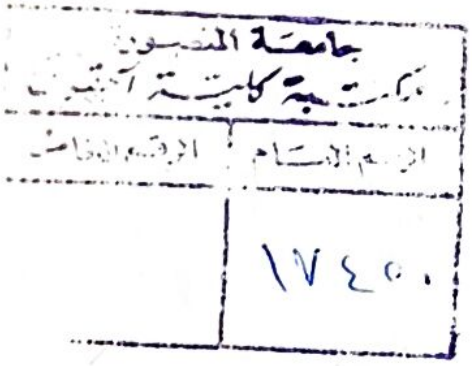
دكتور محمد لبيب شنب

استاذ القانون المدنى بجامعة عين شمس
والمحامى امام محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا



دروس
فى
نظرية الالتزام

مصادر الالتزام



١٩٧٦ - ١٩٧٧

دار النهضة العربية
٣٩ شارع عبد الخالق ثروت

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

فى التعريف بالالتزام وبيان مصادره

١ ــ تعريف الالتزام

١ ــ الالتزام واجب قانونى على شخص معين يسمى الملتزم أو المدين بمقتضاه يكون على هذا الشخص أن يقوم بأداء مالى لمصلحة شخص آخر يسمى الدائن [1] .

ويسمى هذا الواجب التزاما إذا نظرنا إليه من ناحية الملتزم به، ويسمى حقاً شخصياً أو حق دائنية إذا واجهناه من ناحية الدائن المقرر لمصلحته .

ويستخلص من هذا التعريف ما يأتى :

١ ــ **الالتزام واجب قانونى** : أى واجب يعتد به القانون ، ويظهر هذا الاعتداد فى أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختيارا ، فإنه يجبر على هذا التنفيذ . ويعبر عن ذلك بأن الالتزام يتكون من عنصرين : عنصر المديونية وعنصر المسئولية .

فالمديونية هى الواجب الملقى على عاتق المدين بالقيام بالأداء المطلوب .

---

(١) قرب : منصور مصطفى منصور فى دروسه ص ٢ .

والمسئولية هى إمكان جبر المدين على القيام بهذا الأداء إذا لم يقم به عن اختيار وطواعية (٢) .

أما إذا كان أمر الوفاء بالأداء متروكا لإرادة المدين ، دون أن يكون للدائن إجباره على هذا الوفاء إن هو امتنع عنه، فلا نكون بصدد التزام بالمعنى الدقيق ، بل نكون بصدد واجب أخلاقى أو دينى ، وأحيانا بصدد التزام طبيعى أو ناقص أى أو التزام لا جبر فى تنفيذه.

٢ — الالتزام واجب يقع على شخص معين . فلا يتصور وجود التزام إلا إذا وجد شخص معين يتحمل به هو المدين .

أما من يتقرر الالتزام لمصلحته وهو الدائن فيتصور عدم وجوده أو عدم تعيينه عندنشوء الالتزام . ومثال ذلك أن يوجه شخص للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين كالعثور على شيء ضائع ، ففى هذه الحالة يوجد التزام على عاتق الواعد بالجائزة (المدين) ، ولكن لا يوجد دائن بهذا الالتزام وقت صدور الوعد . كذلك إذا أمن شخص على حياته لمصلحة ورثته فإن شركة التأمين تتحمل بالالتزام بأداء مبلغ التأمين فى حالة وفاته ، ولكن الدائن بهذا الالتزام وهم الورثة لا يتعينون عند إبرام عقد التأمين ، بل عند وفاة المؤمن له .

فوجود المدين وتعيينه شرط لنشوء الالتزام . أما وجود الدائن وتعيينه فلا يشترط إلا عند تنفيذ الالتزام .

٣ — محل أو موضوع الالتزام هو قيام المدين بأداء مالى — هذا الأداء قد يكون نقل حق إلى الدائن كما هو الحال فى التزام البائع قبل المشترى ، وقد يكون القيام بعمل لا يتضمن نقل حق كإصلاح شيء مملوك للدائن ،

---

(٢) يعتبر بعض الشراح كل من هذين العنصرين مستقلا عن الآخر . وهذه هى نظرية ازدواج عناصر الالتزام . ويرى آخرون ان عنصر المسئولية يتوقف على عنصر المديونية . وهذه هى نظرية وحدة الالتزام .

وأخيراً قد يكون الأداء عبارة عن امتناع المدين عن عمل معين كان يجوز له القيام به لو لم يوجد الالتزام كامتناع تاجر عن منافسة تاجر آخر ، أو امتناع ممثل عن التمثيل فى مسرحية معينة .

ويجب أن يكون الأداء ماليا ، أى يمكن تقويمه وتقديره بالنقود ، فإذا كان المطلوب من المدين مما لا يمكن تقويمه بالنقود ، لم نكن بصدد التزام بالمعنى المقصود فى القانون المدنى ، ولا ينفى ذلك عن الأداء أنه واجب قانونى ، فأداء الخدمة العسكرية واجب قانونى ولكنه ليس التزاماً مدنياً لأنه لا يقوم بالنقود ، كذلك فإن تربية الأطفال واجب قانونى ولكنه ليس التزاماً مدنياً ،

ويلاحظ أن وجوب كون الأداء ماليا لا يعنى بالضرورة أن تكون مصلحة الدائن فى هذا الأداء مالية ، فقد تكون المصلحة التى تتحقق للدائن من قيام المدين بما هو مطلوب منه مصلحة أدبية أو معنوية ، ورغم ذلك يعتبر الأداء ماليا ، إذ يمكن تقديره بمبلغ من النقود .

فإذا تعاقد متفرج مع صاحب مسرح أو (سينما) على مشاهدة المسرحية أو (الفيلم) المعروض ، فإن صاحب المسرح أو السينما يكون مدينا بالتزام مدنى بالمعنى الدقيق ، وليس بمجرد واجب قانونى ، ذلك أنه رغم أن المصلحة التى قصد المتفرج تحقيقها من وراء هذا العقد هى مصلحة أدبية أو معنوية إذ هى الترفيه عن النفس ، فإن الأداء المطلوب وهو عرض المسرحية أو الفيلم عمل يقوم بالنقود ، أى أنه أداء مالى ، كذلك الحال بشأن التزام فنان برسم لوحة زيتية ، والتزام شركة ملاحة بترتيب رحلات للنزهة (٣) .

---

(٣) ويلاحظ ان شرط مالية الاداء ليس محل اجماع من الشراح : انظر=

٣ ـ المذهب الشخصى والمذهب المادى للالتزام :

كان جوهر الالتزام قديما يكمن فى طرفيه : الدائن والمدين ، ولذلك كان الالتزام يعتبر رابطة شخصية بين هذين الطرفين ، بحيث لا يمكن تصور نشوء الالتزام إلا إذا وجد الدائن والمدين ، وتعين كل منهما بذاته ، وبحيث كان لا يمكن تصور بقاء الالتزام بعد نشوئه إلا إذا بقى هذان الطرفان . وهذا هو المذهب الشخصى للالتزام .

أما فى الوقت الحاضر فالعنصر الأساسى فى الالتزام ليس طرفاه ، بل محله أى الأداء الذى يتعين على المدين القيام به لمصلحة الدائن ، فهذا الأداء هو الذى يحدد القيمة الاقتصادية للالتزام . ومن ثم أمكن تصور نشوء الالتزام رغم عدم وجود دائن ، أو رغم عدم تعيين الدائن ، كذلك أمكن تصور بقاء الالتزام قائما رغم تغير أحد طرفيه أو كليهما ، وهذا هو المذهب المادى للالتزام ، الذى أخذت به التشريعات الحديثة ، والذى تأخذ به الشريعة الإسلامية منذ ما يزيد على ألف عام ، ونتيجة لهذا المذهب يمكن أن ينشأ الالتزام بالارادة المنفردة للمدين ، فيوجد الإلتزام رغم عدم وجود دائن ، وهذا هو الحال إذا وعد شخص بإعطاء جائزة لمن يقوم بعمل معين ، ويسمى هذا الوعد فى الشريعة الاسلامية بالجعالة . كذلك فإنه بناء على المذهب المادى للالتزام يجوز نقل الالتزام من دائن إلى آخر : حوالة الحق ، أو من مدين إلى آخر : حوالة الدين .

= ممن يؤيد هذ الشرط : مازو فى دروس القانون المدنى جـ ٢ ص ٩ رقم ١٠ ، عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام جـ ١ ، ١٩٦٠ ص ٣٣ رقم ١٤ ، اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام : مصادر الالتزام ١٩٦٦ ، ص ١٥ رقم ٦ ، محمود جمال الدين زكى فى الوجيز فى نظرية الالتزام جـ ١ ، ١٩٧٦ ، ص ١٧ رقم ٤ ، منصور مصطفى منصور فى دروسه ١٩٧٢ ص ٣ . الشرقاوى ص ١٦ ، رقم ٣ ، وانظر فى عدم ضرورة هذا الشرط : السنهورى فى نظرية العقد عام ١٩٣٦ ، رقم ١٨ ، حلمى بهجت بدوى فى أصول الالتزامات عام ١٩٤٣ ، رقم ١٨ .

٢ ـ أنواع الالتزام

٢ ـ أولاً : الالتزام باعطاء والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمـــل :

إذا نظرنا إلى الأداء المطلوب من المدين القيام به لمصلحة الدائن فإن هذا الأداء قد يكون عبارة عن نقل حق عينى إلى الدائن كحق الملكية ، ويسمى الالتزام بنقل حق عينى الالتزام بإعطاء . ومثاله التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، والتزام المشترى بالوفاء بالثمن (٤) .

وقد يكون الأداء عبارة عن عمل معين يقوم به المدين لمصلحة الدائن دون أن يتضمن هذا العمل نقل حق عينى ، ومثال ذلك التزام العامل فى مواجهة صاحب العمل ، والتزام الوكيل بإبرام تصرف قانونى لحساب الموكل ، والتزام المقاول بإقامة بناء . ويسمى الالتزام بالعمل الالتزام الإيجابى .

وأخيراً قد يتطلب الأداء أن يمتنع المدين عن عمل كان يجوز له القيام به لولا وجود الالتزام ، ومثال ذلك التزام تاجر بالآمتناع عن فتح محل منافس لتاجر آخر فى منطقة معينة ، والتزام ممثل بالامتناع عن التمثيل على المسرح طوال المدة اللازمة لإنتاج فيلم سينمائى .

ويطلق على الالتزام بالإمتناع عن العمل الالتزام السلبى .

---

(٤) يتميز الالتزام بالوفاء بمبلغ من النقود عن الالتزام باعطاء بصفة عامة بخصيصتين اساسيتين : الاولى انه يمكن دائما ان ينفذ عينا ، والثانية ان التعويض المستحق جزاء للاخلال به يأخذ صورة فوائد تأخيرية . راجع كاربونييه ص ٦٠ رقم ٨٧ ، اسماعيل غانم ص ٣٢ رقم ١٨ .

وتبدو أهمية التقسيم السابق بصفة خاصة من حيث كيفية إجبار المدين على تنفيذ الالتزام ، إذا امتنع عن اوفاء به اختياراً .

٢ — الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية أو بوسيلة :

قد يكون الأداء المطلوب من المدين هو تحقيق نتيجة أو غاية معينة ومثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، والتزام الناقل بتوصيل الراكب أو البضاعة إلى مكان الوصول . فالبائع يلتزم بتحقيق نتيجة معينة هى نقل ملكية المبيع إلى المشترى ، فلا يعتبر البائع موفياً بالتزامه إلا إذا انتقلت الملكية فعلا ، فإذا لم تنتقل الملكية إلى المشترى فلا يكون البائع موفيا بإلتزامه ، ولو كان قد بذل كل ما فى وسعه فى سبيل تحقيق إنتقال الملكية ، كذلك يلتزم الناقل بتحقيق نتيجة معينة هى وصول الراكب أو البضاعة إلى المكان المتفق عليه ، فلا يتم اوفاء بهذا الالتزام إلا إذا تم الوصول فعلا (٥) ،فإذا لم يصل الراكب أو البضاعة إلى المكان المحدد ، لا يعتبر الوفاء قد تم، ولو كان الناقل قد بذل كل جهده فى سبيل توصيل الراكب أو البضاعة .

وقد يكون الأداء المطلوب من المدين هو بذل عناية أو جهد معينين ، ومثال ذلك التزام المستأجر بالمحافظة على الشىء المؤجر ، والتزام العامل بالقيام بالعمل المكلف به ، فكل من المستأجر والعامل يلتزم ببذل عناية محددة فى عمله ، ولا يلتزم بتحقيق نتيجة أو غاية معينة ، ومتى بذل المستأجر أو العامل العناية المطلوبة منه ، اعتبر موفيا بالتزامه ، ولو

---

(٥) نقض مدنى فى ٧ يناير ١٩٥٤ مجموعة النقض المدنى ٥ — ٥٩ — ٤٠٢ ، وفى ٢٦ ابريل ١٩٦٢ المرجع السابق ١٣ — ٧٩ — ٥٢٢ ، وفى ٢٧ يناير ١٩٦٦ المرجع السابق ١٧ — ٢٦ — ١٩٩ ، وفى ١٢ — ١٩٦٦ المرجع السابق ١٧ — ٢٧٨ — ١٩٢٦ ، وفى ١٩ ديسمبر ١٩٦٨ المرجع السابق ١٩ — ٢٣٨ — ١٥٥١ .

لم تتحقق النتيجة التى يستهدفها الدائن من وجود الالتزام ، والأصل أنه إذا كان الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة فإن العناية المطلوبة من المدين تتحدد بالعناية التى يبذلها الشخص المعتاد فى الوفاء بالتزامه . ولكن قد يخرج القانون أو الاتفاق على هذا الأصل فى حالات خاصة ، فيتطلب درجة من العناية تزيد أو تنقص عن عناية الشخص المعتاد . ومثال ذلك أن المستعير يلتزم بالمحافظه على الشىء المعار له ، فإذا كان المستعير قد اعتاد أن يبذل فى المحافظة على الأشياء المملوكة له عناية تزيد على العناية التى يبذلها الشخص المعتاد فإنه يلتزم أن يبذل فى المحافظة على الشىء المعار ذات العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله (م ٦٤١) . فالمشرع يشدد فى التزام المستعير لأنه ينتفع بالشىء بلا مقابل.

كذلك فإن الوكيل يلتزم أن يبذل عناية فى تنفيذ الوكالة ، فإذا كانت الوكالة بلا أجر ، وكان الوكيل فى أعماله الخاصة يبذل عناية تقل عن عناية الشخص المعتاد ، فإنه فى تنفيذ الوكيل يلتزم بأن يبذل العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة (م ٧٠٤) ، فالمشرع قد خفف من التزام الوكيل غير المأجور لأنه متفضل بعمله والوكالة غير المأجورة تتمحض لمصلحة الموكل .

ولمعرفة ما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية يتعين الرجوع إلى المصدر الذى أنشأ هذا الإلتزام ، فإذا كان مصدر الالتزام هو القانون ، تعين الرجوع إلى النص الذى قرر الالتزام لمعرفة طبيعته . أما إذا كان مصدر الالتزام هو العقد . فإنه يجب الرجـــوع إلى العقد لمعرفة قصد المتعاقدين فى هذا الشأن ، فإرادة المتعاقدين هى التى تحدد مضمون الالتزامات التعاقدية ، ويستطيع المتعاقدان وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة أن يجعلا المدين ملتزماً بتحقيق نتيجة معينة أو بمجرد بذل عناية معينة . ولا صعوبة إذا كان ما اتجهت إليه الإرادة واضحاً فى التعبير عنها ، أما إذا غم الأمر واحتاج إلى تفسير التصرف الذى أنشأ الالتزام ، فإنه يستعان فى تحديد

مضمون الالتزام ببيان الغايه التى يستهدفها الدائن من وراء الإلتزام، فإذا تبين أن المتعاقدين قد نظرا إلى هذه الغاية عند نشوء الالتزام على أنها مؤكدة التحقيق وتعاقداً على هذا الأساس، أعتبر أنهما قصدا إنشاء التزام بتحقيق نتيجة، وبالعكس مما تقدم إذا اتضح أن المتعاقدين قد نظرا إلى الغاية من إنشاء الالتزام على أنها احتمالية غير مؤكدة التحقيق، فإن الالتزام يعتبر التزاماً بوسيلة أو ببذل عناية.

وعلى أساس هذا المعيار، وبا لنظر إلى ما اعتاد الناس مواجهته من غايات يمكن القول أنه إذا كان الالتزام التزاماً بإعطاء أى بإنشاء أو نقل حق عينى، فإنه يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، لأن المتعاقدين ينظران عادة إلى نقل الحق العينى باعتباره مؤكد التحقيق.

كذلك إذا كان الإلتزام بالامتناع عن عمل معين، فإنه يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، لأن الغاية من وراء هذا الالتزام يمكن تحقيقها دائماً.

أما الالتزام بأداء عمل معين، فقد يكون التزاماً بوسيلة وقد يكون التزاماً بنتيجة تبعاً لما يقرره القانون أو يقصده المتعاقدان.

وعلى ذلك فالالتزام بتسليم شيء، أو بتوصيل راكب أو بضاعة يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة (٦).

أما التزام الطبيب بعلاج مريض، أو التزام المحامى بالدفاع عن موكله فهو التزام بوسيلة، إذ الأصل أن ما يطلبه الدائن هو أن يقوم المدين ببذل عناية وجهد معينين فى القيام بهذا العمل، فلا يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض، ولا يلتزم المحامى بتحقيق نتيجة هى كسب الدعوى

---

(٦) بالنسبة للالتزام بالتسليم انظر: نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧، مجموعة النقض المدنى ١٨ — ٢٨٩ — ١٩١٦.

لمصلحة موكله ، رغم أن الشفاء وكسب الدعوى يمثلان الغاية التى يستهدفها المريض أو الموكل ، وذلك لأن هذه الغاية غير مؤكدة التحقيق(٧) .

ولكن نظراً لأن العبرة فى النهاية بما اتجهت إليه الإرادة ، فإنه يجوز أن يتفق المتعاقدان على التزام الطبيب بتحقيق نتيجة معينة هى شفاء المريض، أو التزام المحامى بتحقيق نتيجة معينة هى كسب الدعوى ، فمثل هذا الاتفاق صحيح. ويترتب عليه ألا يعتبر المدين موفياً بالتزامه إلا إذا تحققت النتيجة المتفق عليها، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة لم يكن هناك وفاء مهما كان المدين قد بذل من عناية أو جهد .

٤ — ثانيا : الالتزام الشخصى (العادى) والالتزام العينى :

لا يتطلب وجود الالتزام فى وضعه العادى توافر أى صفة فى شخص المدين به ، فينشأ الإلتزام على عاتق المدين بصرف النظر عن وجود حقوق أخرى لهذا المدين أو عليه .

ولكن فى بعض الحالات يتقرر الالتزام على عاتق شخص معين نظراً لثبوت حق عينى لهذا الشخص على شىء معين ، بحيث يرتبط وجود الالتزام بوجود هذا الحق العينى ، فيقال فى هذه الحالة أن الإلتزام عينى تمييزاً له عن الالتزام فى وضعه العادى الذى لا يتطلب لنشوئه وجود أى حق للمدين ، والذى يطلق عليه اصطلاح الإلتزام الشخصى أو العادى تمييزاً له عن الالتزام العينى .

وعلى ذلك إذا اقترض شخص من آخر مبلغاً من النقود ، فإن المقترض يصبح بمقتضى عقد القرض ملتزماً برد ما اقترضه . والتزامه هذا التزام شخصى، كذلك إذا أتى شخص بعمل غير مشروع ترتب عليه ضرر بالغير ، فإنه يلتزم بتعويض المضرور عن هذا الضرر ، والإلتزام بالتعويض بدوره التزام شخصى .

---

(٧) بالنسبة لالتزام الطبيب ، انظر : نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٦٦ مجموعة النقض المدنى ١٧ — ٨٨ — ٦٢٦ ، وفى ٢١ ديسمبر ١٩٧١ المرجع السابق ٢٢ — ١٧٩ — ١٠٦٢ .

ولكن الوضع يتغير فى الصور الآتية :

يملك شخصان قطعتى أرض متجاورتين ، أقاما على الحد الفاصل بين القطعتين حائطاً بنفقات مشتركة ، فأصبح الحائط مملوكا لهما ملكية شائعة . فإذا احتاج الحائط بعد ذلك إلى نفقات لصيانته أو تجديده ، فإن كلا من المالكين يلتزم بأن يدفع جزءاً من هذه النفقات وفقاً للمادة ٨١٤ / ٢ من القانون المدنى ، وهذا الالتزام التزام عينى ، إذ أن المدين يتحمل به نظراً لأنه يملك الحائط مع المدين الآخر ملكية شائعه ، ولولا ملكيته هذا لما ألزمه القانون بدفع شىء من نفقات إصلاح الحائط أو تجديده .

كذلك إذا رهن شخص عقاراً ضمانا لدين عليه ، ثم قام ببيع هذا العقار إلى شخص آخر بعد قيد الرهن . فإن مشترى العقار يلتزم بالوفاء بدين البائع فى حدود قيمة العقار الذى اشتراه ، وهذا الالتزام التزام عينى ، لأنه لم يتقرر على عاتق المشترى بصفته الشخصية بل بوصفه أصبح مالكا للعقار المرهون ، أى تبعاً لوجود حق عينى له على هذا العقار .

وتبدو أهمية التفرقة بين الالتزام الشخصى والالتزام العينى من عدة نواحى ، أهمها أن الالتزام العينى ينتقل من شخص إلى آخر تبعاً لانتقال الحق العينى الذى تقرر الالتزام بالنظر إليه ، كما أن الالتزام العينى ينقضى بإنقضاء ذلك الحق العينى (٨) ، ولكن يلاحظ أن الالتزام العينى هو التزام وليس حقاً عينياً ، ومن ثم فهو لايخول الدائن به سلطة مباشرة على شىء (٩) ، فمحل الإلتزام العينى كمحل الإلتزام الشخصى هو عمل أو امتناع عن عمل ، وليس شيئاً من الأشياء .

---

٨ — راجع فى موضوع الالتزام العينى : عبد الحى حجازى فى احكام الالتزام الجزء الاول ، طبعة ١٩٦٠ ص ٢٠ رقم ١١ وما بعده ، عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة . الالتزام العينى بين الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه ١٩٧٣ .

(٩) راجع فى ذلك :

Diago Scacchi de Locarro : L. obligation Propter Rem et Les droits Parsonals annotes au registre Foncier . These. Genive 1970 p. 15 et. s

٣ — تعداد مصادر الالتزام

٥ — يقصد بمصدر الالتزام السبب المنشىء له .

ولم يحصر الشارع المصرى مصادر الالتزام فى نص واحد كما فعل بعض المشرعين فى دول أخرى ، ولكن ذكر هذه المصادر فى فصول متتالية من الباب الخاص بمصادر **الالتزام** . ويستخلص من هذه الفصول أن مصادر الالتزام فى القانون المدنى المصرى خمسة هى :

١ — العقد .

٢ — الإرادة المنفردة .

٣ — العمل غير المشروع .

٤ — الإثراء بلا سبب .

٥ — القانون (١٠) .

٦ — تقسيم مصادر الالتزام حسب وجود الارادة أو انتفائها :

من استعراض المصادر التى نص عليها القانون يمكن أن نستخلص أن بعض هذه المصادر ينشىء **الالتزام** رغما عن إرادة الملتزم ، وأن بعضها يقوم على أساس وجود هذه الإرادة . وبناء على ذلك يمكن تقسيم مصادر الالتزام إلى قسمين أساسيين :

المصادر غير الإرادية والمصادر الإرادية .

---

(١٠) ويضيف بعض الشراح الى المصادر المذكورة فى المتن أحكام القضاء ، اذ يرى انه حيث يقوم القاضى بتعديل العقد والتخفيف أو الانقاص من الالتزامات الناشئة عنه ، فان الالتزام يعتبر ناشئا عن حكم القاضى لا عن العقد الاصلى : راجع سمير تناغو فى رسالته ص ١٥٤ .

٧ — المصادر غير الارادية أو الوقائع القانونية

يعتبر مصدر الالتزام غير إرادى إذا كان هذا المصدر عبارة عن واقعة مادية تتم فيترتب على حصولها نشوء الالتزام على عاتق شخص من الأشخاص دون أن تتجه إرادة هذا الشخص (المدين) أو إرادة الدائن إلى نشوء هذا الالتزام .

والواقعة المادية المنشئة للالتزام قد تكون واقعة طبيعية لا دخل للإنسان فى حدوثها كواقعة الجوار التى تنشىء التزامات الجوار ، وكواقعة القرابة التى تنشىء الالتزام بالنفقة .

وقد تكون الواقعة المنشئة للالتزام واقعة إنسانية أى واقعة تتم بتدخل الإنسان ، كالعمل غير المشروع الذى يقع من إنسان فيلزمه بتعويض الضرر المترتب عليه .

والإنسان قد يأتى بالعمل الضار عن قصد وتعمد ، كمن يقتل آخر أو يضربه عمدا ، وقد يقع العمل دون تعمد بل عن إهمال وتقصير كالقتل خطأ والجرح بإهمال (١١) ، وفى الحالين يعتبر الالتزام بالتعويض ناشئا عن مصدر غير إرادى أو عن واقعة قانونية ، رغم تدخل الإنسان فى حدوث الضرر ، ذلك أن مرتكب الضرر وإن أراد إحداثه فى حالة التعمد ، إلا

---

(١١) ويسمى العمل الضار المتعمد بالجريمة او الجرم délit ، ويسمى العمل الضار غير المتعمد بشبه الجريمة او شبه الجرم quasi — déilt : انظر فى هذه التسميات السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ١٣١ ، رقم ٢٢ ، وما بعده .

أنه لم يرد الأثر القانونى المترتب عليه وهو نشوء الالتزام بالتعويض (١٢) .

ويدخل ضمن المصادر غير الارادية أو الوقائع القانونية من المصادر التى أوردها القانون كل من : العمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، فكل هذه المصادر تفرض التزامات على بعض الأشخاص بصرف النظر عن إرادتهم .

٨ - المصادر الارادية أو التصرفات القانونية :

يعتبر مصدر الالتزام إراديا إذا كان الالتزام لا ينشأ عنه إلا إذا اتجهت الإرادة إلى إنشائه . ويسمى اتجاه الارادة إلى نشوء الالتزام بالتصرف القانونى ، فالتصرف القانونى يتميز عن الواقعة القانونية فى وجـــود إرادة إنشاء الالتزام لدى الملتزم أو المدين (١٣) .

ويدخل ضمن المصادر الارادية أو التصرفات القانونية من المصادر التى نص عليها القانون كل من : العقد والارادة المنفردة .

فالعقد تصرف قانونى ، عبارة عن تلاقى إرادتين على إنشاء التزام ، ومثاله عقد البيع الذى يتم بتلاقى إرادة البائع مع إرادة المشترى ، وينشأ عنه التزام البائع بتسليم المبيع ، والتزام المشترى بالوفاء بالثمن . وعقد الايجار الذى ينعقد بتلاقى إرادة المؤجر مع إرادة المستأجر ، ويترتب عليه التزام المؤجر

---

(١٢) ويلاحظ انه لو فرض جدلا أن من تعمد الاضرار بغيره قد قصد من وراء ذلك نشوء التزام على عاتقه بتعويض المضرور ، فان هذا الالتزام ينشأ لابناء على ارادة محدث الضرر ، وانما اعتدادا بالعمل الضار ذاته ، فالارادة ليست هى العنصر الجوهرى فى هذا الشأن ، فوجودها وعـــدم وجودها سيان ، اذ ينشأ الالتزام فى الحالين .

(١٣) هنرى مازو فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٦ ص ١٣ — ١٥ ، نعمان جمعه فى رسالته ص ١٩٧ رقم ٢٢٧ .

بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر، والتزام المستأجر بالوفاء بالأجرة .

أما فى التصرف الصادر عن إرادة منفردة ، أو التصرف الأحادى كما يسميه بعض الفقهاء ، فلا يحتاج نشوء الالتزام إلى تلاقى إرادتين ، فيكفى وجود إرادة واحدة لنشوء الالتزام على عاتق صاحب الإرادة ، فصاحب الإرادة لا يعلق التزامه على قبول من وجهت إليه هذه الإرادة ، ومثال هذا التصرف الوعد بإعطاء جائزة لمن يقوم بعمل معين ، إذ تكفى إرادة الواعد لنشوء التزام على عاتقه بإعطاء الجائزة ، دون حاجة إلى قبول من قام بالعمل .

٩ - القانون كمصدر من مصادر الالتزام :

رأينا أن الشارع قد ذكر القانون ضمن مصادر الالتزامات ، ويثير هذا المسلك التساؤل عن دور القانون بالنسبة للمصادر الأخرى ، فمن الواضح أن القانون هو الذى يعطى للمصادر المختلفة القدرة على إنشاء الالتزامات ، بحيث يمكن القول أنه مصدر غير مباشر لهذه الإلتزامات ، فالإلتزام الذى ينشأ عن تصرف قانونى كالعقد مصدره المباشر هو العقد، ولكن القانون يعتبر بالنسبة لهذا الإلتزام مصدراً غير مباشر ، لأنه هو الذى اعترف للعقد بالقدرة على إنشاء الالتزام (١٤) .

كذلك فإن الالتزام بالتعويض الذى يجد مصدره المباشر فى العمل غير المشروع يعتبر ناشئاً عن القانون بطريق غير مباشر ، لأن القانون هو الذى أوجب على مرتكب العمل غير المشروع تعويض الضرر الذى سببه عمله .

أما الالتزامات التى تنشأ عن نص فى القانون دون أن يتوسط بينها وبين

---

(١٤) يذهب رأى الى ان للعقد قوة او قيمة ذاتية فى انشاء الالتزام ، بحيث يستطيع العقد انشاء الالتزام ولو لم ينص القانون عليه ضمن مصادر الالتزام ، فاذا نص القانون على العقد ضمن هذه المصادر فهو لا يفعل سوى حماية العقد وضمان تنفيذه .

هذا النص مصدر من المصادر الأخرى التى اعترف لها القانون بالقوة المنشئة للالتزامات وهى العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، فإن القانون يعتبر بالنسبة لها مصدراً مباشراً. مع ملاحظة أن القانون لا ينشىء هذه الالتزامات اعتباطا ، وإنما بناء على توافر عوامل اجتماعية أو اقتصادية توجب إنشاءها، وكان من الممكن اعتبار هذه العوامل مصدرا للالتزامات التى بنيت عليها ، ولكن نظرا لأن هذه العوامل لا يجمع بينها صفات أو آثار مشتركة ، فإنه يصعب تنظيمها فى صورة قواعد عامة ، ولذلك يتم هذا التنظيم بأن يتناول القانون كل عامل أو كل ظاهرة على حدة ، يحدد شرائطها والآثار المترتبة عليها ، وذلك فى الموضع الذى تتعلق به هذه الظاهرة ، ولذلك نجد تنظيم هذه الظواهر متناثراً فى فروع القانون المختلفة ، ففى الفصل الخاص بحق الملكية نجد نصاً يلزم المالك بألا يتعدى فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره ضرراً غير مألوف (المادة ٨٠٧ من القانون المدنى) . وفى قوانين الأحوال الشخصية نجد نصوصا تلزم الأب بالإنفاق على أبنائه [١٥]، والزوج بالإنفاق على زوجه. وفى قوانين الضرائب نجد نصوصا تلزم الممولين بأداء ضرائب مختلفة .

فللتنبيه أن هناك التزامات تنشأ خارج نطاق العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، أفرد القانون المدنى المصرى فصلا خاصا بالقانون كمصدر من مصادر الالتزام ، ولم يضمنه سوى نص واحد يقرر :

---

(١٥) يرى بعض الشراح أن الالتزام بالنفقة مصدره المباشر واقعة قانونية هى واقعة القرابة أو الزوجية ، وان القانون يعتبر بالنسبة لهذا الالتزام مصدرا غير مباشر لانه هو الذى نص بصفة عامة على نشوء الالتزام بالنفقة اذا توافرت شروط معينة .

أنظر فى ذلك : الدكتور نعمان خليل جمعه فى رسالته عن مصادر الالتزام عام ١٩٦٧ ص ١٧٢ — ١٧٣ رقم ١٩٧ — ٢٠٠ .

« الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها . » (المادة ١٩٨) .

ويقصد بذلك الالتزامات التى يرتبها القانون على ظواهر ووقائع متفرقة لا يمكن إخضاعها لقواعد عامة .

ومفاد النص السابق أن الالتزامات التى تنشأ عن القانون مباشرة تخضع فى نشأتها وفى أحكامها وفى انقضائها للنصوص القانونية التى فرضتها (١٦) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض حديثا أن مصدر التزام الموظف بأداء العمل المنوط به بدقة وعناية الرجل الحريص المتبصر هو القانون مباشرة ، ورتبت على ذلك أنه إذا أخل الموظف بالتزامه هذا يكون مسئولا عن تعويض الضرر الناشىء عن إخلاله ، وأن مسئوليته هذه لا تخضع للقواعد المنظمة للمسئولية الناشئة عن العمل غير المشروع ، ومن ثم لايسقط حق المضرور فى التعويض عنها بمضى ثلاث سنوات وفقا للمادة ١٧٢ وإنما بمضى خمس عشرة سنة وفقا للقاعدة العامة فى التقادم المنصوص عليها فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى (١٧) .

ونظراً لأن الالتزامات التى تستمد مباشرة من القانون تنشأ بالرغم من إرادة المدين ، فإن نشوءها لا يستلزم توافر الأهلية لدى المدين ، وعلى ذلك يتحمل المدين بالالتزامات التى يفرضها القانون مباشرة ولو كان غير مميز .

---

(١٦) ويرى بعض الشراح أن المقصود بالقانون فى هذا المجال هو التشريع دون سائر المصادر الاخرى التى تنشىء القواعد القانونية .
انظر : نعمان خليل جمعه فى رسالته ص ٢٦٠ رقم ٢٩٩ .

(١٧) نقض مدنى فى ٢٠ ابريل ١٩٧١ مجموعة النقض المدنى ٢٢ — ٧٦ — ٢٩٤٥ ، وانظر كذلك نقض مدنى فى ١١ ابريل ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ٧٤ — ٥٢٠ .

١٠ — التنظيم التشريعى للالتزام :

ينظم الشارع المصرى الالتزامات ضمن مجموعة القانون المدنى التى تتناول الحقوق المالية. وهذه المجموعة تضم قسمين أساسيين : القسم الأول وهو خاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية ، والقسم الثانى وهو خاص بالحقوق العينية .

ويضم القسم الخاص بالالتزامات كتابين : الكتاب الأول يختص بالالتزامات بوجه عام (المواد من ٨٩ إلى ٣٨٨) . والكتاب الثانى : يختص بالعقود المسماة (المواد من ٤١٨ إلى ٨٠١) .

ولنظرية الالتزام أهميه كبرى سواء من الناحية العملية أو من الناحية العلمية .

فمن الناحية العملية تعتبر نظرية الالتزام الأساس الذى تقوم عليه العلاقات والمعاملات المالية بين الأشخاص ، أياكان نوعها أو مصدرها ، فجوهر هذه العلاقات والمعاملات هو تحمل بعض الأشخاص بالتزامات لصالح أشخاص آخرين .

أما من الناحية العلمية ، فتعتبر دراسة نظرية الالتزام ضرورية لتكوين وصقل الفكر القانونى ، نظراً لما تتميز به من دقة فى الصياغة ، ولعمومية أحكامها . فهذه العمومية قد هيأت لنظرية الالتزام ثباتا نسبيا ، فلم تتناولها يد التعديل والتغيير إلا قليلا ، وفى فترات متباعدة ، ومكنتها من ناحية أخرى من مواجهة التطورات الاجتماعية والاقتصادية التى طرأت وتطرأ على المجتمعات المختلفة فى الأزمنة الحديثة .

١٠ — التنظيم التشريعى للالتزام :

ينظم الشارع المصرى الالتزامات ضمن مجموعة القانون المدنى التى تتناول الحقوق المالية. وهذه المجموعة تضم قسمين أساسيين : القسم الأول وهو خاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية ، والقسم الثانى وهو خاص بالحقوق العينية .

ويضم القسم الخاص بالالتزامات كتابين : الكتاب الأول يختص بالالتزامات بوجه عام (المواد من ٨٩ إلى ٣٨٨) . والكتاب الثانى : يختص بالعقود المسماة (المواد من ٤١٨ إلى ٨٠١) .

ولنظرية الالتزام أهميه كبرى سواء من الناحية العملية أو من الناحية العلمية .

فمن الناحية العملية تعتبر نظرية الالتزام الأساس الذى تقوم عليه العلاقات والمعاملات المالية بين الأشخاص ، أياكان نوعها أو مصدرها ، فجوهر هذه العلاقات والمعاملات هو تحمل بعض الأشخاص بإلتزامات لصالح أشخاص آخرين .

أما من الناحية العلمية ، فتعتبر دراسة نظرية الالتزام ضرورية لتكوين وصقل الفكر القانونى ، نظراً لما تتميز به من دقة فى الصياغة ، ولعمومية أحكامها . فهذه العمومية قد هيأت لنظرية الالتزام ثباتا نسبيا ، فلم تتناولها يد التعديل والتغيير إلا قليلا ، وفى فترات متباعدة ، ومكنتها من ناحية أخرى من مواجهة التطورات الاجتماعية والاقتصادية التى طرأت وتطرأ على المجتمعات المختلفة فى الأزمنة الحديثة .

١١ — خطة الدراسة :

نقسم دراستنا لمصادر الالتزام على كتابين : الكتاب الأول نخصصه لدراسة التصرفات القانونية : العقد والارادة المنفردة .

الكتاب الثانى نخصصه للوقائع القانونية : العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب .

أما فيما يتعلق بالقانون كمصدر مباشر لبعض الالتزامات فنكتفى بما أوردناه فى تمهيدنا السابق .

الكتاب الأول

التصرفات القانونية :

العقد والإرادة المنفردة

القسم الأول

العقد

الباب الأول

فى تعريف العقد وأساس قدرته وبيان أنواع العقد.

الفصل الأول

تعريف العقد

١٢ — العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه [١] .

---

(١) تميز بعض التشريعات وبعض الشراح بين العقد والاتفاق ، على أساس أن الاتفاق جنس والعقد نوع ، فالاتفاق قد يقصد به اما انشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه . والاتفاق الذى يقصد به انشاء الالتزام يسمى عقدا ، أما الاتفاقات التى تهدف الى نقل التزام موجود من قبل أو تعديله أو انقضائه ، فلا تعتبر عقودا وانما مجرد اتفاقات . انظر فى ذلك المادة ١٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى الصادر عام ١٩٣٢) وبناء على ذلك التمييز يعتبر البيع عقدا ، وكذلك الايجار ، أما التراضى على حوالة الحق أو حوالة الدين ، فيعتبر اتفاقا ، لانه لا ينشىء التزاما جديدا وانما ينقل التزاما قائما من قبل ، كذلك التراضى على انقضاء التزام (التقايل) لا يعتبر عقدا وانما اتفاقا ، لانه لا ينشىء التزاما بل يقضى عليه .

وليس للتمييز بين العقد والاتفاق أية اهمية عملية ، ولذلك تغفله معظم التشريعات ، ويذهب الرأى الراجح فى الفقه الى اعتبار اصطلاح الاتفاق مرادفا لاصطلاح العقد ، واستعمال كل من الاصطلاحين مكان الآخر فى جميع الحالات . راجع كاربونييه فى نظرية الالتزامات ١٩٦٣ ص ٧٢ رقم ٩ .

ويستخلص من التعريف المتقدم أن العقد يتميز بخصيصتين أساسيتين :

الأولى : وجود إرادتين - وعلى ذلك إذا نشأ التزام عن إرادة واحدة اعتبرت كافية لنشأته ، فإن مصدر هذا الالتزام لا يكون عقدا ، بل تصرفا قانونيا صادراً عن إرادة منفردة ، وهذا هو شأن الواعد بجائزة الذى يلزم الواعد دون حاجة إلى اقتران إرادته بإرادة أخرى . وشأن الوصية التى تؤدى إلى نقل الملكية بإرادة الموصى فقط ، دون حاجة إلى قبولها من جانب الموصى له (٢) .

أما إذا احتاج نشوء الالتزام إلى أكثر من إرادة ، فان مصدره يكون عقدا ، وهذا هو شأن البيع ، والإيجار ، والقرض ، والهبة ، والشركة وغيرها من العقود التى لا تنعقد ولا ترتب التزامات إلا إذا تلاقت إرادتان على انعقادها . ففى البيع تتلاقى إرادة البائع مع إرادة المشترى ، وفى الإيجار تتوافق إرادة المؤجر مع إرادة المستأجر ، وفى القرض تتقابل إرادة المقرض مع إرادة المقترض ، وهكذا .

الثانية : الغرض من العقد هو إنشاء التزام ، أى واجب قانونى ملزم ، وعلى ذلك لا يعتبر من قبيل العقد توافق إرادتين على حضور وليمة عشاء أو الذهاب لتعزية صديق ، لأنه ليس من شأن ذلك إنشاء أى واجب ملزم . ففية إنشاء الالتزام هى التى تميز بين العقد وبين اتفاقات المجاملات . ويستخلص

---

(٢) ويلاحظ أن التمييز بين العقد والتصرف الصادر عن ارادة منفردة ليس مطلقا فى الشريعة الاسلامية ، حيث تعتبر الوصية عقـــدا ، ويبدو أن اصطلاح العقد عند الشرعيين يستعمل بمعنيين : معنى واسع يقابل اصطلاح التصرف القانونى فى فقه القانون ، ويشمل التصرفات الصادرة عن ارادة واحدة والتصرفات الصادرة عن ارادتين ، ومعنى ضيق هو ذات المعنى الذى يقصده القانون بالعقد ، وهو مقصور على التصرفات الصادرة عن ارادتين .

وجود هذه النية من ظروف الاتفاق ، كالعلاقة بين أطراف الاتفاق من قبل (صداقة ، قرابة ، زمالة فى العمل) ، أو عدم وجود أية علاقة أو معرفة ، كذلك تستخلص نية الالتزام من اشتراط مقابل أو عوض للعمل الذى يتعهد أحد الطرفين بالقيام به . فإذا تعهد شخص بتوصيل آخر بسيارته إلى مكان معين . فإن الاتفاق المبرم بين هذين الطرفين يعتبر اتفاق مجاملة إذا كان الطرفان من الأصدقاء أو الأقارب . ولم يشترط الناقل تقاضى أى مقابل لقيامه بالنقل . وبالعكس من ذلك يعتبر الاتفاق عقدا منشئا للالتزام بالنقل إذا كان الاتفاق قد تضمن تحديد أجر يفى به المنقول للناقل .

١٣ - أهمية العقد من الناحية الاقتصادية

تتم حركة القيم الاقتصادية عن طريق المبادلة أو التبادل ، وتتطلب المبادلة لكى تتم قانونا توافق إرادتين ، أى تعاقدا ، ولذلك فإن العقد يعتبر أداة التبادل الاقتصادى (٣) . وهذا التبادل هو عماد الحياة الاقتصادية داخل الدولة ، وفيما بين الدول بعضها وبعض ، ومن هنا كان تأثير التنظيم القانونى للعقود كبيراً فى مجال الحياة الاقتصادية ، كما كان للتطور الاقتصادى تأثير كبير فى تطور أحكام العقد بصفة عامة ، حتى تتمشى مع التطورات الاقتصادية وليظل العقد أداة صالحة لتحقيق التبادل الاقتصادى .

١٤ - نطاق النظرية العامة للعقد :

القواعد الواردة فى القانون المدنى بشأن تنظيم العقد كمصدر من مصادر الالتزام تفترض أن تكون العلاقة العقدية علاقة ذات طابع مالى مما يخضع للقانون الخاص .

وبناء على ذلك فالعلاقات العقدية التى لا تقوم فى دائرة المعاملات المالية كعقد الزواج لا تخضع لأحكام القانون المدنى الواردة بشأن العقد .

---

(٣) راجع : سافاتييه فى نظرية الالتزام : موجز دالوز ١٩٦٩ صفحة ١٣٨ رقم ٨٩ .

كذلك فإن العلاقات التعاقدية التى تقوم فى مجال القانون العام لا تخضع بدورها لأحكام القانون المدنى .

وينطبق ذلك على المعاهدات والاتفاقات الدولية التى يكون أطرافها من أشخاص القانون الدولى العام (الدول والمنظمات الدولية) والتى يكون موضوعها سياسيا .

كذلك فإن العقود المسماة بالعقود الإدارية لا تخضع لأحكام نظرية العقد فى القانون المدنى .

والعقد الإدارى هو عقد تبرمه إحدى جهات الإدارة العامة بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام متضمناً شروطاً إستثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص (٤).

ويتضح من التعريف المتقدم أنه يشترط لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد طرفيه من الأشخاص المعنوية العامة (جهة إدارية) . ولكن كون الإدارة طرفاً فى العقد لا يكفى وحده لإسباغ الصفة الإدارية عليه ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يتعلق هذا العقد بتنظيم مرفق عام أو بتسييره ، كمرفق النقل ، أو الكهرباء أو الإسكان ، أو التعليم ، كما يجب أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى معاملات القانون الخاص ، بحيث يكون مركز المتعاقدين غير متكافىء ، فأحدهما وهو الإدارة توجد فى مركز أقوى من المتعاقد الآخر ، نظراً لما يخوله لها العقد من امتيازات أو سلطات ، كسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة ، وسلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها فى

---

(٤) انظر : سليمان الطماوى : الاسس العامة للعقود الادارية ، الطبعة الثانية ١٩٦٥ ص ٢٠ وما بعدها .

حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى ثبوت حصول إعذار أو الالتجاء إلى القضاء (٥).

ومن أمثلة العقود الإدارية عقد الأشغال العامه ، وعقد التوريد ، وعقد القرض العام .

ويلاحظ أخيراً أن القانون التجارى ينظم بعض عقود تعرف باسم العقود التجارية ، وبعض هذه العقود له نظير فى القانون المدنى كعقد البيع ، وعقد الرهن ، وعقد الشركة ، وبعضها مقصور على المعاملات التجارية كعقد النقل ، وعقد السمسرة وعقد الوكالة بالعمولة .

وتخضع العقود التجارية أساسا لأحكام القانون التجارى ، ولكن هذه الأحكام لا تحيط بالعقود التجارية من كل نواحيها ، ولذلك فمن المسلم خضوع العقود التجارية لأحكام القانون المدنى حيث **لا** توجد قواعد تجارية تتعارض معها ، فإذا وجدت قاعدة تجارية مخالفة طبقت هذه القاعدة سواء كان مصدرها التشريع أو العرف ، واستبعدت القاعدة المدنية .

---

(٥) نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٦٣ ، مجموعة النقض المدنى ١٤ — ١٥٤ — ١٠٨١ ، وفى ٦ فبراير ١٩٦٤ ، المرجع السابق ١٥ — ٣٧ — ٢١٣ ، وفى ٢٠ فبراير ١٩٦٤ ، المرجع السابق ١٥ — ٤٥ — ٢٥٤ ، وفى ١٩ — ١٠ — ١٩٦٥ ، المرجع السابق ١٦ — ١٤٠ — ٨٩٣ ، وفى ١١ نوفمبر ١٩٦٥ المرجع السابق ١٦ — ٦٣ — ١٠٤٨ ، وفى ٢٣ نوفمبر ١٩٦٥ المرجع السابق ١٦ — ١٧٦ — ١١٢٦ ، وفى ٢٨ مارس ١٩٦٧ ، المرجع السابق ١٨ — ١٠٥ — ٦٨٤ ، وفى ١٦ نوفمبر ١٩٧١ ، المرجع السابق ٢٢ — ١٥٠ — ٩٠٠ .

الفصل الثانى

أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام

مبدأ سلطان الارادة

١٥ — يعتبر العقد وقوامه الإرادة، مصدراً من مصادر الالتزام فى جميع القوانين، ومن شأن ذلك أن يثير التساؤل الآتى :

هل للعقد قيمة ذاتية، أم أنه يستمد قيمته من اعتراف القانون به كمصدر للالتزام ؟ وبعبارة أخرى لو فرض أن القانون لم ينص على العقد كمصدر من مصادر الالتزام فهل يكون فى قدرة العقد مع ذلك إنشاء التزامات ؟

تجيب نظرية الإرادة على هذا السؤال بأن الإرادة لها سلطان ذاتى أو قيمة ذاتية، لا تستمدها من اعتراف القانون بها، فالقانون عندما يقرر أن العقد أو الإرادة بصفه عامة — يعتبر مصدراً للالتزامات، لا يفعل إلا تقرير الأمر الواقع، والاعتراف للارادة بهذه السلطة أو بهذا السلطان أمر تقتضيه طبيعة الأشياء، فهذا شخص يريد أن يلتزم، وإرادته حرة سليمة، فهل نستطيع أن ننكر على هذه الإرادة القدرة على إنشاء الإلتزام؟

١٦ — نشأة وتطور مبدأ سلطان الارادة :

لم يكن مبدأ سلطان الإرادة معروفاً فى القانون الرومانى. فالارادة فى ذاتها لم تكن لها قوة إنشاء التزامات، إذ لم يكن يكفى لإبرام العقد مجرد توافق الإرادتين، بل كان لا بد من اتباع اجراءات أخرى شكلية لكى

تنعقد العقود ، وقد ظلت هذه الفكرة سائدة فى القانون الرومانى فى مختلف عصوره رغم ظهور العقود الرضائية التى يكفى لانعقادها توافق الإرادتين ، إذ ظلت الرضائية معتبرة استثناء لا أصلا .

وبدأ مبدأ سلطان الإرادة فى الظهور فى أوربا خلال العصور الوسطى تحت تأثير المبادىء الدينية وبصفة خاصة القواعد التى وضعتها الكنيسة المسيحية ، فقد أوجبت هذه القواعد الوفاء بالوعود أياً كانت الصورة التى يتخذها الوعد ، وساعد على انتشار ذلك المبدأ عوامل سياسية واقتصادية نظراً لتمشيه مع اتجاهات حرية التجارة ، والحقوق الطبيعية للانسان ، فمبدأ سلطان الإرادة هو التعبير عن الفردية فى نطاق القانون(٢) .

ويلاحظ أنه إذا كان ظهور مبدأ سلطان الإرادة قد تأخر ظهوره فى الغرب حتى القرون الوسطى ، فإن الحال كان مختلفاً فى الشرق الاسلامى ، إذ قامت نظرية العقد فى الشريعة الاسلامية منذ بدء الدعوة المحمدية على مبدأ رضائية العقود ، فوفقاً لأحكام الشريعة الغراء لا يحتاج انعقاد العقد إلى شكل خاص بل يكفى توافق الارادتين ، باستثناء بعض عقود قليلة كعقد الزواج حيث يشترط الاشهاد عليه .

١٧ — النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الارادة :

ترتب نظرية سلطان الإرادة عدة نتائج على المقدمة التى صدرت عنها ، وهذه النتائج هى :

---

(٢) نعمان جمعه فى رسالته ص ٢١١ رقم ٢٥٣ .

١ — **الالتزامات الارادية هى الأصل :**

وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، لا يلتزم الشخص بحسب الأصل إلا بإرادته. وإذا اقتضت حاجات المجتمع فى بعض الحالات بإنشاء التزامات تفرض على الأشخاص رغم إرادتهم ، فإنه يجب حصر هذه الحالات فى أضيق حدود ، بحيث لاتتقرر الالتزامات غير الإرادية إلا استثناء . وذلك لأن الإنسان أعلم بما يحقق مصالحه ، ولذلك فإن الالتزام الارادى بالضرورة التزام عادل لأن الإنسان قبل أن يتحمل به بإرادته .

٢ — **حرية التعاقد** : يتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة أن للإنسان الحرية الكاملة فى إبرام ما يشاء من العقود ، بحيث لا يحد من هذه الحرية سوى إعتبارات النظام العام وحسن الآداب .

وإرادة الإنسان وحدها كافية لإبرام العقد ، وبالتالى تكفى هذه الإرادة لإنشاء الإلتزامات العقدية ، دون حاجة إلى إفراغها فى شكل خاص ، وهذه هى قاعدة رضائية العقود . وحرية الإنسان فى إبرام ما يشاء من العقود تتضمن حريته فى اختيار من يتعاقد معه ، فلا يجبر الشخص على التعاقد مع أشخاص لا يرغب فى التعـــاقد معهم ، ولا يحظر عليه التعاقد مع أشخاص يرى مصلحته فى إبرام عقود معهم . وحرية الإنسان فى التعاقد تشمل حريته فى عدم التعاقد أصلا ، فلا يجبر إنسان على الدخول فى رابطة عقدية لا يريدها ، فالإرادة تكفى وحدها لإنشاء العقد ، وفى الوقت ذاته الإرادة ضرورية لا يمكن أن ينشأ عقد بدونها .

٣ — **حرية تحديد آثار العقد** : عندما يدخل شخصان فى علاقة تعاقدية ، تكون لهما حرية تحديد الآثار التى تترتب على عقدهما ، فلا يلتزماً إلا بما

أرادا الالتزام به ، وكل ما أراداه لا بد أن يترتب على العقد الذى أبرماه ، مادام لا يخالف النظام العام .

ويعبر عن ذلك بأن الفرد حر فى أن يتعاقد وفقاً لما يريد .

٤ — العقد شريعة المتعاقدين أو قانونهما : ويقصد بذلك أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون ، فلا يستطيع أى منهما أن يتحلل بإرادته المنفردة من تنفيذ العقد الذى أبرمه ، أو أن ينفرد بتعديل هذا العقد أو بإنهائه ، كما لا يجوز للقاضى أن يقوم بشىء من ذلك ، بل أن القانون ذاته . لا يستطيع أن يعدل العقد (٣) . كما أنه إذا احتاج العقد إلى تفسير فإن هذا التفسير يجب أن يهدف إلى الوصول إلى ما أراده المتعاقدان .

١٨ — انتكاص مبدأ سلطان الارادة : الاتجاهات الاشتراكية فى مجال العقد : ازدهر مبدأ سلطان الإرادة بنتائجه السابقة خلال القرن التاسع عشر ، إلا أنه بدأ مع نهاية ذلك القرن وبداية القرن العشرين ، يعانى من انتكاصات هامة لم تقتصر على النيل من نتائجه بل امتدت إلى أسسه وجذوره ذاتها ، وكان ذلك تحت تأثير انتشار الاتجاهات الاجتماعية والاشتراكية .

فقد أدى مبدأ سلطان الإرادة إلى استغلال بشع للإنسان ، فتكدست الثروة القومية فى يد قلة من أبناء كل دولة سيطروا على الأرزاق ، وفرضوا إرادتهم على كل من يتعامل معهم ، سواء فى صورة عامل يبحث عن عمل ، أو مستهلك يسعى لإشباع حاجاته وحاجات أسرته . فاشتغل العمال بناء على عقود عمل أبرموها بإرادتهم ، فرضت عليهم العمل ساعات طوال ، فى ظروف لا تكفل سلامة حياتهم ولا صحتهم ، ودون أن يتقاضوا ما يكفى لسد حاجاتهم الأساسية .

---

(٣) كاربونييه ص ٧٦ رقم ٩٣ .

وتحكم المنتجون فى تحديد أسعار السلع والخدمات ، لا ينظرون فى ذلك إلا لمقدار ما يتحقق لهم من أرباح ، ولو كان ما يربحون مقتطعا من أجساد الفقراء الكادحين .

وقد ترتب على الأخذ بالاتجاهات الاجتماعية والاشتراكية أن اتسع نطاق الالتزامات غير الإرادية التى تنشأ عن مصادر أخرى غير الإرادة ، وبصفة خاصة عن العمل غير المشروع وعن نص القانون ، فبعد أن كان الالتزام بتعويض الضرر ينشأ أساسا عن ارتكاب خطأ ، تطورت أحكام المسئولية التقصيرية ، وزادت حالات الالتزام بالتعويض التى تتقرر دون حاجة إلى ثبوت خطأ من جانب المسئول ، حتى لقد فاقت هذه الحالات فى عددها وأهميتها حالات المسئولية الخطئية ، وقد تم ذلك نتيجة للثورة الصناعية وانتشار استخدام الآلات والأجهزة الخطرة .

كما أن حرية التعاقد قد وردت عليها قيود كثيرة وشديدة ، فاتسع نطاق النظام العام بما يفرضه من قيود على حرية إبرام العقود ، كما تأثرت حرية عدم التعاقد ، فظهرت صور للعقود الجبرية التى يرغم الشخص على إبرامها كعقود التأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث السيارة ، وعقود بيع السلع الضرورية ووصل الأمر إلى حد تدخل القانون لإنشاء علاقات قانونية لم تكن لتنشأ أبدا إلا بتوافق إرادتى طرفيها ، ويظهر ذلك بصفة خاصة فى مجال إيجار الأماكن المبنية ، حيث تنشأ الرابطة الإيجارية فى بعض الحالات بقوة القانون رغما عن إرادة مالك المكان .

وفيما يتعلق بحرية تحديد آثار العقود ، كان من تأثير الاتجاهات الاشتراكية أن حددت التشريعات كثيرا من هذه الآثار على نحو آمر ، فلم يعد للمتعاقدين مجال كبير فى الاتفاق على ما يخلفه العقد من آثار ، بحيث أصبح العقد موجها

أو مداراً بواسطة القانون لا بواسطة المتعاقدين ، وأوضح مثال لذلك عقد العمل إذ تكفل القانون بتحديد التزامات وحقوق كل من العامل وصاحب العمل ، تحديداً شبه كامل ، فلم يعد يجوز لهما أن يتفقا على أحكام تخالف ما أورده القانون إلا فى حالات قليلة وبشروط تكفل أن يكون الاتفاق محققا لمصلحة العامل .

وأخيراً ففيما يتعلق بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، أجازت التشريعات الحديثة للطرف الضعيف فى العقد أن يتحلل منه بإرادته المنفردة فى بعض الحالات ، مثال ذلك أن القانون المدنى يجيز للمقترض بفائدة أن يلغى عقد القرض ولو كانت مدته لم تنقض بعد ، رغم ما يترتب على هذا الإلغاء من حرمان للدائن من الفائدة عن المدة المتبقية (المادة ٥٤٤) .

كما يجيز القانون المدنى للعامل الذى ارتبط بعقد عمل لمدة حياته أو حياة رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، أن ينهى هذا العقد بإرادته المنفردة بعد انقضاء خمس سنوات ، دون أن يلزم بدفع أى تعويض لرب العمل (المادة ٦٧٨ / ١) .

كذلك وسع القانون من سلطة القضاء فأجاز له أن يتدخل فى حالات كثيرة ليعدل مما اتفق عليه المتعاقدان ، أو ليعفى أحد المتعاقدين من بعض الشروط ، أو لينهى العقد بناء على طلب أحدهما .

فللقاضى أن يعدل ما اتفق عليه المتعاقدان إذا طرأت بعد العقد حوادث استثنائية عامة جعلت تنفيذ التزام أحدهما مرهقاً ، فيجوز للقاضى أن يعدل فيما اتفق عليه لرفع هذا الإرهاق عن طريق رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (المادة ١٤٧ - ٢) .

وللقاضى أن يعفى أحد طرفى العقد من بعض الشروط التى يضمنها العقد

إذا كان العقد قد تم بطريق الإذعان ، وكانت الشروط تعسفية (المادة ١٤٩ من القانون المدنى) .

وأخيرا يجوز للقاضى أن ينهى عقد الايجار إذا جدت بعد إبرامه ظروف خطيرة غير متوقعة جعلت تنفيذه مرهقاً (المادة ٦٠٨ مدنى) .

ويختلف مدى انتكاص مبدأ سلطان الإرادة باختلاف الدول ، تبعاً لمدى أخذ هذه الدول بالاتجاهات الاشتراكية . وإزاء ما تعرض له مبدأ سلطان الإرادة من انتكاصات أنكر بعض الشراح القوة الذاتية للعقد ، وقالوا إن قدرة العقد على إنشاء الالتزامات إنما تستمد من القانون الذى يعترف بالعقد كمصدر للالتزام ، مما يجعل أساس القوة الملزمة للعقد فى سلطان القانون لا فى سلطان الإرادة (٤) ، وبحيث أنه لو لم ينص القانون على العقد كمصدر من مصادر الالتزام ، فإن العقد يكون عاجزا عن إنشاء أى التزام (٥)

(٤) ديجى فى محول القانون الدستورى طبعة ١٩٢٧ صفحة ٣٢٥ — ٣٢٧ ، رقم ٣١ ، اسماعيل غانم ص ٥٢ رقم ٢٩ .
(٥) نعمان جمعه فى رسالته ص ٢٦١ رقم ٣٠٠ .

الفصل الثالث

أقسام العقد

١٩ — يمكن تقسيم العقود بإدخال كل مجموعة منها فى قسم أو فى طائفة، وتتعدد هذه الأقسام بحسب نقطة البداية التى يستمد منها التقسيم ، إذ يمكن تقسيم العقود تبعاً لتنظيم المشرع لها ، كما يمكن تقسيمها بحسب الأركان اللازمة لانعقادهـــا ، وبحسب الآثار المترتبة عليها ، ووفقاً لطبيعة الالتزامات الناشئة عنها .

وتقسيم العقود عمل فقهى أساساً ، يعنى به الشراح كوسيلة للتأصيل ولاستخلاص المبادىء العامة التى تحكم كل قسم أو طائفة من العقود، وتسهيلا لمهمة القارئين والدارسين ، ولذلك فإن بعض التشريعات ، ومنها التشريع المصرى لاتتضمن ذكراً لتقسيمات العقود (١).

المبحث الأول

تقسيم العقود بحسب تنظيم أو عدم تنظيم المشرع لها :

العقود المسماة والعقود غير المسماة

٢٠ — تنقسم العقود بالنظر إلى تنظيم المشرع أو عدم تنظيمه لها إلى : عقود مسماه وعقود غير مسماة .

---

(١) ومثال التشريعات التى عنيت بذكر أهم أقسام العقـــود قانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ١٦٧ وما بعدها) .

فالعقد المسمى هو العقد الذى وضع له المشرع اسماً خاصاً وتكفل ببيان القواعد المنظمة له ، سواء فى القانون المدنى أو فى القوانين الأخرى .

ومثال العقود المسماة فى القانون المدنى : عقد البيع ، عقد الهبة ، عقد القرض ، عقد الإيجار ، عقد الوكالة ، عقد التأمين .

ومثال العقود المسماة التى نص عليها القانون التجارى : عقد الوكالة بالعمولة (المواد من ٨١ إلى ٨٩ من قانون التجارة) : كما نص قانون المرافعات على عقد التحكيم (المادة ٥٠١ وما بعدها) أما العقود غير المسماة فهى العقود التى لم ينظمها المشرع بالاسم ، ولم يبين القواعد الخاصة بانعقادها وآثارها . ومثالها : العقد الذى يبرمه النزيل مع صاحب الفندق ، والعقد الذى يبرمه العميل مع صاحب مطعم أو مقهى بقصد تناول طعام أو شراب ، والعقد المبرم بين مؤلف ودار من دور النشر (٢) .

٢١ — وتبدو أهمية التفرقة بين هاتين الطائفتين من العقود فى تحديد القواعد القانونية التى تخضع لها كل طائفة . فالعقد المسمى يخضع للقواعد القانونية التى أوردها المشرع بشأنه ، وهى غالباً ، تكون قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين ، لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على خلافها ، ولا يحتاج الأمر فيما يتعلق بهذه العقود إلى تطبيق القواعد العامة الواردة فى نظرية الالتزام بشأن العقد عموماً إلا إذا لم توجد قاعدة خاصة بالعقد محل النزاع .

---

(٢) ويعتبر عقدا غير مسمى كذلك العقد الذى ينزل شخص بمقتضاه عن عقاراته الى احدى الرهبانيات التى تعهدت بقبوله فى الدير والقيام بنفقاته العادية طالما هو على قيد الحياة : انظر حكم محكمة التمييز اللبنانية فى ٢٤ من فبراير ١٩٥٤ مجموعة حاتم جزء ٢ ص ٥١ — ٥٢ .

ويلاحظ ان بعض هذه العقود قد تعرف فى العمل باسم معين ، فالعقد المبرم بين المؤلف ودار النشر يسمى عقد النشر ، ولكنه لا يعتبر مع ذلك من العقود المسماة لان تسميته لم تأت من قبل المشرع ، ولان القانون لم يورد اية قواعد منظمة لهذا العقد .

فالعقد المسمى هو العقد الذى وضع له المشرع اسماً خاصاً وتكفل ببيان القواعد المنظمة له ، سواء فى القانون المدنى أو فى القوانين الأخرى .

ومثال العقود المسماة فى القانون المدنى : عقد البيع ، عقد الهبة ، عقد القرض ، عقد الإيجار ، عقد الوكالة ، عقد التأمين .

ومثال العقود المسماة التى نص عليها القانون التجارى : عقد الوكالة بالعمولة (المواد من ٨١ إلى ٨٩ من قانون التجارة) : كما نص قانون المرافعات على عقد التحكيم (المادة ٥٠١ وما بعدها) أما العقود غير المسماة فهى العقود التى لم ينظمها المشرع بالاسم ، ولم يبين القواعد الخاصة بانعقادها وآثارها . ومثالها : العقد الذى يبرمه النزيل مع صاحب الفندق ، والعقد الذى يبرمه العميل مع صاحب مطعم أو مقهى بقصد تناول طعام أو شراب ، والعقد المبرم بين مؤلف ودار من دور النشر (٢) .

٢١ — وتبدو أهمية التفرقة بين هاتين الطائفتين من العقود فى تحديد القواعد القانونية التى تخضع لها كل طائفة . فالعقد المسمى يخضع للقواعد القانونية التى أوردها المشرع بشأنه ، وهى غالباً ، تكون قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين ، لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على خلافها ، ولا يحتاج الأمر فيما يتعلق بهذه العقود إلى تطبيق القواعد العامة الواردة فى نظرية الالتزام بشأن العقد عموماً إلا إذا لم توجد قاعدة خاصة بالعقد محل النزاع .

---

(٢) ويعتبر عقدا غير مسمى كذلك العقد الذى ينزل شخص بمقتضاه عن عقاراته الى احدى الرهبانيات التى تعهدت بقبوله فى الدير والقيام بنفقاته العادية طالما هو على قيد الحياة : انظر حكم محكمة التمييز اللبنانية فى ٢٤ من فبراير ١٩٥٤ مجموعة حاتم جزء ٢ ص ٥١ — ٥٢ .

ويلاحظ أن بعض هذه العقود قد تعرف فى العمل باسم معين ، فالعقد المبرم بين المؤلف ودار النشر يسمى عقد النشر ، ولكنه لا يعتبر مع ذلك من العقود المسماة لان تسميته لم تأت من قبل المشرع ، ولان القانون لم يورد اية قواعد منظمة لهذا العقد .

وعلى ذلك إذا تعلق الأمر بعقد هبة طبقت عليه المادة ٥٠٠ من القانون المدنى التى تجيز للواهب أن يرجع فى هبته بترخيص من القضاء متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ولم تطبق عليه القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٤٧ والتى تقرر أن : العقد شريعة المتعاقدين . فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين .

وإذا تعلق الأمر بعقد بيع عقار وأردنا أن نحدد من يتحمل نفقات تسجيل العقد حتى تنتقل الملكية إلى المشترى ، طبقنا المادة ٤٦٢ التى تقضى بأن نفقات التسجيل تكون على المشترى ، ولم نطبق المادة ٣٤٨ التى تقرر أن تكون نفقات الوفاء على المدين ، وكان مقتضى ذلك أن يتحمل البائع بنفقات تسجيل عقد البيع باعتبار أنه هو المدين بنقل الملكية إلى المشترى .

أما العقود غير المسماة فنظراً لعدم تنظيم المشرع لها ، فلا توجد قواعد خاصة بها تطبق فى حالة عدم اتفاق الطرفين ، ولذلك فإنها تخضع للقواعد العامة التى تنطبق على كل العقود ولا تختص بعقد معين ، وهى القواعد الواردة بشأن العقد باعتباره مصدراً من مصادر الالتزام (المواد من ٨٩ إلى ١٦١ من القانون المدنى) .

على أن هذه القواعد قد لا تكفى فى بعض الحالات للإحاطة بجميع نواحى العقد غير المسمى ، ومن المسلم فى هذه الحالات جواز الرجوع إلى القواعد الخاصة بعقد مسمى معين وتطبيق ما يمكن تطبيقه منها على العقد غير المسمى عن طريق القياس ، أى عن طريق مقارنة العقد غير المسمى بعقد مسمى ، وتبين أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بينهما . واستخلاص القواعد التى تناسب العقد غير المسمى مما نص عليه القانون بشأن العقد المسمى [٣] .

---

(٣) وقد اشارت بعض التشريعات صراحة بالالتجاء الى هذه الوسيلة لتحديد القواعد التى تسرى على العقود غير المسماة : انظر المادة ٣/١٧٥ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى .

فعقد النزول فى فندق وهو عقد غير مسمى يقترب من عقد الإيجار. فيما يتعلق بالإنتفاع بالغرفة التى يقيم فيها النزيل ، ولذلك يمكن استعارة بعض قواعد الإيجار لتطبق على الالتزامات المتعلقة بهذا الانتفاع ، كالتزام المؤجر بتسليم المستأجر العين المؤجرة فى حالة تصلح معها لأن تفى بما أعدت له من المنفعة (المادة ٥٦٤ من القانون المدنى) . فيلزم صاحب الفندق أن يسلم النزيل غرفة تصلح لإقامته . وكالتزام المستأجر بأن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ، ما يبذله الشخص المعتاد (م ٥٨٣) ، فيلزم النزيل بأن يبذل من العناية فى استعمال الغرفة التى يقيم بها وفى المحافظة عليها ، ما يبذله الشخص المعتاد .

ووجه الشبه بين عقد الإيجار وهو عقد مسمى ، وعقد النزول فى فندق وهو عقد غير مسمى أن مضمون كل من العقدين هو إنتفاع شخص (المستأجر أو النزيل) بشىء مملوك لشخص آخر (المؤجر أو صاحب الفندق) فى مقابل عوض (الأجرة أو الأجر) . كذلك فعقد تقديم الطعام فى المطعم يقترب من عقد البيع فيما يتعلق بالطعام المقدم ، ولذلك يمكن أن نطبق عليه قواعد عقد البيع بطريق القياس ، ومن ذلك القاعدة التى توجب أن يكون المبيع خالياً من العيوب التى تنقص من قيمته أو من نفعه (المادة ٤٤٧ مدنى) ، فيلتزم صاحب المطعم أن يقدم للعميل طعاما خالياً من العيوب .

المبحث الثانى

تقسيم العقود بحسب الأركان اللازمة لانعقادها :

١ — العقود الرضائية والعقود غير الرضائية

٢٢ — تنقسم العقود من حيث الأركان اللازمة لانعقادها إلى عقود رضائية وعقود غير رضائية .

٢٣ **العقود الرضائية** العقود الرضائية هى العقود التى يكفى لانعقادها تراضى طرفيها ، أى توافق إرادتين على إنشائها دون حاجة إلى أى إجراء آخر ، ودون حاجة إلى إفراغ التراضى فى شكل خاص . فيجوز أن يتم هذا التراضى بالكتابة ، أو شفوياً ، أو بالإشارة المفهمة أو الدالة . ورضائية العقود هى الأصل فى معظم التشريعات الحديثة ، بمعنى أن اعتبار العقد رضائياً لا يحتاج إلى تصريح خاص فى القانون بهذه الصفة ، فيكفى لاعتبار عقد ما رضائياً ألا يتطلب القانون لإنعقاده شكلا أو إجراء خاصاً . وعلى هذا الأساس تعتبر عقود البيع والإيجار والقرض والوديعة والوكالة عقوداً رضائية .

٢٤ **العقود غير الرضائية** : العقود غير الرضائية هى العقود التى لا يكفى لانعقادها التراضى عليها ، بل يجب فضلا عن هذا التراضى توافر إجراء آخر .

والإجراء الذى يجب توافره فى العقد غير الرضائى قد يكون شكلا معيناً يجب أن يتخذه التراضى ، وقد يكون تسليم شىء معين أو عين معينة ، وبناء على ذلك تنقسم العقود غير الرضائية إلى عقود شكلية وعقود عينية .

٢٥ **العقد الشكلى** : العقد الشكلى هو العقد الذى لا ينعقد إلا إذا اتخذ رضاء الطرفين شكلا معيناً يحدده القانون . وغالباً ما يكون الشكل المطلوب هو الكتابة ، والكتابة قد تكون كتابة رسمية أى كتابة يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً للأوضاع التى يحددها القانون ويسمى موثق العقود ، وفى هذه الحالة يسمى العقد الشكلى عقداً رسمياً لأن انعقاده يتطلب إفراغ رضاء الطرفين فى كتابة أو محرر رسمى . ومثال ذلك فى القانون المصرى عقد هبة العقار (٤) ، وعقد الرهن الرسمى (٥) . فهذان العقدان لا يكفى

---

(٤) المادة ٤٨٨ مدنى .
(٥) المادة ١٠٣١ مدنى .

لانعقادها تراضى الطرفين ، بل يجب أن يفرغ هذا التراضى فى محرر رسمى .

وقد تكون الكتابة التى يتطلب القانون إفراغ التراضى فيها كتابة عرفية وتكون الكتابة عرفية إذا قام بها واحد من المتعاقدين أو شخص آخر ، لا تثبت له صفة الموظف العام المختص ، وكانت موقعة من الطرفين ، ومثال ذلك عقد الشركة (٦) ، أو عقد تقرير مرتب مدى الحياة (٧) فعقد الشركة لا ينعقد بمجرد تراضى الشركاء عليه ، بل يجب لانعقاده إفراغ هذا التراضى فى محرر أو سند مكتوب موقع عليه من جميع الشركاء ، فإذا اكتفى الشركاء بالموافقة على إنشاء الشركة شفوياً ، لم ينعقد عقد الشركة .

٢٦ - العقد العينى :

العقد العينى هو العقد الذى يتطلب القانون لانعقاده فضلا عن تراضى طرفيه ، تسليم شىء أو عين ، بحيث لا ينعقد العقد إن لم يسلم ذلك الشىء أو هذه العين . ومثال ذلك عقد هبة المنقول (الهبة اليدوية)(٨) .فهبة المنقول لا تتم بمجرد تراضى الواهب والموهوب له ، بل يجب فضلا عن التراضى أن يسلم الواهب الشىء الموهوب إلى الموهوب له ، فإن لم يحصل تسليم ، فلا تنعقد الهبة ، وبالتالى لا يستطيع الموهوب له إجبار الواهب على تسليمه الشىء لعدم وجود عقد يلزمه بذلك .

ويلاحظ أن إضفاء الصفة الشكلية أو العينية على عقد من العقود يعتبر استثناء من قاعدة رضائية العقود ، ولذلك يجب لاعتبار عقد ما شكلياً أو عينياً أن ينص القانون على ذلك صراحة ، فإذا وجد شك حول ما يقصده

---

(٦) المادة ٥٠٧ مدنى .
(٧) المادة ٤٧٣ مدنى .
(٨) المادة ٢/٤٨٨ مدنى .

المشرع ، وجب تغليب الصفة الرضائية لأنها هى الأصل الذى لا يحتاج إلى نص يقرره .

٢٧ — العلة من الشكلية أو العينية :

يعمد المشرع إلى إخراج بعض العقود من حظيرة الرضائية واشتراط إجراء آخر لانعقادها بقصد تحقيق أحد هدفين :

الأول : تنبيه أحد المتعاقدين أو كليهما إلى خطورة الآثار التى تترتب على العقد الذى يبرمانه . ويبدو ذلك واضحاً بالنسبة لعقد الهبة ، فالغرض من اشتراط الرسمية فى هبة العقار ، والتسليم فى هبة المنقول هو تنبيه الواهب إلى خطورة التصرف المقدم عليه ، وهو تجرده عن ملكية الشيء الموهوب فى الحال دون مقابل .

الثانى : تحديد طبيعة العقد وآثاره بدقة ، وخاصة فى الحالات التى يستغرق فيها تنفيذ العقد زمناً . وهذا هو وضع كل من عقد الشركة وعقد تقرير مرتب مدى الحياة . فهذان العقدان يستغرق تنفيذهما زمناً قد يستمر سنين طويلة ، وطول الوقت اللازم لتنفيذ العقد يؤدى إلى زيادة احتمال نشوء منازعات بشأن هذا العقد ، ولذلك نجد القانون يشترط لانعقاد كل من الشركة والمرتب مدى الحياة إفراغ تراضى المتعاقدين فى محرر مكتوب ، وإن كان لا يشترط فى هذا المحرر أن يكون رسمياً ، فيكفى أن يكون عرفياً .

٢٨ — قاعدة الرضائية ليست من النظام العام :

رأينا أن القاعدة فى القانون المصرى هى رضائية العقود ، أى كفاية تراضى المتعاقدين لانعقادها ، وأن الشكلية أو العينية استثناء من هذه القاعدة ، بحيث لا تتطلب لانعقاد العقد إلا إذا نص القانون عليها صراحة .

ولكن هل المشرع هو المرجع الوحيد المختص بتطلب الشكلية أو العينية ؟ .

يذهب الرأى الراجح فى الفقه والقضاء إلى أن قاعدة الرضائية ليست من النظام العام ، وأن المتعاقدين يستطيعان الاتفاق على اشتراط توافر شكل معين أو تسليم شىء معين حتى ينعقد العقد الذى يقصدانه ، رغم أن القانون لم يشترط لانعقاد هذا العقد لا شكلا ولا تسليماً ، فيجوز للطرفين القادمين على التعاقد أن يتفقا أثناء التفاوض بشأن العقد . على أن العقد لا ينعقد إلا إذا أفرغ اتفاقهما فى محرر رسمى أو عرفى (٩) ، وفى هذه الحالة يعمل باتفاق الطرفين فلا ينعقد العقد إلا إذا تمت كتابة المحرر المطلوب واستوفى شرائطه. فإذا لم تتم هذه الكتابة لا ينعقد العقد. ويهدف الطرفان من وراء اشتراط كتابة العقد إما أن يعطوا لأنفسهم فسحة من الوقت للتفكير أو أخذ رأى خبير قبل الارتباط النهائى ، وإما تحرى الدقة فى صياغة بنود العقد بما يقطع دابر كل خلاف حول مضمونه فى المستقبل .

وإذا كان الشكل الذى اشترطه الطرفان هو الرسمية ، فإن من شأن توافر هذا الشكل تحقيق ميزة كبرى للدائن ، هى إمكانه إجبار المدين على تنفيذ التزاماته بالاستناد إلى المحرر الرسمى المفرغ فيه العقد ، دون حاجة إلى استصدار حكم من القضاء بهذا الإجبار ، وذلك لأن المحرر الرسمى يعتبر سنداً تنفيذياً يجوز التنفيذ بمقتضاه كالحكم سواء بسواء (١٠) .

---

(٩) القضاء : نقض مدنى فى ٢٦ اكتوبر ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ — ١٤٦ — ٩٢٥ .
ومن الفقه : السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ١٦٣ هامش ١ ، منصور انور سلطان ص ٣٤ رقم ٢٩ ، منصور ص ١٧ ، احمد سلامه ص ٦٥ رقم ٢٥ عكس ذلك جميل الشرقاوى ص ٥٤ — ٥٥ رقم ١٢ .

(١٠) نقض مدنى فى ١٩ يناير ١٩٧١ مجموعة النقض المدنى ٢٢ — ١١ — ٥٢ .

كذلك يجوز للطرفين الاتفاق على أن العقد لا ينعقد إلا إذا قام أحدهما بتسليم الآخر شيئاً معينا ، وفى هذه الحالة يضحى العقد عينياً باتفاق الطرفين، رغم أن القانون يعتبره من العقود الرضائية .

— التمييز بين الشكلية وقواعد الاثبات :

رأينا أن الشكل الذى يتطلبه القانون لانعقاد العقد غالباً ما يكون هو الكتابة ، ونظراً لأن الكتابة تعتبر طريقاً من طرق الإثبات ، فيجب عدم الخلط بين الكتابة كركن لازم لانعقادالعقد ، وبين الكتابة التى عن طريقها يتم إثبات التعاقد وبنوده فى حالة قيام نزاع .

فالإثبات يتم أمام القضاء بطرق متعددة نص عليها القانون ، منها الكتابة وشهادة الشهود والإقرار ، واليمين والقرائن . ولا يجيز القانون الإثبات عن طريق شهادة الشهود إلا إذا كانت قيمة التصرف القانونى لا تزيد على عشرين جنيهاً .

فإذا تجاوزت قيمة التصرف القانونى عشرين جنيهاً وجب إثباته فى حالة النزاع بالكتابة (١) ، بل إن هناك عقوداً يشترط القانون إثباتها بالكتابه دائماً بصرف النظر عن قيمتها فى أى ولو لم تتجاوز هذه القيمة عشرين جنيهاً. والكتابة هنا متطلبة لا لانعقاد العقد ، بل لمجرد إثباته ، فالعقد ينعقد ولو لم يفرغ رضاء المتعاقدين فى سند مكتوب ، فاذا لم يقم أى نزاع بشأنه بأن كان الطرفان يسلمان بوجوده ويمضونه ، فإن العقد ينفذ ولو لم يكن مكتوباً . وإذا قام نزاع بشأنه ، يمكن إقامة الدليل على وجوده بوسائل أخرى نص القانون على قيامها مقام الكتابة فى الإثبات هى الإقرار واليمين .

---

(١) المادة ٦١ من قانون الاثبات .

أما حيث تكون الكتابة متطلبة لا لمجرد الإثبات ، بل كركن من أركان العقد ، فإن العقد لا ينعقد بدون كتابة ، بحيث لا يمكن الاستناد إليه إطلاقا ، ولو أقر الطرفان بالتراضي عليه . ولذلك فحيث يشترط القانون كتابة عقد من العقود ، يتعين معرفة ما إذا كانت هذه الكتابة مشترطة كركن لازم لانعقاد العقد ، أم أن اشتراطها لمجرد إثباته ، والغالب أن تسمح عبارة النص بهذا التحديد بسهولة ، مثال ذلك أن المادة ٥٠٧ من القانون المدنى تنص على أنه : « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلا » فواضح من عبارة هذا النص أن الكتابة مشترطة فى عقد الشركة كركن من أركانه لا لمجرد الإثبات ، بدليل أن عدم كتابة هذا العقد جزاؤه البطلان أى عدم انعقاد العقد ، كذلك تنص المادة ٧٤٣ على أن « العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً » . وهذا النص يدل بعبارته أن الكتابة ركن من أركان تقرير المرتب مدى الحياة ، لأنه يجعل جزاء عدم توافر الكتابة أن العقد لا يكون صحيحا .

ومن ناحية أخرى تنص المادة ٥٥٢ على أنه « لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمى » وعبارة هذا النص واضحة فى أن الكتابة مشترطة لإثبات عقد الصلح لا كركن من أركانه ، فينعقد الصلح بالتراضى عليه سواء أفرغ هذا التراضى فى محرر مكتوب أو تم شفوياً ، ولكن إذا ثار نزاع بين طرفيه ، وأراد أحدهما إثباته ، فيتعين عليه إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها من إقرار أو يمين ، ولا يجوز له أن يثبته بشهادة الشهود ،

كذلك تنص المادة ٧٧٣ على أنه : « لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة » وهنا أيضاً من الواضح أن الكتابة مطلوبة للإثبات لا للانعقاد . وقد يحدث أحياناً ألا يكون نص القانون أو نص العقد المتطلب للكتابة واضحاً

فى دلالته ، بل يصاع فى عبارة تثير الشك حول دور الكتابة ، وما إذا كانت مشترطة لإثبات التصرف القانونى أم لانعقاده ، و بتعذر معرفة قصد المشرع أو قصد الطرفين بعد استخدام طرق التفسير المختلفة ، فعلى أى وجه يحمل هذا النص ؟

الراجح فى هذا الشأن هو اعتبار الكتابة متطلبة للاثبات لا للانعقاد ، وبالتالى اعتبار العقد رضائياً لا شكلياً . وذلك على أساس أن رضائية العقود هى الأصل ، وأنه لا يعدل عن هذا الأصل إلا إذا قام دليل يقينى على أن إرادة المشرع أو إرادة الطرفين قد اتجهت إلى اعتبار العقد شكلياً وعدم انعقاده إلا إذا تم تحرير السند الكتابى ، ووجود الشك معناه عدم التأكد من وجود هذه الإرادة (١٢) .

٣٠ — التمييز بين الشكلية ووسائل شهر العقارى :

كذلك يجب التمييز بين الإجراءات الشكلية المتطلبة لانعقاد بعض العقود والتى يؤدى تخلفها إلى عدم انعقادها ، و بين وسائل شهر التصرفات الواردة على عقارات .

فقانون الشهر العقارى ينص على أن جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله . . يجب شهرها بطريق التسجيل (١٣) .

فشهر أو إعلان التصرفات العقارية متطلب لا لانعقاد العقد ، بل لكى ينتج العقد الأثر المقصود من وراء إبرامه وهو نقل الملكية أو الحق العينى

---

(١٢) السنهورى فى الوسيط ج ٢ ص ١٦٣ هامش . وانظر نقض مدنى فى ٢٩ مارس ١٩٥١ مجموعة النقض المدنى ٢ — ٨٨ — ٤٩١ .

(١٣) المادة ٩ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

عموما ، أما الشكلية فهى ركن ضرورى لا ينعقد العقد بدونه ، ولا يغنى عنها الشهر .

وعلى ذلك إذا باع شخص لآخر قطعة أرض ، فإن ملكية هذه الأرض لا تنتقل إلى المشترى إلا إذا تم تسجيل عقد البيع . وما دام هذا التسجيل لم لم يحصل تظل الملكية للبائع ، ولكن ليس معنى ذلك أن عقد البيع لم ينعقد فالبيع عقد رضائى ينعقد بمجرد تراضى البائع والمشترى عليه ، وهذا التراضى يصح أن يصدر فى أية صورة : كتابة ، مشافهة ، إشارة .

فالتسجيل ليس متطلباً لانعقاد بيع العقار ، فهو ليس ركناً ضرورياً لانعقاد هذا البيع ، وإنما هو شرط اشترطه القانون لترتيب أثر من آثار البيع هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشترى ، فإذا لم يتم التسجيل ، فإن الملكية لا تنتقل ، ولكن ذلك لا ينفى أن البيع قد انعقد ، وأنه أنتج آثاراً أخرى رغم عدم تسجيله ، كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى ، وبضمان انتفاعه به ، والتزام المشترى بالوفاء بالثمن إلى البائع ، فعدم التسجيل لم يمنع إذن من انعقاد البيع ، ومن إنتاجه لبعض آثاره ، ولو كان التسجيل شكلا أى ركناً لازماً لانعقاد البيع ، لما كان للبيع أى وجود قبل حصول التسجيل ، وبالتالى لما ترتب عليه أى أثر إلا بعد القيام به .

كذلك فإن الشهر لا يغنى عن الشكل ، ولا الشكل يغنى عن الشهر ، فعقد هبة العقار يجب أن يتم بورقة رسمية . فإذا أفرغت الهبة فى ورقة رسمية انعقدت ، ولزم تسجيلها لكى تنتقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له ، فإذا لم تسجل الهبة ، لم تنتقل الملكية ، رغم إفراغ الهبة فى ورقة رسمية . ومن الناحية الأخرى إذا أفرغ تراضى الطرفين على الهبة فى ورقة عرفية ، فإن عقد الهبة لا ينعقد ، ولا يقوم مقام الورقة الرسمية أن تسجل الورقة العرفية .

٢ — العقود الفردية والعقود المشتركة أو الجماعية

٣١ — تنقسم العقود من حيث الأشخاص الذين تنصرف إليهم آثارها إلى عقود فردية وعقود مشتركة أو جماعية .

العقد الفردى : العقد الفردى هو العقد الذى لا تنصرف آثاره لغير المتعاقدين اللذين تراضيا عليه ، فلا ينشىء حقا ولا يرتب التزاماً إلا على عاتق من كان طرفاً فيه .

العقد المشترك أو الجماعى : العقد المشترك أو الجماعى هو عقد تنصرف آثاره إلى الأشخاص الذين تراضوا عليه (الطرفين) وإلى أشخاص آخرين لم يظهروا إرادتهم فى قبوله .

والعقود الفردية هى الغالبة ، إذ الأصل هو نسبية أثر العقد بحيث لا ينشىء حقوقاً ولا يرتب التزامات إلا بالنسبة لمن كان طرفاً فيه ووافق على التقيد بأحكامه ، وهذا هو شأن كل العقود التى نظمها القانون المدنى كالبيع والهبة والقرض والإيجار والمقاولة .

أما العقود المشتركة أو الجماعية فتعتبر استثناء من الأصل المتقدم ، وقد نشأت الحاجة إليها حديثاً ، ولذلك نجدها منظمة فى تشريعات أخرى غير التقنين المدنى ، وينكر بعض الشراح عليها الصفة التعاقدية ، ويرون أنها ليست عقوداً بل لوائح . أو على الأقل أنها فى حكم اللوائح (١٤).

ومثال العقود المشتركة فى القانون المصرى عقد العمل المشترك ، وعقد الصلح البسيط الذى يبرم بين التاجر المفلس ودائنيه .

---

(١٤) راجع فى ذلك مارتي ورينو ص ٢٩٤ رقم ٣٣٢ .

فعقد العمل المشترك هو اتفاق يبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين واحد أو أكثر من أصحاب الأعمال الذين يستخدمون عمالا ينتمون إلى تلك النقابات بقصد تنظيم شروط العمل ، كتحديد الفئات الدنيا للأجور وساعات العمل ومدد الأجازات (١٥).

فطرفا عقد العمل المشترك هما : نقابة عمال وصاحب العمل الذى يستخدم عمالا ينتمون إلى تلك النقابة . ورغم أن النقابة تتعاقد باعتبارها شخصاً اعتبارياً . فإن عقد العمل المشترك الذى تبرمه لا يسرى عليها فقط بهذه الصفة ، وإنما يسرى أيضاً على العمال المنضمين إليها (١٦) بل وعلى جميع عمال صاحب العمل ولو لم يكونوا أعضاء فى تلك النقابة (١٧) .

وعقد الصلح البسيط وينظمه القانون التجارى فى باب الإفلاس عقد يبرم بين المفلس وجماعة الدائنين بموافقة أغلبيتهم (١٨) ، وتصديق المحكمة ، بمقتضاه ينزل الدائنون عن جزء من حقوقهم قبل المفلس . أو يوافقوا على منح المدين أجلا ، ويستعيد المدين سلطة إدارة أمواله والتصرف فيها ، مقابل تعهده بالوفاء بديونه فى الآجال التى حددت لها .

ويبدو من هذا التعريف أن عقد الصلح عقد جماعى ، إذ لا يشترط لإبرامه موافقة جميع الدائنين ، بل تكفى موافقة أغلبيتهم ، ومع ذلك فإن آثار هذا العقد تلزم لجميع دائنى المفلس بما فيهم من لم يوافق على الصلح .

---

(١٥) المادة ٨٩ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ .
(١٦) المادة ٩٥ من قانون العمل .
(١٧) بشرط الا يقل عدد العمال المنتمين للنقابة عن نصف عدد عمال صاحب العمل وقت ابرام العقد (المادة ١٠٢ من قانون العمل) .
(١٨) الاغلبية المطلوبة هى الاغلبية التى تكون لها ثلاثة ارباع الديون التي على المفلس (المادة ٣١٧ من قانون التجارة) .

٣ — عقود المساومة وعقود الاذعان

٣٢ — عقد المساومة هو العقد الذى يكون لطرفيه أن يناقشا شروطه بحرية قبل إبرامه ، والأصل أن كل العقود من هذا النوع ، لأن انعقادها يقوم على التراضى ، ومن حق كل طرف أن يناقش شروط العقد قبل أن يرضى به .

أما عقد الإذعان Contrat d. adhéq-ion فهى عقد يضع أحد طرفيه مشروعة بصفة عامة ، ويقبله الطرف الآخر دون أن تكون له حرية مناقشته أو طلب تعديله .

ويستخلص من التعريف السابق ومما استقر عليه رأى الفقه والقضاء فى شأن عقود الإذعان ، أنه يشترط لاعتبار العقد عقد إذعان ، توافر الشروط الآتية :

أولا — أن يستقل أحد الطرفين بوضع مشروع العقد ، بحيث يقتصر دور الطرف الآخر الثانى على إبداء رأيه المتضمن قبول إبرام العقد ، أوعدم قبوله ، دون أن يكون له أن يطلب تعديل الشروط التى وضعها المتعاقد الآخر أو أن يضيف إليها شروط جديدة .

وفى ذلك تقول المادة ١٠٠ من القانون المدنى : القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.

وعلى ذلك إذا تم وضع شروط العقد باتفاق الطرفين بناء على تفاوضهما وتساومهما . فلا تكون بصدد عقد إذعان ، بل عقد مساومة .

الثانى — أن يتوجه الطرف الذى وضع شروط العقد بمشروعه إلى الناس كافة ، أو إلى طائفة منهم ، لا إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات ، وبعبارة

أخرى يتعين أن يكون الإيجاب بالعقد عاما موجها إلى الجمهور ، بحيث يتم العقد مع أى شخص يقبل التعاقد بالشروط الواردة فى هذا الإيجاب دون نقاش .

الثالث — أن يكون للطرف الذى وضع مشروع العقد التفوق الاقتصادى على الطرف الآخر(١٩) ، وتحقق هذا يتطلب أمرين :

١ — أن يتعلق العقد بتوفير سلعة أو خدمة ضرورية .

٢ — أن يكون الطرف الذى وضع شروط العقد محتكراً لتقديم هذه السلعة أو الخدمة ، سواء من الناحية القانونية أو الفعلية ، أو أن يكون على الأقل داخلا فى تكتل يضم المنتجين لتلك السلعة أو الخدمة ، بحيث تنعدم المنافسة أو تضيق (٢٠) ، فلا يكون أمام راغب الحصول على السلعة أو الخدمة إلا قبول الشروط المفروضة عليه ، لأنه لا يجد من يعرض عليه شروطاً أفضل .

والشروط الثلاثة السابقة مرتبطة او احد منها بالآخر ، ذلك أنه لا يتحقق عملا أن يستقل أحد الطرفين بوضع شروط العقد وفرضها على المتعامل معه دون مناقشة إلا إذا كان هذا الطرف يتمتع بمركز اقتصادى أقوى من المركز الذى يوجد فيه الطرف الآخر المذعن ، بحيث يستطيع استناداً إلى مركزه القوى المتفوق أن يملى شروطه بطريقة لاتدع للطرف المذعن سوى أن يقبل هذه الشروط ، مادام لا يستغنى عن السلعة أو الخدمة التى يقدمها الطرف الأول القوى(٢١) .

---

(١٩) كاربونييه ص ٩٥ رقم ٩٦ .

(٢٠) نقض مدنى فى ٢٢ ابريل ١٩٥٤ مجموعة النقض المدنى ٥ — ١١٩ — ٧٨٨ .

(٢١) ولا يشترط أن يكون الايجاب صادرا لمدة غير محدودة ، فتعيين مدة للقبول لا يمنع من اعتبار العقد عقد اذعان متى توافرت الشروط المشار اليها فى المتن . قارن حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٢ ابريل ١٩٥٤ المشار اليه سابقا .

«إذا توافرت الشروط السابقة اعتبر العقد عقد إذعان ، وهذا هو وضع عقد توصيل التيار الكهربائى أو الماء أو الغاز أو خدمة الهاتف ، لأن الجهات التى تقدم الخدمات السابقة ، تحتكر تقديمها ، وتنفرد بوضع شروطها، ولأن الخدمات السابقة تعتبر خدمات ضرورية(٢٢) .

كذلك يعتبر عقد النقل عن طريق القطارات أو الطائرات من عقود الإذعان .

وبالعكس مما تقدم لايعتبر العقد المبرم بين جهة حكومية ومقاول بقصد إنشاء طريق عقد إذعان ، ذلك أن الجهة الحكومية أعلنت عن مناقصة إنشاء الطريق وطلبت أن يتقدم كل من له الرغبة فى المساهمة بعطائه وبالشروط التى يقترحها ومدة إتمام العمل وتكاليفه . بحيث أن العقد أبرم وفقاً للشروط التى وضعها المقاول مقدم العطاء لا وفقاً لشروط فرضتها الجهة الحكومية(٢٣) .

وتبدو أهمية التمييز بين عقود المساومة وعقود الإذعان فيما يتعلق بمدى تدخل القانون فى تنظيم آثار العقد ، فالمشاهد أن هناك اتجاها تشريعياً فى معظم الدول يوسع من مدى تدخل القانون لتنظيم عقود الإذعان، ويتم هذا التدخل عادة بطريقين :

الأول مباشر : — بأن يفرض المشرع بعض قواعد آمرة يتعين على

---

(٢٢) ويلاحظ ان اعتبار سلعة او خدمة ضرورية مسألة نسبية تختلف من دولة الى أخرى ، ومن وقت الى آخر ، وعلى هذا الاساس يعتبر عقد التأمين فى الوقت الحاضر عقد اذعان لان الخدمة التأمينية اضحت اليوم خدمة ضرورية فى شتى صورها ، ولان مقدمى هذه الخدمة وهى شركات التأمين تتكتل ، وتضع شروطا قلما تختلف من شركة الى اخرى ، بحيث يسود مبدأ المنافسة المحدودة فى مجال خدمات التأمين . وقد نص قانون الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على اعتبار عقد الضمان (التأمين) من عقود الموافقة (الاذعان) .

(٢٣) راجع نقض مدنى ٢٢ ابريل ١٩٥٤ سابق الاشارة اليه .

المتعاقدين مراعاتها بحيث يعتبر كل اتفاق مخالف لها باطلا بطلانا مطلقاً ، ومثال ذلك فرض ثمن محدد لبعض السلع والخدمات الضرورية (تسعيرة جبرية) ، كما هو الحال بالنسبة لتحديد قيمة استهلاك الكهرباء والغاز والمياه وأجور النقل بالقطارات .

والثانى — غير مباشر : بأن يخول القانون القاضى سلطات أوسع فى مجالات تعديل وتفسير عقود الإذعان(٢٤) . وسنعود إلى بيان ذلك عند الكلام عن القوة الملزمة للعقد وعن تفسيره .

١٢ طبيعة عقود الاذعان — ينكر بعض الشراح وبصفة خاصة شراح القانون العام الطبيعة العقدية لعقود الإذعان ، على أساس انعدام حرية الطرف المذعن فى المناقشة والمساومة ، والواقع أنه ليس من شأن ذلك نفى الطبيعة العقدية عن هذه العقود . ذلك أن وجود العقد يتوقف على إرادة إبرامه ، وما دامت هذه الإرادة متوافرة لدى الطرفين ، فإننا نكون بصدد عقد ، ولا يقدح فى ذلك أن أحد الطرفين قد استقل بوضع شروط هذا العقد .

فالطرف المذعن كان يستطيع ألا يتعاقد ، حقيقة أنه يتعرض حينئذ للحرمان من السلعة أو الخدمة الضرورية ، ولكن ذلك لا ينفى أن له الحرية فى أن يتعاقد أو ألا يتعاقد ، فإذا قبل الإيجاب الموجه إليه وإلى غيره ، فإنه يعتبر قد أبرم عقداً من العقود ، فعقود الإذعان إذن عقود حقيقية . وهذا هو الرأى الراجح بين شراح القانون المدنى .

---

(٢٤) المادتان ١٤٩ و ١٥١ من القانون المدنى .

المبحث الثالث

تقسيم العقود بالنظر إلى آثارها

١ — العقود التبادلية والعقود غير التبادلية

٣٤ — تنقسم العقود بحسب تبادل الالتزامات الناشئة عنها أو عدم تبادلها إلى عقود تبادلية أو ملزمة للجانبين ، وعقود غير تبادلية أو ملزمة لجانب واحد .

٣٥ — **العقد التبادلى (الملزم للجانبين)** — يكون العقد تبادليا إذا كان يترتب عليه منذ إبرامه نشوء التزامات متقابلة على عاتق كلا المتعاقدين ، بحيث يكون كل منهما منذ اللحظة الأولى لإبرام العقد دائنا ومدينا فى ذات الوقت .

ومثال العقد التبادلى عقد البيع ، فهو يرتب منذ إبرامه التزامات على عاتق طرفيه : البائع والمشترى ، فالبائع يلتزم بالقيام بما هو ضرورى لنقل ملكية المبيع كما يلتزم بتسليم المبيع وضمان انتفاع المشترى به ، وفى مقابل ذلك يلتزم المشترى بتسلم المبيع ووفاء الثمن إلى البائع .

كذلك فإن عقود الإيجار والعمل والمقاولة تعتبر كلها عقود تبادلية ، إذ يترتب على كل منهما التزامات على عاتق طرفيها .

٣٦ — **العقد غير التبادلى (الملزم لجانب واحد)** - يكون العقد غير تبادلى إذا كان وقت إبرامه لا يرتب التزامات إلا على عاتق أحد طرفيه فقط دون الطرف الآخر ، بحيث يكون أحد الطرفين مديناً والآخر دائناً ، ولا يكون أى منهما دائنا ومدينا فى ذات الوقت[٢٥] .

---

(٢٥) يلاحظ أن العقد الملزم لجانب واحد لا ينعقد الا بوجود ارادتين متوافقتين ، فليس معنى كونه ملزما لجانب واحد انه ينعقد بارادة واحدة ، بل كونه لا يرتب التزامات الا على عاتق جانب او طرف واحد . وفى ذلك لا يختلط العقد الملزم لجانب واحد بالتصرف القانونى الصادر عن ارادة منفردة الذى يبرم بارادة واحدة فقط كالوعد باعطاء جائزة .

ومثال العقد غير التبادلى عقد الهبة وعقد الوديعة ، فعقد الهبة يرتب منذ إنشائه التزامات على عاتق الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وبتسليمه ، أما الموهوب له فلا يلزمه عقد الهبة بحسب الأصل بأى التزام .

كذلك عقد الوديعة يرتب منذ انعقاده التزامات على عاتق المودع لديه بتسلم الشيء المودع والمحافظة عليه . أما المودع فلا يلتزم بأى التزام .

ويلاحظ أن العبرة فى تحديد وصف العقد وهل هو تبادلى أو غير تبادلى هو بالنظر إلى وقت إبرامه ، بحيث لايعتبر العقد تبادليا إلا إذا كان يرتب منذ ذلك الوقت التزامات على عاتق كل من طرفيه ، فلا ينظر إلى الالتزامات التى قد تنشأ فى وقت لاحق .

وعلى ذلك فالعقد الذى يرتب عند إبرامه التزامات على عاتق أحد طرفيه فقط ، دون أن يلزم الطرف الآخر بشيء ، يعتبر عقداً غير تبادلى ، ولو نشأ فيما بعد التزام أوالتزامات على عاتق هذا الطرف الأخير .

فعقد الوديعة يعتبر عقدا غير تبادلى ، لأنه لايلزم منذ إبرامه سوى طرف واحد هو المودع لديه ، ولايغير من هذا الوصف أن المودع قد يلتزم برد النفقات التى أنفقها المودع لديه على الشيء بقصد حفظه وصيانته[٢٦]، فهذا الالتزام لم يتقرر على عاتق المودع لحظة إبرام عقد الوديعة بناء على هذا العقد ، وإنما نشأ هذا الالتزام فى وقت لاحق بناء على واقعة مستقلة عن إبرام العقد هى واقعة الإنفاق[٢٧] .

---

(٢٦) المادة ٧٢٥ مدنى .

(٢٧) ويسمى بعض الشراح العقد الذى ينشيء التزامات على عاتق احد طرفيه فقط ، ثم يحدث ان يتحمل الطرف الآخر . بالتزام او التزامات نتيجة واقعة لاحقة : العقد التبادلى الناقص . وهو فى الحقيقة ليس تبادليا على الاطلاق .

ويلاحظ كذلك أن العقد الذى يرتب منذ إبرامه التزامات على عاتق كل من طرفيه ، يعتبر عقداً تبادلياً ، ولا يفقد هذه الصفة ويصبح عقداً غير تبادلى إذا وفى أحد المتعاقدين بالتزاماته ، فى حين لم يف المتعاقد الآخر بما التزم به ، وعلى ذلك إذا قام المشترى بالوفاء بالثمن إلى البائع ولم يعد هناك أى التزام على عاتقه ، فى حين لم يقم البائع بالوفاء بالتزاماته بشأن نقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشترى ، فلا يقال أن عقد البيع وقد كان عند إبرامه عقداً تبادليا قد أضحى عقداً غير تبادلى ، فالعبرة فى وصف العقد كما قدمنا هى بالنظر إلى وقت إبرامه فقط ، دون اعتداد بأى وقت لاحق .

وتبرز أهمية التفرقة بين العقود التبادلية والعقود غير التبادلية فى عدة مجالات أهمها : الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل تبعة استحالة التنفيذ ، وسنعرض لهذه الموضوعات فيما بعد ، ونكتفى هنا بأن نشير أنه فيما يتعلق بالفسخ القاعدة أنه فى العقود التبادلية إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزاماته ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ليتحلل من التزاماته المتقابلة . وواضح أنه لا محل للكلام عن الفسخ فى العقود غير التبادلية ، ذلك أنه إذا لم ينفذ المدين فيها التزاماته ، فإن الدائن لا يستفيد شيئاً من فسخ العقد إذ لا إلتزامات عليه حتى يتحلل منها بالفسخ ، ولذلك فمن المقرر أن الفسخ لا يرد إلا على العقود التبادلية دون العقود غير التبادلية[٢٨] .

٢ — عقود المعاوضة وعقود التبرع

٣٧ — عقد المعاوضة هو العقد الذى يحقق منفعة لجميع أطرافه بحيث يأخذ كل منهم مقابلا لما يعطيه .

ومثاله عقد البيع عقد الإيجار وعقد العمل .

---

(٢٨) المادة ١٥٧ مدنى .

فني عقد البيع يعطى البائع المبيع ويأخذ الثمن مقابلا له، ويفى المشترى بالثمن ، ويتملك المبيع بدلا منه .

وفى عقد الإيجار ينزل المؤجر عن منفعة الشيء المؤجر للمستأجر ، ويأخذ الأجرة ، ويفى المستأجر بالأجرة ويقوم فى مقابلها بالانتفاع بالشيء .

وفى عقد العمل يقدم العامل عمله لحساب صاحب العمل ، وفى مقابل ذلك يأخذ أجراً ، ويفى صاحب العمل بالأجر ، ويستفيد من خدمات العامل .

أما عقد التبرع فهو العقد الذى لا يحقق منفعة إلا لأحد طرفيه فقط ، بحيث لا يقدم هذا الطرف مقابلا للمنفعة التى حصل عليها ، وبحيث لا يأخذ الطرف الآخر بدلا عن المنفعة التى قدمها ، وذلك لتوافر نية التبرع لديه .

وقد تكون المنفعة التى يحققها عقد التبرع إدخال حق عينى فى ذمة المتعاقد دون مقابل ، ويطلق على التبرع فى هذه الحالة اصطلاح الهبة ، ومثال ذلك أن يتفق شخصان على أن ينقل أحدهما للآخر ملكية قطعه أرض دون مقابل أى مجانا ، فهذا الإتفاق يكون عقد هبة .

وقد لا يترتب على التبرع إدخال حق عينى فى ذمة المتبرع له ، بل مجرد تمكينه من الانتفاع بشيء مملوك لغيره أو بخدمة يؤديها له هذا الغير دون مقابل ، وفى هذه الحالة يطلق على التبرع إصطلاح : التفضل ، ومثال ذلك أن يعير شخص شيئاً مملوكا له لآخر ليستعمله فترة من الزمن دون مقابل ، فهذا عقد عارية وهو من عقود التفضل لا الهبات ، كذلك إذا تعهد شخص بأن يقوم بعمل قانونى لحساب شخص آخر دون مقابل ، فإن العقد يكون عقد وكالة

مجانية وهو عقد تفضل لا عقد هبة[1] .

٣٨ — ويلاحظ أن هناك عقوداً لا يمكن أن تكون إلا معاوضات أو تبرعات ، وأن هناك عقوداً يمكن أن تتخذ صفة المعاوضة أو التبرع بحسب الأحوال .

فعقد البيع مثلا لا يمكن أن يكون إلا معاوضة ، لأنه إذا انتفى الثمن فيه ، لم يعد بيعا .

كذلك فإن عقد عارية الاستعمال لا يمكن أن يكون إلا تبرعا ، لأنه إذا اشترط المقابل فيه لم يعد عارية ، بل انقلب إيجارا .

وبالعكس من ذلك فإن عقد الوديعة وهو فى الأصل عقد تبرع إذ لا

---

(١) يلاحظ انه اذا كان الاصل هو ان معيار التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هو جود المقابل او انتفاؤه ، فان هذا المعيار لا يصدق فى كل الحالات ، فقد يوجد المقابل ومع ذلك يعتبر العقد تبرع لا معاوضة ، وذلك اذا كان المقابل لا يعادل قيمة الشيء أو الخدمة المعطاة، ولم يكن الدافع الى ابرام العقد هو الحصول على هذا المقابل ، بل كانت نية التبرع هى الدافع . وعلى ذلك اذا نزل شخص لآخر عن ملكية قطعة ارض قيمتها عشرة آلاف جنيه واشترط عليه أن يدفع مائة جنيه الى احدى الجمعيات الخيرية ، فان العقد يكون عقد تبرع ، لان الدافع الى هذا العقد لدى مالك الارض لم يكن هو حصول الجمعية على المائة جنيه، بل نية التبرع بالارض للموهوب له ، وعلى ذلك فالهبة بعوض أو بتكليف تعتبر عقد تبرع ، فلا يترتب على التزام الموهوب له بأداء العوض أو بالقيام بالتكليف اعتبار العقد معاوضة ، ذلك أن الدافع على ابرام الهبة لم يكن هو أداء العوض أو القيام بالتكليف ، بل افادة الموهوب له من الشيء الموهوب دون مقابل . وفى ذلك تقول المادة ٢/٤٨٦ من القانون المدنى : ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين .

ومن ناحية أخرى قد لا يحصل أحد المتعاقدين على مقابل للشيء أو الخدمة التى قدمها ، ومع ذلك يعتبر العقد معاوضة لا تبرع ، اذا انتفت نية التبرع لديه ، بأن كان يقصد من وراء تقديم الشيء أو الخدمة أن يحقق لنفسه منفعة لاحقة ، وهذا هو وضع الشخص الذى ينزل للدولة عن قطعة ارض دون مقابل لتبنى عليها جامعة ، اذا كان هدفه من ذلك تصقيع الاراضى المجاورة المملوكة له نتيجة لبناء الجامعة .

يتقاضى المودع لديه أجراً فى مقابل حفظه للشيء المودع (وديعة غير مأجورة) ينقلب إلى عقد معاوضة إذا اتفق طرفاه إلى استحقاق المودع لديه لأجر مقابل عمله (وديعة مأجورة) .

كذلك عقد الوكالة يكون عقد تبرع إذا كانت الوكالة غير مأجورة ، أما فى الوكالة بأجر فإن العقد يكون عقد معاوضة(٢٩) .

وتبدو أهمية التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع فى عدة مجالات منها أن الأهلية المتطلبة لإبرام عقود التبرع غير الأهليه اللازمة للمعاوضات، ومنها أن القانون يتشدد فى مساءلة المعاوض عن عدم تنفيذ التزاماته ، فى حين يخفف من مسئولية المتبرع(٣٠) .

٣٩ — ويلاحظ أنه لاتلازم بين تقسيم العقود إلى عقود تبادلية وغير تبادلية ، وتقسيمها إلى معاوضات وتبرعات ، فقد يكون عقد المعاوضة تبادلياً

---

(٢٩) ويلاحظ ان العقد احيانا يكون ذا طبيعة مختلطة ، فقد يحدث ان يكون العقد معاوضة بالنسبة الى احد الطرفين ، وتبرعا بالنسبة للطرف الآخر ، ومثال ذلك ان يبرم عقد كفالة بين الدائن وشخص غير المدين يتعهد للدائن بوفاء الدين اذا لم يف به المدين ، فاذا لم يحصل الكفيل على شيء لا من الدائن ولا من المدين مقابل تعهده هذا ، ولكن الدائن اعتمادا على الكفالة وافق على مد اجل الدين ، او على ابراء المدين من جزء منه ، فان عقد الكفالة يعتبر تبرعا بالنسبة للكفيل اذ تعهد بالضمان دون ان يحصل على اية منفعة ، ويعتبر معاوضة بالنسبة للدائن لان حصوله على الضمان كان مقابل مد الاجل او ابراء من جزء من الدين : راجع منصور فى دروسه ص ١٩ .

(٣٠) انظر على سبيل المثال فيما يتعلق بالتزامات كل من البائع والواهب : المادتين ٤٣٩ ، ٤٩٤ من القانون المدنى ، وفيما يتعلق بالعناية المطلوبة من الوكيل غير المأجور والوكيل المأجور : المادة ٧٠٤ مدنى .
وتبدو اهمية التفرقة كذلك فيما يتعلق بالغلط فى شخص المتعاقد ، حيث تعتبر شخصية المتبرع له محل اعتبار دائما ، فى حين الاصل فى شخصية انها ليست محل اعتبار . كذلك فان عقود التبرع تخرج بصفة عامة من مجال المعاملات التجارية .

كما هو الحال بالنسبة للبيع والإيجار والعمل ، وقد يكون غير تبادلى كما هو الحال إذا وافق المدين بالتزام طبيعى على أن يتعهد لدائنه بالوفاء به ، فهذا الاتفاق يعتبر معاوضة لا تبرعاً ، وهو غير تبادلى إذ لا يلتزم بمقتضاه سوى المدين المتعهد .

وقد يكون عقد التبرع غير تبادلى : كما هو الحال بالنسبة لعقد الهبة ، وقد يكون تبادلياً إذا كانت الهبة بعوض أو بتكليف حيث يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه ، ويلتزم الموهوب له بأداء العوض أو تنفيذ التكليف .

٣ — العقود المحددة والعقود الاحتمالية

٤٠ — **العقد المحدد** : هو العقد الذى يمكن لكل من طرفيه أن يحدد وقت التعاقد قيمة المنفعة التى يقدمها إلى المتعاقد الآخر وقيمة المنفعة التى يأخذها منه .

ومثاله عقد البيع وعقد الايجار وعقد العمل . فإذا باع شخص لآخر سيارة بمبلغ ألف جنيه ، فإنه يعرف قيمة السيارة التى قدمها إلى المشترى ، ويعرف فى الوقت ذاته مقدار الثمن الذى حصل عليه مقابلها ، كذلك المشترى يعرف وقت إبرام العقد مقدار الثمن الذى التزم بدفعه إلى البائع وقيمة المبيع الذى سيأخذه منه .

ويلاحظ أن العقد يكون محددا ولو لم يكن هناك تعادل بين قيمة ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه ، وعلى ذلك فالعقد فى المثال السابق يعتبر عقداً محدداً ولو كانت قيمة السيارة تزيد أو تنقص عن ألف جنيه .

٤١ — **أما العقد الاحتمالى أو عقد الغرر** :

فهو العقد الذى لا يمكن لطرفيه أن يحددا وقت إبرامه قيمة ما يعطيانه أو

يأخذانه ، إذ يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع أى على احتمال .

ومثاله عقد التأمين على الحياة ، فهو عقد بمقتضاه يلتزم شخص (المؤمن) فى مواجهة شخص آخر (المؤمن له أو المستأمن) بأن يدفع مبلغاً من المال إلى شخص ثالث (المستفيد) فى حالة وفاة المؤمن له خلال مدة معينة . وذلك مقابل أقساط يدفعها له هذا الأخير .

فلا المؤمن ولا المؤمن له يعرفان وقت إبرام العقد عدد الاقساط التى ستدفع، لأن الالتزام بدفع الأقساط يقف بمجرد وفاة المؤمن له ، وتاريخ هذه الوفاة غير محدد وقت إبرام العقد ، إذ قد تنقضى مدة عقد التأمين دون أن يتوفى المؤمن له ، فيدفع أقساط التأمين كاملة . وقد يتوفى بعد العقد بفترة قصيرة فلا يدفع إلا عدداً قليلا من الأقساط .

كذلك إذا تم البيع مقابل مرتب أو دخل يدفعه المشترى للبائع مدى حياة أحدهما أو مدى حياة شخص ثالث ، فإن عقد البيع وهو محدد بحسب الأصل ، يكون عقداً احتماليا فى هذه الحالة ، لأن قيمة مايدفعه المشترى وبالتالى قيمة ماسيأخذه البائع غير محددة وقت إبرام العقد ، إذ أن تحديدها بصفة نهائية لايتيسر إلا عند وفاة الشخص المرتبط أداء الدخل بحياته[٣١] .

كذلك يعتبر عقد المراهنة من عقود الغرر إذ أن كل متراهن يدفع مبلغا من النقود أملا فى تحقيق ربح قد يتحقق وقد لا يتحقق ، وبالتالى فإن

---

(٣١) وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية أن تفرغ شخص عن عقاراته الى أحد الرهبانيات التى تعهدت بقبوله فى الدير والقيام بنفقاته العادية طالما هو فى قيد الحياة هو عقد ثنائى متبادل ذو عوض يعتبر بمقتضى الاجتهاد من العقود ذات العوض ويدخل فى عقود الغرر .
تمييز لبنان فى ٢٤ — ٢ — ١٩٥٤ مجموعة حاتم جزء ١٨ ص ٥١—٥٢ .

