه الحنفى ، والفقه المالكى . ولا يأخذ به
الفقه الشافعى . كما أنه لا يأخذ به أيضاً الفقه الحنبلى فى مجموعه ^(١) . وقد
جاءت « المحلة » وهى كما نعلم : تكاد تكون مجرد تقنين للراجع فى الفقه
الحنفى . تأخذ بدورها بنظام العقد الموقوف . وجاءت المادة ١١١ منها .
بصدد البيع . تقول : « البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير . كبيع
الفضولى ^(٢) » . ثم جاءت المادة ٣٧٧ تقول : « المبيع الموقوف . يفيد
الحكم عند الإجازة » .

(١) فهناك رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ، يأخذ فيها بنظام العقد الموقوف .

(٢) يقصد ببيع الفضولى ، فى ظل الفقه الإسلامى . ما نطلق عليه نحن ، فى لغة القانون
المعاصر ، « بيع ملك الغير » . ويجب التحرز من الخلط بين مدلول اصطلاح « الفضولى »
فى لغة فقهاء المسلمين ومدلوله فى لغة القانون المعاصر . فالفضولى فى لغة الأولين من الفضول أى
التطفل ، فى حين أنه الفضولى « أو » الفضالة « فى لغة القانون المعاصر أريد لها أن يكونا من
الفضل ، اعتباراً بأن الفضالة تتمثل فى قيام الشخص عن قصد بأمر عاجل لمصلحة آخر ، دون
أن يكون ملزماً بذلك قانوناً (المادة ١٨٨) . وشتان بين الفضل والفضول .

ويمكن رد أسباب وقف العقد ، في الفقه الحنفى وفي « المجلة » . إلى أمرين أساسيين : نقص الأهلية . وتعلق حق الغير .

فالعقد الذى يبرمه ناقص الأهلية . وهو الصبى المميز والمعتوه ^(١) . ثم السفية وذو الغفلة بعد الحجر عليهما ، إذا كان دائراً بين النفع والضرر ^(٢) كالبيع والإيجار . يقع موقوفاً على إجازة الولي (انظر المادة ٩٦٦ مجلة بشأن الصغير المميز . والمادة ٩٧٨ مجلة بشأن المعتوه ، والمادة ٩٩٣ مجلة بشأن السفية) . وذلك بخلاف العقد الذى يبرمه عديم التمييز . وهو الصبى غير المميز ، إذ هو باطل أصلاً .

ولمى جانب العقد الذى يبرمه ناقص الأهلية . يقع موقوفاً كل عقد يبرمه شخص . ويكون من شأنه أن يؤثر في حق متعلق بالغير . إذ هو يقع هنا موقوفاً على إجازة هذا الغير . ومثال ذلك بيع الفضولى (بالمعنى الإسلامى لكلمة الفضولى ^(٣)) ، أو بيع ملك الغير كما نقول في لغة القانون المعاصر . إذ هو يقع موقوفاً على إجازة صاحب المال ^(٤) (المادة ٣٧٨ مجلة) . ومثال ذلك أيضاً بيع الراهن الشيء المرهون . يقع موقوفاً على إجازة المرتهن . وبيع الشيء المؤجر . حيث يقع موقوفاً على إجازة المستأجر . ومثال ذلك . في النهاية . بيع النائب الذى يتجاوز به حدود نيابته . فهو يقع موقوفاً على إجازة الأصيل .

(١) المعتوه في ظل الفقه الإسلامى اخن ناقص الأهلية وليس عديمها . وهو في ذلك يتخالف مع المجنون الذى هو عديم الأهلية . وإن كانا يتفقان في أنهما محجور عليهما لذاتهما ، أى لمجرد قيام حاله المعتة أو الجنون ، وبغير حاجة إلى حكم القاضى . أما في قانوننا المصرى ، فالمعتوه يأخذ حكم المجنون في أن كلا منهما يعتبر عديم الأهلية ، وإن كان ذلك لا يقع ، كأصل عام ، إلا بقضاء القاضى بتوقيع الحجر عليهما .

(٢) أما إذا كان عقد ناقص الأهلية نافعاً له نفعاً محضاً كان صحيحاً وناظراً بدون حاجة إلى إذن وليه . وإذا كان ضاراً به ضرراً محضاً . فهو باطل أصلاً .

(٣) راجع ما سبق ص ٥١٦ هامش (٢) .

