مصادر الإلتزام

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

مصدران جديدان للإلتزام
الحكم – القرار الإدارى

دكتور

سمير عبدالسيد تناغو

أستاذ القانون المدنى

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

الطبعة الأولى

٢٠٠٩ م

الناشر

مكتبة الوفاء القانونية

موبايل ٠٠٢٠١٠٣٧٣٨٨٢٢ - إسكندرية

مصدران جديدان للإلتزام

إذا كانت نظرية الإلتزام هى أهم نظريات القانون ، وهى من القانون ، كما يقول الدكتور السنهورى ، بمثابة العمود الفقرى من الجسم ، فإن مصادر الإلتزام هى الأساس الذى تقوم عليه هذه النظرية العريقة . فمصدر الشئ هو سبب وجوده .

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

ومن المعروف أيضاً أن تقنين نابليون نقل عن القانون الرومانى ، التقسيم الخماسى ، دون أدنى تغيير .

ومن المعروف كذلك أن الفكر القانونى الحديث أضاف ، الإرادة المنفردة ، كمصدر مستقل للإلتزام ، وأطلق إسماً جديداً على الجريمة وشبه الجريمة هو العمل غير المشروع . كما أطلق إسماً جديداً على شبه العقد ، هو الإثراء بلا سبب . وهكذا أصبحت مصادر الإلتزام فى التقنين المدنى المصرى الجديد هى : العقد ، والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون .

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

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

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

ونحن نعترف أننا عشنا وقت إعداد نظرية الالتزام القضائى* ، تجربة نفسية ، يسميها عالم الاجتماع الألمانى ماكس ڤبر « التجربة الحية للعلم » .

(L'expérience vécu de la science) .

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

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

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

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

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

---

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

مقدمة

١ – تعريف الالتزام :

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

٢ – محل الالتزام :

محل الالتزام هو الأداء الذى يلتزم به المدين نحو الدائن ، وهذا الأداء قد يكون إعطاء شىء كاعطاء مبلغ من النقود أو نقل ملكية الشىء المبيع . وقد يكون القيام بعمل كاجراء عملية جراحية أو رسم لوحة فنية ، وقد يكون الامتناع عن عمل . كالامتناع عن افتتاح محل تجارى فى مكان معين لعدم منافسة تاجر آخر هو الدائن بهذا الالتزام . وفى جميع الأحوال ينبغى أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية . أى يمكن تقويمه بالنقود .

٣ أهمية نظرية الالتزام وتطورها :

نظرية الالتزام هى أهم نظريات القانون ، وهى من القانون ، كما يقول الدكتور السنهورى ، بمثابة العمود الفقرى من الجسم . وقد استوحت نظرية الالتزام مبادئها من حاجات العمل ، وعلاقات الأفراد فى المجتمع ، واحساس الانسان بالعدل . أما صياغتها فلا ترجع إلى فقيه واحد أو جيل من الفقهاء ، بل هى ثمرة الفكر القانونى كله على مدى الأجيال ومنذ آلاف السنين . وهكذا تبدو نظرية الالتزام راسخة متطورة فى نفس الوقت .

والعوامل المؤثرة فى تطور نظرية الالتزام هى إما فكر الإنسان أو واقع المجتمع .

وفكر الانسان هو خالق النظم إلى حد كبير . ومن الطبيعى أن تتأثر نظرية الالتزام بالأفكار السائدة فى المجتمع . وبالفعل فان تطور الفكر الإنسانى من المبادىء الفردية التى كانت سائدة فى بداية القرن التاسع عشر إلى المبادىء الاشتراكية التى تسود فى الوقت الحاضر . قد أدى إلى تطور ملحوظ فى نظرية الالتزام . فبعد أن كان المبدأ السائد هو مبدأ سلطان الإرادة على أساس أن العقد هو شريعة المتعاقدين وأنه التعبير الوحيد المقبول عن العدل . ء فت الآن نظريات أخرى تؤدى إلى التقييد من مبـــدأ سلطان الإرادة . من هذا نظرية عقود الإذعان ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال وهى تؤدى إلى تعديل العقد على غير ماجاء فى شروطه . ومن هذا تدخل المشرع فى عقد إيجار الأرض الزراعية وعقد إيجار الأماكن بوضع حد أقصى للأجرة وتقرير الامتداد القانونى لهذا العقد حتى بعد انقضاء مدته . والأمثلة غير ذلك كثيرة لاحصر لها وستتضح لنا من خلال دراستنا .

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

٤ - تحليل الالتزام :

من الممكن تحليل الالتزام إلى عنصرين ، الأول هوعنصر الواجب أو المديونيه ، والثانى هو عنصر الجزاء أو المسئولية . وبمقتضى العنصر الأول فان على المدين أن يستجيب من تلقاء نفسه إلى الواجب الذى يفرضه عليه الالتزام فيؤدى للدائن ما يستحقه قبله سواء كان ذلك فى صورة اعطاء أو عمل أو الامتناع عن عمل . فاذا لم يستجب المدين إلى عنصر المديونيه فى التزامه ، فان الدائن يستطيع فى هذه الحالة أن يحرك العنصر الثانى وهو عنصر المسئولية أو الجزاء . وهو فى هذا يستعين بالسلطة العامة التى تقهر إرادة المدين وتجبره على الوفاء بالتزامه للدائن .

٥ - تقسيم

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

القسم الأول

مصادر الالتزام

٦ - ترتيب مصادر الإلتزام :

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

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

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

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

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

الباب الأول

العقـــد

٧ – تعريف العقد :

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

ويلاحظ أن اصطلاح الاتفاق أوسع من اصطلاح العقد ، وأن العقد هو نوع من أنواع الاتفاق يتميز بأنه منشيء للالتزامات . أما الإتفاقات الأخرى التى تؤدى إلى حوالة الالتزام أو اعطائه وصفا أو تؤدى إلى انقضائه فيصدق عليها لفظ الاتفاق فقط ولا يصدق عليها اصطلاح العقد . ولكن قد لا تكون هناك أهمية فى الواقع للتفرقة بين الاتفاق وبين العقد . فكل توافق لارادتين على إحداث اثر قانونى يمكن أن يسمى عقدا أو يسمى إتفاقا . والعبرة فقط باتجاه الإرادتين إلى احداث أثر قانونى لاتفاقهما . فاذا لم تتجه الإرادة إلى إحداث هذا الأثر كما هو الشأن فى الدعوة إلى وليمه أو التعهد بالقيام بخدمة مجانية نصديق ، فاننا لا نكون بصدد عقد أو اتفاق بالمعنى القانونى لهذا الاصطلاح .

والعقد الذى تعنينا دراسته هو الذى يتم فى نطاق العلاقات المدنية بين الأفراد وتكون له قيمة مالية . أما عقود القانون الدولى العام كالمعاهدات بين الدول . وعقود القانون الدستورى كالانتخابات . وعقود القانون الإدارى كعقود التزام المرافق العامة . فهى تخرج من نطاق دراستنا . وكذلك تخرج من نطاق دراستنا . عقود القانون الخاص إذا لم تكن لها قيمة مالية كعقد الزواج مثلا .

٨ - مبدأ سلطان الارادة : فكرته ونتائجه .

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

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

ب - العقد هو أصدق تعبير عن العدل . لأن العقد يتم بين أشخاص أحرار ومتساوين بحكم القانون . والشخص الحر لا يرضى بشىء إلا إذا كان محققاً لمصلحته . فاذا اتفقت إرادة شخص حر مع شخص حر آخر على ابرام عقد بينهما ، فلا شك أن هذا العقد يحقق مصلحتهما معاً ويعبر عن العدالة فى العلاقة القائمة بينهما . وبهذا أمكن القول ، أن « كل عدالة هى عقد ، وأن من قال عقداً ، قال عدلا » .

وقد ذهبت نظرية سلطان الإرادة إلى درجة تفسير النظام القانونى كله على أساس العقد . فالمجتمع كله يقوم على عقد هو العقد الإجتماعى . والقانون

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

٢ – ونتائج هذا المذهب هى احترام حرية التعاقد من ناحية ، واحترام الإرادة العقدية من ناحية أخرى .

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

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

٩ – انتقاد مبدأ سلطان الارادة :

١ – يبدو لنا من خلال دراستنا للمشكلة الأخلاقية للعقد ، أن القول باطلاق الإرادة من كل قيد يؤدى ضرورة إلى إرادة القوة la volonté de puissance ، ويؤدى بالتالى إلى سحق كل إرادة أخرى . عن طريق سيطرة شخص أو بعض أشخاص على غيرهم من الناس . وهو مالا يتفق مع حرية الانسان أو مع العدالة فى المجتمع .

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

٣ – قد يكون العقد محققا للعدالة وقت ابرامه ، ثم تطرأ ظروف استثنائية لم يكن فى الوسع توقعها تؤدى إلى اختلال التوازن فى العقد ، وتسبب إرهاقا شديدا لأحد الطرفين . وفى هذه الحالة يصعب التسليم بأن اقتضاء تنفيذ العقد بشروطه الأولى يستجيب حقيقة إلى فكرة العدل .

١٠ – اخضاع العقد لمبادىء العدل وأحكام النظام العام .

العدل هو المبدأ الأساسى الذى يقوم عليه القانون والعقد أيضاً . والعقد ليس هو العدل فى ذاته وليس مرادفا لفكرة العدل . والعقد لا يعدو أن يكون وسيلة لتحقيق العدل فى المجتمع . وهى وسيلة ضمن وسائل أخرى منها القانون أو حكم القاضى . ولكن العقد هو لا شك أنسب وسيلة لتحقيق العدل فى معاملات الأفراد المالية فى نطاق القانون الخاص . وبالفعل فان الفرد قلما يرضى التعاقد إذا لم يكن فى ذلك مصلحة له . فالرضا قرينة على العدل . ولكنها قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس . فاذا ثبت العكس ، فلا مناص من التسليم بأن العقد فى هذه الحالة بالذات لا يتفق على العدل . ويكون من الواجب التدخل بوسيلة أخرى هى القانون أو حكم القاضى لتحقيق العدل الذى أهدره العقد . ومع ذلك فينبغى أن يظل هذا التدخل فى أضيق الحدود بحيث لا يحدث إلا فى الحالات التى يظهر فيها بوضوح لا يقبل الشك أن ظلما كبيرا قد لحق بأحد طرفى العقد لمصلحة الطرف الآخر . وينبغى أن يظل العقد هو المبدأ الأساسى الذى يحكم علاقات الأفراد الخاصة فلا يلجأ لغيره إلا عند الضرورة القصوى .

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

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

١١ – التقسيمات المختلفة للعقود :

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

١٢ – العقود المسماه والعقود غير المسماه :

تنقسم العقود من حيث طريقة تنظيمها إلى عقود مسماه وعقود غير مسماه . والعقود المسماه هى التى تستجيب إلى عملية قانونية معروفة لها إسم معروف ، كالبيع أو الإيجار أو غير ذلك ، وهى التى عنى المشرع نتيجة لذلك بوضع تنظيم خاص لها فى نصوص التقنين . أما العقود غير المسماه فهى عقود لم يضع لها المشرع أى تنظيم خاص لأنها لا تستجيب إلى عملية قانونية معروفة بل تتم حسب إرادة المتعاقدين الحرة طبقاً لمبدأ حرية الإرادة فى ابرام أى اتفاق لا يتعارض مع النظام العام .

ولم تعد هناك أهمية كبيرة فى القانون الحديث للتفرقة بين العقود المسماه والعقود غير المسماه فكلها تخضع للنظرية العامة للالتزام . وعلى العكس من ذلك فقد كانت هذه التقسيم أهمية بالغة فى القانون الرومانى حيث كان

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

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

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

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

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

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

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

١٣ — العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية :

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

١ — **العقود الرضائية** : هى العقود التى لا يشترط لانعقادها أى شكل خاص . وهذه هى القاعدة العامة بالنسبة لانعقاد العقد فى القانون المصرى . وينص المشرع على ذلك فى المادة ٨٩ من التقنين المدنى التى تقرر أنه « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وهذا النص يقرر مبدأ الرضائية ويجعل الخروج على هذا المبدأ استثناءا من القاعدة العامة .

٢ — **العقود الشكلية** : وهى التى لا يكفى فى انعقادها تطابق الإرادتين بل يجب فوق ذلك افراغ الإرادة فى شكل خاص ، كورقة رسمية مثلا . وهو ما يشترطه المشرع فى عقد الرهن الرسمى (م ١٠٣١ / ١ مدنى) وفى عقد الهبة (م ٤٨٨ / ١ مدنى) . والشكلية فى القانون الحديث المقصود بها تنبيه المتعاقد إلى خطورة تصرفه . دون أن يطغى الشكل على الإرادة . على خلاف القانون الرومانى الذى كان الشكل فيه هو مصدر الالتزام وكاد مجرد الشكل يؤدى إلى انعقاد العقد ولو كانت الإرادة معيبة بأى عيب .

٣ — **العقود العينية** : وهى التى لا تنعقد بمجرد التراضى ، بل لابد من تسليم العين محل العقد حتى يتم إبرامه . ولعل المثال الوحيد لعقد عينى فى القانون المدنى المصرى الجديد هو عقد هبة المنقول ، فهو من الممكن أن

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

١٤ - العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد .

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

والعقود الملزمة للجانبين هى التى تنشىء التزامات على عاتق كل طرف من طرفى العقد . والمثال النموذجى لعقد من هذه العقود . هو عقد البيع ، فهو ينشىء التزاما على عاتق البائع بنقل ملكية الشىء المبيع للمشترى ، وينشىء التزاما على عاتق المشترى بدفع الثمن للبائع .

أما العقود الملزمة لجانب واحد فهى التى لا تنشىء التزامات إلا على عاتق طرف واحد فقط من طرفى العقد . مثال ذلك عقد الهبة . فهو ملزم فقط للواهب دون الموهوب له . على الأقل فى الحالات التى لا تقترن فيها الهبة بأى تكليف على عاتق الموهوب له .

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

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

٢ - فى العقود الملزمة للجانبين تعتبر التزامات كل من المتعاقدين هى سبب التزامات المتعاقد الآخر طبقاً للنظرية التقليدية فى السبب . أما فى

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

٣ - فى العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين فانه ينقضى ، وينقضى التزام المتعاقد الآخر ، ويفسخ العقد . وهذا غير متصور بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد .

١٥ — عقود المعاوضة وعقود التبرع ..

تنقسم العقود من حيث أثرها أيضا إلى عقود معاوضة وعقود تبرع .

وعقود المعاوضة هى التى يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما يعطيه مثال ذلك عقد البيع وعقد الإيجار .

أما عقود التبرع فهى التى لا يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما يعطيه ، مثال ذلك عقد الهبه وعقد العاريه وعقد الوكالة بغير أجر والوديعة بغير أجر .

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

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

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

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

١٦ — العقود الفورية والعقود الزمنية

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

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

وتظهر أهمية التفرقة بين العقود الفورية والعقود الزمنية فيما يأتى :

١ — الفسخ فى العقود الفورية ينسحب إلى الماضى ويعتبر العقد كأن لم يكن . أما الفسخ فى العقود الزمنية فلا ينسحب إلى الماضى ولذلك فهو يعتبر انهاءا للعقد ، ليس فسخا له .

٢ — تنفيذ العقود الزمنية يتعرض نظرا لامتدادها فى الزمان . لتقلبات الظروف الاقتصادية . ولذلك فهذه العقود هى التى تثير مشكلة ملاءمة العقد للظروف الجديدة . وبصفة خاصة ما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة . وهو ما لا يحدث كثيرا بالنسبة للعقود الفورية .

١٧ — العقود المحددة والعقود الاحتمالية .

تنقسم العقود من حيث طبيعتها إلى عقود محددة وعقود احتمالية .

والعقود المحددة هى التى يستطيع كل من المتعاقدين فيها . وقت ابرام العقد . تحديد الفائدة التى ستعود عليه من ابرامه . فى عقد البيع مثلا يستطيع كل من البائع والمشترى منذ ابرام العقد . تقدير الفائدة التى ستعود عليه من ابرامه . أما العقود الاحتمالية فهى التى يتوقف تحديد قيمة التزامات كل من طرفيها على شىء احتمالى غير معروف وقت ابرام العقد . من هذا عقد الرهان والمقامره والتأمين .ومن هذا أيضا عقد الإيراد المرتب مدى الحياة ، وهو العقد الذى بمقتضاه ينقل شخص إلى شخص ملكية شىء ، ومقابل ذلك يتلقى منه إيرادا مرتبا مدى حياته . وظاهر أن الفائدة التى ستعود على كل من المتعاقدين من هذا العقد يتوقف تقديرها على المدة التى سيتلقى فيها المتعاقد الأول هذا الايراد . وهذه المدة هى مدى حياة هـذا المتعاقد وهو ما لا يمكن معرفته مقدماً وقت ابرام العقد .

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

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

وبهذا ننتهى من التمهيد لدراسة العقد . وننتقل إلى دراسة قواعده فندرس انعقاد العقد وآثار العقد وانحلال العقد فى ثلاثة فصول متتالية

الفصل الأول

انعقاد العقد

ينعقد العقد باتفاق إرادتين على احداث أثر قانونى . والركن الأساسى للعقد هو الإرادة . والإرادة لابد أن تتجه إلى هدف مشروع وهو ما يسمى السبب وهو الركن الثانى للعقد . كما أن الالتزامات التى ينشئها العقد لكل منها محل هو محل الالتزام ، وهو ركن فى هذا الالتزام ، ولكن أهميته لا تظهر إلا بالنسبة للالتزام العقدى ، لأن محل الالتزام غير العقدى يتولى القانون تحديده . ولذلك يدرس محل الالتزام كركن من أركان العقد . وندرس فيما يلى فى خمسة مباحث متتالية ما يتعلق بطرفى العقد والإرادة والمحل والسبب والجزاء على تخلف شرط من شروط انعقاد العقد .

المبحث الأول

طرفا العقد

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

وأهم المسائل التى تتعلق بطرفى العقد ، هما مسألتى النيابة والأهلية .

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

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

وندرس فيما يلى النيابة والأهلية فى مطلبين متتاليين .

المطلب الأول

النيابة فى التعاقد

١٨ — فكرة النيابة .

النيابة وسيلة لا غنى عنها فى تنظيم علاقات الأفراد فى المجتمع . فكثيرا ما يحدث أن يكون صاحب المصلحة فى تصرف معين موجودا فى مكان يبعد كثيرا عن مكان ابرام هذا التصرف . فاذا اشترطنا وجود هذاالشخص بنفسه لانعقاد العقد ، لأدى ذلك إلى ارهاقه وتعطيل أعماله وربما إلى عزوفه عن ابرام التصرف . ولذلك يكون من الأسهل والأوفق أن يسمح القانون لصاحب المصلحة فى التعاقد أن يوكل شخصا آخر يحل محله فى ابرام هذا العقد .

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

وفى غير هذه الحالات التى تكون فيها النيابة أمرا محتما لا غنى عنه . فانه فى حالات أخرى كثيرة تكون النيابة أمراً ملائما وعاملا من عوامل سرعة المعاملات وسهولتها ، وهو أمر لازم للنشاط الاقتصادى فى المجتمع .

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

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

وبمقابلة هذين التقسيمين نجد أن نيابة الولى هى نيابة قانونية من حيث مصدر تعيين شخص النائب ومن حيث مصدر تعيين سلطة النائب . ونجد أن الوكالة هى نيابة اتفاقية من ناحية مصدر تعيين شخص النائب ومن ناحية مصدر تعيين سلطته أيضا . أما نيابة الوصى أو القيم أو السنديك أو الحارس القضائى فهى قانونية من حيث مصدر تعيين سلطة النائب . ولكنها قضائية من حيث مصدر تعيين شخص النائب .

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

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

§ ١ - شروط النيابة

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

١٩ - ١ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

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

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

ويترتب على هذا النص أيضا أنه إذا كان النائب سيء النية يعلم أو من المفروض أن يعلم بأن التصرف من شأنه أن يؤدى إلى اعسار المتعاقد الآخر أو الزيادة فى إعساره ، فانه يجوز لدائنى المتعاقد الآخر أن يطعنوا فى هذا التصرف بعدم النفاذ طبقاً لنص المادة ٢٣٧ من القانون المدنى ، ولو كان الأصيل حسن النية لا يعلم باعسار المتعاقد الآخر .

ومع ذلك فانه فى الحالات التى تكون فيها النيابة اتفاقية ويكون الموكل

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

أما الأهلية فينبغى التفرقة فيها بين النيابة القانونية والنيابة الاتفاقية . فالنائب القانونى هو دائما شخص كامل الأهلية . أما النائب الاتفاقى وهو الوكيل فلا يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية . وكمال الأهلية مشترط فى الأصيل وحده . أما الوكيل فيكفى أن يكون أهلا للتعاقد أى قادراً على التعبير عن إرادته ولو كان ناقص الأهلية .

٢٠ – ٢ – عدم تجاوز النائب حدود النيابة.

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

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

ومع ذلك فقد وضع المشرع استثنائين على هذه القاعدة . الأول راعى فيه مصلحة الأصيل نفسه ، والثانى راعى فيه مصلحة المتعاقد الآخر . فقد نصت المادة ٧٠٣ من القانون المدنى على أن « ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة

دون أن يجاوز حدودها المرسومة . ٢ – على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » . وظاهر من هذا النص أن المقصود به هو حماية مصلحة الأصيل وحتى لا تضيع عليه فرصة ابرام تصرف ملائم له رغم أنه يتخطى حدود نيابة الوكيل .

وتنص المادة ١٠٧ من القانون المدنى على الاستثناء الثانى وهى تقرر أنه « إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فان أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » . ومن الحالات التى تنقضى فيها النيابة دون أن يعلم النائب ذلك ، أن يموت الأصيل أو أن يقوم بعزل النائب ، دون أن يعلم النائب بموت الأصيل أو بقيامه بعزله ويبرم العقد معتقداً أنه لازال نائباً ويشاطره المتعاقد الآخر هذا الاعتقاد . وتسمى هذه النيابة الظاهرة . والمقصود بهـــذا الاستثناء هو حماية المتعاقد الآخر . وحماية الثقة المشروعة فى المعاملات .

وفى غير هذين الاستثنائين فانه إذا تجاوز النائب حدود النيابة فان آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل ، إلا إذا أقر الأصيل العقد . فاذا لم يقر الأصيل العقد ، فلا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يرجع على النائب بالتعويض وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية .

٢١ – ٣ – تعاقد النائب باسم الأصيل .

يجب أن يعلن النائب إرادته فى أنه يتعاقد باسم الأصيل ، فاذا أغفل ذلك فان آثار العقد تنصرف إليه لا إلى الأصيل . وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى وهى تقرر أنه « إذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فان أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً ، الا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه

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

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

§ ٢ — آثار النيابة

٢٢ — تعدد العلاقات .

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

أولا فى العلاقة ما بين النائب والمتعاقد الآخر . وفى هذه العلاقة لايكتسب النائب أى حق ولا يلتزم بأى التزام فى مواجهة المتعاقد الآخر . ولا يجوز له المطالبة بتنفيذ العقد المبرم بينهما إلا إذا كان نائباً فى التنفيذ أيضاً .

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

ثالثا فى العلاقة بين الأصيل والمتعاقد الآخر . والنيابة تؤدى إلى نشأة علاقة مباشرة بين هذين الشخصين فتنصرف كل آثار العقد إلى الأصيل ويصبح هو دائنا للمتعاقد الآخر أو مدينا له بحسب الأحوال . ويجوز لكل منهما أن يطالب الآخر مباشرة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين النائب والمتعاقد الآخر . وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ١٠٥ مدنى التى تقرر أنه « إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل . فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل .

§ ٣ تعاقد النائب مع نفسه

٢٣ – الأصل هو المنع والاستثناء هو الاباحة .

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

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الثانى

الأهلية

٢٤ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء .

من الشروط الواجب توافرها فى كل من طرفى العقد ، أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لابرام التصرف . والمقصود بالأهلية بهذا المعنى هو أهلية الأداء وليس أهلية الوجوب .

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

والتصرفات التى تجرى بين الناس تنقسم إلى ثلاثة أنواع . فهناك التصرفات النافعة نفعا محضا كالتبرع بالنسبة للمتبرع له . وهناك التصرفات الضارة ضررا محضا كالتبرع بالنسبة للمتبرع . وهناك أخيرا التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهى عقود المعاوضة كالبيع والإيجار وغير ذلك .

والتصرفات النافعة نفعا محضا يكفى لانعقادها صحيحة أن يكون المتعاقد مميزا ولو كان ناقص التمييز . أما التصرفات الضارة ضرراً محضا فيشترط

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

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

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

ومن ناحية أخرى فان الأصل فى الانسان هو اكتمال أهليته ، وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت العكس (م ١٠٩ مدنى) .

٢٥ ـ الأهلية تتدرج مع سن الانسان .

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

ومع ذلك فان القاصر ناقص التمييز إذا بلغ الثامنة عشر من عمره يجوز الإذن له فى إدارة أمواله سواء من الولى أو من المحكمة بناء على طلب الوصى ، وتكون عقود الإدارة التى يبرمها صحيحة فى حدود هذا الإذن ، (م ١١٢ مدنى) .

والمرحلة الثالثة تبدأ باكتمال الانسان الواحد والعشرين من عمره . وفى هذه المرحلة يصبح الانسان رشيدا كامل الأهلية يجوز له أن يبرم كل العقود ولو كانت ضارة ضررا محضا كالتبرعات مثلا . ويلاحظ أنه فى المرحلة التى يكون فيها الانسان عديم الأهلية أو ناقص الأهلية ، فان مباشرة حقوقه يتولاها نائب عنه هو الولى او الوصى . والولى هو الأب أو الجد الصحيح ، أما الوصى فهو من يختاره الأب أو من تعينه المحكمة .

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

٢٦ - عوارض الاهلية .

وهى الجنون والعته والسفله والغفله (م ١١٣ مدنى) .

١ - والجنون والعته من عوارض الأهلية التى تؤدى إلى اعتبار المصاب باى منها عديم التمييز كالصبى غير المميز تماما . ويحجر على المجنون أو المعتوه ويعين له قيم يتولى مباشرة شئونه ، والتصرفات التى تصدر من المجنون أو المعتوه بعد توقيع قرار الحجر تكون باطلة بطلانا مطلقا ولو كانت نافعة نفعا محضا . أما التصرفات التى تصدر منه قبل توقيع قرار الحجر فانها لا تكون باطلة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة لدى الناس أو كان المتعاقد الآخر على علم بها ولو لم تكن شائعة . وهذا ما تقرره المادة ١١٤ من القانون المدنى وهى تنص 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 منه » .

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

٢٧ — موانع الاهلية .

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

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

٢ — والمحكوم عليه بعقوبة جنائية يعتبر بحكم المادة ٢٥ من تقنين العقوبات محجوراً عليه طوال مدة العقوبة . وهو يختار لنفسه قيما تصـدق عليه المحكمة .

٣ – أما « (١) إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك . (٢) ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعده القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد : إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعده » . ويلاحظ أن المصاب بعاهتين مما سبق ذكره هو شخص كامل الأهلية ولكن لديه فقط عجز طبيعى فى قدرته على التعبير عن إرادته ، وهذا ما يعاونه فيه المساعد القضائى .

وننتقل الآن إلى دراسة المبحث الثانى فى انعقاد العقد وهو خاص بالإرادة.

المبحث الثانى

الارادة أو التراضى

الإرادة هى الركن الأساسى فى العقد . والتراضى هو توافق إرادتى طرفى العقد .

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

وندرس فيما يلى فى مطلبين متتاليين . تكوين الإرادة . ثم عيوب الإرادة .

المطلب الأول

تكوين الارادة

ندرس فى ثلاثة فروع متتالية . التعبير عن الإرادة ثم توافق الإرادتين ثم الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائى والعربون .

الفرع الأول

التعبير عن الارادة

٢٧ – التعبير الصريح والتعبير الضمنى :

التعبير عن الإرادة لما يكون صريحا يجوز أن يكون ضمنيا . وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٩٠ من القانون المدنى وهى تقرر أن « (١) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً . لما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود منه . (٢) ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا . إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » .

ويلاحظ أن الفقرة الأولى من هذا النص تنصرف إلى التعبير الصريح عن الإرادة . أما الفقرة الثانية فتنصرف إلى التعبير الضمنى .

والتعبير الصريح له مظاهر مختلفة ولكنها تتفق جميعا فى تعارف الناس على استعمالها فى التعبير عن الإرادة . من هذا التعبير بالكلام أو التعبير بالكتابة أو التعبير بالاشارة المتعارف عليها كهز الرأس بمعنى الموافقة . وبطبيعة الحال فان تعبير الأخرس بالاشارة المتعارف عليها هو تعبير صريح من جانبه . ومن وسائل التعبير الصريح اتخاذ موقف معين يؤدى ضرورة إلى المعنى المقصود به . مثال ذلك عرض السلع فى واجهات المحلات التجارية مع وضع ثمن عليها فهذا إيجاب صريح . ومثال ذلك ركوب أحد الاشخاص فى وسيلة من وسائل النقل العام . فهذا تعبير صريح بقبول ابرام عقد النقل

أما التعبير الضمنى فهو غير متعارف عليه بين الناس . ولكنه فى ظروف العلاقة الخاصة بين الطرفين . لا يمكن تفسيره إلا باعتباره تعبيرا عن

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

ويلاحظ أن قاعدةأن التعبير عن الإرادة يكون صريحا أو ضمنيا ترد عليه عدة استثناءات :

١ ــ إذا اشترط القانون شكلا خاصا لابرام العقد كالرسمية فى الرهن مثلا فلا بد من مراعاة هذا الشكل كوسيلة وحيدة للتعبير .

٢ ــ عندما يشترط القانون الكتابة لاثبات العقد . فان الكتابة وإن كانت مشترطة لاثبات التعبير لا لوجود التعبير . فانه من الناحية العملية تختلط مشكلة الوجود بمشكلة الاثبات .

٣ ــ فى بعض الحالات يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا . من هذا هو ما هو متفق عليه بين الفقهاء من أن تعبير الكفيل فى عقد الكفالة ينبغى أن يكون صريحا قاطعا .

٤ ــ إذا اشترط المتعاقدان أن التعبير عن الإرادة لا يكون إلا صريحا وفى شكل خاص فان العقد لا ينعقد إلا إذا روعى هذا الشكل فى التعبير عن الإرادة .

٢٨ ــ الارادة الظاهرة والارادة الباطنة :

تمر الارادة كظاهرة نفسية بعدة مراحل ، هى مرحلة التصور ثم مرحله التدبر . ثم مرحلة الحسم . وأخيرا مرحلة التعبير . فاذا وصلت الإرادة

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

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

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

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

٢٩ - متى ينتج التعبير عن الارادة أثره :

التعبير عن الإرادة يوجد وجودا ماديا بمجرد صدوره عن صاحبه . ولكنه لا يوجد وجودا قانونيا . أى لا ينتج أثره القانونى إلا بوصوله إلى علم من وجه إليه وقد نصت على هذا الحكم المادة ٩١ التى تقرر أنه « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »

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

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

وقد عرض المشرع للحالات التى يموت فيها من صدر منه التعبير أو يفقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره . وقرر حكما مقتضاه أن التعبير بمجرد انفصاله عن صاحبه فانه يتوافر له الوجود المادى وهو وجود لا يزول بموت صاحب التعبير أو فقده أهليته . بل أن هذا الوجود المادى يكتمل ويصبح وجودا قانونيا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٩٢ وهى تقرر أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ؛ فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

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

الفرع الثانى

توافق الارادتين

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

٣٠ ـ الايجاب :

الإيجاب هو الشطر الأول للعقد . والإيجاب قد تسبقه مفاوضات أو دعوة للتعاقد أو إعلان فى الصحف عن سلعة أو بضاعة . وكل هذا لا يعتبر إيجابا . فالإيجاب ينبغى أن ينطوى على العناصر الأساسية للعقد وأن يكون باتا . أما ما يسبقه من مفاوضه أو حديث أو دعوة فهو يمهد له دون أن يختلط به .

وإذا كان الإيجاب باتا فلا يبقى لانعقاد العقد إلا أن يقترن به القبول . وبطبيعة الحال قد يمر وقت طويل أو قصير بين الإيجاب وبين اقترانه بالقبول . فما هو حكم الإيجاب فى هذا الوقت ؟

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

وطبقاً لهذا النص فان الأصل فى الإيجاب أنه غير ملزم وأنه يجوز للموجب العدول عنه فى أى وقت ما دام لم يقترن به القبول . وخلافا لهذا الأصل

فان الإيجاب يكون ملزما للموجب إذا عين ميعاد للقبول . لأن مقتضى تعيين الميعاد هو رضاء الموجب بارادته أن يبقى ملتزما بالإيجاب طوال هذه المدة . ولذلك فلا يجوز له أن يرجع فى إيجابه خلال هذه المدة . فاذا انقضت هذه المدة دون أن يقترن القبـــول بالإيجاب ، فان الإيجاب يسقط من تلقاء نفسه . وتعيين ميعاد للقبول إما أن يتم بواسطة الموجب نفسه أو أن يستخلص من طبيعة المعاملة كما لو كان التعاقد يتم بين شخصين فى غير مجلس واحد ، فان المفروض هو أن يظل الموجب ملتزما بايجابه الوقت الكافى لوصول الإيجاب إلى علم الشخص الموجه له ، ووصول القبول بعد ذلك من هذا الشخص .

وعلى هذا النحو فان الإيجاب الملزم لا يسقط إلا بمضى المدة المحددة دون أن يقترن به القبول ، أو برفض هذا الإيجاب من الشخص الموجه إليه .

أما الإيجاب غير الملزم وهو لا يكون إلا بين شخصين فى مجلس واحد ، فيسقط إذا انفض المجلس قبل أن يقترن به القبول ، أو إذا رجع فيه الموجب ولو قبل انفضاض المجلس .

٣١ – اقتران الايجاب بالقبول :

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

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

ويلاحظ أن مجلس العقد طبقاً لهذا النص كما يكون حقيقيا باجتماع المتعاقدين فى نفس المكان . يكون فى بعض الأحيان حكميا . كما فى التعاقد بطريق التليفون ، أو بأى طريق مماثل .

وحتى يتم العقد ينبغى أن يكون القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة . فاذا اختلف مضمون القبول عن مضمون الإيجاب اعتبر ذلك رفضا وإيجابا جديدا . فلا ينعقد العقد إلا إذا قبل الموجب الأول هذا الإيجاب الجديد . مثال ذلك أن يعرض شخص بيع شىء يملكه بعشرة جنيهات فيقول الآخر أنه قبل شراء هذا الشىء بتسعة جنيهات . فلا يعتبر هذا قبولا بل رفضا للإيجاب السابق . ويعتبر فى نفس الوقت إيجابا جديدا . والمادة ٩٦ من القانون المدنى تقرر هذا الحكم . وهى تنص على أنه « إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يعتبر منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضا تضمن إيجابا جديداً » .

ويلاحظ أن كل مسألة تعرض فى الإيجاب ينبغى أن يكون القبول متطابقاً بشأنها ولو كانت مسألة تفصيلية . مع العلم بأن المسائل التفصيلية لا يمنع عدم ذكرها من انعقاد العقد . والقاضى هو الذى يتولى تحديدها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . ولكن إذا ذكرت مسألة من هذه المسائل فينبغى أن يقترن القبول فيها بالإيجاب ولا ينعقد العقد بغير ذلك وقد نصت المادة ٩٥ على هذا الحكم وهى تقرر أنه « إذا اتفق الطرفان عل

جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » . ويلاحظ أن القاضى فى هذه الحالة الأخيرة يساهم فى تكوين العقد على خلاف الأصل فى وظيفته التى تقتصر عادة على تفسير العقد فقط .

ومثال ذلك أن يرجىء المتعاقدان تحديد مدة عقد الإيجار ، فان هذا لايمنع انعقاد العقد ، وتعتبر المدة هى المدة المعينة لدفع الأجرة (م ٥٦٣ مدنى) .

٣٢ - متى يكون السكوت قبولا :

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

والواقع أن السكوت هو موقف سلبى لا يدل على شىء . ويقال فى الشريعة الإسلامية « لا ينسب إلى ساكت قول » . وعلى وجه التحقيق فان السكوت لا يعتبر إيجابا فى أى حال من الأحوال . وكذلك فهو لا يعتبر قبولا فى معظم الأحوال .

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

ومع ذلك فهناك حالات خاصة تحيط بها ظروف ملابسه بالسكوت مما يستدل منه أن السكوت بمثابة قبول للإيجاب . ويسمى السكوت فى هذه الحالات بالسكوت الملابس ، نسبة إلى الظروف التى تلابسه وتحيط به . وقد نص المشرع على ثلاث صور للسكوت الملابس .

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

٢ – إذا وجه تعامل سابق بين الطرفين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، فان السكوت يعتبر فى هذه الحالة قبولا للإيجاب . مثال ذلك تاجر التجزئة الذى يرسل فى طلب بضاعة من تاجر الجملة الذى يتعامل معه . ويسكت تاجر الجملة عن الرد فيعتبر هذا قبولا منه لطلب تاجر التجزئة ويتعقدالعقد .

٣ – إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى تجعل السكوت عن الرفض قبولا ، فانه يعتبر كذلك فى حكم القانون . مثال ذلك عميل البنك الذى يتلقى كشفا بالحساب من البنك فيسكت عن الاعتراض عليه مدة كافية ، اعتبر ذلك قبولا منه لهذا الحساب .

٣٣ – القبول فى عقود المزاد :

تنص المادة ٩٩ من القانون المدنى على أنه « لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا » .

والمزاد قد يكون جبريا كما فى حالة التنفيذ الجبرى على أموال المدين . وقد يكون اختياريا كبيع منقولات مسكن شخص مهاجر أو غير ذلك من الأمثلة . ولا يشترط أن يكون العقد بيعا ، بل قد يكون إيجاراً أو غير ذلك .

وأهم ما يقرره النص السابق ذكره أن طرح الشىء للمزاد ليس هو الإيجاب ولكنه دعوة فقط للتعاقد . أما الإيجاب فهو العطاء الذى يقدمه كل متزايد . والقبول هو رسو المزاد على صاحب هذا العطاء . فقبل رسو المزاد لا ينعقد العقد .

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

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

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

٣٤ – القبول فى عقود الإذعان :

تنص المادة ١٠٠ من القانون المدنى على أن « القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » . وهذا النص يجعل المميز الأساسى لعقود الإذعان هو الطريقة التى يتم بها القبول فيها . وهذه العقود منتشرة فى الحياة العملية . وهى تتميز بعدة مميزات هى : ١ – تتعلق هذه العقود بخدمة أو سلعة أساسية فى حياة الأفراد كالمياه والكهرباء والتليفون والنقل والعمل وغير ذلك . ٢ – يتمتع الموجب فى هذه العقود بحالة احتكار قانونى أو فعلى لهذه السلعة . ٣ – يتم الإيجاب فى هذه العقود فى صورة شروط دائمة ومطبوعة وموضوعة بواسطة الموجب . وعلى الغير أن يقبلها أو يرفضها دون أن تملك المناقشة فيها ، وهو غالبا يقبلها لأن هذه العقود تتعلق بسلع أو خدمات لا يمكن الاستغناء عنها فى الحياة . وهذه الشروط تكون دائما فى مصلحة الموجب .

وحماية للطرف الضعيف فى هذه العقود وهو الطرف المذعن قرر المشرع فى المادة ١٤٩ مدنى على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان . وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك :

والحكم المقرر فى هذا النص يعتبر تطبيقا لفكرة خضوع العقد لفكرة العدل ، ويعتبر أيضا مثلا من أمثلة الاستعانة بالقاضى لتحقيق هذا الهدف ، رغم ما يبدو فيه من خروج على وظيفة القاضى الأساسية التى تقتصر على تفسير العقد دون أن تتخطى ذلك إلى تعديله .

وقد قرر المشرع حماية أخرى للطرف الضعيف فى عقود الإذعان من ناحية تفسير العقد أيضا ، وهو ما تقرره المادة ١٥١ مدنى وهى تنص على أنه « (١) يفسر الشك فى مصلحة المدين . (٢) ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » . وطبقاً لهذا النص فان الشك يفسر دائما لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا . والحكمة من هذا النص أن الطرف القوى هو الذى وضع شروط العقد بنفسه . والمفروض أن يضع شروطا واضحة . فاذا لم يفعل ذلك فهو وحده الذى يتحمل نتيجة هذا التقصير ، ويفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن الذى كان قبوله للعقد مجرد تسليم بالشروط التى وضعها الطرف القوى .

٣٥ — التعاقد فيما بين الغائبين .

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

١ — نظرية الاعلان وبمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب . فى هذه اللحظة يكون الإيجاب قد اقترن بالقبول وهو كل ما يشترط لانعقاد العقد . ويتفق هذا أيضا مع السرعة فى

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

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

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

٤ — بمقتضى نظرية العلم فان العقد لا ينعقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب ، وهذه النظرية تتفق مع القواعد العامة فى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، وهو فى هذه الحالة الموجب الذى يوجه إليه القبول . وقد سبق أن ذكرنا ذلك عند دراسة التعبير عن الإرادة . وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٩٧ مدنى التى تقرر أنه « (١) يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . (٢) ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين يصل فيهما هذا القبول » .

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

وتحديد وقت انعقاد العقد له أهمية من عدة نواح .

١ – إذا أخذنا بنظرية الاعلان عن القبول فانه لا يجوز للقابل أن يرجع فى قبوله ، أما إذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول فان العقد لا ينعقد إذا رجع القابل فى قبوله ووصل الرجوع إلى الموجب قبل أن يصل القبول .

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

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

الفرع الثالث

الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائى والعربون

٣٦ – الوعد بالتعاقد :

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

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

ويشترط لابرام عقد الوعد تعيين جميع المسائل الجوهرية فى العقد المراد ابرامه . فاذا كان هذا العقد بيعا وجب تعيين الشىء المبيع والثمن . ويجب كذلك تعيين المدة التى يجوز للموعود له أن يعبر فيها عن إرادته بحيث إذا انقضت هذه المدة دون أن يصدر منه تعبير عن الرغبة فى تنفيذ الوعد فان الوعد يعتبر كأن لم يكن . وقد نصت على ذلك المادة ١/١٠١ مدنى وهى تقرر أن « الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه . والمدة التى يجب إبرامه فيها » .

ويشترط كذلك فى الحالات التى يكون العقد الموعود به شكليا كعقد رهن رسمى أو عقد هبة . أن يتم الوعد فى نفس الشكل الذى يطلبه القانون للعقد المراد ابرامه . وهذا ما تقرره المادة ٢/١٠١ مدنى وهى تنص على أنه « إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين . فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى تضمن الوعد بابرام هذا العقد » . وعلى هذا النحو فان الوعد بابرام رهن رسمى يجب أن يتم هو أيضا فى الشكل الرسمى ، والوعد بالهبة يجب أن يتم كذلك فى ورقة رسمية وبغير ذلك لأمكن للأفراد التحايل على شرط الشكل وذلك عن طريق

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

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

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

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

٣٧ ـ العقد الابتدائى .

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

وآثار العقد الابتدائى هى بذاتها آثار العقد النهائى فيترتب على العقد الابتدائى بالبيع : التزام المشترى بدفع الثمن والتزام البائع بتسليم المبيع . ولكن تنفيذ هذه الالتزامات يكون مؤجلا الى وقت تمام العقد النهائى .

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

ويلاحظ أن العقد النهائى إذا تم فهو ينسخ العقد الابتدائى ويحل محله . وتكون العبرة فى العلاقة بين الطرفين بالشروط الواردة فى العقد النهائى ولو اختلفت عن الشروط الواردة فى العقد الابتدائى . على أنه يشترط لاحداث مثل هذا الاختلاف اتفاق كل من الطرفين على التعديل . أما إذا رفض أحد الطرفين ذلك فان العقد النهائى يتم بنفس شروط العقد الابتدائى .

٣٨ - العربون .

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

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

المطلب الثانى

عيوب الارادة

حتى ينعقد العقد صحيحا لا يكفى أن تكون الإرادة موجودة . وأن يتطابق الإيجاب والقبول ، بل يجب فوق ذلك أن تكون الإرادة سليمة

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

الفرع الأول

الغلط

٣٩ - تعريف الغلط .

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

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

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

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

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

٤٠ ـ الغلط الجوهرى .

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

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

فالاقتصار على البحث فى نفسية المتعاقد ليس أمراً سهلا ولذلك ينبغى الاعتماد أيضا على عناصر موضوعية مستمدة من ملابسات العقد وما ينبغى فى التعامل من حسن نية بحيث يسهل بعد ذلك افتراض وجود الغلط دون حاجة إلى بحث دقيق فى نفسية المتعاقد . وهو بحث غير مأمون العاقبة فى كثير من الأحيان .

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

٤١ - الغلط فى صفة جوهرية فى الشيء .

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

٤٢ - الغلط فى شخص المتعاقد .

قد يكون الغلط فى شخص المتعاقد أو فى صفة من صفاته جوهريا ، إذا

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

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

٤٣ - الغلط فى القيمة .

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

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

٤٤ ـ الغلط فى الباعث .

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

٤٥ ـ الغلط فى الواقع والغلط فى القانون .

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

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

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

مالا لمطلقته معتقدا أنها لا زالت فى عصمته ، بينما هى فى الواقع لم تعد كذلك بانقضاء فترة العدة وصيرورة الطلاق بائنا ، فهذا غلط جوهرى يتعلق بصفة من صفات المتعاقد الاخر .

٤٦ — يجب أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر .

إذا كان أحد المتعاقدين قد وقع فى غلط جوهرى على النحو السابق ذكره ، فان هذا لا يكفى لإبطال العقد ، بل لابد ن يدخل هذا الغلط منطقة العقد ولا يكون ذلك إلا إذا كان المتعاقد الآخر مشتركا فى نفس الغلط أو على علم به أو من السهل عليه أن يعلم به . وهذا ما يقرره المشرع فى المادة ١٢٠ مدنى التى تنص على أنه « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

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

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

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

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

ويعتبر الغلط قد دخل منطقة العقد كذلك إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبين وقوع المتعاقد معه فى هذا الغلط ولو لم يكن يعلم بذلك فعلا ، لأنه فى هذه الحالة يكون مقصراً فيتحمل نتيجة هذا التقصير . ويكون ذلك فى المثال السابق ذكره ان يكون البائع هو تاجر عاديات قديمة وأن يكون ثمن التمثال مرتفعا بحيث يسهل على التاجر أن يتبين أن المشترى يقصد شراء تمثال أثرى وليس تمثال حديث الصنع . فاذا كان الغلط قد دخل منطقة العقد بأن اتصل بالمتعاقد الاخر على صورة من الصور الثلاث السابق ذكرها وهى أن يكون مشتركاً أو يكون المتعاقد الآخر على علم بوقوع المتعاقد فيه أو من السهل له أن يتبين ذلك ، فانه يكون مؤثرا ويجوز على أساسه الطعن فى العقد بالابطال . أما إذا كان الغلط فرديا فلا يجوز الطعن فى العقد على أساسه ، ولو كان غلطا جوهريا .

٤٧ - لايجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية .

تنص المادة ١٢٤ مدنى على أنه « (١) ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . (٢) ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه . وإذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » . وتطبيقا هذا النص فان الغلط إذا كان يؤدى فى بعض العقد . فان حسن النية يقتضى عدم التمسك بذلك . إذا عرض المتعاقد الآخر تنفيذ

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

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

الفرع الثانى

التدليس

٤٨ — تعريف التدليس .

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

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

٤٩ — شروط التدليس.

يشترط لوقوع التدليس أن تستعمل طرق احتيالية من ناحية ، وأن تؤدى هذه الطرق إلى إبرام العقد من ناحية أخرى .

١ – والطرق الاحتيالية تكون عن طريق اصطناع وضع مخالف للحقيقة بنية تضليل المتعاقد الآخر .

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

والعنصر الثانى من عناصر الاحتيال هو وجود نية التضليل ، فاذا غير أحد المتعاقدين فى الحقيقة دون أن يقصد تضليل المتعاقد الآخر كالبائع فى الطريق يسبغ على السلعة التى يبيعها أحسن الصفات على ما يجرى عليه البيع فى الأسواق . فان ذلك لا يعتبر تدليساً .

٢ – والشرط الثانى للتدليس هو أن يكون ما استعمل من طرق احتيالية هو الذى دفع المتعاقد الآخر إلى ابرام العقد ، بأن يكون قد أوقعه فى غلط جوهرى بالمعنى – التى فى سنه فى هذا الشأن . ووقوع المتعاقد الآخر فى غلط جوهرى بسبب الطرق الاحتيالية يتوقف على الظروف الخاصة لكل

متعاقد ، والمعيار فى ذلك معيار شخصى يخضع لتقدير القاضى ، الذى يراعى فى بحثه أيضا ما يجرى عليه الناس فى مثل هذه الظروف .

٥٠ — التدليس الصادر من الغير .

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

٥١ — الغلط والتدليس .

كانت للتدليس تطبيقات مستقلة عن الغلط فى ظل النظرية التقليدية التى كانت لا تجعل الغلط فى القيمة أو فى الباعث مؤثرا فى صحة العقد ، فكان التدليس هو الذى يؤدى إلى إبطال العقد فى هاتين الحالتين إذا توافرت شروطه .

أما فى ظل النظرية الحديثة التى سادت فى القانون المصرى فان الغلط فى الباعث أو فى القيمة من شأنه أن يبطل العقد إذا كان جوهريا على النحو السابق دراسته . وبذلك لم يعد للتدليس أى استقلال عن والغلط لم وعد سببا مستقلا عن الأسباب المبطلة للعقد . فهو لا يعدو أن يكون وسيلة وطريقا إلى الغلط . والعقد يبطل للغلط لا للتدليس . بحيث إذا استعملت وسائل احتيالية ولكنها لم توقع المتعاقد الآخر فى غلط جوهرى فان العقد لا يكون معيبا للتدليس بمفرده .

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

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

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

الفرع الثالث

الاكراه

٥٢ — تعريف الاكراه .

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

وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه » .

وحالة الرهبة التى يقصدها هذا النص هى حالة معنوية ، ولذلك ينبغى التفرقة بين الإكراه المعنوى وهو الذى يؤثر فى صحة الإرادة ويجعل العقد قابلا للابطال . وبين الإكراه المادى كأن يمسك شخص بيد شخص آخر ويجبره على توقيع تعهد بدين ، فهذا يعدم الإرادة ويجعلها غير موجودة أصلا ولا يعتبر فقط مجرد عيب من عيوب الإرادة ، ولذلك فهو يخرج من نطاق دراستنا .

٥٣ - شروط الاكراه .

يشترط للقول بوقوع الاكراه ، أن توجد أسباب مؤدية للرهبة ، وأن تتحقق الرهبة بالشكل الذى يدفع إلى التعاقد .

١ - والأسباب المؤدية إلى الرهبة تتحقق بالتهديد بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالجسم أو بالشرف أو بالمال .

أ - فينبغى أن يكون الخطر جسيما . ومعيار جسامة الخطر هو معيار شخصى محض . يعتد فيه بشخص المكره وظروفه . ولا يشترط أن يكون الخطر حقيقيا من الناحية الموضوعية ، بل يكفى أن يكون كذلك من وجهة نظر المكره الخاصة . مثال ذلك التهديد بأعمال السحر قد يعتبر خطرا جسيما بالنسبة لشخص ريفى وإن كان لا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر متعلم .

ب - وينبغى أن يكون الخطر محدقاً . أى وشيك الوقوع . أما إذا كان الخطر بعيدا بحيث يتمكن المكره من تلافى نتائجه . فلا يؤثر ذلك فى إرادته .

ح - ويبغى أن يتعلق هذا الخطر المحدق بالجسم أو بالشرف أو بالمال . كالتهديد بالقتل أو التعذيب أو الخطف أو الحبس أو اتلاف المحصولات الزراعية

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

٢ ــ والشرط الثانى هو أن يؤدى هذا السبب إلى بعث حالة من الخوف والرهبة تكون هى الباعث الدافع إلى التعاقد . ويتوقف هذا على ظروف المتعاقد الخاصة . ويراعى فى تقديره كما يقرر المشرع سن المتعاقد وجنسه وحالته الاجتماعية والصحية وكل الظروف الأخرى التى قد تؤثر فى ابرام العقد . وفى هذا الشأن تختلف الشاب القوى عن العجوز الهرم ، وتختلف المرأة عن الرجل . وتختلف رجل الريف الساذج عن رجل المدينة المتفتح ، وتختلف الشخص المريض عن الشخص السليم الجسم . وكذلك فان الانسان يتأثر بمكان ابرام العقد وهل هو مكان منعزل عن الناس أم قريب منهم ، وهل تم العقد فى الليل أم فى النهار . والملابسات التى قد تؤثر فى الإرادة كثيرة وغير محصورة . وتخضع فى تقديرها لسلطة قاضى الموضوع الذى يعتد فى ذلك بحالة المتعاقد النفسية دون أى اعتبار آخر .

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

٥٤ ــ الاكراه المشروع والاكراه غير المشروع .

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

الذى يستهدف هدفا غير مشروع . إما إذا استهدف الاكراه هدفا مشروعا فهو لا يؤثر فى صحة الإرادة . والعبرة فى ذلك بالهدف لا بالوسيلة .

وعلى هذا النحو فان الاكراه يتحقق إذا كان الهدف منه غير مشروع ولو كانت الوسيلة إليه مشروعة . فمن ضبط غيره متلبسا بجريمة فهدده بالابلاغ إذا لم يكتب له اقرارا بدين لا وجود له . يرتكب اكراها غير مشروع ولو كانت الوسيلة إليه وهى الابلاغ عن الجريمة وسيلة مشروعة . وعلى عكس ذلك يكون الاكراه مشروعا ولا يؤثر فى صحة العقد إذا كان الهدف منه مشروعا ولو كانت الوسيلة المستعملة غير مشروعة . مثال ذلك المودع الذى يهدد المودع لديه الذى خان الأمانة بخطر جسيم فى جسمه أو نفسه أو ماله إذا لم يكتب له إقرارا بالأمانة ، ويحصل على الاقرار عن طريق هذا التهديد . مثل هذا الاقرار يعتبر صحيحا ولا يجوز الطعن فيه بالبطلان .

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

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

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

المريض فى حاجة عاجلة إلى عملية جراحية عاجلة فيحصل منه الجراح على تعهد بدفع أجرة باهظة . ومثال ذلك أيضا أن يكون شخص فى حالة خطر محدق ، فيحصل منه شخص آخر على تعهد بدفع مبلغ كبير من النقود مقابل انقاذه .

الفرع الرابع

الاستغلال

٥٦ - الغبن والاستغلال .

الغبن هو عدم التعادل المادى فى التزامات كل من المتعاقدين . وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة فان ذلك ليس من شأنه التأثير فى صحة العقد . لأن العقد مفروض فيه التوازن بين الالتزامات المتقابلة . والمرجع فى ذلك هو إرادة المتعاقدين أنفسهما . والشخص لا يرضى بالعقد إلا إذا كان يرى فيه تعبيرا عن مصلحته وبالتالى محققا للعدل بالنسبة له . والقول بغير ذلك يؤدى إلى اعتبار كل فرد فى المجتمع فى حكم القاصر الذى تفرض الوصاية على تصرفاته ، وهو ما يؤدى إلى اشاعة الاضطراب وعدم الاستقرار فى المعاملات . ولا يمكن أن يكون مقصودا بالتعادل بين الالتزامات سوى التعادل الإرادى بالنسبة لكل عقد على حده ، وليس التعادل الحسابى المجرد عن ظروف كل متعاقد وتقديراته الشخصية .

وهذه الفكرة هى التى يقوم عليها إلى حد كبير تنظيم العقد فى القوانين الحديثة . ولذلك فاننا نرى القانون الفرنسى لا يعتد بالغبن إلا فى حالة واحدة هى بيع العقار ، أما القانون المصرى فهو لا يعتد بالغبن إلا فى حالة بيع عقار القاصر ، أى فى نطاق أضيق من القانون الفرنسى .

ومع ذلك فاذا كان الغبن بمجرده وهو عدم التعادل المادى فى الالتزامات غير كاف للمساس بالعقد . فانه إذا أضيف إليه عنصر آخر يجعل من

الواضح أن العدالة قد أهدرت بما لا يقبل الشك ، فى عقد من العقود ، ففي هذه الحالة لا بد من اخضاع العقد للأساس الذى تقوم عليه قوته الملزمة وهو الأخلاق ، بما يترتب على ذلك من تدخل الدولة عن طريق القاضى مثلا للقضاء على الوضع الظالم الذى نتج عن هذا العقد .

ومن العناصر التى يعتد بها المشرع فى هذا الشأن . عنصر الاستغلال . وهو عنصر نفسى إذا أضيف إلى عنصر الغبن المادى جعله يظهر فى صورة قبيحة لا يمكن السكوت عنها .

وطبقاً لهذة الفكرة فان المادة ١٢٩ مدنى تقرر أنه « (١) إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البته مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر . وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحاً . جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . (٢) ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . (٣) ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال . إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » .

وطبقاً لهذا النص فانه لا يجوز الطعن فى العقد إلا على أساس توافر عنصرين ، عنصر موضوعى ، وعنصر نفسى .

٥٧ - العنصر الموضوعى هو الغبن .

الغبن كما سبق أن ذكرنا هو عدم التعادل فى التزامات كل من الطرفين ، فهو يتحقق بالنسبة للبائع إذا كان ثمن البيع زهيدا بالنسبة للقيمة الحقيقية للشىء المبيع ويتحقق بالنسبة للمشترى إذا كان الثمن على العكس باهظا بالنسبة للشىء . ويقال أن الغبن قد ينظر إليه نظرة موضوعية ويكون أساسه

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

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

٥٨ – العنصر النفسى هو الاستغلال .

يتحقق الاستغلال إذا كان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحاً . فينبغى أن يكون الاستغلال هو الباعث الدافع إلى التعاقد ؛ وصورتى الاستغلال المنصوص عليهما هما الطيش البين وهو يتحقق فى كثير من الأمثلة العملية خاصة بالنسبة للشاب الوارث الذى يقع فريسة للمرابين . وكذلك الهوى الجامح وهو يحدث كثيرا فى الحياة كالرجل العجوز يتزوج امرأة شابه فتستكتبه عقودا لمصلحتها ولمصلحة أولادها . أو المرأه العجوز التى تكون على علاقة بشاب ، فيستغل هو هواها فى الحصول منها على ما ليس له حق فيه .

ويلاحظ أن الاستغلال إذا نظر إليه من جانب المستغل فانه يعتبر عملا

غير مشروع يؤدى إلى بطلان العقد لمنافاته للاداب . وهو ما يقرره القانون الألمانى (م ١٣٨ من القانون المدنى الألمانى) ، وإذا نظر إليه من جانب من وقع عليه الاستغلال فانه يعتبر عيبا فى إرادته ويكون مؤديا إلى قابلية العقد للإبطال . وهذا ما قرره المشرع المصرى .

وأيا ما كانت الوجهة التى ينظر إليها منه . فان الاستغلال هو العنصر الإضافى . الذى يجعل . عدم التعادل بين الالتزامات وهو العنصر الأصلى . قبيحا ومنافيا للعدل بشكل يسمح بالتدخل فى العقد واخضاعه للعدل دون أن يمس هذا التدخل بالثقة المشروعة فى المعاملات .

والتحقق من الاستغلال هو أيضا من مسائل الواقع التى تخضع لسلطة القاضى التقديرية حسب المعيار المرن الذى وصفه المشرع .

٥٩ — الجزاء على الاستغلال .

ينص المشرع فى المادة ١٢٩ مدنى السابق ذكرها على أن جزاء الاستغلال هو إما إبطال العقد أو انقاصه . وفى هذا يختلف الاستغلال عن عيوب الإرادة الأخرى التى تسمح بالطعن فى العقد بالبطلان ولا يملك القاضى ابقاء العقد مع إعادة التوازن إليه .

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

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

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

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

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

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

المبحث الثالث

المحـــل

٦٠ – تعريف :

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

المطلب الأول

المحل موجود أو ممكن الوجود

يشترط لصحة العقد ان يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود . فاذا كان المحل غير موجود ومستحيل الوجود فان العقد يقع باطلا . وشرط الوجود قاصر على الالتزامات باعطاء . أما شرط الامكان فهو قد يتعلق بأي التزام سواء كان محله إعطاء أو عمل أو الامتناع عن عمل .

٦١ – المحل موجود .

الغالب في الالتزام باعطاء . أي بنقل حق عيني على شيء . أن يكون هذا الشيء موجوداً وقت التعاقد . مثال ذلك بيع قطعة أرض أو بيع منزل موجود في بلدة معينة . . الخ . فاذا تبين أن الشيء غير موجود كأن لايوجد منزل في الحدود المرسومة في العقد ، أو أن يكون المنزل قد هلك قبل ابرام العقد ، فان العقد يقع باطلا لعدم وجود المحل . إما إذا كان المحل موجودا وقت العقد ثم هلك بعد ذلك . فان العقد ينعقد ، ولكن تنفيذه يكون مستحيلا فينفسخ العقد ويلتزم المدين بالتعويض إذا كان الهلاك راجعا إلى تقصيره .

ولكن إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى أن يرد الالتزام على شيء غير موجود فى الحاضر ولكنه ممكن الوجود فى المستقبل فان العقد ينعقد صحيحا .

٦٢ - محل الالتزام شيء مستقبل .

تنص المادة ١٣١ مدنى على أنه « (١) يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . (٢) غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه . إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » .

ويتضح من هذا النص أن القاعدة العامة هى جواز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . والأمثلة على عقود واردة على شيء مستقبل كثيرة فى العمل . مثال ذلك عقد بيع محصول أرض زراعية قبل نضجه . أو بيع ثمار حديقة قبل جنيها . أو بيع نتاج ماشية لم يولد بعد . أو بيع منتجات صناعية لمصنع قبل صنعها فعلا أو بيع منزل قبل بنائه . أو حوالة حق شخصى سيوجد فى المستقبل . فى كل هذه الأمثلة محل الالتزام هو إعطاء شيء مستقبل . وهذا جائز طالما أن الشيء ممكن الوجود . والعقد ينعقد فى الحال . ولكن تنفيذه يكون مؤخراً إلى وقت تحقق الشيء . فاذا لم يتحقق هذا الشيء لأى سبب . كأن تلف المحصول أو نفقت الماشية أو أغلق المصنع . فان العقد ينفسخ بعد أن كان قد انعقد فعلا .

٦٣ - بطلان التعامل فى تركة مستقبلة .

استثناءا من مبدأ صحة الالتزام الوارد على شيء مستقبل . فان التعامل فى تركة مستقبلة يقع باطلا لمخالفته للآداب إذا صدر من الوراث . ولمخالفته للنظام العام إذا صدر من المورث نفسه . والتركة المستقبلة هى الذمة الحاضرة لشخص حى ولكن التعامل يتم عليها باعتبارها تركة لا باعتبارها ذمة . والمثال البارز على ذلك هو أن يبيع الوارث أو يرهن ما سيؤول إليه من ميراث بعد وفاة مورثه . ومثل هذا العقد فيه معنى المضاربة على حياة

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

٦٤ — العمل أو الامتناع عن عمل هو دائما شيء مستقبل .

الالتزام الذى محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل هو التزام وارد دائما على شيء مستقبل . ولذلك يشترط أن يكون هذا العمل أو الامتناع ممكنا . فاذا كان مستحيلا وقت ابرام العقد فان العقد يقع باطلا . والاستحالة التى تؤدى إلى بطلان العقد هى الاستحالة المطلقة وليست الاستحالة النسبية . مثال الاستحالة النسبية التى لا تؤثر فى صحة انعقاد العقد أن يتعهد مقاول بتنفيذ عملية انشائية كبيرة تتخطى بكثير حدود امكانياته المادية والفنية . ونظرا لأن الالتزام ممكن التنفيذ فى ذاته . فان العقد ينعقد ويلتزم هـذا المقاول بتعويض الضرر الناتج عن اخلاله بالتزامه .

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

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

والاستحالة المطلقة كما تكون طبيعيه كالتزام الجراح باجراء عملية جراحيه لمريض مات قبل العقد . قد تكون قانونية كالتزام المحامى بالطعن بالاستئناف فى حكم بعد انقضاء ميعاد الاستئناف . ولا فرق بين الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية فان كل منها يرتب ماسبق ذكره من أحكام . وخلاصتها ما تقرره المادة ١٣٢ مدنى « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا »

المطلب الثانى

المحل معين أو قابل للتعيين

٦٥ — نص قانونى :

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

وطبقاً لهذا النص إذا كان محل الالتزام هو اعطاء شىء معين بالذات . فيجب أن يكون هذا التعيين كافيا أى نافيا للجهالة . ويكون ذلك بالنسبة للمنزل بتحديد اسم الشارع والبلدة ورقم المنزل وحدوده وغير ذلك . وبالنسبة للأرض الزراعية تحديد البلدة والحوض وحدود القطعة محل العقد .

وإذا كان الشيء مما لا يتعين بالذات وهو ما يسمى بالشيء المثلى ، فيجب أن يكون معينا بجنسه ونوعه ومقداره ، مثال ذلك عشرة قناطير من القطن الأشمونى . ولا يشترط أن يكون المقدار معينا بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين ، كأن يتعهد مورد بتوريد الغذاء الكافى لمدرسة أو لمستشفى ، فان المقدار يكون فى هذه الحالة قابلا للتعيين على أساس عدد تلاميذ المدرسة أو عدد أسرة المستشفى .

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

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

٦٦ - محل الالتزام نقود .

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

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

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

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

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

المطلب الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

٦٧ — الأشياء التى تخرج عن دائرة التعامل .

تنص المادة ٨١ مدنى على أن « (١) كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية . (٢) والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية » .

والشرط الثالث من شروط المحل هو أن يكون قابلا للتعامل فيه . فاذا لم يكن كذلك فان العقد يقع باطلا .

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

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

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

٦٨- مخالفة المحل للنظام العام .

فكرة النظام العام فكرة مرنة متطورة . وهى تعبر بصفة عامة عن الكيان الأساسى للمجتمع من جوانبه السياسية والاقتصادية والأخلاقية . فاذا تعارض محل العقد مع أى جانب من هذه الجوانب فانه يقع باطلا . ولايضاح هذه الفكرة عن طريق بعض تطبيقاتها الهامة . نلاحظ أولا أن هناك فروعا بأكملها من فروع القانون . تتعلق كل أحكامها بالنظام العام . مثال ذلك القانون الجنائى والقانون الدستورى والقانون الإدارى والقانون المالى

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

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

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

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

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

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

وعلى هذا النحو إذا توافرت شروط المحل بأن كان موجوداً أو ممكنا وكان معينا او قابلا للتعيين . وكان جائزا التعامل فيه . فانه يجب لصحة العقد أن تتوافر شروط السبب كذلك ، وهو ما ندرسه فيما يلى .

المبحث الرابع

السبب

٦٩ - المعانى المختلفة للسبب .

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

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

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

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

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

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى السبب

٧٠ - السبب القصدى .

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

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

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

وفى العقود العينية ، وهى التى يشترط فيها التسليم لانعقاد العقد . فان السبب هو واقعة التسليم ذاتها . وعلى هذا النحو فان سبب التزام المقترض برد القرض - وهو عقد عينى فى القانون الفرنسى - هو واقعة تسلمه النقود المقترضة .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد . كعقد الوعد . فان سبب التزام الواعد هو الغرض المباشر الذى يسعى إلى تحقيقه وهو ابرام العقد النهائى .

وفى عقود التبرع فان سبب التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها - لأن الغرض المباشر الذى يسعى إليه المتبرع هو اسداء خدمة للمتبرع له .

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

٧١ - شرط وجود السبب .

شرط وجود السبب هو شرط ابتداء وبقاء . فالسبب ينبغى أن يكون موجودا وقت ابرام العقد وينبغى أن يظل قائما إلى وقت تنفيذه . فاذا لم يوجد السبب ابتداء كان العقد باطلا . وإذا تخلف السبب بعد ذلك أصبح العقد مهدداً بالزوال .

ومن الأمثلة على عدم وجود السبب وقت ابرام العقد المثلين الآتيين :

١ - إذا ابرم عقد قرض تعهد فيه أحد الطرفين برد المبلغ المقترض . دون أن يكون قد تلقى هو المبلغ فعلا إما لأنه أكره على هذا التعهد . أو لأنه كان يأمل الحصول على المبلغ بعد ابرام العقد ولكن خاب أمله . فان العقد يكون باطلا لعدم وجود السبب . ولا حاجة فى تقرير البطلان للالتجاء إلى فكرة الاكراه . لأنه قد يصعب اثبات وجوده . وهو يؤدى إلى البطلان النسبى وليس البطلان المطلق كما هو الحكم عند عدم وجود السبب

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

والسبب ينبغى أن يظل قائماً إلى وقت تنفيذ العقد . فاذا وجد السبب وقت ابرامه ثم تخلف بعد ذلك فان ذلك يؤثر فى بقائه . ويظهر ذلك بصفة خاصة فى العقود الملزمة للجانبين التى تتميز بثلاثة أمور هى :

١ – الدفع بعدم التنفيذ وهو حق كل متعاقد فى التمسك بعدم تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه . لأن التزام كل من المتعاقدين يعتبر سببا لالتزام الآخر .

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

٣ – تحمل التبعة وهو فى حالة استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين . فان العقد يفسخ أو ينفسخ . ويعفى المتعاقد الآخر من تنفيذ التزامه . ويتحمل المتعاقد الأول تبعة ذلك .

٧٢ – شرط صحة السبب .

يشترط لصحة العقد ان يكون السبب صحيحاً . والسبب يكون غير صحيح إذا كان موهوما أو إذا كان صوريا .

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

أما صورية السبب فهى ليست فى ذاتها سببا من أسباب البطلان ما دام يوجد سبب حقيقى صحيح . ويفترض أن السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى . فاذا أثبت أحد الطرفين أن السبب المذكور فى العقد هو سبب صورى وغير حقيقى ، فان العقد لا يبطل إذا أثبت الطرف الآخر أن هناك سببا حقيقيا للعقد ولكنه مستتر . فاذا تبين أن هذا السبب الحقيقى هو سبب موهوم فان العقد يبطل لعدم صحة السبب ، وإذا تبين أن السبب الحقيقى موجود ولكنه غير مشروع فان العقد يبطل لعدم مشروعية السبب .

٧٣ - شرط مشروعية السبب .

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

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

المطلب الثانى

النظرية الحديثة فى السبب

٧٤ – نقد النظرية التقليدية .

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

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

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

١ – فى الممكن الاستغناء عن شرط وجود السبب إذ أن النتائج التى

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

أ ـ في العقود الملزمة للجانبين يمكن الاستغناء عن فكرة السبب بفكرة أخرى هي فكرة الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة . فالارتباط من طبيعة هذه العقود ولا يتصور قيامها إلا على أساسه . وفكرة الارتباط تؤدي إلى نتائج اكثر منطقا من نتائج فكرة السبب . لأن الارتباط ينظر إليه إما وقت ابرام العقد أو وقت تنفيذه . فاذا تخلف الارتباط وقت ابرام العقد ، فان العقد يقع باطلا ، أما إذا تخلف الارتباط بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه فان العقد يكون معرضا للفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ أو تحمل التبعة . فلا حاجة لفكرة السبب إطلاقا في العقود الملزمة للجانبين .

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

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

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

٢ ـ وكذلك من الممكن الاستغناء عن شرط صحة السبب سواء بالنسبة للسبب المادي أو بالنسبة للسبب الصوري .

أ ـ سبق أن رأينا أن العقد يبطل لأن السبب موهوم في حالة ما إذا تم

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

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

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

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

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

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

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

٧٥ - السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد ،

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

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

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

ولا يشترط لصحة العقد إلا شرط واحد هو أن يكون الباعث مشروعا فلا يشترط أن يكون الباعث موجودا لأن الباعث موجود دائماً فى كل العقود . ولا يوجد شخص يبرم عقدا بغير دافع أو باعث إلا إذا كان

مجنونا وفى هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الإرادة لا لانعدام الباعث ؛ ولا يشترط أن يكون الباعث صحيحا ، لأنه إذا كان الباعث موهوماً ، فاننا نكون بصدد غلط وقع فيه أحد المتعاقدين ، ويكون هناك مجال لتطبيق نظرية الغلط وهى تؤدى إلى البطلان النسبي للعقد ، وليس تطبيق نظرية السبب وهى تؤدى إلى البطلان المطلق للعقد .

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

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

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

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

٧٦ – التصرف المجرد والتصرف المسبب .

يبدو مما سبق أن نظرية السبب هى قيد على حرية الإرادة ومنفذ للأخلاق إلى العقد ، ووسيلة لفرض نوع من الرقابة القانونية على معاملات الأفراد .

والأصل أن كل العقود تخضع لنظرية السبب ؛ فكل عقد ينبغى أن يستند إلى سبب مشروع .

ى مع ذلك فهناك بعض التصرفات القانونية لا يشترط لها القانون سببا مشروعا ، فهى تصرفات مجردة من سببها . كافة بذاتها لاحداث الاثار القانونية بغض النظر عن سببها .

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

ومن الأمثلة على التصرفات المجردة فى القانون المدنى . التزام المناب فى الوفاء قبل المناب لديه ، والتزام الكفيل قبل الدائن .

والأمثلة على التصرف المجرد نادرة فى القانون المصرى والقانون الفرنسى . وعلى العكس شائعة فى القانون الألمانى .

الباب الثالث

موقف القانون المصرى أو ازدواج فكرة السبب

٧٧ – سبب العقد وسبب الالتزام .

نص المشرع فى المادة ١٣٦ مدنى على أنه إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا ، ونص

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

ومن هذا يتضح ان المشرع قد أبقى فى التقنين المدنى الحديث على النظرية التقليدية فى السبب ، ولا يكفى القول بأن المشرع قد استخدم فقط اصطلاحات النظرية التقليدية للسبب مع هجره لها ، وأن هذا مأخذ يؤخذ عليه . بل الأصح أن يقال ان المشرع قد استبقى النظرية التقليدية فعلا وأن هذا هو الذى قد يؤخذ عليه .

ولكن بجانب النظرية التقليدية للسبب فان المشرع قد أخذ أيضا بالنظرية الحديثة . وشرط مشروعية السبب الوارد فى النصين المقصود به هو مشروعية الباعث .

ومن ثم فان الرأى الصحيح هو ما يقول به جانب كبير من الفقها المصريين . وهو أن المشرع أخذ بالنظريتين معاً . النظرية التقليدية وهى نظرية سبب الالتزام ، والنظرية الحديثة وهى نظرية سبب العقد أو الباعث الدافع إلى التعاقد .

٧٨ – سبب الالتزام

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

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

٧٩ – سبب العقد .

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

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

وبهذا نكون قد درسنا كل أركان العقد وهى تتعلق بطرفى العقد

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

المبحث الخامس

البطلان

٨٠ – البطلان وعدم النفاذ والفسخ .

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

أما الفسخ فهو الجزاء على عدم تنفيذ الالتزام الناشىء عن العقد . وهو لا يتصور إلا فى العقود الملزمة للجانبين . فاذا لم يقم أحد الطرفين فى عقد

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

٨١ – البطلان المطلق والبطلان النسبى :

كان الفقه التقليدى يفرق بين ثلاثة أنواع من الجزاء على عدم استكمال شروط انعقاد العقد ، وهى الانعدام ، والبطلان المطلق ، والبطلان النسبى .

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

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

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

حتى يتقرر إبطاله . وهو يصبح صحيحا إذا أجازه صاحب المصلحة فى الإبطال . ولا يجوز الحكم ببطلانه بغير طلب من صاحب المصلحة فالقاضى لا يحكم بذلك من تلقاء نفسه . وندرس فى مبحثين متتاليين البطلان المطلق والبطلان النسبي .

المطلب الأول

البطلان المطلق

العقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد معدوم لا أثر له ، ومع ذلك فان المشرع يرتب عليه أحيانا بعض الآثار . والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة ولا يلحقه التقادم . والعقد الباطل بطلانا مطلقا يحكم القاضى ببطلانه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من أحد الخصوم . وندرس هـذه المسائل الثلاث فيما يلى .

الفرع الأول

الآثار التى تترتب على العقد الباطل

٨٢ ـ الآثار الأصلية والآثار العرضية :

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

ومن الأمثلة على ذلك أيضا العقد الصورى . فهو عقد معدوم فى العلاقة

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

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

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

§ ١ - انتقاص العقد

٨٣ - شروط وآثار انتقاص العقد :

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

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

على عقد باطل فى جزء منه أن يكون العقد صحيحا ولكن يشترط فيه الدفع بالذهب . أو يشترط فيه عدم جواز تعديل العقد بحكم القاضى ولو حدثت ظروف استثنائية طارئة على النحو الذى سندرسه فيما بعد . أو يشترط فيه عدم خضوعه لرقابة القاضى ولو كان من عقود الإذعان التى سبق الكلام عنهـــا .

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

أما إذا كان الشرط الباطل أو الشق الباطل غير جوهرى بالنسبة لإرادة المتعاقدين ، وكانت هذه الإرادة تتجه إلى ابرام العقد رغم عدم وجود هذا الشرط أو هذا الشق ، فان العقد لا يبطل فى مجموعه ، بل يبطل بطلانا جزئيا ، وهذا هو المقصود بانتقاص العقد ، فيظل الجزء الصحيح قائما ويبطل فقط الجزء غير الصحيح .

ومن الأمثلة على انتقاص العقد أيضا ، تخفيض سعر الفائدة المتفق عليها إلى ٧٪ وهو الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية . وتخفيض التزامات الكفيل بما لايزيد على التزامات المدين الأصلى . وتخفيض مدة الشيوع المتفق على البقاء فيها إلى خمس سنوات وهو الحد الأقصى للشيوع الاجبارى .

§ ٢ ـ تحول العقد

٨٤ ـ شروط وآثار تحول العقد :

تنص المادة ١٤٤ مدنى على أنه « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان فى القرن التاسع عشر ونص عليها القانون المدنى الألمانى فى المادة ١٤٠ منه . أما القانون المدنى الفرنسى فلا ينص على هذه النظرية ، ومع ذلك فان حكمها يمكن الأخذ به دون نص تطبيقا لنظرية التكييف .

فمن المعروف أن تكييف العقد أى اعطائه الاسم الصحيح الذى ينطبق عليه بحسب القانون . من صميم عمل القاضى . وهو لا يعتد فى ذلك بالاسم الذى يطلقه المتعاقدان على العقد . لأن التكييف مسألة علمية ومسألة قانونية من الدرجة الأولى . فاذا أعطى شخص شيئا يملكه إلى شخص آخر لينتفع به مدة معينة دون مقابل فان هذا العقد يعتبر عاريه ولو سماه المتعاقدان إيجارا . وإذا نقل شخص ملكية شىء إلى شخص آخر دون مقابل فان هذا العقد يعتبر هبة ولو سماه المتعاقدان بيعاً .

وطبقاً لهذا المبدأ إذا أطلق المتعاقدان على السند القائم بينهما اسم الكمبيالة . وكان السند لا يستكمل شروط الكمبيالة من حيث الشكل ويبطل إذا اعتبرناه كذلك ، فان هذا السند مع ذلك يعتبر سند دين صحيح لأن هذا هو تكييفه القانونى . والإرادة قد اتجهت إلى إحداث أثر قانونى معين . فاذا كان الوصف أو التكييف الذى تعطيه الإرادة للتصرف يتعارض مع أحكام القانون . وكان التصرف مع ذلك يمكن أن يكون له اسم آخر يتفق مع حكم القانون . فانه احتراما لإرادة

المتعاقدين ، يؤخذ بالتكييف القانونى لتصرفهما طالما أن هذا التكييف كانت ستتجه إليه الإرادة لو علمت بأن التكييف الذى أعطته هى للعقد من شأنه أن يبطل العقـــد .

فأول شرط لتحول العقد إذن هو أن يكون التصرف الأصلى باطلا بحسب الاسم الذى أطلقه عليه المتعاقدان . ككمبيالة باطلة لتخلف شرط من شروط الشكل . والشرط الثانى لتحول العقد هو أن يتضمن هـذا العقد الباطل كل العناصر اللازمة لعقد آخر صحيح ، وبتعبير آخـر أن يكون من الممكن استبدال التكييف الذى يجعل العقد باطلا بتكييف آخر يجعله صحيحا . فالكمبيالة الباطلة لتخلف شروط الشكل ، يجب أن تكون متضمنة كل العناصر اللازمة لسند دين صحيح غير شكلى . والشرط الثالث هو أن الإرادة كانت تنصرف إلى ابرام العقد الصحيح الذى وجدت عناصره فى العقد الباطل . والواقع أن المقصود بهذا الشرط هو ألا يكون التكييف الذى أطلقته الإرادة على العقد هو الباعث الدافع للتعاقد ، بحيث ما كانت لتبرم العقد بغير هذا التكييف . فاذا لم يكن التكييف جوهريا على هذا النحو فان القاضى يعطى التكييف الصحيح للعقد ويعتبر الكمبيالة مجرد سند دين عادى . وهو فى هذا لا يبحث عن إرادة مفترضة للمتعاقدين كما يقال أحيانا ، ولكنه يعطى الاسم الصحيح للإرادة الحقيقية للمتعاقدين .

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

الفرع الثانى

الاجازة والتقادم

٨٥ - العقد الباطل لا تلحقه الاجازه :

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

٨٦ - البطلان لا يزول بالتقادم :

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

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

الفرع الثالث

تقرير البطلان

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

٨٧ - كيف يتقرر البطلان .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

٨٨ – أثر تقرير البطلان .

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

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

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

فبالنسبة للمتعاقدين إذا كان العقد هو عقد بيع تقرر بطلانه فان المشترى يسترد الثمن الذى دفعه مع الفوائد القانونية من وقت المطالبة القضائيه وكذلك فان البائع يسترد الشيء المبيع مع ثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان المشترى حسن النية . اما إذا كان سيء النية فان البائع يسترد الثمار من وقت جنيها .

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

وإذا كان البطلان آتيا من عدم المشروعية . فانه طبقاً لقاعدة كانت سائدة فى القانون الرومانى واخذ بهاالقضاء الفرنسى . لا يجوز الاسترداد من الطرف الذى جاء عدمالمشروعية من ناحيته . والقاعدة هى أنه لايجوز للشخص أن يحتج بفحشه أمام القضاء . فلا يجوز لمن أعطى لخليلته نقودا لاقامة علاقة غير مشروعة أن يسترد هذه النقود . ولا يجوز لمن أعطى لغيره نقودا لارتكاب جريمة أن يسترد هذه النقود . ولا يجوز لمن أعطى رشوة لموظف ان يسترد ما اعطاه . فىجميع هذه الأمثله يكون من دفع النقود شخصا ملوثا ولا يكون له ان يحتج بذلك امام القضاء

وكان المشروع التمهيدى للقانون ينص على هذه القاعدة . ولكن هذا النص لم يشر ه التقنين فى صورته النهائية . وحسنا فعل القانون المدنى فى عدم الأخذ بهذه القاعدة والفقه الحديث ينتقدها لأسباب نظرية وعملية على

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

ومن الناحية العملية فان عدم جواز الطعن فى العقد الباطل فى الأمثلة السابق ذكرها فيه تشجيع على الجريمة والفحش . فالمجرم لا يرد مقابل الجريمة . والموظف المرتشى لا يرد مبلغ الرشوة . وليس فى هذا ما يتفق اطلاقا مع الحاجة إلى محاربة الغش والفحش والجريمة . بل الأجدر هو العكس تماما .

وإذا كان العقد الباطل لا ينتج أى أثر بالنسبة للمتعاقدين فهو لا ينتج أى أثر بالنسبة للغير كذلك . فاذا كان المشترى بعقد باطل قد قام بتقرير رهن على الشىء المبيع . أو تصرف فيه بالبيع بعد ذلك ، فانه يجوز للبائع وهو المالك الحقيقى أن يتمسك ببطلان البيع وبعدم نفاذ الرهن أو البيع الثانى وذلك فى مواجهة الدائن المرتهن أو مواجهة المشترى من البائع . ولكن يشترط لتمسك البائع بالبطلان فى مواجهة الغير أن تكون دعوى البطلان قد سجلت قبل قيد حق الدائن المرتهن أو قبل تسجيل بيع المشترى الثانى . (م ١٥ . ١٧ من قانون الشهر العقارى) . وهكذا قد يحدث أن المالك الحقيقى لا يستطيع الاحتجاج بحقه فى مواجهة الغير وذلك إذا كان الغير قد شهر حقه قبل أن يشهر المالك الحقيقى دعوى البطلان . والمقصود بهذا الحكم هو حماية الغير وحماية الثقة والاستقرار فى المعاملات

المطلب الثانى

البطلان النسبى

العقد الباطل بطلانا نسبيا يطلق عليه أحيانا اصطلاح العقد القابل للابطال وندرس فيما يلى الآثار التى قد تترتب على العقد القابل للإبطال ، ثم الإجازة والتقادم ، ثم كيفية تقرير البطلان .

الفرع الأول

آثار العقد القابل للابطلال

٨٩ - العقد منتج لآثاره إلى أن يتقرر بطلانه :

العقد القابل للابطال ليس عقدا معدوما ، ولكنه عقد قائم منتج لآثاره حتى يتقرر إبطاله . فى الفترة السابقة على تقرير البطلان تترتب على العقد جميع آثاره الأصلية . فيترتب على عقد البيع القابل للإبطال بسبب نقص أهلية البائع أو المشترى كل آثار البيع من حيث انتقال الملكية إلى المشترى ، واستحقاق الثمن للبائع . ولكن إذا تقرر إبطال هذا العقد فانه يعتبر كأن لم يكن وتزول كل الآثار التى ترتبت عليه بأثر رجعى . فتعود ملكية الشىء المبيع إلى البائع . ويرد الثمن إلى المشترى . ومع ذلك فقد تترتب على العقد الذى تقرر إبطاله بعض الآثار العرضية . كتلك السابق ذكرها عند دراسة الآثار التى قد تترتب على العقد الباطل بطلانا مطلقا . وأهم تلك الآثار العرضية هو ما يتعلق بانتقاص العقد . وكذلك تحول العقد . فالعقد القابل للابطال قد ينتقص إذا كان شق منه فقط هو الذى تقرر إبطاله ، وكانت إرادة المتعاقدين تتجه إلى ابرام العقد بغير هذا الشق . وكذلك فان العقد القابل للابطال يتحول إلى عقد صحيح إذا تضمن أركان عقد آخر صحيح وتبين أن إرادة المتعاقدين كانت تتجه إلى ابرام هذا العقد الصحيح لو أنها أدركت قابلية العقد الأصلى للإبطال .

الفرع الثانى

الاجازة والتقادم

٩٠ ـ اجازة العقد القابل للابطال .

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

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

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

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

٩١ - الدعوى والدفع يتقادمان .

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

وطبقاً لهذا النص فان الحق فى التمسك بابطال العقد يتقادم بمضى مدة هى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال . فاذا انقضت هـذه المدة ولم يتمسك صاحب الحق فى الإبطال بحقه . فلا يجوز له أن يفعل ذلك فيما بعد . ويأخذ التقادم حكم الإجازة فيعتبر العقد صحيحا من وقت ابرامه . والتقادم يلحق الدعوى كما يلحق الدفع . فلا يجوز بعد مضى المدة المذكورة رفع دعوى مبتدأة بطلب البطلان . ولا يجوز كذلك التمسك بالابطال فى صورة دفع يوجه إلى الدعوى التى ترفع باسم العقد .

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

وبالنسبة لنقص الأهلية فانه يجوز فى بعض الحالات التمسك بالإبطال بعد مضى أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ العقد . فاذا تم العقد فى سن السابعة مثلا فان الحق فى طلب إبطاله يظل قائما إلى سن الرابعة والعشرين خلال ثلاث سنوات من وقت بلوغ سن الرشد . فيكون مجموع المدة التى يجوز فيها التمسك بالابطال فى هذا المثال هى سبع عشرة سنة . أما بالنسبة لعيوب الإرادة وهى الغلط والتدليس والإكراه . فلا يجوز فى أى حال التمسك بالإبطال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ ابرام العقد . فاذا انكشف الغلط مثلا بعد أربع عشرة سنة من وقت ابرام العقد . فلا يجوز طلب الإبطال إلا خلال عام واحد من وقت انكشاف الغلط وليس خلال ثلاث سنوات من ذلك الوقت . فمدة التقادم بالنسبة لعيوب الإرادة هى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة أيهما أقصر . والمشرع صريح فى أنه لا يجوز أن تمتد المدة إلى أكثر من خمس عشرة سنة بعد انعقاد العقد أو إلى أكثر من ثلاث سنوات بعد اختفاء النائب .

الفرع الثالث

تقرير الابطال

ندرس فيما يلى كيف يتقرر الإبطال . والآثار التى تترتب عل تقريره .

٩٢ — كيف يتقرر الابطال .

تنص المادة ١٣٨ مدنى على أنه « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » .

وطبقاً لهذا النص فان الحق فى طلب الابطال قاصر على من أعطاه القانون هذا الحق . وهو القاصر او وصيه فى حالة نقص الأهلية . وهو من شاب إرادته عيب فى حالة الغلط والإكراه والتدليس . ولا يجوز ذلك للطرف الآخر فى العقد لأن الابطال غير مقرر لمصلحته . ولا يجوز ذلك للخلف الخاص لصاحب الحق فى طلب الإبطال أو لدائنى هذا الشخص . إلا إذا إستعملوا حقوق مدينهم طبقاً للدعوى غير المباشرة .

وفى بعض الأحيان يعطى المشرع شخصا من الغير الحق فى التمسك بالإبطال تقديرا لمصلحة هذا الغير . من هذا حق الكفيل فى التمسك بابطال عقد الدين الأصلى إذا لم يكن عالما بسبب الإبطال وقت ابرام عقد الكفالة (م ٧٨٢ مدنى) . وذلك حماية لمصلحة الكفيل الذى يلتزم بصفة تبعية والذى يترتب على إبطال التزام المدين الأصلى إبطال التزامه هو بصفة تبعية .

وإذا تم التمسك بالابطال فى صورة دعوى أو فى صورة دفع . وصدر حكم من القاضى بتقريره . فان هذا الحكم يعتبر منشأ للإبطال وليس كاشفا له فقط كما هو الشأن بالنسبه للحكم الذى يقرر بطلان العقد الباطل بطلانا مطلقا . إذ هو يكشف فقط عن البطلان المطلق ولا ينشئه

الفصل الثاني

آثار العقد

٩٤ - نسبية أثر العقد .

إذا انعقد العقد صحيحا طبقاً لما سبق دراسته فى الفصل الأول من هذا الباب فانه يكتسب ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد . أى يصبح منتجا لآثاره القانونية .

والقوة الملزمة للعقد تحكمها فكرة أساسية . هى فكرة نسبية أثر العقد . فللعقد أثر نسبي سواء بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للموضوع . فبالنسبة للأشخاص لا تنصرف آثار العقد إلا إلى العاقدين فقط ، فهى لا تنصرف إلى الغير . وبالنسبة للموضوع فان آثار العقد تقتصر على الالتزام بما جاء فيه دون غيرها من الالتزامات . وندرس فى مبحثين متتاليين آثار العقد بالنسبة الأشخاص . وآثار العقد من حيث الموضوع .

المبحث الأول

آثار العقد بالنسبة للأشخاص

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

المطلب الأول

أثر العقد بالنسبة المتعاقدين

٩٥ – المتعاقدان والخلف العام والخلف الخاص :

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

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

اما الخلف الخاص فهو من يخلف المتعاقد فى عين بذاتها كالمشترى لعقار معين ، أو الدائن المرتهن لعقار معين ، أو الموصى له بعين بذاتها .

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

الفرع الأول

الخلف العام

٩٦ – انصراف العقد إلى الخلف العام .

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

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

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

وفى الحدود التى تنتقل فيها حقوق المورث والتزاماته إلى الوارث ، فان الوارث لايعتبر من الغير . ويظهر ذلك فى أنه يحتج فى مواجهته بالتصرفات الصادرة من مورثه ولو لم تكن ثابتة التاريخ . وبالنسبة للصورية فانه يسرى فى حقه العقد الحقيقى المستتر ، وليس العقد الصورى الظاهر .

٩٧ — الحالات التى لاتنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام .

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

١ — إذا كانت ديون التركة تزيد على حقوقها فان الوارث لا تنصرف إليه الالتزامات التى عقدها المورث إلا فى حدود ما آل إلى هذا الوارث من حقوق التركة ، وقد سبق بيان ذلك .

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

٣ — إذا كانت طبيعة التعامل ذاتها تقتضى عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام . ويكون ذلك إما لمانع قانونى أو مادى يمنع انصراف أثر العقد على هذا النحو . ومن أمثلة المانع القانونى أن يكون شخص قد اكتسب حق انتفاع بمقتضى عقد . هذا الحق لا ينتقل إلى الخلف العام . لأن الانتفاع ينقضى حتما بحكم القانون عند وفاة المنتفع . ومن أمثلة المانع القانونى كذلك أن يبرم شخص عقد ايراد مرتب مدى الحياة . يكون له بمقتضاه أن يتلقى عائداً سنويا طوال حياته . فانه بمقتضى طبيعة العقد ذاته لا ينتقل الحق فى الايراد إلى الخلف العام بل ينقضى بوفاة صاحب الحق فى الايراد . ومن أمثلة المانع المادى أن يكون شخص المتعاقد هو محل الاعتبار فى العقد كالتعاقد مع فنان على رسم لوحة فنية أو مع جراح على اجراء عملية جراحية أو مع مهندس على تنفيذ مشروع أو مع محام على الترافع فى دعوى من الدعاوى . الخ . فالالتزامات الناشئة عن مثل هذه العقود لا تنتقل إلى الخلف العام للفنان أو الجراح أو المهندس أو المحامى .

٤ – إذا وجد نص فى القانون يقرر عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام . من هذا نص المادة ٥٢٨ الذى يقرر انقضاء الشركة بوفاة أحد الشركاء ، ونص المادة ٦٠٢ الذى يقرر ان الايجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، ونص المادة ٦٢٦ الذى يقرر انقضاء المزارعة بموت المزارع . ونص المادة ٧١٤ الذى يقرر أن الوكالة تنقضى بموت الوكيل أو موت الموكل .

٩٨ – الحالات التى يعتبر فيها الخلف العام من الغير .

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

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

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

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

الفرع الثانى

الخلف الخاص

٩٩ — المقصود بالخلف الخاص .

الخلف الخاص هو من تلقى من شخص آخر مالا سواء كان هذا المال حقاً عينياً أو شخصياً . أو من تلقى حقاً عينياً على هذا المال . ومن الأمثلة على ذلك المشترى لعقار فهو يتلقى حقاً عينياً على هذا العقار هو حق الملكية وكذلك المنتفع بعقار فهو يتلقى حقاً عينياً على العقار هو حق الانتفاع والدائن المرتهن لعقار فهو يتلقى حقاً عينياً هو الحق فى الرهن . والمحال له هو خلف خاص للمحيل فى الحق المحال به . وهو استخلاف فى حق شخصى . والمرتهن لدين يتلقى حقا عينيا هو الحق فى الرهن محله حق شخصى هو الدين المرهون . فهذا استخلاف فى حق عينى وارد على حق شخصى .

وعلى خلاف ذلك فان الدائن بحق شخصى لا يعتبر خلفا خاصا للمدين

على أن المثال الشائع للخلف الخاص هو مثال المشترى لعقار . فهو خلف

خاص للبائع فى هذا العقار . وسنضع دائما هذا المثال أمام أعيننا تبسيطا للأحكام التى نعرضها .

١٠٠ - انصراف أثر العقد للخلف الخاص .

نص المشرع فى المادة ١٤ مدنى على أنه « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص . فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه » . وهذا النص يقرر انصراف أثر العقد للخلف الخاص بشروط معينة . وهو لا يعدو فى ذلك أن يكون تقنينا لأحكام القضائين المصرى والفرنسى فى هذا الشأن .

وبطبيعة الحال فان نطاق التصرفات التى ينصرف أثرها للخلف الخاص محدود بحدين .

فأولا لا ينصرف إلى الخلف الخاص إلا آثار العقود التى تمس نفس الشىء الذى انتقل إلى الخلف . أما إذا كان العقد الذى يبرمه العاقد لا يتصل بهذا الشىء أدنى صلة فان آثاره لا تنصرف إلى الخلف الخاص . مثال ذلك أن يبيع شخص عقاراً يملكه لشخص آخر . ويكون قد أبرم قبل البيع عقد قرض ليتمكن من بناء منزل أو شراء سيارة أو غير ذلك . فى هذه الحالة لا تثور أصلا مشكلة انصراف آثار عقد القرض إلى المشترى للعقار وهو الخلف الخاص للبائع .

وثانيا لا ينصرف إلى الخلف الخاص إلا آثار العقود التى أبرمها العاقد قبل التعامل مع الخلف الخاص وكانت ثابتة التاريخ قبل هذا الوقت . أما إذا أبرم العاقد اتفاقا يمس الشىء الذى انتقل إلى خلف خاص . بعد انتقاله

فعلا إلى الخلف فان هذا الاتفاق لا تنصرف آثاره إلى الخلف . بل ولا تثور المشكلة أصلا . كالبائع يؤجر العقار الذى باعه بعد أن انتقلت ملكيته إلى المشترى . فلا ينفذ عقد الإيجار فى حق المشترى على أى وجه .

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

١٠١ - الحقوق والالتزامات التى تعتبر من مستلزمات الشىء :

الحقوق والالتزامات التى تنتقل إلى الخلف الخاص هى التى يمكن اعتبارها من مستلزمات الشىء الذى انتقل إليه . والحقوق تعتبر من مستلزمات الشىء إذا كانت مكملة للحق الذى انتقل إلى الخلف ، فهى بهذا الوصف تعتبر من توابعه ويمكن تبرير انتقالها على أساس قاعدة أن توابع الشىء تلحق به عند التسليم . أما الالتزامات التى تعتبر من مستلزمات الشىء فهى تلك التى تضع قيدا على الحق الذى انتقل إلى الخلف ، ويمكن تبرير انتقالها على أساس أنها كانت تحد من حق المتصرف وهو لا يملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما لديه لأن فاقد الشىء لا يعطيه .

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

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

٢ – التأمينات التى كانت تكفل الحق الذى انتقل إلى الخلف الخاص ، سواء كانت هذه التأمينات عينية كرهن رسمى أو شخصية ككفالة . فحوالة الحق تنقل إلى المحال له الحق المحال ، وكذلك التأمينات العينية والشخصية التى تضمن الوفاء به .

٣ – الحقوق الشخصية التى تعمل على تقوية الحق الذى انتقل إلى الخلف الخاص . مثال ذلك الحق الناشيء عن عقد تأمين أبرمه المالك السابق ضد خطر الحريق الذى قد يصيب العين التى انتقلت ملكيتها بعد ذلك إلى شخص آخر . هذا الشخص الآخر وهو الخلف الخاص للمستأمن الذى أبرم عقد التأمين يستفيد من الحقوق الناشئة عن هذا العقد . كذلك فان المشترى لعقار له الحق فى الرجوع على البائع له بدعوى ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . هذا الحق ينتقل إلى المشترى الثانى من المشترى الأول باعتباره من مستلزمات الشيء . كذلك إذا أبرم تاجر اتفاقا بعدم المنافسة مع شخص خر . فان الحقوق الناشئة عن هذا الاتفاق تنتقل إلى مشترى المحل التجارى وهو الخلف الخاص للتاجر .

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

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

١ – حقوق الارتفاق التى كانت تتحملها العين قبل انتقال ملكيتها إلى الخلف . فهى تظل متحملة لها بعد ذلك أيضا .

٢ – الالتزامات الشخصية التى تقيد الحق الذى انتقل إلى الخلف . كالتزام السلف بعدم المنافسة فى تجارة معينة . والتزام مالك الأرض المبيعة بعدم الارتفاع بالبناء أو بعدم البناء فى كل المساحة المملوكة سواء اعتبر ذلك التزاما شخصيا أو ارتفاقا عينيا . والتزام مالك المنزل بعدم استعماله استعمالا معينا كناد أو مقهى أو غير ذلك مراعاة للحى السكنى الذى يوجد فيه المنزل

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

١٠٢ – يشترط ان يكون الخلف الخاص عالما :

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

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

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

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

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

المطلب الثالث

أثر العقد بالنسبة للغير

١٠٣ - نص قانونى .

تنص المادة ١٥٢ مدنى على أنه « لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » .

والغير هو الشخص الأجنبي عن العقد . وكان المفروض طبقاً لقاعدة نسبية أثر العقد . أن يظل بعيدا عن التأثر بالعقد ، فلا يتلقى منه حقاً ، ولا يتحمل بسببه التزاماً . ومع ذلك فقد أجاز المشرع الخروج على هذه القاعدة فيما يتعلق بالحقوق وحدها دون الالتزامات . وقرر فى النص السابق ذكره أن الغير يجوز أن يكتسب حقا من العقد . ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن لا يجوز أن يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ويظهر ذلك فى نظرية التعهد عن الغير . ونتدرس فيما يلى التعهـــد عن الغـــير ثم الاشتراط لمصلحة الغير .

الفرع الأول

التعهد عن الغير

١٠٤ — المقصود بالتعهد عن الغير .

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

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

٢ – المتعهد عن الغير يتعهد بالتزام شخصي على عاتقه بأن يجعل الغير على قبول التعهد . فهو لا يتعهد بالزام الغير بهذا التعهد ، وإلا كان الالتزام باطلا لاستحالة محله ، لأن الشخص لا يملك أن يجعل الغير يلتزم بارادته هو إذا لم يكن نائبا عنه . والفرض أن المتعهد غير نائب عن الغير . وقواعد التعهد عن الغير ليس فيها خروج على قاعدة نسبية أثر العقد . فهى لا تؤدى أبداً إلى التزام الغير بالالتزام الوارد فى التعهد . وهذا على خلاف الاشتراط لمصلحة الغير . فقد سبق أن ذكرنا أن فيه خروج على قاعدة نسبية أثر العقد . إذ هو ينشىء حقاً مباشرا للغير مترتبا على الاشتراط لمصلحته.

٣ – المتعهد عن الغير يلتزم بأن يحمل الغير على قبول تعهد معين أو الالتزام بشىء معين . فمحل التزام المتعهد هو دائما التزام بعمل هو أن يحمل الغير على قبول التزام معين . والمتعهد يكون قد نفذ التزامه إذا قبل الغير فعلا أن يلتزم . ولا يضمن المتعهد بعد ذلك قيام الغير بتنفيذ هذا الالتزام فعلا .

١٠٥ – التعهد عن الغير ونسبية أثر العقد .

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

وهذا النص يضع حكمين لفرضين مختلفين . الأول هو أن يرفض الغير التعهد . والثانى هو أن يقبل الغير التعهد . وندرس كل من الفرضين فيما يلى .

§ ١ — رفض الغير للتعهد

١٠٦ — عدم مسئولية الغير ومسئولية المتعهد .

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

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

§ ٢ — قبول الغير للتعهد

١٠٧ — أثر قبول الغير للتعهد .

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

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

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

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

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

الفرع الثانى

الاشتراط لمصلحة الغير

١٠٨ – نظرة تاريخية :

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

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

وفى مرحلة أولى من مراحل التطور كان القانون الرومانى يستلزم على المشترط حماية لحقه أن يضع فى العقد شرطا جزائيا يكون له بمقتضاه أن يرجع بالتعويض على المتعهد إذا لم ينفذ تعهده . وفى مرحلة لاحقة أصبح هذا الشرط مفترضا وأصبح من حق المشترط دائما أن يرجع بالتعويض على المتعهد إذا لم ينفذ تعهده قبل المنتفع .

غير أن التطور الكبير فى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حدث عندما قرر القانون الرومانى للمنتفع حقا مباشرا قبل المتعهد دون أن يمر هذا الحق

بذمة المشترط . ولكن هذا الحق لم يتقرر فى صورة دعوى يرفعها المنتفع على المتعهد ، بل فى صورة دفع فقط .

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

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

٢ — حالة الاشتراط لمصلحة الغير فى بعض العقود المحددة . مثال عقد الوديعة والعارية عندما يشترط المودع أو المعير أن يرد المودع لديه أو المستعير . الشىء المودع أو المعار إلى شخص ثالث . ومثال العقد الذى يشترط فيه شخص على آخر بأن يدفع مهراً لشخص ثالث . ومثال عقد الرهن الحيازى . عندما يبيع الدائن المرتهن الشىء المرهون ويشترط على المشترى أن يرد الشىء إلى الراهن إذا هو دفع له مبلغ الدين .

وقد انتقلت هذه الأحكام إلى القانون الفرنسى القديم الذى أضاف إليها حالة أخرى هى حالة اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الثمن لشخص ثالث هو غالباً دائن البائع .

وقد اخذ القانون المدنى الفرنسى الحديث (عام ١٨٠٤) بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير بعد أن صاغها فى عبارات عامة يمكن أن تنصرف إلى كل العقود . ثم عمل القضاء الفرنسى وكذلك القضاء المصرى على تطوير هذه النظرية حتى وصلت إلى الشكل الذى خرجت به فى القانون المدنى المصرى الجديد .

١٠٩ — أحكام القانون المصرى .

نص المشرع المصرى فى المادة ١٥٢ مدنى على مبدأ أن العقد يجوز أن

يكسب الغير حقا ، وذلك خروجا على قاعدة نسبية أثر العقد . ثم طبق هذا المبدأ فى المادة ١٥٤ وما بعدها .

وتنص المادة ١٥٤ مدنى على أنه « (١) يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير . إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية . (٢) ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالب بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد . (٣) ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك »

وتنص المادة ١٥٥ مدنى على أنه « (١) يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منها . ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد . (٢) ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط . إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول . كما له ان يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة » .

وتنص المادة ١٥٦ مدنى على أنه « يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع شخصا مستقبلا او جهة مستقبلة . كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد . متى كان تعيينها مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة » .

١١٠ - فكرة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاتها المختلفة .

الفكرة الأساسية فى الاشتراط لمصلحة الغير . وهى المنصوص عليها فى القانون المدنى المصرى . أن المنتفع هو شخص أجنبى عن عقد الاشتراط .

ومع ذلك فهو يكتسب حقاً مباشرا قبل المتعهد . وهذا الحق لا يمر بذمة المشترط بل يكتسبه المنتفع مباشرة عن عقد الاشتراط . وهذا الحق لا ينشأ عن قبول المنتفع له وإلا لما كان هناك خروج على قاعدة نسبية أثر العقد ، ولكنه ينشأ عن عقد الاشتراط الذى لم يكن المنتفع طرفا فيه ودون حاجة إلى قبوله .

بل ولا يشترط أن يكون المنتفع موجودا وقت ابرام عقد الاشتراط . بل يكفى أن يكون موجودا وقت تنفيذ هذا العقد . مثال ذلك الأب الذى يؤمن على حياته لمصلحة من سيرزق به من أولاد وقبل أن يكون له أولاد فعلا . ومن باب أولى لا يشترط أن يكون المنتفع معينا وقت ابرام عقد الاشتراط . بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين وقت تنفيذ العقد . مثال ذلك صاحب المصنع الذى يؤمن ضد المخاطر التى قد تصيب عمال هذا المصنع . فيستفيد من هذا الاشتراط كل عامل مصاب حتى ولو لم يكن يعمل فى خدمة رب العمل وقت ابرام عقد التأمين ولكنه التحق بالمصنع بعد ذلك . ومثال ذلك التأمين على منزل ضد الحريق لمصلحة مالك هذا المنزل أيا كان . فيستفيد من هذا التأمين كل مالك للمنزل وقت حدوث الحريق .

وكل ما يشترطه القانون أن تكون للمشترط مصلحة مادية أو أدبية فى الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذى سنذكره فيما بعد . والواقع أن فكرة المصلحة هذه هى التى جعلت للاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يلى غير ما سبق ذكره من أمثلة :

١ - عقد التأمين هو من أهم العقود التى تظهر فيها تطبيقات فكرة الاشتراط لمصلحة الغير . وهو العقد الذى من خلاله عمل القضاء الفرنسى على التطور بفكرة الاشتراط إلى الحد الذى وصلت إليه فى القانون المدنى المصرى الحديث . وقد سبق أن ذكرنا أمثلة الأب الذى يؤمن على حياته لمصلحة أولاده الموجود منهم ومن سيولد فى المستقبل . وصاحب المصنع

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

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

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

٤ — بجانب ذلك هناك الأمثلة التقليدية وهى التى دعت إلى ابتداع نظرية الاشتراط لمصلحة الغير منذ عهد القانون الرومانى . وقد سبق ذكرها عند دراسة التطور التاريخى لهذه النظرية

وندرس فيما يلى شروط انطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم الآثار التى تترتب على انطباقها .

§ ١ - شروط انطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

هناك ثلاثة شروط لانطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . نصت عليها المادة ١٥٤ مدنى السابق ذكرها . وهى أن يتعاقد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع ، وأن يشترط حقا مباشرا للمنتفع قبل المتعهد . وأن تكون له فى ذلك مصلحة شخصية مادية كانت أم أدبية .

١١١ - المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع .

وفى هذا يظهر الاختلاف الكبير بين الاشتراط وبين النيابة فى التعاقد سواء كانت النيابة قانونية أو اتفاقية . فقد سبق أن رأينا أن النائب يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو ولهذا فان انصراف آثار العقد إلى الأصيل يبدو أمرا طبيعيا . أما فى الاشتراط فان المشترط يتعاقد باسمه هو لا باسم المنتفع ، ولذلك فان اكتساب المنتفع حقاً مباشرا من هذا العقد يبدو خروجا على قاعدة نسبية أثر العقد .

وفى هذا يظهر كذلك الاختلاف بين الاشتراط وبين الفضالة . لأن الفضولى يتعاقد باسم رب العمل دون أن يكون موكلا منه فى ذلك . أما المشترط فانه يتعاقد باسمه هو كما سبق أن ذكرنا .

وكان هناك رأى قديم يذهب إلى تأصيل مركز المشترط على أساس فكرة الفضالة أو الوكالة . فالمشترط يبدأ كفضولى . وينتهى كوكيل إذا أقر المنتفع العمل الذى قام به . ولكن هذا الرأى مهجور فى الفقه الآن ، لأن الفضولى يتعاقد باسم رب العمل ، أما الاشتراط ففكرته الجوهرية هى أن المشترط يتعاقد باسمه هو لا باسم المنتفع . وكذلك هناك اختلاف بين الفضالة والاشتراط من عدة نواح أخرى وهى :

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

٢ – الفضولى يجب ألا تكون له مصلحة شخصية فى العمل الذى يقوم به . أما المشترط فعلى العكس ينبغى أن تكون له مصلحة شخصية وإلا فلا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير .

٣ – الفضولى إذا بدأ فى العمل فعليه أن يستمر فيه إلى أن يقدم حسابا عنه لرب العمل . أما المشترط فلا يلتزم بذلك إذ يجوز له كما سنرى أن ينقض المشارطة ويرجع فيها . على أن يحدث ذلك قبل قبول المنتفع لها .

١١٢ – اشتراط حق مباشر للمنتفع .

من الأفكار الأساسية فى نظرية الاشتراط . أن المنتفع يتلقى حقا مباشرا من عقد الاشتراط ذاته . فاذا كان الحق الذى يتلقاه المنتفع يأتى إليه من مصدر آخر غير عقد الاشتراط . فاننا لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير . ونضرب عدة أمثلة لتوضيح ذلك .

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

وإذا أبرم شخص عقد تأمين ضد مسئوليته عن الأضرار التى قد يسببها للغير بخطئه . فانه يشترط ذلك لنفسه لا للغير الذى يصيبه الضرر . وإن كان لهذا الأخير الحق فى الاستفادة من مبلغ التأمين على أساس قواعد المسئولية وليس على أساس قواعد الاشتراط .