ما سيأخذه كل متراهن لا يمكن تحديده مقدما وقت إبرام العقد(٣٢) .

٤ — العقود الفورية والعقود الزمنية

٤٢ — **العقد الزمنى أو عقد المدة** : هو الذى يقاس الأداء الرئيسى فيه بالزمن ، بحيث يكون هذا الزمن عنصرا جوهريا فيه ، ومثاله عقد الايجار ، فالأداء الرئيسى فيه هو تمكين المؤجر من الانتفاع بالشىء المؤجر لمدة معينة، وهذا الانتفاع لا يمكن أن يتحقق إلا إذا ترك الشىء فى يد المستأجر مدة أو زمن معين، بحيث يكون الزمن هو وحدة قياس المنفعة المقصود توفيرها للمستأجر، فهو عنصر جوهرى فى عقد الايجار لا يمكن تصوره بدونه .

كذلك الحال بالنسبه : لعقد العمل حيث الأداء الرئيسى المطلوب هو قيام الأجير بالعمل لحساب رب العمل لمدة أو زمن معين ، فالزمن هو وحدة قياس العمل المقصود تقديمه لرب العمل .

٤٣ — **أما العقد الفورى** : فهو العقد الذى لا يحتاج تنفيذ الاداء الرئيسى فيه إلى زمن بحسب الأصل ، ومثاله عقد البيع فنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشترى يتم فوراً ، وكذلك دفع الثمن إلى البائع .ولا يغير من طبيعة البيع أن يتفق على تأخير تسليم المبيع إلى وقت لاحق ، فإن ذلك ليس من شأنه أن أن يجعل قيمة المبيع تقدر على أساس الزمن ، وبعبارة أخرى : فإن تدخل الزمن هنا لا يكون بصفة جوهرية ضرورية لقياس الأداء المطلوب من البائع ، بل لتحديد موعد التنفيذ فحسب .

---

(٣٢) ويلاحظ أن عقد المراهنة باطل بحسب الاصل (المادة ٧٣٩ من القانون المدنى) ولكن القانون يجيز عقد المراهنة استثناء اذا عقده المتبارون فى الالعاب الرياضية شخصيا : (م ٧٤٠ من القانون المدنى المصرى) .

كذلك إذ التزم مقاول بإقامة بناء ، فإن ذلك يستغرق زمنا ، ولكن ليس من شأنه أن يجعل عقد المقاولة عقدا زمنياً ، لأنه إقامة البناء وهو الأداء الرئيسى المترتب على عقد المقاولة لا تقدر قيمته بالزمن الذى يستغرقه أى لا يقاس بالزمن ، وبالتالى فلا يكون وجود الزمن فيه عنصراً جوهرياً ، بل عنصراً عرضيا لا يكفى لاعتبار العقد زمنياً .

٤٤ — وتبدا أهمية التمييز بين العقود الفورية والعقود الزمنية من عدة نواح أهمها : أن فسخ العقد الفورى لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى ، أى اعتباره كأنه لم يكن وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، ففسخ عقد البيع مثلا يوجب رد المبيع إلى البائع ورد الثمن إلى المشترى .

أما فسخ العقد الزمنى فلا يكون بأثر رجعى . لأن العقد إذا نفذ فمعنى ذلك أن زمناً قد مضى ، ومامضى من الزمن لا يمكن أن يعود ، وبالتالى لا يمكن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استأجر شخص شيئاً لمدة عام ، ومضى من هذه المدة ثلاثة شهور دون أن يدفع الأجرة المستحقة عليها ، ففسخ عقد الايجار لهذا السبب ، فلا يمكن أن نسترد من المستأجر منفعة الشهور الثلاثة ، وبالتالى لا يمكن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرام عقد الإيجار ، ولذلك فى المقرر أنه لا يكون لفسخ عقد الإيجار أثر رجعى ، فهو ينحل أى يعتبر غير موجود ابتداء من تاريخ الفسخ فقط أى بالنسبة للمستقبل ، أما فى الماضى خلال الشهور الثلاثة التى انقضت من مدته فيعتبر الايجار موجودا ، مع ما يترتب على ذلك من إلزام المستأجر بالوفاء بالأجرة المتوجبة عن هذه الشهور .

٥ — العقد اللازم والعقد غير اللازم

٤٥ — **العقد اللازم** : هو العقد الذى لا يجوز لأحد طرفيه أن يتحلل منه بدون رضاء الطرف الآخر .

أما العقد غير اللازم فهو العقد الذى يجوز لكل من طرفيه أو لأحدهما أن يتحلل منه دون حاجة إلى الحصول على موافقة الطرف الآخر .

والأصل فى العقود اللزوم ، ولذلك فإن اعتبار العقد لازما لايحتاج إلى تقرير صريح من القانون بذلك ، أما إعتبار العقد غير لازم فلا يكون إلا بنص صريح فى القانون ، أو باتفاق المتعاقدين .

وغالبية العقود المسماة عقود لازمة ، ومثال ذلك : البيع ، الإيجار ، المقاولة ، القرض ، الصلح .

أما العقود غير اللازمة فمثالها عقد الوكالة وهو عقد غير لازم من الجانبين، فيجوز للوكيل أن يعتزل أو أن يتنحى عن الوكالة فى أى وقت(٣٣) ، كما يجوز للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء(٣٤) .

وعقد العمل إذا كان غير محدد المدة ، فإنه يجوز إنهاؤه بإرادة كل من رب العمل أو العامل(٣٥) .

٤٦ — وقد يكون العقد غير لازم بالنسبة لأحد طرفيه فقط ، بمعنى أنه يجوز لأحد طرفيه التحلل منه بإرادته المنفردة ، دون أن يكون للطرف

---

(٣٣) المادة ٧١٥ من القانون المدنى .
(٣٤) المادة ٧١٦ من القانون المدنى .
(٣٥) المادة ٦٩٤ من القانون المدنى والمادة ٧٢ من قانون العمل .
والواقع ان كل العقود الواردة على العمل أو المنفعة تكون عقود غير لازمة اذا لم تحدد لها مدة ، وذلك منعا لتأبيدها ، وهذا هو حكم عقود الوديعة ، والعارية والايجار اذا لم تحدد لها مدة .

الآخر ذلك ، ومثال هذا العقد عقد التأمين على الحياة ، إذ يحق للمؤمن له وحده دون المؤمن انهاء العقد قبل انقضاء المدة المتفق عليها[٣٦] .

وتبدو أهمية التفرقة بين العقد اللازم والعقد غير اللازم فى أن استقلال أحد المتعاقدين بإنهاء العقد اللازم يعتبر اخلالا بالعقد يعرضه للمسؤولية العقدية ، فيجوز للمتعاقد الآخر إما إجباره على تنفيذ العقد وعدم الاعتداد بالإنهاء ، وإما مطالبته بتعويض الضرر الذى لحقه من جراء إخلاله بالعقد .

أما إنهاء العقد غير اللازم من قبل المتعاقد الذى قرر القانون هذه الرخصة له ، فلا يعتبر إخلالا بالعقد ، وبالتالى يترتب عليه حل الرابطة العقدية دون أية مسؤولية على الطرف المنهى . مالم يتعسف فى استعمال سلطة الإنهاء .

ويلاحظ أنه إذا كان وصف العقد بأنه لازم أو غير لازم يتوقف أساساً على تنظيم القانون له ، فليس معنى ذلك انعدام دور الإرادة فى هذا المجال ، فالعقد المعتبر لازماً بحسب الأصل ، يكون غير لازم إذا اتفق المتعاقدان على عدم لزومه ، وهذا هو العقد المقترن بخيار أو شرط العدول ، إذ يكون لأحد المتعاقدين أو لكليهما بمقتضى هذا الشرط أن يتحلل من العقد إذا شاء[٣٧] . وغالبا ما يتقرر شرط للعدول فى مقابل عوض يستحقه المتعاقد الآخر الراغب فى الابقاء على العقد ، ويسمى هذا العوض بالعربون .

---

(٣٦) المادة ٧٦٢ من القانون المدنى .

(٣٧) نقض مدنى فى ١٦ مايو ١٩٦٧ مجموعة النقض المدنى ١٨ — ١٥٠ — ١٠٠٥ .

الباب الثانى

إنشاء العقد

٤٧ — رأينا أن العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر .

ويستخلص من هذا التعريف أن انشاء العقد يحتاج إلى :

١ — وجود إرادتين متوافقتين أو توافق إرادتين وهو ما يعبر عنه بالرضاء أو الرضى .

٢ — اتجاه هاتين الارادتين إلى إنشاء التزام أو التزامات وهو ما يعبر عنه بموضوع العقد أو محله .

٣ — أن يكون الباعث من وراء إنشاء التزامات المقصودة من العقد باعثا مشروعا . ويعبر عن الباعث بسبب العقد .

وإذا كان العقد شكلياً أو عينيا ، فيشترط فضلا عما تقدم إفراغ التراضى فى الشكل الذى حدده القانون أو تسليم الشىء الواجب تسليمه .

غير أن تحقق الأركان السابقة وان كفى لوجود العقد ، إلا أنه لا يكفى ليكون هذا العقد صحيحاً ، فيشترط لصحة العقد شروط أخرى هى :

١ — توافر أهلية إبرام العقد لدى طرفيه .

٢ — سلامة إراد كل متعاقد من العيوب التى قد تلابس إنشاء العقد .

٤٨ — خطة الدراسة : تتضمن دراسة موضوع إنشاء العقد الفصول الآتية :

الفصل الأول — وجود الرضاء

الفصل الثانى — صحة الرضاء

الفصل الثالث — موضوع العقد

الفصل الرابع — السبب

الفصل الخامس — جزاء تخلف شروط انعقاد العقد وصحته .

الفصل الأول

وجود الرضاء

تمهيد :

الرضاء أو التراضى هو توافق إرادتين أو أكثر على إبرام العقد .

فالرضاء يقتضى وجود شخصين على الأقل ، لكل منهما إرادة ، والغالب أن تكون مصلحة كل من هذين الشخصين متعارضة مع مصلحة الآخر ، كما هو الحال فى تعارض مصلحة البائع مع مصلحة المشترى ، وتعارض مصلحة المؤجر مع مصلحة المستأجر ، ولكن ذلك ليس محتما ، فقد تتفق مصلحة كل متعاقد مع مصلحة المتعاقد الآخر[1] ، ويبدو ذلك واضحاً فى عقد الشركة .

وقوام الرضاء هو الإرادة ، فلا يتعاقد من لايريد[2]، ولذلك إذا باع شخص لآخر بيعاً صورياً ، فلا البائع أراد البيع ولا المشترى أراد الشراء ، لاينعقد عقد لعدم وجود الإرادة[3] .

وقد يتضمن الرضاء فضلا عن إرادة إبرام العقد ، تحديد مضمون العملية القانونية موضوع العقد ، ويتحقق ذلك إذا حدد الطرفان الآثار التى يريدان ترتبها على تعاقدهما من حقوق والتزامات ، ولكن ذلك ليس ضرورياً ، فالتراضى يتحقق ، والعقد ينعقد ، ولو اكتفى الطرفان بإظهار موافقتهما على إبرام

---

(١) نعمان جمعه فى رسالته ص ٣١ رقم ١٢ ، وعكس ذلك ديجى فى مطول القانون الدستورى طبعة ١٩٢٧ رقم ٣٨ .

(٢) كاربونييه ص ٩٠ رقم ٩٥ .

(٣) نقض مدنى ١٤ ابريل ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ — ٩٩ — ٦١٨ .

العقد ، وتحدد مضمونه بإرادة شخص آخر ، أو بإرادة المشرع .

وعلى ذلك فتوافق إرادتى شخصين على أن يعمل أحدهما لحساب الآخر وتحت إشرافه ورقابته مقابل أجر ، يعتبر عقد عمل ، رغم أن المشرع هو الذى يحدد معظم الآثار التى تترتب على هذا العقد .

٥٠ - الرضاء فى العقود الجبرية :

يوجب القانون على الشخص أحياناً إبرام عقود معينة ، ويفرض عليه جزاء فى حالة عدم إبرامها ، قد يكون توقيع عقوبة جنائية ، ومثال ذلك أن القانون يفرض على التاجر أن يبيع السلع الموجودة لديه والمخصصة للبيع لأى راغب فى شرائها بالسعر المحدد لها ، فإذا امتنع التاجر عن البيع كان مرتكباً لجريمة جنائية .

كذلك يلزم القانون من يريد تسيير سيارة بالحصول على ترخيص بذلك من إدارة المرور ، ولا يجوز استخراج هذا الترخيص ، إلا إذا أبرم مالك السيارة عقد تأمين من مسئوليته المدنية التى تترتب على تسبب السيارة فى حدوث ضرر جثمانى بالغير ، ويطلق الفقه على العقود التى يوجب القانون إبرامها اصطلاح العقود الجبرية (٤) . والواقع أنه رغم هذه التسمية فإن للإرادة دورها الذى لاغنى عنه فى إبرام هذه العقود (٥)، إذ يستطيع الشخص الملزم بإبرام العقد أن يرفض إبرامه ، فلا ينعقد . حقيقة أنه يتحمل الجزاء الذى يقرره القانون لعدم إبرامه ، ولكن العقد لا ينعقد رغم مخالفة الشخص للقانون. مما يدل على أن العقد الجبرى كسائر العقود لا ينعقد إلا بإرادة ورضاء كل من

---

(٤) انظر فى هذا الموضوع بصفة عامة جلال العدوى : الاجبار القانونى على المعاوضة . طبعة ١٩٦٥ (رسالة دكتوراه) .

(٥) العدوى فى رسالته ص ٥ رقم ١ ، نعمان جمعه فى رسالته صفحة ٢٩ رقم ١١ وصفحة ٧٦ رقم ٥٣ .

طرفيه . فالرضاء إذن ضرورى فى العقود الجبرية ، كما هو ضرورى فى العقود التى لا جبر على إبرامها .

ويجب عدم الخلط بين وضع العقود الجبرية ولا يستغنى فيها عن الإرادة كما قدمنا ، والوضع الذى يستغنى فيه عن الإرادة كلية ، بحيث يمكن أن تقوم علاقة قانونية بين طرفين بالرغم من رفض أحدهما لقيامها ، ففى هذا الوضع لا نكون بصدد عقد ، ولا تعتبر تلك العلاقة ناشئة عن عقد .

وعلى ذلك فالعلاقة التى تربط شركة من الشركات بشخص يعمل بها بمقتضى أمر تكليف صادر له من سلطة عامة خولها القانون إصدار أوامر تكليف بالعمل لا تعتبر ناشئة عن عقد عمل

كذلك إذا بيع المنزل الذى يقيم به المدين بالمزاد العلنى وفاء لحقوق دائنيه وانتقلت ملكية المنزل بهذا البيع إلى الراسى عليه المزاد ، أعطى قانون إيجار الأماكن للمدين الحق فى أن يستمر مقيما بالمنزل المنزوعة ملكيته فى مقابل أن يدفع أجرة إلى المالك الجديد (الراسى عليه المزاد) ، ولو لم يقبل هذا الأخير بقاء المدين (٦) . ففى هذه الحالة لا يوجد عقد إيجار لعدم توافر التراضى عليه ، ويكون مصدر العلاقة بين المالك القديم المنتفع بالمنزل والمالك الجديد هو القانون ، فلا تكون العلاقة عقدية بل قانونية (٧) .

٥١ وجود الارادة والتعبير عنها :

نظراً لأن الإرادة أمر نفسى باطنى ، أما العقد فهو ظاهرة اجتماعية ، فإن الإرادة لا تقوم بدورها فى إنشاء العقد إلا إذا كان لها مظهر حسى أو خارجى بحيث يمكن إدراك وجودها ، ويتحقق ذلك بالتعبير عنها .

ونتكلم أولا فى وجود الإرادة ، ثم فى التعبير عنها .

---

(٦) المادة ٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ .

(٧) قرب مارتى ورينو ص ١٠٨ — ١٠٩ رقم ١١٨ ، نعمان جمعة فى رسالته ص ٧٧ رقم ٥٣ .

المبحث الأول
وجود الإرادة

٥٢ — يتطلب وجود الإرادة اتجاه فكر الشخص إلى إنشاء رابطة ملزمة وانعقاد عزمه على اتخاذ العقد وسيلة فنية لتحقيق هذا الغرض ، فالإرادة عمل نفسى يفيد انعقاد العزم على إبرام العقد .

ولا شك أن القول بانعقاد عزم شخص على إبرام عقد من العقود ، وبالتالى توافر الإرادة لديه يستدعى أن يكون هذا الشخص مدركا لما هو مقدم عليه ، وقد ربط القانون بين هذا الادراك وبين التمييز ، فاشترط لتوافر الادراك وبالتالى لوجود الارادة أن يكون من صدرت عنه الارادة مميزاً ، والمقصود بالتمييز هو القدرة على التفرقة بين النافع والضار عموماً . أما الشخص غير المميز فلا إرادة له فى نظر القانون ، وبالتالى فإن كلامه لا يصلح لانشاء العقود جميعاً على اختلاف أنواعها ، وهذا هو حكم الصغير غير المميز ، وحكم المجنون أو المعتوه المحجور عليه .

أما الشخص المميز فهو يعتبر ذا إرادة ، ولو لم يكن قد بلغ رشده ، ويكفى وجود هذه الارادة لكى تثبت له القدرة على إبرام العقود بصفة عامة ، وإن كان ذلك لا يعنى أن العقود التى يبرمها تكون صحيحة دائماً ، إذ يشترط لصحة العقد أن يكون المتعاقد ذا أهلية لابرامه ، وتوافر الأهلية لا يتحقق بمجرد بلوغ سن التمييز فى غالبية الحالات ، بل يستلزم درجة من النضج والرشد لا تتوافر لدى الشخص إلا فى طور متقدم من أطوار حياته .

٥٦ — والارادة اللازمة هي إرادة المتعاقد أي الشخص الذى قصد إنشاء

العقد وإضافة آثاره إلى نفسه ، وهذه هى الصورة العادية للتعاقد : أن يتعاقد الشخص لحسابه الخاص بأن يظهر بنفسه اتجاه إرادته إلى إبرام العقد .

ولكن القوانين الحديثة تعرف صورة أخرى للتعاقد هى التعاقد بطريق النيابة ، وقوامها اتجاه إرادة شخص إلى إبرام عقد لا لحسابه الخاص بل لحساب غيره ، بحيث ينعقد العقد بإرادته ولكن آثاره تنصرف إلى غيره ، ونتكلم فيما يلى عن التعاقد بالنيابة ،

الفرع الأول

الإرادة فى حالة التعاقد بالنيابة

٥٣ - تمهيد : لا يشترط صدور الإيجاب أو القبول من الشخص الذى يعتبر متعاقدا وطرفا فى العقد ، فيصح أن يصدر الايجاب أو القبول أو هما معا من نائب يعمل لحساب المتعاقد ، ولا يمنع ذلك من اعتبار المتعاقد لا نائبه طرفاً فى العقد .

فالنيابة إذن هى سلطة تثبت لشخص (النائب) وتخوله إبرام العقود والتصرفات القانونية عموما باسم ولحساب شخص آخر (الأصيل) بحيث تنصرف آثار العقد المبرم إلى هذا الأصيل لا إلى النائب الذى أبرم العقد ، وبحيث يعتبر الأصيل هو المتعاقد وهو طرف العقد .

والقاعدة العامة هى أن كل عقد يجوز للشخص أن يبرمه بنفسه يجوز له أن يبرمه بواسطة نائب (٨) ، بل إن النيابة فى التعاقد تكون فى بعض الحالات مفروضة على الشخص وليست مجرد جائزة له ، وذلك عندما يكون

---

(٨) ويستثنى من ذلك بعض التصرفات القانونية كحلف اليمين فلا يجوز إتمامه بواسطة نائب .

الشخص غير كامل الأهلية ، ولا يستطيع إبرام العقود لحسابه الخاص . ففى هذه الحالة يوجب القانون أن يكون لهذا الشخص نائب يبرم العقود لحسابه ، ويسمى هذا النائب بالولى أو الوصى أو القيم وفقا للتشريعات المختلفة المتعلقة بإدارة أموال غير كاملى الأهلية .

وحتى فى الحالات التى يكون الشخص فيها كامل الأهلية ، فإن جواز النيابة فى التعاقد يحقق فوائد عملية ، فهناك الكثير من الظروف والاعتبارات التى تمنع راغبى التعاقد من إبرام العقود بأنفسهم كالسفر والمرض وعدم الخبرة وما إلى ذلك ، ففى هذه الحالات يمكن لهم الالتجاء إلى التعاقد عن طريق نائب عنهم .

٥٤ مصادر سلطة النائب : يستمد النائب سلطته فى التعاقد لحساب غيره إما من إرادة الأصيل وهذه هى النيابة الإرادية أو الاتفاقية ، ومثالها نيابة الوكيل عن موكله ، وتستمد من إرادة الموكل كما عبر عنها فى عقد الوكالة . وقد يستمد النائب سلطته من القانون ، وهذه هى النيابة القانونية ومثالها : نيابة كل من الولى والوصى والقيم على القصر والمحجوز عليهم :

ويلاحظ أنه فى النيابة القانونية قد يحدد القانون شخص النائب مباشرة كما هو الحال بالنسبة للأب حيث يعتبر ولياً على أولاده القصر بنص القانون دون حاجة إلى اللجوء إلى المحكمة لتعيينه ولياً ، وقد يفوض القانون تحديد شخص النائب إلى القضاء كما هو الحال بشأن الوصى والقيم حيث تكتفى القوانين عادة بتحديد الشروط الواجب توافرها فى الأوصياء والقامة وتوكل إلى المحاكم مهمة تعيين الوصى أو القيم بالنسبة إلى كل من لم تكتمل أهليته ، ويصح تسمية هذه الصورة الأخيرة من صور النيابة بالنيابة القضائية على أساس أن القضاء هو الذى يعين النائب ، وإن كان القانون هو الذى يخوله سلطة النيابة ويحدد مداها .

١ — شروط تحقق النيابة

٥٥ — لكى يعتبر العقد مبرماً بطريق النيابة لا بد من توافر شرطين أساسيين :

الأول — تدخل إرادة النائب فى إبرام العقد .

الثانى - إبرام العقد لحساب الأصيل .

٥٦ **أولا : تدخل ارادة النائب** : إذا كان الرضاء يتكون عموماً من إرادتين ، فإن إرادة النائب هى التى تدخل فى تكوين هذا الرضاء ، فالنائب وإن لم يتعاقد لحسابه الخاص ، إلا أنه يتعاقد بإرادته هوفهو لايستعير إرادة الأصيل ، وهذا ما يميز النائب عن مجرد الرسول الذى يقتصر دوره فى التعاقد على مجرد نقل التعبير عن إرادة أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر ، دون أن تتدخل إرادته الذاتية فى إبرام العقد ، وقد تدق التفرقة بين النائب والرسول فى الحالات التى يصدر فيها الأصيل إلى النائب تعليمات تفصيلية عن عملية التعاقد المكلف بها ، بحيث لا يترك للنائب أية سلطة تقديرية ، إذ يصح التساءل حينئذ عما إذا كنا بصدد رسول تقتصر مهمته على مجرد نقل إرادة الأصيل إلى المتعاقد الآخر ، وتحديد ما إذا كنا بصدد نائب أو رسول مسألة موضوعية تتوقف على ظروف الحال .

ويترتب على كون النائب يتعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل عدة نتائج أهمها اشتراط أن يكون النائب مميزاً على الأقل حتى تكون لديه إرادة يعتد بها القانون ، وإذا كانت النيابة قانونية ، فإن القانون يشترط فى النائب أن يكون بالغاسن الرشد فلا يكتفى فيه أن يكون مميزاً .

٥٧ — ويترتب على أن النائب يتعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل وجوب أن تكون إرادة النائب سليمة خالية من العيوب ، لأن العقد ينعقد بهذه الإرادة ، فإذا شابها عيب ، كان العقد قابلا للإبطال ، وتعبر المادة ١٠٤ من القانون المدنى عن هذه الفكرة بقولها أنه : « إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة » .

وعلى ذلك إذا وقع النائب فى غلط ، أو كان ضحية تدليس ، أو أكره على التعاقد ، فإن العقد الذى يبرمه لحساب الأصيل يكون قابلا للإبطال ، ولو كان الأصيل نفسه لم يقع فى أى غلط أو تدليس ولم يكن مكرها ، وبالعكس مما تقدم إذا كانت إرادة النائب سليمة خالية من العيوب ، فإن العقد الذى يبرمه يكون صحيحاً .

كذلك إذا كان القانون يرتب أثراً أو آثارا على علم المتعاقد ببعض الظروف الخاصة ، أو على افتراض العلم بها حتما . فيجب البحث عن توافر هذا العلم لدى النائب لا لدى الأصيل .

ومثال ذلك أن يرتب القانون أثراً معيناً على حسن النية أو على سوئها ، فينظر إلى شخص النائب لمعرفة ما إذا كان حسن النية أو سيئها ، ولا ينظر إلى شخص الأصيل .

على أنه استثناء من القاعدة المتقدمة التى توجب النظر إلى شخص النائب لا إلى شخص الأصيل ، فإنه إذا كان النائب وكيلا أى شخصاً يستمد نيابته من عقد وكالة ، وكان يتصرف وفقاً لتعليمات صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها (م ١٠٤/٢) . ومعنى ذلك أنه يعتد فى هذه الحالة بشخص الأصيل

فضلا عن الاعتداد بشخص النائب ، ذلك أن تصرف النائب (الوكيل) وفقاً لتعليمات الأصيل (الموكل) ، يفيد فى الحقيقة أن إرادة كل منهما قد تدخلت فى إبرام العقد(٩).

وعلى ذلك إذا كان الأصيل مدينا ، ورغبة منه فى الإضرار بدائنه ، وكل شخصاً فى بيع شيء مملوك له إلى شخص معين بثمن حدده له ، وذلك حتى لايجد الدائن مايحجز عليه ، فقام الوكيل بإبرام البيع بناء على تعليمات الموكل ، ففى هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن فى هذا البيع بدعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) طالباً الحكم بعدم نفاذ البيع فى مواجهته ، وبالتالى تمكينه من الحجز على المبيع وبيعه بالمزاد العلنى واستيفاء حقه من ثمنه ، ولوكان الوكيل لا يعلم بأن موكله معسر ،وأنه يقصد من البيع الإضرار بدائنه .

ويذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى تعميم الحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ بحيث يعتد بشخص الأصيل فيما يتعلق بعيوب الإرادة ، إذا كان النائب عنه وكيلا يتصرف وفقاً لتعليمات الأصيل ، وبناء على هذا الرأى لووقع الموكل فى غلط أوكان ضحية تدليس ، أوهدد بإيقاع أذى به ، فاندفع بناء على هذا الغلط أو التدليس أو الإكراه ، وكلف وكيله بإبرام عقد من العقود ، فإن هذا العقد يكون قابلا للإبطال لمصلحة الأصيل (الموكل)، ولو كانت إرادة النائب (الوكيل) سليمة لم يشبها عيب (١٠) . وعلى ذلك لو رأى شخص آنية مذهبه فى واجهة محل فاعتقد أنها من الذهب ، فكلف وكيله بالتوجه إلى هذا المحل وشرائها ، ثم اتضح أن الآنية ليست من الذهب ، فإن

---

(٩) محمود جمال الدين زكى ص ١٠٠ رقم ٥٦ .
(١٠) حشمت أبو ستيت ص ١٢٠ رقم ١٢٧ ، انور سلطان ص ٥٤ رقم ٤٢ . محمود جمال الدين زكى ص ١٠٠ رقم ٥٧ ، جميل الشرقاوى ص ٩١ رقم ٢٠ ، احمد سلامة ص ٩٩ رقم ٤٥ .

العقد يكون قابلا للابطال للغلط الذى وقع فيه الموكل اعتدادا بشخصه ، ولو كان الوكيل لم يقع فى أى غلط إذ أدرك عند الشراء أن الآنية ليست من الذهب .

ولكن لدى من يشترط توافر أهلية إبرام العقد ؟

يجب أن نفرق هنا بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية .

إذا كانت النيابة اتفاقية كنيابة الوكيل عن موكله ، فيشترط أن تتوافر لدى الموكل أهلية إبرام العقد ، ذلك أن آثار العقد من حقوق والتزامات تضاف اليه هو ولا تضاف إلى الوكيل الذى يكفى فيه أن يكون مميزاً حتى تكون له إرادة .

فإذا لم تتوافر لدى الموكل وقت إبرام الوكيل للعقد أهلية إبرام هذا العقد ، فإن العقد يقع باطلا بطلاناً مطلقاً أو قابلا للابطال بحسب ما إذا كان الموكل عديم الأهلية أو ناقصها .

أما إذا كانت النيابة قانونية كنيابة الولى ، فلا يشترط توافر الأهلية لدى الأصيل إذ الفرض فيه أنه غير كامل الأهلية وإلا ما احتاج إلى نائب قانونى يمثله فى إبرام التصرفات القانونية .

٥٨ ثانيا - ابرام العقد لحساب الأصيل

لكى يعتبر العقد مبرما بطريق النيابة لابد أن تكون إرادة كل من النائب والمتعاقد معه قد اتجهت إلى إضافة آثار العقد الذى يبرمانه مباشرة إلى الأصيل ، دون أن تمر بذمة النائب .

ويتحقق ذلك إذا كان النائب قد أبرم العقد باسم الأصيل ، أى صرح وقت التعاقد بأنه لا يتعاقد لحسابه الخاص ، بل لحساب شخص آخر (الأصيل) سواء عين شخص الأصيل وقت التعاقد ، أو احتفظ لنفسه بالحق

فى تعيينه مستقبلا(١١).

كذلك يعتبر العقد مبرما لحساب الأصيل ، ولو لم يصرح النائب وقت التعاقد بنيابته، إذا كان المتعاقد معه يعلم وقت إبرام العقد ، بأن من يتعاقد معه لا يتعاقد لحسابه الخاص بل لحساب غيره بقصد إضافة آثار العقد مباشرة إلى الغير(١٢) ، إذ يترتب على هذا العلم أن تكون نية المتعاقدين قد اتجهت إلى إضافة آثار العقد إلى الأصيل ، فيعتبر الأصيل هو المتعاقد ، ويعتبر العقد حاصلا عن طريق النيابة .

أما إذا لم يصرح النائب عند التعاقد بأنه يبرم العقد لحساب غيره ، ولم يكن من تعاقد معه عالما بصفته كنائب ، فإننا لا نكون بصدد نيابة ، ولا تضاف آثار العقد إلى شخص الأصيل ، بل إلى شخص النائب باعتباره أصيلا أى متعاقدا لحساب نفسه(١٣) ، ويسمى هذا التعاقد: التعاقد باسم مستعار أو مسخر Prête - nom

٥٩ — على أنه استثناء مما تقدم ، تضاف آثار العقد الذى يبرمه النائب مباشرة إلى الأصيل ، رغم أن النائب لم يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، ورغم أن المتعاقد معه لم يكن عالما بصفته كنائب وذلك فى حالتين نصت عليهما المادة ١٠٦ :

الأولى — إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابه .

وذلك على أساس أن جهل المتعاقد بوجود النيابة فى هذه الحالة يكون

---

(١١) التعاقد مع حق اختيار الغير .

(١٢) اسماعيل غانم ص ١٦٣ رقم ٨٦ .

(١٣) نقض مدنى ٢٩ ديسمبر ١٩٦٦ مجموعة النقض المدنى ١٧ — ٢٩٢ — ٢٠١٦ : وقد قضت انه اذا كانت الجمعية التعاونية لبناء المساكن لم تعلن وقت عقد المقاولة انها تتعاقد مع المقاول نيابة عن اعضائها وكان لا يوجد فى نصوص العقد ما يفيد وجود نيابة صريحة او ضمنية بينها وبينهم ، فان اثر العقد ينصرف الى الجمعية وليس الى اعضائها .

جهلاً غير مغتفر لأن الشخص المعتاد لو وجد فى مثل الظروف التى أبرم فيها العقد لعلم بأن من يتعاقد معه لا يعمل لحساب نفسه بل لحساب شخص آخر . وعلى ذلك يعامل المتعاقد مع النائب معاملة من يعلم بوجود النيابة ، مما يؤدى إلى انصراف آثار العقد مباشرة إلى الأصيل .

الثانية — إذا كان يستوى عند المتعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . ويتحقق هذا الفرض إذا قام النائب بشراء شىء من محل تجارى و قام بالوفاء بثمن ما إشتراه نقداً ، ذلك أن صاحب المحل التجارى لا يهمه شخص المشترى ، مادام يفى بالثمن فوراً وبالتالى يستوى لديه أن يكون من اشترى منه اشترى لنفسه ، أو لحساب غيره باعتباره نائباً عن هذا الغير ، وفى هذا الفرض تنصرف آثار العقد إلى الأصيل ، ومن ثم إذا تبين بالمبيع عيب خفى كان للأصيل أن يرجع على البائع بضمان هذا العيب ولم يكن للبائع أن يدفع هذا الرجوع بأنه لا يعرف الأصيل ولم يتعاقد معه[١٤] .

٢ — آثار النيابة

٦٠ — إذا كان النائب قد أبرم العقد باسم الأصيل ، أو كان قد أبرمه باسمه الخاص ولكن المتعاقد معه كان يعلم بصفته كنائب أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذه الصفة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب ، فإن الأصيل هو الذى يعتبر طرفاً فى العقد ، فتضاف آثار هذا العقد إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب ، ويصبح الأصيل دائنا بالحقوق ومدينا بالالتزامات التى يرتبها ذلك العقد ، بحيث لا يكون للمتعاقد مع النائب أن يرجع على النائب بل على الأصيل ، كما لا يكون للنائب أن يطالب من تعاقد معه بأى أداء مما يوجبه العقد ، إذ تصبح هذه المطالبة من

(١٤) اسماعيل غانم ص ١٦٣ رقم ٨٦ .

حق الأصيل[١٥] .

ولكن عدم انصراف آثار العقد إلى شخص الأصيل فى حالة تعاقد النائب بإسمه لا باسم الموكل (التعاقد باسم مستعار أو مسخر) إنما يكون بالنسبة لمن تعاقد مع النائب ، أما فى العلاقة بين الأصيل ونائبه فيعتبر العقد قد تم لمصلحة الأصيل ولحسابه ، فيكسب الأصيل كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب النائب شيئاً من هذه الحقوق ، ولا يكون له أن يتحايل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دون الأصيل ، ومن ثم إذا كان العقد الذى أبرمه النائب باسمه هو شراء عقار ، فإن الملكية تكون للنائب فيما بينه وبين البائع ، وبالنسبه للغير عموما ، أما فيما بين النائب والأصيل فالملكية تكون للأصيل لا للنائب[١٦] .

٦١ تعاقد النائب فى حدود نيابته :

على أنه يشترط لانصراف آثار العقد إلى شخص الأصيل أن يكون النائب قد تعاقد داخل الحدود المرسومة لنيابته . فاذا كان النائب قد تجاوز هذه الحدود ، فان آثار العقد الذى أبرمه لا تنصرف إلى شخص الأصيل ، لأن صفته كنائب إنما تتقيد بالسلطات المخولة له ، فإذا أبرم عقداً ليس له ابرامه بمقتضى السلطة المعطاة له ، فإنه لا يكون نائباً عند إبرامه لهذا العقد ، وبالتالى فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل . وعلى ذلك إذا وكل شخص آخر فى تأجير عقار فقام ببيعه ، فإن آثار هذا البيع من نقل ملكية العقار إلى المشترى ، والتزام المشترى بدفع الثمن إلى

---

(١٥) نقض مدنى فى ٢٣ مايو ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ١٠٤ — ٧٣٦ .

(١٦) بحيث لا يحتاج الاصيل للاحتجاج بملكيته على النائب الى صدور تصرف جديد من النائب ينقل به الملكية اليه ، اذ يعتبر الاصيل فى علاقته بنائبه هو المالك بغير حاجة الى اى اجراء ، وانما يلزم ذلك الاجراء لكى يحتج الاصيل بملكيته على الغير . راجع نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٦٨ مجموعة النقض المدنى ١٩ — ١٥٨ — ١٠٧٣ .

البائع لا تضاف إلى الموكل ، فلا هو يلتزم بنقل الملكية ولا هو يحق له مطالبة المشترى بالثمن .

وليس معنى ذلك أن العقد الذى يبرمه النائب خارج حدود نيابته يكون باطلا أوقابلا للإبطال. فالواقع أنه يجب لمعرفة حكم هذا العقد أن نفرق بين حكم العقد بالنسبة للأصيل ، وحكمه فى علاقة النائب بالغير .

فبالنسبة للأصيل يعتبر هذا الشخص من الغير بالنسبة للعقد ، فلا ينفذ فى مواجهته إلا إذا أقره ، وما دام لم يقره ، فانه لا ينشأ له أى حق كما لا يترتب عليه أى التزام بناء على ذلك العقد ، أما إذا أقر الأصيل العقد أى وافق على ابرام النائب له، فإن العقد ينفذ فى مواجهته ، كما لو كان النائب قد ابرمه فى حدود نيابته : وبالتالى تضاف آثار هذا العقد إلى شخص الأصيل اعتبارا من تاريخ ابرامه وليس فقط من تاريخ صدور الإقرار ، ويعبر عن ذلك بأن للإقرار أثراً رجعياً .

وحدود سلطان النائب تتعين بالقانون وبالاتفاق ، ففى الحالة النيابة التى تنشأ عن الإرادة كما هو الحال بالنسبة لنيابة الوكيل عن موكله ، يعين عقد الوكالة عادة حدود سلطات الوكيل ، فيرجع اليه لمعرفة ما إذا كان العقد الذى أبرمه الوكيل داخلا فى حدود نيابته أم لا .

وقد يحدد القانون سلطات النائب كما هو الحال بالنسبة لسلطات الأولياء والأوصياء والقامة .

٣ ــ تعاقد النائب مع نفسه

٦٢ ــ هل يدخل ضمن سلطة النائب أن يتعاقد مع نفسه لحساب الأصيل ؟

يأخذ تعاقد الشخص مع نفسه إحدى صورتين :

الأولى — أن يتعاقد الشخص مع نفسه باعتباره نائباً عن غيره وأصيلا عن نفسه ومثال ذلك أن يشترى الولى أو الوصى مال القاصر لنفسه. فهو يبرم عقد البيع باعتباره نائبا عن البائع (القاصر) وباعتباره هو المشترى . أو أن يستأجر الوكيل لنفسه الشيء الذى وكله صاحبه فى تأجيره .

الثانية — أن يتعاقد الشخص مع نفسه باعتباره نائباً عن طرفى العقد ، كان يبيع الولى مال القاصر المشمول بولايته إلى قاصر آخر مشمول بولايته ، أو أن يكون الشخص وكيلا عن كل من البائع والمشترى .

فهل يدخل ضمن سلطة النائب أن يتعاقد مع نفسه فى أى صورة من الصورتين المتقدمتين ؟

٦٥ — أورد القانون المدنى نصا عاما فى هذا الشأن مقتضاه حظر تعاقد الشخص مع نفسه إلا بموافقة الأصيل[١٧] .

وعلى ذلك فليس من سلطة النائب فى القانون المصرى أن يتعاقد مع نفسه ، فان فعل ، فان العقد الذى يبرمه مع نفسه لحساب الأصيل يكون خارج حدود النيابة وبالتالى لا ينفذ فى مواجهة الأصيل إلا إذا أقره[١٨] . والعلة فى حظر تعاقد الشخص مع نفسه هى تعارض مصلحة كل من طرفى العقد خاصة فى صورة ما إذا كان النائب يتعاقد مع نفسه لحسابه الخاص ، فإذا وكل شخص آخر فى بيع شيء فان مصلحة البائع فى أن يتم البيع بأعلى ثمن ممكن ، ومصلحة

---

(١٧) المادة ١٠٨ ونصها :

« لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الاصيل . على انه يجوز للاصيل فى هذه الحالة ان يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

(١٨) انظر مثالا فريدا لتطبيق المادة ١٠٨ فى حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩ من ديسمبر ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ١٦٩ — ١١٧٣ .

المشترى فى أن يتم البيع بأقل ثمن ، فاذا أجزنا للوكيل بالبيع أن يشترى الشىء لنفسه فانه يخشى أن يبرم العقد بثمن بخس تحقيقاً لمصلحته كمشترى ويهدر مصلحة موكله البائع .

واستثناء مما تقدم ، يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه سواء لحسابه الخاص أو لحساب شخص آخر ، فى حالتين :

الأولى - إذا أذن له الأصيل فى ذلك .

لأن حظر تعاقد النائب مع نفسه إنما تقرر لمصلحة الأصيل ، فيجوز له إذا وجد أن مصلحته لا تتأثر بقيام النائب بالتعاقد مع نفسه أن يأذن له بذلك فيرتفع الحظر المفروض على النائب بمقتضى هذا الإذن ، كما لو كان الأصيل قد وكل النائب فى بيع شىء مملوك له وحدد له ثمنا لايجوز النزول عنه ، ففى هذا الفرض لاتتأثر مصلحة الأصيل إذ رخص لوكيل بشراء الشىء لنفسه أو لحساب شخص آخر وكله فى شرائه .

الثانية — إذا وجد نص فى القانون أو فى قواعد التجارة ، يجيز للنائب أن يتعاقد مع نفسه . ومثال ذلك المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى تنص صراحة على أنه : « يجوز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر » . والعلة من هذا الاستثناء هى أن الأب يكون عادة أدرى بمصلحة أبنائه ، فلايستساغ فرض قيود على سلطته فى إبرام التصرفات القانونية لحسابهم .

كذلك فان قواعد القانون التجارى المنظمة للوكالة بالعمولة تجيز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه لحساب طرفى العقد ، فيكون وكيلا عن كل من الطرفين فى ذات الوقت .

٤ — النيابة الظاهرة

٦٣ — النائب الظاهر هو شخص يظهر أمام الناس بمظهر من ينوب عن غيره و يتعامل معهم بهذه الصفة ، ويعتقد الناس فعلا أن له صفة النيابة عن ذلك الغير ، دون أن يكون كذلك حقيقة .

ومثال ذلك أن ينسب شخص لنفسه صفة الوكالة عن شخص آخر وتحيط به مظاهر تحمل الناس على تصديقه والتعامل معه على هذا الأساس .

أو أن يعتقد الناس بوفاة أب لأطفال ، فيتعاملون مع جده باعتباره أولى على هؤلاء الأطفال ، لأن القانون يجعل الولاية للجد من بعد وفاة الأب[١٩] ، في حين يكون الأب على قيد الحياة .

ومن الواضح أن النائب الظاهر ليس نائباً في الحقيقة ، ومن ثم فالأصل أن العقود التي يبرمها باسم غيره لا تنفذ في مواجهة هؤلاء الغير إلا إذا أقروها .

ولا شك في انطباق هذا الاصل إذا كان من تعاقد مع النائب الظاهر يعلم وقت إبرام العقد أن من يتعاقد معه ليس نائباً عن الشخص الذي يبرم العقد باسمه[٢٠] .

ولكن ما الحكم إذا كان من تعامل مع النائب الظاهر حسن النية يعتقد أنه يتعامل مع نائب حقيقي ؟ .

الراجح في هذا الصدد أنه إذا كان المتعاقد مع النائب الظاهر حسن النية أي يعتقد أنه يتعامل مع نائب حقيقي ، وكان التعاقد قد تم في ظروف من شأنها

---

(١٩) المادة الاولى من مرسوم الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(٢٠) نقض مدني في ٢١ من يناير ١٩٧١ مجموعة النقض المدني ٢٢ — ١٨ — ١٠٠ .

أن تجعل أى شخص عادى يعتقد أن النائب الظاهر نائب حقيقى[٢١] ، فإن آثار العقد الذى يبرم تضاف إلى من تعاقد النائب الظاهر باسمه ، كما لو كان ينوب عنه حقيقة ، وذلك حماية ورعاية لحسن نية المتعاقد مع النائب الظاهر ، ونظرا لأن الغالب أن يكون من تعاقد النائب باسمه قد اشترك فى إيجاد الظروف والمظاهر الخارجية التى خدعت المتعاقد مع النائب وجعلته يعتقد بوجود النيابة .

وقد يلحق الظهور مدى سلطات النائب لا صفة النيابة ذاتها ، فيكون بصدد نائب حقيقى سلطاته مقيدة ولكنه يظهر أمام الناس باعتبار أنه ذو سلطات واسعة ، فإذا أبرم هذا النائب عقداً يدخل فى حدود سلطته الحقيقية فإن آثار هذا العقد تنصرف إلى الأصيل بلا خلاف ، أما إذا أبرم هذا النائب عقداً يخرج عن حدود سلطاته الحقيقة ، ولكن يدخل ضمن سلطاته الظاهرة ، فالأصل هو عدم نفاذ هذا العقد فى مواجهة الاصيل ، لأن النائب فى إبرامه قد جاوز حدود نيابته ، ولكن يحدث أحياناً أن يكون عدم وضوح مدى سلطات النائب راجعاً إلى عدم عناية الاصيل ، وعدم بيانه لحدود سلطات نائبه بدقة ، كما لو حوى عقد الوكالة المنشىء للنيابة عبارات غامضة ، فاعتقد شخص أنها تعطى له سلطة إبرام عقد معين باسم الموكل ، فتعاقد معه على هذا الاساس ، وكان من شأن وجود أى شخص عادى فى مثل ظروف هذا المتعاقد أن يعتقد أن العقد المبرم يدخل فى حدود سلطات الوكيل ، ففى هذه الحالة ينفذ العقد فى مواجهة الاصيل (الموكل) مراعاة لحسن نية من تعاقد مع النائب معتقداً أنه لم يخرج عن حدود نيابته وتحقيقاً لاستقرار المعاملات .

---

(٢١) أما اذا كان الشخص المعتاد لو وجد فى مثل الظروف التى وجد فيها من تعامل مع النائب الظاهر لا ينخدع بالمظهر الخارجى للنيابة ، بل يدرك عدم وجود صفة للنائب الظاهر فى التعاقد باسم من تعاقد معه ، فان المتعاقد مع هذا النائب يعتبر سيىء النية حكما ولو كان قد اعتقد بوجود هذه الصفة ، لانه يعتبر مهملا او مقصرا فى استطلاع الحقيقة ، ومن ثم لا تنصرف آثار العقد الي الشخص الذي ابرم باسمه بواسطة النائب الظاهر .

٦٤ التناقض بعد انقضاء النيابة

كذلك قد يحدث أن تنتهى نيابة الشخص عن غيره ، دون أن يعلم النائب بذلك ، فيقدم على إبرام عقد باسم الاصيل معتقداً أنه لايزال نائباً عنه ، ثم يتضح بعد ذلك أن صفته كنائب كانت قد زالت قبل إبرام العقد . فما حكم العقد فى هذه الحالة . ؟

لاشك أنه إذا كان المتعاقد مع النائب يعلم وقت إبرام العقد بزوال صفته كنائب ، فإن العقد الذى يبرمه لاتنصرف آثاره إلى الاصيل أوخلفائه بل إلى شخص النائب الذى انقضت نيابته .

ولكن ما الحكم إذا كان من تعاقد مع النائب حسن النية يجهل وقت العقد إنقضاء النيابة ؟

تجيب المادة ١٠٧ من القانون المدنى على هذا السؤال بقولها : « إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه حقاً أو التزاماً يضاف إلى الاصيل أو خلفائه » .

ومفاد ذلك أنه رغم أن المتعاقد باسم الأصيل لم تكن له صفة النائب وقت إبرام العقد لانقضاء نيابته قبل ذلك ، إلا أن العقد ينفذ فى مواجهة الاصيل ، وتنصرف آثاره اليه أو إلى خلفائه مراعاة لحسن نية المتعاقد مع النائب .

على أنه يلاحظ أن القانون لم يكتف بحسن نية المتعاقد مع النائب ، بل تطلب حسن نية النائب كذلك، فاشترط لإضافة آثار العقد إلى الاصيل رغم إبرامه بعد انقضاء النيابة أن يكون النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة[٢٢و٢٣] .

---

(٢٢) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ١٠٧ — ٧٥٩ .

(٢٣) ومن شأن اشتراط حسن النية لدى النائب الذى انقضت نيابته ان يجعلنا نتساءل عن مدى اشتراط ذات الشرط لدى النائب الظاهر الذى لم يكن نائبا حقيقيا فى اى وقت من الاوقات .

الفرع الثانى ـ التعبير عن الإرادة

٦٥ — لايكفى لانعقاد العقد وجود إرادة التعاقد لدى كل من طرفيه ، ذلك أن الإرادة أمر باطنى لايمكن التحقق من وجوده ، ولذلك فلا بد من توافر ما يدل عليها ، وبعبارة أخرى لابد من التعبير عن وجود الإرادة ، فالتعبير عن الإرادة إذن هو المظهر المادى أو الخارجى الذى يدل على وجودها ، ولما كان جوهر الرضاهو الإرادة ، أما التعبير عن الإرادة فلا يقصد لذاته ، بل باعتباره دليلا على وجود هذه الإرادة ، لم يشترط فى التعبير عن الإرادة بحسب الاصل شكلا خاصاً أو صورة معينة ، فكل مايدل على وجود الإرادة يصلح تعبيراً عنها ، فليس لإبرام العقد صيغة أوعبارات أو ألفاظ معينة ، فالعبرة فى العقود ليس بالمقاصد والمعانى بل بالألفاظ والمبانى ،

وعلى ذلك يصح التعبير عن الإرادة باللفظ (التعبير الشفوى) ، ويصح التعبير بالكتابة (التعبير الكتابى أو الخطى) ، ويصح التعبير بالإشارة ، كما يصح التعبير بأية طريقة أخرى لاتدخل ضمن الطرق السابقة مادامت تفصح عن وجود الإرادة ، ومن ذلك قيام شخص بعمل أو باتخاذ موقف يدل دلالة مؤكدة على وجود إرادة التعاقد لديه (٢٤) .

ومثال ذلك أن يقف سائق سيارة أجرة بسيارته فى الموقف المخصص لهذا النوع من السيارات ، فهذا العمل يدل على اتجاه إرادته إلى إبرام عقد نقل ، فيعتبر وقوفه فى ذلك المكان تعبيرا عن الإيجاب بالنقل .

كذلك إذا توجه شخص إلى تاجر يبيع نوعا واحدا من السلع بسعر محدد ، فقدم اليه مقدارا من النقود ، فأخذ التاجر النقود وسلم المشترى قدراً

---

(٢٤) وفى ذلك تقول المادة ٩٠ من القانون المدنى : « التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود .

بما يبيع دون أن يتلفظ واحد منهما بكلمة ، فإن هذا التعاطى يعتبر تعبيراً عن إرادتى الشراء والبيع لدى الطرفين .

وكل طرق التعبير متساوية القيمة فى نظر القانون ، فيمكن للشخص أن يلجأ فى التعبير عن إرادته للإشارة واو كان فى إمكانه أن يعبر بالكلام أو بالكتابة(٢٥) .

ومن ناحية أخرى لايشترط فى الكلام أو الكتابة التى تستخدم للتعبير عن الارادة استعمال عبارات أو مصطلحات معينة .

فالشخص الذى يريد البيع يمكنه أن يعبر عن إرادته باستخدام كلمة البيع ، كما يمكنه أن يستخدم أية لفظ تفيد معنى البيع وهو مبادلة شيء غير نقدى بالنقود . فمثلا يستطيع أن يقول : ملكتك هذا الشيء بكذا ، أو أعطيتك هذا الشيء بكذا .

٦٦ التعبير الصريح والتعبير الضمنى :

والتعبير عن الارادة قد يكون تعبيرا صريحا وقد يكون تعبيرا ضمنياً . فالتعبير الصريح يكون بانخاذ مظهر تعارف الناس على تخصيصه للكشف عن الارادة وتوصيلها للغير(٢٦) .

ومن أمثلة ذلك الكلام والكتابة متى كانت العبارات المستعملة تدل

---

(٢٥) وحكم القانون فى هذا الشأن يتفق مع المذهبين المالكى والحنبلى ؛ اما وفقا للمذهب الشافعى والمذهب الحنفى فلا يعقد باشارة غير الاخرس ؛ راجع فى ذلك رسالة محمد وحيد الدين سوار فى موضوع : التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى . دراسة مقارنة بالفقه الغربى . القاهرة ١٩٥٩ صفحة ٢٢١ رقم ٢٣١ وما بعدها . وانظر كذلك محمد مصطفى شلبى : المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود عام ١٩٦٩ صفحة ٤٤٦ ، عيسوى احمد عيسوى : الفقه الاسلامى : المدخل ونظرية العقد عام ١٩٦٠ صفحة ٣٩٦ — ٣٩٧ .

(٢٦) قرب : كاربونييه ص ٩٦ رقم ٩٧ .

مباشرة على الإرادة ، وكذلك الإشارة التى تعارف الناس على استعمالها للتعبير عن الإرادة كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول .

وقد يكون التعبير الصريح بعمل يقوم به الشخص ويدل دلالة أكيدة على وجود الإرادة ، كعرض التاجر للبضاعة التى يريد بيعها فى واجهة محله مع بيان ثمنها ، وكوقوف سيارات الأجرة فى الأماكن المخصصة لذلك(٢٧) ، وكوضع الآلات الميكانيكية التى تقوم بأداء بعض الخدمات كالوزن أو تقديم المشروبات أو الأطعمة فى الطريق العام مع بيان كيفية الحصول على خدماتها وثمنها .

والغالب أن يكون التعبير عن الإيجاب صريحاً .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذى اتبع للتعبير غير متعارف عليه بين الناس باعتباره وسيلة تعبير ، ولكن يمكن مع ذلك أن يستخلص منه وجود هذه الإرادة .

ونصادف التعبير الضمنى فى مجال القبول فى صورة قيام الشخص الموجه اليه الإيجاب بتنفيذ العقد . ومثال ذلك أن يعرض شخص على آخر شراء شىء من المأكولات ، فيقوم الموجه إلى الإيجاب بأكل الشىء دون أن يتكلم . أو أن يعرض شخص على آخر تأجير سيارته له ، فيقوم الشخص المعروض عليه الاستئجار بركوب السيارة وإيداعها فى حظيرة بيته ، أو أن يرسل شخص إلى آخر خطابا يوكله فيه بإبرام صفقة لحسابه ، فلا يرد الوكيل وإنما يقوم فعلا بإبرام الصفقة باسم الموكل ، ففى كل الأمثلة المتقدمة يوجد تعبير ضمنى عن إرادة قبول العقد ، فالناس لم يتعارفوا على التعبير عن قبولهم الشراء بأكل مايعرض عليهم شراؤه ، ومع ذلك فلا يمكن تفسير إقدام الشخص على الأكل إلا على أساس أنه قد قبل الشراء .

---

(٢٧) كاربونييه ص ٩٨ رقم ٩٨ .

وإيداع السيارة فى الحظيرة ليس موضوعا فى ذاته للتعبير عن إرادة الاستئجار ، ولكن تبرير هذ الفعل لا يتأتى إلا إذا قلنا بوجود إرادة الاستئجار لدى الشخص الذى قام به .

كذلك فإن إبرام الصفقة ليس هو التعبير المعتاد الذى يدل على قبول الوكالة ، ومع ذلك فإنه يدل بوضوح على قبول الوكيل للوكالة ، وإلا ما كان كلف نفسه عناء التعاقد باسم الموكل .

وقد يعبر عن الإيجاب فى بعض الحالات بتعبير ضمنى ، ويكون ذلك غالباً عند إبرام عقد بين شخصين سبق لهما التعاقد قبل ذلك ، فإذا انتهى عقد الإيجار وبقى المستأجر مع ذلك منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، انعقد بين الطرفين عقد إيجار جديد بتعبير ضمنى ، فالمستأجر عبر عن إرادته فى الاستئجار بالبقاء منتفعا بالعين المؤجرة رغم انتهاء الإيجار السابق فيعبر هذا البقاء إيجاباً ضمنياً بإبرام عقد إيجار جديد ، والمؤجر عبر عن قبوله التأجير للمستأجر بعدم اعتراضه .

٦٧ - ضرورة التعبير الصريح فى بعض الحالات :

قدمنا أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنيا ، وكلا التعبيرين يصلح لإبرام العقد(٢٨) ، فلا يتحتم بحسب الأصل أن يكون التعبير صريحاً .

ولكن استثناء من هـــذا الأصل يجب أن يكون التعبير صريحاً بحيث لا ينعقد العقد أو التصرف القانونى عموماً بالتعبير الضمنى وذلك فى حالتين :

الأولى ــ إذا نص القانون على تطلب التعبير الصريح . ومثال ذلك أن المادة ٨٤٤ / ٢ تشترط لإعفاء أطراف عقـــد القسمة من ضمان

---

(٢٨) المادة ٩٠ مدنى .

أستحقاق حصة أحدهم أن يكون هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء .

الثانية: إذا اتفق الطرفان على وجوب أن يكون التعبير صريحاً .

ومثال ذلك أن يبرم طرفان عقد إيجار سيارة لمدة معينة ، ويتفقا على أنه لايجوز للمستأجر أن يبقى منتفعاً بالعين المؤجرة بعد انقضاء مدة الإيجار، إلا بموافقة صريحة من المؤجر

٦٨ - هل يصلح السكوت للتعبير عن الارادة :

من الواضح أن السكوت وهو وضع سلبي بحت لايمكن أن يعبر به عن الإيجاب، وهو العرض الذى يبدأ به أحد المتعاقدين ، إذ أن هذه المبادأة لايمكن أن تستخلص من السكوت .

ولذلك فإن التساءل إنما يثور بالنسبة للقبول إذا وجه شخص لآخر إيجابا بإبرام عقد معين ، فلم يرد عليه الآخر لا باللفظ ولا بالكتابة ولا بالإشارة ، ولم يتخذ أى موقف يفيد موافقته على إبرام العقد أو رفضه لا ، بل سكت .

فهل يمكن القول أن هذا السكوت قبول ؟

هل يمكن القول أن هذا السكوت رفض ؟

هل يعتبر السكوت تعبيراً عن الإرادة ؟

الأصل أن السكوت لايصلح تعبيرا عن الإرادة ، لأنه لايدل على وجودها سواء فى ذلك إرادة القبول أو إرادة الرفض . وذلك لأن السكوت قد يرجع لأسباب متعددة ، وكلها أسباب باطنة غير ظاهرة ، فالشخص الذى يوجه اليه إيجاب فيسكت ، قد يسكت (لعدم الانتباه ، أو لعدم الاكتراث ، أو على سبيل الإستهزاء ، أو بنية الموافقة ، أو بقصد الإنكار أو الرفض) [٢٩] ،

(٢٩) صبحى المحمصانى فى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية الجزء الثانى عام ١٩٤٨ صفحة ٥٤ .

أو غير ماتقدم من الأسباب .

وإذن فالسكوت ليس واضح الدلالة على وجود إرادة معينة ، ومن ثم فهو لايصلح تعبيرا عنها ، ويعبر عن هذا الأصل بأنه : لا ينسب إلى ساكت قول(٣٠) ،أى لاينسب اليه إرادة، لا بقبول الإيجاب ولا برفضه .

وعلى ذلك إذا عرض شخص على آخر أن يشترى منه شيئاً أو أن يستأجره ، فسكت ، فلاينعقد بينهما عقد ، لتعلق الأمر بإيجاب لم يقترن به قبول ، ولو أعلن الموجب مقدما فى إيجابه أنه يعتبر سكوت الموجه اليه هذا الإيجاب قبولا(٣١) .

وعدم اعتبار السكوت تعبيرا عن القبول تقتضيه كذلك ضرورة عملية ، ذلك أن القول بجواز استخلاص القبول من مجرد السكوت ، يعنى فرض واجب على الشخص بأن يفصح عن رفض كل مايحلو لغيره أن يوجهه اليه من إيجاب وإلا اعتبر قابلا له . وفى هذا عنت واضح وتقيد للحرية الشخصية ليس له مقتض »(٣٢) .

٦٩ صلاحية السكوت للتعبير عن القبول فى حالا - استثنائية :

إذا كان الأصل أن مجرد السكوت أو السكوت البسيط لايصلح تعبيرا عن الإرادة ،فإنه استثناء من هذا الأصل يصلح السكوت تعبيرا عن القبول إذا كان سكوتاً موصوفاً أو ملابسا .

٧٠ - أولا : السكوت الموصوف :

قد يفرض القانون أو الاتفاق على الشخص أن يتكلم أو أن يعبر عن إرادته باتخاذ موقف إيجابى إذا كان لايرغب فى التعاقد ، وفى هذه الحالة إذا سكت

---

(٣٠) وتنسب هذه العبارة الى الامام الشافعى . راجع فى ذلك محمد وحيد الدين سوار فى رسالته ص ٢٦٥ رقم ٢٦٥ .

(٣١) Water yung : L'acceptation par le silence diune offre, Milanges Roger Seciétan 1964. p. 350-351

(٣٢) اسماعيل غانم ص ٨٢ — ٨٣ — رقم ٥١ .

الشخص ، فإن سكوته يعتبر قبولا(٣٣) ، ويسمى السكوت فى مثل هذه الحالات موصوفا لأن القانون أو الاتفاق هو الذى رجح دلالة القبول على دلالة الرفض(٣٤) .

ومثال السكوت الذى يعتبر قبولا بنص القانون ماقررته المادة ٤٢١ من القانون المدنى بصدد البيع بشرط التجربة حيث يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو أن يرفضه خلال مدة معينة ، من أنه إذا انقضت المدة المحددة لكى يظهر المشترى إرادته ولكنه سكت ، فإن سكوت يعتبر قبولا .

ومثال السكوت الذى يعتبر قبولا باتفاق الطرفين أن يبرم الطرفان عقد إيجار أو عقد عمل لمدة معينة ، ويتفقان على أن هذا العقد يتجدد لمدة أخرى إذا لم يخطر أحدهما الآخر برغبته فى عدم التجديد قبل انقضاء مدته . ففى هـــذه الحالة إذا انقضت مدة العقد الأول ولم يعبر أى من الطرفين عن إرادته فى رفض التجديد ، فإن سكوتهما يعتبر رضاء بإبرام عقد جديد .

٧١ - السكوت الملابس :

السكوت الملابس هو السكوت الذى تلابسه وتحيط به ظروف ترجح أنه قصد به قبول الإيجاب ، ولا يقصد أى معنى آخر من المعانى التى قد يحتملها

---

(٣٣) ويلاحظ أن المقصود بالقانون هنا ان القاعدة قانونية بصفة عامة، فيدخل فى ذلك القواعد التشريعية والقواعد العرفية .

(٣٤) وقد يرجح القانون دلالة الرفض ويعتبر السكوت رفضا ، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٣١٦ من القانون المدنى من انه اذا قام المحال عليه او المدين الاصلى باعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقـــر الحوالة ثم انقضى الاجل دون ان يصدر الاقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة .

السكوت ، وعلى هذا الأساس إذا كان الأصل أنه لايمكن اعتبار السكوت المحض أو البسيط تعبيرا عن القبول ، فإنه يصح استخلاص هذا القبول من السكوت الملابس ، الذى يعبر عنه الشرعيون بقولهم : « السكوت فى معرض الحاجة بيان » ، وهذا الاستخلاص يتوقف على الظروف والملابسات التى أحاطت بالسكوت .

ومن هذه الظروف مايكون قد سبق توجيه الإيجاب كوجود علاقة سابقة بين الموجب والموجه اليه الإيجاب ، ومنها مايكون معاصرا للإيجاب كالعبارات التى صيغ بها العرض المقدم والهدف من إبرام العقد ، وأخيرا من الظروف الملابسة ومايتعلق بطبيعة المعاملة .

ومن الواضح أن الظروف الملابسة للسكوت كثيرة ومتباينة بحيث لايمكن حصرها ، ولذلك فإن استخلاص القبول من هذه الظروف مسألة موضوعية يفصل فيها قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض .

على أن المشرع حاول أن يسهل مهمة قاضى الموضوع فى هذا الشأن بأن يضع له معيارا ، وأن يقدم له أمثلة للظروف التى يجوز أن يستخلص منها القبول ،فالمادة ٩٨ تنص على أنه :

١ — إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف النجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب .

٢ — ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعه من وجه إليه .

ويستفاد من هذه المادة أن معيار الظروف التى يمكن أن يستخلص

منها اعتبار السكوت قبولا أن تدل هذه الظروف على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول .

ونرجح فى هذا الشأن اعتبار المعيار المتقدم معياراً موضوعياً ، فلا ينظر فى شأنه إلى ما كان الموجب شخصياً ينتظره، بل إلى ما كان الشخص المعتاد ينتظره لو وجد فى مواجهة هذه الظروف ، بحيث يمكن اعتبار السكوت قبولا إذا كان أى شخص عادى لو وجد فى هذه الظروف لاعتبره سكوتاً[٣٥] وذلك على أساس أن هذه الظروف من شأنها تولد ثقة لدى المواجهين بها فى اعتبار السكوت معبراً عن إرادة حقيقية بالقبول [٣٦]

وقد مثلت المادة ٩٨ للظروف التى يمكن أن يستخلص منها اعتبار السكوت قبولا وهذه الظروف هى :

١ طبيعة المعاملة :

ويقصد بذلك ما إذا كانت المعاملة تتضمن بيعا أو إيجارا أو رهنا أو كفالة فإذا كانت المعاملة تتضمن بيعا فينظر إلى محل هذا البيع هل هو عقار أو منقول وإلى صفة المعاملة ، وهل هى معاملة مدنية أو تجارية .

٢ تعلق الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين :

ومثال ذلك أن يبرم شخصان عقدا من العقود ، ثم يبعث أحدها للآخر يعرض عليه تعديل هذه العقود على نحو معين ، فلا يرد عليه بل يسكت ، ففى هذه الحالة يجوز أن يعتبر هـــذا السكوت قبولا للإيجاب المتضمن للتعديلات ، لأن قيام الرابطة العقدية بين الطرفين ، وتعلق الإيجاب بهذه الرابطة ، من شأنه أن يوجب على من وجه اليه العرض أن يرد بالرفض إن

---

(٣٥) انظر فى ذلك اسماعيل غانم ص ٨٥ هامش ٢٢ .
(٣٦) يانج فى مجموعة ساكرتان ص ٣٤٠ ، ص ٣٤٩ .

لم يكن يريد القبول ، فإذا لم يرد وسكت ، جاز تفسير سكوته هذا على أنه قبول ، متى كان أى شخص معتاد لو وجد فى مركز الموجب يتوقع أن يرد الموجه اليه الإيجاب فى حالة الرفض .

كذلك إذا أبرم شخصان عقداً من العقود وانقضت الالتزامات الناشئة عن هذا العقد بالوفاء بها ، فعرض أحد طرفى العقد على الآخر ، تجديده ، أى إبرام عقد جديد من طبيعته ذاتها ، فسكت المتعاقد الآخر ، فإن سكوته يمكن أن يفسر على أنه قبول للعقد الجديد ، إذ أن سبق التعامل بينه وبين الموجب ، من شأنه أن يلقى عليه وفقاً لمقتضيات حسن النية واجب الرد بالرفض إن لم تتوافر لديه نية القبول .

وقد طبق المشرع هذه الفكرة صراحة فيما يتعلق بعقد الإيجار .

ففى المادة ٥٩٩ من القانون المدنى أنه : « إذا انتهى عقد الإيجار وبقى المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى . . . » .

وعلى ذلك إذا كنا بصدد إيجار معقود لمدة معينة ، وانقضت هذه المدة ، فعرض المستأجر على المؤجر تجديد هذا الإيجار بإيجاب ضمنى مستفاد من بقائه منتفعا بالعين رغم إنتهاء العقد ، فسكت المؤجر ،ولم يرد بالرفض ، فإنه يمكن تفسير سكوته هذا على أنه قبول للإيجار الجديد .

كذلك إذا أبرم شخصان عقد بيع ، واتفقا على المسائل الجوهرية فيه كتعيين المبيع وتحديد الثمن ، وتركا المسائل التفصيلية كلها أو بعضها ، ثم قام البائع بإرسال المبيع إلى المشترى مصحوبا بفاتورة تتضمن تحديداً لتلك المسائل التفصيلية التى لم يتم الاتفاق عليها عند التعاقد ، فاستلم المشترى المبيع والفاتورة ، وسكت ، فلم يعترض على الشروط الجديدة التى وردت فيها جاز

تفسير هذا السكوت على أنه قبول لهذه الشروط[٣٧] ، إذا أمكن أن يستخلص من الظروف أن أى شخص معتاد لو وجد فى مركز مرسل الفاتورة ما كان ينتظر أو يتوقع تصريحاً بالقبول فى حالة الموافقة على هذه الشروط ، بل بالعكس كان ينتظر هذا التصريح فى حالة الرفض فقط .

٣ — تمحض الايجاب لمنفعة من وجه إليه :

يجوز اعتبار السكوت عن الرد قبولا إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه ، فتمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه يعتبر ظرفا من الظروف الملابسة للسكوت وتجهيز استخلاص إرادة القبول منها .

وأساس اعتبار السكوت قبولا فى هذه الحالة أن تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه لا يجعل له أى مبرر ظاهر للرفض ، ولذلك جاز لأى شخص عادى أن يتوقع أن الموجه اليه هذا الإيجاب لن يرد إذا اتجهت إرادته إلى قبوله .

وإذا كان قد يحدث فى بعض الحالات أن تتوافر لدى الموجه اليه الإيجاب مبررات مادية أو أدبية لرفضه رغم تمحضه لمنفعته ، فعليه فى هذه الحالات الشاذة أى يرد على الايجاب بالرفض ، فإن لم يرد ساغ اعتباره سكوته عن الرد قبولا .

وعلى ذلك إذا عرض شخص أن يعير آخر شيئا يعلم أنه فى حاجه اليه ، فسكت هذا الأخير ، جاز اعتبار سكوته قبولا لتمحض الإيجاب لمنفعته ، لأن العارية تمكنه من الانتفاع بالشىء مدة معينة بدون مقابل .

---

(٣٧) اقول « جاز » لبيان أن اعتبار السكوت فى هذا المثال قبولا ليس محتما بل يتوقف على الظروف التى أحاطت به . انظر اسماعيل غانم ص ٨٧ متن وهامش ١ و ٢ ، منصور ص ٤٢ ، وقارن السنهوري فى الوسيط جـ ١ ص ٢٣٨ ، رقم ١١٣ .

كذلك إذا وجه شخص إيجابا إلى الدائن بكفالة المدين . فسكت الدائن ، جاز اعتبار هذا السكوت قبولا للإيجاب بالكفالة ، لأن الكفالة تتمحض لمنفعة الدائن ، إذ يكون له بمقتضاه أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به المدين .

ويلاحظ أخيرا أن اتصال الإيجاب بتعامل سابق ، أو تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه ، وان أجاز اعتبار السكوت قبولا ، على أساس أن الظروف التى لابست السكوت يرجح أن يكون من سكت عن الرد قد قبل الإيجاب ، إلا أنه ليس من المحتم اعتبار السكوت قبولا فى جميع الحالات التى يقترن فيها بالسكوت ظرف من هذين الظرفين ، فقد يتصل الإيجاب بتعامل سابق ، أو يتمحض لمنفعة من وجه اليه ، ومع ذلك يتضح من ظروف أخرى أحاطت بالسكوت أنه قصد به الرفض .

كذلك فان السكوت لايعتبر قبولا — ولا رفضا — إذا كان الايجاب لم يصل الى علم من وجه اليه ، أوإذا استحال على من وجه اليه الإيجاب أن يعلن إرادته بالرفض لمرض أصابه ، أو لانقطاع الاتصالات ، أو لعدم علمه بعنوان الموجب .

كذلك لايعتبر السكوت قبولا ينعقد به العقد إذا كان الموجه اليه الإيجاب شخصاً غير مميز لا إرادة له(٣٨) .

والخلاصة إذن أن استخلاص القبول من السكوت حتى فى الحالات التى نص عليها المشرع صراحة فى المادة ٩٨ ، يعتبر مسألة موضوعية يفصل فيها قاضى الموضوع .

---

(٣٨) يانج فى مجموعة ساكرتان ص ٣٥٣ — ٣٥٤ .

الفرع الثالث

العلاقة بين الإراده والتعبير عنها

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

٧٢ — رأينا أن القانون لايعتد بالإرادة مابقيت كامنة فى نفس صاحبها ، فهو يستلزم إخراجها أو إظهارها ، وبعبارة أخرى التعبير عنها فى الحيز الخارجى بحيث يمكن التحقق من وجودها .

ولا تثور أية مشكلة إذا جاء التعبير عن الإرادة أميناً صادقاً أى متفقا مع حقيقة ماأراده الشخص ، ولكن الصعوبة تثور إذا اختلف مفهوم التعبير عن حقيقة الإرادة ، وبعبارة أخرى إذا اختلفت الإرادة الباطنة وهى الإرادة الحقيقية مع التعبير عنها وهو الإرادة الظاهرة . فهل يكون الاعتداد بالإرادة الباطنةأم بالإرادة الظاهرة ؟ وبعبارة أخرى : مم يستمد العقد قوته الملزمة من الإرادة الباطنة الكامنة فى النفس ؟ أم من الإرادة الظاهرة ، من التعبير الملموس فى الحيز الخارجى ؟

٧٣ - نظرية الارادة الباطنة :

وفقاً لهذه النظرية أن ما ينشىء الالتزام هو اتجاه قصد ونية المتعاقد إليه ، فالعقد يستمد قوته الملزمة من ارادة اطرافه الحقيقية ، واذا كان من الواجب التعبير عن هذه الارادة ، فذلك لاينفى أن العبرة هى بالإرادة ذاتها لابهذا التعبير ، فلايعتد بالتعبير إلا باعتباره دليلا على وجود الإرادة الباطنة ، بحيث إذا حدث واختلف التعبيرعن الإرادة الباطنة ، وجب الأخذ بهذه الإرادة لأنها هى الإرادة الحقيقية واستبعاد التعبير أوالإرادة الظاهرة .

٧٤ ـ نظرية الارادة الظاهرة :

ومضمون هذه النظرية أن القوة الملزمة للعقد انما تستمد من التعبير عن الإرادة ، فالعقد ظاهرة اجتماعية لابدأن ترتكز على ظاهرة اجتماعية كالتعبير ، أما الإرادة الباطنة فهى أمر نفسى لايمكن أن يكون له فى ذاته أية قوة أو سلطان ذاتى . والقانون إذ يشترط للاعتداد بالإرادة التعبير عنها فى الحيز الخارجى ، إنما يربط وجود العقد وقوته الملزمة بهذا التعبير ، باعتباره ظاهرة اجتماعية فى ذاته ، لا باعتباره دليلا على وجود الإرادة الباطنة . وعلى ذلك إذا اختلف التعبير عن الارادة الباطنة ، فالعبرة بالتعبير لأن التعاقد تم وفقا له ، فهو الذى انشأ العقد ، ولذلك يجب الوقوف عنده ، وعدم البحث فيما وراءه .

٧٥ ـ تقدير النظريتين :

لاشك أن نظرية الإرادة الباطنة أكثر اتفاقا مع منطق العقد باعتباره عملا إراديا . فالإرادة أمر نفسى أساساً ، وإذا كان القانون يتطلب التعبير عنها ، فذلك لما يترتب على العقد من آثار اجتماعية تتطلب أن يكون من الممكن التحقق من وجوده بأدلة ملموسة محسوسة . ولكن نظرية الإرادة الباطنة تهدد استقرار المعاملات ، إذ لو أبيح للشخص أن يتمسك بارادته الباطنة فى الحالات التى تختلف فيها هذه الإرادة عن التعبير الذى صدر عنها ، لفوجىء المتعاقدون الذين تعاقدوا على أساس الإرادة الظاهرة ، ولما أمكن المتعاقد أن يطمئن إلى كون التعبير متفقاً تماماً مع النية الحقيقية للمتعاقد معه ، ومن شأن ذلك اشاعة روح التردد بين الناس ، وقلقلة المعاملات . وهذا ماجاءت نظرية الإرادة الظاهرة لعلاجه ، إذ أنها باقامة القوة الملزمة للعقد على أساس ماظهر من الإرادة ، لامابطن منها ، توفر للمتعاقد الذى تعاقد استناداً إلى الإرادة الظاهرة اطمئنانا وثقة ، إذ يستطيع أن يتعاقد على أساس التعبير

٧٤ ـ نظرية الارادة الظاهرة :

ومضمون هذه النظرية أن القوة الملزمة للعقد انما تستمد من التعبير عن الإرادة ، فالعقد ظاهرة اجتماعية لابدأن ترتكز على ظاهرة اجتماعية كالتعبير ، أما الإرادة الباطنة فهى أمر نفسى لايمكن أن يكون له فى ذاته أية قوة أو سلطان ذاتى . والقانون إذ يشترط للاعتداد بالإرادة التعبير عنها فى الحيز الخارجى ، إنما يربط وجود العقد وقوته الملزمة بهذا التعبير ، باعتباره ظاهرة اجتماعية فى ذاته ، لا باعتباره دليلا على وجود الإرادة الباطنة . وعلى ذلك إذا اختلف التعبير عن الارادة الباطنة ، فالعبرة بالتعبير لأن التعاقد تم وفقا له ، فهو الذى انشأ العقد ، ولذلك يجب الوقوف عنده ، وعدم البحث فيما وراءه .

٧٥ ـ تقدير النظريتين :

لاشك أن نظرية الإرادة الباطنة أكثر اتفاقا مع منطق العقد باعتباره عملا إراديا . فالإرادة أمر نفسى أساساً ، وإذا كان القانون يتطلب التعبير عنها ، فذلك لما يترتب على العقد من آثار اجتماعية تتطلب أن يكون من الممكن التحقق من وجوده بأدلة ملموسة محسوسة . ولكن نظرية الإرادة الباطنة تهدد استقرار المعاملات ، إذ لو أبيح للشخص أن يتمسك بارادته الباطنة فى الحالات التى تختلف فيها هذه الإرادة عن التعبير الذى صدر عنها ، لفوجىء المتعاقدون الذين تعاقدوا على أساس الإرادة الظاهرة ، ولما أمكن المتعاقد أن يطمئن إلى كون التعبير متفقاً تماماً مع النية الحقيقية للمتعاقد معه ، ومن شأن ذلك اشاعة روح التردد بين الناس ، وقلقلة المعاملات . وهذا ماجاءت نظرية الإرادة الظاهرة لعلاجه ، إذ أنها باقامة القوة الملزمة للعقد على أساس ماظهر من الإرادة ، لامابطن منها ، توفر للمتعاقد الذى تعاقد استناداً إلى الإرادة الظاهرة اطمئنانا وثقة ، إذ يستطيع أن يتعاقد على أساس التعبير

الذى واجهه دون أن يخشى اختلاف هذا التعبير عن الإرادة الحقيقية ، لأنه على فرض تحقق هذا الاختلاف ، فإن العبرة بما تعاقد على أساسه أى على الارادة الظاهرة .

وقد كانت نظرية الإرادة الباطنة هى السائدة طوال الحقبة التى كان مبدأ سلطان الإرادة مسلما به بصفة مطلقة وخاصة بعد الثورة الفرنسية، ويبدو أثر ذلك واضحا فى تقنينات نابليون .

ولكن على أثر الثورة الصناعية وانتشار الأفكار الاشتراكية فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر ، بدأت نظرية الإرادة الظاهرة تأخذ مكانها بين كتابات الفقهاء ، وتأثر بها القانون المدنى الألمانى الصادر فى نهاية ذلك القرن .

ويلاحظ أنه مامن قانون قداعتنق نظرية الارادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة على اطلاقها وبكافة النتائج المترتبة عليها ، فقد حرصت القوانين التى أخذت بالإرادة الباطنة على تكملتها ببعض نتائج نظرية الإرادة الظاهرة وذلك فى الحالات التى يبدو فيها استقرار المعاملات مهدداً فيما لو أخذ بنظرية الإرادة الباطنة ، كذلك فإن القوانين التى تعتنق أساساً نظرية الإرادة الظاهرة لم تهمل كلية الإرادة الباطنة ، خاصة إذا كان قد أمكن التعرف على هذه الإرادة ، رغم عدم التعبير عنها .

٧٦ ـ موقف المشرع المصرى :

اختلف الشراح المصريون فى تحديد موقف المشرع المصرى فيما يتعلق بالأخذ بأى من النظريتين السابقتين ، فأغلب الشراح يرون أن القانون المصرى يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة ، وإن كان يخفف منها ببعض حلول مستمدة من نظرية الإرادة الظاهرة حرصاً منه على استقرار

المعاملات (٣٩) ، ويذهب عدد من الشراح الى أن القانون المصرى يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة (٤٠) .

وهذا ما نرجحه ليس فقط استناداً إلى ماصرحت به المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى من أن المشروع قطع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة (٤١) ، بل استناداً إلى الأحكام التى وردت فى القانون فعلا ، ويبدو اتجاه المشرع المصرى فى الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة مما يلى :

١ — قررت المادة ٨٩ أن : يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. فتبادل التعبير هو الذى ينشىء العقد .

٢ — لم تكتف النصوص الخاصة بعيوب الإرادة لاعتبار الرضاء معيبا أن يشوب إرادة أحد المتعاقدين عيب (غلط أو تدليس أو إكراه) بل تطلبت فضلا عن ذلك أن يكون المتعاقد الآخر الذى لم يشب إرادته عيب أن يكون مشتركا فى العيب بصورة ما ، كأن يكون عالما بالعيب الذى شاب إرادة من تعاقد معه، أو يكون من المفروض حتما أن يعلم به ، أو من السهل عليه أن يتبينه (راجع المواد ١٢٠ ، ١٢٦ ، ١٢٨ مدنى) .

فإذا كان المتعاقد لا يعلم بالعيب الذى شاب ارادته المتعاقد معه ولم يكن من المفروض حتما أن يعلم به ، أو من السهل عليه أن يتبينه ، فإن العقد يكون صحيحاً ولا يستطيع من تعيبت إرادته أن يستند إلى العيب لإبطاله ، ولا يمكن

---

(٣٩) السنهورى ص ١٩٤ رقم ٨٠ ، حشمت ابو ستيت ص ٨٨ رقم ٩٠ ، عبد الحى حجازى ص ٢٠٢ رقم ١٠١ ، سليمان مرقس ص ٥٦ رقم ٦٣ ، انور سلطان ص ٩٦ رقم ٧٩ ، محمود جمال الدين زكى ص ٦٦ رقم ٣٨ ، وقرب جميل الشرقاوى ص ٨٣ رقم ١٨ ، سمير تناغو ص ٣٥ رقم ٢٨ .

(٤٠) اسماعيل غانم ص ٩٣ رقم ٥٢ ، منصور ص ٢٩ ، احمد سلامه ص ٨٢ رقم ٣٩ .

(٤١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٩ .

تفسير الحكم المتقدم إلا على أساس نظرية الإرادة الظاهرة ، فهذه الإرادة لم يشبها عيب ، فالعيب إنما لحق بالإرادة الباطنة ، وعدم الاعتداد بهذا العيب الذى لم يعلم به المتعاقد الآخر ، معناه عدم الاعتداد بالإرادة الباطنة(٤١) .

٣ — تنص المادة ١١٤ من القانون المدنى على أنه :

١ — يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

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

ويستخلص من هذا النص بطريق مفهوم المخالفة أن التصرف الذى يبرمه المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر عليه يكون صحيحاً مادامت حالة الجنون أو العته غير شائعة ولا معروفة لدى المتعاقد الآخر وقت العقد ، ولا يمكن تفسير انعقاد العقد فى هذه الحالة صحيحاً إلا بالاستناد إلى الإرادة الظاهرة ، إذ لا توجد إرادة باطنة إطلاقا لدى المجنون أو المعتوه .

ويترتب على القول بانحياز القانون المدنى لنظرية الإرادة الظاهرة ، أنه فى المسائل التى لم يأت لها المشرع بحكم صريح ، إذا اختلف مضمون الإرادة مع مفهوم التعبير عنها ، أى مع الإرادة الظاهرة ، وجب تغليب مفهوم التعبير ، مع مراعاة أن المقصود بمفهوم التعبير هو ما يفهمه أى شخص معتاد من هذا التعبير لو وجد اليه فى نفس الظروف ، لا ما فهمه فعلا الشخص الذى وجه اليه ، فالمعيار موضوعى لا شخصى ، ويعبر بعض الشراح عن هذه الفكرة بأن العبرة بالإرادة التى

---

(٤١) اسماعيل غانم ص ٩٦ رقم ٥٢ .

يمكن التعرف عليها(٤٢) .

وعلى ذلك إذا كان من أصدر التعبير هازلا لم يقصد إبرام العقد ، ولكن الموجه اليه التعبير لم يكن يعلم بذلك ولم يكن يستطيع أن يعلم به من ظروف التعبير ، فإن العقد ينعقد(٤٣) .

كذلك إذا كان من عبر عن إرادته قد أضمر فى نفسه غيرما أظهر . أى تحفظ ذهنياً دون أن يعلم من وجه اليه التعبير بهذا التحفظ ، فإن العقد ينعقد على أساس التعبير دون اعتداد بالتحفظ الذهنى ، وعلى ذلك إذا وافق الموجه اليه الإيجاب على شراء الشيء المعروض عليه بالثمن المحدد فى الإيجاب ولكنه أضمر فى نفسه تأجيل دفع الثمن ، ولم يشر فى قبوله إلى ما أضمره ، فإن العقد ينعقد ويكون الثمن واجب الوفاء فى الحال ، أما إذا كان من وجه اليه التعبير يعلم بهذا التحفظ الذهنى ، ولم يوافق عليه ، فإن العقد لا ينعقد لعدم توافق الإرادتين(٤٤) .

فالإرادة التى يعتد بها فى هذه الحالة هى الإرادة الحقيقية .

وإذا حصل تحريف فى نقل التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه، كما لو أرسل شخص لآخر برقية يعرض عليه فيها شراء بضاعة بمبلغ واحد وعشرين جنيها للطن ، فسقطت كلمة واحد من البرقية ووصلت إلى المرسل إليه ، فقبل الشراء على أساس عشرين جنيها .

ففى هذه الحالة ينعقد العقد على أساس التعبير الوارد فى البرقية

---

(٤٢) اسماعيل غانم ص ٩٣ رقم ٥٢ ، منصور ص ٢٩ ، احمد سلامه ص ٨٢ .

(٤٣) اسماعيل غانم ص ٩٧ هامش ١ .

(٤٤) وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص صراحة على هذا الحكم فى المادة ١٢٨ منه ، ولكن هذه المادة حذفت من المشروع النهائى لان فيها اسهابا فى الدقة لا حاجة اليه ، مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٢٩ هامش ١ .

أى بعشرين جنيها للطن ، مادام الموجه اليه التعبير لم يعلم ولم يكن فى استطاعته أن يعلم بالتحريف الذى وقع فى البرقية ، دون إخلال بحق مرسل البرقية فى مطالبة هيئة البرق بتعويض الضرر الذى يصيبه من جراء هذا التحريف .

أما إذا كان الموجه اليه الإيجاب على علم بالتحريف ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم به ، فإن العقد لا ينعقد على أساس التعبير المحرف ، وعلى ذلك ففى المثال السابق إذا أخذ التحريف فى البرقية صورة أن ورد فيها بسعر واحد وعشرين قرشا بدلا من (جنيها) الواردة فى أصل التعبير ، وكان أى شخص عادى لا يمكن أن يتصور أن يعرض عليه أحد شراء بضاعة من نوع البضاعة المعروضة عليه بهذا السعر ، فإن العقد لا ينعقد ، على أساس أنه كان من السهل على من وجه اليه الإيجاب أن يعلم بما حدث من تحريف ، أو أنه كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التحريف (٤٥) .

المبحث الثانى

عناصر الرضاء

الإيجاب والقبول

٧٧ — يتكون الرضاء من عنصرين : الإيجاب والقبول .

والإيجاب هو ما يصدر عن شخص ابتداء دالا على وجود إرادة التعاقد لديه ، أما القبول فهو ما يصدر بعد ذلك معبرا عن إرادة إبرام العقد وفقاً لهذا الإيجاب

---

(٤٥) وقد كانت المادة ١٧٢ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على انه : « تسرى الاحكام الخاصة بالغلط فى حالة ما اذا نقل رسول او اى وسيط آخر ارادة احد الطرفين محرفة » . وقد حذفت هذه المادة من المشروع النهائى لانها تقرر حكما تفصيليا لا حاجة اليه . مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٦٦ هامش ١ .

وكل من هذين العنصرين لا يكفى وحده لإنشاء العقد .

ويترتب على ذلك نتيجتان هامتان :

الأولى — أنه مادام لم يقترن القبول بالإيجاب ، فإننا لا نكون بصدد عقد ، ولو كان هناك إيجاب قائم لم يسقط ، بل ولو كان هذا الإيجاب ملزما لايمكن العدول عنه .

الثانية — أنه لاتحتيم فى القبول ، فالشخص الذى وجه اليه الإيجاب مخير بين قبوله ورفضه .

كذلك فإن المفاوضات أو المساومات التى تدور بين الأشخاص قبل إبرام العقد حول طبيعته وأوصافه وشروطه لا تلزم اطرافها ، لأن كل مفاوض يهمه استطلاع رأى من يتفاوض معه ، وهو أن عبر عن رأى خاص به لايفعل ذلك بصفة جازمة نهائية . ويترتب على ذلك نتيجة هامة وهى أن لكل متفاوض حرية قطع المفاوضة والانصراف عن التعاقد فى أى وقت، دون أن تترتب عليه أية مسئولية بسبب ذلك .

ولكن إذا كان الأصل أن المفاوض الذى يقطع المفاوضات قبل أن تصل إلى نهايتها لايسأل قبل الطرف الآخر عن الضرر الذى قد يكون أصابه من جراء قطع المفاوضة ، فإن الوضع يتغير إذا تبين أن قطع المفاوضات قد اقترن بخطأ أى انحراف عن سلوك المفاوض المعتاد[1] .

ومثال ذلك أن يدخل الشخص فى مفاوضات مع غيره دون أن تكون لديه نية التعاقد واو اسفرت المفاوضات عن شروط لصالحه ، بل لمجرد التسلية أو

---

(١) راجع فى ذلك :
Serna (J.CH), Le Refus de Contracter, 1967, P. 179 et Suiv.

تضييع الوقت . أو معرفة حالة السوق أو للإساءة إلى الطرف الآخر فى المفاوضة وإضاعة الفرصة عليه للتعاقد مع غيره .

ففى هذه الحالة يكون من قطع المفاوضات قد ارتكب خطأ فيلتزم بتعويض الضرر الناجم عن هذا الخطأ ، والذى قد يتمثل فى نفقات انفقها المتفاوض معه فى سبيل التحضير للعقد ، كاتعاب الخبراء الذين استعان بهم لدراسة موضوع التعاقد ، ونفقات السفر إلى بعض الأماكن ، وتفويت الفرصة عليه للتعاقد مع غيره .

والمسؤولية التى تتقرر بسبب قطع المفاوضات فى هذه الحالة هى مسئولية تقصيرية ، إذ لا يوجد هنا إخلال بعقد سبق إبرامه بين الطرفين . مادام الغرض أن المفاوضات قطعت ولم تنته إلى تعاقد .

المطلب الأول

الإيجـــاب

٧٨ - تعريف الايجاب وبيان خصائصه

الإيجاب عرض جازم وكامل للتعاقد وفقاً لشروط معينة يوجه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين .

ونستخلص من هذا التعريف أن عرض التعاقد يجب أن يتصف بالخصائص التالية لكى يعتبر إيجاباً :

١ — أن يكون جازما ويقصد بذلك أن يكون صادراً عن نية باتة فى التعاقد ، فإذا كان من وجه العرض لم يعقد عزمه نهائياً على التعاقد ، فاننا لا نكون بصدد إيجاب بل تجاه مجرد دعوة إلى المفاوضة بشأن التعاقد .

٢ — أن يكون كاملا ويقصد بذلك أن يكون متضمنا جميع العناصر

الجوهرية اللازمة لإبرام العقد باستثناء القبول ، بحيث إذا اقترن بالقبول اكتملت أركان العقد وأبرم .

وعلى ذلك إذا اتجهت نية شخص إلى بيع شيء مملوك له ، فعرض على آخر شراءه دون أن يحدد له ثمنا ، فإن هذا العرض لا يعتبر إيجابا ، لأنه حتى وإن قبل المعروض عليه الشراء إبرام العقد ، فلن تكتمل أركان البيع إذ سينقصها تعيين الثمن . ولذلك يعتبر العرض المتقدم مجرد دعوة إلى التعاقد .

وتطبيقاً للقاعدة ذاتها فإن الإعلان عن مزايدة أو مناقصة لا يعتبر ايجابا بل مجرد دعوة إلى التعاقد ، حتى ولو كان الإعـــلان عن المزاد مصحوباً بتحديد ثمن أساسى . وذلك لأن هذا الإعلان لا يتضمن جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرمه ، وبصفة خاصة لا يتضمن تحديدا للمقابل الذى يبرم العقد على أساسه ، فتحديد المقابل إنما يتم بالعطاء الذى يتقدم به من استجاب إلى الدعوة أو الإعلان فيعتبر هذا العطاء إيجابا ، فإن قبله صاحب الدعوة انعقد العقد .

وعلى ذلك إذا أعلن عن مزاد لبيع شيء من الأشياء ، وحدد للبيع ثمن أساسى لا يجوز أن تبدأ المزايدة بأقل منه ، فإن هذا الاعلان يعتبر دعوة إلى التعاقد ، فإذا تقدم عدة أشخاص وأعربوا عن رغبتهم فى شراء ذلك الشيء بأثمان حددوها فى عطاءاتهم ، فإن كلا من هذه العطاءات يعتبر إيجابا بإبرام عقد البيع على أساس الثمن المحدد به ، فإذا وافق الداعى إلى المزاد على أحد هذه العطاءات ، فإن موافقته تعتبر قبولا للبيع ، فينعقد العقد بهذا القبول(٢) .

---

(٢) نقض مدنى فى ٩ من يناير ١٩٦٤ مجموعة النقض المدنى ١٥ — ١٣ — ٦٨ ، وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٦ المرجع السابق ١٧ — ٩٩ — ٧٣٠ .

وقد عبرت المادة ٩٩ من القانون المدنى عن القاعدة السابقة صراحة عندما قررت أنه « لايتم العقد فى المزايدة إلا برسو المزاد . . . » ، أى بقبول أحد العطاءات المقدمة .

٧٩ -- عدم اشتراط توجيه الايجاب الى شخص معين .

ويلاحظ أنه لايشترط أن يوجه الايجاب إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات : بل يصح توجيهه إلى جميع الناس أى إلى الجمهور(٣) ، ومثال ذلك الايجاب الذى يوجهه التاجر متضمنا رغبته فى بيع السلع فهو إيجاب موجه إلى الجمهور ، أى إلى أى شخص يرغب فى شراء السلعة المعروضة بالسعر المحدد لها فى الإيجاب .

ولكن العرض الموجه إلى الجمهور لايعتبر إيجاباً فى حالات خاصة رغم استجماعه لجميع العناصر اللازمة لإبرام العقد ، ومن هذه الحالات حالة العقود ذات الاعتبار الشخصى كعقد العمل . فرب العمل الذى يعرض استخدام عمال فى مصنعه بأجر معين ، ويدعو راغبى الاستخدام إلى التقدم اليه ، لا يوجه إيجاباً ، لأنه عادة يحتفظ لنفسه بالحق فى الاختيار بين المتقدمين وفق ما تتراءى له مصلحة العمل ، ولذلك فإن عقد العمل لايتم بمجرد تقدم شخص لرب العمل معلنا قبوله للعمل لديه ، بل لابد من موافقة رب العمل على هذا الشخص بالذات(٤) .

وعلى ذلك فنى العقود التى تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتباره كعقد العمل وعقد العارية وعقد الوكالة . لابد من توجيه العرض إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات حتى يعتبر هذ العرض إيجاباً .

---

(٣) Roger Nerson : La volonté de contracter, Mèlanges Roger Secrétan, 1964, p. 209 et suiv.

(٤) قرب : كاربونييه ص ٩٨ رقم ٩٨ ، مارتى ورينو ص ٨٣ رقم ١٠٠ .

٨٠ — ومتى صدر الإيجاب عن صاحبه ، أصبح له وجود مستقل عمن أصدره ، ولذلك فإن وفاة الموجب أو فقده أهليته بعد صدور الإيجاب وقبل علم الموجب له به ، لا أثر لها على وجود الإيجاب(٥)

وفى ذلك تقول المادة ٩٢ : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لايمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

٨١ - الايجاب تعبير واجب التسلم أو الاتصال .

لايكفى لكى ينتج الايجاب أثره وهو : صلاحيته لأن يقترن به قبول ينعقد به العقد ، أن يصدر الإيجاب جازما وكاملا .

بل يجب فضلا عن ذلك أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه ، فإذا لم يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه فلا ينتج أثره(٦) وهو صلاحيته لأن يقترن به قبول ينعقد به العقد . فالإيجاب متى صدر عن صاحبه يكون له وجود مادى ، ولكن لايكون له وجود قانونى إلا إذا علم به الموجب له .

وقد نصت المادة ٩١ من القانون المدنى صراحة على هذا الحكم بقولها : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه » .

---

(٥) ولكن ما أثر بقاء الايجاب فى هذه الحالة ؟ ان القبول الذى يصدر بناء على هذا الايجاب لن يتاح له أن يصلح الى علم الموجب أبدا لوفاته ، والقبول كالايجاب كما سنرى تعبير واجب التسلم او الاتصال ، فاذا لم يصل القبول الى علم الموجب فهل ينعقد العقد ؟ راجع ما سنقوله فيما بعد بشأن القبول .

(٦) الا اذا كان عدم وصول الايجاب الى علم من وجه اليه راجعا الى خطئه : راجع نقض مدنى ١٩ من يناير ١٩٧٢ مجموعة النقض المدنى ٢٣ — ١٢ — ٦١ .

وهذا النص ينطبق على كل من الإيجاب والقبول ، فإذا قصرنا كلامنا هنا على الإيجاب رأينا أنه بطبيعته واجب التسلم أو الاتصال ، إذ الغرض منه استثارة الموجه اليه كى يصدر قبولا مطابقاً له ، ولا يتحقق ذلك إلا بوصوله إلى علم من وجه اليه .

ويقع على عاتق الموجب إثبات علم الموجب له بالإيجاب، ويكفى لإثبات هذا العلم ، أن يثبت وصول التعبير عن الإيجاب اليه ، إذ قد جعل المشرع وصول التعبير قرينة على العلم به (م ٩١) .

فإذا أثبت الموجب أن الرسالة أو البرقية قد وصلت إلى الموجب له ، قامت قرينة على أن الموجب له قد علم بالإيجاب ، فلا يكلف الموجب إثبات هذا العلم ، ولكن إذا ادعى الموجب له أنه رغم وصول الرسالة أو البرقية إلا أنه لم يعلم بالإيجاب . فعليه إقامة الدليل على عدم علمه ، كأن يثبت أن البرقية وصلت وتسلمها شخص غيره فى الوقت الذى كان هو فيه مسافراً ، أو مريضاً فى المستشفى .

ويترتب على وجوب اتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه ، أنه إذا توفى الموجب له قبل أن يصل الإيجاب إلى علمه ، لم ينتج الايجاب أى أثر[٧] ، فلا يصلح لأن يقترن به قبول ، فيسقط ، وبالتالى لا يكون لورثة الموجب له أن يقوموا مقامه فى العلم وبالتالى فى القبول .

أما وفاة الموجب له بعد العلم بالإيجاب فلا تسقطه ، إذ يكون الإيجاب قد أنتج أثره فعلا وأصبح صالحاً لأن يقترن به قبول ، ومن ثم ينتقل الحق فى قبول ذلك الايجاب إلى ورثة الموجب له ، فإذا قبلوا ، انعقد العقد بقبولهم ، مالم يتبين من الايجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص الموجب له كان محل اعتبار ، كأن يطلب شخص من رسام مشهور أن يرسم

---

٧١ . ويسوى بعض الشراح بين فقد الموجب له لاهليته ووفاته قبل العلم بالايجاب ، ويرتبون عليها سقوط الايجاب وعدم صلاحيته لانتاج اثره . انظر فى نقد هذا الرأى اسماعيل غانم ص ١٠١ رقم ٥٤ .

له صورة زيتية مقابل مبلغ يعين ، فيصل هذا الإيجاب إلى علم الرسام ، ولكنه يموت قبل أن يقبله أو يرفضه ، ففى هذه الحالة يسقط الإيجاب ، ولايكون لورثة الرسام أن يقبلوه ، لأن شخص الرسام كان محل اعتبار عند إصدار الإيجاب .

٨٢ ـ القوة الملزمة للايجاب :

لاشك أن العقد لاينعقد بالإيجاب وحده ، فانعقاده يتطلب كما قدمنا عنصرين : إيجاب وقبول . فتوافر أحد هذين العنصرين وهو الإيجاب لايكفى لانعقاد العقد .

ولكن هل يلزم الايجاب من صدر عنه بحيث لا يجوز له الرجوع عنـــه ؟

القاعدة أن الإيجاب غير ملزم ، وتستخلص هذه القاعدة بمفهوم المخالفة للمادة ٩٣ التى تقرر اعتبار الايجاب ملزما فى حالة معينة ، إذ يفهم من ذلك أنه فى غير هذه الحالة لايكون الايجاب ملزما .

ويلاحظ أنه يجوز الرجوع عن الإيجاب سواء أكان قد اتصل بعلم الموجه اليه أولم يتصل بعد ، فاتصال الايجاب بعلم الموجه اليه لايجعله ملزماً ، ولايحرم الموجب من القدرة على الرجوع عن إيجابه(٨) .

واستثناء من الأصل المتقدم يكون الإيجاب ملزما ، ولا يجوز الرجوع عنه اذا اتجهت إرادة الموجب الى إلزام نفسه . ويمكن استخلاص هذه الإرادة من الظروف التى صدر فيها الإيجاب .

---

(٨) السنهورى جـ ١ ص ١٩٦ رقم ٨١ وهـــو يفرق بين اصطلاحى العدول عن الايجاب والرجوع عنه ، ويستعمل الاول فى حالة الايجاب الذى لم يتصل بعلم من وجه اليه ، ويحتفظ بالثـــانى للايجاب الذى وصـــل الى ذلك العلم .

وقد اهتم المشرع فى المادة ٩٣ مدنى بالاشارة الى ظرف من هذه الظروف فقرر فى المادة ٩٣ أنه :

١ — إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد .

٢ — وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة .

وعلى ذلك فالإيجاب يكون ملزما استثناء من الأصل إذ كان قد عين موعداً للقبول ، سواء كان هذا التعيين قد جاء صراحة أو ضمنا(٩) ، ولا صعوبة بالنسبة لتعيين موعد أو مهلة القبول صراحة ، فيظل الإيجاب قائماً مادام هذا الموعد لم ينقض ، فلا يجوز للموجب أن يرجع فيه ، ذلك أن تحديد مهلة للقبول يدل بوضوح على قصد الموجب الزام نفسه خلال هذه المهلة .

أما تعيين الموعد ضمنا فيستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، من ذلك أن الإيجاب الصادر ببيع منزل معين مع السماح للموجب له بزيارة المنزل المعروض يتضمن التزام الموجب بالبقاء على ايجابه طول المدة اللازمة لإتمام هذه الزيارة(١٠) .

من ذلك أيضاً أن يكون الايجاب موجها إلى غائب ، إذ يستفاد من توجيه الإيجاب إلى غائب أن الموجب قصد أن يبقى ملزماً بالايجاب لمدة معينة هى المدة اللازمة لوصول الايجاب الى الموجب له ووصول رد الموجب له

---

(٩) ويلاحظ انه يشترط لاعطاء الايجاب قوته الملزمة ان يكون قد اتصل بعلم من وجه اليه ، اما قبل ذلك فلا تثبت له اية قوة ملزمة ويستطيع الموجب أن يرجع فيه ، بشرط ان يصل الرجوع الى الموجب له قبل وصول الايجاب اليه ، فاذا ارسل الايجاب فى خطاب كان للموجب ان يرجع فى ايجابه ببرقية تصل الى الموجب له قبل وصول الخطاب . انظر نقض مدنى فى ١٠ ابريل ١٩٥٨ مجموعة النقض المدنى ٩ — ٤٠ — ٣٥٩ .

(١٠) نقض مدنى فرنسى فى ١٧ ديسمبر ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٩ — ٣٣ .

الى الموجب مضافاً اليها فترة زمنية مناسبة ليتدبر الموجب له أمره بقبول الايجاب أو رفضه ، فلا يكون للموجب أن يرجع فى إيجابه مادامت هذه المدة لم تنقض بعد .

٨٣ - أساس القوة الملزمة للايجاب .

إذا كان الايجاب ملزماً فما هو أساس قوته الملزمة ؟

الراجح أن الارادة المنفردة هى أساس القوة الملزمة للايجاب ، فالموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه إذا حدد موعداً لقبوله صراحة أو ضمنا لأنه أراد ذلك .

ومتى كان الايجاب ملزماً ، لم يجز للموجب أن يرجع عنه خلال مدة إلزامه ، فإذا رجع لم يعتد برجوعه ، واعتبر الإيجاب قائماً ، بحيث إذا صدر القبول بعد الرجوع انعقد به العقد .

٨٤ - أثر الايجاب :

يترتب على علم الموجب له بالايجاب صلاحيته ، لأن يقترن به قبول مطابق فينعقد العقد بهذا الاقتران .

ويظل هذا الأثر موجوداً مادام الايجاب قائماً لم يسقط ، فإذا سقط الايجاب ، لم يعد له وجود ، ومن ثم فالقبول الذى يصدر بعد سقوط الإيجاب لا ينعقد به العقد .

ويسقط الإيجاب فى الحالات الآتية :

١ - بالرجوع عنه :

الأصل فى الإيجاب كما رأينا أنه غير ملزم ، فإذا رجع الموجب عنه سقط .

٢ ـ بتخلف الشرط المعلق عليه :

كذلك يسقط الإيجاب إذا كان معلقاً على تحقق شرط معين ، وتخلف هذا الشرط أى ثبت عدم إمكان تحققه نهائياً . ومثال ذلك أن يعرض شخص شراء بضاعة مشحونة على سفينة معينة بشرط وصول السفينة خلال مدة معينة، فتنقضى هذه المدة دون وصول السفينة ، ففى هذه الحالة يسقط الإيجاب لتخلف الشرط المعلق عليه .

٣ - بانفضاض مجلس العقد :

إذا كان الايجاب موجها لشخص حاضر فيجب على الموجب له أن يقبل العقد فورا أو على الأقل قبل أن ينفض مجلس العقد ، فإذا انفض المجلس دون قبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه بسقوطه .

ويعتبر الإيجاب موجها لشخص حاضر إذا لم تمض فترة بين صدور الايجاب والعلم به ، ويعتبر صدور الايجاب بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل موجها إلى شخص حاضر .

وينفض مجلس العقد ، وبالتالى يسقط الايجاب ، إذا قام أحد الطرفين وترك المكان الذى كان مجتمعا فيه مع الآخر ، أو إذا ألقى سماعة التليفون ، وإذا انشغل عن موضوع التعاقد بموضوع آخر ولو بقى مع الطرف الآخر فى ذات المكان(١١) .

---

(١١) وقد نصت المادة ٩٤ على الاحكام المبينة بالمتن بقولها :

١ — اذا صدر الايجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا ، وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

٢ — ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا ، اذا لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل ان ينفض مجلس العقد .

٤ - بانقضاء الموعد المحدد لقبوله :

إذا عين الإيجاب موعداً لقبوله ، صراحة أو ضمنا ، وانقضى هذا الموعد دون قبول ، فإن الإيجاب يسقط . فتحديد الموجب موعدا لقبول يقصد به غالباً ألا يبقى إيجابه قائماً إلا خلال هذا الموعد .

٥ - برفضه من الموجب له :

وأخيراً فإن الإيجاب يسقط إذا ما رفضه الشخص الذى وجه اليه (الموجب له) ، بحيث أنه اذا عدل الرافض عن رأيه وأراد إبرام العقد ، فإن إرادته لا تعتبر قبولا لإيجاب قائم ، بل إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول ممن كان قد أصدر الإيجاب الأول الساقط .

٦ - بتقدم عطاء يزيد عليه :

إذا اتخذ الإيجاب صورة عطاء تقدم به الشخص فى مزايدة علنية ، فإن هذا العطاء يسقط اذا ما قدم شخص آخر عطاء يزيد عليه ، ولو كان العطاء الأول باطلا (م ٩٩) ، وذلك على أساس أن عدم قبول العطاء الأول فوراً يعتبر رفضا له(١٢) .

المطلب الثانى

القبـــول

٨٥ - وجود القبول :

القبول هو الموافقة على انشاء العقد بناء على الإيجاب ، والغالب أن صدور القبول يتأخر عن صدور الإيجاب لأنه يفترض إيجاباً قائماً ، ولذلك يعرف القبول بالإرادة الثانية ، فى حين يطلق على الإيجاب : الإرادة الأولى(١٣) .

---

(١٢) قرب اسماعيل غانم ص ١٣٠ رقم ٧٤ .

(١٣) نقول الغالب لانه يحدث فى احوال نادرة ان تتعاصر الارادات ، كما هو شأن عقد الرهان على سباق الخيل حيث يعبر المتراهنون عن ارادتهم فى ذات الوقت . انظر اسماعيل غانم ص ٧٨ رقم ٤٦ .

وقد سبق أن رأينا أنه لاتحتيم فى القبول ، وأنه لامسئولية على من يرفض التعاقد المعروض عليه، مالم يرتكب خطأ.

ولكن رخصة رفض الايجاب لايجوز التعسف فى استعمالها ، ويعتبر الموجب له متعسفاً بصفة خاصة إذا رفض الإيجاب لمجرد الإساءة للموجب أو بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة ، فإذا رفض صاحب عمل استخدام عامل ولم يكن الرفض مبنياً على عدم حاجته اليه ، أو عدم كفاءة العامل أو عدم خبرته ، بل استناداً إلى مذهب العامل السياسى ، أو عقيدته الدينية أو نشاطه النقابى ، فإن رفض الإيجاب يعتبر عملا غير مشروع يحمل الرافض بالمسئولية عن تعويض الضرر الناشىء عنه(١٤) .

كذلك فإن رفض الإيجاب قد تكتنفه ظروف وملابسات تجعل الرافض مخطئا ، ومن شأن ذلك إلزامه وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية بتعويض الضرر الناشىء عن البيع .

ومن هذه الظروف أن يكون الموجب له قد أوجد نفسه فى حالة من شأنها أن تستدرج الإيجاب من الآخرين ، ففى هذه يجب عليه إذا قرر رفض الإيجاب الذى سعى اليه ، أن يسند امتناعه إلى أسباب ومبررات تسوغ هذا الرفض .

وعلى ذلك فصاحب الفندق أو المطعم الذى يعلن عن فندقه أو مطعمه ، يطلب من الجمهور التعاقد معه بشأن الإقامة فى ذلك الفندق أو تناول الطعام فى هذا المطعم ، فإذا تقدم له شخص طالباً الحصول على غرفة ، أو طالباً تناول الغذاء ، لايكون له أن يرفض التعاقد معه لا لمبرر كاف ومشروع ، كأن تكون كل غرف الفندق مشغولة ، أو أن يكون الوقت المحدد لتقديم

---

(١٤) سرنا فى رسالته عن رفض التعاقد عام ١٩٦٧ ص ٤٣ وما بعدها .

طعام الغذاء قد فات . أما إذا لم يوجد مبرر للرفض ، فإن الرافض يسأل عن تعويض الموجب عن الضرر الذى لحقه من جراء هذا الرفض ، والمسئولية هنا تقصيرية لاعقدية ، لأن العقد لم ينعقد .

كذلك إذا كان الإيجاب موجها إلى شخص يتمتع باحتكار قانونى أو فعلى بالنسبة لسلعة من السلع أو خدمة من الخدمات ، فلا يجوز للموجب له أن يرفض التعاقد مع صاحب ذلك الإيجاب ، وإلا كان رفضه غير مشروع[١٥] .

وفى الحالات التى يعاقب فيها القانون التاجر إذا امتنع عن البيع ، يعتبر هذا الامتناع جريمة جنائية وخطأ مدنيا فى ذات الوقت ، فيكون للشخص الذى توجه بالإيجاب إلى التاجر ، فرفض إيجابه ، أن يطالبه بالتعويض .

٨٦ - عدم تأثر القبول بوفاة القابل أو فقده لأهليته :

إذا صدر القبول وقبل أن يصل هذا القبول إلى علم الموجب ، مات القابل ، أو فقد أهليته ، فلا تأثير لذلك على القبول (م ٩٢) .

فالتعبير عن القبول ينفصل عن صاحبه بصدوره ، بحيث لا يؤثر فيه وفاة القابل أو فقده لأهليته بعد ذلك ، ويترتب على هذه القاعدة أن العقد ينعقد بوصول القبول إلى علم الموجب ، ولو تم ذلك بعد وفاة القابل أو فقده لأهليته .

٨٧ - أثر القبول

يترتب على القبول إنعقاد العقد ، إذ بصدور القبول توجد الإرادتان اللازمتان لانعقاد العقد[١٦] .

---

(١٥) انظر نقض مدنى فرنسى فى ٢١ ابريل ١٨٥٧ سيرى ١٨٥٨ — ١٧٦ .

(١٦) ويلاحظ انه لا يلزم لانعقاد افراغ الايجاب والقبول فى محرر واحد فيجوز ان يستخلص وجود كل منهما من محرر مستقل كما فى حالة تبادل البرقيات او المكاتبات بين الطرفين . انظر نقض مدنى فى ١١ من يناير ١٩٦٦ مجموعة النقض المدنى ١٧ — ٩ — ٧١ .

ولكن يشترط لترتب هذا الأثر على القبول توافر الشروط الآتية :

أولا - صدور القبول والايجاب قائم لم يسقط :

يشترط لانعقاد العقد أن يكون القبول قد صدر والإيجاب قائم لم يسقط ،فإن تأخر صدور القبول حتى سقط الإيجاب . فان العقد لا ينعقد ، أيا كان سبب سقوط الإيجاب ، وذلك لأننا لا نكون عندئذ إلا بصدد إرادة واحدة هى إرادة من صدر عنه القبول المتأخر، إذ أن سقوط الإيجاب يجعله كأن لم يكن .

على أن القبول المتأخر وإن لم يكف لانعقاد العقد ، فليس معنى ذلك أنه مجرد من كل أثر ، إذ يصح اعتباره إيجاباً ، وبالتالى يجوز للطرف الآخر (وهو الموجب الأصلى) أن يقبل هذا الأيجاب، (القبول المتأخر) فإن فعل انعقد العقد . ولكن الموجب الاصلى لا يلتزم بقبول ذلك الإيجاب (القبول المتأخر) فله أن يرفضه فلا ينعقد العقد .

ثانيا - مطابقة القبول للايجاب :

لايكفى أن يصدر القبول والايجاب قائم لكى ينعقد العقد ، بل لابد أن يكون القبول مطابقاً كل المطابقة للإيجاب أى متفقاً معه فى كل المسائل التى تناولها أيا كان حظها من الأهمية (١) ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الإيجاب قد تضمن تحديد كل بنود التعاقد الجوهرى منها والثانوى ، فإن القبول يجب أن يطابق الإيجاب بالنسبة لجميع هذه البنود ، فإذا جاءت المطابقة بالنسبة للبنود الجوهرية كالبنود المتضمنة لأركان العقد وحصل اختلاف بالنسبة للبنود الثانوية ، فان العقد لا ينعقد لعدم تطابق القبول مع الإيجاب .

---

(١) اسماعيل غانم ص ١١٥ رقم ٦٣ .

وعلى ذلك إذا عرض شخص على آخر أن يبيعه سيارته بمبلغ عشرة آلاف جنيه على أن يسلمها له بعد شهر ، فقبل الموجه اليه هذا العرض شراء تلك السيارة بذلك المبلغ بشرط أن تسلم اليه فورا أو بعد أسبوع ، فإن عقد البيع لا ينعقد لأن القبول جاء مخالفا الإيجاب فيما يتعلق بموعد التسليم .

أما إذا اقتصر الإيجاب على المسائل الجوهرية ، واغفل المسائل التفصيلية أو الثانوية ، فيكفى أن يتفق القبول مع الإيجاب بالنسبة إلى المسائل المذكورة فيه ، ففى المثال السابق إذا تضمن الإيجاب تعيين السيارة وتحديد الثمن ولم يشر إلى موعد التسليم ، فصدر القبول على هذا الأساس دون إشارة إلى موعد التسليم بدوره فإن العقد ينعقد لتطابق القبول مع الإيجاب إلا إذا اشترط الطرفان ضرورة الاتفاق على المسائل التفصيلية ، ففى هذه الحالة لاينعقد العقد رغم تطابق القبول والإيجاب بشأن المسائل الجوهرية التى تضمنها الايجاب .