(٤) ويشترط هنا لإجازة بيع الفضولى ، أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والشيء المبيع قائماً عند الإجازة . فإذا مات أحد هؤلاء الأشخاص ، أو هلك المبيع ، ما صحت الإجازة ، وانفسخ البيع (انظر في ذلك المادة ٣٧٨ من « المجلة ») .

والعقد الموقوف . في فترة إيقافه . لا ينتج أثراً ما : برغم أنه منعقد وصحيح . وهو على ما يبدو . يكون موقوف الأثر . ليس فقط بالنسبة إلى العاقد الذي قام به سبب الإيقاف ، بل أيضاً بالنسبة إلى العاقد الآخر . فإذا باع ، مثلاً ، ناقص الأهلية ماله ، ووقع بيعه بالتالي موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه . ساغ له . إذا ما طالبه المشتري بتنفيذ البيع . أن يدفع بوقفه . طالما أن إجازة وليه لم تلحقه . وكذلك الشأن تماماً بالنسبة إلى المشتري : لو طالبه البائع بدفع الثمن . مثلاً .

ويلاحظ الفرق الأساسي بين العقد الموقوف . في الفقه الإسلامي وبين العقد القابل للإبطال في القانون المعاصر . فهما ليسا صنفين . بل يكادان أن يكونا ضدّين . ففي حين أن العقد الموقوف لا ينتج أثره حتى يجاز . فالعقد القابل للإبطال ينتج أثره إلى أن يبطل . فالإجازة . في العقد الموقوف ، هي التي تجعله ينتج آثاره . ولكنها لا تجعل العقد القابل للإبطال ينتج أثره فهو ينتج ذلك الأثر قبلها . ومن يوم انعقاده . وتقتصر الإجازة بالنسبة إليه ، على أن تزيل عنه خطر البطلان الذي يهدده .

٢٦٠ - (ج) بالنسبة إلى لزوم العقد :

رأينا أن العقد . في الفقه الحنفي وفي المجلة . لكي يصل إلى إنتاج أثره ، أو إفادة حكه كما يقولون ، يلزم أن يمر بثلاث مراحل : الانعقاد والصحة والنفاد . ولكن هل معنى ذلك أن العقد . إذا مر بهذه المراحل الثلاث . يعتبر أنه قد وصل إلى الذروة في مراتب العقد ؟ الجواب : لا .

فهناك لذلك مرحلة رابعة وأخيرة . تلك هي مرحلة اللزوم . ويقصد بفكرة « اللزوم » في العقد ، على وجه العموم . الحالة التي يكون فيها العقد مستعصياً على أن ينفرد أحد العاقلين ، برغم إرادة الآخر ، بنقضه أي فسخه . ولما كان الفقه الإسلامي يتسم بالكثير من السخاء من حيث منح أحد العاقلين أو كليهما على حسب الأحوال . الرخصة في فسخ العقد بعد انعقاده . أو منحه « الخيار » في ذلك . كما يقولون . فإنه يمكن تعريف العقد اللازم . على نحو ما تقول به

المجلة بأنه العقد « العارى عن الخيارات »^(١) ، أو هو العقد الذى لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه بعد انعقاده^(٢) .

والخيارات التى يثبت بمقتضاها لأحد العاقدين الرجوع فى العقد بعد انعقاده ، والتى يترتب بالتالى على وجود أحدها أن يصير العقد غير لازم ؛ هذه الخيارات كثيرة . فى الفقه الإسلامى بوجه عام ، وفى المجلة بوجه خاص ، أهمها خيار الشرط^(٣) ، وخيار الوصف^(٤) ، وخيار النقد^(٥) ، وخيار الرؤية^(٦) .

(١) انظر المادة ١١٤ من المجلة .

(٢) راجع المادتين ٣٧٥ و ٣٧٦ من المجلة .

(٣) انظر فى خيار الشرط فى عقد البيع ، المجلة . المادة ٣٠٩-٣٠٠ .

(٤) انظر ، فى خيار الوصف فى البيع ، المجلة . المادة ٣١٢-٣١٠ .

(٥) انظر ، فى خيار النقد فى البيع ، المجلة ، المادة ٣١٣ - ٣١٥ .

(٦) انظر ، فى خيار الرؤية فى البيع ، المجلة ، المادة ٣٢٠ - ٣٣٥ .