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

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

١١٣ — مصلحة المشترط الشخصية .

يستلزم القانون المدنى الفرنسى لتحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى عقود المعاوضة . أن يكون المشترط قد اشترط أولا حقاً لنفسه . ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً لغيره . أما القانون المصرى فلم يستلزم أن يكون المشترط قد اشترط حقاً لنفسه . واكتفى فقط بأن تكون للمشترط مصلحة شخصية مادية أو ادبية .

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

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

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

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

والخلاصة أن مجرد المصلحة المادية أو الأدبية للمشترط تكفى لصحة الاشتراط دون حاجة إلى وجود علاقة قانونية أخرى بين المشترط والمتعهد.

§ ٢ – آثار الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير تظهر آثاره فى عدة علاقات . أولا فى العلاقة بين المشترط والمتعهد . وثانيا فى العلاقة بين المشترط والمنتفع . وثالثا فى العلاقة بين المنتفع والمتعهد . وندرس كل من هذه العلاقات فيما يلى .

١١٤ - العلاقة بين المشترط والمتعهد :

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

وفى مثال آخر إذا ورد الاشتراط فى عقد تأمين على الحياة . فان المشترط يلتزم بدفع اقساط التأمين . والمتعهد يلتزم بأن يفى له بما يستحقه شخصيا من عقد التأمين كجائزة مثلا حصلت عليها وثيقة التأمين أو غير ذلك . ويجب عليه بجانب ذلك أن ينفذ الاشتراط .

وجدير بالذكر أن المشترط من حقه أن يراقب المتعهد فى تنفيذ الاشتراط ؛ لأنه صاحب مصلحة شخصية فى هذا . وهذه المصلحة هى التى دعت إلى ابتداع نظام الاشتراط ، وهى التى تبرر كذلك حق المشترط فى مراقبة المتعهد فى تنفيذ الاشتراط . وهذا الحق يعنى أن للمشترط أن يرفع الدعوى على المتعهد باسمه هو لا باسم المنتفع . بل قد يكون المشترط هو وحده صاحب الحق فى ذلك دون المنتفع ، كما لو اشترطت جهة الأدارة شروطا فى مواجهة ملتزم أحد المرافق العامة ، لمصلحة الجمهور . واحتفظت لنفسها بالحق فى مطالبته بتنفيذ هذه الشروط .

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

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

١١٥ — العلاقة بين المشترط والمنتفع .

المشترط قد يكون متبرعا للمنتفع يشترط لمصلحته دون أن يحصل على مقابل لذلك . وقد لا يكون متبرعاً له .

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

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

١١٦ — العلاقة بين المنتفع والمتعهد :

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

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

وقد بذل الفقهاء محاولات كثيرة لتبرير اكتساب المنتفع هذا الحق المباشر . من هذه النظريات أن المشترط هو فضولى يعمل لحساب المنتفع ، وقد سبق أن بينا الفرق الكبير بين الاشتراط والفضالة ، مما لا يجوز معه أن يؤسس الاشتراط على الفضالة .

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

ومن هذه النظريات أن المشترط يكتسب الحق لنفسه ثم ينقله بعد ذلك للمنتفع ، وهذه النظرية تتعارض مع أهم أحكام الاشتراط وهى أن المنتفع يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد ولا يمر هذا الحق بذمة المشترط .

ومن هذه النظريات أخيرا ما يؤسس حق المنتفع المباشر على أساس الارادة المنفردة للمتعهد . ولكن يعيب هذا الرأى أنه لو صح لكان للمتعهد وحده دون المنتفع أن ينقض المشارطة . وما كان له من ناحية أخرى أن يتمسك فى مواجهة المنتفع بالدفوع الناشئة عن عقد الاشتراط . وكل هذا يخالف الأحكام الأساسية فى الاشتراط .

ولذلك فان أصدق النظريات جميعا هى تلك التى تؤسس الحق المباشر للمنتفع على أساس قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ذاتها ، باعتبارها قاعدة مستقلة من قواعد القانون . ليست فى حاجة فى تبريرها إلى ... [illegible]

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

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

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

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

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

٤ ــ عقد الاشتراط هو مصدر حق المنتفع وهو أيضا الذى يرسم حدود هذا الحق . وقد سبق أن رأينا أنه يجوز الاتفاق فى هذا العقد على حرمان المنتفع من الحق فى أن يطالب المتعهد باسمه . تاركا العناية فى ذلك

للمشترط . ويجوز كذلك الاتفاق على حرمان المشترط من الحق فى نقض المشارطة ، أو تقييد هذا الحق بأن يكون بموافقة المتعهد فى نفس الوقت .

ويترتب على أن المنتفع يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد عدة نتائج أهمها .

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

٢ — ولكن من ناحية أخرى فان حق المنتفع المباشر يعتبر دينا فى ذمة المتعهد . ويصبح المنتفع كأى دائن من دائنى هذا الأخير . ويتعرض بالتالى لمزاحمة هؤلاء إذا كانت أموال المتعهد لا تفى بكل ديونه .

ورغم أن المنتفع يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد . إلا أن هذا الحق يتعرض للنقض من جانب المشترط .

١٠٧ — حق المشترط فى نقض المشارطة .

أعطى المشرع للمشترط الحق فى ان ينقض المشارطة . فينقضى حق المنتفع قبل المتعهد . وهذا الحق ثابت له بنص القانون دون حاجة إلى النص عليه فى العقد . ومع ذلك فلا يثبت هذا الحق للمشترط إذا كان فيه تعارض مع ما يقتضيه العقد . مثال ذلك البائع يشترط على المشترى أن يوفى بالثمن للدائن المرتهن للعقار المبيع . فى هذه الحالة لا يجوز للمشترط أن ينقض هذا الشرط ، لأن من مصلحة المتعهد أيضا وهو المشترى . أن

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

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

والحق فى نقض المشارطة هو حق شخصى للمشترط فلا ينتقل إلى الورثة . ولا يجوز لدائنى المشترط استعماله باسمه . لأنه لو جاز ذلك لقام معظم الورثة أو الدائنون بنقض المشاراطات التى أبرمها مورثهم أو مدينهم . وقد نصت على كل هذه الأحكام المادة ١٥٥ مدنى . وهى تقرر أنه « يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد » .

ويلاحظ أنه لا يترتب نقض المشترط للمشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبله . بل يجوز للمشترط أن يستبدل المنتفع الأول بمنتفع ثان . وكذلك يجوز له أن يجعل نفسه المنتفع من عقد الاشتراط . وفى الحالة الأخيرة فاننا لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير . بل بصدد عقد عادى لا تنصرف آثاره إلا إلى طرفيه فقط .

ولكن يجوز للمشترط بعد أن نقض المشارطة وجعل نفسه المنتفع من

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

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

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

١١٨ — اقرار المنتفع لحقه .

اقرار المنتفع لحقه يؤدى إلى تأكيد هذا الحق ، بحيث لا يجوز للمشترط بعد ذلك أن ينقض المشارطة . والاقرار ليس قبولا لإيجاب معروض يؤدى إلى ابرام عقد جديد . ولكنه تصرف من جانب واحد يؤدى إلى تأكيد حق سبق وجوده .

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

والاقرار إما أن يعلن إلى المشترط أو أن يعلن إلى المتعهد . ولكن لابد من إعلانه للمتعهد حتى ينفذ فى حقه وتجوز مطالبته .

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

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

المبحث الثانى

آثار العقد من حيث الموضوع

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

ومع ذلك فقد يثور نزاع فى بعض الأحيان يتعلق إما بتفسير العقد أو بتحديد نطاق الالتزامات الناشئة منه . بل وأحيانا بصدد قوته الملزمة ذاتها . فاذا ما انفض كل نزاع من هذا القبيل . فان الجزاء على مخالفة أحكام العقد هو المسئولية العقدية . وندرس كل هذه الموضوعات فى مطلب مستقل

المطلب الأول

تفسير العقد

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

تكون عبارة العقد واضحة ؛ وعندما تكون عبارة العقد غير واضحة . وعندما يثور شك فى تبين هذه الأرادة . وندرس هذه الحالات الثلاث بنفس الترتيب .

الفرع الأول

عبارة العقد واضحة

١١٩ – الأصل أن العبارة الواضحة لاتكون محلا للتفسير .

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

وهذا النص لا يعدو أن يكون تقنينا لأحكام القضائين المصرى والفرنسى . والفكرة التى يقوم عليها بسيطة وهى أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة . فلا محل لتأويلها على معنى يخالف المعنى الواضح لهذه العبارة . وإلا فان القاضى يكون قد خرج عن مهمته وهى الحكم بمقتضى العقد دون تعديل لأحكامه . وعلى خلاف ذلك فان القاضى يباشر سلطته التقديرية فى تفسير العقد إذا لم تكن عباراته واضحة على النحو الذى سنذكره فيما بعد .

١٢٠ – متى تكون العبارة الواضحة محلا للتفسير .

إذا كان الأصل هو أن العبارة الواضحة لا تكون محلا للتفسير . فانما أساس ذلك هو أن العبارة الواضحة هى أصدق صورة لارادة واضحة أيضا . ومع ذلك فان هذه القرينة ليست قاطعة فى جميع الأحوال . لأن العبارة قد تكون واضحة من حيث اللغة فتجمع بين سلاسة اللفظ وجمال التركيب ولكنها لا تكون مع ذلك معبرة عن إرادة واضحة . فالعبارة الواضحة لا تعكس دائما إرادة واضحة . ولذلك يجوز رغم العبارة الواضحة أن يلجأ القاضى إلى تفسير هذه العبارة للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

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

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

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

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

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

الفرع الثانى

عبارة العقد غير واضحة

١٢١ - البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين :

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

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

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

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

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

وإذا أردنا أن نضرب مثلا لكل عامل من هذه العوامل ، فان المقصود بطبيعة التعامل . هو طبيعة العقد ذاته . فاذا كانت عبارة العقد تحمل أكثر من معنى واحد . فانه يؤخذ بالمعنى الذى يتفق مع طبيعة العقد . فاذا اشترط المعير على المستعير أنه فى حالة هلاك الشىء فان المستعير يرد مثله .

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

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

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

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

أما قاعدة أن تخصيص حالة بالذكر لا يعنى انفرادها بالحكم . فتظهر مثلا فى حالة ما إذا اشترى شخص أرضا زراعية وذكر فى العقد أن التسليم

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

أما العرف الجاري بين الناس فهو في المعاملات التجارية والبحرية وأعمال البنوك والتأمين يعتبر من مصادر القانون ويلجأ إليه القاضي إما لتحديد الحكم الواجب التطبيق . أو لتكملة العقد . ولتفسيره كذلك . أما في غير هذه المجالات فان العرف لا يكون إلا مصدرا احتياطيا من مصادر القانون . ولا يلجأ إليه القاضي إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو عندما يحتاج الأمر لتكملة العقد أو لتفسير غموضه . ومن الأمثلة على حكم من أحكام العرف . ما يجري عليه العمل من أن أجر السمسار يقابل ٢,٥٪ من الصفقة . . إلى غير ذلك .

وأخيرا من العوامل التي تساعد القاضي في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ، الطريقة التي يجري بها تنفيذه بينهما . فاذا جرت العادة أن يدفع المستأجر الأجرة مرة كل سنة أو كل ستة أشهر . فانه لا يعتبر متأخرا في دفعها إذا مضى شهر أو شهران ولم يقم بدفع ما استحق منها .

والقاضي إذ يستعين بكل هذه العوامل والقواعد ، فهو يأخذ بالإرادة الظاهرة كتعبير عن الارادة الباطنة . ولكنه لا يتقيد بالإرادة الظاهرة . بل يسعى دائما إلى البحث عن الإرادة الحقيقية كلما وجد مبررا لذلك . والقواعد التي يستعين بها القاضي في هذا البحث كلها قواعد موضوعية . ولذلك يمكن القول أن المشرع يقصد أصلا بالإرادة ، الإرادة الباطنة الحقيقية بالقدر الذي تكشف عنه قواعد البحث الموضوعية .

الفرع الثالث

الشك فى التعرف على ارادة المتعاقدين

١٢٣ – تفسير الشك لمصلحة المدين .

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

وحالة الشك فى التعرف على الإرادة هى الحالة الثالثة من حالات التفسير . وهى تتحقق عندما يتجاوز الوضع الحالة الثانية التى تكون فيها العبارة غير واضحة . لأن عدم وضوح العبارة يفرض على القاضى واجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين . وعليه أن يبذل فى هذا السبيل كل جهد مسترشدا بالقواعد السابق ذكرها . فاذا هو وصل إلى تحديد النية المشتركة للمتعاقدين . فانه يكون قد قطع كل شك فى هذا الشأن .

أما الحالة الثالثة فهى تفترض أن القاضى لم يتمكن من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ، وأن عبارات العقد تحتمل أكثر من معنى واحد . فى هذه الحالة قرر المشرع أن الشك يفسر فى مصلحة المدين .

ولكن يجب أن يراعى من ناحية أخرى أن الشك يعنى أن هناك مجال لتفسير العقد على معنى أو على آخر . أما إذا تبين القاضى استحالة تفسير العقد بأى معنى من المعانى . فانه لا يكون هناك عقد ولا تطابق إرادتين . ولا يكون هناك بالتالى مجال لأى تفسير .

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

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

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

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

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

المطلب الثانى

تحديد نطاق العقد

١٢٤ - تكملة العقد .

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

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

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

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

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

١ — طبيعة الالتزام : وهى تقضى بان الالتزام بتسليم العين المبيعة . أو تسليم العين المؤجرة . ينصرف إلى ملحقات هذه العين . غير أن ما يعتبر من ملحقات العين المبيعة قد لا يعتبر من ملحقات العين المؤجرة . كمستندات الملكية فهى تسلم فى حالة البيع وليس فى حالة الإيجار . على أنه تعتبر من ملحقات العين المبيعة والعين المؤجرة فى نفس الوقت . مفاتيح المنزل وحوشه وحديقته وسلالمه . وما يتعلق به كمخرج ومدخل وحجرة الخادم ، وغرف التخزين . . الخ .

٢ – نصوص القانون : والمقصود بذلك نصوص القانون المفسرة أو المكملة . وهى التى تسرى فى حالة عدم وجود اتفاق على ما يخالفها . أما نصوص القانون الآمره فهى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ويطبقها القاضى حتى مع وجود هذا الاتفاق . أما النصوص المكملة أو المفسرة ، وهى عادة تأخذ أحكامها مما جرى عليه التعامل بين الناس بالنسبة لعقد من العقود . فوظيفتها الأساسية هى تسهيل ابرام العقود على الأفراد . إذ يكفى أن يتفق فى العقد على المسائل الجوهرية فيه ، كتحديد العين المؤجرة فى عقد الإيجار وكذلك تحديد الأجرة والمدة ، ثم تترك المسائل الأخرى دون تنظيم . ولمواجهة مثل هذه الحالة وهى تحدث دائما فى العمل فان القانون وضع تنظيما كاملا لعقد الإيجار ولعدد آخر كبير من العقود . وطبقاً لهذا التنظيم فان المشرع يفرض على المؤجر الالتزام بتسليم العين المؤجرة والإلتزام بصيانتها والالتزام بضمان التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ومن ناحية اخرى فان القانون يفرض على المستأجر الالتزام بدفع الأجرة ، والالتزام باستعمال العين بطريقة لا تتنافى مع ما أعدت له . والالتزام برد العين عند انتهاء الإيجار . والقاضى يحكم على أساس وجود هذه الالتزامات ولو لم يتفق عليها فى العقد .

٣ – العرف : وهو من مصادر القانون الاحتياطية . والقاضى يلجأ إليه اما لمعرفة حكم القانون ، أو لتكملة العقد أو لتفسير العقد . وهو يلعب دورا كبيرا فى المعاملات التجارية والبحرية وأعمال البنوك والتأمين . ويعتبر من قبيل العرف ما يسمى بالشروط المألوفة فى التعاقد . وهى شروط جرى العمل على وضعها فى كل العقود المشابهة . بحيث إذا لم يأت ذكرها فى عقد من العقود فان القاضى يحكم مع ذلك على أساس وجودها .

٤ – العدالة . وهى الأساس الذى يقوم عليه القانون كله ، وهى فى نفس الوقت من مصادره الاحتياطية التى يرجع إليها القاضى لتحديد

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

ويلاحظ أن كل العناصر التى يستعين بها القاضى فى تحديد نطاق العقد . هى عناصر موضوعية ، ولذلك فهو يخضع فى هذا لرقابة محكمة النقض . فتكملة العقد من مسائل القانون وليست من مسائل الواقع .

المطلب الثالث

القوة الملزمة للعقد

١٢٥ ـ العقد شريعة المتعاقدين .

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

وتنص المادة ١٤٨ /١ على انه « يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » . ويلاحظ أن التعبير عن العقد بأنه

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

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

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

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

ولذلك فاننا نجد المشرع يتدخل فى بعض الأحيان محدثا تعديلات جوهرية فى طائفة معينة من العقود ، مثال ذلك التشريع الذى صدر مخفضا أجرة الأرض الزراعية إلى مالا يزيد على سبعة أمثال الضريبة الزراعية . بحيث يسرى هذا التخفيض على كل العقود القائمة وقت صدوره . وكذلك التشريعات التى صدرت بتخفيض أجرة الأماكن بنسب تتراوح بين ١٥٪ ، ٢٠٪ ، ٣٥٪ . وكذلك القوانين التى تمنح أجلا للمدينين للتنفيذ فى منطقة معينة كمنطقة القناة مثلا بسبب حالة الحرب . ويلاحظ فى الأمثلة السابق ذكرها أن المشرع لا يتدخل فى العقد بالتعديل لا بقصد العدل . وفى أضيق الحدود .

وكذلك فان القانون يعطى للقاضى سلطة فى تعديل العقد فى بعض الحالات . كما هو الشأن فى نظرية الظروف الطارئة وهو ما سندرسه فى هذا المطلب . وكما هو الشأن فى تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩ مدنى) . أو تعديل الشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى) . أو منح المدين نظرة الميسرة (م ٣٤٦ مدنى) . وغير ذلك من التطبيقات التى سنشير إليها عند دراستنا للالتزام القضائى فى الباب السادس من مصادر الالتزام . وهى مستوحاه كلها من فكرة العدل أيضا .

وفى بعض الحالات الأخرى يعطى المشرع لأحد طرفى العقد الحق فى انهاء العقد . إذا كان ذلك يتفق مع الطبيعة الفنية لتكوين هذا العقد . كالوكالة والوديعة والشركة والإيجار والعمل . على أنه يلاحظ أن سلطة نقض العقد فى هذه الحالات أقل خروجا على مبدأ العقد . من القيام بتعديل العقد مع الابقاء عليه بعد ذلك . لأن نقض العقد لا يكون إلا فى العقود التى تسمح طبيعتها بأن تكون مدتها مرتبطة بارادة كل من المتعاقدين . أما تعديل العقد والابقاء عليه بعد ذلك ففيه معنى فرض نظام جديد على المتعاقدين لم يكن موضع اتفاق بينهما . ولذلك فانه من الصعب أن نتصور اعطاء الحق فى تعديل العقد لأحد المتعاقدين بارادته المنفردة وحدها . وإن جاز تصور ذلك من جهة القانون أو حكم القاضى .

وغنى عن الذكر أنه إذا كان العقد ينشأ بالإرادة المشتركة للمتعاقدين . فانه يقبل النقض والتعديل بهذه الإرادة المشتركة ذاتها . ولا يعتبر هذا خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد . والشروط التى تراعى فى الاتفاق بتعديل العقد أو نقضه هى بذاتها الشروط التى تراعى عند ابرام أى عقد جديد .

١٢٦ - تنفيذ العقد بحسن نية .

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

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

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

نظرية الحوادث الطارئة

١٢٧ - وضع المسألة .

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

وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا . صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

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

وجدير بالذكر أن الحوادث الطارئة هى تلك التى لا تؤدى إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا . لأنه لو صار مستحيلا لانقضى الالتزام . وانفسخ العقد . ولم يكن هناك مجال لتعديله . وهذه هى الآثار التى تترتب على القوة القاهرة على ما سندرسه فيما بعد . أما الحوادث الطارئة فهى تختلف عن القوة القاهرة فى أنها لا تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا . بل تجعله مرهقاً فقط مع بقائه ممكنا . فيظل العقد قائما . ويكون من العدل أن يرد الالتزام المرهق فيه إلى الحد المعقول . فمتى أدت حوادث إلى جعل

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

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

١٢٨ — التطور التاريخى للنظرية .

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

انتقلت أحكام القانون الرومانى فى عقد الإيجار إلى القانون الفرنسى ، وكذلك إلى القانون المصرى ، ولكن فى حدود عقد الايجار فقط بطبيعة الحال .

وقد عرفت النظرية فى الشريعة الاسلامية ، وكان لها تطبيقات فى عقد الإيجار بصفة خاصة .

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

ومع ذلك فان أفكار القانون الكنسى لم تجد صدى فى القانون المدنى الفرنسى القديم أو الحديث . ولا فى القضاء المصرى قبل صدور التقنين المدنى الجديد .

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

ولهذا فان محكمة النقض الفرنسية كانت محقة فى عدم الأخذ بهذه النظرية ، لعدم وجود نص عام فى القانون الفرنسى يسمح بالأخذ بها . وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقدا يرجع إلى القرن السادس عشر وهو

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

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

ويلاحظ أن المشرع أخذ سواء فى فرنسا أو فى مصر ببعض التطبيقات

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

وأخيرا أتيح لهذه النظرية أن تظهر فى بعض التقنينات المدنية الحديثة . وكان أول هذه التقنينات هو التقنين البولونى الذى نص فى المادة ٢٦٩ منه على أنه « إذا جدت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كليا أو غير ذلك من النوازل الطبيعية . فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت ابرام العقد . جاز للمحكمة . إذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقاً لمبادىء حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين . أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام . أو أن تحدد مقداره . بل وأن تقضى بفسخ العقد » .

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

ثم جاء التقنين المدنى المصرى الجديد يأخذ بنفس النظرية أيضا . ويقررها فى المادة ١٤٧ السابق ذكرها . ونحن فيما يلى شروط انطباق النظرية فى هذا القانون ، والجزاء الذى يترتب على توافر هذه الشروط .

١٢٩ - شروط انطباق النظرية فى القانون المدنى المصرى .

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

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

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

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

٤ – أما الشرط الرابع والأخير فهو أن تؤدى هذه الحوادث إلى جعل تنفيذ التزام المدين مرهقا ، لا مستحيلا . وهذا هو الذى يميز بين القوة القاهرة وبين الحوادث الطارئة . فبينما تؤدى الأولى الى استحالة تنفيذ الالتزام ، فان الثانية لا تؤدى إلا إلى الارهاق فى تنفيذه . ويلاحظ أن الوقائع المشكلة للقوة القاهرة تتفق غالباً فى طبيعتها مع الوقائع المشكلة للحوادث الطارئة ، كالحروب والزلازل والفيضانات . . الخ . ولكن الفارق بينهما يظهر فى أثر هذه الوقائع على تنفيذ الالتزام . ويتوقف هذا بصفة عامة على محل الالتزام . فاذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء قيمى كنقل ملكية شيء معين بالذات ، فانه من المتصور أن يصبح تنفيذه مستحيلا . أما إذا كان محل الالتزام هو اعطاء شيء مثلى وهو الذى يقوم بعضه مقام بعض عند الوفاء كالنقود وغيرها فانه لا يتصور فى هذه الحالة أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا فى ذاته ، بل من المتصور فقط أن يصبح . مرهقا للمدين ، وفى هذا المعنى تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى « . . والطارىء غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة . فكرة المفاجأة والحتم . لكنه يفترق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز النسعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٢٨١) ، وفكرة الارهاق هى فكرة موضوعية ينصرفها إلى ظروف الصفقة ذاتها وليس إلى ظروف المدين الخاصة .

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

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

١٣٠ — الجزاء على تحقق الحوادث الطارئة .

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

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

وعلى هذا النحو فان المشرع أطلق يد القاضى فى العقد ؛ ليختار أكثر الحلول اتفاقا مع العقل والعدل .

فهو قد يكتفى بايقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن . حتى تزول آثار الحوادث الاستثنائية . ويكون ذلك إذا كانت هذه الآثار موقتة من ناحية . وكان وقف تنفيذ العقد لا يسبب ضررا كبيرا للدائن من ناحية أخرى .

وقد يحكم القاضى بانقاص التزام المدين . فاذا كان العقد هو عقد بيع ، والمدين الذى أصابه ارهاق هو المشترى . فان القاضى يقرر انقاص الثمن على المدين ، أو يعفيه من دفع الفائدة على الثمن . . الى غير ذلك .

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

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

كان يلتزم بدفع ستين قرشا للأردب ؛ فهو يصبح ملتزما بدفع مائتين وعشرين قرشاً .

ويلاحظ أن القاضى لا يملك إلا تعديل العقد ، فهو لا يملك فسخ العقد ، وذلك على خلاف الحكم فى القانون البولونى الذى يجوز فيه للقاضى أن يعدل العقد أو بفسخه . وكذلك فان القانون الإيطالى . جعل الأصل هو فسخ العقد . وجعل الفسخ فى نفس الوقت وسيلة لتهديد الطرف الآخر . لأنه قد يرضى بالابقاء على العقد مع تعديله بما يحقق التوازن فيه . وهو إذ يفعل ذلك ، فان التعديل يكون من صنع المتعاقدين أنفسهما إلى درجة كبيرة . ويبدو أن القانون الإيطالى لم يشأ أن يعطى للقاضى سلطة تعديل العقد ابتداء . لما فى ذلك من اخلال واضح بمبدأ القوة الملزمة للعقد .

أما المشرع المصرى فقد أطاق يد القاضى فى العقد على النحو السابق ذكره ؛ تحقيقاً للعدل . وإعادة للتوازن بين المتعاقدين . ولو أدى ذلك إلى إهدار القاعدة الشهيرة التى تجعل العقد شريعة المتعاقدين .

وتدخل القاضى فى العقد بهذه الطريقة . يعنى أنه يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين . ويعيد صنع العقد من جديد بارادته هو . وعلى خلاف إرادة المتعاقدين المشتركة . ويعنى هذا من الناحية الفنية . أننا بصدد تجديد للالتزامات الناشئة عن العقد ؛ فتنقضى الالتزامات القديمة . وتنشأ التزامات جديدة تحل محلها . ونظراً لأن هذه الالتزامات الجديدة من صنع القاضى . فلا بد أن تسمى باسمها ، فهى التزامات قضائية مصدرها حكم القاضى وليس العقد . وتعتبر نظرية الظروف الطارئة من أهم تطبيقات الالتزام القضائى ، على النحو الذى سنذكره عند دراسة حكم القاضى كمصدر من مصادر الالتزام .

ويلاحظ ان سلطة القاضى فى تعديل العقد . فى حالة الحوادث الطارئة . تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز فى أى عقد من العقود الاتفاق على أنه لايجوز

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

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

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

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

المطلب الرابع

المسئولية العقدية

١٣١ - المقصود بالمسئولية العقدية .

المسئولية عنصر من عناصر الالتزام . وقد سبق أن رأينا أن الالتزام يتحلل إلى عنصرين ، عنصر المديونية ، وعنصر المسئولية . والعنصر الأول وهو عنصر المديونية . يعنى واجب المدين فى أن يقوم بارادته مختارا بتنفيذ التزامه أيا كان محله . اعطاء شيء أو القيام بعمل أوالامتناع عن عمل . فاذا هو أخل بهذا الواجب ، أمكن للدائن تحريك العنصر الثانى فى الالتزام وهو عنصر المسئولية أو الجزاء ، وهو يعنى إجبار المدين على تنفيذ التزامه بطريق القهر ، وهو ما تقوم به السلطة العامة فى المجتمع .

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

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

ويلاحظ أنه إذا اختار الدائن هذا الطريق الثانى وهو التعويض ، رغم أن التنفيذ العينى لازال ممكنا ، ولم يبدى المدين استعداده للتنفيذ العينى ، فلا يكون امام القاضى إلا الحكم بالتعويض .

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

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

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

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

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

الفرع الأول

الخطأ العقدى

١٣٢ - المقصود بالخطأ العقدى

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

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

١٣٣ - الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية .

تنقسم الالتزامات من حيث الواجب الملقى على عاتق المدين إلى قسمين . فهناك الالتزام بتحقيق نتيجة أو كما يسمى الالتزام بغاية . وهو الذى يجب على المدين فيه أن يدرك غاية معينة أو أن يحقق نتيجة معينة . مثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، فالواجب الملقى على عاتق البائع فى هذا الالتزام هو نقل ملكية المبيع الى المدين ، ولا يكون البائع قد وفى بالتزامه إلا إذا تحققت النتيجة فعلا وهى انتقال الملكية . ومن الأمثلة على ذلك أيضا التزام المقاول باقامة مبنى معين ، والتزام الناقل بتوصيل بضاعة معينة .

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

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

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

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

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

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

١٣٤ ـ اثبات الخطأ .

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

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

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

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

ولكن لا يغير هذا شيئا فى أن المدين هو الذى يتحمل عبء نفى الخطأ ، سواء كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية ، وسواء كان الدائن يرجع على المدين بالتنفيذ العينى أو بالتنفيذ بطريق التعويض . وذلك على خلاف ما يراه البعض من أن المدين هو الذى يتحمل عبء نفى الخطأ إذا كان الدائن يرجع عليه بالتنفيذ العينى . أما إذا كان الدائن يرجع على المدين بالتنفيذ بمقابل أى بطريق التعويض . فان الدائن هو الذى يتحمل عبء اثبات الخطأ فى جانب المدين .

١٣٥ — نظرية تدرج الخطأ ورفضها .

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

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

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

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

وهو عدم تحقق النتيجة أيا كانت الأسباب التى أدت إلى ذلك : غش المدين أو خطؤه الجسيم أو خطؤه اليسير أو خطؤه التافه . بل ولو رجع ذلك إلى سبب أجنبي لابد للمدين فيه . لأنه فى هذه الحالة لا تتحقق مسئولية المدين : لا لانعدام الخطأ من جانبه . فالخطأ ثابت بمجرد عدم تحقق النتيجة . ولكن لنفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر . فنظرية تدرج الخطأ لا تنطبق إذن على الالتزام بتحقيق نتيجة فى اى حال من الأحوال .

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

ويلاحظ أن كل القواعد التى يضعها المشرع فى هذا الشأن لا تلزم المتعاقدين فى شىء إذ يجوز لهما الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية على النحو الذى سنذكره فيما يلى .

١٣٦ - تعديل أحكام المسئولية العقدية .

المسئولية العقدية هى جزاء الاخلال بالتزام عقدى . فاذا كان العقد ذاته يرجع فى مصدره إلى ارادة طرفيه ، فان هذه الإرادة المشتركة تملك أيضا

التعديل من أحكام المسئولية التى تترتب على الاخلال بهذا العقد . فالارادة تملك التشديد من مسئولية المدين إلى أقصى حد . وهى تملك أيضا التخفيف من هذه المسئولية إلى درجة الاعفاء منها . ولا يحد من الإرادة فى هذا الشأن إلا الطبيعة الفنية لتكوين العقد . أو فكرة النظام العام . وقد نص المشرع على تعديل أحكام المسئولية بواسطة المتعاقدين فى المادة ٢١٧ مدنى وهى تقرر :

« (١) يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة . (٢) وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ، (٣) ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

ويتضح من هذا النص أن هناك فارق أساسى بين المسئولية العقدية . وبين المسئولية الناشئة عن العمل غير المشروع وهو المصدر الثانى من مصادر الالتزام . والتى تسمى بالمسئولية التقصيرية . فبينما يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية العقدية . فانه لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية لتعلقها بالنظام العام .

وفى نطاق المسئولية العقدية فانه يجوز الاتفاق على التشديد من مسئولية المدين . أو التخفيف . أو الاعفاء منها . والتشديد من مسئولية المدين له تطبيقات مختلفة . فهو قد يحول الالتزام بعناية إلى التزام بتحقيق نتيجة . وقد يحول الالتزام بتحقيق نتيجة إلى ضرب من التأمين . فاذا كان نوع الالتزام هو بذل عناية معينة فانه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين مسئولا إذا لم تتحقق النتيجة التى يأمل الدائن الوصول إليها . بحيث لا ينفى المدين

المسئولية عن نفسه بمجرد اثباته أنه بذل العناية المطلوبة فى هذا النوع من الالتزام ، أو أنه بذل عناية أكثر من العناية المطلوبة . ولكنه ينفى المسئولية فقط إذا هو أثبت تحقق النتيجة فينتفى الخطأ من جانبه ؛ أو إذا هو أثبت السبب الأجنبى فتنتفى رابطة السببية بين الخطأ والضرر .

واذا كان نوع الالتزام هو تحقيق نتيجة معينة . فان الخطأ يتوافر فى جانب المدين كما سبق أن ذكرنا ، بمجرد عدم تحقق النتيجة . ولكن المسئولية تنتفى عن المدين إذا هو أثبت أن ذلك راجع إلى سبب أجنبى ، فتنقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر . ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن المدين يظل مسئولا ولو رجع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبى . ومثل هذا الاتفاق يجعل الالتزام نوعا من التأمين . فالمدين لا يلتزم بالوفاء بالدين فحسب . ولكنه يؤمن الدائن ضد الخطر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام لسبب أجنبى كقوة قاهرة مثلا ، وكما يجوز الاتفاق على التشديد من المسئولية العقدية ؛ فانه يجوز الاتفاق على التخفيف أو الاعفاء منها .

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

فمن الجائز الاتفاق بصدد التزام بتحقيق نتيجة معينة أن المدين يكون قد وفى بالتزامه إذا هو بذل عناية الرجل العادى ، أو عناية أقل أو أكثر حسب الاتفاق . فيتحول الالتزام تبعا لهذا الاتفاق من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية .

ومن الجائز الاتفاق فى عقد يلتزم فيه المدين بحسب الأصل ببذل عناية الرجل العادى . بأن المدين لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم وهو الذى لا يقع فيه إلا الرجل المهمل . ولا يكون مسئولا عن الخطأ اليسير ، وهو الذى لا يقع فيه الرجل العادى .

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

ولكن يلاحظ أنه يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية الناشئة عن الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد الصادر من تابعيه . ذلك أنه إذا كان المتعاقد يسأل عقديا عن خطأ تابعه ، كالمؤجر يسأل عقديا أمام المستأجر عن خطأ البواب ، والدائن يسأل عقديا أمام الكفيل عن خطأ محامى الدائن أو وكيله فى اضاعة التأمينات الأخرى الضامنة للدين . فانه إذا اتفق على أن المتعاقد لا يسأل عن خطأ تابعه حتى ولو كان غشاً أو خطأ جسيما ، فان هذا جائز ، وهو لا يؤدى إلى جعل التزام هذا العاقد معلقا على محض إرادته . وقد نص القانون على جواز ذلك صراحة . وننتقل الآن إلى دراسة الركن الثانى من أركان المسئولية العقدية وهو الضرر .

الفرع الثانى

الضـــرر

الضرر هو الركن الثانى من أركان المسئولية العقدية . وندرس فيما يلى عبء اثبات الضرر ، ونوعى الضرر المادى والأدبى ، ونحدد ما إذا كان المدين يلتزم بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، أم أنه لا يسأل إلا عن الضرر المتوقع وحده .

١٣٧ — عبء اثبات الضرر .

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

فاذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ العينى ، فانه لا يطالب باثبات الضرر ، لأن عدم التنفيذ يؤدى إلى ثبوت الضرر حتما . بل ولا يستطيع المدين أن ينفى مسئوليته باثبات عدم حدوث ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ العينى . أما إذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ بمقابل أى التنفيذ بطريق التعويض ، فان عليه فى هذه الحالة أن يثبت الضرر الذى أصابه من عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو من تأخيره في القيام بتنفيذه .

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

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

١٣٨ - الضرر المادى .

هو الذى يمكن تقويمه بالنقود ، وهو أكثر شيوعا فى المسئولية العقدية من الضرر الأدبى . ونظراً لأن العقود تنظم العلاقات المالية بين الأفراد ، فان عدم تنفيذها يؤدى فى أغلب الأحيان إلى ضرر مادى يلحق الدائن بالالتزام الذى لم يتم تنفيذه . مثال ذلك الضرر الذى يصيب صاحب البضاعة فى عقد النقل إذا لم تصل هذه البضاعة إلى الجهة المقصودة بسبب سرقة أو حريق أو ضياع ، والضرر الذى يصيب المؤجر من التلف الذى أحدثه المستأجر بالعين المؤجرة ، والضرر الذى يلحق بالمعير أو المودع ، إذا لم يقم المستعير أو المودع لديه برد الشىء المعار أو الشىء المودع . ومثال ذلك أيضا الضرر الذى يلحق المسافر من اصابته فى حادث أثناء الطريق مما سبب له عجزا كليا أو جزئيا فى قدرته على العمل وقدرته على الكسب .

ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر حالا أو محقق الوقوع ولو كان مستقبلا ، أما إذا كان احتماليا فلا يستحق عنه التعويض الا بحدوثه فعلا .

والضرر الحال هو الضرر الذى وقع فعلا ، ويصدق هذا على كل الأمثلة السابق ذكرها . أما إذا كان اخلال المدين بالتزامه لم يترتب عليه ضرر

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

وقد لايكون الضرر حالا بل مستقبلا . ولكنه مع ذلك محقق الوقوع . وفى هذه الحالة يتوافر ركن الضرر ، كما لوكان حالا . مثال ذلك أن يهمل الدائن فى عقد الكفالة فى المحافظة على التأمينات التى سيستفيد مها الكفيل عندما يرجع فى المستقبل على المدين الذى كفله بما وفاه من دين هذا المدين قبل الدائن . فى هذا الفرض تبرأ ذمة الكفيل قبل الدائن بقدر ما أضاعة هذا الأخير من تأمينات ، لأن الضرر الذى أصاب الكفيل وإن كان مستقبلا إلا أنه محقق الوقوع (راجع المادة ٧٨٤ مدنى) .

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

أما إذا كان الضرر احتماليا قد يقع وقد لا يقع ، فانه لا يرتب مسئولية المدين ، إلاعند وقوعه فعلاويضرب مثال على ذلك بالتلف الذى يحدثه المستأجر

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

١٣٩ ـ الضرر الأدبى .

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

وكان هناك رأى قديم فى الفقه الفرنسى لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية ، ويقصر التعويض عن هذا الضرر على المسئولية التقصيرية وحدها . ولكن هذا الرأى لا يأخذ به الفقه الغالب الآن ، فضلا عن أن المشرع المصرى وضع نصا صريحا قرر فيه جواز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على السواء ، وهو نص المادة ٢٢٢ الذى يقرر « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

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

١٤٠ – الضرر المباشر المتوقع.

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

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

وقد جاء هذا الحكم فى المادة ٢٢١ / ٢ مدنى التى تقرر « ومع ذلك إذا كان

الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت العقد » .

ويقال تبريرا للحكم الذى يجعل المدين مسئولا عن الضرر المتوقع وغير المتوقع فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم ، هو أن مسئولية المدين تنقلب فى هذه الحالة من مسئولية عقدية إلى مسئولية تقصيرية . ومع ذلك فيعيب هذا الرأى أن مسئولية المدين تظل عقدية حتى فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم . ولذلك فتبرير هذا الحكم هو ما يقول به الدكتور السنهورى ، وهو أنه بحسب الأصل يسأل المدين عن الضرر المتوقع وغير المتوقع فى المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية على السواء . فاذا كان المبدأ المقرر هو أن المدين لا يسأل فى المسئولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع وحده دون الضرر غير المتوقع ، فانما يأتى هذا الحكم من اتفاق مفترض بين الدائن والمدين على تحديد مسئولية المدين على هذا النحو ، إذ الغالب أن الدائن لا يقتضى من المدين أن يعوضه إلا عن الضرر المتوقع وحده . ونظرا لأن الاتفاق على تخفيف مسئولية المدين جائز كما سبق القول . إلا فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم ، فانه فى هذه الحالة لا يؤخذ بالاتفاق المفترض ، ويرجع إلى الأصل فى تحمل المدين المسئولية عن الضرر الذى أصاب الدائن ولو لم يكن متوقعا وقت ابرام العقد .

والضرر المتوقع الذى يسأل عنه المدين ، هو ما كان متوقعا فى منبعه وفى مقداره . فالطرد المرسل بالبريد أو بالسكك الحديدية إلى جهة معينة ، قد لا يصل بسبب تلف أو ضياع أو حريق . وكل هذه أسباب متوقعة للضرر . ولكن لا يكفى أن يكون سبب الضرر متوقعا . بل يجب أن يكون مقداره متوقعا كذلك . فاذا ادعى مرسل الطرد أنه كان يحتوى على مجوهرات أو أشياء أخرى ثمينة ، فان الناقل لا يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر الكبير ، ما لم يكن المرسل قد اعلمه بمحتويات الطرد . لأن مثل هذا الضرر غير متوقع فى مقداره بحسب المألوف فى المعاملات . ويرجع فى

تقدير ما إذا كان الضرر متوقعا فى سببه وفى مقداره إلى معيار موضوعى هو معيار الرجل العادى فى التوقع .

الفرع الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١٤١ – السببية مفترضة حتى يثبت العكس .

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

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

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

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

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

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

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

الفصل الثالث

زوال العقد

١٤١ – الانقضاء والابطال والانحلال .

العقد يزول إما بانقضائه أو بابطاله أو بانحلاله .

. والانقضاء يرتب على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، وهو الطريق الطبيعى لزواله . فى عقد البيع إذا دفع المشترى الثمن ونقل له البائع الشيء المبيع انقضى العقد . وفى عقد المقاولة إذا قام المقاول بتنفيذ المشروع المتفق عليه وقام رب العمل بدفع الأجر ، انقضى العقد .

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

والمثلين السابق ذكرهما يتعلقان بعقود فورية . أما إذا كان العقد من العقود الزمنية كعقد الإيجار مثلا فان تنفيذه يكون ممتدا فى الزمان . ولا ينقضى العقد إلا بانقضاء مدته مع قيام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع ، وقيام هذا الأخير بدفع الأجرة .

أما إبطال العقد فهو الجزاء على تخلف ركن من أركان انعقاده أو شرط من شروط صحته . والعقد إما ان يبطل بطلانا مطلقا . أو يبطل بطلانا نسبيا . وفى الحالتين إذا تقرر البطلان أو الإبطال فان العقد يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن وقد سبق لنا دراسة ذلك فنحيل إليه .

أما انحلال العقد فهو زواله لا بسبب بطلانه ولا بسبب تنفيذه . ولكنه زوال يرد على عقد صحيح وقبل أن ينقضى بالتنفيذ . وانحلال العقد له ثلاث صور ، التقايل والإلغاء بالإرادة المنفردة والفسخ . والتقايل هو

اتفاق الطرفين على الغاء العقد ، فهو الغاء بالإرادة المشتركة التى كانت مصدر العقد .

وهو يتم باتفاق جديد ، أى بايجاب وقبول جديدين . والتقايل ليس له أثر رجعى فهو عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه . ومع ذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على الأثر الرجعى لزوال العقد ، أى على اعتباره كأن لم يكن قائما فى يوم من الأيام . ولكن هذا الاتفاق لايجوز أن يمس بحقوق الغير او يخالف قواعد شهر الحقوق . فاذا كان العقد الأول هو عقد بيع لعقار وانتقلت به الملكية إلى المشترى بالتسجيل ، فان التقايل لا ينتج أثره فى حق الغير إلا من وقت تسجيله . ويترتب على تسجيله أن تعود الملكية مرة أخرى إلى البائع من وقت التسجيل ، فاذا كان الغير قد اكتسب حقاً على العقار من المشترى فى الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل التقايل فان هذا الحق يظل نافذا فى حق البائع التى عادت إليه ملكية الشىء .

والصورة الثانية لانحلال العقد هى الغاؤه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين . والأصل هو عدم جواز ذلك ، لأن العقد لا يجوز نقضه إلا بارادة المتعاقدين معاً . ومع ذلك فقد أجاز المشرع الغاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين فى بعض العقود التى تسمح طبيعتها بذلك ، ومع توافر شروط معينة روعى فيها حماية حق الطرف الآخر فى العقد . ومن هذه العقود عقد الوكالة (م ٧١٥ ، ٧١٦) ، وعقد العاريه (م ٦٤٣/٣ ، ٦٤٤) ، وعقد الوديعة (م ٧٢٢) ، وعقد المقاولة (م ٦٦٣/١) ، وعقد القرض (م ٥٤٤) ، وعقد الدخل الدائم (م ٥٤٦) ، وعقد التأمين (م ٧٥٩ ، م ٧٦٢) . وعقد الشركة (م ٥٣١) ، وعقد الهبة (م ٥٠٠ — ٥٠٣) .

والصورة الثالثة لانحلال العقد هى الفسخ . والفسخ هو الجزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته . ولا يكون ذلك إلا فى العقود الملزمة للجانبين . فاذا أخل أحد المتعاقدين فى عقد من هذه العقود بالتزاماته جاز

للمتعاقد الآخر بدلا من طلب تنفيذ العقد تنفيذا عينيا ، أو طلب التعويض عن عدم التنفيذ ، أن يطلب فسخ العقد وهو ما يؤدى إلى زواله بأثر رجعى . وقد لا يطلب الطرف الآخر الفسخ . ولكنه يتمسك فقط بعدم تنفيذ التزامه هو إلى أن يقوم المتعاقد المخل بتنفيذ ما عليه من التزام . وندرس فيما يلى الفسخ وعدم التنفيذ فى مبحثين متتاليين . ونكتفى بما ذكرناه بصدد انقضاء العقد وإبطاله وإنحلاله .

المبحث الأول

الفسخ

١٤٣ - أساس فسخ العقد.

يقال أن أساس فسخ العقد أنه فى العقود الملزمة للجانبين يوجد شرط ضمنى فاسخ ، بمقتضاه ينفسخ العقد إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . وهذا القول غير صحيح ، وإلا لانفسخ العقد فى جميع الحالات ولم تكن هناك حاجة إلى طلب الفسخ أمام القضاء . مع أن المقرر أنه إذا لم يوجد اتفاق على الفسخ بين الطرفين ، فلا بد من الالتجاء إلى القضاء لتقريره . والقاضى قد يحكم بالفسخ وقد لا يحكم به على ما سنراه . وكذلك فان طالب الفسخ يجوز له أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ العينى ، كما أن المدين يستطيع أن يتوقى الفسخ إذا هو عرض تنفيذ الالتزام .

والشائع أن أساس الفسخ هو فكرة السبب طبقاً للنظرية التقليدية فى هذا الشأن . فى العقود الملزمة للجانبين سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر . فاذا أخل أحدهما بالتزامه ، جاز للآخر أن يطلب فسخ العقد ، لأن التزامه يصبح بغير سبب ، فالسبب ينبغى أن يكون موجودا وقت ابرام العقد ، وكذلك وقت تنفيذه .

وقد سبق أن رأينا أن خصوم النظرية التقليدية فى السبب يرون عدم الحاجة إلى الاستعانة بفكرة السبب على هذا النحو ، وأنه يكفى القول بأن الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، يجعل من حق أى من المتعاقدين طبقاً لمبادىء العدل والعقل أن يطلب فسخ العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه . ففكرة الارتباط تغنى اذن عن فكرة السبب كأساس للحق فى طلب الفسخ .

والفسخ إما أن يتقرر بحكم القاضى أو باتفاق المتعاقدين أو بقوة القانون . وندرس هذه الأنواع الثلاثة للفسخ بنفس هذا الترتيب .

المطلب الأول

• فسخ العقد بحكم القاضى

١٤٤ - شروط الفسخ .

تنص المادة ١٥٧ مدنى على أنه « (١) فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان لهمقتض . (٢) ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته » .

يتضح من هذا النص ومن القواعد العامة أن شروط الفسخ هى أن يكون العقد ملزما للجانبين ، وأن يكون أحد الطرفين لم ينفذ التزامه ، وأن يكون الطرف الآخر على استعداد لتنفيذ التزامه وقادر على إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل العقد ، وأن يقوم باعذار الطرف الأول ورفع الدعوى عليه أمام القضاء . وندرس كل هذه الشروط فيما يلى :

١ - يجب أن يكون العقد المطلوب فسخه من العقود الملزمة للجانبين ، إذ فى مثل هذه العقود يقوم الارتباط بين الالتزامات المتقابلة مما يبرر لأحد الطرفين أن يطلب الفسخ حتى يتحلل من التزامه إذا كان الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه ؛ أما فى العقود الملزمة لجانب واحد كالكفالة والهبة بغير أجر ، فإن طرفا واحدا فيها هو الذى يلتزم ، فاذا لم يقم بتنفيذ التزامه ، فلا يتصور طلب الفسخ من الطرف الآخر الذى لا يتحمل بأى التزام يؤدى الفسخ إلى تحلله منه . بل المتصور منه هو طلب التنفيذ وليس طلب الفسخ .

٢ - ويجب أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه . أما إذا كان عدم تنفيذ هذا الالتزام يرجع إلى سبب أجنبي لايد للمدين فيه ، فان الالتزام ينقضى من تلقاء نفسه ، وينقضى الالتزام المقابل وينفسخ العقد بقوة القانون ، فيكون الحكم هو انفساخ العقد وليس فسخه . فالفسخ القضائى يختلف عن الانفساخ بحكم القانون فى أن عدم التنفيذ راجع فيه إلى خطأ المدين ، وليس إلى سبب أجنبي .

٣ - ويشترط ثالثا أن يكون طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزامه أو هو على استعداد للقيام بذلك ، إذ لا يتصور أن ينعى أحد المتعاقدين اخلال الآخر بالتزامه ، إذا كان هو نفسه فى نفس الدرجة من الاخلال .

٤ - ويشترط كذلك أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الوضع إلى ما كان عليه من ناحيته هو . لأن الفسخ يترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن ، وبالتالى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . فاذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئا من الطرف الآخر وقام بنقله بعد ذلك إلى شخص آخر ، فانه لا يستطيع أن يسترد هذا الشيء من المتصرف إليه لأنه ضامن له والضمان والاسترداد لا يجتمعان ؛ وبالتالى لا يستطيع أن يرد هذا الشيء الذى أخذه ، ومن ثم لا يجوز له طلب الفسخ . بل هو يطلب فقط التنفيذ العينى أو التعويض

٥ – ويجب أن يقوم طالب الفسخ باعذار الطرف الآخر . والمقصود بالاعذار هو تكليف المدين بالوفاء فى صورة ثابتة بانذار على يد محضر ، أو بطريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى اجراء آخر (م ٢١٩ مدنى) . ويلاحظ أن رفع الدعوى يعتبر اعذاراً كافيا . ولكن إذا سبق رفع الدعوى إعذار باجراء مستقل ؛ فان ذلك يساعد الدائن على اثبات تخلف المدين عن الوفاء ويجعل استجابة القاضى إلى طلب الفسخ أكثر منالا ، وقد يحكم بالتعويض أيضا بجانب الحكم بالفسخ .

٦ – والشرط الأخير ، وهو ليس فى حقيقته شرط ، بل هو الاجراء الذى يترتب عليه الفسخ ، هو أن يرفع الدائن طلب الفسخ إلى القضاء فى صورة دعوى . لأن الفسخ لا يتقرر إلا بحكم من القاضى . وحكم القاضى يعتبر منشئا للفسخ لا كاشفا عنه . وذلك بخلاف الفسخ الاتفاقى أو الانفساخ القانونى ، فان الأول يتم باتفاق بين المتعاقدين . أما الثانى فيقع بقوة القانون ، وإذا أثير أى نزاع بشأنهما أمام القضاء ، فان حكم القاضى يكون كاشفا للفسخ وليس منشئا له كما هو الشأن فى الفسخ القضائى .

ويلاحظ أنه إذا توافرت كل الشروط السابقة فان القاضى لا يلزم بالحكم بالفسخ ، بل هو بالخيار فى ذلك بين أن يحكم به أو يمهل المدين أجلا للقيام بالتنفيذ العينى ، أو يكتفى بالحكم بالتعويض . وهو غالبا لا يحكم بالفسخ إذا تبين أن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته

ومن ناحية أخرى فان الدائن قد يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ العينى ، أو إلى طلب التعويض عن عدم التنفيذ . وهو أيضا قد يطلب التنفيذ أولا ثم يعدل عنه إلى طلب الفسخ . ولكن لا يجوز له أن يجمع بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ فى طلب واحد .

والمدين يستطيع أن يتوقى الفسخ إذا هو قام بالتنفيذ العينى لالتزامه قبل النطق فى الدعوى بالحكم . ومع ذلك فقد يحكم القاضى بالفسخ رغم قيام المدين بالتنفيذ ، إذا كان قد تكرر من المدين عدم تنفيذ التزامه ، كالمستأجر لا يدفع الأجرة ، مما يضطر المؤجر إلى طلب الفسخ . فيقوم بالدفع قبل النطق بالحكم . ولكن يتكرر منه عدم الدفع بعد ذلك عدة مرات ، مما يسبب إرهاقا للدائن فى ضرورة الالتجاء إلى القضاء فى كل مرة يتأخر فيها المستأجر عن دفع الأجرة . وهى من الديون الدورية المتجددة .

ويلاحظ أن دعوى الفسخ تتقادم طبقا للقاعدة العامة فى التقادم ، أى بمرور خمس عشرة سنة على ثبوت الحق فى الفسخ ، أى من وقت الاعذار وبافتراض توافر الشروط الأخرى

١٤٥ - آثار الفسخ :

تنص المادة ١٦٠ مدنى على أنه « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ».

ويقرر هذا النص الأثر الرجعى للفسخ ومقتضاه إعادة كل من المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . واعتبار العقد كأن لم يكن . والأثر الرجعى للفسخ ينطبق على كل أنواع الفسخ القضائى والاتفاقى والقانونى أيضا .

ويترتب على إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد . أنه إذا كان العقد عقد بيع ، فان المشترى يرد الشىء إلى البائع ، وهذا يرد الثمن إلى المشترى . والأثر الرجعى يترتب ليس فقط فيما بين المتعاقدين ، ولكن فى مواجهة الغير كذلك . فاذا كان المشترى قد رتب حقوقا للغير على الشىء المبيع ، فانه يرد الشىء مع ذلك خالى من هذه الحقوق . ومن تلقى الحق عنه يعتبر أنه تلقاه من غير مالك ، ولذلك فهو لا يحتج بحقه على البائع

الذى عادت إليه الملكية ويكون له أن يرجع فقط بالتعويض على المشترى ، الذى تعامل معه ، غير أنه حماية للغير قرر المشرع أن الأثر الرجعى لزوال الملكية على هذا النحو لا يحتج به فى مواجهة الغير الذى شهر حقه قبل شهر دعوى الفسخ أو غيرها من الدعاوى التى تؤدى إلى زوال الملكية (م ١٥ ، م ١٧ شهر عقارى) .

وإذا لم تمكن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فانه يجوز أن يحكم بتعويض معادل ، وكذلك يجوز الحكم بتعويض إضافى إذا كان المدين الذى لم يوف بدينه قد تسبب بخطئه فى احداث أضرار أخرى للدائن . والتعويض فى الحالتين يحكم به على أساس المسئولية التقصيرية . وليس على اساس المسئولية العقدية ، لأن العقد بعد فسخه لم يعد يصلح أساسا للحكم بالتعويض .

ويلاحظ أن الفسخ لا يتم بأثر رجعى بالنسبة لعقود المدة ، وهى التى تستعصى بطبيعتها على مثل هذا الأثر . فعقود المدة أو العقود الزمنية ، يعتبر الزمن عنصرا من عناصرها ، كعقد الإيجار الذى تتحقق فيه المنفعة شيئا فشيئا وتستمر تلك المنفعة فى الزمان . وتقابلها الأجرة التى تستحق بالنسبة لكل قدر تحقق من المنفعة . ونظرا لأنه لا يمكن الغاء الزمن ، واعتباره كأن لم يكن . فانه لا يمكن بالتالى اعادة المتعاقدين فى مثل هذه العقود إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . ولذلك فالفسخ لا تحدث أثره إلا من وقت تقريره .

وتترتب على هذا نتيجة هامة هى أن ما سبق دفعه من الأجرة ، يعتبر أجرة وليس تعويضا عن الانتفاع ، وتترتب عليه كل الآثار القانونية للأجرة كامتياز المؤجر وغير ذلك . وفى هذا تختلف أثر الفسخ عن أثر الإبطال ، إذ يترتب على إبطال العقد الزمنى كعقد الإيجار ، اعتبار ما دفع من الأجرة بمثابة تعويض عن الانتفاع السابق وليس أجرة فى عقد إيجار .

المطلب الثانى

فسخ العقد بحكم الاتفاق

١٤٦ – الشرط الفاسخ الصريح :

تنص المادة ١٥٨ مدنى على أنه « يجوز الاتفاق على ن يعتبر العقدمفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » .

وهذا النص يبين أن فسخ العقد يجوز ان يتقرر بناء على اتفاق صريح فى العقد ، ويبين كذلك أن هناك أكثر من نوع من أنواع الاتفاق على فسخ العقد ، وهى أنواع تتدرج من حيث قوة أثرها على النحو الآتى :

١ – إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فان الشرط الفاسخ الصريح فى مثل هذا الاتفاق لا يكون ذا أثر قوى ؛ وهو لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى الموجود فى كل عقد من العقود الملزمة للجانبين . ولذلك فمثل هذا الشرط لا يعفى الدائن من إنذار المدين ورفع الدعوى أمام القضاء ، ولا يحرم القاضى من سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به ، ولا يمنع المدين من توقى الفسخ بقيامه بالتنفيذ قبل اقفال باب المرافعة . ولا يمنع الدائن كذلك من طلب التنفيذ بدلا من طلب الفسخ .

٢ – وإذا أتفق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم ، إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه ، فان الاتفاق فى هذه الحالة يكون ذا أثر قوى فى ترتيب الفسخ ، ويكون هو مصدر الفسخ ، بحيث إذا رفع الأمر إلى القضاء ، فان حكم القاضى يكون كاشفا للفسخ وليس

منشئا له . وكذلك فان هذا الشرط يسلب القاضى سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به ؛ إذ يتعين عليه الحكم بالفسخ ، ولا يستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بالقيام بالتنفيذ قبل اقفال باب المرافعة . ولكن هذا الشرط لا يعفى الدائن من ضرورة إعذار المدين حتى يسجل عليه تقصيره ، والدائن فى اعذاره يطلب من المدين الوفاء ؛ ولا تعارض بين طلب الوفاء وطلب الفسخ . بل أن اعذار المدين بالوفاء مع عدم قيامه بذلك فعلا ، هو شرط لوقوع الفسخ بعد ذلك . والشرط الفاسخ الصريح على هذا النحو لا يحرم الدائن من الحق فى طلب التنفيذ بدلا من طلب الفسخ . وإلا فانه يؤدى إلى جعل المدين متحكما فى بقاء العقد أو زواله ، وليس هذا هو المقصود من شرط الفسخ .

٣ ــ وأخيرا قد يتفق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم ودون حاجة إلى إعذار ، وفى هذه الحالة فان مجرد حلول أجل الوفاء بالدين وعدم قيام المدين بالتنفيذ يترتب عليه فسخ العقد ، دون حاجة إلى اعذار المدين أو رفع الأمر إلى القضاء . وإذا عرض النزاع أمام القاضى ، فان حكمه يكون كاشفا للفسخ لا منشئا له ؛ ولا تكون له أية سلطة تقديرية فى هذا الشأن . ولكن الدائن يملك دائما أن يطلب التنفيذ بدلا من الفسخ . وذلك حتى لا يكون بقاء العقد أو زواله متوقفاً على محض إرادة المدين كما سبق القول . ولا يجوز للمدين أن يتمسك بالفسخ إذا لم يتمسك به الدائن . وإذا تنازل هذا الأخير عن الفسخ ، عاد للمدين الحق فى أن يتوقى الحكم به إذا هو قام بالتنفيذ قبل اقفال باب المرافعة . وعادت للقاضى سلطته التقديرية أيضا فيستطيع أن يمنح المدين مهلة للوفاء ؛ ويستطيع أن يرفض طلب الفسخ على النحو السابق ذكره عند دراسة الفسخ بحكم القاضى .

ويلاحظ انه لا يشترط لاعتبار الشرط الفاسخ داخلا فى واحد من الأنواع

الثلاثة السابق ذكرها أن يرد فى نفس العبارات التى استعملناها بصدد كل نوع من هذه الأنواع . فالمتعاقدان يستعملان من العبارات ما يجرى عليه قولهما ، والقاضى هو الذى يكيف هذا الاتفاق بادخاله فى نوع من هذه الأنـواع .

ويلاحظ أنه فى حالة خاصة هى حالة بيع المنقول فان المشرع نص على أن مجرد الاتفاق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع . يعنى أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد واختار البائع ذلك (م ٤٦١ مدنى) . فنى هذا العقد يكون مجرد الاتفاق على ميعاد لتسلم المبيع ودفع الثمن تعبيراً عن الشرط الفاسخ الصريح فى أقصى درجة له من درجات القوة .

ويلاحظ أخيرا أن آثار الفسخ الاتفاقى هى بذاتها آثار الفسخ القضائى ؛ فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، أو يحكم بتعويض عادل إذا لم يمكن ذلك . وفى كل هذا يرجع الى ما سبق ذكره عند دراسة آثار الفسخ بحكم القاضى .

المطلب الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

١٤٧ - انفساخ العقد وتحمل التبعة .

تنص المادة ١٥٩ مدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

وفى تطبيق هذا النص تنبغى التفرقة بين استحالة التنفيذ لسبب أجنبى وبين استحالة التنفيذ بخطأ المدين . والنص ينطبق فى الحالة الأولى دون

الحالة الثانية . لأنه إذا استحال التنفيذ ولم يستطع المدين اثبات السبب الأجنبي ، فانه يكون مسئولا أمام الدائن الذى يجوز له إما طلب التعويض أو طلب الفسخ القضائى . وبالتالى فان العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه بقوة القانون ، بل الدائن هو الذى يتخذ القرار فيما يتعلق بمصير العقد .

أما إذا استحال التنفيذ لسبب أجنبي فان المدين لا يكون مسئولا أمام الدائن عن استحالة التنفيذ . وبالتالى لا يحق للدائن أن يطلب التعويض عن عدم التنفيذ ولا يكون هناك مجال إلا لفسخ العقد . ولكن نظراً لأن التنفيذ قد أصبح مستحيلا فلا مبرر إذن لاعذار المدين بالتنفيذ ، ولا جدوى لاعطاء القاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ أو الحكم بالتنفيذ . ولايكون هناك حل آخر غير تقرير وقوع الفسخ . ونظراً لأن الفسخ يبدو حتميا على هذا الوجه . فان المشرع جعله يتقرر من تلقاء نفسه وبقوة القانون . ودون حاجة إلى حكم . وإذا حدث نزاع فى توافر شروط الفسخ فان حكم القاضى يكون كاشفا وليس منشئا له .

ونظراً لأن الفسخ يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون ، فاننا نكون بصدد انفساخ وليس مجرد فسخ للعقد . فالالتزام ينقضى باستحالة تنفيذه وينقضى الالتزام المقابل وينفسخ العقد بقوة القانون . ويترتب على انفساخ العقد تحمل المدين وحده الخسارة الناشئة عن عدم تنفيذ العقد وانفساخه . ويتضح ذلك إذا ضربنا مثلا لعقد بيع أصبح فيه التزام البائع بنقل ملكية الشىء المبيع مستحيلا بسبب هلاك هذا الشىء هلاكاً كلياً لسبب أجنبي لايد للبائع فيه . فى هذه الحالة ينقضى التزام البائع وهو المدين فى الالتزام بنقل الملكية ، ولكن فى نفس الوقت ينقضى التزام المشترى بدفع الثمن . فالبائع يفقد الشىء وفى نفس الوقت لا يحصل على الثمن المقابل له . ومعنى ذلك أنه هو الذى تحمل بمفرده تبعة الهلاك واستحالة التنفيذ ، أما الطرف الآخر فانه لا يتحمل أية خسارة أو تبعة لأنه لن يدفع أى ثمن طالما أنه لم يتلق ملكية الشىء المبيع .

ويختلف هذا عن الوضع فى العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الوديعة بغير أجر مثلا ، لأنه إذا هلك الشيء المودع لسبب أجنبي ، فانه يهلك على صاحبه وهو المودع ، وهوالدائن فى هذا العقد ولا يوجد فى ذمة الدائن أى التزام يتحلل منه مقابل الالتزام الذى تحلل منه المودع لديه وهو الالتزام بالرد . وتكون النتيجة أن الدائن هو الذى يتحمل تبعه الهلاك وانفساخ العقد .

ولذلك يقال بصفة عامة أن المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين ، وأن الدائن هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة لجانب واحد .

ويلاحظ أخيراً أن آثار انفساخ العقد هى بذاتها آثار فسخ العقد بحكم القاضى أو باتفاق من المتعاقدين ، من حيث اعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . ولكن لا يحكم بالتعويض فى أى حال ، إذ لا مسئولية على المدين إطلاقا طالما أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .

المبحث الثانى

الدفع بعدم التنفيذ

١٤٨ - الدفع بعدم التنفيذ والفسخ

الدفع بعدم التنفيذ هو حق كل متعاقد فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه . إذا لم يقم المتعاقد الآخر فى نفس العقد بتنفيذ ما عليه من التزام . والأساس الذى يقوم عليه هذا الحق هو نفس الأساس الذى يقوم عليه الحق فى الفسخ ، وهو الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين . وإذا كان هذا الارتباط يبرر لأحد المتعاقدين أن يطلب فسخ

العقد عند عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، فانه يبرر له ومن باب أولى الحق فى وقف تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه . ووقف التنفيذ أقل درجة من التحلل الناشئ من الالتزام الذى يترتب على الفسخ .

ولم يكن الدفع بعدم التنفيذ معروفا فى القانون الرومانى ؛ ولكن كان يمنح للمتعاقد دفعا آخر يؤدى إلى نفس النتيجة ، وهو الدفع بالغش ؛ ولم يكن هذا الدفع إلا تطبيقاً للدفع بالغش المقرر بصفة عامة فى عقود حسن النية . وقد وضعت أول صياغة للدفع بعدم التنفيذ فى القرون الوسطى على يد الشراح المتأخرين للقانون الرومانى .

ولا يوجد فى القانون الفرنسى نص عام يقرر الدفع بعدم التنفيذ ، ولكن توجد نصوص متفرقة بصدد بعض العقود . وعلى خلاف ذلك فان بعض القوانين الحديثة قد صاغت المبدأ فى قاعدة عامة ، ومن ذلك القانون السويسرى (م ٨٢) ، والقانون الألمانى (م ٣٢٠) ، وكذلك القانون المصرى :

وتنص المادة ١٦١ على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » .

١٤٩ — الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس .

إذا كان الدفع بعدم التنفيذ يقرر مبدأ عاما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين ، فان هذا المبدأ يعتبر هو ذاته تطبيقاً خاصاً لمبدأ أعم منه متعلق بنظرية الالتزام فى مجموعها ، وهو مبدأ الحق فى الحبس . ومقتضى الحق الحبس أن « لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به . ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب إلتزام المدين ومرتبط به .

أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » (م ٢٤٦ / ١ مدنى) ، فالارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة يعطى الحق فى الحبس ، حتى ولو لم يكن هذا الارتباط ناشئا عن عقد من العقود الملزمة للجانبين . فالمودع لديه بدون أجر والمستعير والحائز بحسن نية . بل والغاصب أيضا ، إذا أنفق اى واحد منهم مصروفات ضرورية أو نافعة على الشىء الذى حيازته فى حقه أن يحبسه وأن يمتنع عن رده إذا لم يرد له مالك الشىء المصروفات التى أنفقها . فالارتباط هو أساس الحق فى الحبس ، ولا أهمية لمصدر هذه الالتزامات المرتبطة عقدا كان أو غير عقد . وإذا تحقق هذا الارتباط بصدد عقد من العقود الملزمة للجانبين ، وهو قائم دائما فى هذه العقود ، فان الحق فى الحبس يأخذ اسما خاصا هو اسم الدفع بعدم التنفيذ .

١٥٠ - شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .

١ - الشرط الأول للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يكون أحد المتعاقدين لم ينفذ التزامه الناشىء عن العقد .

٢ - والشرط الثانى هو أن يكون الالتزام الذى لم يتم تنفيذه هو التزام واجب الوفاء حالا ، فاذا لم يكن كذلك بأن كان أجل الوفاء به لم يحل بعد ، لم يجوز للطرف الآخر أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه إذا كان التزامه هو قد حل أجل الوفاء به . فالبائع لايجوز أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشترى ، إذا كان أجل الوفاء بالثمن لم يحل بعد . بينما حل ميعاد تسليم الشىء المبيع .

هذان هما الشرطان اللازمان للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ولا يوجد شرط آخر غيرهما . وبصفة خاصة لا يشترط اعذار المدين للتمسك بهذا الدفع كما هو الشأن فى الفسخ القضائى .

وكذلك لا يشترط أن ترفع دعوى أمام القضاء للتمسك بعدم التنفيذ . فهو لا يعدو أن يكون موقفاً سلبياً لا تحتاج مباشرته إلى القيام بعمل إيجابي هو الالتجاء إلى القضاء . ومع ذلك فان النزاع قد يصل إلى القضاء عن طريق الطرف الآخر إذا هو رفع دعوى يطالب فيها بالتنفيذ . فى هذه الحالة يكون لصاحب الحق فى الدفع أن يتمسك به أمام القضاء ويخضع فى هذا الشأن لرقابة القاضى . فاذا رأى القاضى أنه لم يتوافر شرط من شروط التمسك بالدفع ، فانه يرفضه ويحكم لرافع الدعوى بطلباته سواء كانت هى التنفيذ العينى أو التعويض أو الفسخ . أما إذا رأى القاضى أن لمن تمسك بالدفع حق فى ذلك فهو يقره على موقفه . ومع ذلك فان القاضى قد يحكم لرافع الدعوى بالتنفيذ على أن يوقف التنفيذ إلى أن يقوم هو بتنفيذ التزامه . وفى هذه الحالة لا يجوز لمن حصل على حكم بالتنفيذ الموقوف على هذا النحو أن يتخذ اجراءات التنفيذ الجبرى فى مواجهة المدين قبل أن يقوم هو بتنفيذ التزامه . فاذا حاول التنفيذ بمقتضى هذا الحكم قبل ذلك فان اجراءاته لا تكون صحيحة ويجوز لمن يتمسك بالدفع أن يوقفها عن طريق الاستشكال فى التنفيذ ، ويعتبر ما اتخذ من هذه الاجراءات باطلا ليست له قيمةقانونية .

١٥١ — آثار الدفع بعدم التنفيذ .

آثار الدفع بعدم التنفيذ مؤقته هى وقف تنفيذ العقد . وقد يترتب على ذلك إما أن يقوم المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه فيترك المتمسك بهذا الدفع دفعه . ويقوم هو لآخر بتنفيذ التزامه اختيارا أو يجبر على ذلك جبرا إذ يعد هناك مبرر لاستمراره فى تمسكه بعدم التنفيذ بعد أن قام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه . وقد لا يترتب على التمسك بالدفع قيام الطرف الآخر بالتنفيذ ، وفى هذه الحالة يجوز إما الاستمرار فى التمسك بالدفع . أو أن يعدل المتمسك بالدفع عن هذا الموقف السلبى ويطلب فسخ العقد بصفة عامة . على أنه فى الفترة التى يكون فيها العقد موقوفا فانه لا ينتج أى أثر

بالنسبة للمتمسك بالدفع . فاذا كان محل التزامه هو دفع مبلغ من النقود فهو لايدفعها وإذا كان محل التزامه نقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر فانه لا يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل الملكية كالتسجيل فى العقار . وإذا كان محل التزامه القيام بعمل كرسم لوحة فنية أو هندسية أو اقامة بناء فانه يمتنع عن القيام بهذا العمل . وإذا كان محل التزامه الامتناع عن عمل كالامتناع عن القيام بنشاط منافس للطرف الآخر ، فانه يستطيع القيام بالعمل الذى التزم بالامتناع عنه .

وكما يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى العقود الفورية ، فانه يجوز التمسك بذلك أيضا فى عقود المدة ، التى يعتبر عنصر الزمن عنصرا جوهريا فيها ، والتى يؤدى وقف تنفيذها لا إلى تأخير فى التنفيذ فحسب ، بل إلى انتقاص الالتزام ذاته : فاذا امتنع المستأجر عن دفع الأجرة ، جاز للمؤجر أن يمتنع أيضا عن تمكينه من الانتفاع بالعين . وإذا طالت مدة التمسك بالدفع إلى انتهاء مدة عقد الإيجار نفسه : فان العقد ينقضى بانقضاء مدته ، ولا يجوز للمستأجر أن يطالب بمدة جديدة حتى ولو عرض دفع الأجرة عرضا حقيقياً .

ومن هنا يتضح أن آثار الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الزمنية ليست فقط مؤقتة بل قد تكون نهائية . والدفع بعدم التنفيذ ينتج أثره ليس فقط فى مواجهة المتعاقد الآخر ، بل وفى مواجهة الغير أيضا . ويقصد بالغير كل شخص اكتسب حقاً فى تاريخ لاحق على التمسك بعدم التنفيذ . فالبائع يمتنع عن تسليم العين المبيعة ليس فقط للمشترى الذى لم يدفع الثمن ، بل وكذلك للمشترى الثانى من هذا المشترى ؛ أو لأى شخص رتب له المشترى الأول حقاً عينياً على الشيء بعد أن تمسك البائع بالدفع بعدم التنفيذ .

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة المصدر الأول من مصادر الالتزام وهو العقد ، وننتقل الآن إلى دراسة المصدر الثانى وهو الإرادة المنفردة .

الباب الثانى

الإرادة المنفردة

١٥٢ – التصرف بالارادة المنفردة :

الإرادة المنفردة هى إرادة شخص واحد ، وهى تختلف فى هذا عن العقد الذى يقوم على تطابق إرادتين لشخصين مختلفين . والإرادة المنفردة قادرة على احداث آثار قانونية ، وهى إذا اتجهت إلى هذا الغرض أصبحت تصرفا قانونيا هو التصرف بالإرادة المنفردة . والعقد أيضا تصرف قانونى يتفق مع التصرف بالإرادة المنفردة فى أن كلا منهما تصرف إرادى .

والإرادة المنفردة باعتبارها تصرفا قانونيا قادرة على انتاج آثار قانونية متعددة ، فهى قادرة على انشاء حق عينى كالوصية فهى تكسب الموصى له الحق فى الملكية وهى قد تؤدى إلى زوال حق عينى كالتنازل عن الرهن . وهى قادرة على تأكيد العقد القابل للابطال كالإجازة . وهى قد تجعل العقد غير النافذ فى مواجهة شخص نافذاً فى حقه ، كالاقرار فهو يجعل العقد نافذا فى حق المقر . وهى قد تؤدى إلى الغاء عقد معين ، وقد سبق أن ذكرنا أن بعض العقود يجوز الغاؤها بالإرادة المنفردة كعقد العمل وعقد الوكالة . وهى قد تؤدى إلى اسقاط حق شخصى ، كالابراء وهو تصرف بارادة منفردة يؤدى إلى انقضاء الدين . كل هذه الأحكام لاشك فيها . ولكن الجدل يثور مع ذلك فيما إذا كانت الإرادة المنفردة قادرة على انشاء حق شخصى أى التزام من الالتزامات . وبعبير آخر هل تصلح الإرادة المنفردة لأن تكون مصدرا من مصادر الالتزام .

١٥٣ - الجدل حول صلاحية الارادة المنفردة لانشاء الالتزامات :

يقوم هذا الجدل بين مدرستين ، المدرسة الألمانية والمدرسة الفرنسية ، فى المدرسة الألمانية تذهب نظرية معروفة إلى القول بأن الإرادة بمفردها قادرة على انشاء الالتزامات . وهذا هو مقتضى مبدأ سلطان الإرادة . بل هو أكمل تعبير عن هذا المبدأ . فالإرادة قادرة أن تلزم صاحبها . والشخص لا يلتزم إلا بارادته وحده . وتذهب هذه النظرية إلى أبعد من هذا فتقرر أن العقد نفسه ليس مصدرا مستقلا من مصادر الالتزام . فهو لا يعدو أن يكون اجتماعا لارادتين منفردتين . والمدين فيه يلتزم بمقتضى إرادته المنفردة المعلنة فى نطاق هذا العقد .

وقد لقيت هذه النظرية قبولا من بعض كبار الفقهاء الفرنسيين فى أواخر القرن الماضى وأوائل هذا القرن ، ولكنها لم تلق القبول العام فى الفقه الفرنسى حتى اليوم . وحتى أنصارها لم يأخذوا بها فى صورتها المتطرفة التى تجعل مصدر الالتزامات العقدية هو الارادة المنفردة فى نطاق العقد . بل أخذوا بها باعتبارها مصدرا ثانويا بجانب العقد وهو المصدر الارادى الرئيسى للالتزام . والفقه الفرنسى فى تحفظه هذا يتابع تقاليد القانون الرومانى التى لا تعترف إلا بالعقد مصدرا إراديا للالتزام ، ويعتمد فى موقفه كذلك على بعض الأسباب التى تجعل من الصعب فى نظره الاعتراف بالارادة المنفردة كمصدر للالتزام . وهذه الأسباب هى :

١ - إذا كان مفهوماً أن الانسان يستطيع أن يلتزم بارادته المنفردة . فينبغى أن يسمح له أيضا بالتحلل من التزامه هذا بنفس الإرادة التى انشأته وهى الإرادة المنفردة . وهكذا يصبح الالتزام معلقاً على محض إرادة المدين. وهو غير جائز فى القواعد العامة .

٢ - إذا كان مفهوما أن الشخص يلتزم بارادته المنفردة فانه من غير المفهوم أن يصبح الطرف الآخر فى الالتزام دائنا بغير إرادته . فاذا اشترطنا

أن يقبل هذا الالتزام فاننا نكون قد تخطينا مرحلة الإرادة المنفردة إلى مرحلة التعاقد الكامل . وقد رد أنصار نظرية الإرادة المنفردة على هذين الاعتراضين بما يأتى :

١ — بالنسبة للاعتراض الأول فانه ليس ما يمنع من ناحية المنطق القانونى أن يقرر القانون مراعاة لاعتبارات الثقة فى المعاملات . أن من التزم بارادته المنفردة لا يجوز له أن يرجع فى التزامه . فالارادة المنفردة كمصدر للالتزام تستند فى آخر الأمر إلى حكم القانون شأنها فى ذلك شأن العقد . والقانون يستطيع ان ينظم كيفية انقضاء الالتزامات بمصادرها المختلفة وهو يراعى فى ذلك الكثير من الاعتبارات الاجتماعية .

٢ — بالنسبة للاعتراض الثانى فانه لا يشترط طبقاً للتصوير الموضوعى للالتزام أن يرضى الدائن باكتساب الحق الناشىء عنه . بل ولا يشترط أن يكون الدائن موجوداً أو معروفاً . وقد سبق أن رأينا تطبيقاً لهذا التصوير فى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حيث يجوز أن يكون المنتفع غير معروف أو غير موجود وقت الاشتراط . وطبقاً لهذا التصوير فانه يكفى لنشأة الالتزام أن يكون المدين موجودا وقت نشأته وليست هناك أهمية كبيرة لشخص الدائن .

والخلاصة أنه ليس هناك ما يمنع لا من الناحية القانونية ، ولان الناحية المنطقية أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام ، طالما أن الشخص يلتزم فى حدود القانون .

١٥٤ — موقف المشرع المصرى من الارادة المنفردة .

يلاحظ أن القانون الألمانى الذى نشأت فى فقهه نظرية الإرادة المنفردة ، لم يأخذ بها رغم ذلك كمصدر عام من مصادر الالتزام . بل كمصدر خاص فى حالات معينة على سبيل الحصر .

وعند إعداد القانون المدنى المصرى الجديد ، كان هناك اتجاه إلى الأخذ

بالإرادة المنفردة كمصدر عام من مصادر الالتزام . وهو ما كانت تنص عليه المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى التى كانت تقرر أنه « (١) إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان لمدة معينة . فان هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه مادام هذا لم يرفضه . (٢) وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام . (٣) يبقى الايجاب فى العقود خاضعا للأحكام الخاصة به . ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور » .

ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة وكان حذفه « عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة ، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاماً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ، هامش ص ٣٣٩) .

وعلى هذا النحو فان القانون المدنى فى صورته النهائية لم يتضمن نصاً يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما من مصادر الالتزام ؛ ولكنه تضمن نصوصا متفرقة تجعل الإرادة المنفردة مصدرا خاصا من مصادر الالتزام فى الحالات التى حددتها هذه النصوص . والموقف النهائى الذى اتخذه المشرع المصرى يشبه الموقف الذى اتخذه المشرع الألمانى .

وكان لعدول المشرع المصرى عن اعتبار الارادة منفردا مصدرا عاماً للالتزام أثره على جانب من الفقه المصرى . وقد تأثر من هذا العدول بصفة خاصة الدكتور عبد الرزاق السنهورى واضع القانون المدنى إلى درجة أنه ذهب إلى القول بأن الإرادة المنفردة لم تعد مصدرا من مصادر الالتزام فى القانون المدنى المصرى كما كان مقرراً لها فى المشروع التمهيدى لهذا القانون ، وأن الحالات التى نص فيها القانون على انشاء التزامات بواسطة الإرادة المنفردة ، أصبح نص القانون هـــو المصدر المباشر لهـا ،

ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ عن الإرادة المنفردة التزاما مصدره القانون . وهكذا فاننا نرى الأستاذ الأجل لا يفرد فى مؤلفاته (الوسيط والوجيز) بابا مستقلا للإرادة المنفردة كغيرها من مصادر الالتزام الأخرى ، كما فعل المشرع نفسه إذ أفرد لها الباب الثانى من أبواب مصادر الالتزام بعد العقد مباشرة . فهذا فى تقديره خطأ فى التبويب . ولذلك فهو يدرس الارادة المنفردة ضمن الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون .

ومع ذلك فان الفقه المصرى فى إتجاهه الغالب لا يأخذ بهذا الاتجاه ويساير تبويب القانون ذاته فى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا مستقلا من مصادر الإلتزام .

والواقع أنه يمكن بسهولة الرد على الاتجاه الذى ذهب إليه الدكتور السنهورى . لأن وجه الاعتراض الوحيد الذى أثاره فى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام هو أنها لم تعد مصدرا عاما للالتزام كالعقد مثلا . ويكفى للرد على هذا الاعتراض القول بأنه لا يشترط فى المصدر طبقاً لقانون السببية أن يكون عاما . بل يكفى أن يكون هو السبب المنشىء للالتزام فى كل حالة على حدة . ومن المعروف أن العمل المشروع لم يكن مصدرا عاما للالتزام فى القانون الرومانى بل كانت الأفعال غير المشروعة المؤدية إلى نشأة الالتزامات محدودة على سبيل حصر . ولم يقل أحد أن العمل غير المشروع لم يكن مصدرا من مصادر الالتزام فى القانون الرومانى . بل أن العقد نفسه لم يكن مصدرا عاما من مصادر الالتزام ، وكان المبدأ السائد فى القانون الرومانى . أنه إذا لم يكن للعقد اسم خاص تقابله دعوى خاصة فانه لا ينشىء أثرا قانونيا . ولم يقل أحد أن العقد لم يكن مصدرا من مصادر الالتزام فى القانون الرومانى .

أما العلاقة بين القانون والإرادة المنفردة فى القانون المصرى ، فهى نفس العلاقة بين القانون ومصادر الالتزام الأخرى . فالقانون هو المصدر

غير المباشر لكل الالتزامات ، ولكن بجانب هذا المصدر غير المباشر يوجد مصدر آخر مباشر لكل مجموعة من الالتزامات ، ويكون هذا المصدر المباشر هو العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع . . الخ . فكل مصادر الالتزام تستمد قوتها من القانون دون أن يحول ذلك اعتبارها المصادر المباشرة للالتز . .

١٥٥ – حالات الالتزام بالارادة المنفردة فى القانون المصرى .

نص المشرع على عدة حالات يكون فيها مصدر الالتزام هى الإرادة المنفردة للمدين . وهذه الحالات هى :

١ – الإيجاب الملزم : وهو ما تنص عليه المادة ٩٣ مدنى التى تقرر « (١) إذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . (٢) وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » . وقد سبقت لنا دراسة الأحكام الخاصة بالإيجاب الملزم فى الفصل الخاص بانعقاد العقد .

٢ – المؤسسات الخاصة : وهى تنشأ بالإرادة المنفردة طبقاً للمادتين ٦٩ ، ٧٠ مدنى الملغاة ، والمادتين ٦٩ ، ٧٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة . ويكون انشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية . والسند الرسمى تصرف بارادة منفردة حال الحياة . والوصية تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت . والإرادة المنفردة تنشىء المؤسسة وهى شخص معنوى ، وتنشىء كذلك التزاما على عاتق المؤسس أو ورثته بأن ينقل إلى المؤسسة ملكية ما تعهد به من المال الذى خصصه لها . فالارادة المنفردة خلقت شخصا معنويا . . أنشأت التزاما نحو هذا الشخص .

٣ – تطهير العقار المرهون رهنا رسميا : الحائز فى الرهن الرسمى كالمشترى لعقار مرهون الحق فى أن يطهر العقار من كل رهن مقيد عليه إذا هو عرض على الدائنين المرتهنين أن يدفع لهم مبلغا معادلا لقيمة العقار ؛ وقبل منه الدائنون هذا العرض على أن الحائز يظل ملتزما بعرضه إلى أن يصدر رفض للعرض من أحد الدائنين . والحائز يلتزم بمقتضى إرادته المنفردة بدفع المبلغ الذى عرضه طوال الفترة السابقة على اتخاذ الدائنين موقفاً من هذا العرض سواء بالقبول أو بالرفض . ويرجع فى دراسة هذا الحكم إلى مؤلفات التأمينات العينية . (راجع بصفة خاصة المادة ١٠٦٦ مدنى)

٤ – الوعد بجائزة الموجه للجمهور . وقد جاء النص على هذا الالتزام فى المادة ١٦٢ مدنى تحت عنوان الإرادة المنفردة ، وباعتباره التطبيق النموذجى لالتزام مصدره الإرادة المنفردة . ولذلك فاننا نخصص له دراسة مستقلة .

الوعد بجائزة الموجه للجمهور

١٥٦ – نص القانون وتطبيقاته المختلفة .

تنص المادة ١٦٢ مدنى على أن « (١) من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها . (٢) وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده باعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور » .

وتطبيقات هذا النص كثيرة فى الحياة العملية ، والوعد بجائزة قد يوجه لمن يقوم ببحث علمى او رسم هندسى او تنفيذ لوحة فنية أو لمن يعثر

على شخص مفقود أو شيء ضائع ، أو لمن يكشف عن مكان مجرم هارب ؛ أو أسرار جريمة غامضة . والأمثلة غير ذلك كثيرة ومتعددة .

١٥٧ – شروط الالتزام بالوعد .

الوعد بجائزة هو تصرف بالإرادة المنفردة . وينبغي أن تتوافر فيه شروط صحة التصرف القانوني . والمشرع لم يضع أحكاما عامة للتصرف القانوني . ولكنه وضع احكاما خاصة بأهم أنواع التصرفات القانونية وهو العقد . ولذلك يرجع إلى هذه الأحكام بصدد كل تصرف قانوني آخر ولو لم يكن عقدا كالتصرف بالارادة المنفردة . وذلك باستثناء الأحكام الخاصة بانعقاد العقد وتطابق الإيجاب والقبول . فهذه لا يرجع إليها بداهة بصدد الإرادة المنفردة . وقد سبق أن ذكرنا أن المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدي التي كانت تجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام والتي حذفت في لجنة المراجعة ، كانت تحيل إلى أحكام العقد على هذا النحو .

وتكوين الالتزام بالارادة المنفردة يقتضي مراعاة الشروط المتعلقة بالإرادة والمحل والسبب .

١ – الإرادة : يجب أن تصدر عن الواعد إرادة باتة فيها معنى الالتزام النهائي وليس فقط مجرد الدعوة إلى التفاوض . أو تعليق الالتزام على قبول أحد الأفراد أو غير ذلك . والإرادة الباتة هي الإرادة المنفردة التي ينشأ عنها الالتزام .

والتعبير عن الإرادة في الوعد بجائزة لا يخضع للقواعد العامة التي تجعل من الجائز أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا . بل يخضع لقاعدة خاصة مؤداها أن يكون التعبير عن الارادة موجها إلى الجمهور . فاذا وجه التعبير إلى شخص معين أو أشخاص معينين فاننا نكون بصدد إيجاب لابد أن ينضم إليه قبول حتى ينعقد العقد . ونخرج عن نطاق الالتزام بالارادة

المنفردة . وتوجيه الوعد إلى الجمهور يقتضى الالتجاء إلى الوسيلة المؤدية إلى علم الجمهور بمضمون هذا الوعد ، ويكون ذلك بطريق النشر فى الصحف أو الصاق النشرات أو توزيعها أو المناداه فى الطرق أو غير ذلك من وسائل النشر العامة .

ويجب أن تكون ارادة الواعد صحيحة . ويشترط لذلك أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة وهى تختلف بحسب ما إذا كان الوعد نافعا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر . ويرجع فى ذلك إلى ما سبق دراسته فى موضوع الأهلية . ويشترط كذلك أن تكون الإرادة سليمة من أى عيب كالغلط أو الاكراه أو التدليس . وتسرى فى هذا أيضا القواعد السابق دراستها باستثناء شرط اتصال العيب بالطرف الآخر ، فلا يشترط أن يكون الشخص الذى قام بالعمل عالما بالغلط أو التدليس أو الاكراه أو كان يستطيع أن يعلم به حتى يجوز الطعن فى التصرف لهذا السبب .

٢ — المحل : المحل فى التزام الواعد هو اعطاء جائزة وقد تكون هذه الجائزة مبلغا من النقود أو مصروفات رحلة أو نقل ملكية منزل أو سيارة أو اعطاء أسهم أو سندات . وقد تكون هذه الجائزة ذات قيمة أدبية كمنح وسام أو شارة او شهادة او كأس او غير ذلك . ويشترط فى المحل ما يشترط فى محل العقد من حيث الامكان والتعيين والمشروعية .

٣ — السبب : سبب التزام الواعد اى الباعث الدافع للوعد ، بالمعنى الحديث لفكرة السبب . أو الغرض المباشر الذى يسعى إليه الواعد بالمعنى التقليدى لفكرة السبب . هو العمل الذى سيقوم به فرد من افراد الجمهور . ولا يكفى ان يكون هذا السبب موجودا بل ينبغى كذلك أن يكون معلنا إلى الجمهور وينبغى أن يكون مشروعاً .

وقد سبق أن ذكرنا أمثلة للعمل الذى تستحق عنه الجائزة وهو قد يكون

العثور على شيء ضائع او شخص مفقود او القيام ببحث علمي أو كتابة مقال . . الخ .

ويجب ان يكون سبب الوعد هو القيام بعمل معين ، وليس فقط التواجد فى مركز معين ، كمن يوجد فى مركز مريض بمرض معين او او لقيط او عجوز بلغ من العمر قدرا معينا او ابن شهيد مات فى معركة معينة او حادثة معينة . فالوعد فى مثل هذه الأحوال وعلى خلاف القانون الايطالى (م ١٩٨٩ /١ مدنى إيطالى) . لا ينشيء التزاما بالارادة المنفردة على عاتق الواعد . بل لابد ان يقترن به قبول من الطرف الآخر لتمام العقد ، فينشأ الالتزام عن العقد وليس عن الإرادة المنفردة .

١٥٨ - أحكام الالتزام بالوعد .

تختلف احكام الالتزام بالوعد الموجه للجمهور بحسب ما إذا كانت قد عينت مدة للقيام بالعمل المطلوب او لم تعين مدة لذلك .

١ - فاذا كانت قد عينت مدة للقيام بالعمل المطلوب فان الواعد يلتزم بصفة نهائية طوال هذه المدة ولا يجوز له ان يعدل عن وعده خلالها وإذا عدل فلا يكون لعدوله اى اثر . فاذا قام شخص بتحقيق العمل خلال هذه المدة فان حق هذا الشخص بالذات ينشأ فى ذمة الواعد من وقت القيام بالعمل. ويلاحظ ان التزام الواعد يمر بمرحلتين ، الأولى كان شخص المدين وحده فيها وهو الواعد معروفا وهذا شرط اساسى لنشأة الالتزام ، والثانية اصبح شخص الدائن كذلك معروفا ويتحقق ذلك بقيام احد افراد الجمهور بالعمل المطلوب .

ويلاحظ انه لا يشترط ان يكون الشخص الذى قام بالعمل . قد قام به من اجل الحصول على الجائزة . بل ولا يشترط ان يكون قد علم بموضوع الجائزة . ولا يشترط بالتالي ان يكون قد قام

بالعمل بعد الاعلان عن الجائزة ، فهو يستحقها ولو كان قد قام بالعمل قبل ذلك . ويبين كل هذا انه لا يشترط اى شرط متعلق بعلم الطرف الآخر او إرادته ، لأن مصدر الالتزام بالجائزة هو الإرادة المنفردة للمدين دون اى نظر إلى إرادة الدائن .

هذا هو حكم القواعد العامة . ولكن الواعد من حقه ان يقيد استحقاق الجائزة بشروط معينة كأن يكون العمل قد تم قبل الاعلان عن الوعد او بعد الإعلان عنه او غير ذلك من شروط .

٢ — والفرض الثانى هو الا يكون الواعد قد حدد مدة معينة للقيام بالعمل . ولا يمنع هذا من نشاة التزامه فى مواجهة من يقوم بالعمل . ولكن الواعد لا يظل ملتزما بوعده إلى ما لانهاية ، بل يعتبر ملتزما للمدة المعقولة للقيام بهذا العمل ، بحيث إذا انتهت هذه المدة ولم يقم احد بالعمل انقضى التزام الواعد ولو قام به اى شخص بعد ذلك . اما اذا قام شخص بالعمل قبل انقضاء المدة المعقولة فان الواعد يكون ملتزما فى مواجهته .

ويلاحظ كذلك ان عدم تحديد مدة للقيام بالعمل يسمح للواعد بان يرجع فى وعده فى اى وقت ولو بعد اعلان الوعد مباشرة . ولكن ينبغى ان يتم الرجوع بنفس الوسيلة التى تم بها الاعلان . اى النشر فى الصحف او توزيع النشرات . . الخ . فاذا لم تراعى هذه الوسيلة فلا يعتد بالرجوع . ولا يكون له اى اثر بحيث إذا قام شخص بالعمل خلال مدة معقولة فانه يستحق الجائزة .

وإذا رجع الواعد عن وعده بطريقة صحيحة . ومع ذلك فان شخصا كان قد قام بالعمل قبل الرجوع . فانه يستحق الجائزة ولو قام بالعمل دون علم بها او دون نظر إليها . على انه يتعين على من قام بالعمل ان يطالب الواعد بالجائزة خلال ستة اشهر من تاريخ إعلانه الرجوع للجمهور وقد اراد المشرع بذلك « قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها

استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان العدول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ، ص ٣٤٧) . ومدة الستة اشهر هى مدة سقوط وليست مدة تقادم . ولذلك فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع

ويلاحظ انه فى غير حالة العدول عن الوعد فان حق من قام بالعمل إذا تأكد ويكون ذلك فى حالتين ١ — إذا كان قد قام بالعمل خلال المدة التى حددها الواعد ، ٢ — او قام به خلال مدة معقولة إذا لم يكن الواعد قد حدد مدة ولم يكن قد عدل عن الوعد . فان حق من قام بالعمل لايتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فهو حق ناشىء عن التزام إرادى ، ولم تحدد مدة خاصة لتقادمه فتسرى عليه القاعدة العامة فى التقادم بمرور خمس عشرة سنة.

وفى حالة ما إذا عدل الواعد عن وعده ، وكان هناك شخص قد بدأ فى تنفيذ العمل المطلوب اعتمادا على الوعد ، ولم يكن قد اتم العمل وقت العدول ، فانه لا يستحق الجائزة لأن الالتزام بالإرادة المنفردة قد زال بالعدول . ولكنه يستحق مع ذلك تعويضا عن الضرر الذى اصابه من البدء فى العمل اعتمادا على الوعد . وهو تعويض على اساس الخطأ اى العمل غير المشروع . ويجب الا يزيد هذا التعويض من مقدار الجائزة .

وننتقل الآن إلى دراسة المصدر الثالث من مصادر الالتزام وهو العمل غير المشروع .

الباب الثالث

العمل غير المشروع

(المسئوليـــة التقصيرية)

سبق ان درسنا المسئولية العقدية وهى الجزاء على الاخـــلال بالالتزام العقدى . وندرس الآن المسئولية التقصيرية وهى الجزاء على الاخلال بالواجب القانونى العام الذى يفرض على كل شخص عدم الاضرار بغيره . ويلاحظ ان كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية تمثل نوعا من انواع المسئولية المدنية . والمسئولية المدنية بنوعيها تختلف عن المسئولية الجنائية . ولذلك يجب ضبط كل هذه الاصطلاحات وتحديد المقصود بها . مع بيان التطور الذى لحق بالمسئولية التقصيرية وهو موضوع الدراسة فى هـذا البـاب .

١٩٥ — للتمييز بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية

لم تكن القوانين القديمة تميز بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية . وكان ينظر فيها إلى الأفعال التى تسبب ضررا للغير باعتبارها موجهة فقط ضد الشخص الذى اصابته ، وليس ضد المجتمع كله . ولذلك فان الجزاء على هذه الافعال كان يخص الشخص الذى اصابته دون غيره . وكان من حق هذا الشخص ان يحصل على تعويض من المتسبب فى الضرر . ويسمى هذا التعويض عادة باسم « الدية » . وكان لكل فعل الدية التى تقابله وتعوض عنه . فكان الجزاء على الخطأ هو التعويض وليس العقوبة .

وبعد مراحل كثيرة من التطور وصل الأمر بالقوانين الحديثة إلى التمييز تمييزا جوهريا بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . فالأولى هى الجزاء على فعل موجه ضد المجتمع ؛ اما الثانية فهى الجزاء على فعل موجه ضد احد الأفراد . ويترتب على هذا الفارق الأساسى عدة نتائج اهمها :

١ — الجزاء على المسئولية الجنائية عقوبة تطالب بها النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما الجزاء على المسئولية المدنية فهو تعويض يطالب به الشخص الذى أصابه ضرر .

٢ — المسئولية الجنائية تتعلق بحق المجتمع ولذلك لا يجوز التنازل عنها أو الصلح بخصوصها ؛ أما المسئولية المدنية فهى تتعلق بمصلحة فرد من الأفراد ولذلك يجوز لهذا الفرد أن يتنازل عنها أو يتصالح بشأنها .

٣ — المسئولية الجنائية تخضع لمبدأ هام هو لا عقوبة بغير جريمة ولا جريمة بغير نص . ومعنى هذا أن الأفعال التى تترتب عليها المسئولية الجنائية يجب أن تكون محددة تحديدا دقيقاً . وكذلك ينبغى تحديد العقوبات التى تترتب عليها . أما المسئولية المدنية فهى تخضع لمبدأ آخر هو أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض وهذا الخطأ غير محدد تحديدا دقيقاً . وقد سبق أن ذكرنا ما هو المقصود بالخطأ العمدى . وسنحدد فيما بعد المقصود بالخطأ غير العمدى . أما التعويض فهو يتحدد على أساس الضرر . والقاضى هو الذى يقدره .

ويلاحظ أن الفعل الواحد قد تترتب عليه المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية فى نفس الوقت ، مثال ذلك القتل والسرقة والنصب والضرب .. الخ .

وهناك من الأفعال ما تترتب عليه المسئولية الجنائية وحدها دون المسئولية المدنية . وهى الأفعال التى تمس المجتمع دون أن تضر شخصا معينا من الأشخاص ؛ مثال ذلك التشرد ومخالفات المرور وجرائم الشروع والاتفاق الجنائى .

وهناك من الأفعال ما تترتب عليه المسئولية المدنية وحدها دون المسئولية الجنائية ، وهى الأفعال التى تعتبر خطأ أى انحرافا عن مسلك الرجل العادى وتسبب ضررا للغير . دون أن يعاقب عليها نص من نصوص القانون الجنائى . مثال ذلك اتلاف مال الغير بغير عمد . والمنافسة غير المشروعة . والتدليس عند ابرام عقد من العقود .

ويترتب على اجتماع المسئوليتين نتيجة فعل واحد . أن المسئولية الجنائيه وهى الأقوى باعتبارها حق المجتمع ، تؤثر فى المسئولية المدنية على النحو التالى :

١ — من ناحية الاختصاص يمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمةالجنائية باعتبارها تابعة للدعوى الجنائية . ولكن لايجوز أن ترفع الدعوى العمومية أمام المحكمة المدنية .

٢ — من ناحية التقادم فان المسئولية المدنية لا تتقادم طالما أن المسئولية الجنائية قائمة (م ١٧٢ مدنى) . والعكس غير صحيح فانه إذا تقادمت المسئولية الجنائية . فلا تعود إلى الوجود بمجرد أن الدعوى المدنية لم تتقادم .

٣ — من ناحية الاجراءات فانه إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية . ثم رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية . فانه يتعين وقف النظر فى الدعوى المدنية إلى أن يصدر الحكم فى الدعوى الجنائية . وتعرف هذه القاعدة بأن الجنائى يوقف المدنى .

٤ — يتصل بالمبدأ السابق مبدأ آخر . هو أن الحكم الذى يصدر من المحكمة الجنائية يقيد بعد ذلك المحكمة المدنية إذا كان صادرا بالعقوبة . حيث لا يجوز للمحكمة المدنية أن تنفى الخطأ بعد ذلك عن الفعل الذى اعتبرته المحكمة الجنائية جريمة وقعت عنها عقوبة . أما إذا صدر حكم المحكمة الجنائية بالبراءة فلا يمنع ذلك المحكمة المدنية من الحكم بالتعويض على أساس الخطأ المدنى .

١٦٠ - التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية .

المسئولية العقدية هى الجزاء على الاخلال بالتزام عقدى ، أما المسئولية التقصيرية فهى الجزاء على الاخلال بالالتزام القانونى العام بعدم الاضرار بالغير .

وهناك نظريتان أحداهما تذهب إلى التمييز تمييزا كاملا بين المسئوليتين وهى نظرية ازدواج المسئوليتين ، والأخرى تذهب إلى عدم التمييز مطلقاً بينهما ، وهى نظرية وحدة المسئوليتين .

والصحيح هو أن المسئوليتين تتحدان فى المبدأ ، وتختلفان مع ذلك فى الصياغة .

فالمبدأ فى المسئوليتين واحد وهو أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

وتعريف الخطأ واحد فى المسئوليتين . فالخطأ حسب التعريف المشهور للأستاذ بلانيول هو كل اخلال بالتزام سابق . وهو فى المسئولية العقدية اخلال بالتزام عقدى . وفى المسئولية التقصيرية اخلال بالالتزام القانونى العام بعدم الاضرار بالغير . والخطأ فى الحالتين هو عمل غير مشروع .

ورغم وحدة المبدأ فان المسئوليتين تختلفان فى الصياغة الفنية لأحكامهما . وسبب هذا الاختلاف هو أن المسئولية العقدية هى وليدة العقد . وهى لا تعدو أن تكون الشق الثانى فى الالتزام العقدى . فقد سبق أن رأينا أن الالتزام يتحلل إلى عنصرين . عنصر المديونية وعنصر المسئولية . فالمسئولية العقدية هى الجزاء على الاخلال بالمديونية العقدية . وهى بهذا لا تعدو أن تكون تعبيرا عن الالتزام العقدى ذاته فى مرحلة من مراحل وجوده . ولهذا فهى تخضع للارادة التى أنشأت العقد من عدة نواح نذكر منها :

١ - المسئولية العقدية مصدرها العقد . ولذلك يجوز الاعفاء منها أو تعديل

أحكامها بمقتضى هذا العقد ذاته . ٢ – إذا تعدد المدينون فلا يقوم التضامن بينهم إلا إذا اتفقوا عليه فيما بينهم . ٣ – التعويض يكون عن الضرر المتوقع أما الضرر غير المتوقع فهو لم يدخل فى حساب المتعاقدين ولذلك لا يشمله التعويض . ٤ – التقادم فى المسئولية العقدية يكون بالمدة الطويلة وهى خمس عشرة سنة ، لأن الإرادة التى أنشات الالتزام تقصد ألا يتقادم إلا بهذه المدة الطويلة .

وعلى خلاف ذلك فان المسئوليـــــة التقصيرية هى وليـــدة القانون ، فهى الجزاء على الاخلال بالالتزام القانونى بعـــدم الاضرار بالغير . وهى المظهر الإيجابى لهـــذا الالتزام باعتبارها عنصر الجزاء فيـــه . ولذلك فان القانون الذى أنشا هذا الالتزام ، هو الذى يحدد أحكام هذه المسئولية . وهى أحكام لا تتفق بالضرورة مع أحكام المسئولية العقدية ، بل تختلف عنها فى نواح كثيرة نذكر منها على سبيل المثال ما يقابل الأحكام السابق ذكرها بصدد المسئولية العقدية : ١ – المسئولية التقصيرية تنشأ عن القانون ولذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها أو الاعفاء منها . ٢ – القانون هو الذى يحدد الضرر الذى يشمله التعويض وهو قد جعل التعويض شاملا للضرر المتوقع والضرر غير المتوقع . ٣ – القانون قرر التضامن بين المدينين فى المسئولية التقصيرية إذا تعددوا . ٣ – القانون جعل مدة التقادم فى المسئولية التقصيرية ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة حسب الأحوال .

وفى غير هذا تختلف المسئوليتان فى أحكام أخرى كثيرة ، وهو اختلاف فى الأحكام التفصيلية . نتيجة للاختلاف فى مصدر كل من المسئوليتين . ولكن هذا لا يؤثر فى وحدة المبدأ بين المسئوليتين .

١٦١ – عدم جواز الجمع بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية .

من المؤكد فى الفقه أنه لا يجوز الجمع بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية . إذا كان الفعل الواحد تترتب عليه فى نفس الوقت كل من المسئوليتين . والجمع بين المسئوليتين غير جائز بأى معنى من المعانى . فهو غير جائز

إذا قصد به أن الشخص يحصل على تعويض بمقتضى المسئولية العقدية ثم يحصل على تعويض آخر بمقتضى المسئولية التقصيرية . إذ من غير المقبول أن يحصل الشخص على تعويضين عن ضرر واحد . بل يعوض الشخص عن الضرر الذى أصابه مرة واحدة وبقدر هذا الضرر .

والجمع بين المسئوليتين غير جائز إذ فهم بأنه يجوز للمضرور أن يرفع دعوى يجمع فيها بين شروط كل من الدعويين . فيرجع مثلا بدعوى المسئولية التقصيرية بعد أن تقادمت ، معتمدا فى ذلك على أن دعوى المسئولية العقدية لم تتقادم بعد . فمثل هذه الدعوى لا تكون هى دعوى المسئولية التقصيرية أو دعوى المسئولية العقدية ، وانما هى دعوى من تلفيق رافعها . لا يعرفها القانون ولا يعترف بها .

واخيرا لا يجوز الجمع بين المسئوليتين بمعنى انه إذا خسر المدعى الدعوى التى رفعها فانه يرجع بمقتضى الدعوى الأخرى لعله يكسبها . فمثل هذا الرجوع يتعارض مع مبدأ قوة الأمر المقضى به .

١٦٢ — عدم جواز الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية .

إذا كان من المتفق عليه عدم جواز الجمع بين المسئوليتين على النحو السابق ذكره . فانه لا يوجد اتفاق فى مسألة الخيرة بين المسئوليتين . فيذهب اتجاه قوى فى الفقه والقضاء سواء فى فرنسا او فى مصر إلى جواز الخيرة بين المسئوليتين . ومعنى الخيرة هو انه يجوز للمضرور إذا كان الفعل الذى سبب له الضرر يمكن اعتباره خطأ عقديا أو خطأ تقصيريا . ان يختار إما الرجوع بدعوى المسئولية العقدية او دعوى المسئولية التقصيرية . فاذا هو اختار إحدى الدعويين ظل ملتزما بها ولم يجز له بعد ذلك ان يعود إلى اختيار الدعوى الأخرى . وإلا فاننا ننتقل من نطاق الخيرة إلى نطاق الجمع بين الدعويين وهذا غير جائز باتفاق الجميع .

وهناك اتجاه آخر وهو الذى نفضله ، يذهب إلى عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين . فالخيرة لا تثور إلا إذا كنا بصدد فعل يعتبر اخلالا بالتزام عقدى . ويعتبر فى نفس الوقت خطأ تقصيريا ، كأن ينطوى عدم الوفاء بالالتزام العقدى على جريمة جنائية ، كالمودع لديه مثلا يمتنع عن رد الشيء المودع وتتوافر فى عمله اركان جريمة خيانه الأمانة .

فى مثل هذا الفرض نرى ان المضرور وهو الطرف الآخر لا يجوز له ان يرجع على مرتكب الخطأ إلا بمقتضى دعوى المسئولية العقدية وحدها دون المسئولية التقصيرية . وتبرير ذلك ان المضرور لا تربطه بمرتكب الخطأ إلا علاقة واحدة هى علاقة العقد القائم بينهما . والمسئولية العقدية التى نشأت فى مواجهة مرتكب الخطأ ليست إلا عنصرا من عناصر الالتزام العقدى الذى حدث الاخلال به . فاذا اراد الدائن ان يترك هذه المسئولية جانبا ، فلا يكون ذلك إلا باهمال الالتزام العقدى ذاته . فاذا هو اهمل هذا الالتزام ، لم يعد الطرف الآخر ملتزما فى مواجهته بشيء ، ولم يعد بالتالى مخلا بأى التزام ، او مرتكبا لأى خطأ . فيمتنع عليه الرجوع اصلا . وإذا كنا نرفض الخيرة بين المسئوليتين على اساس ان المسئولية العقدية ليست سوى عنصرا فى التزام عقدى مما يستحيل معه منطقاً اعتبارها عنصرا فى التزام آخر غير عقدى . فان هذا يشبه قولا آخر للدكتور السنهورى وهو ان «الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولا عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذمته . فلو فرض انه قبل ابرام العقد لم يقم به ، لم يكن مسئولا عن ذلك . لا مسئولية عقدية ، لأن العقد لما يبرم . ولا مسئولية تقصيرية إذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فاذا ابرم العقد . قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا تترتب عليها إلا المسئولية العقدية . وليس للدائن ان يلجأ إلى المسئولية التقصيرية ، إذ هى تفترض ان المدين قد اخل بالتزام فرضه القانون . والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له إلا العقد» (الوسيط ، جـ ١ ، فقرة ٥١٥) .

١٦٣ — تطور المسئولية التقصيرية .

لم تكن هناك قاعدة عامة فى القانون الرومانى تقرر المسئولية التقصيرية عن العمل غير المشروع . بل كانت هناك احكام خاصة تقرر هذه المسئولية عن بعض الأفعال المحددة بالذات . فاذا لم يكن الفعل قد ورد بشأنه حكم خاص فانه لا يعتبر عملا غير مشروع ولا يرتب المسئولية التقصيرية .

ويرجع الفضل إلى القانون الفرنسى القديم فى وضع قاعدة عامة مقتضاها ان كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم مرتكبه بالتعويض . فأصبح الخطأ هو أساس المسئولية .

وقد انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي الحديث (قانون نابليون لعام ١٨٠٤) . حيث يقرر فى المادة ١٣٨٢ منه أن « كل فعل ايا كان للانسان يسبب ضررا للغير . يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر ان يقوم بتعويضه » . وهذا النص يقرر مبدأ قيام المسئولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية على أساس فكرة الخطأ .