أما إذا لم يشترط الطرفان أن العقد لاينعقد إلا عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية ، فإن العقد ينعقد بتطابق القبول مع الإيجاب بشأن المسائل الجوهرية . ويكون على المتعاقدين أن يتفقا فيما بعد على المسائل التفصيلية التى لم يتفقا عليها عند إبرام العقد .

فإذا اتفقا كان اتفاقهم مكملا للعقد ، أما إذا اختلفا ، فلا يؤثر هذا الاختلاف اللاحق على العقد ، فقد تم صحيحا ، وقد أناطت المادة ٩٥ بالقضاء البت فى أمر هذه المسائل التفصيلية طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة(١٧).

---

(١٧) ويرى بعض الشراح ان القاضى لا يتقيد فى تطبيق المعايير المبينة بالمتن بالترتيب الذى وردت به ، وبصفة خاصة يستطيع القاضى أن يحدد المسائل التفصيلية استنادا الى العدالة ولو وجدت قواعد قانونية

وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير إرادة المتعاقدين ، بل يستكمل ما نقص منها .

ويلاحظ أن القبول المخالف للإيجاب وإن لم يعتبر قبولا ينعقد به العقد ، إلا أنه كالقبول المتأخر يعتبر إيجاباً جديداً صادراً ممن وجه اليه الإيجاب الأصلى(١٨) ، بحيث إذا قبله الموجب الأصلى ، فإن العقد ينعقد على أساس هذا الايجاب الثانى .

وفى ذلك تقول المادة ٩٦ من القانون المدنى : إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً .

وعلى ذلك إذا تضمن القبول تعديلا للإيجاب ، أو إضافة أو نقصاً ، أو تعليقا له على شرط أو قيد ، فإن هذا القبول يعتبر رفضاً للإيجاب ، فلا ينعقد به العقد(١٩) ، ولكن إذا وافق الموجب الأصلى على هذه التعديلات فإن العقد ينعقد على أساس اعتبار القبول المخالف إيجاباً جديداً(٢٠) ، واعتبار موافقة الموجب الأصلى على تلك التعديلات قبولا مطابقاً .

فإذا عرض شخص على آخر تأجير سيارته له لمدة ستة شهور بأجرة شهرية قدرها مائة جنيه ، فوافق الآخر على استئجار السيارة بهذه الأجرة

= مكملة لارادة المتعاقدين تحدد هذه المسائل ، ذلك أن الفرض أن المتعاقدين قد تناقشا بشأن هذه المسائل عند ابرام العقد ولم يتوصلا الى اتفاق بشأنها ، وهذا خلاف الفرض الذى يغفل فيه المتعاقدان هذه المسائل منذ البداية ، فتكون القواعد القانونية المكملة هى واجبة التطبيق وحدها . انظر فى ذلك اسماعيل غانم ص ١١٦ رقم ٦٣ .

(١٨) كاربونييه ص ٩٩ رقم ٩٨ .

(١٩) نقض مدنى فى ١١ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة النقض المدنى ٩ — ٩٦ — ٧٤١ .

(٢٠) نقض مدنى فى ٢ مايو ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ٩٣ — ٦٥٣ .

لمدة شهر واحد فقط ، فقبل صاحب السيارة هذا التعديل فى مدة الإيجار ، فإن العقد ينعقد على أساس مدة شهر واحد .

ويلاحظ أنه إذا تم العقد بطريق المزايدة أو المناقصة ، فإن العرض أو العطاء الذى يتقدم به الراغب فى الاشتراك فى المزايدة أو المناقصة لا يعتبر قبولا بل إيجابا : ولذلك فلا ينعقد العقد إلا بالموافقة على هذا العرض من قبل الداعى إلى المزاد أو إلى المناقصة ، فهذه الموافقة التى يعبر عنها برسو المزاد أو برسو المناقصة هى التى تعتبر قبولا .

وقد سبق أن رأينا أن الإعلان عن المزايدة أو المناقصة لايعتبر إيجاباً بل مجرد دعوة إلى التعاقد لعدم اشتماله على جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه عن طريق المزايدة أو المناقصة .

ثالثا - اتصال القبول بعلم الموجب :

القبول كالإيجاب تعبير واجب التسلم أو الاتصال وفقا للقاعـــدة العامة الواردة فى المادة ٩١ من القانون المدنى التى تقرر أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه .

ويترتب على ذلك أنه لكى ينتج القبول أثره وهو انعقاد العقد ، لابد من أن يتصل القبول بعلم الموجب ، ومادام القبول لم يصل إلى علم الموجب فالعقد لاينعقد ، وعلى ذلك يستطيع القابل أن يرجع فى قبوله فى أى وقت مادام الموجب لم يعلم بهذا القبول ، أما إذا علم الموجب بالقبول فإن العقد ينعقد ، وتصبح له قوة ملزمة ، فلا يجوز الرجوع فى القبول ، لأن هذا الرجوع يكون بمثابة تحلل من القوة الملزمة للعقد ، وهو لايجوز إلا بانفاق المتعاقدين .

ولكن ما الحكم إذا توفى الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ؟ وهو ماقد يحدث فى حالة التعاقد بين غائبين ؟

من الواضح أنه بسبب هذه الوفاة ، فإن القبول لن يصل إلى علم الموجب،

وعلى هذا الأساس يرى بعض الشراح أن العقد لا ينعقد(٢١) .

ولكن الرأى الراجح يرى أن ورثة الموجب يقومون مقامه فى العلم بالقبول ، فينعقد العقد باتصال القبول بعلم ورثة الموجب (٢٢) ، ما لم تكن شخصية الموجب محل اعتبار فى التعاقد ، ففى هذه الحالة لا يقوم ورثته مقامه فى لم بالقبول ولا ينعقد العقد .

ويطبق ذات الحكم فى حالة فقد الموجب أهليته قبل العلم بالقبول ، فيقوم من ينوب عنه قانوناً مقامه فى العلم بالقبول ، وينعقد العقد بهذا العلم .

المطلب الثالث

زمان ومكان انعقاد العقد

١ — زمان العقد

٨٨ — يجب لتحديد وقت انعقاد العقد التفرقة بين حالة التعاقد بين حاضرين وحالة التعاقد بين غائبين .

ففى حالة التعاقد بين حاضرين يتم العقد فى الوقت الذى يقترن فيه التعبير عن القبول مع التعبير عن الإيجاب ، ونظراً لأن المتعاقدين حاضرين فان العلم بالقبول يحصل كذلك فى الوقت ذاته ، بحيث أن وقت صدور القبول هو وقت العلم به .

ويعتبر التعاقد بطريق الهاتف تعاقداً بين حاضرين من هذه الناحية ، إذ يعلم الموجب بقبول إيجابه فى ذات الوقت الذى يصدر فيه القبول ، ولذلك فالعقد المبرم عن طريق الهاتف يعتبر منعقدا فى وقت صدور التعبير عن القبول .

أما فيما يتعلق بالتعاقد بين غائبين فقد نصت المادة ٩٧ من القانون المدنى

---

(٢١) السنهورى ص ٢٠١ رقم ٢٨٢ سليمان مرقص ص ٦٥ رقم ٦٨ .

(٢٢) عبد الحى حجازى ص ٤٩٧ رقم ٣٢٢ ، اسماعيل غانم ص ١١٠٣ رقم ٥٤ ، منصور ص ٣٣ — ٣٤ ، جميل الشرقاوى ص ٢٧٩ رقم ٥٢ ، احمد سلامة ص ٩٣ .

المصرى على أن يعتبر التعاقد قد تم فى الزمان الذى يعلم فيه الموجب بالقبول . فوقت انعقاد العقد هو وقت العلم بالقبول ، ولما كان العلم واقعة مادية فإنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن القضائية ، وتسهيلا لإثبات العلم أقام المشرع قرينة قانونية تجعل من وصول القبول إلى الموجب دليلا على علمه به لأن الغالب أن الشخص عندما يصله خطاب أو برقية يعلم بمحتوياتها . ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها ، فيمكن للموجب أن يثبت أنه رغم وصول القبول اليه إلا أنه لم يعلم به ، أو علم به فى وقت لاحق ، لعدم وجوده مثلا فى المنزل وقت وصول القبول .

واعتبار وقت انعقاد العقد بين غائبين هو وقت علم الموجب بالقبول نتيجة لمذهب القانون المصرى فى اعتباره القبول تعبيراً واجب الاتصال ، لاينتج أثره وهو انعقاد العقد إلا إذا وصل إلى علم من وجه اليه .

وهذه النصوص الصريحة حسم المشرع المصرى مسألة تحديد وقت انعقاد العقد فى حالة التعاقد بين غائبين ، وهى مسألة غفل عنها القانون الفرنسى مما أثار خلافات عنيفة فى شأنها فى الفقه والقضاء الفرنسيين .

وتبدو أهمية وقت تحديد زمان انعقاد العقد من عدة نواح أهمها :

١ — يبدأ العقد فى إنتاج آثاره عادة بمجرد انعقاده ، ولذلك يبدو من الضرورى تحديد زمن ذلك الانعقاد حتى يمكن تحديد الوقت الذى تنتج فيه آثار العقد .

٢ — تختلف آثار استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة تمت قبل انعقاد العقد أم بعد ذلك ، ولهذا فإن تحديد وقت انعقاد العقد بدقة مسألة بالغة الأهمية فى هذا الشأن .

٣ — يتوقف تحديد نطاق سريان القوانين الجديدة على العقود على تاريخ إبرامها ، فالعقود التى تتم بعد العمل بالقانون الجديد تخضع له بلا نزاع ، أما العقود التى تنعقد قبل العمل بالقانون الجديد ، فلا تخضع له فيما يتعلق بشروط انعقادها وصحتها ، ولا فيما يتعلق بآثارها التى لا تتصل بالنظام العام ولذلك يبدو من المهم تحديد لحظة انعقاد العقد لمعرفة ماإذا كان يخضع للقانون الجديد أم لا .

ويلاحظ أن القاعدة التى تحدد زمان انعقاد العقد بوقت معين (وقت العلم بالقبول) ، هى قاعدة مكملة لارادة المتعاقدين ، لا تنطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق على ما يخالفها ، وعلى ذلك يستطيع المتعاقدان أن يتفقا عند إبرام العقد على تحديد الموعد الذى يعتبر العقد فيه تاما بما يخالف القاعدة السابقة(٢٣) .

٢ — مكان انعقاد العقد

٨٩ — لتحديد مكان انعقاد العقد يجب أن نفرق بين حالة التعاقد بين حاضرين وحالة التعاقد بين غائبين .

ففى حالة التعاقد بين حاضرين يعتبر العقد مبرماً فى المكان الذى تبادل فيه المتعاقدان التعبير عن الايجاب والقبول أى مكان مجلس العقد .

أمافيما يتعلق بحالة التعاقد بين غائبين ، فإن العقد يتم فى المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول . وعلى ذلك إذا كان الموجب مقيما فى الاسكندرية والقابل مقيما فى القاهرة ، فأرسل القابل قبوله إلى الموجب على الاسكندرية ، فإن العقد يعتبر مبرما فى الإسكندرية .

وهنا كذلك يعتبر وصول القبول إلى الموجب فى مكان معين قرينة على

---

(٢٣) وقد اشارت المادة ٩٧ من القانون المدنى صراحة الى جواز هذا الاتفاق .

علمه به فى هذا الموجب ، بحيث يكفى اثبات مكان وصول القبول حتى يعتبر هذا المكان مكاناً للعلم كذلك ، مالم يثبت أن الموجب وان تلقى القبول فى مكان معين إلا أنه علم به فى مكان آخر . وتبدو أهمية تحديد مكان انعقاد العقد بصفة خاصة من ناحيتين :

الأولى — من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الذى قد يدور بشأن العقد دولياً ومحلياً .

الثانية — من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من بين قوانين الدول التى قد تتنازع حكم ذلك العقد .

ويلاحظ أن العقد الذى يتم بطريق الهاتف يعتبر مبرما بين غائبين فيما يتعلق بتحديد مكان العقد ، ومقتضى ذلك أن يعتبر هذا العقد مبرما فى مكان العلم بالقبول أى فى المكان الذى كان فيه الموجب وقت أن علم بالقبول .

والقاعدة التى تحدد مكان العقد بالمكان الذى يعلم به الموجب بالقبول ، ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على اعتبار العقد منعقداً فى مكان آخر (م ٩٧) .

المبحث الثانى
مراحل التراضى على العقد

٩٠ — قد يتم العقد مباشرة دون أن تسبق تمامه أية مقدمات أو تمهيدات ، كما هو الحال فى العقود اليومية التى يبرمها معظم الناس دون مفاوضات سابقة ، كشراء جريدة ، أو رغيف من الخبز ، أو ركوب سيارة أجرة .

ولكن العقود الهامة غالبا ماتسبقها مقدمات أو مراحل تمهد لابرامها ، فبعد أن ينعقد عزم الشخص على إبرام العقد ، يدخل فى مرحلة مفاوضات أو مساومات حول بنود هذا العقد ، وقد يتم العقد باتا لازما بعد هذه المفاوضات ، وقد يسبق ذلك إيجاب بات يقيد من صدر عنه ولا يربط من وجه اليه ، أو وعد بالتعاقد ، أوعقد غير لازم لاقترانه بخيار العدول عنه خلال مدة معينة .

وقد سبق أن تكلمنا عن المفاوضات والإيجاب الملزم ، فنقصر كلامنا هنا على العقد المقترن بخيار العدول ، والوعد بالتعاقد .

المطلب الأول

التعاقد مع الاحتفاظ بالحق فى العدول

خيار العدول أو الشرط

٩١ — متى انعقد العقد ، أصبح ملزماً لعاقديه ، فلا يجوز لأى منهما أن يتحلل من قوته الملزمة دون رضاء الطرف الآخر ، ولكن قد يحدث أن يجد أحد المتعاقدين من مصلحته ألا يرتبط بالعقد نهائيا إلا بعد انقضاء فترة معينة ، وفى الوقت ذاته يخشى لو تأخر فى ابرام العقد إلى مابعد انقضاء تلك الفترة أن تضيع عليه فرصة التعاقد لانصراف الطرف الآخر عن العقد أو لتعاقده مع غيره ، ولذلك أجاز القانون ابرام العقد مع الاحتفاظ لأحد المتعاقدين أو لكليهما بالحق فى العدول عنه خلال مهلة محددة .

وفيما يلى نتكلم عن حق العدول بادئين بنشأته والمستفيد منه والآثار المترتبة عليه قبل استعماله وبعد هذا الاستعمال .

٩٢ نشأة حق العدول :

لايثبت الحق فى العدول عن العقد إلا بنص القانون أو بالاتفاق عليه .

ويسمى العقد الذى يجيز القانون للطرفين أو أحدهما حق العدول عنه بالعقد غير اللازم ، وقد سبق لنا أن أشرنا إلى هذا النوع من العقود .

أما حيث لا يوجد نص فى القانون يجيز العدول ، فلا يثبت الحق فى العدول إلا بالاتفاق عليه بين المتعاقدين ، أى باشتراطه عند ابرام العقد أو فى اتفاق لاحق . ولذلك يسميه الفقهاء الشرعيون بخيار الشرط .

وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنيا ، ويستخلص الاتفاق الضمنى على حق العدول من ظروف التعاقد المختلفة ، وبصفة خاصة من العادات ، ومن دفع أحد الطرفين للآخر مبلغاً من المال عند التعاقد بصفة عربون ، فدفع العربون يفيد أن المتعاقدين قد اتفقا على أن من حق كل منهما العدول عن العقد ، فى مقابل قيمة العربون ، بحيث إذا كان العدول من جانب الطرف الذى دفع العربون فانه يفقده ولا يحق له استرداده ، وإذا جاء العدول من جانب المتعاقد الذى قبض العربون فإنه يلتزم برده ورد مثله . وقد نص القانون المدنى صراحة على هذا الحكم فى المادة ١٠٣ حيث قرر أن :

١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ — فإذا عدل من دفع العربون ، فقده . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه ولو لم يترتب على العدول أى ضرر .

وعلى ذلك فالأصل أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن المتعاقدين قد اتفقا على أن يكون لكل منهما الحق فى العدول عنه ، فلا يشترط إذن للقول بوجود خيار العدول أن يذكر فى العقد صراحة اتفاق الطرفين على ذلك فدفع العربون يكفى للقول بحصول هذا الاتفاق .

وقد يقصد الطرفان من دفع العربون تأكيد لزوم العقد ، أى انعقاده باتا .

وفى هذه الحالة لا يكون لأى منهما نقض العقد والتحلل منه بالإرادة المنفردة . ولكن استخلاص صفة اللزوم فى حالة دفع العربون لايفترض . فيجب أن يثبت بوضوح اتجاه إرادة المتعاقدين إلى جعل العقد باتا[1] .

فإذا لم يمكن تبين هذه الإرادة فإن الأصل كما قدمنا ترجيح دلالة العدول ، واعتبار دفع العربون وقت إبرام العقد دليلا على أن المتعاقدين قد اتفقا على أن يكون لكل منهما الحق فى العدول عن العقد .

٩٣ — المستفيد من خيار العدول :

نظراً لأن حق العدول إنما يتقرر باتفاق الطرفين ، فهذا الاتفاق هو الذى يعين المستفيد من حق العدول ، فيجوز أن يشترط حق العدول لمصلحة كلا المتعاقدين ، كما يجوز أن يكون اشتراطه لمصلحة أحد المتعاقدين فقط ، فيكون العقد غير لازم بالنسبة لهذا المتعاقد ، ولكنه يكون لازما بالنسبة للمتعاقد الآخر الذى لايملك حق العدول عن العقد .

وإذا أطلق الاتفاق فلم يحدد المستفيد منه أو وجد شك حول هذا التحديد ، اعتبر شرط العدول مقررا لمصلحة كلا المتعاقدين .

٩٤ — العقود التى يجوز اشتراط خيار العدول فيها :

إذا كان العقد غير لازم بحسب أصله الذى وضعه القانون عليه

---

(١) ولا يتطلب ذلك أن يكون الاتفاق صريحا بل يجوز أن يكون ضمنا . انظر نقض مدنى ٢٦ من فبراير ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ — ٥٦ — ٣٤٤ .

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر قصد المتعاقدين من دفع العربون من ظروف الدعوى ووقائعها ، دون معقب عليها فى ذلك من محكمة النقض متى بنت حكمها على أسباب سائغة : انظر نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة النقض المدنى ٧ — ٥٥ — ٣٦٩ ، وفى ٣٠ ابريل ١٩٧٠ ، المرجع السابق ٢١ — ١٢٠ — ٧٤٣ .

كعقد الوكالة ، فلا محل لاشتراط حق العدول فيه ، ويترتب على ذلك أن العقود اللازمة التى يجوز اشتراط حق العدول فيها هى العقود اللازمة بأصلها ، وأى عقد لازم يجوز اشتراط الحق فى العدول عنه(٢) .

٩٥ - جواز اشتراط مقابل لخيار العدول : العربون :

ونظرا لأن الحق فى العدول إنما يتقرر بالاتفاق خلافا للاصل وهو لزوم العقد بمجرد انعقاده ، ولكونه يوفر ميزة لصاحبه إذ يستطيع أن يتحلل من عقد أبرمه دون أية مسئولية عنه ، فإنه يجوز الاتفاق على تقاضى مقابلا عنه ، يدفعه المتعاقد الذى يعدل إلى المتعاقد الآخر الراغب فى بقاء العقد ، وذلك حتى لا يترك أمر العدول عن العقد لمجرد نزوة أو فكرة عارضة .

فيتفق المتعاقدان عند التعاقد على أنه لكل منهما العدول عن هذا العقد خلال مهلة معينة ، فى مقابل دفع مبلغ معين من النقود أو اداء شىء آخر غير نقدى إلى الآخر ، وقد جرى العمل على تسمية هذا المقابل بالعربون إذا تم دفعه فعلا عند ابرام العقد وقبل استعمال الحق فى العدول.

ويترتب على دفع العربون أنه إذا لم يستعمل أحد المتعاقدين حقه فى العدول ، وتأكد العقد نهائياً ، فإن العربون يكون من حق المتعاقد الذى دفعه .

وعلى ذلك إذا دفع المشترى إلى البائع عربوناً عند إبرام عقد البيع ، ولم يعدل أيهما عن العقد ، فإن العربون يكون من حق المشترى ، ولكن

---

(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن الاصل فى عقد المقاولة انه عقد لازم ، ولكن يجوز الخروج على هذا الاصل المقرر لمصلحة المتعاقدين باتفاقهما على حق رب العمل فى التحلل من تنفيذ العقد كله او بعضه دون دفع تعويض للمقاول .
نقض مدنى فى ١٦ مايو ١٩٦٧ مجموعة النقض المدنى ١٨ — ١٥٠ — ١٠٠٥ .

نظراً لأن المشترى يلتزم بدفع ثمن المبيع إلى البائع ، فيخصم العربون من هذا الثمن .

أما إذا استعمل خيار العدول . فتنبغى التفرقة بين حالة ما إذا كان الذى عدل هو من دفع العربون أو من قبضه .

فإذا عدل من دفع العربون فقده ، أى لم يحق له استرداده رغم اعتبار العقد كأن لم يكن نتيجة لعدوله ، ذلك أن هذا العربون كان مقابلا لحقه فى العدول وهو قد استعمل هذا الحق فعلا ، ولذلك فإن فقد العربون لا يرتبط بارتكاب العادل لخطأ ، أو بحصول ضرر من العدول للمتعاقد الآخر ، فمن دفع العربون وعدل عن العقد ، يفقد العربون ولو لم يرتكب أى خطأ ، ولو لم يصب المتعاقد معه أى ضرر من جراء ذلك العدول . وفى ذلك يتميز العربون بوضوح عن التعويض الاتفاقى (البند أو الشرط الجزائى) الذى لا يستحق إلا فى حالة ارتكاب المتعاقد لخطأ يتمثل فى إخلاله بالتزامات العقدية .

أما إذا كان من عدل هو من قبض العربون فإنه يلتزم بأن يرده ويرد مثله ، فإذا كانت قيمة العربون مائة جنيه مثلا ، فإنه يلتزم برد مائتى جنيه ، وذلك ولو كان الطرف الآخر لم يصبه أى ضرر من جراء العدول .

٩٦ أحكام شرط العدول :

١ — الخيار : إذا تضمن العقد حق عدول الطرفين أو أحدهما عنه ، يترتب على ذلك أن يكون للمتعاقدين أو للمتعاقد المقرر الشرط لمصلحته الخيار بين أمرين :

الأول — أن يبقى على العقد مع ما يوجبه من حقوق ويقرره من التزامات .

ثانى — أن ينقض العقد ، أى أن يزيل قوته الملزمة ويعتبره كأن لم يكن .

واستعمال هذا الخيار يتم بالإرادة المنفردة، فلا يشترط انفاذه موافقة الطرف الآخر ،ويبدو ذلك واضحا فى حالة ما إذا كان الشرط مقررا لأحد المتعاقدين فقط ، ذلك أنه إذا اختار هذا المتعاقد الابقاء على العقد ، فلا يستطيع المتعاقد الاخر إرغامه على التحلل منه ، وبالعكس إذا اختار صاحب الشرط نقض العقد ، فإن العقد ينتهى ولو كانت رغبة المتعاقد الاخر فى بقائه .

أما إذا كان الشرط مقررا لكلا المتعاقدين ، واختار أحد المتعاقدين البقاء على العقد ، فإنه لا يستطيع أن يفرض اختياره على المتعاقد الآخر الذى يستطيع اختيار نقض العقد .

٩٧ — مهلة الخيار :

والغالب أن يحدد لاستعمال شرط العدول مهلة معينة ، وفى هذه الحالة يجب على من يريد العدول عن العقد أن يفصح عن إرادته خلال هذه المهلة ، فإذا مضت المهلة دون أن يصرح أحد المتعاقدين عن رغبته فى نقض العقد ، فإن الحق فى العدول يسقط بانقضاء مدته ، ويتحول العقد من عقد غير لازم إلى عقد لازم ، لا يستطيع أى من طرفيه التحلل منه بالإرادة المنفردة .

فاذا لم يحدد الاتفاق مهلة لاستعمال حق العدول فإن الحق يبقى قائماً إلى حين تنفيذ العقد . فإذا نفذ العقد ولو جزئياً ، فإن الحق فى العدول يسقط .

وقد يتأخر تنفيذ العقد ، وحتى لا يترك العقد مهددا بالعدول عنه مدة طويلة ، يجوز لمن له مصلحة فى حسم الأمر أن ينذر المتعاقد الآخر بالتصريح

بقراره فى شأن العدول عن العقد أو الإبقاء عليه خلال مهلة كافية يحددها له ، فإذا انقضت هذه المهلة ولم يصرح ذلك المتعاقد برغبته فى فسخ العقد ، سقط حق العدول وتأكد العقد نهائياً .

وعلى ذلك فاستعمال حق العدول يجب أن يتم خلال المهلة المعينة فى العقد إن وجدت ، وإلا ففى خلال المدة التى يعينها أحد المتعاقدين للآخر ، بشرط أن تكون هذه المدة معقولة .

فإذ استعمل أحد المتعاقدين حقه فى العدول خلال هذه المهلة ، فإن العقد يعتبر كأنه لم يكن ، ولا صعوبة فى ذلك إذا لم يكن قد نفذ ، أما إذا كان قد حصل تنفيذ للعقد ولو جزئيا ، فيتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد .

أما إذا انقضت المهلة دون أن يستعمل أحد المتعاقدين الحق فى العدول ، فإن هذا الحق يسقط ، ويعتبر العقد كأنه انعقد لازما منذ تاريخ انعقاده .

٩٨ — أثر وفاة المستفيد من خيار العدول أو فقده للاهمية :

لاشك أن وفاة المستفيد من حق العدول أو فقده الأهلية بعد استعماله لحقه ، أو بعد انقضاء مهلة العدول دون افصاح عن رغبته فى العدول ، لاتنتج أى أثر ، ففى الحالة الأولى يعتبر العقد كأن لم يكن بمجرد اختيار الشخص لنقضه ، ولا يؤثر فى هذه النتيجة وفاته أو فقد لأهليته بعد ذلك . وفى الحالة الثانية يتأكد العقد نهائياً .

أما إذا حصلت الوفاة أو فقد الأهلية خلال مهلة العدول وقبل أن يفصح الشخص عن اختياره ، فإن الأمر يختلف ، إذ يصح التساءل عن أثر ذلك حول خيار العدول ، أيسقط بالوفاة وبفقد الأهلية أم يبقى قائماً ؟

لاشك أن الأمر هنا مرجعه أولا إلى إرادة المتعاقدين . فقد يتفقا عند اشتراط خيار العدول على سقوطه بوفاة من اشترط لمصلحته ، وفى هذه الحالة يتأكد العقد بالوفاة ، فلا يكون لورثة المتوفى أن يستعملوا حق العدول الذى لم يستعمله مورثهم قبل وفاته .

وبالعكس من ذلك قد يتفق على أن خيار العدول ينتقل إلى الورثة ، وفى هذه الحال يكون لهم الحق فى إبقاء العقد أو فى فسخه ، وهو الخيار الذى كان لمورثهم .

أما إذا لم يتضمن الاتفاق أية إشارة فى هذا الشأن ، فإن خيار العدول ينتقل إلى ورثة أو إلى من ينوب قانوناً عن فاقد الأهلية .

المطلب الثانى

الوعـــد بالتعاقد

٩٩ — الوعد بالتعاقد هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد آخر فى المستقبل مع شخص يسمى الموعود له إذا أظهر الموعود له إرادته فى التعاقد معه خلال المدة المعينة .

ومثال ذلك أن يعد شخص آخر ببيع شىء له بثمن معين إذا قبل الآخر شراء ذلك الشىء خلال مدة معينة . فيقبل الموعود له الوعد ، فينعقد بين الاثنين عقد وعد بالبيع ، لا بيع بات ، لأن الموعود له لم يقبل الشراء وإنما قبل الوعد فقط .

وتبدو الحاجة إلى هذا النوع من العقود كثيراً فى العمل .

فقد يحدث أن يفكر شخص فى شراء شىء من الأشياء ، ولكنه لا يريد الارتباط نهائياً بشرائه إما لأن عزمه لم يستقر بعد على ذلك . وإما لأنه لا يملك

فى الحال النقود اللازمة لدفع الثمن ، ولكنه يخشى فى الوقت ذاته لو تأخر فى الشراء أن يبيعه صاحبه إلى شخص آخر أو أن يعدل عن بيعه ، فلكى يوفق بين جميع هذه الاعتبارات يسعى إلى أن يحصل من مالك الشىء على وعد ببيعه اليه إذا هو ما أظهر إرادته فى شرائه فى المستقبل ، فيتقيد المالك بهذا الوعد ، ويضمن الموعود له إبرام البيع المقصود إذا ما استقر عزمه على الشراء أو توافرت لديه النقود اللازمة لدفع الثمن .

وقد يحدث أن يفكر شخص فى البدء فى مشروع مالى أو تجارى دون أن تكون لديه الأموال اللازمة لذلك فيدبر أمره على أساس الحصول فى المستقبل على قرض من أحد المصارف ، وحتى لا يفاجأ برفض اقراضه بعد المضى فى تنفيذ مشروعه ، يسعى للحصول على وعد باقراضه عن طريق فتح اعتماد له .

وقد نظم القانون المدنى الوعد بالتعاقد بصفة عامة ، أى تنظيما ينطبق على كل العقود(٣) .

١٠٠ — ويستخلص من التعريف المتقـــدم أن الوعد بالتعاقد يتصف بالخصائص الآتية :

١ — هو عقد بمعنى أنه يحتاج لوجوده إلى توافق إرادتين : إرادة الواعد وإرادة الموعود له . وبذلك يتميز الوعد بالتعاقد عن مجرد الإيجاب . فالإيجاب حتى فى الحالات التى يكون فيها ملزماً يتكون من إرادة واحدة ، إذ لم يقترن به قبول بعد ، أما الوعد بالتعاقد فهو يتكون من إيجاب اقترن به قبول مطابق .

٢ — وهو عقد غير تبادلى بحسب الأصل ، إذ لا تترتب عليه التزامات إلا فى

---

(٣) المادتان ١٠١ و ١٠٢ .

جانب طرف واحد وهو الواعد ، أما الطرف الآخر وهو الموعود له فلا يلتزم بأى أداء بمقتضى الوعد الذى رضى به .

على أنه يجوز فى بعض الحالات أن يكون الوعد بالتعاقد متبادلا ، بأن يكون كل من طرفيه واعداً وموعود له فى الوقت ذاته، ومثال ذلك أن يعد شخص آخر ببيع شى له بثمن معين إذا هو مارغب فى شرائه فى المستقبل ، وأن يعده الشخص الآخر بشراء ذلك الشىء منه إذا هو أظهر إرادته فى بيعه فى المستقبل . ففى هذا المثال يعتبر كل من طرفى العقد واعداً وموعوداً له ، فالأول واعد بالبيع وموعود له بالشراء ، والثانى واعد بالشراء وموعود له بالبيع ، والعقد المبرم هو وعد بالبيع لا بيع بات ، لأن أحدا من الطرفين لم يرض بعد بالبيع أو الشراء ، ويترتب على ذلك نتيجة هامة هى أنه إذا مضت المهلة المحددة لإظهار الرغبة فى التعاقد النهائى دون أن يظهر أى من الطرفين هذه الرغبة ، فإن الوعد بالتعاقد يعتبر كأن لم يكن ، فانعقاد البيع يتوقف على إظهار الرغبة من قبل أحد طرفى الوعد ، فإذا لم يتم ذلك لم ينعقد البيع .

ويلجأ الطرفان إلى إبرام عقد وعد متبادل بالبيع بدلا من إبرام عقد البيع مباشرة إذا لم يكن فى الإمكان وقت التعاقد إبرام البيع ، كما لو كان مالك الشىء ممنوعا من التصرف فيه[٤] ، فهذا المنع يحظر على المالك أن يبيع الشىء ، ولكنه لا يحظر عليه أن يعد ببيعه بعد إنقضاء مدة المنع من التصرف .

وقد واجه القانون المدنى المصرى صورتى الوعد بالتعاقد : غير المتبادل والمتبادل .

---

(٤) اسماعيل غانم ص ١٣٩ رقم ٧٦ .

ويلاحظ أنه يحدث أحياناً أن يبرم شخصان عقدا يصفانه بأنه وعد بالبيع بمقتضاه يعد كل منهما الآخر ببيع أو شراء شيء معين ، ولا يكون هناك في وقت التعاقد مايحول دون إبرام عقد بيع ، فإذا تبين أن إرادة الطرفين اتجهت إلى نقل ملكية الشيء دون تعليق ذلك على إظهار أحدهما لإرادة جديدة . فإن العقد لا يكون وعدا بالبيع ، بل بيعاً تاماً(٥) .

١٠١ ــ شروط انعقاد وصحة الوعد :

يترتب على كون الوعد بالتعاقد عقدا ، ضرورة توافر شروط الانعقاد والصحة اللازمة في كل عقد بصفة عامة . وهي تتعلق بالرضاء والمحل والسبب . وسلامة الإرادة من العيوب ، وتوافر الأهلية .

ويشترط توافر هذه الشروط وقت إبرام الوعد لا وقت إبرام العقد الموعود به . وعلى ذلك فإذا وعد شخص ببيع شيء لآخر ، وجب أن تتوافر لدى الواعد أهلية البيع وقت الوعد لا وقت اظهار الموعود له إرادته .

أما الموعود له فلا يشترط أن يكون أهلا للشراء وقت الوعد بل في الوقت الذي يظهر فيه رغبته في الشراء ، لأنه لن يلتزم إلا في هذا الوقت مادام الوعد غير متبادل لا يلزم سوى الواعد بالبيع .

كذلك العبرة في سلامة إرادة الواعد هي بوقت الوعد .

ولكن الوعد بالتعاقد ليس عقدا مقصودا لذاته ، بل هو عقد تمهيدي الغرض منه التوصل إلى إبرام عقد آخر ، ولما كان هذا العقد الآخر كما سنرى يوجد بمجرد إظهار الموعود له رضاءه دون حاجة إلى أي إجراء آخر فإنه يترتب على ذلك أنه يشترط لانعقاد الوعد فضلا

---

(٥) انظر مثالا لذلك في حكم النقض المدني الصادر في ٢٥ مايو ١٩٧٢ مجموعة النقض المدني ٢٣ ــ ١٥٧ ــ ١٠١٠ .

عن الأركان السابقة اللازمة لإبرام العقود بصفة عامة ، توافر الشروط الآتية :

١ — تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية والتى ما كان العقد يتم بدونها(٦) .

وعلى ذلك إذا كنا بصدد وعد بالبيع ، وجب أن تتوافر وقت الوعد جميع أركان البيع ، بأن يكون المبيع موجوداً ومعينا أو على الأقل قابلا للوجود أو التعيين ، وبأن يكون هناك ثمن محدد أو على الأقل قابل للتحديد .

وإذا كنا بصدد وعد بالإقراض ، وجب تحديد قيمة القرض أو على الأقل تحديد حد أقصى له .

فإذا لم يتضمن الوعد تعيين المسائل الجوهرية فى العقد الموعود به ، كان الوعد باطلا .

وعلى ذلك إذا وعد شخص آخر ببيع منزل له إذا أظهر الموعود له رغبته فى شرائه خلال مدة معينة ، وقبل الموعود له هذا الوعد ، ولكن الوعد لم يتضمن تعييناً للمنزل أو للثمن . فإن الوعد بالبيع يكون باطلا .

٢ تعيين المدة التى يتعين إبرام العقد الموعود به فيها ـ ويقصد بذلك تحديد مدة معينة يتعين على الموعود له أن يظهر خلالها إرادته فى إبرام العقد الموعود به . وهذا التعيين قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف الحال ، كما لو كان الوعد بالبيع وكان قد اقترن بإيجار للشىء الموعود ببيعه لمدة معينه ، فيجوز أن يستخلص من اقتران الإيجار بالوعد

---

(٦) نقض مدنى فى ٢١ ابريل ١٩٧٣ مجموعة النقض المدنى ٢٤ — ١١٥ — ٦٤٩ .

بالبيع ، أن الطرفين قد قصدا اعتبار مدة الإيجار مدة يتعين فيها إبرام العقد الموعود به .

أما إذا لم تعين المدة التى يتعين إبرام العقد الموعود به خلالها لاصراحة ولاضمنا ، فإن الوعد يقع باطلا[٧] .

١٠٢ — هل يشترط توافر شكل معين فى الوعد بالعقد :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١ على أنه : إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

والمعنى الذى يتبادر إلى الذهن عند قراءة هذا النص أنه إذا كان العقد الموعود بإبرامه عقداً شكلياً ، فإن الوعد بإبرامه يجب أن يفرغ فى ذات الشكل اللازم لإبرام العقد الموعود به ، وبناء على ذلك إذ وعد شخص آخر بأن يرهن له عقاراً رهناً رسمياً ، فيشترط لانعقاد الوعد بالرهن أن يتم فى ورقة رسمية ، لأن عقد الرهن ذاته لابد أن يتم فى ورقة رسمية .

وكان مقتضى ذلك أن يبطل الوعد بالرهن إذا لم يفرغ فى الشكل الرسمى ، ولكن ، بتقريب النص المتقدم من نص المادة ١٠٢[٨] يتضح أن توافر شكل العقد الموعود فى عقد الوعد لم يشترط لانعقاد الوعد بل لإمكان الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الموعود به ،

فإذا صدر الوعد بالرهن مثلا دون ورقة رسمية لم يجز للموعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام الرهن ، ولكن ليس معنى ذلك أن الوعد يكون

---

(٧) قارن اسماعيل غانم ص ١٤١ رقم ٧٧ .

(٨) ونصها كالآتى : اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى به مقام العقد .

باطلا بطلانا مطلقا ولا يترتب عليه أى أثر ، بل يكون صحيحا ومنشئاً الالتزام شخصى بإنشاء حق الرهن .

ويكون تنفيذ هذا الالتزام جبرا عن المدين أمراً مستحيلا ، فلا يترتب على عدم تنفيذ إلا أحد أمرين : إما الحكم على المدين بالتعويض وفقاً للقاعدة العامة فى جزاء الإخلال بالالتزامات العقدية ، وإما الحكم بإسقاط أجل الدين وبإلزام المدين بالوفاء فوراً (٩) .

على أنه بالنسبة للهبة وهى عقد رسمى ، يلاحظ أن المادة ٤٩٠ من القانون المدنى قد نصت صراحة على أن الوعد بالهبة لاينعقد إلا بورقة رسمية ومؤدى ذلك أنه إذا لم يفرغ الوعد بالهبة فى ورقة رسمية كان الوعد باطلا فلا ينتج أى أثر .

١٠٣ ـ آثار الوعد بالتعاقد :

لبيان الآثار التى تترتب على الوعد بالتعاقد يجب أن نفرق بين مرحلتين :

مرحلة ما قبل اظهار الموعود له رغبته فى العقد الموعود به . ومرحلة مابعد اظهار تلك الرغبة .

١٠٤ ـ آثار الوعد قبل ظهور الرغبة :

نظراً لأن الوعد بالتعاقد عقد غير تبادلى بحسب الغالب ، فهو لايلزم الموعود له بشىء . أما الواعد فيلتزم بمقتضى الوعد بالبقاء على وعده ، وذلك لايوجب عليه أى أداء إيجابى ، بل مجرد اداءات سلبية قوامها عدم القيام بأى عمل يحول دون تنفيذ العقد الموعود به إذا ما أظهر الموعود له رغبته فى إبرامه .

---

(٩) سليمان مرقس ص ٨٥ ـ ٨٦ رقم ٩٨ ، وفى نفس المعنى اسماعيل غانم ص ١٤٢ ، رقم ٧٦ ، وقارن : السنهورى ص ٢٧٠ ـ ٢٧١ رقم ١٣٥ ، احمد سلامه ص ١١٩ رقم ٦٥ ، عكس ذلك جمال زكى ص ١٠٩ رقم ٦٢ .

وعلى ذلك إذا كنا بصدد وعد ببيع شيء ، فان الواعد يلتزم بالمحافظة على هذا الشيء ، فلا يجوز له أن يتلفه ، أو أن يغيره من طبيعته أو من شكله ، كما لايجوز له أن يرتب عليه أى حق للغير كأن يبيعه أو يهبه أو يرهنه لشخص غير الموعود له .

فإذا أخل الواعد بالتزامه هذا ، كان مسؤلا مسئولية عقدية عن تعويض الضرر الذى أصاب الموعود له .

ويلاحظ أن التزام الواعد بالابقاء على وعده ، وعدم القيام بأى عمل يحول بين الموعود واستفادة من هذا الوعد ، التزام يتنقل إلى ورثة الواعد فى حالة وفاته .

ومن البدهى أنه قبل اظهار الموعود له رغبته فى العقد الموعود به ، لايترتب أى أثر من الآثار التى تترتب على العقد النهائى ، وعلى ذلك فى حالة الوعد بالبيع ، لايترتب على هذا الوعد انتقال ملكية الشيء الموعود ببيعه إلى المشترى ، ولا التزام المشترى بدفع الثمن ، لأن انتقال الملكية ودفع الثمن أثران من آثار البيع البات ، لا الوعد بالبيع ، وما دام الموعود له بالبيع لم يظهر إرادته فى الشراء ، فلا يوجد عقد بيع ، وبالتالى لاتترتب آثار البيع .

١١٤ — آثار الوعد بعد اظهار الرغبة :

إذا أظهر الموعود له رغبته فى إبرام العقد النهائى ، فإن هذا العقد يعتبر منعقدا بمجرد اظهار هذه الرغبة ، دون حاجة إلى أى إجراء آخر ، وبصفة خاصة دون حاجة إلى أن يعلن الواعد رضاءه أو موافقته على هذا الانعقاد ، لأنه سبق وأعلن رضاءه باتا منذ البداية عندما وعد بالتعاقد .

ويجب لتحقق هذا الأثر ، أن يكون اظهار الموعود له رغبته خلال المدة المحددة لإبرام العقد النهائى خلالها . فإن تأخر إظهار الرغبة حتى انقضت هذه

المدة، فلا يترتب على إظهارها بعد ذلك انعقاد العقد الموعود به ، إذ يسقط الوعد بانقضائها .

وإذا توفى الموعود له قبل اظهار رغبته فى إبرام العقد ، فإن حقه فى ذلك ينتقل إلى ورثته مالم يتبين من بنود الاتفاق أو طبيعته أن شخصية الموعود له ، كانت محل اعتبار عند التعاقد .

ويلاحظ أن انعقاد العقد بناء على اظهار الموعود له رغبته إنما يتحدد بوقت إظهار هذه الرغبة ، فليس لاظهار الرغبة أثر رجعى يجعل العقد النهائى منعقدا منذ انعقاد الوعد به .

ويترتب على انعقاد العقد باظهار الموعود له رغبته فى التعاقد ، جميع الآثار التى يرتبها العقد الموعود به ، فإذا كان العقد الموعود به بيعاً ترتب على انعقاده التزام المشترى بدفع الثمن إلى البائع ، وانتقال الملكية إلى المشترى . ما لم يكن القانون يشترط اجراء آخر لذلك ، كما هو الحال بالنسبة للعقارات حيث يتعين تسجيل البيع لكى تنتقل ملكيته إلى المشترى .

فإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته ، كان للمتعاقد الآخر إجباره على تنفيذها ، أوطلب فسخ العقد ، وفى كل ذلك تنطبق القواعد العامة التى تنطبق على جميع العقود التى لم يسبق إبرامها مرحلة الوعد بالتعاقد .

ويلاحظ أن تنفيذ العقد أو فسخه قد يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء ، ومن المسلم أن حكم المحكمة بوجود العقد ليس منشئاً بل مقرراً ، فالعقد الموعود به قد انعقد بمجرد اظهار الموعود له رغبته ومنذ ذلك الوقت .

ولكن تظهر الحاجة إلى الحصول على حكم خاصة فى الوعود المتعلقة

بالعقارات حيث يتطلب القانون شهر التصرفات العقارية لتنتج أثرها فى إنشاء ونقل وتعديل وانقضاء العينية الواردة على عقارات ،

فإذا وعد شخص ببيع عقار لآخر إذا أظهر هذا الأخير إرادته فى الشراء خلال مدة معينة ، وفعلا أظهر الموعود له إرادته فى الشراء ، فإن الوعد بالبيع يتحول تلقائياً إلى بيع .

ولكن انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشترى يتطلب تسجيل عقد البيع ، وتسجيل البيع يتطلب أن يكون مفرغا فى محرر رسمى أو على الأقل فى محرر عرفى مصدق على التوقيعات الواردة عليه وهى توقيعات البائع والمشترى ، فإذا امتنع البائع عن التوقيع على المحرر الرسمى أو العرفى أمام موقف العقود ، فلا يكون أمام المشترى سوى إقامة دعوى عليه بانعقاد البيع وصحته ونفاذه ، فيقوم الحكم الصادر فى هذه الدعوى مقام العقد المفرغ فى محرر رسمى . ويسجل فتنتقل بتسجيله الملكية إلى المشترى .

الفصل الثانى

صحة الرضاء

١٠٥ — لكى يكون العقد صحيحا ، يجب فضلا عن تحقق الرضاء بتوافق الإرادتين ، توافر الشرطين الآتيين :

١٠٦ — الاول — ان يكون كل من المتعاقدين أهلا لابرام العقد :

والمقصود بالأهلية هنا أهلية الأداء أى صلاحية الشخص لإبرام العقد على وجه يعتد به قانوناً .

ومناط هذه الأهلية التمييز وهو لايكتمل إلا ببلوغ الإنسان سن الرشد دون أن يعتريه عاهة عقلية تنقص تمييزه أو تعدمه . وتبعاً لسن الشخص وحالته العقلية تكتمل الأهلية ، أو تنقص ، أو تنعدم .

فإذا انعدمت الأهلية لدى شخص كان العقد الذى يبرمه باطلا بطلانا مطلقاً واو كان نافعاً له نفعاً محضا (١١٠ مدنى) .

أما إذا نقصت أهلية أحد المتعاقدين ، فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا كان يضر بهذا المتعاقد ضررا محضا كقيامه بهبة شىء يملكه لآخر ، ويكون قابلا للإبطال إذا كان دائراً بين النفع والضرر ، كأن يبيع شيئاً إلى آخر ، ويكون صحيحاً إذا كان نافعاً له نفعاً محضا ، كأن يقبل الهبة المعقودة له من شخص آخر (م ١١١ مدنى) .

ومتى توافرت الأهلية وقت إبرام العقد ينعقد صحيحا ، ولايؤثر على صحته ماقد يطرأ على الأهلية فيما بعد .

ويلاحظ أن العقد يكون باطلا أو قابلا للإبطال إذا كان أحد المتعاقدين

عديم الأهلية أو ناقصها ، ولو كان المتعاقد الآخر لا يعلم بانعدام أهليته أو بنقصها ، على أنه إذا لجأ شخص ناقص الأهلية إلى استخدام طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته ، فإنه وإن جاز له أن يطلب إبطال العقد لنقص أهليته إلا أنه يكون مسئولا عن تعويض المتعاقد معه عن الضرر الذي يصيبه بسبب إبطال العقد استناداً إلى أنه قد ارتكب عملا غير مشروع أي أخطأ مما يرتب مسئوليته قبل العاقد الاخر حسن النية[1] .

ثانيا — ان تكون ارادة المتعاقدين خالية من العيوب :

يشترط لصحة العقد أن تكون إرادة كل متعاقد حرة وكاملة ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد على بينة من أمره ، وأن تكون حريته في التعاقد كاملة ، فإذا كان المتعاقد لا يدرك تماماً ماهو مقدم عليه من تعاقد أو لم يكن حرا مختارا في إقدامه على التعاقد ، أو في قبوله لشروط العقد ، فإن رضاءه لا يكون سليما بل معيباً ، وقد حصر القانون المصري عيوب الإرادة في أربعة عيوب هي :

الغلط ، والتدليس ، والإكراه ، والاستغلال .

وقد افترض القانون توافر الأهلية لدى المتعاقدين فقرر في المادة ١٠٩ : أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون :

كذلك يفترض سلامة إرادة المتعاقدين من العيوب ، ولذلك فلا يلتزم من

---

(١) المادة ١١٩ . ويلاحظ انه لا يكفي لترتيب مسئولية ناقص الاهلية ان يكذب على المتعاقد معه فيما يتعلق بسنه ، أو بعدم توافر ما يحد من أهليته رغم بلوغه سن الرشد ، بل يجب ان يستعين بطرق احتيالية لتأكيد كمال أهليته .

انظر نقض مدني ٣ مارس ١٩٧٠ مجموعة النقض المدني ٢١ — ٦٤ — ٣٩٦ وقد اعتبر من الطرق الاحتيالية استعمال ناقص الاهلية لاوراق مطبوعة تحمل اسمه مقترنا برقم للسجل التجاري .

يتمسك بانعقاد العقد صحيحاً بإثبات توافر الأهلية أو خلو رضاء المتعاقدين من العيوب ، بل أنه إذا ادعى شخص عدم توافر الأهلية أو وجوب عيب من العيوب ، فعليه إقامة الدليل على ما يدعيه .

وفيما يلى نتكلم عن عيوب الرضاء كل على حدة .

المبحث الأول

الغلـــط

١٠٨ — الغلط اعتقاد مخالف للواقع يقوم فى ذهن الانسان فيدفعه إلى التعاقد .

فهو حالة ذهنية أساساً ، إذ يتوهم الشخص أمراً على غير حقيقته ، أى يعتقد بوجوده أو عدم وجوده ، أو باستحواذه لصفات معينة أو عدم انطوائه على الصفات ، وذلك خلافا لما هو حادث حقيقة .

فإذا أدى هذا الوهم بالشخص إلى إبرام عقد من العقود ، وكان من الواضح أنه لم يكن يبرم العقد لولا هذا الوهم ، فمعنى ذلك أنه لم يكن ليرضى بالعقد لو عرف الحقيقة قبل التعاقد ، وبالتالى أن رضاءه لم يكن سليماً .

ولكن نظراً لأن الغلط حالة ذهنية أى داخلية قد لايكون لها مظهر خارجى عند التعاقد ، لم يعتد القانون بالغلط فى جميع الحالات ، أى لم يجعله عيباً من عيوب الإرادة إلا إذا استجمع لبعض شروط ، بقصد التوفيق إلى حد مابين مصلحة المتعاقد الواقع فى الغلط باعتباره أن رضاه لم يكن سليما ، وبين كفالة استقرار المعاملات ، واغلاق الباب أمام الادعاءات التى لايمكن التيقن من صدقها أو كذبها بسهولة .

وفيما يلى نتكلم عن شروط الغلط الذى يعيب الإرادة ، ثم إثباته وأثره على العقد .

المطلب الأول

شروط الغلط

١٠٩ — تنص المادة ١٢٠ من القانون المدنى على أنه : « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

ويستخلص من هذه المادة أنه يشترط فى الغلط حتى يعيب الإرادة توافر الشروط الآتية :

١ — أن يكون جوهريا .

٢ — أن يكون المتعاقدان قد وقعا فى الغلط ، أو أن يكون أحدهما واقعا فى غلط ، والمتعاقد الآخر على علم بذلك ، أو من السهل عليه أن يتبينه ، وهو ما يعبر عنه بوجوب اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر ،

ونتكلم فيما يلى عن هذين الشرطين .

الفرع الأول

وجوب أن يكون الغلط جوهرياً

١١٠ — يشترط فى الغلط الذى يعيب الإرادة أن يكون جوهرياً .

ويكون الغلط جوهرياً فى نظر القانون إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط (م ١٢١) .

وبعبارة أخرى يكون الغلط جوهرياً إذا كان هو الدافع إلى التعاقد ، أى هو الذى حمل المتعاقد الواقع فيه على إبرام العقد ، بحيث أنه ما كان ليبرم العقد لولا وقوعه فى هذا الغلط .

وتقدير ما إذا كان الغلط جوهريا أو دافعاً إلى التعاقد أم لا مسألة موضوعية يتم الفصل فيها بالنظر إلى نية المتعاقد وظروف إبرام العقد وملابساته المختلفة ، وبصفة خاصة من المفاوضات التى تكون قد سبقت إبرام العقد ، والمعاملات والسابقة بين الطرفين .

ولا يعتد فى تقدير ما إذا كان الغلط جوهرياً أو دافعاً بالموضوع أو الموضوعات التى وقع فيها الغلط وتوهمها المتعاقد على غير حقيقتها ، فالمشرع المصرى لم يحصر نطاق الغلط فى موضوع أو موضوعات معينة ، بل جعله شاملا كل الموضوعات التى قد يتصورها المتعاقد على غير حقيقتها ، وإذا كان المشرع ذكر بعض الموضوعات التى قد يقع الغلط فيها ، فمن الواضح أن ذكر هذه الموضوعات إنما جاء على سبيل المثال ، بحيث أن الغلط غيرها من الموضوعات يعيب العقد متى كان جوهرياً ، فالعبرة فى القانون المصرى بكون الغلط جوهرياً أو غير جوهرى ، وليس بورود على موضوع أو موضوعات معينة على سبيل الحصر .

وعلى ذلك فالغلط فى الموضوعات التالية يعيب العقد :

١١١ — الغلط فى صفة جوهرية للشىء :

بعد أن عرفت الفقرة الأولى من المادة ١٢١ الغلط الجوهرى ، ذكرت فى فقرتها الثانية أن يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع فى صفة جوهرية فى إعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية .

ويقصد بالشىء هنا الأداء أو الأداءات التى توجبها الإلتزامات الناشئة عن العقد ، فإذا كنا بصدد التزام باعطاء أى بإنشاء أو نقل حق عينى على شىء ، فالشىء هنا هو محل الحق العينى ، وإذا كنا بصدد التزام بعمل أو إمتناع عن عمل

فالشيء ، هو العمل أو الإمتناع المطلوب .

ويمكن تحديد الصفات الجوهرية للشيء بأحد معيارين :

معيار موضوعى لا يعتد فيه بوجه نظر المتعاقد الشخصية ، بل بالمألوف بين الناس ، أو بنظرة الشخص المعتاد ، وعلى هـذا الأساس تكون الصفة جوهرية إذا كانت كذلك فى نظر الشخص المعتاد عندما يقدم على التعاقد .

ومعيار شخصى أو ذاتى قوامه نظرة المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، بحيث تعتبر صفة جوهرية فى الشيء كل صفة إعتبرها المتعاقد كذلك بحيث لا إعتقاده بتوافرها على نحو معين لما أقدم على التعاقد ، ولو كانت فى نظر الناس غير جوهرية :

ويبدو أن المشرع المصرى يأخذ بهذا المعيار الشخصى بنصه فى المادة ١٢١ على أن يعتبر الغلط جوهريا إذا وقع فى صفة للشيء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين[٢] ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية .

وعلى ذلك فلتقدير ما إذا كانت الصفة التى وقع فيها الغلط جوهرية أم لا يجب أن ننظر إلى إرادة المتعاقد الذى وقع فى الغلط[٣] .

فإذا كان هـذا المتعاقد قد إعتبر توافر صفة معينة فى الشيء صفة لابد من توافرها وإلا ما أقدم على التعاقد بشأن هذا الشيء ، فإن هذه الصفة تعتبر جوهرية . وبالعكس مما تقدم إذا ثبت أن نية المتعاقد كانت تنصرف إلى

---

(٢) السنهورى ص ٣١٩ رقم ١٦٨ .

(٣) ويكتفى بالنظر الى ارادة هذا المتعاقد دون المتعاقد الآخر رغم أن النص يذكر « العاقدين » ، ذلك أن النظر الى ارادة المتعاقد الآخر الذى لم يقع فى غلط لا يكون لتحديد ما اذا كانت الصفة جوهرية أم لا ، وانما لتحديد ما اذا كان الغلط مشتركا أو متصلا بالمتعاقد الآخر أم لا . قرب : محمود جمال زكى ص ١١٩ هامش ٢ .

إبرام العقد سواء توافرت فى الشيء المتعاقد بشأنه صفة معينة أو لم تتوافر ، فإن هذه الصفة لاتكون جوهرية فى اعتباره .

وعلى ذلك إذا أعجب شخص بقطعة من الحلى معروضة فى واجهة محل للمجوهرات ، فأقدم على شرائها معتقداً أنها من الذهب الخالص ، وبعد الشراء تبين له أنها من صفيح مذهب ، وثبت أن اعتقاده أنها من الذهب كان هو الدافع إلى شرائها بالثمن الذى دفعه ، وأنه ما كان يشتريها إطلاقاً ، أو ما كان يشتريها بهذا الثمن لو علم قبل التعاقد بأنها ليست من الذهب ، فإن كون الحلية من الذهب يعتبر صفة جوهرية فى اعتبار المشترى ، وبالتالى يعتبر المشترى واقعا فى غلط جوهرى يعيب إرادته .

أما إذا ثبت أن إعتقاد المشترى أن الحلية من الذهب لم يكن هو الدافع إلى الشراء ، بل أن الدافع إلى شرائها كان هو شكلها ودقة صياغتها ، وأنه كان سيشتريها بالثمن الذى دفعه فعلا ولو علم قبل الشراء بأنها ليست من الذهب ، فهنا لايكون الغلط واقعاً فى صفة جوهرية للشيء ، أى ليس غلطاً جوهرياً ، بل غلطا غير جوهرى لايعيب الإرادة .وكذلك إذا اشترى صاحب محل ملابس جاهزة كمية من قماش معتقداً أنه لايحتاج إلى كى ، ثم تبين له بعد الشراء أنه لابد من كيه .وثبت أن اعتقاده هذا كان هو الدافع إلى الشراء ، فإن كون القماش لايحتاج إلى كى ، يعتبر صفة جوهرية فى اعتبار المشترى، ويكون الغلط الذى وقع فيه غلطا جوهريا .

كذلك إذا تعهد مقاول بإقامة بناء على قطعة أرض معينة مقابل أجر محدود ، وتبين له بعد إبرام عقد المقاولة أن الأرض غير صلبة ، وأنها تحتاج إلى تقوية غير مألوفة للبناء عليها ، وثبت أنه لو علم بهذه الصفة قبل التعاقد لما قبل إقامة البناء بالأجر المتفق عليه ، فإن عدم صلابة الأرض تكون صفة

جوهرية فى الأداء محل الالتزام ويكون المقال قد وقع غلط جوهرى يعيب إرادته .

على أنه يحدث أحياناً ألا يمكن معرفة نية المتعاقد وما إذا كان قد اعتبر صفة جوهرية أم لا، وفى هذه الحالة يجب لتحديد ما إذا كانت الصفة جوهرية النظر إلى ما يلابس العقد من ظروف وإلى ما ينبغى فى التعامل من حسن نية (م ١٢١) .

وعلى ذلك إذا اشترى شخص آنية من الفخار من تاجر آثار ، معتقداً أنها أثرية ، ثم اتضح بعد الشراء أنها غير أثرية ، فالأصل أنه لإعتبار كون الآنية أثرية صفة جوهرية أن ننظر إلى قصد ونية المشترى، ولكن إذا لم يتضح هذا القصد ، فإنه يمكن أن نستخلص من ظروف العقد وبصفة خاصة من تعامل المشترى مع تاجر آثار أن كون الآنية أثرية هو الدافع الذى دفعه إلى الإقدام على شرائها ، وبالتالى أن هذه الصفة جوهرية .

٢ — الغلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته :

ذكرت المادة ١٢١ أن الغلط يعتبر جوهرياً إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد .

ووفقاً لهذا النص يعتبر الغلط جوهرياً ويعيب الإرادة ، إذا وقع فى ذات أو شخص المتعاقد ، بحيث أن المتعاقد الواقع فى الغلط لم يكن ليقدم على التعاقد لو علم بحقيقة شخصية من يتعاقد معه قبل العقد .

ويقال فى هذه الحالة أن شخص المتعاقد كان محل إعتبار عند التعاقد . ومثال ذلك يهب شخص مالا لمحمود حسين معتقداً أنه شقيقه التوأم محمد حسين .

كذلك يعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع فى صفة جوهرية من صفات المتعاقد أى فى صفة كانت هى الدافعة إلى إبرام العقد ، بحيث أنه لولا وقوعه فى هذا الغلط لما أقدم على التعاقد .

ومثال ذلك أنه يتعاقد شخص على إجراء عملية جراحية أو وضع تصميم لبناء مع شخص آخر معتقداً أنه طبيب أو مهندس ، ثم يتضح أن هذا الأخير ليس طبيباً أو مهندساً . أو يهب شخص مالا لآخر معتقداً أنه قريب له ، ثم يتبين أنه لاتربطه به قرابة .

وتقدير ما إذا كانت ذات المتعاقد أو صفته جوهرية أم لا ، يتم وفقاً لمعيار شخصى لاموضوعى ، فتعتبر ذات المتعاقد أو صفته جوهرية إذا كان المتعاقد الواقع فى الغلط يعتبرها كذلك بحيث لولا إعتقاده غير الصحيح بشأنها لما أقدم التعاقد .

فإذا لم تكن إرادة المتعاقد واضحة ، فيستعان بظروف العقد وملابساته ، ومنها طبيعة العقد ، ذلك أن من العقود مايقوم على أساس الاعتبار الشخصى كعقود التبرع ، ففيها تكون شخصية المتبرع له فى غالبية الحالات محل اعتبار ، ومن ثم فالغلط فيها يعتبر جوهريا بحسب الأصل .

كذلك العقود الواردة على العمل ، كعقد العمل أو عقد الوكالة .

أما عقود المعاوضات التى ترد على الملكية أو المنفعة كالبيع أو الإيجار ، فالأصل أن شخصية المتعاقدين فيها ليست محل اعتبار ، ومن ثم فالغلط فى شخصية البائع أو المشترى لايعتبر جوهرياً إلا إذا ثبت أن هذه الشخصية كانت محل اعتبار لدى المتعاقد معه بحيث لو علم بحقيقة الأمر قبل التعاقد لما أبرم العقد .

---

٣ ــ الغلط فى القيمة :

يذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن الغلط فى قيمة الشىء يعيب الإرادة إذ

كان جوهرياً أى إذا كان هو الدافع الرئيسى لإبرام العقد .

وعلى ذلك إذا باع شخص شيئاً بأقل من قيمته الحقيقية معتقداً أنه لايساوى أكثر من الثمن الذى باعه ، ثم يتبين له حقيقة قيمة ماباعه ، فإنه يعتبر واقعاً فى غلط فى قيمة هذا الشيء ، وهو غلط يعيب إرادته إذا كان من شأنه أن يمتنع عن التعاقد لولم يقع فيه ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان هناك فرق كبير بين قيمة الشيء الحقيقية والقيمة التى قبلها البائع ثمنا له .

وبعبارة أخرى إذا كان هناك غبن فاحش .

٤ — الغلط فى الباعث :

كذلك الراجح أن الغلط فى الباعث يعيب الإرادة إذا كان جوهرياً أى إذا كان هو الدافع الرئيسى لإبرام العقد ، وعلى ذلك إذا قام موظف باستئجار مسكن فى مدينة معينة معتقداً أنه نقل اليها ، ثم تبين له أنه لم ينقل ، فإنه يكون قد وقع فى غلط فى الباعث له على الاستئجار ، هو الذى دفعه إلى إبرام عقد الإيجار ، ولولاه لما أقدم على الإستئجار ، فتكون إرادته معيبة بالغلط .

كذلك إذا أقدم شخص على شراء سيارة جديدة معتقدا أن سيارته القديمة قد إحترقت ثم تبين له أن هذه السيارة سليمة ، ففى هذه الحالة يكون قد وقع فى غلط فى الباعث له على الشراء وهو غلط جوهرى دفعه إلى إبرام عقد الشراء(٥) .

١١١ — الغلط فى الحساب وغلطات القلم :

الغلط المادى الذى يقع عند كتابة العقد أو الغلط فى الحساب لا يؤثر

---

(٥) انظر : اسماعيل غانم ص ١٩٦ — ١٩٧ وهو يحذر من الاعتداد بالغلط فى الباعث باعتباره يهدد استقرار المعاملات .

فى الإرادة ، و بالتالى لايعيبها . وعلى ذلك إذا اتفق المتعاقدان فى عقد بيع أن الثمن ١٠٠ جنيه ، ولكن هذا الرقم كتب بزيادة صفر أى ١٠٠٠ جنيه ، فإن ذلك لايؤثر على صحة العقد لأن إرادة الطرفين سليمة وقد إرتضى كل منها أن يكون الثمن مائة جنيه ، وقد وقع الغلط بعد توافق الإرادتين عند افراغ هذا التوافق فى المحرر ، واذلك يكتفى بتصحيح هذا الغلط .

كذلك إذا شمل البيع عدة أشياء وحدد لكل شيء ثمناً مستقلا ، وفى النهاية جمعت الأثمان كلها ، ولكن حصل غلط فى الجمع ، فليس من شأن هذا الغلط أن يؤثر فى صحة العقد . ولكن يجب تصحيحه وإعتماد حاصل الجمع الصحيح .

وفى ذلك تقوم المادة ١٢٣ من القانون المدنى : « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ، ولا غلطات القلم . ولكن يجب تصحيح الغلط » .

١١٢ — الغلط فى الواقع والغلط فى القانون :

فى الصورة السابقة التى يعيب فيها الغلط الإرادة ، يعتبر الغلط حاصلا فى الواقع أو الوقائع ، ولكن الغلط قد يقع فى القانون، فهل يؤدى هذا الغلط إلى تعيب الإرادة ؟

تجيب على ذلك المادة ١٢٢ من القانون المدنى بقولها : « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون، اذ توافر فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين . هذا ما لم يقض القانون بغيره » .

ويقصد بالغلط فى القانون اعتقاد المتعاقد بوجود أو عدم وجود قاعدة قانونية خلافا للحقيقة ، أو فهمه لمضمون قاعدة قانونية فهما غير صحيح .

ومثال ذلك أن يرث شخص حصة من تركة فيعتقد عن غلط أن القانون يحدد

حصته بربع التركة ، ويقدم على بيع حصته بثمن معين بناء على هذا الاعتقاد ثم يتبين له أن القانون يحدد حصته بنصف التركة . فهنا يكون البائع قد وقع فى غلط فى قانون الميراث .

ومثال ذلك أيضاً أن يتعهد شخص بدفع مبلغ معين إلى شخص آخر معتقداً أن القانون يجعله مسئولا عن تعويض الضرر الذى أصاب هذا الشخص، فى حين أن القانون لا يلزمه بأى تعويض(٦) .

ويشترط لإعتبار الغلط فى القانون عيبا فى الإرادة ، ما يشترط فى الغلط فى الوقائع ، وعلى ذلك يجب أن يكون الغلط فى القانون جوهرياً أى دافعاً ، بمعنى أنه لو لم يقع المتعاقد فيه لما أقدم على إبرام العقد .

وفضلا عما تقدم يجب أن تكون القاعدة القانونية التى حصل الغلط بشأنها ليست محلا لخلاف جدى بين شراح القانون والمحاكم ، لأنه لو كانت القاعدة محلا للخلاف وكانت تحتمل أكثر من معنى ، ففهمها المتعاقد على أحد هذه المعانى ، فإنه لا يعتبر قد وقع فى غلط فى شأن المفهوم منها ، ولو كان المعنى الذى اعتمده ليس هو الراجح(٧) .

وتقدير ما إذا كانت القاعدة القانونية التى حصل الغلط بشأنها محل خلاف أو ليست كذلك ، ينظر فيه إلى وقت إبرام العقد ، بحيث أنه إذا كانت القاعدة محل خلاف فى ذلك الوقت ، فإنحياز المتعاقد إلى أحد التفسيرات الموجودة بصددها ، فلا نكون بصدد غلط . ولو كان الرأى قد استقر فيما بعد على الأخذ بتفسير معين غير التفسير الذى تم العقد على أساسه(٨) .

ويلاحظ أن التمسك بإبطال العقد لغلط فى القانون ، لا يتعارض مع

---

(٦) مارتى وينو ص ١٢٠ رقم ١٢٨ .
(٧) قرب : مارتى وينو ص ١٢١ رقم ١٢٨ .
(٨) قرب : حاكم بيروت المنفرد فى ٢٩ — ٥ — ١٩٥٣ مجموعة حاتم جزء ١٨ ص ٥٢ — ٥٣ .

مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ذلك أن المتعاقد الذى يتمسك بوقوعه فى غلط فى القانون ، لا يستهدف بذلك إستبعاد القاعدة القانونية التى حصل الغلط بشأنها ، بل إبطال العقد الذى أبرمه بناء على غلطه فى شأن القاعدة وهو مايؤدى إلى تطبيق القاعدة لا استبعادها .

واستثناء من قاعدة تعيب الإرادة بالغلط فى القانون ، تنص المادة ٥٥٦ من القانون المدنى على أنه لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون .

وعلى ذلك إذا قام نزاع بين شخصين، ثم حسم هذا النزاع بالتصالح بينهما فنزل كل منها عن جزء مما يدعيه ، فإن هذا الصلح يحسم النزاع نهائيا كما لو كان حكما من القضاء ، فلا يجوز الطعن فيه من أيهما ، ولو كان أحدهما قد وقع فى وقع فى غلط فى القانون دفعه إلى قبول الصلح .

كذلك لايجوز إبطال العقد بحجة وقوع غلط فى القانون ، إذا كان هذا الإبطال ، يفوت الهدف الذى قصد المشرع تحقيقه من فرض قاعدة قانونية آمرة ، وتقرير جزاء معين على لمخالفتها .

فالمشرع مثلا ينص على حد أقصى للفائدة الإتفاقية ، ولأجرة بعض الأشياء كالمبانى والأراضى الزراعية ويجعل جزاء الاتفاق على فائدة أو أجرة تزيد على الحد الأقصى تخفيض الفائدة أو الأجرة إلى ذلك الحد ، مع بقاء العقد قائما .

وهدف المشرع من ذلك توفير الحصول على القروض واستئجار المبانى والأراضى الزراعية بمقابل معتدل ، ولذلك فلا يجوز للمقرض أو المؤجر الذى أبرم اتفق على فائدة أو أجرة تزيد على الحد الأقصى ، إعتقادا منه أن القانون يجيز هذا الأتفاق ، أن يطلب ابطال عقد القرض أو عقد الإيجار إذا ما إتضح له أن القانون لا يجيز تقاضى فائدة أو أجرة تزيد على حد معين ،

إستنادا إلى الغلط الذى وقع فيه الحد الأقصى لسعر الفائدة أو الأجرة، وإلا كان معنى ذلك أن يطالب المقترض برد ما إقترضه فورا ، أو أن يطالب المستأجر برد العين المؤجرة فى الحال .

الفرع الثانى

وجوب اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر

١٢٣ — لاشك أنه إذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط جوهرى ، فإن إرادته لا تكون سليمة ، إذ أنه لم يكن على بينة من أمره عندما تعاقد ، وكان مقتضى ذلك أن يكون لهذا المتعاقد أن يطلب إبطال العقد للغلط ، بصرف النظر عن موقف المتعاقد الآخر ، وبعبارة أخرى بصرف النظر عما إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بوقوع الأول فى غلط أم لا .

ولكن من شأن هذه النتيجة أن تهدد استقرار المعاملات إذ يترتب عليها أن يفاجأ المتعاقد الذى لم يقع فى غلط والذى لم يعلم بأمر الغلط الذى وقع فيه المتعاقد معه بطلب هذا المتعاقد إبطال عقد إطمأن إلى سلامته ، واعتمد على وجوده .

والتوفيق بين الاعتبارين المتقدمين وهما ضرورة أن يكون كل متعاقد على بينة مما يتعاقد عليه من ناحية وضرورة تحقيق استقرار المعاملات من ناحيه أخرى ، اشترطت المادة ١٢٠ لإبطال العقد بسبب الغلط الذى وقع فيه أحد المتعاقدين أحد شرطين :

الأول — أن يكون الغلط مشتركا بمعنى أن يكون كلا المتعاقدين قد وقع فى ذات الغلط .

فإذا إشترى شخص خاتما من نحاس معتقداً أنه من الذهب ، وكان البائع بدوره يعتقد أن هذا الخاتم من الذهب ، فإن المشترى يكون واقعا فى غلط ،

ويكون البائع قد وقع مثله فى مثله فى هذا الغلط ، فيكون الغلط مشتركا ، ويثبت للمشترى الحق فى إبطال العقد لهذا الغلط .

الثانى — أن يعلم المتعاقد الذى لم يقع فى غلط بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد معه ، أو يكون من السهل عليه أن يتبين وقوع هذا المتعاقد فى الغلط .

وعلى ذلك ففى مثالنا التقليدى إذا إشترى شخص خاتما من النحاس معتقدا أنه من الذهب ، وكان البائع عالما بأن الخاتم من نحاس ، ولكنه كان يعلم أيضا بالغلط الذى وقع فيه المشترى باعتقاده أن الخاتم من الذهب ، فإنه يكون للمشترى أن يطلب إبطال هذا العقد للغلط الذى وقع فيه ، والذى كان البائع رغم عدم وقوعه فى مثله ، إلا أنه كان يعلم بوقوع المشترى فيه .

كذلك إذا كان البائع فى المثال السابق لايعلم بأن المشترى يعتقد أن الخاتم من ذهب . ولكن كان من السهل عليه أن يتبين توافر هذا الاعتقاد لدى المشترى ، فإنه يجوز للمشترى أن يطلب إبطال العقد ، وذلك على أساس أن البائع الذى يسهل عليه أن يكتشف وقوع المتعاقد معه فى غلط ، يكون مقصرا إذا لم يعلم بالغلط فعلا ، فلا يكون له أن يشكو من إبطال العقد .

وعلى ذلك إذا توجه شخص لشراء خاتم للخطبة فعرض عليه خاتما من النحاس وطلب منه ثمنا يقارب ثمن خاتم الخطبة الذهبى ، فقبله المشترى ، اعتقادا منه بأنه من الذهب ، فهنا يكون للمشترى أن يطلب ابطال العقد لغلطه فى صفة جوهرية فى الشىء هى كونه من النحاس ، ولوكان البائع لايعلم باعتقاد المشترى أنه من الذهب ، لأنه كان من السهل عليه أن يتبين من ظروف

العقد (الغرض من الشراء وثمن الشراء) أن المشترى كان يعتقد أن الخاتم من ذهب .

المطلب الثانى

إثبات الغلط وأثره

١١٤ — اثبات الغلط :

يقع على المتعاقد الذى يدعى أن إرادته كانت معيبة بالغلط أن يثبت وجود هذا الغلط واستجماعه للشروط التى يتطلبها القانون ، وهو يستطيع أن يستعين فى بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن أيا كانت قيمة العقد ، وذلك لأن الواجب إثباته مجموعة من الوقائع المادية .

١١٥ — أثر وجود الغلط : ابطال العقد :

إذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط مما يعتد به القانون ، فإن إرادته تكون معيبة ، ويجوز له أن يطلب إبطال العقد . فجزاء وجود الغلط هو قابلية العقد للابطال أو بطلانه بطلانا نسبيا (م ١٢٠)(٩) .

والحق فى الإبطال مقرر لمصلحة المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، فلا يجوز للمتعاقد الآخر الذى لم يقع فى أى غلط أن يطلب إبطال العقد .

---

(٩) وبذلك يتميز الغلط الذى يعيب الارادة ، وهو لا يمنع من توافق الارادتين ، وبالتالى من وجود الرضاء وان كان يجعله معيبا ، عن الغلط الذى يمنع توافق الارادتين ، وبالتالى يمنع حصول التراضى ، فلا ينعقد العقد أو يقع باطلا بطلانا مطلقا ، ويسمى هذا الغلط بالغلط المانع للدلالة على انه يمنع انعقاد العقد ، وعلى ذلك اذا اوجد شخص لآخر ببيع منزل ، فاعتقد الآخر انه يعرض هبته له فقبل ، فهنا يكون هذا الاخير قد وقع فى غلط يتعلق بماهية العقد ، ولا ينعقد فى هذا الفرض لا بيع ولا هبة لعدم التراضى على ماهية العقد . كذلك اذا عرض شخص على آخر استئجار منزل معين مملوك له ، فاعتقد الآخر انه يعرض عليه استئجار منزل آخر ، فقبل . ففى هذه الحالة لا ينعقد الايجار لعدم تراضى الطرفين على محله ، وقد نشأ عدم التراضى نتيجة لوقوع أحدهما فى غلط .

وفى الحالات التى يكون الغلط فيها مشتركا ، يكون أحد المتعاقدين قد وقع فى غلط جوهرى دفعه إلى التعاقد ، فيثبت له الحق فى إبطال العقد على أساس هـــذا الغلط ، أما المتعاقد الآخر فرغم وقوعه فى الغلط مثل الأول .فالغالب أن يكون غلطة غير جوهرى . فلا يكون له أن يطلب لإبطال لعدم توافر الشروط الواجب توافرها فى الغلط كعيب من عيوب الإرادة

وعلى ذلك إذا اشترى شخص خاتم من نحاس معتقدا أنه من الذهب ، وكان البائع بدوره يعتقد أن الخاتم من الذهب ، فهنا يكون كلا المتعاقدين قد وقع فى غلط ، ولكن المشترى وحده هو الذى يستطيع إبطال العقد لأن غلطه كان جوهرياً إذ أن اعتقاده بأن الخاتم من ذهب لما أقدم على شرائه بالثمن الذى دفعه . أما البائع فرغم وقوعه بدوره فى الغلط ، فإن غلطه لم يكن جوهرياً ، إذ أنه كان يبيع الخاتم بالثمن الذى باعه حتى لو علم أنه من نحاس(١٠) .

١١٦ ــ عدم جواز التعسف فى استعمال الحق فى الابطال :

تنص المادة ١٢٤ من القانون المدنى على أنه : ١ ــ ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية .

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استفيذ هذا العقد .

ويعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٥ من القانون المدنى التى لا تجيز إساءة إستعمال الحق عموما . فالحق فى إبطال العقد للغلط كأى حق من الحقوق لايجوز التعسف فى استعماله ، فلا يجوز للمتعاقد الذى

---

(١٠) ما لم يكن البائع تاجرا يحرص على سمعته وعلى الاحتفاظ بثقة الناس فيه ، فيكون غلطه جوهريا اذ انه ما كان ليقدم على بيع الخاتم بالثمن الذى باعه به لو علم انه من نحاس وليس من الذهب .

وقع فى غلط جوهرى أن يتمسك بابطال العقد لمجرد الاضرار بالمتعاقد معه ، أو إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها من وراء الإبطال قليلة الأهمية لاتتناسب البته مع مايصيب المتعاقد معه من ضرر بسبب الإبطال ، أو إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

وعلى ذلك لايجوز لمن وقع فى غلط أن يطلب العقد والتحلل من آثاره إذا أظهر الطرف الآخر استعدادة لتنفيذ التعاقد كما كان يرتضيه الأول لو لم يحصل الغلط ، فإذا اشترى شخص لوحة زيتية على أنها من رسم فنان معين ثم تبين لها أنها مجرد تقليد ، يكون قد وقع فى غلط جوهرى إذا تبين أنه ما كان يشترى اللوحة التقليد لو علم بصفتها هذه قبل التعاقد ، ويكون له أن يطلب الإبطال استناداً إلى الغلط ، ولكن إذا عرض عليه البائع استعداده أن يسلمه اللوحة الأصلية التى انصرفت إرادته إلى شرائها بذات الثمن الذى قبل دفعه ، فلا يكون للمتعاقد الواقع فى غلط أن يصر على طلب ابطال العقد ، فإذا طلب الإبطال رغم عرض البائع ، فإنه يكون متعسفاً فى استعمال حقه فى الإبطال فلا يجاب الى طلبه .

١١٧ ــ الغلط غير المغتفر :

والأصل أنه إذا كان الغلط الذى وقع فيه أحد المتعاقدين جوهرياً ، واتصل بعلم المتعاقد الآخر على وجه من وجوه الإتصال التى نص عليها القانون ، فإنه يكون لمن وقع فى هذا الغلط أن يتمسك بإبطال العقد استنادا إلى هذا الغلط فقد يكون وقوعه فى الغلط من تلقاء نفسه ، وقد يقع فى الغلط نتيجة تصرفات المتعاقد معه .

على أنه يحدث أحياناً أن يقع المتعاقد فى الغلط نتيجة خطأ منه شخصياً ، أى نتيجة إهماله أو تقصيره فى التحرى عن توافر الصفات التى يعتبرها جوهرية فى الشىء الذى يتعاقد بشأنه أو الشخص الذى يتعاقد معه . كأن يعتمد

إلى شراء شيء دون أن يراه أو دون أن يكلف أحدا بمعاينته . ويعتبر هذا الغلط غلطاً غير مغتفر ، وهو لا يجيز لمن وقع فيه أن يستند اليه فى ابطال العقد .

ويقوم هذا الرأى على أساس تطبيق أحكام المسئولية ، فالمتعاقد الذى يخطىء فيتسبب خطؤه فى وقوعه فى غلط ، يكون مسئولا عن تعييب العقد بهذا الغلط ويلتزم بتعويض المتعاقد الاخر عن الضرر الذى يصيبه نتيجة لذلك ، وبدلا من التسليم بحق المتعاقد الواقع فى غلط غير مغتفر فى إبطال العقد لهذا الغلط ، مع إلزامه بتعويض الضرر الحاصل للطرف الاخر نتيجة لهذا الإبطال ، يحرم من وقع فى الغلط من إبطا العقد أصلا ، فيبقى صحيحاً ، وبذلك نمنع حصول ضرر للمتعاقد الاخر ، وبالتالى لا يكون بحاجة إلى تعويض .

المبحث العاشر

التـــدليس

المطلب الأول - تعريف التدليس وبيان عناصره

١١٨ — التدليس هو إستعمال طرق إحتيالية بقصد إيقاع المتعاقد فى غلط أى ايهامه بغير الحقيقة ودفعه إلى التعاقد بناء على هذا الوهم .

ويبدو واضحاً من هذا التعريف أن جوهر التدليس هو أنه يؤدى إلى إيقاع المتعاقد فى غلط ، إذ يحمله على اعتقاد مخالف للحقيقة ، فيقدم على التعاقد مستنداً إل هذا الإعتقاد ، فيكون رضاء المتعاقد بالعقد معيباً لأنه لم يكن على بينة من أمره عند التعاقد . ويتضح من ذلك أن التدليس يؤثر فى الرضاء عن طريق نتيجته وهى الغلط الذى يسببه للمتعاقد المدلس عليه ،

ويتميز هـــذا الغلط بأنه غلط مستثار أى سعى اليه شخص ولم يحصل عفوا ، بخلاف الغلط المجرد الذى ليس نتيجة تدليس ، فهو غلط تلقائى تكون لدى المتعاقد نتيجة إعتقاده الخاص أو توهمه ، دون أن يسعى أحد إلى إيقاعه فيه .

ويترتب على ما تقدم أنه لم يكن هناك داعى لكى ينص المشرع على التدليس بإعتباره عيباً مستقلا ، لأن فى الغلط مايغنى عنه[1] .

١١٩ ــ عناصر التدليس :

يتضح من التعريف السابق أنه يشترط حتى نكون بصدد تدليس ، توافر عنصرين عنصر مادى هو الطرق الاحتيالية ، وعنصر معنوى وهو نية الخداع أو التدليس .

١٢٠ ــ العنصر المادى : الطرق الاحتيالية أو الحيل :

لكى نكون بصدد تدليس ، يجب أن يحتال شخص على تضليل المتعاقد وايهامه بغـــير اواقع ، ويتم ذلك بالتجاء الشخص

---

(١) وتبرر المذكرة الايضاحية لمشروع القـــانون المدنى اقامة نظرية مستقلة للتدليس ، بأن لوجود التدليس مزيتين عمليتين : فاثباته ايسر من اثبات الغلط من ناحيـــة ، وهو يخول حق مطالبة فى صدر منـــه التدليس بالتعويض ، فضلا عن حق التمسك بالبطلان من ناحية اخرى . (مجمـــوعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ١٧٢ ــ ١٧٣) .

والواقع أن سهولة اثبات التدليس وامكان الحصول فيه على تعويض بجانب الابطال لا تحتاج الى النص على التدليس كعيب مستقل عن الغلط ، فحتى لو لم ينص على التدليس واكتفى بالنص على الغلط ، وشمل هـــذا الغلط ، الغلط التلقائى والغلط المستثار الناتج عن تدليس ، فلا شـــك أن اثبات الغلط المستثار يكون اسهل ، ولا شك فى امكان المتعاقد الذى أوقعه المتعاقد الآخر فى الغلط مطالبة المتعاقد المدلس بالتعويض . انظر فى ذلك : وديع فرج فى محاضرات القانون المدنى عام ٤٨ ــ ١٩٤٩ ص ١١٥ ــ ١١٦ .

و لكن ســـهولة اثبـــات التدليس وامكان الحصـــول فيه على تعويض التى تضيق فى مجال الغلط فتجعله مقصورا على موضوعات معينة كقانون الموجبات والعقود اللبنانى (المادة ٢٠٤) ، يمكن التمسك بالتدليس ولو ادى الى غلط فى غير تلك الموضوعات . فى هذا المعنى : جميل الشرقاوى ص ٢٣٦ رقم ٣١ .

إلى طرق وأساليب تؤدى إلى التضليل ونشوء الاعتقادات المخالفة للحقيقة(٢) .

وتفترض الطرق الاحتيالية إدلاء المدلس بأكاذيب فإذا لم يكن ثمة كذب ، فلا نكون بصدد تدليس.

ولكن الكذب وحده لا يكفى سواء كان شفوياً أو مكتوباً ، بل يجب أن يدعم هذا الكذب بمظاهر خارجية تطليه بلون الحقيقة وتكسبه وجهها .

والطرق الاحتيالية التى تستخدم لدعم الكذب كثيرة ومنوعة ، ولذا فهى لاتقع تحت حصر ، ومع ذلك فأهم صورها :

١ — تقديم أوراق غير صحيحة ونسبتها إلى أشخاص أو جهات ، كعقود مكتوبة ، أو لخطابات ، أو برقيات ، أو شهادات صادرة عن جهات رسمية . ومثال ذلك أن يعمد الخادع فى سبيل إقناع شخص بأنه مهندس إلى اطلاعه شهادة دراسية بحصوله على اجازة الهندسة ، وتكون هذه الشهادة مزورة .

٢ — الاستعانة بأشخاص آخرين لتأييد الادعاءات الكاذبة ، لأن ذلك يجعلها أقرب إلى التصديق .

٣ — الاستعانة ببعض مظاهر الثروة والجاه لإقناع المتعاقد بغنى من يتعاقد معه أو بنفوذه ، كسكنى القصور الفخمة واتخاذ الخدم والحشم ، وتأثيث مكاتب الأعمال واستخدام الموظفين .

أما الكذب غير المدعم بأى مظهر خارجى فلا يكفى لتكوين الطرق

---

(٢) وفى ذلك تقول محكمة النقض : يشترط فى التدليس أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة ، وان تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا. انظر حكمها الصادر فى ٨ من فبراير ١٩٧٢ مجموعة النقض المدنى ٢٣ — ٢٢ — ١٣٨ .

الاحتيالية بحسب الأصل ، وكذلك من باب أولى مجرد الكتمان أو السكوت .

ولكن الكتمان أو السكوت قد يعتبر تدليسا إذا اقترن بظروف خاصة تجعله مكوناً مع هذه الظروف الطرق الاحتيالية التى يتطلبها القانون . ومن هذه الظروف أن يكون الساكت ملتزماً بالافضاء بما يعرفه من معلومات معينة إلى المتعاقد قبل العقد ، فلا يفى بهذا الالتزام ويكتم المعلومات التى لديه رغم علمه بأهميتها وأن المتعاقد لو علمها لما أقدم على التعاقد . وهذا الالتزام باعطاء المعلومات قد يكون مصدره نص القانون مباشرة ، ومثال ذلك التزام المستأمن بأن يطلع المؤمن بوضوح عند اتمام عقد التأمين على جميع البيانات التى من شأنها أن تمكنه من تقدير الاخطار التى يضمنها (م ٢/٧٥٢) .

وقد يكون مصدر الالتزام باعطاء المعلومات هو العرف المألوف فى التعامل أو طبيعة العقد ذاتها التى تفترض قدراً كبيراً من الثقة والأمانة بين المتعاقدين ليس فقط خلال تنفيذ العقد ، بل وعند إبرامه ، كما هو الحال فى عقود الوكالة وعقود الشركات .

فإذا كان الشخص ملتزماً بإعطاء معلومات معينة قبل إتمام العقد ، ولم يفعل بأن سكت وكتم رغم هذه المعلومات ، رغم علمه بجهل المتعاقد لها ، وبأنه لو علم بها لما أقدم على التعاقد ، فإن سلوكه هذا يكون الطرق الاحتيالية اللازمة لوجود الخداع .

وقد نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٢/١٢٥ صراحة على أنه : « يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة ، وهذه الملابسة »(٣) .

---

(٣) انظر فى نقد صياغة هذه المادة اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام جـ ١ ص ٢١٤ هامش ١ .

ويلاحظ أن الفرض أن الطرق الاحتيالية انما استعملت قبل التعاقد أوخلاله ، إذ أن الطرق التى تستعمل بعد تمام العقد لا يمكن أن تكون هى الدافعة إليه . فالتدليس الذى يعيب الرضاء هو الحاصل أثناء التعاقد لا بعده ، أما استعمال طرق احتيالية بعد العقد فلا يعتبر تدليساً وإنما يعتبر غشاً ، وهو يقع فى تنفيذ العقد ، وأثره مقصور على حق المتعاقد المغشوش فى المطالبة بتنفيذ العقد تنفيذاً سليما أو فى فسخه مع التعويض فى الحالين عن الضرر الذى يكون قد لحقه بسبب هذا الغش .

فالفرق بين التدليس والغش هو فرق فى وقت حدوث كل منهما . فالتدليس إنما يقع أثناء عملية التعاقد ويدفع إلى إبرام العقد ، فيعيب الرضاء بالعقد .

أما الغش فيقع بعد تمام العقد ويعيب تنفيذه .

وأثر التدليس هو قابلية العقد للابطال لمصلحة الطرف المخدوع ، أما الغش فأثره هو حق المغشوش فى التمسك بالتنفيذ السليم للعقد أو فى فسخه مع التعويض .

١٢١ — العنصر النفسى — نية التدليس :

لابد لوجود التدليس من توافر نية أو قصد الخداع والتضليل لدى الشخص الذى استعمل الطرق الاحتيالية وتتوافر هذه النية بأن يكون الشخص قد لجأ إلى استعمال هذه الطرق بقصد إيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة ، أى بقصد إيقاعه فى غلط ، وحمله على التعاقد بناء على ذلك .

والواقع أنه يصعب تصور توافر الطرق الاحتيالية دون وجود نية الخداع ، ومع ذلك فاذا كان من قدم الأوراق المزورة يجهل حقيقتها ، فإنه يكون بذلك قد استعمل طرقا إحتيالية بدون قصد التضليل ، وبالتالى فإن فعله لايعتبر تدليساً .

المطلب الثانى

شروط التدليس

١٢٢ — لكى يعيب التدليس الإرادة ، يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان :

الأول — أن يكون هو الدافع إلى التعاقد .

الثانى — أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين ، أو على الأقل أن يعلم به المتعاقد مع المدلس عليه ، أو أن يكون من المفروض حتما أن يعلم به . ويعبر عن هذا الشرط بوجوب أن يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر :

١٢٣ — الشرط الاول — أن يكون التدليس دافعا الى التعاقد :

لكى يعيب التدليس الإرادة ، يجب أن تكون الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد (م ١٢٥ /١)، وبعبارة أخرى يجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى إلى التعاقد .

ويشترط لإعتبار التدليس دافعاً إلى التعاقد :

١ — أن يؤدى إلى وقوع المتعاقد فى غلط ، أى أن يحمله على توهم غير الحقيقة . فإذا لم يؤد الخداع إلى هذه النتيجة، لكون المستخدم ضده هذه الطرق الاحتيالية اكتشفها فلم ينشأ عنده اعتقاد غير صحيح ، فلا يعتبر التدليس دافعا إلى التعاقد ، لأن الرضاء لم يتأثر به .

وبالعكس من ذلك إذا أدى التدليس إلى وقوع المتعاقد فى غلط ، فانه يعتد به ، ولو كان أى شخص عادى لو وجد فى مركز المخدوع وظروفه لما خدع ولاكتشف الغلط ، وبعبارة أخرى لا يشترط فى الغلط الناشىء عن تدليس مايشترط فى الغلط التلقائى من أن يكون مغتفرا ، فالتدليس يعيب الرضى

ولو كان الغلط الناشىء عنه غير مغتفر ،وعلى ذلك فالعبارة الشائعة على ألسنة العامة « القانون لايحمى المغفل » ليست صحيحة فى مجال القانون المدنى .

٢ — أن يثبت أن المتعاقد المدلس عليه ماكان ليبرم العقد لولا وقوعه فى الغلط الذى سببه له الخداع ، وهو ماعبر عنه القانون بقوله : « إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد » .

فإذا تبين أن هذا الغلط لم يكن له أى تأثير ، وأن المتعاقد المخدوع كان يبرم العقد ولو لم يقع فى الغلط ، كان معنى ذلك أن التدليس لم يكن هو الذى حمله على التعاقد ، فلايكون رضاؤه معيبا . وعلى ذلك إذا استعمل تاجر طرقا إحتيالية لحمل شخص على الاعتقاد بأن تمثالا ما هو أثرى ، فصدقه هذا الشخص واشترى التمثال ، وثبت بعد ذلك أنه غير أثرى ، ولكن ثبت كذلك أن المشترى اشتراه لا لاعتقاده بأنه أثرى بل لاعجابه بشكله ، وأنه كان يشتريه بنفس القيمة واو عرف قبل الشراء بأنه غير أثرى ، فإن الخداع هنا لايكون دافعا إلى التعاقد فلايعيب الرضاء .

ولكن ما الحكم إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد وإنما إقتصر أثره على إستدراجه إلى قبول المتعاقد لشروط أشد وقرا مما كان يقبله لو تبين حقيقة الأمر ؟

كما وأن أطلع بائع عقار المشترى على عقد مزور لإيجار هذا العقار لكى يوهمه بأنه مؤجر بأجرة مرتفعة ، فقبل المشترى الشراء ، ثم تبين له تزوير عقد الإيجار الذى أطلعه عليه البائع ، وأن العقار مؤجر بأجرة تقل عن الأجرة المثبتة فى العقد المزور ، وثبت أن المشترى كان سيشترى العقار ولو علم بحقيقة الأجرة قبل التعاقد ، ولكن بثمن أقل من الثمن الذى اشترى به فعلا .

يطلق على هذا النوع من التدليس إصطلاح التدليس العارض، ويعتبره بعض الشراح وبعض التشريعات تدليسا غير دافع ، ومن ثم لا يؤدى فى نظرهم إلى تعيب الإرادة، ولا يجوز الاستناد إليه لإبطال العقد ، وإنما يعتبر خطأ إرتكبه المدلس فيلتزم بتعويض الضرر الناشىء عنه ، المتمثل فى الفرق بين الثمن الذى التزم المدلس عليه بدفعه والثمن الذى كان يقبل دفعه لو علم بحقيقة الأمر قبل التعاقد(٤) .

أما فى القانون المصرى فلا يوجد نص على هذا النوع من التدليس(٥) ، ويذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى إعتباره تدليساً دافعاً على أساس عدم إمكان الفصل بين إرادة التعاقد فى ذاتها وبين الشروط التى تحركت الإرادة فى دائرتها (٦) ، « فإرادة التعاقد ليست إرادة مجردة ، ليست إرادة إبرام عقد أياً كان ، بل هى إرادة إبرام عقد معين بشروط معينة »(٧) ، والتدليس يعيب هذه الإرادة سواء كان دافعا إلى التعاقد ، أو كان دافعاً إلى قبول شروط ما كان المتعاقد يقبلها لو علم بحقيقة الأمر .

١٢٤ — الشرط الثانى — أن يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر .

قد تكون الطرق الإحتيالية التى أوقعت المتعاقد فى الغلط وأوهمته غير الحقيقة صادرة من المتعاقد الآخر ، وفى هذه الحالة لاشك أن هذا التدليس يعيب إرادة المتعاقد المدلس عليه .

---

(٤) انور سلطان ص ١٥٩ رقم ١٣٢ ، وانظر المادة ٢/٢٠٨ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى .

(٥) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص صراحة على عدم اعتبار التدليس العارض عيبا من عيوب الارادة (المادة ١٧٥ من المشروع) ، ولكن هذه المادة حذفت من المشروع النهائى استنادا الى انها تقرر حكما يكفى فيه تقرير قواعد المسئولية (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٧٥ هامش ١) .

(٦) السنهورى ص ٣٥١ — ٣٥٢ رقم ١٨٢ ، سليمان مرقص ص ١٦٦ رقم ١٨٨ ، محمود جمال الدين زكى ص ١٣٩ — ١٤٠ رقم ٨١ ، منصور ص ٨٢ .

(٧) اسماعيل غانم ص ٢١٥ رقم ١٠٧ .

ويعتبر التدليس صادرا من المتعاقد الآخر كذلك إذا كان العقد قد أبرم عن طريق النيابة وصدرت الطرق الاحتيالية عن نائب هذا المتعاقد (م ١٢٥)، أو عن شخص من الغير بتحريض من المتعاقد، أو من نائبه.

ولكن ما الحكم إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين وغير من ينوب عنهما دون تحريض؟

لاشك أنه من الناحية المنطقية البحتة، أن هذا التدليس يعيب إرادة المدلس عليه لأنه يتعاقد على غير بينة من الأمر بسبب الغلط الذى أوقعه فيه التدليس، ولكن من ناحية أخرى من الواضح أن الإعتداد بالتدليس الصادر من الغير بصفة مطلقة من شأنه إهدار مصلحة المتعاقد الآخر الذى لم يكن له يد فى صدور التدليس.

وقد عمد القانون إلى التوفيق بين المصلحتين، فلم يعتد بالتدليس الصادر من غير المتعاقدين إلا إذا كان المتعاقد مع المدلس عليه يعلم بهذا التدليس أو من المفروض حتما أن يعلم به (م ١٢٥).

وعلى ذلك إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، كسمسار توسط فى إبرام العقد، ولم يكن المتعاقد الآخر (غير المدلس عليه) يعلم بهذا التدليس، ولا من المفروض حتما أن يعلم به، فلا يجوز للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد إستناداً إلى هذا التدليس[٨]، وذلك منعا لمفاجأة المتعاقد معه، وتحقيقا لإستقرار المعاملات، ولا يكون أمام المدلس عليه سوى الرجوع على الغير المدلس بالتعويض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية، على أساس أن إستعماله للطرق الإحتيالية يعتبر خطأ شخصيا فى جانبه، يلزمه بتعويض الضرر الناشىء عنه.

---

(٨) على انه قد يحدث ان تتوافر شروط الغلط التلقائى فى هذه الحالة، كما لو كان المتعاقد مع المدلس عليه واقعا فى نفس الغلط الذى وقع فيه المدلس عليه. وفى هذه الحالة يجوز ابطال العقد للغلط. راجع منصور ص ٨٣ هامش ١.

إما إذا كان المتعاقد مع المدلس عليه يعلم بحصول التدليس من الغير ، أو كان من المفروض عليه أن يعلم بذلك . فإن هذا التدليس يعيب الإرادة ، ويجيز للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد إستناداً إليه .

والأصل هو حسن نية المتعاقد ، ويترتب على ذلك أنه إذا إدعى المدلس عليه أن المتعاقد معه كان يعلم بصدور التدليس من الغير ، أو كان من المفروض عليه أن يعلم بذلك ، فعليه عبء إثبات هذا العلم ، أو إثبات الظروف والملابسات التى يستخلص منها أنه كان من المفروض على المتعاقد على المتعاقد معه أن يعلم بحصول التدليس .

ويكون من المفروض فى المتعاقد مع المدلس عليه أن يعلم بحصول التدليس إذا كان فى استطاعته لو بذل عناية الشخص المعتاد أن يعلم بحصول تدليس من الغير دفع المدلس عليه إلى التعاقد ، ذلك أن المتعاقد يعتبر فى هذه الحالة مقصرا ، ويجازى بإعتباره فى حكم العالم بالتدليس الصادر من الغير ، وهو ما يؤدى إلى إعطاء المدلس عليه الحق فى طلب إبطال العقد للتدليس .

ومثال ذلك أن يصحب أحد المرشدين سائحاً إلى محل لتجارة التماثيل والأشياء الأخرى المقلدة للأشياء الأثرية ، ويدفعه إلى شراء شيء من هذه الأشياء بثمن مرتفع ، فهنا يمكن القول أن التاجر الذى باع إلى السائح رغم عدم ارتكابه لأى طرق احتيالية ، من المفروض فيه حتما أن يعلم بحصول تدليس من المرشد وقع المشترى ضحية له(٩) ، فيكون لهذا المشترى أن يطلب إبطال العقد للتدليس .

---

(٩) وديع فرج ص ١١٨ .

١٢٥ — اثبات التدليس :

يلتزم المتعاقد الذى يدعى أنه كان ضحية تدليس وقت إبرام العقد بإثبات وجود هذا التدليس وأركانه وشروطه ، وهو يستطيع أن يفعل ذلك بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن ، لتعلق الأمر بوقائع وأفعال مادية .

ويستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة التى يستعين بها مدعى التدليس لإثباته ، ويعتبر استخلاص أركان التدليس من وقائع الدعوى وتقدير ثبوته أو عـــدم ثبوته مسألة موضوعية ، يستقل قاضى الموضوع بها دون رقابة عليه من محكمة النقض ، ما دام حكمه يقوم على أسباب سائغة(١٠) .

١٢٦ — جزاء التدليس :

إذا ثبت أن العقد أبرم تحت تأثير التدليس ، فان العقد يكون قابلا للابطال لمصلحة المتعاقد المدلس عليه ؛ فيستطيع هذا المتعاقد أن يطلب إبطال العقد للتدليس .

وإلى جانب طلب إبطال العقد ، يكون للمدلس عليه أن يطالب المدلس سواء أكان هو المتعاقد الآخر أم غيره ، أن يعوضه عن الضرر الذى أصابه بسبب ذلك التدليس ، لأن التدليس فى ذاته يعتبر عملا غير مشروع ، فهو يتضمن إنحرافاً عن سلوك الشخص المعتاد ، فالشخص المعتاد لا يرتكب طرق إحتيالية لحمل الناس على التعاقد ، ولذلك فمن يرتكب التدليس يعتبر مخطئا ويلتزم بتعويض المضرور عن الضرر لذى الحقه من جراء هذا الخطأ .

وقد تتوافر فى التدليس أركان جريمة النصب فيعاقب مرتكبه بالحبس وفقاً للمادة ٣٣٦ من قانون العقوبات .

---

(١٠) نقض مدنى فى ١٣ مارس ١٩٧٣ مجمـــوعة النقض المدنى ٢٤ — ٧ — ٣٩٦ .

المبحث الثالث
الاكراه

١٢٧ ـ تعـريف :

الإكراه رهبة تتولد فى نفس الانسان نتيجة تهديده بايقاع أذى به أو بغيره بدون حق إن لم يبرم عقداً معينا ، فيحمله ذلك على إبرام العقد .

ويتبين من هذا التعريف أن المتعاقد المكره يقدم على إبرام العقد بارادته، ولكن رضاءه به ليس سليما لأنه وإن كان يستطيع عدم إبرام العقد فذلك مقابل الرضى بوقوع الأذى المهدد به ، فهو يقارن بين الوضعين : إبرام العقد وتفادى الاذى ، أو رفض التعاقد وتحمل الأذى ، ويقرر إبرام العقد ، فهو إذن قد أراد العقد ، ولكن إرادته كانت مدفوعة بعامل الخوف والرهبة ، ولذلك فهى إرادة معيبة . فالإكراه إذن يعيب الارادة ، ولكنه لايعدمها ، ولذلك يجب عدم الخلط بين الاكراه وأثره هو ماتقدم وبين الحالات الأخرى التى تنعدم فيها الإرادة كلية ، ومثالها أن يبرم شخص عقدا تحت تأثير التنويم المغناطيسى ، أو تحت تأثير ما تناوله من مواد مسكرة أو مخدرة ، فنى هذه الحالات لم يرد الشخص إبرام العقد إذ أنه وقت أن تعاقد كان غير مميز تحت تأثير التنويم أو المسكر أو المخدر ، فلم تكن له إرادة . كذلك إذا أمسك شخص بيد شخص آخر وبصم بإصبعه على محرر يتضمن عقداً ، فإن العقد لا ينعقد فى هذه الحالة ، إذ أن إرادة التعاقد لم توجد على الإطلاق .

١ ـ عناصر الإكراه

١٢٧ - يتضح من التعريف السابق أنه يشترط حتى نكون بصدد إكراه توافر عنصرين : عنصر مادى هو التهديد ، وعنصر معنوى هو الرهبة .

١٢٩ — العنصر المادى — التهديد :

لكى نكون بصدد إكراه ، يجب أن يقوم شخص بتهديد المتعاقد بإيقاع أذى به أو بغيره دون حق .

فإذا لم يكن ثمة تهديد بالإيذاء ، فلا تكون الإرادة معيبة . ولو وجدت فى نفس المتعاقد رهبة أو خشية نشأت عن مصدر آخر غير التهديد بالأذى ، وبناء على ذلك فان مجرد الخشية التى يشعر بها الإنسان نحو شخص آخر ممن لهم سلطان عليه بحكم القرابة ، أو العمل ، أو غير ذلك ، لا تعتبر إكراها . وعلى ذلك إذا طلب الأب من ابنه ، أو الرئيس من مرؤوسه ، أو الزوج من زوجته إبرام عقد معين ، فقام الابن أو المرؤوس أو الزوجة بإبرام هذا العقد خوفا من غضب من طلب منه إبرامه ، فإنه لا يعتبر مكرها على إبرام هذ العقد ولا تكون إرادته معيبة ، مادام ذو الشوكة أو النفوذ الأدبى لم يلجأ إلى تهديد الخاضع لشوكته أو نفوذه لا تصريحا ولا تلميحا[1] .

وقد يكون موضوع التهديد إيقاع أذى بشخص المهدد ذاته ، وقد يكون بإيقاع أذى بشخص آخر يحرص المهدد على عدم وقوع أى أذى له ، والغالب أن يكون من أقاربه أو من أصدقائه . بل قد يهدد شخص آخر بإيقاع أذى بنفسه ، كما لو هدد ابن أباه بالإنتحار إن لم يهب له مالا معينا .

وجوب أن يكون التهديد دون حق :

لا يكفى التهديد بإيقاع أذى ، بل يجب أن يكون الأذى المهدد به غير مشروع أى عملا لا يقره القانون ، وقد عبر القانون عن ذلك

---

(١) قرب : نقض مدنى فى ٩ يونية ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ — ١٦٣ — ١٠٢٢ .

بإشتراط أن يكون التعاقد قد تم تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر دون حق .

والأذى غير المشروع قد يوجه إلى النفس كالتهديد بالقتل أو الخطف ، وقد يوجه إلى الجسم كالتهديد بالضرب ، وقد يوجه إلى الشرف كالتهديد بالاغتصاب وهتك العرض وتشويه السمعة ، وأخيرا قد يوجه إلى المال كالتهديد بإتلافه أو إحراقه أو إخفائه .

أما إذا كان موضوع التهديد أذى مشروعا ومتفقا مع القانون ، فإن التهديد بإيقاعه لا يعتبر إكراها يعيب العقد .

وعلى ذلك فإذا حل أجل دين ولم يف به المدين ، فطلب الدائن منه إبرام عقد رهن ضماناً للدين ، فرفض المدين ، فهدده الدائن بالحجز على أمواله وبيعها بالمزاد الجبرى استيفاء لحقه قبله ، فرضى المدين بالرهن ، فهنا لا تكون إرادة المدين معيبة ، لأن الأذى المهدد به وهو الحجز على أمواله وبيعها أذى مشروع . ولكن يلاحظ أنه لا يجوز استعمال الوسائل المشروعة للحصول على غرض غير مشروع ، فمن شأن عدم مشروعية الغرض ، أن يجعل الأذى المهدد به غير مشروع ولو كان فى ذاته مشروعا .

وعلى ذلك فتهديد الدائن لمدينه باشهار إفلاسه إن لم يوافق على توقيع تعهد بالوفاء بمبلغ يزيد على ماهو مدين به فعلا ، يعتبر تهديدا غير مشروع ، وبالتالى يعيب إرادة المدين .

كذلك فاستصدار حكم بمنع الشخص من السفر يعتبر إكراها يعيب الرضاء إذا كان الغرض منه الحصول على غير المستحق .

فاستعمال الوسائل القانونية لا يعتبر تهديداً بأذى غير مشروع ، مادام هذا الاستعمال مشروعا ، أى كان الغرض منه مجرد الحصول على ماهو مستحق .

أما إذا كان الغرض من استعمال الوسائل القانونية كرفع الدعوى والحجز وشهر الافلاس ، الحصول على أكثر مما يجب ، فإن التهديد بها يعتبر غير مشروع ، ويوفر الركن المادى للاكراه .

كذلك إذا كان الغرض من التهديد باستعمال الوسائل القانونية إبرام عقد منقطع الصلة بالوسيلة المهدد بها ، فان التهديد بها يعتبر غير مشروع ، وعلى ذلك إذهدد زوج زوجته برفع دعوى زنى عليها إن لم تبع له مالا من أموالها ، فان هذا التهديد يعتبر غير مشروع لأن عقد البيع لا علاقة له إطلاقا بدعوى الزنى .

ويلاحظ أن التهديد بالأذى قد يكون تهديدا محضا أى مجرد وعيد بإلحاق الأذى فى المستقبل ، وقد يقترن التهديد بأذى فعلى وحال ، كأن يضرب شخص آخر ويهدده بالاستمرار فى ضربه إن لم يرض بالتعاقد ، ويطلق على مجرد التهديد الإكراه المعنوى أو النفسى ، أما التهديد المصحوب بأذى حال فيسمى الإكراه المادى أو الجثمانى . وفى الحالين يكفى التهديد لتكوين الركن المادى لعيب الخوف .

١٣٠ — العنصر المعنوى :

لا يكفى لوجود الإكراه أن يهدد شخص آخر بأذى يلحق به أو بغيره ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يترتب على هذا التهديد نشوء رهبة أو خشية فى نفس المهدد ، وأن تكون هذه الرهبة قائمة على أساس ، وتنشأ الرهبة وتكون قائمة على أساس إذا أدى التهديد إلى إعتقاد المهدد أن خطراً جسيما محدقاً يهدده هو أوغيره فى النفس أوالجسم أو الشرف أو المال .

ولتقدير ما إذا كان التهديد قد ولد فى نفس المهدد مثل هذا الاعتقاد وتلك الرهبة أم لا ، مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على ظروف الحال ، ومن

هذه الظروف جنس من وقع عليه الإكراه : رجل أم إمراة ، وسنه : شاب أم رجل أم شيخ ، وحالته الاجتماعية : متعلم أم غير متعلم ، غنى أم فقير ، محتاج أم غير محتاج ، بصحة جيدة أم مريض ، وكذلك أى ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه ، وما يؤدى إليه من رهبة (م ١٢٧/ ٢)(٢) .

فتقدير توافر الرهبة ينظر فيه إلى المتعاقد المهدد ذاته ، فإذا ثبت أن التهديد قد أخافه فعلا ، فان التهديد يعتبر إكراها ، ولو كان هذا التهديد ليس من شأنه إخافه الشخص المعتاد ، فمعيار وجود الرهبة إذن معيار ذاتى أو شخصى وليس معياراً موضوعياً .

فإذا لم يبعث التهديد أية رهبة فى نفس المهدد ؛ كأن كان شجاعاً لا يأبه للتهديد ، أو كان واثقا من إمكان الدولة حمايته ، أو كان معتقدا أن من هدده غير جاد فى تهديده ، أو لا يقدر على تنفيذ ما يهدد به ، فإن التهديد لا يعتبر إكراها يعيب الإرادة .

٢ — شروط الاكراه

١٣١ — لكى يعيب الإكراه الرضاء ، يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان :

الأول — أن يكون دافعاً إلى التعاقد

الثانى — أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين أو على الأقل أن يعلم به المتعاقد مع المكره ، أو أن يكون من المفروض حتما أن يعلم به . ويعبر عن هذا الشرط بوجوب أن يتصل الإكراه بالمتعاقد الآخر .

١٣٢ — الشرط الاول — أن يكون الاكراه دافعا الى التعاقد :

لكى يعيب الإكراه الرضاء ، يجب أن تكون الرهبة التى نشأت عن

---

(٢) نقض مدنى فى ٩ يونية ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ — ١٦٣ — ١٠٢٢ ، وفى ٢٥ مايو ١٩٧١ المرجع السابق ٢٢ — ١١٠ — ٦٧٤ ، وفى ٢٧ فبراير ١٩٧٣ المرجع السابق ٢٤ — ٥٩ — ٣٣٦ .

التهديد هي التي حملته على قبول مالم يكن ليقبله مختارا، بمعنى أن يكون خوف الشخص من حصول الأذى المهدد به هو الذى دفعه إلى الموافقة على إبرام العقد ليتجنبه، بحيث أنه لولا هذا الخوف لما أبرم العقد .

فإذا ثبت أن الشخص كان يبرم العقد حتى ولو لم يصب برهبة نتيجة للتهديد الذى وجه إليه، فإن ذلك يعنى أن هذه الرهبة لم تكن هى التى دفعته إلى التعاقد، وبالتالى أن رضاءه بالعقد لم يتأثر بها .

١٣٣ — الشرط الثانى — أن يتصل الاكراه بالمتعاقد الآخر :

قد يكون التهديد الذى بعث الرهبة فى نفس المتعاقد ودفعه إلى إبرام العقد صادراً من المتعاقد الآخر شخصياً ، وفى هذه الحالة لاشك أن هذا التهديد يعيب إرادة المتعاقد المكره .

ويعتبر الإكراه صادراً من المتعاقد الآخر كذلك إذا كان العقد قد أبرم بطريق النيابة ، وصدر التهديد عن نائب هذا المتعاقد ، ولو لم يعلم المتعاقد (الأصيل) بهذا الإكراه .

كذلك يعتبر الإكراه صادراً من المتعاقد الآخر إذا صدر من شخص من الغير بتحريض من هذا المتعاقد أو من نائبه .

ولكن ما الحكم إذا لم يصدر التهديد لامن المتعاقد الآخر ولا من نائبه ولامن شخص آخر بتحريض منهما ؟

لاشك أنه من الناحية المنطقية البحتة ،أن هذا الاكراه يعيب إرادة المكره ، لأنه يقبل تحت تأثير الإكراه مالم يكن ليقبله إختيارا .

ولكن من ناحية أخرى من الواضح أن الاعتداد بالإكراه الصادر من الغير بصفة مطلقة من شأنه إهدار مصلحة المتعاقد الآخر الذى لم يكن له دخل فى حدوث الإكراه ، مما يؤدى إلى عدم استقرار المعاملات . وقد عمد القانون هنا كما فعل فى التدليس إلى التوفيق بين الإعتبارين السابقين ، فلم يعتد

بالإكراه الصادر من غير المتعاقدين ، إلا إذا كان المتعاقد مع المكره يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه (م ١٢٨) .

وعلى ذلك إذا صدر الإكراه من قريب أو صديق للمتعاقد ، ولم يكن هذا المتعاقد يعلم بهذا الإكراه ، ولا كان من المفروض فيه أن يعلم به ، فلا يجوز للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إستنادا إلى ذلك الاكراه ، وذلك حتى لا يفاجأ المتعاقد معه ، ولا يكون أمام المكره سوى الرجوع على الغير الذى صدر منه الإكراه بالتعويض وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، على أساس أن التهديد الذى صدر عنه يعتبر عملا غير مشروع يلزمه بتعويض الضرر المترتب عليه .

أما إذا كان المتعاقد مع المكره يعلم بصدور الإكراه من الغير ، أو كان من المفروض فيه أن يعلم به ، فإنه يكون للمكره أن يطلب إبطال العقد .

ولتقدير ما إذا كان من المفروض فى المتعاقد أن يعلم بصدور إكراه من الغير ، ينظر إلى الظروف والملابسات التى أحاطت بإبرام العقد ، فإذا كان من شأن إبرام العقد فى تلك الظروف وهذه الملابسات ، أن أى شخص معتاد لو وجد فى مركز المتعاقد مع المكره لعلم بأنه ضحية إكراه دفعه إلى قبول التعاقد ، أعتبر أن المتعاقد مع المكره كان من المفروض حتما أن يعلم بالإكراه .

ويلاحظ أن الرهبة التى تدفع إلى التعاقد ، قد تنشأ أحيانا لا عن أحد المتعاقدين ولا عن شخص من الغير ، بل عن أحوال وظروف لا دخل لإرادة الإنسان فيها ، كما لو أشرف طفل على الغرق ، فطلب أبوه من أحد أصحاب القوارب إنقاذه ، فلم يرض صاحب القارب بذلك إلا نظير أجر باهظ ، فرضى الأب بذلك تحت تأثير خشيته من الخطر المحدق الذى يهدد ابنه .

وهنا يعتبر الأب مكرها على التعاقد ، لأن المتعاقد معه وإن لم يكن هو مصدر الإكراه ، إلا أنه كان يعلم بالرهبة المتوافرة لدى الأب ، وقد إستغلها للضغط على إرادة الأب وحمله على التعاقد بشروط لم يكن ليقبلها لو لم تتوافر تلك الرهبة ، رغم أن التهديد بالأذى لم يصدر عن صاحب القارب ولا عن غيره بل عن الظروف التى أوجدت الطفل فى حالة الإشراف على الغرق .