وقد طبق المشرع الفرنسى نفس الفكرة على المسئولية عن فعل الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ، ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان . والمسئولية عن البناء . فجعل المسئولية فى كل هذه الحالات قائمة على أساس الخطأ وهو إهمال المسئول فى رقابة من هم تحت اشرافه أو من هو تابع له . أو إهماله فى حراسة الحيوان أو الشيء

أما القانون المدنى المصرى الجديد فقد فرق بين المسئولية عن الأفعال الشخصية واقامها على أساس الخطأ الواجب اثباته . وبين المسئولية عن فعل الغير أو المسئولية الناشئة عن الأشياء فأقامها على الخطأ المفترض .

١٦٤ - نظرية تحمل التبعة :

وجدير بالذكر ان المشرع المصرى لم يأخذ فى القانون المدنى بنظرية ذاع صيتها فى الفقه الفرنسى طوال القرنين الماضى والحالى ، وهى نظرية تحمل التبعة . وهى التى تهدف إلى إقامة المسئولية لا على أساس الخطأ . بل على أساس الضرر وحده . وقد ظهرت هذه النظرية فى فرنسا عقب الثورة الصناعية وزيادة المخاطر الناشئة عن استخدام الآلات الميكانيكية . وبجانب هذه المخاطر فان المشروعات الصناعية تحقق أرباحا طائلة مما يسمح بالقول بأن من أقام مشروعا خطرا يجنى من ورائه ربحا طائلا عليه أن يلتزم بتعويض الأضرار الناشئة عن هذا المشروع حتى ولولم يثبت أى خطأ من جانبه ، حتى ولو نشأ الضرر لسبب أجنبى لايد له فيه . الغرم بالغنم . ومن يجنى المغانم عليه أن يتحمل المغارم . بل بجانب المغانم التى يجنيها صاحب المشروع فهو يستطيع أن يواجه المغارم بشىء آخر هو التأمين .

ونظرية تحمل التبعة تجعل من غير الجائز نفى المسئولية لا بنفى الخطأ ولا بنفى علاقة السببية . فالمسئولية تقوم على الضرر وحده ولو انتفى وجود الخطأ أو كان الضرر راجعا إلى سبب أجنبى كقوة قاهرة .

ولم يأخذ المشرع الفرنسى بنظرية تحمل التبعة إلا فى بعض التطبيقات الخاصة كتلك المتعلقة بتبعات الحرفة . ومخاطر العمل . ومخاطر الطيران ، وبعض حالات الضمان الاجتماعى . ولم يأخذ بها القضاء الفرنسى إلا فى الحدود التى ورد بشأنها نص فى التشريع .

وقد سار المشرع المصرى فى نفس الاتجاه فيما يتعلق بنظرية تحمل التبعه . فأخذ بها فى بعض التطبيقات الخاصة . أهمها القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل . والقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن أمراض المهنة .

والقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب ، والقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد بميناء الأسكندرية .

وفى غير هذه الحالات الخاصة فان المشرع المصرى ظل متمسكا بالأصل فى تأسيس المسئولية التقصيرية على أساس الخطأ . وقد جعل الخطأ واجب الاثبات فى مسئولية الشخص عن أفعاله الشخصية ، وجعل الخطأ مفترضا فى المسئولية عن عمل الغير أو المسئولية عن الأشياء .

وقد حان الوقت الآن لدراسة الأحكام التفصيلية للمسئولية التقصيرية فى القانون المصرى . وسنتابع التقسيم الذى وضعه المشرع فندرس فى ثلاثة فصول متتالية المسئولية عن الأعمال الشخصية ، والمسئولية عن عمل الغير ، والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

الفصل الأول

المسئولية والأعمال الشخصية

ندرس المسئولية عن الأعمال الشخصية فى مبحثين متتاليين ، الأول فى أركان المسئولية والثانى فى آثارها .

المبحث الأول

أركان المسئولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

١٦٥ – الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

تقوم المسئولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية على فكرة الخطأ . فلا مسئولية بغير خطأ . والخطأ غير مفترض بل يجب اثباته . فاذا ثبت الخطأ وترتب عليه ضرر للغير . فان مرتكبه يلتزم بتعويض الغير عن هذا الضر : وهذا ما تنص عليه المادة ١٦٣ مدنى فى مبـــدأ من أهم مبادىء القانون وهو « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» . وطبقاً لهذا النص فان عناصر المسئولية التقصيرية هى خطأ يقع من شخص معين . وضرر يصيب شخص آخر . وعلاقة تجعل هذا الضرر راجعا إلى هـذا الخطأ وهى علاقة السببية بين الخطا والضرر . وندرس فيما يلى الأركان الثلاثة للمسئولية التقصيرية فى ثلاثة مطالب متتالية .

المطلب الأول

الخطـــأ

يجب أن نحدد أولا ما هو المقصود بالخطأ . ثم نستعرض بعد ذلك بعض تطبيقات هذه الفكرة .

الفرع الأول

تعريف الخطأ

١٦٦ - صعوبة تعريف الخطأ :

لم يكن سهلا على الفقه وضع تعريف محدد للخطأ . فهذه كلمة واحدة تندرج تحتها أعداد لا حصر لها من السلوك الإنسانى . ولذلك يبدو من الصعوبة بمكان وضع تعريف محكم يفصل بين ما يعتبر خطأ وما لا يعتبر كذلك فى سلوك الإنسان .

ولسنا فى حاجة فى هذا المقام إلى استعراض التعريفات المختلفة للخطأ . ويكفينا أن نقرر أن التعريف الأقرب للقبول هو الذى يجعل الخطأ بمعنى الانحراف فى السلوك المألوف للشخص العادى ، ويدخل فى هذا المعنى التعريف المشهور للعلامة بلانيول وهو أن الخطأ اخلال بالتزام سابق . وهو فى المسئولية التقصيرية الالتزام القانونى العام بعدم الاضرار بالغير . ويعبر هذا التعريف عن الركن المادى فى الخطأ وهو التعدى أو الانحراف . ولكن بجانب الركن المادى ، لابد من توافر ركن آخر معنوى وهو ركن الادراك والتمييز . إذ لا خطأ بغير ادراك . وندرس فيما يلى كل من الركنين المادى والمعنوى فى الخطأ .

§ ١ - الركن المادى - الانحراف

١٦٧ - انحراف فى السلوك .

بحسب التعريف الأكثر قبولا فى الفقه الحديث ، فان الخطأ فى عنصره المادى هو كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى .

وفكرة الإنحراف فى السلوك يمكن قياسها بمعيار ذاتى المرجع فيه هو

نفس الشخص الذى صدر منه الانحراف ، أو بمعيار موضوعى المرجع فيه هو الشخص العادى أو الشخص اليقظ أو غير ذلك من الأمثلة المجردة .

والأخذ بالمعيار الذاتى يؤدى إلى أن الفعل قد يعتبر انحرافا بالنسبة لشخص معين ولا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر . فاذا كان الشخص شديد اليقظة فان أى انحراف ولو يسير من جانبه يعتبر خطأ ، أما إذا كان الشخص مهملا . فلا يعتبر الفعل انحرافا بالنسبة له إلا إذا كان على درجة كبيرة الخطورة . ويؤدى هذا المعيار إلى أن استحقاق المضرور للتعويض أو عدم استحقاقه يتوقف فى المقام الأول على طبيعة الشخص الذى سبب له الضرر بفعله ، وهو مالا يبدو مقبولا . ومن ناحية أخرى فان هذا المعيار يؤدى إلى تشديد المسئولية على الشخص اليقظ الحريص ، وإلى تخفيفها عن الشخص المهمل غير المكترث . وهذه نتيجة تصدم أى تقدير سليم للأمور ، وتدعو فى الحال إلى رفض المعيار الذاتى للخطأ .

ولا يبقى إلا الأخذ بالمعيار الموضوعى المجرد وهو الذى يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف من حالة الى أخرى . وهو سلوك الشخص المعتاد . وهو الذى يعرفه البعض بأنه « الشخص المعتدل الواثق من تصرفاته » . وهو ما كان يطلق عليه القانون الرومانى رب الأسرة الطيب ، أو رب الأسرة المعنى بشئون أسرته . وهو نفس المعيار الذى أخذنا به فى تعريف الخطأ العقدى . وهو نفس المعيار الذى يأخذ به القانون فى الكثير من أحكامه .

وهكذا يعتبر الفعل خطأ إذا أمكن اعتباره انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد بالمعنى السابق ذكره ، وبغض النظر عما إذا كان يعتبر كذلك بالنسبة لمرتكب هذا الفعل بالذات .

١٠٨ – مراعاة الظروف الخارجية فى تقدير الانحراف .

إذا كان الأخذ بالمعيار الموضوعى للانحراف يقتضى عدم الاعتداد بالظروف الداخلية للشخص موضع المسئولية . وهى الظروف التى تتعلق

بقدراته الشخصية ودرجة اليقظة التى يراعيها فى حياته ، وكذلك الظروف التى تتعلق بالسن والجنس والتعليم والصحة . فانه ينبغى مع ذلك أن يؤخذ فى الاعتبار كل ظرف آخر لا يعتبر ظرفا ذاتيا بهذا المعنى ، وإنما يكون ظرفا خارجيا محيطا بالشخص وقت حدوث الفعل . مثال ذلك ظرف الزمان والمكان . أى أن تقدير الخطأ يكون على أساس التصرف الذى كان يصدر من الشخص المعتاد لو أنه وجد فى نفس الظروف الخارجية التى وجد فيها مرتكب الفعل .

وعلى هذا النحو إذا كان الشخص يقود سيارته فى الليل أو فى طريق مزدحم أو فى الطريق الصحراوى ، فكل هذه ظروف خارجية يجب أن يوضع الشخص المعتاد فى مثلها لمعرفة التصرف الذى كان سيصدر منه فى هذه الظروف .

ويلاحظ أن الظرف الواحد قد يعتبر داخليا فلا يعتد به أو خارجيا فيعتد به بحسب ما إذا كان الفعل محل المسئولية يتصل بهذا الظرف أو لا يتصل به وفقاً للمجرى العادى للأمور . فمثلا إذا أردنا تقدير الخطأ الذى ارتكبه طبيب فى قيادة سيارته ، فاننا لا نراعى فى هذا التقدير صفته كطبيب ولا نتساءل عما كان سيفعله الطبيب المعتاد فى قيادة هذه السيارة . لأن قيادة السيارات ليست قاصرة على الأطباء . كما أن صفة الطبيب لا تتعلق أساسا بقيادة السيارات . ولذلك يكون الرجل المعتاد محل القياس هو القائد العادى للسيارات . فصفة الطبيب تعتبر إذن فى هذا المثال ظرفا ذاتيا لا يعتد به . وعلى عكس ذلك فانه إذا كان الفعل الذى يسأل عنه الطبيب هى اهماله فى معالجة مريض ، فان صفة الطبيب لا تصبح ظرفا ذاتيا لا يعتد به . بل تصبح ظرفا خارجيا يراعى فى تقدير الخطأ . فيكون المعيار هو التصرف الذى يصدر من الطبيب المعتاد فى معالجة مثل هذا المريض .

١٦٩ - متى يكون الانحراف عملا مشروعا .

إذا تحقق الانحراف بالمعنى السابق ذكره ، فانه يتحقق العنصر المادى فى الخطأ . ولا يبقى لمسائلة المنحرف إلا توافر العنصر المعنوى فى الخطأ . وكذلك ركنى المسئولية الآخرين وهما الضرر وعلاقة السببية . ومع ذلك فان المشرع قرر فى ثلاث حالات أن الفعل لا يكون موجبا للمسئولية رغم ما فيه من اضرار بالغير . وهذه الحالات هى حالة الدفاع الشرعى عن النفس ، وحالة تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس وحالة الضرورة .

١ - حالة الدفاع الشرعى عن النفس : قرر المشرع فى المادة ١٦٦ مدنى أن « من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس غيره أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » .

ويتضح من هذا النص أن الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، من أسباب الإباحة التى تجعل التعدى عملا مشروعا لا تترتب عليه مسئولية فاعله . ويشترط لذلك عدة شروط هى :

١ - أن يوجد خطر حال محدق يهدد الشخص فى نفسه أو فى ماله . أو يهدد شخصا آخر من الغير فى نفسه أو فى ماله بشرط أن يكون هذا الشخص الآخر عزيزا على الشخص الأول . ولا يلزم أن يقع الضرر بالفعل ، بل يكفى أن يكون وشيك الوقوع . وهذه مسألة تخضع لسلطة القاضى التقديرية عند النزاع .

٢ - يجب أن يكون الخطر الذى يقوم الشخص بدفعه عملا غير مشروع . أما إذا كان عملا مشروعا كالقبض على شخص ارتكب جريمة ، فانه لا يبرر لهذا الشخص أن يقاوم رجال الأمن الذين يقبضون عليه بحجة الدفاع الشرعى عن النفس .

٣ – يجب ألا يكون فى استطاعة هذا الشخص دفع الاعتداء على النفس أو المال بأى وسيلة أخرى مشروعة كالاستعانة برجال الشرطة او غيرهم .

٤ – يجب الا يجاوز الشخص فى دفاعه القدر اللازم لدفع الاعتداء . فاذا هو جاوز ذلك اعتبر مخطئا . ولكن نظراً لوقوع خطأ من جانب المعتدى ايضا . فاننا نكون بصدد خطأ مشترك من الجانبين ولذلك فانه يحكم بتعويض عادل يراعى فيه توزيع الضرر على عاتق الطرفين معاً . وسندرس أحكام الخطأ المشترك فيما بعد .

٢ – حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس : تنص المادة ١٦٧ مدنى على انه « 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 مبنيا على أسباب معقولة . وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة » . ويشترط لانطباق هذا النص عدة شروط هى :

١ – أن يكون مرتكب العمل موظفاً عمومياً .

٢ – أن يكون قد قام بهذا العمل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيسه . وأن تكون طاعة هذا الأمر واجبة . وهى لا تكون كذلك إلا إذا كان العمل مشروعا . أو أن يكون العمل غير مشروع – وهنا يظهر وجه الاستثناء فى الحكم الذى ندرسه – ومع ذلك يعتقد الموظف بأنه مشروع ويكون اعتقاده قائما على أسباب معقولة ، وليس على مجرد الظن .

٣ – يثبت الموظف أنه قام بالعمل وراعى فيه جانب الحيطة . والمعيار فى ذلك هو سلوك الموظف المعتاد فى مثل موقفه .

فاذا توافرت هذه الشروط لم يكن المرءوس مسئولا عن العمل غير المشروع . وإن جازت مساءلة الرئيس عنه متى توافرت شروط المسئولية الأخرى

ويأخذ نفس الحكم أيضا أن يقوم الموظف بالعمل تنفيذا لأمر القانون دون حاجة إلى أن يكون الأمر قد صدر إليه من رئيسه ، إذا كان يعتقد أن القانون يفرض عليه القيام بهذا العمل وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة وراعى جانب الحيطة والحرص فى قيامه به .

٣ — حالة الضرورة : تنص المادة ١٦٨ مدنى على أن « من سبب ضررا للغير لتفادى ضرراً أكبر ، محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً » . ويشترط لانطباق هذا النص ما يأتى :

١ — أن يكون هناك خطر محدق بنفس محدث الضرر أو بماله أو بنفس شخص عزيز عليه أو بماله .

٢ — أن يكون مصدر هذا الخطر سبب أجنبى كفعل الطبيعة أو فعل الغير ، أما إذا كان سبب الخطر هو فعل محدث الضرر نفسه فانه يكون مسئولا مسئولية كاملة . كمن يشعل حريقا فى بيته ثم يتلف منقولات الغير لاطفاء هذا الحريق . وإذا كان سبب هذا الخطر هو نفس الشخص الذى وقع عليه الضرر فان المتسبب فى الضرر يكون فى حالة دفاع شرعى ولا يلزم بأى تعويض .

٣ — أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذى أصاب الغير ، فاذا كان أقل منه أو مساو له ، فلا تقوم حالة الضرورة ويلتزم من تسبب فى الضرر بتعويضه تعويضا كاملا . أما إذا قامت حالة الضرورة بهذا المعنى فانه لا يعفى من التعويض إطلاقا ، بل يحكم عليه بتعويض عادل يقوم القاضى بتقديره :

والغالب أن القاضى يخرج فى حالة الضرورة إذا توافرت شروطها من نطاق المسئولية التقصيرية ، إلى نطاق الاثراء بلا سبب فيقدر التعويض العادل على أساس الضرر الذى أصاب أحد الطرفين وهذا هو الافتقار ، والاثراء

الذي حاد على الشخص الآخر وهي الفائدة التي يحصل عليها من دفع هذا الضرر . ويكون التعويض هو أقل هاتين القيمتين ، الإثراء أو الافتقار على ما سنلاحظه فيما بعد . على أنه قد لا تتوافر شروط الإثراء بلا سبب إذا لم يترتب على دفع الضرر الكبير أي إثراء لمن كان مهددا به ، فيكون تقدير التعويض على أساس فكرة العدالة ذاتها مجردة عن أية وسيلة من وسائل الصياغة الفنية للقانون (مسئولية تقصيرية ، الإثراء بلا سبب .. الخ) .

§ ٢ — العنصر المعنوي في الخطأ — الإدراك

١٧٠ — مسئولية عديم التمييز .

المسئولية مناطها الإدراك والتمييز . فلا مسئولية لعديم التمييز ، أيا كان نوع هذه المسئولية جنائية أو مدنية . وقد تقررت هذه القاعدة منذ أيام القانون الروماني وانتقلت منه إلى القوانين الحديثة .

وانعدام التمييز هو عنصر ذاتي في شخص مرتكب الفعل . وكان المفروض طبقاً للمعيار الموضوعي في تقدير الانحراف ألا يعتد بهذا العنصر الذاتي . وقد سبق أن رأينا أن الأصل هو قياس الخطأ بمعيار موضوعي مجرد لا تراعى فيه الظروف الخاصة لمرتكب الفعل . ومع ذلك فتخفيفا من آثار المعيار الموضوعي المجرد ، وإحتفاظا للمسئولية بدورها الأدبي في حياة الأفراد والمجتمع . فإن القوانين كلها تقيم المسئولية على التمييز باعتباره عنصرا معنويا يضاف إلى العنصر المادي وهو الانحراف في تكوين ركن الخطأ في المسئولية . فالإدراك هو قوام الخطأ ، والخطأ هو قوام المسئولية .

على أنه إذا كانت فكرة الخطأ ذاتها قد تعرضت للهجوم من أنصار نظرية تحمل التبعة . وهي التي تذهب إلى إقامة المسئولية على أساس الضرر وحده دون اعتداد بالخطأ ، فإن هجوم هذه النظرية كان موجها كذلك إلى ربط المسئولية بالتمييز . على أساس أنه لا ذنب للمضرور في أن يكون

مرتكب الفعل عديم التمييز ، حتى نحرمه من التعويض عن الضرر الذى أصابه . وعديم التمييز إذا كان غير قادر على إدراك وجه الخطأ فى تصرفه ، إلا أنه قد يكون قادرا على تعويض الضرر من الأموال التى يملكها . وقد يكون عديم التمييز ثريا بينما يكون المضرور فقيرا . وقد أثرت هذه الحجة فى موقف بعض القوانين الحديثة . حتى أننا نرى المشرع المصرى وإن كان يعتبر أن المسئولية تقوم بحسب الأصل على الادراك والتمييز ، إلا أنه فتح الباب أيضا لمساءلة عديم التمييز إذا توافرت شروط معينة على أساس تحمل التبعة ومراعاة لاعتبارات العدل .

وفى هذا المعنى تقرر اللائحة ١٦٤ ملحق ٥ (١) يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو تميز . (٢) ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه . أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » . وطبقاً لهذا النص فإن الشخص إذا كان عديم التمييز وقت ارتكاب الفعل لا يكون مسئولا عن تعويض الضرر الناشىء عنه بحسب الأصل . وعديم التمييز هو الصبى الذى لم يبلغ السابعة . والمجنون . والمعتوه عتها كاملا . ولا يشترط أن تكون حالة انعدام التمييز مستمرة . بل قد تكون وقتية ناتجة عن السكر أو التنويم المغناطيسى أو المخدرات أو الصرع . . الخ . ولا تقوم المسئولية حتى ولو كان عديم التمييز هو الذى ساهم بإرادته فى الوصول إلى هذه الحالة وهذه هى حالة السكير أو مدمن المخدرات .

على أنه إذا كانت المسئولية لا تقوم بحسب الأصل بالنسبة لعديم التمييز . إلا أن يجوز الحكم عليه بالتعويض على أساس آخر هو تحمل التبعة . بشرط أن يتعذر الحصول على التعويض من شخص آخر . إذ الغالب أن يكون عديم التمييز فى رعاية شخص آخر يكون مسئولا عن أعماله . فإذا

لم يكن هناك شخص مسئول عن عديم التمييز ؛ أو وجد هذا الشخص ومع ذلك فان مسئوليته لم تتحقق إذا قام بنفى الخطأ فى رقابة عديم التمييز ورعايته ؛ أو لم ينفى عن نفسه الخطأ ؛ ومع ذلك فلم يجدى الرجوع عليه بسبب إعساره . فانه يجوز فى هذه الحالة الحكم على عديم التمييز المتسبب فى الضرر بتعويض عادل يراعى فيه الظروف الخاصة لكل من الطرفين . فاذا كان عديم التمييز ثريا وكان الطرف الآخر فقيرا فان القاضى يحكم غالبا بتعويض كامل عن الضرر . أما إذا كان عديم التمييز ميسورا فى غير ثراء وكان الطرف الآخر فى نفس الوضع أيضا ؛ فان القاضى يحكم بتعويض جزئى عن الضرر . أما إذا كان عديم التمييز فقيرا معدما ، بينما المضرور ثريا أو ميسورا فان القاضى لا يلزم عديم التمييز بأى تعويض .

١٧١ - مسئولية الشخص المعنوى .

الشخص المعنوى ليس له إدراك أو تمييز ؛ ومع ذلك فهو يباشر نشاطه عن طريق ممثليه من الأشخاص الطبيعيين وهؤلاء يتوافر لهم الادراك والتمييز . فاذا وقع الانحراف من أتباع الشخص المعنوى كالطبيب الحكومى الذى يهمل فى علاج مريض باحدى المستشفيات الحكومية . أو سائق القطار الذى يدهس شخصا ، فان هذا التابع يكون مسئولا بصفة شخصية ويشترط فيه الادراك والتمييز ؛ وتكون الدولة أو مصلحة الـ ة مسئولة عنه بصفة تبعية ؛ وهى مسئوليةالمتبوع عن أعمال التابع الـ سنتعرض لها فيما بعد .

أما إذا لم يقع الانحراف من أتباع الشخص المعنوى كما فى المثلين السابق ذكرهما . بل وقع من الهيئة المسيطرة على الشخص المعنوى . كمجلس الإدارة مثلا فى شركة من الشركات ، فانه لابد من نسبة الانحراف إلى الشخص المعنوى ذاته . وهو لا يتصور منه الادراك . ولذلك يجب القول بأنه فى مسئولية الشخص المعنوى عن اعماله الشخصية يكفى العنصر المادى فى الخطأ وهو الانحراف دون اشتراط العنصر المعنوى وهو الإدراك .

الفرع الثالث

تطبيقات لفكرة الخطأ

الخطأ قد يتحقق بفعل إيجابي أو فعل سلبي . وقد يتحقق بفعل عمد او غير عمد . وقد يتحقق أثناء النقل أومباشرة مهنة أوعمل .وقد يتحقق ن صورة اعتداء على الشرف أو السمعة ، أو فى صورة فسخ للخطبة . وقد يتحقق أثناء مباشرة حق من الحقوق وهو ما يسمي بالتعسف فى استعمال لحق . وندرس كل هذه الأنواع فيما يلي :

١٧٢ – الخطأ بفعل إيجابي أو فعل سلبي .

لا يثور شك فى أن الفعل الإيجابي إذا انطبق عليه معيار الانحراف عن سلك الرجل المعتاد . فانه يعتبر خطأ على النحو السابق دراسته . ولكن التساؤل يثور أحيانا عما إذا كان الخطأ يتحقق كذلك بفعل سلبي . أى بمجرد الامتناع عن عمل معين . أو بعدم اتخاذ حيطة معينة . ومن المتفق عليه فى الواقع أن الفعل السلبي قد يكون انحرافا . يتحقق فيه معنى الخطأ كالفعل الإيجابي تماما . ويبسط مثل على ذلك الاهمال الذى يصدر من الشخص وهو يباشر أى نوع من أنواع النشاط . كراكب الدراجة يهمل فى وضع إضاءة بها وهو يسير بها ليلا . وقائد السيارة يهمل فى الابطاء عند مفترق الطرق . ومصلحة السكك الحديدية إذا أهملت فى وضع اشارات للخطر عند تقاطع خطوط السكك الحديدية مع طريق آخر . وهذه الأمثلة وغيرها تسمى بالامتناع أثناء الفعل . وهى تطبيق لفكرة الاهمال . والمعروف أن الاهمال هو صورة معبرة عن صور الخطأ .

غير أن الامتناع قد يأخذ شكلا آخر هو الامتناع المحض أو الامتناع البسيط . وهو الذى لا يتصل بأى نشاط يقوم به الشخص . فلا يؤخذ على

الشخص أنه لم يتخذ احتياطا معينا أثناء مباشرته نشاطا معينا ؛ ولكن يؤخذ على أنه لم يتحرك أصلا لمنع حدث لم يساهم هو فى وجوده ، كمن يمتنع عن إغاثة شخص آخر فى خطر يهدده ، دون أن يكون هو المتسبب فى هذا الخطر .

ورغم أن الجدل قد ثار حول هذا النوع الثانى من أنواع الامتناع ؛ إلا أنه من المتفق عليه الآن ، أن الامتناع ولو كان بسيطا يعتبر خطأ موجبا للمسئولية ؛ إذا اعتبر انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها الشخص الممتنع . والواقع أنه لا أهمية لكون الفعل إيجابى أو سلبى فى تقدير الخطأ ، ولكن المهم هو معرفة ما إذا كان الفعل يعتبر انحرافا أو لا يعتبر كذلك . وفكرة الانحراف كما تتحقق فى الفعل الإيجابى قد تتحقق فى الفعل السلبى كذلك .

١٧٣ - الخطأ بفعل عمد أو غير عمد .

كما يتحقق الخطأ بفعل عمد وهو ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) فهو يتحقق كذلك بفعل غير عمد وهو ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (quasi délit civil)

والقانون الجنائى يقيم أهمية كبيرة على التفرقة بين الفعل العمد والفعل غير العمد . فيوقع على الجريمة العمدية عقوبة أشد بكثير من تلك التى يوقعها على الجريمة غير العمدية .

أما القانون المدنى فلا يعطى هذه الأهمية للتفرقة بين خطأ عمد أو خطأ غير عمد . لأن الغاية من المسئولية المدنية هى التعويض عن الضرر . والتعويض ينبغى أن يكون بقدر الضرر بغض النظر عما إذا كان السبب فى هذا الضرر هو خطأ متعمد أو غير متعمد . وإذا كان القاضى من الناحية العملية قد يكون أكثر تشددا مع المتسبب فى الضرر بفعل عمد . وأكثر كرما فى

تقدير التعويض لمصلحة المضرور عن هذا الضرر ، إلا أن هذا الاتجاه العملى لا يصلح أن يكون أساساً لمبدأ قانونى .

ومع ذلك فقد تكون للتفرقة بين الخطأ العمد وغير العمد بعض الاثار القانونية فى نطاق المسئولية المدنية . كما يتضح من القانون بشأن اصابات العمل : الذى يقرر للعامل تعويضا معينا بالنسبة لكل اصابة معينة ، ويمنعه فى نفس الوقت من الرجوع على رب العمل على أساس أى قانون آخر ، إلا إذا كان الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من رب العمل ، والخطأ الجسيم صورة من صور الخطأ العمد . ونفس القانون يسمح لرب العمل أن يدفع المسئولية عن نفسه ، إذا هو أثبت أن الاصابة حدثت بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل .

١٧٤ — حوادث النقل والعمل والأخطاء الفنية فى مزاولة المهنة .

١ — من صور الخطأ الكثيرة الوقوع فى الحياة اليومية . الحوادث الناشئة عن وسائل النقل كالسيارات والقطارات ، ويلاحظ أنه إذا أصاب الحادث راكب السيارة أو راكب القطار بمقتضى عقد نقل . فان المسئولية عن الحادث تكون عقدية وليست تقصيرية . أما إذا كان الشخص قد ركب سيارة مثلا بدون مقابل وبناء على دعوة له بالركوب فيها . فان المسئولية عن الحادث تكون تقصيرية وليست عقدية إذ لا يوجد عقد بين سائق السيارة وراكبها . على أن أكثر حوادث النقل هى ما تقع على المارة فى الطرقات العامة . كأن يرجع الحادث إلى مخالفة قواعد المرور . كعدم الاضاءة ليلا . أو الزيادة فى السرعة أو عدم مراعاة الأولوية عند تقاطع الطرق ، أو السير على اليسار ، أو التحرك بالسيارة فجأة دون مراعاة السيارات القادمة فى نفس الطريق . . . الخ . وكما تقع الحوادث من السيارات فهى تقع من القطارات وكل وسائل النقل الأخرى .

ويلاحظ أن المسئولية فى هذه الحالة هى مسئولية عن حراسة آلات ميكانيكية ، وهى لا تقوم على الخطأ الواجب الاثبات ، بل على الخطأ المفترض ، ولاتنتفى المسئولية فيها إلا باثبات السبب الأجنبى على ما سندرسه فيما بعد .

٢ — ومن أهم الحوادث كذلك حوادث العمل وما ينتج عنها من اصابات للعمال . وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ والقوانين التى حلت محله ، كانت المحاكم تخضع مسئولية رب العمل لقواعد المسئولية التقصيرية من حيث اشتراط اثبات الخطأ فى جانبه . ولكن بحسب قانون العمل فان العامل يستحق التعويض دون حاجة إلى اثبات خطأ رب العمل . ومبلغ التعويض مقدر بطريقة جزافية عن كل اصابة من اصابات العمل . ولا يجوز للعامل أن يرجع بالتعويض الكامل على رب العمل طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية الا إذا أثبت الخطأ الجسيم من جانبه ، كما أن لرب العمل أن يتخلص من المسئولية إذا هو أثبت الخطأ الجسيم فى جانب العامل . وقد سبق ذكر ذلك .

٣ — ومن أهم صور الخطأ أيضا ، ما يقع فى مباشرة المهن الفنية ، كمهنة الطبيب أو المحامى أو المهندس أو الصيدلى . فالطبيب قد يخطىء فى العلاج . والمحامى قد يهمل فى الدفاع عن حقوق موكله ، والمهندس قد يخطىء فى وضع تصميم لبناء ، والصيدلى قد يخطىء فى تركيب دواء ، فيترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الشخص الذى يتعامل مع أى واحد من هؤلاء الفنيين . والغالب أن المسئولية عن الأخطاء الفنية ، تكون مسئولية عقدية نتيجة لوجود عقد بين من يزاول المهنة وبين من يتعامل معه . ولكن نظراً لأنه حتى ولو كانت المسئولية عقدية ، فان الالتزام الذى ينشأ عن العقد يكون غالبا التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ، فان معيار الخطأ

يكون واحدا سواء اعتبرنا المسئولية عقدية أو تقصيرية ، إذ يتحقق الخطأ بعدم بذل العناية التى كان يبذلها الشخص المعتاد من أرباب هذه المهنة . ورجل المهنة يسأل عن خطئه ولو كان يسيرا أو تافها . ومعيار الخطأ هو معيار الشخص المعتاد فى نفس المهنة . فاذا كان القاضى فى سبيل تقدير خطأ طبيب فى علاج مريض ، فهو يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من طائفته ويراعى ما إذا كان الطبيب المذكور طبيبا عاما أم طبيبا متخصصا ، أم أستاذا فى الطب

١٧٥ - الاعتداء على الشرف والسمعة

من صور الخطأ المعروفة الاعتداء على السمعة والشرف ، سواء حدث ذلك بسوء نية ، أو بطريق التسرع والرعونة مما يصدر عن الرجل المعتاد .

والاعتداء على الشرف والسمعة ، يكون بالسب أو القذف بأى وسيلة من الوسائل ، كالنشر فى الصحف ، أو أثناء المرافعة فى احدى القضايا ، أو عن طريق بلاغ كاذب . . . الخ .

على أنه إذا كان يؤخذ بمعيار الرجل العادى فى تقدير الخطأ فى مثل هذه الحالات فالغالب أن تنتفى صفة الخطأ عن النشر فى الصحف إذا حدث ذلك أثناء حملة انتخابية أو معركة سياسية ، أو بقصد كشف الفساد فى قطاع من القطاعات توطئة لتطهيره . مراعاة لحرية الصحافة وتحقيقاً للمصلحة العامة . وكذلك قد يكون فى استعمال الحق فى الدفاع على الوجه الأكمل ما ينفى صفة الخطأ عن فعل يعتبر كذلك لو وقع فى ظرف آخر غير ظرف الدفاع وكذلك فان البلاغ الكاذب لا يرتب المسئولية إذا توافرت لدى مقدم البلاغ معلومات تجعل الرجل المعتاد يعتقد أن هناك جريمة قد وقعت بالفعل من شخص معين بالذات هو موضوع الاتهام فى البلاغ الكاذب .

ومعيار الخطأ فى كل الأمثلة السابقة هو دائماً الانحراف عن مسلك الرجل المعتاد إذا وجد فى نفس الظروف الخارجية التى وجد فيها المتسبب فى الضرر .

١٧٥ - فسخ الخطبة .

من المقرر فى القضاء المصرى أن الخطبة ليست عقدا وأن فسخها لا تترتب عليه المسئولية العقدية لمن عدل عنها . ومن المقرر كذلك أن مجرد فسخ الخطبة لا يعتبر فى ذاته خطأ تقصيريا يوجب الحكم بالتعويض للطرف الآخر . ذلك أن الخطبة فترة تعارف واختبار بين الخطيبين وينبغى أن يحافظ القانون على حرية كل خاطب فى اتمام الزواج أو عدم إتمامه محافظة منه على حرية الزواج ذاتها . ومع ذلك فان القضاء المصرى يقرر أنه إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى خاطئة فى ذاتها ومستقلة عن العدول استقلالا تاما ونتج عنها ضرر للطرف الآخر ، جاز الحكم بالتعويض عن هذه الأفعال على أساس المسئولية التقصيرية .

١٧٦ - التعسف فى استعمال الحق :

نظراً لأهمية التعسف فى استعمال الحق كصورة من صور الخطأ ، فاننا ندرسه بشىء من التفصيل فنبين أولا الفرق بين التعسف فى استعمال الحق وبين الخروج عن الحق . ثم نشير إلى التطور التاريخى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، وأهم تطبيقاتها فى القانون المصرى الحديث .

أ - التعسف فى استعمال الحق والخروج عن الحق

النشاط المشروع الذى يصدر عن الإنسان فى المجتمع يكون إما مباشرة لحق من حقوقه أو رخصة من الرخص التى أعطاها القانون لكل فرد من الأفراد . والحق هو استئثار بقيمة من القيم استئثارا يحميه القانون ، كحق الملكية مثلا . أما الرخصة فهى مكنه يعطيها القانون لكل فرد مثال ذلك الكلام والسير فى الطريق والنشر ، والتقاضى ، والتملك . . الخ . فكل

إنسان فى المجتمع يستطيع تملك أى مال جائز التعامل فيه إذا لجأ إلى سبب من الأسباب المكسبة للملكية ؛ فاذا هو أصبح مالكا بالفعل انتقل من مرحلة الرخصة إلى مرحلة الحق . فالتملك رخصة أما الملكية فهى حق .

ومن المتفق عليه أنه إذا خرج الانسان عن حدود حقه . أو انحرف فى استعمال رخصة من الرخص التى أعطاها له القانون . فانه يكون قد أخطأ فى تصرفه . وكل الصور التى ذكرناها للخطأ فيما سبق كانت إما خروجا عن حدود حق من الحقوق . أو انحرافا فى استعمال رخصة من الرخص .

ولكن هل يتحقق الخطأ إذا لم يخرج الشخص عن حدود حقه ؛ ولكنه تعسف فى استعمال هذا الحق ؟ ذهب فريق من الفقه الفرنسى وعلى رأسه بلانيول إلى أن هذا التساؤل فى غير محله . وأن اصطلاح التعسف فى استعمال الحق غير مقبول من الناحية اللغوية . لأن كل تعسف فى استعمال الحق هو فى الواقع خروج عن الحق . فالحق ينتهى عندما يبدأ التعسف . ولا يمكن أن يكون هناك تعسف فى استعمال حق ما . لسبب لا يقبل الشك وهو أن العمل الواحد لا يتصور أن يكون فى وقت واحد متفق مع القانون ومخالف له . ولكن الاتجاه السائد فى الفقه الحديث يرفض هذا المنطق اللغوى . ويفرق بوضوح بين الخروج عن الحق وبين التعسف فى استعمال الحق . ويجعل كلا منهما صورة من صور الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية . فالخروج عن الحق هو خروج عن حدود الحق وتجاوز لسلطاته . أما التعسف فى استعمال الحق ؛ فهو انحراف مباشرة سلطة من السلطات الداخلة فى حدود الحق . فالشخص الذى يقيم بناء على أرضه فيجاوز هذه ويبنى على جزء من أرض جاره ؛ إنما يخرج عن حدود حقه . بينما الشخص الذى يقيم حائطا مرتفعا على أرضه بقصد حجب النور والهواء عن جاره اضرارا به . لا يخرج عن حدود حقه . ولكنه يتعسف فى استعمال هذا الحق .

فالتفرقة واضحة إذن بين التعسف فى استعمال الحق والخروج عن الحق ، وكل منهما يعتبر انحرافا عن مسلك الشخص المعتاد طبقاً للمعيار الموضوعى فى تقدير الخطأ .

ب — التطور التاريخى لنظرية التعسف فى استعمال الحق .

عرف القانون الرومانى نظرية التعسف فى استعمال الحق فى بعض التطبيقات المختلفة ، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسى القديم . وعرفتها أيضاً الشريعة الإسلامية فى الكثير من أحكامها .

غير أن المذهب الفردى الذى ساد فى القرن التاسع عشر ، والذى وضع فى ظله القانون المدنى الفرنسى ، كان يقول باطلاق فكرة الحق بحيث يصعب تصور فرض رقابة على مباشرته . ولهذا فان النظرية قد احتجبت بعض الشىء فى الفترة التى ساد فيها هذا المذهب . ولكنها ما لبثت أن ظهرت مرة أخرى فى فرنسا فى النصف الإخير من القرن الماضى ، وكان الفضل فى بعثها إلى الحياة راجع إلى القضاء الفرنسى . ثم ناصره فى ذلك الفقه الفرنسى ، الذى صاغ منها فى نهاية القرن الماضى وبداية هذا القرن نظرية من أهم نظريات القانون . وبالرغم من الجدل اللفظى الذى أثارته هذه النظرية وبخاصة الانتقاد الذى وجهه لها بلانيول . فانه لا يجادل أحد فى الوقت الحاضر فى صحة الأساس الذى تقوم عليه هذه النظرية ، ولا الأهمية البالغة للاعتراف بها ضمن مبادىء القانون الراسخة .

وقد استقبل المشرع المصرى نظرية التعسف فى استعمال الحق . أحسن استقبال ، إذ أنه نص على أحكامها فى الباب التمهيدى للقانون المدنى . أى ضمن المبادىء الأساسية لهذا القانون ، وهو إذ أبرز بذلك أهميتها ، إلا أنه لم يقصد أن يخرج هذه النظرية عن دائرتها الأصلية ، وهى دائرة المسئولية التقصيرية . فالتعسف فى استعمال الحق ، لا يعدو أن يكون صورة من صور الخطأ ، الذى يستحق عنه التعويض طبقاً لمبادىء المسئولية عن

العمل غير المشروع . فهذا هو أساس النظرية الذى لم يشأ المشرع أن يعدل عنه بأى حال .

ح - موقف المشرع المصرى من نظرية التعسف فى استعمال الحق .

ذكرنا أن المشرع المصرى قد استقبل نظرية التعسف فى استعمال الحق . وقد جاء ذلك فى نص المادة ٥ من القانون المدنى ، وهو الذى يقرر « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ح) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة » . وقد وضع المشرع بهذا النص ثلاثة معايير للتعسف فى استعمال الحق .

والمعيار الأول هو أن يكون استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير . وهذا المعيار فيما يبدو من صياغته معيارا ذاتيا إذ أنه يتعلق بالقصد والنية . ومع ذلك فان تطبيق هذا المعيار يقتضى الاستعانة بمعيار موضوعى هو مسلك الرجل المعتاد فى مثل هذا الموقف . إذ أن مجرد نية الاضرار أى الاضرار العمد لا يكفى بذاته للقول بوجود انحراف فى السلوك . فالشخص قد يستعمل حقه ويتعمد الاضرار بغيره ، ومع ذلك لا يعتبر منحرفا إذا كان استعمال حقه على هذا النحو يحقق له هو نفعاً كبيرا يفوق بكثير الضرر الذى سيصيب الغير . فان الشخص المعتاد فى مثل موقفه كان سيستعمل حقه على هذا النحو أيضا . أما إذا انطوى استعمال الحق على قصد الاضرار بالغير ، دون أن يقترن ذلك بتحقيق أية مصلحة لصاحب الحق ، أو بتحقيق مصلحة ثانوية أو تحققت مصلحة له بطريقة عرضية غير مقصودة ، فانه يكون متعسفا فى استعمال حقه طبقاً لمسلك الشخص المعتاد فى مثل هذه الظروف .

فالشخص الذى يزرع أشجارا على حدود أرضه بقصد الاضرار بجاره

وحجب النور والهواء عنه يعتبر متعسفاً ولو أدت هذه الأشجار إلى فائدة عرضية لأرضه .

والمعيار الثانى من معايير التعسف هو معيار موضوعى بحت وهو أن تكون المصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البته مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والشخص المعتاد لا يستعمل حقه تحقيقاً لمصالح تافهة إذا كان يترتب على ذلك ضرر كبير لشخص آخر . واستعمال الحق على هذا النحو لا يصدر إلا عن شخص مستهتر بالآخرين ؛ أو من شخص يقصد الاضرار بغيره ويتحمل مصلحة تافهة هى أقرب إلى المصلحة الوهمية التى لا وجود لها . ليبرر استعماله لحقه على هذا النحو . وفى الحالتين فانه ينبو بتصرفه عن مسلك الرجل المعتاد .

والصورة الثالثة من صور التعسف فى استعمال الحق ، هى أن يستعمل الحق بقصد تحقيق غرض غير مشروع . والأغراض غير المشروعة تجعل التصرفات المؤدية إليها غير مشروعة أيضا ولو كانت استعمالا لحق من الحقوق . ومن الأمثلة على ذلك أن يستعمل رب العمل حقه فى فصل أحد العمال لمجرد أنه مباشر نشاطا نقابياً . أو يضع مالك لأرض مجاورة لمطار من المطارات ، أسلاكاً شائكة على حدود أرضه ليجبر شركة الطيران التى تستخدم هذا المطار على شراء أرضه بثمن مرتفع . والمعيار فى هذه الصورة الثالثة هو أيضا معيار موضوعى . لأن الشخص المعتاد لا يستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع .

د - تطبيقات مختلفة للتعسف فى استعمال الحق .

بجانب النص على المبدأ العام فى التعسف فى استعمال الحق فى المادة ٥ من التقنين المدنى . فان المشرع أورد فى نفس التقنين نصوصا أخرى بصدد تطبيقات خاصة لهذا المبدأ . ونذكر منها على سبيل المثال ما يأتى :

تنص المادة ١/٤١٠ مدنى (م ١١٤ من قانون الاثبات) على أنه « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ؛ على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها » . والجزاء على التعسف فى هذا المثال ـ ليس هو التعويض عن الضرر . ولكنه منع الضرر قبل وقوعه .

وتنص المادة ٦٩٥ مدنى وهى واردة فى عقد العمل على أنه « إذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين . كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً » . والجزاء على التعسف فى هذا النص هو التعويض النقدى .

وتنص المادة ٦٩٦ على تطبيق آخر للتعسف فى فصل العامل من عمله . ولو كان العامل هو الذى ترك العمل إذا كان رب العمل هو الذى دفعه إلى ذلك بمعاملته الجائرة أو مخالفته لشروط العقد .

وتنص المادة ٢/٨١٨ مدنى على أنه « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى . إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . والجزاء على مخالفة هذا الحكم يكون إما بمنع المالك من هدم الحائط ، أو باعادة بناء الحائط بعد هدمه .

وتنص المادة ١٠٢٩ مدنى على أنه « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق . أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البته مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . فاذا طالب صاحب حق الارتفاق ببقاء حقه فى هذه الحالة فانه يكون متعسفاً ويكون الجزاء على هذا هو أن يحكم القاضى بتحرر العقار المرتفق به من هذا الارتفاق كله أو بعضه .

وغير الأمثلة التى ورد بشأنها نص فى التشريع ، فان للتعسف فى استعمال

الحق تطبيقات أخرى كثيرة عرضت أمام القضاء المصرى ، ولعل أهمها هو التعسف فى استعمال حق الملكية . وقد سبق أن ضربنا لذلك مثال الشخص الذى يبنى حائطا مرتفعا أو يزرع أشجارا مرتفعة على حدود أرضه بقصد حجب الضوء والهواء عن جاره دون تحقيق أية منفعة له أو تحقيقاً لمصلحة تافهة لا تناسب الضرر الذى يصيب الجار من ذلك . أما إذا كان المالك قد أقام الحائط ليستتر من الجار الذى يطل على مسكنه أو على حديقته ، فلا يعتبر متعسفاً ، ولا يكون فى سلوكه هذا انحراف عن مسلك الرجل المعتـاد .

المطلب الثانى

الضـــرر

الضرر إما أن يكون ضررا ماديا أو ضررا أدبيا . والضرر المادى هو ما يصيب الشخص فى جسمه أو فى ماله . أما الضرر الأدبى فهو ما يصيب الشخص فى شعوره نتيجة لمساس بعاطفته أو كرامته أو شرفه أو سمعته ، أو غير ذلك من الأمور المعنوية التى يحرص عليها الإنسان فى حياته .

١٧٧ – الضرر المادى .

يشترط لتحقق الضرر المادى أن يحدث مساس بشىء ذى قيمة مالية . وأن يكون ذلك محققاً .

١ – والمساس بقيمة مالية للمضرور قد يأتى من المساس بسلامة جسمه ، فأى اعتداء على حياة الشخص ، أو اصابته بجرح تترتب عليه خسارة مالية لهذا الشخص . ويتمثل ذلك إما فى نفقات العلاج . أو فى اضعاف القدرة على الكسب أو انعدام هذه القدرة أصلا .

والضرر المادى يتحقق كذلك بالاعتداء على أى حق من الحقوق المالية كحق الملكية مثلا . فمن أحرق منزل غيره أو زراعته أو أتلف منقولات مملوكة له يصيبه بضرر ذى قيمة مالية .

ولايشترط لتحقق الضرر المادى أن يكون هناك مساس بحق من الحقوق ؛ بل يكفى لتحقق ذلك أن يكون هناك مساس بمصلحة مشروعة لشخص من الأشخاص . فمن تسبب بخطئه فى وفاة غيره ، فانه يسبب ضررا ماديا للأشخاص الذين كان يعولهم المصاب ، ولو لم يكن لهؤلاء حق نفقة عليه . بل كان يعولهم فقط دون اى التزام من جانبه . والنفقة التى كان يحصل عليها هؤلاء الأشخاص هى مصلحة مالية ، لم تصل إلى درجة الحق ، ومع ذلك فان المساس بها يؤدى إلى تحقق الضرر المادى كركن من أركان المسئولية. ويشترط بطبيعة الحال أن تكون هذه المصلحة مشروعة . أما إذا كانت غير مشروعة كمصلحة العشيقة التى كان يعولها المصاب ، فانه لا يعتد بها . ولا يجوز للعشيقة أن تطالب بالتعويض على أساسها .

٢ — ويشترط لتحقق الضرر المادى أن يكون هذا الضرر محققاً . وهو يكون كذلك إذا كان قد وقع فعلا وهذا هو الضرر الحال أو أن يكون ضررا مستقبلا ولكنه محقق الوقوع .

ومن الأمثلة على الضرر الحال الذى وقع فعلا هو ما سبق ذكره من احداث الوفاة أو الاصابة أو الحريق أو الإتلاف . . . الخ .

ومن الأمثلة على الضرر المستقبل المحقق الوقوع هو ان يصاب شخص فى حادث وتكون الاصابة محققة . ولكن لا تعرف بالضبط نتائجها المستقبلة . وهل سيترتب عليها عجز كلى أو جزئى عن العمل . وهل سيترتب عليه بتر الساق أو عدم بترها . وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يحكم بالتعويض عن الضرر الذى تحقق بالفعل وأن يعطى للمضرور فرصة مدة يرجع بعدها لتقدير الضرر فى صورته النهائية . وفى هذا تنص المادة ١٧٠ مدنى

« يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير » .

أما إذا كان الضرر مستقبلا غير محقق الوقوع ، وهو الضرر المحتمل ، فهو لا يستحق عنه أى تعويض مادام لم يتحقق فعلا . فاذا تحقق فى المستقبل جاز المطالبة بالتعويض على أساسه . مثال ذلك الإتلاف الذى يحدثه شخص فى منزل شخص آخر ، فالاتلاف ضرر محقق ، ولكن ما قد يترتب عليه من انهدام المنزل فهو ضرر محتمل لا يستحق عنه التعويض إلا إذا انهدم المنزل فعلا فى المستقبل .

وتجب التفرقة بين الضرر المحتمل وبين فوات الفرصة . فهذه يترتب عليها ضرر حال وليس ضرر محتمل فقط . مثال ذلك أن يتسبب شخص فى فوات مدة الطعن بالاستئناف فى حكم من الأحكام . أو أن يتسبب شخص فى فوات فرصة الدخول إلى الامتحان على طالب . وبطبيعة الحال فان نتيجة الطعن بالاستئناف الذى فاتت مدة طعنه . أو نتيجة الامتحان التى فاتت فرصة التقدم إليه ، ليست مضمونة ، ومع ذلك فان مجرد فوات الفرصة فى هذا يترتب عليه ضرر يمكن تقديره على أساس ظروف الطعن أو ظروف الامتحان .

والقضاء المصرى يجرى على مبدأ التعويض عن فوات الفرصة متى كانت فرصة حقيقية وجدية .

١٧٨ - الضرر الأدبى .

وهو الذى يصيب الشخص فى قيمة غير مالية . ومن الأمثلة على هذا الضرر الذى يصيب الشخص فى جسمه فيسبب له ألما أو جرحا أو تشويها .

فاذا ترتبت على الاصابة أضرار مالية كمصروفات العلاج واضعاف القدرة على الكسب ، فان الضرر يكون ماديا وأدبيا فى نفس الوقت . أما إذا لم تترتب عليه أضرار مادية فانه يكون ضرراً أدبياً فقط . ومن الأمثلة على الضرر الأدبى كذلك الاعتداء على السمعة والشرف بالسب أو القذف أو التشهير أو هتك العرض . ومن الأمثلة على الضرر الأدبى أيضا ايذاء العاطفة والشعور . فالموت يسبب ضررا أدبيا لأقارب المصاب الأقربين كوالديه وأولاده وزوجه . ويترتب مثل هذا الضرر بالنسبة لهؤلا إذا تعلق الأمر باعتداء من نوع آخر كالخطف أو الضرب أو الجرح . . الخ . ومن الأمثلة على الضرر الأدبى أيضا الاعتداء على أى حق من الحقوق ولولم تترتب عليه ضرر مادى . كانتهاك حق الملكية باقتحام المنزل أو المتجر أو المصنع ولو لم يترتب على ذلك خسارة مالية .

وقد كان هناك جدل فى فرنسا حول ما إذا كان من الجائز التعويض عن الضرر الأدبى . ولكن هذا الجدل لم يعد قائماً الآن . وقد اتخذ المشرع المصرى موقفاً صريحاً من هـذا إذ ينص فى المادة ٢٢٢ مـدنى على أن « (١) يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا . ولكن لا يجوز فى هذه الحالة ان ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمـام القضاء . (٢) ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

وإذا كان المشرع قد قرر فى هذا النص مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى ، إلا أنه راعى أيضا الصفة الشخصية لهذا الضرر التى يصعب معها تصور انتقاله من المضرور إلى غيره بطريق الميراث . ولذلك قرر أن الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى ينقضى بوفاة المضرور . إلا إذا كان قد تم اتفاق بشأنه بين المخطىء والمضرور ، وفى هذه الحالة فان أثر الاتفاق

يمتد إلى الورثة نتيجة لامتداد أثر العقد إلى الخلف العام على النحو السابق دراسته عند دراسة آثار العقد . وكذلك فان الضرر الأدبى ينتقل الحق فى التعويض عنه بالميراث إلى الورثة إذا كان المضرور قد رفع بشأنه دعوى أمام القضاء ، لأنه برفع هذه الدعوى قد عبر عن إرادته فى عدم التنازل عن التعويض عن هذا الضرر . أما إذا مات دون أن يرفع الدعوى بالمطالبة بالتعويض فان ذلك يحمل على أنه قد تنازل عن الحق فى التعويض ، ونظراً للطبيعة الشخصية لهذا النوع من الضرر ، فلا يجوز للورثة أن يطالبوا بالتعويض عنه ، مع افتراض أن المضرور نفسه قد تنازل عن المطالبة بذلك .

وكذلك فانه بالنسبة لنوع معين من أنواع الضرر الأدبى ، وهو الألم الذى يصيب الآخرين من وفاة المصاب ، فقد قرر المشرع أن هذا الألم لا يمكن أن يصيب إلا أشخاص محددين هم زوج المصاب وأقاربه للدرجة الثانية . ويشمل ذلك الزوج والزوجة والوالدين والجدين والأولاد وأولاد الأولاد . وكذلك الأخوة والأخوات . ولا يشمل غير هؤلاء من أقارب المصاب . ويلاحظ أنه إذا وجد كل هؤلاء فى نفس الوقت فان القاضى لا يحكم بالتعويض لهم جميعاً ، بل يحكم لمن أصابه منهم ألم حقيقى . أما الألم الذى ينتج عن اصابة أخرى أقل من الوفاة ، فانه لا يعوض عنه إلا المصاب نفسه ، وربما يعوض عنه أيضا الوالدين أو الزوج حسب تقدير القاضى وتبعاً لظروف الدعوى .

المطلب الثالث

علاقة السببية مابين الخطأ والضرر

يشترط لقيام المسئولية أن يكون الخطأ هو السبب الذى ترتب عليه الضرر . وهذه هى علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . وهى الركن الثالث من أركان المسئولية التقصيرية . ولا يكفى أن يكون الخطأ هو السبب الذى

ترتب عليه الضرر ، بل يجب أن يكون هو السبب المباشر وكذلك السبب المنتج .

وعلى هذا النحو فان علاقة السببية تنتفى ولا تقوم المسئولية . إذا كان الضرر راجعا إلى سبب أجنبي . أو حتى إذا كان راجعا إلى خطأ لم يكن مع ذلك السبب المباشر أو المنتج لهذا الضرر . وندرس فيما يلى السبب الأجنبى وكذلك فكرة السبب المباشر وفكرة السبب المنتج .

الفرع الأول

السبب الأجنبى

تنص المادة ١٦٥ مدنى 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 ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » . وطبقاً لهذا النص فان السبب الأجنبي الذى يترتب عليه انتفاء المسئولية هو واحد من ثلاثة . القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء . وخطأ المضرور . وخطأ الغير . وندرس فيما يلى كل سبب من هذه الأسباب .

§ ١ – القوة القاهرة والحادث المفاجىء

١٧٩ – عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجىء .

ذهب البعض إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى على أساس أن القوة القاهرة هى مالا يمكن دفعه . أما الحادث الفجائى فهو مالا يمكن توقعه . وهذه التفرقة غير صحيحة لأنه يشترط فى الحادث الذى ينفى علاقة السببية أن يكون مستحيل التوقع ومستحيل الدفع فى نفس الوقت .

وذهب البعض الآخر إلى التفرقة بينهما على أساس أن القوة القاهرة تجعل استحالة التنفيذ مطلقة . اما الحادث الفجائى فهو يجعل استحالة التنفيذ نسبية فقط . وهذه التفرقة غير صحيحة بدورها لأن السبب الأجنبى الذى ينفى المسئولية هو الذى يجعل استحالة التنفيذ مطلقة .

وذهب فريق ثالث إلى أن القوة القاهرة تتعلق بأحداث خارجية كحرب أو زلزال أو عاصفة . أما الحادث الفجائى فيتعلق بأسباب داخلية كاختلال عجلة القيادة أو انفجار اطار السيارة أو غير ذلك . وهذه التفرقة بدورها ليست لها أهمية ولا تقوم على أساس .

والصحيح هو عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى . لا من حيث شروطهما أو آثارهما . ونفس الحادث يعتبر قوة قاهرة إذا نظرنا إليه من حيث عدم امكان دفعه ويعتبر حادثا مفاجئا إذا نظرنا إليه من حيث عدم امكان توقعه .

١٨٠ - شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائى .

حتى يوصف الحادث بأنه قوة قاهرة أو حادث فجائى . يجب أن تتوافر فيه ثلاثة شروط هى :

١ - أن يكون من المستحيل توقعه ، وأن تكون الاستحالة فى هذا الشأن مطلقة لا نسبية . بحيث يستحيل على أى شخص أن يتوقع الحادث مهما كانت درجته من اليقظة . ولا يعنى هذا أن يكون الحادث جديدا فى نوعه بالنسبة للانسان . فمثل هذا الحادث لا وجود له . ولكن يشترط أن يكون الحادث وإن كان معروفا ويقع من وقت لآخر كالحرب والأمراض وغير ذلك . إلا أنه لا يكون متوقعا فى ظروف هذه الحالة بالذات .

٢ - يشترط أن يكون الحادث من المستحيل دفعه . وأن تكون الاستحالة مطلقة وليست نسبية .

٣ – يشترط أخيرا أن يترتب على الحادث أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وأن تكون الاستحالة مطلقة وليست فقط نسبية ، وهذا الشرط الثالث هو الذى يميز فى نطاق المسئولية العقدية ، بين القوة القاهرة ، والظروف الطارئة . فالأولى تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . أما الثانية فتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فحسب .

ومن الأمثلة على القوة القاهرة أو الحادث الفجائى . الحرب وما يترتب عليها من تخريب أو تدمير . وكذلك صدور تشريع أو قرار إدارى وهو ما يسمى بعمل الأمير . أو انتشار مرض أو هبوب عواصف أو حدوث حريق أو اضراب أو سرقة . . الخ . ومن الأمثلة على ذلك أيضا ما يصيب الآلات الميكانيكية من تلف مفاجىء . كانحراف عجلة القيادة . أو انفجار إطار لسيارة . . الخ .

§ ٢ – خطأ المضرور

إذا وقع الضرر نتيجة خطأ المضرور ذاته . فانه تنتفى علاقة السببية بين الخطأ الصادر من شخص آخر وبين هذا الضرر . ولكن يشترط لنفى علاقة السببية على هذا النحو أن يكون خطأ المضرور قد استغرق خطأ الشخص الآخر . أما إذا لم يكن قد استغرقه بل ساهم كل من الخطأين فى احداث الضرر . وهو ما يسمى بالخطأ المشترك . فانه يكون هناك محل للتخفيف عن مسئولية الشخص الآخر دون نفيها اطلاقا . وندرس كل من هذين الفرضين فيما يلى .

١٨١ – استغراق أحد الخطأين للاخر .

إذا حدث الضرر بسبب خطأ من أحد الأشخاص وخطأ من المضرور نفسه . فالعبرة فى تقرير المسئولية . أو نفيها مما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الآخر أم لا . والخطأ قد يستغرق خطأ آخر فى حالة من حالتين :

١ – إذا كان الخطأ عمديا ، فانه يستغرق أى خطأ آخر يكون قد ساهم معه فى إحداث الضرر . وعلى هذا النحو إذا حدث الضرر بسبب خطأ عمدى من المضرور ، كمن يريد أن ينتحر فيلقى نفسه تحت سيارة تسير بسرعة كبيرة ، فان خطأه وهو نية الاضرار بنفسه يستغرق خطأ قائد السيارة الذى يسير بسرعة غير عادية . ولا يجوز له أن يرجع عليه بالتعويض . أما إذا حدث العكس وكان خطأ الشخص الآخر هو الخطأ العمدى ، كمن يريد ان يقتل عدوا له فينتهز فرصة ركوبه لدراجة فى طريق خطر لا يجوز فيه ركوب الدرجات ، ويدهسه بسيارته التى كان يقودها فى هذا الطريق ، فان خطأه هذا يستغرق خطأ المضرور وتكون مسئوليته كاملة .

أما إذا رضى المضرور بالضرر دون أن يريده لنفسه أو يتعمد اصابته به ، كمن يدخل فى مبارزة وهو يعلم نتائجها واحتمالاتها فان خطأه هذا لا يستغرق خطأ الشخص الآخر بل يكون الخطأ مشتركا بينهما على النحو الذى سندرسه فيما بعد .

٢ – والحالة الثانية التى يستغرق فيها أحد الخطأين ، الخطأ الآخر ، هى التى يكون فيها أحدهما هو الذى سبب وقوع الآخر . فاذا كان خطأ المضرور هو الذى سبب خطأ الشخص الآخر ، فانه يستغرقه ولا تقوم مسئولية الشخص الآخر . مثال ذلك المصاب فى حادث سيارة ويكون السبب الوحيد للاصابة أنه تحول فجأة بعد أن كان يسير على جانب الطريق فنزل إلى وسط الطريق دون أن يلتفت إلى مرور سيارات فى هذا الوقت . فان خطأه هذا يستغرق الخطأ المفترض فى جانب سائق السيارة وهو خطأ مفترض فى جانبه باعتباره حارسا للسيارة ، أما إذا كان خطأ المسئول هو الذى تسبب فى خطأ المضرور فانه يستغرقه وتكون المسئولية كاملة . مثال ذلك سائق السيارة الذى يقودها بسرعة مخيفة ، مما يدفع الراكب إلى

جواره إلى القيام بحركة خاطئة يريد بها النجاه من هذا الموقف ، فأحدث ضررا بنفسه نتيجة لهذه الحركة .

فاذا لم يكن أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر . فاننا نكون بصدد خطأ مشترك بين المسئول والمضرور .

١٨٢ – الخطأ المشترك .

إذا وقع خطأ من المسئول ، وخطأ من المضرور ، ولم يستغرق أى منهما الآخر ، بل ساهم كل منهما فى احداث الضرر ، بصفة مستقلة ، فان المسئولية تكون فى هذه الحالة مشتركة بين المسئول والمضرور ، ولا يحكم للمضرور الا بتعويض يعادل ما ساهم به المسئول من خطئه فى احداث الضرر . وفى هذا المعنى تقرر المادة ٢١٦ مدنى أنه « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى احداث الضرر أو زاد فيه » . ويلاحظ أن توزيع المسئولية بين المشتركين فى احداث الضرر لا يكون بعدد الرؤوس ، ولكن بقدر مساهمة كل منهم فى احداث الضرر . فاذا لم تعرف درجة مساهمة كل خطأ فى احداث الضرر ، فان التعويض يوزع على كل المشتركين فى الخطأ توزيعاً متساوياً .

والقضاء المصرى حافل بالأمثلة على خطأ مشترك من هذا القبيل . من هذا خطأ سائق السيارة الذى أبطأ السير عند محطة بنزين موهما أنه يتوقف أمامها ثم عاود السير بعد ذلك دون أن يقف فعلا . وخطأ الصبى الذى تعلق بالسيارة فى لحظة إبطائها وفى غير محطة من محطات الركوب . ومن هذا أيضا خطأ والد الطفلة التى دهسها قطار . فى المحافظة على السور الفاصل بين مسكنه وبين قضبان السكك الحديدية . وخطأ عمال السكك الحديدية الذين نزعوا بعض أجزاء هذا السور لتقصير الطريق إلى مساكنهم . ومن هذا أيضا الخطأ المشترك بين عامل المصعد . والراكب فيه . . الخ .

§ ٣ – خطأ الغير

١٨٣ – استغراق أحد الخطأين للاخر أو اشتراك الخطأين فى احداث الضرر

إذا حدث الضرر بسبب خطأ من أحد الأشخاص . وخطأ من الغير . فالعبرة فى تقدير مسئولية أحدهما . هو ما إذا كان الخطأ الصادر منه قد استغرق خطأ الآخر أم لم يستغرقه . وينبغى أن نفرق فى هذا بين الفروض الآتية :

١ – إذا ساهم كل من الخطأين فى احداث الضرر ولم يستغرق أحدهما الآخر . فان كل شخص صدر منه أحد الخطأين يكون مسئولا فى مواجهة المدين مسئولية كاملة عن تعويض الضرر فى مجموعه . ولكنه يتقاسم مع الشخص الآخر فى العلاقة بينهما مسئولية التعويض عن الضرر . والقاضى هو الذى يحدد نصيب كل منهما فى المسئولية بقدر جسامة الخطأ الصادر منه . فاذا لم يحدد القاضى نسبة معينة وزعت المسئولية بعدد الرؤوس . وهذا ماتقرره المادة ١٦٩ مدنى وهى تنص على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى . إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » . وهذا النص يقرر مبدأ التضامن فى المسئولية التقصيرية بين المشتركين فى احداث الضرر . وجدير بالذكر أنه فى نطاق الالتزامات العقدية ، فان التضامن بين المدينين إذا تعددوا لا يفترض ، بل لابد من الاتفاق عليه صراحة . أو ان يرد بشأنه نص خاص فى القانون .

٢ – أما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر بالمعنى السابق ذكره . أى عندما يكون أحد الخطأين متعمدا . أو عندما يكون أحد الخطأين هو الذى أحدث الخطأ الآخر ، فان من استغرق خطأه . خطأ غيره . يكون هو المسئول وحده عن تعويض الضرر فى مجموعه . وهذا هو المقصود بأن خطأ الغير يعتبر سببا أجنبيا ينفى علاقة السببية بين خطأ من

ترفع عليه الدعوى وبين الضرر . وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان قد استغرق خطأ المدعى عليه فى دعوى المسئولية .

٣ – إذا وقع خطأ من شخصين أو أكثر ، ووقع فى نفس الوقت خطأ من المضرور ، ولم يكن أى واحد من هذه الأخطاء قد استغرق الآخر . فان المضرور يتحمل جزءاً من المسئولية . ويرجع بالباقى على المشتركين معه فى احداث الضرر . وهو يرجع على أى منهم باعتباره متضامن مع غيره منهم ، أما فيما بينهم فان المسئولية توزع إما بعدد الرؤوس أو بحسب ما يحدده القاضى من نصيب كل منهم فى المسئولية . على النحو السابق ذكره فى الفرض الأول من هذه الفروض الثلاثة .

الفرع الثانى

السبب المنتج والضرر المباشر

إذا لم يكن خطأ المسئول هو السبب المنتج ، وفى نفس الوقت هو الذى أدى مباشرة للضرر ، فان علاقة السببية تنتفى . ولا يكون الشخص مسئولا .

١٨٤ – السبب المنتج

قد تتضافر عدة أسباب فى احداث الضرر . ومع ذلك لا تكون كلها فى نفس الدرجة من حيث قوة التأثير . ويثور البحث لمعرفة أى الأسباب هو الذى يؤخذ فى الاعتبار لتحديد المسئول عن هذا الضرر . وقد عرفت فى هذا الشأن نظرية تقول بتكافؤ الأسباب . ومؤداها أن كل سبب ساهم فى احداث الضرر يجعل صاحبه مسئولا عن هذا الضرر . طالما أنه لم يحدث استغراق لأحد الأسباب بواسطة سبب آخر . فالأسباب التى لا يستغرق بعضها بعضا طبقاً لمعنى الاستغراق السابق ذكره . تكون كلها متكافئة . ولو كانت مختلفة من حيث درجة تأثيرها فى احداث الضرر .

وعلى سبيل المثال إذا أهمل شخص فى المحافظة على سيارته ، فسرقها شخص آخر وقادها بسرعة خاطئة ، فأصاب شخصا ثالثا . فان خطأ صاحب السيارة فى المحافظة عليها يتكافأ مع خطأ السارق الذى قادها بسرعة من حيث تحمل كل منهما المسئولية عن الضرر الذى أصاب الشخص الثالث .

ومع ذلك فهذه النظرية غير مسلم بها فى الفقه الحديث ، حيث يذهب الرأى السائد فيه إلى الأخذ بنظرية أخرى هى نظرية السبب المنتج . ومؤداها أنه إذا تعددت الأسباب المؤدية إلى الضرر . ولم يستغرق أى واحد منها غيره . فانه لا يعتد مع ذلك إلا بالسبب المنتج من هذه الأسباب . وهو السبب الذى أدى بحسب المألوف من الأمور إلى وقوع الضرر . وفى المثال السابق فان الخطأ فى المحافظة على السيارة . لا يعتبر سببا منتجا فى وقوع الحادث الذى أصاب المضرور . ولكن الخطأ المنتج هو خطأ السارق الذى قاد السيارة بسرعة غير عادية مما تسبب عنه الحادث بالفعل . فالأسباب المتعددة ليست كلها متكافئة بل بعضها منتج وهو ما يعتد به . وبعضها عارض وهو مالا يعتد به .

ويشترط لقيام مسئولية الشخص أن يكون الخطأ الذى صدر منه هو الخطأ المنتج بالنسبة للضرر .

١٨٥ – الضرر المباشر .

تكلمنا فى الفقرة السابقة عن السبب المنتج ، وهو خطأ بين أخطاءمتعددة . ولكن قد يكون الخطأ منتجا ومع ذلك تتعاقب الأضرار . فهل يسأل مرتكب الخطأ عن كل هذه الأضرار . أم يسأل فقط عن الأضرار المباشرة ؟ من الثابت قانونا أن المسئولية لا تكون إلا عن الضرر المباشر وحده . فلا يسأل الشخص عن الأضرار غير المباشرة المترتبة على خطئه . سواء فى ذلك المسئولية العقدية أم المسئولية التقصيرية . وقد نص المشرع على هذا الحكم

فى المادة ٢٢١ مدنى وهى تقرر أنه « إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب . بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » .

وطبقاً لهذا النص فان معيار الضرر المباشر هو أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، وهو يكون كذلك إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

ومن الأمثلة على الأضرار غير المباشرة التى ينطبق عليها هذا المعيار ، مثلا تقليديا يذكر فى كتب الفقه الفرنسى نقلا عن بوتييه ، وهو خاص بالمسئولية العقدية إلا أنه يصلح أيضا للمسئولية التقصيرية . وهو متعلق بشخص اشترى ماشية موبوءة بمرض فانتقل المرض إلى المواشى الأخرى التى يملكها هذا الشخص . فماتت هذه المواشى جميعا . واضطر المشترى إلى التوقف عن الزراعة ، فساءت أحواله ولم يسدد ديونه فقام الدائنون بالحجز عليه وبيعت الأرض التى يملكها بالمزاد العلنى بثمن بخس . . الخ . فى هذا المثال لا يعتبر ضرراً مباشرا إلا موت المواشى التى اشتراها هذا الشخص وكذلك المواشى الأخرى التى انتقلت إليها العدوى . والضرر إلى هذا الحد لم يكن من المستطاع أن يتوقاه المضرور إذا هو بذل جهدا معقولا . أما ما عدا ذلك من أضرار فانه كان من الممكن توقيه ببذل جهد معقول . ولذلك فهى تعتبر غير مباشرة . ولا يستحق عنها أى تعويض . ومن الأمثلة الأخرى التى عرضت امام القضاء فى مصر . هو ما قضت به محكمة الاستئناف الوطنية من أنه « إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار الذى كانت هذه الآلات مشحونة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن

الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث ، كأن يقال إن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر أرتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فتلفت زراعة صاحب البئر . وكان أيضا متعهدا بأن يروى لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ؛ ثم أنه لم ينتفع بالأرض التى حفر البئر فيها وبالأرض التى أعدها لوضع الوابور الخ الخ . وإن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار » . (استئناف وطنى ٢٢ أكتوبر عام ١٩١٤ . الشرائع . ٢ رقم ٢/٥١ . ص ٢٤٧) .

وفى هذا المثال فان محل الأضرار التى ورد ذكرها بالحكم باستثناء التلف الذى أصاب الآلات نفسها . يعتبر ضررا غير مباشر لا تسأل عنه مصلحة السكك الحديدية . لأنه لم يكن نتيجة طبيعية للحادث . وكان من الممكن توقى نتائجه ببذل جهد معقول فى هذا الشأن كشراء آلات أخرى غير الآلات التى تلفت فى الحادث ، أو رى الأرض عن طريق وسيلة أخرى من وسائل الرى الخ .

وإذا كان الضرر غير مباشر بهذا المعنى . فتنتفى علاقة السببية بينه وبين الخطأ . ولا يسأل عنه مرتكب الخطأ .

المبحث الثانى

آثار المسئولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

آثار المسئولية التقصيرية تتمثل فى استحقاق المضرور تعويضا عن الضرر الذى أصابه ، وهو يصبح دائنا بهذا التعويض بينما يصبح مرتكب الخطأ مدينا به . وندرس فيما يلى كيف يتم تقدير التعويض . ونطاق التعويض . والاتفاق على تعديل التعويض . والتأمين من المسئولية . واجتماع طريقين للتعويض . وتقادم دعوى التعويض . والحكم الصادر فى هذه الدعوى .

١٨٦ - كيفية تقدير التعويض .

هناك طرق مختلفة لتقدير التعويض . وقد نص المشرع على هذه الطرق فى المادة ١٧١ التى تقرر أنه « (١) يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا . ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا . (٢) ويقدر التعويض بالنقد . على أنه يجوز للقاضى . تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور . أن يأمر باعادة الحالة إلى ما كانت عليه ؛ أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » .

ويتضح من هذا النص أن جزاء المسئولية إما أن يكون هو التنفيذ العينى أو تعويضا غير نقدى أو تعويض نقدى .

فمن الجائز أن يكون جزاء المسئولية هو التنفيذ العينى ويكون ذلك باجبار الشخص الذى ارتكب الخطأ وأخل بالالتزام القانونى بعدم الاضرار بالغير . أن ينفذ عنصر المديونية فى هذا الالتزام الذى حدث به الإخـــلال . مثال ذلك الجار الذى يبنى فى منكه حائطا مرتفعاً لحجب النور والهواء عن جاره . يحكم عليه بازالة هذا الحائط . فتمحى أثر المخالفة ويعود الحال إلى ما كان عليه قبل الاخلال بالالتزام . وإذا كانت حالات التنفيذ العينى نادرة . إلا أنه يتعين على القاضى الحكم به . متى كان ممكنا وطلبه المضرور أو عرضه مرتكب الخطأ .

٢ - ومن الجائز أن يكون جزاء المسئولية التعويض غير النقدى . ويكون ذلك فى الحالات التى يستحيل فيها التنفيذ العينى . ولا يقتضى الحال الحكم بتعويض نقدى . ومن الأمثلة على ذلك أن يكون الخطأ هو السب أو القذف . وأن يكون التعويض هو نشر الحكم الصادر بادانة المدعى عليه أو الحكم على نفقته . أو أن يكون الحكم هو تحميل المدعى عليه مصروفات الدعوى ؛ وهذه الأمثلة وغيرها هى التى قصدها المشرع بقوله أن القاضى

يجوز أن يحكم ، بأداء لمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » .

٣ – وأخيرا من الجائز أن يكون التعويض مبلغاً نقدياً ، وهذا هو الغالب فى كيفية تقدير التعويض . ولا يشترط أن يدفع هذا المبلغ دفعة واحدة ، بل يجوز أن يكون مقسطا على أقساط ، كأن يكون الضرر هو الاصابة بجروح تقعد المضرور عن العمل فترة من الوقت . فيحكم له بتعويض يقابل نفقات العلاج وما كان يكسبه من عمله خلال فترة العلاج . ومن الجائز كذلك أن يكون التعويض إيرادا مرتبا مدى الحياة ، ويكون ذلك فى حالة ما إذا أصيب المضرور بعجز دائم عن العمل سواء كان هذا العجز كلياً أو جزئياً . فيكون أنسب تعويض له أن يحصل على ايراد مرتب مدى حياته يقابل العجز الذى أصابه نتيجة للحادث .

١٦٤ – نطاق التعويض .

نطاق التعويض يتحدد على أساس الضرر . فالتعويض ينبغى أن يكون مقابلا للضرر . والضرر هو بحسب نص المادة ٢٢١ مدنى « ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب » . فمن أتلف المحصول الزراعى لشخص آخر ، فان الضرر الذى أصاب هذا الشخص يتمثل فى النفقات التى أنفقها فى زراعة الأرض وأجرة الأرض ذاتها وهذا ما لحقه من خسارة . يضاف إلى ذلك ما فاته من كسب وهو الفرق بين نفقات الزراعة وأجرة الأرض ، وبين الثمن الذى كان سيباع به المحصول . والتعويض يشمل العنصرين معاً .

والضرر الذى يستحق عنه التعويض هو الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع ، أما الضرر غير المباشر فلا يستحق عنه أى تعويض وقد سبق بيان ذلك .

والقاضى عند تقدير التعويض يراعى الظروف الخاصة بالضرر والمضرور

دون الظروف الخاصة بالمسئول . وفى هذا المعنى تنص المادة ١٧٠ مدنى على أن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير » .

والمقصود بالظروف الملابسة التى يشير إليها النص ، هى ظروف المضرور التى تلابس وقوع الضرر . كأن يكون شخصا يتعيش من عمله أو أن يكون ثريا له موارد رزق أخرى . وكأن يكون هو العائل لأسرته ، أو أن يكون منفردا لا يعول غير نفسه . والقاضى على العكس لا يراعى الظروف الملابسة للمسئول . فهو لا يهتم بما إذا كان المسئول غنياً أم فقيراً إذ يجب عليه دائماً أن يدفع التعويض عن كل الضرر . ولا يهتم القاضى بما إذا كان المسئول قد ارتكب خطأ جسيما أو عمداً . أم أنه ارتكب اهمالا غير متعمد . فأيا كان نوع الخطأ أو درجته فان المسئول يلتزم بتعويض كل الضرر المباشر . ولا يلزم بشىء يزيد عن هذا الحد . وهذا هو الذى يميز بين التعويض المدنى وبين العقوبة الجنائية . فالأول يراعى فيه جبر الضرر ، أما الثانية فيراعى فيها الجزاء على الخطأ .

وهناك استثناء على قاعدة أن القاضى لا يعتد بالظروف الملابسة للمسئول ، وهو خاص بمسئولية عديم التمييز . فقد سبق أن رأينا أن هذه المسئولية تقوم أحيانا على أساس تحمل التبعة ويراعى فيها مركز المسئول وبصفة خاصة ما إذا كان غنياً أم فقيراً .

وطبقاً لنص المادة ١٧٠ السابق ذكره فان التعويض يكون عن الضرر بالصورة التى وصل إليها وقت النطق بالحكم . فاذا كان الضرر كبيرا وقت حدوثه ولكنه تضاءل وقت النطق بالحكم بأن شفيت الإصابة أو

كادت فان القاضى لا يراعى إلا الضرر وقت النطق بالحكم ، وبالعكس إذا تضاعفت الإصابة فان القاضى يراعى الزيادة التى حدثت فيها إلى وقت النطق بالحكم ، على أن تكون هذه المضاعفات نتيجة مباشرة للخطأ على النحو السابق ذكره . ويلاحظ طبقاً لهذا النص أيضا أنه إذا لم يمكن تقدير الضرر بصفة نهائية وقت النطق بالحكم ، فان القاضى يحكم بمبدأ استحقاق التعويض ، ولكنه يعطى المضرور مهلة يعود بعدها إلى طلب تقدير التعويض طبقاً للصورة النهائية للضرر .

ومن الجائز قبل الحكم بالتعويض النهائى أن يحكم القاضى للمضرور بنفقة وقتية ، إذا كان ثابتا لديه أن المضرور يستحق التعويض ، وكانت ظروف المضرور شاقه لا تسمح له بالانتظار إلى وقت صدور الحكم ، وأن تكون عناصر تقدير التعويض لم تكتمل بعد . ويجب فى هذه الحالة ألا يزيد مقدار النفقة المؤقتة عن التعويض الذى ينتظر الحكم به فى الدعوى بحسب ما يلمسه القاضى من ظروفها .

١٨٨ - الاتفاق على تعديل التعويض قبل وقوع الضرر .

من المتصور من الناحية العملية أن يحدث اتفاق على قيمة التعويض قبل وقوع الضرر وقبل أن يتحدد شخص المسئول وشخص المضرور ؛ إذا كانت هناك ظروف تسمح بتوقع وقوع الضرر قبل حدوثه . مثال ذلك المشتركون فى سباق للدرجات أو السيارات يتفقون على تعديل أحكام المسئولية التى قد تنشأ نتيجة لحوادث تقع فى هذا السباق . مثال ذلك أيضا الجيران إذ من المتوقع حدوث اضرار ببعضهم من البعض الآخر فيتفقون مقدماً على الجزاء على هذا الضرر . مثال ذلك أيضا المشتركون فى معرض للحيوان ، يتفقون على التعويض الذى يستحق عن إيذاء بعض هذا الحيوان للبعض الآخر .

والاتفاق على تعديل أحكام المسئولية يكون إما بالاعفاء أو التخفيف منها ؛ وإما بالتشديد فيها . وفيما يتعلق بالاعفاء من المسئولية ؛ فقد نص المشرع فى المادة ٢١٧ على أنه « ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

ويتضح من هذا النص أن أحكام المسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ؛ فلا يجوز الإتفاق على الاعفاء منها . وهذا على خلاف المسئولية العقدية ، فقد سبق أن رأينا أنه يجوز الاتفاق على الاعفاء منها إلا فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم .

ويأخذ حكم الإعفاء من حيث بطلان الاتفاق عليه ، أن يتفق على التخفيف من المسئولية عن العمل غير المشروع . الاتفاق على التشديد من أحكام المسئولية التقصيرية ؛ كأن يتفق مثلا على . كون الخطأ مفترضا فى غير حاجة إلى اثبات ، أو أن يتفق على أن تكون المسئولية على أساس تحمل التبعة أى بمجرد وقوع الضرر . ولو نفى المسئول عن نفسه الخطأ أو أثبت السبب الأجنبي فانتفت علاقة السببية ؛ فالراجح أن مثل هذه الاتفاقات جائزة وقد ورد بشأنها حكم مشابه فى المسئولية العقدية . وليس هناك ما يمنع امتداده إلى المسئولية التقصيرية . وهذا ما تنص عليه المادة ٢١٧ / ١ بقولها « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة » .

والخلاصة أن الاتفاق على الاعفاء من المسئولية أو التخفيف منها غير جائز . بينما يجوز الاتفاق على التشديد فيها .

١٨٩ — التأمين من المسئولية .

كما يتعرض الشخص فى حياته لأضرار تصيبه من الغير . فهو يتعرض كذلك لأن يكون مسئولا عن خطئه فى مواجهة الغير . وقد يقوم الشخص

توقيا لهذه المسئولية بالتأمين منها لدى شركة تأمين . وتسمى شركة التأمين بلغة القانون المؤمن ، ويسمى المتعاقد معها المؤمن له . والتأمين جائز سواء عن المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية . وهو جائز سواء عن الخطأ اليسير أو الخطأ الجسيم . ولكنه غير جائز بالنسبة للخطأ العمدى ، إذ لا يجوز للشخص أن يؤمن عن أخطائه العمدية لتعارض ذلك مع النظام العام فى المجتمع . ومع ذلك فمن الجائز التأمين من الأخطاء العمدية الصادرة من غير المؤمن له ممن يسأل عنه هذا الأخير ، فليس فى ذلك تعارض مع مبدأ محاربة الغش .

والعلاقة بين المؤمن والمؤمن له يحددها عقد التأمين القائم بينهما . ولكن يلاحظ أن التأمين من المسئولية هو عقد تأمين حقيقى وليس عقد إدخار كما هو الشأن فى عقد التأمين على الحياة . ولذلك فان المؤمن لا يلتزم إذا ما وقع الضرر إلا بتعويض هذا الضرر فقط ولو لم يصل هذا الضرر إلى الحدود التى قبل المؤمن أن يلتزم بتعويض الغير فى نطاقها .

أما العلاقة بين المؤمن (شركة التأمين) والمضرور . فان القانون فى تطوره يسعى إلى جعلها علاقة مباشرة . بحيث يرجع المضرور على شركة التأمين بمقتضى حق مباشر له قبلها . ولا يمر هذا الحق بذمة المسئول وهو المؤمن له . ولا يتعرض المضرور بشأنه لمزاحمة دائنى المسئول الآخرين . فى حالة ما إذا كانت ديون المسئول تزيد على حقوقه . أى فى حالة ما إذا كان معسراً .

•

وكان هناك نص فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى (م ٨٣٢ من المشروع) . يقرر للمضرور حقاً مباشراً قبل شركة التأمين . ولكن هذا النص حذف وترك الحكم فى شأنه للقواعد العامة فى القانون .

وطبقاً للقواعد العامة ، وهو ما قررته محكمة النقض المصرية ، لا يكون للمضرور حق مباشر قبل المؤمن ، إلا على أساس الاشتراط لمصلحة الغير . أى إذا تبين أن المؤمن له قد اشترط لمصلحة الغير وهو المضرور . أما إذا كان المؤمن له لم يشترط لمصلحة المضرور . وكان تفسير عقد التأمين يؤدى إلى القول بأن المؤمن له قد اشترط مبلغ التأمين لنفسه فلا يكون هناك حق مباشر للمضرور قبل المؤمن . ولا يكون له إلا - يرجع على المؤمن باسم المؤمن له أى بطريق الدعوى غير المباشرة . وفى هذه الحالة يتعرض لمزاحمة الدائنين الآخرين للمسئول وهو المؤمن له .

ومع ذلك فان الكثير من المحاكم تميل إلى تفسير عقد التامين من المسئولية على أساس أنه يتضمن اشتراط لمصلحة المضرور ، وأنه يعطى له حقاً مباشرا قبل شركة التأمين .

ويلاحظ أيضا أن المشرع ينص صراحة فى بعض الحالات الخاصة على إعطاء المضرور حقاً مباشرا قبل شركة التأمين . كما هو الشأن فى التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات (م ٥ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥) .

١٩٠ - اجتماع طريقين للتعويض .

يحدث أن يجتمع للمضرور طريقان للتعويض فى نفس الوقت كاجتماع الحق فى التعويض مع الحق فى التأمين . أو اجتماع الحق فى التعويض مع الحق فى تعويض آخر أو نفقة أو معاش . وندرس هذين الفرضين فيما يلى .

١ - إذا اجتمع للشخص الواحد الحق فى التعويض عن ضرر أصابه ، مع مبلغ التأمين عن هذا الضرر الذى يكون قد احتاط بالتأمين منه . كان له كقاعدة عامة أن يجمع بين الحقين . مثال ذلك أن يؤمن شخص من الأضرار التى قد تصيبه فى جسمه أو فى ماله ، ويتحقق ضرر بالفعل . فى

هذه الحالة يجوز لهذا الشخص أن يحصل على تعويض من المسئول ، وأن يحصل على مبلغ التأمين من المؤمن . ولا يكون فى هذه الحالة قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد . لأن التعويض الذى يحصل عليه من المسئول يكون عن الضرر . ومصدره هو العمل غير المشروع . أما مبلغ التأمين فهو يحصل عليه مقابل الأقساط التى دفعها ؛ ومصدره هو عقد التأمين . ويلاحظ أن المشرع المصرى طبق هذا المبدأ فى التأمين على الحياة (م ٧٦٥) . ولكنه لم يطبقه فى التأمين على الحريق (م ٧٧١) .

٢ — أما إذا اجتمع للمضرور تعويضان عن نفس الضرر ، فانه لايجوز له الجمع بينهما . لأن القاعدة هى الا يعوض الشخص عن الضرر الواحد إلا مرة واحدة . مثال ذلك العامل الذى يصيبه حادث فى العمل بخطأ من زميل له ، فيستحق تعويضاً جزافياً طبقاً لقانون اصابات العمل . قبل رب العمل . ويستحق فى نفس الوقت تعويضاً كاملا عن الضرر قبل العامل الآخر الذى تسبب بخطئه فى حدوثه . وهو لايجوز له أن يجمع بين التعويضين فاذا هو رجع على العامل الذى تسبب فى الضرر بالتعويض الكامل فلايرجع بعد ذلك على رب العمل بشىء . وإذا هو رجع على رب العمل بالتعويض الجزافى . فلا يرجع بعد ذلك على العامل المتسبب فى الضرر . إلا بالفرق بين التعويض الجزافى والتعويض الكامل .

ويأخذ نفس الحكم أن يستحق المضرور بجانب التعويض نفقة واجبة بحكم القانون . كمن يصاب بعجز يفقده عن العمل فيستحق تعويضا قبل المتسبب فى العجز . ويستحق نفقة قبل من تجب عليه نفقته قانونا بسبب العجز عن العمل . فى هذه الحالة لا يجوز له أن يجمع بين استحقاق التعويض واستحقاق النفقة . لأن كل منهما تعويض عن نفس الضرر . ولا يجوز الحصول على أكثر من تعويض واحد عن الضرر الواحد . ويأخذ نفس

الحكم أيضا أن يستحق الموظف معاشا استثنائيا لاصابته فى حادث أثناء تأدية عمله . وتكون الحكومة مسئولة فى نفس الوقت عن تعويض الضرر الذى نشأ عن هذا الحادث . ونظراً لأن المعاش الاستثنائى روعى فيه مبدأ التعويض عن الضرر . فانه لا يجوز الجمع بينه وبين التعويض المستحق طبقاً لقواعد المسئولية . إذ لا يجوز فى أى حال أن يتخطى مبلغ التعويض الضرر الذى أصاب المضرور فعلا . أو أن يعوض هذا الشخص مرتين عن ضرر واحد . وهذا بخلاف المعاش العادى فان الموظف يستحقه بجانب استحقاق التعويض . لأن المعاش العادى هو مقابل الاستقطاعات التى تؤخذ من مرتب الموظف . فهو فى هذا يشبه التأمين الذى يستحقه المؤمن له مقابل أقساط التأمين التى يدفعها طبقاً لعقد التأمين . وقد سبق أن رأينا أن يجوز الجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التامين كقاعدة عامة .

١٩١ – تقادم دعوى التعويض .

حق المضرور فى المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية ينقضى بالتقادم كغيره من الحقوق الشخصية التى تنقضى بمضى مدة معينة دون أن يطالب بها صاحبها . وقد نص المشرع فى المادة ١٧٢ على مدة تقادم دعوى المسئولية التقصيرية . ويقرر هذا النص أنه « (١) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع 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 . (٢) على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة . وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة . فان دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية .

ويفرق هذا النص فى حساب مدة تقادم دعوى التعويض بين أن يكون الخطأ قد نشأت عنه المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية فى نفس الوقت . أو

أن يكون الخطأ لم تنشأ عنه سوى المسئولية المدنية وحدها . فاذا كان الخطأ قد نشأت عنه المسئولية المدنية وحدها فان مدة التقادم تكون ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال . فاذا علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه فان الدعوى تتقادم بمضى ثلاث سنوات من تاريخ هذا العلم . ويشترط لتقادم الدعوى بمضى ثلاث سنوات أن يعلم المضرور بالأمرين معاً : وقوع الضرر وشخص المسئول عنه . فاذا مضت مدة طويلة لم يعلم فيها المضرور بوقوع الضرر ، أو بشخص المسئول ، كمدة ثلاث عشرة سنة مثلا ، فان الدعوى تتقادم بمضى خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . أى أن مدة التقادم هى أقصر الأجلين ، ثلاث سنوات من وقت العلم بوقوع الضرر أو بشخص المسئول ، أوخمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر ولو لم يعلم المضرور بوقوعه أو بشخص المسئول .

أما إذا كان الخطأ قد نشأت عنه المسئولية الجنائية فى نفس الوقت ، فان دعوى المسئولية المدنية لا تتقادم إلا بتقادم دعوى المسئولية الجنائية . فاذا كان الخطأ يتمثل فى جريمة قتل مثلا . فان الدعوى الجنائية عن هذه الجريمة تتقادم بمضى عشر سنوات من وقت ارتكابها . فاذا علم المضرور بوقوع الجريمة وشخص المسئول عنها وقت وقوعها ، فان تطبيق القاعدة السابق ذكرها كان يؤدى إلى القول بأن الدعوى المدنية تتقادم بمضى ثلاث سنوات من وقت ارتكاب الجريمة وهو وقت العلم بها وبمرتكبها . ولكن ليس من المستساغ أن يحرم المضرور من الحصول على تعويض عن الضرر الذى أصابه فى نفس الوقت الذى تجوز فيه محاكمة المسئول أمام المحكمة الجنائية . ولذلك قرر المشرع أنه فى كل حالة يجوز الحكم فيها بعقوبة جنائية ، فانه يجوز الحكم بتعويض مدنى عن نفس الفعل . ولا تتقادم دعوى التعويض إلا بتقادم الدعوى الجنائية . ولو كانت مدة تقادمها الخاصة قد انقضت فعلا .

١٠٩٢ — الحكم الصادر فى دعوى التعويض .

تذهب النظرية التقليدية إلى أن الالتزام بتعويض الضرر ، ينشأ مباشرة من العمل غير المشروع ، ويكتمل وجوده بمجرد اكتمال عناصر المسئولية وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية . فاذا ما رفع الأمر إلى القضاء . وصدر حكم من القاضى بالزام المسئول بالتعويض . فان هذا الحكم لاينشىء الحق فى التعويض . ولكنه يكشف عنه فقط ، فهو كاشف غير منشىء .

ويترتب على اعتبار أن الالتزام بالتعويض قد نشأ من وقت اكتمال عناصر المسئولية ، أن حق المضرور يوجد من هذا الوقت ، وبالتالى فان دعواه تبدأ فى التقادم من هذا التاريخ . وكذلك يجوز له أن يتصرف فى حقه بحوالته إلى الغير منذ وقوع الضرر . ويجوز له أيضا أن يتخذ الاجراءات التحفظية للمحافظة على حقه قبل صدور الحكم . وهو يستحق كذلك فوائد تأخير قانونية عن مبلغ التعويض منذ وقوع الضرر . وليس فقط منذ صدور الحكم .

وجدير بالذكر أن القضاء الفرنسى فى اتجاهه السائد يذهب إلى أن الحكم الصادر بالتعويض ينشىء التزاما جديدا يحل محل الالتزام السابق الذى نشأ عن العمل غير المشروع ، والحكم يجرى بهذا نوعا من التجديد القضائى يؤدى إلى نشأة التزام جديد يحل محل الالتزام القديم ويختلف عنه فى مصدره وفى محله . فمصدر الالتزام القديم هو العمل غير المشروع بينما مصدر الالتزام الجديد هو الحكم الصادر بالتعويض . ومحل الالتزام القديم هو القيام بعمل وهو تعويض المضرور عن الضرر الذى أصابه . أما محل الالتزام الجديد فهو دفع مبلغ من النقود . هو مبلغ التعويض

والفقه الفرنسى وإن كاد لا يشاطر فى مجموعه اتجاه القضاء السابق

ذكره . إلا أنه لا ينكر المعنى الحقيقى لهذا الاتجاه ، وهو أن حكم القاضى فى دعوى المسئولية التقصيرية ، هو حكم منشىء لالتزام جديد .

وفى تقديرنا أن اتجاه القضاء الفرنسى غير واجب التأييد ، إذ لا يوجد فى الواقع إلا التزام واحد هو الالتزام بالتعويض . وهو ناشىء عن العمل غير المشروع . أما الحكم الصادر فى الدعوى فهو فقط التعبير الكامل عن عنصر الجزاء فى هذا الالتزام .

الفصل الثانى

المسئولية عن عمل الغير

المسئولية عن عمل الغير تختلف عن المسئولية عن الأعمال الشخصية ، فى أنها تقوم على خطأ مفترض غير واجب لاثبات . وذلك تسهيلا للمضرور فى حصوله على التعويض ، خلافا للقاعدة العامة التى توجب اثبات الخطأ فى جانب المسئول . والمسئولية عن أعمال الغير لها تطبيقين فى القانون المصرى ، هما مسئولية من تجب عليه الرقابة عمن هم فى رقابته ، ومسئولية المتبوع عن أعمال التابع . وندرس كل هذين التطبيقين فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

مسئولية من تجب عليه الرقابة عمن هم فى رقابته

ندرس فيما يلى شروط قيام مسئولية من تجب عليه الرقابة ، وأحكام هذه المسئولية .

المطلب الأول

شروط قيام المسئولية عن عمل الغير

١٩٣ – نص القانون .

تنص المادة ١٧٣ مدنى على أن « (١) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً 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 الالتزام ولو كان من وقع منه

العمل الضار غير مميز . (٢) ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج » .

ويتضح من هذا النص أنه حتى تقوم مسئولية متولى الرقابة لابد من توافر شرطين ، أولهما أن يكون هناك التزام بالرقابة على شخص معين ، وثانيهما أن يصدر خطأ من هذا الشخص يترتب عليه ضرر للغير .

١٩٤ — الالتزام بالرقابة .

الالتزام بالرقابة إما أن ينشأ بحكم القانون أو بمقتضى الاتفاق .

وهو ينشأ بحكم القانون على عاتق كل شخص يوجد قاصر فى رعايته . ويعتبر الشخص قاصرا فى حاجة إلى رعاية إذا لم يكن قد بلغ من العمر خمس عشرة سنة . وإلى أن يصل إلى هذا العمر فان رعايته واجبة قانوناً على من يتولى حضانته أو من له ولاية النفس عليه وهو والده أو جده أو عمه أو أمه بحسب الأحوال . فاذا بلغ الشخص هذا العمر وخرج يسعى إلى رزقه واستقل فى معيشته فانه لا يكون فى حاجة إلى رقابة أحد ، وبالتالى لا يكون هناك من هو مسئول عنه . أما إذا بلغ هذا العمر واستمر مع ذلك فى رعاية من يتولى رعايته . فان الرقابة تظل قائمة عليه . ويظل من يتولى رعايته ملتزما برقابته ومسئولا عن أعماله . ويستمر هذا الوضع إلى أن يبلغ القاصر الواحد والعشرين من عمره ، فترتفع عنه كل رقابة ، ولا يصبح أى شخص مسئولا عن أعماله ، حتى ولو كان لا يزال يعيش فى كنف نفس الشخص الذى كان مسئولا عنه من قبل . وحتى ولو كان لا يزال فى مراحل التعليم ، لم يبدأ حياته العملية بعد ، طالما أنه بلغ سن الرشد ولم يلحقه عارض من عوارض الأهلية كجنون أو عته أو غير ذلك .

ويلاحظ أن الالتزام بالرقابة قد يقع على عاتق شخصين ، مختلفين بالنسبة لنفس القاصر . ويتحقق ذلك إذا كان القاصر يذهب إلى المدرسة أو يتعلم حرفة ، فهو يكون فى رعاية المدرس أثناء وجوده بالفصل وفى رعاية ناظر المدرسة أثناء وجوده بها ، وفى رعاية رب العمل أثناء مزاولة الحرف . وهو يكون فى رعاية من يلتزم برعايته قانوناً فى غير أوقات المدرسة أو الحرفة .

وكما ينشأ الالتزام بالرقابة بحكم القانون . فهو ينشأ أيضا بمقتضى الاتفاق . فمن أصيب بجنون أو عته ووضع فى مستشفى للأمراض النفسية أو العقلية ، فانه يكون تحت رقابة مدير هذه المستشفى بمقتضى اتفاق . وكذلك من أصيب بمرض كشلل أو فقد البصر . وأوكل أمر رعايته إلى مشرف أو ممرض ، فان هذا المشرف أو الممرض يكون مسئولا عن أعماله على أساس التزامه بالرقابة وهو التزام ناشىء عن اتفاق .

والأحكام السابق ذكرها كما تصدق عن الرجل فهى تصدق على المرأة أيضا . ولكن نظراً لأن المرأة المتزوجة تكون فى رعاية زوجها . فان الالتزام بالرقابة على المرأة القاصر ينتقل بالزواج من وليها إلى زوجها . بشرط أن يكون الزوج هو نفسه فى غير حاجة إلى رقابة . أما إذا كان الزوج قاصرا يعيش فى كنف شخص آخر ، فان من يتولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة على الزوجة أيضا ، إلى أن يبلغ الزوج سن الرشد فترتفع عنه الرقابة ويتولى هو بالتالى رقابة زوجته . أما إذا بلغت الزوجة سن الرشد قبل أن يبلغ الزوج هذه السن ، فان الرقابة ترتفع عنها ، ويظل الزوج مع ذلك خاضعا للرقابة إلى أن يبلغ هو هذه السن .

١٩٥ - مسئولية من تجب رقابته.

يشترط لقيام مسئولية متولى الرقابة أن تقوم أولا مسئولية الخاضع

لرقابته ، فهى مسئولية عن عمل الغير ، لابد لقيامها أن يصدر خطأ من الغير المشمول بالرعاية ، يسبب ضرراً لشخص آخر .

ويشترط أن يكون المشمول بالرقابة هو الذى وقع منه الخطأ . أما إذا كان هو الذى اصابه الضرر . فلا يكون متولى رقابته مسئولا عن هـذا الضرر . ما لم يكن قد صدر منه خطأ شخصى نشأ عنه هذا الضرر . أما إذا لحق المشمول بالرعاية ضرر من خطأ شخص آخر أو ألحق بنفسه ضرراً ، فلا يكون المشرف عليه مسئولا عن هذا الضرر .

فيجب إذن أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص المشمول بالرعاية ، سواء كان ذلك فى صورة خطأ واجب الاثبات . أو فى صورة خطـأ مفترض ، ويكون الخطأ مفترضا إذا تعلق بحراسة آلة ميكانيكية كقيادة سيارة مثلا . وإذا نشأت مسئولية المشمول بالرعاية على هذا الوجه فان مسئولية من يتولى رقابته تكون تبعية نتيجة لهذه المسئولية الأصلية . وسنرى أن المضرور يكون أمامه شخصان يستطيع الرجوع عليهما وهما المشمول بالرعاية ومسئوليته أصلية والمشرف عليه ومسئوليته تبعية .

ولكن يلاحظ أن المشرع قرر أن من يقوم بالرقابة يكون مسئولا عمن هو فى رقابته ، حتى ولو كان غير مميز . وقد سبق أن ذكرنا أن غير المميز قد يصدر منه الركن المادى فى الخطأ وهو الانحراف . ولكن لا يتوافر لديه الركن المعنوى فى الخطأ وهو الإدراك . وأنه لهذا السبب لا يتصور أن يصدر منه خطأ أو أن تقوم مسئوليته بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح . ولكن المشرع قرر مع ذلك الزامه بالتعويض على أساس تحمل التبعة . وجعل ذلك جوازيا للقاضى ، بحسب حالة كل من عديم التمييز وحالة المضرور . فاذا كان المشرع يقرر بالنسبة لمتولى الرقابة مسئوليته عن عديم التمييز فى جميع

الأحوال ، فمعنى ذلك أنه يلتزم بصفة اصلية ؛ وليس فقط بصفة تبعية ؛ إذ لا يوجد شخص آخر غيره يلتزم بصفة أصلية ، إذ لا ينسب إلى عديم التمييز خطأ ، ولذلك نرى المشرع ينص على أن التزام متولى الرقابة يقوم « ولو كان من وقع منه الضرر غير مميز » ؛ فمن كان غير مميز قد يقع منه ضرر . ولكن لا ينسب إليه خطأ . وقد راعى المشرع الدقة فى التعبير على هذا النحو .

المطلب الثانى

أحكام المسئوليـــة عن عمل الغير

تقوم مسئولية متولى الرقابة على أساس خطأ مفترض فى جانبه ، وهو يستطيع نفى المسئولية عن نفسه ، إذا هو نفى هذا الخطأ . أو إذا هو نفى علاقة السببية . وإذا قامت مسئوليته فهى تقوم بجانب مسئولية المشمول برقابته . وكل من المسئوليتين مستقله عن الأخرى . وندرس هذه المسائل فيما يلى .

١٩٦ ــ الخطأ المفترض ونفيه .

تقوم مسئولية متولى الرقابة على أساس خطأ مفترض فى جانبه . وهو الخطأ فى تربية القاصر أو فى مراقبته ، ولا يطلب من المضرور اثبات هذا الخطأ . بل على متولى الرقابة أن ينفى هذا الخطأ إذا هو أراد دفع المسئولية عن نفسه . وفى هذا تنص المادة ١٧٣ / ٣ « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة » . ويتضح من هذا النص أن افتراض الخطأ فى جانب من يقوم بالرقابة هو افتراض قابل لاثبات العكس .

واثبات عكس القرينة القانونية لا يتحقق إلا اثبت متولى الرقابة أنه

لم يكن مسيئا فى تربية القاصر ، وأنه لم يكن يغفر له هفواته ، وأنه كان يوجهه دائما إلى الطريق السليم ، وأنه فضلا عن ذلك لم يقصر فى اتخاذ الاحتياطات التى تمنع من وقوع مثل هذا الضرر .

ويلاحظ أن القرينة القانونية على الخطأ تقوم فقط فى العلاقة بين المضرور ، ومتولى الرقابة ، ولكنها لا تقوم فى العلاقة بين المضرور وبين الخاضع للرقابة الذى صدر منه العمل غير المشروع . فى هذه العلاقة الأخيرة يكون الخطأ واجب الاثبات أو مفترضا بحسب ما إذا كانت المسئولية فيه ناشئة عن فعل شخصى أو عن حراسة آلات ميكانيكية أو غيرها . وسنرى أن لكل من المسئوليتين أحكامها المستقلة .

١٩٧ — نفى علاقة السببية .

يستطيع متولى الرقابة أن ينفى عن نفسه المسئولية أيضا ، إذا هو نفى علاقة السببية بين الخطأ المفترض فى جانبه وبين الضرر . ويكون ذلك كما يقرر نص المادة ١٧٣ / ٣ فى عبارته الأخيرة « أن أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . وغنى عن الذكر أن المشمول بالرعاية هو كائن ذو إرادة مستقلة . ولا يمكن فرض رقابة مستمرة على التصرفات غير المحدودة التى يمكن أن تصدر عن هذه الإرادة . فاذا صدر الخطأ من المشمول بالرقابة بطريقة مفاجئة ، بحيث ما كان ليمنع وقوعه أى تربية سابقة أو احتياط مبذول ، فان علاقة السببية تنتفى بين الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة ، وبين الضرر الذى نشأ عن العمل المفاجىء للمشمول بالرقابة .

١٩٨ — قيام المسئوليتين .

إذا وقع فعل غير مشروع من شخص مشمول بالرعاية سبب ضررا للغير ، كان للمضرور أن يرجع بما على المشمول بالرعاية مباشرة وتكون مسئوليته فى هذا هى مسئولية الشخص عن أعماله الشخصية . وهى تقوم

طالما توافر الخطأ بعنصريه المادى والمعنوى ، أى صدر الانحراف من المشمول بالرعاية وكان مميزا فى نفس الوقت . وبجانب حق المضرور فى الرجوع على المتسبب بخطئه الشخصى فى احداث الضرر ، فهو صاحب حق فى الرجوع على متولى الرقابة على أساس الخطأ المفترض فى الرقابة طبقاً للأحكام السابق ذكرها . ولكن لايجوزللمضرور أن يستفيد من المسئوليتين معاً ، فيحصل على تعويضين عن ضرر واحد ؛ فالمبدأ هو أن الضرر الواحد لا يعوض عنه إلا مرة واحدة .

وإذا اضطر متولى الرقابة إلى دفع تعويض للمضرور ، حـق له أن يرجع بما دفعه على المشمول بالرعاية ، باعتباره المسئول الأصلى عن هذا التعويض ، وذلك بشرط أن يكون مميزا حتى يمكن القول بأن مسئوليته عن أفعاله قد قامت فعلا . أما إذا لم يكن المشمول بالرقابة مميزا فلا ينسب إليه خطـأ أو مسئولية ولايجوز الرجوع عليه من جانب متولى الرقابة . كان المشرع يعطى للمضرور الحق فى الرجوع على عديم التمييز طبقاً لأحكام تحمل التبعة كما سبق أن رأينا . فان هذا مقرر بصفة استثنائية لمصلحة المضرور وحده دون غيره ؛ فلا يستفيد منه متولى الرقابة ، الذى تكون مسئوليته فى حالة الضرر الناشىء عن فعل عديم التمييز مسئولية أصلية . وفى هذا المعنى تقرر المادة ١٧٥ مدنى « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر . » . والحدود التى يكون المشمول بالرقابة مسئولا فيها عن تعويض الضرر . تقتصر على الحالات التى يكون فيها مميزاً.

المبحث الثالث

مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

نتكلم فيمايلى شروط مسئولية المتبوع عن أعمال التابع . ثم أحكام هذه المسئولية .

المطلب الأول

شروط مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

١٩٩ - نص القانون .

تنص المادة ١٧٤ / ١ مدنى على أن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها » .

ويتضح من هذا النص أنه يشترط لقيام مسئولية المتبوع عن أعمال التابع أن تكون هناك علاقة تبعية بين شخصين ، وأن يقع خطأ التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها يترتب عليه ضرر للغير .

٢٠٠ - علاقة التبعية .

حتى يكون هناك تابع ومتبوع لابد من توافر علاقة تبعية بين شخصين ، وبمقتضاها يتولى المتبوع سلطة فعلية فى رقابة التابع وتوجيهه بخصوص نشاط معين أو عمل معين . ومن الأمثلة على ذلك رابطة التبعية القائمة بين الخادم والسيد ، بين السائق وصاحب السيارة ، بين الطاهى وسيدة المنزل ، بين الموظف والحكومة . . الخ .

وفى هذه الأمثلة توجد علاقة تعاقدية أو وظيفية تربط بين التابع والمتبوع . ولكن هذا ليس بشرط حتمى . إذ من الجائز أن تقوم علاقة التبعية على أساس من الواقع وحده . ولا يؤثر فى صحة قيام الرابطة ، أن يكون العقد الذى أنشأها باطل ، أو لا يكون هناك عقد أصلا .

وتنص المادة ١٧٤ / ٢ على ما يأتى « وتقوم رابطة التبعية . ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه . متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته

وفى توجيهه » . وهذا النص يؤكد أن قوام رابطة التبعية ، ليس هو وضعها القانونى ، بل حقيقتها الفعلية . فلا يشترط لقيام رابطة التبعية أن يكون المتبوع قد اختار التابع ، بل قد يكون هذا الاختيار مفروضا عليه من الخارج ، كما هو الشأن فى المجالس البلدية التى يعمل لديها موظفون تعينهم الحكومة ، ومع ذلك فهم تابعون للمجلس البلدى الذى يعملون به ، وليس للحكومة التى عينتهم .

والسلطة الفعلية فى التبعية ينبغى أن تنصب على الرقابة والتوجيه فى نشاط معين أو عمل معين ، فمجرد الرقابة العامة ، كرقابة الأب على أولاده لاتكفى لوجود علاقة تبعية بالمعنى المقصود فى هذا النوع من أنواع المسئولية . ولا يشترط أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية . فصاحب السيارة متبوع لسائقها ، ولو كان هو نفسه لا يعرف قيادة السيارات . ومدير المستشفى متبوع للطبيب الذى يعمل بها ، ولو كان هو نفسه غير متخصص فى الطب . وكذلك لا يشترط أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية العملية . فهو لو كان عديم التمييز بسبب صغر السن أو بسبب جنون أو عته ، فان علاقة التبعية تقوم بينه وبين تابعه . على أن يتولى الاشراف على التابع وتوجيهه النائب القانونى أو القضائى عن عديم التمييز كالولى أو الوصى أو القيم .

٢٠١ - خطأ من التابع فى حالة تأدية الوظيفة أو بسببها .

١ - يشترط لقيام مسئولية المتبوع أن تقوم أولا مسئولية التابع . وهى إما أن تقوم على خطأ واجب الاثبات فى جانبه وهذه هى القاعدة فى المسئولية عن الأعمال الشخصية ، أو أن تقوم على خطأ مفترض افتراضا يقبل إثبات العكس كما هو الشأن فى مسئولية متولى الرقابة كالمدرس أو ناظر المدرسة بالنسبة للتلاميذ . أو أن تقوم على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس كما هو الشأن فى مسئولية حارس الآلات الميكانيكية كسائق السيارة مثلا .

وقيام مسئولية التابع أيا كان نوعها شرط أول لا تقوم بدونه مسئولية المتبوع .

٢ – ولا يكفى أن يقع من التابع خطأ ، حتى يكون المتبوع مسئولا عنه ، بل لابد أن يقع منه هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ، أما إذا وقع منه بمناسبة الوظيفة أو خارجها فلا يكون المتبوع مسئولا عنه . ونستعرض فيما يلى صوراً مختلفة لخطأ وقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها أو خارجها حتى يتضح الفارق بين كل هذه الأنواع التى يؤدى بعضها إلى مساءلة المتبوع ، ولا يؤدى بعضها الآخر إلى ذلك .

أ – خطأ حال تأدية الوظيفة : الخطأ الذى يقع حال تأدية التابع لوظيفته هو الخطأ الذى يقع أثناء تأدية هذه الوظيفة . مثال ذلك سائق السيارة الذى يدهس شخصاً فى الطريق أثناء قيامه بتوصيل صاحب السيارة إلى مكان عمله أو إلى منزله . ومثال ذلك أيضا عسكرى الداورية الذى يقبض على متهم فيطلق عليه عيارا ناريا دون تبصر ودون مبرر فيقتله . فالتابع فى هذين المثلين يقوم بأداء وظيفته فعلا . ولكنه يفعل ذلك بطريقة فيها انحراف عن مسلك الشخص المعتاد . مما يترتب عليه ضرر بالغير .

ب – خطأ بسبب الوظيفة : يكون الخطأ بسبب تأدية الوظيفة فى فرضين أولهما أن يكون من غير الممكن ارتكاب الخطأ بغير الوظيفة . وثانيهما أن يكون من غير الممكن التفكير فى ارتكاب الخطأ بغير الوظيفة .

ومن الأمثلة القضائية التى تدخل فى الفرض الأول . موزع البريد الذى يسرق خطابا تسلمه بحكم وظيفته . ولا يعتبر هذا خطأ حال تأدية الوظيفة لأن مقتضى تأدية الوظيفة أن يوصل الساعى الخطاب لا أن يسرقه . ولكنه يعتبر خطأ بسبب الوظيفة . لأنه بغيرها ما كان الساعى يستطيع ارتكاب

هذا الخطأ . وفى هذا المثال تكون مصلحة البريد وهى المتبوع مسئولة عن خطأ موزع البريد وهو التابع . ومن الأمثلة القضائية أيضا ، الخفير الذى أحب أمرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه وقتله ، فهنا لولا الوظيفة ما استطاع الخفير أن يرتكب جريمة القتل بهذا الشكل ، ولذلك تكون الحكومة مسئولة عنه . ومن الأمثلة القضائية أيضا فراش المدرسة الذى أراد قتل ناظرها لاعتقاده أنه يضطهده فانتظره وهو خارج من باب المدرسة ومتجه إلى ركوب سيارته ، فتظاهر بأنه يفتح له الباب احتراما ، ثم طعنه بسكين كانت فى يده فقتله . هنا قضت محكمة النقض بأن وزارة المعارف تكون مسئولة عن الخطأ الذى وقع من الفراش ، إذ أنه واقع بسبب الوظيفة .

ومن الأمثلة القضائية التى تدخل فى الفرض الثانى ، أن يرى الخادم سيده يتشاجر مع شخص آخر ، فيتدخل فى المشاجرة ويضرب الشخص الآخر ضربا أفضى إلى موته . فى هذا المثال ما كان الخادم ليفكر فى الاعتداء على الشخص الآخر . إلا لأنه رآه يعتدى على مخدومه ، أى بسبب الوظيفة . فيكون المخدوم مسئولا عن خطأ التابع .

حـ ـ خطأ بمناسبة الوظيفة : أما الخطأ الذى يقع بمناسبة الوظيفة وهو الذى تكون الوظيفة يسرت وقوعه ، دون أن تكون لازمة لوقوعه ، فانه لا يؤدى إلى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه . ومثال ذلك إذا فرضنا أن خفير الدرك الذى أحب أمرأة متزوجة . لم يستدرج زوجها إلى دركه . ولكنه ذهب مباشرة إلى منزل الزوج وقتله باطلاق عيار نارى من بندقيته الحكومية . فان وظيفة الخفير وما أدت إليه من حيازة هذه البندقية قد سهلت له ارتكاب الجريمة ، ومع ذلك فهى لم تكن لازمة لذلك . لأنه كان يستطيع أن يستخدم أى وسيلة قتل أخرى يرتكب بها جريمته . فالوظيفة كانت هنا مناسبة لارتكاب الجريمة ، ولكنها لم تكن سببا فى ذلك .

وهذا بخلاف ما إذا استدرج الحفير الزوج إلى دركه وقتله فيه ؛ فان الوظيفة تكون هى وسيلة القتل وسبب ارتكابه بهذا الشكل بالذات .

د ـ خطأ أجنبي عن الوظيفة : الخطأ الأجنبي عن الوظيفة هو الخطأ الذى لا علاقة له بالوظيفة أصلا . وهو لا يسأل عنه المتبوع أبداً . مثال ذلك الجريمة التى يرتكبها أحد رجال البوليس وهو متغيب عن مقر عمله فى أجازة رسمية . أو أن يسرق خادما شيئا من المنزل الذى يقيم به بعيدا عن عمله وعن مقر إقامة مخدومه . والخلاصة أنه يشترط لقيام مسئولية المتبوع أن تكون هناك علاقة تبعية ؛ وأن يقع خطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ، ولا يعتد بالأخطاء التى تقع منه بمناسبة وظيفته أو خارجها فهو وحده الذى يكون مسئولا عنها .

المطلب الثانى

أحكام مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

٢٠٢ ـ مسئولية المتبوع تقوم إلى جانب مسئولية التابع .

المتبوع مسئول عن التابع . ويشترط لقيام مسئوليته أن تقوم مسئولية التابع أولا . فاذا قامت مسئولية التابع ، قامت إلى جوارها مسئولية المتبوع . ويكون للمضرور الخيار بين أن يرجع على التابع وحده . أو يرجع على المتبوع وحده . أو يرجع عليهما معاً على سبيل التضامن . ولكن لا يجوز له أن يرجع مرتين ، مرة على التابع . ومرة على المتبوع . فالقاعدة دائما هى أن الضرر الواحد لا يعوض عنه إلا مرة واحدة .

وإذا رجع المضرور على التابع وحده وحصل منه على تعويض الضرر ، فلا يجوز للتابع أن يرجع بعد ذلك على المتبوع .. لأن مسئولية المتبوع هو فى مواجهة المضرور وحده .

وعلى العكس إذا كان المتبوع هو الذى دفع التعويض ، فانه يجوز له أن يرجع بما دفعه على التابع ، وهذا طبقاً لنص المادة ١٧٥ الذى يقرر أن « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » . والتابع لا يكون مسئولا عن تعويض الضرر إلا إذا كان قد صدر منه عمل غير مشروع سبب ضررا للغير كما سبق القول . فاذا قام المضرور باثبات خطأ التابع ، استفاد المتبوع من هذا الإثبات ولم يعد فى حاجة إلى إثبات خطأ التابع من جديد . ولكن إذا كانت مسئولية التابع فى مواجهة المضرور قائمة على خطأ مفترض فى جانبه افتراضا يقبل اثبات العكس ، كما هو الشأن فى مسئولية المدرس عن التلميذ . أولا يقبل إثبات العكس كما هو الشأن فى مسئولية سائق السيارة عن حوادث السيارة التى فى حراسته . فان المتبوع لا يستفيد من قرينة الخطأ القانونية فى مثل هاتين الحالتين . وعليه هو أن يثبت الخطأ فى جانب التابع .

وإذا أثبت التابع أن الخطأ كان مشتركا بينه وبين المتبوع . فان المسئولية توزع بينهما . ولا يجوز للمتبوع أن يرجع على التابع إلا بقدر نصيبه فى المسئولية فقط .

ويلاحظ أنه إذا رجع المضرور على المتبوع وحده ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يدفع المسئولية عن نفسه إلا بنفى المسئولية عن التابع . فلا يجوز له مثلا أن يدفع مسئوليته بنفى الخطأ من جانبه باثبات أنه كان يباشر الرقابة والتوجيه على أكمل وجه وأنه لم يخف شيء فى اختيار التابع أو فى الاشراف عليه . ولا يجوز له كذلك أن يدفع مسئوليته بنفى علاقة السببية بين الخطأ المنسوب إليه وبين الضرر . كأن يثبت أن الضرر كان يقع ولو اتخذ أشد الاحتياطات فى الاشراف والرقابة على المتبوع . فالطريق الوحيد لدفع المسئولية عن المتبوع . هو نفى المسئولية عن التابع . فتنتفى المسئوليتان فى نفس الوقت . أما إذا قامت مسئولية التابع . فان مسئولية المتبوع تقوم إلى جوارها حتما .

٢٠٣ ـ الأساس القانونى لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع .

حاولت عدة نظريات وضع الأساس القانونى لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع ، وهى نظريات الخطأ المفترض ، وتحمل التبعة ، والنيابة ، والحلول ، والضمان . ولعل أصدق هذه النظريات هى نظرية الضمان . ونستعرض هذة النظريات فيما يلى :

١ ـ الخطأ المفترض : هذه هى النظرية التقليدية ، وهى تذهب إلى أن مسئولية المتبوع تقوم على أساس خطأ مفترض من جانبه ، فى الرقابة والتوجيه ، وأن هذا الخطأ غير قابل لإثبات العكس . غير أن هذه النظرية التى كانت راجحة فى الفقه أصبحت الآن منتقدة فيه ، وأهم الاعتراضات التى توجه إليها ، أنه لو كانت مسئولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض غير قابل لاثبات العكس ، إلا أنه كان المفروض أن يستطيع دفع المسئولية عن نفسه إذا نفى علاقة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر ، كأن يثبت أن الضرر كان سيقع ولو اتخذ أشد الاحتياطات فى الرقابة والتوجيه . وهذا غير جائز له كما سبق القول . ويعترض على هذه النظرية كذلك بأنه لو كان المتبوع عديم التمييز لما أمكن افتراض خطأ فى جانبه ولما قامت مسئوليته عن أعمال تابعيه ، بينما المسلم أن المتبوع عديم التمييز يكون مسئولا عن أعمال تابعيه .

٢ ـ تحمل التبعة : ولهذا حاول البعض تأسيس مسئولية المتبوع على تحمل التبعة . فهو يجنى غنما من النشاط الذى يقوم به تابعه . وعليه أن أن يتحمل الغرم الذى ينشأ عن هذا النشاط . وهو يتحمل ذلك ولو كان عديم التمييز . ولا يجوز له أن ينفى مسئوليته إلا بنفى مسئولية التابع نفسه . ولكن يعاب على هذه النظرية ، أنه لو كانت مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة لما كان هناك أى مبرر لاشتراط الخطأ فى جانب التابع . إذ لا معنى لتطبيق فكرة تحمل التبعة على مسئولية المتبوع دون تطبيقها على

مسئولية التابع نفسه . ومن ناحية أخرى إذا كان المتبوع يلتزم بالتعويض على أساس تحمل التبعة لما كان له الحق فى الرجوع بعد ذلك على التابع ، فهو يستفيد من نشاط التابع ، ويتحمل الغرم الذى ينشأ عن هذا النشاط . فلا يكون له أن يرجع بعد ذلك على التابع الذى تسبب فى الضرر . وقد سبق أن رأينا أن القانون يقرر غير ذلك ويعطى للمتبوع الحق فى الرجوع على التابع .

٣ — النيابة : وقد ذهبت نظرية ثالثة إلى تأسيس مسئولية المتبوع على أساس النيابة . فالتابع نائب قانونى عن المتبوع ، ولذلك يكون المتبوع مسئولا عن أعماله كما يكون الأصيل مسئولا عن التصرفات التى يبرمها نائبه . ولكن يؤخذ على هذه النظرية أنها تطبق نظرية النيابة وهى خاصة بالتصرفات القانونية ، على ما يصدر من المتبوع من أعمال مادية .

٤ — الحلول : وتذهب هذه النظرية إلى أن التابع يحل محل المتبوع فى النشاط الذى يقوم به ، ويعتبر امتدادا له ، فكأن الأعمال قد صدرت من المتبوع نفسه . والتابع يكمل بذلك الصفات التى قد تنقص فى المتبوع كالتمييز مثلا . ويؤخذ على هذه النظرية أنها تقوم على افتراض ومجاز مخالف للواقع وهو أن شخصية التابع تعتبر امتدادا لشخصية المتبوع .

٥ — الضمان : وتذهب النظرية الأخيرة وهى الأكثر قبولا إلى القول بأن المتبوع ضامن للتابع . أى أنه فى حكم الكفيل . والكفالة لم تنشأ هنا عن العقد ، ولكن عن القانون . وهى كفالة تضامنية ، فيجوز للمضرور أن يرجع على الكفيل وهو المتبوع قبل رجوعه على الضمون وهو التابع . ولكن إذا رجع أولا على المتبوع . فان للمتبوع أن يرجع بعد ذلك على التابع بما وفاه عنه . كما يرجع الكفيل على المدين الأصلى بما وفاه عنه . وقد يؤخذ على هذه النظرية أن الكفالة مصدرها العقد ، ولا تنشأ بحكم القانون . ولكن يمكن الرد على هذا الاعتراض . بأنه إذا لم يكن المتبوع كفيلا بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح ، فهو على الأقل ضامن يشبه مركزه مركز الكفيل وتتجه محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بفكرة الكفالة كأساس لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع .

الفصل الثالث

المسئولية الناشئة عن الأشياء

تتحقق مسئولية الشخص عن الشيء إذا كان حارساً له . ونشأ عن هذا الشيء ضرر للغير . فينسب إلى الحارس خطأ فى الحراسة تقوم عـلى أساسه مسئولية الحارس

وقد نص المشرع على ثلاث حالات للمسئولية الناشئة عن الأشياء ، هى مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر ؛ ومسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضرر . ومسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هـذه الأشياء من ضرر . وندرس كل حالة من هذه الحالات فى مبحث مستقل

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان

تنص المادة ١٧٦ مدنى على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر . ولو ضل الحيوان أو تسرب . ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . » . وطبقاً لهذا النص فانه يشترط لقيام هذا النوع من المسئولية أن يكون هناك حيوان فى حراسة شخص . وأن يتسبب هذا الحيوان فى الاضرار بالغير . فاذا توافر هذان الشرطان قامت مسئولية حارس الحيوان . على أساس الخطأ فى الحراسة . وهو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس . وندرس هذه الأحكام بشيء من التفصيل .

٢٠٤ ـ حارس الحيوان .

حارس الحيوان هو صاحب السيطرة الفعلية عليه . ومسئولية حارس الحيوان تقوم على خطأ مفترض فى الحراسة ، ومثل هذا الخطأ لا يمكن أن ينسب إلا للشخص الذى يكون الحيوان تحت اشرافه ورقابته .

والأصل أن حارس الحيوان هو مالكه . ومن يصيبه ضرر من حيوان يستطيع أن يرجع بالتعويض على المالك باعتباره حارس الحيوان دون حاجة إلى اثبات ذلك ، وعلى المالك إذا أراد أن ينفى ذلك باثبات أن الحراسة كانت لشخص آخر غيره .

والحراسة قد تنتقل من المالك إلى الغير كالمنتفع أو المستأجر ، بشرط أن تنتقل إلى أى منهما السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ من الجائز أن يؤجر الحيوان أو يعار ، ولكن تظل السيطرة الفعلية عليه لمالكه .

وكذلك قد تنتقل الحراسة إلى الطبيب البيطرى أو صاحب الاسطبل ، بشرط أن تنتقل إلى أى منهما السيطرة الفعلية على الحيوان .

وكما يكون انتقال الحراسة من المالك إلى شخص آخر بمقتضى اتفاق بينهما كما فى الأمثلة السابقة . فان ذلك قد يحدث دون اتفاق ، كما لو سرق الحيوان من مالكه . فان السيطرة عليه تنتقل إلى السارق سواء كان من أتباع المالك أو شخص غريب عنه ، وفى هذا المثال يتضح أن الحراسة لا تقوم دائماً على أساس حق للحارس على الحيوان . بل تقوم أولا وقبل كل شىء على أساس السيطرة الفعلية على الحيوان .

ويلاحظ أن تابع المالك وهو الخادم والسايس والراعى وغيرهم ، لا يعتبر هو حارس الحيوان ولو كان هو الموكول إليه القيام بالخدمات الخاصة بهذا الحيوان . لأن السيطرة الفعلية تظل مع ذلك للمالك . ولكن التابع قد يصبح هو حارس الحيوان إذا سرقه من مالكه على ما سبق ذكره ،

أو إذا عهد إليه المالك بالسيطرة الفعلية على الحيوان ، كمالك الحصان يعهد به إلى خيال (جوكى) يجرى به فى سباق الخيل .

واصطلاح الحيوان يصدق على كل أنواع الحيوان ، الأليف منها وغير الأليف . كالكلاب والقطط . والمواشى والبهائم . والأسود والنمور . والدواجن والطيور . . الخ . وكل ما يشترط هو أن يكون الحيوان حياً وأن يكون فى حراسة أحد الأشخاص .

٢٠٥ - الحيوان يسبب ضررا للغير .

يشترط لقيام مسئولية حارس الحيوان أن يصدر من الحيوان فعل إيجابى يسبب ضررا للغير . كأن يقوم الحيوان بعض الغير واحداث جرح به ، أو يقتل الغير ، أو يتلف له زراعته أو أى شىء يملكه . ولو كان هذا الشىء حيوانا آخر مملوكا له .

ولا يشترط أن يحدث احتكاك مادى بين الحيوان والشىء الذى حدث فيه الضرر ، فلو كان الحيوان مفترسا وخرج من المكان المخصص له إلى الطريق العام مثيرا الفزع بين الناس . فنتج عن هذا الفزع اصطدام أحد الأشخاص بغيره أو بالأرض فجرح أو مات . فان الضرر فى هذه الحالة يكون من فعل الحيوان .

ومن ناحية أخرى فانه ليس فى كل الحالات التى يحدث فيها احتكاك مادى بين الحيوان وبين من أصابه ضرر ، ينسب فيه الضرر للحيوان . إذ قد يكون الغير هو الذى اصطدم بالحيوان دون أن يصدر أى فعل إيجابى منه ، فلا ننسب الضرر فى هذه الحالة إلى الحيوان .

وإذا وقع ضرر من الحيوان وهو فى صحبة شخص يركبه أو يقوده ، فان الضرر ينسب إلى الحيوان ، حتى تقوم مسئولية حارسه على أساس

الخطأ المفترض ، ولا ينسب إلى الشخص الذى يقوده حتى لا يضطر المضرور إلى إثبات الخطأ فى جانبه .

ويشترط لقيام مسئولية حارس الحيوان على أساس الخطأ المفترض أن يكون الضرر قد أصاب شخصا من الغير . ويعتبر من الغير تابع المالك الذى يقوم بالخدمات اللازمة للحيوان . ويعتبر من الغير المالك نفسه إذا كانت الحراسة قد انتقلت إلى شخص آخر غيره . أما إذا أوقع الحيوان الأذى بنفسه . وكان مالكه هو حارسه . فانه يتحمل بطبيعة الحال الضرر الناشىء عن ذلك ولا يرجع به على أحد . وإذا أوقع الحيوان الأذى بنفسه وكان فى حراسة شخص آخر غير مالكه . فان المالك لا يرجع بالتعويض على الحارس على أساس الخطأ المفترض ، بل يرجع عليه على أساس الخطأ الواجب الاثبات . فالمسئولية على أساس الخطأ المفترض قاصرة على الحالات التى يسبب فيها الحيوان ضررا للغير .

٢٠٦ - الخطأ المفترض غير قابل لاثبات العكس .

مسئولية حارس الحيوان تقوم على أساس خطأ مفترض فى جانبه ، وهو الخطأ فى حراسة الحيوان والسيطرة عليه بما لا يسبب ضررا للغير . وهذا الخطأ المفترض غير قابل لاثبات العكس وبصفة خاصة فان الحارس لا ينفى المسئولية عن نفسه إذا هو أثبت أن الحيوان ضل أو تسرب ، لأنه إذ يتمسك بذلك فانه لا ينفى عن نفسه الخطأ بل يؤكده ، فالخطأ يقوم فى كل حالة يخرج فيها الحيوان عن سيطرة حارسه ويسبب ضررا للغير . ومع ذلك فان الحارس يستطيع نفى مسئوليته إذا هو نفى علاقة السببية بين الخطأ المفترض فى جانبه وبين الضرر ، ويكون ذلك باثبات السبب الأجنبى الذى نشأ عنه الضرر ، كالقوة القاهرة ، أو الحادث الفجائى ، أو خطأ الغير . أو خطأ المضرور . ويتضح هذا من نص المادة ١٧٦ السابق ذكرها الذى يقرر أن الحارس يكون مسئولا . « ولو ضل الحيوان أو تسرب . ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » .

المبحث الثانى

مسئولية حارس البناء

٢٠٧ – نص القانون .

تنص المادة ١٧٧ مدنى على انه(١) حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه . (٢) ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فاذا لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه » .

ويتضح من هذا النص أنه يشترط لقيام المسئولية أن يكون هناك بناء فى حراسة شخص ، وأن يحدث ضرر للغير نتيجة لانهدام البناء . فاذا توافر هذان الشرطان قامت مسئولية حارس البناء على أساس خطأ مفترض فى جانبه . وندرس هذه المسائل فيما يلى .

٢٠٨ – حارس البناء .

حارس البناء بحسب الأصل هو مالكه . ومن يصيبه ضرر من انهدام بناء يستطيع الرجوع على مالكه باعتباره الحارس له ، ولا يطالب باثبات ذلك ، بل على المالك أن ينفى عن نفسه صفة الحارس إذا أراد أن ينفى مسئوليته . والحراسة تقوم على السيطرة الفعلية على البناء . فاذا انتقلت السيطرة الفعلية من المالك إلى غيره . أعتبر هذا الأخير حارسا للبناء وكان مسئولا عن هذه الحراسة فى مواجهة المضرور .

ومن الأشخاص الذين قد تنتقل إليهم الحراسة على البناء ، المنتفع والمحتكر ، والمرتهن رهن حيازة ، أما المستأجر والمستعير . فلا تنتقل حراسة البناء إليهما بل تظل للمالك .

والحراسة لا تنتقل للمالك الجديد للبناء إلا بتسليمه له ، فالمشترى الذى سجل عقد البيع وأصبح مالكا للبناء . لا يصبح حارساً له إلا إذا تسلمه من البائع فعلا . وكذلك فان البناء أثناء تشييده يكون فى حراسة المقاول ، ولا يصبح المالك حارساً له إلا بعد أن يتسلمه من المقاول .

والمقصود بالبناء هو كل مكان مشيد من الطوب أو الحجر أو الطين اوالخشب أو الجير أو الحديد . أو غير ذلك من المواد . سواء وجد فى القرية أو فى المدينة . وسواء استخدم للسكن أو للتجارة أو الصناعة أو الزراعة . وسواء أقيم فوق سطح الأرض أو تحت سطح الأرض . ويصدق ذلك على المنازل والمخازن والزرائب ، والكبارى والأنفاق ، والخزانات والسدود . والتماثيل التى تثبت بالأرض . ويصدق لفظ البناء . على البناء المكتمل . أو الذى فى مرحلة التشييد .

٢٠٩ – ضرر للغير بسبب انهدام البناء .

يشترط لقيام مسئولية حارس البناء أن يحدث ضرر للغير نتيجة لتهدم البناء ، سواء رجع ذلك إلى قدم البناء أو عيب فيه أو إهمال فى صيانته . ومن الأمثلة على ذلك أن يسقط سقف البناء أو يتهدم السلم أو يقع حائط . أو تنهار شرفة .

وإذا ضرب البناء بالقنابل فى حرب ، أو شب فيه حريق ، وتهدم البناء فى الحال نتيجة للضرب بالقنابل أو نتيجة للحريق . فان هذا لا يعتبر انهداماً يسأل عنه الحارس على أساس الخطأ المفترض . ولكن إذا مر بعض الوقت بعد الضرب بالقنابل ، أو بعد الحريق . ثم تهدم البناء بعد ذلك فان الحارس يكون مسئولا عن تهدمه ، الذى لا يعتبر فى هذه الحالة راجعا إلى الحرب أو إلى الحريق . بل إلى خطأ الحارس فى الصيانة .

ويجب أن يحدث الضرر نتيجة لتهدم البناء تهدما فعليا ، أما إذا كا -

البناء مهددا فقط بالتهدم ، وبالتالى لم يحدث منه ضرر ، فانه لا يستحق تعويض بطبيعة الحال . ومع ذلك فان المشرع أعطى لمن يهدده البناء بضرر نتيجة لتهدمه المتوقع ، أن يتخذ اجراءا وقائيا يمنع به الضرر قبل حدوثه ، وله فى هذا السبيل ، أن يطلب من الحارس أن يقوم بالاصلاحات اللازمة لدرء الخطر ، فاذا لم يفعل ذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة فى إتخاذ هذه التدابير على حسابه .

٢٠٩ ـ الخطأ المفترض فى الحراسة .

تقوم مسئولية حارس البناء على أساس خطأ مفترض فى جانبه يتمثل إما فى قدم البناء ، أو عيب فيه ، أو إهمال فى صيانته . وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس . فالحارس يستطيع أن ينفى عن نفسه الخطأ ، وبالتالى ينفى عن نفسه المسئولية ، إذا هو أثبت أن البناء لم يكن فى حاجة إلى اصلاح أو تجديد ، وأنه كان قائما بكل ما يحتاج إليه البناء من صيانة وترميم .

وحارس البناء يستطيع أيضا أن ينفى مسئوليته إذا هو نفى علاقة السببية بين الخطأ المفترض فى جانبه وبين الضرر . بأن أثبت أن الضرر راجع إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة . زلزال أو فيضان أو غير ذلك . أو فعل الغير ، كاعتداء وقع من العدو فى أثناء الحرب . أو خطأ المضرور نفسه ، كأن يكون المضرور قد منع الحارس من اصلاح العيب أو التلف ، أو كان هو الذى أحدث التلف فى البناء مما أدى إلى تهدمه .

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء

٢١٠ ـ نص القانون .

تنص المادة ١٧٨ مدنى 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 ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » .

ويتضح من هذا النص أن المسئولية الناشئة عن حراسة الأشياء أشد من المسئولية عن الأفعال الشخصية . فهى تقوم على خطأ مفترض فى الحراسة . وهو خطأ غير قابل لإثبات العكس . والتشديد فى المسئولية على هذا النحو تقتضيه الطبيعة الخطرة لبعض الأشياء التى أصبح الانسان يستخدمها فى العصر الحديث نتيجة لاختراع الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء الخطرة . فاذا اشترط القانون اثبات خطأ الانسان الذى يتولى حراسة هذه الأشياء للتعويض عن الأضرار التى تصيب الغير منها . لأدى ذلك إلى إضعاف فرصة المضرور فى الحصول على تعويض عن الضرر الذى أصابه لأن اثبات الخطأ أمر صعب دائما من الناحية العملية . ولذلك أقام المشرع مسئولية حارس الأشياء الخطرة دون اشتراط اثبات خطأ من جانبه . بل ولا يستطيع هو نفى الخطأ عن نفسه . وكل ما يستطيعه هو نفى علاقة السببية باثبات السبب الأجنبي . ويشترط لقيام المسئولية على هذا النحو أن تكون هناك آلات أو أشياء خطرة فى حراسة شخص ، وتحدث ضرر من هذه الأشياء لشخص آخر . وندرس هذه المسائل فيما يلى .

٢١١ - حارس الأشياء الخطرة

حارس الأشياء الخطرة هو من له عليها السيطرة الفعلية . وهذا هو نفس المعيار الذى طبقناه على حارس الحيوان . وهناك قرينة قانونية على أن مالك الأشياء هو حارسها . ولا يطالب المضرور باثبات ذلك ، بل هو يرجع على المالك بالتعويض ، ولهذا الأخير أن ينفى المسئولية عن نفسه باثبات أن الحراسة كانت لشخص آخر غيره . والحراسة قد تنتقل من المالك إلى الغير بمقتضى عقد يتصل بالشيء ، كانتقالها إلى المنتفع والمرتهن رهن حيازة .

وكذلك فان انتقال الأشياء المنقولة إلى المستأجر والمستعير يؤدى إلى انتقال الحراسة إلى أى منهما . واعطاء الآلة إلى ميكانيكى يقوم باصلاحها يؤدى إلى انتقال الحراسة عليها إلى هذا الشخص ، فهو الذى أصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها أثناء قيامه باصلاحها .

والعبرة فى كل ذلك بالحراسة الفعلية وليس الحق القانونى على الشىء ، فسارق السيارة تنتقل إليه حراستها بحسب ما قررت الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية .

وبالنسبة لسائق السيارة فالرأى السائد أنه لا يعتبر حارسا لها ، بل تظل الحراسة للمالك ، ولو وقع الضرر فى وقت كان السائق يقودها بمفرده دون أن يوجد معه مالك لها . والمضرور إما أن يرجع على المالك باعتباره متبوعا يسأل عن تابعه ويتعين فى هذه الحالة اثبات خطأ التابع ، أو يرجع عليه باعتباره حارساً لشىء خطر على أساس خطأ مفترض فى جانبه افتراضا لايقبل اثبات العكس ، ولاتكون هناك حاجة إلى اثبات الخطأ فى جانب السائق .

ولكن يلاحظ أن السيطرة الفعلية قد تنتقل من مالك السيارة إلى السائق ، وهذه مسألة واقع يستوثق منها القاضى بحسب ظروف الدعوى .

أما الأشياء التى تؤدى الأضرار الناجمة عنها إلى مساءلة حارسها على هذا النحو ، فهى الأشياء الخطرة . وقد اعتبر القانون أن الآلات الميكانيكية من الأشياء الخطرة فى جميع الأحوال . أما غير الآلات الميكانيكية فانها قد تكون أيضا أشياء خطرة إما بطبيعتها أو بحسب الظروف الملابسة بها . ومن الأشياء الخطرة بطبيعتها الأسلحة والمفرقعات والأدوية والزجاج والمواد الكيماوية . . الخ . ومن الأشياء الخطرة بحسب الظروف الملابسة لها ، عربة الركوب فهى تعتبر خطرة بالنسبة للمارة وإن كانت لا تعتبر كذلك بالنسبة

للسيارات ، والشجرة إذا اقتلعت من جذورها وأصبحت تهدد كل من يمر بجوارها ، ومن هذين المثلين يتبين أن كل شيء غير خطر بطبيعته يمكن أن يصبح خطرا فى ظروف معينة بالذات .

ويلاحظ أن لفظ الشيء يصدق على كل شيء باستثناء الأشياء غير المادية والحيوان والبناء .

٢١٢ - حدوث ضرر بفعل الشيء .

يشترط لقيام مسئولية حارس الأشياء أن يقع ضرر نتيجة لحركة إيجابية صادرة من الشيء . ولا يشترط أن تتمثل هذه الحركة فى احتكاك مادى بين الشيء وبين المكان الذى حدث فيه الضرر . فاذا ارتكب قائد سيارة خطأ فى قيادته كأن انحرف إلى يسار الطريق أو سلط ضوء كشافه على سيارة مقبلة أو حاول تخطى سيارة تسبقه فى الوقت الذى كانت هناك سيارة أخرى قادمة من الطريق العكسى . . الخ . وترتب على واحد من هذه الأفعال أن حاول أحد المارة أو سائق سيارة أخرى أن يتفادى بأى شكل آثار حركة السيارة الأولى ، ولكنه لم ينجح فى ذلك واصطدم بالرصيف أو بحائط أو بسيارة ثالثة . . الخ . فان حارس السيارة الأولى يكون مسئولا عن هذا الضرر .

ولكن الغالب أن يحدث الضرر نتيجة احتكاك مادى بين الشيء الخطر وبين موقع الضرر .

وفى جميع الأحوال يجب أن يحدث الضرر نتيجة حركة إيجابية من جانب الشيء الخطر ، أما إذا كان الشيء ساكنا ، كسيارة تقف فى موقف للسيارات ، واصطدم بها شخص أو شيء نشأ عنه ضرر أصاب هذا الشخص أو لحق هذا الشيء ، فلا يعتبر هذا الضرر ناشئا عن السيارة الواقفة

فى مكانها دون حركة . ويلاحظ أن الضرر قد يقع من الشىء الخطر نتيجة لحركة ذاتية فيه ، ودون أن تحركه يد انسان ، ولا شك أن حارس الشىء يكون مسئولا عنه فى هذا الفرض .

ولكن قد يقع الضرر من الشىء وهو فى يد إنسان تحركه ، كالسيارة يقودها سائق . وبالنسبة لهذا الفرض كان هناك إتجاه فى القضاء الفرنسى يذهب إلى أنه إذا لم يكن الضرر قد نتأ عن عيب ذاتى فى السيارة : فانه يتعين إثبات خطأ السائق . وغنى عن الذكر أن هذا الاتجاه يؤدى إلى التخفيف من مسئولية حارس الأشياء الخطرة إلى أقصى حد ، لأنه من الصعب دائما اثبات خطأ السائق . ولهذا عدل القضاء الفرنسى عن هذا الاتجاه ، وقرر أنه سواء نتج الضرر عن حركة ذاتية للشىء . أو نتج والشىء بيد إنسان تحركه ، فلا يلام اثبات خطأ الانسان ، بل تقوم المسئولية مباشرة على عاتق الحارس على أساس خطأ مفترض فى جانبه . وهذا الحكم هو جوهر المسئولية الناشئة عن حراسة الأشياء الخطرة . فطالما أن الشىء خطر فى ذاته أو بحسب الظروف فان حارسه يكون مسئولا عن الأضرار التى تصيب الغير منه دون حاجة إلى اثبات خطأ فى جانبه .

٢١٣ - الخطأ المفترض فى الحراسة :

تقوم مسئولية الحارس على أساس خطأ مفترض فى حراسة الشىء والسيطرة عليه ، فهو لو كان قد أحكم الحراسة : لما أفلت زمام الشىء من يده . ولما أصاب الغير بضرر .

وهذا الشىء مفترض افتراضا لايقبل اثبات العكس ، بل لا يتصور بشأنه إثبات العكس . إذ كل ما يستطيع الحارس أن يثبته هو أنه بذل العناية الواجبة للسيطرة على الشىء : ولكن زمام الشىء أفلت مع ذلك من يده . ولكن الحارس إذ يثبت ذلك فهو يؤكد خطأه ولا ينفيه عن نفسه . لأن الخطأ فى الحراسة ليس سوى إفلات زمام الشىء من يد حارسه بما

يسبب ضرراً للغير . وبتعبير آخر فان الحارس يلتزم التزاما بتحقيق نتيجة ، هى ألا يفلت زمام الشيء من يده ، وإلا يسبب ضررا للغير ؛ فاذا لم تتحقق هذه النتيجة ؛ كان الحارس مخطئا ولا يستطيع نفى هذا الخطأ بأى شكل .

ومع ذلك فان الحارس يستطيع نفى المسئولية عن نفسه إذا هو نفى علاقة السببية بين الخطأ المفترض فى جانبه وبين الضرر . وهو ينفى علاقة السببية إذا أثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي ، كقوة قاهره ، أو حادث فجائى ، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه . وفى هذا تقرر المادة ١٧٨ أن مسئولية الحارس تقوم « ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من احكام خاصة» .

ومن أهم الأحكام الخاصة التى يشير إليها النص فى عبارته الأخيرة . مسئولية رب العمل عن إصابات العمل ، فهى تقوم على أساس تحمل التبعة وليس على أساس الخطأ المفترض . وقد سبق أن ذكرنا ذلك من قبل .

الباب الرابع

الاثراء بلا سبب

الإثراء بلا سبب مصدر من مصادر الالتزام . والإثراء بلا سبب واقعة قانونية مؤداها أن يثرى شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع ، أو أن يفتقر شخص لمصلحة شخص آخر دون مبرر مشروع . فاذا حدثت هذه الواقعة نشأ عنها التزام فى ذمة من أثرى بأن يرد ما أثرى به إلى من افتقر بسبب هذا الإثراء وفى حدود هذا الافتقار .

وقد نص المشرع على القاعدة العامة فى اعتبار الاثراء بلا سبب مصدرا عاما من مصادر الالتزام ، ونص كذلك على تطبيقين هامين لهذه القاعدة هما دفع غير المستحق ، والفضاله . وندرس القاعدة العامة فى الاثراء بلا سبب فى فصل أول ، وأهم تطبيقات هذه القاعدة فى فصل ثان .

الفصل الأول

القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب

٢١٤ - الأساس القانونى للقاعدة

الأساس القانونى للالتزام الناشىء عن الاثراء بلا سبب هو نفس الأساس القانونى للالتزام الناشىء عن العقد ، أو الالتزام الناشىء عن العمل غير المشروع ، وهذا الأساس هو فكرة العدل ذاتها . وقد سبق أن رأينا أن العقد يقوم اساسا على فكرة العدل ، وانه يستمد قوته الملزمة من قرينة مؤداها أن ما ترضاه الإرادة لصاحبها إنما يعبر عن العدل الذى يستحقه صاحب هذه الإرادة . وقد سبق أن رأينا أن هذه القرينة تقبل اثبات العكس فى بعض الحالات الاستثنائية الخاصة ، كالإذعان ، أو الحوادث الطارئة ، أو الاستغلال . وأنه فى مثل هذه الحالات أجاز المشرع للقاضى أن يعدل العقد حتى يعيد التوازن إليه على أساس العدل .

وكذلك فان الالتزام الناشىء عن العمل غير المشروع يقوم أساسا على العدل . لأن العدل يقتضى أن من سبب بخطئه ضررا للغير يلتزم بتعويض هذا الضرر

ونفس القول ينطبق كذلك على الإثراء بلا سبب . فان من أثرى على حساب شخص آخر دون سبب مشروع يلتزم طبقا للعدل أن يعوض هذا الشخص عما أصابه من افتقار ، فى حدود ما عاد عليه هو من إثراء . ولعل أصدق تعبير عن كل المبادىء السابقة ، هو ما قاله أرسطو عن العدل التبادلى ، « إذا تسبب فعل أو تصرف فى احداث ضرر مادى أو معنوى لشخص من الأشخاص ، فان العدل التبادلى يقتضى من ذلك الذى سبب هذا الضرر ، أو اغتنم منه ، أن يرد إلى الطرف الآخر ، مقابل هذا الضرر ،

حتى يكون لكل منهما بعد حدوثه ، ما كان لهما قبل ذلك » (أرسطو ، الأخلاق ، ٥ ، ٤ : ١٣) .

ولا زالت عبارات أرسطو الخالدة هى التعبير الوحيد المقبول الذى يفسر لماذا يلتزم شخص فى مواجهة شخص آخر . أيا كان مصدر هذا الالتزام . فالعدل هو أساس القانون . ومصادر الالتزام المختلفة لا تعدو أن تكون وسائل صياغة فنية اصطنعها القانون لتحقيق العدل فى معاملات الأفراد . غير أن الوصول إلى العدل — وهو أساس القانون وهدفه أيضا — يحتاج إلى ضبط الوسائل المستخدمة لإدراك هذه الغاية . ويكون ذلك عن طريق اتقان فن الصياغة القانونية المتمثلة فى نظريات القانون المختلفة . ومن هنا كانت أهمية نظريات القانون وأدواته وقوالبه . ونظرية الإثراء بلا سبب ليست سوى واحدة من هذه النظريات الهامة التى يستعين بها القانون لتحقيق العدل . ولذلك لا يبدو مقبولا محاولة تأصيل هذه النظرية على أساس نظرية أخرى مثلها . بينما هى تستند مباشرة إلى أساس القانون كله وهو العدل .

وبالفعل فقد حاول البعض تأصيل نظرية الإثراء بلا سبب على أساس العمل غير المشروع أو تحمل التبعة . أو الفضاله .

ومن الفقهاء الذين قالوا أن أساس نظرية الإثراء بلا سبب هو مبدأ التعويض عن العمل غير المشروع ، الفقيه الفرنسى بلانيول ، ووجهة نظره إن عدم قيام من أثرى على حساب غيره برد ما أثرى به إلى المفتقر هو عمل غير مشروع من جانبه ، فيكون أساس التزامه بالرد هو العمل غير المشروع . ويعيب هذا الرأى أن الالتزام الناشىء عن الإثراء بلا سبب لا ينشأ عن واقعة عدم رد الاثراء ، بل ينشأ عن واقعة الاثراء ذاتها ، وهى واقعة قانونية مشروعة ، حتى أن الاثراء يسمى أحيانا بالعمل النافع للمقابلة بينه وبين العمل غير المشروع وهو العمل الضار .

أما محاولة تأسيس نظرية الإثراء بلا سبب على أساس نظرية تحمل التبعه ، فمؤداها أن نظرية الإثراء بلا سبب هى الوجه الآخر لنظرية تحمل التبعة . فاذا كان مقتضى هذه النظرية الأخيرة أن من جنى غنما من أى نشاط يبذله . كان عليه أن يتحمل الغرم الذى ينشأ عن هذا النشاط . إذا الغرم بالغنم ، فان مقتضى النظرية الأولى أن من تسبب بنشاطه فى اثراء شخص آخر على حسابه كان له أن يسترد هذا الإثراء . ويعيب هذا التأصيل أن نظرية تحمل التبعة هى ذاتها غير راجحة فى القانون ، فضلا عن أن تطبيقها على الإثراء يقتضى أن يكون الاسترداد بقدر اثراء المثرى . دون تقييد ذلك بحدود افتقار المفتقر ، وهذا مخالف لحكم أساسى فى نظرية الإثراء بلا سبب .

ومن النظريات التى حاولت تأصيل نظرية الإثراء بلا سبب . تلك التى ذهبت إلى أن الإثراء هو تطبيق لنظرية الفضالة . فهى فضالة ناقصة . وتكون الفضالة كاملة إذا قام شخص بأمر عاجل لشخص آخر وهو يقصد تدبير شئون هذا الشخص ومن غير معارضة منه . وفى الفضالة الكاملة يكون للفضولى أن يرجع على رب العمل بكل ما أنفقه لحسابه على النحو الذى سندرسه فى هذا الخصوص . ولكن إذا قام الفضولى بنشاط دون أن يقصد تدبير شئون شخص آخر ، أو قام به رغم معارضة هذا الشخص . فان الفضالة تكون ناقصة وليست كاملة . ويكون للفضولى أن يرجع على رب العمل لا بكل ما أنفقه . ، لكن بأقل القيمتين قيمة ما أثرى به رب العمل . أو قيمة ما أنفقه الفضولى من ماله وهو الافتقار . وهذا هو الحكم فى الإثراء بلا سبب ، فهو إذن تطبيق من تطبيقات الفضالة ، أو هو فضالة ناقصة .

والواقع أن هذا الرأى يتفق مع مرحلة معينة من مراحل التطور التاريخى لنظرية الإثراء بلا سبب ، ولكنه لا يتفق مع المرحلة التى وصلت إليها

النظرية أخيراً . فمن المعروف أنه لم تكن هناك قاعدة عامة للإثراء بلا سبب فى القانون الرومانى ، ولكن كانت توجد تطبيقات خاصة لهذه القاعدة فقط . وقد انتقلت هذه التطبيقات إلى القانون الفرنسى القديم ، حيث اختلطت فيه بنظرية الفضالة ؛ حتى أن بوتييه ، عرف الإثراء بلا سبب بأنه فضالة اختل ركن من أركانها . ومثل هذه النظرية لا تتفق مع القانون الحديث الذى أصبحت فيه قاعدة الإثراء قاعدة عامة لا تقتصر على حالة الفضالة وحدها . والواقع أن الفضالة هى نفسها تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب . فالفضالة فرع أما الإثراء بلا سبب فأصل ، والصحيح أن الفرع يستند إلى الأصل ، لا أن يفسر الأصل برده إلى الفرع .

ولا بد إذن من الاعتراف لنظرية الإثراء بلا سبب بمكانها المستقل ضمن مصادر الالتزام . وهى بهذا تعتبر نظرية أساسية من نظريات القانون . ومبدأ من مبادئه الأساسية . وهى كغيرها من مبادىء القانون تستند مباشرة إلى فكرة العدل ؛ وليس هناك ما يدعو إلى تأصيلها على أساس نظرية أخرى مثلها أو أقل منها . وقد كشفت المحاولات التى بذلت فى هذا الشأن الشأن عن قصورها وعجزها .

٢١٥ — موقف المشرع المصرى من قاعدة الإثراء بلا سبب .

جدير بالذكر أن المشرع المصرى قد وصل بنظرية الإثراء بلا سبب إلى آخر مرحلة من مراحل تطورها . فلئن أصبح الإثراء بلا سبب مصدرا عاماً من مصادر الالتزام فى القانون الفرنسى ، بعد مراحل عديدة من التطور ؛ إلا ان القانون الفرنسى لازال يشترط حتى الآن أن يكون الإثراء باقيا وقت رفع الدعوى . ومن ناحية أخرى فهو لا يجيز الالتجاء إلى نظرية الإثراء بلا سبب إلا إذا لم توجد دعوى أخرى يمكن الرجوع بها . وهذه هى الصفة الاحتياطية للإثراء . أما المشرع المصرى ، فقد حرر النظرية من هذين القيدين . فلا هو يشترط أن يكون الإثراء قائما وقت رفع الدعوى . ولا هو يجعل دعوى الإثراء دعوى احتياطية .

وقد نص المشرع على القاعدة العامة فى الإثراء فى المادة ١٧٩ وهى تنص على أن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به تعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد » .

ويلاحظ أن الاثراء هو واقعة قانونية . وليس تصرفا قانونيا . ويمكن رد مصادر الالتزام إلى قسمين : فمنها ما هو تصرف قانونى ، أى تصرف إرادى ويشمل هذا العقد ، والإرادة المنفردة ، والقانون . وحكم القاضى . ومنها ماهو واقعة قانونية ، ويشمل هذا العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وندرس فيما يلى شروط الإثراء بلا سبب ، والأحكام التى تترتب على توافر هذه الشروط .

المبحث الأول

شروط الإثراء بلا سبب

حتى يتحقق الاثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام لا بد أن يثرى شخص وهو الذى يصبح مدينا فى الالتزام . وأن يترتب على هذا الاثراء افتقار شخص آخر وهو الدائن فى هذا الالتزام . ، أن يكون ذلك بغير سبب مشروع . وندرس فيما يلى اثراء المدين ، وافتقار الدائن . وانعدام السبب ، وكذلك قاعدة عدم اشتراط بقاء الإثراء قائما وقت رفع الدعوى . أو أن تكون دعوى الاثراء دعوى احتياطية .

١ - § إثراء المدين

٢١٦ - الصور المختلفة للاثراء

للإثراء صور مختلفة فهو قد يكون إيجابيا أو سلبيا . وقد يكون مباشرا أو غير مباشر ، وقد يكون مادياً أو معنوياً . ، أيا ما كانت صورة الإثراء

فهو شرط أولى بدونه لا ينشأ التزام . فاذا قام شخص بعمل وهو يعتقد أنه يترتب عليه اثراء شخص آخر ، ولم يتحقق هذا الإثراء فعلا ، فانه لا يرجع عليه بشيء ولو كان هو قد افتقر من هذا العمل . فالشخص الذى يوفى دين شخص آخر . ويكون هذا الدين قد انقضى قبل ذلك بأى سبب من الأسباب . فانه لا يكون قد بسبب اثراء للمدين بهذا الدين ، ولو كان هو قد افتقر بما دفعه من ماله . وهو إذ يمتنع عليه الرجوع على المدين فى هذا الدين الذى كان قد انقضى من قبل إلا أنه قد يحق له الرجوع على الدائن الذى استوفى هذا الدين بعد انقضائه إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على النحو الذى سندرسه فيما بعد .

والإثراء قد يكون إيجابيا إذا أدى إلى زيادة فى الجانب الإيجابى لذمة الشخص الذى أثرى ، كأن يتلقى مبلغا من النقود لاحق له فيه ، أو أن يقوم شخص باقامة بناء أو غراس فى أرض شخص آخر ، أو أن يقوم المستأجر بتحسينات فى العين المؤجرة بعد انقضاء عقد الإيجار ودون التزام عليه فى ذلك . أو أن يحصل شخص على تيار كهربائى أو مياه أو غاز بتوصيلات خارجية غير متفق على وضعها بين هذا الشخص وبين الشركة الموردة للمياه أو الغاز أو الكهرباء . أو أن يستفيد شخص من عمل شخص اخر كرسم هندسى ، أو كشف أثرى دون اتفاق مع صاحب الرسم أو صاحب الكشف . . الخ .

والاثراء يكون سلبيا إذا أدى إلى الانقاص من الجانب السلبى لذمة الشخص الذى اثرى . والمثل التقليدى على ذلك أن يوفى شخص عماله دين غيره . فيثرى المدين فى هذا الدين لأن التزامه قبل دائنه قد انقضى بالوفاء الذى قام به الشخص الآخر . ومن الأمثلة على ذلك أيضا تجنيب خسارة محققة لشخص من الأشخاص كاطفاء نار اشتعلت فى منزله وتكون وسيلة الاطفاء هى استخدام الأنابيب الخاصة لمقاومة الحريق . فيثرى صاحب

المنزل بقدر ما تجنبه من آثار الحريق ، ويفتقر من قام بالاطفاء بقدر ما بذله من جهد ونفقة فى هذا السبيل .

والإثراء يكون مباشرا أو غير مباشر . وهو يكون مباشرا إذا إنتقلت القيمة المالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى بواسطة أى منهما دون تدخل من شخص آخر . وكل الأمثلة السابق إعطائها كان الإثراء فيها مباشرا . ويكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل شخص ثالث فى نقل هذه القيمة المالية بين المثرى والمفتقر . مثال ذلك ربان السفينة الذى يلقى بعض البضائع المشحونة فيها لانقاذ بضائع أخرى . فيثرى من من أنقذت بضائعه على حساب من القيت بضائعه ، ويكون ذلك بفعل شخص ثالث هو الربان .

والإثرا يكون ماديا أو معنوياً . والأصل أن يكون الاثراء مادياً يتمثل فى قيمة مالية كما هو الشأن فى كل الأمثلة التى ذكرناها . ومع ذلك فمن المسلم به الآن أن الإثراء قد يكون معنوياً . فالمدرس الذى يعلم التلميذ يؤدى إلى اثرائه اثراءا معنوياً بزيادة ثقافته . والطبيب الذى يعالج مريض يؤدى إلى اثرائه اثراءا معنوياً يتمثل فى تحسن صحته . والإثراء المعنوى يقبل التقويم بالنقود ويجب فيه الاسترداد بقدر افتقار الطرف الآخر .

§ ٢ - افتقار الدائن

٢١٧ - اثراء المدين نشأ عن افتقار الدائن

إذا أثرى شخص دون أن يفتقر شخص آخر . فلا ينشأ أى التزام على المثرى ، لأن الالتزام يكون فى حدود أقل القيمتين ، الإثراء أو الافتقار وقد تبين أنه لم يحدث افتقار لأى شخص . فلا يكون هناك التزام بأى شىء . فاذا قام مشترى العقار المرهون بدفع الثمن لا إلى البائع ولكن إلى الدائن المرتهن لهذا العقار . وترتب على ذلك إثراء المدين الراهن بقدر ما انقضى من دينه قبل الدائن المرتهن ، إلا أن المشترى الذى وفى هنا

الدين لا يرجع عليه بما وفاه لأنه لم يفتقر بهذا الوفاء شيئا فهو كان ملزما بدفع نفس المبلغ الذى دفعه ، وبدلا من أن يدفعه لدائنه وهو البائع ، قام بدفعه لدائن دائنه وهو المرتهن للعقار المبيع .

والافتقار له صور متعددة تقابل الصور المتعددة للإثراء .

فالافتقار يكون إيجابيا إذا أعطى المفتقر من حقوقه أو من أمواله ، كمن يدفع دين غيره . ويكون سلبيا إذا فاتت على المفتقر منفعة كان يستحقها كمالك الأرض يستغلها شخص آخر بغير عقد إيجار وبدون دفع أجرة . والافتقار يكون مباشرا أو غير مباشر فى نفس الأمثلة السابق ذكرهـا للاثراء المباشر والاثراء غير المباشر . والافتقار يكون فى الأصل ماديا ، إلا أنه قد يكون معنويا طالما يمكن تقويمه بالنقود ، والغالب أن يتمثل الافتقار المعنوى فى فقدحق من حقوق المؤلف أو المخترع وهى حقـوق ذات طابع مادى وأدبى فى نفس الوقت . وأيا ما كان نوع الافتقار . فيجب أن يكون هو السبب المنتج للإثراء . أى ينبغى أن تقوم علاقة السببية بين الاثراء والافتقار على النحو السابق دراسته فى باب المسئولية . وإذا تعددت الأسباب التى أدت إلى الاثراء فانه لايحسب منها إلا السبب المنتج . فاذا كان افتقار الدائن هو السبب المنتج لإثراء المدين نشأ الالتزام . بشرط توافر الشرط الثالث هو انعدام سبب الإثراء .

§ ٣ - انعدام سبب الاثراء

٢١ - المقصود بالسبب .

إذا أثرى شخص على حساب شخص آخر ، وكان هناك سبب مشروع يبرر هذا الاثراء . فان المثرى لا يلتزم بشىء فى مواجهة المفتقر . فشرط قيام الالتزام الناشىء عن الاثراء هو أن يكون الإثراء بغير سبب مشروع . ولذلك فانه من الأهمية بمكان تحديد المقصود بالسبب .

وقد عرف البعض السبب بأنه المبرر الأدبى الذى يجعل الاثراء مشروعا ولا يرتب التزاما فى ذمة المثرى برد ما أثرى به إلى المفتقر . ولكن فكرة المبرر الأدبى تتصل بجوهر القاعدة وهو العدل ، وليس بصياغتها الفنية . والصياغة الفنية لنظريات القانون هى الوسيلة اللازمة لإدراك العدل ، فاذا لم تكن هذه الوسيلة منضبطة انضباطا تاماً ، وقف القانون عند مرحلة بدائيه هى مرحلة الاحساس بالعدل ، دون التعبير عنه تعبيرا فنيا ، ودون إدراكه إدراكا حقيقيا .

وفكرة السبب فى قاعدة الاثراء ، هى فكرة فنية ، المقصود بها إحكام القاعدة من ناحية الصياغة حتى يمكن استخدامها لتحقيق الغرض منها وهو العدل . ولذلك لا يمكن أن يكون للسبب هنا إلا مدلولا فنيا . وهو على وجه التحديد المصدر القانونى للاثراء . فاذا كان هناك مصدر قانونى للاثراء ، فان الاثراء يكون له سبب . ولا ينشأ على عاتق المثرى أى التزام نتيجة لهذا الاثراء .

والمصدر القانوني للاثراء إما أن يكون عقدا أو حكما من أحكام القانون .

والعقد بأنواعه المختلفة يؤدى إلى انتقال الحقوق المالية من ذمة إلى أخرى . والمفروض أن يتم ذلك على أساس التعادل بين الالتزامات المتقابلة . بحيث لا يثرى طرف على حساب طرف . على أن التعادل المقصود هو التعادل الارادى الذى تحدده إرادة كل من المتعاقدين ، لأن ما تراه الإرادة معادلا عادلا لصاحبها ، فان القانون يعتبره كذلك ، فالمفروض أن الانسان لا يضر بنفسه ، والقانون لا يقيم أوصياء على الناس فى معاملاتهم طالما كانوا متمتعين بالأهلية القانونية وفق شروطها . ومن هنا جاء مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين . ومن هنا جاء مبدأ آخر وهو أن الغبن فى العقود وهو عدم التعادل فى الالتزامات المتقابلة لا يؤثر فى صحتها أو قوتها الملزمة ، ما لم

تقترن به ظروف خاصة كاذعان أو استغلال أو حوادث طارئة . . الخ ، فانه يجوز فى مثل هذه الحالات التدخل فى العقد لاعادة التعادل بين الالتزامات المتقابلة . ولكن هذه الحالات استثنائية ، يجب أن تظل كذلك احتراما لقوة العقد الملزمة . والعقد هو أهم الوسائل القانونية لقيام المعاملات بين الناس على أساس من الثقة والعدل .

وعلى هذا النحو إذا لحق شخص غبن نتيجة عقد من العقود : فلا يجوز له أن يرجع على الطرف الآخر فى العقد طبقاً لمبدأ الاثراء بلا سبب لأن الاثراء كان له سبب وهو العقد القائم بين الطرفين .

ولكن لا يشترط أن يكون العقد قائما بين المثرى والمفتقر حتى يكون للاثراء سبب . بل يكفى أن يكون قائما بين المثرى وشخص آخر . فمن حصل على شيء أثرى به على حساب شخص آخر ، ووهب هذا الشيء إلى شخص ثالث : فانه لا يجوز للمفتقر أن يرجع بشيء على الموهوب له . لأن كل ما آل إليه ، كان سببه عقد الهبة ؛ ويكون له أن يرجع فقط على الواهب وهو الذى أثرى على حسابه دون سبب .

وإذا أقام شخص مبان ومنشآت على أرض الغير وكان هناك اتفاق بين الطرفين على أن تؤول ملكية المبانى إلى مالك الأرض بعد فترة من الزمن ؛ فانه لا يجوز للمقاول الذى أقام هذه المبانى أن يرجع على مالك الأرض على أساس الاثراء بلا سبب . ولو كان هو لم يستوف حقوقه من الشخص الذى اتفق معه على إقامة هذه المبانى . لأن اثراء مالك الأرض له سبب هو العقد القائم بينه وبين مالك المبانى .

وبخلاف العقد فان مصدر الاثراء قد يكون حكما من أحكام القانون وفى هذه الحالة يكون للإثراء سبب . فلا ينشأ أى التزام على عاتق المثرى .

ومن هذا القبيل ما قرره المشرع من أنه إذا كان هناك عقار مرهون لعدة دائنين وقام شخص بوفاء الدائنين المتقدمين فى المرتبة وحل محلهم فيما لهم من رهون ، عليه أن يحافظ على قيد هذه الرهون وأن يقوم بتجديدها كل عشر سنوات ؛ فاذا أهمل فى ذلك فانه يفقد مرتبة الرهون التى حل فيها محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، ويستفيد من ذلك الدائنون المتأخرون فى المرتبة ، إذ تصبح لهم المرتبة المتقدمة . ويعتبر هذا نوعا من الاثراء لهم على حساب الموفى الذى فقد مرتبته المتقدمة ؛ ولكن مصدر هذا الاثراء هو حكم القانون .

§ ٤ — دعوى الإثراء ليست دعوى احتياطية

٢١٩ — القانون المصرى يسبق القانون الفرنسى .

بعد أن تطورت قاعدة الاثراء بلا سبب فى القانون الفرنسى وأصبحت مصدرا عاماً من مصادر الالتزام . خشى الفقه فى فرنسا أن يحدث توسع فى تطبيق هذه القاعدة ، قد يؤدى إلى استغراق كل مصادر الالتزام الأخرى ، بما فى ذلك العقد . لأن قاعدة الإثراء شديدة الاتصال بفكرة العدالة . ويمكن الاستعانة بها فى تفسير الكثير من الالتزامات . ولو كان لها مصادر أخرى محددة فى القانون كالعقد أو العمل غير المشروع أو غير ذلك. ولذلك ظهر إتجاه إلى محاولة التقييد من استعمال دعوى الاثراء ؛ وقاد هذا الاتجاه الفقيهان الفرنسيان أوبرى ورو . وكان الرأى الذى انتهيا إليه هو أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية ؛ لا يجوز الالتجاء إليها إذا كان لدى المدعى دعوى أخرى ناشئة عن مصدر آخر من مصادرالالتزام . وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه فى حكم لها صادر عام ١٩١٤ ، وسار من ورائها كل الفقه والقضاء . ومع ذلك فقد بدأ الفقه يتشكك فى ضرورة اعتبار دعوى الاثراء دعوى احتياطية . وظهر من ينادى بأن دعوى الاثراء هى دعوى أصلية ، وليست احتياطية .

وقد خطا المشرع المصرى هذه الخطوة الحاسمة فجعل دعوى الاثراء دعوى أصلية ولم يشترط فيها أن تكون دعوى احتياطية . والواقع أن اشتراط أن تكون دعوى الاثراء دعوى احتياطية إنما نشأ عن اللبس والغموض فى تحديد معنى السبب المشروع للاثراء . فاذا فهم هذا المعنى على النحو السابق تحديده وهو المصدر القانونى للاثراء : فانه لا تكون هناك حاجة إلى اشتراط أن تكون دعوى الاثراء دعوى احتياطية . لأنه فى جميع الأحوال التى يكون هناك فيها مصدر قانونى للاثراء : فانه لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الاثراء . لا لأنها دعوى احتياطية ، ولكن لأنها دعوى غير قائمة ، إذ من شروط قيام هذه الدعوى ألا يكون هناك سبب قانونى أو مصدر قانونى للإثراء .

على أنه يجب لفهم المقصود بأن دعوى الاثراء دعوى احتياطية ، أن نفرق بين الفروض التى لا تكون فيها للمفتقر أى دعوى أخرى غير دعوى الاثراء . وهذه هى الفروض العملية الكثيرة التى ضربنا لها أمثلة فيما سبق . وفى هذه الفروض لا تثور إطلاقا مشكلة أن تكون دعوى الاثراء احتياطية أو أصلية . فهى الدعوى الوحيدة التى أمام الدائن . ويكون له بطبيعة الحال أن يلجأ إليها . يجب أن نفرق بين هذه الفروض . وبين الفروض الأخرى التى تكون فيها للمفتقر دعويين ، دعوى الاثراء ، ودعوى أخرى غيرها ، فى هذه الفروض الأخيرة فقط تثور مشكلة اعتبار دعوى الاثراء دعوى احتياطية أو دعوى أصلية .

ومن الأمثلة على هذه الفروض أن يكون هناك عقد قرض مثلا بين المقرض والمقترض . ومن المتصور أن المقرض يحاول الرجوع على المقترض بدعوى الاثراء . وله فى نفس الوقت أن يرجع عليه بدعوى عقد القرض . ولكن فى هذا المثال فان المقرض لا يكون له أن يرجع بدعوى الإثراء

بلا سبب ، لأن الإثراء له سبب هو عقد القرض ، ولكن يجوز له أن يرجع فقط بدعوى عقد القرض . والواقع أنه لا توجد فى هذا المثال دعويان ، بل دعوى واحدة هى الدعوى الناشئة عن عقد القرض . ويقاس على هذا المثال كل الأمثلة الأخرى التى يكون فيها سبب الاثراء عقد من العقود أو نص فى القانون أو أى مصدر آخر من مصادر الالتزام .

ولكن قد يحدث فى امثلة أخرى ازدواج حقيقى بين دعوى الاثراء وغيرها من الدعاوى . فيكون للمفتقر دعويان . من هذا أن يغتصب شخص مال شخص آخر ، فيكون للمغتصب منه أن يرجع على المغتصب إما بدعوى الإثراء بلا سبب . أو بدعوى الاغتصاب . وإزاء هذا الازدواج الحقيقى فانه لابد من القول بأن دعوى الاثراء ليست دعوى احتياطية . ولكنها دعوى أصليه ويجوز لصاحب المصلحة أن يرجع بها أو يرجع بالدعوى الأخرى . ولكن ربما يفضل هو الرجوع بدعوى الاغتصاب لأنها تعطى له تعويضا أكبر .

والخلاصة أن دعوى الاثراء بلا سبب ليست دعوى احتياطية فى القانون المصرى ، فهى إذا توافرت شروطها ، وخاصة إذا لم يكن للإثراء سبب قانونى ، جاز للدائن أن يرجع بها ولو كانت له دعوى أخرى غيرها .

ولعل من أبرز الأمثلة على حق الدائن فى الاختيار بين دعوى الإثراء وغيرها من الدعاوى ، حالة ما إذا وفى شخص دين غيره وكان هذا الدين مضمونا برهن على عقار . فان الموفى يكون بالخيار بين أن يرجع على المدين الذى أثرى بهذا الوفاء . إما بدعوى الإثراء بلا سبب . أو بدعوى الحلول محل الدائن المرتهن الذى استوفى حقه ، إذا توافرت شروط دعوى الحلول وهى تتوافر فى عدة حالات نص عليها المشرع فى المادة ٣٢٦ مدنى . فى الحالات التى تجتمع فيها للموفى دعوى الحلول ودعوى الاثراء بلا سبب .

يكون له أن يختار بينهما ، ولا تكون أى من الدعويين دعوى أصليـة والأخرى احتياطية .

ويتضح مما سبق أن القانون المصرى سبق القانون الفرنسى فى تطوره ، إذ لازال يتردد فى فرنسا حتى اليوم القول بأن دعوى الاثراء بلا سبب هى دعوى احتياطية .

٥ — § لايشترط أن يكون الاثراء قائما وقت رفع الدعوى

٢٢٠ — مرة أخرى القانون المصرى يسبق القانون الفرنسى .

تنص المادة ١٧٩ مدنى على أن الالتزام الناشىء عن الاثراء بلا سبب « يبقى قائما ولو زال الاثراء فيما بعد » . وهذا الحكم لم يصل إليه القانون الفرنسى بعد ، إذا لا زال يشترط فى فرنسا أن يكون الاثراء قائما وقت رفع الدعوى . فاذا أقام شخص تحسينات أو انشاءات فى منزل مملوك لشخص آخر ، ثم احترق هذا المنزل قبل رفع دعوى الاثراء ، فلا يجوز رفعها بعد ذلك . إذ من شروطها أن يكون الاثراء قائما وقت رفعها وهو قد زال بالحريق الذى دمر المنزل .

والحجج التى يستند إليها الفقه الفرنسى هى : ١ — أن المقصود من دعوى الاثراء هو إعادة التوازن بين المثرى والمفتقر . والوقت الذى يعتد فيه بذلك هو وقت رفع الدعوى . ٢ — أن اشتراط بقاءا لاثراء قائماً وقت رفع الدعوى هو الذى يميز بين دعوى الا ثراء بلا سبب . وبين دعوى الفضالة التى لا يشترط فيها ذلك والذى يبرر هذه التفرقة أن الفضولى فى دعوى الفضالة يسدى خدمة لرب العمل فوجب تمييزه عن المفتقر فى دعوى الاثراء . ٣ — أن اشتراط بقاء الاثراء قائما وقت رفع الدعوى . يتفق مع القاعدة المقررة فى المسئولية وهى أن التعويض يكون تقريره وقت رفع الدعوى .

والواقع أن هذه الحجج ليست لها قوة كبيرة . وهى لا تعدو أن تكون تبريرا لقيد من القيود التى فرضتها التقاليد القديمة على دعوى الاثراء بلا سبب . وهو قيد لم ينجح القانون الفرنسى من التخلص منه حتى الآن . على عكس ما فعله القانون المصرى .

والحجة الأولى التى تذهب إلى أن الهدف من دعوى الاثراء هو إعادة التوازن بين المثرى والمفتقر : هو قول صحيح ولكن الوقت الذى ينبغى أن يؤخذ فى الاعتبار لاعادة هذا التوازن ، ليس هو وقت رفع الدعوى كما تقول هذه الحجة . ولكنه وقت حدوث الاختلال فى هذا التوازن وهو وقت تحقق الاثراء والافتقار . وهناك ثلاثة أوقات كان يمكن الوقوف عند أى منها ، وقت تحقق الاثراء ، ووقت رفع الدعوى ، ووقت النطق بالحكم . والجدير هو الاعتداد بوقت تحقق الإثراء . لأنه فى هذا الوقت ينشأ الالتزام : فمصدر الالتزام هو واقعة الاثراء . وليس رفع الدعوى أو الحكم الصادر فى هذه الدعوى . وإذا نشأ الالتزام فى وقت الاثراء . فهو لا ينقضى بعد ذلك الا لسبب من أسباب انقضاء الالتزام المقرره فى القواعد العامة .

أما الحجة الثانية التى تجعل اشتراط بقاء الاثراء قائما إلى وقت رفع الدعوى هو المميز بين دعوى الاثراء بلا سبب ودعوى الفضالة . فهى حجة ضعيفة كذلك ، لأنه بغير اشتراط بقاء الاثراء قائما إلى وقت رفع الدعوى . فان دعوى الفضالة لازالت متميزة على دعوى الإثراء ، حيث يحق للفضولى أن يسترد كل المصروفات الضرورية والنافعة التى أنفقها لحساب رب العمل إذ أنه قصد اسداء خدمة له . أما المفتقر فى دعوى الاثراء . فهو لا يرجع إلا بأقل القيمتين . الاثراء أو الافتقار على ما سندرسه فيما بعد .

أما الحجة الثالثة التى تقول أن التعويض فى المسئولية التقصيرية يعتد به وقت رفع الدعوى ، وأن الاثراء كذلك ينبغى أن يعتد به وقت رفع الدعوى ، فهى حجة غير صحيحة ، لأن التعويض فى المسئولية التقصيرية ، لا يقابل الاثراء ، ولكنه يقابل الافتقار ، والتعويض فى المسئولية التقصيرية لا يقدر وقت رفع الدعوى بل وقت النطق بالحكم ، وكذلك الافتقار يقدر وقت النطق بالحكم على ما سنرى . أما الاثراء فيكفى أن يوجد فى أى وقت من الأوقات وهو يقدر وقت وجوده ، ولا يعتد بتغيره بعد ذلك ، فاذا زاد الإثراء بعد ذلك كان هذا غنما للمثرى ، وإذا نقص الاثراء أو زال كان ذلك غرما عليه وظل ملتزما مع ذلك بتعويض المفتقر فى حدود ما أثرى به ، وفى حدود افتقار الطرف الآخر .

المبحث الثانى

أحكام الاثراء بلا سبب

٢٢٤ — دعوى التعويض .

تنص المادة ١٨٠ مدنى على أنه « تسقط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » .

وكما هو ظاهر من صياغة هذا النص فان الالتزام الذى ينشأ عن الإثراء بلا سبب يسمى تعويضا . والحق فى التعويض جب [illegible] به أمام القضاء . ومن يرفع دعوى التعويض هو الدائن ، هو المفتقر . والمدعى عليه فى هذه الدعوى هو المدين وهو المثرى . والسبب القانونى لهذه الدعوى هو الاثراء بلا سبب . وإذا خسر المدعى دعواه فلا [illegible]ن يرفع دعوى جديدة تستند إلى نفس السبب طبقاً لمبدأ قوة الأمر [illegible] . الذى يمنع إعادة

النظر فى الدعاوى التى فصل فيها من قبل حتى لا تتأبد الخصومات فى المحاكم . ولكن إذا خسر المدعى الدعوى فانه يجوز ان يرفع دعوى جديدة أساسها الفضالة أو دفع غير المستحق . لأن هاتين الدعويين وإن كانتا تطبيقا لدعوى الاثراء إلا أنها مستقلة عنها وتعتبر سببا جديداللدعوى الجديدة . ولا يمس رفعها مبدأ قوةالأمر المقضى .

ودعوى الإثراء بلا سبب لابد من رفعها خلال مدة معينة وإلا سقطت بالتقادم . ومدة التقادم هى ثلاث سنوات من وقت علم المفتقر وهو الدائن بحقه فى التعويض ؛ وهو لايعلم ذلك إلا إذا علم بالافتقار وأن هذا الافتقار كان سببا فى اثراء شخص آخر ؛ وعلم بشخص المثرى الذى سترفع عليه الدعوى . فاذا لم يعلم المفتقر بشيء من هذا فان الدعوى تتقادم فى جميع الأحوال بمضى خمس عشرةسنة من الوقت الذى نشأفيه الحق فى التعويض . وهو ينشأ بمجرد اكتمال عناصره على النحو السابق دراسته . أى عند تحقق الاثراء . وتحقق الافتقار ووجود رابطة السببية بينهما . والدعوى تتقادم بأقصر الأجلين ؛ ثلاث سنوات أو خمسة عشرة سنة . فاذا كانت مدة الخمس عشرة سنة أقصر من مدة ثلاث سنوات . ويكون ذلك إذا لم يعلم صاحب الحق فى التعويض بوجود حقه إلا بعد مرور أكثر من اثنى عشر عاما من وقت نشأة هذ الحق ؛ فان الدعوى تتقادم بمضى خمس عشرة سنة ، وليس بمضى الثلاث سنوات من وقت هذا العلم . ولكن الغالب أن تكون مدة الثلاث سنوات هى الأقصر ؛ إذ الغالب أن يعلم صاحب الحق بوجود حقه بمجرد اكتمال عناصر هذا الحق . وفى هذه الحالة تتقادم الدعوى بمضى هذه المدة القصيرة .

ويلاحظ أن عبء الاثبات فى هذه الدعوى يقع كما هى القاعدة العامة على عاتق المدعى وهو الدائن . فعليه أن يثبت أنه افتقر ومقدار هذا الافتقار

وأن يثبت أن المدعى عليه قد أثرى ومقدار هذا الاثراء . وأن يثبت علاقة السببية بين افتقاره وبين اثراء المدعى عليه . وعلى هذا الأخير إذا أراد أن يتخلص من هذا الالتزام أن يثبت عكس ما أثبته المدعى والقاضى يفصل فى هذا النزاع بعد أن يقدر الأدلة التى تقدم بها كل من الطرفين وفقاً وفقاً لقيمة القانونية لكل دليل .

فاذا تأكد لدى القاضى حق المدعى فى التعويض . فهو يصدر حكما بالزام المدعى عليه بمبلغ التعويض الذى يقدره على أساس أقل القيمتين . الاثراء أو الافتقار على النحو الذى سنذكره الآن حالا .

ويلاحظ أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى لا ينشىء الحق فى التعويض . ولكنه يكشف عنه فقط ويقرره . أما الحق فى التعويض فقد نشأ من وقت اكتمال عناصر الالتزام ، أى من وقت إثراء المدين على حساب الدائن

وتترتب على ذلك عدة نتائج أهمها : ١ ــ أن مدة تقادم دعوى الاثراء وهى خمس عشرة سنة تبدأ من وقت نشأة الحق . وقد سبق بيان ذلك . ٢ ــ أنه يرجع إلى هذا الوقت لتقدير قيمة الإثراء على النحو الذى سنذكره فى الفقرة التالية . ٣ ــ أنه منذ نشأة الحق يجوز للدائن به أن يتصرف فيه بحوالته إلى شخص آخر . ٤ ــ ان الدائن إذا أعذر المدين بالدفع . فهو يستحق فوائد تأخير عن المبلغ المستحق محسوبا من وقت الاعذار .

ولكن إذا كان الحق فى التعويض ينشأ عن واقعه الاثراء . فلا شك أن للحكم الصادر فى الدعوى اهمية كبيرة . لأنه يكشف عن هذا الحق ويقرره . وهو فوق ذلك يقدره . فبعد أن كان مقدار التعويض أمر متنازعا فيه . فانه يصبح بصدور الحكم محددا تحديدا دقيقا . وكذلك فان الحق بعد تقريره فى الحكم الصادر به لا يتقادم إلا بمضى خمس عشرة سنة تحسب من وقت صدور الحكم م ٣٨٥/٢ مدنى) .

٢٢٢ - تقدير التعويض .

يقوم القاضى بتقدير التعويض على أساس العناصر الموضوعية للدعوى ، وهو قد يحكم للمدعى بمبلغ أقل من المبلغ الذى طلبه أو بمبلغ مساو له . ولكن لا يجوز أن يحكم له بمبلغ أكثر من المبلغ الذى طلبه . فليس للقاضى أن يحكم بأكثر من طلبات الخصوم . والقاضى يقدر التعويض على أساس أقل القيمتين : قيمة الاثراء ؛ وقيمة الافتقار .

فلا يجوز تقدير التعويض بما يزيد على قيمة الافتقار . وإلا فان المفتقر يثرى من الدعوى ؛ وليس هذا هو المقصود منها . فهى تهدف فقط إلى تعويض الخسارة التى لحقت شخصا من الأشخاص ؛ فلا يزيد التعويض عن مقدار الخسارة . ومن ناحية أخرى لا يجوز أن يزيد التعويض على مبلغ الإثراء . لأن التعويض لم يترتب على خطأ منسوب إلى المثرى . حتى يلتزم بتعويض كل الخسارة التى لحقت الشخص الآخر كما هو الشأن فى المسئولية التقصيرية . ولكنه يترتب على واقعة الاثراء ذاتها . فلا يجوز أن يزيد التعويض على مقدار الإثراء . فتكون النتيجة هى ألا يزيد التعويض عن مقدار الإثراء ؛ أو مقدار الافتقار . أن يكون فى حدود الأقل من هاتين القيمتين .

ولهذا فان القاضى يقوم بتقدير الاثراء بصفة مستقلة . وتقدير الافتقار بصفة مستقلة وقد يحدث فى بعض الأحيان أن تتطابق القيمتان .

فاذا كان الاثراء يتمثل فى مبلغ من النقود دخل ذمة المثرى . فان قيمة الاثراء تتحدد على أساس هذا المبلغ وقت دفعه ولا يكون لانخفاض قيمة العملة بعد ذلك أى أثر على هذا القدر . وفى هذه الحالة فان مقدار الافتقار يكون مساويا لمقدار الاثراء . لأن المفتقر لحقته خسارة بقدر المبلغ الذى دفعه من ماله . أما إذا كان الاثراء فى صورة تحسينات وانشاءات اقامها المفتقر على أرض المثرى . فان قيمة الاثراء تتحدد على اساس ما زاد فى

قيمة هذه الأرض بسبب التحسينات والإنشاءات على أن تحسب الزيادة وقت احداث هذه التحسينات والانشاءات . اما قيمة الافتقار فهى تحسب بطريق آخر ، إذ هى تحسب على اساس ما انفقه المفتقر فى إقامة هـذه التحسينات والإنشاءات ويشمل ذلك قيمة العمل وقيمة المواد . وفى هـذا المثال قد تختلف قيمة الافتقار عن قيمة الاثراء .

وإذا كان الاثراء فى صورة خدمة او عمل قام به شخص لمصلحة شخص آخر كتصميم لمهندس . او دفاع قام به محام ، فان قيمة الاثراء تتحدد على أساس الفائدة التى عادت على المثرى من هذا العمل او الخدمة ، اما الافتقار فهو يقدر على اساس الأجر الذى كان يتقاضاه المهندس أو المحامى المذكورين عن العمل الذى قام به أى منهما . وفى هذا المثال قد تختلف قيمة الإثراء عن قيمة الافتقار .

ويلاحظ ان الوقت الذى يراعى فيه تقدير قيمة الإثراء هو وقت حدوث الإثراء . اما الوقت الذى يراعى فيه تقدير قيمة الافتقار فهو وقت النطق بالحكم . وتبرير هذا الاختلاف ، هو أنه بالنسبة للاثراء فانه يتحدد بصفة نهائية وقت حدوثه . وهو إذا حدث اصبح عنصرا ثابتا فى ذمة المثرى ، فاذا زاد بعد ذلك كان ذلك غنما استفاد منه صاحبه . وإذا نقص كان ذلك غرما تحمله . وقد سبق أن رأينا الحكم الهام الذى يترتب على ذلك وهو أنه إذا زال الإثراء بعد حدوثه وقبل رفع الدعوى فان ذلك لا يمنع من رفعها رغم ذلك .

اما الافتقار فهو كالضرر فى المسئولية التقصيرية . لا يمكن تحديده على وجه الدقة إلا فى لحظة النطق بالحكم ، وهو قابل للتغير دائماً ، حتى بعد النطق بالحكم ، ولكن مبدأ قوة الأمر المقضى هو الذى يمنع إعادة تقديره مرة أخرى بعد أن يصدر حكم من القاضى بتقديره .

ومن هذا يتضح أن طبيعة الاثراء هى التى تحتم تقديره وقت حدوثه . كما أن طبيعة الافتقار هى التى تقتضى تقديره وقت النطق بالحكم

الفصل الثانى

أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب

دفع غير المستحق — الفضالة

بجانب القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . نص المشرع على تطبيقين من أهم تطبيقات هذه القاعدة ، وهما دفع غير المستحق ، والفضالة . على أن كل من هذين التطبيقين يتميز بأحكام خاصة ، تجعل منه ليس فقط تطبيقاً هاماً ، بل تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة فى الإثراء ، وندرس كل منهما فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

دفع غير المستحق

٢٢٣ — صورة خاصة من صور الاثراء بلا سبب .

إذا دفع شخص إلى شخص آخر شيئاغير مستحق عليه ، فان المدفوع له يثرى على حساب الدافع . ومع ذلك فلهذا الإثراء سبب هو الوفاء . وهو تصرف قانونى ، ومن ثم لا تنطبق قاعدة الاثراء بلا سبب لوجود مصدر قانونى للإثراء . ولكن إذا طعن الدافع فى هذا التصرف بأى وجه كالغلط أو الاكراه أو نقص الأهلية . أو إذا زال سبب هذا التصرف لأى مبرر ، كتحقق شرط فاسخ . أو فسخ أو إبطال العقد الذى أنشأ الدين . فان الوفاء بعد ان كان تصرفا قانونيا ، يصبح واقعة مادية ، ولا يصبح سببا للاثراء . ومن ثم يكون الاثراء بلا سبب ، وتنطبق قاعدة التعويض عن الاثراء بلا سبب ، والتعويض يتمثل فى استرداد ما دفع بغير حق . ولتوضيح كل هذا نتكلم أولا عن حالتى دفع غير المستحق المنصوص عليهما فى القانون ، ثم عن احكام دفع غير المستحق .

§ ١ – حالتا دفع غير المستحق

٢٢٤ – نصوص القانون .

نص المشرع فى المادة ١٨١ مدنى على ان « (١) كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده . (٢) على انه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه . إلا أن يكون ناقص الأهلية أو أن يكون قد اكره على هذا الوفاء » . وتنص المادة ١٨٢ على أنه « يصح إسترداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه . أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ويتضح من هذين النصين أن هناك حالتين لدفع غير المستحق : ١ – دفع غير مستحق وقت الوفاء . ٢ – دفع دين كان مستحقاً وقت الوفاء . ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك . وندرس كل من هاتين الحالتين فيما يلى .

٢٢٥ – الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء .

حتى تتحقق هذه الحالة لا بد من توافر شرطين أولهما هو الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء . وثانيهما أن يتم هذا الوفاء نتيجة غلطة أو اكراه أو نقص فى الأهلية .

١ – ويكون الدين غير مستحق وقت الوفاء إما لأنه لم يوجد اصلا . أو لأنه دين شرطى أو احتمالى أو مستقبل أو لأنه وجد وانقضى قبل الوفاء به.

ا – يكون الدين غير موجود اصلا إذا كان دينا وهميا توهم الدافع انه واجب عليه أو على التركة التى تلقاها بالميراث . أو أن يكون دينا ناشئا عن عقد باطل بطلانا مطلقا . أو أن يكون الدين موجودا على عاتق الدافع ولكن فى مواجهة شخص آخر غير المدفوع له . أو أن يكون دينا موجودا بالنسبة للمدفوع له . ولكن على عاتق شخص آخر غير الدافع . فى كل هذه الأمثلة يكون الدين معدوما فى العلاقة بين الدافع والمدفوع له .

ب – ويكون الدين غير مستحق وقت الوفاء إذا كان دينا معلقا على شرط واقف ولم يتحقق الشرط بعد ، أو معلقا على شرط واقف ، تخلف الشرط بما يجعل الدين كأن لم يكن ، أو أن يكون دينا مستقبلا لم ينشأ بعد ولكنه سينشأ فى أجل مستقبل ، أو يكون الدين قد نشأ ولكن أجل الوفاء به لم يحل بعد ، ويشترط فى هذه الحالة الأخيرة ، كما سنرى ، أن يكون الموفى جاهلا قيام الأجل (م ١٨٣ مدنى) .

حـ – ويكون الدين غير مستحق الوفاء ، إذا كان قد وجد ولكنه انقضى لأى سبب من الأسباب . كأن يكون المدين قد وفى دينه ولكنه فقد المخالصة ، فاضطر إلى الوفاء به مرة ثانية . فالوفاء فى المرة الثانية يكون دفعا لغير المستحق ، لأنه وفاء لدين غير واجب الوفاء .

٢ – إذا تم الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء . فى أى صورة من الصور السابق ذكرها ، فان ذلك لا يكفى بمفرده لاسترداد ما دفع بغير حق . بل لابد أولا من إبطال الوفاء باعتباره تصرفا قانونيا عن طريق الطعن فيه بالغلط أو الاكراه أو نقص الأهلية .

وقد قدم المشرع للدافع فى أى من هذه الصورة مساعدة كبيرة ، وذلك باقامة قرينة قانونية مؤداها أن من يدفع غير المستحق . لابد أن يكون قد وقع فى غلط ، إذ من غير المعقول أن يدفع شخص دينا غير واجب الدفع عليه ، إلا إذا كان قد وقع فى غلط جعله يعتقد أن الدفع واجب عليه . ولهذا يكفى أن يقوم الدافع باثبات أنه لم يكن هناك دين مستحق الوفاء وقت الدفع ، حتى تقوم هذه القرينة ، ويجوز على أساسها الطعن الوفاء بالابطال للغلط ، فيتحول الوفاء بعد أن كان تصرفا قانونيا وسببا مشروعا للاثراء ، إلى واقعة مادية لا تبرر الإثراء . ويجوز بعد ذلك استرداد ما دفع بغير حق .

غير أن المشرع رعاية لمصلحة المدفوع له أيضاً ، جعل هذه القرينة قابلة لاثبات العكس . وعلى هذا يجوز للمدفوع له أن يثبت أن الدافع وقت الدفع كان يعلم انه يوفى بدين غير مستحق الوفاء ، ومع ذلك قام بالوفاء ، وبالتالى فان إرادته لم تكن معيبه للغلط . ويتم هذا الاثبات إذا تبين أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه يدفع ما هو غير واجب عليه ، كأن يكون موفيا بدين غيره وهو عالم بذلك ويكون قاصدا إسداء خدمة للغير إما على سبيل الفضالة أو على سبيل التبرع . ويتم هـــذا الاثبات كذلك إذا تبين أن الموفى قد وفى بدين طبيعى لا جبر على تنفيذه ، وهو يعلم بأن الدين دين طبيعى .

فاذا أثبت المدفوع له أن الدافع لم يقع فى غلط فانه ينفى بذلك القرينة القانونية التى أعطاها المشرع للدافع مساعدة له على استرداد ما دفعه . ومع ذلك فان الدافع يستطيع أن يطالب باسترداد ما دفعه اعتمادا على أسانيد أخرى ، ولكن عليه فى هذه الحالة أن يقيم الدليل على وجود هذه الأسانيد . وقد سمح له المشرع بأن يطعن فى صحة الوفاء إما للإكراه ، وإما لنقص الأهلية ، وعليه هو إقامة الدليل على وجود شىء من هذا القبيل .

فهو يستطيع أن يطعن الوفاء على أساس الإكراه ، فاذا أثبت أنه وإن كان يعلم بأن الدفع غير واجب عليه ، لأنه سبق له الوفاء بهذا الدين الوفاء الأول . وخشى الحجز على أمواله ، ثم وجد المخالصة بعد ذلك ، فانه يكون مكرها على الوفاء الثانى ويجوز له المطالبة باسترداد ما وفاه بغير استحقاق . ويحدث ذلك بصفة خاصة إذا كان الممول قد سدد ما عليـــه من ضريبة . ثم ضاع إيصال السداد ، ووجهت إليه مصلحة الضرائب المطالبة من جديد وهددته بالحجز الإدارى على أمواله ، فاضطر إلى دفع ضريبة مرة ثانية دون أن يجب عليه ذلك قانونا .

ويجوز للموفى أن يطعن فى صحة الوفاء ، ولو كان يعلم بأنه غير واجب عليه ، إذا تمسك بنقص أهليته ، فان الوفاء الصادر من ناقص الأهلية ، وفاء قابل للإبطال فى جميع الأحوال .

فاذا تحقق هذان الشرطان بأن كان الدين غير واجب الدفع وقت الوفاء به ، وكان الموفى لا يعلم بذلك ، أو أكره على الوفاء أو كان ناقص الأهلية ، تحققت الحالة الأولى لدفع غير المستحق ، وهى حالة تطبيقاتها كثيرة متعددة .

٢٢٦ — الوفاء بدين مستحق وقت الوفاء ولكنه يصبح غير مستحق بعد ذلك .

وهذه هى الحالة الثانية من حالتى دفع غير المستحق . وهى تتحقق إذا كان الوفاء صحيحا وقت القيام به ، بأن يكون الدين موجودا ومستحق الدفع ، وأن يتم الوفاء به من المدين به ، دون أن يشوب إرادته عيب ، أو أن يكون ناقص الأهلية . ولكن يزول هذا الدين بعد ذلك ، فيصبح الوفاء بغير سبب . ويتحقق ذلك إذا كان التصرف الذى نشأ عنه الدين تصرف قابل للابطال . وكما سبق أن رأينا فان العقد القابل للإبطال هو عقد قائم منتج لآثاره حتى يتقرر إبطاله ، فاذا قام المدين فى هذا العقد بالوفاء بما عليه من دين فهو يوفى بدين واجب الدفع . ولكن إذا أبطل العقد الذى نشأ عنه الدين ، فانه يعتبر كأن لم يكن ويعتبر الدين بالتالى كأن لم يكن . ويزول السبب الذى كان يبرر الوفاء . فيصبح الوفاء هو كذلك وفاء لدين غير موجود . وهو فى الواقع دين كان موجودا . ولكنه أصبح غير موجود بعد الوفاء .

ويصدق نفس القول إذا كان الدين قد نشأ عن عقد . ثم فسخ العقد بعد الوفاء . وكل عقد قابل للفسخ لعدم التنفيذ . فاذا فسخ العقد . أعتبر كأن لم يكن . وأعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . فاذا

كان احدهما قد وفى بالدين الذى نشأ على عاتقه من هذا العقد ، فانه يكون قد وفى بغير المستحق ويجوز له استرداد ما وفاه .

ويتحقق نفس الشيء أيضا . إذا نشأ الدين معلقا على شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فزال الدين بأثر رجعى . ولكن الوفاء به كان قد تم قبل زواله. فيعتبر هذا وفاء لغير المستحق .

٢٢٧ — الأساس القانونى لاسترداد غير المستحق هو الاثراء بلا سبب .

فى حالتى دفع غير المستحق السابق ذكرهما ، لا يكون للوفاء ، أولا يصبح للوفاء ، سبب مشروع يبرر انتقال قيمة مالية من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيكون هذا اثراء للمدفوع له بغير سبب مشروع على حساب الدافع . مما يجب معه التعويض . وهو يتمثل فى استرداد ما دفع بغير حق .

ويتضح ذلك من تحليل كل من حالتى دفع غير المستحق المذكورتين .

فى الحالة الأولى تم الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء . وتبين بطريق الافتراض الذى لم يثبت عكسه أن الموفى كان واقعا فى غلط وأن إرادته معيبة لهذا السبب . أو ثبت أن الموفى كان قد أكره على الوفاء . أو كان ناقص الأهلية وقت الوفاء . وفى جميع هذه الصور ، فان الوفاء وهو تصرف قانونى يكون قابلا للإبطال للغلط أو الاكراه أو نقص الأهلية . فاذا طالب الموفى بالاسترداد فهو يتمسك فى نفس الوقت بابطال الوفاء . وإذا ابطل الوفاء فانه يتحول إلى واقعة مادية بعد ان كان تصرفا قانونيا . وعلى هذا النحو فبعد أن كان اثراء المدفوع له مستندا إلى سبب مشروع هو الوفاء. وهو المصدر القانونى لهذا الاثراء ، فانه يصبح قائماً على واقعة مادية وهى واقعة الدفع . وهى واقعة مجردة عن السبب القانونى . فيكون الإثراء بلا سبب .

وفى الحالة الثانية فان الوفاء وقت القيام به كان له سبب هو العقد القابل للإبطال أو القابل للفسخ . ولكن بعد إبطال هذا العقد أو فسخه ، فان السبب قد زال ، ويصبح الوفاء بغير سبب ، وهو ما يعنى أن اثراء المدفوع له على حساب الدافع كان بغير سبب .

أى أنه فى حالتى دفع غير المستحق ، يتحقق إثراء المدفوع له بغير سبب على حساب الدافع ، وفى الحالتين نكون بصدد تطبيق خاص لقاعدة الاثراء بلا سبب . ويلاحظ أنه فى الحالتين يكون الاثراء بقدر الافتقار فالدافع قد افتقر بقدر ما دفع ، والمدفوع له قد أثرى بنفس القدر أيضاً .

ويلاحظ أن الدعوى التى يرفعها الدافع باسترداد ما دفعه هى غالبا دعوى شخصية إذا كان ما دفعه نقودا أو أى شىء مثلى . أما إذا كان قد نقل ملكية شىء معين بالذات ، ويطالب باسترداده فانه يكون له بجانب دعوى استرداد ما دفع بغير حق وهى دعوى شخصية كما قدمنا أن يرفع دعوى أخرى هى دعوى استحقاق الشىء المملوك له . وهى دعوى عينية

§ ٢ - أحكام دفع غير المستحق

إذا تحققت حالة من حالتى دفع غير المستحق فى اى صورة من صورهما ، كان للدافع وهو المفتقر أن يرجع على المدفوع له وهو المثرى ، ويتمثل الرجوع فى استرداد ما دفع بغير حق . ولكن مدى الرجوع يختلف بحسب ما إذا كان المدفوع له حسن النية او سىء النية . ولكن المشرع وضع أحكاماً خاصة فى حالة ما إذا تعلق الأمر بالوفاء بدين مؤجل قبل حلول أجله ، أو تعلق الأمر بالوفاء لناقص الأهلية . وكذلك قرر المشرع سقوط دعوى استرداد غير المستحق إذا لم ترفع خلال مدة معينة . وندرس كل هذه المسائل فيما يلى .

٢٢٨ - مدى الاسترداد وتأثره بحسن أو سوء نية المثرى .

تنص المادة ١٨٥ على أنه « (١) إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم . (٢) أما إذا كان سيء النية . فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها أو قصر فى جنيها ، من الشيء الذى تسلمه بغير حق . وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية . (٣) وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى » .

وطبقاً لهذا النص فانه تنبغى التفرقة بين ما إذا كان المدفوع له حسن حسن النية أو سيء النية . ويكون المدفوع له حسن النية إذا كان لا يعلم أنه يتلقى الوفاء بما هو غير مستحق له ، والمفروض أن يكون المدفوع له حسن النية بهذا المعنى وهو لا يطالب باثبات حسن نيته ، ولكن الدافع هو الذى يطالب باثبات سوء نية المدفوع له إذا إدعى ذلك .

وإذا كان المدفوع له حسن النية وقت الدفع ، ثم أصبح سيء النية بعد ذلك بأن علم أنه تلقى ما هو غير مستحق له . فانه يعتبر سيء النية من وقت علمه بذلك . ويكون الرجوع عليه على أساس أنه حسن النية فى الفترة السابقة على العلم . على أساس أنه سيء النية فى الفترة اللاحقة للعلم . وبطبيعة الحال إذا رفعت الدعوى على المدفوع له ، فانه يصبح عالما من وقت رفعها بأن ما تلقاه لم يكن مستحقاً له ، ولذلك فهو يعتبر سيء النية من وقت رفع الدعوى عليه . ولو كان حسن النية قبل ذلك . وفى الفترة التى يكون فيها المدفوع له حسن النية ، يكون من حقه كل الثمار التى جناها من الشيء الذى تلقاه بغير حق . فاذا كان قد تلقى مبلغاً من النقود واستفاد من وجودها معه فانه لا يلتزم بدفع فائدة عن هذه النقود وإذا كان قد تلقى شيئا معينا بالذات كمنزل مثلا أو قطعة أرض . وقام بتأجير هذا المنزل أو هذه الأرض وحصل على أجرة مقابل ذلك . أو قام باستغلال الشيء بأى وجه

من الوجوه ، فانه لا يلتزم برد الثمار التى حصل عليها من هذا الاستغلال . وكل ما يجب عليه رده هو نفس الشيء الذى تلقاه أو ما يماثله .

ولكن إذا كان المدفوع له سيء النية . سواء كان كذلك منذ وقت الدفع ، أو بعد ذلك . وهو يصبح دائما سيء النية من وقت رفع الدعوى عليه . فانه يلتزم ليس فقط برد الشيء الذى تلقاه ، ولكن برد ثمار هذا الشيء سواء كانت هذه الثمار فى صورة فوائد عن النقود ، أو أجرة للمنزل أو الأرض الزراعية ، أو أى نوع آخر من الثمار .

٢٢٩ — الوفاء بالتزام مؤجل قبل أن يحل أجله .

تنص المادة ١٨٣ مدنى على أنه « (١) يصبح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . (٢) على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل » . ويتضح من هذا النص أنه إذا وفى المدين بدين موجود ولكن قبل حلول أجل الوفاء به . وكان قد وقع فى غلط أدى إلى اعتقاده بأن أجل الدين قد حل ، أو كان قد أكره على الوفاء قبل حلول الأجل ، فانه يجوز له أن يسترد ما وفاه ، باعتباره وفاء بغير ما هو مستحق . ولكن إذا لم يكن المدين قد وقع فى غلط أو تعرض لاكراه . وكان يعلم أنه يوفى بالدين قبل حلول أجله . فانه لا يجوز له أن يسترد ما دفعه ، لأنه دفع ما هو ملتزم بدفعه وقد رضى هو أن يوفى قبل حلول الأجل .

وبطبيعة الحال فان المدين إذ يسترد ما وفاه من دين قبل حلول أجله . قد يفعل ذلك على اساس أنه سيعود إلى الوفاء بالدين من جديد عندما يحل

أجله . ولهذا نص المشرع على حكم خاص مقتضاه أن للدائن الذى استوفى الدين قبل حلول أجله أن يمتنع عن رده للمدين بشرط أن يدفع له ما استفاده من استيفاء الدين قبل حلول أجله ، على الا يزيد ذلك على ما لحق المدين من ضرر بسبب الوفاء المعجل لدينه .

فاذا التزم مقاول بتسليم منزل فى أجل معين ، ثم قام بتسليمه قبل حلول أجله بثلاثة أشهر وهو لا يعلم بوجود الأجل ، وأدى ذلك إلى تحمله نفقات إضافية ، فان رب العمل الذى تسلم المنزل يحق له أن يمتنع عن رده للمقاول على أن يعوضه فى حدود أقل القيمتين : قيمة النفقات الإضافية التى أنفقها المقاول لإتمام العمل قبل حلول أجله وهذا هو الضرر الذى لحقه من ذلك ، وقيمة أجرة المنزل عن مدة الثلاثة أشهر التى تم الوفاء قبل حلولها وهذه هى الفائدة التى عادت على الدائن فى الالتزام .

أما إذا كان محل الالتزام هو مبلغ من النقود ، فان الدائن يرد فقط الفائدة عن هذا المبلغ التى تقابل المدة الباقية على حلول الأجل . وسعر هذه الفائدة هو السعر المتفق عليه ، فاذا لم يوجد إتفاق على فائدة ، وجب الدفع بالسعر القانونى وهو ٥٪ فى المسائل التجارية و ٤٪ فى المسائل المدنية .

٢٣٠ — الوفاء لناقص الأهلية .

تنص المادة ١٨٦ على أنه « إذا لم تتوافر أهليـــة التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به » .

وهذا النص ينطبق على القاصر وهو ناقص الأهلية بسبب صغر السن . وكذلك على المحجور عليه للعته أو للغفلة . وقد راعى المشرع مثل هذا الشخص فلم يلزمه برد كل ما حصل عليه بغير حق . ولكن برد ما استفاده فقط من الشىء الذى أعطى له . فاذا كان هذا الشىء هو مبلغ من النقود

أنفقه ناقص الأهلية فى غير فائدة له أو تبرع به فلا يرجع عليه الدافع بشيء . وإذا كان الشيء الموفى به هو شيئا معينا بالذات كسيارة أو منزل ، وتلف هذا الشيء أو هلك بغير خطأ من ناقص الأهلية فان القاصر لا يلتزم بالتعويض عن هذا الهلاك او التلف . وإذا كان ناقص الأهلية قد تبرع بالشيء فلا يصبح ملتزما برده .

وعلى الموفى وهو المفتقر ، أن يثبت أن القاصر قد أثرى بالوفاء وأن يثبت مقدار هذا الاثراء .

٢٣١ - سقوط دعوى استرداد غير المستحق .

تسقط دعوى استرداد غير المستحق لسبب من سببين ، أولهما خاص بها ، والثانى مستمد من القواعد العامة .

والسبب الأول لسقوط دعوى الإثراء هو أن يكون المدفوع له حسن النية ، وأن يكون دائنا بنفس الدين ولكن لمدين آخر غير الموفى ، ويكون قد تجرد من سند الدين أو تأميناته بسبب هذا الوفاء . وتنص على هذا الحكم المادة ١٨٤ وهى تقرر أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، او مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء » . وحتى ينطبق هذا النص لابد أن يكون هناك دائن بدين حقيقى فى مواجهة شخص معين ، وأن يقوم شخص آخر بوفاء هذا الدين للدائن . وأن يترتب على ذلك أن الدائن يفقد سند دينه إما لأنه أعدمه أو لأنه سلمه للمدين الحقيقى أو لأنه أهمل فى المحافظة عليه بعد الوفاء مما أدى إلى ضياعه ، أو أن يترتب على الوفاء أن يفقد الدائن التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بهذا الدين كأن يتنازل عن الرهن الضامن له أو أن يهمل فى

تجديد قيد الرهن أو أن يبرىء الكفيل الذى كان يضمن الوفاء بالدين ؛ أو أن يترتب على الوفاء أن الدائن يهمل فى المطالبة بحقه فيتقادم هذا الحق ويصبح من المستحيل عليه المطالبة به بعد ذلك .

فى كل هذه الأمثلة يحدث تعارض بين حقين . حق الدائن الذى استوفى حقه من غير مدينه . وحق الموفى بالدين دون أن يكون مدينا به . ولا يمكن حماية أى من هذين الحقين إلا بالتضحية بالحق الآخر . وقد قرر المشرع أن الأفضلية فى هذا التعارض تكون لحق المدفوع له ، فهو قد استوفى دينه ولم يكن مخطئا فى ذلك ، أما الموفى فهو قد وفى دين غيره لوقوعه غلط ، والغلط نوع من التقصير فى جانبه ، فيتحمل هو نتائج هذا التقصير ولا يتحملها المدفوع له على أى حال .

ولكن المشرع لم يضحى بحق الموفى بصفة نهائية . فلا زال الموفى يستطيع المطالبة بما وفاه لا فى مواجهة المدفوع له . ولكن فى مواجهة المدين الدين الموفى به . وتكون المطالبة على أساس القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . لأن المدين قد انقضى دينه بوفاء من مال غيره . والموفى قد افتقر لأنه وفى من ماله دين غيره . ولكن يلاحظ أنه لا يجوز للموفى أن يرجع على المدين بعد انقضاء دين هذا المدين بالتقادم إلا إذا كانت مخالصة الوفاء الذى قام به لها تاريخ ثابت وسابق على انقضاء الدين بالتقادم . وإلا فان القول بغير ذلك يؤدى إلى احتمال التواطؤ بين الدائن بدين انقضى بالتقادم وبين شخص آخر هو الموفى اضرارا بالمدين . ويحدث هذا التواطؤ إذا أعطى الدائن لشخص من الأشخاص يظهر على أنه يوفى بدين غيره . مخالصة بالدفع ويقدم تاريخها بحيث يقع قبل تاريخ انقضاء الدين بالتقادم . ثم يقوم هذا الشخص الذى ظهر بمظهر الموفى بمطالبة المدين بالدين على أساس قاعدة الاثراء بلا سبب ، بينما الدين الموفى به قد انقضى بالتقادم ولكن لا

يشترط أن يكون تاريخ المخالصة ثابتا إذا كان الموفى يرجع على المدين قبل انقضاء دين المدين بالتقادم ، لأنه فى هذه الحالة لا تثور شبهة التواطؤ المذكورة .

٢ ـ وبجانب هذا السبب الخاص لسقوط دعوى الاسترداد . فهى تسقط طبقاً للقواعد العامة بالتقادم . ومدة التقادم هى نفس المدة المقررة لدعوى الاثراء بلا سبب . فدعوى استرداد غير المستحق لا تعدو أن تكون تطبيقاً لدعوى الاثراء كما سبق القول . وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ١٨٧ مدنى وهى تقرر « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » .

وطبقا لهذا النص فان دعوى استرداد غير المستحق تتقادم بأقصر الأجلين ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة . ومدة الثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدافع بحقه فى الاسترداد . وهو إذا كان قد وقع فى غلط فقد يتأخر علمه بذلك إلى وقت طويل بعد الدفع . أما إذا كان قد دفع وهو مكره على ذلك أو وهو ناقص الأهلية فانه يعلم بحقه فى الاسترداد من تاريخ الدفع . أما مدة الخمس عشرة سنة فهى تبدأ من الوقت الذى ينشأ فيه الحق فى الاسترداد . أى من وقت الدفع . وقد يحدث وإن كان هذا هو فرض نادر أن تكون مدة الثلاث سنوات أطول من مدة الخمس عشرة سنة . ويكون ذلك إذا لم يعلم الدافع بحقه الاسترداد إلا بعد مضى أكثر من اثنى عشر سنة بعد الدفع . وفى هذه الحالة يتقادم الحق بمضى مدة الخمس عشرة . وليس بمضى مدة الثلاث سنوات . لأن العبرة دائما بأقصر الأجلين .

المبحث الثانى

الفضـــالة

ندرس فيما يلى أركان الفضالة . ثم الأحكام التى تترتب على توافر هذه الأركان .

المطلب الأول

أركان الفضاله

٢٣٢ ـ الركن المادى والركن المعنوى والركن القانونى .

تنص المادة ١٨٨ على أنه « الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك . » . وتنص المادة ١٨٩ على أنه « تتحقق الفضالة ولو كان الفضول ، أثناء توليه شأنا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من إرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . وتنص المادة ١٩١ على أن « تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى » .

ويستخلص من هذه النصوص أن للفضالة ثلاثة أركان لا تقوم بغير توافرها . أولها ركن مادى وهو أن يقوم الفضولى بعمل عاجل لحساب رب العمل . وثانيها ركن معنوى هو أن يقصد الفضولى رعاية مصلحة رب العمل . وثالثها ركن قانونى هو الا يكون الفضولى ملتزما بالقيام بهذا العمل أو موكلا بالقيام به أو ممنوعا من مباشرته .

١ - § قيام الفضولى بشأن عاجل لحساب رب العمل

٢٣٣ - تصرف قانونى أو عمل مادى :

الركن المادى فى الفضالة هو قيام الفضولى بشأن عاجل لحساب رب العمل . وقد يتم هذا فى شكل تصرف قانونى أو عمل مادى .

١ - تصرف قانونى : عندما يكون الركن المادى فى الفضالة فى صورة عمل قانونى ، فانه يقترب بذلك من الركن المادى فى الوكالة . إذ أن محل الوكالة هو القيام بتصرف قانونى باسم الموكل ولحسابه ؛ وكثيرا ما تتحقق الفضالة فى صورة خروج على قواعد الوكالة . فالوكيل الذى يتجاوز حدود وكالته يصبح فضوليا فيما يباشره من تصرفات . والوكيل الذى يستمر فى مباشرة وكالته بعد انتهاء مدتها إنما يقوم بذلك على سبيل الفضالة . ولكن لا يشترط بطبيعة الحال أن يكون الفضولى وكيل تجاوز حدود وكالته أو استمر فيها بعد انتهائها ، وإنما تتحقق الفضالة حتى ولو لم تكن للفضولى علاقة سابقة برب العمل ؛ ولكنه باشر تصرفا قانونيا لمصلحته .

مثال ذلك أن يبيع محصول لشخص آخر خشية أن يسرع إليه التلف . أو أن يؤجر عينا شائعة بينه وبين شخص آخر ، أو أن يقبل هبة موجهة لرب العمل ، أو أن يدفع ضريبة مقررة على رب العمل حتى يجنبه اجراءات الحجز الإدارى .

ولا يشترط فى قيام الفضولى بهذه التصرفات أن تتوفر لديه أهلية الأداء الكاملة ، بل يكفى أن تتوافر لديه أهلية التعاقد وهى توجد مع وجود التمييز . والفضولى يشبه فى ذلك الوكيل . وعلى العكس فانه يشترط أن تتوافر أهلية الأداء لدى رب العمل لابرام هذا النوع من التصرفات . فاذا لم يكن رب العمل قادرا على ابرام التصرف بنفسه . فلا يستطيع غيره أن يبرمه نيابة عنه . وكالة أو فضالة . ولا يقوم بمثل هذا التصرف إلا نائبه القانونى

كالولى أو الوصى او القيم ومع مراعاة احكام النيابة القانونية السابق دراستها .

٢ ـ عمل مادى : وعلى خلاف الوكالة فان الفضالة قد تتمثل فى القيام بعمل مادى لمصلحة رب العمل . مثال ذلك قطع تقادم لدين أوشك على السقوط بالتقادم . أو قيد رهن أو تجديد القيد . أو ترميم منزل مهدد بالانهيار . أو تنقية القطن من الدودة . أو تنقية الأرض من الحشرات . أو جنى محصول يخشى عليه التلف .

٢٣٤ ـ شأن عاجل وضرورى لرب العمل :

فى كل الأمثلة التى أعطيناها للتصرفات القانونية أو الأعمال المادية التى يتحقق بها الركن المادى للفضالة . كانت الصفة المميزة هى صفة الضرورة والاستعجال . وهذا شرط جوهرى فى العمل الذى يقوم به الفضولى ويتحقق الاستعجال إذا كان التصرف من التصرفات الضرورية التى ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام بها لو توجد فى نفس الموقف الذى قام فيه الفضولى بهذا العمل :

وطبقا لهذا المعيار لا يكفى أن يكون العمل مفيدا لرب العمل حتى يخق لشخص آخر أن يقوم به . ويستفاد بعد ذلك من أحكام الفضالة فى الرجوع على رب العمل . فلا يجوز لشخص أن يقوم بقسمة أرض شائعة بين ملاك على الشيوع حتى يجنبهم مضار الشيوع . أو يطالب بالشفعة فى العقار المبيع باسم الشخص صاحب الحق فى الشفعة . أو أن يشترى منزلا أو أرضا لحساب شخص لمجرد أن الصفقة رابحة . أو أن يقوم بالبناء على أرض الغير حتى يتمكن الغير من استغلال أرضه على أحسن وجه . كل هذه التصرفات وإن كانت نافعة إلا انها ليست ضرورية . وإذا قام بها شخص غير صاحب الشأن فانها لا تنفذ فى حقه . بل أنها قد تستوجب المسئولية التقصيرية إذا اتسمت بالتسرع والخطأ ونتج منها ضرر لرب العمل .

أما التصرفات الضرورية العاجلة ، فان قيام الفضولى بها مع توافر أركان الفضالة الأخرى ، يعطيه الحق فى الرجوع على رب العمل طبقاً للأحكام التى سندرسها ، ويبقى حق الفضولى فى الرجوع قائما ولو زالت الفائدة من العمل بعد القيام به ، أو زال الإثراء الذى عاد على رب العمل ، كأن يقوم شخص بترميم منزل مهدد بالانهيار ، ثم يهلك المنزل بعد ذلك بسبب فيضان أو حريق أو غير ذلك . فى هذه الحالة يظل الفضولى صاحب حق فى الرجوع على رب العمل طبقاً لأحكام الفضالة .