وينطبق ذات الحكم فى حالة ما إذا احتاجت زوجة إلى عملية جراحية عاجلة ، فلم يرض الجراح الذى طلبه الزوج بإجراء الجراحة إلا مقابل أتعاب باهظة ، تزيد كثيراً على ما يتقاضاه جراح فى مثل مستواه الفنى والمهنى(٣) .

١٣٤ ــ اثبات الاكراه :

يقع على عاتق المتعاقد الذى يدعى أنه أبرم العقد تحت ضغط الخوف الناجم عن تهديده بالأذى أن يثبت توافر جميع الأركان اللازمة لوجود الإكراه، ونظراً لتعلق الأمر بوقائع وأفعال مادية ، فانه يستطيع أن يستعين فى ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن .

١٣٥ ــ جزاء الاكراه :

يترتب على ثبوت إبرام العقد تحت تأثير الخوف أن يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المكره ، فيستطيع هذا المتعاقد أن يطلب إبطال العقد للاكراه فى أى وقت ، ما لم يسقط حقه فى الإبطال بالإجازة أو بالتقادم .

وإلى جانب إبطال العقد ، يثبت للطرف المكره الحق فى مطالبة الشخص

---

(٣) وتنص بعض التشريعات صراحة على الاعتداد بالتهديد الناتج عن الظروف : انظر على سبيل المثال المادة ٢١٠ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى .

الذى هدده بالأذى بتعويض الضرر الذى أصابه من جراء ذلك ، لأن التهديد بالأذى غير المشروع يعتبر عملا غير مشروع ، أى خطأ ، وكل خطأ يلزم مرتكبه بتعويض الضرر الناشى عنه .

وفضلا عما تقدم قد يتوافر فى الفعل أركان جريمة من الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات ، كجريمة الضرب والجرح العمد(٤) ، وجريمة التهديد(٥) .

المبحث الرابع

الغبن الاستغلالى(١) أو الاستغلال

١٣٦ — الغبن الاستغلالى هو التفاوت بين قيمة مايعطيه أحد المتعاقدين وقيمة مايأخذه نتيجة لاستغلال المتعاقد الآخر طيشه البين أو هواه الجامح .

ويلاحظ أن الأصل فى الغبن أنه لايفسد الرضا ، فتكون إرادة المغبون سليمة ولو كانت قيمة ماأعطاه أقل من قيمة ما أخذه ، لأن التوازن الاقتصادى بين مركز كل من المتعاقدين ليس شرطا لا لانعقاد العقد ولا لصحته ، فكل ما يعنى به القانون هو إقامة توازن قانونى ، وهذا التوازن يتحقق إذا كان كل من المتعاقدين كامل الأهلية ، وكان رضاه بالعقد حرا كاملا .

واستثناء من الأصل المتقدم يعتد القانون المصرى بالغبن إذا كان نتيجة استغلال أحد المتعاقدين لضعف فى المتعاقد الآخر ، فالغبن المادى وحده وهو

---

(٤) المواد ٢٣٦ و ٢٤٠ و ٢٤١ من قانون العقوبات .

(٥) المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات .

(١) التسمية للاستاذ مصطفى الزرقاء فى نظرية الالتزام العامة ، الجزء الاول المصادر ، الطبعة الرابعة دمشق عام ١٩٦٤ ص ٢٠٦ ، وانظر فى هذا الموضوع بصفة عامة : توفيق حسن فرج فى رسالته عن نظرية الإستغلال فى القانون المدني المصري . الاسكندرية ١٩٥٧ .

مجرد عدم التعادل أو التوازن بين قيمة ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه لا يعتبر عيبا من عيوب الإرادة ولا يؤثر فى صحة العقد .

كذلك فان استغلال أحد المتعاقدين للضعف الذى وجد لدى المتعاقد الآخر لا يعيب الإراة ولا يؤثر فى صحة العقد إذا كان هذا العقد لا غبن فيه .

المطلب الأول

شروط الغبن الإستغلالى

١٣٧ — يستخلص من المادة ١٢٩ من القانون المدنى(٢) ، أنه يشترط لتحقق الغبن الاستغلالى توافر ركنين :

الركن الأول — وجود غبن أى تفاوت وعدم تعادل بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر . ويطلق على هذا الركن : الركن المادى .

الركن الثانى — إستغلال المتعاقد الآخر لضعف فى المتعاقد المغبون قد يكون هو طيشه البين أو هواه الجامح . وهذا هو الركن النفسى .

واتكلم فيما يلى عن كل من هذين الركنين .

١٣٨ — **الركن المادى : عدم التعادل .**

يجب حتى يكون هناك غبن استغلالى أن تكون التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل أو لاتتوازن مع التزامات المتعاقد الآخر ، أى أن تكون قيمة المنفعة التى يحصل عليها المتعاقد من العقد تقل عن قيمة المنفعة أو الفائدة المقابلة التى

---

(٢) وهى تنص على انه : « اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او ان ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

حصل عليها المتعاقد الآخر . فإذا كانت القيمتان متعادلتين ولا تفاوت بينهما ، ولا تفاوت بينهما ، فلا يكون ثمة غبن .

ولكن هل يكفى لتعيب الرضاء أن أى تفاوت بين التزامات المتعاقدين أم يشترط فى هذا التفاوت درجة معينة من الجسامة ؟ يشترط القانون لوجود الغبن أن تكون التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر (م ١٢٩) ؛ أى أن يكون هناك تفاوت فاحش أو جسيم بين قيمة التزامات كل من فى العقد . أما إذا كان التفاوت يسيرا ، فإنه لا يعتبر غبنا يعتد به .

ولم يضع القانون معياراً جامدا لاختلال التعادل أو التفاوت الفاحش ، ولذلك فإن تقدير ما إذا كان هناك تفاوت فاحش يعتبر مسألة تفصل فيها محكمة الموضوع وفقا لظروف كل عقد على حدة .

ولتقدير قيمة التزامات المتعاقد لمقارنتها بقيمة التزامات المتعاقد الآخر ، ينظر إلى القيمة الشخصية للإلتزام ، أى إلى قيمة الإلتزام بالنسبة للدائن به ، ولا ينظر إلى قيمته المادية أى قيمة مثله فى السوق .

ولا يقصد بالقيمة الشخصية القيمة التى قبلها الطرف المغبون فعلا مقابلا لإلتزاماته ، لأن الاعتداد بالقيمة التى قبلها المغبون يؤدى إلى عدم وجود إختلال بين هذه القيمة وقيمة التزامات المتعاقد معه ، أى عدم وجود غبن .

ونمثل بالفرق بين القيمة الشخصية والقيمة المادية بالمثال الآتى : طابع بريد قديم قيمته فى سوق طوابع البريد مائة جنيه ، فتعتبر قيمته المادية مائة جنيه .

أما بالنسبة لمن يمتلك مجموعة من الطوابع لا ينقصها سوى الطابع السابق لتكتمل فإن قيمة هذا الطابع ترتفع وتصبح ألف جنيه .

فى هذه الحالة إذا اشترى صاحب المجموعة هذا الطابع بألف جنه أو بما يزيد قليلا ، لا يكون قد وقع فى غبن . لأنه دفع ألف جنيه فى طابع قيمته ألف جنيه .

أما إذا اشترى الطابع بخمسة آلاف جنيه ، فيكون هناك غبن ، لأن قيمة التزامات البائع له ألف جنيه ، وقيمة التزاماته خمسة آلاف جنيه ، فيكون هناك تفاوت فاحش وجسيم بين القيمتين(٣) .

١٣٩ — والعبرة فى تقدير وجود الغبن هى بوقت إبرام العقد(٤) ، فتقارن قيمة التزامات كل من الطرفين فى ذلك الوقت لتقدير ما إذا كان هناك تفاوت بينها أم لا ، ولاعبرة بالتغيرات التى تطرأ على هذه القيمة بعد العقد ، وعلى ذلك إذا لم يكن هناك تفاوت بين الالتزامات وقت إبرام العقد ، أو كان هناك تفاوت يسير ، فلا نكون بصدد غبن يعتد به القانون ، ولو كان من أثر تغير الظروف الإقتصادية بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه أن ارتفعت قيمة بعض الالتزامات أو انخفضت ، بحيث أصبح هناك عدم توازن فادح بين التزامات المتعاقدين(٥) .

وإذا كان العقد البات قد سبقه وعد بالتعاقد ، فيرجع فى تقدير الغبن الواقع على الواعد إلى يوم انعقاد الوعد بالعقد لا إلى يوم إبرام العقد البات(٦) .

١٤٠ — الركن النفسى : استغلال ضعف المتعاقد المغبون .

لايكفى وجود عدم تعادل فاحش وشاذ حتى تتعيب الإرادة ، بل يجب

(٣) السنهورى ص ٣٩٤ رقم ٢٠٦ ، توفيق فرج ص ٢٢٩ رقم ٩٠ .

(٤) توفيق فرج ص ٢٧٣ رقم ١٠٨ .

(٥) فعدم التوازن الطارىء تعالجه فكرة الظروف الطارئة لا فكرة الغبن الاستغلالى ، وقد نص عليها القانون المدنى المادة ١٤٧ منه : انظر توفيق فرج ص ٢٨١ رقم ١١٢ .

(٦) أما تقدير الغبن الواقع على الموعود له فيكون بالنظر الى وقت اظهار ارادته اى الى يوم ابرام العقد لبات . قارن توفيق فرج ص ٢٧٨ رقم ١١٠ حيث يبدو أنه يرى الاعتداد بوقت الوعد بالنسبة للطرفين .

فضلا عن ذلك أن يكون السبب فى عدم التعادل هو أن المتعاقد الآخر قد استغل ضعفاً لدى المتعاقد المغبون ، مما أدى إلى قبوله لالتزاماته رغم عدم تعادل قيمتها مع قيمة التزامات المتعاقد الآخر .

فيشترط لتحقق هذا الركن النفسى أن يكون هناك ضعف فى المتعاقد المغبون ، وأن يكون المتعاقد الآخر قد استغل هذا الضعف .

١٤١ — أولا — ضعف المتعاقد المغبون :

وقد حدد القانون صور هذا الضعف بصورتان هما : الطيش البين والهوى الجامح (م ١٢٩) .

ويلاحظ على الضعف الذى يشترطه القانون أنه لا يصل فى تأثيره إلى حد المساس بعقل المتعاقدين وتمييزهم كما يفعل الجنون أو العته أو الغفلة أو السفه ، ولذلك فان الأشخاص الذى يتعاقدون تحت تأثير الطيش أو الهوى تكون أهليتهم كاملة ، ولا تكون عقودهم معيبة لمجرد إبرامها فى ظل الضعف المتقدم ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون هناك عدم تعادل جسيم بين قيمة التزامات المتعاقد الضعيف والتزامات المتعاقد الآخر .

الطيش البين :

الطيش البين هو النزق الواضح أو الخفة الواضحة ، أى التسرع فى الحكم على الأمور وقبول التعاقد دون تروٍ أو تدبر فى النتائج المترتبة على العقد(٧) .

ومثال ذلك أن يعرض شخص على آخر المساهمة فى مشروع مالى عاجل ، ونظراً لعدم توافر نقود سائلة مع هذا الأخير ، يقدم على بيع سيارته بثمن يقل كثيراً عن قيمتها حتى يوفر النقود اللازمة للإشتراك فى المشروع .

---

(٧) وديع فرج ص ١٣٣ ، وقرب توفيق فرج ص ٢٨٧ رقم ١١٤

الهوى الجامح :

هو الميل الشديد نحو شخص من الأشخاص أو شيء من الأشياء ميلا لايمكن السيطرة عليه .

ومثال الهوى الجامح أن تعشق زوجة رجلاغير زوجهاوتطلب من زوجها أن يطلقها لتتزوج بمن تحب ، فينتهز الزوج هذه الفرصة ويجعلها تهبه قدرا كبيراً من أموالها ، أو تبيع له بعض هذه الأموال مقابل ثمن يقل كثيرا عن قيمتها .(٨)

ولا يشترط فى الصفتين السابقتين الطيش البين والهوى الجامح أن تكونا صفات ملازمة للمتعاقد ، فيكفى أن تكون الصفة متوافرة لدى المتعاقد وقت إبرام العقد المطعون فيه ، فلا يشترط فى الطيش أوالهوى أن يكون مستمراً (٩) بخلاف الوضع بالنسبة لصفتى الغفلة والسفه فهما تمثلان حالة دائمة لدى الشخص ويكشفان عن سلوك معتاد فى حياته(١٠) .

١٤٢ — ثانيا — قصد استغلال الضعف :

لايكفى أن يكون لدى الطرف المغبون ضعف متمثلا فى طيش بين أوهوى جامح ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون المتعاقد مع المغبون قد أراد استغلال هذا الضعف . وذلك يقتضى بداهة أن يكون المتعاقد مع المغبون على علم بالضعف المتوفر لديه(١١) ، فإذا كان جاهلا لوجودهذا الضعف ، فلا يمكن أن ينسب إليه قصد أو إرادة استغلاله ، وبالتالى لايتعيب العقد.

وتوافر قصد أو إرادة استغلال ضعف الطرف المغبون لا يتطلب أن

---

(٨) انظر استئناف مصر فى ١٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٦ — ٣٣٩ — ٧٢٣ .

(٩) توفيق فرج ص ٢٨٧ — ٢٨٨ رقم ١١٤ ، ص ٩٠، رقم ١١٥ .

(١٠) توفيق فرج ص ٢٩٥ رقم ١١٧

(١١) توفيق فرج ص ٣١٣ — ٣١٤ رقم ١٢٢

يكون المتعاقد معه هو الذى دفعه أو حثه على التعاقد ، فيكفى لوجود قصد الاستغلال الرغبة فى الإستفادة من ضعف المتعاقد المغبون ، ولو كان هذا الأخير هو الذى سعى إلى إبرام العقد .

١٤٣ — اثبات ركن الاستغلال :

يلتزم المتعاقد المغبون الذى يدعى أن الغبن الذى أصابه كان نتيجة استغلال المتعاقد الآخر أن يثبت :

١ — وجود الطيش أو الهوى . وهو يستطيع أن يفعل ذلك بالاستعانة بجميع طرق الاثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن ، لعلق الأمر بوقائع مادية . فإقامة البائع فى الخارج بصفة دائمة يشكل قرينه على عدم معرفته قيمة العقارات وعدم خبرته بأثمان الأراضى داخل وطنه .

٢ — أن المتعاقد الآخر كان على علم بالضعف المتوفر لدى المتعاقد المغبون وأنه قصد استغلال هذا الضعف والتعاقد بشروط تحقق له مزايا وتجحف بالطرف الآخر .

واثبات هذا العلم يتم كذلك بجميع طرق الإثبات ، ومن القرائن التى تفيد فى ذلك صلة القربى الوثيقة التى تكون بين المتعاقدين(١٢) وشهرة طيش المغبون أو هواه بين الناس .

ومتى ثبت علم المتعاقد بحالة المتعاقد المغبون ، فإن هذا العلم يقوم قرينة على قصد استغلال هـــذه الحالة . فلا يلتزم المغبون باثبات توافر هذا القصد لدى المتعاقد معه ، لأنه مسألة نفسية داخلية لا يمكن إثباتها إلا بأمور خارجية .

---

(١٢) قرب : اسماعيل غانم ص ٢٣١ رقم ١١٦ .

المطلب الثانى

مجال الغبن الاستغلالى وجزاؤه

١٤٤ — مجال الغبن الاستغلالى :

لاشك أن الغبن الاستغلالى إذا توافرت شروطه يعيب الإرادة فى عقود المعاوضة ، وهى العقود التى يعطى فيه كل متعاقد مقابلا لما يأخذ ، فالمعاوضات هى المجال الطبيعى لوجود الغبن الاستغلالى الذى يتطلب عدم التعاون بين التزامات أحد المتعاقدين مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد (م ١٢٩) .

وينطبق الغبن الاستغلالى على جميع عقود المعاوضة، سواء(١٣) أكانت عقوداً محددة أم كانت عقوداً احتمالية (عقود غرر) ، مع مراعاة أنه لتقدير توافر الغبن فى هذه العقود تتعين المقارنة بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة وقت التعاقد ، لا بين ما يحصل عليه كل من المتعاقدين وما يعطيه فعلا ، لأنه لايمكن تحديد ذلك وقت إبرام العقد(١٤) .

ولكن هل يمكن تطبيق نظرية الاستغلال أو الغبن الاستغلالى على عقود التبرع كالهبات ؟

إذا نظرنا إلى الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ وحدها ، لقلنا أنه لا يمكن تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع ، لأن وجود الغبن يفترض وجود أداءات متقابلة على عاتق كل من الطرفين ، وعدم تعادل قيمة أداءات كل طرف مع أداءات الطرف الآخر ، فهذه الفقرة تتطلب لوجود الغبن أن تكون « التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة

---

(١٣) توفيق فرج ص ٢٦٩ رقم ١٠٧ .

(١٤) اسماعيل غانم ص ٢٢٨ رقم ١١٥ ، توفيق فرج ص ٢٦٩ رقم ١٠٧ .

بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وبعبارة أخرى تتطلب عقد معاوضة .

ولكن إذا نظرنا إلى الفقرة الثالثة من نفس المادة وجدناها تخصص حكماً لعقود المعاوضة فتقرر : ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن .

ولا يفهم لهذا التخصيص معنى إلا إذا كان الأصل فى نظرية الاستغلال أن تنطبق على المعاوضات والتبرعات على حد سواء ، ولكن لا ينطبق حكم الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ إلا على عقود المعاوضة فقط .

والرأى الراجح فى الفقه هو أن نظرية الاستغلال تنطبق على عقود التبرع كما تنطبق على عقود المعاوضة(١٥) .

ولكن لا يشترط للطعن فى عقود التبرع بالاستغلال وجود العنصر المادى وهو عدم التعادل الفادح بين التزامات المتعاقدين . فالفرض فى عقود التبرع أن المتبرع له لا يلتزم بأى أداء ، ولا يقدم أية فائدة للمتبرع ، فيكفى للطعن فى عقود التبرع وجود العنصر النفسى وهو استغلال طيش المتبرع البين أو هواه الجامح للحصول على منافع أو فوائد لم تجر العادة بالتبرع بها بمثل القيمة التى تبرع بها الطائش أو الواقع فى الهوى .

والقول بانطباق نظرية الاستغلال على التبرعات بشروط تختلف عن الشروط التى تنطبق بها هذه النظرية على عقود المعاوضة أمر غير مقبول ، والأولى القول بقصر نظرية الاستغلال على عقود المعاوضة ،

---

(١٥) السنهورى ص ٣٩٦ رقم ٢٠٦ ، سليمان مرقص ص ١٧٨ رقم ٢٠١ ، انور سلطان ص ١٧٨ رقم ١٥٠ ، حشمت أبو ستيت ص ١٨٢ رقم ١٩٢ ، اسماعيل غانم ص ٢٢٨ — ٢٢٩ رقم ١١٥ ، وعكس ذلك توفيق فرج ص ٢٤٨ رقم ٩٩ ، ومحمود جمال الدين زكى ص ١٥٧ رقم ٩١ حيث يرى ان عبارة المادة ١/١٢٩ تقطع باقتصارها على المعاوضات .

وإخضاع عقود التبرعات لفكرة أخرى أخذ بها الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر رغم عدم وجود نص تشريعى هى فكرة أو نظرية الاستهواء أو الاستغواء .Captation ، ومضمونها أنه إذا حصل شخص من آخر على منفعة دون مقابل نتيجة لتأثيره على إرادته فى وقت كان فيه المتبرع ضعيف الإرادة لمرض ، أو كبر فى السن ، أو ماشابه ذلك ، فإن للمتبرع أن يتمسك ببطلان هذا التبرع ، إذا كانت القيمة المتبرع بها أكبر بكثير مما إعتاد الناس التبرع به فى مثل الظروف التى تم فيها(١٦) .

١٤٥ ــ جزاء الغبن الاستغلالى .

إذا توافرت أركان الغبن الاستغلالى ، فإنه يكون للمتعاقد المغبون أن يختار بين طلب توقيع جزاءين : إبطال العقد أو إنقاص التزاماته .

١٤٦ ــ ابطال العقـــد .

للمتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد الذى أبرمه نتيجة لاستغلال المتعاقد الآخر لطيشه البين أو هواه الجامح .

ولكن لا يلتزم القاضى الذى يطلب منه إبطال العقد بأن يقضى بهذا الإبطال ولو ثبت له توافر جميع أركان الغبن الاستغلالى ، فله أن يكتفى بتوقيع الجزاء الآخر وهو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون .

١٤٧ ــ انقاص التزامات المغبون .

يجوز للمتعاقد المغبون بدلا من أن يطلب إبطال العقد ، أن يكتفى بطلب إنقاص الإلتزامات التى يفرضها عليه العقد ، ويلجأ المغبون إلى هذا الجزاء إذا كان من مصلحته الإبقاء على العقد ، لأن إبطاله يلزمه بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، وذلك يحرمه من المنفعة التى قصد تحقيقها من وراء

---

(١٦) انظر عرض لهذه النظرية وتأييدها : وديع فرج صفحات ١٣٦ الى ١٣٩ ، وانظر كذلك توفيق فرج ص ٢٥٠ رقم ١٠٠ وما بعدها .

إبرام العقد(١٧) .

كذلك يجوز للقاضى أن يكتفى بالحكم بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون ، ولو كان هذا المتعاقد قد طلب إبطال العقد . وذلك إذا رأى أن ذلك يكفى لرفع كل أثر للإستغلال ، ولا رقابة لمحكمة النقض على قاضى الموضوع فى استعماله لسلطته فى ذلك .

وإذا قرر القاضى إنقاص التزامات المتعاقد المغبون فإنه يبين حد هذا الإنقاص ، والراجح أنه لا يشترط أن ينقص هذه الإلتزامات إلى الحد الذى يجعل قيمتها معادلة تماماً لقيمة الفائدة التى حصل عليها المتعاقد المغبون بموجب العقد أو لقيمة إلتزامات المتعاقد الآخر ، بل يكفى أن يكون الإنقاص إلى الحد الذى يجعل التفاوت بين القيمتين يسيراً لا فاحشاً(١٨) .

ويلاحظ أنه إذا طلب المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته منذ مبدأ الأمر ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم بإبطال العقد ، وإلا فإنه يكون قد قضى بأكثر مما طلبه المدعى وهو مالا يجوز .

ويتقيد المتعاقد المغبون بأن يرفع دعوى إبطال العقد أو إنقاص التزاماته خلال سنة من تاريخ إبرام العقد (م ١٢٩/٢) ، فإذا مضت السنة دون أن يرفع هذه الدعوى سقط حقه فى إقامته ، فإذا رفعها بعد ذلك كانت غير مقبولة . ويسقط حق المغبون فى رفع الدعوى بعد سنة من تاريخ العقد ولو كان لم يعلم بالغبن الذى أصابه إلا بعد مضى هذه السنة .

وهذا تشدد ليس له أى مبرر ، ذلك أنه إن كان تقصير مدة سقوط دعوى الإبطال أو إنقاص الإلتزام لمدة سنة واحدة يجد مبرره فى الرغبة فى حسم المنازعات التى تثور حول إستغلال أحد المتعاقدين للآخر ، حتى لا يبقى العقد معلقاً مدة

---

(١٧) توفيق فرج ص ٣٤٠ رقم ١٣٦ .
(١٨) عكس ذلك تناغو ص ٦٧ رقم ٥٩ .

طويلة على دعوى مجال الإدعاء فيهافسيح(١٩) ، فإن جعل بدء سريان هذه المدة هو تاريخ إبرام العقد بصرف النظر عن علم المتعاقد المغبون بما أصابه من غبن أو عدم علمه ، لا يستند إلى أى مبرر مقبول(٢٠) بل إنه قد يفوت الحماية التى قصد المشرع إسباغها على المتعاقد المغبون(٢١) .

ويلاحظ أن جزاء الغبن الاستغلالى هو إما إبطال العقد أو إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون ، وعلى ذلك فلا يجوز أن يكون هذا الجزاء هو زيادة التزامات المتعاقد الآخر المستغل إلا إذا قبل هذا المتعاقد ذلك توقياً لإبطال العقد أو لإنقاص التزامات المغبون(٢٢) .

١٤٨ — توقى ابطال العقـد :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على أنه يجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى مناسباً لرفع الغبن .

وبناء على هذا النص إذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد إستناداً إلى الغبن الذى لحق به نتيجة إستغلال المتعاقد الآخر لطيشه وهواه ، فإنه يجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقى الحكم بإبطال العقد إذا عرض مايراه القاضى مناسباً لرفع الغبن .

وعلى ذلك فتقدير كفاية ما يعرضه المتعاقد المستغل لرفع الغبن متروك للقاضى يفصل فيه وفقاً لظروف الحال ، دون معقب عليه من محكمة النقض ، والجوهرى فى هذا الشأن أن للقاضى أن يعتبر مايعرضه المتعاقد المستغل مناسبا لرفع الغبن ، ولو لم يكن من شأن ذلك أن تصح قيمة التزامات كل من

---

(١٩) السنهورى ص ٤٠٤ رقم ٢٠٩ .
(٢٠) اسماعيل غانم ص ٢٣٥ رقم ١١٧ .
(٢١) توفيق فرج ص ٣٥٦ رقم ١٤٥ .
(٢٢) توفيق فرج ص ٣٤٢ رقم ١٣٧ ، اسماعيل غانم ص ٢٣٤ رقم ١١٧ .

المتعاقدين متعادلة تماماً ، مادام أن التفاوت بينها قد أصبح غير فاحش . وبالعكس من ذلك قد يرى القاضى وجوب أن يكفى مايعرضه المتعاقد المستغل لرفع كل الغبن ولو كان يسيرا ، فالمسألة متروكة لتقديره دون أى قيد على سلطته فى هذا الشأن .

ورغم أن النص يتكلم عن توقى دعوى الإبطال ،فإنه من المسلم به أنه إذا كان المغبون قد رفع دعوى إنقاص التزاماته ، فإنه يجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقى هذه الدعوى بعرض مايراه القاضى مناسبا لرفع الغبن ، وذلك من باب أولى ، لأن الانقاص أقل خطورة من الإبطال[٢٣] .

ويبقى للمتعاقد المستغل توقى الإبطال أو إنقاص التزامات المستعاقد المغبون طالما لم يصدر بذلك حكم نهائى ، وعلى ذلك فإنه حتى بعد صدور الحكم الإبتدائى بإبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون .يستطيع المستغل أن يتوقى تأييد هذا الحكم فى الإستئناف إذا عرض ماتراه هذه المحكمة كافياً لرفع الغبن[٢٤] .

ويرى بعض الشراح أن قيام القاضى بانقاص التزامات المتعاقد المغبون ، يعنى أنه قد أجاز العقد القابل للإبطال ثم قام بتعديله بعد ذلك ، وأن هذا التعديل يترتب عليه من الناحية الفنية تجديد الإلتزامات الناشئة عنه ، أى إنقضاء الالتزامات القديمة الناشئة عن العقد ونشأة التزامات جديدة مصدرها حكم القاضى وهى التزامات قضائية وليست عقدية[٢٥] .

---

(٢٣) اسماعيل غانم ص ٢٣٣ هامش ١ .

(٢٤) قارن توفيق فرج ص ٣٤٤ رقم ١٣٩ حيث يبدو انه يجيز توقى الابطال ولو بعد صدور حكم نهائى . وقارن اسماعيل غانم ص ٢٣٣ هامش ٢ حيث يبدو انه يرى أن صدور الحكم ولو فى محكمة أول درجة من شأنه أن يسقط حق المتعاقد المستغل فى توقى الابطال .

(٢٥) تناغو ص ٦٨ رقم ٥٩ .

١٤٩ ــ الاعتداد بالغبن فى بعض الحالات ولو لم يكن نتيجة استغلال .

يلاحظ أن إشتراط أن يكون الغبن نتيجة إستغلال وفقا للأحكام السابقة هو القاعدة العامة .

ولكن تطبيق الأحكام السابقة لايخل بالأحكام الخاصة التى جاء بها المشرع للغبن فى بعض العقود أو بسعر الفائدة (م ١٣٠) .

فالقانون يجيز بنصوص خاصة الطعن بالغبن فى بعض العقود ، ولو لم ينتج الغبن عن إستغلال طيش بين أو هوى جامح لدى المتعاقد المغبون ، وفى هذه الحالات تطبق الأحكام الخاصة التى أتى بالمشرع إذا توافرت شروط إنطباقها ، ومثال ذلك أن المادة ٤٢٥ من القانون المدنى تجيز الطعن فى بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، وأن المادة ٨٤٥ تنص على أنه يجوز نقض قسمة المال الشائع الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس .

كذلك فإن القانون يضع حداً أقصى لسعر الفائدة ، هو سبعة فى المائة بحيث لا يجوز الاتفاق على مايزيد على هذا الحد ، فإذا اتفق على فوائد تزيد على السعر الذى وضعه المشرع ، وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد مادفع زائدا على هذا القدر ، ولو كان الدائن لم يستغل طيشاً بيناً أو هوى جامحاً لدى المدين لحمله على قبول فائدة تزيد على الحد الأقصى (م ٢٢٧) .

الفصل الثالث

محل العقد

١٥٠ — إن العقد كما رأينا هو توافق إرادتين على إنشاء التزامات ولذلك فإن إنشاء الالتزامات يعتبر هو محل العقد. والإلتزام بدوره لاينشأ إلا إذا كان له محل. وبناء على ذلك فإن وجود محـــل للالتزام يعتبر شرطا لنشأة الالتزام وبالتالى لوجود محل العقد، ولذلك جاز أن يعتبر محل الالتزام فى نفس الوقت محلا للعقد ذاته.

١٥١ — تحديد محل الالتزام :

الإلتزام كما قدمنا واجب قانونى مضمونه قيام المدين بعمل معين أو امتناع من عمل، فمحل الالتزام هـــو العمل أو الامتناع المطلوب من المدين.

وإذا كان العمل المطلوب من المدين يتضمن نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عينى آخر عليه كحق انتفاع أو ارتفاق، فان الالتزام بالعمل يسمى الالتزام بالاعطاء Obligatin de donner تمييزاً له عن سائر الالتزامات الأخرى التى يكون موضوعها عملا من الأعمال دون أن تتضمن نقل الملكية أو حقاً عينياً آخر.

المبحث الأول

شروط محل الالتزام

يشترط فى محل الالتزام ثلاثة شروط :

١ — أن يكون معيناتعييناً كافيا.

٢ — أن يكون ممكنا.

٣ — أن يكون مشروعا.

١٥٢ — أولا — وجوب تعيين محل الالتزام .

من البدهى والالتزام يوجب على المدين القيام بأداء معين لمصلحة الدائن ويجبره على ذلك إن امتنع عن القيام به إختيارا . أنه يجب أن يكون الآداء المطلوب من المدين معينا وإلا فكيف نطلب منه أن يقوم بأداء لا يعرف ماهيته ولا مداه؟

وعلى ذلك إذا كان الأداء المطلوب هو عمل أو فعل لا يتضمن نقل ملكية شيء فيجب تعيين طبيعة هذا العمل ومداه ببيان أن العمل المطلوب هو مثلا وضع تصميم لمنزل ، أو إجراء عملية جراحية ، أو إصلاح سيارة ، أو نقل بضاعة .

كذلك يجب تعيين مدى هذا العمل ، فإذا كان العمل المطلوب هو إصلاح سيارة وجب تعيين محل الإصلاح هل هو هيكلها الخارجى ، أو محركها أم هو الإثنان معا . وإذا كان العمل نقل بضاعة وجب تعيين نوع هذه البضاعة وكميتها أو وزنها ، والمكان الذى تنقل منه والمكان الذى تنقل اليه .

وإذا كان العمل المطلوب يتضمن نقل الملكية أو إنشاء حق عينى آخر أى إذا كنا بصدد التزام باعطاء ، فإن موضوع هذا الالتزام يتعين بتعيين الشيء المطلوب نقل ملكيته أو إنشاء الحق العينى عليه .

ويتعين الشيء أولا ببيان نوعه ، هل هو منزل أم أرض أم سيارة أم طعام مثلا .

ولكن الشيء لا يعتبر معينا تعيينا كافيا ببيان نوعه ، فالمنازل مثلا تختلف فى مواقعها وأحجامها وأعمارها ، والسيارات تختلف فى أشكالها وأحجامها وتواريخ صنعها ، ولذلك فإن التعيين الكافى للشيء يتطلب أكثر من مجرد بيان نوعه ، ومن أجل ذلك نفرق بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية .

فالأشياء المثلية يكتفى بتعيين نوعها ومقدارها ، فإذا كان الشيء المطلوب نقل ملكيته من الحبوب مثلا ، وجب تعيين نوعه بأنه قمح أو شعير أو ذرة ، ثم تعيين مقداره بأنه كذا أردب أو كذا كيلو ، ولا يشترط لكفاية التعيين بيان درجة جودة الشيء ، فينعقد العقد ولو لم يتضمن تحديدا لدرجة الجودة .

وتستخلص درجة الجودة الواجب أن يكون الشيء عليها من العرف أو من أى ظرف آخر ، فإذا لم يمكن استخلاص درجة الجودة إلتزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (م ١٣٣/٢) .

ويلاحظ أنه إذا كان محل الإلتزام نقودا ، فإن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أى أثر (م ١٣٤) ، فلا يجوز للدائن أن يطالب المدين بقدر من النقود أكثر مما هو محدد فى العقد استناداً إلى أن القوة الشرائية للنقود قد انخفضت .

أما إذا كان الشيء من القيميات ، فيجب فضلا عن بيان نوعه بيان أوصافه التى تميزه عن غيره ، فإذا كان الشيء عبارة عن منزل وجب تحديد اسم الشارع يقع به ورقمه ، ومساحة الأرض المقام عليها ، وبيان حدوده الأربعة ، ثم عدد أدواره وهكذا . وإذا كان الشيء سيارة وجب بيان « ماركتها » وتاريخ صنعها ورقمها إذا كانت مستعملة .

١٥٣ ــ الاكتفاء بالقابلية للتعيين :

على أنه كان الأصل هو وجوب أن يكون موضوع الالتزام معينا وقت نشوئه ، فإن القانون قد خفف من هذا الأصل فأجاز نشوء الالتزام دون تعيين لموضوعه بشرط أن يكون هذا الموضوع قابلا للتعيين فيما بعد بأن يتضمن العقد مثلا الاسس التى تسمح بهذا التعيين ، كأن يفوض المتعاقدان شخصاً غيرهما فى إجراء هذا التعيين .

وقد نص القانون صراحة على أنه يكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره (المادة ١٣٣) .

وعلى ذلك يجوز لمصنع من المصانع أن يتفق مع تاجر فحم على أن يورد له الفحم الذى يحتاجه خلال عام ، والذى تتحدد كميته بموجب أمر توريد يرسله المصنع إلى التاجر فى بداية كل شهر ، دون تحديد للكمية الإجمالية للفحم مقدما . فهنا مقدار الفحم غير معين فى العقد ، ولكن العقد قد تضمن بيان كيفية تحديده فيما بعد ، فيعتبر محل الالتزام قابلا للتعيين ويكفى ذلك لنشوء الالتزام وبالتالى لانعقاد العقد صحيحاً .

وأخيراً إذا كان محل الإلتزام إمتناعا عن عمل ، وجب تحديد العمل المطلوب الإمتناع عنه بأنه مثلا منافسة الدائن فى تجارة الفاكهة بحى معين . أو التمثيل على المسرح خلال فترة معينة ، وهكذا .

١٥٤ — جزاء عدم التعيين .

إذا لم يعين محل الإلتزام فى العقد ، ولم يتضمن العقد الأسس التى تسمح بتعيينه مستقبلا ، فإن العقد يقع باطلا بطلانا مطلقاً أى لا ينعقد ، والعلة فى ذلك أنه بدون تعيين لمحل الالتزام لا يمكن التحقق من تطابق التعبير عن أو التمثيل على المسرح خلال فترة إرادتى التعاقد .

١٥٥ — ثانيا — وجوب أن يكون المحل مشروعا .

يجب أن يكون محل الالتزام مشروعا ، فإذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا (م ١٣٥) .

---

(١) وفى بعض الحالات لا يشترط حتى قابلية الموضوع للتعيين ، فينعقد العقد وينشأ الالتزام ولو كان موضوعه غير معين فى العقد ولم يتضمن العقد أسس تعيينه فيما بعد ، وهذا هو حكم الاجرة فى عقد الايجار حيث ينعقد العقد ولو لم يعين المتعاقدان مقدار الاجرة ، وتتحدد الاجرة فى هذه الحالة بأجرة المثل (م ٥٦٢ مدنى) ، ونصادف ذلك أيضا فى عقد المقاولة (المادة ٦٥٩) ، وفى عقد العمل (المادة ٦٨٢) .

وعلى ذلك إذا كان الالتزام إيجابيا أى بالقيام بعمل معين ، وجب ألا يكون هذا العمل مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، فإذا تحققت هذه المخالفة كان محل الإلتزام غير مشروع . وهذا هو وصف جميع الأعمال التى يحرمها قانون العقوبات ويفرض عقوبة على إرتكابها . وعلى ذلك فالقتل والسرقة والتجسس وإدارة أماكن الدعارة أو القمار كلها تعتبر أعمالا غير مشروعة ، وبالتالى لا تصلح محلا للإلتزام ، فإذا تعاقد إثنان على عمل من هذه الأعمال كان عقدهما باطلا بطلانا مطلقاً .

وإذا كان الالتزام سلبياً أى بالإمتناع عن عمل ، وجب ألا يكون القيام بهذا العمل واجباً يفرضه القانون على سبيل الحتم ، فإذا كان القانون يفرض القيام بهذا العمل، فإن الإلتزام بالآمتناع عن إتيانه يكون غير مشروع ، وعلى ذلك إذا تعهد شخص لآخر بالإمتناع عن اوفاء بالضرائب المستحقة عليه للدولة ، أو بعدم أداء الشهادة فى دعوى استدعى للشهادة فيها ، أو بعدم الإدلاء بصوته فى الإنتخابات العامة ، فإن محل الإلتزام فى كل هذه الأمثلة يكون عملا غير مشروع .

ويعتبر محل الالتزام بالإمتناع غير مشروع كذلك إذا كان يتضمن مساسا بالحرية الشخصية التى كفلها القانون لجميع الناس ، ومثال ذلك الالتزام بالإمتناع عن ممارسة مهنة أو حرفة معينة مدى الحياة ، والالتزام بالإمتناع من الزواج ، والإلتزام بالإقامة فى مكان معين وعدم مبارحته ، والإلتزام بالعمل لحساب صاحب عمل معين مدى الحياة .

وإذا كنا بصدد التزام بإعطاء أى التزام بنقل ملكية شىء أو إنشاء حق عينى عليه ، فيشترط ألا يكون التعامل فى هذا الشىء مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وعلى ذلك لايصح أن يكون الشىء المراد إنشاء الحق عليه مواد

مخدرة أو صوراً فاضحة ، فمثل هذه الأشياء تخرج عن دائرة التعامل ولا يصح أن تكون محلا لإلتزام .

وإذا كان الإلتزام بالوفاء بمبلغ فى النقود ،فمن الواضح أن التعامل بالنقود الوطنية ذات السعر الإلزامى لا يمكن أن يكون غير مشروع ، ولكن فى الحالات التى يضع فيها المشرع حداً أقصى أو حد الأدنى للمقابل الذى يلتزم به المتعاقد، يكون تحديد النقود بأكثر من الحد الأقصى أو بأقل من الحد الأدنى غير مشروع ويتحقق هذا بالنسبة لثمن بعض السلع الأساسية كالخبز ، ولأجرة بعض الأشياء ، كالأماكن المبنية والأراضى الزراعية ، فلا يجوز الاتفاق على ثمن أو أجرة تزيد على الحد الأقصى الذى يقرره القانون. كذلك يقرر القانون حد أدنى لأجور العمال ، فلا يجوز الاتفاق على أجر يقل عن هذا الحد(٢) .

١٥٦ – ثالثا – وجوب أن يكون الموضوع ممكنا .

يجب أن يكون محل الالتزام ممكنا أى أداء يمكن القيام به ، سواء أكان هذا الأداء عملا إيجابياً ، أم امتناعاً عن عمل . فإذا كان محل الالتزام مستحيلا فإن الالتزام لا ينشأ والعقد لا ينعقد ، ويعبر عن ذلك : « لا يكلف أحد بالمستحيل» .

على أن الاستحالة التى تمنع نشوء الالتزام هى الاستحالة المطلقة ، التى لا يمكن لأى شخص تذليلها ، ويكون موضوع الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة إذا كان مستحيلا فى ذاته بحيث لا يمكن لأى شخص أن يقوم به (م ١٣٢ مدنى) ، أما إذا كانت الاستحالة بالنسبة للمدين فحسب ، بحيث كان هو الذى لا يمكنه القيام بالعمل أو الامتناع المطلوب ، فى حين كان غيره يستطيع ذلك ، فإنها تكون استحالة نسبية لا مطلقة ، وهى لا تحول دون

---

(٢) كاربونييه فى القانون المدنى جـ ٢ مجموعة Themis ص ٣٦٧ رقم ١٠٨ .

نشوء الالتزام وانعقاد العقد ،وإذا كان المدين لن ينفذ هذا الالتزام لاستحالة ذلك عليه ، فإن الالتزام ينفذ عن طريق التعويض .

ويلاحظ أن العبرة فى توافر شرط الإمكان هى بوقت إبرام العقد ، فيشترط أن يكون محل الالتزام ممكنا فى هذا الوقت ، فإن كان مستحيلا فإن العقد لا ينعقد أى يقع باطلا بطلاناً مطلقاً . أما إذا كان المحل ممكنا وقت إبرام العقد ولكنه أصبح مستحيلا بعد ذلك ، فإن هذه الاستحالة اللاحقة لا تمنع نشوء الالتزام وانعقاد العقد ، وإن كانت تؤدى إلى انقضاء هذا الالتزام بعد أن نشأ صحيحاً .

والاستحالة المطلقة التى تمنع نشوء الالتزام قد تكون استحالة طبيعية أى ترجع إلى طبيعة محل الالتزام وقدرة الإنسان عامة فى زمن معين ، ومثالها أن يلتزم شخص بأن يطير لمسافة مائة متر دون الاستعانة بأى محرك خارجى ، أو أن يلتزم شخص بالامتناع عن التنفس لمدة نصف ساعة .

وقد تكون الاستحالة قانونية ترجع إلى منع القانون ذاته لمحل الالتزام ، كإستئناف حكم يمنع القانون استئنافه ، أو اكتساب شخص لملكية شىء يمنعه القانون من اكتسابها كما فى شراء الأجانب للأراضى الزراعية فى البلاد التى تمنع تملك الأجانب لهذه الأراضى .

١٥٧ ــ وجود الشىء .

ومقتضى شرط الإمكان أنه إذا كان محل الالتزام يتضمن نقل ملكية شىء أو إنشاء حق عينى عليه فى الحال ، فإنه يشترط أن يكون هذا الشىء موجوداً وقت إبرام العقد ، لأنه لا يمكن تقرير حق عينى على شىء لم يوجد بعد . فإذا لم يكن الشىء موجوداً وقت العقد فإن إنشاء الحق العينى عليه يكون مستحيلا استحالة مطلقة وبالتالى يكون العقد باطلا ، ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر سيارة معينة ثم يتضح أن هذه السيارة قد احترقت

قبل إبرام العقد ، فمن الواضح أنه لا يمكن للبائع ولا لأى شخص آخر أن ينقل ملكية هذه السيارة إلى المشترى ، ولذلك فإن العقد يكون باطلا .

١٥٨ — جواز التعاقد بالنسبة للاشياء المستقبلة .

فى الإلتزامات التى يكون موضوعها نقل الملكية أو إنشاء حقوق عينية أخرى، قد تتجه إرادة المتعاقدين إلى تأجيل نقل أو نشأة الحق إلى موعد فى المستقبل، وفى هذه الحالة لا يشترط لنشوء الالتزام أن يكون الشىء موجوداً وقت إبرام العقد ، بل يكفى أن يكون ممكن الوجود فى المستقبل : فى الوقت المحدد لنشوء الحق عليه . وفى ذلك تنص المادة ١٣١ على أنه يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلا .

ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر ما ستنتجه أرضه بعد شهور من محصول معين ، ففى هذه الحالة ينعقد البيع صحيحاً ، رغم أن محل الالتزام ليس موجوداً وقت إبرامه ، وذلك لأن إرادة المتعاقدين لم تتجه إلى نقل ملكية المحصول فى الحال إلى المشترى ، بل عندما ينضج هذا المحصول ، ولذلك يكفى لانعقاد البيع فى هذه الصورة أن يكون وجود المحصول فى المستقبل ممكنا ، فإذا كان هذا الوجود مستحيلا ، حتى فى المستقبل ، فإن العقد يكون باطلا .

ولذلك يقال أنه يشترط لتحقق شرط الامكان بالنسبة للالتزامات المتعلقة بشىء من الأشياء أن يكون هذا الشىء موجوداً وقت العقد ، أو على الأقل أن يكون قابلا للوجود فى المستقبل ، وذلك بحسب ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين . فالأشياء المستقبلة يصح أن تكون محلا للتعامل .

١٥٩ — استثناء التركات المستقبلة من جواز التعامل فى الاشياء المستقبلة .

الأصل كما قدمنا أنه يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلا ، غير أن القانون قد استثنى من هذا الأصل حالة ما إذا كان الشىء المستقبل عبارة عن تركة ، فنص صراحة على أن التعامل فى تركة إنسان على

قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون (م ١٣١/٢) .

والتركة عموماً هى مجموع ما يتركه الإنسان عنـــد موته من حقوق والتزامات ، ووجود التركة رهين بالوفاة ، فقبل ذلك لا يمكن أن يكون للإنسان تركة ، ولذلك فالتركة المستقبلة لا وجود لها فى الحقيقة إذ هى ماينتظر أن يتركه عند موته إنسان لا يزال على قيد الحياة ، فمن يتعامل بشأن تركة مستقبلة لا يكون له سوى حق احتمالى قد يوجد وقد لا يوجد ، إذ قد يتوفى الشخص دون أن يخلف تركة[٣] .

والتعامل المحظور فى التركات المستقبلة قد يقع من صاحب التركة ذاته ، كما لو اتفق شخص مع ورثته الاحتماليين على توزيع تركته عليهم خلافاً لقواعد الميراث .

وقد يقع التعامل فى التركة المستقبلة من شخص غير صاحب التركة ، كوارث احتمالى يبيع إلى آخر نصيبه الذى سيؤول إليه بالميراث عند وفاة مورثه ، فهذا التعامل باطل حتى ولو تم برضاء المورث .

والعلة فى حظر التعامل فى التركات المستقبلة إذا كان المتعامل هو صاحب التركة ترجع إلى أن قواعد الميراث من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، والتعامل فى التركات المستقبلة من شأنه التغيير فى قواعد الميراث ، ولذلك حظره القانون ضماناً لكفالة تطبيق هذه القواعد[٤] .

أما حظر التعامل فى التركة المستقبلة من غير صاحب التركة كالوارث

---

٣ ــ اما التصرف الذى ينشىء للشخص حقا مؤكدا لا احتماليا ، ولكن يؤجل نفاذه فقط الى حيث وفاة احد طرفيه ، كأن يتفق المدين مع دائنه على تأجيل وفاء الدين الى وقت موته او وقت موت مورثه .

٤ ــ نقض مدنى فى ٢٥ مايو و ١١ نوفمبر و ٧ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة النقض المدنى السنة ١٨ ارقام ١٦٨ و ٢٦١ و ٢٧٨ على التوالى .

الاحتمالى فعلته الرغبة فى حماية هذا الوارث من نزقه ، الذى قد يدفعه إلى بيع ما سيؤول إليه فى المستقبل من أموال بثمن بخس جريا وراء منفعة حالة .

والتعامل فى التركات المستقبلة محظور أيا كانت صورة هذا التعامل ، فسواء ورد على كل التركة أو على نصيب منها ، أو على حق معين من الحقوق الداخلة فيها ، فهو غير جائز ، كذلك يبطل التعامل سواء أخذ صورة بيع أو هبة أو قسمة ، أو صلح أو إيجار .

ولكن يلاحظ أنه رغم إطلاق حظر التعامل فى التركات المستقبلة ، فإن القانون ذاته يجيز بعض صور هذا التعامل بنصوص صريحة ، ومثال ذلك إجازته للوصية وللوقف . فالشخص يجوز له أن يوصى بجزء مما سيخلفه بعد وفاته سواء لأحد ورثته أو لأجنبي .

الفصل السادس

السبب

١٦٠ — تميز بعض التشريعات صراحة بين سبب العقد وسبب الإلتزام[١]. أما القانون المصرى فلانجد فيه تمييزاً صريحا بين هذين السببين، بل أن نصوصه تخلط وفقا للرأى الراجح فى الفقه بين سبب العقد وسبب الإلتزام رغم وجوب التمييز بينهما[٢].

المبحث الأول

سبب العقد أو الباعث على التعاقد[٣]

١٦١ — سبب العقد هو الباعث الدافع أو الرئيسى الذى حمل الشخص على قبول التعاقد، والذى لولاه لما أبرم العقد.

فالشخص قد يتعاقد بناء على أكثر من دافع، ولا تعد هذه الدوافع كلها سببا للعقد، ذلك أنه غالباً ما يكون من بين الدوافع التى تقف وراء إنشاء العقد دافع رئيسى حاسم لولاه لما أقدم الشخص على التعاقد، فيكون هذا الدافع هو سبب العقد، باستبعاد الدوافع الأخرى الثانوية.

فالشخص الذى يقدم على شراء منزل يبرم عقد البيع إستناداً إلى عدة دوافع أو بواعث قد يكون من بينها الرغبة فى إيجاد مسكن ملائم لأسرته،

---

١ — ومثال ذلك الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ١٩٤.

٢ — حشمت أو ستيت ص ٢٣٥ رقم ٢٣٨، سليمان مرقص ص ١٣٤ — ١٣٥ رقم ١٤٩، عبد الحى حجازى ص ٢٣٩ رقم ١٥٥، محمود جمال الدين زكى ص ٢١٤، رقم ١١٦، اسماعيل غانم ص ٢٥٥ — ٢٥٧ رقم ١٢٣، منصور ص ١٠٧، وقرب احمد سلامه ص ١٤٨ رقم ٨٥. وعكس ذلك السنهورى حيث يرى ان السبب فى القانون المصرى واحد لا مزدوج. الوسيط ص ٤٩٦ رقم ٢٨١ وما بعدها.

٣ — ويسميه المرحوم الاستاذ الدكتور حجازى بالسبب المصلحى.

والظهور بمظهر المالك أمام الناس ، فاذا كان الدافع الرئيسى إلى الشراء هو السكنى فانها تعتبر هى سبب العقد .

ويلاحظ أن سبب العقد يقاس بمعيار شخصى فهو يختلف من شخص إلى آخر باختلاف طوائف العقود التى يعقدونها ، بل أنه يختلف بالنسبة للنوع الواحد من العقود ، ولذلك يوصف سبب العقد بأنه السبب الشخصى .

فقد يكون سبب شراء الشخص للسيارة هو استعمالها لركوبه الخاص ، فى حين أن شخصاً آخر يشترى السيارة لاستعمالها كسيارة أجرة واستثمار أمواله من هذا الطريق .

وقد يستأجر شخص شقة لسكناه ، وقد يستأجر ذات الشخص شقة أخرى لاستعمالها كمكتب يدير منه أعماله .

١٦٢ — وجوب أن يكون سبب العقد مشروعا .

يجب أن يكون سبب العقد مشروعاً ، فإن كان غير مشروع كان العقد باطلا بطلاناً مطلقاً .

ويكون سبب العقد غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام والحسن الآداب .

وعلى ذلك إذا كان الدافع إلى إبرام عقد إيجار الشقة هو استعمالها كمكان للدعارة ، أو المقامرة السرية ، أو إخفاء البضائع المهربة أو المسروقة ، فان سبب العقد يكون غير مشروع ويكون العقد باطلا .

كذلك إذا كان الدافع إلى إبرام الهبة الحاصلة من رجل لامرأة قبول المرأة بإقامة أو استمرار علاقة جنسية خارج نطاق الزواج بينها وبين الرجل فإن سبب العقد يكون غير مشروع .

وقد اشترط القانون مشروعية سبب العقد لحماية المجتمع من العقود التى يمس إبرامها بالنظام العام أو الآداب العامة .

١٦٣ — اثبات السبب غير المشروع .

لاشك أن اتجاه الإرادة إلى إبرام العقد يعنى وجود باعث أو دافع وراء هذه الإرادة ، فلا يتصور أن يقصد شخص إبرام عقد بدون دافع مطلقا ، فانتفا الدافع أو الباعث على التعاقد يعنى إنتفاء الارادة الجادة ، ولذلك فلا يلتزم من يدعى إبرام العقد أن يثبت سببه ، فيفترض أن لكل عقد سبب وأن هذا السبب مباح ومشروع ، فإذا ادعى شخص أنه ليس للعقد سبب ، أو أن سبب العقد غير مشروع ، كان عليه إثبات مايدعيه ، وهو يستطيع أن يفعل ذلك بجميع طرق الإثبات .

١٦٤ — وجوب أن يتصل الباعث غير المشروع بالمتعاقد الآخر .

يحدث فى بعض الحالات أن يكون الباعث على التعاقد غير مشروع بالنسبة لكلا المتعاقدين ، ولا شك فى بطلان العقد فى هذه الحالات .

ومثالها أن يؤجر شخص لآخر شقة ليستعملها فى الدعارة أو فى القمار . ويتفق معه على أن تكون الأجرة نسبة معينة من الدخل الناتج عن الدعارة أو القمار .

ولكن يحدث أحياناً أن يكون الباعث على التعاقد مشروعا بالنسبة لأحد المتعاقدين وغير مشروع بالنسبة للمتعاقد الآخر ، كما لو استأجر شخص مكاناً ، وكان الباعث له على هذا الاستئجار إستخدام هذا المكان لمزاولة الدعارة ، أما المؤجر فكان باعثه الحصول على الأجرة ، وكانت الأجرة محددة بمبلغ ثابت لاعلاقة له بإستخدام المكان .

وكما لو اقترض شخص مبلغاً من النقود ، وكان الباعث له على هذا الإقتراض إستخدام النقود المقترضة فى المقامرة ، أوفى شراء مخدرات . أما المقرض فكان باعثه إستثمار نقوده بالحصول على فائدة القرض .

فهل يكون مثل هذا العقد باطلا لعدم مشروعية سببه ؟ تقرر المادة ١٣٦

من القانون المدنى على أنه إذا كان سبب الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

وتفسر المذكرة الإيضاحية معنى السبب فى هذا المجال بالباعث المستحث[٤] وعلى هذا الأساس يكون العقد باطلا إذا كان الباعث المستحث عليه مخالفا للنظام العام أو الآداب أى غير مشروع .

ويبدو لأول وهلة أن المشرع بالنص المتقدم يقرر البطلان جزاء لعدم مشروعية الباعث ولو توافر الباعث المشروع بالنسبة لأحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر . ويأخذ بعض الشراح بهذا المعنى[٥] .

ولكن الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى أنه لايكفى لبطلان العقد أن يكون باعث أحد المتعاقدين غير مشروع ، بل يجب أن يتصل هذا الباعث بالمتعاقد الآخر ، وذلك محافظة على إستقرار المعاملات . وحماية للمتعاقد حسن النية الذى لم يعلم وقت إبرام العقد بوجود باعث غير مشروع لدى المتعاقد معه ، وهو فرض كثير الحدوث فى العمل نظراً لأن الباعث على التعاقد أمر مستكن فى خفايا الضمير .

ولكن متى يتصل الباعث غير المشروع المتوافر لدى أحد المتعاقدين بالمتعاقد الآخر ؟

الرأى الغالب فى هذا الصدد يذهب إلى الاكتفاء بأن يكون المتعاقد الآخر على علم وقت التعاقد بوجود الباعث غير المشروع لدى المتعاقد معه .

وعلى ذلك إذا استأجر شخص شقة لإدارتها مكاناً للدعارة أو المقامرة ،

---

٤ — مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٢٧ .

٥ — السنهورى ص ٤٩٩ رقم ٢٨٣ .

فيكفى لبطلان عقد الإيجار أن يكون المؤجر عالماً بأن المستأجر استهدف من الإستئجار إدارة الشقة للدعارة أو المقامرة .

وإذا اقترض شخص نقوداً من آخر ليستخدمها فى المقامرة أو فى شراء مخدرات ، فإن عقد القرض يكون باطلا إذا كان المقرض يعلم بأن المقترض إنما اقترض ليقامر بما اقترضه ، أو ليشترى به المخدرات(٦) .

أما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ، كأنه كان المؤجر أو المقترض فى المثالين السابقين لا يعلم بالباعث غير المشروع الذى دفع المتعاقد معه على الاستئجار أو الاقتراض ، فلا يجوز التمسك بالبطلان فى مواجهتهما ببطلان العقد ، وذلك حتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد الذى أبرمه ، وهو ما يهدد استقرار المعاملات(٧) .

ويذهب بعض الشراع إلى انطباق الحكم السابق على جميع التصرفات القانونية بلا تفرقة بين المعاوضات أو التبرعات ، بحيث يشترط لبطلان العقد فى جميع الحالات أن يكون الباعث غير المشروع معلوماً وقت العقد لدى المتعاقد الآخر(٨) .

---

٦ — انظر الاحكام المشار اليها لدى السنهورى ص ٥٠٢ ، ص ٥٢٠ فى الهوامش .

٧ — ولكى يجوز للمتعاقد حسن النية (المؤجر أو المقرض) أن يتمسك ببطلان العقد لعدم مشروعية باعث المتعاقد معه ، ذلك أن اشتراط علمه للتمسك بالبطلان انما تقرر حماية له وتحقيقا لمصلحته ، فان وجد مصلحته فى التحلل فى العقد كان له أن يتمسك ببطلانه لعدم مشروعية الباعث عليه ، رغم انه لم يكن يعلم وقت ابرام العقد بذلك .

انظر فى هذا المعنى : بلانيول وريبير واسمان ج ٦ رقم ٢٧٨ ، مازو فى دروس القانون المدنى ج ٢ ص ٢٢٠ رقم ٢٦٩ ، الصدة رقم ٢٣٢ ، اسماعيل غانم ص ٢٧١ رقم ١٢٨ ا محمود جمال الدين زكى ص ٢١١ رقم ١١٥ ، وقارن احمد سلامه ص ١٥١ رقم ٨٧ .

٨ — كاربونييه ص ١٣٨ رقم ١١٢ ، السنهورى ص ٥٠١ رقم ٢٨٣ ، حشمت ابو ستيت ص ٢٢٦ رقم ٢٣١ ، سليمان مرقس ص ١٣٤ رقم ١٤٩ .

ولكننا نؤيد رأياً آخر يفرق بين المعاوضات والتبرعات فى هذا الشأن ، فبالنسبة للمعاوضات كالبيع والإيجار والقرض بفائدة ، لا يكفى لبطلان العقد أن يكون الباعث الدافع لأحد المعاوضين غير مشروع ، بل يجب أن يكون المعاوض الآخر على علم بهذا الباعث (٩) بحيث إذا كان هذا الأخير حسن النية لا يعلم بالباعث غير المشروع الذى دفع المتعاقد معه على إبرام العقد ، فلا يجوز التمسك بالبطلان فى مواجهته حماية لحسن نيته ومحافظة على استقرار المعاملات .

أما فى التبرعات ، فيكفى لبطلان التبرع عدم مشروعية الباعث عليها لترتيبه ، ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية لا علم له بهذا الباعث . وعلى ذلك إذا وهب رجل مالا لإمرأة بقصد الحصول على رضاها بمعاشرته معاشرة غير شرعية . فإن عقد الهبة يكون باطلا ، ولو كانت المرأة الموهوب لها لا تعلم بهذا الباعث .

وعلة التفرقة بين المعاوضات والتبرعات فى هذا الشأن ترجع إلى أن بطلان المعاوضة غالباً يصيب المتعاقد حسن النية بضرر إيجابى ، أما بطلان التبرع فلا يترتب عليه عادة سوى حرمانه من المال المتبرع به ، وهو مال كان سيدخل فى ذمته دون مقابل (١٠) .

١٦٥ ــ اثبات عدم مشروعية الباعث .

نظراً لأن الشخص لا يقدم على التعاقد إلا إذا دفعه إلى ذلك باعث معين ، وأن هذا الباعث أمر نفسى كامن فى النفس ، فإن من يتمسك بإنعقاد عقد

---

٩ ــ ويذهب بعض الشراع الى عدم كفاية العلم، والى وجوب اشتراك المتعاقدين فى عدم المشروعية بحيث يكون الباعث لدى كل منهما غير مشروع : انظر حجازى ص ٣٠٠ رقم ٢٠٣ .

١٠ ــ حجازى ص ٣٠٤ رقم ٢٠٣ ، اسماعيل غانم ص ٢٧١ رقم ١٢٨ ، منصور ص ١٠٧ .

معين لا يلزم ضمن ما يجب عليه إثباته ، بإثبات وجود باعث لديه و يكون هذا الباعث مشروعاً. بل أن على من يدعى أن الباعث على التعاقد غير مشروع إقامة الدليل على ما يدعيه .

فإذا كان الباعث على التعاقد غير مصرح به وهو الغالب ، فإنه يمكن إثبات كون هذا الباعث غير مشروع بجميع طرق الاثبات لتعلق الأمر بواقعة مادية .

أما إذا كان الباعث على التعاقد مصرحاً به ، كما لو كان مذكوراً فى محرر أفرغ فيه العقد ، وإدعى شخص أن الباعث المذكور فى العقد ليس هو الباعث الحقيقى ، وأن الباعث الدافع إلى العقد باعث آخر مخالف للنظام العام والآداب، أى ادعى صورية الباعث ، فيمكن كذلك إثبات حقيقة هذا الباعث وعدم مشروعيته بكل طرق الإثبات ، لأن الصورية تكون فى هذه الحالة قد استخدمت وسيلة لإخفاء عدم المشروعية والتحايل على القانون ، وذلك بجيز عدم التقيد بالقاعدة التى لا تجيز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة ، وإثبات الباعث الحقيقى غير المشروع بكل طرق الاثبات .

وعلى ذلك إذا استأجر شخص شقة وذكر فى العقد أن الغرض فى الاستئجار استعمالها كسكن خاص ، فإن المؤجر يستطيع أن يثبت أن الباعث على الاستئجار لم يكن هو السكن ، بل استخدام الشقة مكان لممارسة الدعارة وذلك بجميع طرق الاثبات .

المبحث الثانى

سبب الإلتزام

١ — تحديد المقصود بالسبب

١٦٦ — النظرية التقليدية .

تنسب النظرية التقليدية فى السبب إلى فقهاء القانون الفرنسى القديم (المعمول به قبل نابليون للتقنين المدنى فى بداية القرن التاسع عشر) وبخاصة دوما Doma ، بوتييه Pothier ، وخلاصة هذه النظرية أن سبب الإلتزام هو الغرض أو القصد المباشر الذى يهدف إليه الملتزم من وراء التزامه .

ويطلق على السبب بهذا المعنى السبب القصدى أو الغائى لأنه يقوم على القصد أو الغاية من إنشاء الإلتزام ، تمييزاً له عن السبب المنشىء للإلتزام والذى هو عبارة عن المصدر الذى أنشأ الالتزام على عاتق المدين ، وهو قد يكون العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو العمل النافع أو نص القانون.

ويختلف السبب القصدى للإلتزام بحسب كل طائفة أو فئة من العقود ، ولكنه واحد بالنسبة لكل العقود المنتمية إلى فئة أو طائفة معينة ، لا يتغير لا بتغير محال هذه العقود ، ولا بإختلاف أطرافها ، ولذلك يطلق عليه السبب الموضوعى إشارة إلى عدم تغيره بتغير الأشخاص الداخلين فى العلاقة القانونية ، بعكس سبب العقد (الباعث الدافع) الذى يتغير من شخص إلى آخر بالنسبة لنفس النوع أو الفئة من العقود والذى يسمى لذلك بالسبب أو الباعث الشخصى .

١٦٧ — النظرية الحديثة .

مقتضى النظرية الحديثة أنه لا يشترط أن يكون للالتزام سبب إكتفاء

بسبب العقد الذى هو كما قدمنا الباعث الدافع أو المستحث إلى التعاقد .

١٦٨ — موقفه القانون المصرى .

تنص المادة ١٣٦ من القانون المدنى المصرى على أنه : « إذا لم يكن للإلتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا ».

وواضح أن هذه المادة تشترط أن يكون للالتزام سبب ، مادامت تقرر بطلان العقد جزاء لعدم وجود سبب ، ومع ذلك ينكر بعض الشراح ضرورة أن يكون للإلتزام سبب ، ويرون أن المقصود بالسبب فى المادة السابقة هو سبب العقد لا سبب الالتزام [١] ، وأنه يقصد بسبب العقد الباعث المستحث الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد [٢] . ويستند هذا الرأى أساساً إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، وبصفة خاصة إلى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى [٣] .

ولكن الرأى الراجح فى الفقه يرى أن المقصود بالسبب فى المادة ١٣٦ هو السبب القصدى أو الغائى كما تحدده النظرية التقليدية ، وأن القانون المدنى الجديد لم يتحول عن هذه النظرية ، وأنه إذا كان يعتد بالباعث على التعاقد ، فليس معنى ذلك أنه يستغنى به عن السبب بالمعنى التقليدى ، فهو لا يكتفى بوجود الباعث (سبب العقد) ، بل يشترط إلى جانبه توافر السبب القصدى أو الغائى (سبب الإلتزام) [٤] ، وإذا كانت نصوص القانون ليست صريحة

---

١ — السنهورى ص ٥٢٦ رقم ٢٩٤ .
٢ — السنهورى ص ٥١٥ رقم ٢٨٩ .
٣ — مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٢٧ .
٤ — انور سلطان ص ٢٧١ رقم ٢٢٢ ، سليمان مرقص ص ١٣٤ رقم ١٤٩ ، عبد المنعم الصده ص ٢٦٧ رقم ٢٣٣ ، عبد الحى حجازى ص ٢٦٢ رقم ١٣٤ ، محمود جمال الدين زكى ص ٢١٤ رقم ١١٦ ، اسماعيل غانم ص ٢٥٥ — ٢٥٦ رقم ١٢٣ ، منصور ص ١٠٧ ، أحمد سلامه ص ١٤٧ .

فى هذا الشأن ، إلا أن هذا هو المعنى المستفاد من نص المادة ١٣٦ . فهذه المادة تقرر بطلان العقد إذا لم يكن للإلتزام سبب ، فهى إذن تشترط وجود سبب للإلتزام . وسبب الإلتزام كما رأينا هو الغرض أو القصد الذى استهدفه المتعاقد من وراء إلتزامه، ثم إن المادة السابقة تقرر بطلان العقد إذا كان سبب الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وهنا لا يمكن القول بأن المقصود بسبب الالتزام هنا القصد أو الغاية من الالتزام لأن هذا القصد كما سنرى دائماً مشروع . وإذن فالمقصود بوجوب أن يكون السبب غير مخالف للنظام العام الآداب السبب بمعنى الباعث على التعاقد أى سبب العقد .

والخلاصة إذن أنه بالنسبة للالتزام الناشىء عن عقد يشترط أن يكون الباعث الذى دفع المتعاقد إلى قبول العقد مشروعاً أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

وسبب العقد وهو الباعث الذى دفع المتعاقد إلى قبول العقد يكون موجوداً دائماً ، إذ لا يتصور أن يقوم شخص بإبرام عقد دون أن يكون هناك باعث أى كان دفعه إلى ذلك ، وإذا حصل أن إنتفى الباعث ، فإن ذلك يعنى إنتفاء الإرادة الجادة ، ومن شأن ذلك عدم تحقق التراضى وبالتالى عدم إنعقاد العقد لا لعدم وجود الباعث — فهو غير متصور — وإنما لعدم تحقق التراضى .

ولذلك فلا يشترط فى الباعث (سبب العقد) إلا أن يكون مشروعاً كما قدمنا .

أما بالنسبة لسبب الالتزام فهو قد يوجد وقد لا يوجد ، ولذلك إشترط المشرع وجوده وإلا بطل العقد .

ولكى نميز بين سبب العقد (الباعث الدافع على التعاقد) وسبب الالتزام

(الغرض الذى إستهدفه المتعاقد من وراء التزامه العقدى) نضرب المثال التالى :

شخص يريد الحصول على مسكن ، فيقوم بشراء منزل أى يبرم عقد بيع يكون فيه هو الطرف المشترى وبمقتضى هـذا العقد يلتزم بأن يفى للبائع بالثمن المتفق عليه .

فهنا يكون سبب العقد هو السكنى ، فالباعث الدافع الذى حث المشترى على إبرام عقد البيع هو السكن فى المنزل الذى اشتراه . أما سبب التزامه بالوفاء بالثمن فهو رغبته فى تملك المنزل .

١٦٩ — تحديد سبب الالتزام فى العقود المختلفة .

رأينا أنه يشترط أن يكون الالتزام سبب ، وأن المقصود بسبب الالتزام هو الغرض أو القصد المباشر الذى يهدف إليه الملتزم من وراء إلتزامه ، وهذا الغرض لا يتغير بالنسبة للطائفة الواحدة من العقود . وتنقسم العقود من هذه الناحية إلى أربع طوائف أو فئات ، عقود المعاوضة التبادلية ، عقود المعاوضة غير التبادلية ، عقود التبرع .

١٧٠ — السبب فى عقود المعاوضات التبادلية .

يكون العقد تبادلياً (أو ملزماً للجانبين) إذا كان ينشىء منذ إبرامه إلتزامات على عاتق كل من طرفيه .

وسبب إلتزام كل من طرفى العقد التبادلى هو الإلتزام المقابل الذى يقع على عاتق الطرف الآخر .

ففى عقد البيع وهو عقد معاوضة ملزم للجانبين ، يلتزم المشترى بالوفاء بالثمن ، ويلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه . وسبب التزام المشترى بالوفاء بالثمن هو التزام البائع بنقل الملكية والتسليم ، إذ من الواضح أن انتقال ملكية المبيع إلى المشترى وتسلمه إياه هو الغرض المباشر الذى قصد إليه من وراء قبول الالتزام بالوفاء بالثمن .

وسبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع هو إلتزام المشترى بدفع الثمن ، فالحصول على هذا الثمن هو الغرض المباشر الذى استهدفه البائع من وراء الالتزام بنقل ملكية المبيع وتسليمه .

ولا يتغير الغرض المباشر أو السبب فى عقد البيع لا بإختلاف طبائع الأشياء المبيعة ، ولا بإختلاف أطراف عقد البيع ، ولا بإختلاف اوقت الذى أبرم فيه البيع . فيظل سبب التزام المشترى بالوفاء بالثمن هو رغبته فى الحصول على ملكية المبيع ، سواء كان المبيع أرضا ، أو مبنى ، أو سيارة ، أو غير ذلك من الأشياء ، وسواء كان المشترى هو زيد أو هو عمرو أو هو أسامة ، وسواء كان البيع قد أبرم عام ١٩٦٠ أو عام ١٩٧٠ أو سيبرم عام ١٩٨٠ .

وإذا كان العقد التبادلى هو عقد إيجار ، فإن المستأجر يلتزم بالوفاء بالأجرة ، والمؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالشىء المؤجر . فسبب التزام المستأجر بالوفاء بالأجرة هو التزام المؤجر بتمكينه من الإنتفاع بالشىء المؤجر ، فهذا الانتفاع هو الغرض المباشر الذى رمى إليه المستأجر من وراء قبوله الالتزام بدفع الأجرة .وسبب التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع هو التزام المستأجر بالوفاء بالأجرة ، فالحصول على الأجرة هو الغرض المباشر الذى قصد إليه المؤجر من وراء قبوله الالتزام بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالشىء المؤجر . ولا يتغير سبب التزام المستأجر أو المؤجر لا بتغير الأشياء المؤجرة ، ولا بإختلاف أشخاص المؤجرين والمستأجرين .

وهكذا الأمر بالنسبة لسائر عقود المعاوضة التبادلية كعقد العمل ، وعقد المقاولة ، وعقد النقل ، وعقد التأمين ، فسبب التزام كل متعاقد فى هذه العقود

هو الالتزام المقابل الذى يقع على المتعاقد الآخر(٥) .

١٧١ — السبب فى عقود المعارضة غير المتبادلة .

يكون عقد المعاوضة غير تبادلى أى ملزما لجانب واحد إذا كان العقد قد أبرم بقصد الوفاء بالتزام سابق قائم من قبل العقد ، سواء أكان هذا الالتزام مدنياً أو طبيعياً .

ومثال ذلك أن يتسبب شخص بخطئه فى إصابة شخص آخر بضرر، فيلتزم بتعويض هذا الضرر ، ومصدر إلتزامه بالتعويض هو العمل الضار غير المشروع الذى ارتكبه .

فإذا اتفق المسئول والمضرور على تسوية الموضوع ودياً بأن تعهد مرتكب الضرر بدفع مبلغ معين من النقود للمضرور وقبل المضرور ذلك ،

---

٥ — وقد وجهت انتقادات شديدة الى فكرة اعتبار ان سبب الالتزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الاخر ، وكان اشد خصوم هذه الفكرة هو الفقيه الفرنسى بلا نيول ، وفى مصر الاستاذ العميد السنهورى ، وتتلخص هذه الانتقادات فى ان نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة ، وانها غير ذات فائدة . فهى غير صحيحة لان اعتبار سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الاخر مستحيل منطقيا ، ذلك ان الالتزامين يولدان فى وقت واحد من مصدر واحد هو العقد ، فلا يمكن ان يكون احدهما سببا للاخر ، لان السبب يجب أن يسبق المسبب (السنهورى ص ٤٨٨ رقم ٢٧٢ ، ص ٢٩٢ رقم ٢٧٧ .

والواقع أن هذا النقد يقوم على خلط بين السبب المنشىء الذى هو مصدر الالتزام والسبب القصدى او الغائى وهو ركن من اركان الالتزام العقدى ، فالسبب المنشىء هو الذى يجب من الناحية المنطقية أن يسبق المسبب ، أما السبب القصدى فيمكن ان يتوافر لدى الجانبين فى ذات الوقت .

أما النقد الثانى الذى وجه الى النظرية التقليدية فهى انها عقيمة غير مفيدة ، لاننا نستطيع أن نستغنى عنها بفكرة اخرى اكثر بساطة هى فكرة الارتباط بين الالتزامين المتقابلين .

وهنا ايضا نستطيع ان نرد على هذا النقد بأننا اذا قلنا ان الالتزامين المتقابلين مرتبطين ، فانه يبقى ان نتساءل عن اساس هذا الارتباط ؟ وحينئذ نجد أن العلة فى هذا الارتباط هى أن كل التزام يعتبر سببا للالتزام الاخر .

فإننا نكون بصدد عقد غير تبادلى ، لأن المسئول وحده هو الذى يلتزم بمقتضى هذا العقد ، أما المضرور فلا يلزمه العقد بأى أداء ، ولكن هذا العقد يعتبر عقد معاوضة لا عقد تبرع ، لأن المسئول إذ يقبل الوفاء بالتعويض المتفق عليه لا يفعل ذلك بنية التبرع للمضرور ، بل بقصد إنقضاء الالتزام الواقع عليه بتعويض المضرور ، وهو الالتزام الناشىء من قبل حصول الاتفاق بناء على العمل غير المشروع . فهنا يعتبر سبب الالتزام الناشىء عن العقد بدفع التعويض المتفق عليه الالتزام الموجود من قبل العقد ، الذى يلزمه بالتعويض والذى يكون مصدره العمل غير المشروع .

كذلك قد يتفق مدين بإلتزام طبيعى مع دائنه على الوفاء بهذا الالتزام ، فى هذه الحالة ينشأ على عاتق المدين التزام مدنى ، ويكون سبب هذا الالتزام المدنى هو الالتزام الطبيعى الموجود من قبل الاتفاق . ومثال ذلك أن يتعهد أب لإبنته بإعطائها مبلغ معين لتجهيز نفسها عند الزواج ، وتقبل الإبنة ذلك ، فى هذه الحالة ينشأ على عاتق الأب التزام بالوفاء بمبلغ ألف جنيه لإبنته ، فى حين لا تلتزم الإبنة فى مواجهة الأب بأى التزام ، ويكون سبب الالتزام الأب هو التزامه الطبيعى الموجود من قبل العقد بتجهيز إبنته ، وقد عبر القانون عن هذه الفكرة بقوله : الالتزام الطبيعى يصلح سبب لإلتزام مدنى (م ٢٠٢) .

١٧٢ — السبب فى عقود التبرع (العقود المجانية) .

سبب التزام المتبرع هو نية التبرع . فى الهبة يلتزم الواهب بنقل ملكية الشىء الموهوب إلى الموهوب له لأن نيته اتجهت إلى التبرع له بهذه الملكية أى التخلى له عنها دون مقابل .

وفى عقد الوكالة المجانية يلتزم الوكيل بالقيام بالعمل الموكل فيه لأن نيته إتجهت إلى التبرع بعمله لمصلحة الموكل أى القيام بتقديم خدمة له

دون مقابل[٦] .

المطلب الثانى

إثبات سبب الالتزام

١٧٣ — عبء الاثبات .

رغم أن القاعدة هى مطالبة الدائن بإثبات وجود الالتزام بجميع عناصره، إلا أن القانون أعفاه من عبء إثبات سبب الالتزام ، بأن افترض وجود سبب لكل التزام ، بحيث لا يكلف من يدعى وجوده إثبات توافر السبب ، وفى ذلك تقول المادة ١٣٧ : كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك[٧] .

فإذا ادعى المدين أنه ليس لالتزامه سبب كان عليه عبء إثبات ما يدعيه: عدم وجود السبب ، فإن عجز المدين عن إثبات ما يدعيه ، اعتبر أن للالتزام سبب ، ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد[٨] .

١٧٤ — طرق اثبات انتفاء السبب .

إذا ادعى المدين أنه ليس لالتزامه سبب ، تعين عليه كما قدمنا أن يثبت

---

٦ — وقد هوجمت فكرة اعتبار نية التبرع سببا للالتزام الناشىء عن عقد التبرع على اساس ان نية التبرع تدخل ضمن الرضاء بالعقد ، وبالتالى تعتبر ركنا من اركان العقد المنشىء للالتزام ، ومن ثم فلا يجوز اعتبارها سببا لهذا الالتزام . ويرد على ذلك بأن نية التبرع لا تختلط بالرضاء ، فارادة المتبرع تتكون من عنصرين :

العنصر الاول : ارادته ان يلتزم . وهذا العنصر هو الذى يدخل فى تكوين رضائه بالعقد .

العنصر الثانى : ارادته ان يكون التزامه دون مقابل . وهذا العنصر هو الذى يعتبر سببا للالتزام .

٧ — ونلاحظ ان كلمة « مشروعا » هنا مقحمة ، لان المادة تتكلم عن السبب القصدى (سبب الالتزام) وليس عن الباعث (سبب العقد) وقد قدمنا ان شرط المشروعية انما يتعلق بالباعث .

٨ — نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة النقض المدنى ١٣ — ١٩١ — ١٢١٤ ، وفى ٢٨ ابريل ١٩٧٠ المرجع السابق ٢١ — ١١٦ — ٧١٤ .

ما يدعيه . ولكن ما هى الطرق التى يمكن له أن يستعين بها فى إثبات انتفاء السبب ؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نفرق بين فرضين :

الفرض الأول — العقد مثبت فى محرر يتضمن ذكر سبب الالتزام :

وفى هذه الحالة إذا ادعى المدين أن السبب المذكور فى العقد سبب صورى أى لا وجود له فى الحقيقة ، تعين عليه أن يثبت هذه الصورية بالكتابة ، عملا بالقاعدة التى لا تجيز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة [٩] . إذ يعد السبب المصرح به صحيحاً إلى أن يثبت العكس[١٠] ، ما لم يتعلق الالتزام بعمل تجارى ، فهنا يجوز إثبات إنعدام السبب بكل الطرق[١١] .

فإذا نجح المدين فى إثبات أن السبب المذكور فى العقد غير صحيح ، اعتبر الالتزام بدون سبب ، بحيث أنه إذا ادعى الدائن أنه يوجب سبب آخر للالتزام تعين عليه إثبات ما يدعيه [١٢] .

الفرض الثانى — العقد غير مثبت فى محرر أو المحرر المثبت للعقد لا يتضمن ذكر سبب الالتزام: كتعهد شخص بالوفاء بمبلغ من النقود لآخر . وفى هذه الحالة يفترض أن للإلتزام سبب ، ولكن هذا الافتراض يقبل إثبات العكس.

فيجوز للمدين أن يثبت انتفاء سبب الالتزام بجميع طرق الاثبات ، بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن .

---

٩ — المادة ٦١ من قانون الاثبات .

١٠ — المادة ٢/١٣٧ من القانون المدنى وهى تقرر : « يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك » .

١١ — نقض مدنى فى ٢٧ اكتوبر ١٩٦٦ مجموعة النقض المدنى ١٧ — ٢٢٣ — ١٥٩٢ .

١٢ — نقض مدنى فى ٢ من ابريل ١٩٥٣ مجموعة النقض المدنى ٤ — ١٢٠ — ٨٤٢ .

المطلب الثالث

جزاء انتفاء السبب

١٨٢ — إذا تبين أنه ليس للالتزام سبب بالمعنى السابق تحديده ، فإن الالتزام لاينشأ والعقد لاينعقد ، أو بعبارة أخرى يقع باطلا بطلاناً مطلقاً(١٣) .

ولكى ينطبق هذا الجزاء وهو البطلان المطلق يجب أن يكون انتفاء السبب معاصراً للحظة إبرام العقد ، بحيث إذا توافر السبب فى هذه اللحظة ثم زال بعد ذلك ، فإن زواله لا يؤثر على انعقاد العقد ، فيعتبر العقد منعقداً والالتزام قد نشأ ، ويؤدى زوال السبب بعد نشأ الالتزام إلى فسخ العقد لا إلى بطلانه(١٤) .

ويتحقق انتفاء السبب فى العقود التبادلية إذا لم يوجد الالتزام المقابل وقت إبرام العقد ، فإذا كنا بصدد عقد بيع ، فالتزم المشترى بدفع الثمن ، ولكن تبين أن المبيع المقصود نقل ملكيته إلى المشترى غير موجود أما لأنه لم يوجد أصلا ، أو لأنه قد هلك كلية قبل العقد ، فإن التزام المشترى يكون بدون سبب فلا ينشأ ، ولا ينعقد عقد البيع ، أو يقع باطلا بطلانا مطلقا لإنتفاء سببه .

وإذا كنا بصدد عقد من عقود التبرع ، وانتفت نية التبرع ، فإن الالتزام لا ينشأ لإنتفاء سببه .

وأخيراً إذا كنا بصدد عقد معاوضة ملزم لجانب واحد قام على أساس التزام موجود من قبل ، فإن انتفاء هذا الالتزام السابق يعنى عدم وجود سبب للالتزام العقدى ، وبالتالى عدم انعقاد العقد.

---

١٣ — وفى ذلك تقول المادة ١٣٦ من القانون المدنى : اذا لم يكن للالتزام سبب ، او كان سببه مخالفا للنظام العام او الآداب ، كان العقد باطلا » .

١٤ — كاربونييه ص ١٣٣ رقم ١١ ، نقض مدنى فى ٢٤ اكتوبر ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ١٣٥ — ٩٦٧ .

فإذا اعتقد شخص أنه مسؤول عن ضرر حدث للغير ، فاتفق مع المضرور على أن يدفع له مبلغاً من المال تعويضاً عن هذا الضرر ، فإن سبب الالتزام المتفق عليه هو الالتزام السابق بالتعويض وهو التزام نشأ عن الفعل الضار ، فإذا تبين أن المتعهد غير مسؤول عن الضرر أى أنه لم يكن هناك التزام سابق بالتعويض ، فإن الالتزام التعاقدى بالتعويض يكون بلا سبب ، وبالتالى لا ينعقد العقد .

١٧٥ — التفرقة بين حالات انتفاء السبب والسبب غير الصحيح أو المغلوط والسبب الصورى .

الغالب أن يرجع عدم وجود السبب إلى غلط ، أى إلى توهم المتعاقد لوجود سبب الالتزام على خلاف الحقيقة ، فيسمى السبب فى هذه الحالة بالسبب غير الصحيح ، ومثال ذلك أن يقدم الشخص على شراء شىء معتقداً أنه موجود ، فإذا به قد هلك قبل الشراء ، فهنا يقال أنه قد وقع فى غلط فى سبب التزامه بدفع الثمن ، أو أن سبب التزامه بدفع الثمن سبب غير صحيح ، والواقع أن السبب هنا غير موجود ، ولذلك يمكن القول بأن السبب غير الصحيح هو سبب غير موجود دائماً ، ولذلك فإن الجزاء المترتب على عدم صحة السبب هو عدم انعقاد العقد .

ولكن السبب قد ينتفى دون أن يرجع ذلك إلى غلط وقع فيه المتعاقد ، فقد يقدم الشخص على القبول بالالتزام وهو يعلم أنه ليس لالتزامه سبب أما لأنه أكره على ذلك ، وفى هذه الحالة يكون العقد قابلا للابطال لمصلحته ، وأما لأن له مصلحة فى إظهار وجود السبب خلافاً للحقيقة ، وهذه هى حالة السبب الصورى أو الظاهرى[١٥] ، وفى هذه الحالة لاينعقد العقد[١٦] .

---

١٥ — مارتى ورينو ص ١٧١ رقم ١٨٨ .

١٦ — بشرط أن تكون صورية السبب صورية مطلقة بمعنى انه لا يوجد سبب فى الحقيقة ، أما اذا كانت الصورية نسبية بالمعنى انه كان الالتزام سبب حقيقى ولكن هذا السبب أخفى عمدا واظهر بدلا منه سبب آخر غير صحيح ، فان الالتزام ينشأ والعقد ينعقد على أساس السبب الحقيقى للالتزام .

١٧٦ ــ استثناء : التصرفات المجردة لا تبطل لانتفاء السبب :

رأينا أن الأصل هو وجوب أن يكون للالتزام سبب ، وأن جزاء انتفاء السبب هو عدم نشأة الالتزام ، وبطلان العقد .

ولكن استثناء من هذا الأصل ، تنشأ بعض الالتزامات ولو لم يكن لها سبب ، ويطلق على التصرفات المنشئة لمثل هذه الالتزامات التصرفات المجردة ، أى التى تتجرد الالتزامات الناشئة عنها من سببها ، فتنعقد وتنشىء الالتزامات ولو لم يكن لها سبب ، بحيث لا يترتب بطلان على إنتفاء سبب الالتزام .

ومثال التصرف المجرد فى القانون المدنى المصرى عقد الإنابة فى الوفاء ، وصورته أن يكون هناك دائن (حسنين مثلا) ومدين (زيد مثلا) ، فاتفق حسنين وزيد مع شخص ثالث هو عمرو على أن يقوم عمرو بالوفاء بالدين بدلا من زيد . فهنا يسمى المدين الأصلى زيد : المنيب ، ويسمى المدين الجديد عمرو المناب ، ويسمى الدائن حسنين المناب لديه .

ومتى تم هذا الاتفاق بتراضى أطرافه الثلاثة ، نشأ التزام على عاتق المدين الجديد : المناب بأن يفى بالدين الذى كان على زيد إلى الدائن (المناب لديه) . بصرف النظر عن الغرض الذى قصد المدين الجديد (المناب) تحقيقه من وراء قبوله للإنابة فى الوفاء .

وعلى ذلك إذا قبل عمرو (المناب) الالتزام بالوفاء لحسنين (الدائن) بالدين الذى كان على زيد إعتقاداً منه بأنه (أى عمرو) مدين بمبلغ مماثل لزيد، ثم تبين له فيما بعد أنه غير مدين ، فلا يستطيع المناب (عمرو) أن يتحلل من التزامه قبل الدائن المناب (حسنين) استناداً إلى إنتفاء سبب هذا الالتزام وهو مديونيته لزيد . (م ٣٦١ مدنى) .

الفصل الخامس

جزاء تخلف شروط إنشاء العقد

البطلان

المبحث الأول

تعريف البطلان وتمييزه عن الجزاءات الأخرى

١٧٧ — إذا تخلف ركن من أركان العقد ، أو شرط من الشرائط الواجب توافرها فى هذه الأركان ، فإن الجزاء الذى يترتب على ذلك هو البطلان .

والبطلان معناه انعدام كل أثر للعقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير .

وبهذا المعنى يتميز البطلان عن الجزاءات الأخرى التى قد تلحق بالعقد كعدم النفاذ ، والفسخ .

فالعقد غير النافذ عقد صحيح ومنتج لآثاره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا ينفذ فى حق الغير .

ومثاله العقد الذى يبرمه المريض مرض الموت ، فهو صحيح ومنتج لآثاره فيما بين المريض ومن تعاقد معه ، ولكنه لا ينفذ فى حق الغير وهم هنا ورثة المريض .

وكذلك العقد الذى يبرمه المدين المعسر ، أى الذى تزيد ديونه على حقوقه ، فهذا العقد صحيح ومنتج لآثاره فيما بين المدين ومن تعاقد معه ، ولكنه يكون غير نافذ فى مواجهة الدائنين .

والعقد الذى يبرمه النائب خارج حدود نيابته ، فالعقد صحيح فيما بين النائب ومن تعاقد معه ، ولكنه لا ينفذ فى مواجهة الأصيل .

فالعقد غير النافذ صحيح بين المتعاقدين ، بخلاف العقد الباطل فلا وجود له ولا ينتج أى أثر فى علاقة المتعاقدين ببعضهما .

وفيما يتعلق بالفسخ ، فهو جزاء لأمر طرأ بعدم إبرام العقد هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته ، فالفرض أن العقد قد اكتملت له وقت إبرامه جميع أركان انعقاده وشروط صحته ، أى انعقد صحيحاً ، ولكن عندما حل موعد تنفيذه ، لم يقم أحد المتعاقدين بما هو واجب عليه ، فيفسخ العقد جزاء لذلك .

والبطلان قد يلحق العقد فوراً ، ويقال له البطلان المطلق أو الأصلى ، وقد يلحق البطلان العقد بعد أن يمر بمرحلة صحة ، ويطلق على البطلان خلال هذه المرحلة البطلان النسبى أو القابلية للابطال ، وفيها يكون العقد صالحاً لإنتاج آثاره ، ولكن يمكن إبطاله لعيب معاصر لانعقاده .

فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً أو أصلياً عقد لم ينعقد ، عقد معدوم ، ولذلك لا يترتب عليه أى أثر .

أما العقد القابل للإبطال (أو الباطل بطلاناً نسبياً) فهو عقد صحيح ما دام لم يتقرر إبطاله ، وهو بهذه الصفة ينتج آثاره كـكل العقود الصحيحة ، أما إذا تقرر إبطاله فإنه يكون كالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً فلا ينتج أى أثر.

١٧٨ — البطلان الكلى والبطلان الجزئى (انقاص العقد) .

على أنه يجب أن يلاحظ أن البطلان سواء كان مطلقاً أم كان نسبياً قد يلحق العقد كله ، فيبطل هذا العقد جميعه ، وقد يلحق جزءاً أو شقاً من العقد ، فيبطل هذا الجزء أو الشق فقط ، وتبقى سائر أجزاء العقد صحيحة ، وهذا ما يعبر عنه بالبطلان الجزئى أو انقاص العقد . ومثال ذلك أن يبرم عقد بيع لعدة أشياء ، ويتبين بعد العقد أن أحد هذه الأشياء كان قد هلك قبل العقد ، أو أن المشترى وقع فى غلط فى شأنه ، ففى هذه الحالة يبطل البيع بالنسبة

للشيء الهالك أو موضوع الغلط ، ولكنه يظل صحيحاً بالنسبة لسائر الأشياء التي يتناولها العقد .

ويقوم قصر البطلان في مثل هذه الحالة السابقة على أساس تفسير إرادة المتعاقدين ، ولذلك فحيث يثبت أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى اعتبار العقد وحدة لاتتجزأ ، فلايؤخذ بالبطلان الجزئي ، بل يبطل العقد بأكمله[1] .

وقد حرص المشرع على النص صراحة على قاعدة البطلان الجزئي ، فقرر في المادة ١٤٣ من القانون المدني :

« إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله » .

على أنه يجب أن يلاحظ أن القانون قد يقصر البطلان في بعض الحالات على شق من العقد ، ولو ثبت أن أحد المتعاقدين ما كان يقبل التعاقد بغير هذا الشق ، ومثال ذلك أن يتفق المتعاقدان على سعر للفائدة يزيد على الحد الأقصى الذي يجيزه القانون ، ففي هذه الحالة يبطل اتفاقهما فيما يتعلق بالزيادة فقط ، وتخفض الفائدة إلى الحد الأقصى ، ولا يجوز للدائن أن يتمسك ببطلان العقد كله على أساس أنه ما كان يقبل التعاقد بالفائدة المخفضة .

المبحث الثاني

أسباب البطلان

١٧٩ — أولا : أسباب البطلان المطلق .

يكون العقد باطلا بطلاناً مطلقاً أو أصلياً إذا تخلف ركن من أركانه ، أو إذا لم تتوافر في هذه الأركان الشرائط التي يتطلبها القانون .

---

(١) نقض مدني في ١٦ من مايو ١٩٦٨ مجموعة النقض المدني ١٩ — ١٤٢ — ٩٥٤ .

وأركان العقد هى كما رأينا الرضاء والشكل (بالنسبة للعقود الشكلية) والموضوع والمحل والسبب . وعلى ذلك يبطل العقد بطلاناً مطلقاً فى الحالات الآتية :

١ — إذا انعدم فيه الرضاء ، بأن كان أحد المتعاقدين غير مميز ، أو صدر قبوله بعد سقوط الإيجاب ، أو لم يتطابق القبول مع الإيجاب[1] .

٢ — إذا لم يفرغ العقد فى الشكل الذى يتطلبه القانون .

٣ — إذا لم يكن للعقد محل ، أو كان موضوعه خارج عن دائرة التعامل ، أو غير ممكن ، أو غير معين . (المواد من ١٣١ إلى ١٣٥ مدنى) .

٤ — إذا كان سبب العقد (الباعث عليه) غير مشروع ، أو إذا إنتفى سبب الالتزام .

١٨٠ — ثانيا : أسباب البطلان النسبى أو القابلية للابطال .

يكون العقد قابلا للابطال إذا توافرت جميع أركانه ولكن ركن الرضاء فيه تعيب وإن لم ينعدم . وكذلك إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية . وعلى ذلك يكون العقد قابلا للابطال فى الحالتين الآتيتين :

١ — إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين عيب من العيوب المنصوص عليها فى القانون وهى الغلط والتدليس والإكراه والغبن الاستغلالى (الاستغلال).

٢ — إذا كان أحد المتعاقدين رغم تمييزه غير أهل لإبرام العقد ، أى كان ناقص الأهلية سواء لصغر سنه أو لعاهة عقلية أصابته كالسفه والغفلة .

---

(١) انظر مع ذلك جميل الشرقاوى ص ٢٢١ رقم ٤٨ حيث لا يعتبر كل ما يتصل بانعقاد العقد (عدم توافق الارادات) من اسباب البطلان ، ويقصر البطلان على تخلف الشكل ، ووقوع عيب فى الارادة ، وعدم مشروعية غايتها .

المبحث الثالث

كيفية تقرير البطلان

١٨١ — العقد الباطل بطلاناً مطلقاً عقد معدوم ، لم ينعقد ، ولذلك فإن تقرير البطلان المطلق أى الانعدام لا يحتاج إلى اتخاذ أى إجراء ، وبصفة خاصة لايحتاج إلى استصدار حكم من القضاء .

ويبدو ذلك واضحاً فى حالة ما إذا لم يكن أى من المتعاقدين قد شرع فى تنفيذ العقد الباطل ، فإذا أبرم عقد بيع ، ولكنه وقع باطلا بطلاناً مطلقاً لسبب من الأسباب ، ولم ينفذ هذا البيع ولو جزئياً ، فالبائع لم يسلم المبيع إلى المشترى ، والمشترى لم يدفع أى جزء من الثمن ، فإن أى من المتعاقدين لايحتاج إلى الالتجاء إلى المحاكم لتقرير بطلان العقد ، فلكل منهما أن يتصرف على أساس عدم وجود البيع ، فللبائع أن يبيع الشيء أو أن يرهنه أو أن يؤجره أو أن يتلفه ، وللمشترى أن يشترى شيئاً آخر ، أو أن ينفق النقود التى كان يدخرها فى أى وجه من الوجوه .

ولكن الأمر يتعقد بعض الشيء إذا كان العقد الباطل بطلاناً مطلقاً قد نفذ ولو جزئياً ، كما لو كان البائع فى المثال السابق قد سلم المبيع إلى المشترى . ففى مثل هذا الفرض سيطالب البائع باسترداد الشيء من المشترى إذ لا حق لهذا الأخير فى الاحتفاظ به نظراً لبطلان البيع . فإن قبل المشترى رد الشيء طواعية واختياراً كان بها ، أما إن رفض أو ماطل ، فإن البائع سيضطر إلى إقامة دعوى طالباً استرداد الشيء استناداً إلى بطلان البيع ، والمحكمة التى تنظر هذه الدعوى تبحث أولا فى صحة أو بطلان البيع ، فإذا تبينت بطلانه قضت بالبطلان وبناء على ذلك تلزم المشترى بالرد . ولكن الحكم بالبطلان

لا يكون منشئاً لحالة جديدة ، فالعقد باطل قبل صدور الحكم والحكم لم يفعل إلا أن كشف عن بطلانه ، فهو حكم كاشف أو مقرر للبطلان وليس منشئاً له .

١٨٢ — أما العقد القابل للإبطال ، فهو عقد صحيح كما قدمنا ، وهو يظل كذلك إلى أن يتقرر إبطاله، ولا يتقرر الإبطال بالارادة المنفردة لمن له الحق فيه ، بل لابد من الاتفاق عليه أو من صدور حكم به ، وعلى ذلك فناقص الأهلية ومن شاب إرادته عيب من عيوب الرضاء ، لا يستطيع تقرير إبطال العقد بإرادته منفردة ، بل عليه إذا رفض المتعاقد معه اعتبار العقد باطلا ، أن يقيم دعوى أمام القضاء طالباً الحكم بإبطال العقد بسبب نقص الأهلية أو عيب الرضاء ، وما دام هذا الحكم لم يصدر ، فإن العقد يظل قائماً ومنتجاً لآثاره ، باعتباره عقداً صحيحاً .

فإذا أصدرت المحكمة حكمها بإبطال العقد ، فإن العقد يبطل .

والحكم بإبطال العقد القابل للإبطال حكم منشىء لحالة البطلان ، فالفرض أن العقد كان صحيحاً قبل الحكم منتجاً لآثاره ، بخلاف العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ، فقد كان منعدماً قبل الحكم .

ولكن الحكم بإبطال العقد القابل للإبطال له أثر رجعى ، بمعنى أن العقد يعتبر نتيجة للحكم باطلا ومنعدماً ليس فقط من تاريخ إصدور الحكم وبالنسبة للمستقبل ، وإنما من تاريخ إبرامه وفى الفترة التى مضت بين إبرامه وصدور الحكم ، وإزاء ذلك صح أن نقول إن العقد القابل للإبطال متى قضى بإبطاله كان شأنه تماماً شأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذى لا يعتبر موجوداً منذ البداية .

المبحث الرابع

حق التمسك بالبطلان

١٨٣ — إذا كان العقد باطلا بطلاناً مطلقاً فمن حق كل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه[١]، سواء أكان ذو المصلحة أحد المتعاقدين أو أحد ورثتهما، أو شخص من الغير تؤثر صحة العقد فى حقوقه . وعلى ذلك إذا لم يتطابق قبول المشترى مع إيجاب البائع كأن أراد البائع البيع بمائة جنيه ، وأراد المشترى الشراء بخمسين ، فإن العقد لا ينعقد . وبعبارة أخرى يكون باطلا بطلاناً مطلقاً ويحق لكل من الشخصين السابقين التمسك ببطلانه . وإذا باع شخص لآخر شيئاً تبين أنه هلك قبل البيع ، وتوفى المشترى فطالب البائع ورثته بالثمن ، كان للورثة أن يتمسكوا ببطلان البيع لانتفاء محله . بل أن للمحكمة أن تقضى ببطلان العقد من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها أحد الخصوم ذلك ، إذ تبين لها هذا البطلان[٢].

أما العقد القابل للإبطال فإن التمسك بإبطاله لا يكون إلا للمتعاقد الذى تقررت القابلية للإبطال لمصلحته ، وهو إما المتعاقد ناقص الأهلية إذا كان سبب الإبطال نقص الأهلية ، أو المتعاقد الذى شاب إرادته عيب، إذا كان سبب الإبطال هو وجود عيب من عيوب الرضاء . فلا يكون للمتعاقد الآخر الكامل الأهلية والذى سلمت إرادته من العيوب أن يتمسك بإبطال العقد ، وهذا هو السبب فى التعبير عن القابلية للإبطال بالبطلان النسبى ، فالعقد قابل للإبطال بالنسبة لأحد طرفيه فقط دون الطرف الآخر .

وعلى ذلك إذا أقرض قاصر مالا لشخص آخر دون موافقة وليه

---

١ — المادة ١٤١ مدنى
٢ — المادة ١٤١ مدنى

أو وصيه ، فإن عقد القرض يكون قابلا الإبطال لمصلحة القاصر المقرض، فهو (عن طريق اولى أو الوصى) يستطيع أن يتمسك بإبطال هذا العقد لنقص الأهلية ، أما المقترض فليس له أن يستند إلى هذا السبب لإبطال العقد .

وإذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط ، أو كان ضحية تدليس أو إكراه أو غبن استغلالى ، كان له أن يبطل العقد ، ولا يكون للمتعاقد معه أن يتمسك بهذا الإبطال .

وفى ذلك تقول المادة ١٣٨ من القانون المدنى : إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق .

ولكن الحق فى التمسك بالإبطال ينتقل إلى ورثة صاحب الحق فيه . فإذا أبرم شخص عقداً وكان هذا العقد قابلا للإبطال لمصلحته ، ولكنه توفى قبل أن يتمسك بإبطاله ، كان لورثته الحق فى التمسك بإبطال ذلك العقد .

١٨٤ — سقوط الحق فى التمسك بالابطال .

إذا كان العقد قابلا للإبطال ، فإن حق التمسك بإبطاله يسقط أو يزول بالأجازة ، وبالتقادم .

١٨٥ — أولا : الاجازة .

الحق فى التمسك بإبطال العقد يقرره القانون حماية للمتعاقد ناقص الأهلية أو الذى شاب إرادته عيب ، تحقيقاً لمصلحته الخاصة ، وقد يجد هذا المتعاقد مصلحته الخاصة فى إنفاذ العقد وليس فى إبطاله ، ولذلك كان من الطبيعى أن يسمح القانون لمن له الحق فى التمسك بالإبطال ، بأن ينزل عن حقه هذا وأن يختار بقاء العقد .

فالإجازة إذن هى تصرف قانونى يقصد به النزول عن الحق فى التمسك بإبطال العقد ممن تقرر له هذا الحق .

والإجازة تصرف صادر عن إرادة منفردة ، فهى ليست عقداً ، إذ تنتج

أثرها دون حاجة إلى قبول أو موافقة الطرف الآخر .

ويشترط لصحة الإجازة ما يشترط لصحة التصرفات القانونية عموماً ، أى أن يكون المجيز ذا أهلية للإجازة ، وأن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب .

فيما يتعلق بالأهلية المطلوبة فهى أهلية إبرام العقد الذى يجاز ، وعلى ذلك يجب لإجازة العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، أن تكون أهلية المجيز قد اكتملت وقت الإجازة ، فإذا كان هذا الشخص لا يزال ناقص الأهلية ، فإن إجازته تكون قابلة للإبطال شأنها شأن العقد الذى يجيزه . مع ملاحظة أنه يصح أن تصدر الإجازة فى هذه الحالة ممن ينوب عن ناقص الأهلية نيابة قانونية كالولى أو الوصى أو القيم ، بشرط أن يكون العقد المراد إجازته مما يدخل فى سلطة هذا النائب .

وإذا كانت قابلية العقد للإبطال قد تقررت بسبب عيب من عيوب الإرادة ، وجب لصحة الإجازة ، أن تصدر بعد زوال العيب ، أى بعد إنكشاف الغلط أو التدليس ، أو الاستغلال ، أو بعد توقف الإكراه .

أما إذا صدرت الإجازة والمتعاقد لا يزال واقعاً فى الغلط ، أو مهدداً بالإيذاء ، فإن هذه الإجازة تكون معيبة وبالتالى قابلة للإبطال كالعقد المجاز ذاته .

والإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية (م ١٣٩) .

وتكون الإجازة صريحة إذا استخدمت فيها عبارات أو مواقف لاتدع مجالا للشك فى أن المقصود منها النزول عن الحق فى الإبطال ، كعبارة نزلت أو أسقطت حقى فى طلب الإبطال .

وقد تكون الإجازة ضمنية ، وهى التى تستخلص من ظروف الحال ،

وبصفة خاصة من مسلك أو عمل يفيد نزول المتعاقد عن التمسك بحقه فى الإبطال ، دون أن يكون موضوعاً أصلا للتعبير عن إرادة هذا النزول ، ومثال ذلك أن يشترى شخص طعاماً غير الذى يقصده نتيجة غلط وبعد أن يكتشف الحقيقة ، يقوم بأكل هذا الطعام ، إذ يستفاد من فعله هذا أنه نزل عن حقه فى طلب إبطال البيع .

وإذا قام نزاع بين الطرفين بشأن حصول إجازة العقد ، فإنه يقع على عاتق مدعى الإجازة عبء إثباتها[٣] ، ويستطيع مدعى حصول الإجازة إثباتها بكل طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن إذا كانت الإجازة ضمنية ، لأنها تستخلص من وقائع وأمور مادية .

أما إذا كانت الإجازة صريحة ، فيجب أن ننظر إلى قيمة العقد المجاز ، فإذا كانت هذه القيمة لا تتجاوز عشرين جنيها ، جاز إثبات إجازته بكل طرق الإثبات ، أما إذا جاوزت القيمة عشرين جنيها ، فإنه يجب إثبات الإجازة بالكتابة أو ما يقوم مقامها وفقاً (المادة ٦١ من قانون الإثبات) .

ويترتب على إجازة العقد القابل للإبطال سقوط الحق فى طلب الإبطال لنقص الأهلية أو للعيب الذى كان ملحوظاً عند الإجازة ، فإذا كان العقد قابلا للابطال لنقص فى الأهلية وغلط وقع فيه المتعاقد ، فاكتملت أهليته وإكتشف الغلط ، ثم قام بإجازة العقد ، فلا يجوز له أن يتمسك بعد ذلك بإبطاله لنقص أهليته أو للغلط سواء بدعوى يرفعها إبتداء ، أو بدفع يقدمه فى دعوى مرفوعة عليه استناداً إلى العقد الذى أجازه . أما إذا أجاز المتعاقد العقد بعد إكتمال أهليته وقبل إكتشاف الغلط الذى وقع فيه ، فلا يجوز له

---

٣ — نقض مدنى فى ٢٦ نوفمبر ١٩٥٣ مجموعة النقض المدنى ٥ — ٢٨ — ٢٠٣ ، وفى ١٥ فبراير ١٩٧٢ المرجع السابق ٢٣ — ٢٠٥ — ١٦٢ .

طلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، ولكن يجوز له متى إكتشف الغلط أن يطلب إبطاله للغلط .

وقد نصت المادة ٢/١٣٩ على أن تستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير ، ويعبر عن ذلك بأن الإجازة لها أثر رجعى ، إذ يترتب عليها إعتبار العقد صحيحاً لا من وقت حصول الإجازة بل من وقت إنعقاد العقد .

والواقع كما رأينا أن العقد القابل للإبطال يكون صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره قبل الإجازة ، فالإجازة إذن لم تصححه ، وكل ما فعلته هو تأكيد صحته ، بإزالة خطر الإبطال الذى كان يهدده .

غير أن الإجازة يجب ألا تضر بالغير حسن النية ، والمقصود بالغير الشخص الذى يكتسب حقاً فى الفترة بين إبرام العقد وحصول الإجازة ، ويكون من شأن الإجازة الإضرار بهذا الحق .

وعلى ذلك إذا باع شخص شيئاً وكان بيعه قابلا للإبطال لنقص فى أهليته أو لعيب شاب إرادته ، ثم عاد وباع هذا الشيء مرة ثانية أو رهنه إلى شخص آخر يجهل البيع الأول ، وبعد ذلك قام البائع بإجازة البيع الأول القابل للإبطال ، فإن هذه الإجازة لا تنتج أثرها فى مواجهة المشترى الثانى أو الدائن المرتهن ، الذى يكون له أن يتمسك بالبيع أو الرهن الصادر له .

١٨٦ — التمييز بين الاجازة والاقرار .

يجب عدم الخلط بين الإجازة وهى ترد على عقد قابل للإبطال بقصد النزول عن الحق فى إبطاله وتصدر من أحد المتعاقدين وهو من تقرير الحق فى الإبطال لمصلحته ، وبين الإقرار وهو يرد على عقد صحيح فيما بين طرفيه ، ولكنه غير نافذ فى مواجهة شخص من الغير ، ويصدر عن هذا الغير بقصد جعل العقد نافذاً فى مواجهته ، ومثاله إقرار الورثة للتصرفات التى أجراها

مورثهم فى مرض موته ، وإقرار الأصيل للتصرف الذى أبرمه نائبه متجاوزاً حدود نيابته[٤] .

١٨٧ ــ ثانيا : التقادم المسقط .

يسقط الحق فى إبطال العقد القابل للإبطال إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات[٥] .

ويبرر بعض الشراح سقوط حق الإبطال بالتقادم بالإجازة الضمنية ، على أساس أن سكوت صاحب الحق فى الإبطال عن التمسك به طوال المدة المحددة فى القانون يفيد أنه نزل عن حقه فى الإبطال[٦] .

ولا تبدأ مدة التقادم من يوم إبرام العقد ، بل من يوم زوال سبب قابلية للإبطال . فإذا كان السبب هو نقص الأهلية ، فإن مدة التقادم تبدأ من يوم اكتمالها ، وإذا كان السبب هو عيب من عيوب الإرادة ، بدأت المدة من يوم زوال العيب ، أى من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس ، أو من يوم توقف الإكراه (م ١٤٠) .

فإذا كان سبب القابلية للإبطال لا يزال موجوداً فإن مدة التقادم الثلاثى لا تبدأ فى السريان . وفى هذه الحالة يظل الحق فى طلبه الإبطال قائماً إلى أن يسقط بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة تحسب من وقت تمام العقد (م ١٤٠) .

واستثناء مما تقدم تتقادم دعوى إبطال العقد بسبب الاستغلال بمضى سنة واحدة تحسب من تاريخ العقد (م ١٢٩) .

---

٦ ــ مارتن ورينو ص ١٨٦ رقم ٢٠٦ ، وقرب جميل الشرقاوى ص ٢٤١ رقم ٤٩ حيث يتكلم عن الاجازة المفترضة .

٥ ــ المادة ١٤٠ مدنى .

٦ ــ مارتى ورينو ص ١٨٦ رقم ٢٠٦ ، وقرب جميل الشرقاوى ص مصطلاح الاجازة حيث يجب استعمال اصطلاح الاقرار . انظر على سبيل المثال . المادة ١٠٨ والمادة ٤٨١ من القانون المدنى .

ويترتب على تقادم الحق فى الإبطال ، زوال الخطر الذى كان يهدد العقد ، فلا يجوز طلب إبطال العقد بعد ذلك سواء عن طريق دعوى ترفع إبتداء ، أو عن طريق دفع يقدم فى دعوى مرفوعة .

١٨٨ — البطلان المطلق لا تلحقه الاجازة ولا التقادم .

وإذا كان الحق فى التمسك بالبطلان النسبى يسقط بالإجازة وبالتقادم ، فإن الحكم على خلاف ذلك فيما يتعلق بالبطلان المطلق .

فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً عقد معدوم ، لا وجود له فى نظر القانون منذ البداية ولذلك لا يمكن إجازته(٧) ، وإذا فرض أن استطاع طرفاه تجنب العيب الذى سبب بطلانه فعليهما أن يعيدا إبرامه من جديد بإيجاب وقبول جديدين . وفى هذه الحالة نكون بصدد عقد جديد لا يرتد تاريخ إبرامه إلى تاريخ العقد الباطل(٨) .

أما الإجازة فليس من شأنها أن تخلق شيئاً غير موجود .

كذلك فإن التمسك ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً لا يسقط بالتقادم ، على الأقل إذا تم هذا التمسك فى صورة دفع المطالبة . وعلى ذلك إذا أقام أحد طرفى العقد الباطل دعوى على الطرف الآخر يطالب فيها بتنفيذ العقد ، فإن المدعى عليه يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بالتمسك ببطلان العقد ، مهما كانت المدة التى قد مضت على إبرامه . فالدفع بالبطلان المطلق لا يسقط بالتقادم .

ولكن هل يمكن رفع دعوى مبتدأة بطلب الحكم ببطلان عقد من العقود بطلاناً مطلقاً مهما كان الزمن الذى مضى على إبرام هذا العقد ، وبعبارة أخرى هل دعوى البطلان المطلق لا تتقادم كالدفع به ؟

حرص المشرع على النص صراحة على سقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (م ١٤١/٢) .

---

(٧) نقض مدنى فى ٢٧ من ابريل ١٩٦٧ ، مجموعة النقض المدنى ١٨ — ١٣٩ — ٩١٨ .

(٨) مارتى ورينو جزء ١ مجلد ٢ ص ١٨٤ رقم ٢٠١ .

وعلى ذلك يجب أن نفرق بين الدفع بالبطلان المطلق ودعوى البطلان المطلق ، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما مر من زمن على إبرام العقد ، أما دعوى البطلان فتسقط بمضى خمس عشرة سنة(٩) .

وعلى ذلك إذا كان عقد من العقود باطلا بطلاناً مطلقاً ولم ينفذ ، وبعد مضى ١٥ سنة أقام أحد المتعاقدين دعوى على المتعاقد الآخر بطلب تنفيذ هذا العقد ، فإن المدعى عليه يستطيع أن يدفع هذه المطالبة ببطلان العقد ، فحقه فى إبداء هذا الدفع لا يسقط بالتقادم .

أما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه كله أو بعضه ، ثم أراد أن يسترد ماوفاه فيجب عليه أن يقيم دعواه قبل إنقضاء مدة التقادم .

فإذا كانت هذه المدة قد انقضت فإن دعواه بطلب الحكم ببطلان العقد ورد ما وفاه لا تقبل لسقوطها بالتقادم .

المبحث الخامس

أثر البطلان

١٨٩ — إذا كان العقد باطلا بطلاناً مطلقاً أو كان قابلا للإبطال وتقرر إبطاله ، فما هو الأثر المترتب على ذلك ؟

١٩٠ — وجوب اعادة المتعاقد الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد .

الأثر الرئيسى الذى يترتب على بطلان العقد هو وجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد(١) ، وذلك لمحو كل ما قد يكون قد ترتب على إبرام العقد الذى تقرر بطلانه .

---

(٩) وقد كان الراجح فى ظل القانون المدنى الملغى هو التسوية بين دعوى البطلان المطلق والدفع به من حيث عدم سقوط أيهما بالتقادم . راجع نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ ، و ١٧ ابريل سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام النقض المدنى فى ٢٥ سنة ، الجزء الاول ، تحت رقمى ٢١٠ و ٢١١ .

(١) وقد نصت المادة ١٤٢ من القانون المدنى على هذه القاعدة صراحة .

ولا صعوبة فى أعمال هذه القاعدة إذا كان العقد لم ينفذ ، أما إذا كان أحد المتعاقدين أو كلاهما قد نفذ العقد ، فإن إعادتهما إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، تستدعى أن يسترد كل منهما ما وفاه ، فإذا كان العقد الباطل عقد بيع مثلا ، وسلم البائع المبيع إلى المشترى ، ودفع المشترى الثمن ، وجب على المشترى أن يرد المبيع إلى البائع ،ووجب على البائع أن يرد الثمن إلى المشترى.

وقد يتعقد الأمر بعض الشىء ، إذا كان ما وفاه أحد المتعاقدين ليس شيئاً بل خدمة أو منفعة ، كما لو كان العقد الباطل عقد عمل ، واشتغل العامل فى خدمة صاحب العمل فترة من الوقت ، فمن الواضح أنه لا يمكن لصاحب العمل أن يرد إلى العامل المجهود أو العمل الذى بذله فى خدمته ، ولذلك تسوى العلاقة على أساس أن يدفع صاحب العمل إلى العامل قيمة العمل الذى تم حسابه ، كذلك إذا استأجر شخص شيئاً من الأشياء وانتفع به فترة من الزمن. ثم تقرر بطلان عقد الإيجار ، فإن منفعة الشىء المؤجر لا يمكن ردها إلى المؤجر ، لأنها مرتبطة بالزمن ، وما مضى من الزمن لا يعود . ولذلك فهنا أيضاً يلتزم المستأجر برد الشىء و بدفع قيمة منفعته خلال المدة التى انتفع به خلالها.