§ ٢ — قصد الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل

٢٣٥ — القصد هو مناط التمييز بين الفضالة والاثراء بلا سبب .

الفضالة هى تطبيق من تطبيقات الاثراء بلا سبب . ولكنه تطبيق خاص يتميز بأن الفضولى يقصد القيام بشأن فيه مصلحة لشخص آخر . أى يقصد اسداء خدمة إلى شخص آخر . فاذا لم يتوافر هذا القصد فان الفضالة لا تقوم وإن تحقق الإثراء بلا سبب . مثال ذلك المستأجر الذى يقوم بالترميمات الضرورية للعين المؤجرة . فهو لا يقصد بذلك أن يؤدى خدمة للمؤجر ؛ ولكنه يقصد أن يحقق مصلحة لنفسه هى الانتفاع بالعين على الوجه الأكمل . وهو إذا كان يرجع بما أنفقه على المؤجر . لأن القيام بهذه الترميمات واجب على هذا الأخير ، فانما يرجع بدعوى الاثراء بلا سبب . وليس بدعوى الفضـــالة .

ولكن إذا كانت نية الفضولى فى القيام بمصلحة رب العمل هى التى تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب ؛ إلا أن النية قد تتجه اتجاهات مختلفة ولكل إتجاه منها حكم خاص ؛ ولذلك تنبغى مراعاة الصور المختلفة الآتية :

١ — لا يشترط أن تكون نية الفضولى خالصة فى العمل على مصلحة رب العمل ، بل يجوز كما يقرر المشرع فى المادة ١٨٩ مدنى « أن تتحقق

الفضالة ولو كان الفضولى ، فى أثناء توليه شأنا لنفسه . قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من إرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . فلا يشترط إذن أن تتمحض نية الفضولى للعمل على مصلحة رب العمل ، بل يجوز أن يقصد أساسا القيام بعمل لمصلحته الشخصية ، ولكن هذا العمل لا يمكن إتمامه بغير العمل على مصلحة شخص آخر لما بين الأمرين من إرتباط . مثل ذلك الشريك على الشيوع الذى يؤجر العين المملوكة على الشيوع بينه وبين شخص آخر . إنما يقوم أساسا بتحقيق مصلحته الشخصية . ولكنه يحقق فى نفس الوقت مصلحة شريكه على الشيوع . ولا يؤثر فى وجود النية أن تكون مصلحته الشخصية هى الدافع الأساسى للتصرف ، طالما أن مصلحة الشريك كانت أيضا فى اعتباره .

٢ – لا يشترط أن تكون نية الفضولى متجهة إلى اسداء خدمة لشخص معين بالذات . بل يكفى أن تتجه النية إلى العمل على مصلحة الغير ، أيا كان هذا الغير ، وحتى لو تبين أن الشخص الذى تحققت مصلحته هو شخص آخر غير الشخص الذى اتجهت نية الفضولى إلى العمل لحسابه .

٣ – لا يشترط أن يكون الفضولى عالما بصفته كفضولى ، بل قد يتصرف باعتباره وكيلا . ويكون متجاوزا حدود الوكالة ، ويكون تصرفه فى الواقع فضالة لا وكالة . والمهم أن يقصد العمل لمصلحة رب العمل .

٤ – إذا اتجهت إرادة الشخص إلى القيام بعمل لمصلحته الشخصية ، فانه لا يعتبر فضوليا حتى ولو آلت نتيجة العمل للغير ، حتى ولو تمحضت هذه النتيجة لمصلحة الغير . مثال ذلك الحائز الذى يعتقد أنه المالك ويقوم بوضع تحسينات أو انشاءات فى العين التى يحوزها ، ثم يظهر بعد ذلك المالك الحقيقى الذى يسترد هذه العين بما زاد عليها من تحسينات وإنشاءات . فى هذا الفرض لا يعتبر هذا الشخص فضوليا ، ولا يرجع على المالك الحقيقى بأحكام الفضالة . بل بأحكام الاثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها .

§ ٣ - الركن المادى

٢٣٦ - الفضولى غير ملزم بالقيام بالعمل أو موكل به أو منهى عنه :

يشترط لقيام الفضالة من الناحية القانونية ألا يكون الفضولى ملتزما بالقيام بالعمل الذى يقوم به . فاذا كان ملتزما به . فهو لايكون فضوليا ، بل مدينا يوفى بالتزامه ، مثال ذلك العامل الذى يعمل لحساب رب العمل . أو المقاول الذى يقوم بانشاءات لحساب رب العمل . أو الحارس الذى يقوم بادارة العين التى يتولى حراستها .

ويشترط كذلك ألا يكون الشخص موكلا فى القيام بالعمل الذى قام به . وإلا فانه لا يعتبر فضوليا بل وكيلا . وإذا لم يكن الشخص موكلا . ولكن رب العمل أجاز العمل الذى قام به الغير ، فانه تسرى أحكام الوكالة لا الفضالة . إذ أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وقد نص المشرع صراحة على هذا الحكم فى المادة ١٩٠ السابق ذكرها .

ويشترط أخيراً ألا يكون رب العمل قد نهى الغير عن القيام بهذا العمل ، لأنه إذا نهاه عن ذلك ، فعلى الغير أن يمتنع عن القيام به ، فاذا قام بالعمل رغم النهى ، فانه لا يعتبر فضوليا . بل يعتبر مخطئا ويكون مسئولا عن تعويض رب العمل عن أى خسارة تلحقه من القيام بالعمل . ولكن إذا نتج عن القيام به نفع لرب العمل . فانه يجوز له الرجوع عليه . بمقتضى الأحكام العامة فى الإثراء بلا سبب .

والخلاصة أنه يشترط من الناحية القانونية حتى تقوم الفضالة ، ألا يكون الفضولى ملزما بالقيام بالعمل الذى قام به . أو موكلا به أو منهيا عنه

المطلب الثانى

أحكام الفضاله

الفضالة مصدر من مصادر الالتزام ؛ وهى تنشىء التزامات على عاتق الفضولى وأخرى على عاتق رب العمل.

§ ١ - التزامات الفضولى

٢٣٧ - مصدر التزامات الفضولى .

تنشأ على عاتق الفضولى التزامات أربعة هى الالتزام بالاستمرار فى العمل الذى قام به إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه والالتزام باخطار رب العمل . والالتزام ببـــذل عناية الرجل المعادى فى القيام بالعمل . بتقديم والالتزام حساب لرب العمل

ومصدر هذه الالتزامات الأربعة هو القانون وهو يقيمها على أساس واقعة قانونية هى قيام الفضولى بالعمل العاجل لحساب رب العمل .وقـــد سبق أن رأينا ان هذا العمل قد يكون عملا ماديا أو تصرفا قانونيا . ولكنه يعتبر فى جميع الأحوال عملا ماديا فى العلاقة بين الفضولى ورب العمل .

٢٣٨ - التزام الفضولى بالمضى فى العمل .

تنص المادة ١٩١ على أنه « يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه » . والحكمة من هذا الالتزام أن الفضولى يقوم بأمر عاجل لرب العمل ؛ يتسم بالأهمية والضرورة بالنسبة له ، فلا ينبغى أن يقوم بذلك عن خفة أو استهتار ، بل يجب أن يمضى فى العمل الذى قام به إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

٢٣٩ - التزام الفضولى باخطار رب العمل .

وتنص المادة ١٩١ فى عبارتها الأخيرة ، أنه يجب على الفضولى « أن

يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك » . والحكمة من هذا الالتزام هى أن الشأن الذى يتولاه الفضولى لا يتعلق به هو بل برب العمل . وهذا الأخير لو كان يعلم بالأمر لما توانى فى القيام به . ولذلك ينبغى أن يخطره الفضولى بما قام به . حتى يمسك هو بزمام الموقف ، فقد يتدخل لإتمام العمل بنفسه ، وهذا واجب عليه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا . وقد ينهى الفضولى عن الاستمرار فى العمل إذا كان لا يرى وجها للقيام به .

٢٤٠ - التزام الفضولى ببذل عناية الرجل العادى .

تنص المادة ١٩٢ مدنى على أنه « (١) يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى ، ويكون مسئولا عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك . (٢) وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . (٣) وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد . كانوا متضامنين فى المسئولية » .

ويتضح من هذا النص أن الفضولى لا يلتزم التزاما بتحقيق نتيجة ، بل التزامه ببذل عناية . والعناية المطلوبة من الفضولى هى عناية الشخص العادى . وإذا لم يبذل الفضولى هذه العناية فانه يكون مخطئا ويكون مسئولا فى مواجهة رب العمل . ويلتزم بتعويضه عن الضرر الذى أصابه من هذا الخطأ . ومسئولية الفضولى ليست مسئولية عقدية ، إذ لا عقد بينه وبين رب العمل ، كما انها ليست مسئولية تقصيرية ، لأن الخطأ حدث فى نطاق الفضالة . فتكون المسئولية فى نطاق الفضالة كذلك . والغالب ألا يحكم على الفضولى بتعويض كامل ، لأن القاضى يراعى أن الفضولى شخص متطوع يبذل جهده فى اسداء خدمة لشخص غيره . فاذا انحرف فى قيامه بذلك عن

مسلك الرجل العادى ، فان نيته تشفع له فى تخفيف المسئولية التى تنشأ عن هذا الانحراف . ولكن يشترط بالطبع ألا يكون الخطأ جسيما ؛ لأن الخطأ الجسيم يأخذ حكم الغش ، والغش فيه معنى الاضرار بالغير ، وهو على ضرف نقيض من نية اسداء خدمة للغير ؛ فتنتفى الفضالة أصلا . وتكون المسئولية ليست فى نطاق الفضالة ؛ بل مسئولية تقصيرية عن العمل غير المشروع .

والفضولى لا يكون مسئولا عن عمله فحسب فى مواجهة رب العمل بل يكون مسئولا عن عمل أى شخص غيره يعهد إليه بالقيام بالعمل كله أو بعضه ؛ كما لو كان العمل عملا ماديا وعهد إلى مقاول بالقيام به ، أو كان العمل عملا قانونيا وعهد إلى وكيل بابرام التصرف .

غير أنه فى هذه الحالة لا يكون الفضولى هو وحده المسئول ، بل يكون نائبه أيضا مسئول عن عمله . والنائب مسئول فى مواجهة الفضولى طبقاً للعقد القائم بينهما . غير أنه مسئول كذلك فى مواجهة رب العمل الذى يجوز له أن يرجع بالتعويض على النائب مباشرة .

وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد . فانهم يكونون مسئولين على وجه التضامن فى مواجهة رب العمل . وقد سبق أن رأينا نفس الحكم بالنسبة لتعدد المسئولين عن العمل غير المشروع فى المسئولية التقصيرية .

٢٤١ – التزام الفضولى بتقديم حساب لرب العمل .

تنص المادة ١٩٣ مدنى على أن « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به » . ويشير هذا النص إلى الحكم المقرر فى المادة ٧٠٦ بشأن الوكالة . وتنص هذه المادة على أنه « ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لنفسه . (٢) وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها . وعليه أيضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر » .

ويتضح من هذين النصين أن المشرع عامل الفضولى معاملة الوكيل من حيث الزامه بتقديم حساب عن الأعمال التى يقوم بها لحساب رب العمل . ويكون ذلك الحالات التى يحصل فيها الفضولى على أشياء خاصة برب العمل . ويتحقق ذلك الكثير من الحالات . مثال ذلك أن يقوم الفضولى ببيع محصول مملوك لرب العمل خشية تلفه . ويقبض ثمن البيع . والنقود التى يحصل عليها الفضولى ينبغى أن يردها لرب العمل وينبغى ألا يستعملها لفائدته الشخصية . وهو إذا استخدمها لنفسه وجبت عليه الفائدة بالسعر القانونى وهو ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية ، وتحسب الفائدة من وقت استخدام هذه النقود . أما إذا لم يستعمل المال لمصلحته الشخصية فان الفائدة تسرى عليه من وقت اعذاره بالدفع .

وإذا كانت الأشياء التى حصل عليها الفضولى ليست نقودا . بل أشياء أخرى كمحصول زراعى قام بجنيه أو غير ذلك فانه يلتزم بتسليم هذا الشىء إلى رب العمل . وألا يستخدمه لصالح نفسه ، وإلا وجب عليه التعويض .

٢٤٢ - أثر موت الفضولى أو موت رب العمل فى التزامات الفضولى .

تنص المادة ١٩٤ على أنه « (١) إذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ . (٢) وإذا مات رب العمل بقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم » . وتنص المادة ٧١٧ / ٢ على أنه « فى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته . إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة . أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل » .

ويتضح من هذه النصوص أنه إذا مات الفضولى فان الفضالة تنقضى . وهو نفس الحكم فى حالة ما إذا مات الوكيل فان الوكالة تنقضى . ولكن ينشأ على عاتق ورثة الوكيل وكذلك على عاتق ورثة الفضولى ، متى كانوا

كاملى الأهلية وكانوا على علم بالفضالة أو بالوكالة ، التزام شخص بأن يخطروا رب العمل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما يكون فى وسعهم إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرة الأمر بنفسه .

أما إذا مات رب العمل . فانه على خلاف الوكالة التى تنقضى بوفاة الموكل . فان الفضالة لا تنقضى بوفاة رب العمل . ويظل الفضولى ملتزما فى مواجهة ورثة رب العمل بنفس الالتزامات التى كان يلتزم بها فى مواجهة رب العمل نفسه . والسبب الذى يبرر انقضاء الوكالة بموت الموكل . هو أن الوكالة تنشأ عن عقد بين الوكيل والموكل ، وهو عقد ذو طابع شخصى . فلا تنتقل الالتزامات الناشئة عنه إلى الخلف العام للوكيل أو الموكل . أما الفضالة فهى لا تنشأ عن عقد بين الفضول ورب العمل ، ولكن تنشأ عن واقعة مادية هى قيام الفضولى بأمر عاجل لمصلحة رب العمل . ووفاة هذا الأخير ليس من شأنها أن تؤثر فى بقاء الكفيل ملتزما بنفس الالتزامات التى نشأت على عاتقه بسبب الفضالة . وقد سبق أن رأينا أن الفضالة تتحقق حتى ولو تبين أن الشخص الذى تم العمل لمصلحته هو غير الشخص الذى قصد الفضولى أداء الخدمة له . ويصدق هذا من باب أولى على ورثة رب العمل . فالمهم هو ان يكون العمل لحساب شخص من الغير . ولا أهمية لأن يكون هذا الشخص معينا بالذات ، أو أن يكون هو نفس الشخص الذى قصد الفضولى أداء العمل لمصلحته أو ورثة هذا الشخص .

٢٤٣ — سقوط التزامات الفضولى بالتقادم .

تنص المادة ١٩٧ مدنى على أن « تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » . وهذا النص يحدد مدة تقادم الالتزامات الناشئة عن الفضالة

سواء فى ذلك التزامات الفضولى أو التزامات رب العمل . وبالنسبة لالتزامات الفضولى وهى ما ندرسه الآن فانها تتقادم بأقصر الأجلين ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة . ومدة الثلاث سنوات تبدأ من الوقت الذى يعلم فيه رب العمل بحقه فى الرجوع على الفضولى سواء لاجباره على التنفيذ العينى ، أو التنفيذ بطريق التعويض . أما مدة الخمس عشرة سنة فتبدأ من الوقت الذى ينشأ فيه حق رب العمل . والغالب أن تكون مدة الثلاث سنوات أقصر من مدة الخمس عشرة سنة ولكن قد يحدث العكس أيضاً . وقد سبق أن رأينا نفس الشيء بالنسبة لتقادم دعوى استرداد غير المستحق ، ودعوى الإثراء بلا سبب .

٢٤٤ - أهلية الفضولى .

تنص المادة ١٩٦ مدنى على أنه « إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع » .

وهذا النص يضع حكما لفرضين اولهما أن يكون الفضولى كامل الأهلية وثانيهما أن يكون الفضولى ناقص الأهلية .

والفرض الثانى يعنى أنه يجوز أن يكون الفضولى ناقص الأهلية . ولكن يشترط بالطبع أن يتوافر لديه التمييز والادراك . وهو فى هذه الحالة يكون قادرا على القيام بشأن رب العمل إذا كان عملا ماديا . أو حتى إذا كان تصرفا قانونيا بشرط أن يعقده باسم رب العمل لا باسمه الشخصى . أما التصرفات القانونية التى يبرمها الفضولى باسمه الشخصى والتى يكون رب العمل أجنبيا عنها فيشترط لابرامها أن تتوافر فى الفضولى أهلية الأداء اللازمة لابرام هذه التصرفات .

وإذا كان الفضولى ناقص الأهلية فانه يكون قادرا على تحمل الالتزام

الأول وهو المضى العمل الذى قام به ، والالتزام الثانى وهو اخطار رب العمل . أما الالتزام الثالث وهو بذل عناية الرجل العادى ، والالتزام الرابع وهو تقديم حساب عن أعمال الفضالة ، فلا تكون مسئولية الفضولى عنهما كاملة . ولا تكون مسئوليته فى نطاق الفضالة ، ولكن فى نطاق الإثراء بلا سبب . ويترتب على ذلك انه لا يجوز الرجوع على الفضولى ناقص الأهلية بالتعويض إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة طبقاً لأحكام الرجوع على ناقص الأهلية بمقتضى دعوى الإثراء بلا سبب . وهو نفس الحكم الذى رأيناه كذلك بالنسبة لاسترداد غير المستحق من ناقصى الأهلية .

ولكن إذا ارتكب ناقص الأهلية خطأ تقصيريا ، فانه يكون مسئولا مسئولية كاملة طبقاً لأحكام المسئوليـة التقصيرية إذ لا يشترط بالنسبة للمسئولية التقصيرية إلا الادراك فقط وهو ما يتوافرُ لناقص الأهلية .

أما إذا كان الفضولى كامل الأهلية فهو يكون مسئولا مسئولية كاملة فى نطاق الفضالة ، ولكن القاضى قد يخفف من هذه المسئولية مراعاة لدافع التطوع الذى دفع الفضولى إلى العمل لمصلحة رب العمل ، وبشرط ألا يصدر من الفضولى خطأ جسيما . وقد سبق أن درسنا هذا الحكم (م ١٩٢ مدنى) .

§ ـ ٢ ـ التزامات رب العمل

٢٤٥ ـ التزامات أربعة :

تنص المادة ١٩٥ على أن « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى . ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وان يعوضه عن التعهدات التى التزم بها . وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدهـا

من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . ويتضح من هذا النص أن الفضالة تنشىء على عاتق الفضولى أربعة التزامات هى :

١ — التزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى نيابة عنه :

إذا كان العمل الذى قام به الفضولى هو تصرف قانونى أبرمه باسم رب العمل ، فان آثار هذا التصرف تعود مباشرة إلى رب العمل فيصبح هو الدائن فى العقد الذى أبرمه الفضولى ، ويصبح هو المدين كذلك فى هذا العقد ، أما الفضولى فلا ينشأ فى ذمته أى حق أو التزام . وهذا الحكم هو تطبيق لفكرة النيابة . وقد طبقها المشرع صراحة على الفضالة فى نص المادة ١٩٥ السابق ذكره . والنيابة هنا نيابة قانونية مصدرها القانون . وإذا كانت الالتزامات الناشئة عن العقود التى يبرمها الفضولى باسم رب العمل تنشأ مباشرة فى ذمة هذا الأخير . فمعنى ذلك أنه عليه واجب تنفيذ هذه الالتزامات اختيارا . وإلا أجبر على تنفيذها قهرا .

٢ — التزام رب العمل بتعويض الفضولى عن التعهدات التى أبرمها باسمه شخصيا : ويكون هذا إذا لم يتعاقد الفضولى باسم رب العمل . ولكنه تعاقد باسمه شخصيا . فى هذه الحالة يظل رب العمل أجنبيا عن العقد ولا تنصرف إليه آثاره . ويكون الفضولى هو وحده المدين فى هذا العقد . فاذا اضطر إلى أداء شىء من ماله تنفيذا للعقد الذى أبرمه . كأن يكون قد اتفق مع مقاول على ترميم المنزل المملوك لرب العمل . ودفع للمقاول أجرة المقاولة فانه يرجع على رب العمل بما دفعه ، وبالفوائد القانونية عن هذا المبلغ محسوبه من وقت الدفع .

٣ — الالتزام برد النفقات الضرورية والنفقات النافعة : إذا أنفق الفضولى فى القيام بأعمال الفضالة نفقات ضرورية او نافعة كتلك التى

ينفقها فى ترميم منزل أو جنى محصول يسرع إليه التلف او تخزين هـذا المحصول ، فانه يرجع بها على رب العمل مع فوائدها القانونية من وقت دفعها . ولكن يشترط أن تكون هذه المصروفات بالقدر الذى تقتضيه الظروف فلا يبالغ فيها دون مبرر . أما إذا كانت المصروفات كمالية فلا يرجع بها الفضولى طبقاً لأحكام الفضالة . ومما يدخل فى المصـــروفات الضرورية أو النافعة . أجر الفضولى إذا كان العمل الذى قام به مما يدخل فى نطاق مهنته . كالمحامى الذى يقطع تقادم حق شخصى . أو يقيد رهن أو يجدد القيد . . الخ ، أو الطبيب الذى يعالج مريضا . أما إذا قام المحـامى أو الطبيب بترميم منزل أو جنى محصول فهو لا يتقاضى أجرا عن عمله .

٤ – الالتزام بتعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه : إذا لحق الفضولى ضرر وهو يقوم بالعمل الذى يؤديه لمصلحة رب العمل كأن تتلف منقولات يملكها وهو يطفىء حريقا شب فى منزل جاره . أو يصاب بجروح أو حروق من جراء قيامه بذلك . ولم يكن هذا الضرر من الممكن توقيه ببذل عناية الرجل العادى . فانه يكون عنصرا من عناصر التكاليف التى تحملها الفضولى وهو يؤدى الفضالة . ويلتزم رب العمل بتعويضه عنها . ويلاحظ أنه إذا تعدد رب العمل فلا يكون هناك تضامن بينهم فى رجوع الفضولى عليهم . لأن المشرع لم ينص على التضامن فى هذه الحالة . والتضامن لايقوم إلا بمقتضى إتفاق أو نص . وعلى عكس ذلك فقد نص المشرع على التضامن بين الفضوليين إذا تعددوا كما سبق أن رأينا (م ١٩٢ / ٣) .

٢٤٦ – أهلية رب العمل .

لا يشترط أن تتوافر فى رب العمل أهلية الأداء . أو حتى مجرد الإدراك والتمييز . لأن مصدر التزامات رب العمل هى الفضالة وهى تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب وقد سبق أن رأينا أن المدين يلتزم بتعويض المفتقر حتى ولو كان غير مميز (م ١٧٩ مدنى) . وقد طبق المشرع هذا

الحكم على الفضالة بنص خاص ، وهو ما تقرره المادة ١٩٦ ٢٢ « أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد » .

ولكن يلاحظ أنه إذا أبرم الفضولى تصرفا قانونيا باسم رب العمل ونيابة عنه . فانه يشترط ان تتوافر فى رب العمل أهلية الأداء لابرام مثل هذا التصرف . وإلا فان أثره لا تتصرف إليه وقد سبق أن ذكرنا ذلك .

٢٤٧ — أثر موت الفضولى أو موت رب العمل على التزامات رب العمل

الواقع أن موت الفضولى لا يؤثر شيئا على التزامات رب العمل التى يصبح ملتزما فى مواجهة ورثة الفضولى بنفس الالتزامات التى كان يتحملها فى مواجهة الفضولى .

وكذلك فان موت رب العمل لا يؤثر شيئا فى التزاماته . إذ أنها تنتقل إلى ورثته فيلتزمون بها فى مواجهة الفضولى . ولكن فى حدود التركة بطبيعة الحالة .

٢٤٨ — تقادم التزامات رب العمل .

سبق أن رأينا أن نص المادة ١٩٧ يجعل مدة تقادم الالتزامات الناشئة عن الفضالة واحدة سواء بالنسبة للفضولى أو بالنسبة لرب العمل ، وهذه المدة هي ثلاث سنوات من وقت علم صاحب الحق بحقه ، أو خمس عشرة سنة من وقت نشأة هذه الالتزامات ، ونحيل فى ذلك إلى ما سبق ذكره فى سقوط التزامات الفضولى بالتقادم .

الباب الخامس

القانون

٢٤٩ – متى يكون القانون مصدرا مباشرا للالتزام .

القانون هو مصدر الالتزامات جميعاً . لأن كل مصادر الالتزام تستمد قوتها من القانون . فالقانون هو الذى جعل العقد مصدرا للالتزام . والقانون هو الذى جعل الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام . والقانون هو الذى جعل العمل غير المشروع مصدرا للالتزام والقانون هو الذى جعل الإثراء بلا سبب مصدرا للالتزام ، ولكن طبقاً لقانون السببية وتدرج الأسباب . فان القانون ليس هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات ، ولكن مصدرها المباشر هو العقد أو الارادة المنفردة أو العمل غير المشروع ، أو الإثراء بلا سبب . بحسب الأحوال . أما القانون فهو المصدر غير المباشر لهذه الالتزامات . وهو المصدر الذى تستند إليه المصادر الأخرى وتستمد منه وجودها وقوتها

ولكن فى بعض الأحوال ينشأ الالتزام عن القانون مباشرة ، بحيث لا يكون له مصدر آخر غير حكم القانون الذى أنشأه . وبالنسبة لهذه الالتزامات تقرر المادة ١٩٨ مدنى أن « الالتزامات التى تنشأ عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها » .

ورغم ما قد توحى إليه صياغة المادة ١٩٨ من أن مصدر الالتزام القانونى هو دائما التشريع . فانه ينبغى مع ذلك أخذ معنى القانون بحسب المفهوم

الواسع لهذا الاصطلاح . وكل مصدر من مصادر القانون يصلح أن يكون مصدرا مباشرا للالتزام . فبجانب التشريع وهو المصدر الرسمى الأول للقانون ، فان العرف قادر على انشاء الالتزامات القانونية . مثال ذلك العرف الموجود فى بعض الأقاليم والذى يوجب على من تلقى هدية فى مناسبة معينة أن يرد مثلها فى مثل المناسبة التى تلقاها فيها . والقضاء رغم الجدل الذى يثور حوله . فهو من مصادر القانون . وبالتالى يمكن أن يكون مصدرا للالتزام . ومن الأمثلة على الالتزامات التى أنشأها القضاء . الالتزام بضمان السلامة فى عقد النقل . ومؤدى هذا الالتزام أن الناقل لا يلتزم فقط ببذل العناية الكافية لتوصيل الراكب الى الجهة التى يقصدها ، بل يلتزم بتحقيق نتيجة هى وصول الراكب سالما صحيحا إلى هذه الجهة . غير أن معظم الالتزامات القانونية تنشأ عن التشريع . والفكرة الأساسية التى تهيمن على المشرع فى انشاء هذه الالتزامات هى فكرة التضامن الاجتماعى . وهذه الفكرة تتصل كذلك بفكرة العدل أساس القانون كله .

ومن الأمثلة على الالتزامات الناشئة عن القانون مباشرة . الالتزامات الموجودة فى نطاق الأسرة . كالتزامات كل من الزوجين فى مواجهة الزوج الآخر . والالتزام بالنفقة فيما بين الزوجين . وفيما بين الأقارب .

ومن الأمثلة على ذلك أيضا الالتزامات الناشئة بين الجيران بسبب الجوار ، كتلك التى تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الملاصق ، أو بسبب ملكية الطبقات فى المبنى الواحد . أو بسبب الشيوع فى الملك .

ومن أهم الأمثلة على الالتزامات القانونية ، الالتزام بدفع الضرائب ، وهو التزام فى مواجهة الدولة تمكينا لها من القيام بوظائفها فى خدمة المجتمع .

ومن الأمثلة على الالتزامات القانونية . التزامات الفضولى . أما التزامات رب العمل فهى ناشئة عن الفضالة ، أو عن الإثراء بلا سبب .

ونظرا لأن الالتزام ينشأ عن القانون مباشرة . فلا يتصور البحث فى شروط صحته ، فهو لا تتصور بالنسبة له عيوب الارادة ؛ ولا يؤثر فيه نقص أهلية المدين ، ولا تثور بشأنه مشكلة السبب ، أو مشكلة المحل . ويكفى للقول بوجود الالتزام التحقق من وجوده طبقاً لمصادر القانون المختلفة .

أما آثار هذا الالتزام فان القانون هو الذى يحددها . وهذه الآثار لا تخرج على النظرية العامة فى الالتزام ، وبصفة خاصة فان هذا الالتزام يتحلل كغيره من الالتزامات إلى عنصرين : عنصر المديونية وعنصر المسئولية . ومقتضى ذلك أن على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه طوعا ؛ وإلا فانه يجبر على تنفيذه قهرا . والتنفيذ الجبرى إما أن يكون تنفيذا عينيا . أو تنفيذا بطريق التعويض .

والخلاصة أنه إذا لم يرد حكم خاص بهذا الالتزام فى النص الذى أنشأه . فانه يخضع للاحكام المقررة فى نظرية الالتزام والتى تسرى على الالتزامات جميعـا .

الباب السادس

الحكم

٢٥٠ – متى يكون الحكم مصدرا للالتزام .

من الشائع القول بأن وظيفة القاضى هى حماية الحقوق وليس انشاؤها ، وأن الأصل فى الحكم القضائى أن يكون كاشفا للحقوق غير منشىء لها .

والواقع ان وظيفة القاضى هى إقامة العدل فى نزاع بين طرفين . وإذا كان يرمز للعدل بالميزان الذى يمسك به شخص معصوب العينين ، فان هذا الرمز مأخوذ من تعريف أرسطو للقاضى بأنه الشخص الذى يمسك بالميزان . ولا زال تعريف أرسطو هو أصدق تحديد للمقصود بالعمل القضائى . رغم كل ما وضع فى هذا المجال من نظريات ومؤلفات .

والقاضى يوزع العدل بين الناس . لا بحسب مفهومه الشخصى لفكرة العدل ، ولكن بحسب ما حدده القانون لهذه الفكرة من تطبيقات مختلفة تتمثل فى الحقوق والالتزامات التى أعطاها للأفراد أو فرضها عليهم . وقد جعل القانون لكل حق مصدرا . وكذلك جعل لكل التزام مصدرا . فاذا توافر للحق مصدره . أو للالتزام مصدره . فانه ينشأ صحيحا طبقاً للقانون . ويكون له وجود فى نظر القانون . ومقتضى وجود الحق أو الالتزام أن تكون له حماية قانونية تتمثل فى الجزاء الذى يترتب على المساس بهذا الحق أو بهذا الالتزام . والقاضى هو الذى يحمى هذه الحقوق والالتزامات ويوقع الجزاء على مخالفتها .

والقاضى فى عمله هذا لا ينشىء الحق أو الالتزام . ولكنه يكشف عنه ويقرره . ولذلك فالقول بأن حكم القاضى هو بحسب الأصل كاشف للحق غير منشىء له ، هو قول صحيح .

ومع ذلك ففى بعض الحالات الاستثنائية لا يكون دور القاضى هو مجرد حماية الحق السابق وجوده . ولكنه يتخطى ذلك بانشاء حق أو التزام لم يكن موجودا من قبل . وفى الحالات التى ينشىء فيها القاضى التزاما جديدا فان حكمه يكون منشئا وليس فقط كاشفا ، ويكون هو مصدر هـــذا الالتزام .

والالتزام الذى ينشأ عن حكم القاضى ، يسمى بالالتزام القضائى ، كما يسمى الالتزام الناشىء عن العقد بالالتزام العقدى .

وقد وضعنا نظرية الالتزام القضائى عام ١٩٦٤ فى مؤلف يحمل هذا الاسم . وقد نشر فى فرنسا فى عام ١٩٦٥ .

ومنطوق نظرية الالتزام القضائى ، أنه فى الحالات التى يقوم فيهـــا القاضى بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية . وبمقتضى تفويض صريح من القانون . فانه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد . تجديدا يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات ، ونشأة التزامات جديدة تحل محلها مصدرها حكم القاضى . والالتزامات الجديدة تختلف عن الالتزامات القديمة فى مصدرها وفى ... ويكون حكم القاضى فى هذه الحالات مجددا ومنشئا ومصدرا للالتزام .

والواقع أن القاضى عندما يعدل العقد فانه لا يفسره . ولا يطبقه . ولكنه يخرج عليه ويقومه .

والقاضى بهذا يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين . وينشىء آثارا جديدة غير تلك التى ... المتعاقدان

واعطاء هذه السلطة للقاضى أمر خطير للغاية ، فهى مقرره مباشرة ضد فكرة العقد ونظامه .

ولذلك فان القاضى لا يملك القيام بتعديل العقد من تلقاء نفسه ، بل لابد أن يكون مفوضا تفويضا صريحا من القانون فى القيام بذلك .

والقانون هو المصدر غير المباشر للالتزام القضائى . كما هو الشأن بالنسبة لكل الالتزامات الأخرى ، أما مصدره المباشر فهو حكم القاضى .

والقانون لا يعطى للقاضى سلطة تقديرية فى تعديل العقد إلا فى الحالات التى يبدو فيها بوضوح أن العقد أصبح مخالفا للعدل مخالفة صارخة تقتضى التدخل وتبرره فى نفس الوقت .

ولذلك فان القانون يحل محل العقد وهو الوسيلة الأولى للتعبير عن العدل فى معاملات الأفراد ، وسيلة أخرى هى حكم القاضى .

وفى كل الحالات التى أعطى فيها القانون للقاضى سلطة تقديرية لتعديل العقد . كان ذلك بهدف إقامة التوازن بين التزامات الطرفين المتقابلة . أو إعادة هذه التوازن . إذا كان قائما وقت العقد ، لكنه إختل بعد ذلك .

ولذلك فان الهدف الأساسى من تدخل القاضى هو محاربة الغبن . أى عدم التعادل فى الالتزامات التعاقدية . والغبن بمفرده لا يكفى ولا يبرر الإذن للقاضى بالتدخل فى العقد بالتعديل ، وإلا لانهارت فكرة العقد ، وانهارت بالتالى الثقة المشروعة فى المعاملات .

ولذلك فان القانون يستعين دائما بعنصر آخر اضافى إلى جانب الغبن . وهذا العنصر الاضافى هو الذى يبرز جانب الظلم فى الغبن . ويجعله قبيحا لا يطاق ، ويجعل محاربته وتقويمه أمرا مقبولا لا يمس الثقة فى المعاملات .

وإذا استعرضنا الحالات التى يجوز فيها للقاضى تعديل العقد ، فانه يمكن

تصنيفها فى قسمين الأول خاص بالغبن وقت انشاء العقد ، والثانى خاص بالغبن الطارىء بعد ابرام العقد . ومن أهم التطبيقات المتعلقة بالقسم الأول وهو الذى يكون الغبن فيه معاصرا لابرام العقد ، تعديل العقد فى حالة الاستغلال طبقاً للمادة ١٢٩ من القانون المدنى وقد سبق أن عرضنا ذلك ، والعنصر الاضافى الذى استعان به المشرع فى هـذا التطبيق هـو عنصر الاستغلال ، هو عنصر نفسى . ومن تطبيقات القسم الأول كذلك ما تقرره المادة ٧٠٩ من حق القاضى فى تعديل أجرة الوكيل . ويمتد هذا الحكم إلى أجرة كل أصحاب المهن الفنية كالطبيب أو المهندس أو المحامى . والعنصر الإضافى الذى استعان به المشرع فى اعطاء القاضى سلطة التعديل فى هـذه الحالة هى الطبيعة الفنية للعمل ، وهو ما لا يستطيع العميل أن يقدر قيمته تقديرا يعصمه من قبول ما هو غير عادل بالنسبة له . ومن تطبيقات القسم الأول أيضا . ما يتعلق بتعديل عقود الإذعان ، طبقا لنص المادة ١٠٠ من القانون المدنى . وقد سبق لنا دراسة هذه المسألة . والعنصر الإضافى الذى استعان به المشرع فى اعطاء القاضى سلطة التعديل فى هذه الحالة . هى الظروف الاقتصادية غير المتعادلة التى يوجد فيها كل من المتعاقدين ، فأحدهما قوى يفرض شروطه على الطرف الآخر الضعيف الذى لا يملك إلا التسليم بهذه الشروط . ومن الأمثلة على تطبيقات القسم الأول كذلك ، ما يتعلق بسلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى طبقاً لنص المادة ٢٢٤ مدنى . ، من تطبيقات القسم الأول أيضا . ما تنص عليه المادة ٧ من اتفاقية بروكسل المعقودة فى ٢٣ سبتمبر عام ١٩١٠ والتى انضمت إليها مصر فى عام ١٩٤٤ . وهى الخاصة بالمساعدة والانقاذ البحريين . وتقرر المـادة المذكورة أن « كل اتفاق يتعلق بمساعدة أو انقاذ تم فى لحظة أو تحت تأثير الخطر . يمكن بناء على طلب أحد الطرفين أن يبطل أو يعدل بواسطة القاضى إذا رأى أن الشروط المتفق عليها ليست عادلة » . وبطبيعة الحال

فإن ظروف الخطر التى تم فيها هذ العقد هى التى سمحت للقانون باعطاء القاضى سلطة تعديل هذا العقد .

أما الغبن اللاحق على ابرام العقد ، فإن مثاله البارز هو نظرية الحوادث الاستثنائية الطارئة . وقد سبق أن درسنا هذه النظرية تفصيلا، ودرسنا سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة انطباقها لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

والخلاصة أن القاضى وهو يحكم بالعدل بين الناس ، يكون مقررا لحقوق الأفراد فى معظم الحالات ، ولكنه ينشئ هذه الحقوق في حالات أخرى ، بمقتضى تفويض صريح من القانون . وفى هذه الحالات يكون الحكم مصدرا من مصادر الالتزام .

وندرس فيما يلى نظرية الالتزام القضائى فى ثلاثة فصول :

الفصل الأول عنوانه : التجديد الضرورى .

والفصل الثانى عنوانه : الحكم مصدر للالتزام .

والفصل الثالث عنوانه : تطبيقات وتحليل وآثار الحكم المنشئ للالتزام.

الفصل الأول

التجديد الضرورى

٢٥١ - فكرة التجديد الضرورى :

بحسب منطوق نظرية الالتزام القضائي ، عندما يقوم القاضي بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية ، وبمقتضى تفويض صريح من القانون ، فإنه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد ، تجديدا يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات ، ونشأة التزامات جديدة تحل محلها مصدرها حكم القاضي . هذا هو الالتزام القاضى . والتجديد الذى يؤدى إلى نشأة هذا الالتزام هو تجديد ضرورى يقابل التجديد الاتفاقى الذى يدرس عادة عند دراسة أسباب انقضاء الالتزام .

وكل البناء الفنى لنظرية الالتزام القضائى ، يقوم على فكرة التجديد الضرورى لالتزام عقدى .

وحتى يمكن فهم فكرة التجديد الضرورى ، ينبغى التخلص من كل الأفكار المسبقة المتعلقة بصورة واحدة من صور التجديد ، أو نوع واحد من أنواع التجديد .

ففكرة التجديد متصورة حتى خارج نطاق نظرية الالتزام . وجوهر فكرة التجديد هو حلول أمر محل أمر آخر . ومن الممكن أن نتحدث بطريقة صحيحة عن التجديد فى القانون الوضعى . فالتقنينات كما يقول فرانسوا جنى تؤدى الى تجديد القانون القديم ، وحلول تشريعات جديدة محله . وفى موضع آخر من مؤلفه « طريقة التفسير ومصادر القانون » ، يتحدث جنى [1] عن الأثر التجديدى للتقنينات بالمعنى الفنى وليس المجازى للكلمة . وكذلك فإن الأستاذ هوريو يرى أن إصدار

---

(١) فرانسوا جنى ، طريقة تفسير ومصادر القانون الخاص الوضعى ، الطبعة الثانية ، باريس ١٩٥٤ ، جـ ١ ، ص ١١٠ و ص ٢٣٩ ، جـ ٢ ، ص ٧٣ .

دستور جديد فيه معنى تجديد أساس الدولة . وقد كان جان جاك روسو، يعتقد أن الدستور يجدد العقد الاجتماعى الأول الذى انشأ الدولة (٢).

وفى نطاق نظرية الالتزام فإن التجديد لا يعنى شيئا أكثر من حلول التزام محل التزام آخر ، بغض النظر عن الشروط المطلوبة لحدوث مثل هذا الحلول . فالشروط لا تؤثر شيئاً فى جوهر العملية .

ولم يعد الفقهاء ، فى الوقت الحاضر يتحدثون عن التجديد الضرورى . فالتجديد يبدو لهم بحسب تعريفه رضائيًا . أليست نية التجديد عنصراً داخلاً فى تكوينه ؟ ومع ذلك فإن الحقيقة أبعد ما تكون عن هذا . فمن الناحية التاريخية ، فإن التجديد الضرورى ظهر قبل ظهور التجديد الاتفاقى ، ثم تعاصر النوعان لمدة طويلة فى القانون الرومانى .

وإذا كان تقنين نابليون قد استقبل فقط فكرة التجديد الاتفاقى ، فإن التجديد الضرورى لم يختفِ أبداً . فطوال القرن التاسع العشر والقرن العشرين ، فإن فكرة التجديد الضرورى ظلت أساسًا لأهم النظريات الفقهية والقضائية ، فى مجالى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على السواء .

وهكذا فلسنا نحن أول من يتحدث عن التجديد الضرورى . بل العكس فإن درونا سيقوم على استبعاد كل الحالات التى يبدو فيها حلول التزام محل التزام آخر ، غير واضح بطريقة لا تقبل الشك .

وسنقوم فى هذا الفصل بدراسة تأثير الخصومة على الحق . وطبقاً لنظريات فى القانون الرومانى والقانون الحديث ، فإن الخصومة تؤدى الى انقضاء الحق ونشأة حق جديد على أنقاضه . وقد ظهرت فكرة التجديد الضرورى فى كل مراحل الخصومة : إنكار الحق .

---

(٢) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٩٩ ، ص ٣٠٥ .

الاعذار ، الدعوى ، الخصومة القضائية ، والحكم . وعرض هذه النظريات بطريقة انتقادية ، سيسمح لنا بوضع القارئ موضع العلم بكل أشكال تجديد الحق المتنازع عليه ، وبالتالى كل أشكال الالتزام القضائى .

وهكذا دون إنكار أو تجاهل النظريات الرومانية والحديثة ، سيكون فى إمكاننا أن نضع الحدود التى تبدو لنا فيها ، فكرة التجديد الضرورى ، صحيحة بما لا يقبل الشك .

وستنقسم دراستنا فى هذا الفصل الى مطلبين : الأول ندرس فيه التجديد الضرورى فى القانون الرومانى . والثانى ندرس فيه التجديد الضرورى فى موضوع المسئولية المدنية فى القانون الحديث .

المطلب الأول

التجديد الضرورى فى القانون الرومانى وتأثيره على القانون الحديث

يطلق أحياناً على التجديد الضرورى ، اصطلاح التجديد القضائى ، لأنه يتم خلال المرحلة القضائية للنزاع . وكان يوجد فى الواقع نوعان من التجديد الضرورى يأتى أحدهما بعد الآخر خلال المرحلة القضائية للنزاع : التجديد بواسطة الخصومة Litiscontestatio ، والتجديد بواسطة الحكم ، ومن المهم إذن أن ندرس أولاً العلاقة بين الحق وبين الدعوى فى القانون الرومانى .

٢٥٢ - الدعوى والحق فى القانون الرومانى :

نريد أن نؤكد تحت هذا العنوان شيئًا واحداً هو وجود فكرة الحق فى القانون الرومانى . ومن حيث المبدأ ، فإن الدعوى القضائية كانت مرتبطة بوجود حق سابق عليها . والقول بذلك يبدو أمراً طبيعيًا لا يستحق الذكر لدى البعض . ومع ذلك فإن منكرى وجود فكرة الحق

فى القانون الحديث ، كانوا منكرين لها أيضاً فى القانون الرومانى (٣) . وقد درس هذا الموضوع بطريقة متعمقة ، الأستاذ ميشيل ڤيلى فى مقال له عن « فكرة الحق فى نظم القانون الرومانى » (٤) ، ومقال آخر له عن « معنى اصطلاح الحق العينى فى القانون الرومانى والقانون الحديث » (٥).

ولا شك أن وجود فكرة الحق مرتبطة بالتعريف الذى نعطيه لهذه الفكرة . وهكذا باعطاء تعريف غريب للحق ، وهو « تدرج الإرادات » ، استطاع ديجى أن ينكر بسهولة وجوده(٦) . وهكذا فإن الاعتراف بالحق أو انكاره يتوقف على التعريف الذى نعطيه له ، فما هو التعريف الذى نعطيه للحق ؟

من ناحيتنا فإننا نأخذ بالتعريف الذى قال به الفيلسوف « كانت» ، وهو التعريف الذى كثيراً ما يتجاهله الفقهاء ، الذين يأخذون فقط بتعريف ساڤينى وهو « سلطة الإرادة » ، أو تعريف إهرنج « المنفعة المحمية » ، مع تعريفات أخرى مختلطة ومشتقة من هذه الاصطلاحات(٧) . وإنه لشئ رائع أن نلاحظ أن أفكار كانت ، تتفق تماماً مع أفكار دابان ، دون أن توجد أية صلة بين الرجلين. بالنسبة لدابان «فإن الحق هو الاختصاص أو الانتماء أو التبعية ... فهو علاقة تبعية بين شخص وشئ » . ومن هذه الخصيصة ، خصيصة التبعية ، يتولد

---

(٣) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، الطبعة الثالثة ، ١٩٢٧– ١٩٢٨ ، جـ ٢ ، ص ٤٣٤ .

(٤) مجلة تاريخ القانون ، ١٩٤٧ ، ص ٢٠١ وما بعدها .

(٥) فى الدراسات المهداة إلى فيشر ، ١٩٤٩ ، ص ٤١٧ ، بالاضافة الى « دروس فى فلسفة القانون» ، داللوز ، باريس ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٦ – ١٦٤ ، و ص ١٦٧ – ١٨٨.

(٦) ديجي ، التحولات العامة للقانون الخاص منذ تقنين نابليون ، باريس ١٩١٢ ، ص ١٢ .

(٧) جان دابان ، الحق ، داللوز ، باريس ١٩٥٢ ، ص ٥٦ – ٨٠ : پول روبييه الحقوق والمراكز القانونية ، داللوز ، ١٩٦٣ ، ص ٦٧ – ٧٢

مظهر ثان من مظاهر الحق ، هو السيطرة ، بمعنى « حرية التصرف في الشئ محل الحق » . وهكذا « فإن الحق يختلط بالحرية »[٨] . ومن ناحية أخرى فإن الحق لا يمكن تصوره إلا في مواجهة الغير . « فإذا نظرنا الى روبنسون معزولاً في جزيرته ، وجدناه يحوز أشياء ، ولكن ليست له حقوق » . وأخيراً فإن التبعية تعني الملكية « فجميع الحقوق تنطوى إلى حد ما على حق الملكية» [٩].

وبالنسبة للفيلسوف كانت ، فإن الحق هو « حيازة ذهنية لشئ»[١٠] . « فيجب ، كما يقول كانت ، أن تتوافر لى حيازة شئ حتى أستطيع القول بأنه حقى » [١١]. وهكذا فإن الحق هو علاقة تجعل من الشئ حقا . **هذه العلاقة هى الحيازة العقلية والذهنية والقانونية لهذا الشئ ، وليس حيازته المادية** . فالحق هو « علاقة ذهنية بين الشئ وبينى ، بما يعنى **أن الشئ تحت سيطرتى** » [١٢]. وهذا الشئ ينبغى أن يكون خارجياً ، أى منفصلاً عنى .

وهكذا فإن كانت يدرس الحق تحت عنوان « ما لى وما لك الخارجيين » . ويقول « ما لى الخارج عنى ، هو الشئ الخارج عنى ، الذى لا يمكن للغير استعماله دون الإضرار بى » [١٣]. ومحل الحق العينى « هو شئ مادى خارج عنى » . ومحل الحق الشخصى « هو التحكم فى الغير بالنسبة لأداء معين » . والتحكم فى الغير هو شئ خارجى متميز عن حريته الشخصية الداخلة فى تكوينه والتى لا يوجد

---

(٨) المرة الوحيدة التى أشار فيها دابان إلى كانت ، هى تعريف كانت للقانون كما ورد فى قاموس لالاند للمصطلحات الفلسفية . راجع دابان ، الحق ، ص ٥٧ .

(٩) دابان ، المرجع السابق ، ص ٨٠ - ١٠٥ .

(١٠) كانت ، نظرية القانون ، مترجم إلى الفرنسية بواسطة برنى ، باريس ، ١٩٥٤ ، ص ٧١ .

(١١) المرجع السابق ، ص ٦٨ .

(١٢) يلاحظ أن كانت هو الذى يضع خطا تحت هذه العبارة.

(١٣) كانت ، المرجع السابق ، ص ٧٠ « مالى الداخل فى هو حريتى » .

لأى شخص حق عليها . « فإن التزام هذا الشخص فقط ، هو الذى يعتبر حقاً لى»(١٤) . وبالنسبة لكانت أيضاً ، فإن الحق لا يمكن تصوره إلا فى مواجهة الغير (١٥).

وهكذا فإنه باستثناء بعض الفروق البسيطة ، وخاصة عدم ملاحظة دابان لتفرقة كانت بين ما هو خارج عن الانسان ، وما هو داخل فى تكوينه ، يمكن القول بوجود تشابه كبير بين نظريتى كانت ودابان. فالنسبة للإثنين معاً ، فإن الحق يمكن التعبير عنه بكلمة «لي » أو « يخصنى » أو « يتبعنى » . ويمكن تعريف الحق إذن بأنه علاقة تجعل من الشئ « ما لى » . وصاحب الحق هو الشخص الذى له الحيازة ، والملكية ، والسيطرة على هذا الشئ فى مواجهة الغير .

والسؤال الآن هو هل كانت هذه الفكرة البسيطة الواضحة للحق ، موجودة فى القانون الرومانى ؟ بكل تأكيد . فالعبارة المشهورة للفقيه أولبيان تقول أن القانون يقتضى « اعطاء كل شخص ما له » . وفى هذا التعبير توجد كل فكرة الحق ، بغض النظر عن عدم الثراء فى المصطلحات اللغوية المستخدمة فى هذا الموضوع . وهكذا فإننا نستطيع التأكيد بأن دراسات ميشيل ڤيلى السابق الاشارة اليها ، لا تؤدى أبداً إلى انكار وجود فكرة الحق فى القانون الرومانى . وهو لم يقصد أبداً القول بذلك . فهو يقول « نحن لا ندعى بأن المراكز الفعلية التى يعبر عنها القانون الحديث باسم الحق ، كانت مجهولة فى القانون الرومانى فى عصره العلمى » (١٦). وبالعكس فإن دراسات ميشيل ڤيلى يمكن أن تؤدى إلى نتيجة أخرى ايجابية . ففى الماضى كنا نفسر القانون الرومانى فى ضوء نظريات حديثة ، أما الآن فإننا نستطيع شرح القانون الحديث فى ضوء نظريات رومانية . فهذه وإن كانت فقيرة فى

---

(١٤) كانت ، المرجع السابق ، ص ٦٨-٦٩ ؛ ص ٨٨ - ص ١١٠

(١٥) كانت ، المرجع السابق ، ص ٨٩ .

(١٦) ميشيل ڤيلى ، الدراسات المهداة إلى فيشر ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢ ، روس تاريخ فلسفة القانون ، ص ١٨٥ .

مصطلحاتها اللغوية ، فإنها كانت أكثر عمقا فى التعبير عن فكرة الحق عن الكثير من التعريفات الحديثة . فالحق لا يعنى أى شئ أكثر من كلمة « لى » ، أو « يخصنى » ، أو « يتبعنى » . الحق هو التبعية أو الملكية .

وهكذا يبدو لنا أن الفقر فى المصطلحات فضيلة علمية فى بعض الأحيان . وبعد أن أكدنا وجود فكرة الحق فى القانون الرومانى ، ينبغى الآن القول بأن الحق كان هو أساس الدعوى . وفى عبارة لا تقل شهرة عن عبارة أولبيان السابق ذكرها ، فإن الفقيه Celse سلس ، يؤكد بأن «الدعوى لا تعدو أن تكون المتابعة القضائية ، لما هو مستحق لك »(١٧) .

وجدير بالذكر أن تبعية الدعوى للحق ، بلغت إلى حد أن الدعوى يتغير اسمها بحسب الخصائص الذاتية للحق الذى تحميه . وإذا كان القانون الرومانى فى عصره العلمى لايستخدم اصطلاحات الحق العينى، والحق الشخصى ، بل يستخدم اصطلاحات الدعوى العينية والدعوى الشخصية . فإن تقسيم الدعاوى الى شخصية وعينية ، لم يكن أمرا تحكميا وإنما يرجع الى طبيعة الحق الذى تحميه كل دعوى .

والمصطلحات الرومانية كانت بكل تأكيد أكثر انضباطا من بعض المصطلحات الحديثة . فإنه أدق فى التعبير أن نقول أننى أملك شيئا أو أملك منفعة الشئ أو أملك استعماله، من أن نقول أننى أملك حق الملكية أو حق الانتفاع أو حق الاستعمال . وكما يقول الفيلسوف كانت « انه ليس من الصحيح القول بأننا نحوز حق الملكية على هذا الشئ أو غيره، بل الأفضل القول أننا نحوز هذا الشئ بطريقة قانونية ، لأن الحق هو أصلا حيازة قانونية لشئ ، والقول بأننا نحوز الحيازة يبدو تعبيرا مجردا من المعنى » (١٨) .

وبالتالى فإن الدعوى تكون شخصية ، عندما ندعى بأن شخصا

---

(١٧) موسوعة جستنيان ، ٤ ، ٦ ، المقدمة .

(١٨) كانت ، نظرية القانون ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

يلتزم فى مواجهتنا باعطاء ، أو عمل ، أو تنفيذ أداء معين (١٩) . وهذه هى فكرة الالتزام أو الدائنية فى القانون الحديث . ومع ذلك فلا ينبغى إغفال أن التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى كانت تتضاءل أثناء إجراءات التقاضى ، بسبب الأثر التجديدى للخصومة القضائية Litis-contestatio ، كما سنرى فيما بعد . فالحق العينى كان يتحول دائما الى حق شخصى .

والتأكيد بوجود فكرة الحق فى القانون الرومانى ، لا تعنى وحدة النظام بين القانون الرومانى والقانون الحديث . فالنظام الواحد غير موجود حتى فى القوانين الحديثة ، حيث تتعدد النظريات وتختلف بعضها عن البعض الآخر .

وكل ما نريد أن نؤكده هو أن فكرة الحق البسيطة الواضحة ، التى تعنى التبعية أو الاختصاص أو الملكية ، كانت موجودة فى القانون الرومانى ، كما هى موجودة فى القانون الحديث ، وكان الحق هو دائماً أساس الدعوى فى كل النظم القانونية .

وندرس الآن تأثير الدعوى على الحق . والواقع أن الحق المتنازع عليه أمام القضاء ، كان يتحول مرتين ، مرة بواسطة الخصومة ، والمرة الأخرى بواسطة الحكم .

٢٥٣ - الخصومة القضائية Litiscontestatio : طبيعتها وشكلها :

من المتفق عليه أن الخصومة القضائية كانت تقوم بمجرد أن يعبر الخصمان عن وجهتىّ نظرهما المتعارضة أمام القاضى .

وفى مرحلة الاجراءات الشكلية من مراحل تطور القانون الرومانى ، كان أهم أثر للخصومة هو تجديد الحق المتنازع عليه . فالالتزام ، كما يقول جايوس ينقضى بسبب الخصومة ، لأن الالتزام

---

(١٩) جايوس ، النظم ، ٤ ، ٢ .

الأصلى ينقضى ، ويقع المدين تحت تأثير الخصومة . فإذا حكم عليه ، وانتهت الخصومة ، فإن الشيء المحكوم به هو الذى سيلزمه مستقبلاً . وكما هو مكتوب لدى القدماء « قبل الخصومة فإن المدين يجب عليه الوفاء اختيارا ، فإذا بدأت الخصومة ، فلا بد من الحكم عليه. وبعد الحكم يجب عليه تنفيذ الشئ المحكوم به » (٢٠) .

وما قاله جايوس هو أهم نص رومانى فى الموضوع . فالخصومة تحدث أثرين ، أحدهما انقضاء الحق ، والثانى انشاء حق جديد .

والحق الجديد الذى ينشأ عن الخصومة هو حق من طبيعةواحدة، بغض النظر عن طبيعة الحق المتنازع عليه وسواء كان شخصيًا أم عينيًا . فإن الحق المتناع عليه قد انقضى ، ونشأ بدلاً منه حق جديد له الخصائص الآتية :

١- هذا الحق هو دائماً حق شخصى أو حق دائنية . فإذا كان الحق المتنازع عليه حقًا عينيًا ، فإن الخصومة تحوله إلي حق شخصى . فالحق العينى لم يكن يعطى سلطة تتبع الشئ . وهكذا فإن الأثر التجديدى للخصومة أدى الى إضعاف التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى .

٢- الحق الجديد هو دائمًا حق نقدى . وحتى فى الحالات التى يكون فيها الحق الأصلى التزاماً بإعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فإن الحق الجديد هو دائماً التزام بدفع مبلغ من النقود .

٣- الحق الجديد هو دائمًا حق معلق على شرط . والمدعى عليه يلتزم بدفع المبلغ النقدى إذا تحققت الشروط الواردة فى صياغة الدعوى.

وهكذا فإن الخصومة تحدث تجديداً فى الحق المتنازع عليه ، فتؤدى الى انقضاء الحق القديم ، وانشاء حق جديد يحل محله . هذا هو التجديد الضرورى أو القضائى .

---

(٢٠) جايوس . النظم ، ٣ ، ١٨٠ .

وبعد انتهاء الخصومة وصدور حكم فى الدعوى ، فإن الحكم يحدث بدوره أثراً تجديدياً للمرة الثانية ، فينقضى الالتزام النقدى الناشئ عن الخصومة ليحل محله التزام نقدى ينشأ عن الحكم ذاته(٢١) .

وبعد تطورات متلاحقة فى النظام القضائى الرومانى ، أصبحت الخصومة فى نظر البعض لا تحدث الأثر التجديدى الذى كانت تحدثه من قبل . والدليل على ذلك أنه فى العصر العلمى للقانون الرومانى ، كانت الخصومة تؤدى الى انقضاء الحق بما يحول دون المدعى وملاحقة الكفيل إذا تبين اعسار المدين الأصلى . ولكن فى عصر جستنيان ، فإن المدعى كان يستطيع ملاحقة الكفيل بعد اعسار المدين الأصلى ، مما يدل على أن الخصومة لم تؤد إلى انقضاء حق الدائن . ومن ناحية أخرى فإن الخصومة فقدت أثرها الانشائى فى خلق حق جديد، لأن الحكم أصبح يرد على الشئ المطلوب ذاته وليس على قيمته النقدية .

ومع ذلك فإن البعض الآخر يذهب إلى عدم وجود أى نص يؤكد انتهاء فكرة التجديد الضرورى سبب الخصومة . « ففكرة أن الحق المتنازع عليه ينقضى ويتحول ويتجدد سبب الخصومة ، لم تصبح مهجورة فى أى وقت من الأوقات » . ويضيف هؤلاء بأن « تخفيفاً مهماً حدث على المبدأ القديم ، دون أن يؤدى ذلك الى انقلاب عليه » (٢٢).

ومع ذلك فإنه إذا كان يثور الجدل ، حول استمرار الأثر التجديدى للخصومة فى المراحل الأخيرة من القانون الرومانى ، فإنه لا يوجد أدنى شك فى أن الحكم ظل فى كل وقت محتفظا بأثره التجديدى . ولا يوجد أى نص يشير الى انتهاء الأثر التجديدى للحكم . **على العكس فإن جستنيان يشير بصراحة الى تجديد الحق بواسطة الحكم** (٢٣).

---

(٢١) جايوس ، ٣ ، ١٨٠ .

(٢٢) أورتولان ولابيه ، شرح تاريخى لكتاب النظم لجستنيان ، جـ ٢ ، طبعة ١٢ . باريس ، ١٨٤٣ ، ص ٩١٤ .

(٢٣) تقنين جستنيان ، ٧ ، ٥٤ ، ٣ ، المقدمة .

ومع ذلك فيجب أن نلاحظ أن التجديد بواسطة الحكم ، فى عصر جستنيان لم يعد شيئاً آخر غير قوة الشئ المحكوم به .

ففى المراحل السابقة للقانون الرومانى ، كان التجديد أثراً من آثار الشئ المحكوم به . أما فى عصر جستنيان ، فإن فكرة التجديد ، وفكرة الشئ المحكوم به ، أصبحت مترادفات تعبر عن فكرة واحدة .

٢٥٤ - التفرقة بين التجديد الرضائى والتجديد الضرورى :

أظهرت النصوص الرومانية بعض الفروق بين التجديد الرضائى ، والتجديد الضرورى . واستناداً الى هذه النصوص ، حاول البعض انكاو فكرة التجديد الضرورى ذاتها . وهذه المحاولات لا تستحق المناقشة . فكما يقول ديكيلر « إنه من المصادرة على المطلوب ، أن ندخل أولاً فى فكرة التجديد ، كل الخصائص المميزة للتجديد الرضائى ، لنصل بعد ذلك الى استبعاد فكرة التجديد الضرورى » (٢٤) .

وابتداء فنحن نستبعد تفرقة قال بها أكارياس ، وهى باعترافه تفرقة مفتعلة ، وبمقتضاها ،فإنه فى التجديد الرضائى ، « يشترط لانقضاء الالتزام القديم ، أن ينشأ الالتزام الجديد ، بينما فى الخصومة فى القانون الرومانى فإن العكس هو الصحيح إذ يشترط لانشاء الالتزام الجديد ، أن ينقضى الالتزام القديم » (٢٥).

وهذه التفرقة ليست مفتعلة فحسب ، بل هى مخالفة للنصوص الرومانية . وكما يقول جستنيان ، فإنه فى التجديد الرضائى ، فإن الالتزام الأصلى ينقضى ، حتى ولو لم يكن للالتزام الجديد أى أثر(٢٦).

---

(٢٤) ديكيلر ، قانون المرافعات والدعاوى عند الرومان ، باريس ، ١٨٧٠ ، ص ٢٥٧ ، هامش ٧٠٨ .

(٢٥) أكارياس ، القانون الرومانى ، باريس ، ١٨٩٦ ، جـ ٣ ، ص ٧٣٤ .

(٢٦) جستنيان ، النظم ، ٣ ، ٣٠ ، ٣ . أضف جايوس ، ٣ ، ١٧٦ .

والصحيح هو القول بأنه حتى يكون التجديد كاملاً ، سواء كان رضائيًا أم ضرورياً ، فإن انقضاء الالتزام القديم ، هو شرط لانشاء الالتزام الجديد . والعكس صحيح أيضاً . فإن انشاء الالتزام الجديد هو شرط لانقضاء الالتزام القديم .

ولكن الفروق الحقيقة بين التجديد الضرورى ، والتجديد الرضائى، تظهر من نص هام للفقيه پول ، يقول فيه « إننا بالالتجاء الى القضاء لا نجعل وضعنا أسوء مما كان ، بل نجعله أفضل مما كان»(٢٧). وبالأخذ بهذا النص مع نصوص أخرى ، نلاحظ أن أهم الفروق بين النوعين من التجديد تظهر فيما يلى :

١- فى المرحلة العلمية للقانون الرومانى فإن التجديد كان يتم بعقد شكلى .وفى عصر جستنيان ، أصبحت نية التجديد هى التى تميزه . وحسب قول كورنيل فإن « تحول شروط التجديد ، بما يقتضى وجود نية التجديد كان موازياً لتطور مماثل حدث فى عقد الاشتراط ذاته » (٢٨). فهذا العقد هو ذاته أصبح عقداً رضائيًا . وعلى العكس فإن التجديد الضرورى هو نتيجة ضرورية لأحكام القانون وليس العقد .

٢- شروط وحدة أو اختلاف المحل بين الالتزام القديم والالتزام الجديد ، لم تكن واحدة فى نوعىّ التجديد ، لا فى العصر العلمى ، ولا فى عصر جستنيان . وحسب كورنيل أيضًا ، فإن شرط نية التجديد أصبح فى التجديد الرضائى ، فى عصر جستنيان ، هو الشرط الرئيسى بدلاً من شرط اختلاف المحل .

٣- التجديد الضرورى لم يكن يؤدى الى انقضاء حقوق الرهن والامتياز الضامنة للالتزام القديم المتنازع عليه . وهذا هو نفس الحكم

---

(٢٧) ديجيست ، ٤٦ ، ٢ ، ٢٩ .

(٢٨) كورنيل ، أسباب ونتائج الظهور المتأخر لنية التجديد ، فى الدراسات المهداة الى فورنييه ، ١٩٢٩ ، ص ١٠٦ ، ١١٢ ، ١١٣ .

بالنسبة للتجديد الرضائى أو الاتفاقى (٢٩) .

٤- التجديد الاتفاقى يوقف سريان الفوائد . أما التجديد الضرورى فلا يؤدى الى احداث هذا الأثر .

٥- التجديد الضرورى يؤدى الى قابلية الحقوق المؤقتة والشخصية للحوالة ، كما يؤدى الى تأبيدها .

٦- على عكس التجديد الاتفاقى ، فإن التجديد الضرورى لا يؤدى الى انقضاء الشرط الجزائى المقترن بالالتزام القديم (٣٠).

وهكذا كما يقول پول ، فإن الالتجاء الى القضاء لا يؤدي الى الإساءة الى مركز من يضطر الى ذلك .

وندرس فيما يلى أثر المبادئ الرومانية على القانون الحديث .

٢٥٥ - تأثير التجديد الضرورى فى القانون الرومانى على القانون الحديث :

نشير هنا الى ما سبق قوله من أن الخصومة فقدت ، فى أغلب الظن أثرها التجديدى ، فى عصر جستنيان . فلم يعد هناك نوعان متتابعان من التجديد ، وإنما نوع واحد فقط بواسطة الحكم . وإجراءات الخصومة ظلت كما هى فى القانون الكنسى والقرون الوسطى ، دون أن تؤدى مع ذلك الى تجديد الحق المتنازع فيه (٣١). ومع ذلك فإن ترك فكرة التجديد الضرورى بواسطة الخصومة لم يمنع أحدا مثل كيجاس من القول بأن الخصومة تنشىء التزامًا جديداً (٣٢) . ولكن لا تبدو أن هناك اية قيمة لمثل هذا القول . فعلى العكس نجد فقيهاً مثل بوتييه

---

(٢٩) ديجيست ، ٤٦ ، ٢ ، ١٨ ، ٢٩ .

(٣٠) ديجيست ، ٤٥ ، ١ ، ٩٠ .

(٣١) جلاسون ، أصول المرافعات الفرنسية ، ١٨٨٢ ، ص ٨٦ - ٨٨ .

(٣٢) مشار إليه فى بردون ، موسوعة حق الانتفاع ، والاستعمال ، والسكنى ، جـ ٣ ، ١٨٢٤ ، ص ٣٧٠ .

يقول « نحن لا نقول شيئًا عن التجديد الضرورى بواسطة الخصومة ، فإن مبادئ القانون الرومانى فى هذا الشأن ، لم يعد لها استعمال بيننا»(٣٣) . وفيما يتعلق بالحكم فإن بوتييه يدرس قوة الشئ المحكوم به مع أسباب انقضاء الالتزام ، دون أن يشير مع ذلك الى الأثر التجديدى للحكم . والتقنينات الحديثة ، لم تقل شيئاً ، لا مع أو ضد فكرة التجديد الضرورى . وسكوت التقنينات أدى الى مناقشات وخلافات كثيرة بين الفقهاء . فالبعض لازال يتمسك بالنظريات الرومانية . والبعض الآخر يرفض هذا الاتجاه ويرفض فكرة التجديد الضرورى بالكامل .

فمن ناحية نجد برودون ، يجعل كل المرافعات المدنية قائمة على فكرة الخصومة Litiscontestatio . والخصومة فى نظره اتفاق « ضمنى ملزم للجانبين » ، يطلق عليه اسم« الصلح القضائي » ، ومن مميزات هذا الاتفاق أنه « اتفاق جبرى بحكم القانون » . وهذا الاتفاق المفترض «هو اتفاق شرطى فى أساسه » ، لأن تنفيذه معلق على صدور حكم نهائى . وهكذا فإن الحكم لا يعدو أن يكون الشرط الواقف الذى يعلق عليه تنفيذ الاتفاق المكوّن للخصومة . وهكذا فإن برودون لا يتصور إلا نوعاً واحداً من التجديد ، هو الذى يحدث بسبب الخصومة(٣٤) . وهو يقول بأنه « يحدث بمقتضى اتفاق الخصومة الضمنى تجديد لالتزامات الأطراف ، فقد اتفق الأطراف بمقتضى هذا الاتفاق على تنفيذ الحكم الذى سيصدر لحل النزاع بينهم . وسيحل هذا الحكم محل كل المستندات السابقة » (٣٥) .

والواقع أن أفكار برودون ، لا تتفق مع القانون الرومانى ، لا فى مرحلة الاجراءات الشكلية ، التى كان يحدث فيها تجديدان متتابعان بواسطة الخصومة ، ثم بواسطة الحكم ، ولا فى المرحلة الأخيرة فى

---

(٣٣) بوتييه ، موسوعة الالتزامات ، ٣ ، ٢ .

(٣٤) برودون ، موسوعة حق الانتفاع ، المرجع السابق ، ص ٢٧٠ -- ص ٢٧٦

(٣٥) برودون المرجع السابق ، ص ٢٧٠

عصر جستنيان ، حيث كان يحدث تجديد واحد بواسطة الحكم . وكذلك فإن برودون قد أساء استخدام فكرة الاتفاق ، وفكرة الشرط على السواء.

ولذلك نرى فقيها آخر هو روتير ، يذهب الى حدوث تجديدين ، أحدهما بواسطة الخصومة ، والآخر بواسطة الحكم ، الذى يؤدى على حد قوله الى « استهلاك التجديد الذى حدث من قبل بواسطة الخصومة» (٣٦).

وإذا رجعنا الى فقيه آخر من فقهاء القرن التاسع عشر ، وهو لاروميير ، نجده يتحدث عن تجديد واحد فقط يتم بواسطة الحكم . فهو يقول أن « الحكم عندما يحوز قوة الشئ المحكوم به فإنه يحدث تجديداً فى الحق أو الالتزام الذى اكد وجوده . فيحل حق أو التزام جديد، محل الحق أو الالتزام الذى تم الاعتراف به » . ويرجع لاروميير دائمًا الى النصوص الرومانية ، ولكنه يستخلص منها نتائج غير سائغة . فهو يقول « لكن هذا التجديد لا يشبه أبداً التجديد المشار اليه فى المادة ١٢٧١ وما بعدها . فهو لا يؤدى أبداً الى انقضاء الالتزام . بل أبعد من ذلك فهو يؤدى الى تأكيده . لأنه كما قال الفقيه الرومانى پول اننا لا نلجأ الى القضاء لنجعل مركزنا أسوأ مما قبل ، بل لنجعله أفضل»(٣٧).

والصحيح أننا لا نستطيع الحديث عن التجديد ، دون تأكيد انقضاء الالتزام القديم . فهذا الأثر هو من صميم جوهره فكرة التجديد . وقد اكد الفقيه جايوس أن الحكم يؤدى الى انقضاء الالتزام الأصلى . اما النص الخاص بالفقيه پول فهو يتعلق بالتأمينات والتوابع ، وليس بالالتزام الأصلى ذاته . وإلا فكيف يمكن أن نتصور تجديداً بدون انقضاء الالتزام القديم ؟

---

(٣٦) روتير ، دروس فى للرافعات المدنية الفرنسية ، باريس ، ١٨٣٤ ، ص ١٢١ .

(٣٧) لاروميير ، النظرية والتطبيق فى الالتزامات ، جـ ٥ ، باريس ١٨٥٧ ، ص٣٢٣ .

ومع ذلك فإننا نجد ديمولومب يسير على نهج لارومبيير ، ويقول «الفقه الرومانى لازال صحيحًا فى هذا الشأن ونحن نستطيع القول أيضًا ، أن الشئ المحكوم به ، يحدث أيضًا فى الفقه الفرنسى ، هذا النوع الخاص من التجديد ، الذى مع المحافظة على الالتزام السابق وتوابعه ، يضيف اليه التزامًا جديداً ومستنداً جديداً . والمصدر الذى ينشأ عنه الحكم ، هو الاتفاق القضائى ، أو الخصومة Litiscontestatio »(٣٨) . والواقع أن ديمولومب لم يكن شارحًا مخلصاً للقانون الرومانى ، رغم رجوعه اليه .

أما أوبرى ورو ، فهما يستبعدان الأثر التجديدى للخصومة ، ولكنهما يؤكدان الأثر التجديدى للحكم . « فالأحكام التى تؤكد وجود دين أو التزام ، تحدث تجديداً ، بمعنى أنه بالنسبة للمستقبل فإن الشئ المحكوم به يصبح هو مصدر الالتزام . وهذا التجديد له خصوصية ، فئ أنه لا يؤدى الى انقضاء الانتزام القديم مع توابعه ، بل على العكس يؤكده ويقويه »(٣٩).

وهكذا فإن أوبرى ورو ينضمان الى لارومبيير وديمولومب ، فى القول بفكرة التجديد بدون انقضاء الالتزام القديم .

وقد أخذ ديجى ، وهو من فقهاء القانون العام ، بفكرة « التجديد الناشئ عن الحكم »(٤٠). وكذلك أخذ جوليان ، وهو من فقهاء القانون العام أيضًا بفكرة التجديد بواسطة الحكم دون أن يؤدى التجديد مع ذلك الى انقضاء الالتزام القديم ، متابعاً فى ذلك أفكار فقهاء القانون المدنى . «لأنه من الصعب ، كما يقول ، الاعتراف بانقضاء الالتزام الأول ، فالأثر التجديدى يقتصر فقط على انشاء حالة قانونية جديدة

---

(٣٨) ديمولومب ، محاضرات فى تقنين نابليون ، جـ ٣٠ ، ١٨٧٩ ، ص ٣٦٢ .

(٣٩) أوبرى ورو ، القانون المدنى الفرنسى ، طبعة ٤ ، جـ ٨ ، ١٨٧٩ ، ص ٤٠٠ .

(٤٠) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، جـ ٢ طبعة ٣ ، ١٩٢٧ - ١٩٢٨ ، ص ٤٦١ .

نتيجة للحكم ، وبسبب فكرة الجزاء » (٤١).

ومع ذلك فإن چوليان كان صادقًا فى القول بأن ما يقول به يخالف النظام الرومانى .

وقد أخذ بعض فقهاء المرافعات بفكرة التجديد الناشئ عن الحكم . ومن هؤلاء جابيو ، الذى يقول لا ينبغى الاعتقاد مع ذلك بأن الحكم يحدث كل آثار التجديد ، فإن التجديد القضائى لا يؤدى الى انقضاء الالتزام القديم وتوابعه ، بل على العكس فإنه يؤكد هذا الالتزام ويقويه(٤٢).

وعلى خلاف كل الفقهاء السابق ذكرهم ، والذين يأخذون بشكل أو بآخر بأفكار القانون الرومانى عن التجديد بسبب الحكم ، فإنه يوجد اتجاه آخر فى الفقه ، يرفض تمامًا الأخذ بفكرة التجديد القضائى . فنجد ميرلان ، يقول أننا لم نفكر أبداً فى تطبيق هذه المبادئ بيننا(٤٣).

ومن ناحية أخرى فإن محكمة النقض الفرنسية تؤكد أن « الحكم أو الاتفاق ، الذى يحدد بمبلغ معين ، مجموعة التزامات سابقة ، بعيداً عن أن يؤدى الى تجديد هذه الالتزامات ، فإنه على العكس يعترف بها ويؤكد وجودها » (٤٤).

وبالمثل فإن جلاسون وموريل وتيسييه يعلنون رفضهم لفكرة التجديد القضائى . ففكرة الـ Litiscontestatio كما يقول جلاسون «لم تدخل فى قانون المرافعات »(٤٥). وبالنسبة للحكم فإنه لا يحدث « أى تجديد » (٤٦).

---

(٤١) ريمون چوليان ، التصرف القضائى وقوة الشئ المحكوم به ، رسالة بوردو ، ١٩٣١ ، ص ١٦٧ .

(٤٢) جابيو ، المرافعات المدنية والتجارية ، طبعة ٣ ، ١٩٣٥ ، ص ٤٣٩ .

(٤٣) ميرلان ، الموسوعة العامة للقضاء ، طبعة ٥ ، جـ ٢ ، التجديد .

(٤٤) نقض ٢٦ أبريل ١٨٨٠ . س . ٨١ . ١ . ١٥٢ .

(٤٥) جلاسون ، مصادر المرافعات الفرنسية ، المرجع السابق ، ص ٨٨ .

(٤٦) جلاسون وموريل وتيسيه ، الموسوعة النظرية والعملية للنظام القضائى ، طبعة ٣ ، جـ ٣ ، ١٩٢٩ ، ص ٨٧ .

وكذلك فإن جارسونيه وسيزار برو ، يرفضان فكرة التجديد القضائى ، باعتبارها « مصطنعة وتحكمية » (٤٧).

والواقع أنه كما يلاحظ الأستاذ بيير رينو ، فإن هذا الاتجاه الرافض لفكرة التجديد القضائى تبدو الآن غالبة فى الفقه الفرنسى(٤٨).

٢٥٦ - الخلاصة :

١- تطور فكرة التجديد على مدى التاريخ ، يبين بوضوح ، أن التجديد لا يعدو أن يكون حلول التزام جديد محل التزام قديم . ولا يؤثر فى جوهره كذلك ما قد تترتب عليه من آثار وسواء أدى الى انقضاء التأمينات والتوابع أو لم يحدث هذا الأثر .

٢- تطور الأفكار عن التجديد مرتبط الى حد كبير بتطور نظرية الالتزام . فعندما كان القانون الرومانى شكلياً ، كان التجديد الاتفاقى شكليًا كذلك . وبظهور الرضائية فى العقود ، فإن التجديد الاتفاقى أصبح هو أيضاً رضائياً

٣- ومن المؤكد أن كل الأحكام فى ظل الاجراءات الشكلية للمرافعات فى القانون الرومانى كانت منشئة ومجددة ومصادر للالتزامات .

٤- القوة التجديدية أو المنشئة للحكم لا علاقة لها بفكرة السلطة البريتورية للقضاة .

فهذه الفكرة الأخيرة ترجع الى مصادر القانون الوضعى ، حيث كان القاضى يجمع بجانب وظيفته القضائية ، سلطة سياسية تسمح له بخلق القانون ، وهى ما يطلق عليها اسم السلطة البريتورية . وهذه

---

(٤٧) جارسونيه وسيزار برو ، الموسوعة النظرية والعلمية للمرافعات المدنية والتجارية . طبعة ٣ جـ ٣ ، ١٩١٣ ، ص ٤٨٢ .

(٤٨) التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، دراسات فى القانون المعاصر جـ ٢ ، ١٩٥٩ ، ص ٣٧٨

لا علاقة لها اطلاقاً بالأثر التجديدى أو المنشئ للحكم القضائى .

٥- ذكرنا أن الفقيه ميرلان يرفض الأخذ بالأفكار الرومانية عن الأثر المنشئ للحكم فى الالتزامات ، ومع ذلك فهو يأخذ بما يسميه الأثر المنشئ للحكم فى مسائل الحالة المدنية . وهكذا تبدو فكرة الأثر المنشئ قابلة لتطبيقات من أنواع مختلفة .

وأخيراً فإن فكرة التجديد الضرورى ، هى فكرة متطورة . فلئن كانت الفكرة الرومانية عن التجديد الضرورى ، أصبحت موضع خلاف فى القانون الحديث فإن هذا القانون يعرف أشكالاً أخرى للتجديد الضرورى ، فى مسائل المسئولية ، المدنية ، العقدية والتقصيرية ، وهذا ما سندرسه فى المطلب الثانى.

المطلب الثانى

التجديد الضرورى فى المسئولية المدنية فى القانون الحديث

دراسة التجديد الضرورى فى القانون الحديث ، تبدو مثيرة للغاية. لأنه بالرغم من انعدام الصلة التاريخية بين الأفكار الحديثة ، والقانون الرومانى ، إلا أن نظرية التجديد الضرورى تبدو واحدة فى كل من النظامين ، حيث تجمعهما فكرة أن الخصومة تؤدى الى انقضاء الحق المتنازع عليه ، ونشأة حق جديد يحل محله.

ومن ناحية أخرى فإن فكرة التجديد الضرورى فى القانون الحديث، يأخذ بها فقهاء لا يجمعهم اتجاه فقهى واحد مثل بلانيول وديجى وكلسن ومازو وغيرهم . وهكذا فإن ظهور الفكرة من جديد بطريقة تلقائية ، واتفاق فقهاء من اتجاهات متعارضة عليها ، يدعو للاعتقاد بأن الفكرة ولا شك تستجيب الى منطق معين.

وندرس فيما يلى بالترتيب التجديد الضرورى فى مجال المسئولية العقدية ، ثم فى مجال المسئولية التقصيرية .

المبحث الأول

التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية العقدية فى القانون الحديث

التجديد الضرورى هو أساس أهم النظريات الفقهية والقضائية فى مجال المسئولية العقدية . وتتفق هذه النظريات حول فكرة أن المسئولية تنشئ التزامًا باصلاح الضرر . وهذا الالتزام هو التزام جديد يحل محل الالتزام القديم الناشئ عن العقد . ومع ذلك فهذه النظريات تختلف فى تحديد اللحظة التى يتم فيها الحلول : عدم تنفيذ الالتزام العقدى ، الإعذار ، رفع الدعوى ، أو الحكم .

وكذلك فلا يوجد اتفاق على شرح وتبرير هذا الحلول . وسندرس فيما يلى هذه النظريات بمراعاة إعتبارات التعاقب الزمنى . ومع ذلك فينبغى أن نلاحظ ابتداء ، بأن المشكلة غير مطروحة فى الفقه المصرى(٤٩) .

٢٥٧ - التجديد الضرورى عند مورلان وماركاديه :

يمكن القول بأن هذين الكاتبين ، هما أول من نادى بفكرة التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية العقدية . فإذا كانت المادة ١٣٠٢ من تقنين نابليون تشير الى انقضاء الالتزام فى حالة هلاك الشئ محل الالتزام ، فإنها تقصد بذلك الهلاك لسبب أجنبى لا ينسب الى المدين . ومع ذلك فإن هذين الكاتبين أخذا بفكرة انقضاء الالتزام حتى فى حالة الهلاك الذى ينسب الى المدين . ولكن فى هذه الحالة الأخيرة فإن الالتزام القديم الذى انقضى ، يحل محله التزام جديد ، هو الالتزام

---

(٤٩) بحسب علمنا فإن الفقهاء الوحيدين الذين يشيرون إليها هم . اكثم الخولى التعويض العينى فى القانون الفرنسى والقانون المصرى ، رسالة ، باريس الصفحات ٥٣ ، ٥٤ ، ٦١ ، ٦٢ ؛ اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، ١٩٥٦ ، ص ٤١ ، هامش ١ .

بتعويض الضرر . وكما يقول مورلان « إذا هلك الشئ بفعل المدين أو بخطأ المدين ، سواء قبل الاعذار أو بعده ، فإن الالتزام ينقضى ، ولكن التزاماً جديداً يحل محله ، هو الالتزام بتعويض الدائن عن ضياع حقه. فالالتزام القديم يتحول هكذا الى التزام بدفع مبلغ التعويض»(٥٠).

أما ماركاديه ، فهو يقول نفس الشئ « ففي كل الحالات التى يكون فيها محل التزامى شيئاً معيناً بالذات ، ويحدث ما يضعنى فى موقف الاستحالة المطلقة فى أن أسلم لك هذا الشئ ، فإنه من الواضح دون أى شرط آخر ، ودون النظر فيما إذا كنت مسئولاً عن هذه الاستحالة أم لا ، فإن طبيعة الأمور تحتم انقضاء التزامى . ولكن إذا كان السبب الذى أدى الى أستحالة تنفيذ التزامى ، يرجع الى فعلى أو خطئى ، فإن التزاماً بدفع مبلغ من النقود سيحل محل التزامى بإعطاء شئ معين بالذات ، بينما فى الحالة العكسية إذا حدثت الاستحالة بسبب أجنبى فإن التزامى ينقضى تماماً ولا ينشأ محله التزام آخر » (٥١).

وفيما يتعلق بالتأمينات الضامنة للالتزام القديم ، فإنها بحسب مورلان ، تلحق بالالتزام الجديد .

وإذا كان هذان الكاتبان قد حصرا حالات التجديد الضرورى فى استحالة تنفيذ التزام محله شىء معين بالذات ، فإن منطقهما يؤدى بالضرورة الى القول بنفس الحل فى كل حالات استحالة التنفيذ ، بغض النظر عن محل الالتزام وهل هو اعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . وهذا هو بالضبط ما سيأخذ به فقهاء آخرون .

٢٥٨ - التجديد الضرورى ووحدة المسئولية المدنية : ليفيفر ، ديشام ، وجرانمولان:

يمكن الأخذ بفكرة التجديد الضرورى فى المسئولية العقدية دون

---

(٥٠) مورلان ، تقنين نابليون ، جـ٢ ، باريس ١٨٦٦ ، فقرة ١٤٧١ ، ص ٧٥٨ .

(٥١) ماركاديه ، شرح نظرى وعملى لتقنين نابليون ، جـ ٤ ، باريس ١٨٦٦ فقرة ٨٦٣ ، ص ٦٦٩

حاجة الى الأخذ بمبدأ وحدة المسئولية المدنية . فالالتزام بالتعويض الذى سيحل محل الالتزام العقدى الذى لم يتم تنفيذه ، هو أيضاً التزام عقدى .

ولكن العكس ليس صحيحا . فإذا أردنا الأخذ بمدأ وحدة المسئولية المدنية ، فلا بد أن نلجأ الى فكرة التجديد الضرورى ، ومبدأ وحدة المسئولية المدنية يقوم على الفكرة التالية . عدم تنفيذ الالتزام العقدى المنسوب الى المدين ، يؤدى الى انقضاء هذا الالتزام ، ونشأة التزام جديد . **وهذا الالتزام الأخير هو بالضرورة التزام تقصيرى مصدره خطأ المدين . « فكل خطأ كما يقول ليفيفر ، هو خطأ تقصيرى. أما الخطأ العقدى فلا وجود له »** (٥٢).

والتجديد هنا يحدث بتغيير فى محل الالتزام وفى مصدره . فمصدر الالتزام القديم هو العقد ، أما مصدر الالتزام الجديد فهو الخطأ التقصيرى أو العمل غير المشروع المنصوص عليه فى المادة ١٣٨٢ من تقنين نابليون . وكما يقول ديشام ، « فإن مصدر الالتزام بالتعويض ، ليس هو ، ولا يمكن أن يكون أى شئ آخر غير الغش أو الخطأ » (٥٣) «فالمسئولية بالضرورة مسئولية تقصيرية » (٥٤)، كما يقول ليفيفر وهذا هو مبدأ وحدة المسئولية .

ويلاحظ أنه إذا كان التجديد الضرورى يحدث بتغيير المحل وتغيير السبب ، فإن تغييرالمحل ، هو فى الغالب الذى لفت نظر أنصار وحدة المسئولية الى هذا المبدأ ذاته . فإذا كانت المسئولية تحدث بسبب استحالة محل الالتزام العقدى ، فإن هذه الاستحالة ، هى التى تؤدى الى انقضاء هذا الالتزام ، ونشأة الالتزام الجديد الذى محله دفع التعويض لاصلاح

---

(٥٢) ليفيفر ، المسئولية ، المجلة الانتقادية ، ١٨٦٦ ، ص ٤٩٤ .

(٥٣) ديشام ، الغش والخطأ فى العقود ، المجلة الانتقادية ، ١٨٩٠ ، ص ٢٧٧

(٥٤) ليفيفر ، المرجع السابق ، ص ٤٨٥

الضرر . « فإذا كان تغيير المحل ، كما يقول جرانمولان ، لا يؤدى الى تغيير الالتزام ، فإن أى تجديد بتغيير المحل ، لا يعتبر إذن تجديداً»(٥٥). وإذا كان الالتزام الجديد يختلف عن الالتزام القديم فى محله ومصدره ، فإنه يحتفظ مع ذلك بضمانات وتوابع الالتزام القديم . «وهذا هو نفس الحكم ، كما يقول جرانمولان فى التجديد الرضائى المنصوص عليه فى المادة ١٢٧٨ من تقنين نابليون » (٥٥).

وجدير بالذكر أن جرانمولان لا يعرف شيئاً عن التجديد الضرورى فى القانون الرومانى . والدليل على ذلك أنه يستشهد بالتجديد الرضائى فى تقنين نابليون . ومع ذلك فإن فكرة التجديد الضرورى هى التى يمكن أن تشرح مبدأ وحدة المسئولية الذى ينادى به .

٢٥٩ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ : بلانيول :

يشيد بلانيول فى إحدى تعليقاته بأنصار مبدأ وحدة المسئولية ، وخاصة جرانمولان . فنظريتهم كما يقول « تعتمد على ملاحظة لا يمكن أن توضع صحتها موضع الشك أو الانكار » (٥٦). وبهذا القول فإن نظرية وحدة المسئولية تكسب الى جانبها النفوذ الكبير للأستاذ بلانيول . وبواسطته فإن النظرية تزداد وضوحاً وتكتسب أرضاً جديدة. فلا أحد يجهل بعد ذلك التعريف المشهور لبلانيول عن الخطأ . «الخطأ هو الإخلال بالتزام قائم من قبل » . وسواء كان هذا الالتزام عقدياً أو قانونياً ، فإن طبيعة الخطأ لا تتغير . وهكذا فإن بلانيول يعلن مبدأ «وحدة الخطأ » . « فطبيعة الالتزام الذى حدث الاخلال به ، لا تؤثر كما يقول ، على الخطأ ناته »(٥٧) .

---

(٥٥) جرانمولان ، مبدأ وحدة المسئولية ، أو الطبيعة التقصيرية للمسئولية ، رسالة ، رن ، ١٨٩٢ ، ص ١١ وص ١٦ .

(٥٦) تعليق على حكم لمحكمة باريس بتاريخ ٨ فبراير ١٨٩٦ ، داللوز ، ١٨٩٦ ، ٢ ، ٤٥٧ .

(٥٧) بلانيول ، موسوعة القانون المدنى ، جـ ٢ ، ١٩١٢ ، فقرة ٨٧٧ ، ص ٢٨٧ . اضف فقرة ٨٩٠ ، ص ٢٩٣ .

والخطأ هو دائمًا مصدر للالتزام . وتحت عنوان « خلق التزام جديد » ، يدرس بلانيول آثار هذا الالتزام . « وكل خطأ كما يقول ، يؤدى الى الإضرار بالغير ، ينشئ على عاتق مرتكب الخطأ ، التزامًا بتعويض المضرور. وهذا الالتزام بدفع مبلغ التعويض ، هو فى المسئولية المدنية ، الجزاء اللازم لكل الالتزامات القانونية ، وكذلك لكل الالتزامات الاتفاقية . فالخطأ هو إذن واقعة منشئة لالتزام جديد . ولا يفوت بلانيول أن يقيم التفرقة بين الالتزام الناشئ عن الخطأ ، والالتزام السابق على الخطأ . محل الالتزام الناشئ عن الخطأ هو تعويض الضرر الذى سببه الخطأ . وهذا الالتزام متميز تمامًا عن الالتزام السابق الذى وقع الخطأ إخلالاً به . والمحل مختلف فى الالتزامين . فالالتزام الأصلى يمكن أن يكون له أى محل : اعطاء ، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . أما الالتزام الناشئ عن الخطأ فمحله هو التعويض - وهو تعويض نقدى غالبًا - عن الضرر الذى حدث بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلى»(٥٠).

فيوجد التزامان « متميزان تمامًا » عن بعضها البعض : الالتزام العقدى الذى حدث الاخلال به ، والالتزام بالتعويض . ومن الواضح أن الالتزامين لا يتعاصران ، ولكنهما يتتابعان . فالالتزام الجديد الناشئ عن الخطأ ، يحل محل الالتزام القديم الناشئ عن العقد .وهذه هى فكرة التجديد الضرورى . فهذه الفكرة هى التعبير الفنى عن« مبدأ حلول الالتزام بالتعويض محل الالتزام العقدى الذى لم ينفذ » (٥٩)، حتى ولو كان بلانيول لم يستخدم فكرة التجديد .

٢٦٠- التجديد الضرورى وثنائية المسئولية : ديجى :

ديجى لا يوافق على مبدأ وحدة المسئولية المدنية . فالمسئولية العقدية تتعلق بما يسميه «قضاء الحقوق» ، أى القضاء المستند الى

---

(٥٨) بلانيول ، المرجع السابق ، فقرة ٨٩١ ، ص ٢٩٣ .

(٥٩) بلانيول ، تصنيف مصادر الالتزام ، المجلة الانتقادية ، ١٩٠٤ ، ص ٢٣١

حق، بينما المسئولية التقصيرية تتعلق بمايسميه « قضاء القانون» أى القضاء الذى يستند الى أحكام القانون مباشرة . وفى الحالتين فإن الحكم القضائى منشئ وخالق .

وديجى يهنئ نفسه لأنه استطاع أن يتخلص من تأثير اساتذة القانون المدنى . وقبل أن يتخلص من هذا التأثير ، كان قد انضم حسب قوله الى الفكرة الخاطئة التى تقول بأن الأحكام كاشفة وغير منشئة(٦٠) .

ومع ذلك فإن هناك تفرقة هامة لا بد من مراعاتها . ففى قضاء الحقوق فإن الحكم يكون منشئاً عن طريق التجديد . أما فى قضاء القانون ، فإن الحكم يكن منشئاً دون تجديد . وتبرير ذلك أمر سهل . فقضاء الحقوق بحسب تعريفه يفترض وجود مركز شخصى سابق . وهكذا فإن المركزالشخصى الذى خلقه الحكم يحل محل المركز الشخصى السابق علي الحكم . وهذا هو التجديد .

أما قضاء القانون فهو يفترض بحسب تعريفه عدم وجود أى مركز شخصى سابق . فالقاضى يقوم فقط بحل مسألة من مسائل القانون. وهكذا فإن المركز الذى يخلقه الحكم فى هذه الحالة لن يحل محل أى حق سابق ، لم يكن له وجود على الاطلاق . فيكون الحكم منشئاً دون أن يكون مجدداً .

ويترتب على ما سبق ، أن الحكم فى المسئولية العقدية هو حكم منشئ بطريق التجديد . ويقول ديجى « هذا تصرف قانونى جديد يحل محل التصرف القديم . ومنذ عهد قديم نتحدث عن التجديد بسبب الحكم . والمركز القانونى الجديد ليس له نفس محل المركز القديم . وعلى سبيل المثال فقد كان هناك التزام بعمل ، فيحل محله التزام بالتعويض » (٦١).

---

(٦٠) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، الصفحات ٤٣٨ ، ٤٥٩ ، ٤٧٥ .

(٦١) ديجى ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٤٦١ .

وعلى العكس ففى المسئولية التقصيرية ، فإن المضرور لم يكن له حق قبل الحكم . فالعمل غير المشروع لا ينشئ حقًا . لأن الفعل المخالف للقانون لا ينشئ مركزاً قانونيًا . ولكن « بعد الحكم ، وفقط منذ لحظة صدور الحكم ، ينشأ المركز القانونى » (٦٢) . فالحكم هنا منشئ دون تجديد .

ويتضح مما سبق أن فكرة التجديد يمكن تصورها دون حاجة الى الأخذ بمبدأ وحدة المسئولية طبقًا لأفكار ديجى . ولكن العكس غير صحيح فإن مبدأ وحدة المسئولية لا يمكن الأخذ به دون الاعتماد على فكرة التجديد .

ويلاحظ أيضًا أن التجديد يمكن تصوره وقت صدور الحكم كما يقول ديجى ، كما يمكن تصوره وقت الاخلال بالالتزام وقبل صدور الحكم كما يقول ماركاديه ، وليفيفر ، وديشام ، وجرانمولان ، وبلانيول.

ومن الممكن أيضاً لمن يأخذ بمبدأ وحدة المسئولية ، أن يأخذ بنوعى التجديد : ما يحدث وقت الاخلال بالالتزام ، وما يحدث بسبب الحكم . فالفكرة واحدة فى الحالتين .

ويلاحظ أخيراً أنه إذا كان ديجى قد تخلص كما يقول من تأثير أساتذة القانون المدنى ، إلا أنه عاد مع ذلك الى أفكار الرومان .

٢٦١- التجديد الضرورى ، ووحدة مبدأ المسئولية ، وثنائية الصياغة لكل من المسئوليتين : مازو ، تنك ، مارتى ورينو :

نصل الآن الى الفقه الفرنسى الحديث ، حيث يبدو أن مبدأ وحدة المسئولية ، قد تم اقراره بطريقة نهائية . وقد سبق أن ذكرنا أن مبدأ وحدة المسئولية لا يمكن تصوره بدون فكرة التجديد . والعكس غير صحيح .

وحسب آراء الأساتذة مازو وتنك ، فإن المسئولية العقدية،

---

(٦٢) ديجى . المرجع السابق . الصفحات ٤٨٥ - ٤٨٧

كالمسئولية التقصيرية ، مصدر لالتزام جديد . وكما يقولون « إذا كان العقد مصدراً للالتزام ، فإن عدم تنفيذ العقد ، أى المسئولية العقدية ، هى مصدر آخر للالتزام .. فعندما يتم ابرام عقد فإن التزاماً قد ولد ، وهو التزام كل من الطرفين بتنفيذ الأداء الموعود به . فإذا لم يتم ذلك أو تم بطريقة سيئة ، وعندما يوجد عدم تنفيذ كامل أو جزئى للعقد ، تتكون رابطة قانونية جديدة ، هى التزام المدين، أو المسئول عن الضرر، بتعويض هذا الضرر » (٦٣).

وهكذا فإن المادة ١٣٠٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، المتعلقة بهلاك الشئ المستحق « لا تعدو أن تكون تطبيقا للقاعدة الآتية : فى كل مرة لا يتم فيها تنفيذ العقد ، فإن الالتزام الناشئ عن العقد يختفى ، ويحل محله التزام جديد ... ويوجد هنا كما يقولون شئ قابل للمقارنة بفكرة التجديد » (٦٤). ويتم التجديد هنا بتغيير السبب والمحل . « لأنه إذا كان الالتزام الأول ينشأ بالإرادة المشتركة للأطراف ، فإن الالتزام الثانى ينشأ خارج نطاق الارادة . فالذى لم ينفذ العقد ، يجد نفسه مديناً بالتعيوض رغم ارادته . ومبلغ هذا التعويض يتحدد طبقاً لقواعد قانونية » (٦٥).

وقد أثارت نظرية الأساتذة مازو وتنك غضب الأستاذ دى لاماس ، الذى يجهل فيما يبدو فكرة التجديد الضرورى . ففى مقال بعنوان « غياب التجديد فى انحلال الالتزام العقدى » نجده يهاجم نظرية الأساتذة مازو وتنك بقوله « هذه اساءة فى استعمال فكرة التجديد » (٦٦).

أما الأساتذة مازو وتنك فإنهم لم يفكروا إطلاقاً فى استخدام فكرة

---

(٦٣) هنرى وليون مازو ، واندريه تنك ، الموسوعة النظرية والعملية ، للمسئولية المدنية ، طبعة ٥ ، جـ ١ ، ١٩٥٧ ، ص ١٠٥ .

(٦٤) المرجع السابق ، ص ١٠٥ و ١٠٧ .

(٦٥) المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(٦٦) المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٣٢ ، ص ٤٨٣ .

التجديد الرضائى ، كما أنهم لم يكونوا متأثرين بفكرة التجديد الضرورى فى القانون الرومانى . لذلك فهم يردون على الهجوم السابق بقولهم « نحن لا نقصد هنا إلا المقارنة، ولا نقول أبداً أنه يوجد تجديد (رضائى) بين الالتزامين . هذا ما لم يفهمه الأستاذ دى لاماس ، الذى نسب الينا الأخذ بفكرة التجديد (الرضائى) ، ودرس هذه الفكرة دراسة انتقادية » (٦٧) .

وهكذا رغم هذا النقد ، فإن الفقهاء الكبار يستمرون فى استخدام فكرة التجديد ، لأنها الفكرة الوحيدة القادرة على التعبير عما يقصدوه. والتجديد هنا تجديد غير رضائى .

والتجديد يحدث قبل الحكم ، وفى لحظة عدم التنفيذ كقاعدة عامة، فيما عدا الحالات الاستثنائية التى تنص فيها المادة ١١٤٦ على أن الالتزام بالتعويض ينشأ عند الاعذار ، أو عند الاعذار فى شكل دعوى قضائية . وفى جميع الأحوال فإن الالتزام الجديد ، ينشأ قبل الحكم ، وحتى قبل مرحلة الخصومة التى تقابل الـ Litiscontestatio فى القانون الرومانى . ولا يحدث أى تجديد آخر عند صدور الحكم . فالحكم « لا يخلق شيئاً »(٦٨) .

ويذهب الأساتذة مازو وتنك الى أن التجديد يحدث أيضاً ، حتى ولو ظل من الممكن تنفيذ الالتزام الذى حدث الاخلال به . وفى هذه الحالة فإن الالتزام الجديد يشمل الالتزام الأول . فالقاضى يستطيع أن يأمر المدين بتنفيذ الالتزام الأول ، فى نفس الوقت الذى يحكم عليه فيه بالتعويض(٦٩).

---

(٦٧) فكرة رضائية التجديد مفترضة فى العبارة . راجع مازو وتنك ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ هامش ٤ .

(٦٨) مازو وتنك ، المرجع السابق ، جـ ٣ ، ص ٣٨٨ . راجع أيضاً ، ليون مازو التفرقة بين الحكم المنشئ والحكم الكاشف ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩ ، ص ٣٢ .

(٦٩) مازو وتنك ، المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٠٧ ، هامش ٤ وقد ذهب -

وإذا كان الأساتذة الكبار يأخذون بفكرة التجديد عند نشأة المسئولية ، ويرفضون التجديد عند صدور الحكم . فلهم هذا . لأنه من غير اللازم أن يأخذ الفقيه بالتجديد فى المرحلتين . ومع ذلك فلا مبرر لما اشتهر به الأساتذة من عداء لفكرة الحكم المنشئ . لأن التجديد فى المرحلتين لا يعدو أن يكون ، كما سنرى فيما بعد ، سوى الاجابة على السؤال الآتى: هل تؤثر المنازعة فى الحق على وجوده ؟

وأخيراً فإن مبدأ وحدة المسئولية ، لا ينبغى أن يخفى ثنائية الصياغة القانونية لنوعىّ المسئولية . ولاثبات هذه الثنائية فإن الأساتذة الكبار يلجأون مرة أخرى الى فكرة التجديد ، فيقول الأساتذة « كون الالتزام الذى ينشأ عن عدم التنفيذ متميز من الناحية المنطقية عن الالتزام الناشئ عن العقد ذاته ، أمر لا شك فيه . ولكن ينبغى ألا ننسى أنه توجد بين الالتزامين رابطة قوية جداً . فأحدهما يحل محل الآخر . والثانى لا يولد إلا بعد انقضاء الأول . فيوجد شئ يمكن مقارنته بالتجديد (٧٠)» .

وفى تقديرنا أن فكرة التجديد لا تؤدى بذاتها الى ضرورة الانحياز الى نظام معين للمسئولية . فهى متصورة فى النظم الثلاثة السابق ذكرها : مبدأ وحدة المسئولية ، أو مبدأ ثنائية المسئولية ، أو مبدأ وحدة المسئولية وثنائية الصياغة القانونية.

- الدكتور أكثم الخولى فى رسالته للدكتوراه ، التعويض العينى فى القانون الفرنسى والقانون المصرى ، رسالة ، باريس ١٩٥٤ ، الى أن العملية تتم فى حالة استحالة تنفيذ الالتزام الأصلى . وهو يقول « توجد فترة تنفيذ اختيارى أو جبرى ، وفترة تعويض عندما تنتهى الفترة الأولى . وتغيير محل الالتزام هو الذى يكلفه حياته ، ص ٥٣ و ص ٦١ » . ولكن يبدو أن نظرية الأساتذة مازو وتنك أكثر تماسكا من نظرية الدكتور أكثم الخولى ، لأن التجديد لا يحدث فقط بتغيير المحل ، ولكن ايضاً بتغيير السبب . ومصدر الالتزام الجديد هو الخطأ . والخطأ يتحقق بمجرد عدم التنفيذ . وبغض النظر عما إذا كان التنفيذ ظل ممكناً أو أصبح مستحيلاً .

(٧٠) مازو وتنك ، المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٠٧ .

وهكذا فقد رأينا من قبل أن جرانمولان قد لجأ الى فكرة التجديد لشرح مبدأ الوحدة الكاملة للمسئولية . ولهذا لا يبدو من المفيد أن نلجأ الى نفس الفكرة لرفض مبدأ الوحدة الكاملة واقرار ثنائية الصياغة . ومبدأ ثنائية الصياغة يمكن شرحه ببساطة بملاحظة ما يقوله الأستاذان مارتى ورينو من أن « نطاق وصحةوفعالية الالتزام العقدى تحدث أثراً بالضرورة ، على نظام المسئولية العقدية » (٧١).

والأستاذان مارتى ورينو لا يتكلمان صراحة ، لا عن التجديد الضرورى ، ولا عن حلول التزام محل التزام آخر . ومع ذلك فهما يأخذان بمبدأ وحدة المسئولية المدنية . وهذا المبدأ لا يمكن تصوره ، كما رأينا من قبل دون الاعتماد على فكرة التجديد . وهما يؤكدان أن المسئولية العقدية مصدر للالتزام الجديد على النحو الآتى . « واقعة عدم التنفيذ ،كما يقولان ، عندما تكون مصدراً لمسئولية المتعاقد ، فإنها تخلق فعلاً مركزاً جديداً . والالتزام بالتعويض ليس مرتبطاً بالضرورة فى نطاقه مع الالتزام الأصلى الذى حدث الاخلال به » (٧٢).

ومما لا شك فيه أن الالتزام بالتعويض يحل محل الالتزام العقدى الذى حدث الاخلال به . فالالتزامان لا يجتمعان أبداً ، لأن المسئولية لن تكون مصدراً لاثراء الدائن بالجمع بين التزامين .

٢٦٢ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ فى إطار النظرية الخالصة للقانون : كلسن :

النظرية الخالصة للقانون هى الأرض المختارة لمبدأ وحدة المسئولية. فإذا كانت توجد ثمة صعوبة فى الفقه التقليدى فى القول بأن طبيعة الالتزام الذى حدث الاخلال به وسواء كان قانونيًا أو عقدياً ، لا تؤثر اطلاقًا فى طبيعة الخطأ ذاته . فإنه مع كلسن تختفى هذه الصعوبة تماماً، فهو يرفض كل تفرقة من حيث الطبيعة بين الالتزام القانونى

---

(٧١) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، باريس ١٩٦١ - ١٩٦٢ ، جـ ٢ ، ص ٣٣٣

(٧٢) المرجع السابق ، ص ٣٣٢ .

والالتزام العقدى . فكل منهما جزء من النظام القانونى الوضعى . والفارق بينهما فى الدرجة فقط . فبينما الالتزام القانونى عام ، فإن الالتزام العقدى فردى . وفى لغة كلسن فإن اصطلاح القاعدة مطابق لاصطلاح الالتزام . والقانون الوضعى هو نظام للقواعد القانونية أو نظام للالتزامات القانونية . وتعريف الالتزام هو الآتى : « يكون الشخص ملتزماً قانوناً بسلوك معين عندما يكون السلوك المعاكس قد وضع كشرط لتوقيع جزاء له صفة القهر »(٧٣) . فالقانون هو نظام للقهر ، والخطأ أو العمل غير المشروع ، هو شرط لتطبيق القانون وليس انكاراً للقانون . والعقد ينشئ التزاماً فردياً . والمتعاقد ملزم بأن يسلك حسب الطريقة المحددة فى العقد . فإذا لم يفعل ذلك ، فإن التزاماً جديداً سيحل محل التزامه ، وهو الالتزام بتعويض الضرر . وبعد ذلك فإن الالتزام بتعويض الضرر ، سيحل محله التزام جديد يخلقه الجهاز المنوط به القهر وهو القاضى . فيوجد هنا حلولان ، أو تجديدان متعاقبان . وتوجد ثلاثة مراحل متصورة : التنفيذ ، أو التعويض ، أو الجزاء .

فلنقرأ كلسن : « الشخص يقع عليه ليس فقط الالتزام بألا يسبب بسلوكه ضرراً للغير ، بل يقع عليه التزام آخر وهو أنه عندما يسبب ضرراً للغير ، إخلالاً بالتزامه الأول ، أن يعوض الغير عن هذا الضرر . ويوجد هنا ، كما يقول ، التزامان : الالتزام الأصلى بعدم الإضرار بالغير . والتزام احتياطى أو التزام بديل هو الالتزام باصلاح الضرر . وهذا الالتزام البديل يأخذ مكان الالتزام الأصلى الذى وقع الإخلال به »(٧٤).

وحتى الآن فإننا لم نصل بعد الى فكرة الجزاء . «فالالتزام باصلاح الضرر كما يقول كلسن ، ليس هو الجزاء ، وإنما هو هذا الالتزام

---

(٧٣) كلسن ، النظرية الخالصة للقانون ، مترجم الى الفرنسية بواسطة ايزنمان ، باريس ، دالوز ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٨ .

(٧٤) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ .

الاحتياطى الذى يحل محل الالتزام الذى لم ينفذ » (٧٥).

وإذا لم ينفذ هذا الالتزام الثانى بالتعويض ، سننتقل الى مرحلة الجزاء ، وبالتالى خلق التزام ثالث يحل محل الالتزام بالتعويض . وهو يقول « التنفيذ القهرى ، أى التعويض الجبرى عن الضرر بواسطة الجهاز المختص بتطبيق القانون ، يحدث فقط عند عدم تنفيذ الالتزام بالتعويض » (٧٦) . وفى هذه الحالة فإن الحكم سيكون مصدراً لالتزام جديد ، أو بتعبير أفضل سيكون هو هذا الالتزام الجديد . وهذه هى فكرة أن الحكم قاعدة فردية . « فالقرار القضائى ، كما يقول ، أو القاعدة الفردية التى تأمر فى حالة محددة بأن هذا الفرد (أ) يجب عليه تعويض الضرر الذى أصاب الفرد الآخر (ب) بأن يدفع له مبلغاً من النقود ، ينشئ ، أو بتعبير أدق ، هو ذاته الالتزام القانونى الفردى للفرد (أ) (٧٧) » .

وهكذا يبدو أن نظام كلسن شديد الشبه بالأفكار الرومانية ، وأفكار بعض أساتذة القانون المدنى التقليديين . ومع ذلك فيجب تأكيد أنه تشابه بالصدفة فقط وبطريقة استثنائية ، لأن أفكار كلسن لا يمكن فصلها عن نظريته الخالصة للقانون .

٢٦٣ - التجديد الضرورى وقضاء محكمة النقض الفرنسية :

أتيحت الفرصة لمحكمة النقض الفرنسية لتعبر عن اتجاهها حول طبيعة المسئولية المدنية ، بمناسبة قيامها بتحديد المقصود بجماعة الدائنين فى الافلاس . وقد وجد قضاءها استقبالاً سيئاً من الجانب الأكبر من الفقه . وقد تم وصف هذا القضاء بأنه غامض ، أو يدعو للصدمة ، أو متناقض ، أو مؤسف ، ... الخ (٧٨) . ومع ذلك فإن

---

(٧٥) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ .

(٧٦) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ .

(٧٧) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، ص ٣١٨ وما بعدها .

(٧٨) ليون كان ، تعليق على نقض عرائض ١١ أبريل ٩٠٧ ، سيرى ١٩٠٧ ، -

انتقادات الفقهاء لم تحدث أثراً ، وظلت محكمة النقض ثابتة فى قضائها لا تهتز ، حسب تعبير رئيس محكمة النقض بيان (٧٩) ، مما دعا كبار الفقهاء الى البدء فى قبول الأمر الواقع . وهكذا نجد جورج ريبير يؤكد ضرورة إعادة النظر فى فكرة المسئولية العقدية (٨٠) .

والواقع أنه لا توجد أية صعوبة فى فهم وتحليل أحكام محكمة النقض . فالمحكمة لا تعطى أى جديد فى الموضوع . وأفكارها تتفق بطريقة رائعة مع النظريات الفقهية التى سبق أن درسناها . وربما تكون نظرية أحد الفقهاء ، أكثر تنسيقاً من نظرية القضاء . وهذا أمر طبيعى يرجع من ناحية الى تعدد الأشخاص الذين يسهمون فى وضع القضاء (٨١) ، ويرجع من ناحية أخرى الى أن القضاء يهتم أكثر بتحقيق العدل ولو على حساب المنطق القانونى .

وبصفة أولية فإن محكمة النقض الفرنسية تأخذ بمبدأ وحدة المسئولية المدنية . فالاخلال بالتزام سابق يؤدى الى انشاء التزام جديد ، هو الالتزام باصلاح الضرر . وفيما يتعلق بصياغة نوعى المسئولية فإنها تقيم التفرقة الآتية : إذا كان الخطأ العقدى عادياً فإنها تأخذ بمبدأ ثنائية الصياغة للمسئوليتين العقدية والتقصيرية . أما إذا كان الخطأ العقدى جسيماً فإنها تأخذ بمبدأ وحدة الصياغة للمسئوليتين ، على الأقل فيما يتعلق بتأثير الخصومة على الحق . والتفرقة بين الحالتين

-١ ، ٤٣٣ . إسمان ، أثار لحكام القضاء على الاعتراف وانشاء الحقوق ، رسالة ، باريس ، ١٩١٤ ، ص ١٥٧ : شيرون ، تعليق على نقض عرائض ٢ ابريل ١٩٤١ ، داللوز ، ١٩٤٤ ، ٤٣ : موريل ، التعويض للمستحق على تاجر ، مجلة الإفلاس والتصفية القضائية ، جـ ٢ ، ١٩٣٧ ، ص ٣٥٥ .

(٧٩) بيان ، تعليق على نقض عرائض ، ٢ ابريل ١٩٤٢ ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٣ ، ٢ ، ٢٠٩٦ .

(٨٠) جورج ريبير ، تعليق ، نقض مدنى ، قسم تجارى ، ٢ ديسمبر ١٩٤٧ . داللوز ١٩٤٨ ، ٥٧٧ .

(٨١) يذهب الفيلسوف ديكارت الى أهمية أن يعهد بوضع القانون الى شخص واحد . راجع ، ديكارت ، خطة المنهج ، طبعة ١٩٦٢ ، باريس ، ص ١٨ .

يمكن التعبير عنها بواسطة فكرة التجديد الضرورى . ففى حالة المسئولية العقدية القائمة على خطأ عادى ، كما لو تعلق الأمر بمجرد عدم تنفيذ العقد ، فلا يوجد غير تجديد واحد ، وهو ما حدث فى لحظة عدم التنفيذ . أما إذا كان الخطأ جسيماً ، فإنه يوجد حينئذ تجديدان : الأول يحدث كما فى الفرض السابق فى لحظة اجتماع عناصر المسئولية ، والثانى يحدث بواسطة الحكم . فالحكم يباشر فى هذا الفرض الثانى تأثيراً كبيراً على الالتزام بالتعويض الذى نشأ عن الخطأ بطريقة تؤدى الى تحويله الى التزام جديد .

ولنواجه الآن الفرض الأول . إذا كان الخطأ عادياً ، فإنه ينشئ التزامًا جديداً ، هو الالتزام بتعويض الضرر .وهذا الالتزام يحل محل الالتزام العقدى الذى وقع الاخلال به ، وينشأ من يوم تحقق الضرر . والحكم الذى يصدر بعد ذلك يقوم فقط بالكشف عنه ولا يحدث أى تأثير علّى وجوده . ،يكون هذا الحكم كاشفًا وليس منشئاً .

وهكذا إذا كان مصدر الالتزام بالتعويض وهو الخطأ سابقًا على الصلح فى حالات الافلاس ، فإن الصلح يحتج به فى هذه الحالة على الدائن فى هذا الالتزام . كما تقول محكمة النقض الفرنسية ، « وحيث أن الدين المعترف به للآنسة لاتيج نشأ عن خطأ مرتبط ارتباطاً لا يقبل الانفصام بعقد سابق على الافلاس ، وما وقع الخطأ إلا اخلالاً بهذا العقد ، وما كان وقوعه متصوراً بدون ابرام هذا العقد ، فإنه يترتب على ذلك أن هذا الدين يدخل مع غيره من ديون فى جماعة الدائنين (٨٢) » . ويمكن أن نستخلص من هذا الحكم ما يأتى :

١- الخطأ العقدى لا يعدو أن يكون اخلالاً بالتزام عقدى ، وهو لا يمكن فصله عن العقد ذاته . وهذه هى فكرة ثنائية الصياغة لكل من

---

(٨٢) نقض مدنى ، ٦ ديسمبر ١٩٣٧ ، مجلة القانون التجارى ، ١٩٣٨ ، ص ٧٠٠، تعليق هيمار .

المسئوليتين ، أو إحدى معانى هذه الفكرة .

٢- هذا الخطأ مصدر لالتزام جديد . فالالتزام كما تقول محكمة النقض ينشأ عن الخطأ . والالتزام الجديد يحل بطبيعة الحال محل الالتزام العقدى الذى وقع الإخلال به .

٣- الالتزام الذى نشأ عن الخطأ يستمر حتى بعد صدور الحكم . والحكم لا يحول هذا الالتزام الى التزام جديد . ولذلك ينبغى النظر الى تاريخ هذا الالتزام وليس الى تاريخ الحكم ، لتحديد جماعة الدائنين . فالحكم سيكون فى هذه الحالة كاشفًا وليس منشئاً ، فهو لم يحدث تجديداً للالتزام .

وقد تأكد حكم محكمة النقض المشار اليه ، بحكم آخر مشهور مثله . ويعلن هذا الحكم الأخير بوضوح مبدأ ثنائية الصياغة لكل من المسئوليتين . وفى هذا الحكم تقول غرفة العرائض « ومن ناحية أخرى إذا كان الالتزام بدفع تعويض تقصيرى أو شبه تقصيرى لا يخضع لقانون الصلح ... ، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للالتزام بالتعويض لعدم تنفيذ التزام عقدى ، **وهو التزام ينشأ عن خطأ مرتبط** ارتباطاً لا يقبل الانفصام مع عقد من العقود ، ويدخل فى ديون جماعة الدائنين... إذا كان سببه وهو عدم تنفيذ العقد سابقاً على الصلح»(٨٣).

والالتزام المشار اليه فى هذا الحكم ، ليس مصدره العقد ، ولكن مصدره هو عدم تنفيذ العقد . فالالتزام بتعويض الضرر يحل محل الالتزام العقدى الذى لم ينفذ . ويظل هذا الالتزام قائمًا حتى بعد صدور الحكم به . فالحكم لا يحوله الى التزام جديد .

والحكم ليس مجدداً وليس منشئًا . وينبغى دائمًا الرجوع الى تاريخ عدم التنفيذ ، وليس الى تاريخ الحكم ، لتحديد جماعة الدائنين .

---

(٨٣) نقض عرائض ٣٠ ابريل ١٩٤١ ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٣ ، ٢ ، ٢٠٩٦ ، تعليق بيان ؛ وكذلك دالوز ، ١٩٤٤ ، ٤٣ تعليق شيرون.

أما إذا كان الخطأ جسيما ، فإن الأمر يختلف ، ويصبح الحكم فى هذه الحالة مجدداً ومنشئاً . والالتزام بدفع التعويض ينشأ عن الحكم ، ويرجع فى تاريخه الى صدور الحكم ، ولا يدخل بالتالى فى مجموعة الديون إذا كان الصلح سابقاً على صدور الحكم . وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض الفرنسية « حيث أن الحكم المطعون فيه قرر أن عدم تنفيذ الوكالة يشكل خطأ جسيماً ... وان محكمة الاستئناف قد قررت أن الالتزام لم يكن له وجود مؤكد إلا منذ تاريخ الحكم الذى اعترف به.... فإن الحكم لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون »(٨٤) .

ويغض النظر عما إذا كان من المناسب اعتبار الحكم فى هذه الحالة مصدرا لالتزام جديد أم لا . وسواء كان من المناسب اقامة التشابه أو عدم التشابه بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على أساس مدى جسامة الخطأ ، وهى فكرة مهجورة منذ وقت طويل ، فإن معنى حكم محكمة النقض الفرنسية واضح لا شك فيه .

وتنبغى ملاحظة أن الحكم لا يخلق هذا الالتزام من العدم . فأساس هذا الالتزام كما تقول المحكمة هى المادة ١٩٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى التى تقرر مسئولية الوكيل عن أخطائه . وهذا يعنى أن الالتزام المؤكد بدفع التعويض والذى نشأ عن الحكم ، قد سبقه التزام آخر باصلاح الضرر نشأ عن الخطأ فى عدم تنفيذ عقد الوكالة . فالأمر يتعلق إذن بتجديدين متتابعين : الأول بسبب عدم التنفيذ ، والثانى بواسطة الحكم .

والحكم موضوع التعليق قد يبدو وكأنه مجرد تأكيد لحكم النقض الصادر فى ٢٠ يناير ١٩٣٢(٨٥). ومع ذلك فإن هذا الحكم الأخير ، لا يقيم أدنى تفرقة مستمدة من جسامة الخطأ . وقد دفع هذا ببعض المعلقين الى القول بأن كل الأحكام الصادرة فى موضوع المسئولية

---

(٨٤) نقض مدنى ، قسم تجارى ، ٢٠ ديسمبر ١٩٤٧ . داللوز ١٩٤٨ ، ٥٧٧ . تعليق جورج ريبير ، جيرسى كلاسير ، ١٩٤٨ ، ٢ ، ٤٣٦٩ ، تعليق بيكيه .

(٨٥) سيرى ، ١٩٣٢ ، ١ ، ١٠٥ ، تعليق روسو .

سواء كانت عقدية أو تقصيرية هى أحكام منشئة لالتزامات جديدة .

فكما يقول موريل « فى كلمة واحدة ، **الحق فى التعويض ، يولد يوم صدور الحكم الذى قرره** ، بدون أن نفرق بين الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى » (٨٦) .

ومع ذلك فإنه يجب بعد صدور حكم ٢ ديسمبر ١٩٤٧ ، مراعاة التفرقة التى أقامها هذا الحكم داخل المسئولية العقدية ، بين الخطأ الجسيم والخطأ غير الجسيم .

ونلاحظ أخيراً أن أول حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية مؤكدة فيه الطبيعة المنشئة للحكم بالتعويض ، كان قد صدر فى نطاق المسئولية العقدية(٨٧) .

وباختصار ، ففى الحالات التى يكون فيه الخطأ العقدى عادياً ، يحدث تجديد واحد عند اجتماع عناصر المسئولية . ويكون الحكم فى هذه الحالات كاشفًا عن الالتزام الذى نشأ بسبب الخطأ . أما إذا كان الخطأ العقدى جسيما ، فإنه يحدث تجديد ثان بواسطة الحكم الذى ينشئ فى هذه الحالة التزامًا جديداً . وسواء كان هناك تبرير لهذا القضاء أم لا ، فهذا هو المعنى الصحيح للقضاء الفرنسى فى هذه المسألة . وننتقل الآن الى دراسة التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية التقصيرية .

---

(٨٦) موريل ، التعويض المستحق على التاجر ، وخاصة بسبب عمل غير مشروع سابق على افلاسه ، مجلة الافلاس ، جـ ٢ ، ١٩٣٧ ، ص ٣٤٦ ؛ وفى نفس المعنى ، دنريه، طبيعة الأحكام الصادرة بالتعويض ، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ، ١٩٣٧ ، ص ٣٩٨ وما بعدها .

(٨٧) عرائض ، ٦ يوليو ١٨٥٧ ، داللوز العملى ، ١٨٥٧ ، ١ ، ٤٤٠ : انظر فى الطبيعة العقدية للنزاع ، دنريه المرجع السابق ، ص ٣٩٨ : هيمار ، التعليق السابق ، ص ٧٠٥ .

المبحث الثانى

التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية التقصيرية فى القانون الحديث

٢٦٤ - الالتزامان :

التحليل الصحيح للقانون المدنى الفرنسى لا يمكن أن يغفل الحقيقتين التاليتين : أولاً العمل غير المشروع مصدر للالتزام بالتعويض . وثانيًا الحكم بالتعويض هو مصدر الالتزام بدفع التعويض المحكوم به . والحقيقة الأولى يؤكدها التقنين والقضاء . أما الحقيقة الثانية فيؤكدها القضاء . وانكار أى من هاتين الحقيقتين هو انكار للقانون الوضعى . أما الاعتراف بالحقيقتين ، فيعنى الاعتراف بالتجديد الضرورى فى موضوع المسئولية التقصيرية . فالالتزام بدفع التعويض الناشئ عن الحكم ، يحل محل الالتزام باصلاح الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع .

والحقيقة الأولى لم يشكك فيها أحد . فالمادة ١٣٨٢ من تقنين نابليون ، المقابلة للمادة ١٦٣ من التقنين المدنى المصرى ، تؤكد بوضوح أن الخطأ التقصيرى ينشئ الالتزام بتعويض المضرور . والقضاء الفرنسى لم يفكر أبداً فى انكار هذه الحقيقة .

وأحد الأحكام الأولى التى أكدت الطبيعة المنشئة للحكم بالتعويض، أكدت أيضًا بوضوح « أن دعوى التعويض تستند فى سببها الأول الى جريمة التزوير أو استعمال الأوراق المزورة » (٨٨) . والحكم الأول فى الموضوع ، حتى وإن كانت لغته غامضة الى حد ما ، فإنه يؤكد أن « الفعل هو الذى يؤدى الى انشاء الالتزام » (٨٩). ويؤكد

---

(٨٨) نقض مدنى ، ٢٢ أكتوبر ١٩٠١ ، داللوز العملى ، ١٩٠١ ، ١ ، ٥٢٧ .

(٨٩) عرائض ، ١٩ يناير ١٨٩٨ ، داللوز العملى ، ١ ، ٤٧٣ ، مع تقرير المستشار مارينو ؛ داللوز العملى ، ١٨٩٩ ، ١ ، ٥ تعليق ليون كان . أما حكم ٦ يوليو ١٨٥٧ فهو يتعلق بالمسئولية العقدية .

حكم آخر هام نفس المبدأ بقوله « التزام الشركة بالتعويض بسبب الخطأ ، يرجع الى تاريخ وقوع الحادث » (٩٠). وكذلك فإن حكم ٢ أبريل ١٩٤١ يؤكد أن الخطأ التقصيرى يكوّن « الواقعة التى أنشأت الالتزام بالتعويض » (٩١).

ولذلك فإن محكمة النقض الفرنسية لا تستحق النقد الذى وجهه اليها بعض الفقهاء من أنها « نسيت أن الجريمة وشبه الجريمة مصادر للالتزام ، مثل العقد وشبه العقد » (٩٢). والصحيح أن محكمة النقض الفرنسية تعترف دائماً بالعمل غير المشروع كمصدر للالتزام . ولكن من الصحيح أيضًا أنها تؤكد الطبيعة المنشئة للحكم الصادر بالتعويض .

وهكذا فإن حكم ١٩ يناير ١٨٩٨ يؤكد أن الالتزام لم « ينشأ » قبل الحكم . وحكم ٢٢ أكتوبر ١٩٠١ يؤكد أن الدائن لم يكن « له سند للدين أو حق معترف به » قبل الحكم . ونجد نفس العبارة أيضًا فى حكم ١١ أبريل ١٩٠٧ . وحكم ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠ يعلن أيضًا أن الدين « لا يوجد إلا من تاريخ الحكم » (٩٣).

والواقع أن عبارة « أى سند للدين وأى حق معترف به » ، أصبحت الآن عبارة تقليدية . ولا يوجد أحد لم يفهم المعنى الحقيقى الذى يقصده القضاء بخصوص الطبيعة المنشئة للحكم . وأعداء هذا القضاء هم أول من يعترف بهذا المعنى . ومن المحتمل أن وضوح هذه الحقيقة

---

(٩٠) عرائض ١١ أبريل ١٩٠٧ ، سيرى ، ١٩٠٧ ، ١ ، ٤٣٣ .

(٩١) عرائض ٢ أبريل ١٩٤١ ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٣ ، ٢ ، ٢٠٩٦ ، تعليق بيان .

(٩٢) ليون كان ، تعليق على نقض عرائض ، ١٦ ديسمبر ١٨٩٦ ، و١٩ يناير ١٨٩٨ ، داللوز العملى ، ١٨٩٩ ، ١ ، ٥ ؛ ليون مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة للحقوق ، المرجع السابق ، ص ٣١ - ص ٣٢ .

(٩٣) عرائض ، ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠ ، داللوز ، ١٩٣٠ ، ١ ، ١٤٨ مع تقرير المستشار بيلون .

وهى أن الحكم مصدر للالتزام . قد أخفت الحقيقة الأخرى وهى أن العمل المشروع هو أيضًا مصدر للالتزام . خاصة إذا كنا لا نرى إلا التزاماً واحداً ، له مصدر واحد بطبيعة الحال .

وهكذا نجد الأستاذ إسمان ، أحد أعداء فكرة الحكم المنشئ ، ليس فقط فى مجال المسئولية التقصيرية ، بل فكرة الحكم المنشئ فى ذاتها ، والتى يرى فيها « وسيلة للصياغة سيئة المستوى » (٩٤) ، يعترف مع ذلك أن كلمة « سند » فى هذه الأحكام لا تعنى « وسيلة إثبات » ، وإنما تعنى « مصدر الحق » (٩٥) .

والواقع أنه رغم معارضة الفقه ، فإن أحداً لم يحاول انكار ما يقصده القضاء أو يحاول أخذه على غير معناه الحقيقى . ومنذ وقت طويل تم الاعتراف بثبات القضاء فى موقفه . وهكذا يقول ليون كان أن القضاء ظل ثابتاً « لا يتغير ولا يتحرك » (٩٦) . ويقول الأستاذ ليون مازو ، ان هذا القضاء « أصبح اليوم مؤكداً بطريقة نهائية » (٩٧) . وقد أشرنا من قبل الى تعبير مماثل صدر عن رئيس محكمة النقض المستشار بيان .

فمن المؤكد إذن أن هناك التزاماً قد نشأ عن العمل غير المشروع وقبل الحكم ، وأن التزامًا آخر لم ينشأ إلا بعد الحكم وبسبب الحكم . ومن المؤكد أننا بصدد التزامين متميزين ومتتابعين . وإلا لكنا نقول بأن التزامًا يوجد ولا يوجد فى نفس الوقت ، « وهذا تناقض فاضح » على حد تعبير الأستاذ موريل ، لا يليق بمحكمة النقض . وما بين السخرية من محكمة النقض ، وبين تفسير قضائها طبقًا لفكرة

---

(٩٤) إسمان ، تعليق جيرس كلاسير ، ١٩٤٩ ، ٢ ، ٤٩١١ .

(٩٥) آثار الأحكام القضائية والاعتراف وانشاء الحقوق ، رسالة ، باريس ١٩١٤ ص ١٤٦ .

(٩٦) ليون كان ، تعليق ، عرائض ، ١١ أبريل ١٩٠٧ ، سيرى ١٩٠٧ ، ١ ، ٤٣٣

(٩٧) ليون مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، المرجع السابق ص ٣٠ .

معروفة فى القانون الرومانى ، ويأخذ بها بعض كبار الفقهاء ، المعاصرين (فكرة حلول التزام محل التزام آخر) . فإننا لا شك نأخذ بالاختيار الثانى .

٢٦٥ - حلول التزام محل التزام آخر :

من الممكن أن نتصور ثلاثة التزامات وتجديدين . فهناك أولا الالتزام القانونى بعدم الإضرار بالغير . والإخلال بهذا الالتزام ينشئ التزاماً بإصلاح الضرر (٩٨) . وهذا الالتزام يتحول بدوره من خلال الحكم الى التزام بدفع التعويض المحكوم به .

ومع ذلك فيوجد اتجاه فى الفقه الى عدم الاعتداد بالالتزام الأول وهو الالتزام القانونى بعدم الإضرار بالغير . لأن الأمر هنا يتعلق بواجب قانونى أكثر منه بالتزام بالمعنى الصحيح لهذا الاصطلاح . وهذا الواجب القانونى لا يظهر فى الجانب الايجابى لذمة الدائن ، كما لا يظهر فى الجانب السلبى لذمة المدين(٩٩) . ولنفس السبب فإن تحول هذا الواجب الى التزام بتعويض الضرر لا يعتبر تجديداً بمعنى الكلمة، حيث يوجد هنا حلول لالتزام محل واجب قانونى ، وليس محل التزام آخر . فلا يبقى بعد ذلك إلا التزامان بمعنى الكلمة : الالتزام بتعويض الضرر ، والالتزام بدفع مبلغ التعويض المحدد فى الحكم . وهكذا فلا يوجد إلا تجديد واحد ، وهو ما يحدث بواسطة الحكم . وهذا الاتجاه هو السائد الآن لدى معظم أنصار فكرة التجديد الضرورى فى مسائل المسئولية التقصيرية .

وهناك دراسة تستحق الذكر . وهى رسالة الدكتوراة للأستاذة لوسيين ريبير عن « تعويض الضرر فى المسئولية التقصيرية »(١٠٠) .

---

(٩٨) راجع نظرية بلانيول ، ما سبق ، فقرة ٢٥٨ ؛ راجع ايضا جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية والالتزامات المدنية . طبعة ٤ ، ١٩٤٩ ، ص ٢٣٨ - ص ٢٣٩ .

(٩٩) بول روبييه ، الحق والمراكز القانونية ، باريس ، دالوز ، ١٩٦٣ ، ص ١٠٢ .

(١٠٠) رسالة . باريس ، ١٩٣٣ .

فهى كانت أول من « أنكر » الخلط بين التزامين كل منهما متميز عن الآخر : الالتزام باصلاح الضرر ، والالتزام بدفع مبلغ التعويض المقرر فى الحكم »(١٠١) .

ومع ذلك فقد أخطأت الأستاذة عندما اعتبرت التحول الذى يحدث بواسطة الحكم ، هو نتيجة للسلطة البريتورية للقضاة . والواقع أننا قد ذكرنا من قبل ، أن التحول الذى كان يحدث فى القانون الرومانى ، كان يتم بواسطة الحكم القضائى ، وليس بواسطة السلطة البريتورية للقضاة(١٠٢) .

ولا يمنع هذا أن هذه الرسالة قد لاقت قبولاً كبيراً فى الفقه . فنجد الأستاذ لالو بعد توجيه المديح الى هذه الرسالة باعتبارها « رسالة رائعة للدكتوراه » ، يؤكد أن « الالتزام بالتعويض يوجد منذ يوم حدوث الضرر ... أما الالتزام بدفع مبلغ التعويض فلا يوجد إلا بعد صدور الحكم بتحديد مبلغ التعويض » (١٠٣) .

والأستاذ سافتييه ، يقيم أيضًا نفس التفرقة ، بين « الالتزام باصلاح الضرر » و « الالتزام بدفع التعويض » (١٠٤) . وكذلك فإن الأستاذ جيرفيزيه يعلن أن « المحكمة هى التى تحدد طبيعة ومقدار الالتزام بالتعويض ، وتحوله الى التزام بدفع مبلغ من النقود » (١٠٥) . وتأكيداً لهذا الاتجاه السائد فى الفقه يقول الأستاذ كاربونييه « هذا

---

(١٠١) المرجع السابق ، ص ١٣٨ .

(١٠٢) راجع ما سبق ، فقرة ٢٥٦ .

(١٠٣) هنرى لالو ، كاشف أم منشئ : (طبيعة الأحكام الصادرة فى مسائل المسئولية المدنية) ، داللوز الأسبوعى ، ١٩٣٦ ، ص ٧١ .

(١٠٤) رينيه سافتييه ، موسوعة المسئولية المدنية فى القانون الفرنسى ، طبعة ٢ ، ١٩٥١ ، ص ١٩٩ .

(١٠٥) جيرفزيه ، تعليق على حكم لمحكمة ليون ، ٢٢ نوفمبر ١٩٥٤ ، سيرى ١٩٥٦ ، ص ٦٢٨ ؛ أضف دينرى ، طبعة الأحكام الصادرة بالتعويض ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ - ص ٣٩٤ .

النوع من التجديد معترف به فى المسئولية التقصيرية ، حيث يعتبر الحكم بالتعويض حكماً منشئاً » . ويضيف الى ذلك قوله بأن «الالتزام باصلاح الضرر هو التزام بعمل ، سيتحول بواسطة الحكم الى التزام بدفع مبلغ من النقود فى معظم الحالات » (١٠٦). وبالمثل فإن الأستاذ روبييه يرى أن « الالتزام باصلاح الضرر ... يؤدى الى التزام بدفع مبلغ التعويض » (١٠٧).

وحتى نفهم جيداً فكرة القضاء عن التجديد الضرورى ، لا بد من مقارنتها بالنظريات الفقهية فى نفس الموضوع .

٢٦٦ - النظرية القضائية فى التجديد الضرورى مقارنة بالنظريات الفقهية :

توجد نظريات فقهية عديدة تخالف القضاء ولا تعترف إلا بوجود التزام واحد . وهذه النظريات مختلفة فيما بينها .

فهناك أولاً النظرية التقليدية ، والتى بمقتضاها ينشأ التزام عن العمل غير المشروع ، بتعويض الضرر . والمطالبة القضائية لا تخلق أى عنصر جديد ، فالحكم يكشف عن الحق فى التعويض دون أن يخلق حقاً جديداً . والالتزام بالتعويض الذى ينشأ من يوم وقوع الضرر ، لا ينقضى إلا بسبب من الأسباب المعروفة لانقضاء الالتزام كالوفاء مثلاً . والحكم ليس من أسباب انقضاء الالتزام . وهذه النظرية هى أساس كل الاعتراضات السابق ذكرها على موقف القضاء . ولكنها لم « تحدث أى تأثير » على القضاء ، كما لاحظ ليون كان ، أحد أنصار هذه النظرية(١٠٨).

---

(١٠٦) جان كاربونييه ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، ١٩٥٩ ، فقرة ١٥٣ ، ص ٥٠٨ وفقرة ١٩٥ ، ص ٦٨٦ . ويلاحظ أن الأستاذ كاربونييه يعترف بثلاثة التزامات متعاقبة ويحدوث التجديد مرتين .

(١٠٧) پول روبييه ، الحق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، ص٢٩٨ .

(١٠٨) ليون كان ، تعليق على نقض عرائض ١١ ابريل ١٩٠٧ ، سيرى ، ١٩٠٧ ، ١ ، ٤٣٣ .

وهناك نظرية ثانية لا تعترف إلا بوجود التزام واحد فى نطاق المسئولية التقصيرية ، هى نظرية الأستاذ جيز . وطبقاً لهذه النظرية لا ينشأ الالتزام عن العمل غير المشروع ، ولكن عن الارادة المنفردة للمضرور . وفى رأى الأستاذ جيز فإن إرادة الانسان وحدها هى القادرة على إنشاء الالتزامات . وعندما يتقدم المضرور الى القضاء بالمطالبة بالتعويض ، فإنه يعبر عن ارادته فى الحصول على مبلغ التعويض . وفى هذه اللحظة ينشأ الالتزام بالتعويض . أما الحكم الذى يصدر بعد ذلك فهو يكشف عنه فقط(١٠٩) . ومن الواضح أن هذه النظرية تناقض التقنين والقضاء .

ومن النظريات المناهضة للقضاء ، نظرية الأستاذ ديجى . فهو ينكر أن يكون العمل غير المشروع مصدرا للالتزام . لأن العمل المخالف للقانون لا يؤدى الى انشاء مركز قانونى . والحق فى التعويض لا ينشأ إلا عن الحكم . والأستاذ ديجى لا يأخذ بفكرة التجديد الضرورى إلا فى نطاق المسئولية العقدية . أما فى نطاق المسئولية التقصيرية ، فإن السؤال لا يعرض أصلاً ، لأنه قبل الحكم لم يكن هناك حق موجود حتى يمكن أن يتحول بواسطة الحكم الى حق آخر(١١٠) . ومن الواضح أنه لا يمكن إلحاق نظرية ديجى بنظرية القضاء كما يذهب إلى ذلك البعض . أما نظرية ديموج عن خلق الحق على مراحل متتابعة : الخطأ، ثم الضرر ، ثم رفع الدعوى ، فلا تتفق هى الأخرى مع نظرية القضاء . فحسب نظرية ديموج فإن الحق لا يوجد إلا عند اكتمال العناصر المتتالية . ويكون ذلك يوم صدور الحكم (١١١). والواقع أن هذه الفكرة

---

(١٠٩) جيز ، المبادئ العامة للقانون الإدارى ، طبعة ٢ ، ص ٤٨ . انظر فى نقد هذه النظرية ، ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٤٨٧ .

(١١٠) راجع ما سبق ، فقرة ٢٦٠ .

(١١١) ديموج ، موسوعة الالتزامات ، باريس ١٩٢٤ ، جـ ٤ ، ص ٢٤٤ ، و ص ٢٤٦ .

الغامضة عن نشأة الحق على مراحل لا يمكن تقريبها من فكرة نشأة الحق بواسطة التجديد أو بواسطة التحول . ولذلك فمن الأفضل التوقف عن تفسير نظرية القضاء بواسطة أفكار ديموج .

وأخيراً فإن نظرية جوليو دى لامور أنديير ، التى تفرق بين انشاء الحق وبين سيولته ، لا تتفق هى الأخرى مع نظرية القضاء . لأنه بحسب نظرية الأستاذ فلا يوجد إلا التزام واحد ناشئ عن العمل غير المشروع . أما الحكم فهو لا يحقق لهذا الالتزام إلا السيولة والقوة التنفيذية دون أن يخلق منه التزاماً جديداً . وهذه الفكرة يمكن الحاقها بالنظريات الفقهية التقليدية (١١٢) .

وباختصار فإن كل نظرية لا تعترف إلا بالتزام واحد ، سواء نشأ هذا الالتزام عن العمل غير المشروع ، أو رفع الدعوى ، أو صدور الحكم أو باجتماع هذه العناصر معاً ، لا يمكن أن تشرح نظرية القضاء . وبعض هذه النظريات قد وضعت بقصد شرح نظرية القضاء . والبعض الآخر وضعت بقصد رفض نظرية القضاء . ولذلك فهى نظريات متعارضة بعضها مع البضع الآخر فى كثير من الأحيان ، **ولكنها تتفق فى فكرة واحدة هى رفض فكرة التجديد الضرورى التى تقوم عليها نظرية محكمة النقض الفرنسية .**

٢٦٧ - آثار الالتزامين المتعاقبين :

الحق فى اصلاح الضرر ينشأ من وقت حدوث الضرر . ومن هذا الوقت يبدأ تقادمه ، ويصبح قابلاً للحوالة(١١٣). وفى نفس اليوم يبدأ حق المضرور فى اتخاذ الاجراءات التحفظية على ذمة مدينه ، مثل

---

(١١٢) جوليو دى لامور أنديير ، التطور الحديث فى نظرية الالتزامات ، دروس للدكتوراه ، ١٩٤٤ - ١٩٤٥ ، ص ١٦٧ وما بعدها .

(١١٣) نقض مدنى ، ١٦ يوليو ١٩٤٧ ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٧ ، ٢ ، ١٩٤٧ ، تعليق جان مازو ؛ نقض جنائى ٩ ديسمبر ١٩٣٧ ، سيرى ، ١٩٤٢ ، ١ ، ٤١ ، تعليق رو .

اخطار المؤمن عليه بالحادث « لتفادى سقوط حق مدينه مرتكب الحادث»(١١٤) وكذلك فإن« الحق المباشر للمضرور فى مواجهة المؤمن ، والذى ينشأ عن القانون مباشرة ، يوجد من يوم وقوع الحادث» (١١٥).

وكذلك فإن المضرور يستطيع التمسك بحقه فى حالة المصادرة العامة لأموال المسئول ، إذا حدث الضرر قبل المصادرة (١١٦).

وبالعكس فإن الالتزام بدفع مبلغ التعويض لا ينشأ إلا بواسطة الحكم . واعتباراً من تاريخ الحكم يبدأ استحقاق الفوائد القانونية(١١٧).

وقد سبق أن ذكرنا أنه لا يحتج بالصلح فى حالة الافلاس ، فى مواجهة من صدر له حكم بالتعويض إذا صدر هذا الحكم بعد الصلح .

وأخيراً فإن التعويض اللازم لاصلاح الضرر ، يجب تقديره بحسب قيمة الضرر وقت صدور الحكم (١١٨).

وهناك ملاحظة هامة جداً جديرة بالذكر ، وهى أن آثار الالتزامين المتعاقبين على النحو الذى قرره القضاء ، لم تكن نتيجة ضرورية لفكرة التجديد . فهذه الفكرة لا تمنع فى الواقع أن تكون آثار الالتزام الثانى قد بدأت مع الالتزام الأول ، أو أن تستمر آثار الالتزام الأول مع

---

(١١٤) عرائض ، ٣٠ نوفمبر ١٩٢٦ ، داللوز العملى ، ١٩٢٨ ، ١ ، ٤٩ ، تعليق چوسران .

(١١٥) نقض مدنى ١٥ يونيو ١٩٤١ ، جيرس كلاسير ، ١٩٣٢ ، ١ ، ١٦٩ ، تعليق إسمان .

(١١٦) محكمة بوردو المدنية ، ٢١ مايو ١٩٤٧ ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٧ ، ٢ ، ٣٩٠١ ، تعليق چان مازو .

(١١٧) عرائض ٢٩ اكتوبر ١٩٣٠ ، داللوز ١٩٣٠ ، ١ ، ١٤٨ ؛ راجع تعليق هنرى وليون مازو ، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٤٣ ، ص١١١ والأحكام الأخرى المشار اليها فى رسالتنا للدكتوراه ، الالتزام القضائى ، ١٩٦٤ ، ص ١٢١ .

(١١٨) نقض عرائض ، ٢٤ مارس ١٩٤٢ سيرى ، ١٩٤٢ ، ١ ، ١٣٥ ؛ ليون مازو . تطور الضرر وارتفاع الأسعار أثناء نظر الدعوى ، جيرس كلاسير ، ١٩٤٢ ، ١ ، ٢٧٥ .

الالتزام الثانى . فالقضاء ، يعتد باعتبارات أخرى غير تلك التى تفرضها فكرة معينة من أفكار الصياغة القانونية .

ومن المهم أيضًا أن نذكر أن القول بوجود التزامين متعاقبين ، قد تم استخلاصه من التعبيرات الصريحة لأحكام القضاء . وهكذا فإن الأحكام المتعلقة بعدم الاحتجاج بالصلح فى حالة الافلاس تؤكد ميلاد حق من تاريخ العمل غير المشروع ، وميلاد حق آخر من تاريخ الحكم . فالواقع أن القضاء يصدر عن اقتناع واضح بالدور التجديدى للحكم .

والخلاصة هى أنه بحسب قضاء محكمة النقض الفرنسية ،فإن الحكم بالتعويض فى نطاق المسئولية التقصيرية ، هو حكم مجدد ومنشئ ومصدر للالتزام .

٢٦٨- مناقشة عامة للفصل الأول : تأثير الخصومة على الحق .

رأينا فى دراستنا السابقة أن التجديد الضرورى ، سواء فى القانون الرومانى أو القانون الحديث ، يحدث دائماً بمناسبة المنازعة فى حق قائم من قبل . وسواء حدث التجديد بمجرد عدم التنفيذ ، أو الاعذار ، أو المطالبة القضائية ، أو الخصومة ، أو الحكم ، وسواء حدث التجديد مرة واحدة أو مرتين متتابعتين ، فتوجد دائمًا الفكرة فى أن المنازعة فى الحق تكلفه حياته . وتوجد أيضًا الفكرة فى أن حماية الحق تضع حداً لحياته . وهذا لا يؤدى الى أى إضرار بمصالح صاحب الحق المنقضى ، لأن نفس الواقعة (المنازعة أو الحماية) تنشئ لمصلحة حقاً جديداً .

وهذه الخلاصة تقوى بطريقة هائلة الحجج التى تستند اليها فكرة التجديد الضرورى فى حالة تعديل العقد بواسطة القاضى . لأنه إذا كانت الحماية القضائية تؤدى الى انقضاء الحق موضوع الحماية ، فإن التعديل القضائى للحق سيؤدى من باب أولى الى نفس النتيجة . وهكذا نجد الأستاذ ليون مازو وبالرغم من رفضه الأثر المنشئ للحكم الذى يحكم بما فى العقد ، فإن رأيه يختلف فى حالة ما إذا كان الحكم يمنح نظرة ميسرة للمدين(١١٩) .

---

(١١٩) ليون مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة للحقوق

ومع ذلك فنحن لا نبحث بأى ثمن عن حجج تؤيد فكرة التجديد الضرورى فى حالة تعديل العقد . وكأى وسيلة من وسائل الصياغة ، فإن فكرة التجديد الضرورى يجب أن تبقى فى حدودها المعقولة . فلا نقبل القول بفكرة التجديد ما لم يكن حلول التزام محل التزام آخر أمراً واضحاً لا يقبل الشك . ولذلك فنحن نعارض النظريات الرومانية والحديثة عن التجديد الضرورى . وفى تقديرنا انه لا المنازعة فى الحق . ولا حمايته تؤديان الى المساس بوجوده ، لأن فكرة الحق تفترض امكانية منازعته ، وروبنسون وهو وحيد فى جزيرته لم تكن له حقوق . وبالمثل فإن الحق لا يمكن تصوره بدون إمكان حمايته . فلا يوجد حق بدون دعوى . ولا يوجد استئثار قانونى كما يقول الفيلسوف كانت بدون قوة سياسية . وهكذا إذا كان وجود الحق غير متصور إلا بإمكانية المنازعة فيه ، وإلا بضرورة حمايته ، فكيف تنتهى حياته بسبب هاتين الواقعتين ذاتهما ؟ . يبدو لنا هذا غير منطقى على الاطلاق .

وإذا اقتصر حديثنا على الالتزام ، وهو وحده موضوع دراستنا ، فإننا يمكن أن نعبر عن فكرتنا بعبارات أخرى . **الجزاء لا يضع نهاية للالتزام ، لأنه هو ذاته عنصر من عناصر الالتزام** . ولتوضيح ذلك نقول أن كل التزام يتحلل الى عنصرين : **الواجب أو المديونية ، والمسئولية أو الجزاء** .

وهذا التحليل للالتزام لم يستقبل فى فرنسا استقبالاً حسناً . فالأستاذ ديموج يقارنه بشئ من السخرية بتحليل الذره(١٢٠) ، والأستاذ مارتى ورينو ينكران أهميته فى القانون الفرنسى(١٢١) . وعلى العكس فإن الفقه المصرى يبدو مؤيداً لهذا التحليل بصفة عامة (١٢٢) . وفى

- المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(١٢٠) مقدمة رسالة بوبا ، فكرة الواجب والمسئولية وتطبيقها فى القانون الفرنسى . باريس ١٩٣٥ ، ص ٩ .

(١٢١) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ٢ ، ص ٨

(١٢٢) أنظر المراجع المشار اليها فى رسالة اسماعيل غانم عن الذمة المالية فى -

تقديرنا أن هذا التحليل صحيح ومفيد للغاية . وهو يشرح بعمق فكرة الالتزام ويمكن تطبيقه على مختلف النظم القانونية . فهذا التحليل لا ينتمى الى نظام قانونى معين ، ولكن ينتمى الى فكرة الالتزام ذاتها ، فى أكثر معانيها تطوراً واكتمالاً .

وإذا كان الرومان لم يعرفوا هذا التحليل ، فإنهم كانوا مع ذلك يستخدمون اصطلاحى « الواجب والالتزام » بمعنى واحد ، كما يقول الأستاذ كورنيل فى دراسته المتعمقة لهذا الموضوع (١٢٣) . وفى بداية تطور القانون الرومانى ، فإن كلمة التزام لم تكن تشمل العنصرين معاً . ومع ظهور عقد الاشتراط أصبح اصطلاح الالتزام يشمل العنصرين معاً .

وبطبيعة الحال فإن هذا التطور لم يحدث استجابة الى نوع معين من أنواع الصياغة القانونية . فالتطور الطويل البطئ حدث بغير خطة وبغير برنامج . ومثل هذه الخطة أمر غير متصور . فكيف يمكن التخطيط للوصول الى فكرة غير معروفة من قبل ؟

وباختصار فإنه قبل ظهور عنصرىّ الالتزام ، لم يكن فى إمكان الفقهاء التعرف عليهما . وبعد ظهورهما أصبح الفقهاء يخلطون بينهما. ولهذا فإن فقهاء من أمثال دى فيشر ، وجيرار ، وجيفار ، ومابيه ، يرفضون تطبيق هذا التحليل على القانون الرومانى(١٢٤) .

-القانون المصرى والفرنسى ، رسالة ، باريس ١٩٥١ ، القاهرة ١٩٥٧ ، فقرة ١٤ ، ص ٢٣ ، هامش ٢ ؛ عبد العزيز حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، جـ ١ ، القاهرة ، ١٩٦٢ ، فقرة ٤٠ ، ص ٩٦ ؛ اسماعيل غانم ، لحكام الالتزام ، القاهرة، ١٩٥٦ ، فقرة ٨ ، ص ١٦ .

(١٢٣) كورنيل ، الواجب والالتزام ، دراسة حول نشأة فكرة الالتزام فى القانون الرومانى ، الدراسات المهداة الى جيرار ، ١٩١٢ ، ص ٢٠٤ و ٢٠٦ .

(١٢٤) دى فيشر ، مشار اليه فى رسالة مابيه ، نظرية الواجب والالتزام فى القانون الرومانى ، إكس أن بروفانس ، ١٩٤٤ ، ص ١٩٣ ، هامش ١ ؛ جيرار ، الوجيز فى القانون الرومانى ، طبعة ٨ ، باريس ١٩٢٩ ، ص ٤١٩ ، هامش ١ ؛ جيفار ، موجز القانون الرومانى ، جـ ٢ ، طبعة ٣ ، ١٩٥١ ، ص ٣ ؛ مابيه ، الرسالة -

ومع ذلك فيبدو لنا من الممكن تطبيق هذا التحليل على القانون الرومانى ، مع ملاحظة أن التطبيق سيكون فى هذه الحالة تفسيراً للقانون الرومانى بوسيلة من وسائل الصياغة الغريبة عنه . وفى هذا المعنى فقط يمكن أن نقبل دراسة الأستاذ كورنيل السابق الاشارة اليها(١٢٥) .

ولكن ما هو المقصود بتحليل الالتزام الى عنصرين : المديونية ، والمسئولية ؟ إذا رجعنا الى دراسة الأستاذ بوبا السابق ذكرها ، وجدنا اختلافات كثيرة بين أنصار هذه الفكرة سواء فى المبدأ ذاته أو التفصيلات ، مما دعا البعض مثل الأستاذ فيرا الى رفض هذا الكم الهائل من عدم الوضوح والتحديد(١٢٦) . **ومع ذلك فبدون الارتباط بفقيه معين** ، فإن يمكن أن نعطى لهذه الوسيلة من وسائل التحليل والصياغة المعنى الآتى : عنصر المديونية أو الواجب ، يعنى واجب المدين بأن يقوم بأداء معين ،وعنصر المسئولية يعنى سلطة الدائن فى الحصول على هذا التنفيذ سواء كان عينياً أم بمقابل .

ومن الممكن أن يوجد أحد عنصرى الالتزام دون الآخر . ولكن حتى يكون الالتزام كاملاً فيجب أن يكون العنصران موجودين ومنصهرين معاً . وهذا الشكل العادى للالتزام هو الذى يعنينا هنا .

وهكذا فإن المسئولية عنصر من عناصر الالتزام . وهذا قول هام نريد أن نستخلص منه النتائج الآتية :

ينبغى أولاً إعلان وحدة مبدأ المسئولية ، كنتيجة لوحدة مبدأ الالتزام بالرغم من تعدد مصادره .

ومن ناحية أخرى يجب اعلان تعدد مصادر المسئولية ، بقدر تعدد

- السابقة ، الصفحات ٥٧ ، ٥٨ ، ١٢٥ ، ١٦٥ ، ١٩٤ ، ٢١٧ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

(١٢٥) لم يوضح الأستاذ كورنيل ما إنا كانت وسيلة الصياغة التى يستخدمها فى شرح القانون الرومانى ، مأخوذة منه ، أم غريبة عليه وهذا ما أدى الى كثير من الخلافات حول هذه الدراسة .

(١٢٦) رسالة بوبا ، المرجع السابق ، ٢٦٨

مصادر الالتزام . وبهذا نتخلص من المشكلة التى لا معنى لها لمعرفة ما هى مسئولية القانون العام لنخضع لها المنازعات المتعلقة بالالتزامات الأخرى غير العقدية وغير التقصيرية . فكل فعل منشئ للالتزام ، ينشئ فى نفس الوقت الدين ، والمسئولية التى تتعلق به . فالعمل غير المشروع مثلاً ينشئ الدين باصلاح الضرر والمسئولية فى اقتضاء هذا الاصلاح . ونفس الشئ يصدق على المصادر الأخرى للالتزامات .

ويجب أيضاً ملاحظة أن المسئولية تولد فى نفس الوقت الذى يولد فيه الدين ، ومع ذلك فإن المسئولية لا تبدأ فى العمل إلا من الوقت الذى لا ينفذ فيه المدين الدين باختياره ، مع استثناء الإجراءات التحفظية المسموح بها ، قبل أن يكون المدين متأخراً فى أداء واجبه .

وأخيراً فإن المسئولية ليست مصدراً لالتزام جديد ، لأنها بحسب تعريفها عنصر من عناصر الالتزام القائم ، وتقتصر وظيفتها على ضمان التحقيق الكامل لهذا الالتزام . وهكذا فإن المنازعة فى العنصر الأول للالتزام وهو الواجب أو الدين ، لا يؤدى الى انقضاء الالتزام فى مجموعه ، ولكنها تؤدى فقط الى تحريك العنصر الثانى فيه وهو المسئولية . وبالمثل فإن الحماية التى يحققها هذا العنصر الثانى لا تضع نهاية لحياة الالتزام ، بل على العكس فإنها تؤكد وجوده فى مواجهة العقبات . فلا المنازعة ولا الحماية من شأنهما أن يؤديا الى انقضاء الالتزام . فمادام التصرف يرجع الى أحد عنصرىّ الالتزام فإنه لا يؤدى الى انقضائه . ويوجد مجال لانقضاء الالتزام فقط فى الحالات التى نخرج فيها عن نطاق الالتزام ، ونتجه الى تعديله أو تغييره . وهذا هو موضوع الفصل الثانى .

٢٦٩ - خاتمة :

غنى عن الذكر أن انتقادنا للنظريات الرومانية ، والنظريات الحديثة الفقهية والقضائية ، لا يقصد به انكار الحقائق التاريخية ، أوحقائق القانون الوضعى الحديث . فالتجديد الضرورى تم تصوره فى كل مراحل النزاع : عدم التنفيذ ، الاعذار ، المطالبة القضائية ، الخصومة .

والحكم . ومع ذلك فإن القول بالتجديد فى كل هذه المراحل يبدو لنا منتقداً . وعلى العكس **فإن فكرة التجديد تبدو لنا معقولة ، بل لا غنى عنها أبداً ، عندما يقوم الحكم بتعديل الالتزام العقدى ، متخطياً بذلك عناصره .**

الفصل الثانى

الحكم مصدر للالتزام

منطوق نظرية الالتزام القضائى هو الآتى : عندما يقوم الحكم بتعديل التزام عقدى فإنه يؤدى الى انقضائه ، وانشاء التزام جديد يحل محله . ويكون الحكم فى هذه الحالة مجدداً ومنشئاً ومصدراً للالتزام . وسندرس فى مطلب أول التعديل المنشئ للالتزام القضائى ، وندرس فى مطلب ثان فكرة الحكم المنشئ للالتزام .

المطلب الأول

التعديل المنشئ للالتزام القضائى

٢٧٠ - العقد : فكرة وقرينة :

العقد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية . فالقوة الملزمة للعقد تقوم على أساس قرينة بسيطة هى افتراض مطابقة العقد للعدل . والعدل هنا عدل مصنوع ومصطنع يفترض أنه مطابق للعدل فى ذاته . فما معنى ذلك ؟

فى نطاق وسائل الصياغة القانونية ، فإن القرينة تلعب دوراً فى الاثبات ، ولكنها تلعب كذلك دوراً هاماً فى صياغة القواعد القانونية الموضوعية ، ويكون ذلك إما عن طريق الدخول فى مضمون القاعدة بإحلال فكرة محل أخرى ، وبصفة خاصة احلال الكم محل الكيف ، كإحلال سن الرشد محل فكرة اكتمال الادراك ، أو عن طريق تبرير وجود القاعدة كما هو الشأن فى تبرير وجود قاعدة القوة الملزمة للعقد(١).

وقد أبرز الأستاذان جنى ودابان الدورين المختلفين للقرينة فى الاثبات وفى صياغة القواعد القانونية . فالأول يتحدث عن القرينة

---

(١) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ١١٦ وما بعدها .

بالمعنى الواسع والقرينة بالمعنى الضيق [٢] . أما الثانى فهو أكثر تحديداً إذ يفرق بين القرينة كوسيلة اثبات ، والقرينة كفكرة قانونية[٣].

والقرينة كفكرة قانونية أو كوسيلة من وسائل صياغة القواعد القانونية الموضوعية ، توجد فى العديد من القواعد القانونية ، ومنها قاعدة العقد . فقرينة العدالة تضع مبررات هذه القاعدة . لأنه من المعقول أن أحداً لا يتلقى الظلم بإرادته ، وأن كل شخص أقدر من غيره على حماية مصالحه الخاصة طبقاً للعقل والعدل . فمن المفترض إذن أن العقد يعبر عن العدل ، وأن من قال عقداً فقد قال عدلاً . ومن هنا وجدت قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين . ففكرة العقد تقوم إذن على قرينة معينة . فالأمر يتعلق إذن بقرينة تؤدى الى فكرة قانونية ، أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية أو الى انشاء قاعدة قانونية . وفى هذا المعنى تتلاقى تأكيدات فقهاء مثل جونو [٤] ، ومورى [٥] ، وفالين[٦] ، وغيرهم .

ولكن بحسب تعريفها فإن القرينة تعبر عن الحقيقة فى معظم الأحيان ، ولكنها تخالف الحقيقة فى بعض الأحيان الاستثنائية . ويجب التغاضى عن هذه الحالات الاستثنائية ، حتى يكون فى الامكان وضع قواعد عامة للقانون . وفى هذه الحالات الاستثنائية فإن القرينة تميل الى أن « تصبح حيلة قانونية » [٧].

والواقع أن كل قرينة قانونية تنطوى على امكانية الحيلة فى بعض

---

(٢) ترسسوا جنى ، العلم والصياغة ، جـ ٣ ، ص ٢٣٤ وما بعدها ، وص ٢٦٤

(٣) جان دابان ، وسائل صياغة القانون الوضعى ، باريس ، ١٩٣٥ ، ص ٢٣٥ وما بعدها .

(٤) جونو ، مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الخاص ، رسالة ، ديجون ، ١٩١٢ ، ص ٣٨٧ .

(٥) مورى ، دراسة حول فكرة المعادل فى القانون المدنى الفرنسى ، رسالة ، تولوز ، جـ ١ ، ١٩٢٠ ، ص ١٦١ ، ص ١٧٧ .

(٦) فالين ، الفردية والقانون ، طبعة ٢ ، ١٩٤٩ ، ص ١٧٧ .

(٧) دابان ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤

الأحيان ، وهذه هى ضريبة التعميم اللازمة لصياغة القواعد القانونية العامة .

ومع ذلك فيبدو من اللازم أن نفرق بين **الحيلة القابلة للتعرف عليها ، وبين الحيلة التى لا يمكن التعرف عليها** . وفى هذه الحالة الأخيرة سيكون من المستحيل التحقق من اختفاء الحقيقة . وعلى العكس فإنه فى الحالة الأولى سيكون من السهل التحقق من اختفائها .

فمن السهل على سبيل المثال القول أنه فى حالة الغبن الجسيم الناشئ عن ظروف خاصة كالاستغلال أو الظروف الطارئة ، أن العقد أصبح مخالفًا للعدالة . وفى الحالات التى يمكن فيها التعرف على الحيلة فإنه يمكن مهاجمتها دون تحطيم القاعدة ذاتها ، إلا فى حدود الحالات المذكورة .

وعدمُ إدراك الأستاذ جونو لهذه التفرقة ، أدى به الى عدم ٱلوضوح الذى يعترف هو به ، فى رسالته الهامة عن مبدأ سلطان الارادة ، السابق الاشارة اليها (٨).

وباختصار فإن العقد يقوم على قرينة مطابقته للعدالة ، وهى قرينة يمكن أن تصبح حيلة فى بعض الحالات . فإذا أصبحت هذه الحيلة واضحة يمكن التعرف عليها فإنه يمكن فى هذه الحالة مهاجمتها بما يؤدى الى تحطيم فكرة العقد فى حدود الحالات المذكورة فقط . وهكذا فإن التحـ ـك ضد العقد يصبح تحركًا ضد حيلة مصطنعة للعدل . فقرينة العدل تبرر مبدأ العقد ، واكتشاف الحيلة يبرر تحطيمه فى حالات استثنائية .

---

(٨) الرسالة السابق ذكرها ، ص ٤٥٢ . وتقوم كل رسالة جونو على فكرة انه « فى مجال العقد ، لا يوجد سوى مبدأ مطلق واحد هو العدل » (ص ٣٨٧) . ومع ذلك فهو أحيانا يستخلص من هذا المبدأ نتائجه المنطقية ويسمح للقاضى باخضاع العقد لمبادئ العدل التبادلى ، (ص ٢١٠ - ٢١١) ، وفى أحيان اخرى يرفض اعطائه هذه السلطة .

وتنبغى ملاحظة أنه فى الحالات التى تتعلق بموضوع دراستنا ، وهى حالات تعديل القاضى للعقد ، فإننا لانكون بصدد تعبير مألوف فى العلاقة بين القانون والعقد . فما هى هذه العلاقة ؟

٢٧١ - القانون والعقد : تدرجهما :

نحن نواجه هذه العلاقة بين القانون والعقد من زاوية مبدأ السببية أو مبدأ السبب المنشئ (٩) . وطبقًا لهذا المبدأ ، فإن كل سبب منشئ يعتمد على سبب آخر أعلى منه . فيوجد دائماً تدرج للأسباب . فإذا كان العقد هو المصدر المباشر للعقد ، فإن القانون هو مصدره غير المباشر. وفى مجتمع سياسى ، فإن العقد يستمد قوته من التشريع أو من مصادر القانون الوضعى بصفة عامة . ولكن اعتماد العقد على القانون بهذا المعنى ، لا يؤثر فى طبيعته المنشئة للالتزام ، لأن فكرة التدرج من صميم مبدأ السببية ذاته .

وبهذا فنحن نستبعد كل وجهات النظر الأخرى عن العلاقة بين العقد والقانون .

فنحن نستبعد رأى بعض الكتاب التقليديين ، الذى يقول بأن « الالتزام العقدى يوجد مستقلاً عن القانون الذى يتدخل فقط بعد نشأة الالتزام العقدى ليمنحه القوة ويضمن تنفيذه » (١٠).

ونحن نرفض أيضًا الرأى العكسى الذى يذهب الى أن القانون هو المصدر الوحيد للالتزام العقدى . فالعقد لا يعدو أن يكون واقعة مادية ، أو تصرف شرطى ، أو تصرف آلى ، يرتب عليه القانون نشأة الالتزام(١١) .

---

(٩) راجع فى شرح مبدأ السببية ، كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ٧٦ ، ص ٢٣٤ وما بعدها .

(١٠) توليبه ، مشار اليه فى لامور لندبير ، التطور الحديث لقانون الالتزامات ، السابق الاشارة اليه ، ص ١٢٨ .

(١١) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، للرجع السابق ، جـ ١ ، الصفحات ٢٥١ ، ٢٥٣ ، ٣٣٩ ، ٣٤٨ .

ونرفض كذلك الرأى الذى يذهب الى أن العلاقة بين العقد والقانون هى علاقة تعاون(١٢) . فهذه الفكرة تعبر عن المساواة وليس التدرج .

ومن ناحية أخرى ، فإن فكرة التدرج التى نقصدها هنا تختلف عن نظرية كلسن فى تدرج القواعد القانونية . فهذا الفقيه يعتبر ابرام العقد ممارسة لوظيفة تشريعية . ويعتبر العقد جزءاً من القانون الوضعى الذى ينتظم فى وحدة هرمية واحدة تشمل قواعد القانون كالتشريع ، وتطبيقات القانون كالعقود . وتعرف هذه النظرية باسم النظرية الأحادية للنظام القانونى . وقد سبق أن أعلنا رفضنا لهذه النظرية وانحيازنا الى النظرية الثنائية ، التى تفرق بين قواعد القانون من ناحية ، وتطبيقات القانون غير المتناهية من ناحية أخرى(١٣) .

وأخيراً فإن من يقول تدرجاً ، ينبغى أن يقول تناسقاً وليس تنازعاً. والواقع أن التنازع غير متصور بين القانون والعقد . فوجود العقد يفترض موافقته للقانون . وهذه الفكرة عن عدم التنازع هى التى تشرح كيف أن تفسير ، وتكملة ، وتكييف ، وتحول ، وانتقاص العقد ، لا يؤثر أى من ذلك فى وجوده . وهذه الفكرة تشرح فى نفس الوقت كيف أن تعديل العقد يؤدى الى وضع حد لحياته .

٢٧٢ - تعديل العقد وتفسيره :

التفسير هو البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين . « هذه هى قاعدة القواعد » كما يقول ديمولومبي (١٤)، أو هى « القاعدة التقليدية غير المشكوك فيها فى الموضوع » ، كما يقول مارتى (١٥).

ومع ذلك فهذه القاعدة لا ينقصها المعارضون مثل الأستاذ سالى

---

(١٢) لوى لوكا ، سلطان الارادة فى القانون الخاص الداخلى والقانون الدولى الخاص ، دراسات مهداة الى كابتان ، ١٩٣٩ ، ص ٤٨٩ .

(١٣) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ٣ وما بعدها .

(١٤) مشار اليه فى رسالة جونو ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

(١٥) مارتى ، دور القاضى فى تفسير العقود ، فى دراسات كابتان ، ١٩٤٩ ، ص ٨٩

الذى يتحدث عن السلطة « التنظيمية » للقاضى تحت اسم التفسير(١٦). ومع ذلك فإن السلطة التى يتحدث عنها سالى ، وإن كانت موجودة فعلاً ، إلا أنه لا علاقة لها بالتفسير . وهكذا فإن ديموج يذهب الى أن القاضى عندما يتخطى ارادة الأطراف، فإنه يقوم « بتطويع العقد » ، وليس تفسيره (١٧).

وكما يقول الدكتور شمس الدين الوكيل فى رسالته للدكتوراه ، فإن « القضاة عندما يقومون بتفسير العقد ، لا ينبغى أن يحلوا محل الارادة الصحيحة للأطراف ، إرادة أخرى هى ارادتهم(١٨) » . وهذا هو الفارق بين التفسير وبين تعديل العقد . وكما يقول الأستاذ كاربونييه ، فإن «التفسير فيه معنى التحية والاحترام للعقد ، بينما التعديل فيه انكار للعقد » (١٩). وفى جميع الأحوال فإنه كما يقول مارتى ورينو لا ينبغى السماح بتعديل العقد « تحت ستار تفسيره (٢٠)» . فإذا فعل القضاة ذلك ، فإن قضاءهم يستحق رقابة محكمة النقض . وفى الواقع فإننا عندما نستبعد ارادة المتعاقدين ، فلا يمكن أن ننسب التنظيم الجديد الى هذه الارادة ذاتها . فالتصرف المضاد للإرادة والمناهض لها، لا يمكن أن ينسب اليها (٢١).

وبعد ايضاح ما سبق ، فإنه ينبغى القول أنه ما بين تكريم الارادة (التفسير) ، وبين انكار الارادة (التعديل) ، فإن القاضى يقوم بعمليات أخرى متوسطة بين هذه وتلك ، ومتميزة كل منها عن الأخرى .

---

(١٦) سالى ، اعلان الإرادة ، ١٩٠١ ، ص ٢١٣ - ٢١٤ .

(١٧) ديموج ، الأفكار الأساسية للقانون الخاص ، ١٩١١ ، ص ٢٩٨ .

(١٨) شمس الدين الوكيل ، دراسة حول صياغة الالتزام العقدى فى القانون المدنى المصرى ، رسالة ، باريس ١٩٥٢ .

(١٩) كاربونييه ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، فقرة ١٤٩ ، ص ٤٩٢ .

(٢٠) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، ص ٢٠١ .

(٢١) هنرى كابتان ، تعليق على حكم باريس ٢١ ديسمبر ١٩١٦ ، داللوز العملى ، ١٩١٧ ، ٢ ، ٣٥ .

٢٧٣ - تعديل العقد وتكملة العقد :

فى حالة غياب الارادة المؤكدة للمتعاقدين ، فلن يكون هناك مجال للتفسير . وهذا يفتح الطريق أمام القاضى لعملية اخرى هى تكملة العقد . وفى هذه الحالة فإن القاضى يطبق القواعد المكملة ، والعادات الجارية ، ويراعى مبادئ العدالة ، وحسن النية (المادتان ١١٣٤ و ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى ، والمادة ١٤٨ من القانون المدنى المصرى) . ولكن يجب أن نلاحظ أن التكملة كما يدل عليها اسمها تتعلق بالتوابع وليس بالمحل الأصلى للالتزام . فالعقد لا ينعقد إلا بتعيين محل الالتزامات الأصلية للمتعاقدين (م ١١٢٩ من التقنين المدنى الفرنسى ، وم ١٣٣ من التقنين المدنى المصرى).

وإذا كانت تكملة العقد لا تعتمد على الارادة المشتركة للمتعاقدين نظراً لغياب هذه الارادة . وإذا كان من غير المقبول الاعتماد على الارادة المفترضة للمتعاقدين نظراً لتعارض مصالحهما (٢٢). **فإن تكملة العقد لا يمكن مع ذلك أن تتجه أبداً ضد العقد** . وفى هذا يوجد الفارق الرئيسى بين تكملة العقد وتعديل العقد . وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية هذا الفارق بقولها « إذا كانت العدالة والعادات الجارية ، ينبغى أخذها فى الاعتبار طبقًا للمادة ١١٣٥ ، فى تفسير العقود وتحديد ملحقاتها ، فإن القاضى لا ينبغى عليه مع ذلك أن يلجأ الى هذا الطريق لاعفاء أحد المتعاقدين من تنفيذ تعهداته الواضحة والمحددة التى رافق عليها » (٢٣).

وفى نفس المعنى يؤكد الأستاذ كابتان أن حسن النية تعنى تنفيذ

---

(٢٢) جونو ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٠٨ - ٢٠٩ ؛ هنرى كابتان ، تعليق ، باريس ، ٢١ ديسمبر ١٩١٦ ، داللوز العملى ، ١٩١٧ ، ٢ ، ٣٤-٣٥ ؛ مارتى ، دور القاضى فى تفسير العقود ، المرجع السابق ، ص ٩٠ ؛ مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، فقرة ٢١٨ ، ص ١٩٩ .

(٢٣) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٤٧ ، جازيت ، ١٩٤٨ ، ١ ، ٣٦ .

العقد وليس التخلص منه (٢٤) . ونتيجة لذلك يقول الأستاذ مارتى « لا يوجد أمل لدى أى متعاقد ، فى تعديل العقد أو تغييره تحت ستار فكرة العدالة أو حسن النية » (٢٥).

ومن ناحية أخرى فإن تكملة العقد ينبغى أن تتم حسب طبيعة العقد ، كما تقرر المادة ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى ، والمادة ١٤٨ من التقنين المدنى المصرى . ومراعاة طبيعة العقد تنبع من التدرج القائم بين العقد والقانون ، والتناسق القائم بينهما . فالقانون يعبر عن هيمنته على العقد . ولكنه لا يتعارض معه ولا ينتقص اطلاقاً من طبيعته المنشئة للالتزام . بل العكس فإن القانون يحمى العقد ويؤكده .

وفيما يتعلق بالدور الشخصى للقاضى فى تكملة العقد ، فإن هذا الدور يبدأ فقط عندما يستوحى القاضى اعتبارات العدالةوحسن النية . ويستطيع القاضى فى هذه الحالة أن يخلق التزاماً جديداً . ولكن نظراً لأن القاضى يراعى فى عمله طبيعة العقد ، فإنّ الالتزام القضائى الفردى الذى خلقه ، لا يكف عن التكرار فى أحكام قضائية أخرى حتى يصبح فى آخر الأمر التزاماً مصدره القضاء باعتباره أحد مصادر القانون ، وليس مصدره فقط الحكم . والتزام الناقل بالسلامة فى عقد النقل هو أبرز مثل على ذلك . واصطلاح الالتزام القضائى jurisprudentielle تم صكه لأول مرة بواسطة جوسران(٢٦) ، ومن وقتها أصبح الجميع يردده (٢٧).

وبهذا تتضح التفرقة بين الالتزام القضائى judiciaire الصادر عن

---

(٢٤) هنرى كابتان ، تعليق ، باريس ٢١ ديسمبر ١٠١٦ ، داللوز العملى ، ١٩١٧ ، ٢ ، ٣٤ .

(٢٥) مارتى ، دور القاضى ، المرجع السابق ، ص ٩١ .

(٢٦) جوسران ، العقد الموجه ، داللوز الأسبوعى ، ١٩٣٣ ، ٩٠ : التطور الحديث لفكرة العقد ، دراسات مهداة إلى جنى ، جـ ٢ ، ١٩٣٥ ، ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

(٢٧) راجع المراجع العديدة المشار اليها فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٣٣ ، هامش ٢٩ .

الحكم ، والالتزام القضائى jurisprudentielle الناشئ عن القضاء . فبينما ينشأ الأول عن الحكم الفردى ، فإن الثانى ينشأ عن القضاء باعتباره أحد مصادر القانون . والواقع أن الالتزام القضائى الناشئ عن القضاء هو التزام قانونى يمكن مقارنته بالالتزام الناشئ مباشرة عن التشريع .

والخلاصة أن تكملة العقد يمكن أن تؤدى الى نشأة التزام جديد . وهذا الالتزام قد يكون قضائيًا بمعنى أنه ناشئ عن حكم فردى أو قضائيًا بمعنى أنه ناشئ عن القضاء ، حسب الأحوال . ولكن هذا الالتزام لا يحل محل الالتزامات العقدية ، ولكنه يضاف اليها بصفة تبعية .

٢٧٤ - تعديل العقد وانقاصه :

يرد انقاص العقد على عقد باطل بطلاناً جزئياً . فالعقد مركب من أجزاء أو شروط متعددة ، بعضها باطل . وبالعكس فإن تعديل العقد يرد على عقد صحيح ولكنه ظالم . وبينما يعتبر انقاص العقد استثناء على مبدأ عدم تجزئة العقد ، فإن التعديل هو استثناء على مبدأ عدم الاخلال بالعقد . **والأهم من ذلك أن الانتقاص يعتمد على الارادة الحقيقية للمتعاقدين ، بينما التعديل موجه بصراحة ضد هذه الإرادة** . فالقاضى لا يستطيع الحكم بالبطلان الجزئى دون مراعاة ارادة المتعاقدين . فالأمر يتعلق كما يقول سالى « بالاستجابة بطريقة صحيحة لقصد الأطراف » (٢٨) . ويتعلق الأمر هنا بمراعاة الارادة الحقيقية للمتعاقدين . وهكذا إذا كان الشرط الباطل أو القابل للابطال يمثل عنصراً هاماً فى العقد ، فإن بطلان هذا الشرط يؤدى الى بطلان العقد فى مجموعه . « فالاقتصاد الداخلى للعقد لا يمكن تعديله

---

(٢٨) سالى ، الاعلان عن الإرادة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ . لنظر ايضاً المادة ١٤٣ من القانون المدنى المصرى .

بواسطة القاضى » (٢٩)، فى هذه الحالة الأخيرة . وامكانية انقاص العقد أو ابطاله ابطالاً جزئياً ، تنبع بطريقة طبيعية من اعتماد العقد على القانون وارتكازه عليه . وليس صحيحًا ما يقوله جنى ، من أن الانقاص « يؤدى الى انتهاك المبدأ الجوهرى للقوة الملزمة للعقد فى قواعده الأساسية (٣٠) » ، لأن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون . وبالتالى لا يجوز له أن يخالف القواعد الآمرة أو النظام العام والآداب . وهكذا إذا وجد القاضى أن حذف الجزء الباطل من العقد ، سيجعل الباقى متفقاً مع القانون ، فإنه يبحث بعد ذلك ما إذا كانت ارادة الأطراف ترضى بهذا الحذف أم لا . فمصير العقد يتوقف على القانون وعلى ارادة الأطراف . ومن غير الصحيح أيضاً ما يقوله مالورى من أن تجزئة العقد تتوقف على ارادة المتعاقدين فقط (٣١). لأن من المتصور أن يكون مجرد استبعاد الجزء الباطل غير موافق للقانون . وفى هذه الحالة فإن العقد يبطل فى مجموعه (٣٢).

وبالمثل فإن القانون لا يفرض انقاصًا للعقد على خلاف إرادة المتعاقدين (٣٣).

ومع ذلك فينبغى التحذير من عدم الافراط فى التفاؤل . لأنه من ناحية فإن البحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين خارج ارادتهما المعلنة ليس بالأمر السهل . ومن ناحية أخرى فإن القاضى قد لا يهتم كثيراً

---

(٢٩) فيليب مالورى ، العقود المخالفة للنظام العام ، رسالة ، باريس ، ١٩٥١ ، ص ٢٥١ .

(٣٠)جنى ، الصحة القانونية ، لشرط الدفع بالذهب ، فى العقود بين الأفراد ، فى وقت القوة الملزمة للأوراق النقدية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٢٦ ، ص ٦٣ ؛ أضف اسمان ، مناقشة لمشكلة تدخل الدولة فى العقود ، دراسات جمعية كابتان ، جـ ١ ، ١٩٤٥ ، ص ١٢٧ .

(٣١) مالورى ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٥١ .

(٣٢) سالى ، الاعلان عن الإرادة ، المرجع السابق ، ص ٣١٣ .

(٣٣) قارن ، سافتييه ، التطورات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدنى ، طبعة ٢ ، ١٩٥٢ ، ص ٦٩ .

بالقيام بهذا البحث . وفى هذه الحالة فإن الانقاص يتجه نحو التعديل ، وتصبح الاحتجاجات الصادرة عن فرانسوا جنى وغيره فى محلها .

وفيما يتعلق ببطلان شرط الذهب ، فإن الاتجاه الغالب فى الفقه الفرنسى يذهب الى الربط بين مصير الشرط الباطل ومصير العقد فى مجموعه (٣٤).

ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان البطلان نتيجة لتطبيق قانون جديد على عقد قديم ، فلن يكون هناك مجال للبحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين (٣٥).

باختصار ، فإن التفرقة النظرية على الأقل بين انقاص العقد وتعديل العقد ، تعتمد على الدور الذى تقوم به ارادة المتعاقدين فى حالة الانقاص ، وغياب هذا الدور فى حالة التعديل .

٢٧٥ - التعديل والتكييف وتحول العقد :

مشكلة التكييف تعرض بمناسبة كل المسائل القانونية ، العقدية وغير العقدية . بل انها تعرض بالنسبة لكل المسائل العلمية الخاضعة لنظرية المعرفة . ولهذا فإنه يبدو لنا أن اعطاء القاضى سلطة تكييف العقد ووصفه الوصف الصحيح ، حتى ضد الارادة الصريحة للمتعاقدين ، وخضوع عمل القاضى لرقابة محكمة النقض إنما ينبع من المبدأ الآتى : كل شخص يقوم بعمل أو تصرف أو يطلق فكرة معينة، فإنه لا يحتكر الحق فى تكييف ما صدر عنه ، لأن التكييف عمل علمى مستقل عن ارادة الأفراد . وطبقًا لهذا المبدأ استطاع ديجى أن يصف هوريو « بأنه وضعى رغم أنفه » ، وأن يقول عن نظرية فرانسوا جنى ، بأنها « وضعية خالصة » (٣٦) .

---

(٣٤) هنرى كابتان ، دالوز العملى ، ١٩٢٧ ، ٢ والمراجع المشار اليها .

(٣٥) سندرس فيما بعد العلاقة بين تعديل العقد ، ومبدأ عدم رجعية القانون الجديد .

(٣٦) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ٢٧ وص ٣٧ .

وفى نفس الوقت فإن جنى وصف ديجى بأنه من أنصار القانون الطبيعى(٣٧) . ويمكننا أن نعطى أمثلة أخرى كثيرة بغير توقف . ولكن إذا كنا نعتبر التكييف عملاً علميًا ، فإنه يجب الالتجاء الى جهاز مختص للقيام به . والقانون يعهد للقاضى بالقيام بمهمة تكييف العقود . والقاضى يعطى لإرادة الأفراد اسمها الصحيح حسب قواعد القانون . وهكذا فإن التكييف مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض(٣٨) .

وفى بعض الأحيان فإن التكييف يحمل اسماً خاصاً هو تحول العقد ، وهو ما نصت عليه المادة ١٤٠ من التقنين الألمانى والمادة ١٤٤ من التقنين المصرى . وقد لاحظ الأستاذ سالى أن وضع نص خاص لهذه المسألة ، هو أمر « عديم الفائدة تماما » (٣٩). وفرانسوا جنى يعتبر تحول العقد ، نوعا من تكييفه ، لأنه كما يقول « من الواضح قبل كل شئ ، أن المتعاقدين قصدا على أقل تقدير القيام بشئ ، أى ابرام تصرف صحيح . ولذلك فإن أكثر ما يهم المتعاقدين هو استبعاد التكييفات القانونية التى تؤدى الى اهدار تصرفهما ، والبحث عن تكييف آخر يحل محله ويؤدى الى إعطاء قوة قانونية لمضمون الاتفاق » (٤٠). وباجراء تحول العقد فإن القاضى ينبغى عليه أن يبحث عن ارادة المتعاقدين فى ضوء الباعث الدافع الى التعاقد (٤١).

وباختصار فإن التكييف يتعلق بعلاقة التدرج الطبيعى بين العقد والقانون ، بينما التعديل ينكر بصراحة ارادة المتعاقدين ويضع حدا لحياة العقد .

---

(٣٧) فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٢٥٢ .

(٣٨) مارتى ، التفرقة بين الواقع والقانون ، رسالة ، تولوز ، ١٩٢٩ .

(٣٩) سالى ، الاعلان عن الإرادة ، المرجع السابق ، ص ٣١٤ .

(٤٠) فرانسوا جنى ، باندیکت ، ١٩٠٣ ، ١ ، ١٤٨ .

(٤١) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، ص ١٦٧ - ص ١٧٩ .

٢٧٦ - تعديل العقد ونظرية السبب :

نريد أن نعترض هنا على بعض العبارات التى قيلت بصدد نظرية السبب . فلا نوافق على ما يقوله الأستاذ زكزاز من أن « السبب هو الوسيلة لتطوير العقد أو تعديله »(٤٢) . والواقع أننا لا ندرك حقيقة المقصود بعبارة من هذا القبيل . ولذلك ينبغى أن نسجل ابتداء ان السبب لا يمكن أن يلعب دورا ضد العقد أو ضد الارادة . فالسبب لن يؤدى أبداً الى تطوير العقد الى أن تنتفى عنه صفة العقد ، وإلا فإن السبب لن يصبح هو المقصود بالسبب . وبصفة خاصة فإن السبب لن يبرر أبداً تعديل العقد على خلاف ارادة المتعاقدين . ففى عقود المعاوضة فإن السبب هو المقابل الرضائى ، حسب نظرية الأستاذ موري(٤٣) ، التى حظيت بقبول الفقه السائد(٤٤) .

والواقع أن المقابل فى العقد لا يمكن أن يكون إلا رضائيا . أما أنصار المقابل الموضوعى ، فهم ملكيون أكثر من الملك ، أو بتعبير أفضل ، أرسطيون أكثر من أرسطو . وقد كان أرسطو واضحاً وحاسماً. المساواة فى العقد هى المساواة الرضائية (٤٥).

وفكرة المساواة هى فكرة جوهرية تصلح أساسًا للقانون كله . وللوصول إلى المساواة لا بد من الاستعانة بوسائل صياغة فنية ، من بينها فكرة العقد . وكل البناء الفنى لفكرة العقد يقوم على الارادة . «فمن يقول عقداً يقول اتفاق ارادتين »(٤٦) . وكما يقول موري « من

---

(٤٢) جوزيف زاكزاز ، تطورات العقد ، رسالة ، تولوز ، ١٩٣٩ ، ص ٤١٩ .

(٤٣) موري ، دراسة حول فكرة المقابل فى القانون المدنى الفرنسى ، رسالة سابق ذكرها ، الصفحات ٣٣ ، ١٥٧ ، ١٦١ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ؛ راجع ايضا لنفس المؤلف ، السبب ، انسيكلوبيدى دالوز ، ١٩٥١ ، فقرة ١٣ وما بعدها .

(٤٤) انظر فى تأييد هذه الفكرة ، مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، ص ١٦٧ و ص ١٧٩ .

(٤٥) انظر فى العدل التبادلى والعقد ، كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ٥٢ ص ١٤٣ وما بعدها .

(٤٦) شمس الدين الوكيل ، الالتزام الإرادى ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٦٨ .

المفترض أن الارادة قادرة على تحقيق المقابل فى الالتزام المتفق عليه»(٤٧).

والرجوع الى العقد يقوم على أساس هذه القرينة . فإذا بدا العقد عاجزاً عن تحقيق المساواة ، فإنه يمكن استبداله بوسيلة فنية أخرى . وفى هذه الحالة سينهار العقد كله ، ولن يبقى أى مجال للحديث عن السبب ، لأن السبب ليس له وجود خارج الارادة ، وبصفة خاصة فإن السبب لا يمكن أن يوجه ضد الارادة .

وهكذا فإن نظرية الغياب الجزئى للسبب ، التى أعلنها شارمو(٤٨) ، على غرار لارومبيير ، لا يمكن تصورها إلا بالرجوع الى ارادة أطراف العقد . وبحسب رأى الأستاذ لاموراندبير فإنه يوجد غياب جزئى للسبب فى حالة « نقص أحد العناصر الموضوعية المحددة فى العقد »(٤٩). والفرض الخاص بنقص الشئ المبيع الذى تواجهه المادة ١٦١٧ من التقنين المدنى الفرنسى ، والمادة ٤٣٣ من التقنين المدنى المصرى(٥٠) ، يمكن أن يكون مثالاً لذلك ، فالأمر يتعلق دائماً بالبحث عن المقابل الرضائى .

ومن الواضح أن السبب لا يتأثر بعدم التعادل الموضوعى فى التزامات المتعاقدين(٥١) . وكما يقول الانجليز « فإن حبة من الفلفل هى سبب كاف لالتزام بمائة جنيه »(٥٢) .

---

(٤٧) موري ، فكرة المقابل ، المرجع السابق ، ص ١٦١ .

(٤٨) شارمو ، تعليق على نقض عرائض ، ١٧ يوليو ١٩٠٦ ، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ، ١٩١١ ، ص ٣٣٧ وما بعدها . أضف دى لاجرانج ، تدخل القاضى فى العقد ، رسالة مونبلييه ، ١٩٣٥ ، ص ٥٣ ؛ الحكم موضوع التعليق يعلن صحة الاقرار بالدين ، ولكن فى حدود مبلغ معين . فالأمر متعلق إذن بالاثبات وبالتالى بالإرادة .

(٤٩) لامور أنديير . دروس الدكتوراه السابق ذكرها ، عن تطور قانون الالتزام ص ٢٨٢ وما بعدها .

(٥٠) راجع كتابنا ، عقد البيع ، فقرة ٥٤ ، ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٥١) موران ، التشريع والعقد واضمحلال سلطانهما ، باريس ، ١٩٢٧ ، ص ٦٦

(٥٢) مشار اليه فى دى ناج ، دراسة حول الغبن ، أعمال كابيتان ، ١٩٤٥ ، ص ٢١١

فمن الخطأ إذن الاستعانة بفكرة السبب للوصول الى تعديل العقد المنطوى على غبن تحقيقًا للمساواة الموضوعية . فالسبب لا يبرر تخفيض أتعاب الوكلاء ، والمديرين ، والمحامين... الخ(٥٣) . وكما يقول البعض فإنه من اساءة استعمال نظرية السبب ، أن تستخدم ضد العقد(٥٤). والشرح الوحيد المقبول ، فى هذا الموضوع هو ما يأتى : القضاء بصفته مصدرا من مصادر القانون يعطى للمحاكم سلطة إعادة صنع عقد الوكالة أو إدارة الأعمال ... الخ بأن يحل بدلاً من الالتزام العقدى الذى تبين ظلمه ، التزاما جديداً موافقًا للعدل التبادلى . وكما يقول الأستاذ بيران « إذا كانت بعض المحاكم قد رجعت الى نظرية السبب لتبرير حقها فى تخفيض بعض الالتزامات المبالغ فيها ، فإنها تكون أبعد ما يكون عن الاستلهام الصحيح » (٥٥).

وقد سبق أن رأينا أن الغلط فى القيمة يمكن أن يكون غلطا جوهرياً مؤدياً الى قابلية العقد للابطال(٥٦) . ومع ذلك فإن الفقه التقليدى فى فرنسا كان يعتبر العقد صحيحا لأن الغلط فى القيمة لا يؤدى فى نظره الى غلط جوهرى ، ولا يؤدى الى ابطال العقد . وهذا من سوء حظ المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، فهذا « هو ثمن مبدأ الارادة كما يقول الأستاذ مورى » (٥٧). والأمر يتعلق فى جميع الأحوال

---

(٥٣) راجع فى الموضوع هنرى كابتان ، السبب فى الالتزامات ، طبعة ٣ ، باريس ١٩٢٧ ، ص ٢٠٩ وما بعدها .

(٥٤)موران ، التشريع والعقد ، المرجع السابق ، ص ٦٦ . أضف ، هنرى مازو ، الغبن فى العقود ، أعمال كابتان ، ١٩٤٥ ، ص ١٩٠ - ١٩١ ؛ دى مونتيز ، ملاحظات حول نظرية الغبن فى العقود ، دراسات كابتان ، ص ١٧٥ هامش ١ ؛ مورى ، فكرة للقابل ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ١٦٦ - ص ١٦٧ .

(٥٥) بيران ، دراسة حول قابلية الالتزامات المغالى فيها للتخفيض ، رسالة ، باريس ، ١٩٠٥ ، ص ٣٠٦ . ولكن يلاحظ أن غالبية الأحكام لا ترجع صراحة الى نظرية السبب . راجع كابتان ، السبب فى الالتزامات ، طبعة٣ ، باريس ١٩٢٧ ، ص ٢١١ ، ولهذا فإن القول باستلهام الأحكام لهذه الفكرة لا محل له .

(٥٦) راجع ما سبق ، فقرة ٤٣ .

(٥٧) مورى ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ١٨٠ .

بابطال العقد وليس تعديله . وباختصار فإن السبب فى عقود المعاوضة، هو المقابل الرضائى وليس المقابل الموضوعى . فإذا نحينا جانبًا العدالة الارادية لنحل محلها عدالة موضوعية ، فإننا نكون قد نحينا فى نفس الوقت فكرة السبب ، وفكرة العقد . فمن الناحية الفنية، فإن نظريةالسبب تقتضى المحافظة على العقد المنطوى على غبن وليس تعديله .

٢٧٧ - التعديل الضرورى والتعديل الرضائى :

التعديل المنشئ للالتزام القضائى ، هو التعديل الضرورى الذى يفرضه القاضى على الأطراف بمقتضى تفويض صريح من القانون . فإذا اقتصر القانون على توجيه الدعوة الى المتعاقدين لإجراء تعديل رضائى ، كما تفعل المادة ١٤٦٧ من التقنين المدنى الايطالى التى تأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، فلن يكون الأمر متعلقًا بالتزام قضائى . والتفرقة بين التعديل الضرورى ، والتعديل الرضائى لها أهمية قصوى من ناحية مبدأ السببية أو السبب المنشئ . ولذلك يبدو من المدهش أن نقرأ ما يقول الأستاذ زاكزاز من أنه « ربما يكون من الأفضل بدلاً من التعديل بواسطة القاضى ، أن يتم التعديل بواسطة المتعاقدين أنفسهم، فإذا لم يتم اتفاق المتعاقدين على تعديل مضمون العقد ، فإن القاضى يأمر بفسخ العقد . وفى هذه الحالة فإن ارادة القاضى لا تحل فى أية لحظة محل ارادة المتعاقدين . ومع ذلك فهذه مسألة تفصيلية لا تغير شيئًا فى المشكلة الأساسية للتطور »[٥٨] .

والصحيح أن هذه ليست مسألة تفصيلية ، ولكنها كل المشكلة . وسبب الاندهاش أن المؤلف يدرك أن تعديل العقد بواسطة القاضى يعنى حلول ارادة القاضى محل ارادة المتعاقدين .

والتعديل الرضائى يؤدى الى نوع من الصلح . وهو ككل اتفاق يعتمد على الارادة المتبادلة للأطراف[٥٩] . والتعديل الرضائى يمكن أن

---

(٥٨) زكزاز ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٣٨٠ .

(٥٩) جيفردون ، الاتفاق القضائى ، انسيكلوبيدى داللور ، فقرة ٥

يؤدى الى تجديد حقوق الأطراف . وهو ما يتوقف على ارادتهما . والتجديد سيكون تجديداً رضائيًا ، إذا وجدت نية التجديد . ولكن سواء وجد التجديد أو لم يوجد ، فإن التزامات المتعاقدين لن تغير أبداً طبيعتها التعاقدية . وسواء وجد التجديد أو لم يوجد فإن حكم القاضى الذى سيعلن الاتفاق سيكون حكمًا كاشفاً وغير منشئ ، لأن الحكم سيكون بمثابة اعلان للصلح الذى تم بواسطة الأطراف . وسواء تعلق الحكم باثبات الالتزام القديم الذى نشأ أولا عن العقد ، أو بإثبات الالتزام الجديد الناشئ عن الاتفاق ، فإن الالتزام سيكون فى جميع الأحوال عقدياً ، وسيتعلق الأمر دائماً بالكشف عن التزام عقدى وليس بخلق التزام جديد .

والخلاصة أن التعديل الضرورى والقضائى ، هو وحده الذى يخلق التزاماً قضائياً .

٢٧٨ - التعديل لا يسمح بالفسخ :

بالرغم من تميز فكرتىّ تعديل العقد وفسخه عن بعضهما ، إلا أنه من الممكن تداخلهما معًا فى بعض الحالات بشكل كبير . والسؤال المطروح هو الآتى : هل يعتبر تعديل القاضى للعقد سببًا لطلب فسخ العقد ؟.

ونفس السؤال يعرض أيضًا بمناسبة انقاص العقد فى حالة البطلان الجزئى، وهو هل يؤدى انقاص العقد الى امكان طلب فسخه ؟

وإذا أخذنا برأى الأستاذ كابتان فإن عدم التنفيذ الذى يبرر الفسخ، لا يشترط فيه أن يكون منطويا على خطأ . فإذا كان سبب عدم التنفيذ هو البطلان الجزئى للعقد ، فإن الدائن يحق له طلب فسخ العقد فى مجموعه ، حتى ولو كان يتضمن التزامات أخرى صحيحة تم تنفيذها بالفعل . « فالمادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى تنطبق ، أياً كان سبب عدم التنفيذ ، وأياً كان محل الالتزام الذى لم يتم تنفيذه ، وسواء كان هذا الالتزام مشروعًا أو غير مشروع ، طالما أن عدم التنفيذ يرد

على الالتزام الأصلى فى العقد »(٦٠) . وهكذا فإن انقاص العقد يسمح بطلب فسخه . ويجب القول بذلك إذا أردنا فعلاً أن نرجع الفكرة الفنية للبطلان الجزئى الى ارادة المتعاقدين (٦١).

وعلى العكس فإن التعديل القضائى للعقد لا ينبغى أن يسمح بطلب فسخه . فالدائن لا يحق له أن يطلب فسخ العقد بالرغم مما حدث من تخفيض أو انقاص لحقوقه . وسبب ذلك بسيط . فالقاضى عندما يعدل العقد ، فإنه يحل ارادته محل ارادة الطرفين . ودور هذه الارادة قد انتهى . والتعديل يضع نهاية لحياة العقد . ولن يكون هناك مجال لطلب فسخ عقد قد انقضى من قبل . وهناك علاقة قانونية جديدة ستربط بين المتعاقدين السابقين دون أن تكون لها صلة بارادتهما . والعلاقة الجديدة لا تتوقف على موافقة المتعاقدين ، كما أنها لا تفسخ بسبب احتجاج أحدهما .

٢٧٩ - التعديل الآمر والتعديل المفسر :

على مثال التفرقة بين التجديد الضرورى والتجديد الرضائى ، فيجب أن نفرق أيضًا بين التعديل الآمر والتعديل المفسر . ومعيار التفرقة فى هذه الحالة الأخيرة مستمد من طبيعة القاعدة القانونية التى قررت مبدأ تعديل العقد . وحتى يكون تعديل العقد منشئا لالتزام جديد ، ينبغى أن يكون آمراً ، أى مفروضاً بواسطة قاعدة آمرة لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها .

وبالعكس إذا كانت القاعدة مكلمة أو مفسرة ، وكان فى استطاعة المتعاقدين الاتفاق على خلافها ، فإن التعديل لا يكون بعيد الصلة عن ارادة المتعاقدين .

---

(٦٠) كابتان ، مصير العقد الذى يتضمن شرطا باطلا ، داللوز الأسبوعى ، ١٩٢٧ ، ص ٤ .

(٦١) راجع ما سبق ، فقرة ٢٧٤ .

ومهما كانت المبررات التى تعطى للقاعدة المكملة أو المفسرة ، وهل تقوم على ارادة المتعاقدين الضمنية أو المفترضة ، فإنه لا يمكن أبداً اعتبارها بعيدة عن ارادة المتعاقدين .

وحتى من حاولوا قطع كل صلة بين القاعدة المفسرة أو المكملة وبين ارادة المتعاقدين ، لم ينجحوا فى ذلك تماماً . وإذا كان الأستاذ جونو يقول مثلاً أننا بصدد « تنازل أمام القانون (٦٢)» ، فإن فكرة التنازل هذه لا تعدو أن تكون تعبيرا عن ارادة المتعاقدين ، خاصة إذا كان التنازل المقول به يقوم علي أساس « الثقة فى القانون » ، كما يقول الأستاذ نفسه (٦٣) .

ومن ناحية أخرى عندما تكون القاعدة المفسرة ، شديدة الأهمية ، ولا يتصور أن يجهلها المتعاقدون ، مثل تلك التى تنظم تعديل العقد الذى ارتبطوا به ، فإن الأمر لن يكون محصورا فى مجرد التنازل أمام القانون(٦٤) . فإن سكوت الأطراف فى هذه الحالة يعبر بالضرورة عن ارادتهما الضمنية ، حيث تبدو فكرة الارادة الضمنية هنا مبررة للغاية .

وهكذا فإن التعديل المفسر ، يصبح تطبيقا للعقد ، وليس تحولا منه الى وسيلة أخرى من وسائل الصياغة القانونية .

ومن الناحية التاريخية فإن التعديل المفسر ، ظهر أولاً قبل التعديل الآمر . والقانون الرومانى يعطى مثلاً رائعا لذلك فى عقد ايجار الأرض الزراعية(٦٥) . وقد انتقلت أحكام القانون الرومانى فى هذا الشأن الى القانون المدنى الفرنسى (م ١٧٦٩ و م ١٧٧٠) ، والقانون المدنى المصرى (م ٦١٦) .

---

(٦٢) جونو ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ١٨١ - ١٨٢ .

(٦٣) المرجع السابق ، ص ١٨٢ .

(٦٤) فكرة التنازل أمام القانون تجد تبريرها فى جهل المتعاقدين بالقواعد المفسرة، كما يقول الأستاذ جونو ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .

(٦٥) راجع نصوص القانون الرومانى ، فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٤١ ، هامش ٧٥ .

والنصوص الرومانية والحديثة تسمح فى حالة هلاك المحصول بدرجة جسيمة (٦٦)، اعفاء المستأجر من جزء من الأجرة بقدر جسامة الضرر . وبحسب هذه النصوص فإن الهلاك يجب أن يكون بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة . والواقع أن هذه الاصطلاحات خادعة . وقد أدت الى تفسيرات غير صحيحة للأحكام المنصوص عليها . فقد ظل الفقه يعتقد أن اعفاء المستأجر من الأجرة يرجع الى انقضاء التزامه انقضاء كلياً أو جزئياً بسبب استحالة التنفيذ الراجعة الى حادث مفاجئ أو قوة قاهرة .

والحقيقة غير ذلك تماماً ، فالالتزام موضوع البحث ، هو التزام المستأجر بدفع الأجرة . ومحل هذا الالتزام غير معين بالذات بل هو معين بالنوع ، وهو غالبًا مبلغ من النقود . وفكرة القوة القاهرة واستحالة التنفيذ لا يمكن تصورها بالنسبة لهذا النوع من الالتزام ، لأن الأشياء المعينة بالنوع لا تهلك . المثليات لا تهلك . والتزام المستأجر بدفع الأجرة يظل دائمًا ممكناً . وقد أتيحت لنا الفرصة فى دراسة عن طبيعة حق المستأجر فى القانون الرومانى ، أن نثبت أن هذه النصوص تتعلق بنظرية الظروف الطارئة ، وليس بنظرية القوة القاهرة (٦٧). ونقرأ فى هذا البحث ما يلى « إذا هلك المحصول كلياً أو جزئياً ، بسبب عاصفة أو فيضان ، فإن المستأجر يظل فى امكانه دفع الأجرة من أمواله الخاصة أو بطريق الاقتراض . فالقواعد العامة تقتضى أن يظل المستأجر ملتزمًا فى مثل هذه الحالة بدفع الأجرة» (٦٨). ونقرأ أيضًا « ومع ذلك فإن القانون الرومانى يسمح للمستأجر بالحصول على تخفيض للأجرة . وتبرير هذا الحكم هو الآتى : تنفيذ الالتزام وإن لم يصبح

---

(٦٦) يشترط قانون نابليون أن تكون الخسارة أكثر من نصف المحصول ، أما القانون الرومانى، والقانون المصرى، فيشترطان فقط أن تكون الخسارة فادحة.

(٦٧) بحث بالفرنسية مقدم الى كلية الحقوق جامعة ون ١٩٦١ ، الصفحات ١٠٧ - ١٣٩ .

(٦٨) المرجع السابق ، ص ١١٩- ١٢٠ .

مستحيلاً ، إلا أنه أصبح عسيراً بحيث يهدد المستأجر بخسارة فادحة . ولذلك فإن العدالة وحسن النية (التقنين ٤ ، ٦٥ ، ٨ من ٢٣١ ؛ ديجست ١٩ ، ٢ ، ١٣ ، ٧) تقضيان أن يتمكن المستأجر من الحصول على تخفيض أو اعفاء من الأجرة »[٦٩] . فالأمر يتعلق بنظرية الظروف الطارئة . والواقع أن التفرقة بين القوة القاهرة وبين الظروف الطارئة لا تعتمد على طبيعة الحادث ، ولكن على درجة تأثيره على التزام المدين ، وهل أصبح هذا الالتزام بسبب الحادث مستحيلاً ، أم أنه أصبح عسيراً فقط وإن لم يصبح مستحيلاً .

وما قلناه فى البحث المشار اليه ، هو ما نقول به اليوم . فنظرية الظروف الطارئة ترجع فى تاريخها إلى القانون الرومانى ، على خلاف الفكرة الشائعة التى تنسب نشأتها الى فقهاء القانون الكنسى والمحشيين ، وهكذا فإن القانون الرومانى لم يكن قانونًا قاسيًا وجامداً فى جميع الأحوال ، بل العكس فقد كان يسمح بتعديل العقد الظالم [٧٠] . وليس من الانصاف للقانون الرومانى ، ما يقوله البعض من أن تعديل العقد هو مثال رائع على وسائل الصياغة الحديثة ، التى لم يدركها القانون الرومانى الذى يجب اعتباره الآن قانوناً ميتاً [٧١] .

ولا ينبغى أن يفوتنا مع ذلك القول بأن تعديل العقد فى القانون الرومانى فى حالة ايجار الأرض الزراعية ، كان تعديلاً مفسراً ومرتبطاً بالارادة الضمنية للمتعاقدين[٧٢] . وهذا هو نفس الحكم فى القانون

---

(٦٩) المرجع السابق ، ص ١٢١ .

(٧٠) فارن ريبير ، القاعدة الأخلاقية فى الالتزامات المدنية ، طبعة ٤ ، ١٩٤٩ ، ص ٣٣ ؛ لارنيجول ، العدل التبادلى والقانون الوضعى ، رسالة بوردو ، ١٩٥٧ ، ص ٣٠ ؛ دى تارد ، فكرة الثمن العادل ، رسالة ، باريس ، ١٩٠٦ ، ص ٢٤ ؛ دى لاجرانج ، تدخل القاضى فى العقود ، المرجع السابق ، ص ٩ .

(٧١) موران ، القانون والعقد واضمحلال سلطتهما ، المرجع السابق ، ص ١١١ وما بعدها ؛ موران ، نحو تعديل وسائل الصياغة القانونية ، مجلة فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانونى ، ١٩٣١ ، ص ٧٥ .

(٧٢) موري ، فكرة المعادل ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ١٧٩ .

الفرنسى والقانون المصرى . ومثل هـذا التعديل لا ينشئ التزاماً جديداً. فالتعديل الآمر هو وحده القادر على انشاء التزام جديد .

٢٨٠ - الخلاصة : التعديل الضرورى والآمر يقضى على الالتزام العقدى:

طوال دراستنا فى هذا المطلب ، كنا نبرز بعض الأفكار الأساسية اللازمة لفهم المعنى الصحيح لفكرة تعديل العقد .

فأولاً العقد هو اتفاق بين ارادتين . العقد هو الإرادة .

ولكن العقد باعتباره وسيلة من وسائل الصياغة الفنية ، يستمد قوته الملزمة من التشريع ، أو بتعبير أعم من القانون فى مصادره المختلفة. فالأمر يتعلق بالتدرج بين القانون والعقد . ويتعلق كذلك باعتماد العقد على القانون . وهذا الاعتماد أو التدرج، لا يؤثر إطلاقاً فى القوة المنشئة للعقد ، لأن فكرة التدرج تدخل فى تكوين مبدأ السببية أو السبب المنشئ . ومن ناحية أخرى فإن التدرج لا يمكن تصوره بغير انسجام وتناسق . من المهم إذن التأكيد على مبدأ عدم التنازع بين القانون والعقد . وفكرة التناسق هذه هى التى تشرح القواعد المتعلقة بتفسير العقد ، وتكملته ، وانقاصه ، وتكييفه وتحوله . فكل واحدة من هذه العمليات تتم دائمًا بالرجوع الى الارادة ، المعتمدة بدورها على القانون . وإحدى هذه العمليات وهى تكملة العقد ، قد تؤدى فى بعض الأحيان الى خلق التزام جديد . ولكنه دائمًا التزام تابع يضاف الى الالتزام العقدى ولا يحل محله .

وبالعكس فإن التعديل الضرورى والآمر لا يمكن شرحه بالرجوع الى ارادة الأطراف ، فهو على النقيض من ذلك انكار وتكذيب لهذه الارادة . فعندما لا يتضمن العقد أى شرط يسمح بتعديله . وعندما يتقرر التعديل بمقتضى قواعد القانون الآمرة وليست المكملة أو المفسرة . وعندما يتم التعديل بواسطة الأجهزة التى تطبق القانون دون رجوع الى ارادة الأطراف . وعندما لا تكون موافقة المتعاقدين شرطا واقفاً يعلق عليه التعديل . وعندما لا يؤدى احتجاج أحد المتعاقدين الى

فسخ العقد بدلاً من تعديله . فإنه يصبح من الواضح أن التعديل يتجه ضد الارادة وضد العقد .

ومن ناحية أخرى فإنه لا توجد أية فكرة مستمدة من المبادئ العقدية يمكن الاستعانة بها لشرح فكرة التعديل . ونظرية السبب بالذات تفرض التنفيذ الكامل للعقد وليس تعديله . ولذلك ينبغى البحث خارج نطاق العقد عن المعنى الصحيح للتعديل . فوجود العقد ذاته هو الذى أصبح محل نظر . فالعقد أصبح مخالفًا للعدل ، أو العقل أو أية قوة أخرى من القوى الخالقة للقانون الوضعى . ولذلك فإن العقد يفقد سبب وجوده . وإذا كانت فكرة عدم التنازع بين القانون والعقد ، هى التى تفرض الاحتفاظ بالعقد فى حالة انسجام دائم مع القانون ، فإن هذه الفكرة ذاتها هى التى تبرر وتشرح الاستغناء عن العقد فى حالة حدوث مثل هذا التنازع . فمن غير المتصور أن يوجد تنازع ويستمر العقد . أو بتعبير آخر فإن التنازع بيّن العقد والقانون يؤدى حتماً الى اختفاء العقد . وعندما يفرض القانون تعديل الالتزام العقدى ، فإنه يأمر بانقضائه . هذه هى خلاصة هذا المطلب .

المطلب الثانى

فكرة الحكم المنشئ للالتزام

٢٨١ - البحث عن وسيلة صياغة جديدة :

بالرغم من اتفاق الفقهاء على القيمة النسبية لوسائل الصياغة القانونية ، وخضوعها لمبدأ التطور . إلا أن بعض كبار الفقهاء ، خوفاً منهم من ترك وسائل الصياغة القانونية تحت رحمة الاتجاهات الشخصية لدى البعض ، والحالات المزاجية لدى البعض الآخر ، فقد حاولوا أن يحدوا من فكرة النسبية ذاتها . وهكذا فإن الفكرة يمكن أن تكون لها القيمة الموضوعية للحقيقة التى تحاول أن تعبر عنها . وكما يقول جنى « طالما أن الفكرة لا تستخدم إلا كوسيط لا غنى عنه للتعبير عن حكم القانون ، فإنها تصبح جزءاً من الحقيقة القانونية ذاتها ، ولا

يصبح هناك مبرر للحديث عن البناء العقلى الخالص . فهذا الأخير لا يظهر إلا عندما تنفصل الفكرة عن الحقيقة ، وتعامل فى ذاتها كما لو كانت وحدة منطقية منفصلة عن الحياة (٧٣) . ومن ناحية أخرى فإن دابان يأخذ بأفكار جنى ، ويطلق على وسائل الصياغة المطابقة للحقيقة اسم Concept أو فكرة موضوعية بالمقارنة بالبناء العقلى الخالص. فهذه الأخيرة لها طبيعة مصطنعة ، بينما الأولى تتفق مع الحقائق الموضوعية (٧٤). وبالمثل فإن جورج ريبير يتحدث عن « وسائل الصياغة الجوهرية » التى بدونها ينهار القانون انهياراً كاملاً (٧٥).

والواقع أنه لا توجد وسائل صياغة جوهرية فى ذاتها . وأية وسيلة فنية ليست لها قيمة فى ذاتها . فالصياغة تستمد قيمتها من مطابقتها للواقع . وما هو حقيقى أو واقعى من الناحية القانونية ، قد يكون مخالفاً للعلم أو القانون . وسواء كان القانون يتقدم أو يتراجع ، وسواء تعلق الأمر بتطور القانون أو اضمحلاله ، فإن وظيفة الصياغة هى أن تضع الحقائق القانونية موضع التطبيق بغض النظر عن أى تقييم مستمد من الأخلاق أو العلم . فما هو لفظى Conceptuel لا ينبغى أن يصحح أو يسمو بما هو حقيقى réel.

ومع ذلك لا ينبغى أن يغيب عن النظر أبداً ، أن اتجاه اللفظى للامساك والتعبير عن الحقيقى ، لا يمكن أن يؤدى الى المطابقة بينهما . فاللفظى يظل دائماً وحدة منطقية مستقلة عن الحقيقى . وفى حياته الخاصة ، فإن اللفظى يحافظ دائماً على جوهره وعلى طبيعته الداخلية. وفكرة « طبيعة الأشياء » تتعلق بكل الأشياء ، سواء كانت لفظية أو حقيقية .

والقول بغير ذلك سيؤدى الى غموض الأفكار واختلاطها ،

---

(٧٣) فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، جـ ٣ ، ص ١٩٥ .

(٧٤) چان دابان ، صياغة القانون الوضعى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

(٧٥) جورج ريبير ، القوى الخلاقة للقانون ، باريس ، ١٩٣٥ ، ص ٢٠٩

وبالتالى استحالة التعبير عن أية حقيقة .

ويترتب على ما سبق ذكره أن العقد ليست له قيمة فى ذاته . وأهميته تعتمد على المكان المخصص فى نظام قانونى معين ، لمبدأ سلطان الارادات الخاصة . ومن ناحية أخرى فإن جوهر فكرة العقد هو اتفاق ارادة الأطراف . وكما يقول دوركايم « الالتزامات الوحيدة التى تستحق بأن توصف بأنها تعاقدية ، هى تلك التى تم التراضى عليها بين الأفراد والتى ليس لها مصدر آخر غير هذه الارادة الحرة » (٧٦).

فالعقد لن يعنى فى أى وقت من الأوقات ، أى شئ آخر غير اتفاق الارادتين . وأى تطور مزعوم لن يسمح بمخالفة طبيعة الأشياء ، واطلاق اسم العقد على ما هو ليس اتفاق ارادتين .

« وفى الوقت الحاضر ، كما يقول جورج ريبير ، كل شئ غامض ومختلط ... ولذلك يصبح ضرورياً خلق وسيلة صياغة جديدة » (٧٧).

ويقول فى كتاب آخر ، « كل نظامنا العقدى ، يجب أن يعاد صنعه من جديد » (٧٨) . وجورج ريبير ينطق بهذه الأقوال وهو يفكر بصفة خاصة فى مشكلة تعديل العقد بواسطة القاضى ، وهى المشكلة الأكثر خطورة فى رأيه فى نطاق نظرية العقد (٧٩).

ومهمة البحث عن وسيلة فنية جديدة ، ليست من الأمور السهلة ، حتى أن الأستاذ ميشيل ڤيلى ، استطاع الحديث عن « عجز خبراء العقد » (٨٠).

---

(٧٦) دوركايم ، تقسيم العمل الاجتماعى ، طبعة ٧ ، باريس ، ١٩٦٠ ، ص ١٨٩ .

(٧٧) جورج ريبير ، القوى الخلاقة للقانون ، المرجع السابق ، ص ٣٦١ .

(٧٨) جورج ريبير ، النظام الديموقراطى والقانون المدنى الحديث ، ١٩٣٥ ، ص ٣٦١ .

(٧٩) جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ - ١٣١ .

(٨٠) ميشيل ڤيلى صعود واضمحلال مبدأ الإرادة ، مجلة فلسفة القانون ، ١٩٥٧ ، ص ٩٥ .

ولم يتردد بعض كبار الفقهاء ، فى أن يعهدوا بهذه الهمة الصعبة الى « فقهاء المستقبل » (٨١). فما هى هذه الوسيلة الفنية الجديدة ؟

٢٨٢ - نقد نظرية جوسران عن « العقد الموجه » :

فى البحث عن وسيلة جديدة من وسائل الصياغة القانونية لتفسير مشكلة تعديل العقد بواسطة القاضى ، فإننا لن نتوقف كثيراً أمام النظرية التى يطلق عليها اسم نظرية العقد الموجه ، على غرار الاقتصاد الموجه ، أو التوجيه العقدى على غرار التوجيه الاقتصادى . وبالرغم من النقد الذى وجه الى هذه النظرية بأنها « تضع مصطلحات جديدة بربرية الى حد ما »(٨٢) ، فإن جميع الفقهاء ، قد استعملوا هذه المصطلحات ذاتها ، بمن فيهم جورج ريبير نفسه الذى وجه اليها هذا النقد القاسى (٨٣).

ويعيب هذه النظرية فى الواقع ، أنها تحاول شرح القانون المدنى بوسائل فنية مستعارة من العلوم الاقتصادية . ولا شك أنه فأل سيئ لفرع عريق من فروع القانون مشهور بثراء وسائله الفنية ، أن ينتهى به الأمر الى شرحه عن طريق الوسائل الفنية الخاصة بعلم الاقتصاد أو غيره (٨٤).

---

(٨١) إسمان ، الالتزام والمسئولية العقدية ، فى دراسات ريبيير ، جـ ٢ ، ١٩٥٠ ، ص ١٠٥ .

(٨٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ، موسوعة القانون المدنى ، جـ ٢ ، ١٩٥٧ ، ص ١٥٧ .

(٨٣) جورج ريبير ، اضمحلال القانون ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(٨٤) ومن غير الملائم أيضا شرح القانون بواسطة اصطلاحات مستمدة من العلوم الطبيعية . وانه مما يدعو للصدمة أن يستخدم البعض اصطلاحات مثل ديناميك ، وميكانيك ، لشرح « تطور فكرة العقد » (ديكوف ، فى دراسات كابتان ، ١٩٣٩ ، ص ٢١٧) . انظر فى هذا الموضوع ، الفصل المخصص للغة القانونية ، فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، جـ ٣ الصفحات ٤٦٩ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٨٤ .

ولكن الأخطر من ذلك أن التوجيه الاقتصادى يتعلق لا بالصياغة التشريعية ولكن بالسياسة التشريعية . ويصدق نفس القول على الرأسمالية ، والفردية ، والاشتراكية . فكل هذا لا يعبر عن « صياغة» أو عن « وسيلة فنية » ، وانما يعبر عن فلسفة سياسية أو اجتماعية . ومن الجائز أن نتحدث عن « الآثار أو المظاهر القانونية للرأسمالية أو التوجيه الاقتصادى » . ولكن لا يجوز الحديث عن « الرأسمالية أو الاشتراكية القانونية » (٨٦).

وقد يكون من الصحيح ما يقوله جوسران من أن « الاقتصاد يفرض نفسه على القانون » (٨٧). ولكن هذا القول يتعلق بالقوى الخلاقة للقانون ، وليس بوسائل التعبير عنه .

ومن ناحية وسائل الصياغة القانونية ، فإن اصطلاح « التوجيه العقدى » ، لا يقدم أية فائدة على الإطلاق . فالقول فى لحظة من لحظات اليأس أن « العقد موجه الى انهياره » (٨٨)وأن « وجوده ذاته أصبح موضع نظر » (٨٩) . أو القول فى لحظة من لحظات التفاؤل أن «أزمة العقد هى أزمة تطور » (٩٠) ، وأن التوجيه يمكن أن يكون « عاملاً

---

(٨٥) چان دابان ، صياغة القانون الوضعى ، المرجع السابق ، ص ٥٤ ، هامش ٣ .

(٨٦) أنظر على سبيل المثال العنوان الذى اختاره چورج ريبير لمؤلفه « مظاهر قانونية للرأسمالية الحديثة» .

(٨٧) جوسران ، كيف تتغير قيمة نصوص التشريع خضوعا للظواهر الاقتصادية، دراسات كابتان ، ص ٣٦٩ .