ولا يشترط فى المثلين السابقين أن تكون قيمة العمل أو قيمة منفعة الشىء مساوية للأجر أو الأجرة المتفق عليها فى العقد الذى تقرر بطلانه ، فتحدد تلك القيمة بصرف النظر عن التحديد الوارد فى العقد ، وإن كان الذى يحدث عملا هو أن يسترشد بما كان يحدده العقد فى هذا الشأن .

فالأصل فى حالتى إبطال العقد وبطلانه أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها وقت العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا ، فإنه يستعاض عن الإعادة ، بدفع تعويض معادل لقيمة الشىء أو الخدمة أو المنفعة التى استحال ردها (م ١٤٢ مدنى) .

١٩١ — منع الاسترداد أو تقييده فى حالات خاصة .

إذا كانت القاعدة هى أنه فى حالتى إبطال العقد وبطلانه ، يجب إعادة

المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد بحيث يكون لكل منهما أن يسترد ما وفاه بناء على العقد الباطل ، فإن القانون يحرم هذا الاسترداد أو يقيد من مداه فى حالات خاصة .

١ ــ حالة الابطال لنقص الاهلية .

تنص المادة (١٤٢/٢ من القانون المدنى) على أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه بسبب تنفيذ العقد . ومعنى ذلك أن يكون التزام ناقص الأهلية بالرد وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب[٢] ، بحيث إذا كانت قيمة المنفعة التى حصل عليها ناقص الأهلية أقل من قيمة الأداء الذى قدمه المتعاقد معه له ، فلا يلزم ناقص الأهلية إلا برد قيمة المنفعة التى حصل عليها أى قيمة ما أثرى به . فإذا كان ناقص الأهلية مثلا قد اقترض مائة جنيه فاشترى بها شيئاً قيمته فى السوق خمسون جنيهاً فقط ، وأبطل عقد القرض بسبب نقص الأهلية ، فإنه لا يلتزم بأن يرد إلى المقترض سوى خمسون جنيها فقط ، لأن هذه هى قيمة المنفعة التى عادت عليه من وراء القرض .

وإذا حدث ولم تعد على ناقص الأهلية أية منفعة من تنفيذ العقد الذى تقرر إبطاله أو بطلانه ، كما لو كان ناقص الأهلية فى المثال السابق قد خسر مبلغ القرض فى القمار ، فإنه لا يلتزم بأن يرد شيئاً للمتعاقد معه[٣] .

٢ ــ حالة البطلان لعدم المشروعية .

رأينا أنه إذا بطل العقد وكان أحد الطرفين قد نفذ التزاماته كلها او بعضها ، جاز له استرداد ما وفاه . ولكن هل الاسترداد جائز فى جميع حالات البطلان؟ السبب فى إثارة هذا التساؤل هو أن القانون الرومانى يعرف قاعدة تقيد من

---

٢ ــ المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى : مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٢٥٧ جميل الشرقاوى ص ٥٧ ، رقم ٥٠ .

٣ ــ كاربونييه فى القانون المدنى مجموعة Themis ص ٤٣٨ — ٤٣٩ رقم ١٣١ .

جواز الاسترداد فى حالة ما إذا كان سبب البطلان هو عدم مشروعية سبب العقد أو محله ، ويعبر عن ذلك بأنه :

« لا يجوز للطرف الملوث أن يتمسك بعمله الشائن أمام القضاء » :

Nemo audiur propriumturpitudinem allegans.

وبناء على هذه القاعدة إذا اتفق رجل وامرأة على أن يعاشرها معاشرة جنسية خارج نطاق الزواج فى مقابل مبلغ من المال ، ودفع لها هذا المبلغ ، ولكنها لم تف بتعهدها له ، فلا يجوز للرجل أن يطالب أمام المحاكم باسترداد النقود التى دفعها استناداً إلى بطلان العقد ، فالباعث على هذا العقد غير مشروع لمخالفته للآداب العامة .

وتستند هذه القاعدة الرومانية إلى أنه لا يجوز تدنيس ساحة القضاء بالاستماع إلى إدعاءات طرف ملوث ، وإلى أن مثل هذا الشخص غير جدير بحماية القانون . ولكن يلاحظ أن الأخذ بهذه القاعدة وإن منع الاسترداد فإنه لا يمنع من التمسك بالبطلان(٤) .

وقد انتقدت هذه القاعدة على أساس أنها تؤدى إلى جعل العقد الباطل كالعقد الصحيح من ناحية الإبقاء على ما رتبه من آثاره ، وأنها تؤدى إلى مكافأة الطرف الملوث الذى حصل على تنفيذ العقد بالسماح له بالاحتفاظ بما حصل عليه .

ولا يوجد نص فى القانون المدنى على هـــذه القاعدة ، بل إن الأعمال التحضيرية تفيد أن المشرع لم ير الأخذ بالنظرية الرومانية لأنها لا تتمشى مع

---

(٤) مارتى ورينو ج ٢ مجلد ١ ص ١٨٣ رقم ٢٠٠ .

منطق البطلان[٥] ، الذى يوجب الاسترداد حتى تتم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد .

ولذلك فالراجح فى الفقه هو إجازة الاسترداد فى هذه الحالة تطبيقاً للقاعدة العامة[٦] .

١٩٢ ــ المسئولية عن الضرر الناشىء عن بطلان العقد : نظرية الخطأ عند تكوين العقد .

عندما يبطل عقد من العقود ، قد يصيب أحد المتعاقدين ضرر لا يمحوه استرداده لما وفاه ، فهل يحق لهذا المتعاقد أن يطالب المتعاقد الآخر بتعويض هذا الضرر ، وماهو أساس هذا التعويض ؟

لاشك أنه إذا كان بطلان العقد سببه خطأ ارتكبه أحد المتعاقدين ، فإن هذا المتعاقد يلتزم بتعويض الضرر الناشىء عن هذا الخطأ ، وفقاً للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية ، ومثال ذلك أن يعمد قاصر إلى إيهام شخص ببلوغه سن الرشد بتقديم شهادة ميلاد مزورة ، فيتعاقد معه هذا الشخص ، مفضلا إياه على شخص آخر ، ثم يبطل العقد بسبب نقص الأهلية ، فهنا يكون للمتعاقد مع القاصر أن يطالبه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه والمتمثل فى ضياع فرصة التعاقد مع شخص آخر (م ١١٩ مدنى) .

كذلك إذا باع شخص شيئاً هلك من قبل ، وكان البائع يعلم بذلك ولكنه أخفاه عن المشترى ، فإن بطلان البيع بسبب إنعدام محله ، قد يصيب المشترى

---

٥ ــ كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يتضمن نصا يقرر النظرية صراحة ، (المادة ٣/٢٠١) ، ولكن هذا النص حذف من المشروع النهائى ، وقيل فى تبرير حذفه انه لا يتمشى مع منطق البطلان : راجع مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٢٥٧ .

٦ ــ السنهورى ص ٥٩١ رقم ٣٣٨ ، حشمت ابو ستيت ص ٢٥٠ رقم ٢٥٩ ، انور سلطان ص ٢٦٤ رقم ٢٣٢ ، محمود جمال الدين زكى ص ٢٤٠ هامش ٨ ، جميل الشرقاوى ص ٢٥٨ رقم ٥٠ ، منصور ص ١١٨ . وانظر عكس ذلك وديع فرج ص ٢٠٠ .

بضرر ، فيحق له أن يطالب البائع بتعويض هذا الضرر لأن البائع أخطأ بإخفاء أمر هلاك الشيء قبل العقد(٧) .

وقد حاول الفقيه الألمانى اهرنج إقامة المسؤولية عن بطلان العقد فى مثل الحالات السابقة على أساس تعاقدى ، أى بالقول بأن المتعاقد يكون مسؤولا عن التعويض مسئولية عقدية لا تقصيرية ، وذلك على أساس أن كل شخص يقدم على إبرام عقد من العقود ، يبرم فى الواقع عقدين : العقد الأصلى المقصود وعقداً آخر بمقتضاه يتعهد المتعاقد ألا يقوم فى جانبه سبب لبطلان العقد الأصلى ، فإذا بطل العقد الأصلى ، يكون المتعاقد قد أخل بعقد الضمان التبعى ، وبالتالى يكون مسئولا عن الضرر الناشىء عن هذا الإخلال مسئولية عقدية. وقد عرفت نظرية أهرنج بنظرية « الخطأ عند تكوين العقد » .

وواضح أنه من اليسير انتقاد هذه النظرية ، فعقد الضمان الذى يقول أهرنج به ، لاوجود له فى الواقع ، وفضلا عن ذلك ، فإن هذا العقد على فرض وجوده يقع باطلا شأنه شأن العقد الأصلى لأن ما يعيب العقد الأصلى يعيبه كذلك ، فإذا كان العقد الأصلى باطلا بسبب نقص الأهلية مثلا ، فكذلك يكون عقد الضمان لأن طرفيه هما طرفا العقد الأصلى .

١٩٣ — تحول العقد الباطل .

قد يحصل أن يبطل العقد لعدم توافر ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته ، ولكن مع ذلك تتوافر أركان عقد آخر يحتاج انعقاده إلى أركان مختلفة أو أركان أقل من العقد الأول الباطل ، ففى هذه الحالة إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تتجه إلى إبرام العقد الثانى فيما لو علمت وقت إبرام العقد

---

٧ — ويكون التعويض بالنقود وفقا للقاعدة العامة . وان كان بعض الشراح قد ذهب الى القول بجواز أن يكون التعويض فى هذه الحالة هو الحكم بانعقاد العقد صحيحا باعتباره تعويضا عينيا .

الأول إنه سيقع باطلا ، فإن اتفاق الطرفين يعمل به بالنظر إلى العقد الثانى الذى توافرت أركانه ، فيكون صحيحاً .

ومثال ذلك أن يبيع شخص شيئاً بثمن تافه ويفرغ عقده فى محرر رسمى ، فهذا البيع يبطل لإنعدام ركن الثمن وهو من الأركان الأساسية فى البيع ، والثمن التافه يعتبر فى حكم الثمن المعدوم ، ولكن هذا البيع الباطل يتحول إلى هبة صحيحة ، لأن الهبة تمليك بلا مقابل ، فمتى توافرت نية التبرع وأفرغ الاتفاق فى الشكل الرسمى ، توافرت أركان الهبة وانعقدت صحيحة .

وقد نصت المادة ١٤٤ من القانون المدنى على هذه الفكرة بقولها : إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

ويستخلص من هذا النص ، أنه لتحول العقد لابد من توافر ثلاثة شروط :

أولا — أن يوجد عقد باطل أو قابل للابطال — فإذا كان العقد صحيحاً فلا يمكن القول بتحوله ، ولو كان إنعقاده قد علق على شرط لم يتحقق(٨) .

ثانياً — أن تتوافر فى العقد الأصلى جميع الأركان اللازمة لإنعقاد عقد آخر بين ذات طرفى العقد الأصلى وبصفاتهما . فلا يتم التحول إلى العقد الجديد إذا كان ينقص ركن من أركان هذا العقد ، أو إذا كان إبرام العقد الجديد يحتاج إلى إدخال شخص آخر لم يكن طرفا فى العقد القديم(٩) .

ثالثاً — أن يتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الجديد

---

(٨) نقض مدنى فى ١٤ من يونية ١٩٦٦ مجموعة النقض المدنى ١٧ — ١٨٨ — ٣٥٩ .

(٩) نقض مدنى فى ٢٩ يناير ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ — ١٩٢ — ١١٧٦ ، وفى ١٦ من ديسمبر ١٩٧٢ ، المرجع السابق ٢٣ — ٢٠٨ — ١٣٣٠ .

لو علما وقت إبرام العقد الأصلى بأنه سيقع باطلا أو قابلا للإبطال .

وعلى ذلك إذا باع شخص لآخر قطعة أرض بناء قبل اعتماد تقسيم المنطقة التى بها هذه الأرض ، فإن هذا العقد يقع باطلا بطلاناً مطلقاً باعتباره بيعاً نظراً لأن القانون يحظر صراحة بيع الأراضى للبناء عليها قبل اعتماد تقسيمها ، ولكن عقد البيع الباطل يمكن أن يتحول إلى عقد وعد بالبيع إذا تبين أن نية الطرفين كانت تنصرف إلى إبرام الوعد لو علما عند إبرام البيع بأنه سيقع باطلا بسبب عدم اعتماد التقسيم .

١٩٢ — أثر البطلان بالنسبة لغير المتعاقدين .

ويلاحظ أنه يترتب على بطلان العقد اعتباره غير موجود ، ليس فقط بالنسبة للمتعاقدين ، بل و بالنسبة لغيرهم ممن قد تكون لهم حقوق تتأثر بصحة العقد أو ببطلانه .

وعلى ذلك إذا باع أ شيئاً إلى ب ، ثم رهن ب الشىء ذاته إلى ج ، ثم تقرر إبطال البيع الأول ، فإنه يترتب على ذلك أن ب لم يتملك الشىء لأن عقده كان باطلا ، ولذلك فإن عقد الرهن الصادر إلى ج لا ينشىء له حقاً لصدوره من غير مالك ، فتعود ملكية الشىء خالصة للمالك الأصلى وهو أ . ومن الواضح أن أعمال أثر البطلان فى مواجهة الغير قد يسبب له أضراراً جسيمة ، ولذلك عمل المشرع على الحد من أثر البطلان بالنسبة للغير إذا كان حسن النية ، لا يعلم بالسبب الذى من أجله بطل العقد .

وحالات الحد من أثر البطلان بالنسبة للغير نجدها متناثرة فى القوانين المختلفة ، من ذلك حماية القانون لحائز المنقول متى كان حسن النية ، فإذا باع شخص منقولا إلى آخر ، ثم قام المشترى ببيع هذا الشىء إلى شخص ثالث وسلمه إليه ، ثم تقرر بطلان البيع الأول ، فلا يجوز للمالك الأصلى انتزاع الشىء من يد

المشترى الثانى ، متى كان هذا الأخير حسن النية لايعلم وقت إبرام عقده السبب الذى أدى إلى بطلان البيع الأول .

ويعبر عن ذلك بأن الحيازة فى المنقول سند الحائز[١٠] .

من ذلك أيضاً أنه إذا اشترى شخص عقاراً وسجل عقده ، ورهن هذا العقار ضماناً لدين عليه ، ثم أبطل عقد البيع وعاد المبيع إلى مالكه الأصلى ، فإنه يعود محملا بالرهن الذى قرره المشترى ، وذلك متى كان الدائن المرتهن حسن النية أى لا يعلم وقت إبرام الرهن أن ملكية المتعاقد معه (المدين الراهن) مهددة بالزوال[١١] .

---

(١٠) المادة ٩٧٦ مدنى .
(١١) المادة ١٠٣٤ مدني .

الباب الثاني
آثار العقد

تمهيد

١٩٥ — يترتب على إبرام العقد صحيحاً نشوء التزام أو التزامات أى علاقات قانونية ملزمة ، وتختلف هذه الالتزامات باختلاف العقود ، فمن العقود ما ينشىء التزاماً بتسليم شيء معين كعقد البيع وعقد الايجار ، ومن العقود ما ينشىء التزاما بالمحافظة على شيء كعقد الوديعة وعقد العارية ، ومن العقود ماينشىء التزاما بالقيام بعمل معين كعقد العمل وعقد الوكالة . ومحل دراسة هذه الالتزامات المختلفة إنما يكون عند دراسة كل عقد من العقود على حدة ، أماعند دراسة العقد بصفة عامة ، فاننا نتناول القواعد العامة المتعلقة بالقوة الملزمة للعقد أيا كان .

ونقسم دراستنا لآثار العقد على النحو التالى :

١ — تحديد مضمون العقد أى تحديد الالتزامات الناشئة عنه .

٢ — بيان مدى القوة الملزمة للعقد .

٣ — تحديد الأشخاص الذين يتحملون بالالتزامات الناشئة عن العقد .

٤ — جزاء الاخلال بالعقد .

الفصل الأول

تحديد مضمون العقد

١٩٦ — المقصود بتحديد مضمون العقد تحديد الآثار الناشئة عنه ، وهى قد تكون إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنقضائها .

ولما كان العقد من عمل الإرادة ، فإن تحديد مضمونه يتم عن طريق بيان ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين أو نيتهما المشتركة ، وهو مايعبر عنه بتفسير العقد ، ومتى تم ذلك أمكن تكييف العقد ، أى معرفة طبيعته ووصفه القانونى ، وبعبارة أخرى تحديد ما إذا كان العقد عقد بيع أو عقد هبة أو عقد شركة ، الخ . .

وبناء على هذا التكييف يمكن تحديد الالتزامات المترتبة على هذا العقد .

المبحث الأول

تفسير العقد

١٩٧ — قد تكون عبارة العقد واضحة ، أى لاتحتمل سوى معنى واحد سواء فيما يتعلق بطبيعة العقد المقصود ، أو بالآثار التى تترتب عليه ، وفى هذه الحالة يجب الأخذ بهذا المعنى الواضح أو الظاهر من عبارات العقد ، فلا يجوز بحسب الأصل الانحراف عن هذه العبارات أى تركها والأخذ بمعنى آخر غير واضح منها بحجة أن هذا المعنى هو الذى اتجهت اليه إرادة المتعاقدين (م ١٥٠ مدنى) ، إذ يفترض أن المعنى الواضح من عبارات العقد مطابق لقصد المتعاقدين المشترك ، وإذا أخذت المحكمة بالمعنى الذى تدل عليه عبارات العقد الواضحة ، فإنها لا تلتزم بأن تبين فى حكمها لماذا أخذت

بهذا المعنى[١]

ولكن يحدث أحيانا أن تكون العبارات المستخدمة فى العقد رغم وضوحها لاتطابق قصد المتعاقدين ، وفى هذه الحالة يجب عدم الوقوف عند المعنى الحرفى المستفاد من تلك العبارات ، بل يجب الأخذ بالقصد المشترك للمتعاقدين ، وفى هذه الحالة يتعين أن يثبت من يدعى أن نية المتعاقدين المشتركة قد إتجهت إلى الأخذ بمعنى غير المعنى الظاهر من عبارات أن يثبت مايدعيه ، لأنه يدعى خلاف الأصل ، وفى هذه الحالة يجب على المحكمة أن تبين فى حكمها لماذا عدلت عن المعنى الظاهر وأساس هذا العدول[٢] .

أما إذا لم يثبت أن نية المتعاقدين المشتركة قد اتجهت إلى معنى آخر غير المعنى الظاهر من عبارات العقد ، فلا يجوز الانحراف عن هذا المعنى والأخذ بمعنى آخر ، وإلا كان فى ذلك مسخ للعقد[٣] ،

١٩٨ — وإذا كان عبارات العقد غير واضحة ، أى تحتمل أكثر من معنى ، وجب تفسيرها لترجيح أحد المعانى التى تحتملها ، وهو المعنى الذى يتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ (م١٥٠/٢) وفى ذلك تراعى القواعد الآتية :

١ — يجب ترجيح المعنى الأكثر انطباقا على روح العقد والغرض

---

(١) نقض مدنى فى ١٥ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة النقض المدنى ١٥ — ١٠٤ — ٦٥١ ، وفى ٢١ يونية ١٩٧٣ ، المرجع السابق ٢٤ — ١٦٥ — ٩٥٣ .

(٢) نقض مدنى فى ٧ مايو ١٩٦٤ مجموعة النقض المدنى ١٣ — ٤٠ — ٢٥٩ .

(٣) وتطبيقا لذلك اذا كان قد نص فى العقد على أن البيع خاضع لشروط بورصة مينا البصل . وجاء النص عاما يحكم جميع شروط التعاقد بما فى ذلك السعر ، فلا يجوز تفسير هذا النص بأنه مقصور على العيوب التجارية والا كان فى ذلك مسخ للعقد . انظر نقض مدنى فى أول فبراير ١٩٦٢ ، مجموعة النقض المدنى ١٣ — ٢٣ — ١٤٨ .

المقصود منه ، فإذا ورد فى عقد البيع أنه يرد على منزل معين وما به من منقولات وجب تفسير كلمة منقولات ، بالمفروشات الموجودة بالمنزل ، بحيث لا يدخل فيها النقود أو الأوراق المالية التى يحتفظ بها البائع فى منزله وقت البيع .

٢ — إذا كان أحد المعانى يجعل العبارة ذات أثر، والمعنى الآخر يجعلها مجردة من أى أثر ، وجب الأخذ بالمعنى الأول ، ويعبر عن ذلك بأن أعمال الكلام خير من إهماله .

٣ — عبارات العقد متكاملة تفسر بعضها ببعض ، ولذلك يجب عند تفسير العقد النظر إلى عباراته فى مجموعها ، لا الوقوف عند كل عبارة وتفسيرها إستقلالا وعلى حدة(٤) .

٤ — فى سبيل الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين يمكن الاستعانة بالظروف التى أحاطت بإبرام العقد وتنفيذه (٥) .

وقد نصت المادة ٢/١٦٠ صراحة على أن يستهدى فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر فى أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للصرف الجارى فى المعاملات .

١٩٩ — حكم الشك .

قد يحدث أن يتعذر تحديد المعنى المقصود بعبارات العقد رغم الالتجاء إلى الوسائل السابقة ، فتظل هذه العبارات تحتمل أكثر من معنى ، وفى هذه الحالة يقال أنه يوجد شك حول المعنى الذى قصده المتعاقدان .

---

(٤) نقض مدنى فى ١٠ مارس ١٩٦٦ ، مجموعة النقض المدنى ١٧ — ٧٨ — ٥٧٠ ، وفى ٩ يونيه ١٩٦٦ المرجع السابق — ١٧ — ١٨٧ — ١٣٥٠ ، وفى ١٢ نوفمبر ١٩٦٨ المرجع السابق ١٩ — ٢٠٠ — ١٣٢٩ .

(٥) نقض مدنى فى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٧ مجموعة النقض المدنى ١٨ — ٢٧٠ — ١٧٧٩ ، وفى ١١ يونية ١٩٦٨ ، المرجع السابق ١٩ — ١٩ — ١٧١ — ١١٤١ ، وفى ٢٥ مارس ١٩٧١ ، المرجع السابق ٢٢ — ٦٣ — ٤٠١ ، وفى اول يونية ١٩٧٢ المرجع السابق ٢٣ — ١٦٦ — ١٠٦٢ .

وقد واجه القانون هذه الحالة فقرر أن يفسر الشك فى مصلحة المدين (م ١٥١/١) ، ومؤدى ذلك أنه إذا كان أحد المعانى التى تحتملها عبارات العقد يحقق مصلحة للمدين ، وكان المعنى أو المعانى الأخرى ضد مصلحة المدين ، أو أقل تحقيقا لهذه المصلحة من المعنى الأول ، وجب الأخذ بالمعنى الأول وإعتبار أن نية المتعاقدين المشتركة قد إتجهت إليه مادام لم يثبت أن هذه النية قد اتجهت إلى غيره من المعانى . وقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين تقوم على أساس أن الأصل فى الإنسان براءة الذمة ، فإذا ادعى شخص أنه دائن لآخر ، فعليه أن يثبت وجود هذا الدين ومداه ، فإن أثبت وجود الدين ولكنه عجز عن إثبات مداه ، بأن ادعى مدى واسعاً ، نازع المدين فيه ، وكانت عبارات العقد تحتمل المدى الواسع الذى يدعيه الدائن ، والمدى الضيق الذى يدعيه المدين ، فيؤخذ بما يدعيه المدين على أساس أن الدائن هو المكلف بالإثبات وقد عجز (٦) .

وإستثناء من قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، نص القانون صراحة على أنه لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن (م ١٥١/٢) .

ويستند هذا الاستثناء إلى أن الطرف المذعن لم يشترك فى صياغة عبارات العقد ، ولذلك فإنه لا يسأل عن غموضها ، وإنما المسئول عن ذلك هو الطرف الآخر القوى الذى استقل بوضع شروط العقد وبصياغتها ولذلك يكون مما يتفق مع العدل والمنطق أن تفسر العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن ، سواء كان هذا الطرف مدينا أو دائنا ، ومن شأن ذلك أن يحمل الطرف القوى فى عقود الإذعان على مراعاة الدقة والوضوح فى صياغة عبارات عقودهم .

---

(٦) فاذا حدد العقد شهرا معينا لوفاء المدين بالتزامه ، ولكنه لم يحدد يوما بعينه من ايام ذلك الشهر ، فانه يكون للمدين ان يفى بدينه . فى اى يوم خلال هذا الشهر ، فلا يلتزم بأن يكون الوفاء فى المرجع الاول منه .

٢٠٠ — وتفسير العقد يعتبر مسألة موضوعية إذ يعتمد أساساً على وقائع وظروف العقد وبصفة خاصة العبارات التى استعملت فيه ، ولذلك فإن قاضى الموضوع لايخضع فى قيامه بالتفسير لرقابة من محكمة النقض ، مادام قد التزم القواعد السابقة فى تفسيره ، ومادام قد استخلص نتائجه من مصادر موجودة فعلا لاوهما ، وغير متعارضة مع الثابت من ظروف النزاع ، ومتى كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذى حصله(١) .

أما تطبيق قواعد التفسير السابقة فيعتبر عملا قانونياً يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض . فلو فسرت محكمة الموضوع الشك ضد مصلحة المدين مثلا فى غير عقود الاذعان ، كان لمحكمة النقض أن تنقض هذا الحكم لمخالفته لقاعدة قانونية عن قواعد التفسير .

المبحث الثانى

تكييف العقود أو وصفها

٢٠١ — لايستطيع القاضى أن يبت فى النزاع الذى يثور أمامه بشأن عقد من العقود إلا إذا كيف هذا العقد وأعطاه الوصف الصحيح الذى يتفق مع حقيقة ماقصده المتعاقدان منه ، فعلى القاضى أن يحدد ما إذا كان العقد المتنازع عليه عقدا مسمى أو عقدا غير مسمى ، وإذا انتهى إلى أنه من العقود المسماه ، تعين عليه أن يحدد أى عقد من العقود المسماه هو : هل هو بيع أم هبة أم قرض ، وكذا ولذلك تعتبر عملية تكييف العقود من صميم عمل القاضى ، والقاضى

---

(٧) مارتى ورينو ج ١ مجلد ٢ ص ١٩٨ رقم ٢١٦ . ونقض مدنى فى ٣١ مايو ١٩٦٢ ، مجموعة النقض ١٣ — ١١٠ — ٧٣٤ ، وفى ٢٦ مارس ١٩٦٤ ، المرجع السابق ، ١٥ — ٦٨ — ٤١٨ ، وفى ١٦ مايو ١٩٦٧ ، المرجع السابق ١٨ — ١٥٠ — ١٠٠٥ ، وفى ٢٧ يونية ١٩٦٧ المرجع السابق ١٨ — ٢٠٨ — ١٣٧٩ ، وفى ١٤ نوفمبر ١٩٦٧ المرجع السابق ١٨ — ٢٥١ — ١٦٠٩ ، وفى ٨ يناير ١٩٧٠ ، المرجع السابق ٢١ — ٩ — ٥١ —

فى قيامه بها لا يتقيد بالوصف أو التكييف الذى يعطيه المتعاقدان لعقدهما ، فالعبرة فى التكييف هى بحقيقة ماقصده المتعاقدان من عقدهما . فلا يعتد بما يطلقانه على العقد من أوصاف إذا كانت هذه الأوصاف تخالف حقيقة التعاقد وماقصده المتعاقدان منه (١) . وللقاضى أن يطرح الوصف أو التكييف الذى قال به المتعاقدان إذا وجد أنه لا يتفق مع حقيقة العقد أو ماهيته بحسب ماتبينت له بعد تفسير العقد والتعرف على قصد المتعاقدين .

وعلى ذلك إذ وصف شخصان عقدهما بأنه عقد إيجار لشىء ، ولكن القاضى تبين له أن إرادة الطرفين قد إتجهت إلى نقل ملكية هذا الشىء حالا أو مآلا ، فله أن يطرح وصف الإيجار ، وأن يعتبر العقد بيعاً ، ويطبق عليه أحكام البيع ، لأن الإيجار لا يؤدى إلى نقل الملكية لا حالا ولا مستقبلا .

ويقوم القاضى بتكييف العقود المتصلة بالنزاع المعروض عليه من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك ، لأنه لا يستطيع أن يفصل فى النزاع كما قدمنا بدون هذا التكييف ، ولما كان القاضى فى تكييفه للعقد ، إنما يقوم بالمقابلة بين الآثار التى اتجهت اليه نية المتعاقدين المشتركة كما استخلصها من عبارات العقد ، وبين الماهية أو الطبيعة المجردة للعقد كما نظمه القانون ، فإن عملية التكييف تعتبر مسألة قانونية ، يخضع قاضى الموضوع فى القيام بها

---

(١) نقض مدنى فى ٢٤ مايو ١٩٦٢ ، مجموعة النقض المدنى ١٣ — ١٠٣ — ٦٩٣ ، وفى ١٣ ديسمبر ١٩٦٢ ، المرجع السابق ١٣ — ١٨٠ — ١١٤٠ ، وفى ٢٢ يونية ١٩٦٧ المرجع السابق ١٨ — ٢٠٢ — ١٣٣١ ، وفى ٢٩ يونية ١٩٦٧ المرجع السابق ١٨ — ٢١٧ — ١٤٤١ ، وفى ٢٨ ديسمبر ١٩٧١ المرجع السابق ٢٢ — ١٨٦ — ١١١٥ ، وفى ٣ مايو ١٩٧٢ المرجع السابق ٢٣ — ١٢٦ — ٨٠٦ .

لرقابة محكمة النقض(٢) .

المبحث الثالث

تحديد الإلتزامات الناشئة عن العقد

٢٠٢ — متى فسر العقد ، وأمكن على ضوء هذا التفسير تحديد ماهيته وتمييزه عن غيره من العقود ، أصبح فى الاستطاعة تحديد الالتزامات المترتبة عليه وبيان نوعها ومداها ، ذلك أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ماهو مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام (م ١٤٨ / ٢) .

فالالتزامات التى تترتب على إبرام عقد معين ، ليست فقط الالتزامات التى نص عليها فى عبارات هذا العقد واتجهت اليه إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمناً ، بل إنه تترتب على العقد التزامات أخرى لم يواجهها المتعاقدان ولم ينصرف اليها ذهنيهما عند التعاقد ، ومع ذلك يلتزمان بها لأنها تعتبر من مستلزمات العقد الذى أبرماه . وفى تحديد هذه الإلتزامات نرجع إلى القانون وإلى العرف وإلى العدالة .

فإذا وجدنا أمراً من هذه الأمور يفرض التزاماً على المتعاقد باعتباره من مستلزمات عقده أى مما يترتب بالضرورة على العقد ولو لم تتجه إرادة المتعاقدين ، قلنا بنشوء هذا الالتزام عن العقد .

ومثال ذلك أن نصوص التشريعات تقرر بصفة مكملة لإرادة المتعاقدين التزامات مختلفة ، ومادام العقد لم يتضمن أى إتفاق على إستبعاد القواعد المكملة التى تقرر هذه الإلتزامات فإنها تنطبق وتحمل المتعاقدين بما تقرره من التزامات .

---

(٢) نقض مدنى ٢ يونية ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ — ١٥٢ — ١٩٥١ ، وفى ٩ مارس ١٩٧٢ ، المرجع السابق ٢٣ — ٥٩ — ٣٧٦ .

فالبائع والمشترى قد يكتفيا عند إبرام البيع بذكر الالتزام بنقل الملكية والإلتزام بوفاء الثمن ، ولكن البائع مع ذلك يلتزم بناء على القواعد القانونية المكملة الواردة ضمن التنظيم الخاص بعقد البيع فى القانون المدنى بتسليم المبيع إلى المشترى ، وبضمان إنتفاعه به انتفاعاً هادئاً ، فهذه الالتزامات من مستلزمات عقد البيع .

كذلك فإن من يبيع لآخر شيئاً خطراً ، يلتزم بأن يبين له وجه الخطورة فى هذا الشيء ، والإحتياطات الواجب إتخاذها عند إستعماله ، فهذا الإلتزام يعتبر من مستلزمات بيع الأشياء الخطرة وفقاً للعرف والعدالة ، رغم عدم ذكره لا فى العقد ، ولا فى نصوص التشريع .

كذلك فإن الناقل يلتزم بضمان سلامة الراكب المنقول ولو لم ينص على ذلك فى عبارات عقد النقل ، وذلك على اعتبار أن الالتزام بضمان السلامة من مستلزمات عقد النقل لأن الشخص عندما يتعاقد مع الناقل على نقله ، لا يقصد مجرد توصيله إلى المكان الذى يقصده ، بل يقصد الوصول سالماً[1]

---

(١) ويصل القضاء الى تحميل الناقل بهذا الالتزام تحت ستار تفسير عقد النقل والبحث عن النية المشـــتركة للمتعاقدين ، فبدلا من استخلاص الارادة الضمنية ، يتوهم ارادة خيالية او مفروضة .

انظر مارتى ورينو ج ١ مجلد ٢ ص ١٩٨ رقم ٢١٦ ، نرسون فى مجموعة ساكرتان ص ٢١٨ .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا تعهد شخص بتوريد الغذاء الى محل معين (معتقل) وكان ذلك يقتضى منه احضار ادوات الاكل والاوانى النحاسية اللازمة لطهى الطعام بالمكان الذى ينفذ فيه التزامه ، فان الطرف الآخر يلتزم بالمحافظة على تلك الادوات والتزامه هذا يتولد عن التعاقد ذاته لانه هو الاساس الذى بموجبه قام المتعهد باحضار هذه الادوات . نقض مدنى فى ٢٨ مايو ١٩٦٨ مجموعة النقض المدنى ١٩ — ١٥١ — ١٠١٤ .

الفصل الثانى

القوة الملزمة للعقد

٢٠٣ — إذا انعقد العقد صحيحاً فإنه يلزم طرفيه ، ويتعين على المتعاقدين أن يفيا بالإلتزامات التى يرتبها العقد ، كما لو كان القانون هو الذى يفرض هذه الالتزامات عليهما ، ويعبر عن ذلك بأن العقد قانون أو شريعة المتعاقدين (م ١/١٤٧) . فالعقد وإن لم تكن له عمومية القواعد القانونية ، إلا أن له قوته فيما بين الطرفين ، فيجب عليهما الخضوع له كما يخضعون للقاعدة القانونية ويجب على القاضى أن يفرض على المتعاقدين إحترام العقد كما يفرض إحترام القانون[١] .

وتعتبر هذه القاعدة من آثار مبدأ سلطان الإرادة ، وتمليها إعتبارات دينية وأخلاقية وإقتصادية ، فالاعتبار الدينى والأخلاقى هو وجوب الوفاء بالعهد[٢] ، والاعتبار الإقتصادى هو إستقرار المعاملات[٣] .

ويترتب على لزوم العقد :

أولا — وجوب تنفيذ العقد بجميع ما اشتمل عليه ، وفى ذلك تقول المادة

---

(١) مارتى ورينو ص ٢٠٤ رقم ٢٢٢ .

(٢) يقول الله تعالى فى سورة النساء (الآية ٢٨) : ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها » . الدين او الالتزام يعتبر من الامانات لقوله تعالى فى الآية ٢٨٣ من سورة البقرة : « فان امن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن امانته » ، وذلك عطفا على قوله تعالى فى الآية السابقة .

« يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » .

وقال الله تعلى فى الآية ٣٤ من سورة الاسراء : « واوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا » . وقال تعالى فى الآية الاولى من سورة المائدة : « يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » .

وقال الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام : « ان خيار الناس احسنهم قضاء » .

(٣) مارتى ورينو ص ٢٠٤ رقم ٢٢١ .

١٤٨ من القانون المدنى : ١ — يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية .

٢ — ولايقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام وقد سبق أن تكلمنا عن ذلك عند تناول تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد .

ثانياً — أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين بإرادته المنفردة أن ينقض العقد أى أن يتحلل من قوته الملزمة ، كما لايجوز له أن يعدل فى هذا العقد (م ١٤٧/١) .

فالعقد نشأ بإرادة كل من المتعاقدين ، ولذلك فكل نقض لهذا العقد أو تعديل له يجب أن يتم بإرادة المتعاقدين المشتركة ، فلا تملك الإرادة المنفردة لأحدهما أن تنقض هذا العقد أى أن تنهيه وتزيل قوته الملزمة ، أو أن تعدله سواء بتغيير ما أتفق عليه فيه ، أو بحذفه ، أو بإضافة شروط جديدة لم يتراض عليها الطرفان .

ولكن يلاحظ أن قاعدة التزام المتعاقدين بالعقد وعدم جواز نقضه بالإرادة المنفردة، لاتنطبق إلا على العقود اللازمة ،أما العقود غير اللازمة ، سواء بنص القانون ، أو بإتفاق الطرفين ، فيجوز فيها إنهاء العقد والتحلل من قوته الملزمة بالإرادة المنفردة ، ففى عقد الوكالة يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ، كما يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة فى أى وقت[٥] .

وفى العقود الزمنية عموما إذا لم يتفق الطرفان على أجل معين ينتهى العقد عند حلوله ، يجوز لكل منهما أن ينهيه بإرادته ، وينطبق هذا

---

(٤) المادة ٧١٥ مدنى .
(٥) المادة ٧١٦ مدنى .

الحكم على كل من عقد الإيجار[٦] ، وعقد العمل[٧] ، وعقد الشركة[٨] .

وقد يجيز القانون لأحد المتعاقد نقض العقد بإرادته المنفردة ، ولكنه يشترط لذلك حصوله على ترخيص من القضاء ، كما هو الحال بالنسبة لعقد الهبة حيث تجيز المادة ٥٠ من القانون المدنى للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع فى الهبة ، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع .

ويلاحظ أنه حيث يكون العقد غير لازم ، فإن سلطة المتعاقد تقتصر بحسب الأصل على إمكان إنهائه أى التحلل منه كلية ، ولكن لا يكون له سلطة تعديل العقد إلا بالإتفاق مع الطرف الآخر[٩] .

أما إذا كان العقد لازما ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين ، فإذا قام الطرفان بتعديل العقد ، فإنهما يلتزمان بهذا التعديل ، ولا يكون لأى منهما التمسك بالعقد الأصلى قبل التعديل ، فالعقد المعدل هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ، وهو الذى يصبح شريعة أو قانون المتعاقدين[١٠] .

٢٠٤ ــ تعديل العقد بواسطة المشرع أو عن طريق القضاء .

وإذا كانت القاعدة كما رأينا هى حظر نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق

---

(٦) المادة ٥٦٣ مدنى .

(٧) المادة ٦٩٤ من القانون المدنى والمادة ٧٢ من قانون العمل .

(٨) المادة ٥٢٩ من القانون المدنى .

(٩) واستثناء من هذا الاصل يجوز للموكل ان يقيد الوكالة بارادته المنفردة : المادة ٧١٥ مدنى .

(١٠) وتطبيقا لذلك قضى بانه اذا خلا العقد النهائى من شرط كان منصوصا عليه فى العقد الابتدائى ، فان هذا يدل على ان الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما الى عدم التمسك به او تطبيقه .

نقض مدنى فى ٢٦ مارس ١٩٧٠ ، مجموعة النقض المدنى ٢١ ــ ٨٢ ــ ٥٨٣ ، وفى ٢٥ من مارس ١٩٧٢ المرجع السابق ٢٣ ــ ٨٣ ــ ٥٢٨ .

الطوفين ، فيلاحظ أن هذه القاعدة تقيد المتعاقدين ، ولا تقيد المشرع ، وقد أجازت المادة ١/١٤٧ صراحة نقض العقد أو تعديله للأسباب التى يقررها القانون .

والقانون قد يتدخل مباشرة لتعديل آثار العقد ، وقد يتدخل عن طريق القضاء ، بأن يبيح للقاضى تعديل العقد فى حالات معينة .

فمن صور التدخل المباشر أن ينص القانون على تعديل موعد استحقاق بعض الالتزامات ، ويحدث هذا عادة فى أوقات الأزمات اقتصادية ، أو أن ينص القانون على إمتداد عقود الإيجار رغم إنقضاء مدتها المتفق عليها بين المتعاقدين ، أو على تخفيض الأجرة المتفق عليها .

أما التدخل غير المباشر ، فيكون كما قدمنا بأن يتضمن القانون نصوصا تسمح للقاضى بأن يقوم بناء على طلب أحد المتعاقد بتعديل العقد ، ونجد مثالين بارزين لذلك فى القانون المدنى المصرى فى حالة عقود الإذعان المتضمنة لشروط تعسفية ، وحالة الظروف الطارئة التى تجعل تنفيذ العقد مرهقاً(١١) .

وفيما يلى نتكلم عن هاتين الحالتين :

٢٠٥ ــ سلطة القاضى فى تعديل شروط عقود الاذعان أو الاعفاء عنها .

قدمنا أن عقد الإذعان هو العقد الذى ينفرد أحد المتعاقد بوضع شروطه بحيث يقتصر دور المتعاقد الآخر على قبول العقد بهذه الشروط دون أن يكون له أن يناقشها . ورأينا أن الطرف الذى يملى شروط العقد يتمتع

---

(١١) وهناك امثلة اخرى منها ان المادة ٧٠٩ من القانون المدنى تجيز للقاضى ان يعدل الاجر المتفق عليه للوكالة ، سواء بتخفيضه او بزيادته الى الحد الذى يجعله مناسبا . انظر نقض مدنى فى ٢٦ فبراير ١٩٧٠ ، مجموعة النقض المدنى ٢١ ــ ٥٣ ــ ٣٢٩ ، كذلك تجيز المادة ٣٤٦ للقاضى منح المدين اجلا للوفاء بالتزامه ، وتخول المادة ٢٢٤ القاضى سلطة تخفيض التعويض المحدد مقدما باتفاق الطرفين (الشرط الجزائى) .

بمركز إقتصادى متفوق يمكنه من فرض إرادته بطريقة تتسم بالتعسف فى بعض الحالات ، وحماية للطرف المذعن نصت المادة ١٤٩ من القانون المدنى على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط وفقاً لما تقضى به قواعد العدالة ، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك » .

ويتضح من هذا النص أنه يشترط لتدخل القاضى أن يكون العقد عقد إذعان ، وأن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية ، فإذا يكن العقد من عقود الإذعان ، أو إذا لم يتضمن شروطاً تعسفيا لم يجز للقاضى أن يتدخل لتعديله .

فلا يكفى لإجازة تدخل القاضى أن يكون الشرط مفروضاً على الطرف المذعن لا سبيل له إلا الإذعان له أن أراد أن يحصل على المنفعة محل العقد(١٢) ، إذا لم يكن هذا الشرط تعسفياً .

وتقدير ما إذا كان الشرط الذى يشكو منه الطرف المذعن تعسفياً أم لا مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على وظروف وملابسات النزاع وبصفة خاصة على طبيعة العقد ونوع الخدمة أو المنفعة التى يتعلق بها .

فإذا كان الشرط تعسفيا ، فمن سلطة القاضى إما أن يعدل هذا الشرط بما يرفع وصف التعسف عنه ، أو أن يعتبر هذا الشرط غير موجود إطلاقا وبالتالى يعفى الطرف المذعن من التقيد به ، وذلك إستثناء من القاعدة العامة التى تقرر أن العقد شريعة المتعاقدين ، وعلة هذا الاستثناء ترجع إلى أن قبول الطرف المذعن لمثل هذه الشروط مشوب بضغط إقتصادى دفعه إلى قبولها لحاجته إلى الخدمة أو المنفعة التى توفرها العقد .

---

(١٢) فلا يعتبر شرطا تعسفيا يجيز تدخل القاضى ان ينص على أن المشترك ملتزم بمراقبة المواسير التى تسمد المياه من المواسير العمومية وعليه صيانتها وحفظها ، وانه هو المسئول وحده عنها وعن جميع الاضرار التى تحصل بسببها : نقض مدنى فى ٢٥ مايو ١٩٥٠ ، مجموعة النقض المدنى ١ — ١٣٣ — ٥٢٩ .

والإختيار بين تعديل الشرط التعسفى أو الإعفاء منه كلية مسألة تقديرية متروكة لقاضى الموضوع ، على ضوء مايراه مناسباً ، دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض .

وسلطة القاضى فى تعديل الشروط التعسفية أوالإعفاء منهامن النظام العام، فلايجوز الاتفاق على سلب هذه السلطة منه .

٢٠٦ ــ ثانية ــ سلطة القاضى فى تعديل العقد فى حالة الظــروف الطارئة .

يحدث أن تفصل بين إبرام العقد و بين تنفيذه فترة من الزمن، وخلال هذه الفترة قــد تتغير الظروف التى لابست إبرام العقد وكانت محل إعتبار المتعاقدين عند تحديد أعباء العقد . فما أثر هذا التغيير : هل يجيز تعديل العقد أو إنهاءه ؟

واجهت المادة ١٤٧ من القانون المدنى هذه الحالة ، فبعد أن قررت فى الفقرة الأولى القاعدة العامة وهى أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين ، عادت وأضافت فى الفقرة الثانية النص الآتى :

« ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك » .

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لإعطاء القاضى سلطة تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ، توافر الشروط الآتية :

٢٠٧ ــ الشرط الاول ــ أن تطرأ هذه الظروف فى الفترة بين انعقــاد العقد وتنفيذه .

وعلى ذلك إذا كانت هذه الظروف موجودة قبل إنعقاد العقد ، فلاتؤثر

عليه ، ولو كان أحد المتعاقدين أو كلاهما لا يعرف بوجودها[١٣] . كذلك إذا طرأت الظروف بعد تنفيذ الإلتزام العقدى ، فإنها لاتخول القاضى سلطة تعديل هذا الإلتزام[١٤] .

ولكن متى طرأت الظروف بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه ، فإن النظرية تنطبق ، سواء كان العقد من العقود التى يتطلب تنفيذها زمناً كالإيجار والتوريد والعمل والمقاولة ، أم كان عقداً فورياً متراخى التنفيذ بسبب إضافة الإلتزامات الناشئة عنه إلى أجل أو تعليقها على شرط ، كالبيع الذى يتفق فيه على تأجيل دفع الثمن أو تسليم المبيع . فتنطبق النظرية إذن على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها والوقت المحدد لتنفيذها فترة من الزمن ، سواء كانت عقوداً زمنية أو عقوداً فورية ، وذلك لتحقق حكمة التشريع فى الحالين وهى إصلاح ما اختل من التوازن الإقتصادى للعقد فى الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه[١٥] .

ويكفى لذلك أن يكون التزام أحد المتعاقدين متراخى التنفيذ إلى ما بعد الظرف أو الحادث الطارىء ، فلا يشترط أن يكون الإلتزام المقابل له بدوره متراخى التنفيذ[١٦] وعلى ذلك فى عقد البيع إذا اتفق على تسليم المبيع فوراً ، وعلى تأجيل الوفاء بالثمن جعل هذا الوفاء مرهقاً ، إنطبقت نظرية الظروف الطارئة .

وأرى كذلك أن هذه النظرية تنطبق ولو كان تراخى تنفيذ أحد الإلتزامين

---

(١٣) ولكن يجوز فى هذه الحالة الطعن فى العقد بالغلط او الغبن الاستغلالى اذا توافرت شروطه .

(١٤) نقض مدنى فى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ ، مجموعة النقض المدنى ١٣ — ١٨٧ — ١١٧٩ .

(١٥) نقض مدنى فى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ ، مجموعة النقض المدنى ١٣ — ١٨٦ — ١١٧٤ ، وفى ١٨ فبراير ١٩٦٥ ، المرجع السابق ١٦ — ٣٠ — ١٩١ .

(١٦) نقض مدنى فى ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ٥٥ — ٣٤٧ .

ليس مرده إرادة الطرفين المشتركة عند إبرام العقد ، بل حكم القاضى الذى أنظر المدين إلى أجل ينفذ فيه التزامه (نظرة الميسرة) وقبل حلول هذا الأجل القضائى طرأ الظرف .

أما إذا كان تراخى التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين ، فلا تنطبق نظرية الظروف الطارئة ، إذ لا يجوز للمدين أن يستفيد من تقصيره(١٧) ، وعلى ذلك إذا حل أجل الوفاء بالالتزام ، وأعذر الدائن مدينه بوجوب الوفاء ، ولكن المدين لم يستجب لهذه الأعذار ، وقبل أن يتم تنفيذ هذا الالتزام جبراً على المدين ، طرأ ظرف جعل التنفيذ مرهقاً . فلا يجوز للمدين أن يستند إلى هذا الظرف ليطلب تعديل التزامه .

وإذا كان العقد من العقود الاحتمالية (عقود الغرر) التى بطبيعتها تعرض المتعاقدين للخسارة الجسيمة أو الكسب الكبير ، فلا يجوز للمتعاقد الذى يصاب بخسارة من جراء تنفيذ هذا العقد أن يطلب تعديله إستناداً إلى نظرية الظروف الطارئة ، لأن عليه أن يتوقع وقت إبرام العقد جميع الاحتمالات والحوادث الطارئة(١٨) .

٢٠٨ ــ الشرط الثانى ــ أن تكون هذه الظروف استثنائية وعامة وغير متوقعة .

وتكون الظروف استثنائية إذا كان حصولها نادراً بحسب السير العادى للأمور . وتكون عامة إذا كان أثرها لا يقتصر على مدين أو مدينين معينين بالذات . بل يشمل طائفة غير معينة من الناس ، وعلى ذلك فإصابة المدين

---

(١٧) نقض مدنى فى ٣ من يناير ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ ــ ٣ ــ ٣٧ ، وفى ٢٦ مارس ١٩٦٤ ، المرجع السابق ١٥ ــ ٦٧ ــ ٤٠٩ .

(١٨) نقض مدنى فى ٣ من يناير ١٩٦٣ ، مجموعة النقض المدنى ١٤ ــ ٣ ــ ٣٧ ، وفى ١٥ فبراير ١٩٦٦ ، المرجع السابق ١٧ ــ ٣٨ ــ ٢٢٨٧ وقد رفض تطبيق النظرية على عقود بيع القطن الآجلة (الكنتراتات) .

بمرض أو عجز لا يعتبرها ظرفاً عاماً إلا إذا كان المرض أو العجز نتيجة وباء اجتاح البلد(١).

وتكون الظروف غير متوقعة إذا لم يكن فى وسع أى شخص عادى أن يتوقع حصولها ،فمعيار التوقع وعدمه معيار موضوعى ، يعتد فيه بالشخص العادى ، لا بشخص المدين ، بحيث أن الحادث الذى كان فى إمكان الشخص العادى توقعه يعتبر حادثاً متوقعاً ، ولو كان المدين ذاته لم يتوقعه ،

ومتى توافرت هذه الشروط ، انطبقت النظرية ،سواء كان الظرف الطارىء واقعة مادية ، أو تشريعاً ،وتطبيقاً لذلك اعتبر القضاء المصرى تشريع الاصلاح الزراعى الذى وضع حداً أقصى للملكية الزراعية ولأجرة الأراضى الزراعية ظرفاً طارئاً بالمعنى المقصود فى (المادة ١٤٧) (٢٠) .

٢٠٩ ــ الشرط الثالث ــ أن يترتب على الظرف الطارىء أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين .

يشترط لإنطباق نظرية الظروف الطارئة أن يترتب على نشوء الظرف الطارىء أن يصبح تنفيذ الالتزام العقدى مرهقاً للمدين . ولا يكفى أى إرهاق بل يشترط أن يكون هذا الإرهاق جسيماً بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . أما إذا كان الظرف يهدد المدين بخسارة غير فادحة مألوفة فى التعامل فلا يعتد بها(٢١) .

---

(١٩) نقض مدنى فى ٥٠ من مايو ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ ــ ١٢٨ ــ ٧٨٧ .

(٢٠) نقض مدنى فى ٣ يناير ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ ــ ٣ ــ ٣٧ ، وفى ١٨ فبراير ١٩٦٥ المرجع السابق ١٦ ــ ٣٠ ــ ١٩١ ، وفى ٢٢ مايو ١٩٧٣ المرجع السابق ٢٤ ــ ١٤٠ ــ ٧٩٩ .

(٢١) نقض مدنى فى ٢١ من مارس ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ ــ ٥٥ ــ ٣٤٧ ، وفى ٢٦ مارس ١٩٦٤ ، المرجع السابق ــ ١٥ ــ ٦٧ ــ ٤٠٩ .

وتقدير ما إذا كانت الخسارة فادحة أم لا مسألة موضوعية ، يفصل فيها قاضى الموضوع على ضوء ظروف وملابسات العقد ، مع مراعاة أنه لتقدير وجود الخسارة الفادحة وبالتالى تحقق إرهاق المدين ، ينظر إلى أثر الظرف أو الحادث الطارىء على ذات الصفقة التى أبرم بشأنها العقد دون إعتداد بالظروف المتعلقة بشخص المدين(٢٢) ، بمعنى أنه يمكن للقاضى أن يعتبر أن تنفيذ الالتزام قد أصبح مرهقاً للمدين ، مادام سيصاب بخسارة فادحة فى الصفقة المتعلق بها هذا الالتزام ، ولو كان المدين يملك ثروة طائلة لم تؤثر فيها خسارته فى تلك الصفقة .

٢١٠ — فإذا توافرت الشروط السابقة ، كان للمتعاقد المرهق أن يطلب من القضاء تعديل العقد ، فالقانون لا يجيز له إجراء هذا التعديل بإرادته المنفردة .

ويتم تعديل العقد بأن يرد القاضى الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويتحقق ذلك إما بتخفيف أو بإنقاص الالتزام المرهق ، وإما بزيادة الالتزام المقابل له . وعلى ذلك إذا تعهد تاجر بتوريد كمية من الفحم بثمن معين ، فارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً كبيراً نتيجة لقيام حرب مثلا ، مما هدد المورد بخسارة فادحة ، كان للقاضى إما انقاص مقدار الكمية المتفق عليها . وإما الإبقاء على هذه الكمية وزيادة الثمن المحدد فى العقد .

ويلاحظ أن القاضى فى رده الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يرفع كل خسارة من على عاتق المدين ، إذ لو فعل ذلك لأدى إلى إصابة الدائن بخسارة فادحة ، والهدف من نظرية الظروف الطارئة هو منع إصابة أى من الطرفين

---

(٢٢) نقض مدنى فى ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ٣ — ٣٧ ، وفى ٢٦ مارس ١٩٦٤ المرجع السابق ١٥ — ٦٧ — ٤٠٩ ، وفى ديسمبر ١٩٦٨ المرجع السابق ١٩ — ٢٣٢ ١٥٢١ ، وفى ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ المرجع السابق ٢١ — ٢٠١ — ١٢٣٤ .

بمثل هذه الخسارة ، ولذلك يقوم القاضى بالحد من فداحة الخسارة التى تصيب المدين فينزل بها إلى الحد المعقول والمألوف ، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين بالنسبة التى يراها متلائمة مع مصلحة الطرفين(٢٣) .

---

(٢٣) نقض مدنى فى ٥ من مايو ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ — ١٢٨ — ٧٨٧ . ويلاحظ أنه اذا كان الالتزام منجما او مقسطا ، ولحق الارهاق ببعض هذه الاقساط فقط ، فان القاضى لا يعمل الجزاء المنصوص عليه وهو رد الالتزام المرهق ، الا بالنسبة للقسط او الاقساط التى يثبت له ان اداء المدين لها قد اصبح بسبب الظرف الطارىء . مرهقا له . اما باقى الاقساط المستقبلة ، فان القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين له ان هناك احتمالا بزوال اثر هذه الظروف عند استحقاقها . انظر : نقض مدنى فى ٢٢ مايو ١٩٧٣ مجموعة النقض المدنى ٢٤ — ١٤٠ — ٧٩٩ .

الفصل الثالث

أثر العقد من حيث الأشخاص

تحديد الملتزمين بالعقد

٢١١ — يترتب على إبرام العقد نشوء التزامات تقابلها حقوق ، فعلى عاتق من تقع هذه الالتزامات ، ولمصلحة من تقرر هذه الحقوق ؟

٢١٢ — نسبية أثر العقد

القاعدة فى تحديد الملتزمين بالعقد هى نسبية أثره الملزم ، بمعنى أن الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد تنصرف إلى المتعاقدين ولا تنصرف إلى غيرهما[1] ، وهذه القاعدة تعتبر نتيجة لمبدأ سلطان الارادة ، فالعقد ينتج أثره الملزم فى مواجهة الأشخاص الذين أرادوا هذا الأثر ، وهما المتعاقدان ، وهذا الأثر لا يصيب الغير الذى لم يرده[2] .

ولكن اصطلاح المتعاقدين لا يقتصر فقط على من أظهر إرادته فى إبرام العقد ، بل يشمل كذلك من يمثله المتعاقدان فى التعاقد ، وقد اعتبر القانون أن المتعاقد يتعاقد لحساب ذاته ، ولحساب خلفه العام ، ولحساب خلفه الخاص بشروط معينة . أما غير المتعاقدين وخلفهما ، فلا تنصرف إليه آثار العقد .

---

(١) ولكن يلاحظ ان عدم انصراف آثار العقد الى الغير لا يمنع من امكان الاحتجاج بهذا العقد على الغير ، فالغير وان كان لا يلتزم بمقتضى عقد لم يكن طرفا فيه ، الا انه لا يستطيع انكار وجود العقد كظاهرة اجتماعية ، ولا أن ينكر الآثار التى ترتبت عليه فيما بين عاقديه ولا أن يتدخل لعرقلة تنفيذ هذه الآثار . وبناء على ذلك يلتزم كل اصحاب الاعمال باحترام عقد العمل الذى يبرمه أحدهم مع عامل بحيث اذا ساعد احدهم هذا العامل على الاخلال بالتزاماته الناشئة عن عقد العمل كما لو حرضه على ترك العمل قبل انقضاء مدة العقدة او على افشاء اسرار صاحب العمل ، فانه يكون مخطئا ويلتزم بتعويض الضرر الناشىء عن خطئه .

راجع مارتى ورينو ص ٢٢٤ — ٢٢٥ رقم ٢٤٥ .

(٢) مارتى ورينو ص ٢١٤ رقم ٢٣٣ .

وأتكلم فيما يلى عن إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام ، ثم إلى الخلف الخاص ، ثم أتناول بعد ذلك القاعدة فى عدم إنصراف آثار العقد إلى الغير .

المبحث الأول
انصراف آثار العقد إلى الخلف العام

٢١٣ — الخلف هو من يتلقى حقاً من شخص آخر ، وهو يعتبر خلفاً عاماً إذا كان يتلقى كل حقوق ذلك الشخص أو حصة حسابية من هذه الحقوق كالربع أو النصف دون تعيين لحق معين منها . ومثله الوارث سواء ورث كل التركة أم حصة منها ، والموصى له بحصة من التركة كالربع أو الثمن مثلا .

وأما الخلف الخاص فهو من يتلقى حقاً معيناً من شخص آخر ، ومثاله المشترى بالنسبة للبائع ، والموهوب له بالنسبة للواهب .

٢١٤ — والقاعدة أن آثار العقد تنصرف إلى الخلف العام للمتعاقد ، بحيث أنه إذا أبرم شخص عقداً من العقود ثم توفى ، فإن الآثار المترتبة على هذا العقد تنصرف إلى ورثته وإلى من أوصى لهم بحصة من تركته[1] .

ولاصعوبة فى تطبيق هذا الحكم إذا لم يكن المتوفى مديناً لأحد عند وفاته ، إذ تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى ورثته ، فيصبح لهم المطالبة بالحقوق ، كما يمكن مطالبتهم بالالتزامات .

أما إذا توفى المتعاقد مدينا ، فإن المسألة تنعقد بعض الشىء ، فى القانون المصرى على الأقل ، حيث توجد قاعدة شرعية متعلقة بالميراث تقضى « بألا تركة إلا بعد سداد الديون » .

---

(١) المادة ١٤٥ من القانون المدنى . ويترتب على انصراف اثر العقد الى الخلف العام انه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط اذن ثبوت تاريخ العقد حتى يكون التصرف حجة للخلف او عليه ، نقض مدنى فى ١١ مايو ١٩٥٢ ، مجموعة النقض المدنى ٢٤ — ١٣٥ — ٨٥٢ .

وقد أشار المشرع إلى هذه القاعدة فبعد أن قرر فى المادة ١٤٥ أن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين وإلى الخلف العام أورد تحفظاً بأن يكون ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث .

فقد ذهب الرأى الغالب فى تفسير هذه القاعدة أنها تمنع من انتقال حقوق والتزامات المتوفى إلى ورثته ، فتظل على حكم ذمة المتوفى ، بحيث يتعين سداد ديونه من الأموال التى تركها ، فإن بقى شىء بعد ذلك ، انتقل إلى ورثته(٢) .

٢١٥ — عدم انتقال آثار العقد الى الخلف العام استثناء .

واستثناء من قاعدة انتقال آثار العقد إلى الخلف العام ، لاتنصرف هذه الآثار إلى ورثة المتعاقد أو من أوصى له بحصة من تركته فى الحالات الآتية :

١ — إذا نص القانون صراحة على انقضاء العقد بوفاة المتعاقد . ومثال ذلك نص القانون على انتهاء عقد الوكالة بوفاة الموكل والوكيل(٣) ، وانتهاء عقد شركة الأشخاص بوفاة أحد الشركاء(٤) .

٢ — إذا اتفق المتعاقدان على أن وفاة أحدهما تنهى العقد ، فلا تنتقل الالتزامات والحقوق الناشئة عنه إلى ورثته . فمثل هذا الاتفاق صحيح ، لأن قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ليست من النظام العام .

٣ — إذا اقتضت طبيعة التعامل انتهاء العقد بوفاة أحد المتعاقدين ،

---

(٢) ويذهب رأى آخر الى تفسير القاعدة المتقدمة بأن التزامات المورث تنتقل الى ورثته مع حقوقه ، ولكن حقوق المورث تبقى ضامنة لالتزاماته ، بحيث لا تخلص للورثة الا بعد الوفاء بهذه الالتزامات .
انظر اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام ص ٣٤٣ رقم ١٧٧ .

(٣) المادة ٧١٤ من القانون المدنى .

(٤) المادة ٥٢٨ من القانون المدنى ، ويلاحظ انه اذا صدر العقد عن شخص واثبت ورثته انه كان وقت ابرام العقد مريضا مرض الموت ، فان هذا العقد يعتبر فى حكم الوصية ، فلا ينفذ فى حق الورثة فيما يزيد على ثلث التركة الا اذا اقروه ، فكان الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة لما زاد على الثلث . راجع المادتان ٩١٦ و ٩١٧ مدنى .

ويدخل ضمن هذه الحالة كون شخصية المتعاقد محل اعتبار بحيث لا يمكن لورثته الحلول محله ، كما لو تعهد فنان بعمل صورة أو تمثال لشخص من الأشخاص ، ثم توفى قبل القيام بهذا العمل ، ففى هذه الحالة ينتهى العقد ولا تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى ورثة الفنان .

المبحث الثانى

انصراف آثار العقد الى الخلف

٢١٦ — الخلف الخاص هو من يتلقى من المتعاقد حقاً على شيء معين ، كالمشترى الذى يتلقى ملكية المبيع من البائع .

والأصل أن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التى يبرمها سلفه ، فلا تنصرف إليه آثارها . فعقد القرض الذى يبرمه البائع قبل البيع لا تنصرف آثاره إلى المشترى ، كذلك إذا أجر البائع شيئاً غير الشيء المبيع ، فإن آثار هذا الإيجار لا تنصرف إلى المشترى ، فكل من القرض والإيجار فى المثلين السابقين لا علاقة له بالبيع ولا بالشيء المبيع الذى خلف المشترى البائع فى حقوقه عليه .

ولكن قد يحدث أن يبرم السلف عقداً يتعلق بنفس الشيء الذى انتقل إلى الخلف ، وهنا يثور التساؤل عن إمكان انصراف أثر هذا العقد إلى الخلف . ومثال ذلك أن يبرم مالك بناية عقداً لصيانة المصعد الموجود بها ، ثم يبيعها ، فهل تنصرف آثار عقد الصيانة إلى المشترى ؟ أو أن يؤمن مالك سيارة عليها ضد الإضرار ثم يبيعها ، فهل تنتقل آثار عقد التأمين إلى مشترى السيارة ؟

تنص المادة ١٤٦ من القانون المدنى على أنه : إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه .

٢١٧ — ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لإنصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص ، توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول — أن يكون تاريخ العقد سابقاً على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص .

فإذا كان العقد قد أبرم بعد انتقال الشيء ، فلا تنصرف آثاره إلى الخلف ، وعلى ذلك إذا باع شخص شيئاً من الأشياء . وبعد البيع قام بتأجيره ، فإن آثار عقد الإيجار لاتنصرف إلى المشترى .

الشرط الثاني — أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف .

ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملا له ، كحق التأمين ، فإذا أمن شخص على شيء مملوك له ثم باعه ، فإن حقه الناشيء عن عقد التأمين ينتقل إلى المشترى باعتباره من مستلزمات الشيء .

ويعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء إذا كان يقيد من مدى حقوق مالكه ، كالالتزام بعدم استعمال الشيء فى وجه معين من وجوه الاستعمال ، وعلى ذلك إذا التزم مالك قطعة أرض فى مواجهة جاره بعدم استعمال الأرض فى إقامة ماهى أو مطعم ، ثم باع هذه الأرض ، فإن هذا الالتزام ينتقل إلى المشترى باعتباره من مستلزمات الشيء الذى انتقل إليه .

الشرط الثالث — أن يكون الخلف عالماً بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه — ومن السهل تبرير هذا الشرط فيما يتعلق بانتقال الالتزامات ، فهو عدم مفاجئة الخلف بما يقيد حقوقه على الشيء(٥) .

إذا توافرت الشروط السابقة إنصرفت آثار العقد إلى الخلف الخاص ،

---

(٥) يرى الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم انه لا محل لاشتراط العلم الا بالنسبة للالتزام فحسب أما الحق فهو مشترط لمصلحة الخلف الخاص : انظر صفحة ٣٥٢ — ٣٥٣ رقم ١٨٠ .

وإذا كان العقد مفرغا فى ورقة عرفية ، فلا يشترط أن يكون لها تاريخ ثابت لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ(٦) .

المبحث الثالث

عدم إنصراف آثار العقد إلى الغير

٢١٨ — يقصد بالغير هنا كل شخص غير المتعاقدين وغير خلفهما العام والخاص .

والقاعدة أن آثار العقد لاتنصرف إلى الغير ، ويعبر عن ذلك أن للعقد أثرا نسبياً ينحصر فيما بين المتعاقدين وخلفهما .

وعلى ذلك إذا أبرم عقد بيع واتفق البائع والمشترى على عرض مايقوم بينهما من منازعات بشأن تنفيذ هذا العقد على التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء ، ثم قام البائع بالتعاقد مع شركة نقل لتوصيل المبيع إلى المشترى، فإن شرط التحكيم المنصوص عليه فى عقد البيع ، لايمتد أثره إلى الناقل لأنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد(١) .

٢١٩ — أثر العقد بالنسبة للدائنين .

لاشك أن دائنى المتعاقد العاديين يعتبرون من الغير بالنسبة للعقود التى يبرمها . فهم ليسوا خلفاً عاما له لأنهم لم يتلقوا عنهم كل ذمته المالية أو حصة منها كالورثة والموصى لهم . ولا خلفاً خاصاً لأنهم لم يتلقوا عن مدينهم حقاً على شىء معين بالذات ، فباعتبارهم دائنين عاديين لاتتعلق حقوقهم بمال معين من أموال مورثهم .

---

(٦) نقض مدنى فى اول فبراير ١٩٦٦ مجموعة النقض المدنى ١٧ — ٢٩ — ٢٢١ .

(١) نقض مدنى فى ٢٠ يناير ١٩٧١ مجموعة النقض المدنى ٢١ — ٢٥ — ١٤٦ .

ولكن الدائن العادى وإن لم تنصرف إليه آثار العقد الذى يبرمه مدينه ، إلا أن هذا العقد قد يفيده وقد يضره بحسب ما إذا كان يدخل حقاً فى ذمة مدينه فيزيد تبعاً لذلك الضمان العام الذى يعتمد عليه فى إستيفاء دينه ، أو يخرج حقاً من ذمة هذا المدين ، فينقص بذلك الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن فى الظروف العادية أن يتمسك بعدم نفاذ العقد فى مواجهته ، فالعقد نافذ فى مواجهته كما هو نافذ فى مواجهة الكافة (٢) .

وتأثر الدائن العادى بالعقود التى يبرمها مدينه على النحو المتقدم ، هو مادعا بعض التشريعات إلى اعتبار الدائنين من قبيل الخلف العام الذين تنصرف إليهم آثار العقد (٣) ، والواقع أن الدائن لا تنصرف إليه آثار العقد فلا يكسب منه حقاً ولا يتحمل بالتزام ناشىء عنه ، بخلاف الوارث والموصى له .

ولذلك فلا يصح إعتبار الدائنين خلفاً عاماً لمجرد أنه يحتج بالعقد عليهم ، فالعقود يحتج بها على الكافة وليس على الدائنين فحسب .

استثناء : على أن قاعدة عدم انصراف آثار العقد إلى الغير ، وإن كانت مطلقة فيما يتعلق بالإلتزامات بحيث لا يمكن للعقد أن يرتب التزاما على شخص لم يكن طرفاً فيه ولا خلفاً لأحد أطرافه ، فإنها لا تنطبق فيما يتعلق بالحقوق ، إذ تجيز معظم التشريعات الحديثة أن يكسب الغير حقاً من عقد له يكن طرفاً فيه (٤) .

وعلى ذلك فتعهد أحد الطرفين بجعل الغير يلتزم لا يلزم هذا الغير ،

---

(٢) مارتى ورينو ص ٢٢٣ رقم ٢٤٣ .

(٣) ومثال ذلك القانون اللبنانى : انظر المادة ٢٢٢ من قانون الموجبات والعقود .

(٤) وفى ذلك تقول المادة ١٥٢ من القانون المدنى :
« لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز ان يكسبه حقا » .

وبالعكس من ذلك فالتعاقد المقصود به إنشاء حق لمصلحة الغير ينشىء حقاً لهذا الغير .

ونتكلم فيما يلى عن التعهد عن الغير ، ثم عن التعاقد لمصلحة الغير .

المبحث الرابع

التعهد عن الغير

٢٢٠ — التعهد عن الغير عقد بين شخصين بمقتضاه يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصاً ثالثاً يلتزم فى مواجهة المتعاقد معه .

ومثال ذلك أن يتعهد محمود لأحمد بأن يجعل عمرو يوافق على بيع منزله له ، أو أن يتعهد حسن لزيد بأن يقبل عبد الحليم حافظ الغناء فى حفل عرس ابنته .

وهذا العقد (عقد التعهد عن الغير) لاتنتج أثرا إلا فى العلاقة بين طرفيه المتعهد والمتعهد له ، أما بالنسبة للشخص الثالث (المتعهد عنه) فهو من الغير ، ولذلك لاتنصرف إليه آثار العقد فلا يلتزم بمقتضاه .

٢٢١ — علاقة المتعهد بالمتعاقد معه (المتعهد له) .

يلتزم المتعهد تجاه المتعاقد معه بالقيام بعمل معين هو حمل الغير على قبول الالتزام فى مواجهته . ويعتبر التزام المتعهد فى هذا الشأن التزاما بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة أى بمجرد بذل عناية .

وعلى ذلك إذانجح المتعهد فى حمل الغير على قبول التعهد ، فإنه يعتبر بذلك قد وفى بالتزامه . وتنشأ العلاقة مباشرة بين المتعهد له والغير .

أما إذا رفض الغير أن يلتزم ، فإن المتعهد يعتبر مخلا بالتزامه قبل المتعهد له ، لأن هذا الرفض يمنع تحقق النتيجة التى إلتزم المتعهد بتحقيقها ، وبالتالى

يعتبر إخلالا بالتعهد دون حاجة إلى إثبات أن المتعهد لم يبذل جهده فى إقناع الغير بقبول التعهد .

ويتعين على المتعهد أن يعوض المتعهد له عن الضرر الذى لحقه من جراء هذا الإخلال وفقاً لقواعد المسئولية العقدية ، وقد أجاز القانون للمتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الإلتزام الذى تعهد بأن يقبله الغير(١) ، وذلك رهين بداهة بألا تكون شخصية الغير المتعهد عنه محل إعتبار .

وعلى ذلك إذا التزم المقاول زيد فى مواجهة أسامه بأن يجعل المقاول عمر يوافق على بناء العمارة التى يريد أسامة إقامتها ، فرفض عمرو بناء العمارة فإن زيد يستطيع أن يتخلص من التعويض بأن يقوم ببناء العمارة لأسامة .

أما إذا تعهد شخص بأن يجعل عبد الحليم حافظ يوافق على الغناء فى حفل عرس إبنة جاره ، فرفض عبد الحليم الغناء ، فإن المتعهد يلتزم بتعويض المتعاقد معه ، ولا يستطع أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بالغناء فى العرس ، لأن شخصية عبد الحليم كانت محل إعتبار عند إبرام عقد التعهد عن الغير .

٢٢٢ ــ أثر التعهد بالنسبة للغير (المتعهد عنه) .

يعتبر المتعهد عنه من الغير ، ولذلك فلا تنصرف إليه آثار التعهد ، وبصفة خاصة لا يلتزم بأى التزام ناشىء عن هذا التعهد لأنه لم يكن طرفاً فيه ، وذلك عملا بقاعدة نسبية آثار العقد .

ولكن ينشأ عن التعهد رخصة للغير : فيكون له أن يقبل هذا التعهد أو أن يرفضه .

---

(١) المادة ١/١٥٣ .

فإذا قبل الغير التعهد ، فإنه يصبح بمقتضى هذا القبول ملتزماً فى مواجهة المتعاقد مع المتعهد ، والأصل ألا ينشأ هذا الإلتزام إلا من يوم صدور القبول مالم يتبين أن الغير قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد ، فيكون لقبوله التعهد أثر رجعى (م ١٥٣/٢) .

أما إذا رفض الغير (المتعهد عنه) إقرار التعهد ، فإن آثار هذا التعهد لاتنصرف إليه ، فلا يتحمل بأى التزام ناشىء عنه فى مواجهة المتعاقد مع المتعهد ، ولا يترتب عليه أية مسؤولية بسبب هذا الرفض .

٢٢٣ — ويتبين مما تقدم أن جواز التعهد عن الغير ليس فيه أى خروج على قاعدة نسبية أثر العقد ، فهذه القاعدة تمنع من أن يلتزم شخص بمقتضى عقد لم يكن طرفا فيه ، والغير المتعهد عنه لا يلتزم بمقتضى التعهد الذى لم يكن طرفا فيه ، وإذا قبل التعهد فإنه يلتزم بناء على هذا القبول ، وليس بناء على التعهد الذى لم يكن طرفاً فيه .

المبحث الخامس
التعاقد أو الإشتراط لمصلحة الغير

٢٢٤ — تمهيد —

الإشتراط لمصلحة الغير عقد يتم بين شخصين هما المشترط والمتعهد ، بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المنتفع حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بالوفاء به .

ومن هذا التعريف يستخلص أن طرفى التعاقد لمصلحة الغير هما المشترط والمتعهد ، أما المنتفع فهو ليس طرفاً فى العقد بل هو شخص من الغير ، ومع ذلك فإن المتعهد ، يلتزم فى مواجهته بناء على العقد ، بحيث يكون له حق

مباشر قبله يستطيع أن يطالبه به ، وفى ذلك خروج على قاعدة نسبية أثر العقود التى لا تجعل أثر العقد محصورا بين طرفيه وخلفهما . ولذلك فإن جواز التعاقد لمصلحة الغير لم يتحقق إلا بعد تطور وكفاح طويل بدأ منذ القانون الرومانى واستمر خلال القانون الفرنسى القديم وقانون نابليون حتى أصبح مبدأ مسلما فى معظم القوانين الحديثة[1] .

٢٢٥ — وللتعاقد لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة كانت هى التى دفعت المشرعين إلى النص صراحة على جواز هذا التعاقد ، ومن هذه التطبيقات :

١ — الهبة أو البيع مع اشتراط قيام الموهوب له أو المشترى بأداء لمصلحة الغير .

ومثال ذلك أن يهب شخص لآخر ملكية قطعة أرض ، ويشترط عليه أن يدفع لشخص ثالث مبلغاً من النقود بصفة دورية كإيراد مرتب طول حياته ، أو أن يبيع شخص شيئا مرهوناً ويشترط على المشترى أن يدفع أقساط الدين المضمون بالرهن إلى الدائن .

٢ — التأمين على الحياة .

وصورته أن يؤمن شخص على حياته بمبلغ من النقود ويشترط على شركة التأمين أن تفى بمبلغ التأمين فى حالة وفاته إلى زوجته أو إلى أبنائه أو أى شخص يعينه ، فى هذه الحالة ينشأ للزوجة أو للأبناء حق مباشر قبل شركة التأمين يخولهم مطالبتها بمبلغ التأمين فى حالة وفاة المستأمن .

٣ — عقود المقاولات .

ويتحقق التعاقد لمصلحة الغير فيها بأن يتفق شخص يسمى رب العمل مع المقاول على عمل معين كإقامة بناء مثلا ، ويفرض عليه فى عقد المقاولة شروطاً

---

١ — المواد من ١٥٤ الى ١٥٦ من القانون المدنى .

لمصلحة العمال الذين سيقومون بالعمل ، كألا تقل أجورهم عن مبلغ معين ، أو أن يقدم لهم وجبات غذائية(٢) .

المطلب الأول

شروط تحقق التعاقد لمصلحة الغير

٢٢٦ — التعاقد لمصلحة الغير عقد ، وهو بهذه الصفة يحتاج إلى توافر الأركان والشروط العامة اللازمة لانعقاد وصحة أى عقد من العقود من رضاء ومحل وسبب ، وأهلية وسلامة الإرادة من العيوب . ولكن اعتبار هذا العقد من قبيل التعاقد لمصلحة الغير يتطلب شروطاً أخرى هى :

٢٢٧ — أولا — تعاقد المشترط باسمه لا بأسم المنتفع .

يجب أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المنتفع ، فالمتعاقد هو المشترط ، لا المنتفع الذى يظل من الغير بالنسبة للعقـــد . فإذا تعاقد المشترط باسم المنتفع كنا بصدد نيابة فى التعاقـد أو فضاله لا تعاقـداً لمصلحة الغير .

٢٢٨ — ثانيا — اتجاه ارادة المتعاقدين الى انشـــاء حـــق مباشر للمنتفع .

يجب أن يكون موضوع التعاقد إنشاء حق مباشر للمنتفع ، ومعنى كون الحق مباشراً أنه ينشأ فى ذمة المنتفع بمقتضى العقد ذاته ، فلا يمر بذمة المشترط أولا ثم ينقل إلى المنتفع ، وبناء على ذلك يجوز للمنتفع أن يطالب المتعهد

---

٢ — ومن ذلك أيضا ما قضى به انه اذا اتفقت وزارة التموين وشركات الغزل على ان تضع الشركات نسبة معينة من انتاجها تحت تصرف الوزارة ليوزع على ارباب الصناعات الصغرى بسعر معتدل فان هذا الاتفاق هـــو اشتراط لمصلحة ارباب الصناعات الصغرى . نقض مدنى فى ٢٢ فبراير ١٩٥١ مجموعة احكام النقض فى ٢٥ سنة جزء ١ رقم ٥ ص ٢١٩ .

بالحق الناشىء عن العقد ، دون حاجة إلى إدخال المشترط فى المطالبة[٣] . أما أن اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إنشاء الحق فى ذمة المشترط أولا ثم نقله بعد ذلك إلى المنتفع ، فإننا لانكون بصدد تعاقد لمصلحة الغير . وعلى ذلك إذا باع شخص شيئاً وبعد البيع حول حقه فى الثمن إلى شخص ثالث، فإننا لانكون بصدد تعاقد لمصلحة الغير ، لأن الحق فى الثمن نشأ أولا للبائع ، ثم انتقل إلى الشخص الثالث (المحال إليه) بالحوالة . كذلك إذا أمن شخص على حياته لمصلحة نفسه ، ثم مات ، فإن مبلغ التأمين يكون من حق ورثته الشرعيين ، بناء على الميراث ، لابناء على عقد التأمين ، ولذلك لايعتبر التأمين فى هذه الصور من تطبيقات التعاقد لمصلحة الغير[٤] .

٢٢٩ — ثالثا — وجود مصلحة للمشترط .

يجب أن تكون للمشترط مصلحة شخصية فى تنفيذ المتعهد للأداء الذى تعهد بالوفاء به للمنتفع ، وهذه المصلحة قد تكون مصلحة مادية أو مالية ، وقد تكون مصلحة أدبية ، وفى ذلك تقول المادة ١٥٤/١ : يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أوأدبية .

ومثال المصلحة المادية أن يشترط البائع على مشترى الشىء أن يفى بالثمن إلى دائنه ، فمصلحة البائع من هذا الشرط هى إنقضاء دينه بالوفاء .

ومثال المصلحة الأدبية أن يشترط المستأمن على شركة التأمين أداء مبلغ التأمين فى حالة وفاته إلى أبنائه .

---

٣ — وتعبر المادة ١٥٤ من القانون المدنى عن ذلك بقولها : « ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط .

٤ — نقض مدنى فى ٥ من مايو ١٩٥٥ مجموعة النقض المدنى ٦ — ١٤٠ — ١٠٧٩ .

فإذا لم تتوافر للمشترط مصلحة من وراء اشتراطه فإن العقد يكون باطلا ، وهذا فرض نادر من الناحية العملية إذ لا يتصور أن يقدم المشترط على التعاقد لمصلحة غيره إلا إذا كانت له وراء مصلحة أدبية من وراء هذا التعاقد .

ويجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة : فإذا كانت مصلحة المشترط مخالفة للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا .

٢٣٠ — عدم اشتراط توافر شكل خاص .

ولا يشترط لإبرام التعاقد لمصلحة الغير أن يفرغ هذا التعاقد فى شكل خاص كالكتابة ، وإن كان التعاقد يتضمن هبة ، وعلى ذلك إذا اشترط البائع على المشترى أن يدفع الثمن إلى شخص ثالث لايدين البائع بأى مبلغ من النقود ، فإن البائع يعتبر متبرعا بالثمن للمنتفع ، ولكن هذه الهبة تعتبر هبة غير مباشرة ولذلك فلا يشترط أن تفرغ فى الشكل الرسمى المتطلب بالنسبة للهبات المباشرة(٥) .

٢٣١ — عدم اشتراط وجود المنتفع أو تعيينه وقت العقد .

الغالب أن يعين المتعاقدان (المشترط والمتعهد) شخص المنتفع عند إبرام العقد ، ولكن لا وجود المنتفع ولا تعيينه فى هذا الوقت يعتبر شرطا لانعقاد أو صحة التعاقد لمصلحة الغير ، فيجوز أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلا ، أى غير موجود وقت إبرام العقد ، كما يجوز أن يكون غير معين فى هذا الوقت ، بشرط أن يكون وجوده وتعينه ممكنا عندما ينتج العقد آثاره(٦) . ومرجع ذلك أن المنتفع ليس طرفاً فى العقد المبرم لمصلحته ، ولذلك كان وجوده وتعيينه غير مطلوبين لانعقاد هذا العقد . وتتحقق صورة عدم وجود المنتفع وقت

---

٥ — اسماعيل غانم ص ٣٧٦ رقم ١٩٥ .

٦ — وفى ذلك تقول المادة ١٥٦ من القانون المدنى : يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع شخصا مستقبلا اوجهه مستقبلة ، كما يجوز ان يكون شخصا او جهة لم يعينا وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت ان ينتج العقد اثره طبقا للمشارطة .

إبرام التعاقد لمصلحة الغير فى حالة تأمين الشخص على حياته لمصلحة أولاده إذا كان المستأمن وقت التأمين لم ينجب بعد .

المطلب الثانى

آثار التعاقد لمصلحة الغير

٢٣٢ — لبيان آثار التعاقد لمصلحة الغير يجب أن نفرق بين علاقات ثلاث: علاقة المشترط بالمتعهد ، علاقة المشترط بالمنتفع ، وعلاقة المتعهد بالمنتفع . ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير وإن كان ثنائياً فى تكوينه حيث ينعقد باتفاق بين المشترط والمتعهد فقط ، إلا أنه تلاقى فى آثاره حيث ينتج آثاراً بالنسبة للمنتفع .

٢٣٣ — أولا — علاقة المشترط بالمتعهد .

تتحدد هذه العلاقة وفقاً للعقد الذى تم بينهما ، فيلتزم كل منهما بما أوجبه العقد عليه ، وعلى ذلك إذا كان العقد الذى أبرمه المشترط والمتعهد عقد تأمين ، فإن المشترط يلتزم بدفع أقسام التأمين إلى المتعهد ، وإذا كان العقد عقد بيع فإن المشترط وهو البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المتعهد وهو المشترى . فإذا امتنع أحد طرفى العقد عن الوفاء بالتزاماته ، كان للطرف الآخر وفقاً للقواعد العامة أن يطالبه بتنفيذها ، كما يكون له أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته المقابلة ، أو أن يطلب فسخ العقد .

ويلاحظ أن للمشترى أن يطالب المتعهد بتنفيذ ما التزم به تجاهه شخصياً ، كما له أن يطالبه بتنفيذ ما التزم به تجاه المنتفع ، وذلك بناء على وجود مصلحة للمشترط فى تنفيذ الاشتراط المعقود لمصلحة المنتفع . على أنه يجوز الاتفاق على قصر هذه المطالبة على المنتفع وحده ، وفى هذه الحالة ، لا يجوز للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع (م ١٥٤/٣) .

٢٣٤ ــ ثانيا ــ علاقة المشترط بالمنتفع .

تختلف هذه العلاقة من عقد إلى آخر ، فقد يقصد المشترط من التعاقد لمصلحة المنتفع التبرع له ، فتكون علاقتهما علاقة تبرعية ، وعندئذ يجب أن تتوافر الشروط اللازمة للتبرعات وبصفة خاصة أهلية التبرع لدى المشترط ، ولكن لا يشترط أن يأخذ العقد الشكل الرسمى المتطلب للهبات ، لأنه وإن تمخض عن هبة فهى هبة غير مباشرة .

وقد يقصد المشترط من التعاقد الوفاء بدين عليه للمنتفع ، وفى هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة بالوفاء ، وبصفة خاصة لا تبرأ ذمة المشترط إلا عند استيفاء المنتفع لدينه كاملا من المتعهد .

٢٣٥ ــ ثالثا ــ علاقة المتعهد بالمنتفع .

يترتب على التعاقد لمصلحة المنتفع المستفيد نشوء حق مباشر له قبل المتعهد ، وفى ذلك يبدو الخروج على قاعدة نسبية أثر العقد ، إذ يرتب العقد حقا لشخص لم يكن طرفا فيه .

وحق المنتفع قبل المتعهد ينشأ مباشرة عن التعاقد المبرم لمصلحته ، فلا يمر بذمة المشترط الذى أبرم العقد ، ويترتب على ذلك نتيجة هامة وهى أنه لا يجوز لدائنى المشترط الحجز على هذا الحق ، وأنه إذا مات المشترط فلا يدخل حق المنتفع فى تركته .

ويعتبر المنتفع دائنا المتعهد ، فيكون له أن يطالبه بوفاء ما التزم به مالم يتفق على خلاف ذلك[٧] ، ولكن نظراً لأن المستفيد لم يكن طرفا فى العقد الذى أنشأ حقه ، فلا يكون له أن يطلب فسخ هذا العقد إذا لم ينفذ الملتزم التزامه .

وحق المستفيد تجاه الملتزم قابل للنقض من قبل المشترط ، فيستطيع

---

٧ ــ المـــادة ٢/١٥٤ .

المشترط أن يرجع عن تعاقده ، ويترتب على ذلك أن يزول حق المستفيد وهذا الرجوع قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ومثال الرجوع الضمنى أن يغير المستأمن شخص المستفيد من التأمين ، فيعتبر ذلك رجوعا ضمنيا عن إنشاء الحق للمستفيد الأول .

ويترتب على أن حق المنتفع ينشأ عن عقد الاشتراط المبرم لمصلحته بين المشترط والمتعهد ، فإن هذا الحق يثبت للمنتفع من تاريخ إبرام العقد لا من تاريخ قبوله للإشتراط . وأن يكون للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن ذلك العقد (م ١٥٤/٢) . وعلى ذلك إذا كان عقد الاشتراط باطلا أو قابلا للإبطال لمصلحة المتعهد ، كان لهذا الأخير أن يتمسك بهذا البطلان فى مواجهة المنتفع .

كذلك إذا لم يف المشترط بما التزم به نحو المتعهد ، كان للمتعهد أن يمتنع عن تنفيذ ما التزم به لمصلحة المنتفع ، أو أن يطلب فسخ العقد ، فيعتبر حق المنتفع كأن لم يكن بناء على هذا الفسخ .

٢٣٦ ــ قابلية حق المنتفع للنقض .

وحق المنتفع تجاه المتعهد قابل للنقض من المشترط ، فيستطيع المشترط بحسب الأصل أن يرجع فيما اشترطه لمصلحة المنتفع بأن ينقض المشارطة ، ويترتب على ذلك أن يزول حق المنتفع . ولا يشترط لنقض المشارطة شكلا خاصا ، فيجوز أن يتم النقض صراحة أو ضمنا(٨) ، ومثال النقض الضمنى أن يغير المستأمن شخص المنتفع من التأمين ، فيعتبر ذلك نقضا ضمنيا للمشارطة يترتب عليه انقضاء حق المنتفع الأول .

وحق المشترط فى نقض المشارطة حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائنيه

---

٨ ــ نقض مدنى فى ١١ من يونية ١٩٤٢ مجموعة النقض المدنى فى ٢٥ سنة ، جزء أول ، ص ٢١٨ ، رقم ٢ .

استعماله نيابة عنه ، وإذا توفى المشترط دون أن ينقض المشارطة ، تأكد حق المنتفع نهائياً ، فلا يجوز لورثة المشترط أن ينقضوا المشارطة (م ١٥٥/١).

وقد يتفق فى عقد الاشتراط لمصلحة الغير على حرمان المشترط من حق نقض المشارطة ، وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنيا ، بل قد يستفاد مما يقتضيه العقد ومن روحه حرمان المشترط من هذا الحق . ويتحقق هذا الفرض لو كان للمتعهد مصلحة شخصية فى تنفيذ الاشتراط ، كما لو اشترط بائع العقار المرهون على المشترى أن يدفع الثمن أو جزءاً منه للدائن المرتهن ، ففى هذه الحالة يكون المتعهد (المشترى) مصلحة فى تنفيذ الاشتراط والوفاء بالثمن للمنتفع (الدائن المرتهن) وذلك حتى ينقضى الرهن ويخلص المبيع له .

ويظل للمشترط الحق فى نقض المشارطة إلى أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منها (م ١٥٥/١) . فإذا أبدى المنتفع رغبته فى الاستفادة من الاشتراط المعقود لمصلحته وأعلن هذه الرغبة إلى المشترط ذاته ، أو إلى المتعهد ، سقط حق المشترط فى نقض الاشتراط ، فقبول المنتفع للاشتراط وإعلانه ذلك وإن لم يكن مطلوباً لا لإبرامه عقد الاشتراط ، ولا لنشوء حق المنتفع الذى ينشأ فور إبرام العقد بين المشترط والمتعهد ، إلا أن من أثر هذا الإعلان سقوط حق المشترط فى نقض الاشتراط .

ويلاحظ أنه يكفى لسقوط حق المشترط فى نقض الاشتراط أن يعلن المنتفع رغبته فى الاستفادة منه إلى المشترط أو إلى المتعهد ، فلا يشترط إعلان الرغبة للاثنين معا(٩) .

---

٩ — وان كان من مصلحة المنتفع ان يعلن الرغبة الى المشترط والمتعهد معا ، اذ لو أعلنت الرغبة للمشترط فقط ، فتجاهلها ، وقام بنقض الاشتراط واستيفاء ما التزم به المتعهد لنفسه ، فلا يكون للمنتفع أن يرجع على المتعهد الذى وفى بحسن نية للمشترط غير عالم باعلان المنتفع رغبته فى الاستفادة من الاشتراط . راجع اسماعيل غانم ص ٣٨٨ رقم ٢٠٦ وهامش ٢ .

وقد حاول بعض الشراح بيان أساس الاشتراط لمصلحة الغير وتكييف العلاقات الناشئة عنه بنظم مختلفة(١٠) .

والراجح فى ظل تنظيم المشرع صراحة للاشتراط لمصلحة الغير اعتباره نظاما مستقلا قائما بذاته يتميز عن غيره من النظم ، بحيث لا يمكن إرجاعه أو إدخاله ضمن نظام آخر(١١) .

---

١٠ — انظر فى تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن النظم الاخرى المشابهة : عبد الحى حجازى ص ٧٥١ ، رقم ٤٦٩ .

١١ — مارتى ورينو ص ٢٤٢ ، رقم ٢٧١ .

الفصل الرابع

جزاء الإخلال بالعقد

٢٣٧ ــ تمهيد :

إذا انعقد العقد صحيحاً وجب على أطرافه تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه.

والأصل أن يتم تنفيذ هذه الالتزامات بذاتها إختياراً ، ويسمى التنفيذ العينى الإختيارى بالوفاء[1] . أما إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته إختياراً ، فإنه يجبر على هذا التنفيذ متى كان ممكنا ، وهذا هو التنفيذ العينى الجبرى .

ومتى نفذ العقد إختياراً أو جبراً ، فلا يكون هناك مجال للكلام عن الإخلال به . إذ يفترض الإخلال بالعقد عدم تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه كلها أو بعضها . أو التأخير فى تنفيذها . فإذا لم يكن ثمة عدم تنفيذ فلا يكون هناك إخلال .

ولكن لا يكفى لتحقق الإخلال بالعقد ألا تنفذ الإلتزامات الناشئة عنه ، بل يجب ألا يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبى عن المدين ، ذلك أنه إذا ثبت أن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التأخير فيه قد نشأ عن سبب أجنبى أى سبب لا يد له فيه ، فلا تكون بصدد إخلال بالعقد .

وعلى ذلك فتحقق الإخلال بالعقد يفترض :

١ ــ أن المدين لم ينفذ التزاماته أو تأخر فى تنفيذها .

٢ ــ أن عدم التنفيذ لا يرجع إلى سبب أجنبى عن المدين .

فإذا ثبت الإخلال بالعقد ، كان للدائن الخيار بين أمرين :

---

١ ــ انظر فى القانون المدنى المصرى : الفصل الاول من الباب الخامس من الكتاب الاول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية .

الأول — مطالبة المدين بتعويضه عن الضرر الذى لحق به من جراء هذا الإخـــلال ، وهذا هو التنفيذ بطريق التعويض ، أو المسؤولية العقـدية .

الثانى — أن يطلب فسخ العقد ،

ويجوز للدائن إذا كان يأمل فى قيام المدين بتنفيذ التزاماته ، أن يعمد فى سبيل الضغط عليه إلى الامتناع عن تنفيذ التزاماته إذا ماطالبه المدين بهـذا التنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ أو وقف التنفيذ .

وفيمايلى أتكلم عن المسؤولية العقدية ، ثم عن الدفع بعدم التنفيذ . وأخيرا عن فسخ العقد .

المبحث الأول

المسؤولية العقدية

١ — شروط قيام المسؤولية العقدية

٢٣٨ — لـكى يسأل المتعاقد عن تعويض الضرر الذى لحق بالمتعاقد معه ، لابد من توافر الشروط الآتية :

١ — عدم تنفيذ المدين لالتزاماته . ويطلق على هذا الشرط اصطلاح الخطأ العقدى .

٢ — إصابة الدائن بضرر .

٣ — توافر رابطة سببية بين خطأ المدين والضرر الذى أصاب الدائن .

ونظراً لاشتراك المسؤولين التقصيرية مع المسؤولين العقدية فى الشروط السابقة ، فإننا نؤجل الكلام عنها تفصيلا إلى حين دراسة المسؤولية التقصيرية ونكتفى هنا ببيان الأحكام التى تنفرد بها المسؤلية العقدية .

٢٣٩ — أولا : عدم التنفيذ أو الخطأ العقدى .

لا يسأل المدين عن التعويض إلا إذا كان لم ينفذ إلتزاماته الناشئة عن العقد على الوجه المتفق عليه ، أو الذى يوجبه القانون . ويتحقق ذلك إذا لم ينفذ المدين التزاماته أصلا كلها أو بعضها ، أو إذ قام بالتنفيذ ولكن على نحو يخالف ما اتفق عليه، كأن يسلم شيئاً من صنف أقل من الصنف المتفق عليه ، أو أن يتأخر فى التنفيذ عن الموعد المحدد لذلك .

ويعبر عن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية بالخطأ العقدى [1] .

فإذا كان المدين ملتزماً بغاية أى بتحقيق نتيجة معينة ، فإن عدم تنفيذ المدين لهذا الالتزام معناه عدم تحقق الغاية أو النتيجة المقصودة ، وعلى ذلك إذا التزم الناقل بتوصيل مسافر أو بضاعة إلى مكان معين ، فإنه يلتزم بتحقيق نتيجة أو بغاية ، بحيث يعتبر مخلا بهذا الالتزام بمجرد إثبات عدم وصول المسافر أو البضاعة إلى المكان المتفق عليه ، كذلك إذا التزم مقاول بإقامة بناء ولم يقمه ، فإنه يعتبر مخلا بالتزامه .

أما إذا كان المدين ملتزماً لا بتحقيق غاية أو نتيجة معينة ، بل بمجرد بذل جهد أو عناية ، فإن إخلاله بهذا الالتزام لا يتحقق إلا إذا كان لم يبذل الجهد أو العناية المطلوبة ، فالطبيب الذى يلتزم بعلاج شخص من مرضه ، لا يلتزم بتحقيق شفائه ، وإنما يلتزم فقط بأن يبذل جهده وعنايته فى سبيل تحقيق هذا الشفاء ، وعلى ذلك لا يعتبر الطبيب مخلا بالتزامه لمجرد أن المريض لم يشف ، بل يجب لتحقق هذا الإخلال أن يثبت أن الطبيب لم يبذل الجهد أو العناية الواجبة عليه .

---

١ — انظر نقض مدنى فى ٥ من ديسمبر ١٩٦٨ ، مجموعة النقض المدنى ١٩ — ٢٢٧ — ١٤٩٠ ، وفى ٢٤ من نوفمبر ١٩٧٠ ، المرجع السابق ٢١ — ١٨٧ — ١١٤٨ .

كذلك يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع حتى لا يصاب بضرر ، ولكن إلتزامه هذا ليس إلتزاماً بنتيجة يتحقق الإخلال به بمجرد إصابة الشيء بضرر ، بل هو إلتزام ببذل عناية الشخص المعتاد فى المحافظة على الشيء ، فلا يعتبر المودع لديه مخلا بهذا الالتزام إلا إذا ثبت تقصيره أى إذا ثبت عدم بذله للعناية المطلوبة منه .

فمدلول عدم التنفيذ أو الإخلال يختلف اذن بحسب ما إذا كان الالتزام بنتيجة أم ببذل عناية ، فعدم تنفيذ الالتزام بنتيجة يتحقق بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة بصرف النظر عن الجهد الذى بذله المدين فى سبيل تحقيقها .

أما عدم تنفيذ الالتزام ببذل عناية (ويسمى كذلك الالتزام بوسيلة) فلا يتحقق إلا إذا لم يبذل المدين العناية المطلوبة ،

ويقع على الدائن الذى يدعى عدم تنفيذ المدين لالتزامه إثبات ما يدعيه ، فإذا كان إلتزام المدين بنتيجة كفى الدائن أن يثبت وجود العقد وعدم تحقق النتيجة المقصودة ، فليس عليه أن يثبت تقصير المدين أو عدم بذله لجهد أو عناية ، أما إذا كان التزام المدين بعناية ، فيتعين على الدائن فضلا عن إثبات العقد إقامة الدليل على عدم بذل المدين للعناية المطلوبة منه بدرجتها التى يحددها القانون .

ويلاحظ أن المدين يعتبر مخلا بالعقد وفقاً للمدلول المتقدم ، سواء أخذ على عاتقه تنفيذ العقد بنفسه ، أم استعان فى هذا التنفيذ بأشخاص غيره ، أو بأشياء ، ففى الحالين يعتبر عدم التنفيذ منسوباً إلى المدين .

وعلى ذلك فالشخص الذى يلتزم بنقل بضاعة من مكان إلى آخر ، يعتبر مخلا بالتزامه بمجرد عدم حصول هذا النقل ، سواء كان المفروض أن يقوم بنفسه بقيادة السيارة المحملة بالبضاعة ، أم كان قد كلف سائقاً يعمل لحسابه بقيادة السيارة . كذلك فالمستعير الذى يلتزم ببذل عناية الشخص المعتاد فى

المحافظة على الشيء المعار ، يعتبر مخلا بالتزامه هذا ، سواء كان قد أخذ على عاتقه عبء المحافظة على ذلك الشيء ، أم كان كلف غيره بأن يقوم بهذه الالتزام.

وإذا استخدم المدين شيئاً من الأشياء فى تنفيذ إلتزامه، فتسبب هذا الشيء فى عدم تنفيذ الالتزام ، كما لو انفجرت مواد مفرقعة فى مخزن المودع لديه فأتلفت الشيء المودع ، ففى هذه الحالة يعتبر المودع لديه مخلا بالتزامه ببذل العناية فى المحافظة على الشيء المودع ، كما لو كان التلف قد حدث بفعله الشخصى.

وعلى ذلك فأحكام المسئولية العقدية واحدة ، لاتختلف بحسب ما إذا كان الضرر الذى أصاب الدائن قد نشأ عن فعل المدين شخصياً ، أو عن فعل أحد كلفه المدين بمساعدته أو الحلول محله فى تنفيذ الالتزام ، أو عن تدخل شيء استخدمه المدين فى تنفيذ إلتزامه .

وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه يعتبر إخلالا بالعقد أو خطأ عقدياً ، سواء كان متعمداً أو غير متعمد ، فقد يقصد المدين عدم تنفيذ التزاماته ، وفى هذه الحالة يقال إنه ارتكب خطأ عمدياً أو غشاً . وقد تتجه إرادة المدين إلى تنفيذ ما التزم به ، ولكنه لا يبذل العناية المطلوبة، فيعتبر خطؤه غير عمدى.

٢٤٠ ــ **ثانيا : الضرر** : لكى يسأل المدين عن تعويض الدائن : لا بدأن يكون قد أصاب الدائن ضرر من جراء عدم تنفيذه لالتزامه ، فإذا انتفى الضرر فلا مسئولية .

ويقع اعباء إثبات الضرر على الدائن مدعى المسئولية ، ويشترط فى الضرر أن يكون محققاً أو مؤكداً ، بمعنى أن يكون قد حصل فعلا ، أو من المؤكد حصوله فى المستقبل . ويستوى فى الضرر أن يكون ضرراً مادياً أصاب الدائن بخسارة مالية ، أو ضرراً أدبياً أصاب الدائن فى سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره .

وسنفصل الكلام عن اشتراط كون الضرر محققاً، وعن اشتمال التعويض لنوعى الضرر المادى والأدبى عند الكلام عن المسئولية التقصيرية.

٢٤١ ــ وجوب كون الضرر متوقعا .

لا يشمل التعويض فى المسئولية العقدية كل الأضرار التى نشأت عن عدم تنفيذ العقد ، بل يقتصر على الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع [٢] . وفى ذلك تختلف أحكام المسئولية العقدية عن أحكام المسئولية التقصيرية حيث تجعل الأخيرة التعويض شاملا للأضرار المتوقعة وغير المتوقعة .

وتقدير ما إذا كان الضرر متوقعاً أم لا يتم وفقاً لمعيار موضوعى لاشخصى ، فلا ينظر إلى ما توقعه المدين فعلا ، بل ينظر إلى شخص معتاد ، فيعتبر الضرر متوقعاً إذا كان الشخص المعتاد يتوقع حصوله من جراء عدم تنفيذ العقد ولو كان المدين ذاته لم يتوقعه ، وبالعكس من ذلك يعتبر الضرر غير متوقع ، إذا لم يكن الشخص المعتاد ليتوقع حصوله ، حتى ولو كان المدين نفسه قد توقعه [٣] . وينظر فى تقدير توقع الضرر أو عدم توقعه إلى وقت إبرام العقد ، بحيث يعتبر الضرر متوقعاً إذا كان الشخص المعتاد يتوقعه فى ذلك الوقت ، ولو كان غير متوقع فى وقت آخر .

وعلى ذلك إذا تعهد شخص بنقل طرد من مكان إلى آخر ، ولم يفصح صاحب الطرد لأمين النقل عن محتوياته ، ثم ضاع الطرد أثناء النقل ، وتبين أنه كان يحتوى على مجوهرات ، فى هذه الحالة لا يلتزم أمين النقل بدفع قيمة هذه المجوهرات ، لأن أى شخص عادى لو وجد فى مكانه لما توقع أن يحتوى

---

٢ ــ المادة ٢/٢٢١ من القانون المدنى .

٣ ــ وقد اخذ القانون المدنى صراحة بالمعيار الموضوعى عندما نص على عدم التزام المدين بتعويض « الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد (م ٢/٢٢١) وانظر نقض مدنى فى ٤ من فبراير ١٩٧١ ، مجموعة النقض المدنى ٢٢ ــ ٣٠ ــ ١٧٢ .

الطرد على مجوهرات ، إذ لم تجر العادة على نقل الأشياء الثمينة بهذه الطريقة ، فلا يسأل الناقل إلا عن قيمة معقولة للطرد ، تعتبر هى الضرر المتوقع .

وترجع العلة فى قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع إلى افتراض أن المدين وقد التزم بإرادته قد قصد تحديد مسئوليته فى حالة عدم تنفيذ العقد بالضرر الذى كان فى إمكانه توقعه وقت إبرام العقد ، فكما يحدد العقد طبيعة الالتزام ومداه ، يحدد مدى التعويض عنه فى حالة الإخلال به .

واستثناء من قصر التعويض على الضرر المتوقع ، يشمل التعويض جميع الأضرار بما فى ذلك الأضرار غير المتوقعة إذا كان المدين قد ارتكب غشاً أى خطأ عمدياً ، أو خطأ جسيما [٤] . على أساس أن من يتعمد الإخلال بالعقد إضراراً بمصلحة المتعاقد معه ، لا يكون له أن يستند إلى هذا العقد لتحديد مسئوليته بما كان يتوقعه عن إبرامه .

٢٤٢ — ثالثا : رابطة السببية بين عدم التنفيذ والضرر .

لا يكفى لمساءلة المدين عقدياً ألا يكون قد نفذ التزامه ، بل يجب أن يكون عدم تنفيذه لهذا الالتزام هو الذى سبب الأضرار التى لحقت بالدائن ، وبعبارة أخرى يشترط توافر رابطة سببية بين خطأ المدين العقدى والضرر الذى أصاب الدائن . فإذا انتفت هذه الرابطة لم يسأل المدين عن تعويض ذلك الضرر . وتنتفى رابطة السببية بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى أى سبب لا يد للمدين فيه [٥] ، كقوة قاهرة ، أو خطأ الدائن ذاته ، أو خطأ شخص من الغير .

وعلى ذلك إذا ثبت أن خطأ المدين المتمثل فى عدم تنفيذه لالتزامه أو التأخر

---

٤ — المادة ٢/٢٢١ من القانون المدنى .

٥ — انظر المادة ٢١٥ من القانون المدنى .

فى هذا التنفيذ ، يرجع إلى سبب أجنبى عنه ، سبب جعل التنفيذ مستحيلا ، أو حتم حصول التأخير فيه ، فإن ذلك يرفع المسئولية عن المدين ، فلا يلزم بالتعويض .

ويقع عبء إثبات وجود السبب الأجنبى على عاتق المدين الذى يدعيه [٦] .

وسنفصل الكلام عن رابطة السببية وعن أسباب نفيها عند الكلام عن المسئولية التقصيرية .

٢٤٣ — مسئولية الغير عند الاشتراك فى الاخلال بالالتزام التعاقدى .

يحدث أحيانا أن يشترك شخص من غير أطراف العقد مع المدين فى الإخلال بالإلتزام الناشىء عن العقد ، وفى هذه الحالة يسأل هذا الغير عن هذا الإخلال وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية التى تتطلب أساساً ارتكاب خطأ أى إنحراف فى السلوك عن عناية الشخص المعتاد .

ومثال ذلك أن يحرض شخص عاملا على ترك العمل الذى يقوم به لحساب صاحب عمل قبل إنتهاء مدة العقد الذى يربطهما ، ففى هذه الحالة يسأل العامل عن إخلاله بعقد العمل مسئولية عقدية ، ويسأل المحرض مسئولية تقصيرية .

كذلك إذا وعد شخص ببيع شىء لآخر خلال مدة معينة ، ثم قام الواعد ببيع هذا الشىء إلى شخص آخر يعلم بوجود الوعد ، فهنا يكون الواعد مسئولا مسئولية عقدية عن إخلاله بعقد الوعد بالبيع ، ويكون المشترى من الواعد مسئولا مسئولية تقصيرية قبل الموعود له عن ذلك الإخلال . [٧] .

٢ — تعديل أحكام المسئولية العقدية

٢٤٤ — تعتبر القواعد التى وضعها المشرع لتنظيم المسئولية العقدية قواعد

---

٦ — نقض مدنى فى ٢٤ من نوفمبر ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ — ١٨٧ — ١١٤٨ .

٧ — سافاتييه ص ٩٩٩ — ٢٠٠ رقم ١٣٦ .

مكملة لإرادة المتعاقدين ، لا قواعد آمرة ، ومن ثم يجوز للمتعاقدين أن ينظما المسئولية التى تترتب على إخلال أحدهما بالعقد تنظيما يخالف التنظيم القانونى. وقد يقصد المتعاقدان باتفاقهما إما تشديد أحكام المسئولية العقدية ، أو تخفيفها، أو الإعفاء منها كلية .

ويلاحظ أنه يشترط لقيام الإتفاقات المعدلة لأحكام المسئولية العقدية أن يتراضى عليها طرفا الالتزام العقدى : الدائن المضرور والمدين المسئول أصلا ، وبالتالى إذا اتفق المدين مع شخص من الغير على تحمل هذا الغير المسئولية بدلا عنه ، فإن هذا الاتفاق الذى لم يكن الدائن طرفاً فيه ليس من شأنه تعديل أحكام المسئولية ولا إعفاء المدين منها ، فيظل للدائن حق الرجوع على المدين المسئول(٨) .

٢٤٥ ــ الاتفاق على تشديد أحكام المسئولية .

تتخذ الاتفاقات المشددة للمسئولية العقدية صوراً متعددة ، فمنها الإتفاق على جعل الإلتزام بعناية التزاماً بنتيجة يتحقق الإخلال به بمجرد عدم تحقق النتيجة المقصودة دون حاجة إلى إثبات تقصير من المدين . ومنها الإتفاق على مقدار التعويض المستحق مقدماً (أو الشرط الجزائى) ، بحيث يستحق هذا التعويض الاتفاقى دون حاجة إلى أن يثبت الدائن ضرراً أصابه ، فمن شأن الشرط الجزائى إعفاؤه من إثبات وجود الضرر خلافاً للقاعدة العامة (٩) .

ومن صور التشديد كذلك الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة (م ٢١٧ / ١) ، بحيث يكون مسئولا ولو ثبت أن عدم تنفيذه للعقد راجع إلى قوة قاهرة وهو ما كان من شأنه بحسب الأصل أن يقطع

---

٨ ــ نقض مدنى فى ٤ من ابريل ١٩٦٨ ، مجموعة النقض المدنى ، ١٩ ــ ١٠٤ ــ ٧٢٩ ، وقد كيف هذا الاتفاق بانه اتفاق على ضمان المسئولية .

٩ ــ وقد نص القانون المدنى صراحة على جواز هذا الاتفاق فى المادة ١/٢١٧ .

رابطة السببية وأن يعفى المدين من المسئولية ، وتطبيقاً لذلك قضى بصحة الاتفاق في عقد النقل على أن يكون الناقل مسئولا عن هلاك البضاعة التي تعهد بنقلها أياً كان سبب هذا الهلاك ولو كان خطأ قهرياً (١٠) .

٢٤٦ ــ الاتفاق على تخفيف المسئولية أو الاعفاء منها .

والاتفاقات المقصود بها تخفيف مسئولية المدين كثيرة ومتنوعة ، ومثالها أن يتفق على تحديد مقدار التعويض المستحق للدائن بمبلغ معين، بحيث لا يجوز له المطالبة بأكثر من ذلك ، ولو جاوزت قيمة الضرر هذا المبلغ ، ومثالها كذلك الاتفاق على جعل المدين ملتزماً بعناية بعد أن كان القانون يلزمه بنتيجة ، وهو ما يترتب عليه عدم تحقق مسئوليته إلا إذا أثبت الدائن تقصيراً منه في بذل العناية المطلوبة .

أما اتفاقات الإعفاء فيقصد منها رفع مسئولية المدين كلية ، وعدم إلزامه بدفع أي تعويض للدائن ، ولو ثبت أن الدائن قد أصابه ضرر نتيجة لعدم تنفيذ المدين لإلتزامه .

٢٤٧ ــ شروط صحة الاتفاقات المخففة او المعفية في المسئولية .

يشترط القانون اللبناني لصحة الإتفاقات التي تخفف من المسئولية العقدية أو تعفي منها كلية توافر شرطين :

الشرط الأول ــ ألا يكون خطأ المدين عمدياً (غش) أو خطأ جسيما . وعلى ذلك فإذا أصيب الدائن بضرر نتيجة خطأ عمدي من المدين أي نتيجة تعمده عدم تنفيذ التزامه . أو نتيجة خطأ جسيم كان للدائن أن يطالب المدين بالتعويض ، ولا يعمل بالاتفاق الذي يعفيه من المسئولية .

---

١٠ ــ ويلاحظ ان الشرط الجزائي قد يعتبر اتفاقا على التخفيف من المسئولية اذا كان مقداره اقل من مقدار الضرر المتحقق فعلا .
نقض مدني في ٢٩ من اكتوبر ١٩٤٥ ، مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة ، الجزء الاول ، صفحة ٢٨٠ ، رقم ١٣٨ .

وترجع علة بطلان الاتفاق من المسئولية الناشئة عن الخطأ العمدى . إلى أن إجازة مثل هذا الاتفاق يشجع المدينين على الغش ، ويجعل عقدة الالتزام فى يدهم ، إذ يستطيعون عدم التنفيذ دون أن يخشوا أية مسئولية تترتب عليهم من جراء ذلك .

أما فيما يتعلق بالخطأ الجسيم فقد جرى العمل على تسويته بالخطأ العمدى ، لأن إثبات العمد غالباً ما يكون أمراً صعباً ، ولذلك يقوم إثبات الخطأ الجسيم قرينة على توافر العمد فى الخطأ ، على أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسئولية ولو ترتب الضرر عن غش أو خطأ جسيم صادر — ليس من المدين بل من شخص من الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه (م ١٧٥ / ٢٢)

وعلى ذلك يجوز اتفاق المدين الناقل مع مالك البضاعة المنقولة على عدم مساءلة الناقل عن هلاك البضاعة أو مرقتها ولو وقع الهلاك أو حدثت السرقة بسبب خطأ السائق الذى يقود السيارة المستخدمة فى النقل ، ولو كان هذا الخطأ عمدياً (غشاً) أو جسيما .

وتشترط بعض التشريعات صراحة لأعمال الاتفاقات المخففة أو المعدلة للمسئولية أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن ضرراً مادياً كضياع مال له أو تلفه ، بحيث لا يجوز التخفيف أو الإعفاء من المسئولية فى حالة الأضرار التى تصيب شخص الدائن جسمه أو صحته أو حياته . ولم يورد المشرع المصرى حكما فى هذا الشأن ، ولذلك فيبدو أن الراجح جواز إعفاء المدين من المسئولية عن الضرر الذى يصيب شخص الدائن ما دام هذ الضرر لم ينشأ عن خطأ عمدى أو جسيم فى جانب المدين[١١] .

---

١١ — ومع ذلك يرى بعض الشراح عدم جواز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية المترتبة على الاضرار التى تصيب شخص الدائن ولو نشأت عن خطأ يسير ، وذلك على اساس أن حياة الانسان وسلامته الشخصية هما فوق كل اتفاق .

راجع : حشمت أبو ستيت ص ٤٦٦ ، ورقم ٤٩٦ ، الصده ص ٣١٦ رقم ٣٥٥ ، البدراوى ص ٤٦٨ — ٤٦٩ ، رقم ٣٤٤ .

المبحث الثانى

وقف العقد :

الدفع بعدم التنفيذ

٢٤٨ — إذا لم يقم أحد المتعاقدين فى عقد تبادلى (ملزم للجانبين) بتنفيذ إلتزاماته ، كان للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذه التزامانه المقابلة ، وبذلك يوقف تنفيذ العقد من الجانبين . وأساس وقف العقد فى هذه الحالة هو إرتباط التزامات كل متعاقد بإلتزامات المتعاقد الآخر .

وقد نصت المادة ١٦١ من القانون المدنى صراحة على هذا الحكم فقررت: فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.

٢٤٩ — ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لوقف العقد بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزاماته العقدية ، توافر الشروط الآتية :

الشرط الاول — أن يكون العقد ملزما للجانبين .

وذلك حتى تكون هناك التزامات على عاتق المتعاقد الذى لم يرتكب إخلالا يستطيع أن يقف تنفيذها . فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد وأخل المدين بالتزاماته ، لم يكن هناك ثمة ما يقف الدائن تنفيذه من التزامات .

الشرط الثانى — أن يخل أحد المتعاقدين بالعقد .

يجب أن يكون هناك إخلال بالعقد من أحد طرفيه ، أى أن يكون أحد المتعاقدين قد امتنع عن تنفيذ التزاماته رغم قدرته على هذا التنفيذ[1] ،

---

١ — وقد يستحيل على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه استحالة مؤقتة بسبب اجنبى ، وفى هذه الحالة كذلك يجوز للمتعاقد الآخر أن يقف تنفيذ التزامه المقابل ، رغم عدم وجود اخلال من المتعاقد الاول .

ولا يتحقق هذا الإخلال إلا إذا كانت هذه الالتزامات حالة أى مستحقة الأداء . فإذا كانت مؤجلة ، فإن عدم تنفيذها لا يعتبر إخلالا . وعلى ذلك إذا أبرم عقد بيع ، واتفق على تأجيل وفاء الثمن ، فلا يستطيع البائع أن يتمسك بعدم تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن توصلا لوقف تنفيذ التزاماته بنقل ملكية المبيع وتسليمه .

والاصل أنه عندما تكون التزامات كلا المتعاقدين حالة، فإن تنفيذها يجب أن يتم فى وقت واحد ، بحيث يكون لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته المقابلة .

ولكن قد يقضى الاتفاق أو توجب طبيعة بعض العقود أن يبدأ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته قبل المتعاقد الآخر ، رغم أن التزامات الطرفين مستحقة الوفاء . وفى هذه الحالة لا يجوز لمن كان مكلفاً بالبدء فى التنفيذ أن يمتنع عن هذا التنفيذ حتى ينفذ المتعاقد معه التزامه ، بل يتعين عليه أن يفى بما التزم به دون انتظار لوفاء المتعاقد الآخر بالتزامه (٢) .

ويجد هذا الوضع فى عقود العمل وعقود المقاولات . ففى عقد العمل يلتزم العامل بأداء العمل المطلوب ، ويلتزم صاحب العمل بأن يفى له بالأجر ، ويجب على العامل أن يبدأ بأداء العمل ، فلا يجوز له أن يمتنع عن ذلك حتى يستوفى أجره مقدماً ، لأن رب العمل لا يلتزم بأن يفى له بالأجر إلا إذا أتم العمل المكلف به . وذلك ما لم يتفق على استحقاق الأجر مقدماً .

الشرط الثالث — أن يكون المتمسك بوقف العقد مستعدا لاداء التزاماته .

يجب أن يكون المتمسك بوقف العقد مستعداً لأداء التزاماته ، فإذا جحد أحد المتعاقدين تعهده وأعرب فى جلاء ووضوح عن نيته فى عدم الوفاء بما

---

٢ — نقض مدنى فى ٣ مارس ١٩٦٦ ، مجموعة النقض المدنى ١٧ — ٥٠٤ — ٧٠ ، وفى ٣١ مايو ١٩٦٦ ، المرجع السابق ، ١٧ — ١٧٥ — ١٢٧٩ ، وفى ١٠ ديسمبر ١٩٦٨ ، المرجع السابق ١٩ — ٢٢٩ — ١٥٠٤ .

التزم به ، فلا يقبل منه أن يتمسك بوقف العقد لعدم تنفيذ المتعاقد معه للإلتزام المقابل لإلتزامه .(٣)

٢٥٠ ــ كيفية التمسك بوقف العقد .

ومتى توافر الشرطان السابقان ، كان المتعاقد الذى لم يحصل منه إخلال أن يقف العقد ، أى أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته مؤقتاً أى إلى حين قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته . ويتم وقف العقد بإرادة المتعاقد المنفردة ، فلا يحتاج إلى قبول من المتعاقد الآخر ، كما لا يحتاج لا إلى اعذار يوجه إلى المتعاقد المخل أو إلى استصدار حكم من القضاء . وفى ذلك يختلف وقف العقد فسخه ، فالفسخ كما سنرى **لا** يكون إلا بحكم من المحكمة بحسب الأصل .

وعادة يتم تقرير وقف العقد فى مواجهة المتعاقد الذى حصل منه الإخلال ، فعندما يطالب هذا المتعاقد المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته يدفع الأخير هذه المطالبة بعدم تنفيذ المطالب نفسه لالتزاماته ، ولذلك يسمى التمسك بوقف تنفيذ العقد الدفع بعدم التنفيذ .

ولا يجوز التعسف فى التمسك بوقف تنفيذ العقد ، وعلى ذلك فإذا كان ما لم ينفذه أحد المتعاقدين من التزاماته ضئيلا ، فلا يجوز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه المقابل كله(٤) .

٢٥١ ــ أثر التمسك بوقف العقد .

يترتب على التمسك بوقف العقد أن يكون للمتعاقد الإمتناع عن تنفيذ التزاماته الحالة ، دون أن يعتبر لذلك مخلا بالعقد ، فالعقد يبقى قائماً لا ينحل ، ولكن الالتزامات الناشئة عنه لا تكون واجبة التنفيذ مادام السبب الذى أجاز وقفه قائماً . وعلى ذلك فما دام المتعاقد الذى أخل بالتزامه ممتنعاً من

---

٣ ــ نقض مدنى فى ٤ ديسمبر ١٩٥٨ ، مجموعة النقض المدنى ٩ ــ ٩١ ــ ٧٠٣ .

٤ ــ نقض مدنى فى ١٠ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة النقض المدنى ١٧ ــ ١٤١ ــ ١٠٤٠ .

تنفيذه ، فإن العقد يظل موقوفاً ، ولا يكون على المتعاقد الآخر أن ينفذ التزاماته . فالمقصود من وقف العقد هو الضغط على إرادة المتعاقد الممتنع حتى يعدل عن امتناعه وينفذ التزاماته ، فإن نجح وقف العقد فى تحقيق هذا القصد ، كان بها واستعاد العقد قوته الملزمة بالنسبة لكلا المتعاقدين ، وتعين عليهما تنفيذه . أما إن لم تفلح هذه الوسيلة ، وأصر المتعاقد على عدم تنفيذ التزامه ، فعلى المتعاقد الآخر إما أن يلجأ إلى التنفيذ العينى الجبرى إن كان ممكناً وإما إلى مطالبة الممتنع بالتعويض على أساس المسئولية العقدية . وإما أخيراً أن يتمسك بفسخ العقد .

المبحث الثالث

حل العقد بسبب عدم التنفيذ : الفسخ

٢٥٢ — يقصد بحل العقد إزالة قوته الملزمة . وقد يكون لحل العقد أثر رجعى بحيث يعتبر العقد لم ينعقد فى وقت من الأوقات ، ويطلق على الحل فى هذه الحالة اصطلاح الفسخ .

وقد يقتصر أثر الحل على المستقبل ، فتزول القوة الملزمة للعقد ابتداء من تاريخ حله ، دون أن يمس وجود العقد فى الماضى ، وعندئذ يطلق على الحل اصطلاح الإنهاء

ويرى بعض الشراح تسمية الحل فى هذه الحالة . بالإنهاء تمييزاً له عن الفسخ [1] غير أن الغالب إطلاق اصطلاح الفسخ على حل العقد فى الحالين أى سواء كان له أثر رجعى أم لا .

---

١ — البدراوى ص ٥٥٩ ، رقم ٤٠٨ .

المطلب الأول ـ شروط الفسخ

٢٥٣ ـ يشترط لفسخ العقد ، توافر الشروط الآتية :

١ ـ أن يكون العقد ملزما للجانبين .

وذلك لأن الغرض من فسخ العقد ، هو أن يتحلل المتعاقد من التزاماته ، نتيجة لإخلال المتعاقد معه بالتزاماته المقابلة ، فإذا كنا بصدد عقد ملزم لجانب واحد كعقد هبة مثلا ، وأخل الواهب بالتزاماته ، فما هى الفائدة التى تعود على المتعاقد الآخر (الموهوب له) من طلب فسخ العقد ؟ أنه ليس ملزماً بأى التزام حتى يطلب الفسخ للتحلل منه ، ومن ثم فلا معنى للتسليم بإلغاء العقود الملزمة لجانب واحد .

٢ ـ أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل التزاماته .

وهذا هو الشرط الجوهرى للفسخ ، وعلى ذلك إذا كان المتعاقد قد نفذ التزاماته كاملة ، فلا يجوز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد . أما إن كان المتعاقد لم ينفذ التزاماته كلها أو بعضها ، أو نفذها تنفيذاً معيباً ، أو بعد الوقت المحدد للتنفيذ ، ولم يكن ذلك راجعاً إلى سبب أجنبى عنه . كان للمتعاقد الآخر أن يتمسك بفسخ العقد .

٣ ـ أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزاماته أو مستعدا لتنفيذها .

وعلى ذلك إذا كان أحد المتعاقدين لم ينفذ التزاماته ، وليس مستعداً لتنفيذها ، فإنه يعد مقصراً ، فلا يجوز له أن يطلب إلغاء العقد استناداً إلى عدم تنفيذ المتعاقد معه لإلتزاماته .

٤ ـ أن يكون طلب الفسخ قادرا على اعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد .

ذلك أن أثر فسخ العقد كما سنرى إعادة الحالة إلى ما كان يجب أن تكون لو كان العقد الذى فسخ لم ينعقد بتاتاً ، فإذا كان المتعاقد طالب الإلغاء لا يقدر على ذلك ، فلا يجاب إلى طلبه .

وعلى ذلك إذا كنا بصدد عقد بيع وتسلم المشترى بعض المبيع واستهلكه، فلا يكون لهذا المشترى أن يطلب فسخ البيع إذا ما لم يسلمه البائع باقى المبيع، ذلك أنه لن يستطيع أن يرد إليه ما تسلمه .

أما إذا كان المتعاقد المخل بإلتزامه هو الذى لا يقدر على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد ، فإن ذلك لا يمنع المتعاقد الآخر من طلب فسخ العقد ، وفى هذه الحالة يلزم المتعاقد الذى تسبب فى الفسخ بإخلاله بإلتزامه بتعويض المتعاقد معه عن عدم قدرته إعادة الحال إلى ما كان عليه وعلى ذلك إذا أخل المشترى الذى تسلم المبيع بإلتزامه بوفاء الثمن ، فإنه يكون للبائع أن يطلب فسخ البيع ولو كان المبيع قد هلك فى يد المشترى بحيث أنه لن يستطيع رده(٢).

٢٥٤ — مدى ضرورة الاعذار .

تنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه : فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه .

ورغم أن ظاهر هذا النص هو إعتبار الاعذار شرطاً للفسخ ، إلا أن الرأى مستقر أنه لا يلزم أن يتم الاعذار مستقلا وسابقاً على طلب الفسخ ، فيجوز للمتعاقد أن يقيم دعوى الفسخ دون أن يسبق ذلك إعذار للمتعاقد الآخر ، فيعتبر إقامة الدعوى بمثابة إعذار .

ولكن ذلك لا يعنى أن حصول الاعذار قبل طلب الفسخ ليس له قيمة ، فالواقع أن قيام الدائن بإعذار المدين يضع المدين رسمياً موضوع المخل بتنفيذ التزامه ، ومن ثم إذا لم يقم المدين رغم الاعذار بتنفيذ هذا الإلتزام ، وأقام الدائن دعوى الفسخ ، فإن قيام المدين بعد ذلك بتنفيذ الإلتزام لا ينفى أنه قد قصر فى هذا التنفيذ ، ومن ثم فإنه يلتزم بنفقات دعوى الفسخ ، كما يلتزم

---

٢ — السنهورى ص ٧٩٤ ، رقم ٤٧٢ ، ص ٨٠٤ ، رقم ٢/٤٧٨ .

بتعويض الدائن عن الضرر الذى أصابه نتيجة التأخير فى التنفيذ . أما إذا اقام الدائن دعوى الفسخ دون أن يسبقها إعذار منه للمدين ، فقام المدين بالتنفيذ على الفور ، فإن الدائن هو الذى يتحمل نفقات الدعوى ، كما لا يكون له أن يطالب المدين بأى تعويض لأنه لم يضعه موضع المخل بتنفيذ التزامه .

ونظرا لإمكان فسخ أى عقد ملزم للجانبين إذا أخل أحد طرفيه بالتزامه ، فقد جرى العمل على القول بأن كل عقد ملزم للجانبين يتضمن شرطاً فاسخاً ضمنياً ، أى أنه طرفيه اتفقا ضمناً على أنه إذا أخل أحدهما بالتزاماته ، كان للطرف الآخر أن يطالب فسخ العقد . والواقع أن رخصة طلب الفسخ مقررة بنص القانون وليس بمقتضى اتفاق الطرفين [٣] ، والقانون يخول للمتعاقد طلب فسخ العقد للارتباط القائم فى العقود الملزمة للجانبين بين التزامات كل من الطرفين .

المطلب الثانى : تقرير الفسخ

٢٥٥ — إذا توافرت شروط الفسخ ، فإن العقد لا يفسخ حتما وبقوة القانون ، فتوافر هذه الشروط لا يمنع المتعاقد الذى لم يخل بالتزاماته من طلب إلزام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه عيناً متى كان هذا التنفيذ ممكناً ، فيقتصر أثر توافر شروط الفسخ على تخويل المتعاقد رخصة طلب الفسخ ومن شأن هذه الرخصة أن يكون للمتعاقد أن يطلب الفسخ أو ألا يطلبه ، دون إجبار عليه باتخاذ أحد السبيلين .

٢٥٦ — ضرورة الاتفاق على الفسخ أو صدور حكم به .

إذا اختار الدائن فسخ العقد لإخلال المدين بالتزامه ، فإن الفسخ لا يتم بالإرادة المنفردة لهذا الدائن ، بل يجب تقريره إما أن يتراضى الدائن مع

---

٣ — ورغم تسليم الفقه والقضاء على ذلك ، فان القضاء يستعمل باستمرار عبارة الشرط الفاسخ الضمنى للدلالة على رخصة الفسخ المقررة بمقتضى القانون فى كل عقد تبادلى .

المدين على فسخ العقد ، أما أن يستصدر الدائن حكما من القضاء بالفسخ ، وعلى ذلك فالقاعدة أن الفسخ لا يتقرر إلا بالتراضى (الاتفاق) أو بالتقاضى (حكم القضاء) .

فإذا لم يتفق الطرفان على الفسخ وأراد الدائن فسخ العقد ، تعين عليه أن يقيم دعوى بطلب الفسخ (٤) ، فإذا أثبت الدائن أمام القضاء توافر شروط الفسخ ، حكم بفسخ العقد .

ولا يستطيع القاضى أن يحكم بفسخ العقد إذا لم يطلب ذلك منه المتعاقد الذى توافرت شروط الفسخ فى جانبه ، فإذا طلب هذا المتعاقد تنفيذ العقد ، فلا يجوز للقاضى أن يرفض الحكم بالتنفيذ وأن يقضى بالفسخ ، ولكن لا يشترط أن يطلب المتعاقد فسخ العقد صراحة ، فيجوز أن يطلب ذلك ضمناً (٥) :

٢٥٧ — مدى سلطة القاضى فى دعوى الفسخ .

القاعدة فى هذا الشأن أن سلطة القاضى لا تقتصر على التثبت من توافر شروط الفسخ ، بحيث إذا ثبت له توافر هذه الشروط تعين عليه الحكم بالفسخ ، وإذا لم يثبت ، رفض دعوى الفسخ ، بل أن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية فى هذا الشأن تخوله أن يرفض الحكم بالفسخ ولو ثبت أمامه توافر الشروط التى يتطلبها القانون للفسخ ، كما أن للقاضى أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ

---

٤ — نقض مدنى فى ٨ فبراير ١٩٦٢ مجموعة النقض المدنى ١٣ — ٣٠ — ١٩٦ ، ويلاحظ ان الدائن الذى طلب فسخ العقد لاخلال المتعاقد معه بالتزامه ، يستطيع ان يعدل عن طلب الفسخ الى طلب تنفيذ العقد فى اى وقت قبل صدور الحكم بالفسخ ، ومتى تم هذا العدول ، فلا يجوز للقاضى ان يفسخ العقد .

٥ — فاذا كان المشترى قد طلب الحكم له باسترداد ما عجله من الثمن وبراءة ذمته من السند المحرر بالباقى من هذا السند بسبب وجود عيب خفى جسيم فى المبيع ، فانه يكون قد طلب ضمنا فسخ عقد البيع .
نقض مدنى فى ٢٠ اكتوبر ١٩٦٦ مجموعة النقض المدنى ١٧ — ٢١٧ — ١٥٥٢ .

التزامه [٦] فالقاضى الذى يطلب منه الحكم بفسخ عقد من العقود ويثبت أمامه توافر شروط الفسخ له أن يختار بين ثلاثة أمور :

الأمر الأول — أن يحكم بفسخ العقد :

والحكم بفسخ العقد هو الأصل مادام قد ثبت أن المدعى عليه قد أخل بالتزامه . ولكن ما الحكم إذا قام المدين قبل الحكم بالفسخ بتنفيذ الإلتزام ؟

الذى يقال عادة فى هذا المجال أنه يشترط للحكم بالفسخ أن يظل المدين متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى بالفسخ ، بحيث إذا قام بتنفيذ التزامه قبل ذلك امتنع على القاضى أن يحكم بالفسخ [٧] .

وأرى أن هذا القول على إطلاقه غير صحيح ، وأن القاضى يظل محتفظاً بسلطته فى الحكم بالفسخ ولو قام المدين بالتنفيذ بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم فيها ، ذلك أن مركز المدين من حيث إخلاله بإلتزامه يتحدد بيوم رفع الدعوى ، ويوم أن رفعت دعوى الفسخ كان المدين لم ينفذ التزامه ، وبالتالى كانت شروط الفسخ . متحققة ، ومن شأن ذلك أن يعطى للقاضى سلطة الحكم بالفسخ ولكنه لا يلتزم بأن يحكم به فله كما سنرى أن يرفض الحكم بالفسخ رغم توافر جميع شروطه ولكن رفض الحكم بالفسخ ليس واجباً على القاضى فهو متروك لسلطته التقديريه ، وهو يستطيع أن يرفض الحكم بالفسخ إذا ما نفذ المدين التزامه بعد إقامة الدعوى وقبل صدور الحكم استناداً إلى هذا التنفيذ . ولا يكون رفض الحكم بالفسخ واجباً على القاضى بحيث يمتنع عليه قانوناً الحكم به إلا حيث ينص القانون صراحة على ذلك ، وهو ما نصادفه فى بعض الحالات كحالة إيجار الأماكن حيث ينص القانون صراحة على أنه

---

٦ — نقض مدنى فى ٢٥ مارس ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ — ٦٥ — ٤١٣ .

٧ — انظر على سبيل المثال : نقض مدنى فى ٢١ فبراير ١٩٥٧ مجموعة النقض ٨ — ٢٠ — ١٥٨ ، وفى ٢٦ مايو ١٩٧٠ المرجع السابق ٢١ — ١٤٥ — ٩٠٨ ، وفى ١٢ مارس ١٩٧٢ المرجع السابق ٢١ — ٦٩ — ٤٢٥ .

لايحكم بالإخلاء (الفسخ) إذا قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى (٨) .

الأمر الثانى ــ أن يرفض الحكم بالفسخ .

يجوز للقاضى أن يرفض الحكم بالفسخ رغم توافر كل شروطه ، ويكون ذلك إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته (م ١٥٧ / ٢) . وعلى ذلك إذا اشترى شخص شيئاً ووفى بالجزء الأكبر من الثمن ولم يبق إلا جزء بسيط (لا يتجاوز واحد أو إثنين فى المائة من الثمن مثلا) ، وطلب البائع فسخ العقد لعدم وفاء المشترى بهذا الجزء ، فإنه يكون للقاضى أن يرفض الحكم بالفسخ .

وإذا سلم البائع المشترى بضاعة تختلف فى النوع عن البضاعة المتفق عليها ، فطلب المشترى فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه ، فإنه يكون للمحكمة أن ترفض الحكم بالفسخ إذا تبين لها أن فرق السعر بين النوعين بسيط ، وأن المستهلك لا يميز عادة بين النوعين . وتكتفى المحكمة هنا بإلزام البائع بالفرق فى السعر (٩) .

والهدف من إعطاء القاضى سلطة رفض الحكم بالفسخ فى هذه الحالة منع تعسف الدائن فى إستعمال رخصة الفسخ . ذلك أن الدائن الذى يطلب فسخ العقد فى حالة ما إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته يعتبر متعسفا فى طلب الفسخ ، لأن المصلحة التى تعود عليه من الفسخ لا تتناسب البتة مع ما يصيب المدين من ضرر بسبب هذا الفسخ .

---

٨ ــ المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن ايجار الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين .

٩ ــ وقد اقرت محكمة النقض رفض محكمة الموضوع الحكم بفسخ بيع سيارة على اساس أن الالتزام الذى حصل الاخلال به وهو نقل الرخصة للمشترى ليس التزاما جوهريا لان ملكية السيارة وحيازتها انتقلتا الى المشترى من وقت البيع . نقض مدنى فى ١٠ ابريل ١٩٥٢ مجموعة ٣ ــ ١٣٢ ، ٩١٠ .

أما إذا كان المدين لم ينفذ التزامه كله ، أو كان ما لم ينفذه ليس قليل الأهمية إذا ما قورن بالإلتزام فى جملته ، فإنه يكون للقاضى الحكم بالفسخ .

وتقدير ما إذا كان مالم يف به المدين قليل الأهمية بحيث يستتبع رفض الفسخ ، مسألة موضوعية يفصل فيها القاضى وفقاً لظروف وملابسات الدعوى ، وبصفة خاصة بالنظر إلى نية الطرفين المشتركة والغرض من التعاقد .

الأمر الثالث — أن يمنح المدين أجلا (نظرة ميسرة) .

القاضى بدلا من أن يحكم بالفسخ أو برفض الفسخ ، أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه ، وذلك إذا اقتضت الظروف ذلك (م ١٥٧ / ٢) . وتقدير الظروف التى تستدعى منح المدين أجلا مسألة موضوعية تدخل ضمن سلطة القاضى التقديرية دون تعقيب عليه من محكمة النقض (١٠) .

ويلاحظ أنه إذا لم يف المدين بإلتزامه بعد انقضاء الأجل الذى منحته له المحكمة ، فإن المحكمة لا تلتزم بالحكم بالفسخ حتما ، بل تظل لها سلطتها التقديرية فى الحكم بالفسخ أو رفضه (١١) .

٢٥٨ — جواز الفسخ بالارادة المنفردة فى بعض الحالات .

وإذا كانت القاعدة هى أن إلغاء العقد لا يتم إلا بحكم من المحكمة ، فإنه استثناء من هذه القاعدة ، يجوز إلغاء العقد بإرادة الدائن وحده فى الحالات الآتيـــة :

---

١٠ — نقض مدنى فى ٢٣ مارس ١٩٥٠ مجموعد النقض المـــدنى ١ — ٩٤ — ٣٧٣ .

(١١) نقض مدنى فى ٢٦ اكتـــوبر ١٩٧٢ مجمـــوعة النقض المدنى ٢٣ — ١٩٢ — ١٢٢٠ .

الحالة الاولى ــ حالة وجود نص فى القانون ·

ينص القانون أحيانا على أن من حق المتعاقد اعتبار العقد ملغياً دون حاجة إلى استصدار حكم الإلغاء . ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٧٦ من قانون العمل من حق العامل فى ترك عمله قبل انتهاء مدة العقد ودون إنذار سابق إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزاماته نحوه .

وما تنص عليه المادة ٤٦١ من القانون المدنى من أنه فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع منسوخاً دون حاجة إلى إنذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك .

ويسمى الفسخ فى هذه الحالات بالفسخ القانونى لأن القانون هو الذى نص صراحة على جواز حصوله بإرادة الدائن وحده .

الحالة الثانية ــ حالة الاتفاق على الفسخ بالارادة المنفردة (الشرط الفاسخ الصريح) ·

القاعدة التى توجب صدور حكم من القضاء بالفسخ ليست من النظام العام ، ولذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً عند إبرام العقد أو بعده ولكن قبل حصول الإخلال ، أنه فى حالة ما إذا لم ينفذ أحدهما التزاماته ، يكون للمتعاقد الآخر أن يعتبر العقد مفسوخاً دون حاجة إلى استصدار حكم . فإذا وجد مثل هذا الاتفاق ، فإنه يغنى من ضرورة رفع دعوى بالفسخ ، ويحق للدائن عند عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته ، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة . فلا يشترط أن يوافق المدين على ذلك ، ولكن الدائن لا يلتزم بذلك ، فله إذا شاء الإبقاء على العقد إلا يستعمل حقه فى فسخه . فالاتفاق لا يجعل الفسخ حاصلا حتما بقوة القانون (١٢) .

---

(١٢) فالشرط الفاسخ الصريح يجوز التنازل عنه . نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة النقض المدنى ٢٢ ــ ١٧٣ ــ ١٠٣٤ .

ولكن الاتفاق على فسخ العقد بإرادة الدائن وحده ، لا يعفيه من ضرورة إعذار المدين ، فيتعين عليه قبل أن يفسخ العقد ، أن يعذر المدين بوجوب تنفيذه . فإن لم ينفذ المدين التزامه بالرغم من إعذاره ، كان للدائن إعتبار العقد مفسوخاً (م ١٥٨ مدنى) .

ويجوز الاتفاق صراحة على عدم الحاجة إلى الإعذار ، وفى هذه الحالة ، يكون للدائن أن يعتبر العقد مفسوخاً بمجرد عدم تنفيذ المدين لإلتزامه دون حاجة إلى سبق إعذاره بذلك .

ولما كان الإعفاء من استصدار حكم بالفسخ ومن ضرورة الإعذار يرد على خلاف القواعد العامة . فإن الإتفاق على ذلك ، يجب أن يكون واضح الدلالة فى اتجاه نية المتعاقدين المشتركة إلى هذا الإعفاء . وأن كان لا يشترط استخدام ألفاظ معينة للدلالة على توافر هذه النية [١٣] فإذا وجد شك حول المقصود باتفاق المتعاقدين ، وجب القول ببقاء القاعدة الأصلية وهى ضرورة استصدار حكم بالفسخ ، وضرورة إعذار المدين قبل اعتبار العقد مفسوخاً . وبناء على ذلك إطردت أحكام القضاء على أنه إذا كانت عبارة الاتفاق أو الشرط هى : إذا لم يف أو إذا أخل المدين بالتزامه يعتبر العقد لاغياً أو مفسوخاً ، فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون ترديداً لنص القانون الذى يجيز للدائن أن يطلب الفسخ ، ويعطى للقاضى سلطة تقديرية فى إجابة هذا الطلب أو رفضه [١٤] .

أما إذا ثبت أن نية المتعاقدين المشتركة قد اتجهت إلى إعفاء المتمسك

---

١٣ — نقض مدنى فى ٢٨ اكتوبر ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ — ١٤٩ — ٩٤٣ .

١٤ — نقض مدنى فى ١٢ يناير ١٩٥٠ مجموعة النقض المدنى ١ — ٥١ — ١٧٧ ، وفى ٢٠ ابريل ١٩٦٧ المرجع السابق ١٨ — ١٣١ — ٨٥٩ ، وفى ٩ يناير ١٩٧٣ المرجع السابق ٢٤ — ١٠ — ٤٩ .

بالفسخ من استصدار حكم به من القضاء ، فإن من شأن هذا الاتفاق أن يكون للمتعاقد أن يعتبر العقد مفسوخاً بإرادته المنفردة ، متى أخل المتعاقد الآخر بالتزام من التزاماته ، بحيث لا يحتاج الفسخ إلى صدور حكم من القضاء . وإذا نازع المتعاقد الآخر فى الفسخ الذى تم بالإرادة المنفردة ولجأ إلى القضاء ، فإن سلطة القاضى تقتصر على التأكد من ثبوت الاتفاق على الفسخ بالإرادة المنفردة ، فإذا تأكدت المحكمة من ذلك أقرت ما قام به المتعاقد الذى فسخ العقد ، ويعتبر حكمها فى هذا الشأن كاشفاً ومقرراً للفسخ الذى تم بالإرادة المنفردة للدائن من قبل رفع الدعوى . ولا يكون لهذه المحكمة أى سلطة تقديرية فى هذا الشأن ، فالاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً بالإرادة المنفردة (الشرط الفاسخ الصريح) يسلب المحكمة كل سلطة فى صدد الفسخ (١) ، وبصفة خاصة لا يجيز لنا أن نرفض إقرار الفسخ استناداً إلى أن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية .

ولكن يلاحظ أن المتعاقد الذى يستخدم ما خوله العقد من سلطة فى فسخ العقد بالإرادة المنفردة يجب ألا يتعسف فى استعمال سلطته هذه ، فإذا تعسف واعتبر العقد مفسوخاً لإخلال تافه قليل الأهمية صدر من المتعاقد الآخر ، فإنه يلتزم بتعويض هذا المتعاقد عن الضرر الذى أصابه بسبب هذا التعسف .

الحالة الثالثة ــ حالة الاستعجال أو الضرورة .

يحصل أحيانا أن يخل أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية ، ولا يكون العقد قد تضمن إتفاقاً على جواز فسخه بالإرادة المنفردة ، فيكون من الواجب على المتعاقد إذا أراد فسخ العقد أن يستصدر حكماً من القضاء بذلك ، ولكن

---

١٥ ــ نقض مدنى فى ١٠ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة النقض المدنى ١٩ ــ ٣٢٩ ــ ١٥٠٤ .

انتظار صدور هذا الحكم قد يؤدى إلى الإضرار به ضرراً بليغاً ، لأن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته يخلق أحياناً خطراً يحدق بمصالح المتعاقد الآخر ، ولذلك يجوز لهذا المتعاقد فى هذه الظروف أن يعتبر العقد مفسوخاً بإرادته المنفردة ، دون حاجة إلى انتظار حكم بالفسخ، وأن يكيف موقفه على هذا الأساس ، دفعاً لما يهدده من أخطار [١٦] .

ونصادف ذلك كثيراً فى مجال علاقات العمل ، حيث تتعرض مصالح أصحاب العمل للخطر إذا ما التزموا بعدم فسخ عقود عملهم إلا باستصدار حكم بهذا الفسخ [١٧] ، وبناء على ذلك إذا انقطع العامل عن العمل بدون مبرر مشروع ، وكان صاحب العمل لا يستطيع الاستغناء عنه ، فإنه لا يلتزم باستصدار حكم بفسخ عقد العمل ، بل له أن يعتبر العقد مفسوخاً ، وأن يستخدم عاملا يحل محل العامل الأول .

ولكن يلاحظ أن المتعاقد الذى يقدم على فسخ العقد بإرادته المنفردة دون نص فى القانون أو اتفاق فى العقد يخوله هذا الحق ، إنما يفعل ذلك على مسئوليته ، بحيث إذا نازع المتعاقد معه فى توافر شروط الفسخ، وأثبت ذلك كان الفسخ غير مشروع ، وكان لهذا المتعاقد أن يتمسك ببقاء العقد ، وأن يطالب بتعويضه عن الضرر الذى أصابه من جراء تصرف المتعاقد الأول .

---

١٦ — نقض مدنى فرنسى ٢٤ يناير ١٩١٠ سيرى ١٩١١ — ١ — ١٩٥ ، وفى ٢٨ يناير ١٩٤١ سيرى ١٩٤١ — ١ — ٦٠ .

١٧ — Durand P. : Traité de droit du travoil, t. 11 evec vitu, 1956, p. 887 No. 471.

Dalloz : Répertion du droit social, t 1960, P. 670 No. 267 .

المطلب الثالث ـ آثار الفسخ

٢٥٩ ـ اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليه قبل العقد .

إذا تقرر فسخ العقد ، فإنه يترتب على ذلك وجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد متى كان ذلك ممكناً ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض (م ١٦٠) .

وعلى ذلك فالفسخ له أثر رجعى بحسب الأصل ، إذ يترتب عليه اعتبار العقد غير موجود ليس فقط ابتداء من تاريخ الفسخ أى بالنسبة للمستقبل ، بل من تاريخ إبرام العقد ، فيعتبر العقد كأن لم ينعقد ، ويستتبع ذلك إزالة كل أثر ترتب عليه ، وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد .

وعلى ذلك إذا كان العقد بيعاً ، وفسخ ، وجب على المشترى أن يرد المبيع إلى البائع ، ووجب على البائع أن يرد الثمن إلى المشترى وذلك على أساس رد غير المستحق ، ذلك أنه بعد فسخ العقد لم يعد هناك سبب قانونى لاحتفاظ أى من المتعاقدين بما تسلمه .

ورغم عمومية نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى التى تقرر أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فان الرأى الراجح فى الفقه يستثنى العقود الزمنية كعقد الايجار وعقد العمل من انطباق قاعدة الأثر الرجعى للفسخ ، بحيث لا يكون فسخ هذه العقود إلا بالنسبة للمستقبل ومن تاريخ تقرير الفسخ دون أن يرجع ذلك إلى الماضى ، وبحيث يعتبر العقد موجوداً فى الفترة ما بين انعقاده وفسخه (١٨) ، وبتطبيق ذلك على عقد الايجار ،

---

١٨ ـ وقد طبق القضاء ذلك على عقد التأمين : انظر نقض مدنى فى ٢٨ ابريل ١٩٧٠ مجموعة النقض المدنى ٢١ ـ ١١٥ ـ ٧٠٩ .

فإنه إذا فسخ عقد الايجار ، فلا يسترد المستأجر الأجرة التى دفعها عن المدة السابقة على الفسخ ، وإذا كان لم يدفع أجرة هذه المدة التزم بوفائها باعتبارها أجرة لا تعويضا . ويقال فى تبرير عدم انطباق أن ما مضى من الزمن لا يمكن أن يعود ، وبالتالى فإنه فى حالة فسخ عقد زمنى يستحيل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، وهذه الحجة محل نظر ، ذلك (أن استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد قد تعرض فى العقد الفورى ، كما تقع فى العقد المستمر) (١٩) ، ولم يقل أحد بعدم تطبيق الأثر الرجعى للفسخ فى العقود الفورى إذا استحال إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد .

٢٦٠ — أثر استحالة اعادة الحالة الى ما كانت عليه .

إذا فسخ العقد ، ولكن تعذر إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فانه يحكم على من استحال عليه إعادة الحالة بتعويض معادل لما كان يجب عليه رده ، ولا يشترط لاستحقاق هذا التعويض المعادل أن يكون المتعاقد الذى تعذر عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه مخطئاً .

ويقدر التعويض بما عاد على المتعاقد من منفعة بسبب العقد الذى فسخ ، وعلى ذلك إذا كان العقد بيعاً وفسخ ، واستحال على المشترى أن يرد ثمار المبيع لاستهلاكها مثلا ، فانه يلتزم بأن يفى للبائع بقيمة هذه الثمار كتعويض معادل .

بل وبالنسبة للغير ، مما يترتب عليه سقوط الحقوق التى يكون الغير قد تلقاها من أحد المتعاقدين .

٢٦١ — أثر فسخ العقد بالنسبة للغير .

يلاحظ أن اعتبار العقد كأن لم يكن كأثر لفسخه ، لا يعمل به فقط فى العلاقة بين المتعاقدين قبل فسخ العقد ، وعلى ذلك إذا باع المشترى الشىء الذى اشتراه إلى شخص آخر ، ثم فسخ عقد البيع ؛ فإنه يترتب على ذلك اعتبار أن

---

١٩ — جمال الدين زكى ص ٤١٢ رقم ٢٢٠ .

المشترى لم يتملك هذا الشيء فى أى وقت من الأوقات ، وبالتالى أنه عندما باعه قد باع شيئاً مملوكا لغيره . ولذلك يكون للبائع الأصلى أن يسترد الشيء من الغير (المشترى من المشترى) باعتباره لا يزال مملوكا له ، وذلك حتى يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . ومن الواضح أن تطبيق الأثر الرجعى للفسخ بالنسبة للغير يضر به ، ولذلك عمل المشرع على الحد من نتائج هذا التطبيق فى بعض الحالات التى يكون فيها الغير حسن النية لا يعلم وقت نشوء حقه بالسبب أو الأسباب التى أدت فيما بعد إلى فسخ العقد (٢٠) .

٢٦٢ — جواز الحكم بالتعويض الى جانب الفسخ .

إذا فسخ العقد ، وأعيد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل العقد ، فقد لا يزيل ذلك كل الآثار التى ترتبت على العقد ، فقد يصيب الدائن من جراء إخلال مدينه بالعقد ضرر لا يمحوه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد ، وفى هذه الحالة يكون للدائن إلى جانب طلب فسخ العقد ، أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه .

ويذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن هذا التعويض يستحق وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية ، لا العقدية ، على أساس أن العقد وقد فسخ يعتبر كأن لم يوجد فى وقت من الأوقات ، وبالتالى لم ينشأ عنه أى التزام يمكن أن يترتب على الاخلال به مسئولية عقدية (٢١)

---

٢٠ — فاذا كان الشيء منقولا وتسلمه الغير بحسن نية استنادا الى سبب صحيح كعقد بيع مثلا ، فانه يستطيع استنادا الى قاعدة : الحيازة فى المنقول سند الحائز الامتناع عن رد هذا المنقول الى مالكه الاصلى (المادة ١٧٦ مدنى) اذ يكتسب الغير ملكية هذا المنقول بالحيازة .

واذا كان الشيء عقار وكسب شخص حقا عينيا عليه بحسن نية قبل شهر دعوى الفسخ ، فلا يحتج عليه بالحكم الصادر فى هذه الدعوى وبالتالى لا يتاثر حقه العينى بالفسخ (المادتان ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى) .

٢١ — انظر مع ذلك جميل الشرقاوى حيث يرى ان التعويض يمكن ان ينبنى على المسئولية العقدية . ص ٣٨٨ هامش [١] .

المبحث الرابع

حل العقد بسبب استحالة التنفيذ : إنفساخ العقد

٢٦٣ — إذا استحال تنفيذ الالتزام العقدى بسبب أجنبى عن المدين ، أى سبب لا يد له فيه ، فإن هذا الالتزام ينقضى ، ويترتب على ذلك انحلال العقد (١) .

ذلك أنه إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد كعقد الهبة ، واستحال تنفيذ التزام المدين ، كأن هلك الشيء الموهوب بقوة قاهرة قبل تسليمه إلى الموهوب له ، فلا يبق للدائن ما يطالب به .

وإذا كان العقد ملزماً لجانبين كعقد بيع ، واستحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين ، كأن هلك الشيء المبيع قبل تسليمه إلى البائع ، فإن هذا الالتزام ينقضى ، وينقضى تبعاً له الإلتزام المقابل له وهو التزام المشترى بوفاء الثمن ، فلا يبقى للعقد محل ، ولذلك ينحل .

ويتم انحلال العقد فى حالة استحالة تنفيذه من تلقاء نفسه ، أى بقوة القانون ، أى دون حاجة إلى أن يتمسك أحد المتعاقدين بحله ، أو أن يصدر حكم من القضاء بذلك . والسبب فى هذه القاعدة أنه لا يتصور غير ذلك ، فلا يتصور اعطاء المدين مهلة للوفاء ، فالفرض أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلا ، ومن ثم فلن ينفذ مهما أعطى للمدين من مهل .

ويترتب على انحلال العقد باستحالة تنفيذه ، ذات الآثار التى تترتب

---

١ — وفى ذلك تنص المادة ١٥٩ من القانون المدنى على انه : فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

ورغم ان هذه المادة تتكلم عن العقود الملزمة للجانبين الا أن الانفساخ يمكن أن ينطبق على العقود الملزمة لجانب واحد .

على انحلاله بخطأ المدين ، فيعتبر العقد كأن لم يكن ، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل انعقد .

وتطبيقاً لذلك إذا استولى الإصلاح الزراعى على الأرض المبيعة ، فإن ذلك من شأنه أن يجعل التزام البائع بنقل ملكية هذه الأرض مستحيلا بسبب أجنبي ، ويترتب على ذلك أن ينفسخ عقد البيع من تلقاء نفسه .

ولكن خلافاً لحالة خطأ المدين ، لا محل هنا لمطالبة المدين بالتعويض ، إذ الفرض أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، ومن ثم فهما كانت الأضرار التى أصابت الدائن من جراء عدم تنفيذ العقد ، فلا يكون له مطالبة المدين بها (٢) ، إلا إذا كان قد أخذ على عاتقه بمقتضى بند فى العقد أن يتحمل تبعة السبب الأجنبي ، وقد سبق أن رأينا أن ذلك يعتبر اتفاقاً مشدداً لمسئولية المدين ، يجيزه القانون .

٢٦٤ — الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية .

لا صعوبة فى تقرير انحلال العقد بقوة القانون ، إذا كانت جميع الالتزامات الناشئة عنه قد أصبحت مستحيلة ، وهذه هى حالة الاستحالة الكلية. ولكن يحدث أن تكون الاستحالة جزئية ، بأن يستحيل تنفيذ بعض الالتزامات دون البعض الآخر ، فهل تؤدى هذه الاستحالة إلى انحلال العقد من تلقاء نفسه ؟

يفرق فى هذا الشأن بين الالتزامات الجوهرية والالتزامات الثانوية . فاستحالة تنفيذ الالتزامات الجوهرية تؤدى إلى إنفساخ العقد بقوة القانون ،

---

٢ — نقض مدنى فى ١٦ فبراير ١٩٧١ مجموعة النقض المدنى ٢٢ — ٣٢ — ١٨٨ ، وفى ٢ مارس ١٩٧١ المرجع السابق ٢٢ — ٤٠ — ٢٤٤ .

ولو كان تنفيذ الالتزامات الثانوية ممكناً ، أما استحالة تنفيذ الالتزامات الثانوية ، فلا تؤدى إلى انحلال العقد بقوة القانون ما دام تنفيذ الالتزامات الجوهرية ممكناً .

٢٦٥ — تحمل تبعة العقد .

إذا انحل العقد باستحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بسبب أجنبي فمن من المتعاقدين يتحمل تبعة هـــذه الاستحالة وبعبارة أخرى من الذى يتحمل الخسارة الناشئة عن استحالة تنفيذ العقد ؟

للإجابه عن هذا السؤال ، يجب التفرقة بين العقود الملزمة لجانب واحد (غير التبادلية) ، والعقود الملزمة لجانبين (التبادلية).

فى العقود الملزمة لجانب واحد يتحمل الدائن تبعة العقد ، لأن حقه الناشىء عن العقد سينقضى بانقضاء التزام المدين ، ولن يستفيد الدائن من انحلال العقد ، لأنه ليس محملا بالتزام مقابل يحله العقد منه . فى عقد الهبة مثلا إذا هلك الشىء قبل تسليمه ، فإن عقد الهبة سينحل بقوة القانون ، ويترتب على ذلك أن يفقد الموهوب له حقه على ذلك الشىء ، ولذلك فهو الذى يتحمل بالخسارة الناشئة عن انحلال العقد ، أما الواهب فلا يخسر شيئاً لأنه كان يفقد الشىء الموهوب ولو لم ينحل عقد الهبة ، إذ كان سينتقل إلى ملكية الموهوب له .

أما فى العقود الملزمة للجانبين ، فإن المدين بالالتزام المستحيل هو الذى يتحمل تبعة العقد لأن الخسارة الناشئة عن انحلال العقد تصيبه هو أساساً دون المتعاقد الآخر .

فى عقد البيع إذا هلك المبيع قبل تسليمه إلى المشترى بسبب أجنبي لا يد للبائع فيه ، فإن التزام البائع بالتسليم ينقضى باستحالة تنفيذه ، وينقضى تبعاً لذلك التزام المشترى بوفاء الثمن ، وينفسخ البيع (م ٤٣٧) ، ويترتب على

ذلك أن يلتزم البائع بأن يرد الثمن إلى المشترى إذا كان قد قبضه منه (٣) أو أن تبرأ ذمة المشترى من الوفاء بالثمن إذا كان لم يف به ، وبذلك فإن البائع - وهو المدين بالالتزام بالتسليم الذى استحال تنفيذه - يجد نفسه وقد فقدالشىء المبيع ، وفقد فى الوقت ذاته الثمن ، وبالتالى يكون قد تحمل الخسارة أو التبعة الناشئة عن استحالة تنفيذ التزامه أما المشترى وهو الدائن بالالتزام بالتسلم فلم يخسر شيئاً ، لأنه استرد الثمن الذى دفعه .

---

٣ — نقض مدنى فى ١٦ فبراير ١٩٧١ وفى ٢ مارس ١٩٧١ سابقة الاشارة اليها .

القسم الثاني

الإرادة المنفردة

١ — تمهيـــد :

٢٦٦ — لاشك أن الإرادة المنفردة يمكن أن تنتج آثاراً قانونية ، فهى تزيل الخطر الذى يهدد العقد القابل الابطال ويتم ذلك فى صورة إجازة العقد ، وهى تجعل العقد غير النافذ فى مواجهة الغير نافذاً ، وذلك باقرار الغير له ، وهى تؤدى إلى إنهاء العقود غير اللازمة ، كعقد الوكالة ، حيث يستطيع كل من الوكيل والموكل أن ينهى الوكالة فى أى وقت بإرادته المنفردة ، وأخيراً فإن للارادة المنفردة سلطة نقل الحقوق العينية كما فى حالة الوصية والوقف . فالوصية تتم بإرادة الموصى دون حاجة إلى قبول الموصى له ، وتؤدى إلى انتقال ملكية الشيء الموصى به إلى الوصى له عند وفاة الموصى .

ولكن هل يجوز أن يلتزم الشخص بإرادته المنفردة ؟ وبعبارة أخرى هل تعتبر الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام كالعقد ؟

ناقش الفقهاء هـــذه المسألة من زمن طويل ، واختلفت وجهات نظرهم فى شأنها .

فأنكر الفرنسيون بوجه عام أن تصلح الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام والحجة الأساسية لهذا الرأى هى أن التسليم للارادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الالتزام ، يقتضى التسليم لها بالقدرة على القضاء عليه فى أى وقت ، بحيث يكون التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض هذه الإرادة ، فيكون منحلا منذ البداية (١) .

---

١ — السنهورى ص ١٤٥٢ رقم ٩٠٧ ، سليمان مرقس ص ٥٢٦ — ٥٢٧ رقم ٥٥١ .

أما الألمان فقد أيدوا أن تكون للارادة المنفردة القدرة على إنشاء الالتزامات مستندين فى ذلك إلى أنه ليس فى منطق القانون ما يمنع من أن يلتزم شخص بإرادته المنفردة ، دون أن يكون له أن يقضى على هذا الالتزام بالإرادة المنفردة ، فاذا أظهر شخص إرادته فى أن يلتزم ، فلماذا ننكر على هذه الارادة القدرة على إلزامه ما دام التزامه لا يتعارض مع النظام العام أو الآداب ؟

وليس فى القانون المدنى المصرى نصاً صريحاً يقرر أن الإرادة المنفردة تعتبر مصدراً من مصادر الالتزام بصفة عامة كالعقد ، ولكن هذا القانون بعد تنظيمه للعقد أفرد فصلا خاصاً عنوانه : الارادة المنفردة (الفصل الثانى من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام) ، ولكنه لم يتعرض فى هذا الفصل للارادة المنفردة بصفة عامة ، وإنما تعرض فقط لتطبيق لها هو الوعد بجائزة، مما دعا بعض الشراح إلى القول بأن الأصل فى القانون المصرى أن الارادة المنفردة لا تصلح لإنشاء الالتزام . وأن الالتزام الناشىء عن الوعد بجائزة مصدره القانون لا الإرادة المنفردة .

ولكن الرأى الغالب فى الفقه المصرى يرى أن الإرادة المنفردة تعتبر فى القانون المصرى مصدراً من مصادر الالتزام ، ولو أنها ليست مصدراً عاماً كالعقد ، بل هى مصدر خاص أو استثنائى فى حالات معينة ينص عليها القانون(٢) وقد سبق أن عرضنا لحالة من هذه الحالات هى حالة الإيجاب الملزم ، ونعرض فيما يلى لحالة أخرى هى حالة الوعد بجائزة أو الجعالة .

---

٢ — حشمت ابو ستيت ص ٣٦٢ — ٣٦٣ رقم ٤٠١ ، انور سلطان ص ٤٤٥ — ٤٤٦ رقم ٣٩١ ، اسماعيل غانم ص ٣٩٢ رقم ٢٠٧ وصفحة ٣٩٣ — ٣٩٤ رقم ٢٠٨ ، البدراوى ص ٥٨١ رقم ٤١٩ ، جمال الدين زكى ص ٤٢٩ — ٤٣٠ رقم ٢٣٠ ، منصور ص ١٥٥ ، سلامه ص ٢٣٣ رقم ١٤٧ .

٢ — الوعد بجائزة

٢٦٧ — تنص المادة ١٦٢ / ١ من القانون المدنى على أنه : « من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل .

٢٦٨ — شروط وجود وصحة الوعد .

الوعد بجائزة تصرف قانونى . ولذلك يشترط لوجوده ، ما يشترط فى التصرفات القانونية عموماً :

وجود إرادة يعتد بها القانون ، وانصراف هذه الارادة إلى تحقيق باعث مشروع ، وورودها على محل مستوف للشروط .

وعلى ذلك يجب أن يكون الواعد مميزاً ، فان كان عديم التمييز كان وعده باطلا .

كما يجب أن يكون الباعث على الوعد مباحاً أو مشروعاً ، فإذا كان هذا الباعث مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان الوعد باطلا ، وعلى ذلك إذا وعد شخص بإعطاء مكافأة لمن يقتل معيناً أو لمن يسرق مستندات معينة ، فإن الوعد يقع باطلا بطلاناً مطلقاً .

كذلك يجب أن يكون محل الوعد وهو الجائزة الموعود بها مشروعا ، فلا يجوز أن يعد شخص باعطاء كمية من المخدرات ، وأن يكون هذا المحل معيناً أو على الأقل قابلا للتعيين ، فإذا لم تعين المكافأة ، كان الوعد باطلا (٣) .

والوعد بجائزة باعتباره عملا إرادياً لا يكون صحيحاً إلا إذا توافرت أهلية إبرامه لدى الواعد ، وسلمت إرادته من العيوب .

فيجب أن يكون الواعد أهلا للوعد ، وتختلف هذه الأهلية بحسب ما إذا كان الواعد يجنى فائدة من الوعد أم لا ، فالشخص الذى يعد باعطاء مكافأة

---

٣ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة ص ٣٩٦ رقم ٢١٠ .

لمن يجد له شيئا فقد منه ، يجب أن تتوافر لديه أهلية القيام بالأعمال الدائرة بين النفع والضرر .

أما الشخص الذى يعد بإعطاء مكافأة لمن يفوز بالأولوية فى امتحان معين ، فهو يقوم بعمل من أعمال التبرع ، ويجب أن يكون أهلا للتبرع .

كذلك يجب أن تكون إرادة الواعد سليمة من العيوب ، فإذا شابها غلط أو تدليس أو إكراه كان الوعد قابلا للابطال لمصلحته .

٢٦٩ — ضرورة توجيه الوعد للجمهور .

اشترط القانون صراحة أن يتوجه الواعد بوعده للجمهور ، أى للناس كافة ، فإذا وجه الوعد إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات ، فلا نكون بصدد وعد بجائزة ، بل بصدد ايجاب لا ينشىء أى التزام إلا إذا قبله من وجه إليه ، وفى هذه الحالة يكون مصدر الالتزام هو العقد لا الإرادة المنفردة .

ويستخلص الشراح من ضرورة توجه الوعد للجمهور وجوب أن يتم التعبير عن الوعد بشكل علنى حتى يمكن للجمهور العلم به ، كأن يعلن عنه فى الجرائد ، أو فى ملصقات توضع فى الشوارع .

٢٧٠ — للقوة الملزمة للوعد .

لبيان القوة الملزمة للوعد يجب أن نفرق بين حالة تحديد أجل للقيام بالعمل المطلوب وحالة عدم تحديد أى أجل . فإذا حدد الواعد أجلا للقيام بالعمل ، فلا يجوز له أن يرجع فى وعده مادام هذا الأجل لم ينقض بعد ، فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم أحد بإنجاز العمل ، سقط الوعد ، ولو أنجز هذا العمل فيما بعد .

أما ان لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل . فإنه يجوز له الرجوع فى وعده فى أى وقت بشرط ألا يكون أحد قد قام بالعمل ، فإذا كان هناك

من قام بالعمل ، فلا يجوز الرجوع فى الوعد بعد ذلك ، وإن حصل أن رجع الواعد فى وعده وهو لا يعلم باتمام العمل ، فلا يعتد بهذا الرجوع ، فتستحق الجائزة لمن قام بالعمل (٤) .

ومتى كان الرجوع فى الوعد جائزاً ، تعين أن يتم التعبير عنه بذات الطريقة التى أعلن بها عن الوعد ، أى بإعلان يوجه للجمهور .

٢٧١ — استحقاق الجائز .

يستحق الجائزة الموعود بها من قام بالعمل الصادر به الوعد وفقاً للشروط التى أعلن عنها الواعد .

ويستحق هذا الشخص الجائزة ، ولو قام بالعمل دون نظر إلى الوعد بالجائزة ، وعلى ذلك فهو يستحقها سواء كان يعلم بوجود الوعد أو لم يكن يعلم به ، بل ولو كان قد أنجز العمل قبل الإعلان عن الجائزة . فإرادة الواعد المنفردة هى التى أنشأت الإلتزام . أما إرادة القائم بعمل فلم يكن لها أى دخل فى إنشائه .

---

٤ — ولكن يجب رفع دعوى المطالبة بالجائزة فى هذه الحالة خلال ستة اشهر من تاريخ اعلان الرجوع للجمهور (م ٢/١٦٢) .

واذا كان شخص قد بدأ فى تنفيذ العمل المطلوب ولكن الواعد رجع فى وعده قبل اتمام ذلك العمل ، كان لمن بدأ فى العمل ان يطالب الواعد بتعويضه عما انفقه وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية .

الكتاب الثانى

المصادر غير الإرادية

العمل غير المشروع – الإثراء بلا سبب

القسم الأول

العمل غير المشروع أو المسئولية التقصيرية

تمهيد

١ — يعتبر العمل غير المشروع أو الضار مصدراً من مصادر الالتزام فى جميع القوانين ، ويطلق على الالتزام الناشىء عن هذا المصدر إصطلاح المسئولية التقصيرية ، ويسمى المدين بالتزام ناشىء عن عمل غير مشروع : المسئول . وعلى ذلك فإن اصطلاح العمل غير المشروع يترادف من حيث المعنى مع اصطلاح المسئولية التقصيرية ، غاية الأمر أننا إذ نستعمل عبارة العمل غير المشروع فإن ذلك يكون بالنظر إلى المصدر الذى أنشأ الالتزام ، أما إذا استعملنا عبارة المسئولية ، فإن ذلك يكون بالنظر إلى الأثر المترتب وهو الالتزام ذاته .

١٠٢ — التنظيم التشريعى للمسئولية التقصيرية .

تنظم معظم التشريعات الحديثة الالتزام الناشىء عن العمل غير المشروع فى صورة قاعدة أو قواعد عامة تتضمن الأركان الرئيسية الواجب توافرها لكى ينشأ هذا الالتزام ، ومع ذلك فلا تزال بعض قوانين بعض الدول بعيدة عن هذه الطريقة التأصيلية ، فالقانون الانجليزى والقوانين المأخوذة منه ، لا تتضمن قواعد عامة فى شأن العمل غير المشروع ، فهى لا تنظم العمل غير المشروع بصفة عامة ، وإنما تتكلم عن العديد من الأعمال غير المشروعة ، مبينة شروط توافر كل عمل ، والأثر المترتب عليه ، دون أن تعنى برد هذه الأعمال إلى أصل عام . وهو ذات المسلك الذى اتبعه فقهاء الشريعة الاسلامية فى تناولهم لموضوع الضمان المقابل لموضوع المسئولية فى فقه القانون .

وقد نظم الشارع المصرى العمل غير المشروع فى صورة قواعد عامة

ضمنها المواد من ١٦٣ إلى ١٧٨ من التقنين المدنى .

٣ — المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية .

تتحقق المسئولية المدنية إذا سبب شخص ضرراً للغير ، سواء بفعله الشخصى ، أو بفعل شخصى يجعله القانون مسئولا عنه ، أو نتيجة تدخل شىء فى حراسته .

أما المسئولية الجنائية فتتحقق إذا ارتكب شخص فعلا يعد جريمة وفقاً لقانون العقوبات ، وتوافرت الشروط الأخرى التى يشترطها هذا القانون لمعاقبته .

والغرض من المسئولية المدنية هو إزالة الضرر الذى أصاب الشخص ، ووسيلة ذلك هى التعويض ، أما الغرض من المسئولية الجنائية فهو عقاب المجرم حتى لا يعود إلى ارتكاب الجريمة وردع غيره حتى يتعظوا بما أصاب المجرم من عقاب ، وحماية المجتمع .

ويترتب على اختلاف هدف كل من المسئوليتين عدة فوارق أهمها :

١ — أساس المسئولية المدنية هو الضرر الذى يصيب فرداً من الأفراد ، فإذا لم يوجد ضرر فلا تقوم المسئولية المدنية ، أما المسئولية الجنائية فلا تفترض وجود ضرر أصاب الفرد ، فقد يوجد هذا الضرر وقد لا يوجد ، ومع ذلك تقوم المسئولية . ومثال ذلك أن يشرع شخص فى قتل آخر فيطلق عليه عياراً نارياً فلا يصيبه ، فهنا لا تقوم المسئولية المدنية لانتفاء الضرر الفردى ومع ذلك فإن مطلق العيار النارى يكون مسئولا جنائياً عن جريمة القتل العمد . ولا يغير من هذا الفارق الاتجاه الحديث نحو بناء التجريم على أساس الضرر الاجتماعى أى الضرر الذى يصيب المجتمع بأسره .

٢ — مقتضى المسئولية المدنية إلزام المسؤول بالتعويض ، وهو أساساً

مبلغ من النقود يدفع إلى المضرور ، أمامقتضى المسئولية الجنائية فعقوبة توقع على الجانى أو وسيلة من وسائل الحماية أو العلاج ، والعقوبات متعددة ومختلفة تشمل الإعدام ، والأشغال الشاقة والحبس ، والغرامة . وإذا كانت الغرامة تتفق مع التعويض فى أنها عبارة عن مبلغ من النقود يدفعه المسؤول ، إلا أنها تختلف عن التعويض فى أن الغرامة تذهب إلى خزانة الدولة ، فى حين يدخل التعويض فى ذمة المضرور .

٣ — يقدر التعويض بحسب قيمة الضرر الذى أصاب المضرور . فيزداد كلما زادت قيمة الضرر ، أما العقوبة الجنائية فهى تقاس بمدى الخطأ الذى ارتكبه الجانى ومدى خطورته على المجتمع ، فكلما زادت جسامة هذا الخطأ وزادت خطورته كلما كانت العقوبة شديدة ، فالتعويض يتدرج فى قيمته تبعاً لقيمة الضرر ، أما العقوبة فتتدرج تبعاً لجسامة الخطأ .

٤ — التعويض حق للمضرور وحده ، فله أن يطالب به أو لا يطالب ، وللمضرور أن ينزل عن حقه فى التعويض ، أو أن يتصالح عليه ، أما العقوبة فهى حق للمجتمع ، ولذلك فإن المطالبة بتوقيعها تكون للنائب العام باعتباره ممثلا للمجتمع ، ولا يجوز بحسب الأصل النزول عن حق توقيع العقوبة ولا التصالح .

٤ — اجتماع المسئوليتين المدنية والجنائية .

إذا كانت المسؤولية المدنية تختلف عن المسؤولية الجنائية ، فلا يعنى ذلك احتلاف نطاق كل منهما دائماً ، فالواقع أنه إذا كانت بعض الأفعال ترتب مسؤولية مدنية ولا ترتب مسئولية جنائية كما لو أصاب شخص آخر بضرر ولم يكن قانون العقوبات يعتبر الفعل الذى أحدث الضرر جريمة ، وإذا كانت بعض الأفعال ترتب مسئولية جنائية ولا ترتب مسئولية مدنية ، كما إذا ارتكب شخص جريمة يعاقب عليها القانون ولكن لم يترتب على فعله أى ضرر يستوجب التعويض

كجرائم التشرد ، والشروع فى القتل ، وإحراز المخدرات ، ومخالفة قواعد المرور فقد يحدث فى بعض الحالات أن تترتب المسئوليتان على فعل واحد ، كأفعال القتل والضرب والسرقة والسب ، فاذا قتل شخص شخصاً آخر ، فإنه يترتب على القتل مسئولية القاتل الجنائية فتتوقع عليه العقوبة التى ينص عليها القانون جزاء للقتل وهى الإعدام أو الأشغال الشاقة ، ومسئولية مدنية ، فيلزم القاتل بتعويض أولاد القتيل عن الضرر الذى أصابهم من جراء قتل أبيهم .

ويترتب على اجتماع المسئوليتين عدة نتائج تسودها فكرة سيادة المسئولية الجنائية على المسئولية المدنية ، نظراً لأن المسئولية الجنائية تتعلق بحق المجتمع فى حين أن المسئولية المدنية تتعلق بحق فرد هو المضرور . وأهم النتائج المترتبة على اجتماع المسئوليتين هى :

١ — جواز رفع دعوى المسئولية المدنية إلى المحكمة الجنائية التى تنظر دعوى المسئولية الجنائية ، حتى تفصل محكمة واحدة فى الدعويين معاً ، نظراً لترتبهما على فعل واحد ، ففى حالة جريمة القتل ، يجوز لورثة القتيل أن يطالب بالتعويض أمام محكمة الجنايات التى يحاكم أمامها القاتل بناء على طلب النيابة العامة ، فتفصل هذه المحكمة فى طلب توقيع عقوبة القتل ، وفى الوقت ذاته تفصل فى طلب التعويض .

٢ — إذا رفعت الدعوى الجنائية إلى المحكمة الجنائية المختصة ، ورفعت الدعوى المدنية إلى المحكمة المدنية ، فعلى المحكمة المدنية أن تقف الفصل فى الدعوى المرفوعة أمامها حتى يتم الفصل فى الدعوى الجنائية ، والغرض من ذلك منع صدور حكمين متعارضين ، كأن تقرر المحكمة الجنائية براءة المتهم على أساس أنه لم يرتكب الفعل الذى يحاكم من أجله ، فى حين تقرر المحكمة المدنية أنه قد ارتكب هذ الفعل وتلزمه بالتعويض بناء على ذلك .

٣ — إذا أصدرت المحكمة الجنائية حكماً فى الدعوى حاز قوة الأمر المقضى ، فإن المحكمة المدنية تتقيد بما أثبتته المحكمة من وقائع ، فإذا قررت هذه المحكمة أنه قد ثبت لها أن الجانى مصاب بالجنون مثلا ، فان المحكمة المدنية تتقيد بذلك فلا يجوز له أن تقرر أن الجانى سليم القوى العقلية .

٤ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع قاعدة عامة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية (المادة ١٧٢ مدنى) .

٥ — إذا ارتكب شخص جريمة ، وحكم عليه إلى جانب العقوبة الجنائية بتعويض للمجنى عليه عن الضرر الناشىء عن هذه الجريمة ، ولكنه لم يف بهذا التعويض رغم قدرته على الوفاء ، جاز للمحكمة أن تحبسه لمدة لا تتجاوز ثلاث شهور إذا أمرته بالوفاء فلم يمتثل . (المادة ٥١٩ من قانون الإجراءات الجنائية) .

٥ — نوعا المسئولية المدنية : المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية .

المسئولية المدنية نوعان : مسئولية تقصيرية (١) ومسئولية عقدية .

---

(١) رغم ان اصطلاح المسؤولية التقصيرية هو السائد ، فانه غير دقيق لسببين :

الاول — انه يوحى ان المسؤولية التقصيرية وحدها هى التى تقوم على التقصير او الخطأ فى حين ان المسؤولية العقدية تفترض بدورها وجود تقصير او خطأ .

الثانى : انه يوحى بأن التقصير او الخطأ ركن ضرورى فى جميع صور المسؤولية التقصيرية ، وذلك غير صحيح ، فمن هذه الصور ما لا يتطلب اى تقصير ، ومثالها المسؤولية عن الاضرار الناشئة عن الاشياء . ولذلك يفضل بعض الكتاب استعمال اصطلاح المسئولية الفعلية او المسئولية اللا عقدية .

فالمسئولية العقدية كالمسئولية التقصيرية قوامها تعويض الضرر، ولكنها تختلف عنها فى أن الضرر الذى تستهدف تعويضه نشأ عن الإخلال بالتزام عقدى أى التزام مصدره العقد، فهى تفترض ارتباط كل من المضرور والمسئول بعقد سابق مبروم من قبل حصول الضرر، أما المسئولية التقصيرية فلا تتطلب الإخلال بالتزام عقدى، وبالتالى فإنها تتحقق دون أن يكون هناك تعاقد سابق بين المضرور والمسئول.

وتبدو أهمية التمييز بين نوعى المسئولية المدنية فى اختلاف أحكام كل منهما. هذا الإختلاف الذى تبدو مظاهره من عدة نواحى أهمها:

١ — يشمل التعويض فى حالة المسئولية التقصيرية كل الأضرار التى نشأت عن العمل غير المشروع سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة، أما فى المسئولية العقدية فلا يشمل التعويض سوى الضرر المتوقع المادة ٢٢١/٢ من القانون المدنى).

٢ — إذا تعدد المسئولون فى المسئولية التقصيرية كانوا متضامنين فى التزامهم بدفع التعويض (المادة ١٦٩).
أما فى المسئولية العقدية فلا تضامن إلا إذا اتفق على ذلك فى العقد (م ٢٧٩).

٣ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع (دعوى المسئولية التقصيرية) بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه) (م ١٧١). أما دعوى المسئولية العقدية فلا تتقادم بحسب الأصل إلا بمضى خمس عشرة سنة (م ٣٧٤).

٤ — لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية فمثل هذا

الاتفاق يقع باطلا (م ٢١٧ / ٢) . فى حين يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم (م ٢١٧ / ١) .

٦ — هل تجوز الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية : —

قد يرتكب شخصاً فعلا ضاراً تتوافر فيه شروط كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، ومثال ذلك أن يتسلم ناقل بضاعة لنقلها فيختلسها لنفسه ، فهنا يعتبر الناقل قد أخل بالتزام عقدى هو توصيل البضاعة إلى المكان المتفق عليه ، فيكون مسئولا عقدياً عن الضرر الذى أصاب مالك البضاعة ، ولكن فعل الإختلاس فى ذاته يعتبر خطأ أى انحرافاً فى السلوك عن عناية الشخص المعتاد ، والخطأ الذى يسبب ضرراً للغير يوجب مسئوليته مرتكبه .

ومن المسلم أنه لا يجوز للمضرور فى مثل هذه الحالة الجمع بين المسئوليتين.

- فلا يجوز له أن يطالب بتعويض على أساس المسئولية التقصيرية وتعويض على أساس المسئولية العقدية .

- ولا يجوز له أن يجمع بين بعض قواعد المسئولية العقدية وبعض قواعد المسئولية التقصيرية ، كأن يطالب بتعويض يقدر وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية ، ويحاول إثبات حقه وفقاً لأحكام المسئولية العقدية .

— ولا يجوز له كذلك إذا ما خسر دعواه المبنية على إحدى المسئوليتين، أن يعود فيجددها استناداً إلى أحكام المسئولية الأخرى .

ولكن هل يجوز للمضرور المرتبط بمرتكب الضرر بعقد من العقود أن يستبعد أحكام المسئولية العقدية رغم توافر أركانها ، وأن يطالب بالتعويض استناداً إلى قواعد المسئولية التقصيرية إذا وجد أن القواعد الأخيرة أصلح

له ؟ (٢) أو إذا أغلق فى وجهه باب المسئولية العقدية لسقوط دعواه بالتقادم مثلا ؟

لقد أثارت هذه المسألة خلافاً كبيراً فى الفقه والقضاء فى معظم الدول ومنها فرنسا ومصر نظراً لعدم وجود نصوص تشريعية تنظمها .

وانقسم الرأى إلى نظريتين : نظرية تجيز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية بمعنى أنها تسمح للمضرور بالاستناد إلى أحكام المسئولية التقصيرية رغم توافر أركان المسئولية العقدية ، ونظرية ترفض الخيرة ، وترى أنه إذا توافرت أركان المسئولية العقدية ، فلا يجوز للمضرور أن يتمسك فى مواجهة المتعاقد معه بأحكام المسئولية التقصيرية .

حجج أنصار الخيرة .

يستند أنصار الخيرة أساساً إلى أن قواعد المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز مخالفتها أو استبعادها ، وكل اتفاق على استبعادها يكون باطلا بطلاناً مطلقاً ، فالمشرع بنصه على أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (م ١٦٣) . قد راعى مصلحة المجتمع العليا ولا يمكن إهدار هذه المصلحة لمجرد أن شخصين قد أبرما عقداً من العقود ، فمثل هذا العقد لا يستغرق الواجب العام الذى يقع على كل فرد بألا يضر بالغير ، بل يقوى هذا الواجب ويضيف إليه جديداً .

ويرى بعض الشراح أنه حتى لو لم تكن قواعد المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام وكان الاتفاق على استبعادها جائزاً فإن باب الخيار يظل

---

(٢) كما اذا اراد الحصول على تعويض الضرر غير المتوقع الذى لا تغطية المسؤولية العقدية او أن يستفيد من تضامن المسؤولين الذى لا يتقرر فى المسؤولية العقدية الا بالاتفاق .

مفتوحاً أمام المضرور فى غالبية الحالات ، لأن الاتفاق على هذا الاستبعاد لا يتحقق إلا إذا ثبت اتجاه الإرادة إليه فعلا ، فلا يجوز افتراض تنازل المضرور عن التمسك بقواعد المسئولية التقصيرية . ومجرد إبرام عقد من العقود لا يفيد أن الشخص قد قصد استبعاد القواعد الخاصة بالمسئولية التقصيرية . ولما كان معظم العقود لا يتضمن بنداً يقضى بنزول الدائن عن حقه فى التمسك بالمسئولية التقصيرية ، فذلك يعنى قيام هذه المسئولية إلى جانب المسئولية العقدية فى حالة الإخلال بالعقد ونشوء ضرر عن هذا الإخلال ، بحيث يكون للمضرور أن يختار وفقاً لمصلحته بين : دعوى المسئولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالإلتزام التعاقدى ، ودعوى المسئولية التقصيرية الناشئة عن الإخلال بالواجب العام الذى يفرض على الشخص عدم الاضرار بالغير .

٧ — حجج أنصار عدم الخيرة .

يرى أنصار عدم الخيرة أن إبرام عقد من العقود يؤدى إلى تحقق المسئولية بين طرفيه على نحو لم يكن من الممكن تحققه قبل إبرامه ، فوجود العقد لا يلغى مسئولية كانت قائمة من قبل ، وإنما ينشىء مسئولية جديدة بمناسبة الالتزامات التى يولدها ، ولما كانت هذه الإلتزامات من خلق إرادة المتعاقدين فإنهم يستطيعون أن ينظموا الجزاء على عدم تنفيذها كما يشاؤون ، وهذا التنظيم إما أن يتم صراحة فى شروط يتضمنها العقد ، كأن ينص فيه على أن التعويض لا يزيد عن قدر معين أو أن المطالبة يجب أن تتم فى شكل وموعد معينين ، وإما أن يكون ضمنياً بعدم الاتفاق على استبعاد القواعد التشريعية المكملة لإرادة المتعاقدين .

وما دام المتعاقدان قد نظما الجزاء على عدم تنفيذ التزاماتهما التعاقدية على هذا النحو أو ذاك ، فإن هذا التنظيم دون غيره هو الواجب الاتباع فى حالة

إذا أخل أحدهما بالتزامه ، ولا يجوز السماح للدائن بأن يطرح القواعد التى جاء بها التنظيم الاتفاقى لكى يتمسك بأحكام المسئولية التقصيرية ، والقول بغير ذلك يؤدى إلى القضاء على المسئولية العقدية ، وإلى إهدار مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين الذى يقضى بأن إرادة الطرفين هى التى تحدد مدى الالتزامات التى ينتجها العقد (٣) .

فما فائدة أن يتفق المتعاقدان أو أن ينص القانون على أن المدين العقدى لا يسأل إلا عن الضرر المتوقع ، إذا كان الدائن يتمسك بقواعد المسئولية التقصيرية يستطيع الحصول على تعويض الأضرار غير المتوقعة ؟

وما فائدة أن يخلو العقد من بند يقضى بتضامن المدينين وأن ينص القانون على التضامن بين المدينين لا يكون إلا بناء على اتفاق أو نص فى القانون ، إذا كان الدائن يستطيع أن يتمسك بهذا التضامن بأن يقيم دعواه على أساس المسئولية التقصيرية ؟

والرأى الراجح فى الفقه المصرى (٤) هو عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وقد اخذت بهذا الرأى محكمة النقض مقررة أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية لما يترتب على ذلك من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عن عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له (٥) ، ولكن هذه المحكمة لم تتمشى مع رأيها إلى النهاية ، فهى تجيز

---

٣ — قرب : مارتى ورينو ج ١ مجلد ٢ ص ٣٣٨ رقم ٣٦٨ .

٤ — السنهورى ص ٨٦١ رقم ٥١٥ ، حشمت أبو ستيت ص ٣٩٢ رقم ٤١٩ ، انور سلطان ص ٤٢٣ رقم ٣٩٩ ، سليمان مرقس ص ٣٠٢ رقم ٣٣٥ ، الصدة ص ٤٤٤ — ٤٤٥ رقم ٤١٠ ، جميل الشرقاوى ص ٤٣٦ رقم ٨٩ ، احمد سلامه ص ٢٥٩ رقم ١٦٨ ، عكس ذلك محمود جمال الدين زكى ص ٤٥٠ رقم ٢٣٧ .

٥ — نقض مدنى فى ١٦ ابريل ١٩٦٨ مجموعة النقض المدنى ١٩ — ١١٠ — ٧٦٢ .

للدائن العقدى التمسك بأحكام المسئولية التقصيرية إذا كان عدم تنفيذ الالتزام العقدى راجعاً إلى غش أو خطأ جسيم من المدين ، وذلك على أساس أن المدين فى هذه الحالة يكون قد أخل بالتزام قانونى إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد (٦) .

٨ — أركان المسئولية التقصيرية .

تتأثر الأركان اللازمة لتحقق المسئولية التقصيرية بالمذاهب الاجتماعية والاقتصاديه السائدة ، فحيث يسود فى مجتمع المذهب الفردى وقوامه التسليم للأفراد بحقوق طبيعية وحريات لا يجوز المساس بها ، يتشدد المشرع ، فلا يجيز مساءلة الفرد عما سببه لغيره من أضرار إلا إذا ثبت فى جانبه خطأ أدى إلى وقوع الضرر المشكو منه ، وفى هذه الحالة تكون المسئولية عموماً مسئولية خطئية ، لا تتحقق إلا إذا أمكن نسبة الخطأ إلى المتسبب فى الضرر ، وقد يمعن المشرع فى تشدده ، فيفرض على المضرور أن يثبت الخطأ الذى يدعيه ، وقد يتساهل ، فينص على قرائن تسمح للمضرور باثبات خطأ المضرور بطريق غير مباشر .

أما فى المجتمعات التى يسودها المذهب الاجتماعى ، وقوامه التضامن الاجتماعى بين جميع أفراد المجتمع ، فاننا نلمس تساهلا من المشرع فيما يتعلق بتحقق المسئولية ، وتختلف درجات هذا التساهل ، فقد يبقى المشرع على الخطأ كركن ضرورى لتحقق المسئولية كقاعدة عامة ، ولكنه يفترض هذا الخطأ فى بعض الحالات ، أو يستغنى عنه كلية فى حالات أخرى . وقد تتسع الحالات التى تتحقق فيها المسئولية دون حاجة إلى وقوع خطأ من المسئول حتى تفوق فى عددها وأهميتها الحالات التى تتطلب وقوع الخطأ وأخيراً قد يبرز إتجاه يستغنى عن الخطأ فى جميع الحالات ، ويكتفى للمساءلة بوقوع الضرر فتكون المسئولية

---

٦ — نقض مدنى ١٦ ابريل ١٩٦٨ سابقة الاشارة اليه : وفى ٣١ مايو ١٩٥٦ مجموعة النقض المدنى ٧ — ٨٨ — ٦٤٢ .

موضوعية أو لا خطئية (٧) .

ولا شك أن تطلب وقوع خطأ فى جميع الحالات ، يتفق مع قواعد الأخلاق ، فمن يخطىء يسأل ، ومن لا يخطىء يكون غير مسئول . ولكن ذلك قد يقصر عن تحقيق العدالة فى بعض الصور ، وخاصة عندما يتساوى المضرور والمتسبب فى الضرر فى عدم وقوع خطأ من أى منهما ، حين يكون المضرور فقيراً والمتسبب فى المضرور موسراً ، أو حين يكون الضرر قد وقع خلال قيام المتسبب فى الضرر بنشاط يجنى منه ربحا أو غنما .

كذلك فإن تقرير المسئولية لمجرد تسبب الشخص فى إيقاع ضرر بغيره ، دون إشتراط وقوع خطأ من المتسبب ، قد يتنافى مع قواعد الأخلاق ، ويؤدى إلى ظلم وجور فى بعض الحالات .

لذلك نجد التشريعات الحديثة تحاول أن توفق بين الاعتبارات المتقدمة : فلا هى تجنح كلية نحو إقامة المسئولية على أساس الخطأ فى جميع الحالات ، ولا هى تميل كل الميل ناحية المسئولية الموضوعية أو اللاخطئية . فهى تحاول أن تتخذ بين السبيلين قواماً .

فإذا نظرنا إلى موقف المشرع المصرى ، وجدنا أن الشروط التى يتطلبها لنشوء الالتزام بالتعويض ، تختلف باختلاف المصدر المادى للضرر ، بحيث يجب التمييز فى هذا الشأن بين ثلاثة مصادر رئيسية للضرر :

١ — الفعل الشخصى للمسئول .

٢ — فعل الغير .

٣ — فعل الأشياء .

ولهذا التمييز أهمية كبرى فيما يتعلق بتعيين الشخص المسئول وفيما يتعلق بأحكام المسئولية .

---

٧ — وتسمى كذلك المسئولية الشيئية .

فالمسئول عن الضرر الناشيء عن فعل شخصى هو من وقع الحادث بخطئه، وهو بذلك يختلف عن المسئول عن الضرر الحاصل من الغير إذ هو الشخص الذى تجب عليه رعايتهم ورقابتهم ، وعن المسئول عن الأشياء إذ هو حارسها .

كذلك تختلف أحكام المسئولية باختلاف مصدر الضرر ، ففى المسئولية عن الفعل الشخصى يقع على المدعى عبء إثبات خطأ المدعى عليه ، بينما لا يلتزم المدعى فى المسئولية عن الأشياء باثبات أى خطأ ، ويكفى فى المسئولية عن فعل الغير إثبات خطأ هذا الغير إن كان مميزاً ، دون أن يلتزم المدعى باثبات خطأ المسئول .

وقد أدى اختلاف القواعد المنظمة للمسئولية المدنية باختلاف المصدر المادى للضرر ببعض الشراح إلى القول بأنه لا توجد عدة مصادر للمسئولية المدنية ، بل توجد عدة مسئوليات ، كل واحدة منها مختلفة عن الأخرى ليس فى مصدرها فحسب ، بل وفى أحكامها .

وقد جرى العمل على اعتبار القواعد المنظمة للمسئولية عن الفعل الشخصى قواعد عامة فى المسئولية المدنية ، بينما تعتبر القواعد المنظمة للمسئولية عن فعل الغير وعن الأشياء قواعد استثنائية .

ويتضح مما تقدم أنه أيا كان الفعل المسبب للمسئولية ، فان فكرة المسئولية لا تثور إلا إذا أصيب شخص بضرر ، فالضرر هو ركن المسئولية الأساسى إذ لا يتصور وجود التزام بالتعويض ، إذا لم يكن هناك ضرر ، فى حين أن المسئولية قد تتحقق دون وجود خطأ ، وهو ما أخذ به القانون فى بعض الحالات .

والضرر ليس ركنا فى المسئولية عن الفعل الشخصى فحسب ، بل وفى المسئولية عن فعل الغير وعن الأشياء ، وأحكامه لا تختلف باختلاف مصدره ولذلك نتكلم فى باب أول عن الضرر باعتباره الركن الأساسى اللازم لقيام المسئولية المدنية ، ثم نتناول بعد ذلك الشروط الأخرى اللازمة لقيام كل نوع أنواع المسئولية التى ينص عليها القانون .

الباب الأول

الضرر

٩ — الضرر هو ركن المسئولية الأساسى ، إذ لا يتصور وجود التزام بالتعويض إذا لم يكن هناك ضرر ، فى حين أن المسئولية قد تتحقق دون وجود خطأ وهو ما أخذ به القانون فى بعض الحالات .

والضرر ليس ركنا فى المسئولية عن الفعل الشخصى فحسب ، بل وفى المسئولية عن فعل الغير وعن الأشياء . وهو لا يختلف باختلاف نوع المسئولية ، ولذلك فان كل ما سنقوله هنا عن الضرر كركن من أركان المسئولية عن الفعل الشخصى ينطبق كذلك على الضرر باعتباره ركنا من أركان المسئولية عن فعل الغير وعن الأشياء .

١٠ — تعريف الضرر .

الضرر هو الإخلال بمصلحة مشروعة للشخص .

ومن هذا التعريف يستخلص أنه يشترط فى الضرر الذى يستوجب التعويض شرطان : الأول وجود إخلال وهو ما يعبر عنه باشتراط أن يكون الضرر محققا أو مؤكدا ، الثانى : أن يرد الإخلال على مصلحة مشروعة .

الشرط الاول — أن يكون الضرر محققا أو مؤكدا .

ويكون الضرر محققا أو مؤكداً فى حالتين :

١ — إذا كان حالا ، أى إذا كان الإخلال حصل فعلا ، أى كان موجودا وقت رفع دعوى المسئولية .

٢ — إذا كان وقوعه فى المستقبل محتماً ، فيعتبر هذا الضرر محققا رغم أنه

ضرر مستقبل وليس حالا [١] ومثال ذلك أن يصاب شخص بعاهة تعجزه عن العمل عجزاً أبدياً ، فني هذه الحالة يستحق هذا الشخص تعويضاً ليس عن العاهه التى أصابته فعلا فحسب ، بل وعن الضرر الذى سيصيبه نتيجة عجزه عن العمل فى المستقبل ، فهذا الضرر مؤكد .

أما إذا كان وقوع الضرر فى المستقبل ليس مؤكداً بل محتملا ، فلا يستحق الشخص تعويضاً عنه ، [٢] ، وعلى ذلك إذا تعثرت قدم سيدة حامل فى شىء موضوع فى طريق المشاة فسقطت وأصيبت بجروح ، فإنها تستحق تعويضاً عن هذه الجروح لأنها تعتبر ضرراً حالا ، ولكنها لا تستطيع أن تطالب بتعويض عن إجهاضها، إذا كانت لم تجهض فعلا ، ولو كان من المحتمل أن يتسبب الحادث فى إجهاضها . فالإجهاض هنا يعتبر ضرراً محتملا ، غير محقق فلا يعوض عنه .

كذلك إذا باشر شخص صناعة خطرة وسط أماكن سكنية ، فإن جيرانه لا يستطيعون مطالبته بتعويض الضرر الذى قد يصيبهم نتيجة انفجار أو احتراق ذلك المحل ، فهذا الضرر محتمل قد يحدث وقد لا يحدث ، ولكنهم يستطيعون مطالبته بتعويض ما أصابهم من خسارة نتيجة انخفاض قيمة أملاكهم بسبب إقامة المحل ، فهذه الخسارة تمثل ضرراً محققاً حدث فعلا .

فالضرر المستقبل يعوض عنه متى كان محققاً ، ويستدعى ذلك أن تتوافر أمام القاضى الوسائل اللازمة لتقدير قيمة هذا الضرر ، وذلك شرط من الصعب توافره ذلك أن الغالب ألا يستطيع القاضى تقدير عناصر الضرر المستقبل مقدماً ، ولو كان هذا الضرر محققاً .

---

١ — نقض مدنى ١٠ يونيه ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ — ١١٧ ٧٣٦ .

٢ — نقض مدنى فى ١٣ مايو ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ — ٩٣ — ٥٧٠ .

ولكن القاضى يستطيع التغلب على هذه الصعوبة بأن يقدر الضرر المستقبل تقديراً مؤقتاً وليس نهائياً ويحتفظ المضرور بالحق فى الرجوع إلى القاضى فى المستقبل بطلب التقدير النهائى متى ثبتت عناصر الضرر بصفة مؤكدة ، كذلك يستطيع القاضى أن يجعل التعويض فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة كما فى حالة العجز طول الحياة عن العمل ، فذلك يمكن من التغلب على صعوبة معرفة الوقت الذى ستمتد إليه حياة المضرور .

١١ ــ تفويت الفرصة .

قد يتمثل الضرر الحاصل للفرد فى تفويت فرصة الحصول على ربح أو فائدة ، فهل يعتبر تفويت الفرصة ضرراً محققاً يجب التعويض عنه أم ضرراً محتملا لا يعوض عنه ؟

مثال ذلك أن تعلن جهة من الجهات عن عقد مسابقة للتعيين فى الوظائف الخالية بها وتدعو الراغبين إلى تقديم طلباتهم معلنة أنها ستخطرهم بموعد عقد المسابقة ، ثم تهمل فى إخطار أحد المتقدمين فتضيع عليه فرصة أداء المسابقة .

من الواضح أن المتقدم للمسابقة لا يستطيع المطالبة بتعويضه عن عدم تعيينه فى الوظيفة الخالية ، لأن فوزه فى المسابقة أمر محتمل لا مؤكد ، فيكون الضرر الذى يشكو منه ضرراً محتملا غير محقق .

ولكن من الثابت أيضاً أن الجهة التى أعلنت عن المسابقة قد فوتت على الشخص فعلا فرصة أداء المسابقة ، وبالتالى فرصة الفوز ، ويعتبر ذلك فى حد ذاته ضرراً ، وهو ضرر حال محقق ، فيستحق التعويض عنه .

ومثال ذلك أيضاً أن يصدم شخص بسيارته جواداً من جياد السباق ، فيمنعه من الاشتراك فى سباق معين . ففى هذه الحالة لا يكون لصاحب الجواد المطالبة بتعويض عن عدم حصوله على الجائزة المقررة للفائز فى السباق ، لأن

فوز جواده كان محتملا لا مؤكداً . ولكن يكون له أن يطالب بتعويض عن ضياع فرصة الاشتراك فى السباق . فهذا ضرر محقق .

كذلك إذا أهمل محام فى استئناف حكم صدر ضد مصلحة موكله ، فإنه يضيع عليه فرصة كسب هذا الاستئناف ، ويعتبر ذلك ضرراً محققاً يستطيع الشخص المطالبة بالتعويض عنه . ولكنه لا يستطيع أن يطالب بتعويضه عما كان سيحكم له لو أنه كسب الاستئناف ، لأن ذلك كان أمراً محتملا لا محققاً .

فتفويت أو تضييع فرصة الكسب يعتبر فى حد ذاته ضرراً محققاً وإن كان الكسب ذاته غير محقق (١) .

الشرط الثانى — أن تكون المصلحة التى حصل الاخلال بها مصلحة مشروعة .

وقد تكون هذه المصلحة مبنية على حق للمضرور . كما لو أتلف شخصاً مالا مملوكا لشخص آخر ، فإن هذا التالف يعتبر ضرراً وقد لا تبنى المصلحة على حق من الحقوق ولكنها تكون مع ذلك مشروعة يقرها القانون ، كما لو كان هناك شخص يعول صبيا يتيماً من أقربائه دون أن يلزمه القانون بذلك ، فيقتل العائل فى حادث ، ويترتب على ذلك أن يفقد الصبى النفقة التى كانت تصرف عليه ، ويعتبر ذلك إخلالا بمصلحة مشروعة له أى ضرراً .

أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا يعوض عن الإخلال بها ، وعلى ذلك فلا تستحق الخليلة تعويضاً عن الضرر الذى أصابها بوفاة خليلها الذى

---

٣ — انظر نقض مدنى ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ مجموعة النقض المدنى ٩ — ٨٨ — ٦٨٤ ، وفى ٢٩ مارس ١٩٦٢ المرجع السابق ١٣ — ٥٥ — ٣٥٠ : تفويت فرصة الترقية نتيجة الاحالة الى المعاش . وفى ٢٩ ابريل ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ — ٨٦ — ٥٢٧ : تضييع فرصة بيع أسهم بسعر مرتفع .

أصابها بوفاة خليلها الذى كان ينفق عليها ، لأن مصلحتها التى حصل الإخلال بها مصلحة غير مشروعة .

١٢ — الضرر المادى والضرر الادبى .

والمصلحة التى يحصل الاخلال بها قد تكون مصلحة مالية بمعنى أن الإخلال بها يؤدى إلى خسارة مالية تصيب الشخص ، ويسمى الضرر الناشىء عن هذا الاخلال بالضرر المادى ومثال إتلاف الأموال باختلاف أنواعها ، إصابة جسم الإنسان إصابة تكبده نفقات يصرفها فى العلاج ، أو تعجزه عن العمل فيفقد الأجر أو الربح الذى يجنيه من عمله طوال فترة عجزه .

وقد تكون المصلحة التى حصل الإخلال بها مصلحة غير مالية ، تتمثل فى عواطف الإنسان وأحاسيسه وكرامته وسمعته ، فكل ما يمس هذه المقومات غير المادية يعتبر ضرراً أدبياً ، ومثال ذلك :

١ — الألم الذى يصيب الإنسان نتيجة إصابة جسمه أو المساس بسمعته وكرامته . فإذا أصيب شخص بجروح وسببت له هذه الجروح آلاما جسمانية فإن هذه الآلام تعتبر ضرراً أدبياً يستحق التعويض عنه . وإذا قذف شخص فى حق آخر أو سبه أو شهر به ، فإن من شأن ذلك المساس بشرفه وسمعته وكرامته . ويعتبر ذلك ضرراً أدبياً يستحق التعويض عنه .

٢ — الحزن والألم الذى يصيب الإنسان نتيجة فقده لعزيز عليه ، أو إصابة هذا العزيز بضرر ، فإذا توفى طفل نتيجة حادث ، فإن وفاته تسبب لذويه حزناً وألماً ، فيعتبر ذلك ضرر أدبى يجب التعويض عنه .

وقد اشترط القانون لتعويض الألم الذى يصيب شخص من جراء موت شخص آخر ، أن يكون المضرور زوجاً للمتوفى أو قريباً له حتى الدرجة الثانية (م ٢٢٢ / ٢) . وعلى ذلك فإذا أصيب شخص من غير هؤلاء بألم نتيجة وفاة المصاب ، فلا يجوز له أن يطالب بتعويض عن الضرر الذى أصابه ، رغم

أن هذا الضرر محقق ، وقد استهدف المشرع من هذا الحكم عدم التوسع فى منح تعويضات عن الآلام الناشئة عن وفاة الشخص ، حتى يحصر نطاق الادعاءات المتعلقة بذلك ، ويمنع المغالاة فيها (٤) .

ومن المسلم أن الضرر بنوعيه يجب التعويض عنه متى كان محققاً ، ومتى كانت المصلحة التى حصل المساس بها مشروعة ، وقد نصت المادة ٢٢ على ذلك صراحة بقولها : « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً » .

وإذا كان لا يوجد فرق بين الضرر المادى والضرر الأدبى ، من حيث مبدأ التعويض ، فهناك فارق بينهما من حيث إمكان انتقالهما إلى الغير . ففيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المادى ، فهو كسكل حق مالى يجوز أن ينتقل إلى الغير سواء حال حياة صاحبه بالحوالة ، أو عند وفاته بالميراث ، فإذا حصل تلف لشىء ، فان حق مالكه فى تعويض هذا التلف يمكن أن ينتقل إلى الغير عن طريق حوالة الحق ، بأن يحول المالك المضرور حقه فى التعويض إلى شخص غيره ، فيصبح لهذا الغير أن يطالب مرتكب الضرر بالتعويض ، كما أنه إذا توفى المالك دون أن يحصل على التعويض ، كان لورثته أن يطالبوا به ، سواء كان المالك قد طالب به قبل وفاته أو لم يطالب .

أما بالنسبة للضرر الأدبى ، فالحكم يختلف ، وقد حرص القانون المدنى على النص صراحة على أن التعويض عن الضرر الأدبى لا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء (المادة ٢٢٢) ،

---

٤ — السنهورى ص ٩٨٨ رقم ٥٧٩ .

٥ — ولم يتم ذلك الا بعد تطور ، فقد اتجه الراى فى وقت من الاوقات الى عدم التعويض عن الضرر الادبى ، وارتكز ذلك على حجتين : الاولى — ان النقود لا يمكن ان تعوض الضرر الادبى .

الثانية : ان اى تحديد لمقدار التعويض بالنقود يكون تحكميا .
راجع : مارتى ورينو ص ٣٦٢ رقم ٣٨٢ .

فالقانون يعتبر الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى حقاً متصلا بشخص المضرور ، فلا يجوز أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تأكد أن المضرور ينوى المطالبة به ويحصل ذلك إذا اتفق المضرور مع المسؤول على التعويض ، أو إذا أقام دعوى التعويض فعلا أمام القضاء . وعلى ذلك لايجوز لدائن المضرور أن يطالب بتعويض الضرر الأدبى إذا لم يطلب المضرور هذا التعويض . كذلك إذا توفى المضرور دون أن يكون قد إتفق مع المسؤول على تعويض الضرر الأدبى ، أو أقام دعوى بالمطالبة به ، فلا يجوز لورثته أن يطالبوا بتعويض هذا الضرر .

الباب الثانى

المسئولية عن الفعل الشخصى

١٣ — نكون بصدد مسئولية عن الفعل الشخصى إذا كان الضرر ناشئاً عن فعل أو إمتناع قام به المدعى عليه نفسه . دون أن يتدخل فى حصوله شىء من الأشياء . ومثال ذلك أن يقوم شخص بضرب شخص آخر مستعملا يده أو قدمه ، فيسبب له جرحاً أو عاهة ، أو يودى بحياته ، أو أن يقذف شخص فى حق شخص آخر أو يسبه بالإشارة أو القول أو الكتابة .

١٤ — شروط تحقق المسئولية عن الفعل الشخصى .

تنص المادة ١٦٣ من القانون المدنى على أنه : كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لتحقق المسئولية وفقاً له توافر ثلاثة شروط أو أركان هى :

١ — إرتكاب خطأ .

٢ — حصول ضرر .

٣ — أن يكون الخطأ هو سبب الضرر ، وبعبارة أخرى أن توجد رابطة أو علاقة سببية بين الخطأ والضرر . وقد سبق أن تكلمنا عن ركن الضرر ، وهو الركن المشترك فى جميع صور المسئولية ، وفيما يلى نتكلم عن ركنى الخطأ ورابطة السببية .

الفصل الأول

الخطأ

١٥ — اشترط القانون لإلزام الشخص بالتعويض أن يكون قد وقع منه خطأ. فما هو الخطأ ؟

لم يعرف القانون الخطأ ، وقد تعددت التعريفات المقترحة لبيان المقصود منه ، ودون مناقشة لهذه التعريفات ، نبرز أن المقصود بالخطأ وفقاً للرأى الراجح هو أنه : إنحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود فى نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر ، مع إدراك ذلك .

ويستخلص من هذا التعريف أن للخطأ ركنين : ركن مادى وهو الإنحراف . ويسمى كذلك التعدى . وركن معنوى أو نفسى وهو الإدراك أو التمييز .

المبحث الأول

الإنحراف أو التعدى

١٦ — لكى يعتبر محدث الضرر مخطئاً لا بد أن يكون قد انحرف فى سلوكه عن السلوك الذى كان يسلكه الشخص المعتاد لو وجد وقت إحداث الضرر فى نفس الظروف الخارجية التى وجد فيها محدث الضرر.

وبعبارة أخرى لمعرفة ما إذا كان هناك خطأ أم لا ، يجب قياس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد ، فإذا وجدنا أن السلوكين متفقين ، بمعنى أن الشخص المعتاد لو وجد فى نفس الظروف الخارجية لمرتكب للضرر

كان سيتخذ نفس المسلك الذى اتخذه مرتكب الضرر ، فلا نكون بصدد خطأ . أما إذا نتج عن القياس أن الشخص المعتاد ما كان ليسلك نفس السلوك الذى سلكه مرتكب الفعل الضار ، فمعنى ذلك أن مرتكب الضرر قد انحرف عن سلوك الشخص المعتاد ، وبعبارة أخرى أنه قد أخطأ .

فمعيار الإنحراف إذن هو سلوك الشخص المعتاد ، فهو معيار موضوعى مجرد ، لا شخصى ، بمعنى أنه لا ينظر لقياس الإنحراف إلى سلوك الشخص مرتكب الضرر ذاته وما توافر له من ذكاء ومن تبصر واحتياط ، بل ننظر إلى شخص عادى ، أى « شخص يمثل جمهور الناس ، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض »[1] .

وفى قياس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد يجب النظر إلى الظروف التى وقع فيها الضرر والظروف التى يعتد بها فى هذا الشأن هى الظروف الخارجية أو الظاهرة وهى الظروف التى تلابس ارتكاب الضرر ويكون من الممكن العلم بها ويمدى تأثيرها فى مسلك مرتكب الضرر [2]

وعلى ذلك إذا كان الضرر قد نتج عن قيام طبيب بإجراء عملية جراحية لمريض ، وأردنا معرفة ما إذا كان هناك خطأ فى جانب الطبيب . وجب عند قياس سلوك هذا الطبيب ومقارنته بسلوك الشخص المعتاد ، أن ننظر إلى الوقت الذى أجريت فيه العملية الجراحية ، نهاراً أو ليلا ومدى الإضاءة المتوفرة وقت إجرائها ، والمكان الذى أجريت فيه الجراحة : مستشفى مزودة بغرفة عمليات مستوفية لجميع المتطلبات أو وحدة صحية فى الريف ، كذلك الوقت الذى أتيح للطبيب قبل إجراء العملية : هل كان كافياً لإجراء

---

(١) السنهورى فى الوسيط الجزء الاول الطبعة الثانية صفحة ٨٨٤ رقم ٥٢٨ .

٢ — سليمان مرقس ص ٣٢٣ رقم ٣٥٨ .

الإختبارات اللازمة ، أم كانت العملية مستعجلة بحيث لم يتح للطبيب إجراء تلك الاختبارات .

كذلك إذا اصطدم شخص يسير مسرعاً فى الطريق بشخص آخر فأوقعه أرضاً مما أدى إلى إصابته بجروح أو إلى وفاته ، فيجب لتقرير مسلك مرتكب الضرر أن ننظر إلى المكان الذى وقع فيه الحادث : هل هو شارع ، أم تقاطع ، أم ممر داخل بناء ، وأن نحدد وقت وقوع الحادث ومدى الرؤية الممكنة فى ذلك الوقت ، وما إذا كان هناك ازدحام أم لا .

وإذا نتج الضرر عن إصطدام سيارتين ، وأردنا معرفة ما إذا كان هناك خطأ فى جانب قائد إحدى السيارتين ، وجب لقياس سلوك هذا القائد ومقارنته بسلوك الشخص المعتاد أن نعتد بالوقت الذى حصل فيه التصادم : نهاراً أم ليلا ، ومدى الرؤية فى هذا الوقت ، والمكان الذى حصل فيه التصادم : شارع ضيق مزدحم فى قرية ، أم شارع متسع فى المدينة قليل الإزدحام . ذلك أنه من الواضح أن سلوك الشخص المعتاد فى قيادة سيارة ليلا فى شارع ضيق مزدحم ، يختلف عن سلوكه فى قيادتها نهاراً فى شارع متسع قليل الحركة ، كذلك فإن سلوك قائد السيارة عند اختراقه القرية من القرى لم يعتد أهلها على مرور السيارات خلالها شوارعها وحواريها ، يختلف عن سلوك من يقود سيارة داخل مدينة كبيرة لا تتوقف حركة السيارات فى طرقها .

ولذلك إذا حصل الحادث ليلا فى شارع مزدحم بقرية من القرى ، وجب لمعرفة ما إذا كان هناك خطأ فى جانب قائد السيارة أن نقيس سلوك هذا القائد وقت الحادث بسلوك الشخص المعتاد عندما يقود سيارته ليلا فى قرية بشارع مزدحم ، وبعبارة أخرى يجب الاعتداد بوقت الحادث وبمكانه باعتبارهما من الظروف التى أحاطت بوقوعه .

ويلاحظ أننا وصفنا الظروف التى يعتد بها عند قياس سلوك مرتكب الضرر بالظروف الخارجية للحادث ، والمقصود بذلك الظروف العامة التى يمكن أن يوجد فيها كل إنسان كظروف الزمان والمكان . أما الظروف الداخلية الخاصة بشخص مرتكب الضرر ، فلا يعتد بها بحسب الأصل ، وعلى ذلك إذا كان هذا الشخص ضعيف البصر ، أو طاعنا فى السن ، أو مريضاً بأعصابه ، وأردنا أن نقيس سلوكه وقت حصوله الضرر ، فيجب صرف النظر عن ضعف بصره ، وتقدم سنه ، واضطراب أعصابه ، بحيث أن الشخص المعتاد الذى نقيس سلوك الفاعل عليه ، يظل شخصاً صحيح البصر ، متوسط السن ، سليم الأعصاب . ومع ذلك فإذا كانت هناك ظروف داخلية بشخص الفاعل لابست ارتكاب الضرر ، وكان المضرور على علم بهذه الظروف ، أو كانت هذه الظروف رغم أنها داخلية ظاهرة ، بحيث يسهل تبينها ، فيجب الإعتداد بهذه الظروف عند تقدير مسلك مرتكب الضرر . وعلى ذلك إذا كان مرتكب الضرر طبيباً حديث التخرج وكان المضرور يعلم بذلك عندما تردد عليه للعلاج ، فإن مسلك هذا الطبيب يقاس بمسلك طبيب حديث التخرج إذ تعتبر حداثة التخرج من الظروف الظاهرة الواجب الاعتداد بها عند تقدير توافر الخطأ ، ولا يقاس مسلك ذلك الطبيب بمسلك طبيب أخصائى أو ذى خبرة .

كذلك إذا وقع الضرر خلال مباشرة الشخص لمهنة أو حرفة معينة ، وجب النظر إلى مدى التزام مرتكب الضرر بعادات وأصول تلك المهنة أو الحرفة ، ذلك أن الشخص المعتاد عندما يمارس مهنة أو حرفة معينة يحرص على إتباع عاداتها وأصولها .

ويخلص مما تقدم أنه إذا تبين أن سلوك مرتكب الضرر لا يتفق مع سلوك الشخص المعتاد إذا وجد فى ذات الظروف التى كان فيها مرتكب الضرر ،

فإننا نكون بصدد خطأ ، أما إذا جاء سلوك مرتكب الضرر متفقا مع سلوك الشخص المعتاد ، فلايكون ثمة خطأ ، ولاتتحقق المسئولية عن الفعل الشخصى .

وتطبيق المعيار السابق يؤدى إلى إعتبار الخطأ متوافرا إذا إستعمل شخص حقه استعمالا غير مشروع أو تعسف فى هذا الاستعمال ، وبالعكس من ذلك يؤدى تطبيق ذلك المعيار إلى إنتفاء الخطأ فى الحالات التى يحدث فيها الشخص الضرر وهو فى حالة دفاع شرعى ، أو ضرورة . أو تنفيذ أمر صادر إليه من الرئيس .

ونتناول فيما يلى هذه التطبيقات .

١٧ ــ صورة خاصة للخطأ : الخطأ فى استعمال الحق أو التعسف فيه .

من المسلم فى الوقت الحاضر أن الحقوق ليست مطلقة ، بمعنى أن القانون يعترف بالحقوق ويحميها نظراً لما يترتب على وجود ما من فوائد لأصحابها وللجماعة بصفة عامة . ولذلك يتعين على صاحب الحق فى استعماله لحقه أن يسلك سلوك الشخص المعتاد حتى لا يضر بالغير . والشخص المعتاد يستعمل حقه لتحقيق الفائدة أو الغرض الذى من أجله أقر القانون وجود هذا الحق وحماه ولذلك يعتبر صاحب الحق منحرفاً عن سلوك الشخص المعتاد ، وبالتالى مخطئا إذا استعمل حقه لتحقيق غرض آخر غير الغرض الذى شرع القانون الحق من أجله ، أو كان غرضه من الاستعمال غير مشروع . وقد نصت المادة الخامسة من القانون المدنى صراحة على أن يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية .

١ ــ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ، ومثال ذلك أن يقيم شخص على حافة أرضه بناء أو غرساً عاليا ليحجب الهواء وأشعة الشمس عن أرض

جاره فلا تنبت . وأن يقيم الشخص دعوى أمام القضاء بقصد الإضرار بالمدعى عليه والتشهير به (٢) .

٢ — إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ومثال ذلك أن ينهى صاحب عمل عقد العمل الذى يربطه بأحد عماله لأن أحد دائنى العامل قد حجز على جزء من أجره لدى صاحب العمل . فهنا أنهى صاحب العمل العقد ليتجنب مضايقات الحجز . ولكن هذه المصلحة التى قصد تحقيقها من وراء إنهاء العقد لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب العامل بسبب إنهاء عقده .

٣ — إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة . ومثال ذلك أن يعمد صاحب عمل إلى نقل عامل من مكان إلى آخر ، أو أن يكلفه بعمل غير العمل الذى كان يقوم به ، وذلك من قبيل الضغط على إرادة العامل ليغير من انتماءاته السياسية ، أو ليكف عن نشاطه النقابى .

ويترتب على اعتبار استعمال الحق غير مشروع فى الحالات السابقة ، أن يلتزم صاحب الحق بتعويض الأضرار التى تصيب الغير بسبب هذا الاستعمال ، فالاستعمال غير المشروع للحق أو التعسف فيه يعتبر خطأ يلزم مرتكبه بتعويض الضرر الناشىء عنه .

١٨ — انتفاء الخطأ فى حالات الدفاع الشرعى والضرورة وتنفيذ أمر الرئيس .

١٩ — أولا : حالة الدفاع الشرعى .

إذا أحدث الشخص ضرراً بغيره وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، فإنه لا يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر

---

٣ — نقض مدنى فى ١٥ اكتوبر ١٩٥٩ مجموعة النقض المدنى ١٠ — ٨٧ — ٥٧٤ ، و فى ١٨ فبراير ١٩٦٥ المرجع السابق ١٦ — ٢٨ — ١٧٨ .

(م ٦٦) ، ذلك أن محدث الضرر فى هذه الحالة لا يعتبر مخطئا ، فلو قسنا سلوكه بسلوك الشخص المعتاد لو وجد فى نفس ظروفه الخارجية لوجدناه متفقاً معه ، فمن الواضح أن الشخص المعتاد يدافع عن نفسه وعن ماله ، بل وعن نفس ومال غيره ممن يهمه أمرهم ولو أدى هذا الدفاع إلى الإضرار بالغير. وعلى ذلك فإذا قطع لص الطريق على أحد المارة فدافع هذا عن ماله بأن ضرب اللص بعصا أو أطلق عليه الرصاص ، فجرح اللص أو مات ، فلا يكون مرتكب الحادث مسئولا إذ لا خطأ فى فعله ، فالشخص المعتاد لو هاجمه لص فانه يدافع عن ماله كما فعل مرتكب الحادث .

ولكى نكون بصدد حالة دفاع شرعى تنفى وصف الخطأ عن الفعل الضار يجب توافر عدة شروط :

١ — أن يكون هناك خطر حال على نفس المدافع أو ماله ، أو على نفس أو مال شخص من الغير يعز على المدافع أن يصيبه مكروه فى نفسه أو فى ماله.

٢ — أن يكون إيقاع الخطر المهدد به غير مشروع ، وعلى ذلك فاذا أراد شخص ضبط لص متلبس بالسرقة لتسليمه إلى الشرطه ، فلا يكون للص أن يضربه لكى يمنع ضبطه ، لأن الضبط مشروع .

٣ — أن يكون الفعل الضار بالقدر الضرورى لدفع الاعتداء ، فاذا قبض الشخص على اللص الذى حاول أن يسرق ماله وتمكن من التغلب على مقاومته نهائياً ، ثم شرع فى ضربه ، فان الضرب لا يعتبر من قبيل الدفاع الشرعى ، لأن الضارب تجاوز فى دفاعه القدر الضرورى اللازم لدفع الاعتداء ، وهذه المجاوزة تعتبر خطأ فى جانبه فيكون مسئولا عن تعويض الضرر الناشىء عنها. ولكن نظراً لأن هذا الخطأ قد تسبب فيه خطأ المعتدى المبتدأ ، فان مسئولية من تجاوز حدود الدفاع الشرعى تكون مسئولية مخففة ، فلا يلتزم بأن يعوض المضرور عن كل الضرر الذى أصابه ، وقد نص القانون صراحة على أن يكون

المجاوز ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة (م ١٦٦) أى تعويض تراعى فى تقديره أن المضرور هو الذى بدأ الاعتداء .

٢٠ ـ ثانيا : حالة الضرورة .

قد يحدث أن يسبب شخص ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره ليس مصدره الشخص المضرور كما فى حالة الدفاع الشرعى ، كما لو أتلف شخص شيئاً مملوكا لغيره فى سبيل إطفاء حريق شب فى داره . فهل يكون محدث الضرر مسئولا عن تعويض الضرر الذى أحدثه فى حالة ضرورة ؟

تفترض حالة الضرورة شروط ثلاثة :

١ - أن يكون هناك ضرر محدق بمحدث الضرر أو بغيره [1]

٢ ـ أن يكون مصدر هذا الضرر أجنبياً عن الشخص المضرور ، وهذا الشرط هو ما يميز حالة الضرورة عن حالة الدفاع الشرعى ، ففى حالة الدفاع الشرعى يصدر الخطر المهدد به عن ذات الشخص المضرور .

٣ ـ أن يكون الخطر الذى حصل تفاديه أكبر من الضرر الذى حدث للغير ، فاذا كان الخطر الذى حصل تفاديه مساوى فى القيمة أو أقل من الضرر الذى أصاب المضرور فعلا ، فلا نكون بصدد حالة ضرورة ويسأل مرتكب الضرر عن تعويضه تعويضا كاملا ، لأنه يعتبر مخطئاً ، لأننا لو قسنا سلوكه بسلوك الشخص المعتاد ، لما وجدناه متفقاً معه ، لأن الشخص المعتاد لا يرتكب ضررا ليتفادى ضرراً مماثلا أو أقل جسامة من الضرر الذى تلافاه .

---

٤ ـ ويرى العميد السنهورى الا فرق فى هذا الشأن بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال بعكس الحال فى المسئولية الجنائية حيث يشترط لارتفاعها بسبب الضرورة ان يكون الخطر يهدد النفس . ص ٩٠٠ رقم ٥٣٤ .

أما إذا كان الخطر الذى حصل تفاديه أكبر من الضرر الذى حدث للغير فاننا نكون بصدد حالة ضرورة ، كما لو أتلف شخص كمية من مواد البناء قيمتها مائة جنيه فى سبيل إطفاء حريق فى سيارة قيمتها ألف جنيه ، أو كما لو تسبب شخص فى إصابة آخر بجرح فى سبيل إنقاذ حياة طفل مهدد بالغرق .

وارتكاب الضرر فى حالة ضرورة لا يرفع المسئولية كلية عن مرتكب الضرر ، فكل أثر توافر حالة الضرورة هو أن مرتكب الضرر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً (م ١٦٨) .

خلافاً لحالة الدفاع الشرعى التى ترفع المسئولية كلية عن المدافع ، فان حالة الضرورة تقتصر على تخفيف المسئولية ، ذلك أن الضرر الذى كان يهدد المسئول لم يصدر عن الشخص المضرور كما فى حالة الدفاع الشرعى .

٢١ — ثالثا : حالة تنفيذ — أمر صادر من رئيس .

تنص المادة ١٦٧ من القانون المدنى على أنه . « لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه ، أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه ، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة .

ويستخلص من النص المتقدم أن المسئولية ترتفع عن مرتكب الضرر إذا توافرت الشروط الآتية :

١ — أن يكون موظفا عاماً . فاذا لم يكن مرتكب الضرر من الموظفين العموميين فلا يستفيد من الحكم الوارد فى هذا النص . ويرجع إلى قواعد القانون الإدارى لتحديد المقصود بالموظف العام .

٢ — أن يكون قد قام بالعمل الضار تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس له (٥) .

٣ — أنه كان يعتقد أن طاعة هذا الأمر واجبة عليه .

٤ — أن يكون حسن النية . ويكون مرتكب الضرر حسن النية إذا كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه ، بشرط أن يكون اعتقاده هذا مبنياً على أسباب معقولة ، وأن يكون قد راعى فى عمله جانب الحيطة . ويقع على عاتق الموظف إثبات حسن نيته بالمعنى السابق .

إذا توافرت الشروط السابقة ، فإن الموظف مرتكب الضرر لا يسأل عن تعويض هذا الضرر ، ويمكن تأسيس هذا الحكم على أساس انتفاء الخطأ فى جانبه ، ذلك أننا لو قسنا سلوك هذا الموظف بسلوك موظف معتاد لو وجد فى ذات الظروف التى حدث فيها الضرر ، لوجدنا السلوكين متفقين ، وبالتالى لما كان هناك انحراف من مرتكب الضرر عن سلوك الشخص المعتاد .

وارتفاع المسئولية عن الموظف مرتكب الضرر ، لا يحول دون مساءلة رئيسه الذى أصدر إليه الأمر الذى ترتب الضرر على تنفيذه ، متى أمكن اعتبار مسلك هذا الرئيس خطأ .

---

٥ — يرى العميد السنهورى ان المسئولية ترتفع كذلك عن الموظف العام اذا قام بالعمل الضار تنفيذا لما أمرت به القوانين . انظر الوسيط ص ٨٩٨ رقم ٥٣٣ .

المبحث الثانى

الإدراك أو التمييز

٢٢ — لا يكفى لوجود الخطأ أن يقع إنحراف فى السلوك ، بل يجب أن يكون مرتكب الضرر يعلم أو على الأقل فى استطاعته أن يعلم أنه بفعله هذا ينحرف عن السلوك الواجب عليه ، وأن يكون فى إمكانه ألا ينحرف عن هذا السلوك (١) وكل ذلك يقتضى أن يكون الشخص مميزاً على الأقل ، وهذا ما اشترطته المادة ١٦٤ من القانون المدنى صراحة بقولها : يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

ولما كانت المادة ٤٥ من القانون المدنى تنص على أن : « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز » ، فإن الشخص يعتبر مميزاً وفقاً للقانون المصرى متى بلغ السابعة من عمره ولم يكن مصاباً بعته أو جنون ، ويكون هذا الشخص مسئولا عن أفعاله الضارة .

وعلى ذلك إذا كان مرتكب الفعل الضار صغيراً لم يبلغ السابعة ، أو بلغها ولكنه كان معتوها أو مجنوناً ، يمكن نسبة الخطأ إليه ، لعدم توافر الإدراك أو التمييز لديه .

ويلاحظ أن الشخص قد يكون مميزاً بصفة عامة ، ولكنه قد يكون فاقداً للتمييز وقت حصول الفعل الضار ، ويتحقق ذلك إذا تناول مادة مسكرة أو مخدرة ، فإذا كان قد تناول هذه المادة بإختياره على علم منه بطبيعتها ، فسكر أو تخدر ، وارتكب الفعل الضار وهو فاقد الإدراك والتمييز تحت تأثير

---

٦ — سافاتييه ج ١ رقم ١٦١ .

المسكر أو المخدر ، فإنه يكون مع ذلك مسئولا عن الضرر الذى سببه للغير ، لأن فقده للتمييز كان بخطأ منه (٧) .

٢٣ — مساءلة عديم التمييز استثناء .

رأينا أن القاعدة هى أن عديم التمييز لا يمكن أن يرتكب خطأ ، وبالتالى فإنه لا يسأل عن أفعاله الضارة لأن وجود الخطأ شرط لتحقق المسئولية ، ولكن استثناء من هذه القاعدة أجاز القانون مساءلة عديم التمييز فى حالة خاصة نصت عليها المادة ١٦٤ / ٢ من القانون المدنى بقولها :

ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً فى ذلك مركز الخصوم . »

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لمساءلة عديم التمييز استثناء من القاعدة العامة ألا يستطيع المضرور أن يحصل على التعويض ممن نيط به أمر المحافظة على عديم التمييز أى من الشخص المكلف قانوناً برقابته . فمسئولية عديم التمييز إذن مسئولية احتياطية لا يلجأ إليها إلا عند تعذر الحصول على التعويض من شخص آخر ، أياً كان السبب الذى منع المضرور من الحصول على التعويض .