(٨٨) جوسران ، العقد الموجه ، داللوز الأسبوعى ، ١٩٣٣ ، ص ٩١ .

(٨٩) جوسران ، المراحل الأخيرة فى التوجيه العقدى ، العقد المفروض والعقد القانونى ، داللوز ، ١٩٤٠ ، ٥ . وفى نفس المعنى سافتييه ، من القانون المدنى الى القانون العام ، ص ٧٦ حيث يقول « ومن حيث للموضوع فإن فكرة العقد ذاتها تختفى » ؛ لنظر المراجع الأخرى ، كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٤٦ ، هامش ١٠٢ .

(٩٠) جوسران ، الصعود الحديث لفكرة العقد ، فى دراسات جنى ، ١٩٣٥ ، جـ ٢ ، ص ٣٤٦ .

على اقرار النظام » [٩١]، يدل على أن اصطلاح « التوجيه العقدى » غامض وغير محدد ، بل أنه قد يسمح بالأخذ بأفكار متغايرة ومتناقضة .

وإذا كان صاحب النظرية نفسه ، لا يستخدم الاصطلاح فى معنى واحد محدد ، فلن يكون غريباً أن نجد نفس الشئ لدى غيره من الفقهاء الذى ساروا على نهجه . وبصفة عامة فإن المقصود بالتوجيه العقدى ، هو التدخل فى العقد بقصد اخضاعه للاقتصاد الموجه . وكما يقول الأستاذ رواست « فإن الاقتصاد الموجه يؤدى الى العقد الموجه »[٩٢] .

ولكن من الممكن أن نقصد أيضاً باصطلاح التوجيه ، مجرد التدخل فى العقد بغض النظر عن دوافعه وأهدافه ، وهل هى اقتصادية أم لا . فالعقد يمكن توجيهه بواسطة المشرع أو الإدارة أو القاضى لإدراك اهداف اقتصادية أو سياسية ، أو أخلاقية ... الخ [٩٣].

ونظراً لأهدافه المتعددة ، ولتعدد الأجهزة المنوط بها القيام به ، فإن فكرة التوجيه العقدى لا يمكن أن تعبر عن نظرية واحدة متناسقة . فهى قد تعنى تدخل القاضى فى العقد ، وقد تعنى أيضاً منعه من القيام بذلك .

وهكذا ففى تعليق عنوانه « الظروف الطارئة والاقتصاد الموجه »[٩٤]، نجد الأستاذ سوتو ، يقدم الأدلة على أن السياسة

---

(٩١) جوسران ، نظرة عامة على الاتجاهات المعاصرة فى نظرية العقود ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٣٧ ، ص ٢٠ .

(٩٢) رواست ، العقد الموجه ، فى دراسات سيجياما ، ١٩٤٠ ، ص ٣١٨ ؛ رواست ، مناقشة حول دور القاضى فى تفسير العقود ، أعمال كابتان ، ١٩٤٩ ، ص ١٠٠ - ١٠١ .

(٩٣) لامور انديير ، التطور الحديث لقانون الالتزامات ، دروس للدكتوراه ، المرجع السابق ، ص ٣٨٣ ؛ انظر فى التوجيه السياسى فى المانيا الهلترية ، فولكمار ، تعديل العقد بواسطة القاضى فى المانيا ، أعمال الأسبوع الدولى للقانون . باريس ، ١٩٣٧ ، جـ ٢ ، سيرى ، ١٩٣٨ ، ص ٢٩ - ٣١ .

(٩٤) سوتو . جيرس كلاسير . ١٩٥٠ . ١ . ٨١٧

الحكومية تهدف الى تعويض خسارة هيئة الغاز ، بالمكسب الذى حققته هيئة كهرباء فرنسا ، بحيث يصبح التطبيق القضائى لنظرية الظروف الطارئة على هيئة الغاز الخاسرة ، غير ذى فائدة . وبالمثل فإن الأستاذ لربور بجيونيير ، يعتقد أن « فى العقد الموجه لا يكون تدخل القاضى مفيداً ، لأنه يكفى أن يتدخل المشرع ، أو أن تتدخل الادارة ، حسب الأحوال ، لفرض القواعد الآمرة »(٩٥) . وعندما يتحدث هذا الأستاذ عن تدخل الإدارة فهو يقصد فى الغالب العقود الإدارية .

وعلى عكس ما سبق نجد فقيها آخر مثل الأستاذ رييج ، استطاع أن يقترح تدخل القاضى فى العقد كوسيلة « من وسائل الدفاع عن الإرادات الخاصة ضد التوجيه العقدى » (٩٦)! . وهذه عبارة مليئة بكل المتناقضات . لأن تدخل القاضى فى نظر أصحاب النظرية ، هو أحد مظاهر التوجيه العقدى ، وليس وسيلة دفاع ضد هذا التوجيه .

وباختصار فإن التوجيه يتعلق بالسياسة التشريعية ، والقوى الخلاقة للقانون ، وليس بالصياغة القانونية . ففى مجال الصياغة ، فإن التوجيه لا يعنى شيئاً . ولهذا، فان القول فى نطاق دراستنا ، أن العقد المعدل هو عقد موجه ، وهو قول لا معنى له . فمشكلة تعديل العقد من الناحية الفنية تظل قائمة كما هى .

٢٨٣ - حيلة العدالة وحيلة العقد :

لقد لاحظنا من قبل أن قرينة العدالة التى يقف عليها العقد ، تتجه أحياناً نحو الحيلة (٩٧) . فتوجد عقود تجرح العدالة وتخالف العقل . ولا يمكن أن نؤسس هذه العقود على مبادئ الأخلاق بدون أن نخالف

---

(٩٥) لربور بجيونيير ، مناقشة حول دور القاضى فى تفسير العقود ، أعمال كابتان ، ١٩٤٩ ، ص ١٠٣ - ١٠٤ .

(٩٦) الفريد رييج ، دور الارادة فى التصرف القانونى فى القانون المدنى الفرنسى والألمانى ، رسالة ، ستراسبورج ، ١٩٥٨ ، باريس ١٩٦١ ، الصفحات ٢٣٨ - ٢٤٩ ، خاصة ص ٢٤٩ .

(٩٧) راجع ما سبق ، فقرة ٢٧٠ .

الحقيقة . وانكار الحقيقة هنا ، هى حيلة ، وهى الأسوأ بين جميع الحيل الأخرى ، وهى حيلة العدالة . فهى ليست « حيلة - وسيلة » قد تكون لازمة لصياغة القواعد القانونية ، ولكنها « حيلة - هدف » يقصد بها تبرير القاعدة القانونية . والواقع أنه من غير المتصور أو الجائز أن يصبح الظلم هدفا لتبرير أية قاعدة من قواعد القانون . **وحيلة العدالة لا مبرر لوجودها على الاطلاق** . ووجودها يمكن فهمه فقط بسبب صعوبة اكتشاف وجودها ، لأنه من الصعب القول بأن العقد عادل أو غير عادل . ولكن بمجرد اكتشاف حيلة العدالة ، فإنها تصبح غير محتملة ولا يجوز الابقاء عليها . فالقانون يجب أن يتحرك ضد أية حيلة للعدالة يتم الكشف عنها . وتعديل العقد الظالم لا يعدو أن يكون تعبيراً عن مثل هذا التحرك .

ولكن من الواضح أن القانون لا يستطيع أن يتخلص من الظلم ، إلا بالتخلص من مصدره ، وهو العقد الظالم .

وعندما تصبح المصالحة بين العقد وبين العدل ، مجرد حيلة أو تحايل ، فإن انقضاء الالتزام العقدى يصبح أمراً لا بد منه . وكما يقول جورج ريبير ، فإن الالتجاء الى التعديل يعنى أن « القاضى يحطم العقد الذى فقد سبب وجوده » (٩٨) . وهذه كانت خاتمة المطلب الأول من هذا الفصل .

وعندما يقوم القاضى بتعديل العقد ، فإنه لا يقتصر فقط على القضاء على الالتزام العقدى ، ولكنه يقيم بدلاً منه ، تنظيمًا جديداً لحقوق الأطراف . أما القول بأن العقد لازال قائماً بعد تحطيمه ، وارجاع التنظيم الجديد الصادر عن ارادة القاضى (٩٩) الى ارادة المتعاقدين ،

---

(٩٨) جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ .

(٩٩) ستأتى المناسبة فيما بعد لإثبات أن عمل القاضى هو عمل إرادى صادر عن إرادته .

فمعنى ذلك أننا نقع فى حيلة جديدة هى حيلة العقد . ويصبح الأمر فى هذه الحالة متعلقاً « بحيلة - وسيلة » .

وبحسب تعريفها فإن الحيلة « تجعل الشئ الكاذب صحيحاً»(١٠٠). فهى « ضد الحقيقة تماماً » (١٠١). ولكن ما هى هذه الحقيقة التى تقف منها الحيلة موقف الضد ؟ وهل هناك فعلاً حقيقة فى الحياة ؟ وهكذا فنحن الآن أمام أصعب سؤال فى نظرية المعرفة . وتحت ضغوط أنصار النسبية فى كل شئ ، نجد دابان يؤكد « الطبيعة النسبية لفكرة الحيلة»(١٠٢).

ومع ذلك فنحن من هؤلاء الذين يؤمنون بوجود حقائق ، وهى تلك التى يدركها العقل بوضوح كامل لا يتطرق اليه الشك حسب نظرية الفيلسوف ديكارت . ونحن نؤمن بمبادئ نظرية المعرفة وخاصة المبدأ الأسمى من هذه المبادئ ، وهو مبدأ السبب المنشئ(١٠٣) . وطبقاً لهذا المبدأ ينبغى أن نرجع كل شئ الى السبب المنشئ له . فإذا أرجعنا آثار الحكم الى العقد ، فإننا نخالف بذلك مبدأ السبب المنشئ . وتصبح حيلة العقد موجهة بطريقة مباشرة ضد المبدأ الأسمى للمعرفة . ولم يكن الفقهاء فى هذا الشأن مخدوعين أبداً (١٠٤).

ونحن لا نريد أن نقيم هنا محاكمة لفكرة الحيلة القانونية . ويكفى

---

(١٠٠) جان دابان ، صياغة القانون الوضعى ، المرجع السابق ، ص ٢٧٩ .

(١٠١) فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، المرجع السابق ، جـ ٣ ، ص ٣٩٧ ؛ أضف روبييه ، النظرية العامة للقانون ، ص ١١٥ ؛ مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ١ ، ص ٩٩ .

(١٠٢) دابان ، صياغة القانون الوضعى ، ص ٣٠٢ ومابعدها ، فقد يحدث ، كما يقول أن حيلة الأمس التى خلقها الفقهاء اصطناعا ، تصبح حقيقة علمية فى المستقبل ... الخ ، ص ٣١٧ .

(١٠٣) راجع كتابنا ، الالتزام القضائى ، فقرة ١ ، ص ١ وما بعدها .

(١٠٤) انظر حول حيلة العقد ، فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، جـ ٤ ، ص ٢١ ، هامش ٢ . وانظر كذلك عشرات المراجع المشار اليها فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٤٩ . هامش ١١٩ .

فقط أن نلاحظ أن الحجة الأساسية فى الدفاع عنها هى حجة «القصور فى العقل الإنسانى» (١٠٥). ويقول جنى أيضًا «أن الفقيه لا ينبغى أن يعفى نفسه أبداً من مسئولية البحث المستمر عن الوسائل الفنية المطابقة للحقيقة» (١٠٦). وهو يتساءل أيضًا «ألم يحن الوقت لترك هذا الأسلوب الملئ بعدم اليقين والغموض والأخطاء ؟» (١٠٧). وهذا التساؤل الاستنكارى ينطوى على الاجابة عليه ، فهى بالقطع نعم ، لقد حان الوقت .

٢٨٤ - التجديد الضرورى :

بتعديل الالتزام العقدى ، فإن الحكم يقضى على هذا الالتزام وينشئ بدلاً منه التزاماً جديداً . وهذا لا يعنى اى شئ آخر سوى أن هذا الحكم مجدد ، ومنشئ ومصدر للالتزام . وتعديل القاضى للعقد ينشئ التزامًا جديداً هو الالتزام القضائى . وهذه الفكرة تبدو واضحة وطبيعية لدرجة أن جانباً كبيراً من الفقه يأخذ بها ، دون أن يعطيها مع ذلك الاهتمام الذى تستحقه . وهؤلاء الفقهاء ، فى الواقع ، لايدركون تماماً الفكرة الفنية للتجديد الضرورى . ومع ذلك فإن أقوالهم المتباينة ، تعبر بوضوح عن فكرة حلول التزام جديد ، قد يكون قانونيًا أو قضائياً ، محل الالتزام العقدى الذى انقضى .

وهكذا نجد عضو مجلس الشيوخ موران يقول أنه «من الناحية القانونية فإن تعديل الأجرة فى عقد الإيجار يصيب قانون العقد فى مطعنين : لأنه بعد تحطيم عقد الإيجار بابطال الالتزام الأصلى الذى يقوم عليه ، فإنه يقيم اتفاقاً جديداً بتحديد ثمن جديد ، وكل هذا خارج إطار إرادة الأطراف التعاقدية . وإبطال عقد هو قطعًا أمر خطير ،

---

(١٠٥) جنى ، العلم والصياغة ، جـ ٣ ، ص ٣٩٨ .

(١٠٦) جنى ، العلم والصياغة ، جـ ٣ ، ص ١٤٤ . وجنى يعبر عن كراهية خاصة نحو حيلة الإرادة ، ص ٤١٨ .

(١٠٧) جنى المرجع السابق ، ص ٤١٦ .

ولكن الأخطر من ذلك بكثيرهو الزام شخصين بالتزامات جديدة لم يوافق عليها بارادته أى واحد منهم » (١٠٨). ومن ناحية أخرى فإن هنرى كابتان ، يتبنى فى تعليق مشهور له عنوانه « نظام مخالفة العقود » (١٠٩)، الآراء التى أبداها ، عضو الشيوخ موران .

وكما يقول جوسران فإنه بتعديل أتعاب الوكيل والمهندس والطبيب ... الخ ، فإن « قرار السلطة العامة يحل محل القرار التعاقدى » (١١٠). ومن ناحيته فإن چورچ ريبير يقول أنه بتعديل العقد ، فإن « المشرع يحل التزاماً أمراً محل الالتزام الناشئ عن العقد » (١١١).

والأستاذ مورى يؤكد أيضاً بمناسبة تخفيض الالتزامات المغالى فيها للقاصر المأذون ، بأن القاضى « يحل محل » القاصر (١١٢).

ولذلك فإنه كان طبيعيًا أن فكرة حلول التزام محل التزام أخر ، لم تكن غائبة طوال أعمال الأسبوع الدولى للقانون لسنة ١٩٣٧ ، الذى عالج بصفة خاصة مشكلة تعديل القاضى للعقد .

فكما يقول الأستاذ فولكمار ، أنه بتعديل العقد ، فإن المحكمة «تحل محل المضمون المتفق عليه بين الأطراف ، مضموناً جديداً »(١١٣).

وفى القانون الانجليزى يقول الأستاذ جتردج ، « إذا اقتضت

---

(١٠٨) موران ، تقرير ٧ يوليو ١٩٣٢ ، مضبطة مجلس الشيوخ ، ص ٩٩٦ ، مشار اليه فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٥٠.

(١٠٩) ناللوز ، الأسبوعى ، ١٩٣٤ ، ص ٣ ، هامش ١ .

(١١٠) جوسران ، نظرة عامة على الاتجاهات المعاصرة لنظرية العقود ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(١١١) ريبير ، النظام الديموقراطى ، المرجع السابق ، فقرة ١٦ ص ١٩٢ ؛ القاعدة الأخلاقية ، ص ١٥٦ .

(١١٢) مورى ، فكرة المقابل ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ .

(١١٣) فولكمار ، تعديل القاضى للعقود فى المانيا ، أعمال الأسبوع الدولى للقانون، سيرى ، ١٩٣٨ ، ص ١٥ .

المحاكم تنفيذ الشروط الجديدة ، فإنها تخلق فى الواقع عقداً جديداً بين الأطراف »(١١٤) .

بل أكثر من ذلك فإن كلمة التجديد استخدمها المقرر العام للمؤتمر الأستاذ نبوييه ، فهو يقول « فلنسمى الأشياء باسمها الحقيقى . العقد المعدل لم يعد له من العقد غير الاسم ، فعلى أنقاض هذا العقد يقوم التنظيم الجديد الذى يضعه القاضى . ونحن لا ننكر الفائدة الاجتماعية لذلك . إلا أنه فى فرنسا فإن فكرة العقد فى أساسها هى التى حالت دون تطبيق نظرية الظروف الطارئة . ولا يعنى هذا أن العقود يجب أن تنفذ دائماً . ولكن المشرع وحده هو الذى يختص بأن يعهد الى القاضى بأن يكون المنفذ لأفكاره ، وأن يقوم **بتجديد الالتزام العقدى** ، الى التزام هو من الآن فصاعداً ، التزام قانونى . **وهذا التجديد** قد تبرره بعض الظروف الخاصة »(١١٥) .

والواقع أنه إذا جاز لنا أن نقوم نتائج هذا الأسبوع الدولى للقانون ، فإننا نقول أن هذه السطور التى وردت فى التقرير العام ، هى أهم من كل المناقشات التى دارت فى هذا المؤتمر من ناحية الصياغة القانونية .

ولم تتوقف هذه الفكرة عن الظهور . فكما يقول الأستاذ لوى لوكا، « الالتزام العقدى يفترض بالضرورة الاتفاق الحر للمتعاقدين فإذا كان هذا الاتفاق لا وجود له ، وإذا ظل الالتزام مع ذلك موجوداً ، فمعنى ذلك أن الالتزام كف عن أن يكون عقدياً ، ليصبح قانونياً»(١١٦). **وأيضاً كما يقول الأستاذ هارڤن ، فإن « السلطة تحل محل الأفراد وتريد بدلاً منهم »** (١١٧). **وبالمثل فإن الأستاذ ديوران يؤكد أن « مركزاً**

---

(١١٤) جتردج ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الانجليزى ، أعمال الأسبوع الدولى للقانون ، ص ٤١ .

(١١٥) نبوييه ، أعمال الأسبوع الدولى للقانون ، ص ١١-١٢ .

(١١٦) لوى لوكا ، سلطان الارادة فى القانون الخاص الداخلى ، والقانون الدولى الخاص ، دراسات كابتان ، المرجع السابق ، ١٩٣٩ ، ص ٤٧٧ .

(١١٧) هارڤن ، مناقشة حول مشكلة تدخل الدولة فى العقود ، دراسات كابتان ١٩٤٥ ، ص ١٤٢

قانونيًا سيخلف المركز العقدى »[١١٨] . وبمناسبة الامتداد القانونى لعقد الإيجار ، يؤكد الأستاذ موريل « كان هناك عقد بين الأطراف قد انقضى. ولكن المشرع يحوله الى علاقة قانونية . فالأمر يتعلق فى مثل هذه الحالة ، ليس بعلاقة عقدية ذات أصل قانونى ، بل بعلاقة قانونية ذات أصل عقدى »[١١٩]. ونجد نفس الفكرة أيضًا عند سافتييه ، فهو يقول « فى كل الحالات التى تختفى فيها الحرية ، وتظل هناك مع ذلك قوة ما . فإن هذه القوة هى قوة النظام العام والدولة»[١٢٠] .

والواقع فإن الفكرة الفنية للتجديد الضرورى تفرض نفسها . فقد توصلنا الى هذه الفكرة من اليوم الأول الذى بدأنا فيه دراسة تعديل القاضى للعقد . ومنذ ذلك اليوم لم نجد لها بديلاً . ومن ناحية أخرى فإن الاتفاق التلقائى للفقهاء السابق ذكرهم حول هذه الفكرة ، يحول دون أن ننسب الفضل فى خلقها الى أى واحد منهم . فالفكرة قريبة جداً الى ذهن أى شخص ، لدرجة تمنع من اعتبارها ابتكاراً خاصاً لأى شخص معين بالذات . وبساطة الفكرة لا تسمح باعتبارها فكرة نادرة . وهذا الاتفاق التلقائى حولها بين عدد كبير من الفقهاء ، لهو تعبير عن وحدة العقل الانسانى التى يتحدث عنها ديكارت فى كتابه « خطة المنهج»[١٢١] .

وهكذا فإن وحدة العقل الانسانى تتغلب على قصوره ، فحيلة العقد ، تترك المكان لفكرة فنية جديدة قادرة على التعبير تعبيراً صادقاً عن الحقيقة القانونية ، وهى فكرة الالتزام القضائى .

---

(١١٨) ديوران ، الإجبار القانونى فى تكوين العلاقة العقدية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٤٤ ، ص ٨٧ .

(١١٩) موريل ، العقد المفروض ، دراسات ريبير ، ١٩٥٠ ، جـ٢ ، ص ١٢٤ .

(١٢٠) سافتييه ، التطورات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدنى المعاصر ، المرجع السابق ، ١٩٥٢ ، ص ٥٩ .

(١٢١) ديكارت ، خطة المنهج ، باريس ، طبعة ١٩٦٢ ، ص ١ .

٢٨٥ - العنصر الجديد :

يتضح مما سبق أن التجديد الضرورى ، يتم عن طريق تغيير السبب . فالعنصر الجديد فى الالتزام الجديد هو مصدره أو السبب المنشئ له . فهناك مصدر جديد هو التشريع ، أو الحكم حسب الأحوال(١٢٢) ، سيخلف العقد الذى انقضى من قبل .

ولكن لا ينبغى أن يغيب عن النظر ، أن تدخل المصدر الجديد كان القصد منه هو تغيير محل الالتزام العقدى أو أحد أوصافه . ولذلك سيكون هناك عنصر جديد آخر فى الالتزام الجديد ، هو محله أو أحد أوصافه .

ومع ذلك فإن تغيير السبب المنشىء هو الذى يميز التجديد الضرورى . فالمصدر الجديد هو الذى يشرح فكرة كون التجديد ضرورياً . ومن المعروف أن مجرد تغيير محل الالتزام بواسطة المتعاقدين أنفسهما ، ليس من شأنه إحداث التجديد ، إلا بتوافر نية التجديد Animus Novandi . وعلى العكس فإن مجرد تغيير محل الالتزام بواسطة مصدر جديد خارج ارادة الأطراف ، يؤدى بالضرورة فى كل الحالات الى تجديد هذا الالتزام . لأنه من غير المتصور أبداً الاحتفاظ بالالتزام القديم ، بعد تحطيم مصدره واحلال التزام جديد محله . ومن ناحية أخرى فليس هناك مجال لاشتراط نية التجديد للمتعاقدين ، لأن التعديل موجه أساساً ضد ارادتهما .

باختصار فإن التعديل يؤدى الى تغيير فى المصدر ، وتغيير فى المحل أو الأوصاف . ولكن تغيير المصدر هو الذى يميز عملية التجديد . ويعطى للتجديد ما يتصف به من أنه ضرورى .

٢٨٦ - التجديد الضرورى وتنازع القوانين فى الزمان :

فى نطاق العقود فإن تنازع القوانين من حيث الزمان ، يحكمه

---

(١٢٢) سيكون هناك مجال فيما بعد للتفرقة بين التجديد التشريعى والتجديد القضائى

بصفة استثنائية مبدأ استمرار العمل بالقانون القديم الذى تم ابرام العقد فى ظله . ففى نطاق العقود يستبعد مبدأ الأثر الرجعى للقانون الجديد ، وكذلك يستبعد مبدأ الأثر المباشر(١٢٣) . وينطبق مبدأ استمرار العمل بالقانون القديم الملغى ، حتى ولو كانت نصوص القانون الجديد آمرة .

وإذا كان مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، يعبر عن « قاعدة عليا»(١٢٤) كما يقول روبييه ، أو قاعدة من قواعد « الصياغة الأساسية»(١٢٥) حسب تعبير جورج ريبير ، بحيث يؤدى إهدار هذا المبدأ الى « اللاقانون ، أو تحطيم فكرة القانون »(١٢٦) . وإذا كان مبدأ استمرار العمل بالقانون القديم ، يعنى « إعطاء حماية أكثر »(١٢٧) للمتعاقدين . فإن ذلك لا يمنع المشرع من الخروج أحياناً على أي من هذين المبدأين . وربما يكون هذا الخروج مبرراً فى بعض الأحيان باعتبارات العدالة التى تسمو على أي شئ .

وتطبيق المبدأين على العقود (مبدأ عدم الرجعية ومبدأ استمرار العمل بالقانون القديم) ، يعنى فى الواقع اضافة مبدأين مساعدين للمبدأ الأصلى وهو مبدأ احترام الارادة . ومن الواضح أنه لن يكون لهذين المبدأين المساعدين ، قيمة أعلى من قيمة مبدأ الإرادة ذاته وهو المبدأ الأصلى . ففى جميع الأحوال ، كما يقول ريبير ، فإن «المشرع يستطيع تحطيم العقود التى يرى أن تنفيذها أصبح مستحيلاً أو غير عادل » (١٢٨). وتعديل العقد يمكن تصور حدوثه بطريقتين

---

(١٢٣) پول روبييه ، القانون الانتقالى ، طبعة ٢ ، ١٩٦٠ ، ص ٣٦٠ : وراجع المراجع العديدة المشار اليها فى كتابنا النظرية العامة للقانون ، ص ٦٤٦ وما بعدها .

(١٢٤) روبييه ، المرجع السابق ، ص ٤٣٥ .

(١٢٥) جورج ريبير ، القوى الخلاقة للقانون ، ص ٣٢٢ .

(١٢٦) جورج ريبير ، اضمحلال القانون ، ص ١٧٩ ؛ قارن مع ذلك ، النظام الديموقراطى ، ص ٢٨٨ .

(١٢٧) روبييه ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢ .

(١٢٨) ريبير ، النظام الديموقراطى ، ص ٢٨٩ .

مختلفتين . الأولى وهى غير مباشرة ، تتحقق عندما يقوم القانون الجديد بتعديل الأحكام التى تخضع لها العقود الجارى تنفيذها. والطريقة الثانية هى الطريقة المباشرة عندما يقوم القانون الجديد بتعديل شروط العقود الجارية ، أو يسمح للقاضى مثلاً بتعديلها . وفى الحالتين فإن القانون الجديد يؤدى الى انقضاء الالتزام العقدى القائم ، وينشئ بدلاً منه التزاماً جديداً .

وفى الحالة الأولى فإن التجديد يمكن فهمه على النحو الآتى : العقد باعتباره مصدراً للالتزام ، يستمد قوته من مصدر أخر أعلى منه ، وهو القانون الذى تم ابرام العقد فى ظله . ولذلك فإن تحطيم المصدر الأعلى وهو القانون القديم ، واحلال قانون جديد يحل محله ، يؤدى الى تحطيم المصدر الأدنى وهو العقد ، وانقضاء الالتزامات الناشئة عنه واستبدالها بالتزامات جديدة ، مصدرها القانون الجديد . وهذا يشرح مبدأ استمرار العمل بالقانون القديم . لأن المقصود به هو الابقاء على العقود التى تمت فى ظله احتراماً لإرادة المتعاقدين ، بدلاً من تحطيمها وتجديد الالتزامات الناشئة عنها ، وانشاء التزامات جديدة ، لا يمكن ارجاعها الى ارادة المتعاقدين(١٢٩) .

ولذلك يبدو أن الأساس الفنى لمبدأ استمرار العمل بالقانون القديم على المراكز العقدية ، هو أن تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر على هذه المراكز يؤدى الى نوع من تعديل العقود تعديلاً تشريعيًا. وهو ما يعنى انقضاء الالتزامات الناشئة عن هذه العقود ونشأة التزامات أخرى قانونية تحل محلها (١٣٠).

أما فى الحالة الثانية فإن التجديد الضرورى يبدو أكثر وضوحاً ، ويتحقق ذلك عندما يقوم المشرع بإصدار قانون جديد يعدل شروط العقد ذاتها ، كأن يخفض أجرة الأماكن أو سعر الفائدة ، أو أن يسمح

---

(١٢٩) راجع النظريات المختلفة فى الموضوع ، روبييه ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ وما بعدها .

(١٣٠) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، ص ٦٩٩ .

للقاضى بإجراء تعديل لبعض العقود مراعاة لاعتبارات العدالة . ففى هذه الحالة يؤدى تعديل شروط العقد الى حلول التزام جديد محل الالتزام العقدى . وكما يقول الأستاذ روبييه ، فإن تعديل العقد يعنى «احلال نظام جديد محل النظام الذى قرره المتعاقدان » (١٣١).

ونخلص مما سبق الى القول بأن قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان ، فى نطاق العقد ، قصد بها المحافظة على العقود التى تم ابرامها فى ظل قانون قديم ، ومنع تجديد الالتزامات الناشئة عنها . وعندما يخالف المشرع هذه المبادئ فإنه يقصد بذلك بصفة أساسية ، احلال تنظيم جديد محل التنظيم الذى وضعه المتعاقدان .

٢٨٧ - التجديد الضرورى بالإرادة المنفردة :

كل تعديل للالتزام العقدى ناشئ عن مصدر بعيد عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، يؤدى بالضرورة الى تجديد هذا الالتزام . وهكذا إذا أمكن تصور تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ، فإن ذلك يعنى التجديد الضرورى للالتزام بالإرادة المنفردة .

وفى نطاق القانون الإدارى ، فإنه من المسلم به أن العقود الإدارية يمكن تعديلها بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية ، وفقًا لمقتضيات المصلحة العامة ، بشرط تعويض المتعاقد الآخر (١٣٢) . وقد حاول البعض بدون حق ، إلحاق مثل هذا التعديل لا بالإرادة المنفردة ، بل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين (١٣٣) . فالأمر يتعلق فى الواقع بتجديد ضرورى للالتزام العقدى بالإرادة المنفردة للإدارة . فالالتزام العقدى يتحول الى التزام إدارى مصدره القرار الإدارى (١٣٤) .

---

(١٣١) روبييه ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ .

(١٣٢) فالين ، الفردية والقانون ، المرجع السابق ، ص ١٩٧ .

(١٣٣) سوتو ، الظروف الطارئة والاقتصاد الموجه ، جيرس كلاسير ، ١٩٥٠ ، ١ ، ٨١٧ .

(١٣٤) القرار الإدارى يمكن أن يكون مصدراً للالتزام . راجع ، كتابنا ، القرار الإدارى مصدر للحق ، الاسكندرية ، ١٩٧٢ .

ولكن فى نطاق القانون المدنى ، فإنه من الصعب جداً ، تصور إمكان تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين . وحتى الكتاب الذين يؤكدون انهيار مبدأ سلطان الارادة ، لا يترددون مع ذلك فى رفض تعديل العقد بالارادة المنفردة (١٣٥) . وهكذا نجد الأستاذ ديموج فى مقالته عن « تعديل العقود بالإرادة المنفردة » ، يخلص الى القول بأن« التعديلات لا يمكن أن ترد إلا على مسائل غير أساسية » .

ومن ناحية أخرى فهو يخلط بين التعديل بالإرادة المنفردة ، والتعديل بواسطة القاضى . وبصفة عامة فإن الارادة المنفردة ، تعنى لديه « بدون ارادة الكل » (١٣٦).

ومع ذلك فإنه يوجد تطبيق يدعو للصدمة فى تحول عقد المزارعة الى عقد إيجار أرض زراعية . فالمادة ٨٦٢ من التقنين الزراعى الفرنسى تنص على أن « كل عقد مزارعة يجب أن يتحول الى عقد إيجار أرض زراعية إذا طلب ذلك المالك أو الزارع » . وقد اعتبر البعض أن هذا النص خطير للغاية (١٣٧)، وغير مفهوم (١٣٨)، « ويخالف كل مبادئ القانون المدنى » (١٣٩) . فالأمر يتعلق كما يقول الأستاذ سافتييه ، « بتحطيم عقد ، ووضع شئ مختلف عنه تماماً ، نفرضه على أحد المتعاقدين بناء على طلب المتعاقد الآخر » (١٤٠). وكما يقول الأستاذ ريبير ، « كل هذه التعديلات تتم بفعل الارادة المنفردة » (١٤١). فالإرادة المنفردة ، تقضى بضربة واحدة على كل الالتزامات الناشئة

---

(١٣٥) موران ، تفكك نظرية العقد ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٤٠ ، ص ٢١ .

(١٣٦) المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٠٧ ، الصفحات ٣٠٢ ، ٣٠٧ ، ٣٠٩ .

(١٣٧) ريبير ، اضمحلال القانون ، ص ١٨٣ ؛ القوى الخلاقة للقانون ، ص ٢٢٠ .

(١٣٨) سافتييه ، تطورات القانون ، المرجع السابق ، سيرى ، ١٩٥٩ ، ص ٢٦٦ .

(١٣٩) بلانيول وريبير وبولانچيه ، موسوعة القانون المدنى ، جـ ٣ ، ١٩٥٨ ، ص ٦٣٧ .

(١٤٠) مناقشة مشكلة تدخل الدولة فى العقود ، اعمال كابتان ، ١٩٤٥ ، ص ١٦٤

(١٤١) ريبير ، نظام ايجار الأرض الزراعية ، داللوز ، ١٩٤٦ ، ١ .

عن عقد المزارعة ، وتنشئ بدلاً منها التزامات جديدة تدخل فى إطار عقد آخر ، هو عقد إيجار الأرض الزراعية . والتجديد هنا ضرورى . ولكنها حالة نادرة استثنائية .

٢٨٨ - التجديد التشريعى والتجديد القضائى :

كل تعديل للالتزام العقدى ، صادر عن سبب بعيد عن إرادة المتعاقدين ، يؤدى بالضرورة الى تجديد هذا الالتزام . فإذا كان التعديل صادراً عن ارادة المشرع فإن التجديد يكون تشريعيًا ، وإذا كان صادراً عن ارادة القاضى ، فإن التجديد يكون قضائياً .

ولكن لا ينبغى أن يغيب عن النظر أن القاضى لا يستطيع تعديل العقد ، بدون تفويض صريح من القانون فى مصادره المختلفة ، والتى يحتل التشريع المكان البارز فيها . فالغالب أن القاضى يقوم بتعديل العقد بتفويض صريح من المشرع .

والغالب أن المشرع عندما يريد تعديل العقود فإنه يلجأ الى القاضى ، ولا يقوم بذلك بنفسه مباشرة .

ومع ذلك فإن الفرق بين التعديل التشريعى للعقد ، والتعديل القضائى يظل واضحًا تماماً ، ويستمد معياره من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضى . فلا يجوز الحديث عن تعديل قضائى إلا إذا كان القاضى يتصرف فى العقد بإرادة حرة . ولا يجوز الحديث عن الالتزام القضائى إلا فى الحالات التى يسلم فيها المشرع العقد الى عدالة القاضى . فيجب أن تكون للقاضى سلطة تقديرية حتى يكون تدخله خالقاً ومنشئاً للالتزام . وحسب التعبير المتميز للأستاذ السنهورى ، فإن المشرع المصرى عندما طبق نظرية الظروف الطارئة فإنه « أطلق يد القاضى فى العقد» (١٤٢). فالأمر يتعلق هنا ، بتجديد قضائى بمعنى الكلمة .

---

(١٤٢) السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٦٤٦ .

وغنى عن الذكر أن القاضى ، عندما يستخدم سلطته التقديرية ، فإنه لا يسىء استعمالها . والقانون عندما يمنح القاضى مثل هذه الحرية، فإنه يعبر عن ثقته فيه . القانون يفترض فعلاً أن القاضى هو «تجسيد للعدالة» كما يقول أرسطو (١٤٣). وكما يقول توماس الأكوينى أنه بالرجوع الى أرسطو « فإن القاضى يأخذ ممن لديه زيادة ما هو أكثرمن النصف ، ويضيف ما أخذه الى من لديه النصيب الأصغر»(١٤٤) . وهكذا فإن القاضى كما يقول أرسطو أيضًا « يمسك بالميزان متساوياً بين الطرفين » (١٤٥). وإذا أخطأ القاضى فى حكمه فى بعض الأحيان ، فإن هذا هو ثمن الرجوع الى إرادة انسانية لتحقيق العدل . وهو ثمن لا بد من دفعه فى العالم الذى نعيش فيه .

والواقع أن تعديل القاضى للعقد لا يعدو أن يكون استبدالاً لوسيلة فنية بوسيلة فنية أخرى ، تبين عجزها عن إدراك الهدف منها فى بعض الحالات الخاصة .

والسلطة التقديرية للقاضى تعتمد على طبيعة القاعدة القانونية التى تقرر إمكانية تعديل العقد ، وما إذا كانت هذه القاعدة جامدة أم مرنة . والقاضى يستمد سلطته التقديرية من القواعد المرنة . وهذا يدعونا الى دراسة فكرة المعيار القانونى .

٢٨٩ - المعيار القانونى : فكرة أسئ فهمها بسبب الترجمة الخاطئة للكلمة الانجليزية rule :

كلمة معيار أو standard باللغة الانجليزية ، أخذت أهمية كبيرة فى الفقه الفرنسى ، سواء من أنصار الفكرة التى تعبر عنها هذه الكلمة أو من خصومها .

ومن أنصار هذه الفكرة الأستاذ موران الذى يرى فيها « العلاج

---

(١٤٣) أرسطو ، الأخلاق ، ٥ ، ٤ ، ٧ .

(١٤٤) توماس الأكوينى ، اللاهوت ، السؤال ٥٨ ، ١ ، ٥ .

(١٤٥) أرسطو ، الأخلاق ، ٥ ، ٤ ، ٨ .

الضرورى لمشكلة العقد ، بل لمشكلة التشريع » . وهو يهنئ نفسه لأنه كان أول من دافع عنها أما الجمعية الفرنسية للفلسفة فى جلستها بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٢٤(١٤٦) . والأستاذ الكبير هوريو يعتبرها من « العناصر الحاسمة ، التى تشرح الأزمة التى يواجهها فى الوقت الحاضر القانون الخاص » (١٤٧) . وقد ذهب الأستاذ السنهورى الى حد القول بأنها فكرة تسمو على مذهب التفسير لفرانسوا جنى(١٤٨) .

ومن خصوم الفكرة نجد الأستاذ مورى لا يجد صعوبة فى أن يتحدث عن « منظرى» أو أتباع نظرية المعيار (١٤٩) .

ومع ذلك فإن هذا التقدير المبالغ فيه لأهمية هذه الفكرة ، لم يذهب دون اثارة رد فعل عكسى مبالغ فيه ايضًا . فنجد الأستاذ ديجى يتساءل، « لماذا نستخدم كلمة انجليزية وبربرية فرنسية للتعبير عن أشياء سهلة وقديمة قدم العالم نفسه » (١٥٠) ؟

وسواء اتفق الفقهاء أو اختلفوا حول أهمية فكرة المعيار ، فإنهم مع ذلك يتفقون جميعاً على أن المعيار هو وسيلة للتعبيرعن القانون ، مختلفة عن القاعدة وقابلة للمقارنة بها . وكل الأدب القانونى فى الموضوع ، يهتم قبل كل شىء ، بإبراز « الفروق العميقة التى تميز وتفصل بين هاتين الوسيلتين المتعارضتين تمامًا » ، حسب تعبير الأستاذ ستاتى الذى وضع رسالته للدكتوراه عن هذه الفكرة(١٥١) .

---

(١٤٦)مورلن ، التشريع والعقد ، المرجع السابق ، ص ٤٦ – ٤٧ .

(١٤٧) هوريو ، البوليس القانونى وجوهر القانون ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٢٦ ، ص ٢٩٤ .

(١٤٨) عبد الرزاق السنهورى ، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل فى القانون الانجليزى ، رسالة ، ليون ، ١٩٢٥ ، ص ٣٦ – ٣٧ .

(١٤٩) مورى ، ملاحظات حول طرق التعبير عن القانون ، القواعد والمعايير ، فى الدراسات المهداة الى لامبير ، ١٩٣٨ ، جـ ١ ، ص ٤٢٣ .

(١٥٠) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٦٨ .

(١٥١) مارسيل ستاتى ، المعيار القانونى ، رسالة ، باريس ، ١٩٢٧ ، ص ١٠٣ .

أو كما يقول الأستاذ السنهوري في رسالته للدكتوراه ، فإن « المعيار يختلف عن القاعدة في طبيعته وفي وظيفته وفي مجال تطبيق » (١٥٢).

والأمر يتعلق كما يقول هوريو « بوسيلة من وسائل الصياغة المنافسة لفكرة القاعدة القانونية » (١٥٣). والبعض مثل الأستاذ السنهوري يؤكد « سمو فكرة المعيار على فكرة القاعدة » (١٥٤) ، أما البعض الآخر مثل الأستاذ موري ، فيرى أن المعيار « أقل في القيمة من القاعدة» (١٥٥) .

وعلى خلاف هؤلاء الفقهاء الكبار ، نرى من الواجب أن نؤكد أن النظام القانوني في فرنسا وفي مصر يقوم فقط على القواعد القانونية. والمعيار لا يدخل أبداً في منافسة أو مقارنة مع القاعدة . **لأنه لا وجود للمعيار خارج القاعدة** . فهو لا يمكن تصوره إلا على أساس أنه جزء منها . وهذا يحول دون أية مقارنة بينهما .

والواقع أنه توجد مقارنة في القوانين الأنجلوأمريكية بين الـ stan-dard المعيار وبين الـ rule الأمر . ولكن من الخطأ ترجمة الكلمة الانجليزية rule بالكلمة الفرنسية règle أي قاعدة ، وبالتالي ترجمة التفرقة بين المعيار والأمر إلى تفرقة بين المعيار والقاعدة .

ولكن ما هو الأمر في القانون الأنجلوأمريكي ؟ للإجابة على هذا السؤال يقول الأستاذ روسكو بواند ، هو « حل محدد لغرض محدد»(١٥٦) . فالأمر يتميز بالتحديد والجمود ، ولا علاقة لهذا بالقاعدة القانونية التي قد تكون مرنة أو جامدة ، حسب الأحوال .

وحسب الأستاذ لامبير ، فإن كلمة rule هي كلمة انجليزية . لا

---

(١٥٢) عبد الرزاق السنهوري ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٣٨ .

(١٥٣) هوريو ، البوليس القانوني وجوهر القانون ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

(١٥٤) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(١٥٥) موري ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ .

(١٥٦) روسكو بواند ، مقدمة لفلسفة القانون ، ١٩٢٢ ، ص ١١٥

يمكن ترجمتها الى اللغة الفرنسية (١٥٧). أليس من المؤسف إذن أن تترجم كلمة غير قابلة للترجمة إلى اصطلاح القاعدة القانونية التى يقوم عليها النظام القانونى سواء فى فرنسا أو فى مصر ؟ بل لعله أخطر من ذلك أيضًا أن يتم تشويه معنى القاعدة القانونية بإعطائها نفس معنى كلمة rule الانجليزية .

« فالقاعدة كما يقول الأستاذ السنهورى ، تعطى حلاً جامداً لفرض محدد . جمود وتحديد بالنسبة للواقع ، وجمود وتحديد بالنسبة للحل الذى ينطبق على هذا الواقع »(١٥٨) .

والحقيقة غير ما يقوله الأستاذ السنهورى . فالقاعدة القانونية لا تتميز دائمًا بالجمود ، فهى إما أن تكون مرنة أو جامدة . وكل قاعدة قانونية تتحلل الى عنصرين : العنصر الأول هو الفرض hypothèse والعنصر الثانى هو الحل solution . وتكون القاعدة مرنة إذا كان الفرض فيها مرناً ، أو كان الحل فيها مرناً ، أو كان كل منهما كذلك . ويكون الفرض فى القاعدة مرنا إذا كانت العبارة المستخدمة فى تحديد الفرض غير محددة تحديداً دقيقاً ، بل كانت عبارة مرنة يمكن أن تتسع فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع . والعبارة المرنة هى العبارة المطاطة elastique . أو العبارة (الكاوتشوك) على حد تعبير الأستاذ جنى(١٥٩) . ويمكن أن يطلق على العبارة المرنة أيضًا اصطلاح المعيار standard .

---

(١٥٧) لامبير ، حكومة القضاة والصراع ضد التشريع الاجتماعى فى الولايات المتحدة ، ١٩٢١ ، ص ٢٠٥ هامش ١ .

(١٥٨) عبد الرزاق السنهورى ، المعيار القانونى ، فى الدراسات المهداة الى جنى ، ١٩٣٥ ، جـ ٢ ، ١٤٥ . وهكذا نجد الأستاذ السنهورى يؤكد بعد عشر سنوات تقريبًا من كتابه رسالته ، نفس الأفكار التى أبداها فى الرسالة من قبل . ومع ذلك فهو بعد أن قرأ النقد الذى وجهناه فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، لهذه الأفكار لم يعترض واكتفى بالقول لنا « لقد أمسكت بنا بقوة فى هذا الموضوع » .

(١٥٩) جنى ، طريقة التفسير ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٨٣

فالمعيار إذا دخل فى فرض القاعدة أو دخل فى حلها ، أو دخل فى كل منهما ، جعل القاعدة مرنة فى مجموعها . فهو إذ وجد فإنما يوجد داخل القاعدة ولا تجوز أبداً مقارنته بها . فالمعيار هو الوسيلة الفنية لصياغة القواعد القانونية المرنة (١٦٠).

والخصيصة الأساسية التى تميز الحكم المنشئ للالتزام هى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضى . وسندرس فى الفصل الثالث فكرة السلطة التقديرية بطريقة أشمل . ويكفى أن نلاحظ الآن أن السلطة التقديرية مرتبطة وناتجة عن القواعد المرنة التى تعطى للقاضى حرية التقدير . والقاعدة المرنة هى تلك التى تدخل المعايير المرنة فى تكوينها، أى فى فرضها أو فى حلها.

٢٩٠ - خلاصة :

يتضح من كل ما سبق أن العقد هو الإرادة ، وأن التعديل الضرورى والآمر يتجه ضد الإراده . وتعديل العقد ليس شئ آخر غير احلال وسيلة صياغة فنية جديدة محل فكرة العقد . فقوة جديدة تحل محل قوة العقد . والقوة الجديدة قد تكون الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ، أو إرادة المشرع ، أو إرادة القاضى . وحتى يكون الحلول قضائياً ، ينبغى أن يتصرف القاضى بحرية فى العقد ، وينبغى أن يصدر التعديل فعلا عن إرادته الخاصة . وبالحلول محل العقد ، فإن الحكم يخلق التزاماً جديداً هو الالتزام القضائى ، الذى يحل محل الالتزام العقدى الذى انقضى من قبل . فيوجد إذن حلول لقوة محل قوة أخرى ، وحلول لالتزام محل التزام آخر . كل ذلك يحدث فى نفس الوقت ، لأن الأثر لا ينفصل أبداً عن السبب .

---

(١٦٠) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ١٤ ، ص ٤٤ وما بعدها

يمكن ترجمتها الى اللغة الفرنسية (١٥٧). أليس من المؤسف إذن أن تترجم كلمة غير قابلة للترجمة إلى اصطلاح القاعدة القانونية التى يقوم عليها النظام القانونى سواء فى فرنسا أو فى مصر ؟ بل لعله أخطر من ذلك أيضًا أن يتم تشويه معنى القاعدة القانونية بإعطائها نفس معنى كلمة rule الانجليزية .

« فالقاعدة كما يقول الأستاذ السنهورى ، تعطى حلاً جامداً لفرض محدد . جمود وتحديد بالنسبة للواقع ، وجمود وتحديد بالنسبة للحل الذى ينطبق على هذا الواقع »(١٥٨) .

والحقيقة غير ما يقوله الأستاذ السنهورى . فالقاعدة القانونية لا تتميز دائمًا بالجمود ، فهى إما أن تكون مرنة أو جامدة . وكل قاعدة قانونية تتحلل الى عنصرين : العنصر الأول هو الفرض hypothèse والعنصر الثانى هو الحل solution . وتكون القاعدة مرنة إذا كان الفرض فيها مرناً ، أو كان الحل فيها مرناً ، أو كان كل منهما كذلك . ويكون الفرض فى القاعدة مرنا إذا كانت العبارة المستخدمة فى تحديد الفرض غير محددة تحديداً دقيقاً ، بل كانت عبارة مرنة يمكن أن تتسع فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع . والعبارة المرنة هى العبارة المطاطة elastique . أو العبارة (الكاوتشوك) على حد تعبير الأستاذ جنى(١٥٩) . ويمكن أن يطلق على العبارة المرنة أيضًا اصطلاح المعيار standard .

---

(١٥٧) لامبير ، حكومة القضاة والصراع ضد التشريع الاجتماعى فى الولايات المتحدة ، ١٩٢١ ، ص ٢٠٥ هامش ١ .

(١٥٨) عبد الرزاق السنهورى ، المعيار القانونى ، فى الدراسات المهداة الى جنى ، ١٩٣٥ ، جـ ٢ ، ١٤٥ . وهكذا نجد الأستاذ السنهورى يؤكد بعد عشر سنوات تقريبًا من كتابه رسالته ، نفس الأفكار التى أبداها فى الرسالة من قبل . ومع ذلك فهو بعد أن قرأ النقد الذى وجهناه فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، لهذه الأفكار لم يعترض واكتفى بالقول لنا « لقد أمسكت بنا بقوة فى هذا الموضوع » .

(١٥٩) جنى ، طريقة التفسير ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٨٣

فالمعيار إذا دخل فى فرض القاعدة أو دخل فى حلها ، أو دخل فى كل منهما ، جعل القاعدة مرنة فى مجموعها . فهو إذ وجد فإنما يوجد داخل القاعدة ولا تجوز أبداً مقارنته بها . فالمعيار هو الوسيلة الفنية لصياغة القواعد القانونية المرنة (١٦٠).

والخصيصة الأساسية التى تميز الحكم المنشئ للالتزام هى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضى . وسندرس فى الفصل الثالث فكرة السلطة التقديرية بطريقة أشمل . ويكفى أن نلاحظ الآن أن السلطة التقديرية مرتبطة وناتجة عن القواعد المرنة التى تعطى للقاضى حرية التقدير . والقاعدة المرنة هى تلك التى تدخل المعايير المرنة فى تكوينها، أى فى فرضها أو فى حلها.

٢٩٠ - خلاصة :

يتضح من كل ما سبق أن العقد هو الإرادة ، وأن التعديل الضرورى والآمر يتجه ضد الإراده . وتعديل العقد ليس شئ آخر غير احلال وسيلة صياغة فنية جديدة محل فكرة العقد . فقوة جديدة تحل محل قوة العقد . والقوة الجديدة قد تكون الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ، أو إرادة المشرع ، أو إرادة القاضى . وحتى يكون الحلول قضائياً ، ينبغى أن يتصرف القاضى بحرية فى العقد ، وينبغى أن يصدر التعديل فعلا عن إرادته الخاصة . وبالحلول محل العقد ، فإن الحكم يخلق التزاماً جديداً هو الالتزام القضائى ، الذى يحل محل الالتزام العقدى الذى انقضى من قبل . فيوجد إذن حلول لقوة محل قوة أخرى ، وحلول لالتزام محل التزام آخر . كل ذلك يحدث فى نفس الوقت ، لأن الأثر لا ينفصل أبداً عن السبب .

---

(١٦٠) راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، فقرة ١٤ ، ص ٤٤ وما بعدها

الفصل الثالث

تطبيقات وتحليل وآثار الحكم المنشئ للالتزام

منطوق نظرية الالتزام القضائى هو الآتى : عندما يقوم الحكم بتعديل التزام عقدى فإنه يؤدى الى انقضائه ، وانشاء التزام جديد يحل محله . ويكون الحكم فى هذه الحالة مجدداً ومنشئاً ومصدراً للالتزام. وسندرس فى مطلب أول تطبيقات هذه الفكرة ، وندرس فى مطلب ثان تحليل الحكم المنشئ للالتزام مع بيان آثاره .

المطلب الأول

تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام فى فرنسا وفى مصر

٢٩١ - الغبن بالمعنى الواسع :

تطبيقات الالتزام القضائى سواء فى فرنسا أو فى مصر تستجيب الى فكرة فنية واحدة . وهذه الفكرة تصلح للتطبيق على أى قانون يسمح للقاضى بتعديل العقد . وهكذا فإن التطبيقات التى ندرسها الآن، يمكن ان تزيد أو تنقص أو تستبدل بغيرها ، دون أن يؤثر ذلك فى فكرة الالتزام القضائى ذاتها .

ومن ناحية الموضوع ، فإن كل هذه التطبيقات يمكن ردها الى **فكرة الغبن ، بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح ، أى عدم التعادل فى الالتزامات المتقابلة .**

ومع ذلك فليس من الصحيح القول بأن كل عدم تعادل موضوعى فى الأداءات هو دليل على الظلم أو عدم العدل . فالعقد يقوم على المقابل الرضائى . وحتى من وجهة نظر المبادئ الأخلاقية ، فإننا لا نستطيع أن نتجاهل دور الإرادة فى تحقيق العدل التبادلى . فمجرد عدم التعادل الموضوعى فى الأداءات المتقابلة ، لا يكفى فى ذاته للتعرف على الظلم فى العقد .

وعلى العكس عندما يضاف الى عدم التعادل الموضوعى للأداءات

عنصر آخر مثل عدم خبرة أحد المتعاقدين ، أو استغلال أحد المتعاقدين للآخر ، أو عدم التعادل فى القوة الاقتصادية للطرفين ، أو وقوع أحداث طارئة غير متوقعة .. الخ فإن العقل يستطيع فى أى من هذه الحالات أن يستخلص وجود الظلم فى العقد ، ويسمح بالتالى بتعديله .

ومن ناحية أخرى فإن العنصر الإضافى الذى يسمح باكتشاف الظلم والتعرف عليه ، قد يوجد فى شخص المتعاقد ، أو طبيعة العقد ، أو فى ظروف خارجية .

ولهذا فإن التفرقة بين غبن موضوعى وغبن شخصى لا تبدو لنا مقبولة . **لأن الغبن دائماً موضوعى . فهو يتمثل فى عدم التعادل بين الأداءات .**

والعنصر الذى يسمح باستخلاص الإدانة الأخلاقية للعقد ، من عدم التعادل الموضوعى بين الالتزامات ، قد يكون عنصراً شخصياً متعلقاً بأحد المتعاقدين (عدم خبرته ، استغلاله بواسطة المتعاقد الآخر... الخ) . ولكنه قد يكون متعلقاً بطبيعة العقد ، كالطبيعة الفنية أو المهنية لبعض العقود . وقد ينتج أخيراً من ظروف خارجية مثل الظروف الطارئة . وفى أى فرض من الفروض السابقة فإن هذا العنصر لا يدخل فى تكوين فكرة الغبن ذاتها ، أى عدم التعادل فى الالتزامات . وظيفة هذا العنصر الإضافى فقط ، هى استخلاص المعنى الأخلاقى من عدم التعادل الموضوعى . **هذا العنصر الاضافى هو الذى يسمح بالتعرف على حيلة العدالة فى العقد الظالم ، ويبرر بالتالى تعديله** . أما فكرة الغبن فهى دائماً واحدة . ولكن التعرف على الغبن ، واكتشافه هو الذى يقتضى الاستعانة بعنصر آخر قد يكون شخصياً أو غير ذلك .

والغبن إما أن يكون مصاحباً لوقت ابرام العقد ، أو أن يطرأ بعد ابرام العقد . وسندرس هذين النوعين فى مبحثين متتاليين .

المبحث الأول

الغبن المعاصر للعقد

لا تهدف دراستنا الى اظهار الفروق بين القانون الفرنسى والقانون المصرى ، بقدر ما تهدف الى دراسة تطبيقات مبدأ واحد على قانون كل من البلدين . وتختلف التطبيقات التى ندرسها هنا ، بحسب العنصر الاضافى الذى تحدثنا عنه فى الفقرة السابقة . وبعض هذه التطبيقات توجد فى قانون كل من البلدين ، ولكن البعض الآخر يوجد فى قانون احدهما فقط . وندرس أولاً استغلال أحد المتعاقدين بواسطة المتعاقد الآخر .

٢٩٢ - الاستغلال طبقًا للمادة ١٢٩ من القانون المدنى المصرى :

لمواجهة مشكلة « التعامل الفنى مع الغبن » حسب تعبير مارتى ورينو (١)، وهى مشكلة اعتبرها البعض « غير قابلة للحل » (٢)، فإنه يجب الرجوع ، كما ذكرنا من قبل الى عنصر آخر مصاحب لعدم التعادل الموضوعى فى الأداءات المتقابلة . ويأتى هذا العنصر « ليقوى الغبن ويكشف عن وجهه القبيح » (٣).

فعدم التعادل الموضوعى لا يكفى بمفرده . فلا يمكن اعتبار الغبن « كعيب فى العقد ذاته » ، كما يذهب الى ذلك البعض (٤).

وهكذا فإن المشرع المصرى ، وحتى يتمكن من محاربة عدم التعادل الجسيم بين الالتزامات المتقابلة ، فقد لجأ فى نص عام فى

---

(١) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، ص ١٤٩ .

(٢) ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، ص ١٠٥ .

(٣) بيران ، دراسة حول قابلية الالتزامات المبالغ فيها للتخفيض ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .

(٤) كلايسكنز ، الغبن فى العقود فى بلجيكا ، أعمال كابتان ، ١٩٤٥ ، ص ٢٠٢ ، ص ٢٠٥ .

نظرية الالتزامات الى عنصر إضافى شخصى هو استغلال أحد المتعاقدين للآخر . فيجب أن يثبت طبقًا للمادة ١٢٩ « أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً » . فالأمر يتعلق **إذن بإضافة فكرة جديدة هى فكرة الاستغلال ، الى الفكرة المقصودة أصلاً وهى فكرة الغبن** . وهذه عملية متعارضة تماماً مع ما يسميه دابان حذف الأفكار (٥) . ولا يتعلق الأمر كذلك بإحلال فكرة محل أخرى كما يعتقد جنى ، لأن العنصر الشخصى يضاف الى عدم التعادل الموضوعى ولا يحل محله .

ومن ناحية أخرى فإن العنصر الشخصى الذى يقصده التقنين المدنى المصرى ، هو عنصر مركب يتعلق بكل من المتعاقدين فى نفس الوقت . والاستغلال يعنى أن المستغل قد ارتكب خطأ ، وأن إرادة من وقع عليه الاستغلال أصبحت معيبة (٧) . وبعض التقنينات الأخرى مثل التقنين الألمانى لا تنظر الى الاستغلال إلا من ناحية من وقع منه الاستغلال . وطبقًا للمادة ١٣٨ من هذا التقنين فإن الاستغلال يمثل اعتداء على الآداب العامة . فالأمر يتعلق « بجريمة مدنية » ، كما يقول سالى (٨) . ونفس الفكرة توجد فى القانون الانجليزى تحت اسم «اساءة استعمال النفوذ » (٩) . والواقع كما يقول الأستاذ ديمونتيز ،

---

(٥) طبقًا للأستاذ دابان ، فإن عدم الاعتداد بالعنصر الشخصى ، والاعتداد فقط بالعنصر الموضوعى ، هو بمثابة حذف واستبعاد (دابان ، صياغة القانون الوضعى ، ص ١٥٨-١٦١) . والصحيح أن الاعتداد بالعنصر الشخصى لا يشكل اى حذف أو استبعاد ، لأن الغبن يتمثل فى عدم التعادل الموضوعى . أما إضافة العنصر الشخصى فهو الذى يعتبر اضافة لفكرة جديدة.

(٦) جنى ، العلم والصياغة ، جـ ٣ ، ص ٦٤ - ص ٦٥ .

(٧) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٣٦٨ .

(٨) سالى ، الاعلان عن الارادة ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ ؛ أضف فولكمار ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الألمانى ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .

(٩) جتردج ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الانجليزى ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .

المبحث الأول

الغبن المعاصر للعقد

لا تهدف دراستنا الى اظهار الفروق بين القانون الفرنسى والقانون المصرى ، بقدر ما تهدف الى دراسة تطبيقات مبدأ واحد على قانون كل من البلدين . وتختلف التطبيقات التى ندرسها هنا ، بحسب العنصر الاضافى الذى تحدثنا عنه فى الفقرة السابقة . وبعض هذه التطبيقات توجد فى قانون كل من البلدين ، ولكن البعض الآخر يوجد فى قانون احدهما فقط . وندرس أولاً استغلال أحد المتعاقدين بواسطة المتعاقد الآخر .

٢٩٢ - الاستغلال طبقًا للمادة ١٢٩ من القانون المدنى المصرى :

لمواجهة مشكلة « التعامل الفنى مع الغبن » حسب تعبير مارتى ورينو [١]، وهى مشكلة اعتبرها البعض « غير قابلة للحل » [٢]، فإنه يجب الرجوع ، كما ذكرنا من قبل الى عنصر آخر مصاحب لعدم التعادل الموضوعى فى الأداءات المتقابلة . ويأتى هذا العنصر « ليقوى الغبن ويكشف عن وجهه القبيح » [٣].

فعدم التعادل الموضوعى لا يكفى بمفرده . فلا يمكن اعتبار الغبن « كعيب فى العقد ذاته » ، كما يذهب الى ذلك البعض [٤].

وهكذا فإن المشرع المصرى ، وحتى يتمكن من محاربة عدم التعادل الجسيم بين الالتزامات المتقابلة ، فقد لجأ فى نص عام فى

---

(١) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، ص ١٤٩ .

(٢) ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، ص ١٠٥ .

(٣) بيران ، دراسة حول قابلية الالتزامات المبالغ فيها للتخفيض ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .

(٤) كلايسكنز ، الغبن فى العقود فى بلجيكا ، أعمال كابتان ، ١٩٤٥ ، ص ٢٠٢ ، ص ٢٠٥ .

نظرية الالتزامات الى عنصر إضافى شخصى هو استغلال أحد المتعاقدين للآخر . فيجب أن يثبت طبقًا للمادة ١٢٩ « أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً » . فالأمر يتعلق إذن بإضافة فكرة جديدة هى فكرة الاستغلال ، الى الفكرة المقصودة أصلاً وهى فكرة الغبن . وهذه عملية متعارضة تماماً مع ما يسميه دابان حذف الأفكار (٥) . ولا يتعلق الأمر كذلك بإحلال فكرة محل أخرى كما يعتقد جنى ، لأن العنصر الشخصى يضاف الى عدم التعادل الموضوعى ولا يحل محله .

ومن ناحية أخرى فإن العنصر الشخصى الذى يقصده التقنين المدنى المصرى ، هو عنصر مركب يتعلق بكل من المتعاقدين فى نفس الوقت . والاستغلال يعنى أن المستغل قد ارتكب خطأ ، وأن إرادة من وقع عليه الاستغلال أصبحت معيبة (٧) . وبعض التقنينات الأخرى مثل التقنين الألمانى لا تنظر الى الاستغلال إلا من ناحية من وقع منه الاستغلال . وطبقًا للمادة ١٣٨ من هذا التقنين فإن الاستغلال يمثل اعتداء على الآداب العامة . فالأمر يتعلق « بجريمة مدنية » ، كما يقول سالى (٨) . ونفس الفكرة توجد فى القانون الانجليزى تحت اسم «اساءة استعمال النفوذ » (٩) . والواقع كما يقول الأستاذ ديمونتيز ،

---

(٥) طبقًا للأستاذ دابان ، فإن عدم الاعتداد بالعنصر الشخصى ، والاعتداد فقط بالعنصر الموضوعى ، هو بمثابة حذف واستبعاد (دابان ، صياغة القانون الوضعى ، ص ١٥٨-١٦١) . والصحيح أن الاعتداد بالعنصر الشخصى لا يشكل أى حذف أو استبعاد ، لأن الغبن يتمثل فى عدم التعادل الموضوعى . أما إضافة العنصر الشخصى فهو الذى يعتبر اضافة لفكرة جديدة.

(٦) جنى ، العلم والصياغة ، جـ ٣ ، ص ٦٤ - ص ٦٥ .

(٧) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٣٦٨ .

(٨) سالى ، الاعلان عن الارادة ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ ؛ أضف فولكمار ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الألمانى ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .

(٩) جتردج ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الانجليزى ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .

لا يوجد فارق بين الخطأ ، وإساءة استعمال النفوذ ، إلا من ناحية الألفاظ المستخدمة فقط للتعبير عن نفس الشئ (١٠).

ومع ذلك فإن موقف هذا الأخير مع غيره من الفقهاء ، الذين يتجهون الى تغليب فكرة الخطأ فى الاستغلال ، ورفض الفكرة الأخرى عن الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة ، يبدو لنا مبالغاً فيه(١١). ونظراً لأن فكرة العيب فى الإرادة لا تتناقض مع فكرة الخطأ ، فإنه لا يوجد أدنى مانع فى الاستعانة بالفكرتين معاً فى نفس الوقت . وهذا ما فعله المشرع المصرى ، عندما جمع بين فكرة الغبن كعدم تعادل موضوعى فى الالتزامات ، وبين الفكرة المركبة الأخرى وهى فكرة الاستغلال التى تنطوى على خطأ أحد المتعاقدين ، والعيب فى إرادة المتعاقد الآخر فى نفس الوقت (١٢).

والغبن الذى يبرر فى نظر المشرع المصرى ، تدخل القاضى ، هو الغبن الجسيم . وهو ما يتحقق « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو مع التزامات المتعاقد الآخر » . **والعبارات المستخدمة فى هذا النص ، عبارات مرنة ، تسمح للقاضى بأن يمارس حرية واسعة للتقدير** . ويتفق الفقهاء المصريون على أن تقدير فداحة الغبن ، مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (١٣) . ونفس حرية التقدير تنطبق على العنصر النفسى وهو الاستغلال .

---

(١٠) ديمونتيز ، ملاحظات حول نظرية الغبن فى العقود ، فى الدراسات المهداة الى كابتان ، ص ١٧٩ - ١٨٠ .

(١١) ديمونتيز ، الغبن فى العقود بين البالغين سن الرشد ، باريس ١٩٢٤ . ، ص ٢١٣ ؛ فالين ، الفردية والقانون ، المرجع السابق ، ص ١٩٣ ؛ قارن موري ، فكرة للعادل ، للرجع السابق ، ص ١٦٩ - ١٧٠ .

(١٢) أنظرفى تحليل كل هذه العناصر ، مازو ، الغبن فى العقود ، أعمال كابتان ، المرجع السابق ، ص ١٨١ - ١٨٢ .

(١٣) السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٣٦٣ ؛ أنور سلطان ، مصادرالالتزام ، ١٩٥٦ ، ص ١٦٩ : توفيق فرج ، نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى،-

ولكن السلطة التقديرية للقاضي تبدو واضحة أكثر بشأن الجزاء على الغبن . فهو يختار بحرية بين إبطال العقد وتعديله ، وكما يقرر النص « جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » (١٤). وهكذا إذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد ، فإن القاضي غير ملزم بالاستجابة إلى طلبه ، فهو يستطيع تعديله بدلاً من إبطاله (١٥).

والواقع أن نظرية الالتزام القضائي تجد هنا تطبيقاً مثيراً للغاية . فالأمر يتعلق بتعديل عقد قابل للإبطال ، وبالتالي التجديد الضروري لالتزام قابل للإبطال .

ومن المعروف أنه يجوز الاتفاق على التجديد الرضائي للالتزام القابل للإبطال . ويعتبر الاتفاق الجديد الذي يتم بواسطته التجديد الرضائي ، بمثابة إجازة للالتزام القابل للإبطال في نفس الوقت . وباتجاه القاضي الى تعديل العقد ، بدلاً من إبطاله ، فإنه يجيز أولاً هذا العقد ، قبل أن يخرج منه التزاماً جديداً . والإجازة هنا ضرورية ، ومستقلة عن إرادة المضرور ، بل هي موجهة ضدها . ومن الآن فصاعداً فإن فكرة الإجازة الضرورية ، ينبغي أن تحتل مكاناً في نطاق النظرية العامة للإجازة .

ومن ناحية أخرى فإن سلطة تعديل العقد الممنوحة للقاضي ، غير مقيدة برقم معين . وحسب رأي الفقهاء في مصر فإن القاضي لا يقوم

= رسالة الاسكندرية ، ١٩٥٧ ، ص ٢٢٣ وما بعدها ؛ أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ١٩٥٤ ، ص ١٨٧ .

(١٤) وكما يقول الأستاذ مارتي فإن استخدام عبارة « جاز للقاضي » يقصد بها منح سلطة تقديرية للقاضي ؛ مارتي ، التفرقة بين الواقع والقانون ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٧٢ .

(١٥) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣٧٣ ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٣٩ ؛ سليمان مرقس ، مبادئ الالتزامات ، ١٩٦٠ ، ص ٢٩٣ ؛ أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ . ويرى الفقهاء المصريون أن القاضي لا يملك إبطال العقد إذا اقتصر المتعاقد المغبون على طلب التعديل .

بالضرورة بحذف كل الغبن ، ولكنه يقوم فقط بحذف الغبن الفادح، تاركاً بعض الغبن غير الجسيم فى العقد . والواقع أنه لا يوجد فى نص القانون ما يفرض على القاضى هذا الأسلوب فى معالجة الغبن . وفى تقديرنا أن القاضى يستطيع أن يمسك بالميزان عادلاً بين الطرفين حسب تعبير أرسطو .

وباختصار فإن التقنين المدنى المصرى يتضمن نصًا عامًا فى نظرية الالتزامات ، يسمح للقاضى بإجازة العقد القابل للإبطال بسبب الغبن ، وأن ينشئ بدلاً من الالتزامات الناشئة عنه ، التزامات قضائية جديدة . وهذا النص لا مقابل له فى التقنين المدنى الفرنسى ، وإن كان يوجد فى مشروع الالتزامات الفرنسى الايطالى ، فى المادة ٢٢ منه ، نص مشابه للنص الموجود فى التقنين المدنى المصرى (١٦) .

٢٩٣ - الالتزامات المبالغ فيها للقاصر المأذون طبقاً للمادة ٤٨٤ فقرة ٢ من تقنين نابليون :

عقود الإدارة التى تصدر عن قاصر مأذون هى عقود صحيحة بصفة عامة . ومع ذلك فإن القاضى يستطيع تخفيض الالتزامات المبالغ فيها التى ترد فى هذه العقود على عاتق القاصر . « والغبن فى ذاته لا يبرر التخفيض » (١٧). فالمشرع يستعين بعنصر مضاف للتعرف على الظلم فى العقد . وهو عنصر شخصى يتعلق بعمر المتعاقد . **وتقدير مدى المبالغة فى التزامات القاصر، يدخل فى نطاق السلطة التقديرية للقاضى**(١٨). ومن ناحية أخرى فإن القاضى غير ملزم بتخفيض الالتزامات المبالغ فيها ، فهو يملك إبطال العقد كله . وباختياره

---

(١٦) راجع مونتيل ، تعديل القاضى للعقود فى إيطاليا ، فى أعمال الأسبوع الدولى للقانون ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .

(١٧)مورى ، فكرة المعادل ، الرسالة السابقة ، ص ١٦٣ .

(١٨) لنظر فى التفرقة بين الالتزامات المبالغ فيها وعدم التعادل فى الالتزامات ، مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ١ ، ص ١١٠٣ .

للتعديل، فإن القاضى يجيز الالتزام القابل للإبطال . فالأمر يتعلق هنا أيضاً بتجديد ضرورى لالتزام قابل للإبطال .

والقضاء يطبق نفس الحل بشأن تعهدات غير كاملى الأهلية ، الذين لهم أهلية ابرام التصرفات اللازمة لحياتهم : كالسفيه (١٩)، والقاصر تحت الوصاية ، والزوجة التى هجرها زوجها (٢٠).

وهكذا فإن القاضى يضع نفسه مكان القاصر المأذون ، أو القاصر الموصى عليه ، ويقضى على التزامه المبالغ فيه ، وينشئ بدلاً منه التزاماً جديداً .

والنص الموجود فى قانون نابليون لا مقابل له فى القانون المدنى المصرى .

٢٩٤ - عقود المهنيين : الوكيل ، المحامى ، المهندس ، الطبيب ... الخ :

طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من التقنين المدنى المصرى « إذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر **خاضعاً لتقدير القاضى** ...» . وبهذا النص فإن التقنين المدنى المصرى يقرر قاعدة أنشأها القضاء الفرنسى . وكما تقول محكمة النقض الفرنسية « فإن المحاكم تختص **بتعديل أجر الوكيل المتفق عليه عندما لا يتناسب مع الخدمة التى أداها ، وذلك على خلاف عقد الإيجار** » (٢١).

---

(١٩) كابتان ، تعليق ، نقض عرائض ، ١٥ يوليو ١٩٠٣ ، داللوز ، ٤ ، ١ ، ١٢٩ .

(٢٠) بررو ، صياغة القضاء فى القانون الخاص ، ١٩٢٣ ، جـ ٢ ، ص ٢١٤-٢١٥.

(٢١) نقض مدنى ٢٩ يناير ١٨٦٧ ، داللوز ، ٦٧ ، ١ ، ٥٤ . وبحسب ما نعلم فإن أول حكم صدر فى الموضوع كان بمناسبة تخفيض أجر وكيل أعمال مكلف بتصفية تركة ، عرائض ١١ مايو ١٨٢٤ ، سيرى ، ١٨٢٥ ، ١ ، ١٣٣ .

وسواء فى مصر(٢٢) أم فى فرنسا(٢٣) ، فإن القضاء يأخذ بنفس الحل فى عقود المهنيين جميعًا ، كعقود المحامين ، والأطباء ، والمهندسين ، والوكلاء بالعمولة ، ولكنه لا يطبق نفس القاعدة على عقود البحث عن النسب نظراً للطبيعة الاحتمالية لهذه العقود (٢٤).

وقد أثبتنامن قبل ، أنه لا توجد أية فكرة مستمدة من نظرية العقد ، أو مستمدة بصفة خاصة من نظرية السبب ، يمكن أن تبنى عليها قاعدة تعديل العقد ، الموجهة أساسًا ضد العقد وضد الإرادة .والقاضى فى فرنسا وكذلك فى مصر ، فى غير الحالة المنصوص عليها فى التقنين ، يستمد سلطته فى تعديل عقود المهنيين من القضاء ، وليس من العقد . فالأمر يتعلق بقاعدة مصدرها القضاء تمنح القاضى سلطة تعديل بعض العقود وانشاء التزامات جديدة .

وهنا تظهر بوضوح العلاقة القوية بين القضاء ، وبين العمل القضائى الفردى . وهنا يظهر بوضوح أن سلطة القاضى فى خلق الالتزامات مستمد من سلط القضاء فى خلق القانون . فالقضاء يشترك مع غيره من مصادر القانون فى تعريف وتحديد الوظيفة القضائية . وهكذا فإنه فى نظرية صحيحة سواء للقضاء ، أو للعمل القضائى ، ينبغى مع الاحتفاظ بالتفرقة بينهما ، مراعاة تأثيرهما المتبادل، بل واعتماد أحدهما على الآخر وتداخله معه .

---

(٢٢) راجع الأحكام المشار اليها فى مقال محمد كامل ، قواعد الوكالة وتقدير اتعاب المحامين فى القانون المصرى ، مجلة القانون والاقتصاد ، ٧ ديسمبر ١٩٥٨ ، ص ٢٥ وما بعدها .

(٢٣) راجع الأحكام العديدة المشار اليها فى كابتان ، سبب الالتزامات ، طبعة ٣ ، باريس ١٩٢٧ ، ص ٢١٠ - ٢١٥ ؛ جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، ص ١١٣ ؛ بردو ، صياغة القضاء ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٢١٢ - ٢١٤ ؛ بيرو موريل، التعادل فى الالتزامات فى ابرام العقود ، ١٩٦١ ، ص ١٢٩ - ١٥٣ ؛ مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، ص١٤١ .

(٢٤) رواست ، تخفيض اتعاب خبراء الأنساب ، جيرس كلاسير ، ١٩٥٤ ، ١ ، ١١٧٩ ، نقض مدنى ، ١٧ ابريل ١٩٥٦ ، داللوز ، ١١٥٦ ، ٤٢٧ .

ومن الواضح **أن العنصر المضاف الذى يسمح للقانون بالتعرف على الظلم فى عقود المهنيين ، مستمد من طبيعة هذه العقود ذاتها** . والعنصر موضوع الاعتبار هو الطبيعة الفنية والمهنية لهذه العقود . فالعميل أو الزبون يعجز عادة عن تقدير الأتعاب المناسبة للأعمال المهنية (٣٥). وهكذا فإن القاضى يحمى العميل ضد جهله ، ويحافظ فى نفس الوقت على « كرامة المهن الحرة »(٣٦) .

وسلطة القاضى فى تخفيض الأتعاب المهنية ، هى سلطة تقديرية بمعنى أنه « يقدر بسلطة سيادية ، كما تقول محكمة النقض الفرنسية، طبيعة وأهمية الخدمات المبذولة » (٣٧). وهكذا فإن قاضى الموضوع يختص بتحديد الأجر العادل ، وهو يقوم بهذا التحديد على أساس العقل والعدل . والقانون الوضعى فى مصادره المختلفة لا يقدم للقاضى أى عنصر من عناصر التقدير يمكن ان يؤثر فى حكمه.

والأمر لايتعلق بمسألة من مسائل القانون . وتقدير القاضى للأجر العادل لا يخضع لرقابة محكمة النقض . وهكذا تحل إرادة القاضى محل إرادة المتعاقدين . فالأمر يتعلق بتجديد ضرورى بمعنى الكلمة . والالتزام الجديد هو التزام قضائى .

٢٩٥- عقود الإذعان طبقًا للمادتين ١٠٠ و ١٤٩ من التقنين المدنى المصرى :

العنصر الإضافى الذى يسمح للقانون بالتعرف على الظلم فى **هذه العقود ، هو كيفية ابرامها** . وهكذا حتى يسمح المشرع المصرى بمحاربة الغبن فى هذه العقود ، فإنه يعطى لها معياراً مستمداً من

---

(٣٥) ريبير ، بداية لقانون مدنى مهنى ، فى الدراسات المهداة الى كابتان ، ص ٦٨٥ - ٦٨٦ .

(٣٦) دى باج ، بمناسبة حكومة القضاة ، ١٩٣١ ، ص ١٤٣ .

(٣٧) نقض عرائض ٩ ديسمبر ١٩٣٠ ، جازيت ، ١٩٣١ ، ١ ، ١٢٦ ؛ اضف الأحكام المشار اليها فى كابتان ، السبب ، المرجع السابق ، ص ٣١١ ، هامش ١

طريقة ابرامها . وطبقاً للمادة ١٠٠ من التقنين المدنى « القبول فى عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » .

ويرجع الفضل الى الأستاذ سالى ، فى صك اصطلاح عقد الإذعان، لعدم وجود اصطلاح أفضل منه على حد قوله . وهو يضيف « هذه العقود لا تعدو أن تكون اعلانات متوازية بالإرادة المنفردة »(٢٨) . ويتفق الأستاذ موران مع هذه الفكرة التى تعتبر عقد الإذعان بمثابة « تعبير بالإرادة المنفردة من كل جانب » ، وليس بعقد حقيقى(٢٩) . فالأمر بالنسبة له يتعلق « بمركز تنظيمى » ، أو « مركز موضوعى » ، حسب اصطلاحات أساتذة القانون العام . ومن هؤلاء الأستاذ ديجى ، الذى يعتبر عقد الإذعان ، تصرفًا بالإرادة المنفردة صادراً ، لا عن الطرف القوى كما يقول عادة أعداء الصفة التعاقدية ، بل من الطرف الضعيف . وهو يشرح رأيه بالقول ، بأن ارسال خطاب بالبريد للاستفادة من الخدمة ، « لا يوجد عقداً ، ولكن يوجد فقط تصرفًا بالإرادة المنفردة ، وهو تصرف بالإرادة المنفردة للمرسل »(٣٠) . وبالنسبة للأستاذ جونو فإن الأمر يتعلق « بخلط وتهجين بين العقد والنظام » (٣١) . ففى كل عقد من عقود الإذعان يوجد جزء تعاقدى بمعنى الكلمة ، وجزء تنظيمى صادر عن الارادة المنفردة لأحد المتعاقدين الذى يفرض قانونه على المتعاقد الآخر .

هذه هى الأفكار الرئيسية لأعداء الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان : نظام قانونى ، أو مركز موضوعى ، أو تصرفين متوازيين بالإرادة

---

(٢٨) سالى ، الاعلان عن الارادة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ .

(٢٩) موران ، التشريع والعقد ، المرجع السابق ، الصفحات ١١٢ - ١١٣ .

(٣٠) ديجى ، التحولات العامة للقانون الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ : ديجى، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، ص ٣٧١ .

(٣١) جونو ، مبدأ سلطان الارادة ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٠٢ ، وكذلك الصفحات ٢٢٩ وما بعدها .

المنفردة لكل من الطرفين ، أو تصرف بالإرادة المنفردة للطرف القوى ، أو تصرف بالإرادة المنفردة للطرف الضعيف .

والواقع أن العنصر المميز لهذه العقود ، هو غياب أية مناقشة بين الطرفين سابقة على ابرام العقد . وهذا هو الذى سبب تردد الفقهاء وحيرتهم . فنجد الأستاذ جوسران يعلن تارة أن « أفكار أساتذة القانون العام يجب رفضها دون تردد » (٣٢). ويعلن تارة أخرى أن « عقد الإذعان هو عقد نموذجى ، شروطه محددة ومتكررة ، ولا توجد فيها إرادة للطرف المذعن » (٣٣) . وكذلك نجد الأستاذ ريبير يعلن مرة أن عقد الإذعان ليس له غير « ملابس العقد » (٣٤)، ويعلن فى مؤلف آخر أن « عقد الإذعان يبدو أكثر احتراماً من أى عقد آخر » (٣٥). ويعلن بعد ذلك فى لغة أقل حماساً أن « الفكرة القانونية لعقد الإذعان لا تعنى شيئاً كثيراً ولا تقدم فائدة تذكر » (٣٦).

والصحيح أنه لا يمكن اعتبار المناقشة السابقة بين الطرفين ، ولا المساواة الاقتصادية بينهما من شروط ابرام العقد . لأنه حتى فى العقود التى يتم التفاوض فيها بحرية فإنها لا تنعقد إلا فى اللحظة التى تتوقف فيها كل مناقشة ويتحول فيها رضاء كل من الطرفين الى إذعان. ولذلك فقد ظل القضاء الفرنسى مع جانب كبير من الفقه ، يؤيد الصفة التعاقدية فى هذه العقود (٣٧).

---

(٣٢) جوسران ، الصعود الحديث لفكرة العقد ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

(٣٣) جوسران ، نظرة عامة على الاتجاهات المعاصرة لنظرية العقود ، المرجع السابق ، ص ٩ .

(٣٤) ريبير ، النظام الاقتصادى والحرية التعاقدية ، المرجع السابق ، ص ٣٤٨ ؛ أضف النظام الديموقراطى ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ وما بعدها .

(٣٥) ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، ص ١٠١ .

(٣٦) ريبير ، القوى الخلاقة للقانون ، ص ٢٧٢ ؛ أضف ، بداية انشاء قانون مدنى مهنى ، المرجع السابق ، ص ٦٨٥ .

(٣٧) لامور لنديير ، التطور الحديث لقانون الالتزامات ، المرجع السابق ، الصفحات ٣٤٩ وما بعدها ؛ بررو ، صياغة القضاء فى القانون الخاص ، المرجع السابق ،-

والطريقة التى تتم بها ابرام هذه العقود لا تؤثر اطلاقاً فى طبيعتها التعاقدية ، ولكنها تسمح فقط باكتشاف شئ اخر ، وهو الظلم الناتج من شروط الأسد فى هذه العقود (٣٨) . **وهكذا فإن حيلة العدالة تصبح مكشوفة ، ويصبح التدخل فى العقد مبرراً** . وبسبب هذا التدخل فإن عقد الإذعان يفقد طبيعته التعاقدية (٣٩)، وليس بسبب الطريقة التى تم أصلاً ابرامه بها . والتدخل فى فرنسا يتم بواسطة المشرع . وهكذا فنحن نستخدم اليوم عبارة « العلاقة القانونية للعمل ، بدلاً من اصطلاح عقد العمل » . وكما يقول الأستاذ رواست ، فإن الالتزامات فى هذه العلاقة « ليس مصدرها إرادة الأطراف ، ولكنها تنشأ عن التشريع وبإرادة المشرع » (٤٠).

ومن ناحية أخرى فإن محكمة النقض الفرنسية تراقب تفسير عقود الإذعان ، وهو ما لا يدخل أصلاً فى وظيفتها (٤١). وقد يحدث أن تنشئ محكمة النقض فى هذه العقود ، التزاماً قضائياً مصدره القضاء وليس حكم القاضى ، مثل الالتزام بالسلامة فى عقد النقل . ولكن

= جـ ١ ، ص ٣٦ ؛ بلانيول وريبير وبولانجيه ، موسوعة القانون المدنى ، جـ ٢ ، فقرة ١٣٤ ، ص ٥٨ ؛ كولان وكابتان ، موسوعة القانون المدنى ، جـ ٢ ، ١٩٥٩ ، فقرة ٦٠٥ ، الصفحات ٣٣٥ وما بعدها ؛ مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، فقرة ١١٧ ، الصفحات ١٠١ وما بعدها ؛ ريبج ، دور الارادة فى التصرف القانونى ، المرجع السابق ص ٢٤٤ ؛ ومن الفقهاء غير الفرنسيين ، كلسن ، النظرية القانونية للعقد ، أرشيف فلسفة القانون ، ١ -٤ ، ١٩٤٠ ، ص ٧٢ .

(٣٨) ثالين ، الفردية والقانون ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

(٣٩) ميشيل ڤيلى ، نهضة واضمحلال المذهب الارادى فى القانون ، المرجع السابق، ص ٩٤ – ص ٩٥ ؛ سافتييه ، من القانون المدنى الى القانون العام ، المرجع السابق ، ص ٦٦ .

(٤٠) رواست ، مناقشة حول تدخل الدولة فى العقود ، فى أعمال كابتان ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ ؛ أضف ريبير ، القوى الخلاقة للقانون ، ص٢٧ .

(٤١)مارتى ، دور القاضى فى تفسير العقود ، المرجع السابق ، ص ٩٦ وما بعدها: فريميكور ، مناقشة لدور القاضى فى تفسير العقود ، فى أعمال كابتان ، ١٩٤٩ ، ص ٩٨ – ص ٩٩ .

القضاء الفرنسي لا يسمح للقاضي باجراء تعديل حقيقي لعقود الإذعان .

وفي مصر ، فإن التقنين المدني يؤكد في المادة ١٠٠ منه ، الطبيعة التعاقدية لهذه العقود ، وهو ما يؤيده الفقه المصري (٤٢) . ومن ناحية أخرى فإن التقنين المدني يضع نظامًا للتعديل الآمر والضروري والقضائي لعقود الإذعان . وكما تقرر المادة ١٤٩ « إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن ، وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وسلطة القاضي تقديرية سواء فيما يتعلق بتقدير الغبن ، أو فيما يتعلق بطريقة تعديل العقد المتسم بالغبن . ويتعلق الأمر بمسألة من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض(٤٣) . وبتعديل عقد الإذعان المنطوي على غبن ، فإن القاضي يحل محل الالتزام العقدي ، التزاماً قضائياً .

وباختصار فإن عقد الإذعان هو عقد حقيقي حتى ولو كان ظالماً في بعض الأحيان . والطريقة التي تتم ابرامه بها لا تؤثر في طبيعته العقدية، ولكنها تسمح فقط باكتشاف الظلم في شروطه ، وتبرر بالتالي تدخل الدولة . وهذا التدخل هو الذي يكلف هذه العقود حياتها ويجردها من طبيعتها التعاقدية . وبصفة خاصة فإن التعديل الآمر ، الضروري ، والقضائي لعقد الإذعان ، يؤدي الى انقضاء الالتزامات الناشئة عن هذه العقود ، ويخلق بدلاً منها التزامات قضائية .

---

(٤٢) السنهوري ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٢٣١ ؛ عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣ ؛ أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ ؛ أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ ؛ عبد المنعم الصدة ، عقود الإذعان ، رسالة ، القاهرة ، ١٩٤٦ ، ص ١٥٦ ؛ الصدة ، مصادر الالتزام ، ص ١١٤ .

(٤٣) ويتفق على ذلك كل الفقهاء المصريين السابق الاشارة اليهم .

٢٩٦ - الشرط الجزائى طبقًا للمواد ٢٢٣ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى :

يفرق الفقهاء بوضوح بين الشرط الجزائى من ناحية ، وبين شروط أخرى مثل الشروط المحددة للمسئولية ، والعربون ، والغرامة التهديدية، والالتزام البدلى أو الاختيارى ... الخ ،(٤٤) . ويقال عادة أن الشرط الجزائى هو التزام تابع أو فرعى . والصحيح أن الرجوع الى فكرة الالتزام الفرعى فى هذا المقام لا يبدو مقبولاً لأن القاعدة الأصولية فى التفسير هى أن الفرع يتبع الأصل ، وهذا يتعارض مع قاعدة عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائى والتنفيذ الفعلى .

ويمكن القول أن الشرط الجزائى هو جزء فرعى من أجزاء العقد ذاته ، بحيث لا يؤدى بطلانه الى بطلان العقد فى مجموعه طبقاً لنظرية انقاص العقد . ولكن الأمر لا يتعلق بالتزام فرعى بمعنى الكلمة .

والصحيح أن الشرط الجزائى يدخل فى تكوين الالتزام التعاقدى ذاته ، وبصفة خاصة فى عنصر المسئولية فى هذا الالتزام ، حسب تحليل الالتزام الى عنصرين : المديونية ، والمسئولية . ومصدر المسئولية هو العقد ذاته . وفى حالة وجود شرط جزائي أو تعويض اتفاقى فإن العقد يتجه بصفة خاصة الى تقدير المسئولية بمبلغ محدد من النقود . والشرط الجزائى لا يؤدى بطبيعة الحال الى تجديد الالتزام(٤٥)، لأنه جزء من هذا الالتزام . والمسئولية العقدية فيما نعتقد

---

(٤٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ، الموسوعة ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، فقرة ٨٣٤ الصفحات ٣٠٨ وما بعدها : كولان وكابتان ، الموسوعة ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، فقرة ٩١٥ ، الصفحات ٥١٠ وما بعدها ؛ كاربونييه ، القانون المدنى ، المرجع السابق ، جـ٢ ، فقرة ١٦١ ، الصفحات ٥٤١ وما بعدها ؛ مازو ، الدروس ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، فقرة ٥٤١ ، الصفحات ٦٢٠ وما بعدها ؛ مارتى ورينو، القانون المدنى ، جـ ٢ ، فقرة ٥٤٣ ، الصفحات ٥٩٠ وما بعدها ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ٥٨١ وما بعدها ؛ غانم ، أحكام الالتزام ، ص ١٤٧ وما بعدها .

(٤٥) راجع فى التفرقة بين الشرط الجزائى ، والتجديد المعلق على شرط . شارل-

لا تؤدى إلى حلول التزام جديد محل الالتزام العقدى .

وهكذا فإنه فى حالة عدم تنفيذ عنصر الواجب أو المديونية فى الالتزام ، فإن الدائن يستطيع تحريك عنصر المسئولية فى الالتزام ، أى تطبيق الشرط الجزائى . وكل اهمال أو تجاوز للشرط الجزائى هو تعديل للعقد .

ومراعاة للطبيعة العقدية للشرط الجزائى ولطبيعته الجزافية ، فإن التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٢٦ وما بعدها) كان لا يسمح بتعديله ، إلا فى حالة واحدة هى حالة التنفيذ الجزئى للالتزام (م ١٢٣١) . وتخفيض مبلغ التعويض فى هذه الحالة يكون بقدر ما تم تنفيذه ، وهو ما يتفق مع إرادة المتعاقدين . وكما يقول الأستاذ Veaux ، فإن «نجاح الشروط الجزائية أمام المحاكم كان كاملاً وتاماً »(٤٦) . ولم يكن هناك مجال للبحث فيما إذا كان الضرر الذى أصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ يعادل التعويض المتفق عليه أم لا.

ولكن المشرع الفرنسى الحديث أصدر قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ ، بتعديل نصوص التقنين المدنى فى هذا الشأن . وأصبح من الجائز للقاضى أن يعدل الشرط الجزائى بما يتفق مع الضرر الذى أصاب الدائن (٤٧). وهكذا فإن نظرية الالتزام القضائى تكتسب أرضًا جديدة مع مرور الوقت .

أما المشرع المصرى فقد اختار منذ البداية الوقوف الى جانب العدالة، وضد العقد وإرادة المتعاقدين . فإذا كان الهدف من الشرط الجزائى هو تعويض المتعاقد عن الضرر الذى أصابه بسبب عدم التنفيذ ، **فلا يجب إذن أن يوجد فارق كبير بين التعويض الاتفاقى وبين الضرر .**

- ماروانى ، الشرط الجزائى ، رسالة ، باريس ، ١٩٣٥ ، ص ٩٠ .

(٤٦) VEAUX ، الشروط الجزائية فى عقود القانون الخاص ، فى دراسات القانون المعاصر ، جـ ٢ ، ١٩٥٩ ، ص ٣٥ .

(٤٧) راجع جوستان ، القانون المدنى ، العقد ، ١٩٨٠ ، ص ٤٧٤ .

والعنصر الاضافى الذى يسمح للقاضى بالتعرف على الظلم فى الشرط الجزائى ، هو الطبيعة الجزافية لهذا الشرط .وهذا العنصر يهدد بتحويل كل عقود المعاوضة الى عقود احتمالية .

وفكرة الاحتمال لا تتفق أبداً مع عقود المعاوضة . ومن الصعب فى هذه العقود تقدير الضرر وقت ابرام العقد . وإذا كان من الممكن فى بعض الحالات القيام بهذا التقدير وقت ابرام العقد ، فلماذا يكون التقدير جزافيا وغير متناسب بالمرة مع الضرر ؟ لا يوجد سبب لذلك فى الواقع .

وهكذا فإن المشرع المصرى يمنع الظلم فى العقود ، ويجرد الشرط الجزائى من طبيعته الجزافية ، ولا يتحق ذلك إلا بتجريده من أهم صفاته . والشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقى ، لم يعد يلعب فى مصر اى دور ، **باستثناء دوره فى الاثبات** ، حيث ينقل عبء الاثبات الى المدين الذئ لم يقم بالتنفيذ ، ليثبت أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، أو أن الضرر مبالغ فيه ، أو أن الالتزام قد نُفذ فى جزء منه . ولذلك فليس صحيحا ما يقال من أن جواز تعديل التعويض الاتفاقى يجرده من كل فائدة عملية(٤٨) . وهكذا فإن المشرع يحل محل التنظيم الذى وضعه المتعاقدان ، تنظيماً جديداً ، قد يكون تشريعياً ، أوقضائياً . وكما نص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤من التقنين المدنى ، « **ويجوز** للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه » . والفقرة الثالثة تؤكد الطبيعة الآمرة لهذا الحكم .

ويلاحظ أنه فى حالة التنفيذ الجزئى للالتزام فإن تخفيض التعويض الاتفاقى يكون مطابقاً لإرادة المتعاقدين . أما فى الحالة الأولى التى يتم تخفيض التعويض الاتفاقى لأن التقدير كان مبالغاً فيه الى

---

(٤٨) قارن ، فاسيو ، الطبيعة القانونية للشرط الجزائى فى قوانين فرنسا ودول امريكا اللاتينية ، المجلة الدولية للقانون المقارن ، ١٩٤٩ ، ص ٣٢٢ .

درجة كبيرة ، فإن التعديل يؤدى الى تجديد ضرورى وأمر ومنشئ لالتزام قضائى . وسلطة القاضى فى التعديل هى سلطة تقديرية لا تخضع لرقابة محكمة النقض . وهكذا فإن القاضى يحل التزاماً قضائياً محل الالتزام العقدى(٤٩) .

٢٩٧ - الانقاذ البحرى والمساعدة البحرية طبقاً لاتفاقية بروكسل فى ٢٣ سبتمبر ١٩١٠ ، المطبقة فى مصر وفى فرنسا (٥٠):

اتفاقية بروكسل مطبقة فى العديد من دول العالم . وطبقاً للفقرة الأولى من المادة السابعة ، « كل اتفاق مساعدة أو انقاذ ، تم فى لحظة أو تحت تأثير الخطر ، يمكن بناء على طلب أحد الأطراف ، أن يلغى أو يعدل بواسطة القاضى ، إذا رأى أن الشروط المتفق عليها ليست عادلة» .

وهذا النص لا يضع حكماً لعيب من عيوب الإرادة ، ولكنه يضع حكماً للظلم فى العقد . فعدم التعادل فى الالتزامات هو الذى يبرر وحده تدخل القاضى . والظروف التى تم فيها ابرام العقد تمثل العنصر الإضافى الذى يسمح للمشرع باستخلاص الظلم من عدم التعادل الموضوعى فى الالتزامات . وسلطة تعديل العقد المقررة فى هذا النص ، هى سلطة ضرورية وأمرة وقضائية . وسلطة القاضى هى سلطة تقديرية بكل وضوح . فالتدخل فى العقد متوقف على إرادته . ونوع الجزاء يعتمد أيضاً على ذات الإرادة . فالعقد يمكن إبطاله أو تعديله حسب تقديره . وإذا اختار القاضى أن يعدل العقد ، فمعنى ذلك أنه أجاز أولاً العقد القابل للإبطال . وسيكون التجديد الضرورى فى هذه الحالة

---

(٤٩) ويلاحظ أنه فى حالة الغاء الشرط الجزائى لأن الدائن لم يلحق به أى ضرر (م ١/٢٢٤) ، وكذلك فى حالة عدم زيادة مبلغ التعويض حتى ولو جاوز الضرر قيمة التعويض إذا لم يكن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م ٢٢٥) . فإن شروط نظرية الالتزام القضائى لا تنطبق ، حيث أن الحل محدد فى التشريع ، ولا يمارس القاضى بشأنه اى سلطة تقديرية .

(٥٠) الاتفاقية مطبقة فى فرنسا بمقتضى قانون ٢٩ أبريل ١٩١٦ ، وفى مصر اعتباراً من أول يناير ١٩٤٤ (الوقائع المصرية، رقم ١٤ ، ٧ فبراير ١٩٤٤)

تجديداً لالتزام قابل للإبطال .

والفقرة الثانية من نفس النص تقرر « وفى جميع الأحوال ، إذا ثبت أن إرادة أحد المتعاقدين ، قد انتهكت بالتدليس أو السكوت ، أو أن التعويض مبالغ فيه بمعنى أو بآخر ، بحيث لا يتناسب مع الخدمة المبذولة ، فإن العقد يمكن إبطاله أو تعديله بواسطة القاضى ، بناء على طلب صاحب المصلحة من الطرفين » .

وطبقاً لرأى الأستاذ ريبير فإن « المحكمة تملك دائماً سلطة تعديل العقد ، فى كل الحالات التى تملك فيها إبطاله » (٥١).

والواقع أنه لا ينبغى القول كما يعتقد الأستاذ بيران ، بأن الإبطال يبرر التعديل طبقاً لمبدأ أن « من يملك الأكثر يملك الأقل » (٥٢) . على العكس فإن الإبطال يجعل التعديل أصعب فى القبول . فتعديل العقد القابل للإبطال يقتضى أقوى درجات السلطة التقديرية . لأنه قبل تعديل العقد ، لا بد من تطهيره من عيوبه . والواقع أن اعطاء القاضى سلطة إجازة العقد القابل للإبطال هو أمر خطير للغاية . ولذلك فنحن لا نوافق على تعديل العقود القابلة لإبطال إلا فى الحالات المنصوص عليها صراحة فى القانون . وفى هذه الحالات فإن التعديل يؤدى الى انشاء التزام قضائى .

وبهذا ننتهى من عرض تطبيقات التعديل القضائى للعقد بسبب الغبن المعاصر لابرام العقد ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، وقبل أن نختتم هذا المبحث فإننا نلاحظ أن القانون الفرنسى يعرف تطبيقات أخرى للتعديل الضرورى للعقد ، كما فى تعديل عقد بيع الحبوب طبقاً لقانون ٨ يوليو ١٩٠٧ ، المكمل بقانون ١٠ مارس ١٩٣٧ ، وتعديل

---

(٥١) جورج ريبير ، القانون البحرى ، طبعة ٤ ، جـ ٣ ، ص ١٤٠ .

(٥٢) بيران ، تخفيض الالتزامات المبالغ فيها ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ، والأستاذ يقيم كل نظريته على أساس هذا المبدأ .

عقد بيع المحل التجارى حسب قانون ٢٩ يونيو ١٩٣٥ ، وتخفيض الفوائد الاتفاقية طبقاً لمرسوم ٨ اغسطس ١٩٣٥ .

ولكن هذه التطبيقات لا تستجيب لشروط نظرية الالتزام القضائى ، خاصة شرط السلطة التقديرية للقاضى (٥٣) . فالتجديد طبقاً لهذه القوانين هو تجديد تشريعى وليس قضائياً . والتعديل يؤدى الى انشاء التزامات قانونية مصدرها القانون لا التزامات قضائية مصدرها حكم القاضى .

المبحث الثانى

الغبن الطارئ بعد ابرام العقد

٢٩٨ - الظروف الطارئة :

الفكرة الإضافية أو المضافة التى تسمح باستخلاص الظلم فى العقد، من عدم التعادل الموضوعى فى الالتزامات ، **هى فكرة الظروف الطارئة** . وهذه الفكرة تتمثل فى حواث استثنائية غير متوقعة ، تؤدى الى تحطيم اقتصاديات العقد . فالأمر يتعلق بغبن طارئ بعد ابرام العقد.

ونظرية الظروف الطارئة لا تعنينا فى هذا المقام إلا بالقدر الذى تؤدى فيه الى تعديل العقد بواسطة القاضى . ومن الممكن، أن يكون الجزاء أو الحل لمشكلة الظروف الطارئة هو أمر آخر غير التعديل القضائى للعقد . وهكذا فإن تطبيق هذه النظرية فى نطاق القانون الدولى العام لا تسمح إطلاقاً للمحاكم بتعديل المعاهدات(٥٤) .

---

(٥٣) والواقع أن المرسوم الخاص بتخفيض الفوائد الاتفاقية ، يعطى للقاضى بعض الحرية فى التقدير ، دون أن تصل هذه الحرية مع ذلك الى درجة السلطة التقديرية الحقيقية . راجع كابتان ، محاربة الربا ، داللوز الدورى، ١٩٣٥ ، ٦١

(٥٤) وكما يقول الأستاذ ليكا ، المحكمة ليست لديها سلطة تعديل المعاهدة ، وسائل تعديل الاتفاقات الدولية ، ١٩٦١ ، ص ٣١٤ . راجع فى الظروف الطارئة فى القانون الدولى العام ، لى فور ، القوة الملزمة للمعاهدات ، أرشيف فلسفة-

وفى القانون الإدارى فإن جزاء الظروف الطارئة هو فقط جزاء تعويضى « فالقاضى لا يستطيع هو نفسه أن يعدل شروط العقد الإدارى »(٥٥) . وطبقًا للقضاء الإدارى فإن الظروف الطارئة تخلق مركزاً خارج نطاق العقد ، تتم مواجهته بإجراء يكون أيضاً خارج نطاق العقد(٥٦) . فالقاضى يمنح المتعاقد تعويضاً ليساعده فى الخروج من صعوباته المؤقتة . والقاضى يخلق بدون شك التزامًا جديداً ، ولكن هذا الالتزام يضاف كنوع من « البناء العلوى »(٥٧) ، حسب تعبير الأستاذ هوريو ، الى الالتزام التعاقدى ولكنه لا يحل محله . ونظرية الظروف الطارئة فى القانون الإدارى تحكمها الطبيعة الخاصة لعلاقات هذا القانون . وكما يقول الأستاذ ڤالين ، فإن « الإدارة تعتبر المتعاقد معها كشريك إرادى ، بل كشريك لا يبغى الربح » (٥٨) . فهو على حد تعبير الأستاذ كابتان « ليس خصماً لها » (٥٩) .

ولذلك فمن المتفق عليه أن أية « نظرية فى القانون المدنى للظروف الطارئة ، ستكون بالضرورة مختلفة عن هذه النظرية فى القانون الإدارى » (٦٠) .

= القانون ، ١٩٤٠ ، ص ٩٤ : كلسن ، النظرية القانونية للاتفاق ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

(٥٥) دى لوبادير ، موسوعة العقود الإدارية ، جـ ٣ ، ١٩٥٦ ، ص ١١٦ - ص ١١٧ ؛ انظر المراجع العديدة ، كتابنا ، نظرية الالتزام القضائى ، ص ١٧٧ ، هامش ٥٨ .

(٥٦) لنظر التحليل النقدى لهذه الفكرة ، هوريو ، تعليق ، مجلس الدولة ، ٢٧ يونيو ١٩٢٩ ، سيرى ، ١٩٢٩ ، ٣ ، ٢٥ .

(٥٧) هوريو ، تعليق ، مجلس الدولة ٢٧ يونيو ١٩١٩ ، سيرى ، ١٩٢٠ ، ٣ ، ٢٥ .

(٥٨) ڤالين ، التطور الحديث فى العلاقات بين الدولة والمتعاقدين معها ، مجلة القانون العام ، ١٩٥١ ، ص ٥ ، ص ٣٤ .

(٥٩) كاتبان ، تعليق ، باريس ٢١ ديسمبر ١٩١٦ ، داللوز الدورى ، ١٩١٧ ، ٢ ، ٣٥ .

(٦٠) دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٧٧ : هوريو ، البوليس القانونى وجوهر القانون ، المرجع السابق ، ص ٢٩٠ .

وفى نطاق القانون المدنى فإن نظرية الظروف الطارئة لا تعنينا إلا فى حالة التعديل الآمر والضرورى والقضائى للعقد . ونظرية الظروف الطارئة ، كما استطعنا أن نثبت فى دراسة أخرى ، ترجع الى القانون الرومانى ، على خلاف الفكرة الشائعة التى تنسب هذه النظرية الى فقهاء القانون الكنسى والمحشيين (٦١) . ومع ذلك فتعديل العقد فى القانون الرومانى كان مفسراً ولم يكن آمراً (٦٢).

وفى القانون الحديث ، فإن التقنين المدنى الإيطالى ، يأخذ فى المادة ١٤٦٧ منه ، بنظام للتعديل الرضائى وليس الضرورى للعقد (٦٣) .

وعلى العكس فإن التعديل الذى يقرره التقنين المدنى المصرى ، هو تعديل منشئ لالتزام قضائى . وكما تقرر المادة ١٤٧ « ... **جاز للقاضى تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول** ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » وكل عبارات هذا النص ـــرنة ومطاطة . والسلطة الممنوحة للقاضى هى سلطة تقديرية واضحة . فالمشرع كما يقول الأستاذ السنهورى « أطلق يد القاضى فى العقد(٦٤) » ، لمواجهة الظروف المختلفة .

---

(٦١) سمير تناغو ، الأصل الرومانى لنظرية الظروف الطارئة ، مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٦ ، الصفحات ١٤٥ - ١٦٥ .

(٦٢) راجع ما سبق ، فقرة ٢٧٩

(٦٣) راجع فى التفرقة بين التعديل الضرورى والتعديل الرضائى ، ما سبق ، فقرة ٢٧٧ وفى هذا القانون ، كما يقول الأستاذ السنهورى ، فإن التعديل هو عمل المتعاقد وليس عمل القاضى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٦٤٩ .

(٦٤) السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٦٤٦ ؛ راجع كذلك ، انور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٣٢٥ ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣٦٣ ؛ ابو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ . والدكتور عبد الحى حجازى دون ان يتحدث عن السلطة التقديرية للقاضى يشير الى حكم محكمة القاهرة فى ٣١ اكتوبر ١٩٥٣ الذى يستعمل عبارة الأستاذ السنهورى الواردة فى المتن ، حجازى المرجع السابق، ص ٥٨٨ ، هامش ١ .

ومن ناحية أخرى فإن التعديل المقرر فى هذا النص هو تعديل ضرورى وأمر . فالقاضى يحل التزاماً قضائياً محل الالتزام العقدى . وقد لقيت نظرية الظروف الطارئة ، تطبيقًا هامًا فى مصر ، بسبب قانون الاصلاح الزراعى ، حيث ذهب الرأي السائد الى أن هذا القانون هو حادث طارئ تتوافر فيه شروط نظرية الظروف الطارئة . وقد أدى هذا القانون الى انهيار التوازن الاقتصادى فى الكثير من العقود (٦٥).

وبجانب الحكم العام الوارد فى المادة ١٤٧ توجد بعض التطبيقات الخاصة لسلطة القاضى التقديرية فى تعديل بعض العقود ، مثل الحكم الواردة فى الفقرة ٤ من المادة ٦٥٨ بشأن عقد المقاولة . وطبقًا لهذا النص فإن التعديل يؤدى أيضاً الى انشاء التزام قضائى .

وفى فرنسا لا يوجد نص فى التقنين المدنى يسمح للقاضى بتعديل العقد . والقضاء لم يخلق قاعدة قانونية تقرر هذا الحكم . ومحكمة النقض الفرنسية رفضت الأخذ بهذه النظرية على أساس العقد نفسه ، وعلى أساس ما يتضمنه من قاعدة مقترحة كان يقول بها بغير حق فقهاء القانون الكنسى ، وهى قاعدة عدم تغير الظروف rebus sic stantibus . فهذه النظرية إذ تسمح بتعديل العقد إنما تتجه أساساً ضد العقد ، وضد إرادة المتعاقدين . ولذلك لا يمكن الأخذ بها ، ما لم يوجد قانون يسمح بها ، سواء كان مصدر هذا القانون هو التشريع أو القضاء (٦٦).

---

(٦٥) عبد الرزاق السنهورى ، تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الاصلاح الزراعى ، مجلة المحاماة ، سبتمبر ١٩٦٠ ، ص١٠٧؛ راجع الأحكام المشار اليها فى كتيب خير الدين ، نظرية الظروف الطارئة ، ١٩٥٥ ، ص ٢٦ وما بعدها ؛ راجع كتاب ، كمال أبو الخير ، قانون الاصلاح الزراعى ، ١٩٦١ ، الصفحات ٣٢ وما بعدها . وفى حالات معدودة يكون التعديل تشريعياً وليس قضائياً ، على سبيل المثال القانون ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ يوزع الخسارة بنسبة ٥٠ ٪ بين الطرفين . ولكن خارج مثل هذه الحالة فإن القاضى يسترد سلطته التقديرية حسب النص العام الوارد بالتقنين .

(٦٦) انظر المراجع العديدة المشار إليها فى كتابنا، الالتزام القضائى ، ص ١٧٩ ، هامش ٦٩ .

ومع ذلك فإن المشرع الفرنسى لم يتخلف عن تطبيق هذه النظرية فى تشريعات خاصة . ولكن الكثير من هذه التطبيقات تتضمن جزاء يختلف عن تعديل العقد ، وتخرج بالتالى من نطاق دراستنا . على سبيل المثال فإن أول قانون يأخذ بهذه النظرية ، وهو قانون ٢١ يناير ١٩١٨(٦٧) ، قرر فسخ العقد لا تعديله . وهو نفس الحكم الذى أخذ به قانون ٢٢ أبريل ١٩٤٩(٦٨) . وفى الحالات التى يقرر فيها المشرع تعديل العقد فإنه يأخذ بالتعديل التشريعى بدلاً من التعديل القضائى .

وعلى سبيل المثال فإن قانون ٢٥ مارس لسنة ١٩٤٩ ، يقرر زيادة الايراد المرتب مدى الحياة بنسبة معينة . فالأمر يتعلق هنا بتجديد قانونى منشئ لالتزام قانونى ، وليس بتجديد قضائى منشىء لالتزام قضائى (٦٩).