فقد لا يستطيع المضرور الحصول على تعويض الضرر الذى لحقه لأنه لا يوجد من هو مكلف برقابة عديم التمييز ، وقد يوجد المكلف بالرقابة ، ولكن المضرور لا يستطيع الحصول على تعويض منه لإعساره ، أو لأنه استطاع أن ينفى مسئوليته عن فعل عديم التمييز كما لو أثبت أنه قام بواجب الرقابة (المادة ١٧٣ / ٣) . ومن الواضح أن مسئولية عديم التمييز إذا تقررت

---

٧ — مارتى ورينو ص ٣٩٤ رقم ٤٠٣ ، السنهورى ص ٩٠٩ رقم ٥٣٩ .

لا تقوم على أساس الخطأ إذ لا يمكن نسبة الخطأ إلى غير المميز ، وقد راعى المشرع ذلك فجعل مسئولية عديم التمييز مسئولية جوازية ومخففة .

١ — فهى مسئولية جوازية .

بمعنى أن الحكم بالتعويض على عديم التمييز جوازى للقاضى ، فهو لا يلتزم به ، فله أن يرفض الحكم بالتعويض على عديم التمييز ولو كان المضرور لم يستطع الحصول على تعويض من المكلف برقابته ، وتقدير ذلك متروك للقاضى يفصل فيه بناء على ظروف الحال ، فقد يجد أن المضرور موسر وعديم التمييز فقير ، وإلزامه بتعويض المضرور سيزيده فقراً على فقره فيرفض الحكم بالتعويض ، وبالعكس من ذلك قد يتبين القاضى أن عديم التمييز رغم عدم إمكان نسبة الخطأ إليه شخص واسع الثراء فى حين أن المضرور لا يكاد يجد قوت يومه فيحكم له بالتعويض عن الضرر الذى أصابه .

٢ — وهى مسئولية مخففة .

فالقاضى إذا رأى موجباً للحكم على عديم التمييز بالتعويض ، لا يلتزم بأن يجعل هذا التعويض كاملا يغطى كل الضرر الذى أصاب المضرور ، بل له أن يكتفى بالحكم بتعويض عادل أى تعويض يقل عن القيمة الكاملة للضرر مراعاة لمركز كل من الفريقين : المضرور وعديم التمييز ، وبصفة خاصة لكون مسئولية عديم التمييز تتقرر دون خطأ فى جانبه .

المبحث الثالث

انواع الخطأ وإثباته

٢٤ — أنواع الخطأ .

ينقسم الخطأ من حيث تعمد حصول الضرر أو عدم تعمده إلى خطأ عمدى وخطأ غير عمدى .

فيكون الخطأ عمدياً إذا كان مرتكبه قد تعمد حصول ضرر للغير بانحرافه عن سلوك الشخص المعتاد ، فلا يكفى لاعتبار الخطأ عمديا أن يكون الشخص قد تعمد الانحراف ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون انحرافه بقصد إحداث ضرر بالغير[1]، ويطلق على الخطأ العمدى اصطلاح الجريمة أو الجرم ليقابل بالفرنسية اصطلاح delit ،

أما الخطأ غير العمدى فيتحقق كلما حصل انحراف عن عناية الشخص المعتاد دون أن يقصد مرتكبه حصول ضرر للغير ولو توقع حصول مثل هذا الضرر ، ويطلق على الخطأ غير العمدى اصطلاح شبه الجريمة أو شبه الجرم ليقابل بالفرنسية اصطلاح quasi délit ، كما يعبر عن الخطأ غير العمدى بتعبيرات أخرى منها الإهمال والتقصير وعدم الاحتياط أو التبصر .

ولا أهمية للتفرقة بين الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى من حيث مبدأ المسئولية ، فمن المسلم أن الخطأ غير العمدى كالخطأ العمدى يكفى لمساءلة الشخص عن الضرر الناجم عن أفعاله الشخصية .

ولكن التفرقة بين نوعى الخطأ لها أهميتها من نواح أخرى متعددة .

أهمها أنه إذا أبرم شخص عقد تأمين من المسئولية التى قد تتقرر عليه بسبب الضرر الذى يلحقه فعله بالغير ، فإن هذا العقد لا يغطى سوى المسئولية

---

(١) مارتى ورينو ص ٤٠٣ رقم ٤١١ .

الناشئة عن خطئه غير العمدى ، دون المسئولية الناشئة عن خطئه العمدى ، فلا يكون المؤمن (شركة التأمين) مسئولا عن الخسائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له (المستأمن) عمداً أو غشا ولو اتفق على غير ذلك (م ٧٦٨ / ٢ مدنى) .

٢٥ — درجات الخطأ غير العمدى .

رأينا أن الشخص يرتكب خطأ غير عمدى إذا انحرف فى سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد دون أن يقصد من وراء هذا الانحراف إحداث ضرر بالغير .

والخطأ غير العمدى قد يكون خطأ جسيما وقد يكون خطأ يسيراً (٨) . فيكون الخطأ جسيما إذا كان لا يرتكبه حتى الشخص المهمل (٩) ، ويكون الخطأ يسيراً إذا كان لا يرتكبه الشخص المعتاد وهو كما قدمنا شخص متوسط لا هو مهمل ولا هو شديد الحرص .

وليس للتمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير أهمية من حيث مبدأ المسئولية ، فأى خطأ يكفى لإلزام مرتكبه بتعويض الضرر الناشىء عنه ، فلا يشترط لتحقق المسئولية أن يكون الخطأ جسيما ، فسواء كان الخطأ جسيما أو يسيرا فهو يرتب مسئولية مرتكبه .

واستثناء من القاعدة المتقدمة ، يشترط القانون لقيام المسئولية فى بعض الحالات أن يكون الشخص قد ارتكب خطأ جسيما ، ومثال ذلك أن تشريع الولاية على المال(١٠) يقرر فى المادة ٢٤ منه أنه : « لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم » . وبناء على هذا النص لا يجوز مطالبة الأب بتعويض ابنه عن الأضرار

---

٨ — ويضيف العميد السنهورى الى النوعين المتقدمين نوعا ثالثا هو الخطأ التافه . انظر الوسيط ص ٧٤٣ رقم ٤٣٠ .

٩ — قارن تعريف الاستاذ اسماعيل غانم ص ٢٨ (المصادر غير الارادية)

١٠ — المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

التى سببها له أثناء إدارته لأمواله إلا إذا ارتكب خطأ جسيما فى هذه الإدارة، فإذا كان خطؤه يسيرا ، فلا تتحقق مسئوليته .

والقاعدة أن التعويض يقدر بالنظر إلى قيمة الضرر ، بصرف النظر عن نوع الخطأ الذى أدى إليه ، فليس فى نصوص القانون ما يسمح بتغيير مقدار التعويض تبعاً لنوع الخطأ أو درجته ، وبعبارة أخرى فإن مقدار التعويض يتحدد بالنظر إلى قيمة الضرر ، سواء كان الخطأ عمدياً أو غير عمدى ، وسواء كان الخطأ غير العمدى جسيما أو يسيرا .

ولكن يلاحظ من الناحية العملية ، أن المحاكم تجنح إلى تقدير التعويض فى حالة الخطأ العمدى أو الخطأ الجسيم بأكثر مما تقدره فى حالة الخطأ اليسير ، استنادا إلى السلطة التقديرية الواسعة المعطاة لها فى تقدير قيمة بعض الأضرار التى ليس لها قيمة محددة منضبطة كالآلام والأحزان .

٢٦ — تكييف الخطأ .

وصف سلوك الشخص بأنه خطأ أو لا ، يعتبر من مسائل القانون التى يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض (١١) .

كذلك ففى الحالات الاستثنائية التى يتطلب فيها القانون فى الخطأ أن يكون جسيما ، فإن وصف فعل أو ترك معين بأنه خطأ وبأنه جسيم يعتبر من مسائل القانون .

أما استخلاص وجود الفعل أو الترك من ظروف الدعوى وملابساتها فيعتبر من مسائل الواقع التى تدخل فى نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع (١٢) .

---

١١ — نقض مدنى ٢٠ مايو ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ — ٩٩ ٦١٤ ، وفى ٣٠ يونيه ١٩٦٦ المرجع السابق ١٧ — ٢٠٨ — ١٤٦٧ ، وفى ٢٥ ابريل ١٩٧٢ المرجع السابق .

١٢ — نقض مدنى فى ١٢ يونيه ١٩٧٣ مجموعة النقض المدنى ٢٤ — ١٥٧ — ٨٩٤ .

الفصل الثانى

رابطة السببية

ـ ضرورة أن يكون الخطأ هو سبب الضرر .

٢٧ ـ يجب لتحقق المسئولية أن تتوافر بين الخطأ والضرر رابطة سببية، بمعنى أن يكون خطأ المدعى عليه هو الذى سبب الضرر الذى أصاب المدعى ، فإذا لم تكن هناك علاقة بين ذلك الخطأ وهذا الضرر ، فلا تقوم مسؤولية مرتكب الخطأ ، وعلى ذلك إذا دس شخص لآخر السم فى طعامه ، وقبل أن ينتج السم أثره أقدم شخص ثالث على إطلاق الرصاص على المسموم فقتله ، فإننا نكون بصدد خطأ من دس السم . وضرر هو وفاة المسموم ، ولكن لاتوجد رابطة سببية بين الخطأ والضرر ، لأن الوفاة نتجت عن الرصاصة لا عن السم .

وفكرة السببية تفيد من الناحية المنطقية تعاقباً ضرورياً بين حادثتين ، فالسبب يسبق النتيجة ويؤدى إليها ، على أن كل حادث يسبق آخر لا يعتبر سبباً له دائماً ، إذ يجب فضلا عن التعاقب الزمنى أن يترتب الحادث الثانى بالضرورة تبعاً لوقوع الحادث الأول بحيث أن انعدام الحادث الأول يؤدى إلى عدم تحقق الثانى .

وليس حتما أن يتكون السبب من حادث واحد أو من فعل واحد ، بل قد يتكون من مجموعة من الحوادث أو الأفعال تنشأ النتيجة عن تجمعها ، ولا يكفى الواحد منها مستقلا لحصول هذه النتيجة .

فإذا طبقنا هذه الفكرة المنطقية للسبب على المسئولية لوجدنا أن الضرر قد ينتج عن فعل واحد لولاه لما حدث ، وفى هذه الحالة لا شك فى اعتبار

هذا الفعل سبباً للضرر ، فإذا كان هذا الفعل خطأ ارتكبه شخص ، فإن هذا الشخص يكون مسئولا لتوافر رابطة السببية بين خطئه والضرر .

٢٨ ــ تعدد الاسباب .

ولكن قد يحدث أن ينتج الضرر عن مجموعة من الأفعال يصدر بعضها عن الإنسان ، ويصدر بعضها عن الأشياء ، ويترتب البعض الآخر على قوة من قوى الطبيعة .

فهل تعتبر كل هذه الأفعال أسباباً للضرر ؟ أم أن فعلا واحد منها فقط هو الذى يعتبر السبب ؟ وكيف نتوصل إلى تعيين هذا الفعل من بين سائر الأفعال التى أسهمت فى حصول الضرر ؟

مثال ذلك أن يهمل شخص فى إغلاق سيارته ، فيأتى شخص آخر ويسرقها ، ويقود السارق السيارة بسرعة فيدهم بها أحد عابرى الطريق .

يوجد هنا خطأ فى جانب مالك السيارة يتمثل فى عدم إغلاقه لها مما سهل سرقتها . وخطأ فى جانب السارق هو قيادة السيارة بسرعة ، وكلا الخطئين تدخل فى حدوث الضرر إذ لولا أن أهمل مالك السيارة لما سرقت ، ولولا أن قادها السارق بسرعة لما أصيب عابر الطريق .

فهل يعتبر خطأ كل من هذين الشخصين سبباً للضرر ؟

اختلفت الآراء فى تحديد سبب الضرر من بين الأفعال المتعددة التى أسهمت فى حصوله ، وبرزت فى هذا الصدد نظريتان أساسيتان : نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب ، ونظرية السبب المنتج أو الفعال .

نظرية تكافؤ الاسباب .

تنسب هذه النظرية إلى الفقيه الألمانى فون بيرى ، ووفقاً لهـــا تعتبر

جميع الافعال التى تدخلت فى حدوث الضرر أسباباً له لان كل فعل منها كان شرطاً لحصوله بحيث لو تخلف لما وقع الضرر ، وعلى ذلك يعتبر الخطأ سبباً للضرر إذا كان قد تدخل فى حصوله ولو أسهمت أفعال أخرى فى هذا الحصول ما دام الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع الخطأ .

وقد انتقدت هذه النظرية لأنها تسوى بين جميع الأفعال التى تدخلت فى حدوث الضرر دون اعتبار للدور الذى قام به كل فعل ، فهى تعتبر الخطأ سبباً للضرر ، ولو كان الدور الذى قام به فى حصوله دوراً تافهاً ، ولذلك فالمنطق والعدالة يأبيان الأخذ بها .

نظرية السبب المنتج .

وتنسب هذه النظرية بدورها إلى فقيه ألمانى هو فون كريس . ووفقاً لها لا يعتبر سبباً إلا الفعل الذى من شأنه أن يؤدى عادة إلى حدوث الضرر ، أما العوامل الاخرى التى تدخلت فى إحداث الضرر دون أن يكون من شأنه تدخلها إحداث مثل هذا الضرر فى العادة ، فهى إن اعتبرت شروطاً للضرر من الناحية الطبيعية فإنها من الناحية القانونية لا تعتبر سبباً له ، لأنها عوامل عارضة .

فنى المثال السابق يعتبر خطأ السارق وحده سبباً للضرر ، فقيادة السيارة بسرعة من شأنه بحسب السير العادى للأمور أن يؤدى إلى دهم أحد المارة . أما خطأ مالك السيارة بعدم إغلاقه لها فهو سبب لا يؤدى إلى إحداث ذلك الضرر فى العادة ولذلك يعتبر سبباً عارضاً لا منتجاً ولا يعتد به .

ولا يعنى ذلك أن الضرر لا يكون له إلا سبب منتج واحد، فمن المتصور

أن يكون هناك أكثر من فعل من شأنه إحداث الضرر عادة ، وفى هذه الحالة يعتبر كل فعل من هذا القبيل سبباً منتجاً للضرر . ومثال ذلك أن يفرط شخص فى الشراب فيسير فى الطريق غير متنبه ، وتهب عاصفة هوجاء تسقط شجرة عليه ، فيقع فى وسط الطريق مغشياً عليه ، فتأتى سيارة مسرعة فتدهمه . ففى هذا المثل تدخلت فى إحداث الضرر ثلاثة أفعال : خطأ المضرور ذاته ، وقوى الطبيعة متمثلة فى العاصفة وخطأ قائد السيارة الذى قادها بسرعة ، وكل من هذه الأفعال من شأنه أن يؤدى إلى حدوث الضرر عادة ، ولذلك يعتبر كل منها سبباً له ، وبالتالى تتوافر رابطة السببية بين خطأ قائد السيارة والضرر فيكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر ، وإن كانت مسئوليته لن تكون كاملة لتدخل أسباب أخرى فى حصول الضرر .

ونظرية السبب المنتج هى الراجحة فى الوقت الحاضر فى الفقه والقضاء[1].

على أنه يجب أن يؤخذ فى الإعتبار أن معيار الفعل الذى يؤدى إلى إحداث الضرر عادة ليس معياراً قاطعاً ، وإنما هو مجرد معيار مرشد يستأنس القاضى به عند بحثه عن توافر رابطة السببية ، بمعنى أنه يستطيع أن يقرر أن الخطأ هو السبب المنتج للضرر إذا كان من شأن هذا الخطأ أن يؤدى إلى حدوث الضرر عادة ، ولكنه يستطيع كذلك أن يرفض اعتبار الخطأ سبباً للضرر إذا وجد فى ظروف الحادث ما يمكن أن يستخلص منه أن الخطأ وإن كان من شأنه أن يؤدى إلى حصول الضرر فى العادة ، لم يكن هو السبب المنتج فى خصوص الضرر المطلوب التعويض عنه ، كما يستطيع أن يقرر

---

١ — انظر نقض مدنى ٢٦ اكتوبر ١٩٦٧ مجموعة النقض المدنى ١٨ — ٢٣٦ — ١٥٦٠ وقد قرر صراحة انه يجب عند تحرير المسئولية الوقوف عند السبب المنتج دون العارض . وانظر كذلك نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٨ المرجع السابق ١٩ — ٢٢٠ — ١٤٤٨ .

اعتبار الخطأ سبباً للضرر ولو أنه ليس من شأنه إحداث مثل هذا الضرر بحكم السير العادى للأمور ، وبعبارة أخرى يجب أن يترك للقاضى أمر البحث عن رابطة السببية وفقاً لظروف كل دعوى دون أن نقيده فى ذلك بنظرية معينة ، إلا ما يمليه العقل والمنطق السليم ، « فالسببية ليست شيئاً يرى ويلمس ولكنها رابطة تستنتج من ظروف الحال بعملية عقلية » (٢) ، ولذلك فإن استخلاص وافر رابطة السببيه بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع (٣) .

أثر تعدد الاسباب .

إذا انتهى تطبيق نظرية السبب المنتج إلى أن خطأ المدعى عليه وحده هو الذى أحدث الضرر ، فإنه يلتزم بتعويض كل الضرر الذى نتج عن فعله .

أما إذا تبين أن عدة أسباب قد أسهمت فى حصول الضرر ، فإن الحكم قد يتغير تبعاً لطبيعة هذه الأسباب وعددها .

فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، كنا بصدد حالة خطأ مشترك ، وفى هذه الحالة لا يلتزم المدعى عليه بتعويض كل الضرر ، بل ينقص من هذا التعويض قيمة ما أحدثه خطأ المضرور من الضرر ، ويقوم القاضى بتحديد نسبة ذلك إلى قيمة الضرر كله . وبعبارة أخرى لا يلتزم المدعى عليه إلا بقدر من التعويض مناسب لخطئه (٤) .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه والقوة القاهرة كعاصفة هوجاء أو زلزال مدمر ، فلا يؤثر ذلك على التزام مرتكب الخطأ بالتعويض الكامل للضرر ،

---

٢ — رينيه سافاتييه فى مؤلفه عن المسؤولية المدنية فى القانون الفرنسى طبعة ١٩٥١ الجزء الثانى صفحة ٦ رقم ٤٥٩ .

٣ — نقض مدنى ٢٠ مايو ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ — ٩٩ ، ٦١٤ ، وفى ٨ نوفمبر ١٩٦٦ المرجع السابق ١٧ — ٢٣٠ — ١٦٢٩ .

٤ — نقض مدنى فى ٢٠ من مايو ١٩٥٤ مجموعة النقض المدنى ٥ — ١٣٥ — ٨٩٢ .

وعلى ذلك لو سارت سيارة مسرعة . فإذا بريح عاصف يقتلع شجرة ويلقى بها فى عرض الطريق فينحرف قائد السيارة ليتفاداها فيصيب أحد المارة ، فإن قائد السيارة يسأل عن هذه الإصابة مسئولية كاملة .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ شخص من الغير ، وجب نقص مسئولية المدعى عليه بقدر اسهام خطأ الغير فى إحداث الضرر ، وعلى ذلك إذا وضع شخص حاجزاً فى وسط طريق مظلم فأتت سيارة مسرعة فاصطدمت بهذا الحاجز وانحرفت فهدمت سور أحد المنازل ، فإن قائد السيارة يسأل عن هدم هذا السور ولكنه مسئوليته لا تكون كاملة ، فينقص من مقدار التعويض قدراً يتناسب مع خطأ الغير : الشخص الذى وضع الحاجز فى الطريق .

٢٩ — اثبات رابطة السببية .

يقع عبء إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر على عاتق المضرور مدعى المسئولية ، ونظراً لأن هذه الرابطة تستخلص من وقائع مادية ، فإنه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن ، المستخلصة من ظروف حصول الضرر وملابساتها إثبات هذه الرابطة فى كثير من الحالات .

المبحث الثانى

نفى رابطة السببية

٣٠ — يستطيع المدعى عليه بالمسئولية أن ينفى رابطة السببية بين خطئه والضرر الذى أصاب المدعى بأحد طريقين :

الأول — أن يثبت أن خطأه ليس هو السبب المنتج للضرر . وبعبارة أخرى أن يثبت أن الضرر ليس مباشراً .

الثانى — أن يثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبى عنه .

١ — عدم المسئولية عند الضرر غير المباشر .

٣١ — قد يترتب على إرتكاب الخطأ حصول عدة أضرار ، بعضها ينشأ عن الخطأ مباشرة ، وبعضها لا ينشأ عن الخطأ وإنما ينشأ عن الضرر الأول الذى نشأ عن الخطأ ، فهل تعتبر كل هذه الأضرار ناشئة عن الخطأ ، وبالتالى يلتزم المخطىء بتعويضها ؟ أم تقف مسئولية المخطىء عند بعض هذه الأضرار ؟ وكيف يمكن حينئذ تحديد الأضرار التى يسأل عنها الشخص والأضرار التى لا يسأل عنها ؟

لبيان ذلك نفرض عدة أمثلة .

مثال ١ : ضرب شخص آخر بعصا على رأسه فسبب له الجنون ، ودفع الجنون بالمصاب إلى الانتحار . فهل يسأل الضارب عن الجنون فقط أم يسأل كذلك عن وفاة الشخص المجنون ؟

مثال ٢ : ذهب أحد الزراع لزيارة زارع آخر ممتطياً جواداً ، وخلال الزيارة ترك جواده فى حظيرة صاحب الدار . تبين بعد ذلك أن الجواد كان مصاباً بمرض معد ، وأن المرض انتقل إلى الماشية الموجودة بالحظيرة فنفقت كلها ، وأدى ذلك إلى عجز صاحبها عن الوفاء بديون كانت عليه ، فحجز الدائنون على أرضه وبيعت بالمزاد بثمن بخس ، ومرضت زوجة صاحب الحظيرة ، فعجز أن يعالجها ، فتوفيت . فهل يكون صاحب الجواد المريض مسئولا عن تعويض صاحب الحظيرة عن كل الأضرار المتقدمة ؟ أم تقف مسئولية عند بعضها فقط ؟

الرأى السائد فى هذا الشأن هو أن المسئولية إنما تكون بالنسبة للضرر المباشر فقط ، فهـــذا الضرر هو الذى يرتبط برابطة سببية بالخطأ ، أما الضرر غير المباشر ، فلا يرتبط بالخطأ برابطة ما ، ولذلك فلا يلتزم المخطىء بتعويضه .

ولم يستخدم المشرع عبارتى الضرر المباشر والضرر غير المباشر ، ولكنه قرر فى المادة ٢٢١ من القانون المدنى أن « : يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر فيه . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول :».

ويستخلص من النص المتقدم أن الضرر المباشر الذى يسأل المخطىء عن تعويضه والذى يرتبط بالخطأ برابطة سببية هو الضرر الذى يكون نتيجة طبيعية للخطأ ، ويكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ إذا لم يكن فى استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

وعلى ذلك فإذا تعاقبت الأضرار ، بأن نشأ ضرر عن الخطأ ، ثم ترتب ضرر ثانى على الضرر الأول ، ونتج عن الضرر الثانى ضرر آخر ، وهكذا كما فى المثالين السابقين ، فيجب تحديد ما إذا كان المضرور يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول أم لا . فالضرر أو الأضرار التى لم يكن فى استطاعة الشخص أن يتوقاها وا ببذل جهداً معقولا فى سبيل ذلك تعتبر أضراراً مباشرة ، وتتوافر بينها وبين الخطأ رابطة سببية ، فيكون المخطىء مسئولا عنها . أما الأضرار التى كان فى استطاعة الشخص أن يتوقاها ببذل جهد معقول ، فلم يفعل ، فأصيب بها ، فإنها تعتبر أضراراً غير مباشرة ، تنتفى بالنسبة لها رابطة السببية ، ومن ثم لا يلتزم المخطىء بتعويضها .

وتقدير ما إذا كان فى الاستطاعة توقى الضرر ببذل جهد معقول أم لا ، وبالتالى ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ، مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على ظروف حصول الضرر وملابساته .

٢ — عدم المسئولية فى حالة وجود سبب أجنبى .

٣١ — تنص المادة ١٦٥ من القانون المدنى على أنه : « إذا أثبت الشخص

أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجىء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

والسبب الأجنبي قد يكون من فعل الإنسان كخطأ المضرور وخطأ الغير ، وقد يكون من فعل الطبيعة ، كالأعاصير والزلازل والصواعق والفيضانات ، وعندئذ يطلق عليه اصطلاح القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء ، وعلى ذلك فالسبب الأجنبي تعبير عام يشمل عدة أفعال لا يد للشخص فيها هي القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير ، ولذلك يجب التحرز وعدم الخلط بين اصطلاح السبب الأجنبي واصطلاح القوة القاهرة كما تفعل بعض الأحكام التي تستعمل الاصطلاحين كمترادفين ، في حين أن القوة القاهرة تعتبر تطبيقاً من تطبيقات السبب الأجنبي وهو ليس التطبيق الوحيد كما رأينا .

٣٣ — أولا — القوة القاهرة والحادث المفاجىء .

يكاد ينعقد اجماع الفقه الحديث على أن القوة القاهرة والحادث المفاجىء اصطلاحان يدلان على معنى واحد ، ولذلك فلا محل للتمييز بينهما . والمقصود بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجىء حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر .

ويستخلص من هذا التعريف أنه يشترط في الحادث أربعة شروط حتى يعتبر قوة قاهرة :

١ — أن يكون حادثا خارجيا .

ويقصد بذلك أن يكون أجنبياً عن المدعى عليه لا يد له فيه ، وذلك يقتضي ألا يكون الحادث راجعاً إلى خطئه ، أو خطأ أحد من يسأل عنهم كأحد تابعيه أو أحد المشمولين برقابته ، أو إلى شيء في حراسته .

٢ — أن يكون غير ممكن توقعه أو تلافيه .

ومعيار عدم إمكان التوقع والتلافى معيار موضوعى لا شخصى ، فلا يكفى أن يكون الحادث مما لا يمكن للمدعى عليه بالذات أن يتوقعه أو أن يتلافاه ، بل يجب أن يكون عدم الإمكان قائماً بالنسبة لأى شخص عادى إذا وجد فى نفس الظروف الخارجية للمدعى عليه .

وتعتبر الأمراض التى تصيب الشخص فجأة من قبيل القوة القاهرة ، على أنه إذا كان المرض متوقعاً فلا يعتبر قوة قاهرة ، فالأشخاص المصابون بالصرع معرضون لنوباته فى كل وقت . فإذا حدث أن أصيب أحدهم بنوبة أثناء قيادته لسيارة ، وأدى ذلك إلى دهمه لبعض المارة . فلا تعتبر نوبة الصرع حادثاً مفاجئاً لأنها كانت متوقعة .

كذلك فإن انبهار بصر سائق السيارة بالضوء المنبعث من سيارة أخرى ، أو تزلج السيارة على الجليد الذى يغطى الطريق لا يعتبر حادثاً مفاجئاً لأنه ، متوقع الحصول ويجب على السائق الحذر أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب نتائجه الضارة .

٣ — أن يكون من غير الممكن درء نتائجه .

بمعنى أن يكون حصول الحادث محتما ، ولا يكفى لتحقق هذا الشرط أن يكون المدعى عليه وحده هو الذى لا يستطيع تجنب نتائج الحادث ، بل يجب أن يكون من المستحيل على أى شخص عادى لو وجد فى نفس ظروف المدعى عليه الخارجية أن يتوقى نتائجه . فمعيار عدم إمكان درء أو تجنب النتائج معيار موضوعى لا شخصى . فإنفجار إطار السيارة لا يعتبر حادثاً مفاجئاً ، فضلا عن كونه متوقعاً ، ، فإن السائق يستطيع أن يتوقى نتائجه بمزيد من العناية .

ج ـ أن يكون الحادث هو السبب المباشر للضرر .

يجب أن تتوافر رابطة سببية بين الحادث والضرر، بأن يكون الحادث المفاجىء هو الذى سبب الضرر ، فإذا كان الحادث لا علاقة له بالضرر أو كان ليس من شأنه أن يسبب ذلك الضرر فى العادة ، فإنه لا يقطع رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر .

٣٤ ـ ثانيا ـ خطأ المضرور .

ويقصد به انحراف المضرور فى سلوكه عن عناية الشخص المعتاد انحرافاً يؤدى إلى حدوث ضرر له بحكم السير العادى للأمور .

فيشترط لكى نكون بصدد خطأ من المضرور :

١ ـ أن يوجد خطأ .

أى انحراف عن عناية الشخص المعتاد . فإذا كان سلوك المضرور متفقاً مع سلوك الشخص المعتاد . فإنه لا يعتبر خطأ . ويجب أن يكون المضرور مميزاً ، فإذا كان غير مميز فلا يعتبر فعله خطأ ولو كان يتضمن انحرافاً .

٢ ـ أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر للضرر .

أى أن تتوافر رابطة سببية بين خطأ المضرور والضرر الذى أصابه ، فإذا لم يكن لخطأ المضرور أى دور فى حصول الحادث ، أو لم يكن من شأنه أن يؤدى إلى حدوث الضرر عادة ، فإنه لا يكون له أى أثر على مسئولية المدعى عليه ، وعلى ذلك فإذا أوقف شخص سيارة فى مكان ممنوع الانتظار فيه ، فألقى شخص من نافذة منزله بجسم صلب وقع على السيارة فحطم زجاجها، فإن خطأ صاحب السيارة بالوقوف فى الممنوع لا يكون هو سبب الضرر الحاصل له ، وبالتالى لا يقطع رابطة السببية بين خطأ ملقى الجسم وكسر زجاج السيارة .

٣٥ — ثالثا — خطأ الغير .

يقصد بالغير هنا كل شخص غير المضرور وغير المدعى عليه وغير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه وهم تابعيه والأشخاص المشمولين برقابته .

ويشترط فى فعل الغير حتى ينفى رابطة السببية شرطان :

١ — أن يكون هذا الفعل خاطئا .

أى أن يتضمن انحرافاً عن سلوك الشخص المعتاد ، فإذا كان سلوك الغير متفقاً مع سلوك الشخص المعتاد ، فلا نكون بصدد خطأ [٥] . ولكن فعل الغير الخالى من الخطأ قد يعتبر من قبيل القوة القاهرة إذا توافرت فيه شروطها وأهمها عدم إمكانية التوقع ولا الدفع ، ويؤدى بهذا الوصف إلى نفى مسئولية المدعى عليه .

٢ — أن يكون هو السبب المباشر للضرر .

فيجب أن تتوافر رابطة سببية بين خطأ الغير والضرر ، فإذا لم يكن لهذا الخطأ أية علاقة بوقوع الضرر فإن المدعى عليه يظل مسئولا .

اثبات السبب الأجنبى .

أيا كان السبب الأجنبى الذى يتمسك به المدعى عليه لنفى مسئوليته ، فإن عبء إثباته يقع عليه بجميع شروطه ،

وإذا ثبت السبب الأجنبى كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ، وثبت أنه هو السبب الوحيد والمباشر للضرر الذى أصاب المدعى ، فإن المدعى عليه يتخلص من المسئولية ولا يلتزم بأى تعويض قبل المضرور ، ذلك أن وجود السبب الأجنبى يقطع رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر ، فلا يعتبر أن الضرر قد نشأ عن ذلك الخطأ وبالتالى ينتفى ركن من أركان المسئولية ، فتنتفى معه المسئولية ذاتها .

---

٥ — نقض مدنى فى ٢ من ابريل ١٩٦٨ مجموعة النقض المدنى ١٩ — ١٠١ — ٦٨٩ .

الباب الثالث

المسئولية عن فعل الغير

٣٦ يقصد بالمسئولية عن فعل الغير المسئولية التى تتقرر على عاتق شخص معين بناء على حدوث ضرر من جراء فعل شخص آخر . فالضرر هنا لم ينشأ عن فعل المسئول الشخصى وإنما عن فعل شخص آخر : الغير . ومن تعريف المقصود بالمسئولية عن فعل الغير يبدو أنها مسئولية استثنائية ، إذ أن الأصل ألا يسئول الإنسان إلا عن فعله ، ولكن القوانين الحديثة تخرج عن هذا الأصل فى بعض الحالات فتجعل الشخص مسئولا عن فعل غيره لاعتبارات متعددة ، ولا شك أن القانون إذ يجعل شخصاً معيناً مسئولا عن فعل شخص آخر فإنما يكون ذلك نظراً لتوافر علاقة بين هذين الشخصين تبرر جعل أحدهما مسئولا عن فعل آخر ، فلا يتصور أن يطلق الأمر فيكون كل شخص مسئولا عن فعل غيره ، وإلا لأصبح كل الناس مسئولين .

فما هى العلاقة التى تبرر جعل الشخص مسئولا عن الفعل الضار الذى ارتكبه شخص آخر ؟

بالرجوع إلى أحكام المادتين ١٧٣ و ١٧٤ من القانون المدنى يتضح أن الشخص يسأل عن فعل غيره فى حالتين :

الأولى — إذا كانت له على هذا الغير سلطة رقابة ، وبعبارة أخرى إذا وجدت بين الشخصين علاقة رقابة ، وهذه هى مسئولية المكلف بالرقابة عن فعل المشمول برقابته .

الثانية — إذا كان مرتكب الضرر يقوم بعمل لحساب الشخص المسئول وكان فى عمله خاضعة لإشراف المسئول وإدارته . وبعبارة أخرى إذا قامت بين الشخصين علاقة تبعية . وهذه هى مسئولية المتبوع عن فعل تابعه .

ويلاحظ أنه لما كانت المسئولية عن فعل الغير مسئولية استثنائية ، فإن الحالات التى يكون فيها الشخص مسئولا عن فعل غيره حالات محددة فى القانون على سبيل الحصر ، فلا يجـــوز القياس عليها وإضافة حالات إخرى إليها .

الفصل الأول

مسئولية المكلف بالرقابة عن عمل المشمول برقابته

٣٧ — تنص المادة ١٧٣ من القانون المدنى على أنه : « كل من يجب عليه قانوناً أو إتفاقاً رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة . بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . »

فالشخص المسئول وفقاً لهذه المادة هو الملتزم بالرقابة وهو يسأل عن أفعال الشخص المحتاج المشمول بهذه الرقابة ، فلكى نكون بصدد ملتزم بالرقابة وشخص مشمول بالرقابة يجب أن تكون هناك علاقة رقابة بين شخصين تجعل من أحدهما ملتزماً بالرقابة ، وتجعل من الآخر مشمولا بالرقابة .

المبحث الأول

علاقة الرقابة

٣٨ — توجد علاقة رقابة إذا التزم شخص برقابة شخص آخر فى حاجة إلى الرقابة .

ويستخلص من هذا التعريف أن علاقة الرقابة تقوم على عنصرين :

حاجة شخص إلى الرقابة ، والتزام شخص بالرقابة .

٣٩ ــ العنصر الأول ــ حاجة شخص الى الرقابة .

لا تتوافر علاقة الرقابة إلا إذا وجد شخص يحتاج إلى رقابة حتى لا يضر بالغير . وقد حدد المشرع الحالات التى يحتاج فيها الشخص إلى الرقابة فى المادة ١٧٣ بما يأتى :

١ ــ حالة القصر .

يعتبر الشخص فى حاجة إلى الرقابة إذا كان قاصراً أى لم يبلغ سن الرشد (الحادية والعشرين من عمره) . وعلى ذلك فالشخص الذى بلغ سن الرشد لا يعتبر فى حاجة إلى الرقابة . ولكن القانون فرق بين طائفتين من القصر : القصر الذين لم يبلغوا الخامسة عشرة من عمرهم ، والقصر الذين بلغوا هذه السن .

فإذا كان القاصر لم يبلغ خمس عشرة سنة ، فإنه يعتبر فى نظر القانون فى حاجة إلى الرقابة بصفة مطلقة ، سواء كان يعيش فى كنف شخص آخر أو كان يعيش مستقلا :

أما القاصر الذى بلغ الخامسة عشرة من عمره ، فلا يعتبر فى حاجة إلى الرقابة إلا إذا كان فى كنف القائم على تربيته ، أى كان يعتمد فى معيشته على القائم بتربيته ، وجوهر الإعتماد فى المعيشة أن يكون القائم بالتربية هو الذى ينفق عليه فمتى كان القاصر الذى بلغ خمس عشرة سنة يعتمد فى معيشته على شخص آخر ، فإنه يكون فى حاجة إلى الرقابة ، ولا يشترط لذلك أن يكون مقيما مع متولى تربيته . وعلى ذلك فالإبن الذى يترك قريته ويلتحق بالجامعة فى إحدى المدن ويسكن منفرداً فى شقة أو فى المدينة الجامعية ، يعتبر فى حاجة إلى الرقابة . إذا كان لم يبلغ سن الرشد ، وكان أبوه هو الذى ينفق عليه .

أما إذا بلغ القاصر الخامسة عشرة من عمره ، ولم يكن يعيش فى كنف

أحد ، أى لم يكن يعتمد فى معيشته وبصفة خاصة فى نفقته على أحد ، فإنه لا يكون فى حاجة إلى الرقابة ، ولو كان يسكن مع أبيه أو أمه ، كما لو كان له دخل خاص من عمل أو غيره .

٢ ــ الحالة العقلية .

يعتبر الشخص فى حاجة إلى الرقابة إذا كان عقله معتلا لجنون أو عته أو أية عاهة أخرى تؤثر فى سلامة عقله ، ولو كان قد بلغ سن الحادية والعشرين .

٣ ــ الحالة الجسمية .

يعتبر الشخص فى حاجة إلى الرقابة كذلك ولو كان بالغاً رشده ، وكان عقله سليما ، متى كانت حالته الجسمية تستدعى هذه الرقابة ، كما لو أعمى ، أو كان مقعداً ، أو مشلولا .

٤٠ ــ العنصر الثانى ــ الزام شخص بالرقابة .

يجب لقيام علاقة الرقابة فضلا عن وجود شخص يحتاج إلى الرقابة ، أن يوجد شخص يلتزم بهذه الرقابة . والإلتزام بالرقابة قد ينشأ عن نص القانون ، وقد ينشأ عن الإتفاق .

فبالنسبة للقصر ، يلزم قانون الولاية على النفس (وهو أحكام الشريعة الإسلامية) اولى على النفس سواء كان أباً أو جداً أو أماً برقابة القاصر ، وعلى هذا الأساس تنشأ علاقة رقابة بين الولى على النفس وبين القاصر .

وبالنسبة للحالة العقلية ، إذا أودع الشخص فى مصحة للأمراض العقلية بناء على اتفاق بين ذويه وبين مالك المصحة ، فإن المصحة تلتزم برقابته بناء على هذا الاتفاق ، فتنشأ علاقة رقابة بين الممثل القانونى للمصحة وبين المريض .

ويلاحظ أن الإلتزام بالرقابة لا يقع إلا على عاتق شخص واحد فى نفس

الوقت ، فإذا أودع شخص قاصر مصحة للأمراض العقلية ، فإن الملتزم بالرقابة يكون هو المصحة لا الولى على النفس ، وذلك طول مدة وجود المريض بالمصحة ، أما عندما يوجد المريض فى منزله ،فإن الملتزم بالرقابة يكون هو ولى النفس .

فالإلتزام بالرقابة لا يقع على أكثر من شخص فى ذات الوقت ، ولكن هذا الإلتزام يمكن أن ينتقل من شخص إلى آخر إما بصفة دائمة كما فى حالة الزواج إذ ينتقل الإلتزام بالرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج إذا كان الزوج بدوره قاصراً ، وإما بصفة مؤقتة كما فى حالة وجود القاصر فى المدرسة أو فى مكان العمل ، حيث ينتقل الالتزام بالرقابة إلى المعلم فى المدرسة أو إلى المشرف على الحرفة ، طوال وجود القاصر فى المدرسة أو فى مكان العمل تحت إشراف المعلم أو المشرف (م ١٧٣ / ٢) ، فإذا انتهى اليوم الدراسى أو يوم العمل ، عاد الإلتزام بالرقابة إلى اولى على النفس ، ولو كان القاصر لم يصل بعد إلى منزله (١) .

المبحث الثانى

شروط تحقق مسئولية المكلف بالرقابة

٤١ — يشترط لمساءلة المكلف بالرقابة أن يرتكب الشخص المشمول برقابته عملا غير مشروع يسبب ضرراً للغير .

وبعبارة أخرى يجب أن يكون المشمول بالرقابة قد ارتكب خطأ . ولا

---

١ — فاذا وقع الحادث اثناء وجود القاصر فى المدرسة ، فان مسئولية والده باعتباره متوليا للرقابة تنتفى ، ولا يكون للمضرور ان يرجع عليه بالمسئولية الااذا اثبت خطأ فى جانبه ، فتقوم مسئوليته وفقا لاحكام المسئولية عن الفعل الشخصى . انظر نقض مدنى ٨ يونيه ١٩٧٢ مجموعة النقض المدنى ٢٤ — ١٦٨ — ١٠٧٥ .

صعوبة فى الأمر إذا كان مرتكب الضرر مميزاً ، إذ يقاس فعله بسلوك الشخص المعتاد ، فيعتبر مخطئاً إذا كان قد انحرف عن هذا السلوك مع إدراكه لذلك .

أما إذا كان المشمول بالرقابة غير مميز ، فمن الواضح أنه لا يمكن أن يدرك أنه بفعله ينحرف عن السلوك الواجب عليه ، ولكن ذلك لا يعنى عدم مسئولية متولى الرقابة عن فعل عديم التمييز ، فقد نصت المادة ١٧٣ صراحة على ترتيب الإلتزام بالتعويض على عاتق المكلف بالرقابة ولوكان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

وبناء على ذلك ففى حالة عدم تمييز مرتكب الضرر يكتفى فى تقدير ماإذا كان مخطئاً أم لا بالركن المادى للخطأ وهو ركن التعدى أى مجرد الإنحراف عن سلوك الشخص المعتاد ، دون تطلب للركن المعنوى وهو الإدراك أو التمييز .

والواقع أن فائدة تقرير مسئولية المكلف بالرقابة إنما تبدو واضحة فى حالة عدم تمييز مرتكب الفعل ، أن لا يمكن الحصول منه على تعويض الضرر الذى سببه بفعله .

ويلاحظ أن المسئولية المنصوص عليها فى المادة ١٧٣ تفترض أن القاصر هو الذى ارتكب الضرر وأن الضرر قد أصاب شخصاً من الغير ، وعلى ذلك إذا كان القاصر هو المضرور سواء كان قد أحدث الضرر بنفسه أو أحدثه به شخص آخر ، فلا تنطبق المادة ١٧٣ الخاصة بمسئولية المكلف بالرقابة ، ولا يسأل ولى النفس أو المعلم أو المشرف فى الحرفة إلا وفقاً لأحكام المسئولية عن الفعل الشخصى (المادة ١٦٣) .

٤٢ — كيفية مسئولية المكلف بالرقابة :

إذا توافر الشرط السابق ، فإن المكلف بالرقابة يكون مسئولا عن الفعل

الضار الذى ارتكبه المشمول بالرقابة ، فيلتزم بتعويض الضرر الذى لحق الغير من جراء هذا الفعل . وذلك دون حاجة إلى إثبات خطأ فى جانبه ، فلا يلتزم المضرور بإثبات أن الأب أو المعلم مثلا قد أهمل فى رقابة القاصر وأن هذا الإهمال هو السبب فى الضرر ، بل يكفى أن يقيم الدليل على أن مرتكب الضرر فى حاجة إلى الرقابة ، وأن المدعى عليه هو الملتزم قانوناً أو اتفاقاً بالرقابة عليه ، ومتى تم ذلك تحققت المسئولية .

ولكن المكلف بالرقابة يستطيع دفع هذه المسئولية والتخلص من الالتزام بالتعويض بأحد طريقين :

الطريق الأول — نفى الخطأ .

ويتم ذلك بأن يثبت المكلف بالرقابة أنه قام بواجب الرقابة (م ١٧٣) ، وإثبات القيام بهذا الواجب يوجب إثبات أنه قد اتخذ جميع الإحتياطات اللازمة لمنع المشمول بالرقابة من ارتكاب الفعل الضار ، ويدخل فى ذلك بالنسبة لولى النفس وجوب إثبات أنه قام بتربية القاصر وتهذيبه وفقما يقوم الأب المعتاد بتربية أبنائه وتهذيبهم .

فإذا أثبت المكلف بالرقابة أنه قام بواجب الرقابة ، فإن مسئوليته عن عن تعويض الضرر الذى أحدثه المشمول بالرقابة تنتفى .

الطريق الثانى — نفى رابطة السببية .

ويتم ذلك بأن يثبت المكلف بالرقابة أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية (م ١٧٣) ، إذ يعنى ذلك أن الضرر نشأ عن سبب أجنبى عنه ، ولو لم يتحدد هذا السبب .

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يقطع رابطة السببية بين فعله والضرر بأن يثبت مباشرة أن الضرر نشأ عن قوة قاهرة أو خطأ شخص من الغير أو خطأ المضرور ذاته ، فهذا الحكم تمليه القواعد العامة وإن لم تنص عليه القواعد

الخاصة بمسئولية المكلف بالرقابة [٢] .

٤٣ — أساس مسئولية المكلف بالرقابة .

تقوم مسئولية المكلف بالرقابة على أساس الخطأ كما هو الحال فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى ، ولكن فى حين يلتزم المضرور من فعل شخصى بإثبات خطأ الفاعل . فإن عجز لا يحصل على التعويض ، فإن المضرور من فعل القاصر لا يحتاج إلى إثبات خطأ متولى الرقابة ، فقد أقام القانون قرينة على وجود هذا الخطأ ، فافترض أن ارتكاب القاصر للفعل الضار سببه إهمال وتقصير من جانب المكلف بالرقابة عليه فى رقابته . وعلى هذا الأساس لا يكلف المضرور إثبات هذا الخطأ ، ولكن قرينة الخطأ القائمة فى جانب المكلف بالرقابة قرينة بسيطة يمكن هدمها بإثبات عكسها أى بإثبات انتفاء الخطأ فى جانب متولى الرقابة ، ويتم ذلك بإثبات أنه لم يكن فى وسعه منع الفعل الضار من الوقوع .

ولم يكتف القانون بافتراض خطأ المكلف بالرقابة فأعفى المضرور من عبء إثباته ، بل هو يفترض كذلك رابطة السببية بين ذلك الخطأ المفترض وبين الضرر ، بحيث لا يكون على المضرور إثباتها .

ويخلص مما تقدم أن مسئولية المكلف بالرقابة ليست فى الحقيقة مسئولية عن فعل الغير ، بل هى صورة من صور المسئولية عن الفعل الشخصى ، والفارق بين هذه الصورة الخاصة من صور المسئولية عن الفعل الشخصى وبين الصورة العامة هو فارق متعلق بالإثبات ؛ فى حين تقضى القواعد العامة بوجوب قيام المضرور بإثبات خطأ مرتكب الفعل الضار وعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر ، فإن قواعد مسئولية المكلف بالرقابة تعفيه من هذا العبء على أساس افتراض ذلك الخطأ وتلك العلاقة .

---

٢ — نقض مدنى ٨ يونيه ١٩٧٢ مجموعة النقض المدنى ٢٤ — ١٦٨ . ١٠٧٥ .

٤٤ ـ رجوع المكلف بالرقابة على المشمول برقابته .

إذا كان مرتكب الفعل الضار غير مميز ، فلا يكون للمكلف برقابته إذا ما اضطر إلى دفع تعويض عن الضرر الحاصل منه أن يرجع عليه مطالباً بقيمة التعويض ، ذلك أن غير المميز لا يسأل عن فعله الشخصى .

أما إذا كان المشمول بالرقابة مميزاً فمعنى ذلك أنه مسئول عن فعله الشخصى، وكان فى استطاعة المضرور أن يرجع عليه مباشرة بالتعويض بدلا من الرجوع على المكلف بالرقابة ، فاذا رجع المضرور على المكلف بالرقابة واستوفى التعويض منه ، فإن معنى ذلك أن ضرراً قد لحق بالمكلف بالرقابة ، وسبب هذا الضرر هو خطأ المشمول بالرقابة المميز وهو خطأ قد أثبته المضرور ، ولما كانت القاعدة أن كل من سبب للغير ضرراً يلتزم بتعويضه ، فإن القاصر يلتزم بتعويض المكلف بالرقابة عن الضرر الذى أصابه من جراء خطئه والمتمثل فى إلزامه بدفع تعويض للغير .

وقد أكدت المادة ١٧٥ صراحة هذا الحكم الذى تمليه القواعد العامة بقولها : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » .

الفصل الثانى

مسئولية المتبوع عن عمل تابعه

٤٥ ــ تنص المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن :

١ ــ يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢ ــ وتقوم رابطة التبعية ، واو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه . »

ويستخلص من نص هذه المادة أن الشخص المسئول وفقاً لها هو المتبوع ، وهو يسأل عن العمل غير المشروع الذى يصدر عن تابعه ، ولكى نكون بصدد متبوع وتابع يجب أن تكون هناك علاقة بين شخصين تجعل من أحدهما متبوعاً وتجعل من الآخر تابعاً ، وبعبارة أخرى يجب أن تكون هناك علاقة تبعية .

وفيما يلى نتكلم عن علاقة التبعية ، ثم عن شروط تحقق مسئولية المتبوع عن عمل تابعه .

المبحث الأول

علاقة التبعية

٤٦ ــ توجد علاقة تبعية إذا قام شخص بالعمل لحساب غيره بحيث كان لهذا الغير سلطة فعلية فى مراقبته وتوجيهه (م ١٧٤ / ٢) .

ويستخلص من هذا التعريف أن علاقة التبعية تقوم على عنصرين :

٤٧ ــ العنصر الأول ــ عمل يقوم به التابع لحساب المتبوع :

لاتتوافر رابطة أو علاقة التبعية إلا إذا كان التابع يقوم بعمل لحساب المتبوع ، وفى ذلك يختلف التابع عن الشخص المشمول بالرقابة ، فهذا الشخص لا يقوم بأى عمل لحساب المكلف برقابته ، ولذلك فرقابته إنما تقع على شخص المشمول بالرقابة ذاته ، أما رقابة المتبوع فترد على عمل التابع لا على شخصه ، ولذلك يجب أن يكون هناك تكليف للتابع بعمل معين يؤديه لحساب المتبوع.

وعلى ذلك فالتلميذ فى المدرسة لا يعتبر تابعاً لصاحب المدرسة لأنه لا يقوم بعمل لحسابه ، والمستأجر لا يعتبر تابعاً للمؤجر لأنه لا يقوم بعمل لحسابه ، وهكذا ..

٤٨ ــ العنصر الثانى ــ أن تتوافر سلطة فعلية فى مراقبة التـــابع وتوجيهه .

لا يكفى أن يقوم شخص بالعمل لحساب الغير حتى نعتبره تابعاً ونعتبر الغير متبوعاً ، بل لا بد أن تتوافر لمن يتم العمل لحسابه (المتبوع) سلطة فعلية على العمل الذى يتم لحسابه ، مضمونها قيامه بمراقبة التابع فى أداء العمل وتوجيهه لهذا العمل ، أى التأكد من قيام التابع بالعمل وفقاً للأوامر والتعليمات الصادرة إليه ولأصول المهنة والرقة التى يزاولها ، وتحديد مواعيد هذا العمل ومكانه [1] :

فإذا كان القائم بالعمل يؤديه حراً مستقلا دون أن يخضع فى أدائه لمراقبة أو إدارة أو توجيه ، فإنه لا يعتبر تابعاً ، وهذا هو شأن المقاول الذى يلتزم بأداء عمل لحساب غيره دون أن يخضع لإشراف أو رقابة من جانب هذا الغير وعلى ذلك فأمين النقل (الناقل) لا يعتبر تابعاً للراكب ، فسائق السيارة أو للطائرة أو ربان السفينة لا يعتبر تابعاً للمسافر ، وصاحب دار السينما أو المسرح لا يعتبر تابعاً للمشاهد .

---

١ ــ نقض مدنى فى ٩ مايو ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ ــ ٩٤ ــ ٦٦٣ ، وفى ٢٠ يونيه ١٩٦٣ المرجع السابق ١٤ ــ ١٢٦ ــ ٨٨٨ .

ويلاحظ أن العبرة بالسلطة الفعلية ، أى السلطة الموجودة والتى يباشرها المتبوع فعلا أو التى يستطيع مباشرتها[٢] ، فلا يكفى أن يكون للشخص سلطة قانونية إذا كان لا يستطيع مباشرتها .

والعبرة فى توافر السلطة الفعلية فى المراقبة والتوجيه هى بوقت وقوع الضرر ، فإذا توافرت هذه السلطة فى هذا الوقت اعتبر الضرر حادث من التابع وسؤل المتبوع عن فعله .

أما إذا وقع الضرر فى وقت لم تكن فيه هذه السلطة قد نشأت بعد ، أو كانت قد انتقلت إلى شخص آخر ، فلا نكون بصدد علاقة تبعية ، وذلك سواء كان انتقال السلطة الفعلية قد تم بصفة نهائية ، أم بصفة مؤقتة ، كما لو أعار شخص سيارته بسائقها إلى شخص آخر أو أجرها له ، وأصبح على السائق أن يتلقى التعليمات والتوجيهات من المستعير أو المستأجر ، فهنا يكون هذا الشخص هو المسئول عن الأفعال الضارة التى تقع من السائق طوال مدة العارية أو الإيجار ويسمى المتبوع العرضى .

٤٩ — ومتى توافرت هذه السلطة الفعلية وجدت علاقة التبعية ، بصرف النظر عن مصدرها ، فقد تستند هذه السلطة إلى عقد مبرم بين التابع والمتبوع كعقد عمل أو استخدام بمقتضاه يلتزم التابع بأن يعمل لحساب المتبوع وتحت إشرافه مقابل أجر ، وهذا هو الغالب ، ولكن وجود مثل هذا العقد ليس شرطاً ، فقد لا تستند السلطة إلى عقد ما ، كما لو كلف أب إبنه البالغ أو كلف زوج زوجته بالقيام بعمل ما ، وأشرف عليه أو عليها فى القيام بهذا العمل ، فإنه يكون هنا للأب أو للزوج سلطة فعلية فى مراقبة عمل الابن أو الزوجة ،

---

٢ — نقض مدنى فى ٢٣ ابريل ١٩٦٨ مجموعة النقض المدنى ١٩ — ١١٦ — ٨٢٠ .

فتتوافر رابطة التبعية بينهما بحيث يسأل الأب أو الزوج عن أفعال الابن أو الزوجة ، وذلك رغم عدم وجود علاقة تعاقدية بينهما .

ومتى كان لا يشترط وجود عقد بين التابع والمتبوع ، فمن البديهى أنه إذا وجد عقد ولكنه كان باطلا ، فلا يمنع بطلانه من وجود رابطة التبعية ، إذا توافرت السلطة الفعلية فى الرقابة والإدارة ، وعلى ذلك إذا استخدم صاحب مصنع عاملا أجنبياً دون الحصول على ترخيص عمل له خلافاً للقانون الذى لا يجيز تشغيل الأجانب إلا بشرط الحصول مقدمـــاً على مثل هذا الترخيص ، فإن عقد العمل يكون باطلا بطلانا مطلقاً ، ولكن ذلك لا يمنع من اعتبار صاحب المصنع متبوعاً والعامل الأجنبى تابعاً ، ومساءلة صاحب المصنع عن أفعال هذا العامل متى كان العامل يقوم بالعمل فعلا ، وكان صاحب المصنع يراقب عمله ويديره ويوجهه .

ويلاحظ أن رقابة المتبوع على عمل التابع ، قد تكون رقابة فنية تمتد إلى الأصول والقواعد الفنية للمهنة أو الحرفة التى يزاولها العامل ، وهى تفترض أن المتبوع على دراية بهذه الأصول والقواعد ، ولكن لا تشترط هذه الرقابة الفنية . فيكفى أن يشرف المتبوع على عمل تابعه من الناحية التنظيمية أو الإدارية (٣) ، فيعين له مكان العمل ، ويحدد أوقاته ، ويقوم بالتفتيش عليه بين الحين والحين للتأكد من مراعاته للتعليمات المعطاة له ، ويعاقبه إذا قصر أو أهمل . وهذه الرقابة التنظيمية لا تحتاج إلى إلمام المتبوع بدقائق عمل التابع وأصوله ، وعلى ذلك فإذا استخدم مالك سيارة سائقاً خاصاً لقيادة سيارته ، توافرت رابطة التبعية بينهما ، ولو كان المالك لا يعرف قيادة السيارات ، متى كان استعمال السيارة يتم تحت إشراف وتوجيه المالك .

---

٣ — نقض مدنى فى ٧ نوفمبر ١٩٦٧ مجموعة النقض المدنى ١٨ — ٢٤٣ — ١٦١٤ .

كذلك إذا استخدم صاحب مصنع طبيباً لتطبيب عماله ، وحدد له مكان العلاج وأوقاته ، وأصدر له تعليمات محددة فيما يتعلق بصرف الأدوية وإعطاء الأجازات المرضية ، فإن الطبيب يعتبر تابعاً لصاحب المصنع ، ولو كان صاحب المصنع ليس طبيباً .

ولا يشترط أن يمارس المتبوع سلطة الرقابة على عمل التابع بنفسه ، بل يجوز أن يفوض فيها غيره ، وعلى ذلك فإذا عين صاحب مصنع رئيساً للعمال يشرف على عملهم ويراقبه ، فإن صاحب المصنع لا رئيس العمال هو الذى يعتبر متبوعاً للعمال ، لأن العمل إنما يتم لحسابه هو لا لحساب رئيس العمال ، وهو يمارس سلطته فى رقابة عمل العمال وتوجيهه عن طريق رئيس العمال .

كذلك لا يشترط أن تستمر علاقة التبعية مدة معينة ، فتتوافر هذه العلاقة متى كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع فى الرقابة والتوجيه طالت مدة هذه السلطة أو قصرت (١) .

والمتبوع قد يكون شخصاً طبيعياً كما فى الأمثلة السابقة ، وقد يكون شخصاً معنوياً كشركة أو جمعية ، أو وزارة من الوزارات أو هيئة عامة .

وعلى ذلك فالعمال الذين يعملون لحساب شركة من الشركات أو جمعية من الجمعيات يعتبرون تابعين للشركة أو للجمعية ، وتكون الشركة أو الجمعية كشخص معنوى هى المتبوع المسئول عن أعمالهم ، وتباشر سلطة الرقابة والتوجيه بواسطة رئيسها أو مجلس إدارتها .

كذلك إذا كان مرتكب الضرر عاملا فى الحكومة (بالمعنى الواسع)

---

٤ — نقض مدنى فى ٢٦ ابريل ١٩٦٢ مجموعة النقض المدنى ١٣ — ٨١ — ٥٤٣ .

فإن الحكومة تكون مسئولة عن عمله باعتباره متبوعة له ، وعلى ذلك إذا صدم سائق سيارة إحدى الوزرات أحد المارة فقتله أو جرحه ، فإن الوزارة باعتبارها شخصاً معنوياً تكون مسئولة عن تعويض هذا الضرر باعتبار أن السائق تابع لها .

٥٠ ـ عدم اشتراط حرية الاختيار .

ويلاحظ أن مناط التبعية هو السلطة الفعلية فى المراقبة والتوجيه . ومتى توافرت هذه السلطة ، وجدت علاقة التبعية وتحققت مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، ولو لم يكن هو الذى اختاره لأداء العمل الذى يقوم به ، ولو لم يكن حراً فى اختياره ، بل فرض عليه هذا التابع فرضاً (م ١٧٤/ ٢) .

وعلى ذلك يعتبر المرشد الذى يقود السفينة إلى داخل الميناء تابعاً لمالك السفينة رغم أنه ليس هو الذى اختاره ، بل فرضته عليه سلطات الميناء (٥) ويعتبر المجند تابعاً لوزارة الحربية رغم أن تجنيده مفروض عليها بحكم القانون وقد نصت المادة ١٧٤ / ٢ صراحة على قيام رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه .

عدم اشتراط التمييز .

مناط التبعية هو سلطة فعلية فى المراقبة والتوجيه ، ولا يشترط كما قدمنا أن يباشر المتبوع هذه السلطة بنفسه ، بل يجوز أن يباشرها شخص آخر بالنيابة عنه سواء كان المتبوع هو الذى كلفه بذلك ، أم كان القانون أو القضاء هو مصدر هذه النيابة ، وعلى ذلك فلا يشترط فى المتبوع أن يكون مميزاً ، فغير المميز يستطيع أن يباشر مراقبة وتوجيه تابعيه الذين يعملون لحسابه بواسطة من ينوبون عنه كالولى والوصى والقيم .

---

٥ ـ نقض مدنى فى ٢٤ اكتوبر ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ، ١٤ ـ ١٣٦ ـ ١٧٤ .

المبحث الثانى

شروط تحقق مسئولية المتبوع

٥١ — لكى يسأل المتبوع عن الضرر الناجم عن أعمال تابعة ، يجب توافر شرطين :

الأول — ارتكاب التابع لعمل غير مشروع وبعبارة أخرى خطأ .

الثانى — أن يقع هذا الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٥٢ — الشرط الاول — خطأ التابع :

لكى يسأل المتبوع عن الضرر الذى أحدثه تابعه يجب أن يكون التابع قد ارتكب عملا غير مشروع ، ويقصد بذلك وفقاً للرأى الراجح أن يكون التابع قد ارتكب خطأ ، أى انحرف فى سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد مع إدراكه لذلك . فيجب أن يتوافر فى عمل التابع الركنان اللازمان لوجود الخطأ وهما : الركن المادى أو ركن التعدى ، والركن المعنوى أو الإدراك . وهذا الركن الأخير يتطلب أن يكون التابع مميزاً . وعلى ذلك فإذا لم يكن هناك أى انحراف فى سلوك التابع ، بل كان سلوكه متفقاً مع سلوك الشخص المعتاد ، لم يكن هناك خطأ وبالتالى لم يسأل المتبوع ، كذلك إذا كان التابع غير مميز وقت حصول الضرر كما لو كان مجنوناً ، فإن فعله لا يعتبر خطأ (٦) .

وبعبارة أخرى يشترط لكى تقوم مسئولية المتبوع عن ضرر معين ، أن تتحقق أولا مسئولية تابعه الشخصية عن هذا الضرر ، فيجب أن يقع ضرر يصيب الغير (كل شخص عدا المتبوع والتابع) ، وأن يكون هناك خطأ فى جانب التابع ، وأخيراً أن تتوافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر . ويقع على المضرور الذى يطالب المتبوع بالتعويض بصفته هذه أن يثبت جميع الأركان اللازمة لتحقق مسئولية التابع (٧) :

---

٦ و ٧ نقض مدنى فى ١٦ مايو ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ٩٧ — ٦٨٩ .

٥٣ ــ الشرط الثانى ــ أن يقع الخطأ حال تأدية الوظيفة أو بسببها .

لا يسأل المتبوع وفقاً للمادة ١٢٧ عن كل أفعال تابعه الضارة . فعلاقة التبعية كما رأينا لا تقوم إلا بالنسبة لعمل أو أعمال معينة يقوم بها التابع لحساب المتبوع ، ولا تشمل نشاط التابع كله ، ولذلك فمن الطبيعى أن يشترط لتحقق مسئولية المتبوع ، أن تكون هناك صلة بين الضرر الذى أحدثه التابع وبين العمل الذى يقوم به لحساب المتبوع ، وقد حدد القانون هذه الصلة باشتراط أن يكون الضرر واقعاً حال تأدية الوظيفة أو بسببها .

فإذا انتفت صلة الخطأ بالوظيفة ، فلم يرتكب لا حال تأديتها ولا بسببها ، فلا يسأل المتبوع عن هذا الخطأ الأجنبى عن الوظيفة ، ومثاله الواضح أن يتشاجر التابع فى غير أوقات العمل وفى غير مكان العمل مع شخص بسبب نزاع لا علاقة له بعمله أو وظيفة لدى المتبوع ، فيقتله أو يجرحه ، كأن يتشاجر التابع مع أحد جيرانه فى السكن حول ضجة يحدثها أحدهما . كذلك إذا حصل التابع على أجازته السنوية فتوجه لقضائها فى بلدته الأصلية ، وهناك قام بقتل خصم له ، أو قاد جراراً فصدم أحد الأشخاص وجرحه ، فإن خطأه يكون أجنبياً عن الوظيفة ، ولا يسأل عنه المتبوع .

فيجب لمساءلة المتبوع عن أخطاء تابعه أن تكون هناك صلة بين الخطأ والوظيفة متمثلة إما فى أن الخطأ وقع حال تأدية الوظيفة أو بسببها .

٥٤ ــ الخطأ الحاصل حال تأدية الوظيفة :

لا يقصد بذلك أن يحدث الخطأ فى النطاق الزمانى الذى يؤدى فيه العمل أى فى وقته ، ولكن المقصود أن يقع الخطأ من التابع وهو يؤدى عملا من الأعمال المعهود بها إليه بحكم وظيفته لدى المتبوع .

ومثال ذلك أن يلقى خادم بجسم صلب من النافذة أثناء قيامه بتنظيفها ،

فيصيب أحد المارة بجرح ، أو يكسر زجاج سيارة . أو أن يصدم سائق سيارة عابر طريق أثناء قيادته لسيارة مخدومة .

فلا يكفى إذن لاعتبار الخطأ واقعاً فى أثناء العمل أن يحصل فى خلال الوقت المحدد للعمل متى كان منبت الصلة بهذا العمل ، وعلى ذلك إذا توجه دائن إلى مقر عمل مدينه الموظف بإحدى الشركات وطالبه بوفاء دينه ، فحصلت بينهما مشادة انتهت بإصابه الدائن ، فإن خطأ الموظف لا يعتبر حاصلا حال تأدية وظيفته ، وبالتالى لا تسأل الشركة التى يعمل بها عن الإصابة باعتبارها متبوعة له .

ومتى وقع الخطأ من التابع وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، سؤل المتبوع عنه بصرف النظر عما إذا كان فعل التابع الخاطىء قد تم بعلم متبوعة أم لا ، بل ولو كان المتبوع قد نهى تابعه عن اتيان هذا الفعل. وعلى ذلك إذا قاد السائق السيارة بسرعة فائقة فصدم شخصاً ، فإن مالك السيارة باعتباره متبوعاً يكون مسئولا ، ولو كان قد حدد لسائقه حداً أقصى للسرعة لا يصح تجاوزه.

٥٥ ـ الخطأ الواقع بسبب الوظيفة :

يسأل المتبوع عن خطأ تابعه ولو لم يقع هذا الخطأ حال تأدية الوظيفة ، إذا وقع بسببها ، أى إذا توافرت رابطة سببية بين الوظيفة والخطأ بحيث كان العمل هو سبب الخطأ .

ولكن متى تعتبر وظيفة التابع سبباً للخطأ الذى ارتكبه ؟

هذه المسألة محل خلاف وجدل شديدين فى الفقه ، واستقراء أحكام المحاكم لا يوحى بوجود ضابط أو معيار دقيق فى هذا الشأن . ويرجع ذلك الخلاف وهذا الجدل إلى أن السببية كما سبق أن قدمنا ليست شيئاً يرى ويلمس ولكنها رابطة تستنتج من وقائع الحادث بعملية عقلية .

ويمكن القول أن هنا معيارين أساسيين فى هذا الصدد ، أحدهما معيار موسع والآخر مضيق .

فوفقاً للمعيار الموسع يعتبر الخطأ واقعاً بسبب الوظيفة إذا كانت وظيفة التابع هى التى ساعدت على ارتكابه أو هيأت الفرصة لذلك . وهذا هو المعيار الذى أخذت به محكمة النقض فى عدة أحكام لها (٨) .

أما المعيار المضيق فيرى أن الوظيفة تعتبر هى سبب الخطأ . إن لم يكن التابع ليستطيع أن يرتكب الخطأ لولا الوظيفة التى كلفه بها متبوعه . وهذا المعيار المضيق هو الذى يميل إليه الفقه بصفة عامة (٩) وإن كان بعض الفقهاء يضيف إليه معياراً آخر هو اعتبار الخطأ حاصلا بسبب الوظيفة إذا كان التابع لا يفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة ، بحيث أن خطأ التابع يعتبر حاصلا بسبب وظيفته إما لأنه لم يكن ليستطيع ارتكاب هذا الخطأ وإما لأنه لم يكن ليفكر فى ارتكابه ، لولا الوظيفة (١٠) .

والواقع أننا نرى أنه أياً كان المعيار الذى نقول به ، فلا يجب أن ينظر إليه كمعيار قاطع ، وإنما لمجرد الاسترشاد والاستئناس به عند تحديد رابطة السببية بين خطأ التابع والوظيفة ، فهذه الرابطة كما سبق أن قدمنا ليست شيئاً يرى ويلمس ولكنها رابطة تستنتج من ظروف الحال بعملية عقلية ، ومن ثم يجب أن يترك للقاضى أمر البحث عن توافر رابطة السببية بين خطأ التابع ووظيفته وفقاً لظروف كل حادث دون أن نقيده فى ذلك بمعيار قاطع محدد .

---

٨ — انظر هذه الاحكام فى الوسيط للسنهورى ص ١١٦١ رقم ٦٨٤ وما بعدها .

٩ — حشمت أبو ستيت ص ٤٨٥ رقم ٥٢٣ ، انور سلطان ص ٥٣٤ رقم ٥٢٣ ، سليمان مرقس ص ٤٠١ ، رقم ٤٤٢ .

١٠ — اسماعيل غانم ص ٤١ ، جمال زكى ص ٥٣٦ رقم ٢٨٨ ، جميل الشرقاوى ص ٤٨٨ رقم ١٠٥ ، احمد سلامه ص ٣٢٢ رقم ٢٠٨ ، سمير تناغو ص ٢٨٢ رقم ٢٠١ .

ويلاحظ أن محكمة النقض فى أحكامها الأخيرة تميل إلى الجمع بين المعيارين السابقين : المعيار الموسع : معيار أن تكون الوظيفة ساعدت أو هيأت الفرصة لإرتكاب الخطأ ، والمعيار المضيق معيار أن يكون التابع لا يستطيع ارتكاب الخطأ أو التفكير فيه لولا الوظيفة[١١] .

وذلك يؤكد ما قلناه من وجوب عدم التقيد بمعيار جامد قاطع فى هذا الشأن .

وعلى كل فيمكن أن الخطأ حاصلا بسبب الوظيفة فى الحالات الآتية :

١ — إذا انتهى سائق السيارة من أداء المهمة التى كلفه بها مخدومه ، ولكنه بدلا من التوجه بالسيارة إلى الحظيرة توجه بها للنزهة فصدم شخصاً.

٢ — إذا تدخل تابع لنصرة متبوعه فى مشاجرة ، فضرب أو جرح أحد المتشاجرين .

٣ — إذا أوصل صبى بقال بعد الطلبات إلى أحد المنازل ، وبدلا من أن يغادر المنزل مباشرة توارى عن أعين أصحابه وتمكن من اختلاس شىء من الأشياء .

ومن الواضح أن التابع فى الأمثلة السابقة كلها لا يتصرف وفقاً لأوامر

---

١١ — نقض مدنى ٣ مايو ١٩٥٦ مجموعة النقض المدنى ٧ — ٨٠ — ٥٨٢ ، وقد قرر مسئولية وزارة الداخلية عن الحادث الناشىء عن اطلاق احد مخبريها سلاحه النارى فى حفل عرس على اساس ان السلاح النارى قد استلمه التابع بموجب وظيفته واستطاع بسبب هذه الوظيفة وما يسرت له من حمل السلاح أن يسير به فى غير حرج بين الناس وهيأت له الوظيفة بذلك فرصة بارتكاب الحادث باطلاق النار من الطبنجة التى يحملها اذ لولا هذه الوظيفة وما يسرت لصاحبها من حمل السلاح الحكومى لما وقع الحادث منه وبالصورة التى وقع بها .

متبوعه ، ولا حتى بعلمه ، ومن المقرر أن خطأ التابع يعتبر حاصلا بسبب العمل ولو كان التابع فى اتيانه قد خالف أمراً صريحاً لمتبوعه ، أو كان يتصرف لمحض مصلحته ومنفعته الذاتية . فالسائق الذى يستخدم سيارة مخدومه للنزهة ، يفعل ذلك بدون إذن منه ، بل ومخالفاً فى ذلك أوامر مخدومه ، ومع ذلك فإن المخدوم يسأل عن خطأ هذا السائق ، لأنه لولا وجود السيارة تحت يده لما استطاع ارتكاب هذا الخطأ فيعتبر الخطأ حاصلا بسبب عمله كسائق .

وعلى ذلك فمجاوزة التابع الحدود المرسومة لوظيفته ، بالقيام بأعمال لا تتطلبها هذه الوظيفة أو تنهاه عنها ، وسوء استعمال المنافع لوظيفته باستغلاله الإمكانيات التى وضعتها فى يده لمصلحة الشخصية ، كل ذلك لا يمنع من اعتبار خطأ التابع واقعاً بسبب عمله ، وبالتالى من تقرير مسئولية متبوعه عن هذا الخطأ ، وذلك حماية للمضرور الذى لا يعلم فى العادة حدود وظيفة التابع ليقرر ما إذا كان التابع عند ارتكابه للخطأ يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، أم أنه خارج هذه الأعمال (١٢) .

ولذلك فإذا كان المضرور قد اشترك مع التابع فى مخالفته لواجبات وظيفته ، فلا يكون له أن يرجع على المتبوع ، ومثال ذلك أن يخرج أحد أصدقاء السائق فى نزهة معه بسيارة متبوعة وهو يعلم أنه لا يجوز للسائق استخدام السيارة لمنفعته الذاتية ، فإذا أصيب صديق السائق أثناء هذه النزهة

---

١٢ — وهناك اتجاه حديث فى فرنسا الى عدم مساءلة المتبوع فى حالة مخالفة التابع لاوامره الا اذا كان يعلم بهذه المخالفة ، أو كان قد سمح بايجاد مظهر يخدع الغير ويجعله يعتقد ان التابع لم يخرج عن حدود وظيفته . انظر مارتى ورينو ص ٤٤٢ رقم ٤٢٨ ، وحكم الدوائر المجتمعة فى ٩ مارس سنة ١٩٦٠ دالوز ١٩٦٠ — ٣٢٩ تعليق سافاتييه .

فلا يكون له أن يطالب المتبوع باعتباره مسئولا عن خطأ التابع ، إذ يعتبر الخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة .

٥٦ — عدم اشتراط وقوع خطأ من المتبوع .

متى توافر الشرطان السابقان وهما وقوع خطأ من التابع فى أثناء عمله أو بسببه ، تحققت مسئولية المتبوع ، دون حاجة إلى توافر أى شرط آخر ، وبصفة خاصة دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ شخصى من المتبوع . ولذلك فلا يشترط فى المتبوع كما قدمنا أن يكون مميزاً .

ويترتب على ذلك أن المتبوع لا يستطيع التخلص من مسئوليته بإثبات انتفاء الخطأ الشخصى فى جانبه ، فما دام أن وجود هذا الخطأ ليس شرطاً لتحقق المسئولية ، فإن انتفاءه يكون عديم الأثر فى دفع هذه المسئولية .

والسبيل الوحيد لكى يتخلص المتبوع من مسئوليته هى نفى مسئولية التابع ، ويمكنه ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد للتابع فيه كقوة قاهرة أو خطأ شخص من الغير أو خطأ المضرور ذاته .

ويلاحظ أنه متى ثبت أن مرتكب الخطأ تابع للمدعى عليه، وأنه ارتكب هذا الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها ، فإن المتبوع يسأل عن تعويض الضرر الناشىء عن هذا الخطأ ، ولو لم يمكن تحديد شخص مرتكب الضرر ، ما دام من الثابت يقيناً أنه أحد تابعى المدعى عليه (١٣) .

٥٧ — قيام مسئولية التابع الى جانب مسئولية المتبوع .

رأينا أن مسئولية المتبوع لا تتحقق إلا إذا ارتكب التابع خطأ أو توافرت علاقة التبعية بين هذا الخطأ والضرر ، وبعبارة أخرى لا تقوم مسئولية المتبوع إلا إذا قامت مسئولية التابع ، فمسئولية المتبوع إذن هى مسئولية تبعية تقوم استناداً إلى مسئولية التابع وهى مسئولية أصلية ، إذ أن العمل غير المباح

---

١٣ — نقض مدنى فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٦٥ ، مجموعة النقض المدنى ١٦ — ١٦٨ — ١٠٨٢ .

الذى أضر بالغير وحرك مسئولية المتبوع قد صدر من التابع ، وقيام مسئولية المتبوع لايجب ولايلغى مسئولية التابع ، بل تقوم المسئوليتان جنباً إلى جنب ، ويترتب على ذلك عدة نتائج فى علاقة المضرور بكل من التابع والمتبوع ، وفى علاقة المتبوع بتابعه .

٥٨ ــ علاقة المضرور بالتابع والمتبوع .

إذا كان القانون يجيز للمضرور فى المادة ١٧٣ أن يطالب المتبوع بتعويض الضرر الذى أصابه من فعل تابعه ، إلا أنه لم يحرمه من الرجوع على التابع مباشرة بتعويض هذا الضرر . فأحكام مسئولية المتبوع إنما تقررت لزيادة ضمان المضرور بإيجاد شخصين يستطيع أن يدعيهما لتعويض الضرر فوقوع الضرر بفعل التابع لا يعنى حلول مسئولية المتبوع محل مسئولية التابع . بل يجعل المتبوع مسئولا إلى جانب التابع . وذلك لا ينفى أن التابع قد أخطأ وأن خطأه قد سبب للغير ضرراً ، فيستطيع المضرور إذا شاء أن يرجع على التابع مطالباً بتعويض هذا الضرر على أساس مسئوليته عن فعله الشخصى . ولا شك أن المضرور إذ يختار المتبوع أو يختار التابع لكى يطالبه بالتعويض فإنما ينظر فى ذلك إلى ما يحقق مصلحته ، والغالب أن تقضى هذه المصلحة بالرجوع على المتبوع لأنه هو الذى يكون أكثر يساراً فى العادة ، وبالتالى فإن إمكانية الحصول على التعويض منه تكون أكثر تيسيراً .

ويستطيع المضرور أن يرجع على المتبوع وحده ، فلا يلتزم بأن يرجع على المتبوع والتابع معاً (١٤) ، ويستطيع المتبوع ان يرجع على المتبوع والتابع معاً ، وفى هذه الحالة يكون الاثنان متضامنين فى اوفاء بالتعويض الذى يحكم به للمضرور وفقاً للمادة ١٦٩ من القانون المدنى التى تقرر « أنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر . »

---

١٤ ــ نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٨ ، مجموعة النقض المدنى ١٩ ــ ٩٥ ــ ٦٤٢ .

٥٩ — علاقة المتبوع بتابعه .

إذا رجع المضرور على التابع وتقاضى منه التعويض المستحق له ، انتهى الأمر عند هذا الحد . ولا يجوز للمضرور بداهة مطالبة المتبوع بتعويض آخر وإلا أثرى على حسابه بدون سبب . كما لا يجوز للتابع أن يرجع على المتبوع بشيء ، لأن مسئولية التابع هى الأصلية وفعله هو الذى سبب الضرر .

أما إذا رجع المضرور على المتبوع وتقاضى التعويض منه ، فإن المتبوع يستطيع أن يرجع على تابعه مطالباً بقيمة التعويض الذى اضطر إلى دفعه للمضرور ، ذلك أن دفع هذا التعويض يعتبر ضرراً أصاب المتبوع ، وقد تحقق هذا الضرر بخطأ التابع ، فيلتزم التابع بتعويضه وفقاً للقاعدة العامة ، وقد نص القانون المدنى على هذا الحكم صراحة فى المادة ١٧٥ عندما قرر أن « للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » .

ويستطيع المتبوع أن يرجع على تابعه بكل ما وفاه للمضرور ، ولا يمنع من ذلك كونه متضامناً مع هذا التابع ، ذلك أن تضامن المتبوع مع التابع فى الوفاء بالتعويض إنما يكون فى علاقتيهما بالمضرور ، أما فيما بينهما فلا تضامن ، إذ لا يعتبر المتبوع مديناً أصلياً مع التابع ، وإنما بمثابة كفيل قانونى لهذا التابع (١٥) ، ولذلك إذا قام المتبوع بالوفاء بالتعويض للمضرور ، كان له أن يرجع على التابع بكل ما وفاه ، وليس فقط بجزء منه . على أنه قد يحدث أن يكون قد وقع من المتبوع خطأ ذاتى مستقل عن خطأ التابع ، ويكون ذلك الخطأ قد أسهم فى حصول الضرر ، وفى هذه الحالة لا يكون للمتبوع أن يرجع على تابعه بكل التعويض الذى وفاه للمضرور ، بل ينتقص من هذا التعويض بقدر ما أسهم خطؤه فى حصول الضرر (١١) . وذلك وفقاً للأحكام الخاصة بالخطأ المشترك .

---

١٥ ، ١٦ — نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة النقض المدنى ٦ — ٣٥ — ٢٧٠ .

٦٠ ــ أساس مسئولية المتبوع

لماذا يجعل القانون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدث بفعل تابعه ؟

لقد أثار هذا السؤال خلافات شديدة فى الفقه وفى القضاء منذ أن تقررت مسئولية المتبوع ، وتعددت الآراء فى الإجابة عليه ، ونعرض فيما يلى لأهم النظريات التى قيل بها فى هذا الصدد .

أولا ــ نظرية الخطأ المفترض .

ومضمونها أن المتبوع يسأل عن أفعال تابعه على أساس وجود خطأ ذاتى فى جانبه ، هذا الخطأ قد يكون خطأ فى اختيار شخص التابع وقد يكون خطأ فى رقابته والإشراف عليه ، ولكن هذا الخطأ ليس واجب الإثبات كما هو الحال بالنسبة للمسئولية عن الفعل الشخصى ، بل هو خطأ مفترض ، يفترض القانون وجوده لمجرد أن التابع قد أحدث ضرراً بالغير ولا يكلف المضرور عبء اثباته .[١٧] .

ولكن نظرية الخطأ المفترض منتقدة من عدة وجوه أهمها :

يسأل المتبوع عن فعل تابعه ولو لم يكن حراً فى اختياره ولا شك أنه لا يمكن أن ينسب إلى شخص خطأ فى اختيار تابعه إذا كان هذا التابع مفروضاً عليه .

كذلك لا يستطيع المتبوع أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه قد قام بواجبه فى مراقبة المتبوع وأنه لم يكن فى وسعه عدم حصول الضرر ، وذلك ذلك دليل على أن الخطأ فى المراقبة ليس هو أساس مسئوليته ، إذ لو كان كذلك لسمح له بدفع هذه المسئولية بإثبات انتفاء ذلك الخطأ .

---

١٧ ــ وقد اخذ بهذه النظرية حكم محكمة النقض الصادر فى ١٢ يونية سنة ١٩٥٨ ، واعتبر الخطأ المفترض هو سوء الاختيار .

راجع : مجموعة النقض المدنى ٩ ــ ٦٩ ــ ٥٥٧ ، وفى الحكم الصادر فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، المرجع السابق ١٨ ــ ٢٤٣ ــ ١٦٠٤ واعتبر الخطأ هو التقصير فى الرقابة والتوجيه .

وفضلا عما تقدم فإن الرأى المسلم هو عدم اشتراط تمييز المتبوع ، فيجوز أن يكون غير مميز ، فكيف يمكن أن ينسب إلى غير المميز خطأ ؟

ثانيا ــ نظرية النيابة .

ومضمونها أن التابع يعتبر نائباً عن المتبوع فى القيام بالأعمال التى تقتضيها وظيفته لدى المتبوع ، فإذا اتصف عمل من هذه الأعمال بوصف الخطأ وسبب ضرراً للغير ، فإن هذا الخطأ ينسب إلى المتبوع باعتباره الأصيل .

ولا يمكن التسليم بهذه النظرية إلا إذا وسعنا فكرة النيابة ذاتها لتشمل الأعمال المادية على جانب التصرفات القانونية ، ذلك أن النيابة وفقاً للرأى السائد لا تكون إلا فى الأعمال القانونية .

ومن ناحية أخرى فإن مقتضى نظرية النيابة أن يكون المتبوع مسئولا وحده عن خطأ التابع عن خطئه الشخصى ، مادام هذا الخطأ ينسب إلى المتبوع ، وهذه النتيجة تخالف القاعدة المسلم بها من قيام مسئولية التابع عن خطئه الشخصى إلى جانب مسئولية المتبوع عن هذا الخطأ .

ثالثا ــ نظرية تحمل التبعة .

يجعل القانون المتبوع مسئولا عن تعويض الضرر الذى يحدثه تابعه وذلك إلى جانب قيام مسئولية هذا التابع الشخصية عن فعله ، وذلك لكى يضمن للمضرور الحصول على حقه فى التعويض إذا لم يستطيع أن يحصل عليه من مرتكب الفعل الضار وهو التابع ، فالقانون إذن يجعل المتبوع بمثابة كفيل أو ضامن للتابع فى التزامه بتعويض الغير . ولكنها كفالة من نوع خاص (١٨) .

ولكن لماذا يحرص القانون على ضمان حصول المضرور على حقه فى

---

١٨ ــ مارتى ورينو ص ٤٣٦ رقم ٢٤٢٥ ، نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨ ، مجموعة النقض المدنى ١٩ ــ ٥١ ــ ٣٢٧ .

حالة وقوع الضرر بفعل تابع ويقرر مسئولية المتبوع إلى جانب مسئولية التابع ؟ لماذا اختار القانون المتبوع بالذات لكى يجعله مسئولا أو ضامناً أو كفيلا ؟

لأنه هو الذى يستفيد من من عمل التابع ، ففوائد هذا العمل تعود على المتبوع ، فمن العدالة أن يتحمل هو المغارم الناجمة عن هذا العمل ، فالغنم بالغنم ، وعلى ذلك فإن المتبوع هو الذى يتحمل تبعة ونتائج أفعال تابعه الخاصة لأنه هو الذى يستفيد من هذه الأفعال فيما لو أنتجت نفعاً ، مع ملاحظة أن الفائدة التى يجنيها المتبوع قد تكون فائدة مادية وقد تكون فائدة معنوية .

ويلاحظ أن نظرية تحمل التبعة إنما تفسر العلاقة بين المتبوع والمضرور ولا شأن لها بالعلاقة بين التابع والمتبوع [١٩] .

المبحث الأول

المسئولية عن الحيوانات والجوامد

٦٢ ــ تمهيـــد :

تنص المادة ١٧٦ من القانون المدنى على أن : « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » .

وتنص المادة ١٧٨ على أن : « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » .

---

١٩ ــ وهذا الذى يفسر لنا امكان رجوع المتبوع على تابعه بالتعويض الذى دفعه ، لان القواعد العامة فى المسؤولية عن الفعل الشخصى هى التى تحكم هذه العلاقة .

ويستخلص من المادتين السابقتين أن الشخص المسئول عن الضرر الناشىء عن الحيوان هو حارسه ، وأن المسئول عن الضرر الناشىء عن الأشياء غير الحية (الجوامد) هو من يتولى حراسته ، ورغم إختلاف التعبير الذى عبر به المشرع عن الشخص المسئول فى الحالين ، فلا يترتب على ذلك أى أثر من ناحية تحديد المسئول بحيث يمكن القول أن الحارس فى الحالين ، ويشترط لتحقق مسئولية الحارس :

١ — أن يوجد ضرر .

٢ — أن ينشأ الضرر عن الحيوان أو عن الشيء الجامد وبعبارة أخرى أن تتوافر رابطة سببية بين الضرر و بين الحيوان أو الشيء .

ونتكلم فيما يلى عن تحديد الشخص المسئول وهو ماسماه القانون بالحارس ثم عن شروط تحقق المسئولية عن الحيوان والأشياء غير الحية .

المطلب الأول — الحارس

٦٣ — تقع المسئولية عن الأضرار الناشئة عن الحيوانات أو الأشياء الأخرى غير الحية على حارس الحيوان أو الشيء وقت حصول الضرر ، فإذا لم يكن للشيء حارس فى هذا الوقت ، فلا تنطبق أحكام المسئولية عن الأشياء ولا يمنع ذلك من إنطباق أحكام المسئولية عن الفعل الشخصى . إذا توافرت شروطاً وأهمها وقوع خطأ من شخص يكون هو المسئول .

فالاضرار الناشئة عن الحيوانات السائبة كالأرانب والجرذان البرية وأسراب الجراد ، والحيوانات المتوحشة كالذئاب ، والثعابين ، وغيرها لايسأل عنها مالك الأرض التى وجدت عليها هذه الحيوانات ، الا إذا قام الدليل على إرتكاب هذا المالك لخطأ معين . ذلك أن تلك الحيوانات ليست مملوكة لأحد ، وليس لأحد عليها من سلطان ، حتى يمكن وصفه

بأنه حارس لها ، ولذلك فإن الأضرار التى تحدثها هذه الحيوانات لا تحقق المسئولية عن الأشياء .

وعلى ذلك إذا إتخذت جماعة من الجرذان أو الأرانب البرية جحرا لها فى أرض أحد المزارعين دون علمه ، وخرجت تسطو من هذا الجحر على الزراعة المجاورة ، فلا يكون لصاحب المزرعة المجاورة أن يتمسك قبل المزارع الموجود الجحر بأرضه بأحكام المسئولية عن الأشياء ، ولكن له إذا شاء أن يتمسك بأحكام المسئولية عن الفعل الشخصى، ويتعين عليه حينئذ أن يثبت وجود خطأ فى جانب المزارع ، كأن يكون عالما بوجود جحر الجرذان أو الأرانب ولم يعمل على قتلها رغم إمكان ذلك .

٦٤ — تحديد شخص الحارس .

من هو حارس الشىء الذى يسأل عما يحدثه من ضرر ؛ نبادر فنقول إنه ليس مالك الشىء بالضرورة ، وهذا ما تقرره صراحة المادة ١٧٦ إذ تنص على أن حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول . . . ، ذلك أن المالك رغم حقه العينى على الشىء قد يكون مقطوع الصلة بالضرر الذى حدث عنه ، كما لو كان قد أعاره أو أجره إلى شخص آخر ، أو كان الشىء قد سرق منه ، فالحراسة إذن ليست ملازمة للملكية .

كذلك ليس الحارس بالضرورة هو الحائز المادى للشىء ، وفى هذا المعنى تقرر المادة ١٧٦ أن : حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب . . . أى ولو لم يكن الحيوان فى حيازته المادية ، فالشخص يظل حارسا ولو خرج الشىء عن حيازته ، فلا يشترط إذن فى الحارس أن يكون واضعا يده على الشىء فعلا ومتسلطا عليه ماديا .

فإذا لم يكن الحارس هو المالك ولا الحائز فمن هو إذن ؟ يتردد الفكر

فيما يتعلق بتحديد شخص الحارس المسئول عن الأشياء بين نظريتين : نظرية الحراسة القانونية ونظرية الحراسة الفعلية .

٦٥ ــ الحراسة القانونية :

ومضمونها أن الحارس هو الشخص الذى تثبت له على الشيء سلطة قانونية يستمدها من حق له متعلق بهذا الشيء ، سواء أكان حقا عينيا أم حق دائنية .

٦٦ ــ الحراسة الفعلية :

وهى ترى أن الحارس هو الشخص الذى تكون له السيطرة الفعلية على الشيء ، ومظهر ذلك سلطته فى استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته ، ولو لم تستند هذه السيطرة إلى أى حق ، بل ولو كانت سيطرة غير مشروعة كما هو الحال بالنسبة لسيطرة السارق على الشيء المسروق . وذلك دون اشتراط أن يكون الشخص المسيطر حائزا للشيء حيازة مادية .

فبأى من النظريتين السابقتين يأخذ المشرع المصرى ؟ تستند نظرية الحراسة القانونية اساساً إلى حجة مستمدة من المادة ١٧٦ من القانون المدنى ، فهذه المادة تقرر أن حارس الحيوان يكون مسئولا ولو ضل الحيوان أو تسرب فإستنادا إلى هذا النص يرر أنصار النظرية بقاء الحراسة فى هذه الحالة ، بأن الحارس ، وإن فقد حيازة الشيء المادية بضياعة ، إلا أنه لم يفقد سلطته القانونية ، فهذه السلطة تبقى له رغم تسرب الحيوان أو فقده ، ومن ثم فتحديد توافر الحراسة إنما يرتبط بوجوده هذه السلطة القانونية .

ولكن هذه النظرية لم تسد لا فى فرنسا ولا فى مصر ، ذلك أن الربط بين الحراسة ووجود حق أو سلطة قانونية على الشيء أمر لا يستند إلى أساس من القانون . كما أن إعتبار الشخص حارس رغم عدم توافر الحيازة المادية

للشيء ، لا يفيد بالضرورة أن مناط الحراسة هو السلطة القانونية ، وخاصة وأن المادة ١٧٦ ذاتها قد أضافت بعد كلمة الحارس عبارة : ولو لم يكن مالكا له[1] ، مما يفيد أنه لا يشترط فى الحارس أن يكون صاحب حق أياً كان على الشيء .

ولذلك فإن الرأى الراجح فى الفقه والقضاء هو الأخذ بنظرية الحراسة الفعلية ، بحيث يمكن تعريف الحارس بأنه الشخص الذى تكون له وقت حدوث الضرر سيطرة فعلية على الشيء ذاته وعلى استعماله ، لحسابه الخاص .

ولكى تتوافر السيطرة الفعلية لشخص على شيء ما ، يجب أن تكون لهذا الشخص سلطة إستعمال هذا الشيء وتوجيهه ورقابته ، وهذا هو العنصر المادى للحراسة . ويجب فضلا عن ذلك أن يباشر الشخص السلطات السابقة لحسابه الخاص أى بقصد تحقيق مصلحة شخصية له . وهذا هو العنصر المعنوى للحراسة .

٦٧ ــ العنصر المادى للحراسة :

مقتضى العنصر المادى للحراسة أن تكون للشخص إسلطات استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته ، ولا يتطلب توافر هذه السلطات أن يكون الشخص واضعا يده على الشيء من الناحية المادية أى لا تشترط الحيازة المادية للشيء ،

---

(١) الفقه : السنهورى ص ٧٠٠ رقم ٦٩٩ ، حشمت أبو ستيت ، ص ٥٠٨ رقم ٥٥٢ ، عبد الحى حجازى ص ٥٥١ ، سليمان مرقس ص ٤١٠ رقم ٤٤٨ ، انور سلطان ص ٥٤٣ رقم ٥٣٥ ، جمال الدين زكى ص ٥٤٥ رقم ٢٩٣ ، جميل الشرقاوى ص ٤٩٥ رقم ١٠٦ ، احمد سلامه ص ٣٣٠ رقم ٢١٤ .

القضاء : نقض مدنى فى ٢٥ مارس ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ ــ ٦٢ ــ ٣٩٦ ، وفى ٢ مارس ١٩٦٧ ، المرجع السابق ١٨ ــ ٨٢ ــ ٥٣١ .

فقد يكون الشيء فى يد شخص آخر ويكون للحارس مع ذلك سلطة استعماله وتوجيهه ورقابته .

فمالك السيارة الذى يتركها فى موقف ويذهب إلى عمله ، يظل حارسا لها ، وصاحب الكلب الذى يطلقه فى حديقة منزله ويسافر يظل حارسا له خلال فترة سفره .

ويمكن تفسير عبارة المادة ١٣١ من قانون الموجبات التى تقرر مسؤولية الحارس عن الاضرار التى يحدثها الشيء حتى فى الاوقات التى لا يكون فيها تحت إدارته أو مراقبته الفعلية على أساس أن المقصود بها عدم اشتراط وجود الشيء فى حيازة الحارس المادية وقت حصول الضرر .

ويقصد بالاستعمال سلطة استخدام الشيء كأداة لتحقيق غرض معين ، فاستعمال السيارة يكون بركوبها ، واستعمال الآلة بتشغيلها واستعمال السلاح الناري يكون باطلاقه وهكذا .

أما التوجيه فيقصد به سلطة الأمر التى ترد على استعمال الشيء ، أى سلطة تقرير كيف يتم هذا الاستعمال ووقته وتحديد الغرض الذى يستخدم الشيء فى تحقيقه والأشخاص الذين يسمح لهم بالاستفادة من هذا الاستخدام .

ويقصد أخيراً بالرقابة سلطة فحص الشيء ، وتعهده بالصيانة والإصلاح .

تجزئة الحراسة .

يحدث أحياناً أن تنفصل السلطات المميزة للحارس ، بحيث لا تكون له إلا سلطة واحدة منها أو سلطتان فقط ، وتفلت الثالثة من يده كما إذا كان لشخص سلطة استعمال الشيء ولكن لم يكن له توجيهه أو رقابته ، كما إذا أجر شخص سيارته لآخر أو أعارها له وكانت سلطة المستأجر أو المستعير لا تتعدى استعارة الشيء ، ولا تمتد إلى فحصه وإصلاحه ، أو كما إذا سلم شخص

شيئاً لآخر ليصلح جزءاً منه دون أن يكون له سلطة إستعمال هذا الشيء ، أو الكشف على باقى الأجزاء .

قلمن تكون الحراسة فى حالة انفصال سلطة الاستعمال عن سلطتى التوجيه والرقابة ؟

عرفت هذه المشكلة باسم مشكلة تجزئة الحراسة ، وذهب بعض الشراح وبعض أحكام القضاء إلى أنه فى الحالات التى تنفصل فيها سلطة الإستعمال عن سلطة الرقابة ، فإن الحراسة تتجزأ تبعاً لتجزئة السلطة على الشيء ، ذلك أنه لما كانت السلطة هى التى تعين الحارس ، فإن حدود هذه السلطة هى التى تحدد الحراسة ، فإذا كان الضرر راجعاً إلى استعمال الشيء كان الحارس المسئول من له استعمال الشيء أى المستعير أو المستأجر فى الأمثلة السابقة ، وإذا كان الضرر راجعاً إلى عيب فى تكوين الشيء أو تركيبه أو إلى خلل فى أحد أجزائه كان الحارس المسئول هو من له سلطة رقابة هذا الشيء أى المؤجر أو المعير ، فالحراسة تنقسم إلى حراسة استعمال وحراسة تكوين أو تركيب ، فحارس الإستعمال هو صاحب سلطة استعمال الشيء ، وحارس التكوين هو صاحب سلطة رقابة الشيء أى فحصه وإصلاحه .

والذى نراه أنه فى حالة إنفصال السلطات المميزة للحارس . يجب الاعتداد بمن له سلطة استعمال الشيء ، ذلك أن سلطات الإستعمال والتوجيه والرقابة ليست إلا المظهر المادى للسيطرة الفعلية على الشيء التى هى مناط الحراسة ، وتوافر هذه السيطرة .

لا يستدعى بالضرورة أن يجمع الشخص فى يده سلطات الإستعمال والتوجيه والرقابة ، فقد توجد هذه السيطرة ولو لم يكن للشخص سوى سلطة الإستعمال . فالعبرة هو بتوافر السيطرة الفعلية الآمرة على الشيء ، أياً كان المصدر الذى تستخلص منه هذه السيطرة . فالحراسة لا تتجزأ ، والحارس

المسئول لا يتغير تبعاً لما إذا كان الضرر ناشئاً عن عيب فى الشيء أو عن استعماله فهو واحد فى الحالين .

العنصر المعنوى للحراسة :

لا يكفى لاعتبار الشخص حارساً أن تتوافر له سلطات الإستعمال والتوجيه والرقابة ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يباشر هذه المظاهر المادية لحسابه الخاص ، أى بقصد تحقيق مصلحة أو فائدة شخصية له ، ولكن لا يشترط فى هذه المصلحة أن تكون مصلحة مالية بل يصح أن تكون مصلحة أدبية .

وعلى ذلك فإذا سلم شخص السيارة المملوكة له إلى تابع ليقوم بأداء عمل لحسابه ، فإن التابع لا يكون حارساً للسيارة حتى ولو كانت له عليها سلطات الإستعمال والتوجيه والرقابة ، وذلك لأنه لا يستخدم السيارة لحسابه الخاص ، بل لحساب المالك . كذلك فإن الولى أو الوصى أو القيم لا يعتبر حارساً للأشياء المملوكة لعديمى الأهلية أو ناقصيها ، لأنهم لا يستخدمون هذه الأشياء لحسابهم الخاص بل لحساب عديم الأهلية أو ناقصها .

هل يشترط فى الحارس أن يكون مميزا ؟

هذه المسألة محل خلاف ، فيذهب رأى إلى إشتراط أن يكون الحارس مميزاً ، ويستند هذا الرأى إلى حجتين :

الأولى : أنه يجب أن تتوافر لدى الحارس القدرة على استعمال وتوجيه ورقابة الشيء ، وهذه القدرة لا تتوافر عند المحروم من التمييز .

الثانية : أن مسئولية الحارس تقوم على أساس افتراض وقوع خطأ منه ، ولا يمكن نسبة الخطأ ولو كان مفترضاً إلى شخص عديم التمييز (١) .

ولكنى لأسلم بهذا الرأى ، ففيما يتعلق بالحجة الثانية وهى أن أساس

---

(١) السنهورى ص ١٢٠٥ رقم ٧٠٨ .

المسئولية هو الخطأ المفترض فهذا تقرير يحتاج إلى إثبات ، ومن ثم فلا يصح الاستناد إليه فى تقرير نتيجة أخرى .

وفيما يتعلق بعدم قدرة عديم التمييز على مباشرة سلطات الإستعمال والتوجيه والرقابة ، فذلك بدوره غير ثابت ، فالسيطرة الفعلية وهى مناط الحراسة يمكن أن تتوافر للشخص ولو كان عديم التمييز ، ألا يمكن للمجنون أن يركب الحصان المملوك له ، أو أن يحلب بقرته ؟

وحتى إذا كان عديم التمييز غير قادر بنفسه على مباشرة السلطة على الشىء فعلا فإن من له الولايه عليه يقوم بمباشرة هذه السلطة بالنيابة عنه ولحسابه ، شأن الحارس فى ذلك شأن المتبوع الذى يصح أن يكون غير مميز وبالتالى غير قادر على ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه على تابعه ، ولكن نائبه يقوم مقامة فى مباشرة هذه السلطة .

ولا يشترط فى الحارس أن يكون شخصاً طبيعياً ، بل يجوز أن يكون شخصاً معنوياً ، فإذا توافرت للشخص المعنوى السيطرة الفعلية على الشىء بأن باشر بمثل هذا الشخص مظاهر هذه السيطرة لحسابه ولمصلحته . كان الشخص المعنوى حارسا للشىء الذى يستعمل فى تحقيق أغراضه ، وعلى ذلك فالشركة أو الجمعية تعتبر حارسة للسيارة المملوكة لها والتى تستخدمها فى أعمالها عن طريق سائق مأجور يخضع لرقابة وتوجيه رئيس الشركة أو رئيس الجمعية .

٧٠ ــ انقضاء الحراسة :

لما كانت الحراسة عبارة عن السيطرة الفعلية التى تكون لشخص على شىء معين فإن فقد هذه السيطرة يؤدى إلى انقضاء الحراسة ، أيا كان السبب فى هذا الفقد .

وقد يفقد الشخص السيطرة على الشيء وبالتالى صفة الحراسة دون أن يكتسبها أحد غيره ، كما إذا هلك الشيء ، أو إذا كان الشيء من المنقولات ونزل صاحبه عن حيازته بنية التخلى عن حقه فيه ، ففى هذه الحالة يفقد الشخص سيطرته على الشيء ويصبح هذا الشيء من الأشياء المتروكة التى لا حارس لها .

وقد يفقد الشخص السيطرة ولكنها تثبت لشخص آخر هو من انتقلت إليه السيطرة على الشيء .

وانتقال الحراسة قد يتم بناء على عقد من العقود كما إذا باع الحارس الشيء وسلمه إلى مشتريه ، أو إذا أجره وسلمه إلى المستأجر ، ففى هذه الحالة تنتقل الحراسة إلى المشترى أو إلى المستأجر . وقد يتم انتقال الحراسة بنص القانون كما لو توفى الحارس وانتقلت السيطرة على الشيء إلى أحد ورثته ، فيصبح هذا الوارث هو الحارس . وأخيرا قد تنتقل السيطرة على الرغم عن إرادة الحارس كما لو سرق الشيء منه ، وفى هذه الحالة يصبح السارق هو الحارس لأنه المسيطر على الشيء ولا يمنع من ذلك أن تكون سيطرته هذه غير مشروعة .

ولكن لا يكفى لانقضاء الحراسة أن يكون الشخص قد فقد حيازة الشيء المادية بصفة مؤقتة ، وعلى ذلك فإذا ضل الحيوان أو هرب فإن حارسه يظل مسؤولا عن الضرر الذى يحدثه خلال الفترة التى لم يكن فيها فى حيازته المادية ، وقد نصت المادة ١٧٦ من القانون المدنى صراحة على أن حارس الحيوان مسؤول عن ضرر حيوانه وأن يكن قد ضل أو تسرب .

ولكن ذلك يفترض أن الحيوان لم يدخل فى حراسة شخص آخر ، فإذا توافرت لشخص آخر ، السيطرة الفعليه على الحيوان الضال أو الهارب ، فإنه يصبح حارسا له ، أيا كان غرضه من مباشرة هذه السيطرة . أى سواء كان ذلك

بنية تملك الحيوان ، أو بنية الحفاظ عليه حتى يتبين صاحب الحق فيه . ومتى دخل الحيوان فى حراسة شخص جديد ، فإن صفة الحراسة تسقط عن حارسه السابق .

وحتى إذا لم يدخل الحيوان فى حراسة شخص جديد ، فإن الحراسة تنقضى وتزول عن حارسه السابق، إذ كف عن ملاحقته بحيث أصبح الحيوان شيئا مباحا يجوز لأول شخص يضع يده عليه أن يتملكه ، فمن الواضح أنه لا يمكن القول باستمرار حراسة الشخص لحيوانه الضال أو الهارب إلى الابد .

٧١ ــ اثبات الحراسة :

القاعدة العامة أن عب الاثبات يقع على المدعى ،ولذلك يجب على المضرور الذى يطالب بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية عن الأشياء أن يقيم الدليل على توافر أركانها ومنها أن الشىء الذى أحدث الضرر كان فى حراسة المدعى عليه وقت حصول الحادث .

ولما كانت الحراسة تقوم على السيطرة الفعلية التى تكون للشخص على الشىء ، أى على وقائع مادية ، فإنه يجوز إثباتها بجميع طرق الاثبات ، بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن .

وقد أوجد القضاء عدة قرائن تساعد المضرور على اثبات توافر الحراسة للمدعى عليه أهمها أنه إذا كان المدعى عليه مالكا للشىء الذى أحدث الضرر ، فإن ملكيته تقيم قرينة على أنه حارسه ، بحيث يكتفى من الحارس باثبات أن المدعى عليه هو مالك الشىء ، ولا يكلف إثبات أنه حارسه ، وتقوم هذه القرينة على أساس أن الغالب فى المالك أن يكون هو صاحب السيطرة الفعلية على الشىء ، وأنه يستعمله لحسابه الخاص .

ولكن قرينة الحراسة التى تتوافر للمالك قرينة بسيطة كسائر القرائن القضائية ، ولذلك يستطيع المالك أن يهدمها باثبات أنه رغم ملكيته للشىء ، فإنه لم تكن له السيطرة الفعلية عليه وقت الحادث ، وأن هذه السيطرة كانت لشخص آخر ، كمستأجر أو سارق مثلا .

المطلب الثانى

شروط تحقق مسئولية عن الأشياء

٧٢ — يشترط لتحقيق مسئولية حارس الشىء عن القدر الناشىء عن هذا الشىء :

١ — أن يوجد ضرر .

٢ — أن ينشأ الضرر عن حيوان أو عن شىء آخر من الأشياء التى نص عليها القانون .

٧٣ — فأما عن وجود الضرر فهو أمر بدهى ، والضرر ركن فى المسؤولية عموما سواء تعلق الأمر بالفعل الشخصى أو بفعل الغير أو بشىء عن الأشياء. ولا يختلف معنى الضرر ولا شروطه باختلاف السبب الذى أدى إليه ، ولذلك فإننا نحيل هنا إلى ما سبق قوله بشأن الضرر عموما عن الكلام فى المسؤولية عن الفعل الشخصى . ونكتفى هنا بأن نلفت النظر إلى أن بعض الشراح يرون أنه ما دام الأمر يتعلق بفعل الأشياء فلا يتصور أن يترتب على ذلك ضرر أدبى ، فالأشياء لا ترتب فى نظرهم إلا أضرارا مادية . ولكن هذا القول غير دقيق ، فالضرر الأدبى قسمان :

١ — قسم ينتج من المساس بالسمعة والشرف ، وهذا لا يمكن حصوله من شىء ، إذ يفترض اتجاه ارادة الفاعل إليه مما يجعل الأمر يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصى ، ولو استخدام الشىء فى أحداث الضرر ، كما لو سب شخص

آخر عن طريق الإذاعة ، فلا يعتبر الضرر ناشئاً عن شيء هو جهاز الإرسال، وإنما عن فعل المتحدث الشخصى .

٢ — وقسم ينتج عن المساس بالعاطفة كالألم الذى يصيب الإنسان من جراء وفاة شخص عزيز لديه ، وهـــذا الضرر قد يترتب على فعل شيء من الأشياء .

وأياً كان الضرر الذى أصاب المضرور ، فإن المسئولية عن الأشياء تتحقق ، ولكن يجب أن يلاحظ أنه يجب ألا يكون الضرر قد لحق بالشيء ذاته ، فنحن نتكلم عن المسئولية عما يسببه الشيء من ضرر للغير ، لا عما يصيب الشيء ذاته من ضرر ، وعلى ذلك فإذا كان حارس الشيء غير مالكه كمستأجر مثلا . وأصيب الشيء بضرر وهو فى يد حارسه ، فلا يستطيع المالك أن يتمسك تجاه الحارس بقواعد المسئولية عن الأشياء ، وعلى ذلك فإذا جذب الحيوان الحبل المربوط به فاختنق ومات ، فلا يكون للمالك أن يطالب مستأجره بناء على أحكام المسئوليه عن الأشياء .

— هذا فيما يتعلق بالضرر ، أما فيما يتعلق بشرط نشوء الضرر عن شيء جامد فإنه شرحه يتطلب الكلام عن :

١ — المقصود بالأشياء الجامدة وبالحيوان .

٢ — رابطة السببية بين الشيء والضرر .

١ — الأشياء التى يسأل الحارس عنها

٧٤ — أولا — الحيـــوان :

يقصد بالحيوان كل شيء حى عدا الإنسان ، سواء كان يسمى من الناحية العلمية البحتة حيواناً أم لا ، وعلى ذلك فالبقر والخيل والحمير والغنم والكلاب

والفطط تعتبر من الحيوانات . كذلك الطيور من دجاج وبط وعصافير وأوز تعتبر من الحيوانات .

وأخيراً فإن الحشرات كالنحل تعتبر من الحيوانات فى مدلول المادة ١٧٦.

ومتى كان الشىء حيواناً انطبقت أحكام المسئولية عن الحيوان ، بصرف النظر عما إذا كان هذا الحيوان من الحيوانات المستأنسة كالكلاب والبقر ، أم من الحيوانات المتوحشة كالسباع والنمور والنسور . وسواء أكان هذا الحيوان من آكلة العشب أم من آكلة اللحوم .

٧٥ ــ ثانيا : الاشياء الجامدة أو الجوامد :

ويقصد بها كل الأشياء غير الحية عدا المبانى .

وقد قصرت المادة ١٧٨ أحكام المسئولية عن الأشياء على « الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة وعلى الآلات الميكانيكية » فأخذت بذلك الأشياء غير الميكانيكية التى لا تتطلب حراستها عناية خاصة من نطاق هذه الأحكام .

وعلى ذلك فالأشياء التى يسأل عنها الحارس وفقاً للمادة ١٧٨ تشمل طائفتين :

٧٦ ــ الطائفة الأولى ــ الآلات الميكانيكية :

وهى الأشياء المزودة بمحرك أو قوة دافعة كالبخار أو الكهرباء أو البترول .

فجوهر الآلة الميكانيكية هو إحتواؤها على محرك ، ولا يهم بعد ذلك الغرض الذى تستعمل فيه الآلة ، ولا المواد المصنوعة منها ، ولا الشكل الذى تتخذه .

وتطبيقاً للتعريف المتقدم تعتبر آلة ميكانيكية كل من السيارة ،

والدراجة التجاريه (الموتوسيكل) والدراجة العادية المزودة بمحرك ، وقاطرات السكة الحديد ، والقطارات الكهربائية (الترام والمترو)، والمصاعد الكهربائية ، والآلات الصناعية والزراعية ، كالآلات فى المصانع المختلفة ، وآلات الطحن والدرس والحرث .

٧ ــ الطائفة الثانية ــ الأشياء التى تتطلب حراستها عنـــاية خاصة .

لم يكن الشىء الذى أحدث الضرر من الآلات الميكانيكية ، فلا تخضع المسئولية عنه لحكم المادة ١٧٨ إلا إذا كان من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة .

وفى تحديد متى تتطلب حراسة الشىء عناية خاص ، تردد الفكر بين رأيين :

الأولى ــ يذهب إلى أن الشىء يحتاج إلى عناية خاصة فى حراسته إذا كانت طبيعته تقتضى هذه العناية ، أو إذا كانت الظروف والملابسات التى صاحبت الحادث قد اقتضت عناية خاصة فى حراسة الشىء ، ولو كان هذا الشىء بطبيعته لا يحتاج إلى عناية خاصة . « فعربة الركوب والشجرة ، والسلم والحبل والرمال والصخر أشياء غير خطرة بطبيعتها . ولكنها قد تصبح خطرة فى ظروف معينة ، فعربة الركوب بالنسبة للمشاة شىء خطر وهى ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات ، والشجرة ليست خطرة ما دامت فى وضعها الطبيعى . فإذا اقتلعتها الريح ورمت بها فى عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً ، والسلم يصبح خطراً إذا دهن بمادة لزجة تجعل الإنزلاق عليه أمراً محتملا جداً والحبل قد يصبح خطراً إذا جعل فى وضع بحيث يرتطم به الناس ، وهذا هو الشأن فى الرمال إذا انهالت وفى الصخر إذا انحدر . »[1]

الثانى ــ ويذهب إلى أن نص المادة ١٧٨ مقصور على الأشياء الخطرة

---

(١) السنهورى ص ١٢٣٧ رقم ٧٣١ .

بطبيعتها ، أما الأشياء التى لا تعتبر خطرة بحسب طبيعتها فلا تدخل ضمن الأشياء التى عنتها هذه المادة .

والرأى الأول يوسع من نطاق المادة ١٧٨ ويؤدى إلى أن تدخل جميع الأشياء فى هذا النطاق ، لأن كل شىء قابل لأن يصبح خطراً إذا وجد فى ظروف أو أحاطت به ملابسات من شأنها أن تجعل حراسته تتطلب عناية خاصة ، فتطبيق هذا الرأى من شأنه القضاء على التفرقة التى أوجدها المشرع بين الأشياء ، وفى ذلك مخالفة صريحة لروح التشريع وما قصده واضعوه من عدم إطلاق المسئولية على جميع الأشياء (٢) .

٢ — رابطة السببية بين الشىء والضرر

٧٨ — لا يكفى أن يوجد ضرر ، وأن يكون هناك شىء فى حراسة المدعى عليه لكى تتحقق مسئوليته عن ذلك الضرر ، بل يجب أن يكون هذا الشىء هو الذى أحدث الضرر ، وبعبارة أخرى يجب توافر رابطة سببية بين الشىء والضرر .

وتوافر رابطة السببية يتطلب أن يكون الشىء قد تدخل فى أحداث الضرر . فإذا لم يكن للشىء أى دور فى حصول الضرر فإن حارسه لا يمكن أن يسأل وفقاً للمسئولية عن الأشياء ، مثال ذلك أن يسقط أحد المارة أثناء عبوره الطريق ويصاب بجروح ، وفكون هناك سيارة آتية على بعد مائتى متر منه ، فإن الحادث لا يكون ناشئاً عن السيارة إذ أنها لم تمسه ولم يكن لها أى دخل بسقوطه الذى جاء نتيجة لتعثره فى سيره .

غير أن ضرورة تدخل الشىء فى حدوث الضرر لا تتطلب أن يكون

---

(٢) انظر المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدنى ، مجموعة الاعمال التحضيرية الجزء الثانى ص ٤٣٥ .

هناك احتكاك مادى بين الشىء والشخص المضرور أو المال الذى أصابه تلف، فقد يتدخل الشىء الجامد فى أحداث الضرر دون أن يكون هناك احتكاك مادى.

فإذا وقفت سيارة فجأة فقطعت الطريق على راكب دراجة بخارية (موتوسيكل) فاضطر إلى الإنحراف عن سبيله ليتفادى الاصطدام بها فسقط وجرح أحد المشاة ، فإن حارس السيارة يكون مسئولا عن الحادث ولو أنه لم يحصل أى احتكاك مادى بين السيارة والمضرور ، كذلك إذا جمح حصان فأثار ذعر أحد الأشخاص فوقع أثناء هروبه من أمامه ، فإن حارس الحصان يكون مسئولا عن الحادث ولو أن الحصان لم يمس المضرور ،

كذلك يسأل حارس السيارة عن كسر زجاج واجهة محل من المحلات نتيجة قذف عجلة سيارته لحصاة متروكة على الطريق ولو لم يحصل أى تصادم بين السيارة وهذه الواجهة .

ولكن مجرد تدخل الشىء فى حصول الضرر لا يكفى بذاته ، بل يجب أن يكون التدخل إيجابياً (١) ، ويعتبر تدخل الشىء إيجابياً إذا كان وقت حصول الحادث فى وضع غير مألوف أو غير طبيعى من شأنه أن يؤدى إلى حصول الضرر بحكم السير العادى للأمور .

أما إذا كان تدخل الشىء فى حصول الحادث سلبياً بمعنى أن الشىء وقت الحادث كان فى وضعه المألوف الذى ليس من شأنه أن يسبب ضرراً فى العادة ، فلا يعتبر أن هذا الشىء هو سبب الضرر .

وعلى ذلك إذا سقط شخص من فوق أحد المنازل ووقع على سيارة سائرة فى الطريق ، فمات أو جرح ، فإن السيارة لا تعتبر هى سبب الضرر ، رغم تدخلها فى حصول الحادث ، لأن تدخلها كان سلبياً .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٠ فبراير ١٩٦٤ مجموعة النقض المدنى ١٥ — ٤٢ — ٢٤٠ .

فيجب إذن لاعتبار الشيء هو مصدر الضرر أن يكون الشيء هو السبب الفعال أو المنتج لهذا الضرر ، ولا يكون الشيء كذلك إلا إذا كان فى وضع غير طبيعى من شأنه إحداث الضرر بحكم السير العادى للأمور ، أما إذا كان الشيء مجرد سبب عارض فإنه لا يعتبر مصدراً للضرر .

ويقع عبء إثبات توافر رابطة السببية على عاتق المضرور مدعى المسئولية ، فيجب أن يثبت هذا المضرور أن الشيء الذى كان فى حراسة المدعى عليه قد تدخل تدخلا فى حدوث الضرر ، فإذا هو عجز عن إثبات ذلك رفضت دعواه . ومتى أثبت المضرور أن الشيء قد تدخل فى حدوث الضرر افترض أن هذا كان إيجابياً ، ولكن هذا الافتراض ليس قاطعاً ، بل هو بسيط ، فيستطيع المدعى عليه أن يتخلص من المسئولية بإثبات أن الشيء وإن تدخل فى حدوث الضرر إلا أن تدخله كان سلبياً محضاً .

المطلب الثالث

نطاق مسئولية حارس الحيوان والجوامد

٧٩ ــ أولا ــ أثر وجود رابطة عقدية بين الحارس والمضرور .

يحدث أن يكون كل من حارس الشيء الذى أحدث الضرر والشخص المضرور مرتبطين بعقد من العقود سابق على حدوث الضرر ، فما هو أثر وجود هذه الرابطة العقدية على حق المضرور فى التمسك بأحكام المسئولية عن الأشياء ؟

وبعبارة أخرى إذا كان فى استطاعة المضرور أن يتمسك قبل حارس الشيء بأحكام المسئولية العقدية نظراً لاخلال الحارس بالتزام عقدى إخلالا ترتب عليه الضرر الذى حصل للمضرور ، هل يجوز للمضرور أن يستبعد

أحكام المسئولية العقدية وأن يراعى الحارس وفقاً لأحكام المسئولية عن الأشياء المنصوص عليها فى المادتين ١٧٦ و ١٧٨ من القانون المدنى ؟ وبذلك يكون للمضرور أن يختار بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية وفقاً لمصلحته ؟

سبق أن عرضنا لموضوع الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية بصفة عامة ، ورجحنا عدم جواز هذه الخيرة ، وهو ما يترتب عليه فى مجال المسئولية عن الأشياء ، إستبعاد أحكام هذه المسئولية ، وتطبيق أحكام المسئولية العقدية وحدها إذا كان الضرر الذى أصاب الدائن قد نتج عن الإخلال بالتزام عقدى ، ولو كان هذا الإخلال قد نتج عن شىء استخدمه المدين فى تنفيذ التزامه .

وبناء على ذلك فإن أمين النقل يسأل عن الضرر الحادث الأشخاص الذين ينقلهم مسئولية عقدية رغم أنه يستخدم فى تنفيذ التزامه بالنقل آلات ميكانيكية كالسيارات والطائرات . كذلك فإن الطبيب يسأل عن الأضرار التى تصيب مرضاه مسئولية عقدية لا تقصيرية ، ولو استخدم فى علاجهم آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة كالكهرباء .

ولكن يلاحظ أنه لا يكفى للقول بإستبعاد أحكام المسئولية عن الأشياء وجود عقد بين الحارس والمضرور ، بل يجب أن يكون الضرر قد نشأ عن الإخلال بالتزام ناشىء عن ذلك العقد ، فلا تقوم المسئولية العقدية التى تستبعد المسئولية عن الأشياء إلا إذا تحقق الإخلال بالتزام عقدى ، فإذا لم يتحقق هذا الإخلال ، فلا تقوم المسئولية العقدية ، وبالتالى لا تستبعد أحكام المسئولية عن الأشياء بل تنطبق . وعلى ذلك إذا استخدم شخص عاملا لإدارة آلة ميكانيكية ، فأصيب العامل من هذه الآلة ، فإنه يستطيع أن يتمسك قبل رب العمل بأحكام المسئولية عن الأشياء رغم إرتباطهما

بعقد عمل ، ذلك أن عقد العمل لا ينشىء على عاتق صاحب العمل التزاما بسلامه عماله ، ومن ثم فحصول ضرر للعامل لا يشكل إخلالا بأى التزام عقدى[1] .

٨٠ ـ استبعاد أحكام المسئولية عن الاشياء فى حالة أسهام عـــدد أشياء فى حصول الضرر .

قد لا ينتج الضرر من تدخل شيء واحد فى حصول الحادث ، بل من تدخل عدة أشياء ، كما لو تصادمت سيارتان ، ولم يثبت خطأ فى جانب أى من حارسى السيارتين . فهل تنطبق أحكام المسئولية عن الأشياء فى هذه الحالة ؛

حرصت بعض التشريعات على مواجهة هذه الحالة صراحة بنصوص قررت إستبعاد أحكام المسئولية عن الأشياء فى هذه الحالة ، بحيث يتعين على المضرور أن يثبت خطأ المدعى عليه وفقا للقاعدة العامة فى المسئولية عن الفعل الشخصى ؛ فلا يكفيه أن يثبت أن الضرر قد نشأ عن شى كان فى حراسة المدعى عليه وقت الحادث[1] .

أما القانون المصرى فقد خلا من أى حكم ينظم هذه الحالة ، ولذلك فإن المسألة محل خلاف ؛ ولكننا نرجح إنطباق أحكام المسئولية عن الأشياء فى

---

(١) وذلك على فرض عدم استبعاد احكام المسئولية المدنية نتيجة لتطبيق قانون التأمين الاجتماعى . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اصيب قائد طائرة تدريب او قتل فى حادث سقوط للطائرة ، فان وزارة الحربية المالكة للطائرة تكون هى الحارسة المسئولة عن تعويض الضرر الناشىء عن هذا الحادث ولو كانت قد سلمتها الى قائد الطائرة لتدريب الطلاب عليها .

نقض مدنى ٢٥ مارس ١٩٦٥ مجموعة النقض المدنى ١٦ — ٦٢ — ٣٩٦ .

هذه الحالة على أساس عدم وجود أساس لإستبعاددا ، ويترتب على ذلك أن يكون حارس كل من الأشياء التى أسهمت فى حصول الضرر مسئولا عن تعويض الضرر الذى لحق خصمه ، ولكن مسئولية كل حارس لا تكون كلية بل جزئية ، ذلك أن الضرر الذى يشكو منه كل مضرور لم ينتج عن الشىء الذى فى حراسة خصمه فقط . بل وعن الشىء الذى فى حراسته هو ، ففى حالة تصادم سيارة ا بسيارة ب وإصابة كل من صاحبى السيارتين ، يكون الضرر الذى لحق ا ناتجا عن سيارته الخاصة وعن سيارة ب ، ويكون الضرر الذى لحق ب ناتجا عن سيارته وعن سيارة ا ،ويقتضى ذلك أن تنقص مسئولية كل حارس فى مواجهة الآخر بقدر إسهام سيارة الآخر فى حصول الضرر .

٨١ ــ ثالثا ــ استبعاد أحكام المسئولية عن الاشياء فى حالة مساهمة المضرور فى الاستفادة من الشىء .

قد يحدث أن يكون المضرور مستفيدا وقت حصول الحادث من نشاط الشىء الذى سبب له الضرر ، والصورة العملية لهذه الاستفادة هى صورة النقل مجاملة، فكثيرا ما يحدث أن يسمح صاحب سيارة لصديق له أو لشخص يصادفه فى طريقه بالركوب معه ليوصله إلى مكان ما دون أن يتقاضى منه أى أجر مقابل هذا النقل . فإذا انقلبت السيارة أو اصطدمت بشىء وأصيب الشخص المنقول مجاملة ، فهل يستطيع أن يتمسك ضد الناقل وهو حارس السيارة بقواعد المسؤولية عن الجوامد ؟

لا يوجد فى القانون نص يواجه هذا الغرض ، ويبدو أنه ما دامت أركان المسؤولية عن الأشياء قد توافرت فلا مناص من السماح للمضرور بالتمسك بأحكامها ، إذ لا يوجد أى مبرر قانونى لعدم تطبيقها .

ولكن الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى إستبعاد تطبيق قواعد المسؤولية عن الأشياء فى حالة النقل مجاملة ، وفى كل الحالات التى يستفيد فيها المضرور

مجانا من نشاط الشيء[1] .

ويلاحظ أنه لا يوجد عقد نقل فى هذه الحالة ، لأن عقد النقل يتطلب التزام الشخص المنقول بدفع أجر مقابلا لعملية النقل ، ولذلك فإن مسؤولية الناقل لا يمكن أن تترتب على أساس عقدى .

ولكن أثر مساهمة المضرور فى الاستفادة من الشيء يقتصر على استبعاد أحكام المسؤولية عن الأشياء ، فلا يمنع المضرور أن يتمسك قبل الناقل بقواعد المسؤولية عن الفعل الشخصى ، ولكنه يلتزم فى هذه الحالة بإثبات خطأ الناقل وفقا للقواعد العامة .

وقد اختلف الشراح فى تبرير استبعاد أحكام المسؤولية عن الجوامد فى حالة النقل المجانى رغم توافر أركانها ، والذى نراه أن فكرة المنفعة هى التى تبرر هذا الاستبعاد ، فالراكب مجانا يستفيد من نشاط السيارة ولذلك يجب عليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط لأن الغرم بالغنم ، وهذا الذى ذهب إليه القضاء يتفق مع قواعد الأخلاق التى تأبى أن يسأل من يؤدى خدمة مجانية دون ثبوت خطأ فى جانبه ، وتنكر على المستفيد من هذه الخدمة أن يلجأ إلى مقابلة الجميل الذى طوقه به الناقل بالجحود ، فيطالبه بتعويض ضرر لم ينشأ عن خطأ ارتكبه .

وتستبعد كذلك أحكام المسؤولية عن الحيوان إذا كان المضرور قد ساهم فى إستخدامه مجانا ، وعلى ذلك إذا مر راكب جواد بصديق له فأردفه وراءه ليوصله إلى وجهته ، فجمح الجواد وألقى به أرضاً ، فلا يكون للصديق أن يطالب حارس الجواد وفقاً لأحكام المسئولية عن الحيوان المقررة بالمادة

---

(١) وكان القضاء الفرنسى الى عهد قريب يسير على هذا الراى منذ حكم الدائرة المدنية فى ٢٧ مارس ١٩٢٨ (دالوز الدورى ١٩٢٨ — ١ — ١٤٥ تعليق ريبير) .

١٧٦ ، بل وفقا للقاعدة العامة فى المسئولية عن الفعل الشخصى ، وهى تلزمه باثبات خطأ فى جانب المدعى عليه .

المطلب الرابع

وسائل دفع المسئولية عن الأشياء وأساسها

١ — دفع المسئولية عن الأشياء

٨٢ — تنص المادة ١٧٦ على أن حارس الحيوان . مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر .. ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه وتنص المادة ١٧٨ على أن كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه .

ويستخلص من النصين المتقدمين أنه لكى يتخلص الحارس من المسئولية التى تهدد بسبب حصول ضرر من الشيء الموجود فى حراسته يجب عليه أن يثبت أن وقوع الضرر يرجع إلى سبب أجنبي عنه . وهذه القاعدة تتضمن شقين :

٨٣ — الشق الاول — عدم كفاية اثبات انتفاء الخطأ .

لكى يعفى الحارس من المسئولية لا يكفى أن يثبت أنه لم يرتكب أى خطأ ، أى لا يكفى أن يثبت إستقامة سلوكه وعدم وجود أى انحراف منه عن مسلك الشخص المعتاد ، ولا يجديه أن يقيم الدليل على أنه قد إتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع الشيء من الأضرار بالغير[1] .

---

(١) نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر ١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ — ١٦٥ — ١١٥٦ ، وفى ٢٢ نوفمبر ١٩٦٦ ، المرجع السابق ١٧ — ١٧١٢ — ٢٤٣ .

٨٤ — الشق الثانى — ضرورة اسناد الضرر الى سبب أجنبى .

لكى يتخلص الحارس من المسؤولية عن الأشياء لا بد أن يثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبى ، أى عن سبب لا يد له فيه . فإذا ظل سبب الضرر مجهولا ، فإن الحارس يكون مسؤولا مع ذلك عن هذا الضرر .

والسبب الأجنبى هو واقعة لا يد للحارس فيها جعلت من حصول الضرر أمرا محتما .

وقد تكون هذه الواقعة من فعل الطبيعة ولا دخل لإرادة الإنسان فيها ويطلق عليها حينئذ اصطلاح القوة القاهرة ، وقد تكون من فعل الإنسان . فإذا كانت من فعل شخص غير الحارس وغير المضرور أطلق عليها اصطلاح فعل الغير أو خطأ الغير ، وإذا كانت من فعل مدعى المسؤولية ذاته أطلق عليها اصطلاح خطأ المضرور أو المتضرر . ويشترط تحديد الواقعة المسببة للضرر ، فلا يعفى الحارس من المسئولية إذا لم يتم تحديد هذه الواقعة وبقيت مجهلة مبهمة(٢) .

٨٥ — أولا — القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء .

القوة القاهرة حادث خارجى لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدى مباشرة إلى حصول الضرر .

ومثاله الزلازل والاعاصير والصواعق وثورة البراكين ، والمرض المفاجىء .

ويشترط فى الحادث حتى يعتبر قوة قاهرة :

---

(٢) نقض مدنى فى ٢٥ مارس ١٩٦٥ ، مجموعة النقض المدني ١٦ — ٦٢ — ٣٩٦ .

١ ــ أن يكون خارجيـــا :

أى اجنبيا عن الحارس وعن الشىء ذاته ، فإذا كان الحادث راجعا إلى خطأ الحارس أو إلى عيب فى الشىء فلا يعتبر من قبيل القوة القاهرة .

٢ ــ أن يكون غير ممكن توقعه أو تلافيه :

ومعيار عدم امكان التوقع والتلافى معيار موضوعى لاشخصى ، لا ينظر فيه إلى الحارس المدعى عليه بالذات ، بل إلى حارس عادى إذا وجد فى نفس الظروف الخارجية للمدعى عليه .

فانبهار بصر سائق السيارة بالضوء المنبعث من سيارة أخرى قادمة فى الاتجاه العكسى لايعتبر قوة قاهرة لأنه متوقع الحصول ، ويجب على السائق الحذر أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب نتائجه الضارة .

٣ ــ أن يكون غير الممكن درء نتائجه :

بأن يكون حصول الضرر عنه محتما ، فانزلاق السيارة على أرض مبللة بماء المطر أو مكسوة بالجليد لا يعتبر قوة قاهرة ، لأن السائق كان يستطيع توقى الحادث بمزيد من الحذر والعناية .

إذا توافرت الشروط السابقة اعتبرت القوة القاهرة هى السبب الحقيقى للضرر ، وبالتالى انقطعت رابطة السببية بين تدخل الشىء وذلك الضرر ، فتنتفى مسؤولية حارس الشىء .

٨٦ ــ ثانيا ــ خطأ المضرور :

إذا أثبت الحارس أن المضرور قد أرتكب خطأ وأن هذا الخطأ هو سبب الضرر الذى أصابه ، فإن المسؤولية ترتفع عن الحارس .

وعلى ذلك إذا تحرش أحد المارة بكلب فى حديقة فألقاه بحجر أو مديه

إليه بعصى فعقره الكلب ، فإن حارس الكلب لا يكون مسئولا لأن الضرر نشأ عن خطأ المضرور ، كذلك إذا سار راكب دراجة على يسار الطريق فصدمته سيارة ، فإن المسئولية ترتفع عن حارس السيارة لأن سبب الحادث هو خطأ المضرور .

٨٧ — ثالثا — خطأ الغير :

إذا وقع خطأ من شخص من الغير ، وأثبت الحارس أن هذا الخطأ هو سبب الضرر ، فإنه يتخلص من المسئولية عن هذا الضرر .

ومثال ذلك أن يقود زيد سيارته بسرعة فائقة فيصدم سيارة عمرو ويدفعها إلى الصعود على طوال الطريق وإصابة أحد المارة ، فهنا لا يكون عمرو مسئولا رغم أن سيارته هى التى صدمت المضرور ، وذلك لأن الحادث نشأ عن خطأ زيد وهو من الغير بالنسبة لعمرو .

أساس المسئولية عند الجوامد وعند الحيوان

٨٨ — يقصد بأساس المسئولية تحديد السبب الذى من أجله ألزم القانون حارس الشىء بتعويض الأضرار الناشئة عنها .

وقد اختلفت الرأى فى فرنسا وفى مصر فيما يتعلق بتحديد أساس المسئولية عن الأشياء ، ورجح أن هذه المسئولية تقوم على أساس خطأ مفترض فى جانب حارس الشىء ، فالقانون قد أقام قرينة قانونية على خطأ حارس الشىء ، وهذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس [1] .

---

(١) القضاء : نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٦٣ ، مجموعة النقض المدنى ١٤ — ١٦٥ — ١١٥٦ ، وفى ٢٢ نوفمبر ١٩٦٦ ، المرجع السابق ، ١٧ : ٢٤٣ — ١٧١٢ ، وفى ٢ مارس ١٩٦٧ ، المرجع السابق ١٨ — ٨٢ — ٥٣٢ .

الفقه : السنهورى ص ١٢٠٣ رقم ٧٠٥ وصفحة ١٢٣٩ ، رقم ٧٣٢ ، حشمت أبو ستيت ص ٥١٥ رقم ٥٥٩ ، عبد الحى حجازى ص ٥٦٧ ، كامل مرسى جـ ٢ ص ٣١٤ رقم ٧٣ . جمال زكى ص ٥٤٦ رقم ٢٩٦ ، أحمد سلامة ص ٣٤٤ رقم ٢٢٤ .

والواقع أن افتراض الخطأ بصفة قطعية ليس إلا حيلة لجأ إليها الفقه والقضاء للإبقاء على الخطأ كأساس للمسئولية عن الأشياء ، فى حين أن هذه المسئولية لا تقوم مطلقاً على أساس الخطأ .

ذلك أن القول بأن أساس المسئولية عن الأشياء هو الخطأ ، يتطلب بالضرورة أن يسمح للحارس بالتخلص من هذه المسئولية إذا أثبت عدم وقوع خطأ منه ، وهو ، لا يسمح له به .

ولا يكفى لتبرير عدم السماح للحارس بالتخلص من المسئولية بنفى خطئه أن يقال أن الخطأ مفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس أو أن هناك قرينة قاطعة على حصول الخطأ ، ذلك أن القرآئن بسيطة كقاعدة عامة ، يمكن إثبات عكسها دائماً ، إما بكل طرق الإثبات ، وإما بطرق محددة كالإقرار أو اليمين ، ولا توجد قرائن لا يمكن إثبات عكسها مطلقاً . فالقول بأن الحارس يسأل لأنه أخطأ مع عدم السماح له بنفى هذا الخطأ بأى وسيلة ، يساوى تماماً القول بأن الحارس يسأل رغم أنه لم يرتكب أى خطأ وإنما لأن الضرر قد نشأ عن شىء فى حراسته ، أى عن شىء تحت سيطرته الفعلية .

كل ذلك يدعونا إلى القول بأن مسئولية حارس الأشياء لا تقوم على أساس الخطأ ، فهى مسئولية لا خطئية أو مسئولية موضوعية ، يكفى لقيامها حدوث ضرر عن الشىء المشمول برقابة الحارس وتوجيهه ، فالمشرع عندما اختار الحارس — صاحب السيطرة الفعلية على الشىء — ليحمله عبء تعويض الضرر الناشىء عن الشىء ، راعى أنه هو الذى أنشأ المخاطر باستعماله للشىء ، وأنه هو الذى يستفيد من الشىء مباشرة أو بطريق غير مباشر ، وأن العدالة تقتضى أن يكون هو من يتحمل ما يترتب عليه من أضرار وفقاً لقاعدة الغرم بالغنم أو نظرية تحمل تبعة المخاطر كما تسمى أحياناً .

المبحث الثانى
المسئولية عن البناء

٨٨ — تنص المادة ١٧٧ من القانون المدنى على أن :

حارس البناء ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر ، ولو كان إنهداماً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

ويستخلص من هذا النص أن الشخص المسئول وفقاً له هو الحارس ، وأنه يشترط لتحقق مسئولية الحارس أن ينشأ الضرر عن إنهدام البناء الموجود فى حراسته .

١ — الشخص المسئول

٨٩ — تقع المسئولية عن الأضرار الناشئة عن انهدام البناء على حارسه .

وحارس البناء ليس بالضرورة هو مالكه وقد حرصت المادة ١٧٧ على بيان ذلك صراحة ، ولكن الحارس هو وفقاً لما قلناه بصدد المسئولية عن الحيوانات والأشياء غير الحية هو الشخص الذى تكون له وقت حصول الضرر سيطرة فعلية على البناء ذاته لحسابه الخاص .

وبناء على هذا التعريف إذا باع شخص بناء لآخر ولم يسلمه إليه ، فإن البائع يظل هو الحارس ، ولو كان البيع قد سجل وكانت الملكية بالتالى قد إنتقلت إلى المشترى .

كذلك فإن المبانى فى دور الإنشاء تكون فى حراسة المقاول العام الذى تعهد بإنشائها ، إذ تكون لهذه المقاول السيطرة الفعلية عليها ، أما إذا تم التشييد وسلم المبنى فإن الحراسة تنتقل بهذا التسليم إلى مالك المبنى .

ويعتبر المستأجر والمستعير حارساً للمبنى إذا توافرت له السيطرة الفعلية عليه ، بأن كان له استعماله ورقابته وتوجيهه لحسابه الخاص ، أما إذا ظلت السيطرة على المبنى للمالك ، فإن المالك يظل هو الحارس .

ولا يشترط فى الحارس أن يكون مميزاً ، وعلى ذلك إذا كان مالك البناء طفلا صغيراً أو مجنوناً ، فإنه يسأل وفقاً للمادة ١٧٧ عن الضرر الناشىء عن تهدم البناء (١) .

وإذا كان البناء مقاماً على أرض مملوكة لغير مالك البناء ، فإن حارس البناء لا حارس الأرض هو المسئول .

وإذا كان البناء مقسما إلى طبقات أو شقق ، وكان لكل طابق أو شقة مالك مستقل وانهدمت طبقة ، فإن مالكها هو المسئول عن هذا الإنهدام باعتباره حارساً للمبنى دون سائر الملاك ، مع ملاحظة أنه توجد فى مثل هذا البناء أجزاء مشتركة يملكها جميع الملاك أو بعضهم على الشيوع ، كأساس البناء والجدران المشتركة ، فإذا كان الإنهدام جزئياً ولكنه شمل جزءاً مشتركا فإن جميع ملاك هذا الجزء يكونون مسئولين ، وإذا انهدم البناء كله ، فإن ملاكه كلهم يسألون عن الضرر الناجم عن هذا التهدم .

ويلاحظ أن حارس البناء يكون مسئولا عن الضرر الحاصل من تهدمه ولو كانت صيانة البنيان من واجب شخص آخر غيره ، فلو عهد الحارس إلى شركة من الشركات بصيانة البناء ، ثم حصل التهدم ، فإن الحارس هو المسئول لا الشركة .

ولكن الحارس يستطيع أن يرجع بالتعويض الذى دفعه على الشخص الملتزم بالصيانة ، وله إذا شاء أن يدخل هذا الشخص منذ البداية فى دعوى

---

(١) عكس ذلك السنهورى ص ١٢١٩ رقم ٧٢١ .

المسئولية المرفوعة عليه من الغير المضرور ، كذلك يستطيع الحارس أن يرجع على المهندس المعمارى وعلى المقاول اللذين شيدا البناء ، إذا وقع الإنهدام خلال عشر سنوات من وقت تسلم البناء وفقاً للمادة ٦٥١ من القانون المدنى .

٩٠ — أثر وجود رابطة عقدية على المسئولية عن البناء :

يشترط لتطبيق أحكام المسئولية عن إنهدام البناء ألا يكون الحارس والمضرور مرتبطين بعقد سابق يلزم الحارس بسلامة المضرور ، وعلى ذلك لو أجر شخص بناء واحتفظ بالسيطرة الفعلية عليه ، ثم تهدم هذا البناء وترتب على انهدامه إصابة المستأجر بضرر ، فلا يكون للمستأجر أن يتمسك قبل المؤجر بأحكام المسئولية عن إنهدام البناء ، إذ تكون مسئولية المؤجر عقدية بناء على عقد الإيجار .

٢ — شروط تحقق المسئولية

٩١ — يشترط لتحقق المسئولية عن البناء أن يحدث ضرر نتيجة لإنهدام البناء إنهداماً كلياً أو جزئياً .

ويقتضى ذلك أن يكون هناك بناء ، وأن ينهدم هذا البناء ، وأخيراً أن يحدث ضرر نتيجة لهذا الانهدام .

٩٢ — البنـــاء :

المقصود بالبناء مجموعة من المواد جعلت منها يد الإنسان وحدة متماسكة واتصلت بالأرض إتصال قرار بحيث لا يمكن فصلها عنها دون تلف أو تغيير .

ومتى تحقق هذا المعنى فى شىء اعتبر بناء ، أياً كانت المواد التى استعملت فى إقامته ، فسواء شيد من الحجارة أو الطوب أو الخشب أو الحديد أو خليط من ذلك كله ، فإنه يعتبر بناء . كذلك لا أهمية للغرض الذى شيد البناء من

أجله ، فقد يقام للسكنى كالمنازل ، أو لاستعماله فى الصناعة أو التجارة ، كالمصانع والمتاجر، أو لمشروع مائى كالسدود والخزانات .

وقد يقام البناء على سطح الأرض ، وقد يقام فى باطن الأرض كالانفاق وأنابيب المياه والغاز ، وقد يقام فوق المياه كالجسور .

٥٣ ـ الانهـــدام .

ويجب أن يكون هناك انهدام لهذا البناء .

والمقصود بالإنهدام هو تفكك أوصال البناء بعضها عن بعض ، أو عن الأرض ذاتها .

وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون تهدم البناء كلياً أو جزئياً ، وعلى ذلك إذا احترق البناء فتطايرت النيران منه إلى الجيران ، فإن الضرر الحاصل لهؤلاء الجيران لا يعتبر ناشئاً عن تهدم بناء وبالتالى لا يحق لهم مطالبة حارس البناء وفقاً للمادة ١٧٧ ، وإنما تجوز مطالبة المالك وفقاً لأحكام المسئولية عن الفعل الشخصى بشرط إثبات خطئه (المادة ١٦٣) .

كذلك إذا سقط اصيص به زرع من شرفة أحد المنازل فجرح أحد المارة فلا يعتبر الضرر ناشئاً عن تهدم بناء ، لأن الأصيص لا يكون جزءاً من البناء .

أما إذا سقطت الشرفة ذاتها ، أو سقط (درابزين) السلم فذلك يعتبر تهدماً .

ويجب أن يكون الضرر ناشئاً عن تهدم البناء أى أن تكون هناك رابطة سببية بين الضرر وبين التهدم .

ومتى توافرت الشروط السابقة ، فإن مسئولية حارس البناء تتحقق ، دون حاجة إلى إثبات خطأ فى جانبه .

٣ — دفع المسئولية عن البناء

٩٤ — يستطيع حارس البناء أن يتخلص من المسئولية التى تقع عليه وفقا للمادة ١٧٧ بأحد طريقين :

الأول — أن يثبت أنه الحارس لا يرجع سببه إلى إهمال فى صيانة البناء أو قدم أو عيب فيه وهو يستطيع إثبات ذلك إما بإقامة الدليل على أن البناء لم يكن محتاجا إلى صيانة ، ولم يكن قديما ، ولم يكن به أى عيب ، وإما بإثبات أنه كان يقوم بإجراء الاصلاحات والترميمات اللازمة لصيانة البناء فور علمه بحاجة البناء إلى هذه الاصلاحات .

فإذا أثبت الحارس ذلك ، إنتفت مسئوليته عن الضرر الناشىء ، عن تهدم البناء .

الثانى — أن يثبت الحارس أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، كقوة قاهرة ، أو خطأ شخص من الغير ، أو خطأ المضرور ذاته . وعلى ذلك إذا أثبت الحارس أن قنبلة سقطت على البناء فهدمته ، فإنه لا يكون مسئولا عن الضرر الناشىء عن هذا الانهدام . كذلك إذا شرع الحارس فى هدم البناء لأيلولته إلى السقوط ، وأخلاه من السكان ، وأحاطته بسياج لمنع الدخول إليه ، واتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لضمان خلو المبنى من الناس وقت التهدم . ولكن متشردا تسلل إلى المبنى ونام فيه دون أن يدرك أحد وجوده ، فسقط عليه البناء وقتله أو جرحه ، فإن حارس البناء لا يكون مسئولا ، لأن الضرر نشأ عن خطأ المضرور .

٩٥ — أساس مسئولية حارس البناء .

يسأل حارس البناء عن الضرر الناشىء عن إنهدامه دون حاجة إلى إثبات

خطأ فى جانبه ، وهو لا يستطيع التخلص من هذه المسئولية كما قدمنا إلا بإثبات السبب الأجنبى ، أو بإثبات أن الضرر لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو أو قدم فى البناء أو عيب فيه . فإذا لم يستطع الحارس إثبات شىء من ذلك ظل مسئولا . ويذهب الرأى الراجح فى الفقه أن أساس مسئولية حارس البناء هو خطأ مفترض يقبل إثبات العكس

فالمضرور لا يكلف إثبات وقوع خطأ من الحارس ، فيكفى أن يقيم الدليل على أن الضرر الذى أصابه نشأ عن تهدم البناء الموجود فى حراسة من يقاضيه ، حتى يفترض وجود خطأ فى جانب هذا الحارس ، ولكن الحارس يستطيع أن ينفى وجود هذا الخطأ بأن يثبت أن البناء لم يكن فى حاجة إلى صيانة أو اصلاح فإذا أثبت ذلك انتفت مسئوليته ، أما أن عجز عن الإثبات تحققت مسئوليته .

وإقامة مسئولية حارس البناء على أساس خطأ مفترض هو الاهمال فى الصيانة لا تستقيم فى جميع الحالات ، ذلك أنه يحدث أحيانا أن ينهدم البناء نتيجة وجود عيب خفى به كضعف فى أساسه ، ولا يكون الحارس عالما بوجود هذا العيب ، ولا يكون فى استطاعته العلم به لو بذل عناية الشخص المعتاد فى الكشف عنه ، وهذا الحارس يظل مسئولا عن الضرر الناشىء عن هذا الانهدام ، فكيف يمكن القول مع ذلك أن أساس مسئوليته هو الخطأ وهو قد نفى هذا الخطأ بإثبات أن الانهدام يرجع إلى عيب خفى فى البناء لا يعلمه ولم يكن فى استطاعته الكشف عنه ؟

أن مسئولية حارس البناء قد تقوم على خطئه ، وقد تحقق بعيدة عن أى خطأ فى جانبه ، ولذلك نستصوب القول بأنها مسئولية لا خطئية ، تقوم على أساس تحمل التبعة ، باعتبار أن حارس البناء هو الذى يستفيد من وجوده مباشر أو بطريق غير مباشر ، ولذلك فهو الذى يتحمل الأضرار الناشئة عن إنهدامه

الفصل الرابع
آثار المسؤولية

٩٦ — يترتب على تحقق المسؤولية أن ينشأ التزام على عاتق شخص معين هو المسؤول بتعويض ضرر أصاب شخص آخر هو المضرور .

ويخضع هذا الالتزام فى تنفيذه للقواعد العامة المتعلقة بآثار الالتزامات بوجه عام أيا كان مصدرها .

ولكن تنفيذ الالتزام بالتعويض يثير بعض مسائل خاصة فيما يتعلق بشكل التعويض وكيفية تحديده ، وبمدى سلطان إرادة الأفراد تجاه الالتزام بالتعويض ، وأخيرا بأثر تعدد المسؤولين عن ضرر واحد ، ونتناول هذه الموضوعات فيما يلى :

المبحث الأول

التعويض

٩٧ — شكل التعويض : التعويض النقدى والتعويض العينى .

الأصل فى التعويض أن يكون تعويضا نقديا ، أى مبالغ من النقود يدفعه المسئول إلى المضرور لجبر الضرر الذى سببه له .

غير أنه يجوز أن يكون التعويض عينياً إذا كان ذلك أكثر موافقة لمصلحة المضرور ، وفى ذلك تقول المادة ١٧١ / ٢ : يقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر متصل بالعمل غير المشروع على سبيل التعويض ويكون التعويض عينياً إذا التزم المسئول بأن يؤدى للمضرور شيئاً غير النقود أو بأن يقوم بعمل لحساب المضرور .

ومثال ذلك أن يلتزم من أتلف سيارة لغيره أن يسلمه سيارة غيرها ، أو أن يلتزم الطبيب الذى أحدث جرحا بغيره أن يجرى له عملية جراحية ، أو أن يلتزم من قذف فى حق غيره أو سبه علنا ، أن ينشر بيانا فى الجرائد يعتذر فيه عن فعله .

وإذا كان التعويض نقديا فقد يأخذ صورة مبلغ من النقود يعطى للمضرور دفعة واحدة ، وقد يأخذ صورة مبلغ يقسط على عدد معين من الأقساط [1] ، وأخيراً قد يتخذ التعويض صورة إيراد مرتب مدى حياة المضرور ، فيلتزم المسئول بأن يدفع إلى المضرور مبلغا من النقود كل شهر أو كل سنة دون أن يتحدد عدد الأقساط مقدماً بل يستمر أداؤها طوال حياة المضرور ، والقاضى فى تقريره للصورة المناسبة للتعويض يراعى ما يتفق مع ظروف المضرور ومصلحته ، فهو يحكم مثلا بتعويض يأخذ صورة إيراد مرتب مدى الحياة إذا كان الضرر المعوض عنه هو عجز المضرور عن العمل عجزاً دائما .

وفى حالة ما إذا أخذ التعويض صورة أقساط أو إيراد مرتب ، يجوز للقاضى أن يلزم المسئول بأن يقدم تأمينا كالكفالة أو رهن يضمن الوفاء للمضرور بالأقساط أو بالإيراد .

٩٨ ــ تقدير التعويض :

يقدر التعويض وفقا للضرر الذى أصاب المضرور ، ويشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب بسبب العمل غير المشروع ، ويشمل كذلك الضرر الأدبى .[1]

---

(١) المادة ١٧١/ .

(١) المادتان ٢٢١ و ٢٢٢ من القانون المدنى وقد أحالت اليهما المادة ١٧٠ صراحة .

فالتعويض إذن إنما يقاس بمقدار الضرر لا بدرجة الخطأ . والضرر يتكون بصفة عامة من عنصرين أساسيين : الخسارة التى أصابت الشخص ، والكسب الذى فاته ، فيجب أن يقدر التعويض بمراعاة قيمة هذين العنصرين ، وعلى ذلك فإذا صدمت سيارة تاجراً فأصابته بجروح وأقعدته من مزاولة تجارته فترة من الزمن ، فإن تقدير التعويض المستحق لهذا التاجر يجب أن ينظر فيه إلى الخسارة التى لحقته وهى عبارة عن النفقات التى صرفها فى علاج جروحه كأجر الأطباء وثمن الدواء وأجرة المستشفى ، كما يجب الإعتداد بالكسب الذى فات هذا التاجر ، نتيجة لإضطراره إلى الكف عن مزاولة تجارته طوال مدة عجزه عن العمل .

ولا صعوبة فى تقدير قيمة الضرر إذا كان ثابتا ، بمعنى أنه منذ لحظة وقوع الحادث المؤدى إليه نشأ هذا الضرر ولم تتغير قيمته لا بالزيادة ولا بالنقصان . ولكن يحدث أحياناً أن يكون الضرر متغيراً ، كجرح يتطور ويؤدى إلى قطع طرف من الأطراف . أو إلى الوفاة . ومن المقرر أن العبرة فى تقدير قيمة الضرر هى بيوم النطق بالحكم لا بيوم حصول الضرر .

ولكن ما الوضع إذا كان الضرر لم يستقر نهائيا حتى اليوم المحدد للنطق بالحكم ؟ يستطيع القاضى فى هذه الحالة أن يقدر التعويض وفقا لقيمة الضرر يوم إصدار الحكم وأن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب عند استقرار الضرر بإعادة النظر فى تقدير التعويض (١) .

المبحث الثانى

الإتفاقات المتعلقة بالمسئولية

٩٩ — يعرف العمل نوعين من الاتفاقات المتعلقة بالمسئولية :

---

(١) وقد نصت المادة ١٧٠ من القانون المدنى المصرى على ذلك صراحة .

الاتفاقات المعدلة من أحكام المسئولية ، وإتفاقيات التأمين من المسئوليـــة .

١٠١ ــ الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية .

إذا تحققت المسئولية التقصيرية فى أى صورة من صورها بأن توافرت شروطها ، ونشأ عنها حق للمضرور فى التعويض ، فإن هذا الحق كـكل حق مالى يجوز النزول عنه كله أو بعضه ، ولذلك فالاتفاقات التى تقع بين المسئول والمضرور بعد تحقق المسئولية تكون صحيحة . ومثالها أن يطالب المضرور بتعويض قدره ١٠٠٠ جنيه فينكر المدعى عليه مسئوليته ، أو يدعى أن قيمة الضرر لا تزيد على مائة جنيه ، ثم يتصالح الطرفان على أن يدفع المسئول ٥٠٠ جنيه .

ولكن هل يجوز الإتفاق مقدماً وقبل حصول أى ضرر على تعديل أحكام المسئولية التى قد تترتب فى المستقبل ؟

ان مثل هذا الاتفاق ليس كثيراً فى العمل لأن الغالب فى المسئولية التقصيرية ألا يعرف المضرور المسئول إلا عند وقوع الضرر ، فلا يتصور أن يحصل بينهما اتفاق مقدماً ، ومع ذلك (فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يكون فيهم فى المستقبل مسئول ومضرور ، مثل ذلك الجيران ، كل جار بالنسبة إلى جاره يحتمل أن يكون مسئولا ومضروراً ، فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسئولية التقصيرية عند تحققها(١).

والاتفاقات المعدلة من أحكام المسئولية أما أن يقصد تشديد المسئولية ، أو تخفيفها ، أو إعفاء من المسئولية كلية .

ومن المتفق عليه أنه يجوز الاتفاق على تشديد أحكام المسئولية رغم

---

(١) السنهورى فى الوسيط الجزء الاول ــ الطبعة الثانية صـــفحة ١١٠٥ رقم ٦٥٢ .

عدم وجود نصوص فى القانون ، وعلى ذلك يجوز الإتفاق على أن تتحقق المسئولية عن الفعل الشخصى بمجرد حصول ضرر ، ولو لم يقع أى خطأ ، أو أن الخطأ يفترض فلا يكلف المضرور إثباته .

أما فيما يتعلق باتفاقات الإعفاء والتخفيف من المسئولية فالقانون المدنى المصرى ينص صراحة فى المادة ٢١٧ / ٣ على ما يأتى : « ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » . وهذا النص بعمومه ينطبق على كل صور المسئولية :المسئولية عن الفعل الشخصى ، عن فعل الغير ، عن الأشياء . كما ينطبق أياً كان نوع الضرر : ضرر يصيب الأشياء أم ضرر يصيب الإنسان .

ورغم أن النص لا يتكلم إلا عن الإعفاء ، فالرأى مستقر على أن البطلان يلحق كذلك الاتفاقات التى تقتصر على التخفيف من المسئولية دون الإعفاء منها .

وبطلان هذه الإتفاقات بطلان مطلق .

١٠٢ — ثانيا — الاتفاق على تأمين المسئولية .

الإتفاق على تأمين المسئولية لا يعقد بين المضرور والمسئول كباتفاقات الإعفاء أو التخفيف ، وإنما بين المسئول الإحتمالى وبين شخص من الغير يقبل أن يدفع للمسئول كل أو بعض المبلغ الذى يجبر المسئول على دفعه للمضرور إذا تحققت مسئوليته ، فتأمين المسئولية لايمس بالعلاقة بين المضرور والمسئول ، فتظل هذه العلاقة خاضعة للقواعد التى أوردها المشرع بشأن المسئولية . ويستطيع المضرور أن يرجع على المسئول كما لو لم يكن هناك اتفاق على ضمان المسئولية .

وإنما تظهر فائدة تأمين المسئولية فى العلاقة بين المسئول وبين المؤمن

(وهو فى الغالب شركة تأمين) ، فبمقتضى التأمين يجب على المؤمن أن يدفع المسئول التعويض الذى دفعه إلى المضرور .

ومن المسلم جواز تأمين المسئولية عن فعل الغير وعن الأشياء إطلاقاً ، أما فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى فلا يجوز التأمين منها إلا فيما يتعلق بالخطأ غير العمدى ، أما المسئولية عن الخطأ العمدى المقصود فلا يجوز التأمين منها ، وأى اتفاق على غير ذلك يقع باطلا ولا يعمل به (المادة ٧٦٩ مدنى) .

المبحث الثالث

تعدد المسئولين

١٠٣ — إذا حدثت عدة اضرار ونشأ كل ضرر عن فعل مستقل عن الأفعال التى أحدثت الأضرار الأخرى ، فإن مرتكب كل فعل يكون مسئولا عن الضرر الناجم عن فعله ، ولا علاقة له بمرتكبى سائر الأضرار .

ولكن قد يحدث أن يقع ضرر واحد ويرتب هذا الضرر مسئولية عدة اشخاص ، ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة .

فقد يشترك عدة أشخاص فى أحداث ضرر واحد بأن يقوم كل منهم بفعل يؤدى إلى حصول الضرر ، كما لو اشترك جماعة فى قتل شخص فطعنه كل منهم بسكين . وقد يعمل شخص لحساب عدة أشخاص وتحت اشرافهم ورقابتهم فيكونون جميعا متبوعين له ، ويسألون بهذه الصفة عن أفعاله الضارة .

وأخيراً قد تتوافر السيطرة الفعلية على الشيء لعدة اشخاص كملاك على

الشيوع ، فيكونون جميعا حراسا لهذا الشيء ويسألون بهذه الصفة عن الأضرار التي يحدثها الشيء للغير .

فى مثل الفروض السابقة ما حكم تعدد المسئولين ؟ للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نفرق بين علاقة المسئولين بالمضرور ، وعلاقاتهم فيما بينهم .

١٠٤ — علاقة المسئولين المتعددين بالمضرور .

إذا تعدد المسئولون عن الفعل الضار ، فإنهم يكونون متضامنين فى هذه المسئولية ، بحيث يستطيع المضرور أن يطالب أى واحد منهم بتعويض كل الضرر الذى أصابه (م ١٦٩) .

والشرط الأساسى لتضامن المسئولين أن يكون الضرر المطالبين بتعويضه واحدا ، فإذا صدم شخص بسيارته عابر طريق فجرحه ، فجاء شخص آخر وسرق نقود المصاب منتهزاً فرصة غيابه عن وعيه نتيجة إصابته ، فلا يكون هذان الشخصان مسئولين بالتضامن ، لأن الأول يسأل عن تعويض الجرح ، والثانى يسأل عن تعويض الشيء الذى سرقه .

ولكن لا يشترط للتضامن أن يكون مصدر الضرر فعلا واحد إشترك المسئولون فى إرتكابه ، فقد تتعدد الأفعال المؤدية إلى الضرر ، ومع ذلك يسأل مرتكبو هذه الأفعال بالتضامن مادام الضرر الناتج واحد ، وذلك سواء إرتكبت الأفعال المتعددة وفقاً لإتفاق بين الفاعلين أم لا . وعلى ذلك إذا تصادمت سيارتان ونتج عن تصادمهما إنحشار أحد المارة بين السيارتين وإصابته بجروح ، فإن حارسى السيارتين يكونون متضامنين فى المسئولية عن تعويض هذه الجروح .

١٠٥ — علاقة المسئولين فيما بينهم .

سواء كان المسئولون متضامنين فى علاقتهم بالمضرور أم كانوا غير متضامنين ، فلا تضامن فى علاقاتهم الواحد بالآخر ، بمعنى أن كل منهم لا يلتزم إلا بجزء من التعويض الكلى المستحق للمضرور .

فإذا كان هناك تضامن ودفع أحد المسئولين التعويض كله ، كان له أن يرجع على سائر المسئولين كل بقدر نصيبه فى التعويض بعد خصم نصيبه هو (نصيب من دفع التعويض الكامل) . وإذا لم يكن هناك تضامن ورجع المضرور على كل المسئولين فإن المسئولية توزع عليهم بحيث لا يلتزم كل منهم بأن يدفع إلا جزءا أو نصيبا من التعويض

فكيف يتحدد نصيب كل مسئول فى التعويض ؟

تنص المادة ١٦٩ على أنه: إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض .

ويستفاد من هذه المادة أنه يجب التفرقة بين فرضين :

الأول — أن يعين القاضى نصيب كل مسئول فى التعويض . وفى هذه الحالة لا يلتزم كل مسئول إلا بقدر النصيب الذى عينه له القاضى ، فإذا كان هو الذى دفع التعويض كله ، كان له أن يرجع على باقى المسئولين بما يزيد على النصيب الذى عينه له القاضى ، وإذا رجع عليه أحد المسئولين فلا يلزم بأن يؤدى إليه إلا هذا النصيب .

وعلى ذلك إذا اشترك ا و ب و ج فى قتل شخص فحكم عليهم بتعويض قدره عشره آلاف جنيه ، وحدد القاضى نصيب ا بخمسة آلاف جنيه ونصيب كل من ب و ج بألفين وخمسمائة جنيه ، وفى ا بكل التعويض للمضرور ، فإن ا يتحمل بخمسة آلاف جنيه ويرجع على كل من ب و ج بألفين وخمسمائة جنيه . فلا يلزم أى من ب أو ج بأكثر من هذا القدر .

ويعين القاضى نصيب كل مسئول فى التعويض إذا أمكنه أن يحدد مقدار مساهمة فعله فى حدوث الضرر ، إذ يحدد نصيب المسئول من التعويض بقدر هذه المساهمة . والغالب أن يتحدد مقدار مساهمة كل مسئول فى حدوث الضرر بالنظر إلى جسامة الخطأ الذى إرتكبه ، فمن يرتكب خطأ عمديا يلزم بقدر

من التعويض أكبر من نصيب مرتكب الخطأ غير العمدى ، ومن يرتكب خطأ جسيما يكون نصيبه فى التعويض أكبر من نصيب من يرتكب خطأ يسيرا :

الثانى — ألا يعين القاضى فى حكمه نصيب كل مسئول فى التعويض ، وفى هذه الحالة يقسم التعويض على المسئولين بالتساوى أى بقدر عدد رؤوسهم ، فإذا كان مقدار التعويض عشرة آلاف جنيه وكان المسئولون خمسة ، التزم كل واحد منهم بألفين من الجنيهات . ويغفل القاضى تعيين نصيب كل مسئول إذا لم يمكنه تعيين مقدار مساهمة كل منهم فى إحداث الضرر .

المبحث الرابع

تقادم دعوى المسئولية التقصيرية

١٠٦ — تنص المادة ١٧٢ من القانون المدنى على أن :

١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى ، فى كل حال ، بإنقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

ويستفاد من هذا النص أن دعوى المسئولية تسقط بأقصر المدتين الآتيتين :

١ — ثلاث سنوات محسوبة من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه .

٢ — خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع وعلى ذلك إذا وقع العمل غير المشروع فى أول يناير ١٩٦٠ .

ولم يعلم به المضرور إلا فى عام ١٩٧٠ ، فإن دعواه تسقط بإنقضاء عام خمس عشرة سنة أى فى أول يناير عام ١٩٧٥ .

أما إذا علم المضرور فى أول يناير من عام ١٩٧٠ بحـــدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، فإن دعواه تسقط فى أول يناير من عام ١٩٧٣ .

واستثناء من قاعدة تقادم دعوى المسئولية التقصيرية بإنقضاء أقصر المدتين السابقتين ، فإنه إذا كان العمل غير المشروع يكون فى ذات الوقت جريمة ، أى معاقباً عليه جنائياً ، فإن دعوى التعويض لا تسقط المدتين السابقتين (١٧٢ / ٢) .

وعلى ذلك إذا كان العمل غير المشروع عبارة عن قتل شخص فى أول يناير عام ١٩٦٠ ، وعلم ابن القتيل بالقتل وبالشخص المسئول عنه فى ذات التاريخ ، فإن دعواه بطلب التعويض لا تسقط بمضى ثلاث سنوات من تاريخ هذا العلم ، بل يستمر له الحق فى إقامة هذه الدى حتى أول يناير ١٩٧٠ ، ذلك أن الدعوى الجنائية تبقى قائمة لمدة عشر سنوات . فيستتبع ذلك بقاء الدعوى المدنية كذلك وعدم سقوطها .

والعلة فى ذلك أن توقيع العقوبة الجنائية أشد خطراً على المتهم من إلزامه بالتعويض ، فلا يستساغ أن يظل المتهم مهدداً بتوقيع العقوبة الجنائية لمدة عشر سنوات ، فى حين يتخلص من التهديد بمطالبته بالتعويض بعد مضى ثلاث سنوات فقط من تاريخ علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه (١) .

---

(١) ولكن يلاحظ ان ارتباط الدعويين الجنائية والمدنية مقصـــور على اطالة مدة تقادم الدعوى المدنية ، لا يمنـــع من انقضاء الدعـــوى الجنائية ، كما لو ارتكبت جناية ، ومضى عشر سنوات على ارتكابها دون أن يعلم ، والمضرور بارتكابها وبالشخص المسئول ، ففى هذه الحالة تنقضى الدعوى الجنائية بالتقادم العشرى ، وتبقى الدعوى المدنية خاضعة للتقادم الطويل ، فلا تنقضى الا بمضى خمس عشر سنة .

الباب الثانى

الإثراء على حساب الغير بلا سبب

١٧٠ ـ تنص المادة ١٧٩ ن القانون المدنى على أن :

كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الإلتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد .

فالإثراء دون سبب مشروع على حساب الغير مصدر عام من مصادر الإلتزام فى القانون المصرى .

ويقوم مبدأ رد الإثراء غير المشروع على أساس العدالة . فالعدالة تأبى أن يحتفظ الشخص بالإثراء الذى حصل عليه بلا سبب مشروع ، وتوجب رده إلى صاحب الحق فيه .

ومبدأ رد الاثراء غير المشروع من المصادر الأولى التى عرفها القانون للإلتزامات، وقد قامت تطبيقاته منذ القانون الرومانى إلى جانب مبدأ وجوب التعويض عن الضرر الناشىء عن عمل غير مشروع ، وإن لم يبرز فى صورة مبدأ عام إلا بتطورات لاحقة .

وينشاء الإلتزام وفقاً لمبدأ الإثراء غير المشروع بناء على واقعة هى واقعة إثراء شخص دون سبب مشروع إثراء يؤدى إلى إفتقار غيره ، فيقال أنه أثرى على حساب هذا الغير ، وهذه الواقعة تتحقق بصرف النظر عن الإرادة ، فهى ليست واقعة إرادية ، ولذلك لا يعتبر الإثراء غير المشروع من قبيل التصرفات القانونية ، بل من قبيل الوقائع القانونية .

الفصل الأول

الإثراء غير المشروع

١٧١ — لكى ينشأ التزام عن واقعة الإثراء غير المشروع بلا سبب يجب توافر الأركان الآتية :

١ — أن يحصل شخص نسميه المدين على إثراء .

٢ — أن يصاب شخص آخر يسمى الدائن بخسارة أو إفتقار نتيجة للإثراء الذى تحقق الأول .

٣ — ألا يكون هناك سبب قانونى للإثراء الذى حصل عليه المدين .

وتتكلم فيما يلى عن كل من هذه الأركان .

المطلب الأول

إثراء المدين

١٧٢ — يشترط حتى نكون بصدد إثراء بلا سبب ، أن يكون المدين قد أثرى أو حصل على كسب ، فوجود هذا الإثراء هو أساس إلزامه . وعلى ذلك إذا قام شخص بدهان منزل آيل للسقوط مملوك لشخص آخر ، وكان هناك قرار إدارى بهدم هذا المنزل ، فلا يكون صاحب المنزل قد حقق أى كسب من وراء هذا الدهان ؛ وبالتالى لا يلتزم بأن يدفع لمن قام به شيئاً .

١٧٣ — المقصود بالاثراء .

يعتبر إثراء كل زيادة فى الجانب الإيجابى للذمة المالية . أى كل زيادة فى أموال الشخص ، وكل نقص فى الجانب السلبى للذمة أى كل نقص فى ديونه .

وبعبارة أخرى يعتبر إثراء كل قيمة مالية يحصل عليها الشخص .

ويشمل ذلك دخول حق جديد فى ذمة الشخص سواء أكان حقاً عينياً أم حق دائنية أم حق من الحقوق الذهنية ، وزيادة قيمة حق موجود ، كالتحسينات التى تجرى على شيء مملوك للشخص .

كذلك فإن تجنيب الشخص نفقة معينة أو خسارة ، أو قضاء دين عليه ، يعتبر إثراء لأنه مـــا أن يمنع نشوء دين عليه ، وأما أن ينقص من ديون القائمة فعلا .

وعلى ذلك فإن حصول شخص على منفعة شيء دون أن يدفع قيمتها يعتبر إثراء كما لو استعمل شخص شيئاً مملوكا لغيره دون عقد إيجار ، ودون أن يكون الغير قد أعاره له .

كذلك فإن استفادة شخص من خدمات غيره دون مقابل يعتبر إثراء ، وعلى ذلك فلو أجرى طبيب عملية جراحية لطفل دون تكليف أبيه الملتزم بالإنفاق عليه ، فإن إجراء هذه العملية يعتبر إثراء للأب يلزمه برد قيمته .

والإثراء كما يتضح من الأمثلة السابقة قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً .

فيكون الإثراء إيجابياً إذا انتفع الشخص بقيمة مالية من وراء عمل الغير ، سواء تمثلت هذه القيمة فى صورة حق دخل فى ذمة المثرى ، كأن أقام شخص بناء فى أرض غيره ، فتملك صاحب الأرض هذا البناء بإلحاقه بالأرض . أم أخذت القيمة صورة منفعة أو خدمة تمت لحساب الكاسب ، كأن انتفع بشيء دون عقد إيجار مدة من الزمن أو عمل شخص لحسابه فترة دون أن يكون مرتبطاً معه بعقد عمل .

أما الإثراء السلبي فيكون بتجنيب الشخص نفقة كان عليه أن ينفقها ، ومثاله أن يفى شخص بدين واجب على غيره ، فهنا يعتبر المدين قد حصل على إثراء سلبى ، فهو وإن لم يحصل على قيمة جديدة ، قد برأت ذمته من ذلك الدين .

والقيمة المالية التى يتحقق بها الإثراء تشمل كل ما يمكن تقويمه بالنقود، فهى تشمل الإثراء المادى كما هو فى الأمثلة السابقة . كما تشمل الكسب الأدبى وهو عبارة عن مصلحة أو فائدة أدبية تتحقق للشخص .

وعلى ذلك فإذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروساً خصوصية دون اتفاق مع والده ، فإن التلميذ يكون قد حصل على إثراء معنوى ، فيلتزم برد قيمة هذا ، الإثراء وإذا قام محام بالدفاع عن متهم وحصل له على حكم بالبراءة ، فإن المتهم يلتزم بأن يرد له قيمة هذه البراءة إذا كان لا يوجد عقد بينهما بشأن هذا الدفاع .

١٧٤ — الاثراء المباشر وغير المباشر .

يكون الإثراء مباشراً إذا تحقق للمثرى دون تدخل شخص آخر غير المفتقر ، سواء كان ذلك بفعل أتاه المفتقر ذاته ، كأن يدفع شخص دينا على آخر ، أو يرمم شخص بناء مملوكا لشخص آخر ، أم بفعل المثرى كأن يستولى شخص على مال لغيره بدون وجه حق .

ويكون الإثراء غير مباشر إذا نتج عن تدخل شخص أجنبى عن المثرى والمفتقر . كأن تقوم فرقة الإطفاء بإتلاف مال مملوك لشخص فى سبيل إطفاء حريق مشتعل فى منزل شخص آخر ، فهنا افتقر صاحب المال التالف ، وأثرى صاحب المنزل ، وقد تحقق هذا الإثراء عن طريق تدخل أجنبى هو تدخل رجال الاطفاء أو أن تقوم زوجة بشراء لوازم منزلية دون دفع عنها ، ويستفيد الزوج من هذه اللوازم . فى هذه الحالة يكون الزوج قد حقق إثراء بواسطة زوجته .

المطلب الثانى

خسارة أو افتقار تصيب الدين

١٧٥ — لا يكفى لتحقق الإثراء بلاسبب أن يتحقق إثراء فى جانب

شخص ، بل لابد أن يصاب شخص آخر بخسارة أو افتقار نتيجة للإثراء الذى تحقق للأول .

١٧٦ — وجوب تحقق الافتقار .

إذا لم يترتب أى إفتقار فى جانب الشخص ، فلا يكون له أن يطالب المثرى وفقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب ، وعلى ذلك إذا أقام شخص دار للسينما ، فارتفعت قيمة الأراضى المجاورة ، فلا يجوز لصاحب السينما أن يطالب ملاك هذه الأراضى بشىء ، فهؤلاء الملاك وإن حصلوا على كسب نتيجة لإقامة السينما ، إلا أن صاحب السينما لم يصب بخسارة أو إفتقار ، فهو قد أنشأها لمنفعته ، وقد حصل على هذه المنفعة .

فيجب إذن أن يصيب الشخص إفتقار حتى يستطيع الإستفادة من قاعدة الإثراء بلا سبب ، والإفتقار الذى يتحقق قد يكون إفتقار إيجابى متمثلة فى صورة قيمة تخرج من ذمـــة الشخص كحق يفقده ، كما لو وفى دينا على شخص آخر .

وقد يكون افتقار سلبى يتمثل فى صورة منفعة فاتت على الشخص ، كما لو أدى عملا لآخر ولم يتقاضى منه مقابل لهذا العمل .

١٧٧ — رابطة السببية الاثراء والافتقار .

لا يكفى أن يكون هناك إثراء فى جانب ، وإفتقار فى جانب آخر ، بل لا بد أن يكون الإثراء الذى حصل عليه المدين ناشئاً عن الإثراء التى أصابت الدائن ، بأن يكون الإفتقار هو السبب المباشر للإثراء .

ويعتبر الإفتقـــار سبباً للإثراء إذا لم يكن الإثراء ليتحقق لولا هذا الإفتقار .

المطلب الثالث

إنعدام السبب القانونى

١٧٨ — لكى نكون بصدد إثراء على حساب الغير يلزم المثرى بالرد ، يجب أن يكون الإثراء المتحقق والإفتقار المقابل مجردين عن سبب قانونى يرتكزان عليه ، ومعنى ذلك ألا يوجد سبب قانونى يجيز للمثرى الاحتفاظ بالإثراء الذى تحقق له دون أن يلتزم برد أو تعويض . والسبب القانونى قد يكون واقعة تقرر للمثرى الحق فى الاحتفاظ بالكسب . ومثال ذلك : التقادم ، فقد يستولى شخص على شىء مملوك للغير دون وجه حق ، ولكن صاحب الحق يتراخى فى المطالبة برد هذا الشىء حتى تسقط دعواه بالتقادم ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطالب المستولى بقيمة الشىء على أساس غير المشروع .

كذلك إذا أنفق الزوج نفقة على زوجته ، فإن إثراء الزوجه يكون سببه نص القانون الذى يلزم الزوج بالانفاق .

وقد تكون الواقعة التى تعتبر سبباً قانونياً للإثراء عبارة عن عقد ومثال ذلك أن يهب شخص لآخر مالا من الأموال ، فلا يجوز للواهب أن يطالب الموهوب له بقيمة هذا المال استناداً إلى الإثراء غير المشروع لأن عقد الهبة يعتبر سبباً قانونياً لاكتسابه ذلك المال يبرر احتفاظه به .

كذلك إذا اشترط المؤجر فى عقد الإيجار أن تؤول إليه عند إنتهاء الإيجار التحسينات التى يحدثها المستأجر فى العين المؤجرة بدون مقابل ، فلا يجوز للمستأجر أن يطالب المؤجر بقيمة هذه التحسينات على أساس الإثراء غير المشروع ، لأن الإثراء يعتبر مستنداً إلى سبب قانونى هو عقد الإيجار .

أما إذا انتفى السبب القانونى للإثراء . فإن المثرى يلتزم بالرد ،

الفصل الثاني

أحكام الإثراء غير المشروع

١٧٩ ــ الالتزام بالتعويض .

إذا تحققت أركان الاثراء غير المشروع ، التزم المثرى بتعويض المفتقر.

ولكن كيف يتحدد هذا التعويض ؟

تنص المادة ١٧٩ على أن المثرى يلتزم بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة فى حدود ما أثرى به . ومعنى ذلك أن المثرى يلتزم أن يدفع إلى المفتقر أقل القيمتين :

قيمة الإفتقار وقيمة الإثراء . فإذا كانت قيمة الافتقار خمسمائة جنيه وقيمة الإثراء الفا من الجنيهات ، ، لم يلتزم المثرى إلا بدفع خمسمائة، وبالعكس من ذلك إذا كانت قيمة الافتقار ١٥٠٠ وقيمة الإثراء ١٠٠٠ ، لم يلتزم المثرى إلا بدفع ١٠٠٠ جنيه فقط .

ويلتزم المثرى بدفع أقل القيمتين وفقا لما تقدم سواء كان حسن النية أو سيئها .

ويلاحظ أن المثرى يلتزم بالتعويض ولو كان غير مميز ، وقد أشارت المادة ١٧٩ إلى ذلك صراحة ، وهذا منطقى ، لأن مصدر التزامه بالتعويض ليس الإرادة ، ولذلك فهو يلتزم بناء على واقعة مادية هى واقعة الإثراء ؛ سواء أراد هذا الإلتزام أو لم يرده ، وبالتالى سواء توافرت عنده الارادة لأنه مميز ، أو لم تتوافر عنده إرادة لأنه غير مميز .

ويلتزم المثرى بتعويض المفتقر ، بمجرد تحقق الاثراء فى جانبه ، والإفتقار

فى جانب المفتقر ، فلا يشترط أن يبقى الإثراء قائما إلى حين رفع دعوى التعويض والحكم فيها ، بل يلزم المثرى بالتعويض ولو زال الاثراء فيما بعد، وقد نصته المادة ١٧٩ على هذا الحكم صراحة .

ويترتب على الاعتداد بالإثراء ولو زال فيما بعد أنه يجب تقدير قيمة الإثراء بالنظر إلى وقت تحققه لها بالنظر إلى وقت رفع دعوى التعويض أو الحكم فيها .

أما فيما يتعلق بتقدير قيمة الافتقار ، فالمسألة محل خلاف . فيذهب رأى إلى أن العبرة فيه بيوم صدور الحكم قياساً على وقت تقدير الضرر فى المسئولية [1] والذى أراه هو وجوب تقدير قيمة الافتقار بالنظر إلى وقت تحققه كالإثراء ، فالإفتقار كالإثراء ركن من أركان واقعة الإثراء غير المشروع على حساب الغير بلا سبب ، والإلتزام بالتعويض ينشأ بمجرد تحقق كل من الإثراء والافتقار ، وهما يتحققان فى وقت واحد ، ما دام الافتقار هو سبب الإثراء ، ولذلك يكون من المنطقى أن ينظر فى تحديد قيمة كل منهما إلى وقت واحد هو وقت تحققه .

١٨٠ — هل دعوى الاثراء بلا سبب صفة احتياطية .

يذهب رأى فى الفقه والقضاء إلى أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى إحتياطية لا يجوز الإلتجاء اليها إلا إذا لم تكن هناك دعوى أو طريق آخر لحصول المفتقر على حقه ، فإذا كان للمفتقر طريق آخر ، تعين عليه إتباع هذا الطريق ، ولم يجز له الإلتجاء إلى دعوى الاثراء غير المشروع بلا سبب

وعلى ذلك فاذا اشترى شخص شيئاً ولم يدفع ثمنه ، لم يجز للبائع أن يطالب بقيمة هذا الشيء بناء على قاعدة الاثراء غير المشروع ، بل يتعين عليه أن يطالب بالثمن إستنادا إلى عقد البيع و باستعمال دعوى العقد .

---

(١) السنهورى ص ١٣٣٧ رقم ٨١٣ .

والواقع أن الذى يمنع البائع فى المثال المتقدم من الإلتجاء إلى دعوى الإثراء غير المشروع ليس هو الصفة الإحتياطية لهذه الدعوى كما يقال ، بل عدم توافر أركان ذلك الإثراء أصلا ، فاكتساب المشترى فى المثال السابق المبيع له سبب قانونى هو عقد البيع ، ووجود سبب للإثراء ، يؤدى إلى تخلف ركن من أركان قاعدة الإثراء غير المشروع ، وبالتالى لم يجز رفع دعوى الإثراء غير المشروع .

ولذلك فقد أحسن القانون المدنى المصرى إذا لم يشر إلى الصفة الإحتياطية لدعوى الإثراء غير المشروع .

١٨١ — تقادم دعوى الاثراء غير المشروع .

تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بإنقضاء أقصر المدتين :

ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة (المفتقر) بحقه فى التعويض .

خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق ، أى من يوم تحقق واقعتى الإثراء والإفتقار .

الفصل الثالث

تطبيقات تشريعية للكسب غير المشروع

١٨٢ — بعد أن نص المشرع على المبدأ العام الذى يوجب على كل من حصل على كسب إثراء غير مشروع بأن يرده للمفتقر ، وأورد تطبيقين لهذا المبدأ العام هما :

١ — رد غير المستحق .

٢ — الفضالة .

والقانون المصرى صريح فى اعتبار الحالتين السابقتين من تطبيقات مبدأ الإثراء بلا سبب كما يسميه (١) .

المبحث الأول

رد غير المستحق

١٨٢ — تنص المادة ١٨١ من القانون المدنى على أن : كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده .

وتعتبر هذه المادة من تطبيقات مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير بدون سبب ، ذلك أن من يتسلم شيئاً غير مستحق له يثرى بلا سبب ، ومن يفى بهذا الشىء يفتقر ، ولذلك وجب على من تسلم أن يرد ما تسلمه باعتبارها مثرياً على حساب المفتقر دون سبب .

المطلب الأول

شروط رد غير المستحق

١٨٣ — ويستخلص من النص المتقدم ، أنه يشترط حتى نكون بصدد حالة وفاء غير المستحق وبالتالى لكى يكون هناك التزام بالرد ، توافر الشروط الآتية :

الشرط الاول — أن يكون الدين غير مستحق الوفاء به :

يجب لجواز استرداد ما حصل الوفاء به ، أن يكون الدين الموفى غير مستحق الوفاء به ، ويتحقق ذلك فى أربعة فروض :

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى : مجموعة الاعمال التحضيرية الجزء الثانى صفحات ٤٣٩ و ٤٤٨ و ٤٧٠ .

١ ــ الالتزام لم ينشأ أصلا :

قد يكون الإلتزام الذى حصل الوفاء به لم ينشأ أصلا ولم يوجد فى أى وقت من الأوقات ، ومثال ذلك أن يعتقد شخص أن وكيله قد اقترض مبلغ من النقود من آخر لحسابه ولم يف به فيقوم هو بوفائه ، ثم يتبين أن ذلك القرض لم يتم .

٢ ــ الالتزام نشأ واستحق ثم انقضى بعد ذلك :

قد ينشأ الإلتزام أى يكون موجوداً فى أى وقت من الأوقات ، ثم ينقضى بسبب من أسباب انقضاء الإلتزام ، فإذا وفاه الشخص بعد ذلك معتقداً أنه لم ينقض كان له أن يسترد ما وفاه .

ومثال ذلك أن يطالب شخص وارث مدينه بدين على مورثه ، فيدفع الوارث الدين ، ثم يعثر بعد ذلك ضمن أوراق مورثه بمخالصة صادرة من الدائن عن هذا الدين بالذات .

٣ ــ الالتزام مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق بعد :

ويكون ذلك إذا كان الإلتزام معلقاً على شرط واقف أو مضاف إلى أجل .

فإذا كان معلقاً على شرط واقف ، ووفاه المدين قبل تحقق هذا الشرط كان له أن يسترد ما وفاه .

وهذا ما عنته المادة ١٨٢ بقولها : يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لإلتزام لم يتحقق سببه ، فالالتزام المعلق على شروط واقف ليس له وجود مؤكد قبل تحقق الشرط ، ومن ثم إذا حصل الوفاء به قبل هذا التحقق ، فإنه يعتبر وفاء بغير المستحق .

وقد يكون الإلتزام مضافاً إلى أجل ، فيوفيه المدين قبل انقضاء هذا الأجل ،

ولا شك أن الإلتزام المؤجل غير مستحق الوفاء ، وفى ذلك تقول المادة ١٨٣ : يصح كذلك استرداد غير المستحق ، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لإلتزام لم يحل أجله .

٤ — الالتزام كان مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق :

وهذا الغرض ماعنته المادة ١٨٢ بقولها : يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لإلتزام زال سببه بعد أن تحقق . ذلك أن زوال سبب الإلتزام يكون له أثر رجعى ، فيعتبر الإلتزام كأن لم يكن مستحقاً وقت الوفاء به ، ومن ثم يكون هذا الوفاء بغير المستحق .

ومثال ذلك أن يفى المدين بإلتزام معلق على شرط فاسخ ، ثم يتحقق هذا الشرط بعد الوفاء ، فهنا يكون الإلتزام موجوداً ومستحقاً وقت الوفاء ، ثم يصبح بتحقق الشرط كأن لم يوجد وبالتالى لم يستحق فى أى وقت ، ولذا يكون وفاء بغير المستحق ، يجيز الإسترداد .

١٨٥ — الشرط الثانى — أن يحصل وفاء الالتزام :

من البديهى أن الرد يفترض سبق حصول وفاء بالإلتزام غير المستحق ، ذلك أنه إذا لم يكن هناك وفاء ، فلا مجال للكلام عن الرد .

ويقصد بالوفاء هنا معنى واسعاً ، يشمل الوفاء بالمعنى الضيق أى قيام المدين بتنفيذ ذات الالتزام ، كما يشمل الأعمال التى تقوم مقام الوفاء كالوفاء بمقابل ، وتجديد الإلتزام ، والمقاصة .

وعلى ذلك فإذا اعتقد المدين أن دينه مستحق الوفاء ، فعرض على الدائن أن يقبل أداء آخر غير الأداء المتفق عليه عوضاً أو مقابلا للأداء الأصلى ، ثم تبين له أن الدين غير مستحق ، جاز له أن يسترد ما وفاه .

الشرط الثالث — أن يحصل الوفاء عن غلط :

يجب أن يكون الوفاء قد اقترن بغلط ، أى أن يكون الموفى وقت أن وفى معتقداً أنه ملزم بالوفاء وأن الدين مستحق الوفاء . سواء كان غلطه هذا

غلطاً فعلياً (غلط فى الواقع) كأن اعتقد أن الدين مستحق عليه المستوفى فى حين أن الدائن شخص آخر ، أم كان غلطاً فى القانون كأن اعتقد أنه ملزم بالوفاء بالدين المعلق على شرط واقف . فإذا لم يكن هناك أى غلط ، وقد وفى الشخص بالدين وهو يعلم أنه غير ملزم بالوفاء فلا يجوز له الاسترداد .

ولما كان الغالب أن الشخص لا يفى بدين غير مستحق الوفاء إلا إذا كان قداعتقد أنه مستحق الوفاء إلا إذا كان قد اعتقد أنه مستحق الوفاء عليه ، فإن الغلط يفترض ، فلا يكلف طالب الاسترداد إثباته ، بل يتعين على الموفى له إذا ادعى أن الوفاء لم يشبه غلط ، أن يثبت أن الموفى كان يعلم وقت الوفاء أنه يفى بغير المستحق عليه .

٨٦ — واستثناء من هذا الشرط ، يجوز المدين أن يسترد ما وفاه ولو لم يكن . واقعاً وقت الوفاء فى غلط فى ثلاث حالات :

الحالة الأولى — إذا كان الإلتزام مستحقاً وقت الوفاء به ثم أصبح غير مستحق لزوال سببه بعد أن تحقق ذلك أن الفرض فى هذه الحالة أن الإلتزام وقت الوفاء كان مستحقاً فعلا على المدين ، وبالتالى أن المدين عندما وفى معتقداً أنه يفى بالمستحق عليه ، لم يكن واقعاً فى أى غلط .

الحالة الثانية — إذا كان الموفى ناقص الأهلية . ذلك أنه يستطيع أن يبطل الوفاء إستناداً إلى نقص أهليته ، ومقتضى البطلان أن يجوز له استرداد ما وفاه .

الحالة الثالثة — إذا كان الموفى قد أكره على الوفاء ، كما لو كان قد سبق له الوفاء ولكنه فقد المخالصة التى تثبت هذا الوفاء ، فإضطر إلى الوفاء مرة ثانية تجنباً للتنفيذ الجبرى على أمواله .

المطلب الثانى

أحكام رد غير المستحق

١٨٧ — إذا توافرت الشروط السابقة ، التزم من استوفى غير المستحق بالرد غير أن أحكام الالتزام بالرد تختلف تبعاً لما إذا كان من استوفى غير المستحق حسن النية أو كان سيء النية .

١٨٨ — الموفى له حسن النية :

إذا كان الموفى له حسن النية يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له ، فإنه لا يلتزم إلا برد ما تسلمه [١] ، فلا يلتزم برد ثماره التى قبضها وهو حسن النيـــة ، ولا فوائده إذا كان مبلغا من النقود ، فاذا ما طولب بالرد عن طريق دعوى ، لزمته الثمار والفوائد من تاريخ رفع الدعوى (م ١٨٥ / ٣) .

ولا يسأل الموفى له عن هلاك الشيء أو ضياعه إلا إذا كان ذلك بخطأ منه ، وإذا كان قد أنفق عليه نفقات ، جاز له المطالبة بها كلها إذا كانت ضرورية لحفظ الشيء من الهلاك ، فإذا لم تكن ضرورية وكانت نافعة ، جاز له أن يطالب بها بشرط ألا تجاوز قيمتها قيمة الفائدة التى عادت على صاحبها من وذلك وفقا للقواعد العامة فى الكسب غير المشروع .

١٨٩ — الموفى له سيء النية :

إذا كان الموفى له سيء النية يعلم وقت استيفائه الدين أنه غير مستحق له ، فإنه يلتزم برد ما استوفاه ، مع ثماره وفوائده من يوم الاستيفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية (م ١٨٥ / ٢)

فاذا كان الموفى به شيئاً مثمراً التزم الموفى له برد الثمار التى أنتجها أو قيمتها إذا كان قد استهلكها ، وقيمة الثمار التى قصر فى جنيها وذلك اعتباراً من يوم تسلمه للشيء .

---

(١) مادة ١/١٨٥

وإذا كان الموفى به نقوداً التزم الموفى له برد فوائد هذه النقود محسوبة بالسعر القانونى اعتباراً من تاريخ قبضها .

ويسأل الموفى له عن هلاك الشيء ولو كان ذلك بسبب أجنبى عنه إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه .

وإذا انفق الموفى له على الشيء نفقات ، فلا يجوز له أن يطالب المسترد إلا بالضرورى منها .

١٩٠ — منع الرد أو تقييده فى حالات خاصة :

رأينا أن القاعدة هى التزام مستوفى غير المستحق برده يتحدد أساساً بما تسلمه المستوفى .

ولكن المشرع وضع أحكاماً خاصة لحالتين من حالات الوفاء بغير المستحق فتناولهما فيما يلى :

١٩١ — الوفاء قبل حلول الاجل :

قدمنا أنه إذا قام المدين بالوفاء بالتزام لم يحل أجله عن جهل بقيام الأجل ، فإنه يجوز له باسترداد ما وفاه باعتباره غير مستحق (م ١٨٣ / ١).

ولكن نظراً لأن إلزام المستوفى برد ما استوفاه فى هذه الحالة ، معناه عودة الإلتزام فى ذمة الموفى ، لأن الإلتزام المؤجل التزام موجود ومحقق وإن كان غير مستحق الوفاء بعد ، فبدلا من أن يلزم الدائن المستوفى برد ما استوفاه ، ثم يطالب به بعد ذلك عند حلول الأجـــل ، أجاز له القانون أن يحتفظ بما استوفاه ولا يرده ، وأن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر (م ١٨٣ / ٢) .

وعلى ذلك إذا اعتقد مقاول عن غلط أنه ملزم بتسليم البناء المتعاقد عليه قبل الموعد المتفق عليه بستة شهور ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، وقام

فعلا بتسليم البناء إلى صاحبه قبل الموعد ، فهنا يجوز لصاحب البناء بدلا من أن يرده إلى المقاول إنتظاراً لحلول موعد التسليم المتفق عليه أن يحتفظ بالبناء. وأن يرد للمقاول أقل القيمتين : قيمة إيراد البناء فى ستة شهور وقيمة النفقات الاضافية التى أنفقها المقاول لإتمام البناء قبل موعده [1] .

وإذا كان الإلتزام الذى تم الوفاء به قبل حلول أجله نقوداً ، التزم الدائن بدلا من رد مبلغ الدين ثم المطالبة به عند حلول الأجل ، أن يرد للمدين فائدة هذه النقود محسوبة بالسعر القانونى ـ أو الاتفاق إن كان ثمة إتفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل أى عن المدة بين تاريخ الوفاء الفعلى والأجل المحدد أصلا للفوائد .

٩٢ : ـ الوفاء لناقص الاهلية :

رأينا أنه إذا قام المدين بالوفاء لشخص لم تتوافر لديه أهلية التعاقد (ناقص الأهلية) . فإن هذا الوفاء يكون باطلا ، فلا ينقضى الإلتزام بهذا الوفاء ، ولذلك فإن المستوفى يلتزم بأن يرد ما استوفاه ، ولكن مراعاة لنقص أهليته ، لم يلزمه القانون بالرد إلا بالقدر الذى أثرى به (م ١٨٦) ، وعلى ذلك إذا كان المستوفى ناقص الأهلية لم يثر بكل القيمة التى تسلمها من الدائن ، فلا يلزم إلا برد القيمة التى أثرى بها ، وإذا لم يحقق ناقص الأهلية أى إثراء من وراء ما استوفاه ، فلا يلتزم برد شىء .

وعلى ذلك إذا كان ناقص الأهلية قد تسلم من المدين على سبيل الوفاء بالإلتزام شيئا معينا ، فهلك هذا الشىء أو تلف بسبب أجنبى ، فلا يلتزم ناقص الأهلية برد شىء إلى الدائن . ويظل الدائن ملزما بالوفاء .

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى : مجموعة الاعمال التحضيرية ، الجزء الثانى ص ٤٥٢ .

١٩٣ — سقوط دعوى استرداد غير المستحق فى حالة خاصة :

تنص المادة ١٨٤ على أنه : « لا محل للاسترداد إذا حصل الوفاء وترتب عليه أن حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم .

ومقتضى ذلك أنه إذا وفى شخص دينا مستحقا على شخص آخر ، معتقداً أنه ملزم بوفاء هذا الدين . فلا يجوز له إسترداد ما وفاه خلافا للقاعدة العامة فى رد ما لا يجب ، إذا توافر الشرطان التاليان :

١ — أن يكون الدائن حسن النية أى يجهل الغلط الواقع فيه الموفى ، بأن يعتقد مثلا أن الموفى وكيل عن المدين الأصلى فى الوفاء .

٢ — أن يترتب على استيفاء الدائن أن يتجرد عن سند الدين بأن يتلفه ، أو يضيعه ، أو يسلمه إلى الموفى . أو أن يحرم نفسه من التأمينات التى تضمن دينه ، كأن يرد الشىء المرهون لديه رهن حيازة إلى مالكه ، أو ألا يطالب المدين الحقيقى بالدين فينقضى هذا الدين بالتقادم .

على أن حرمان الموفى من استرداد ما وفاه بناء على أحكام رد غير المستحق ، لا يحرمه من الرجوع على المدين الحقيقى وفقا للقواعد العامة فى الإثراء غير المشروع ، إذ أن المدين الحقيقى يعتبر قد حقق إثراء إنقضاء الدين الواجب عليه ، وذلك على حساب الموفى الذى أصيب بخسارة هى قيمة الدين الذى وفاه دون أن يكون واجبا عليه .

وقد أشارت المادة ١٨٤ فى آخرها إلى ذلك صراحة بقولها : ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء ،

١٩٤ — تقادم دعوى استرداد غير المستحق :

تسقط دعوى استرداد مادفع بغير حق بانقضاء أقصر المدتين :

ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد .

خمسة عشر سنة من اليوم الذى ينشأ فيه الحق فى الاسترداد ، ٦٨٧ ، وهو ينشأ من يوم دفع غير المستحق .

المبحث الثانى

الفضـــالة

١٩٥ — تنص المادة ١٨٨ من القانون المدنى على أن :

الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزمنا بذلك .

والمثال التقليدى الذي يوضح فكرة الفضالة هو أن يقوم شخص بترميم منزل جاره الذى آل إلى السقوط أثناء غياب صاحبه .

وفيما يلى نتكلم عن شروط قيام الفضالة ثم عن أحكامها .

المطلب الأول

أركان الفضالة

١٩٦ — ويستخلص من المادة السابقة أنه يشترط لتحقق الفضالة توافر الشروط أو الأركان الآتية :

١ — أن يتوم شخص يسمى الفضولى بشأن عاجل لحساب شخص آخر يسمى رب العمل

٢ — أن يقصد الفضولى من قيامه بذلك تحقيق مصلحة لرب العمل .

٣ — ألا يكون الفضولى فيما يتعلق بذلك العمل ملتزماً به ولا منهياً عنه .

وتتكلم فيما يلى عن هذه الأركان .

٩٧ — أولا — قيام الفضولى بشان او عمل عاجل لحساب رب العمل :

يشترط لقيام الفضالة أن يقوم الفضولى بعمل لحساب رب العمل . وعمل الفضولى كما قد يكون عملا قانونيا قد يكون عملا ماديا ، وأنه إذا كان عملا قانونيا فيستوى أن يكون من أعمال الإدارة أم أعمال التصرف .

وعلى ذلك فالعمل الذى يقوم به الفضولى قد يكون عملا ماديا وقد يكون عملا قانونيا . ومثال العمل المادى أن يجنى محصول رب العمل ، أو أن يرمم داره ، أو أن يطفىء حريقا شب فى متجره ، أو أن يعالج مريضا ، أو أن يوقف حصانا جامحا ، أو أن ينقذ غريقا .

وقد يكون عمل الفضولى عملا أو تصرفا قانونيا يبرمه لحساب رب العمل. مثال ذلك أن يؤجر مالا مملوكا لرب العمل ، والإيجار من أعمال الإدارة عموما ، أو أن يبيع محصولا لرب العمل ، والبيع من أعمال التصرف ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن يكون الفضولى أهلا لمباشرة التصرف القانونى الذى يبرمه ، فهو يبرمه لحساب رب العمل ، ولا يقصد أن ينصرف إليه أثر من آثار ذلك التصرف .

وقد اشترط القانون صراحة أن يكون الشأن الذى تولاه الفضولى شأناً عاجلا ، ويكون الشأن عاجلا إذا كان يجب القيام به دون توان .

١٩٨ ــ ثانيا ــ قصد الفضولى أن يعمل لحساب رب العمل :

لابد لوجود الفضالة أن يقصد الفضولى من عمله تحقيق مصلحة لرب العمل ، وذلك يقتضى أن يكون الفضولى فى قيامه بعمله على علم وعلى بينة من أنه يعمل لحساب غيره ، فإذا كان يعتقد أنه يعمل لحساب نفسه ، فإذا به يعمل لحساب الغير ، فلا تتحقق الفضالة ، ومثال ذلك أن يقوم شخص بترميم بناء على اعتقاد أنه مملوك له، ثم يتبين له أنه مملوك لغيره ، فهنا لا تكون بصدد فضالة ، ولا يكون لهذا الشخص الرجوع على صاحب البناء إلا وفقاً لأحكام الإثراء على حساب الغير بلا سبب .

ويلاحظ أنه يكفى لتحقيق الفضالة ان يقصد الشخص العمل لحساب غيره ، ولو وقع فى غلط فى شخص هذا الغير ، وعلى ذلك فإذا قام شخص بترميم شىء معتقدا أنه مملوك لزيد ، فإذا بالشىء يملكه عمرو . فإن الفضالة تكون متحققه .

ولكن ليس من الضرورى لتحقق الفضالة أن ينصرف قصد الفضولى إلى العمل لمصلحة رب العمل وحده ، بل يجوز أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى قد قام بعمله تحقيقاً لمصلحته الخاصة ولمصلحة رب العمل فى الوقت ذاته ، فالشريك فى الملك الذى يقوم بترميم المال المملوك له ملكية شائعة ، يعتبر فضوليا بالنسبة لشريكه ، لأنه وإن كان الترميم يحقق له مصلحة ، فهو يحقق مصلحة شريكه فى نفس الوقت وفى ذلك تقول المادة ١٨٩ : تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى ، فى أثناء توليه شأناً لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من إرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر .

١٩٩ — ثالثا — الا يكون الفضولى ملتزما بالعمل ولا منهيا عنه :

يجب لكى تتحقق الفضالة ألا يكون الفضولى ملتزما بالعمل الذى قام به ، ولا منهيا عنه .

فإذا كان الشخص ملتزما بالعمل الذى قام به ، فإنه لايعتبر فضوليا ، أيا كان مصدر إلتزامه ، وعلى ذلك إذا قام مقاول بترميم منزل مملوك لشخص آخر بناء على عقد مقاولة مبرم بينهما ، فلايعتبر المقاول فضوليا لأن العقد يلزمه بهذا العمل ، كذلك إذا قام شخص بالانفاق على زوجته أو أبنائه فلا يعتبر فضوليا ، لأن القانون يلزمه بذلك ، وإذا قام وكيل بابرام تصرف قانونى لحساب موكله فى حدود الوكالة المعطاة له . فإنه لايعتبر فضوليا لأنه ملزم بإبرام التصرف بناء على عقد الوكالة . وكذلك يكون الحال لو لم يوجد عقد وكالة ابتداء . فقام الفضولى بعمل لحساب غيره ، فأقر رب العمل صراحة أو ضمنا هذا العمل ، ففى هذه الحالة تصبح الفضالة وكالة لامن تاريخ الأجازة فحسب . بل منذ بدء العمل (وذلك فيما يتعلق بحقوق وواجبات الفضولى وصاحب العمل . وفى ذلك تقول المادة ١٩٠ : تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ماقام به الفضولى .

وإذا نهى شخص آخر عن العمل لحسابه ، فلم يذعن هذا الأخير للنهى ، وقام بالعمل ، فإنه لايعتبر فضوليا ، وذلك سواء أكان هذا النهى صريحاً أم ضمنيا . فلا يستطيع أن يطالب رب العمل بشىء استناداً إلى الفضالة إذا عادت عليه منفعة من هذا العمل ، بل وفقاً لأحكام الاثراء على حساب الغير بلا سبب .

وعلى ذلك يمكن القول أن الفضالة تتحقق فى حالتين :

الأولى — حالة قيام الفضولى بالعمل دون علم رب المال .

الثانية ـ حالة وقوف رب المال موقفا سلبيا رغم علمه بالعمل الذى يقوم به الفضولى : فلا هو كلفه بالقيام به ، ولا هو نهاه عنه .

٢٠٠ ـ عدم اشتراط توافر الاهلية لدى الفضولى :

متى توافرت الأركان السابقة تحققت الفضالة دون حاجة إلى توافر أى شرط آخر ، وبصفة خاصة دون حاجة إلى أن يكون الفضولى بالغا سن الرشد . ولكن نظراً لاشتراط توافر قصد العمل لحساب الغير ، فيجب أن يكون الفضولى مميزاً على الأقل .

المطلب الثانى

أحكام الفضالة

٢٠١ ـ يترتب على تحقق الفضالة نشوء إلتزامات على عاتق كل من الفضولى ورب العمل ، وتنشأ هذه الإلتزامات بمجرد تحقق أركان الفضالة ، فلا يشترط أن تتجه إليها إرادة الملتزمين بها لاصراحة ولا ضمنا .

إلتزامات الفضولى

٢٠٢ ـ يلتزم الفضولى بعدة إلتزامات نصت عليها المواد من ١٩١ إلى ١٩٤ من القانون المدنى ، وهذه الإلتزامات هى :

٢٠٣ ـ أولا ـ أن يبذل فى عمله عناية الشخص المعتاد :

تنص المادة ١٩٢ على أنه : يجب على الفضولى أن يبذل فى العمل عناية الشخص المعتاد ويكون مسئولا عن خطئه ، ومع ذلك للقاضى أن ينقص

التعويض المترتب على هذا الخطأ ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك .

فالفضولى وفقاً لهذا النص لا يلتزم بنتيجة أو بغاية، ولكنه يلتزم بوسيلة، بمجرد بذل عناية ، ومعيار العناية المطلوبة منه هو عناية الشخص المعتاد ، فإذا بذل الفضولى هذه العناية كان موفياً بإلتزامه . وإذا إنحراف الفضولى عن عناية الشخص المعتاد كان مخطئاً ، وكان مسئولا عن تعويض الضرر الذى يترتب على هذا الخطأ . وتتميز مسئولية الفضولى عن خطئه فى الفضالة فى جواز أن ينقص القاضى التعويض الواجب على الفضولى بحيث لايكون هذا التعويض مساوياً للضرر المترتب على الخطأ فى الفضالة . وذلك إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، ومن الظروف التى تبرر نقص التعويض أن يكون تدخل الفضولى لإتقاء ضرر جسيم وشيك الوقوع يهدد رب العمل كإطفاء حريق ، أو أن يكون مرتكب الخطأ وارثا للفضولى الذى بدأ العمل ، وقد ارتكب خطأه أثناء قيامه بإتمام العمل الذى بدأه مورثه .

وإذا حدث أن عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه ، فإنه يكون مسئولا عن تصرفات نائبه ، بحيث يستطيع رب العمل أن يرجع عليه بتعويض الأضرار المترتبة على عمل هذا الشخص ، ولو لم يرتكب هو (أى الفضولى) أى خطأ شخصى . ويستطيع رب العمل كذلك أن يرجع على نائب الفضولى مباشرة بتعويض هذه الأضرار (م ١٩٢ /٢) .

وإذا تعدد الفضوليون من القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية (م ١٩٢ / ٢) ، فيستطيع رب العمل أن يطالب أى واحد منهم بتعويض كل الضرر الذى أصابه ، ولو كان أحدهم فقط هو الذى ارتكب الخطأ المتسبب فى هذا الضرر ، ولكن بشرط أن يكون العمل واحدا . فإذا تعدد الفضوليون وقام كل منهم بعمل مستقل من الأعمال التى قام بها الآخرون، فإن كل منهم يكون مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه فى قيامه بعمله ، فلا يكونوا متضامنين .

٢٠٤ ــ ثانيا ــ المضى فى العمل الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه :

يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه (م ١٩١) ، ذلك لأن إنقطاعه عن الاستمرار فى العمل قد يعرض مصالح رب العمل لخطر أكبر من الخطر الذى كان يهددها لو لم يتدخل . ولذلك إذا ثبت أن توقف الفضولى عن المضى فى العمل لا يضر بمصالح رب العمل ، كان له أن يتوقف ، ولو لم يكن بوسع صاحب العمل إتمام العمل بنفسه .

٢٠٥ ــ ثالثا ــ اخطار رب العمل يتدخل :

يجب على الفضولى أن يخطر رب العمل بتدخله متى إستطاع ذلك (م ١٩١) ، وذلك لأن العمل الذى يقوم به الفضولى هو لحساب رب العمل ، وقد يكون رب العمل راغباً عن هذا العمل ، ولا يريد إتمامه ، ولذلك يجب على الفضولى أن يخطره بتدخله حتى يحدد موقفه منه .

٢٠٦ ــ رابعا ــ تقديم حساب ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة :

يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به (م ١٩٣) .

وعلى ذلك يلتزم الفضولى بأن يقدم لرب العمل حساباً عن النقود التى أنفقها والتى حصلها بسبب قيامه بالعمل لحسابه (م ٧٠٥) ، وعليه أن يرد لرب العمل ما تسلمه لحسابه ، وليس له أن يستعمل أموال رب العمل لصالح نفسه (م ٧٠٦) .

ويلتزم الفضولى برد ما يسلمه بمجرد إعذاره بالرد ، فإن تأخر التزم بفوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الفضالة من وقت الإعذار ، وإذا استعمل أموال الموكل لصالحه ، فعليه فوائد هذه الأموال من وقت استخدامها (م ٧٠٦/٢) .

٢٠٧ — أهلية الفضولى لتحمل الالتزامات السابقة :

رأينا أن الفضالة تتحقق ولو لم يكن الفضولى بالغا رشده ، ولكن تحقق الفضالة شيء ، وتحمل الإلتزامات الناشئة عنها شيء آخر ، ولذلك من المقرر أنه إذا لم تتوافر فى الفضولى أهليته التعاقد ، فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع (م ١٩٦ / ١) .

وعلى ذلك إذا كان الفضولى غير كامل الأهلية ، وأخل بالتزام من الإلتزامات الناشئة عن فضالته ، فإنه لا يكون مسئولا قبل رب العمل إلا فى حدود ما أثرى به ، فلا يلزم بتعويض يزيد عن المنفعة التى حصل عليها من وراء تدخله فى شئون رب العمل ، فإذا لم يحصل على أية منفعة ، فلا يلزم بأى تعويض .

ولكن إذا ارتكب الفضول خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة ، فإنه يسأل مسئولية كاملة عن تعويض الضرر الناشيء عن هذا الخطأ بشرط أن يكون مميزاً ، إذ لا يشترط للمساءلة عن العمل غير المشروع أن تتوافر لدى الشخص أهلية التعاقد (بلوغ سن الرشد) بل يكتفى ببلوغ سن التمييز (م ١٦٤) .

٢٠٨ — أثر وفاة الفضولى :

إذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ / ٢ ، فيجب عليهم متى كانوا على علم بتدخل مورثهم أن يبادروا إلى إخطار رب العمل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح رب العمل .

٢ — إلتزامات رب العمل

٢٠٩ — تنص المادة ١٩٥ من القانون المدنى على أن :

« يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص المعتاد ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها . وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضول أجرا على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » .

وعلى ذلك إذا لم تنقلب الفضالة إلى وكالة بإقرار رب العمل لما قام به الفضولى ، وكان الفضولى قد بذل فى العمل الذى قام به عناية الشخص المعتاد ، فإنه يعتبر نائبا عن رب العمل ، ونيابة الفضولى نيابة قانونية مصدرها نص القانون ، وليست نيابة إتفاقية مصدرها العقد كنيابة الوكيل .

ويترتب على نيابة الفضولى عن رب العمل ، أن تتصرف آثار التصرفات القانونية التى يعقدها الفضولى باسم رب العمل إلى رب العمل مباشرة ، فيصبح رب العمل دائنا ومدينا بمقتضى هذه التصرفات ، فلا يكون لمن تعاقد معه الفضولى أن يرجع على الفضولى بناء على تلك التصرفات ، وإنما يكون رجوعه على الأصيل وهو رب العمل .

أما فى العلاقة بين الفضولى ورب العمل ، أن يترتب على اعتبار الفضولى نائبا ، أن يلتزم رب العمل بعد إلتزامات ، نظمها القانون على غرار مايلتزم به الموكل قبل وكيله :

٢١٠ — أولا تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها الفضولى باسمه الشخصى :

إذا كان الفضولى قد تعاقد مع الغير باسمه الشخصى . وإن كان ذلك لحساب رب العمل ، فإن آثار العقد تضاف إليه (أى إلى الفضولى) ، فهو الذى يصبح ملتزما بمقتضى هذا العقد . فإذا قام الفضولى بتنفيذ إلتزاماته ، كان رب العمل ملزما بتعويضه عن هذه الإلتزامات بها (م ١٩٥) ، وإذا كان الفضولى لم ينفذ هذه الإلتزامات بعد ، فيجوز له أن يطالب رب العمل بتنفيذها بدلا عنه وعلى ذلك إذا تعاقد الفضولى باسمه الشخصى مع مقاول لاصلاح منزل رب العمل الآيل إلى السقوط ، فإن الفضولى يلتزم بمقتضى هذا العقد بدفع أجر المقاول، وفى هذه الحالة إما أن يقوم الفضولى فعلا بدفع هذا الأجر ، ومطالبة رب العمل بأن يرد إليه مادفعه مع فوائده من يوم الوفاء به ، وإما أن يطالب الفضولى رب العمل بأن يرفع عنه الالتزام بدفع الأجر ، وأن يقوم هو بالوفاء بهذا الأجر مباشرة للمقاول .

٢١١ — ثانيا — رد النفقات الضرورية والنافعة :

يلتزم رب العمل بأن يرد إلى الفضولى النفقات الضرورية والنافعة التى أنفقها فى سبيل القيام بالعمل الذى قام به لحسابه ، متى كانت هذه النفقات تسوغها ظروف (م ١٩٥) وفى تقدير ما إذا كانت النفقات تسوغها الظروف ينظر إلى ماينفقه الشخص المعتاد فى قيامه بتنفيذ هذا العمل فى مثل الظروف التى وجد فيها الفضولى .

٢١٢ — ثالثا — تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه .

يلتزم رب العمل بأن يعوض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل (م١٩٥) وعلى ذلك إذا أصيب الفضولى بضرر جثمانى أو مادى أثناء إنقاذه رب العمل من الغرق ، أو أثناء إطفائه لحريق شب فى منزله ، أو خلال إيقافه لحصانه الجامح ، فان رب العمل يلتزم بتعويضه عن هـــذا الضرر ،

مادام أنه حصل بسبب تنفيذ العمل موضوع الفضالة ، ولم يكن سببه خطأ الفضولى . أما إذا كان الضرر الذى لحق الفضولى راجعا إلى خطئه الشخصى ، فلا يكون رب العمل ملزما بتعويضه ، ويعتبر الضرر راجعاً إلى خطأ الفضولى إذا كان يستطيع أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، ولكنه لم يفعل .

٢١٣ — عدم الزام رب العمل اذا كان الفضولى متبرعا :

إفترض القانون فى إلزامه رب العمل بالالتزامات السابقة أن الفضولى حين قام بعمله لم يكن متبرعا ، بل كان يقصد إلى جانب العمل لمصلحة رب العمل أن يطالبه بما تكبده بسبب هذا العمل .

ولكن هذا الافتراض ليس قاطعا بل هو بسيط ، فإذا ثبت فى حالة من الحالات أن الفضولى لم يكن ينوى المطالبة برد ما أسلف أى أنه متبرع بعمله وبماله . فلا يكون له أن يطالب رب العمل بإرجاع شىء .

وعلى ذلك فالأصل هو انتفاء نية التبرع وحق الفضولى فى الرجوع على رب العمل بما أسلفه ، ولا يعدل عن هذا الأصل ويعتبر الفضولى متبرعا إلا إذا أظهر جليا من ظروف الحال أنه ليس فى نية الفضولى أن يطالب برد ما أنفقه .

٢١٤ — عدم استحقاق الفضولى للاجر الا اذا كان عمله من أعمال مهنته :

القاعدة أن حقوق الفضولى قبل رب العمل تقتصر على مطالبته بالالتزامات السابقة التى يجمع بينها أن الغرض منها تعويض الفضولى عن النفقات التى أنفقها فى قيامه بالعمل لحساب رب العمل ، وعن الضرر الذى لحق به بسبب هذا العمل ، فلا يكون للفضولى زيادة على استرداد المبالغ السابقة أن يطالب رب العمل بأن يدفع له أجرا على عمله (م ١٩٥) . ولكن الحكم يتغير إذا كان العمل الذى قام به الفضولى يدخل ضمن أعمال المهنة التى يزاولها ، ففى هذه

الحالة يستحق الفضولى أجراً على عمله ، بالإضافة إلى حقه فى إسترداد النفقات التى أنفقها ، ومثال ذلك أن يقوم طبيب بعلاج مريض ، أو أن يتولى مهندس ترميم عين من الأعيان ، فيكون فى حق كل من الطبيب والمهندس أن يؤجر على هـــذا العمل [1] ، وتحدد المحكمة مقدار هـذا الأجر فى حالة الاختلاف عليه ، مراعية فى ذلك أجر المثل ، والظروف التى تم فيها العمل ، ومدى النجاح الذى حققه الفضولى فى القيام بعمله .

٢١٥ ــ عدم اشتراط توافر الاهلية لدى رب العمل :

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ على أنه إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به . نصت الفقرة الثانية على أنه : أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد .

وعلى ذلك لا يشترط توافر الأهلية لدى رب العمل ، فسواء كان رب العمل بالغاً رشيدا ، أو صبياً مميـــزا ، أو صبياً غير مميز ، فإنه يلتزم بالإلتزامات السابقة متى قام فضولى بالعمل لحسابه ، وتوافرت أركان الفضالة التى تقدم ذكرها ، ويرجع ذلك إلى إلتزامات رب العمل ليس مصدرها إرادته ، فالفضالة تتحقق ولو لم يرد رب العمل العمل الذى قام به الفضولى ــ بشرط ألا يكون قد نهاه عنه ــ ، ومن ناحية أخرى لايشترط لقيام الفضالة توافر أى قصد أو نية لدى رب العمل ، خلافا للفضولى الذى رأينا ضرورة أن يقصد العمل لحساب

---

١ ــ المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى : مجموعة الاعمـــال التحضيرية الجزء الثانى ص ٤٨٣ .

رب العمل ، وهو ما رتبنا عليه ضرورة أن يكون الفضولى مميزاً على الأقل ، حتى يتصور توافر ذلك القصد لديه .

٢١٦ — تقادم الدعاوى الناشئة عن الفضالة :

وفقاً للمادة ١٩٧ تسقط الدعاوى الناشئة عن الفضالة — سواء لمصلحة الفضولى أو لمصلحة رب العمل — بانقضاء أقصر مدتين :

ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الحق بحقه .

خمسة عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق .

تم بحمد الله تعالى

تصويب أهم الأخطاء المطبعية

رقم الصفحة	رقم السطر	الخطأ	الصواب
٣٤	١٤	الكتابه غير واضحة	العقود المسماه والعقود غير المسماه
٣٦	٧	طقبنا	طبقنا
٥٤	الأخير	عققد	وعقد
٦٧	الأخير	أو فى	أولا فى
٧٧	الأول	سطر ناقص يضاف بعد السطر الأول	أما إذا أبرم النائب العقد باسمه فلا تنصرف آثار العقد إلى الأصيل .
٧٨	١٢	سطر ناقص يضاف بعد السطر ١٢	أما فى علاقة النائب بالغير ، فيعتبر العقد صحيحاً منزماً للنائب
٨٣	١	النافض	التعاقد
٩١	٦	علامة	علاقة
١٠٠	قبل الأخير	إليه فى نفس الظروف	فى نفس الظروف
١١٣	١٠	بتقدم	بتقديم
١٢١	١٧	يدو	يبدو
١٢٣	٢	يثيت	يثبت
١٢٤	١٠	الاحتقاظ	الاحتفاظ
١٣٠	١٤	للأهمية	للأهلية
١٤٥	٤	والسابقة	السابقة
١٤٥	١٧	صفة جوهريه	صفة للشيء تكون جوهرية

رقم الصفحة	رقم السطر	الخطأ	الصواب
١٥٩	١٢	المبحث العاشر	المبحث الثانى
١٨٢	٧	بصورتان	بصورتين
٢٠٢	الاول	الفصل السادس	الفصل الرابع
٢٠٤	الفقرة ١٦٣	مكرر :	تحذف الفقرة كلها من السطر الأول إلى الثامن .
٢٠٩	٦	قبل نابليون التقنين	قبل إصدار نابليون للتقنين
٢١٢	١٣	أربع طوائف	ثلاث طوائف
٢٢٠	١	لإنتقاء	لإنتفاء
٢٢٢	٢١	إنقاض	إنقاص
٢٣٤	٦	بيطبلان	بيطلان
٢٤٦	١٤	للصرف	للعرف
٢٥٠	٧	يتناولا	يتناول
٢٥٢	٧	قوته	قوتها
٢٥٤	٢	لأحد المتعاقد	لأحد المتعاقدين
٢٥٨	٨	تسليم البيع	تسليم المبيع
٢٦٦	٦	الخلف	الخلف الخاص
٢٦٨	١٦	عنهم	عنه
٢٧٧	٨	تلاقى	ثلاثى
٢٨٣	١٩	المسؤولين التقصيرية مع المسؤلين العقدية	المسئولية التقصيرية مع المسئولية العقدية
٢٩١	١٥	يشترط القانون اللبنانى	يشترط القانون
٢٩١	١٦	توافر شرطين	تحذف الكلمتان

رقم الصفحة	رقم السطر	الخطأ	الصواب
٢٩١	١٧	الشرط الأول	تحذف الكلمتان
٢٩٥	٤	ومتى توافر الشرطان السابقان	ومتى توافرت الشروط السابقة
٣٠٤	٣	حكم بالإلغاء	حكم بالفسخ
٣٠٩		ترتيب السطور	يوضع السطران ١٨، ١٩ بعد كلمة المتعاقدين فى السطر ٢٢
٣٢٣	٤	شخصى	شخص
٣٢٥	١٣	يجوز لورثة القتيل أن يطالب	يجوز لورثة القتيل أن يطالبوا
٣٢٧	٤	مبروم	مبرم
٣٢٧	٢٠	بمعنى	بمضى
٣٣١	١	إذا أخل	ما إذا أخل
٣٣٢	٩	بما	عما
٣٣٩	٦	و مثال	ومثاله
٣٤٣	١١	التمبميز	التمييز
٣٤٨	١٨	الوئس	الرئيس
٣٥٣	١٤	يمكن نسبة الخطأ إليه	فلا يمكن نسبة الخطأ إليه
٣٦٤	١٥	كلمات ناقصة تضاف	تضاف بعد كلمة وملابساتها عبارة : وتسهل هذه القرائن
٣٦٥	٢	عند الضرر	عن الضرر
٣٦٥	٢٠	مسئولية	مسئوليته
٣٦٦	٨	طبيعة	طبيعية
٣٧٦	١٤	أن لا يمكن	إذ لا يمكن

صفحة رقم	رقم السطر	الخطأ	الصواب
٣٧٦	٢٢	كيفية مسئولية	كيفية دفع مسئولية
٣٨٥	الأول	باعتباره	باعتبارها
٣٨٧	١٢	وظيفة	وظيفته
٣٨٧	١٣	يحدأها	يحدثها
٣٩١	٩	النافع	التابع
٣٩٧	٥	فالعزم	فالغرم
٣٩٧	١٠	المبحث الأول	الفصل الأول
٤٠٢	٦ إلى ٩	زائدة	تحذف السطور من ٦ إلى ٩
٤٠٢	الأخير	إستعارة	إستعمال
٤٠٥	الأخير	معير	معين
٤١٠	١١	فأخذت	فأخرجت
٤١١	الأول	التجاربة	البخارية
٤١١	٧	لم يكن	إذا لم يكن
٤٢٢	٩	طوال	طوار
٤٢٥	١٥	يسالزن	يسألون
٤٣٢	١٠	إ.ا	إذا
٤٣٢	١٧	للمضر	للضرور
٤٣٧	١٢	مسئولا	مسئول
٤٣٨	٥	يتسم	يقسم
٤٣٩	٥	تسقط المدتين	تسقط بأقصر المدتين
٤٤٢	٦	ما	إما
٤٤٣	٢٢	الدين	الدائن

رقم الصفحة	رقم السطر	الخطأ	الصواب
٤٤٧	٥	لها	لا
٤٤٧	١٥	سبب صفة احتياطية	سبب لها صفة احتياطية
٤٤٨	١٦	للكسب	للإثراء
٤٥٢	١١	يجوؤ	يجوز
٤٥٤	٥	إتفق	أتفق
٤٥٥	٩	للقوائد	للوفاء
٤٥٦	٣	أن حسن النية	أن الدائن وهو حسن النية
٤٥٧	٥	، ٦٨٧	م ١٨٧
٤٦٤	قبل الأخير	التدريبات	الترتيبات

فهرس

	صفحة	رقم
تمهيد — فى التعريف بالإلتزام وبيان مصادره	٣	
١ — تعريف الالتزام	٣	١
٢ — أنواع الالتزام	٢٧	
٣ — تعداد مصادر الإلتزام	١٣	٥

الكتاب الأول

التصرفات القانونية : العقد والإدارة المنفردة ٢١

القسم الأول

العقد ٢٢

الباب الأول

فى تعريف العقد وأساس قدرته وأنواع العقود ٢٢

الفصل الأول — تعريف العقد	٢٢	١٢
الفصل الثانى — أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام مبدأ سلطان الإرادة	٢٧	١٥
الفصل الثالث — أقسام العقد	٣٤	١٩

الباب الثانى

إنشاء العقد ٦٤

الفصل الأول — وجود الرضاء	٦٥	
المبحث الأول وجود الإرادة	٦٨	٥٢

	صفحة	رقم
الفرع الأول — الإرادة فى حالة التعاقد بالنيابة	٦٩	٥٣
الفرع الثانى — التعبير عن الإرادة	٨٤	٦٥
الفرع الثالث — العلاقة بين الإردة والتعبير عنها	٩٦	٧٢
المبحث الثانى — عناصر الرضاء : الإيجاب والقبول	١٠٢	٧٧
المطلب الأول — الإيجاب	١٠٤	٧٨
المطلب الثانى — القبول	١١٣	٨٥
المطلب الثالث — زمان ومكان إنعقاد العقد	١٢٠	٨٨
المبحث الثالث — مراحل التراضى على العقد	١٢٣	٩٠
المطلب الأول — التعاقد مع الاحتفاظ بالحق فى العدول	١٢٤	٩١
المطلب الثانى — الوعد بالتعاقد	١٣١	٩٩
الفصل الثانى — صحة الرضاء	١٤١	١٠٥
المبحث الأول — الغلط	١٤٣	١٠٨
المبحث الثانى — التدليس	١٥٩	١١٨
المبحث الثالث — الإكراه	١٧٠	١٢٧
المبحث الرابع — الغبن الاستغلالى	١٧٨	١٣٦

	صفحة	رقم
الفصل الثالث — محل العقد	١٩٢	١٥٠
المبحث الأول — شروط محل الإلتزام	١٩٢	
الفصل الرابع — السبب	٢٠٢	١٦٠
المبحث الأول — سبب العقد أو الباعث على التعاقد	٢٠٢	١٦١
المبحث الثانى — سبب الالتزام	٢٠٩	١٦٦
الفصل الخامس — جزاء تخلف شروط إنشاء العقد	٢٢١	١٧٧
المبحث الأول — تعريف البطلان	٢٢١	١٧٧
المبحث الثانى — أسباب البطلان	٢٢٣	١٧٩
المبحث الثالث — كيفية تقرير البطلان	٢٢٥	١٨١
المبحث الرابع — حق التمسك بالبطلان	٢٢٧	١٨٣
المبحث الخامس — أثر البطلان	٢٤٣	١٨٩

الباب الثانى

آثار العقد

تمهيد —	٢٤٣	١٩٥
الفصل الأول — تحديد مضمون العقد	٢٤٤	١٩٦
المبحث الأول — تفسير العقد	٢٤٤	١٩٧
المبحث الثانى — تكييف العقود أو وصفها	٢٤٨	٢٠١
الفصل الثانى — القوة الملزمة للعقد	٢٥٢	٢٠٣
الفصل الثالث — أثر العقد من حيث الأشخاص	٢٦٣	٢١١

	صفحة	رقم
المبحث الأول إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام	٢٦٤	٢١٣
المبحث الثانى — إنصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص	٢٦٦	٢١٦
المبحث امثالث — عدم إنصراف آثار العقد إلى الغير	٢٦٨	٢١٨
المبحث الرابع — انتعهد عن الغير	٢٧٠	٢٢٠
الميحث الخامس ـ الاشتراط لمصلحة الغير	٢٧٢	٢٤٢
الفصل الرابع — جزاء الإخلال بالعقد	٢٨٢	٢٣٧
المبحث الأول — المسئولية العقدية	٢٨٣	٢٣٨
المبحث الثانى — وقف العقد : الدفع بعدم التنفيذ	٢٩٢	٢٤٨
المبحث انثالث — الفسخ	٢٩٦	٢٥٢
المبحث الرابع — إنفساخ العقد	٣١١	٢٦٣

القسم الثانى

الإرادة المنفردة

١ — تمهيد :	٣١٥	٢٦٦
٢ — الوعد بجائزة	٣١٧	٢٦٧

الكتاب الثانى

المصادر غير الإرادية

العمل غير المشروع ـ الإثراء بلا سبب	٣٢٣	

القسم الأول

	صفحة	رقم
العمل غير المشروع أو المسئول التقصيرية	٣٢٣	
تمهيد .	٣٢٣	

الباب الأول

الضرر	٣٣٥	٩

الباب الثانى

المسئولية عن الفعل الشخصى	٣٤٢	١٤
الفصل الأول ـ الخطأ	٣٤٣	١٥
المبحث الأول ـ الإنحراف أو التعدى	٣٤٣	١٦
المبحث الثانى ـ الإدراك أو التمييز	٣٥٣	٢٢
المبحث الثالث ـ أنواع الخطأ	٣٥٦	٢٤
الفصل الثانى ـ رابطة السببية	٣٥٩	٢٧

الباب الثالث

المسئولية عن فعل الغير	٣٧١	٣٦
الفصل الأول ـ مسئوليه المكلف بالرقابة	٣٧٢	٢٨
المبحث الأول ـ علاقة الرقابة	٣٧٢	٣٨
المبحث الثانى ـ شروط تحقق مسئولية المكلف بالرقابة	٣٧٥	٤١
الفصل الثانى ـ مسئولية المتبوع عن عمل تابعه	٣٨٠	٤٦

الباب الرابع

المسئولية عن الأشياء	٣٩٧	

	صفحة	رقم
الفصل الأول ـ المسئولية عن الحيوانات والجوامد	٣٩٧	٦٢
المبحث الأول ـ الحارس	٣٩٨	٦٣
المبحث الثانى ـ شروط تحقق المسئولية	٤٠٨	٧٢
المبحث الثالث ـ نطاق مسئولية حارس الحيوان والجوامد	٤١٤	٧٩
المبحث الرابع ـ وسائل دفع المسئولية عن الاشياء وأساسها	٤٢٩	
الفصل الثانى ـ المسئولية عن البناء	٢٤٤	٨٨
الباب الخامس		
آثار المسئولية	٤٣٠	
الفصل الأول ـ التعويض	٤٣٠	٩٧
الفصل الثانى ـ الاتفاقات المتعلقة بالمسئولية	٤٣٢	٩٩
الفصل الثالث ـ تعدد المسئولين	٤٣٠	١٠٣
الفصل الرابع ـ تقادم دعوى المسئولية	٤٣٨	١٠٦
القسم الثانى		
الاثراء على حساب الغير بلا سبب	٤٤٠	١٧٠
الفصل الأول ـ أركان الاثراء غير المشروع	٤٤١	١٧٢
الفصل الثانى ـ أحكام الإثراء غير المشروع	٤٤٦	١٧٩
الفصل الثالث ـ تطبيقات تشريعية	٤٤٨	١٨٢
المبحث الأول ـ رد غير المستحق	٤٤٩	١٨٢
المبحث الثانى ـ الفضالة	٤٥٧	١٩٥

رقم الايداع بدار الكتب المصرية ١٩٧٦/٣٦٠٩