وبالنسبة لتعديل الأجرة فى عقود الايجار ، فإن القوانين الصادرة بشأنها كثيرة لا تحصى . وكما يقول الأستاذ لامور أندبير ، « فى كل ستة أشهر يصدر قانون جديد » (٧٠). وبعض هذه القوانين تقرر تعديلاً قضائيًا للأجرة يؤدى الى انشاء التزامات قضائية . ونذكر من هذه القوانين على سبيل المثال قانون ٩ مارس ١٩١٨ ، الذى يسمح للقاضى بتقدير الأجرة العادلة ، طبقاً « لما يمليه عليه ضميره » حسب عبارة المقرر العام لهذا القانون(٧١) . وقد أخذ بنفس الحكم قانون ١٢ يوليو ١٩٣٣ ، وقانون أول يوليو ١٩٣٩(٧٢). وهذا القانون الأخير مثير للانتباه لأنه تضمن « سلمًا متحركًا » لتعديل الأجرة ، ويسمح بالتعديل القضائى فى نفس الوقت . فالتعديل القضائى لا يرد

---

(٦٧) قانون ٢١ يناير ١٩١٨ ، داللوز الدورى ، ١٩١٨ ، ٤ ، ٢٦١ .

(٦٨) قانون ٢٢ ابريل ١٩٤٩ ، داللوز ، ١٩٤٩ ، ٢٤١ .

(٦٩) جورج ريبير ، تعديل الايراد المرتب مدى الحياة ، داللوز ، ١٩٤٩ ، ٨٩ .

(٧٠) لامور أندبير ، التطور الحديث لقانون الالتزامات ، المرجع السابق ، ص ٧ .

(٧١) داللوز الدورى ، ١٩١٨ ، ٤ ، هامش ١٣ ص ٧١ .

(٧٢) هنرى كابتان ، نظام الإخلال بالعقود ، داللوز الأسبوعى ، ١٩٣٤ ١

على أجرة ثابتة، بل يرد على أجرة متحركة (٧٣).

وباختصار ، فبينما يأخذ المشرع المصرى بنظرية الظروف الطارئة ، فى قاعدة عامة تنطبق على كل العقود ، بما يسمح بتعديله تعديلاً قضائياً ضرورياً أمراً ، فإن المشرع الفرنسى يأخذ بحلول جزئية بمقتضى تشريعات خاصة لمواجهة مراكز معينة .

٢٩٩ - هل تعتبر نظرة الميسرة تعديلا ؟

نظرة الميسرة هى مهلة زمنية تمنح للمدين لمواجهة صعوبات لاحقة على ابرام العقد ، وجورج ريبير يعتبرها « فى نفس درجة خطورة تعديل العقد » (٧٤). وهو يضيف الى ذلك قوله « هذا قتل للعقد عندما نحرر المدين ، فى كل مرة يواجه فيها صعوبات فى الوفاء» (٧٥). وفى كتابه القاعدة الأخلاقية ، يعتبر أن امتداد عقد الإيجار نوعاً من نظرة الميسرة (٧٦).

والواقع أن الاتجاه الغالب فى الفقه يعتبر نظرة الميسرة ، بمثابة اخلال بالقوة الملزمة للعقد (٧٧).

ومع ذلك فإن البعض يذهب الى استبعاد نظرة الميسرة من تطبيقات تعديل العقد (٧٨). ومن ناحيتنا فإننا نميل الى اعتبارها تعديلاً حقيقياً . فالتعديل يرد على أحد أوصاف الالتزام ، وهو أجله . وهذا يكفى لتجديد هذا الالتزام .

---

(٧٣) تراسبو ، انخفاض قيمة العملة وعقود القانون الخاص ، فى دراسات ريبير ، جـ ٢ ، ص ١٧٦ .

(٧٤) جورج ريبير ، النظام الديموقراطى ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .

(٧٥) جورج ريبير ، الحق فى عدم دفع ديونه ، دالوز ، ١٩٣٦ ، ٦٠.

(٧٦) جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ .

(٧٧) انظر المراجع العديدة ، المشار إليها فى كتابنا الالتزام القضائى ، ص ١٨١ ، هامش ٨١ .

(٧٨) فولكمار ، تعديل العقود بواسطة القاضى فى القانون الألمانى ، المرجع السابق، ص ١٦ .

وهنا أيضًا يجب التمييز بين التجديد التشريعى والتجديد القضائى . فإذا كان الأجل الجديد قانونياً صدر به قانون فإن التجديد فى هذه الحالة يكون قانونيًا . وبالعكس إذا كان الأجل قضائيًا منحه القاضى بما له من سلطة تقديرية ، فإن التجديد يكون قضائياً .

ولا شك أن نصوص المادة ١٢٤٤ من التقنين المدنى الفرنسى ، والفقرة الثانية من المادة ١٥٧ ، وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٥٥ من التقنين المدنى المصرى ، تضع نظامًا لنظرة الميسرة ، يعطى للقاضى سلطة تقديرية حقيقية ، وهو أمر لا يجادل فيه أحد من الفقهاء(٧٩) . وإذا كان الأستاذ مارتى عارض هذا الرأى فى رسالته للدكتوراه ، بقوله أن القضاة يجب أن يستخدموا هذه السلطة « بتحفظ كبير » ولا يمنحوا إلا « آجالاً معتدلة » ، طبقا لعبارات المادة ١٢٤٤ من التقنين المدنى الفرنسى(٨٠) . إلا أنه قد صدر بعد مناقشة هذه الرسالة بوقت قصير قانون ٢٠ أغسطس ١٩٣٦ الذى حذف هاتين العبارتين الواردتين فى نص المادة ١٢٤٤ من التقنين، مما يبطل كل حجة ضد السلطة التقديرية للقاضى ، وهو ما اعترف به الأستاذ مارتى نفسه بعد ذلك(٨١) . وإذا كان الأستاذ ليون مازو لازال يتردد فى اعتبار الحكم الذى يمنح نظره الميسرة ، حكماً منشئًا لالتزام جديد(٨٢) ، فإننا لا نتردد فى اعتباره كذلك .

أما فى مصر ، فإن نصوص التقنين المدنى ، لا تضع أية قيود على

---

(٧٩) بررو ، صياغة القضاء فى القانون الخاص ، جـ ٢ ، ص ٢٥٧ ؛ ميرل ، مساهمة فى النظرية العامة للتصرف الكاشف ، رسالة ، تولوز ، ١٩٤٨ ، ص ١١٦ ؛ دى لاجرانج ، تدخل القاضى فى العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٩ . ويرجع الفقهاء عادة الى حكم النقض عرائض ٧ يونيو ١٨٥٩ ، داللوز ، ١٨٦٠ ، ٢١ .

(٨٠) مارتى ، التفرقة بين الواقع والقانون ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٧٦ هامش ١ .

(٨١) مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ٢ ، ص ٧٥٢ .

(٨٢) ليون مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، المرجع السابق ، ص ٣٣

السلطة التقديرية للقاضى فى منح نظرة الميسرة ، ولذلك فإن حكمه يكون دائماً مجدداً ومنشئاً ومصدراً لالتزام قضائى جديد .

٣٠٠ - خاتمة المطلب الأول :

كل هذه التطبيقات تستجيب الى فكرة أساسيةوهى الغبن أى عدم التعادل فى الالتزامات المتقابلة . ولكن حتى يمكن أن نستخلص من عدم التعادل الموضوعى ، حكمًا بالإدانة الأخلاقية للعقود ، ينبغى الرجوع الى عنصر إضافى . وهذا العنصر الإضافى أو المضاف يعبر عن أفكار متغيرة توضع بجانب الفكرة الأساسية الدائمة وهى فكرة الغبن . وقد رأينا العديد من هذه الأفكار المضافة فى دراستنا التطبيقية للقانون المصرى والقانون الفرنسى .

وبعض هذه الأفكار تخص القانون المصرى وحده ، مثل الاستغلال ، والإذعان . والبعض الآخر يخص القانون الفرنسى وحده مثل حالة القاصر المأذون . وأخيراً فإن بعض هذه الأفكار مشترك فى قانون كل من البلدين ، مع بعض الاختلاف من حيث نطاق التطبيق ، والأمثلة على ذلك : الطبيعة الفنية للعقد ، وظروف الإنقاذ البحرى . والظروف الطارئة ، والطبيعة الجزافية للتعويض الاتفاقى .

وفى كل هذه التطبيقات فإن القاضى يحل محل الالتزام العقدى الظالم ، التزامًا قضائيًا وفقاً لما يقضى به العقل والعدل . والمشكلة الفنية لتعديل العقد بواسطة القاضى لا يمكن فصلها عن المشكلة الأخلاقية للعقد . والتحليل الذى سنقوم به فى المطلب الثانى للحكم المنشئ للالتزام سيؤكد نفس الشىء .

المطلب الثانى

تحليل وآثار الحكم المنشئ للالتزام

الحكم ينشئ الالتزام بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة صراحة للقاضى ، من القانون ، فى مصادره المختلفة ، خاصة التشريع والقضاء. وسنخصص هذا المطلب لتحليل هذه الفكرة مع بيان آثار الحكم المنشئ للالتزام .

٣٠١ - النقص فى التشريع :

التشريع هو المصدر الرسمى الأول للقانون الوضعى ، سواء فى فرنسا أم فى مصر . أما تأكيد أن القضاء هو مصدر للقانون أيضًا ، فيحتاج الى إقامة الدليل عليه . والواقع أن قدرة القضاء على خلق القانون ، ترتبط بمشكلتين لا بد من بحثهما ، هما مشكلة النقص فى التشريع ، ومشكلة الفصل بين السلطات . لأنه إذا افترضنا مقدمًا كمال التشريع ، فلا يكون هناك مجال لقواعد قانونية يخلقها القضاء . وإذا أخذنا بمبدأ جامد للفصل بين السلطات ، فلايكون من الجائز للقضاء أن يخلق القانون .

وعندما يناقش الفقهاء المعاصرون هاتين المشكلتين ، فإنهم لا يضيفون جديداً الى الفكر القديم . فأرسطو يعترف بالنقص فى التشريع ، ويضع له العلاج ، فهو يقول « عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقى . وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت » (٨٣). وهو يقول أيضاً ، « عندما يصدر القانون فى عبارات عامة ثم يحدث مستقبلاً شىء لا يتفق مع هذه النصوص العامة ، فإنه يكون من الطبيعى تكملة النقص الذى تركه المشرع واصلاح الترك الناشئ عن كون القانون يعبر بصفة عامة . والمشرع نفسه لو كان حاضراً لوافق على تكملة النقص . ولو كان قد تنبه اليه لأدخل التحديد اللازم فى نص القانون ...» (٨٤).

فإذا اعترفنا بالنقص فى التشريع ، فإن القاضى يواجه الموقف ، كما لو كان المشرع حاضراً، ويحكم كما تقول المادة السابعة من التقنين المدنى السويسرى ، التى تترجم أفكار أرسطو ، طبقاً « للقواعد التى

---

(٨٣) أرسطو ، السياسة ، الكتاب الثانى ، الفصل السابع ، الطبعة الفرنسية . مقدمة بريلو ، ١٩٥٠ ، ص ١٢٥ .

(٨٤) أرسطو ، الأخلاق ، الطبعة الفرنسية ، ١٩٤٠ ، ٥ ، ١٠ ، ٤-٥ .

السلطة التقديرية للقاضى فى منح نظرة الميسرة ، ولذلك فإن حكمه يكون دائماً مجدداً ومنشئاً ومصدراً لالتزام قضائى جديد .

٣٠٠ - خاتمة المطلب الأول :

كل هذه التطبيقات تستجيب الى فكرة أساسيةوهى الغبن أى عدم التعادل فى الالتزامات المتقابلة . ولكن حتى يمكن أن نستخلص من عدم التعادل الموضوعى ، حكمًا بالإدانة الأخلاقية للعقود ، ينبغى الرجوع الى عنصر إضافى . وهذا العنصر الإضافى أو المضاف يعبر عن أفكار متغيرة توضع بجانب الفكرة الأساسية الدائمة وهى فكرة الغبن . وقد رأينا العديد من هذه الأفكار المضافة فى دراستنا التطبيقية للقانون المصرى والقانون الفرنسى .

وبعض هذه الأفكار تخص القانون المصرى وحده ، مثل الاستغلال ، والإذعان . والبعض الآخر يخص القانون الفرنسى وحده مثل حالة القاصر المأذون . وأخيراً فإن بعض هذه الأفكار مشترك فى قانون كل من البلدين ، مع بعض الاختلاف من حيث نطاق التطبيق ، والأمثلة على ذلك : الطبيعة الفنية للعقد ، وظروف الإنقاذ البحرى . والظروف الطارئة ، والطبيعة الجزافية للتعويض الاتفاقى .

وفى كل هذه التطبيقات فإن القاضى يحل محل الالتزام العقدى الظالم ، التزامًا قضائيًا وفقاً لما يقضى به العقل والعدل . والمشكلة الفنية لتعديل العقد بواسطة القاضى لا يمكن فصلها عن المشكلة الأخلاقية للعقد . والتحليل الذى سنقوم به فى المطلب الثانى للحكم المنشئ للالتزام سيؤكد نفس الشىء .

المطلب الثانى

تحليل وآثار الحكم المنشئ للالتزام

الحكم ينشئ الالتزام بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة صراحة للقاضى ، من القانون ، فى مصادره المختلفة ، خاصة التشريع والقضاء. وسنخصص هذا المطلب لتحليل هذه الفكرة مع بيان آثار الحكم المنشئ للالتزام .

٣٠١ - النقص فى التشريع :

التشريع هو المصدر الرسمى الأول للقانون الوضعى ، سواء فى فرنسا أم فى مصر . أما تأكيد أن القضاء هو مصدر للقانون أيضًا ، فيحتاج الى إقامة الدليل عليه . والواقع أن قدرة القضاء على خلق القانون ، ترتبط بمشكلتين لا بد من بحثهما ، هما مشكلة النقص فى التشريع ، ومشكلة الفصل بين السلطات . لأنه إذا افترضنا مقدمًا كمال التشريع ، فلا يكون هناك مجال لقواعد قانونية يخلقها القضاء . وإذا أخذنا بمبدأ جامد للفصل بين السلطات ، فلايكون من الجائز للقضاء أن يخلق القانون .

وعندما يناقش الفقهاء المعاصرون هاتين المشكلتين ، فإنهم لا يضيفون جديداً الى الفكر القديم . فأرسطو يعترف بالنقص فى التشريع ، ويضع له العلاج ، فهو يقول « عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقى . وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت » (٨٣). وهو يقول أيضاً ، « عندما يصدر القانون فى عبارات عامة ثم يحدث مستقبلاً شىء لا يتفق مع هذه النصوص العامة ، فإنه يكون من الطبيعى تكملة النقص الذى تركه المشرع واصلاح الترك الناشئ عن كون القانون يعبر بصفة عامة . والمشرع نفسه لو كان حاضراً لوافق على تكملة النقص . ولو كان قد تنبه اليه لأدخل التحديد اللازم فى نص القانون ...» (٨٤).

فإذا اعترفنا بالنقص فى التشريع ، فإن القاضى يواجه الموقف ، كما لو كان المشرع حاضراً، ويحكم كما تقول المادة السابعة من التقنين المدنى السويسرى ، التى تترجم أفكار أرسطو ، طبقاً « للقواعد التى

---

(٨٣) أرسطو ، السياسة ، الكتاب الثانى ، الفصل السابع ، الطبعة الفرنسية ، مقدمة بريلو ، ١٩٥٠ ، ص ١٢٥ .

(٨٤) أرسطو ، الأخلاق ، الطبعة الفرنسية ، ١٩٤٠ ، ٥ ، ١٠ ، ٤-٥ .

كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع ».

وفى الفقه الحديث فإن فرانسوا جنى يخصص جانبًا كبيراً من كتابه « طريقة التفسير » ، لإثبات النقص فى التشريع . فهو ينبع حسب رأيه من طبيعة الأشياء (٨٥) . وهو يدعو القاضى بأن يكمل النقص فى التشريع عن طريق القيام بمجهود عقلى هو البحث العلمى الحر ، بحيث « يصل الى الحل القانونى الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التى كان سيراعيها المشرع لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع » (٨٦) . ويعتبر عمل القاضى فى هذه الحالة من قبيل البحث الحر ، لأنه غير مقيد بأى حكم وضعى . ويعتبر عمله من قبيل البحث العلمى ، لأنه لا ينبغى أن يتأثر فيه بأفكاره الشخصية أو بالعناصر المتغيرة للنزاع ، بل يتأثر بالعناصر الموضوعية التى يقدمها العلم . أى يتأثر بالحقائق التى يتكون منها جوهر القانون . ومن الواضح أن نظرية جنى هى ترديد لنظرية أرسطو السابق ذكرها ، وجنى نفسه لا يخفى الأصل الأرسطى لنظريته (٨٧).

وقد أخذ المشرع المصرى فى المادة الأولى من التقنين المدنى ، بفكرة النقص فى التشريع ، وأمر القاضى إذا لم يجد حلاً فى المصادر الرسمية وهى التشريع والعرف أن يرجع الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، ومبادئ العدالة والقانون الطبيعى ، لاستلهام الحل العادل للنزاع ، وهى نفس المبادئ التى استلهمها المشرع نفسه عندما وضع قواعد التشريع العامة المجردة.

ورغم أن فكرة النقص فى التشريع تتفق لأول وهلة مع طبيعة الأشياء ، فيوجد مع ذلك فقهاء مثل هانز كلسن ينادون بفكرة كمال

---

(٨٥) جنى ، طريقة التفسير ، المرجع السابق ، جـ ١ ، الصفحات ١١٧ ، ١١٨ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، وجـ ٢ ، الصفحات ١٢٩ ، ٣١٣ ، ٣٤١ ، ٣٤٦ ، ٣٦٠ ، ٣٦٦ ، ٣٧٠ ، ٣٩٧ ، ٣٨٦ ، ٣٨٨ ، ٤٠٨ .

(٨٦)جنى ، طريقة التفسير ، جـ ١ ، ص ١١٧ .

(٨٧) جنى ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٣١٨ .

التشريع ، ويرفضون فكرة النقص فيه . وقد دافع كلسن عن نظريته بعبارات قوية حادة ، استوجبت رداً عنيفاً من الفقهاء التقليديين . فنجد الأستاذ روبييه ، وهو أستاذ متحفظ عادة فى عباراته ، يصف منطق كلسن بأنه من قبيل اللغو (٨٨) . وينبغى كذلك أن نشير الى الأستاذ ڤالين الذى يميل الى الاعتقاد بأنه « من الصعب إن لم يكن من المستحيل الاعتراف بالنقص فى التشريع » (٨٩).

وفى تقديرنا أن كلسن يحول مشكلة هى بطبيعتها مشكلة دستورية ، الى مشكلة منطقية . ويقيم نظريته بالتالى على مصادرة على المطلوب . فهو يفترض وجود مصدرواحد للقانون هو التشريع . ولكن إذا تصورنا أن دستوراً معيناً يعترف بوجود مصدرين للقانون هما التشريع والقضاء . ففى هذه الحالة فإن النقص فى التشريع يكون معترفاً به بحكم الدستور ، ولن يكون هناك مجالاً لأى منطق يعطى للتشريع كمالاً ، يرفضه له الدستور ذاته .

فالسؤال إذن ليس هو البحث فيما إذا كان المنطق يعترف بالنقص أم لا ،وإنما البحث فيما إذا كان الدستور يعترف به أم لا .

وفى فرنسا فإن فرانسوا جنى رجع الى نص المادة الرابعة من تقنين نابليون ، وهى تقرر أن « القاضى الذى يرفض الحكم ، تحت ادعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه اليه اتهام بارتكاب جريمة انكار العدالة » ، للقول بأن المشرع الفرنسى يعترف بالنقص فى التشريع ، ويأمر القاضى مع ذلك بالحكم فى النزاع المطروح أمامه رغم هذا النقص . ففى هذا النص اعتراف من المشرع الفرنسى بأن النقص فى التشريع لا ينبغى أن يقابله نقص فى القانون. بل يجب أن ينطق القاضى دائماً بالعدل ، أى بالقانون ، سواء وجد حكماً فى التشريع أو لم يجد .

---

(٨٨) روبييه ، الحق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، ص ٤٠٧ .

(٨٩) ڤالين ، السلطة المشرعة للقضاء ، فى دراسات ، سيل ، جـ ٢ ، ١٩٥٠ ،ص ٦٢٣ .

وكما يقول جنى فإن النقص كان موجوداً دائماً فى كل « التاريخ القانونى للإنسانية » (٩٠) . وهكذا رغم أن جنى يقف بجانب المنطق التاريخ وطبيعة الأشياء ، إلا أنه لم يشأ أن يجعل القضية قضية منطقية كما فعل كلسن ، بل جعلها قضية دستورية فى المقام الأول . فهو يقول أنه كان فى إمكان المشرع « أن يمنع القاضى من الحكم فى أى نزاع لا يستند الى نص فى التشريع » (٩١) ، ويأخذ بذلك بحيلة كمال التشريع . إلا أن المشرع الفرنسى لم يفعل ذلك ، بل اعترف بالنقص صراحة فى المادة الرابعة السابق ذكرها .

وليس صحيحاً ما يقوله كلسن من أن الموافقة على وجود نقص فى التشريع تعنى « السماح للقضاة بأن يحلوا أفكارهم الأخلاقية والسياسية محل تلك التى يعتنقها المشرع » (٩٢) . والعكس هو الصحيح لأن القاضى سيستوحى نفس الفكرة العامة للوجود التى تحرك المشرع نفسه . والفكرة العامة للوجود السائدة سواء فى مصر أو فرنسا ، تنادى بوجود عدل مطلق وأخلاق طبيعية . والقاضى يستلهم هذه الأفكار ذاتها لمواجهة النقص فى التشريع . فهذه الأفكار هى ذاتها التى توحى بالقواعد العامة التى يضعها المشرع،وكذلك بالحلول الفردية التى يضعها القاضى عندما لا يجدها فى قواعد التشريع .

ويجب علينا أن نزيد قليلاً فى إيضاح فكرة النقص ذاتها . فهو لا يوجد فقط فى حالات السكوت الكامل للتشريع، بل أيضًا مع وجود حكم عام فى التشريع . وكما يقول أرسطو « والسبب فى ذلك أن كل قانون عام ، وأنه بالنسبة للحالات الخاصة لا يكون التعبير العام محدداً بدرجة كافية.... والقانون لا يواجه إلا الحالات العادية ، دون أن ينكر مع

---

(٩٠) جنى ، طريقة التفسير ، جـ ٢ ، ص ١٢٢ - ص ١٢٣ .

(٩١) جنى ، طريقة التفسير ، جـ ١ ، ص ١٢٨ .

(٩٢) كلسن ، النظرية الخالصة للقانون ، ص ٣٣٢ .

ذلك ما يشوبه من نقص ...»(٩٣) . فالنقص إذن صفة لصيقة بعمومية القاعدة التشريعية . وبتطبيق وتطويع القواعد العامة على الحالات الخاصة ، فإن القاضى يحقق الانصاف وهو أسمى من العدل . ومع ذلك فلا ينبغى أن يغيب عن النظر ما يقوله أرسطو من أن « ما هو منصف يعتبر أسمى مما هو عادل فى حالة خاصة ، وهو لهذا السبب ذاته يعتبر عادلاً ، ولا ينبغى الاعتقاد بأن الانصاف يسمو على العدل لأنه من طبيعة مختلفة ، فالعدل والانصاف متطابقان ، وكلاهما مرغوب فيه ، وان كان الانصاف مرغوب فيه أكثر ... وهكذا فإن الانصاف هو العدل ، وهو كذلك أسمى من العدل ، ولكنه ليس أسمى من العدل فى ذاته ، بل أسمى من العدل بما يشوبه من نقص راجع الى صياغته العامة »(٩٤) .

وبهذا فإن أرسطو لا يشجع على أية حركة تنادى بمبدأ القانون الحر الذى نادى به أفلاطون ، ونادى به مدرسة القانون الحر فى ألمانيا ، ونادى به القاضى مانو فى فرنسا . بل العكس فإن أرسطو ينادى بمبدأ سيادة القانون ، لأن « اتباع قائد مجرد عن الأهواء أكثر أماناً من اتباع قائد تكون الأهواء داخلة فى تكوينه . والقانون مجرد من الأهواء »(٩٥). ولكن كما يقول هو أيضاً « عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقى . وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت »(٩٦).

٣٠٢ - الفصل بين السلطات :

الاعتراف بالنقص فى التشريع على النحو السابق ذكره يقتضى تدخلاً خلاقاً للقاضى .ومع ذلك فإن القاضى يخلق حلاً فردياً للنزاع ،

---

(٩٣) أرسطو ، الأخلاق ، ٥ ، ١٠ ، ٤ .

(٩٤) أرسطو ، الأخلاق ٥ ، ١٠ ، ١-٧ .

(٩٥) أرسطو ، السياسة ، الكتاب الثانى ، الفصل ١٢ ، ص ١٢٥ .

(٩٦) أرسطو ، السياسة ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ .

ولكنه لا يخلق قاعدة قانونية . وبهذا فإن العمل الخلاق للقاضى لايتعارض فى شئ مع مبدأ الفصل بين السلطات حتى ولو كان هذا الفصل جامداً . هذه هى خلاصة أفكار فرانسوا جنى (٩٧) . ولكن الفقه الفرنسى لم يتأخر كثيراً بعد دراسة جنى ، عن الاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون . وكما يقول الأستاذ بولانچيه فإنه « بكل وضوح ، أصبح موقف جنى الآن متخلفاً depassé .» (٩٨) . وإذا رجعنا الى كتاب السياسة لأرسطو ، وجدناه يبدأ الفصل الذى يحمل عنوان « السلطات الثلاث فى كل حكومة » ، بقوله « عندما تكون هذه الأجزاء الثلاثة منسقة تنسيقا جيداً ، فإن الحكومة تسير سيراً حسناً » (٩٩) وسياق الحديث فى هذا الموضوع يؤكد فكرة التعاون بين السلطات وليس الفصل الكامل بينها .

ومن ناحية أخرى فإن « چون لوك » وهو الفيلسوف الذى أثرت كتاباته مباشرة فى دساتير الدول الحديثة ، وبصفة خاصة دستور الولايات المتحدة الأمريكية ، ينادى على غرار أرسطو بمبدأ الفصل بين السلطات لضمان الحرية . ولكنه يقصد به بصفة خاصة أن السلطة التشريعية لا تقوم بأعمال السلطة التنفيذية ، ولكن العكس غير صحيح. فهو يقول « إنه سيكون من قبيل الإغراء أو التحريض للطبيعة الانسانية الضعيفة ، المحبة للطموح ، أن يعهد للأشخاص الذين لهم سلطة عمل القوانين ، سلطة تنفيذها فى نفس الوقت ...» (١٠٠).

ولكنه يقـ ل من ناحية أخرى « عندما تباشر السلطة التشريعية

---

(٩٧) جنى ، طريقة التفسير ، جـ ٢ ، ص ٤٩ ؛ نفس المعنى ، جـ ١ ، الصفحات من ٢٠٢ الى ٢١٩ .

(٩٨) بولانچيه ، ملاحظات حول السلطة المنشئة للقضاء ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٦١ ، ص ٤١٨ .

(٩٩) أرسطو ، السياسة ، الكتاب الثالث ، الفصل الثالث .

(١٠٠) چون لوك ، دراسة للسلطة المدنية ، النسخة الفرنسية ، ١٩٥٣ ، الفصل ١٢ ، فقرة ١٩٤٣ .

بصفة مستقلة عن السلطة التنفيذية ، فإن مصلحة المجتمع تقتضى أن تترك بعض الأشياء الى تقدير ذلك الذى يحوز السلطة التنفيذية . فإن المشرعين لن يستطيعوا توقع كل ما يمكن أن يكون مفيداً للجماعة وتنظيمه بواسطة تشريعات .وبالتالى فإن ذلك الذى عليه واجب تنفيذ القوانين ، له الحق أيضاً بحسب القانون المشترك للطبيعة ، أن يستخدم السلطة التى يحوزها فى تحقيق مصلحة المجتمع ، فى الحالات الكثيرة التى لا يوجد لها حكم فى التشريع ....» (١٠١). وتفكير لوك مطابق تماماً لتفكير أرسطو . فهو يذهب الى أن الاعتراف للقضاء بسلطة تكملة التشريع الناقص هو استثناء من مبدأ الفصل بين السلطات. وهو استثناء له ما يبرره .

وعندما جاء مونتسكيو أخيراً ، ينادى بالفصل بين السلطات ، ويقول تعبيره الشهير بأن « السلطة توقف السلطة » ، فإنه كان يقصد هو أيضاً التعاون بين السلطات المستقلة وليس الفصل الكامل بينها . فهو يقول « هذه السلطات الثلاث ينبغى أن تكون فى حالة من الراحة أو عدم الحركة ، ولكن نظراً للحركة الضرورية للأشياء ، فهى مضطرة الى السير .. وهى ستجبر على السير فى وفاق de concert » (١٠٢). ويعلق هوريو على ذلك بأن « السير فى وفاق لا يعنى شيئاً آخر غير التعاون»(١٠٣).

وحتى عندما يقول مونتسكيو فى عبارته غير المقبولة « أن قضاة الأمة ليسوا سوى الفم الذى ينطق أقوال التشريع . فهم كائنات غير حية لا تستطيع أن تخفف منه القوة أو الصرامة » ، فإنه لم ينس مع

---

(١٠١) جون لوك ، السلطة المدنية ، الفصل ١٤ ، فقرة ١٥٩ .

(١٠٢) مونتسكيو ، روح القوانين ، الكتاب ١١ ، الفصل ٤ .

(١٠٣) هوريو ، موجز القانون الدستورى ، طبعة ثانية ، ١٩٢٩ ، ص ٣٥٥ : اضف ديلفيكيو ، فلسفة القانون ، الترجمة الفرنسية ، داللوز ، باريس ، ١٩٥٣ ، ص ٣٦٠ .

ذلك أن يفرق بين القضاء وبين القضاة ، وأن يعترف بقوة غير مرئية على حد تعبيره للقضاء دون القضاة (١٠٤) .

٣٠٣ - القضاء مصدر للقانون :

من الواجب التفرقة بين الحكم وبين القضاء .وفى حالة النقص فى التشريع فإن الحكم يخلق حلاً فردياً ، ولكنه لا يخلق قاعدة قانونية . ولكن القاضى عندما يخلق حلاً فردياً للنزاع فإنه يستوحيه من قاعدة عامة قد اكتشفها (١٠٥)، طبقاً للفكرة العامة للوجود السائدة فى بلده . وتكرار الأخذ بنفس الحل فى أحكام أخرى يؤدى فى آخر الأمر الى تكوين القضاء ، أى القواعد العام العامة القضائية . وقوة القضاء فى الخلق ليست غير مرئية كما يقول مونتسكيو ،ولكنها فى الواقع غير شخصية .

وإذا أخذنا مبدأ الفصل بين السلطات بمعنى التعاون بين السلطات، بما يسمح بوجود استثناءات على هذا المبدأ على النحو الذى يقول به الفيلسوف چون لوك ، فإنه يكون صحيحاً ما يقوله الأستاذ مورى « ويبدو لى أنه لا يوجد أى مبدأ من مبادئ القانون الوضعى الفرنسى ، يستبعد القضاء كمصدر رسمى من مصادر القانون»(١٠٦). وما يصدق على فرنسا يصدق كذلك على مصر .

وإذا كان الاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون هو أمر مقبول من الناحية النظرية ، فهو أمر واقع من الناحية العملية . ففى مصر ورغم موقف عدد كبير من الفقهاء ، فإن الدكتور السنهورى يقرر « أن أكثر من نصف قواعد القانون المدنى الجديد هى من خلق القضاء فى ظل

---

(١٠٤) مونتسكيو ، روح القوانين ، الكتاب ١١ ، الفصل ٦ .

(١٠٥) جنى ، طريقة التفسير ، جـ ٢ ، ص ٢٩٤ .

(١٠٦) مورى ، ملاحظات حول القضاء كمصدر للقانون ، فى الدراسات المهداة الى جورج ريبير ، ج ١ ، ص ٣٠ .

التقنين المدنى القديم » (١٠٧). وفى فرنسا فإن الأستاذ مورى يقرر أن « واقعة كون القضاء مصدراً للقانون أصبح معترفًا بها اليوم بالاجماع»(١٠٨). وحتى هؤلاء الذين يرون فى القضاء «مصدراً تعسفياً للقانون»، ويرون فيه « خميرة جديدة للانهيار الشكلى والموضوعى للديموقراطية» ، لا ينكرون مع ذلك واقعة كون القضاء مصدراً للقانون، ولكنهم يرجون فقط لو أنه لم يكن كذلك(١٠٩).

وفى فرنسا لا يكاد يسمع صوت واحد ينكر أن القضاء مصدر من مصادر القانون .وإذا كان الأستاذ كاربونييه يرى أن القضاء هو« ظاهرة نفوذ » ، وليس « ظاهرة خلق للقواعد القانونية » ، فهو يبنى رأيه على أساس أن « القاضى لا يكتفى ، وليس له الحق فى أن يكتفى بأن يسبب حكمه بالاشارة الى قضاء محكمة النقض دون إعطاء أسباب أخرى » (١١٠). ومع ذلك فإن هذه الملاحظة ينكرها فقهاء آخرون . وكما يقول الأستاذ بيرو ، فإن الأحكام تشير فى تسبيب حلولها الى القضاء المستقر ، كما تشير الى التشريع ... ومحكمة النقض ذاتها لا تمنع نفسها من الالتجاء الى هذه الطريقة ، بل أن لها صيغة معروفة للاستناد الى قضائها المستقر وهى صيغة : « إنه من المقرر أن...»(١١١). والأستاذ بولانچيه يؤيد هذه الملاحظة التى أبداها الأستاذ بيرو (١١٢).

ونحن نضيف الى ذلك فيما يتعلق بمصر أن محكمة النقض

---

(١٠٧) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٨٣.

(١٠٨) مورى ، ملاحظات حول القضاء كمصدر للقانون ، ص ٢٨ .

(١٠٩) ديبيرو ، القضاء مصدر تعسفى للقانون ،فى الدراسات المهداة الى مورى ، جـ ٢ ، الصفحات ٣٥٧ ، ٣٧٤ ، ٣٧٧ .

(١١٠) كاربونييه ، القضية والحكم ، محاضرات فى علم الاجتماع القانونى ، ١٩٦١ - ١٩٦٢ ، الصفحات ٣٦٣ ، ٣٦٦ .

(١١١) بيرو ، صياغة القضاء فى القانون الخاص ، ١٩٢٣ ، جـ ١ ، ص ٦٨ -٦٩ .

(١١٢) بولانچيه ، دور القاضى فى حالة سكوت التشريع او نقصه ، أعمال جمعية كابتان ، جـ ٥ ، ١٩٤٩ ، داللوز ، ١٩٥٠ ، ص ٦٦ .

المصرية لها عبارة تستند فيها الى قضائها المستقر ، أكثر وضوحاً من عبارة محكمة النقض الفرنسية . وعبارة محكمة النقض المصرية الواضحة هى « وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ...» فمحكمة النقض المصرية لا تخفى أن ما جرى عليه قضاؤها هو حكم القانون الواجب التطبيق .

فإذا تجاوزنا رأي الأستاذ كاربونييه ، وجدنا إجماع الفقه الفرنسى منعقداً على الاعتراف بواقعة أن القضاء مصدر من مصادر القانون(١١٣) . ويستخدم الفقه الفرنسى تعبيراً مختصراً عن هذه الواقعة العلمية ، وهو تعبير « واقعة القضاء » Le Fait jurisprudentiel، أى واقعة كون القضاء مصدراً للقانون (١١٤) .

وقد سبق أن رأينا أن القضاء يخلق القانون ، عادة ، وهو يكمل النقص فى مصادر القانون الوضعى . ولكن لا ينبغى أن يستخلص من ذلك أن القضاء مصدر احتياطى وغير أصلى . فإكمال النقص هو بطبيعته عمل أصلى غير احتياطى . وهو لا يختلف فى ذلك شيئاً عن تعديل القانون . ومما يؤكد كذلك أن القضاء مصدر أصلى للقانون ، أنه لا ينشئ قواعد قانونية جديدة تكملة للنقص فى القانون فحسب ، بل هو يقوم أحياناً بتعديل قواعد القانون تحت ستار تفسيرها .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى أن التشريع أقوى من القضاء فى خلق القانون ، بدليل أن المشرع يستطيع عن طريق التشريع أن يلغى أى قضاء مستقر (١١٥) . ولكن هذا الرأى غير صحيح ، فإن القضاء

---

(١١٣) لنظر المراجع العديدة المشار اليها فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٨٩ ، هامش ١٢٨ ؛ وكتابنا النظرية العامة للقانون ، ص ٥٠١ ، وهامش ٤٤٥ .

(١١٤) لنظر فى استخدام هذا الاصطلاح ، موري ، ملاحظات حول القضاء ، ص ٢٨ ؛ مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ١ ، ص ١٩٧ .

(١١٥) موري ، القضاء المهزوم بواسطة التشريع ، فى الدراسات المهداة الى سافتييه ، ١٩٦٥ ، ص ٦٠٤ وما بعدها .

يستطيع بالمثل أن ينشئ قواعد قانونية مخالفة للقواعد السابق صدورها من المشرع وان كان لا يصرح بذلك فعلاً .

ولكن إذا كان التشريع والقضاء يتساويان من حيث قدرة اللاحق منهما على الغاء السابق ، فإن ذلك لا يؤدى من ناحية أخرى الى القول بوجود « توازن بين قواعد التشريع وبين قواعد القضاء التقديرى » ، كما يذهب الى ذلك هوريو(١١٦) .

والصحيح هو أن التشريع يلعب ، من الناحية الفعلية ، دوراً أوسع نطاقاً ، وأكبر حجماً من حيث الكم ، من الدور الذى يلعبه القضاء فى خلق القواعد القانونية . والسبب فى ذلك بسيط ، وهو أن العمل الأساسى للتشريع هو خلق القانون ، بينما العمل الأساسى للقضاء هو تطبيق القانون لا خلقه .

ولكن ذلك لا يمنع أنه بالنسبة لبعض فروع القانون ، كالقانون الإدارى ، فإن القضاء يعتبر هو المصدر الأهم من مصادر هذا الفرع ، بالقياس الى التشريع ذاته . وكذلك ليس هناك ما يمنع أن تزيد أهمية وعدد القواعد التى ينشئها القضاء فى فروع القانون التى يحكمها تقنين قديم ، كالتقنين المدنى الفرنسى ، والتقنين المدنى المصرى القديم . وقد رأينا أن نصف أحكام التقنين المدنى المصرى المدنى مأخوذة من أحكام القضاء فى ظل التقنين القديم .

وإذا ما انتهينا الى أن القضاء مصدر من مصادر القانون الأصلية كالتشريع والعرف . فلا تكون هناك حاجة الى التنبيه بأنه مصدر مستقل لا يختلط بالتشريع (١١٧)، ولا بالعرف(١١٨) .

---

(١١٦) هوريو ، البوليس القانونى وجوهر القانون، المرجع السابق ، ص ٣٠٧ -٣٠٨ .

(١١٧) قارن بيرو ، صياغة القضاء ، المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٠٩ .

(١١٨) جنى ، طريقة التفسير ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٤٥ ؛ ڤالين ، الفردية والقانون ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ وما بعدها .

٣٠٤ - رفض فكرة حكومة القضاه وفكرة السلطة البريتورية للقضاة :

يبدو لنا من الواجب استبعاد كل الاصطلاحات التى تؤدى الى تعقيد المسألة التى ندرسها . فليس من المعقول أن نتحدث عن «امبريالية القاضى» ، كما يفعل الأستاذ ڤالين(١١٩) ، والأستاذ ديبيرو(١٢٠). والصحيح أن الامبريالية لها معناها الخاص فى العلوم السياسية ، وهو معنى لا علاقة له إطلاقاً بوظيفة القضاء . ومن غير المرغوب فيه استخدام مثل هذه الاصطلاحات المجازية فى لغة القانون . فهى لا تؤدى الى إثراء هذه اللغة بقدر ما تؤدى الى اشاعة الاضطراب والغموض فيها.

ومن الاصطلاحات الواجب استبعادها كذلك اصطلاح « حكومة القضاة » . وهو الاصطلاح الذى وضعه لامبير بصدد دراسته للنظام القانونى فى الولايات المتحدة ، وجعله عنوانًا لهذه الدراسة(١٢١) ، ثم انتقل منه بعد ذلك الى بعض الفقهاء الفرنسيين والبلچيكيين مثل ريڤيرو(١٢٢) ودى باج(١٢٣) . والصحيح أنه إذا كانت السلطات غير منفصلة بعضها عن البعض الاخر انفصالاً كاملاً ، إلا أنها من ناحية أخرى غير مندمجة بعضها فى البعض الآخر تمامًا . والقول بأن القضاة يباشرون أعمال الحكم الداخلى فى الدولة ، فيه خلط بين السلطتين القضائية والتنفيذية ، بل وفيه خلط كذلك بين السلطتين القضائية والتشريعية . وهذا الخلط ليس فقط غير مرغوب فيه ، بل

---

(١١٩) ڤالين ، القانون الإدارى ، ١٩٥٩ ، ص ٦٣٢ .

(١٢٠) ديبيرو ، القضاء مصدر تعسفى للقانون ، المرجع السابق ، ص ٣٧٤ .

(١٢١) لامبير ، حكومة القضاة والصراع ضد التشريع الاجتماعى فى الولايات المتحدة ، ١٩٢١ .

(١٢٢) ريڤيرو ، القاضى الإدارى الفرنسى ، قاض يحكم ، داللوز ، ١٩٥١ ، ٢١ .

(١٢٣) دى باج ، حكومة القضاة ، ١٩٣١ .

هو أيضاً غير موجود من الناحية الواقعية . وكما يقول الأستاذ ريفيرو نفسه : « الحكم معناه التحرك فى التو واللحظة . ولذلك فإنه يكون من اللغو من الناحية السياسية المبالغة فى نتائج المسلك الذى اتخذناه(١٢٤) ». وإذا كان أصحاب الفكرة أنفسهم يرون لغواً فى جانب منها ، فكيف يمكن اعتبارها صحيحة فى مجموعها ؟ ان الحقيقة لا تتجزأ ولا تصالح . وكما يقول الأستاذ كاربونييه: « لقد كان من التسرع الانتهاء الى فكرة حكومة القضاة » (١٢٥) . فهذه الفكرة غير صحيحة لا فى فرنسا ولا فى مصر.

ومن الاصطلاحات الواجب استبعادها أيضاً، اصطلاح السلطة البريتورية للقضاء ، نسبة الى البريتور الرومانى . وهذا الاصطلاح هو أكثر الاصطلاحات شيوعاً عند الفقهاء . فلا يكاد يوجد فقيه واحد لا يستخدمه فى التعبير عن قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية . ومع ذلك فإن القانون القضائى الذ ، رأينا كيف يتم تكوينه فى مصر أو فى فرنسا ، لا يشبه فى شئ القانون البريتورى الذى كان يعرفه الرومان.

وقد كان النظام القانونى الرومانى يعرف الفصل المادى بين الوظائف ، ولكنه لم يكن يعرف الفصل السياسى بين السلطات . ولذلك كان من الجائز أن يجمع شخص واحد فى يده وظيفتين مختلفتين . وقد كان هذا هو وضع البريتور الرومانى الذى كان حاكماً وقاضيا فى نفس الوقت .

ومن أبسط حقائق القانون الرومانى ، أن القانون البريتورى قد نشأ عن طريق الأوامر الصادرة عن كل بريتور ، وبصفة خاصة الأمر الدائم الذى كان يصدره بريتور المدينة . ومن أبسط حقائق القانون الرومانى أيضاً أن البريتور لم يكن يصدر أوامره وهو يباشر وظيفته

---

(١٢٤) ريفيرو ، القاضى الإدارى ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(١٢٥) كاربونييه ، القضية والحكم ، المحاضرات السابق الإشارة إليها ، ص ٢٦٧ .

القضائية jurisdictio بل وهو يباشر وظيفته السياسية والإدارية imperium . فهذه الأوامر كما يقول الفقيه الرومانى جايوس ، هى تلك «الصادرة ممن لهم الحق فى الأمر »(١٢٦) . وقد كانت الأوامر البريتورية تعلق فى ساحة المدينة .

وكل هذا يدل على أن الأوامر البريتورية كانت صورة من صور التشريع ، الذى يصدر عن أشخاص يباشرون سلطة الحكم السياسى داخل المدينة . وهى فى هذا تختلف ، اختلافًا كلياً عن القضاء فى دولة كمصر أو فرنسا ، حيث لا يباشر القضاة أية سلطة سياسية أو إدارية ، وحيث لا يصدر القضاة قرارات تنظيمية تتضمن قواعد عامة ، تعلق فى ساحة المدينة أو تنشر فى الجريدة الرسمية أو غير ذلك من وسائل النشر .

ان اصطلاح السلطة البريتورية هو من اصطلاحات العلوم السياسية ، التى تعبر عن بعض نظم الحكم الديكتاتورى ، حتى أن الأستاذ دوفرجيه خصص جزءاً كبيراً من كتابه عن الديكتاتورية لشرح ما أسماه « الدكتاتورية البريتورية » ، وهى من أكثر « أشكال الديكتاتورية شيوعًا وتهديداً »(١٢٧) فكيف يجوز بعد ذلك أن نعطى للقضاء المصرى أو الفرنسى اصطلاحًا يعبر عن نظم الحكم الديكتاتورى . وإذا كان حب المبالغة يغرى بالخلط بين الأشياء ، فإن واجب العلم يقتضى ضبط الاصطلاحات والتمييز بين الأشياء .

والخلاصة أن القضاء يخلق القانون ، ولكن لا علاقة لذلك بالامبريالية ، أو حكومة القضاة ، أو السلطة البريتورية .

٣٠٥ - التفويض الصريح للسلطة التقديرية :

لا يستطيع القاضى أن يمارس سلطته التقديرية فى تعديل العقد ، بدون تفويض صريح من القانون الوضعى فى مصادره المختلفة ،

---

(١٢٦) جايوس ، النظم ، ١ ، ٢ .

(١٢٧) موريس دوفرجيه ، الدكتاتورية ، باريس ، ١٩٦١ ، ص ٨٢ .

ونقصد بذلك التشريع أو القضاء (١٢٨). ومعظم حالات التعديل ورد النص عليها فى التشريع .

والقضاء باعتباره مصدراً للقانون يستطيع خلق التزامات قانونية قضائية مصدرها القضاء ذاته ، كالالتزام بضمان السلامة فى عقد النقل. ولكن القضاء يستطيع أيضاً أن يمنح القاضى سلطة تقديرية لخلق التزامات قضائية مصدرها حكم القاضى ، كالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضى لتعديل العقود المهنية(١٢٩) .

وخارج نطاق التفويض الصريح بواسطة التشريع أو القضاء ، فإن القاضى لا يستطيع تعديل العقد باسم العدل أو الانصاف ، إلا إذا أمكن اعتبار حكم القاضى قادراً على خلق القضاء . ولكن قبل استقرار مثل هذا القضاء ، فإن الحكم الذى يعدل العقد على أساس العدالة ، وبدون تفويض صريح سابق ، فإنه يخالف القانون ويستوجب رقابة محكمة النقض .

والواقع أنه لا توجد قاعدة قانونية عامة تسمح للقاضى بتعديل العقد الظالم . على العكس فإن القاعدة العامة الموجودة هى أن العقد شريعة المتعاقدين . وتطبيقات الحكم المنشئ للالتزام هى استثناءات ترد على هذه القاعدة . ولكن هذا لا يمنع أن القاضى ، فى حدود هذه التطبيقات هو مصدر عام للالتزام . فالحكم يخلق الالتزام وفقاً للقاعدة الآتية : **كل تعديل ضرورى ، قضائى ، أمر للعقد ، يخلق التزاماً قضائياً .**

والتفويض السابق لا يعدو أن يكون أحد شروط تطبيق هذه القاعدة . ومن ناحية أخرى فإن جميع مصادر الالتزام الأخرى يجب أن تستكمل شروطاً معينة حتى تنتج أثرها . وبسبب هذه الشروط فإن

---

(١٢٨) من غير المتصور أن يحصل القاضى على هذه السلطة من العرف . لأنه من غير المتصور أن يكون نشاط القاضى موضوعاً للعرف .

(١٢٩) راجع ما سبق ، فقرة ٢٩٤ .

تطبيقات كل مصدر من مصادر الالتزام ، هى تطبيقات محدودة بشكل أو بآخر .

والواقع أنه لا يوجد مصدر واحد للالتزامات ، بل مصادر متعددة . وكل واحد من هذه المصادر ، دون أن يكون هو المصدر الوحيد ، إلا أنه مع ذلك مصدر عام للالتزام طالما أن تطبيقاته تستجيب الى فكرة واحدة .

٣٠٦ - تحليل فكرة السلطة التقديرية : فكرة غير قاصرة على القرار الإدارى :

كما رأينا من قبل ، فإن القضاء يخلق القواعد القانونية دون أن تكون له مع ذلك أية سلطة بريتورية أو حكومية أو سياسية . ومن باب أولى فإن الحكم ليس له شئ من هذا . فالسلطة التقديرية فى تعديل العقد يحصل عليها القاضى بتفويض من القانون . والأمر يتعلق بتطبيق القانون فى مصادره المختلفة . وليس من شأن هذه السلطة التقديرية أن تحول الحكم القضائى الى قرار إدارى . والواقع أن السلطة التقديرية ليست من الخصائص التى يستأثر بها القرار الإدارى . وكل تطبيق للقانون ، سواء كان قضائياً أو إدارياً ، يمكن أن يكون مرناً أو مقيداً .

ولكن ما هو معنى التطبيق المرن للقانون ؟ كل قاعدة قانونية تتحلل الى عنصرين : فرض hypothèse وحل solution ، وكل تطبيق للقانون يتحلل الى عنصرين : معاينة constatation وقرار décision . والمقصود بالمعاينة هو إدخال المسألة المعروضة فى الفرض الخاص بقاعدة معينة من قواعد القانون . أما القرار فهو إخضاع المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة ذاتها . فإذا كانت المعاينة تتم بطريقة آلية غير إرادية ، وكان القرار هو نتيجة منطقية للمعاينة ، فإن تطبيق القاعدة القانونية لا يكون تقديرياً . وعلى العكس إذا كانت المعاينة تتم بطريقة إرادية غير آلية ، وكان القرار لا يترتب ، لا ضرورة ، ولا منطقاً على المعاينة ، بل يتوقف على إرادة الشخص القائم بتطبيق القانون ، فإن التطبيق فى هذه الحالة يكون تقديرياً .

وفى الحالة الأولى فإن العملية تكون بمثابة قضية منطقية تؤدى فيها المقدمات الى النتائج ، ويمكن مقدماً معرفة القرار الذى سيتخذ . وعلى العكس ففى الحالة الثانية تستحيل معرفة القرار قبل تدخل الشخص الذى يقوم بتطبيق القاعدة .

والسلطة التقديرية تستمد من طريقة صياغة القاعدة ذاتها ، وما إذا كانت هذه القاعدة مرنة أم جامدة . والقاعدة المرنة التى تتم صياغتها فى عبارات مرنة أو مطاطة élastique ، هى وحدها التى تطبق بطريقة تقديرية . والقاعدة يمكن أن تكون مرنة فى حلها أو فى فرضها أو فى العلاقة بين الفرض والحل . وهكذا فإن السلطة التقديرية يمكن أن توجد فى المراحل الثلاث من التطبيق : المعاينة ، واتخاذ القرار ، ومضمون هذا القرار .

وإذا أخذنا مثال الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين المدنى المصرى ، التى تأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، وجدنا القاضى يملك سلطة تقديرية فى المعاينة ، أى التحقق من وقوع « **حوادث استثنائية عامة** » ، يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الالتزام «**مرهقاً**» ، يهدد المدين «**بخسارة فادحة**» . فكل هذه عبارات مطاطة يملك القاضى فى معاينتها سلطة تقديرية واسعة . ويملك القاضى سلطة تقديرية كذلك فى اتخاذ القرار . فكما يقول النص « **جاز للقاضى وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ... الخ** » . ويملك القاضى سلطة تقديرية واسعة أيضاً فى تحديد مضمون القرار وهو أن « **يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول** » . فالمشرع **أطلق يد القاضى** فى العقد على حد تعبير الأستاذ السنهورى السابق ذكره .

ويكفى للقول بأن تطبيق القاعدة تقديرياً ، أن تكون واحدة فقط من العمليات الثلاث السابق ذكرها ، منطوية على ذلك . ومع ذلك فتجب ملاحظة أن العملية الأولى وهى المعاينة ، تثير أحياناً مشكلة تكييف ، وتخضع بالتالى لرقابة محكمة النقض[١٣٠] . ولذلك فإن

---

(١٣٠) مارتى ، التفرقة بين الواقع والقانون ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢١٣

العملية الثانية المتعلقة باتخاذ القرار ، وكذلك العملية الثالثة المتعلقة بتحديد مضمون القرار ، هما اللتان تميزان أكثر من غيرهما السلطة التقديرية (١٣١).

ولا يجوز استخدام فكرة السلطة التقديرية على النحو السابق ذكره للتفرقة بين العمل القضائى وبين القرار الإدارى . وليس صحيحاً ما يقوله البعض من أن « الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة وتقديرية»(١٣٢).

فالسلطة الإدارية تخضع لمبدأ المشروعية ، بمعنى أن كل تصرفاتها يجب أن تكون مطابقة للقانون . وفى مباشرة وظيفتها فإن الإدارة تتمتع أحياناً بسلطة تقديرية ، وفى أحيان أخرى تكون سلطتها مقيدة Liée. والأمر يتوقف على القاعدة القانونية التى تقوم بتطبيقها وهل هى قاعدة جامدة ، أم قاعدة مرنة(١٣٣) . وهذا يصدق أيضاًعلى الوظيفة القضائية . .

وقد أمكن للبعض القول بأن السلطة التقديرية هى من الخصائص القاصرة على السلطة القضائية وحدها ، دون السلطة الإدارية . وفى هذا المعنى يقول الأستاذ كاربونييه ، « الفكرة التى اقترحها هى أن القضاء هو الشك . الشك الذى يقرر فى نزاع انسانى . فإذا كانت الإدارة تسمح لنفسها بأن تشك قبل أن تقرر ، فإن عملها يتجه الى أن يصبح قضائياً . وبالمثل فإذا توقف القاضى عن الشك ، بحكم العادة والتكرار ،

---

(١٣١) يقول الأستاذ مارتى انه توجد سلطة تقديرية عندما يستخدم المشرع اصطلاح يجوز للقاضى ، وهذا ما يقابل العملية الثانية فى التحليل الذى ذكرناه فى المتن ، أو عندما يترك المشرع للقاضى سلطة فردية الجزاء individualisation وهو ما يقابل العملية الثالثة فى التحليل الوارد فى المتن . راجع رسالة الأستاذ مارتى السابق ذكرها ، ص ٢٧٢ ، وص ٣٧٤ .

(١٣٢) جلاسون ، تعليق على نقض ٣ ابريل ١٨٩٥ ، داللوز ، ١٨٩٦ ، ١ ، ٥ ؛ اضف ، رولان ، الشئ المحكوم به ، رسالة ، ليون ، ١٩٥٨ ، ص ٢٩٢ .

(١٣٣) كاريه دى مالبيرج ، مساهمة فى نظرية الدولة ، جـ ١ ، ص ٧٦٣ وص ٧٦٩؛ ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، جـ ٢ ، ص ٣٨٥ وما بعدها ؛ دى لوبادير ، القانون الإدارى ، المرجع السابق ، ص ٢١٧ .

فإن قضاءه يتجه الى أن يصبح آلياً كما تفعل الإدارة » (١٣٤).

ونحن نكتفى بالقول فى آخر هذه الفقرة ، بأن السلطة التقديرية لا تحول الحكم الى قرار إدارى .

٣٠٧ - السلطة المنشئة ليست قاصرة على القرار الإدارى :

إذا كانت السلطة التقديرية ليست من الخصائص القاصرة على القرار الإدارى ، فإن السلطة المنشئة ليست هى الأخرى من الخصائص القاصرة عليه أيضاً .

وإذا كان الأستاذ جيز قد أطلق فكرة مؤداها أن العمل القضائى لا يخلق شيئًا ، وأن الخلق أو الانشاء الذى ينتج أحياناً عن العمل القضائى، إنما هو بسبب قرار إدارى مضاف الى العمل القضائى . فإن هذه الفكرة لا فائدة منها فى الواقع إلا لمواجهة الصعوبات التى نشأت بسبب التعريف الذى أعطاه الأستاذ جيز للعمل القضائى باعتباره مجرد معاينة تحوز قوة الحقيقة القانونية (١٣٥).

وما يقوله الأستاذ جيز غير صحيح ، لأن العمل القضائى ليس مجرد معاينة ، وهو يمكن أن يكون منشئاً دون أن يستعير شيئاً من القرار الإدارى . بل أنه يمكن الدفاع عن الفكرة العكسية ، وهى أنه كلما زادت القوة المنشئة للقرار ، كلما ابتعد عن الصفة الإدارية . وقد سبق أن رأينا أنه فى حالة النقص فى التشريع ، فإن القاضى يخلق الحل العادل للنزاع . وعلى العكس فإن الإدارة لا تستطيع خلق أى شئ فى مثل هذا الفرض .

وكما يقول الأستاذ كاريه دى مالبير « الإدارة لا تستطيع أن تأخذ أية قرارات أو تتخذ أية إجراءات ، غير تلك التى يقررها ويسمح لها

---

(١٣٤) كاربونييه ، القضية والحكم ، المحاضرات السابق ذكرها ، ص ١٦٢ .

(١٣٥) جيز ، العمل القضائى ، فى مجلة القانون العام ، ١٩٠٩ ، ص ٦٦١ وما بعدها ص ٦٦٢

التشريع ؛ وشرط المشروعية من شأنه فى الدولة المعاصرة ، أن يقيد السلطة الإدارية ، ويؤدى أحياناً الى تقليص هذه السلطة الى حد العجز، وعدم الحركة » (١٣٦) .

ومن ناحية أخرى ، فقد أوضحنا طوال هذه الدراسة ، أن القانون يمنح القاضى أحياناً سلطة انشاء التزامات قضائية . وعلى العكس فإننا لا نعرف بعد أن الإدارة تخلق التزامات إدارية . والمثل الذى يعطيه جيز ، عن فرض الضريبة ، غير مقنع، لأن مصدر الالتزام بدفع الضريبة هو القانون وليس الإدارة (١٣٧) . وكذلك فإن الأمثلة التى يعطيها ديجى ، تتعلق فى الواقع بالتزامات تنشأ عن الإرادة المنفردة للإدارة ، ولا تلزم إلا الإدارة وحدها ، مثل الالتزامات التى تنشأ عن الإرادة المنفردة للأفراد(١٣٨).

وقد يكون من الممكن أن الإدارة تخلق الالتزامات ، ولكن حتى الوقت الذى نشرنا فيه نظريتنا عن الالتزام القضائى ، فإن الفقهاء وخاصة أساتذة القانون المدنى منهم ، لم يعرفوا شيئاً اسمه الالتزام الإدارى . ولا بد من القيام بدراسة خاصة لاثبات وجوده . وقد قمنا نحن بهذه الدراسة فى كتابنا ، القرار الإدارى مصدر للحق فى عام ١٩٧٢ ، وهو ما سيكون موضوع الفصل السابع من هذا الكتاب .

وباختصار فإن القرار الإدارى لا يتميز بسلطته المنشئة ، كما أن الأثر المنشئ للعمل القضائى ، ليس من شأنه أن يحوله الى قرار إدارى.

٣٠٨ - الحكم القضائى لا يتضمن أى عنصر تشريعى أو إدارى : وحدة الحكم :

اعتقد البعض أن الحكم يتضمن أحياناً عنصراً تشريعياً . وهذه

---

(١٣٦)كاريه دى مالبير ، مساهمة فى نظرية الدولة ، المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ٧٠٦ .

(١٣٧) جيز ، العمل القضائى ، المرجع السابق ، ص ٦٨٢ .

(١٣٨) ديجى ، القرار الإدارى والقرار القضائى ، مجلة القانون العام، ١٩٠٦ ، ص ٤٥٥ .

الفكرة يشترك فيها أنصار المعيار المادى للعمل القضائى ، وكذلك أنصار المعيار الشكلى . وهكذا نجد بونار يعتقد أن عنصر القرار فى الحكم يتضمن أحيانا « تصرف قاعدة » acte-règle من طبيعة تشريعية. ويقول أن اندماج القرار فى المعاينة هو الذى يجعل من هذا القرار ، تصرفاً مركبًا من طبيعة قضائية خالصة (١٣٩). ومع ذلك لا يبدو مفهوماً لماذا لا يؤدى هذا الاندماج الى تحويل التصرف الى تصرف تشريعى خالص . ولماذا يغلب فى رأى بونار العنصر القضائى على العنصر التشريعى . ولذلك نجد الأستاذ كاريه دى مالبير يعتبر هذا التصرف تشريعياً خالصًا . ولا يمكن أن يفصل بينه وبين التشريع غير المعيار الشكلى(١٤٠) .

والحقيقة ليست مع بونارد ، ولا من كاريه دى مالبير ، ولكنها مع فرانسوا جنى . فالفكرة التى لا يمكن رفضها حسب هذا الأخير ، هى أن الحكم يمكن أن يخلق حلاً قانونيًا ، ولكنه لا يمكن أن يخلق قاعدة قانونية (١٤١) . وليس هناك أى مجال للخلط بين العمل القضائى والعمل التشريعى .

ومن الشائع أيضًا القول بأن عنصر القرار فى الحكم ، هو عمل إدارى يضاف الى المعاينة وهى وحدها التى يتكون منها العمل القضائى. وقد رأينا من قبل أن هذه الفكرة أطلقها جيز لحل المشاكل الناشئة عن التعريف الذى أعطاه هو للعمل القضائى . وقد أخذ ديجى بعد ذلك بنفس الفكرة ، لأسباب مشابهة وهى تبرير ما يسمى بالوحدة المنطقية بين المعاينة والقرار . وكما يقول ديجى فإن « القرار بمفرده هو قرار

---

(١٣٩) بونار ، الفكرة المادية فى الوظيفة القضائية ، فى الدراسات المهداة الى كاريه دى مابيروج ، ١٩٣٣ ، ص ٢٤-ص٢٥ .

(١٤١) كاريه دى مالبير ، مساهمة فى نظرية الدولة ، المرجع السابق ، ص ٧٥٢ .

(١٤٢) جنى ، طريقة التفسير ، المرجع السابق ، جـ ١ ، الصفحات ٢٠٢ - ٢١٩ : جـ ٢ ، الصفحات ٣٥ ، ٢٨٨ ، ٣٢٢ ، ٣٧٠ .

إدارى ، وهذا ما يعترف به جيز » (١٤٢).

والواقع أن هذه الفكرة ، يمكن أن تكون مفيدة لاثبات اندماج العنصرين (المعاينة والقرار) ، أو انفصالهما . فهى غير مفيدة فى شئ على الاطلاق . ومع ذلك فإن معظم الفقهاء يذكرونها ، كما لو كانت من الأمور المسلم بها (١٤٣).

ولعل السبب فى كل هذا الخلط فى الفقه الفرنسى ، أن فكرة اعتبار القضاء الإدارى جزءاً من الإدارة لم تتغير منذ انشاء هذا القضاء فى بداية الثورة الفرنسية الى يومنا هذا . ولازال اجماع الفقه الإدارى الفرنسى الحديث يعتبر القضاء الإدارى لمجلس الدولة جزءاً من الإدارة ، لا يتميز عن أجزائها الأخرى إلا بالاجراءات والضمانات التى تحيط بإصدار قراراته ، التى تعتبر بدورها نوعاً من القرارات الإدارية(١٤٤) . وكل ما يصدر عن الإدارة من قرارات ، سواء ما يصدر عن الإدارة العامة، أو ما يصدر عن الإدارة القضائية يعتبر من قبيل القرارات الإدارية . غاية الأمر أن القرارات التى تصدر عن الإدارة العاملة يمكن أن يطلق عليها اسم قرارات الإدارة النشطة ، بينما القرارات التى تصدر عن الإدارة القضائية ، يطلق عليها اسم القرارات الإدارية القضائية .

وبالنسبة لمصر فهناك وجه للتساؤل الآن عما إذا كان القضاء الإدارى فى مصر أصبح جزءاً من السلطة القضائية بعد النص عليه فى الدستور فى الفصل الرابع من الباب الخامس الخاص بالسلطة القضائية ، وبعد أن نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة ، المعدل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ ، على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، أم أن هذه النصوص لا تغير

---

(١٤٢)ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، جـ ٢ ، ص ٤٤٣ .

(١٤٣) انظر المراجع العديدة فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٩٦ ، هامش ١٥٢.

(١٤٤) انظر المراجع العديدة فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ١٩٦ ، هامش ١٥٣؛ وكتابنا ، النظرية العامة للقانون ، ص ٥٢٠ ، هامش ١٥.

شيئاً من انتماء مجلس الدولة الى السلطة الإدارية ؟ (١٤٥)

وأياً ما كان الرأى بشأن طبيعة أحكام القضاء الإدارى ، فى فرنسا أو فى مصر ، فإن ذلك لا ينبغى أن يكون له أى تأثير على طبيعة الحكم الصادر من محاكم السلطة القضائية ، أو كما يقول الأستاذ روبييه ، فإن كل المسائل التى أثارها أساتذة القانون العام . « تظل بدون معنى فى القانون الخاص(١٤٦)» . فالحكم القضائى العادى لا يتضمن أى عنصر إدارى .

ويلاحظ أن الفقهاء الذين يذهبون الى أن عنصر القرار فى الحكم القضائى ، هو قرار إدارى لا يهتمون إطلاقاً بشرح وجهة نظرهم . والفقيه الوحيد الذى حاول شرح هذه الفكرة هو الأستاذ هبرو . فلنقرأ ما يقول : « الخصيصة الهامة فى الحكم القضائى والتى تجعله نوعاً من القرار الإدارى ، هو أنه بدلاً من أن يستمد قوته من إرادة أصحاب الشأن أنفسهم ، فإنه يصدر دائماً عن سلطة موظف عام ، يمارس اختصاصه» . وحجة الأستاذ هبرو لا تبدو مقنعة ، لأنها تعنى أن كل تصرف غير صادر عن إرادة خاصة ، هو بالضرورة تصرف إدارى . ولكن لماذا لا يكون عملاً تشريعياً أو قضائياً ؟ ولكن الأستاذ هبرو يجيب على نفسه، فيقول « ولكن لا ينبغى أن ننسى أن هذا الشخص العام ، هو قاض ، وأن سلطته فى التصرف فى الحقوق الخاصة . لا يمكن أن تكون إلا ممارسة لوظيفته القضائية ، المتميزة عن الوظيفة الإدارية ، بالمعنى

---

(١٤٥) رغم ورود نص خاص بمجلس الدولة فى الدستور فى الفصل المتعلق بالسلطة القضائية إلا أن مجلس الدولة له قانون مستقل عن قانون السلطة القضائية ، راجع فى الموضوع ، كتابنا النظرية العامة للقانون ، فقرة ١٥٥ ، ص ٥١٥ وما بعدها.

(١٤٦) روبييه ، الحق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦ ؛ فى نفس المعنى لا مبوى . فكرة العمل القضائى . مجلة القانون العام ، ١٩٤٦ ، ص ٥٥ - ص ٥٦ ؛ سوليس وبيرو ، القانون القضائى الخاص ، المرجع السابق ، ص ٤٢٦ - ص ٤٢٧ .

الصحيح » (١٤٧) هذه هى الحقيقة الوحيدة ، فيجب إذن تأكيد وحدة الحكم القضائى .

والحكم يتحلل الى عنصرين : المعاينة والقرار ، ولكنه لا يتكون من تصرفين متميزين . والحكم هو عمل قضائى خالص بالنسبة لعنصريه ، ولا يتضمن أى عنصر إدارى . وبصفة خاصة فليس من شأن السلطة التقديرية ، أو الأثر المنشئ للحكم ، أن يؤثر فى طبيعته ويحوله الى قرار إدارى . فكل ذلك يتعلق بالعمل القضائى وحده .

ومن ناحية أخرى ، فإن هؤلاء الذين يتعرفون على القرار الإدارى فى الحكم ، يعيبهم أنهم يستخدمون فكرة لا يستطيعون هم اعطاء تعريف لها ، وإلا فما هو القرار الإدارى ؟ وما هو معياره ؟ هل هو معيار السلطة العامة أم معيار المرفق العام ... الخ ؟ وكما يقول الأستاذ دى لوبادير « نحن لازلنا فى مرحلة البحث والتردد . وليس اليقين»(١٤٨). وكما يقول الأستاذ ڤالين ، فإن « القانون الإدارى فى تطور مستمر ، كما لو كان لم يكمل نموه بعد » (١٤٩). والسؤال إذن هو كيف نكتشف فى الحكم شيئاً لا نعرفه بعد ، أو لا نعرفه بطريقة جيدة ؟ ولا توجد إجابة على هذا السؤال .

والخلاصة هى أن الحكم الصادر من محاكم السلطة القضائية ، هو عمل قضائى خالص ، ولا يتضمن أى عنصر تشريعى أو إدارى .

٣٠٩ - مصير نظرية العمل القضائى L'acte juridictionel :

نظرية العمل القضائى لم تصل بعد الى صيغتها النهائية أو منطوقها النهائى . ويعبر بعض الشراح عن « خيبة أملهم» . فى كل المجهودات المبذولة فى هذا الشأن (١٥٠). واليوم فإن نظرية الالتزام

---

(١٤٧) هبرو ، العمل القضائى ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ ،هامش ٢ .

(١٤٨) دى لوبادير ، القانون الإدارى ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

(١٤٩) ڤالين ، القانون الإدارى ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ .

(١٥٠) ڤالين . معيار التصرفات القضائية ، مجلة القانون العام ، ١٩٣٣ . ص ٧٢ .

القضائى تأتى لتقدم عنصراً جديداً وحاسمًا فى المناقشات الدائرة حول العمل القضائى . وسيؤدى هذا العنصر الجديد الى ابطال معظم النظريات السابق إعلانها فى هذا الموضوع (١٥١) . والسبب فى ذلك أن دعوى تعديل العقد لا تعتمد على حق موجود . بل أكثر من ذلك فهى موجهة ضد حق موجود ولكنه ظالم (١٥٢). والقاضى لا يؤكد حمايته لهذا الحق ولكنه يعدله طبقاً لما تستوجبه العدالة . والقاضى لا يقتصر على مجرد الكشف عن حق موجود من قبل ولكنه يخلق حقاً جديداً . وحكم القاضى ليس نتيجة منطقية للمعاينة ، ولكنه نتيجة إرادية لحريته فى التقدير .

وهكذا فإن الحكم ليس مجرد معاينة مزدودة بقوة الحقيقة القانونية كما يقول جيز (١٥٣). والقرار ليس نتيجة ضرورية ومنطقية للمعاينة ، فى كل الأحوال كما يقول ديجى(١٥٤) . ولا يتعلق الأمر دائماً بحماية حق موجود كما يعتقد أرتور، ويوناره ، وفيزيوز ، وغيرهم(١٥٥).

والواقع أنه لا طائل من محاولة العثور لدى أحد الفقهاء المعاصرين عن تعريف مرضٍ عن العمل القضائى . وينبغى أولاً أن نعترف بأن البناء الفنى للعمل القضائى يعتمد على الفكرة العامة للوجود السائدة

---

(١٥١) نحن نقصد بالطبع نظريات المعيار المادى للعمل القضائى لأنه لم يحدث أى تغيير فى الواقع بشأن شكل الحكم.

(١٥٢) بعض الكتاب يأخذ بفكرة الدعوى المستقلة عن الحق ، راجع ، ديجى، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٤٣٣ ؛ هوريو ، عناصر المنازعة ، مجموعة التشريعات ، تولوز ، ١٩٠٥ ، ص ٤١ ؛ روبييه ، الحق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، الصفحات ٧٤ ، ٢٩٦ ، ٢٩ ، ٢٩٨ . ومع ذلك فإن أحد لم يتكلم من قبل عن دعوى موجهة ضد حق قائم .

(١٥٣) جيز ، العمل القضائى ، المرجع السابق ، الصفحات ٦٦٧ وما بعدها .

(١٥٤) ديجى ، موسوعة القانون الدستورى ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٤٤٣ .

(١٥٥) أرتور ، الفصل بين السلطات والفصل بين الوظائف ، مجلة القانون العام ، ١٩٠٠ ، ص ٢٢٦ ، و ص٢٣٧ : بونار ، الفكرة المادية للوظيفة القضائية ، المرجع السابق ، الصفحات ٢٧ - ٢٩ : الأفكار الأساسية للمرافعات والفقه الفرنسى للقانون العام ، ١٩٣١ ، ص ٤٩ .

فى بلد معين ، ومن الواضح أن وظيفة القاضى فى ألمانيا النازية أو فى روسيا الشيوعية قبل انهيار الاتحاد السوفيتى ، لم تكن هى ذاتها وظيفة القاضى الفرنسى أو المصرى . وسواء فى فرنسا أم فى مصر ، فإن الفكرة العامة للوجود لا تقتضى غير شىء واحد هو العدالة .

وكلما فكرنا اكثر كلما زدنا اقتناعاً بالتحليل الأرسطى لوظيفة القاضى . وكما يقول الفيلسوف « عندما يحدث خلاف بين الناس ، فإنهما يلجأون الى القاضى . والذهاب الى القاضى ، هو ذهاب الى العدالة، لأن القاضى ، يريد أن يكون ، إذا جاز التعبير تجسيداً للعدالة : وفى شخص القاضى يبحث الانسان عن شخص ثالث غير متحيز ، يسميه البعض حكمًا .. وهو رجل العدل ... الذى يمسك بالميزان بين الطرفين »،(١٥٦) هذا هو العمل القضائى . فالعنصر المميز للعمل القضائى هو الخلاف أو النزاع بين طرفين(١٥٧) . وهذا هو المعيار المادى . هذا النزاع لا بد أن يعرض أمام رجل العدل ، وهذا هو المعيار الشكلى . والتصرف الصادر من هذا الشخص ، لحل هذا النزاع ، طبقاً للعدل ، هو العمل القضائى . والعدل الذى ينطق به الحكم ، هو العدل الموجود فى المصادر المختلفة للقانون الوضعى ، أو لدى القاضى نفسه فى حالة النقص فى هذه المصادر . فهل يضع تحليل أرسطو حداً للمناقشات فى هذا الموضوع ؟ هذا ما نأمله .

٣١٠ - مصير نظرية الحكم المنشئ :

أهم دراسة حديثة عن الحكم المنشئ ، وهى دراسة الأستاذ رينو ، تكشف الى أى مدى ترتبط نظرية الحكم المنشئ بنظرية العمل القضائى . وهو يقول إن « السؤال الذى لازال مطروحًا للمناقشة » ، هو معرفة ما إذا كان الأثر المنشئ للحكم يتصل بالعمل القضائى

---

(١٥٦) لرسطو ، الأخلاق ، ٥ ، ٤ ، ٧-٨ .

(١٥٧) لوضح مارتى ورينو بجلاء أن النزاع يوجد فعلاً فى كل نشاط قضائى ، راجع القانون المدنى ، جـ ١ ، ص ٣١٢ .

للقاضى ، أم أنه يتصل بسلطة أخرى منوطة بالقاضى ، قد تكون سلطة بريتورية أو إدارية(١٥٨) .

لقد خصصنا الجزء الأكبر من هذا المطلب للإجابة على هذا السؤال. فلا توجد أدنى علاقة بين فكرة الحكم المنشئ ، وفكرة السلطة البريتورية أو الإدارية . وقد رأينا من قبل ، أنه فى القانون الرومانى كان الحكم الصادر من القاضى ، وليس من البريتور ، مجدداً ومنشئًا ومصدراً للالتزام . والقانون الرومانى نفسه لا يقيم أدنى علاقة بين الأثر المنشئ للحكم وبين السلطة السياسية للبريتور . ومسألة السلطة البريتورية تتعلق أساساً بمصادر القانون الوضعى .

وفى القانون الحديث ، لم يعد هناك مجال للحديث عن السلطة البريتورية ، لا بالنسبة للقاضى ، ولا حتى بالنسبة للقضاء فى مجموعه(١٥٩) . وفيما يتعلق بالسلطة الإدارية فقد سبق أن أكدنا وحدة الحكم القضائى الصادر من محاكم القضاء العادى . فالحكم لا يتضمن أى عنصر إدارى . فهو عمل قضائى خالص فى عنصريه : المعاينة والقرار . فلا السلطة التقديرية ، ولا السلطة المنشئة يمكن أن تحوله الى قرار إدارى(١٦٠).

ولذلك فنحن لا نوافق على فكرة الأستاذ بوييه ، التى إستعارها من بعض أساتذة القانون العام ، والتى بمقتضاها يتحلل الحكم الى عنصرين : معاينة كاشفة يتكون منها وحدها العمل القضائى ، وقرار منشىء هو قرار إدارى يضاف الى العمل الأول القضائى . وهكذا فإن الحكم هو عمل مركب ومنشئ(١٦١) . ولا نستطيع أن نوافق أيضاً على التفرقة التى يقترحها الأستاذ ميرل ، بين الحكم المرجح والحكم

---

(١٥٨) بيير رينو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢ . واضف ، الصفحات ٣٧٧ ، ٣٧٩ ، ٣٨٣ ، ٣٨٤ .

(١٥٩) راجع ما سبق ، فقرة ٣٠٤ .

(١٦٠) راجع ما سبق ، فقرة ٣٠٨ .

(١٦١) بوييه ، مساهمة فى دراسة فكرة السبب ، والتصرف الكاشف ، رسالة ، تولوز ، ١٩٤٧ ، ص ٤٦١ وما بعدها .

الأمر : الأول يتعلق بوظيفة القاضى القضائية ، أما الثانى فيتعلق بوظيفته البريتورية (١٦٢) . والواقع أن الأستاذ ميرل لم يكن موفقاً فى الرجوع الى القانون الرومانى . ونحيل فى هذا الشأن الى ما سبق أن ذكرناه عن أحكام القانون الرومانى .

وهكذا إذا نحينا جانبًا مثل هذه الآراء ، فلا يبقى إلاان نؤكد أن الطبيعة القضائية للحكم ، لا تتعارض مع فكرة الحكم المنشئ . وبالرغم من أن الأحكام تكون فى العادة كاشفة لحقوق موجودة من قبل ، فإنه توجد مع ذلك أحكام أخرى منشئة للحقوق . **ومعيار الحكم المنشئ للالتزام ، ينبغى البحث عنه فى نشاط القاضى ، وخاصة فى سلطته التقديرية .**

وبالرغم من أنه من غير اللازم أن تكون فكرة الحكم المنشئ للالتزام ، مطابقة للأحكام الصادرة فى مسائل الحالة والأهلية . ومع ذلك فيبدو لنا من الصعب أن نعترف بحكم منشئ لا يعتمد على السلطة التقديرية لمن صدر منه . وهكذا فإنه بالنسبة لهذه الطائفة الأخيرة (أحكام الحالة والأهلية) ، حيث لا توجد فيها سلطة تقديرية للقاضى ، هناك مجال للتساؤل الجدى ، عما إذا كانت هذه الأحكام منشئة فعلاً كما يعتقد البعض(١٦٣) ، أم أن «فكرة الحكم المنشئ تم استعمالها هنا فقط لمجرد حل بعض المشاكل الصعبة » ، حسب تعبير الأستاذ إسمان ؟(١٦٤)

---

(١٦٢) ميرل ، مساهمة فى النظرية العامة للتصرف الكاشف ، رسالة تولوز ، ١٩٤٨ ، ص ١١٢ وما بعدها .

(١٦٣) مازو ، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة ، المرجع السابق ، ص ٢٤ وما بعدها ؛ روبييه ، الحق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، ص ٣٢٥ ؛ انظر المراجع الأخرى المشار اليها فى كتابنا، الالتزام القضائى ، ص ٢٠٠ ، هامش ١٧٤ .

(١٦٤) إسمان ، آثار قرارات العدالة ، الاعتراف وخلق الحقوق ، الرسالة السابق ذكرها ، ص ٢٤٤ : انظر المراجع الأخرى العديدة المشار اليها فى كتابنا ، الالتزام القضائى ، ص ٢٠٠ ، هامش ١٧٥ .

والواقع أن نظريتنا عن الالتزام القضائى لن تكون مشجعة على اعتبار مثل هذه الأحكام أحكاماً منشئة بالمعنى الصحيح .

ومع ذلك فإن نظريتنا عن الالتزام القضائى ، بعد أن استولت على فكرة الحكم المنشىء ، أصبحت تؤدى لهذه الفكرة خدمة حيوية ، وتنقذ حياتها فى لحظة حرجة أصبح وجودها ذاته موضع تساؤل . والواضح أنه كان من التسرع من جانب البعض أن يتخذ موقفًا ضد فكرة الحكم المنشىء، فى وقت يزيد نشاط القاضى زيادة مستمرة . وفى هذا النشاط تكمن القوة المنشئة للحكم .

٣١١ - آثار الحكم المنشئ للالتزام :

مثل كل الالتزامات الأخرى ، فإن الالتزام القضائى يخضع لقواعد النظرية العامة للالتزام . ومع ذلك فإن الالتزام يظل متصلاً بمصدره ، سواء فى وجوده ، أو فى آثاره .

وهكذا فإن وجود الالتزام القضائى يعتمد على وجود الحكم . والقواعد المتعلقة بإصدار الأحكام والطعن فيها ، هى التى تحكم مصير الالتزام القضائى .

وفيما يتعلق بالآثار فإن الالتزام القضائى يستفيد من الآثار الخاصة بالحكم ، وخاصة حجية الشىء المحكوم به ، والقوة التنفيذية ، وكذلك التقادم الثلاثينى فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى . وفيما يتعلق بأثر الحكم فى مواجهة الغير ، فإن الحكم المنشئ لا يختلف عن الحكم الكاشف . فالمبدأ دائماً واحد هو نسبية أثر الحكم . وهذا هو المبدأ المقرر بالنسبة للعقد . والعقد وهو يحتل المركز الأول للتصرفات المنشئة ، يخضع مع ذلك لمبدأ نسبية أثر العقد .

وفيما يتعلق بالتاريخ الذى تبدأ فيه آثار الالتزام العقدى ، فإنه تجب دائماً مراعاة أن الالتزام يحل محل التزام عقدى سابق تم تعديله . وفى بعض الأحيان فإن التعديل لا يمكن تصوره إلا بالرجوع الى تاريخ ابرام العقد . والأمر هنا يتوقف على مضمون التعديل .

ومن ناحية أخرى فإن توابع وتأمينات الالتزام العقدى ، لا تنقضى

بالتجديد القضائى . وكان هذا هو نفس المبدأ بالنسبة للتجديد الضرورى فى القانون الرومانى .وعلى العكس فإن الحكم يخلق أحياناً ضمانات جديدة . ومع ذلك فإن التعديل الوارد فى الحكم يمكن أن يلحق التوابع والتأمينات . فالقاضى يستطيع على سبيل المثال ، أن يخفض سعر الفائدة . فكل شىء يتوقف على مضمون التعديل .

وباختصار ، نظراً لأن القاضى يتصرف فى الالتزام القديم ، والالتزام الجديد، فإن آثار الحكم المنشئ تكون متوقفة على ما يراه القاضى ، فى حدود النظرية العامة للحكم ، والنظرية العامة للالتزام .

٣١٢ - خلاصة المطلب الثانى :

الحكم المنشئ للالتزام يعتمد على السلطة التقديرية للقاضى . وهذه السلطة لا تشبه فى شئ السلطة السياسية، أو البريتورية ، أو الإدارية . وعلى العكس فإن السلطة التقديرية للقاضى تتفق تماماً مع وظيفته القضائية . ومن ناحية أخرى فإن القاضى لا يملك تعديل العقد بدون تفويض صريح من القانون فى مصادره المختلفة : التشريع والقضاء .

٣١٣ - خاتمة عامة لنظرية الالتزام القضائى :

من الناحية النظرية فإن القانون يقوم على العدل .ومن الناحية الفعلية ، فإن فكرة العدل تؤثر تأثيراً بالغاً فى تكوين القانون ، سواء فى مصر ، أو فى فرنسا .

والصياغة القانونية ، ينبغى أن تكون ، وهى فعلاً ، فى خدمة العدل والأخلاق المطلقة . فالعدل هو الذى يحدد متى ينبغى الالتجاء الى إحدى الوسائل الفنية للصياغة ، ومتى يجب التخلص منها .

وهكذا إذا اقتصرنا على مجرد دراسة الوسائل الفنية للمشاكل القانونية ، فإننا نخاطر بعدم رؤية كل الحقيقة ، حتى تلك التى تتعلق بالوسائل الفنية ذاتها .

والواقع أن مشكلة تعديل القاضى للعقد ، تعطى مثلاً واضحاً على

ارتباط الصياغة واعتمادها على الأخلاق . وفى دراستنا للمشكلة الأخلاقية للعقد ، تبين لنا أن كل ما هو عقدى ، هو اصطناعى . فالعقد لا يعدو أن يكون وسيلةفنية خاضعة للأخلاق . وهو لا يستمد قوته الملزمة من إرادة الأطراف ، ولكن من اتفاقه مع العقل والعدل .

والعقد يقوم على قرينة مطابقته للعدل . ولكنه عدل مصطنع ومصنوع . ولكن إذا ابتعد العقد عن العقل ، وتوافر الدليل القاطع المستمد من بعض الظروف الملابسة لابرام العقد أو الطارئة بعد ابرامه ، على أن العقد أصبح يعبر عن الظلم بشكل واضح لا يقبل الشك ، فإن القرينة فى هذه الحالة تسقط وتتحول الى حيلة . ومثل هذا العقد يفقد كل قوة أخلاقية له ، ويصبح تعديله مبرراً . ولكن القول بذلك لا يتحقق من مجرد عدم التعادل الموضوعى فى الالتزامات المتقابلة ، بل لا بد أن يضاف الى الغبن ظرف آخر يكشف عن الوجه القبيح للعقد ، ويجعل وجوده لا يطاق .

وعندما يضع القانون الوضعى نظاماً للتعديل الضرورى ، والآمر ، والقضائى للعقد ، فإنه لا يقيمه على إرادة المتعاقدين ، لأن التعديل موجه فى المقام الأول ضد هذه الإرادة التى تبين بوضوح أنها ظالمة .

وعندما يضع القانون نظاماً لتعديل العقد ، فإنه يستبدل وسيلة فنية جديدة هى الحكم ، بالوسيلة الفنية الأولى وهى العقد . والقانون يكلف القاضى بأن يحل التزاماً قضائيًا جديداً أكثر اتفاقًا مع العدالة ، محل الالتزام العقدى الظالم . والقاضى يقوم بذلك بعمل من أعمال العدل يتفق تماماً مع وظيفته القضائية . ووظيفة القاضى الأساسية هى أن يحكم بالعدل ، وأن يمسك بالميزان متساوياً بين الطرفين .

وباختصار فإنه بتعديل الالتزام العقدى ، فإن القاضى يقضى على هذا الالتزام ، ويخلق بدلاً منه التزاماً جديداً .ويكون هذا الحكم مجدداً ، ومنشئاً ، ومصدراً للالتزام . هذا هو منطوق نظرية الالتزام القضائى .

الباب السابع
القرار الإدارى

٣١٤ - القرار الإدارى مصدر للحق :

قال بعض أساتذة القانون الإدارى مثل جيز أن القرار الإدارى بربط الضريبة ينشئ التزاماً بدفع الضريبة . وهذا القول غير صحيح ، لأن الالتزام بدفع الضريبة ينشأ عن القانون مباشرة ، حيث لا تباشر الإدارة أدنى سلطة تقديرية فى نشأة هذا الالتزام .

وقال البعض الآخر مثل الأستاذ ديجى ، أن الإدارة عندما تلتزم بإرادتها المنفردة فإنها تنشئ التزاماً إدارياً مصدره القرار الإدارى . وهذا القول غير صحيح أيضاً ، لأن الالتزام فى هذه الحالة يكون مصدره الإرادة المنفردة ، وليس القرار الإدارى . فالإدارة تلزم نفسها دون غيرها بالإرادة المنفردة كما يفعل ذلك المواطن العادى تماماً (راجع ما سبق ، فقرة ٣٠٧) .

ومع ذلك فقد قمنا بدراسة للقانون المدنى مع التعمق ، فى عام ١٩٧٢ على أساس نظرة جديدة الى الاختصاص التقليدى للسلطة الإدارية ، أثبتنا فيها أن القرار الإدارى يمكن أن يكون مصدراً للحق ، سواء الحق العينى أو الحق الشخصى أى الالتزام . وهذا ما نوضحه فيما يلى .

تمهيد

٣١٥ - البحث عن المصدر :

أهم ما يقوم به الباحث هو تسجيل الخصائص المختلفة للظواهر التى تدخل فى مجال دراسته . والنتائج التى يصل إليها أى باحث فى أى مجال للدراسة - حتى فى الدراسات العلمية البحتة - لا يمكن النظر إليها على أنها نتائج نهائية لا تقبل المراجعة . ويكفى أن نشير فى هذا الشأن إلى أن كلمة « ديالكتيك » بكل ما تحمله من معانى المراجعة والتطور أصبحت إسما لمجلة يصدرها فى زيورخ منذ عام ١٩٤٧ مجموعة من العلماء فى التخصصات المختلفة للعلوم البحتة (١) .

ونقطة البداية فى كل دراسة هى تلك التى تبحث عن علاقة السببية بين الظواهر المختلفة ، أى عن السبب المنشىء لكل ظاهرة على حده . وطبقاً لقانون السببية الذى أعلنه Leibniz فى القرن السابع عشر « لا يوجد شىء بغير سبب » . ومنذ اعلان هذا المبدأ ، أصبح هو على حد تعبير الفيلسوف الألمانى Heidegger ، المبدأ الاسمى للمعرفة ، أو مبدأ المبادىء كلها ، أو المبدأ الذى تقوم على أساسه الحامعة الحديثة (٢) . فالحقيقة لا يمكن أن تعتبر كذلك إلا إذا أمكن تحديد المصدر الذى نشأت عنه .

---

(١) راجع Georges Gurvitch, Dialectique et Sociologie, Paris, 1962, p. 17e t s.

(٢) Heidegger, Le Principe de Raison, Fribourg, 1957, traduit en Français, Paris, 1962, pp. 52, 84, 98, 165.

والإهتمام بقانون السببية لا يقتصر على العلوم التقريرية وحدها . بل يمتد كذلك إلى العلوم التقويمية كالقانون والأخلاق . ومن هنا كان اهتمام الفلاسفة بالبحث عن مصادر الاخلاق (١) . وإهتمام ، جال القانون منذ عهد القانون الرومانى بالبحث عن مصادر الالتزام من ناحية ، ومصادر الملكية والحقوق العينية الأخرى من ناحية أخرى .

وفى نطاق القانون فان تحديد مصدر الحق أو السبب المنشىء له ، هو موضوع الاهتمام الأول للتشريع والفقه والقضاء على حد سواء . ولا غرابة فى ذلك فان مصدر الحق هو الذى يحكم وجوده ويحدد آثاره وأسباب انقضائه . وبغير دراسة حقيقية لمصادر الحقوق المختلفة ، لا توجد دراسة قانونية على الاطلاق .

ومن المعروف أن الفضل الأكبر فى دراسة مصادر الحق ، وبصفة خاصة مصادر الإلتزام ، يرجع إلى فقهاء الرومان . فنجد « جايوس » يضع التقسيم الثنائى لمصادر الالتزام إلى مصادر عقدية ومصادر غير عقدية (٢) . ونجد بعد ذلك فى موسوعة « جستينيان » التقسيم الرباعى لمصادر الالتزام : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة (٣) . ثم نجد « مودستان » يضيف المصدر الخامس للإلتزام وهو القانون (٤) . وقد انتقل بعد ذلك التقسيم الخماسى لمصادر الالتزام إلى القانون الفرنسى القديم ، وسجله « بوتييه » (٥) ، واخذه عنه التقنين المدنى الفرنسى الحالى.

---

(١) نذكر على سبيل المثال الكتاب المعروف للفيلسوف الفرنسى برجسون عن « مصدرى الدين والأخلاق » راجع الطبعة المائة ، باريس ١٩٦١ .

(٢) Gaius, Institutes, 3, 88.

(٣) Dig, 44, 7, 5, 4 à 6.

(٤) Dig. 44. 7. 52. Pr; Just, Inst.. 3. 13, 1.

(٥) لانتعرض فى هذا المقام للاختلاف فى المدلول بين القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، لاصطلاحى شبه العقد ، وشبه الجريمة . فهذا الاختلاف - ان وجد - انما يمثل كل ما أحدثه القانون الفرنسى القديم من تطوير فى هذا الشأن .

أما التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى والتقنين المصرى فقد أخذت بتقسيم خماسى جديد استفادت فيه من النقد الذى وجهه الفكر القانونى الحديث للترتيب الرومانى لمصادر الالتزام . فقد أبرز الفكر القانونى الحديث مصدرا جديدا للالتزام هو الارادة المنفردة ، وأدمج مصدرين قديمين هما الجريمة وشبه الجريمة ، فى مصدر واحد هو العمل غير المشروع ، وأطلق اسما جديدا على شبه العقد ، هو الاثراء بلا سبب . وهكذا أصبحت مصادر الإلتزام الخمسة وفقاً للترتيب الحديث هى العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون .

ومن الواضح أن الفكر القانونى الحديث بدأ من النهاية التى انتهى إليها الفكر الرومانى ، ولم يتقدم بعد ذلك سوى خطوات محدودة للغاية . ولا يرجع ذلك إلى جمود الفكر الحديث وتخلفه ، بل يرجع إلى سمو الفكر الرومانى وتقدمه ، فقد عرف الرومان تقريباً كل شىء يمكن معرفته فى نظرية الالتزام . ويترتب على ذلك أمر هام وهو أن التجديد فى هذه النظرية ليس بالأمر المرغوب فيه فى كثير من الأحيان . كما أنه محفوف بالمخاطر فى جميع الأحوال . وهكذا نجد « جنى » وهو بصدد نقد نظرية « ديجى » فى التصرف القانونى ، يؤكد أن نظرية الالتزام « تستعصى على التجديدات المتهورة » (١).

وإزاء هذا البناء الشامخ الذى شيده فقهاء الرومان ، وأضافت إليه أجيال أخرى كثيرة من أساتذة القانون فى أوربا وغيرها ، لا يسع الباحث الحديث إلا الشعور بالانبهار والرغبة فى المحافظة على هذا التراث القيم .

ولكن بالرغم من كل هذا لا ينبغى على الفكر الحديث أن يغلق على نفسه باب الاجتهاد بصفة مطلقة وإلا لعادت الدنيا إلى عهود الظلام التى عرفتها فى القرون الوسطى . فاذا كان التجديد لمجرد التجديد مما يتعارض

---

(١) مرقس وأبو ذكرى ، الأصل والصياغة ، جـ ٤ ، ص ٧٤ .

مع حمل أمانة المسئولية عن البحث والعلم ، فان رفض التجديد لمجرد الرفض هو انكار لهذه الأمانة على حد سواء .

والواقع أن التجديد لا يرتبط بالرغبة فيه أو العزوف عنه . فلا الراغب فيه يصل إليه ، ولا العازف عنه يتخلف عن الوصول إليه . واللحظة التى يرى فيها الباحث شيئا جديدا يستحق التسجيل لا تأتى له عن قصد ولا تتكرر فى حياته كثيرا . فهى قد لا تأتى له أبدا ، وإذا أتت فقد لا تعود إليه مرة أخرى . وكما يقول Max Weber نقلا عن Ihering إن أحسن أفكارنا تأتينا ونحن نجلس على مقعد فى قطار أثناء تدخين سيجار ، أو كما يقول Helmholtz يحدث لنا هذا ونحن نتجول فى طريق يصعد إلى أعلى ببطء شديد ، أو فى نحو ذلك من الظروف . أما من يجلس بين كتبه لساعات طويلة بغية العثور على أفكار جديدة فانه لا يجدها أبدا (١) .

ومن الواجب على الباحث عندما يرى شيئا جديدا يستحق التسجيل ، أن يبادر بتسجيله واعلانه على الفور بغير تردد أو خوف ، بشرط أن تكون رؤيته لهذا الشيء الجديد واضحة كل الوضوح طبقاً لطريقة ديكارت فى المعرفة وهى أن نرفض كل ما يتطرق إليه أدنى شك ، وأن نعتبر صحيحا كل ما نراه كذلك بوضوح كامل وقوى (٢) .

وعندما يرى الباحث شيئا جديدا بهذا الوصف فانه يعيش تجربة نفسية ، يسميها ماكس فبر « التجربة الحية للعلم » (L'expérience "Vécue" de la science) وهى على حد قوله شعور الباحث بالرضى وهو يقول لنفسه ، هذه المرة صنعت شيئا سيكتب له الدوام (٣) .

---

(١) ماكس فبر ، العلم والسياسة ، مترجم للفرنسية ، مقدمه لريمون آرون ، باريس ، ١٩٦٣ ، ص ٦٤ .

(٢) ديكارت ، خطبة المنهج ، ج ١ .

(٣) ماكس فبر ، المرجع السابق ، ص ٦٣ .

ونحن نعترف أننا عشنا هذه التجربة فعلا ونحن نعد رسالتنا للدكتوراه عن الالتزام القضائى ، وهى الرسالة التى نوقشت فى باريس فى فبراير عام ١٩٦٤ ونشرت فى كتاب هناك فى عام ١٩٦٥ (١) . وقد نوهنا عن ذلك فى خطبة الرسالة التى القيناها أمام لجنة الحكم التى كانت مهتمة بمعرفة الظروف التى ساعدتنا على ابراز مصدر جديد للالتزام . هو حكم القاضى . ولم تكن هذه الظروف فى الواقع ، مختلفة كثيرا عن تلك التى أشار اليها ماكس فبر نقلا عن اهرنج أو غيره .

وبعد كل الآراء التى سمعناها أو قرأناها عن نظرية الالتزام القضائى ، فان إيماننا بصدق هذه النظرية قد ازداد تأكدا ورسوخا .

ومنطوق نظرية الالتزام القضائى : أنه فى الحالات التى يقوم فيها القاضى بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية ، وبمقتضى تفويض صريح من القانون فانه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئه عن هذا العقد ، تجديدا يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات . ونشأة التزامات جديدة تحل محلها ، مصدرها حكم القاضى . والالتزامات الجديدة تختلف عن الالتزامات القديمة فى مصدرها وفى محلها . ويكون حكم القاضى فى هذه الحالة مجددا ومنشئا ومصدرا للالتزام .

والواقع أن القاضى عندما يعدل العقد فانه لا يفسره ، ولا يطبقه ، ولكنه يخرج عليه ويقومه .

والقاضى بهذا يحل ارادته محل إرادة المتعاقدين ، وينشىء آثارا جديدة غير تلك التى ارتضاها المتعاقدان . واعطاء هذه السلطة للقاضى أمر خطير للغاية ، فهى مقررة مباشرة ضد فكرة العقد ونظامه .

---

(١) نشرت الرسالة فى سلسلة مكتبة القانون الخاص ، ج ٦٤ ، باريس ١٩٦٥ .

ولذلك فان القاضى لا يملك القيام بتعديل العقد من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يكون مفوضا تفويضا صريحا من القانون فى القيام بذلك .

والقانون هو المصدر غير المباشر للالتزام القضائى ، كما هو الشأن بالنسبة لكل الالتزامات الأخرى ، أما مصدره المباشر فهو حكم القاضى .

والقانون لا يعطى للقاضى سلطة تقديرية فى تعديل العقد إلا فى الحالات التى يبدو فيها بوضوح أن العقد أصبح مخالفا للعدل مخالفة صارخة تقتضى التدخل وتبرره فى نفس الوقت .

ومن أهم تطبيقات نظرية الالتزام القضائى ، تعديل العقد فى حالة الاستغلال (م ١٢٩ مدنى) ، وتعديل أجرة الوكيل (م ٧٠٩ مدنى) . وتعديل عقود الاذعان (م ١٠٠ مدنى) ، وتعديل الشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى) ، وتعديل عقد المساعدة والانقاذ البحريين (م ٧ من اتفاقية بروكسل المعقودة فى ٢٣ سبتمبر ١٩١٠ والتى انضمت إليها مصر فى عام ١٩٤٤) . وكل هذه التطبيقات تتعلق بالغبن الحادث وقت ابرام العقد . أما الغبن اللاحق على ابرام العقد ، فهو ما تنص عليه نظرية الظروف الطارئة (م ١٤٧ مدنى) التى تعتبر كذلك من أهم تطبيقات الالتزام القضائى .

ونظرية الالتزام القضائى تزداد تطبيقاتها على مر الأيام ، ولعل أحدث تطبيق لها . هو ما نص عليه قانون ايجار الأماكن رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ من أنه وان كان المؤجر يلتزم بحسب الاصل بأعمال الترميم والصيانة ، إلا أنه إذا أصبح التزام المؤجر مرهقاً أو غير متناسب مع ما يغله العقار من أجرة فى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يوزع تكلفة الإعادة على كل من المؤجر والمستأجر ، (م ٢٠ / ٢) . وهذا التطبيق الجديد يتعلق أيضا بغبن لاحق على ابرام العقد .

والخلاصة أن القاضى وهو يحكم بما يعدل بين الناس ، يكون حكمه مقرر الحقوق

الأفراد فى معظم الحالات ، ولكنه ينشىء هذه الحقوق فى حالات أخرى بمقتضى تفويض صريح من القانون . وفى هذه الحالات يكون الحكم مصدرا من مصادر الالتزام .

واذا كنا نشير فى هذا المقام إلى نظرية الالتزام القضائى فانما نفعل ذلك على سبيل التمهيد لالقاء الضوء على مصدر جديد آخر للالتزام وللحقوق العينيـــة ، هـــو القرار الإدارى . ذلك أننا نؤمن بما يقوله البعض بحق من أن « كل عمل علمى جديد ، ليس له هدف سوى طرح أسئلة أخرى ، بحيث يصبح هو فى نهاية الأمر قديماً » (١) .

٣١٦ـ الاحساس القانونى يسبق الرؤية الواضحة :

إذا كان المنهج الذى نتخذه فى هذا البحث ، وفى غيره من الأبحاث ، هو المنهج العقلى ، وبصفة خاصة المنهج الديكارتى الذى يشترط الرؤية الواضحة التى لايتطرق إليها الشك ، للاعتراف بأية حقيقة على أنها كذلك . فاننا نؤمن مع ذلك بأن العقل ليس هو وسيلة الانسان الوحيدة للمعرفة . بل هناك وسائل أخرى تساعده فى نفس الطريق ، ومن أهمها الاحساس . فالانسان كما يدرك بعقله . يدرك باحساسه أيضا .

والاحساس له درجات متفاوتة ، أعمقها ذلك الالهام الذى يعرفه المخترعون وأصحاب المذاهب الكبرى (٢) ، وأبسطها هو ذلك الشعور الذى يمكن أن يراود أى شخص عن الطريق الصحيح الذى يجب أن يسلكه ، قبل أن يدرك العقل ادراكا كاملا الأسباب التى تبرر سلوك ذات الطريق .

---

(١) ماكس فبر ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

(٢) راجع فى اعتبار الاحساس من وسائل المعرفة Edmund Husserl, Recherche Logique, traduit en Français, Paris, 1962; Max Scheler, Le Formalisme en éthique traduit en Français, Paris, 1955

ويلاحظ أن الفيلسوف « هيسرل » والفيلسوف « شيلر » المشار إلى مؤلفيهما يعتبر الاحساس أهم من العقل كوسيلة من وسائل المعرفة

ونحن نقصد بالاحساس هنا ، هذه الدرجة البسيطة التى تأخذ فى نطاق القانون اسم الاحساس القانونى أو الذوق القانونى . ورجل القانون يحتاج قبل أن يكون عالما بالقانون ، أن يكون صاحب احساس قانونى مرهف ، أو صاحب ذوق قانونى دقيق . ورجل القانون يجب أن يستعين دائما فى حياته العلمية أو العملية بما يكون متوافرا لديه من احساس وذوق ، بشرط ألا يبنى أحكامه على الاحساس وحده ، وإلا فقد القانون كل ضابط له . بل لابد من تدعيم الاحساس بالروية العقلية الواضحة ، بحيث يظل العقل هو الوسيلة الوحيدة للقياس والحكم . أما الاحساس فتقتصر الفائدة منه على توجيه العقل إلى الطريق الذى يمكن أن يجرى فيه استكشافاته .

وإذا طبقنا هذه الأصول على موضوع بحثنا ، فاننا نستطيع القول أن أى رجل قانون يستطيع أن يدرك باحساسه وذوقه أن القرارات الإدارية أصبحت فى العصر الحديث ، وفى المجتمعات التى أصبحت فيها الدولة تسيطر على معظم علاقات الإنتاج والتوزيع ؛ تقوم بدور منشىء للحقوق ؛ الشخصية والعينية على السواء .

وفيما يتعلق بتجربتنا الشخصية فقد كان يراودنا دائما هذا الشعور ونحن نعد كتابنا عن الالتزام القضائى . وقد أشرنا فى هذا الكتاب بالفعل إلى أنه « من الممكن أن تكون الادارة مصدرا للالتزامات ، ولكن حتى الآن فان رجال القانون ، وخاصة رجال القانون المدنى لا يعرفون الالتزام الادارى ، الذى يحتاج إلى دراسة خاصة لاثبات وجوده » (١) . ومنذ ذلك الوقت لم نقم نحن أو غيرنا بهذه الدراسة الخاصة ، ولكن فكرة القيام بها كانت تراودنا فى كل وقت .

ولم يكن من الممكن بطبيعة الحال ، الاعتراف للادارة ، خلال القرن

---

(١) كتابنا عن الالتزام القضائى ، بالفرنسية ، ص ١٩٤ .

التاسع عشر ، بالقدرة على انشاء الحقوق أو الالتزامات ، حيث كانت الملكية الخاصة تمتد إلى كل شيء تقريباً ، وحيث كانت الحرية الإقتصادية هى أساس الحركة فى المجتمع كله ، وحيث كان دور الدولة يقارن بدور عسكرى المرور الذى يقوم فقط بتنظيم العلاقات بين الأفراد دون المشاركة فيها .

أما وقد تغير الوضع الآن ونحن فى أواخر القرن العشرين ، نعيش فى دولة أصبحت تملك وتدير معظم وسائل الإنتاج ، وأصبحت تسيطر على معظم علاقات التوزيع والإستهلاك . فلم يعد من المقبول أن نعترف للادارة فقط بنفس الدور الصغير الذى كانت تقوم به فى القرن التاسع عشر .

ان الانقلاب الهائل الذى حدث فى نظام المجتمع كله ، لابد أن يجد تعبيرا جديدا عنه فى لغة القانون . وانى أخال الادارة الحديثة تلتفت إلينا نحن رجال القانون تسألنا ، هل لازلتم تتحدثون عنى بنفس اللغة التى كان يتحـــدث بها أسلافكم عن الادارة القائمـــة فى وقتهم ؟ . ولو أجبناها بالايجاب ، لظهر مدى تخلفنا عن تطورات العصر الحديث ، وقصورنا فى التعبير عن حقائق المجتمع الجديد .

ومثل هذا السؤال قد لا تطرحه الادارة وحدها ، بل قد يطرحه المجتمع كله ، وهو يبحث عن الأسماء الجديدة للتطورات الخطيرة التى مست كيانه ومقوماته .

والوظيفة الأساسية لرجال القانون تتعلق بصياغة القانون قبل أن تتعلق بجوهره . والعمل الأساسى لرجال القانون هو وضع الصياغة القانونية السليمة التى يقوم عليها التشريع فى نصوصه وفى تفسيره . فلئن تخلف رجل القانون عن هذا فانه يكون قد تخلف عن وظيفته بعد أن تخلف عن عصره . أما إذا قام رجل القانون بواجبه الفنى المتعلق بصياغة القانون . فانه يكون قد قام بوظيفته وفهم عصره سواء كان يوافق فى قراره نفسه على السياسة

التشريعية التى اقتضت هذه الصياغة الجديدة ، أو لا يوافق عليها ، فهذه مسألة أخرى (١) .

وفى النطاق المحدود لهذا البحث فاننا نعتقد أن الصياغة الجديدة للدور الذى أصبحت تقوم به الادارة المصرية فى المجتمع المصرى ، هو قدرتها على انشاء الحقوق الشخصية والعينية على السواء . ولذلك لابد من الاعتراف للقرار الإدارى بمكان مستقل بين المصادر المختلفة للالتزام ، وبين الأسباب المختلفة لكسب الملكية وغيرها من الحقوق العينية .

وبعد أن أقمنا هذه الفكرة على أساس الاحساس القانونى أولا ، فاننا نقوم الآن باثباتها على أساس العقل وحده ، وبطريقة نرجو أن تكون فيها الرؤية واضحة كل الوضوح بما لا يقبل الشك .

وسنقوم بذلك على مرحلتين الأولى فى نطاق الاختصاص التقليدى للادارة ، والثانية فى نطاق الإختصاصات الحديثة للادارة المتعلقة بالمؤسسات العامة وشركات القطاع العام .

---

(١) فيما يتعلق بالسياسة التشريعية أو جوهر القانون ، فان دور رجل القانون لا يكون مختلفا فى شىء عن دور المواطن العادى .

الاختصاص التقليدى للادارة

تنقسم دراستنا فى هذا الباب إلى فصلين الأول نخصصه للنظرية العامة للقرار الإدارى المنشىء ، والثانى نخصصه للتطبيقات المختلفة لهذه النظرية .

الفصل الأول

النظرية العامة للقرار الادارى المنشىء

٣١٧- الاختصاص المقيد والاختصاص التقديرى :

الفكرة التقليدية عن نشاط الادارة هى أنها تقوم بوظيفتها فى حدود القانون وطبقاً لمبدأ الشرعية . وتطبيق القانون يتم أحيانا بطريقة آلية لا مجال فيها للتقدير ، ويتم أحيانا بطريقة مرنة يخضع فيها نشاط الادارة لمقتضيات الملاءمة . وفى الحالة الأولى فان اختصاص الادارة يسمى بالاختصاص المقيد compétence liée وفى الحالة الثانية فان اختصاص الادارة يسمى بالاختصاص التقديرى compétence discrétionnaire . ويعطى الاستاذ ديجى تفسيرا للاختصاص المقيد بأنه يوجد فى « الحالات التى عندما تجتمع فيها وقائع معينة فان رجل الادارة لا يستطيع إلا أن يتخذ قرارا معينا ؛ فاذا لم تجتمع هذه الوقائع فان رجل الادارة لا يستطيع أن يتخذ هذا القرار » (١) . أما الاختصاص التقديرى فهو يوجد عندما يملك رجل الادارة سلطة اتخاذ القرار أو عدم اتخاذه ويملك تحديد نوع القرار الذى يتخذه وفقاً لمقتضيات الملاءمة .

والقرارات الادارية تخضع فى الحالتين لرقابة القضاء . لأن القاضى كما يراقب الشرعية فهو يراقب أيضاً الملاءمة .

ومع ذلك فان ديجى يعترض على اصطلاح قضاء الملاءمة ، باعتباره اصطلاحا متناقضا مع ذاته . لأن فكرة القضاء تفترض بالضرورة وجود

---

(١) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3e éd. 1928, t. 2, p. 399.

مسألة قانون مطروحة أمام القاضى . وحكم القاضى بحسب تعريفه هو حل لمسألة قانونية (١) .

وللتخلص من استخدام اصطلاح قضاء الملاءمة ، فان ديجى يرى ضرورة التخلص أيضا من اصطلاح الاختصاص التقديرى للادارة ، لأنه على حد قوله « لم تعد توجد الآن تصرفات تقديرية أو تصرفات ادارية محضة ، وهى تلك التصرفات التى لا يملك صاحب الشأن رفع دعوى بابطالها أمام مجلس الدولة على أساس أن رجل الادارة باصدارها كان مدفوعا بدافع آخر غير الدافع الذى كان يقصده القانون عندما أعطى رجل الادارة اختصاصاته » (٢) .

وينتهى ديجى من هذا إلى أن كل اختصاصات الادارة هى اختصاصات مقيدة بأهداف القانون ، ويخضع رجل الادارة فى مباشرتها لمبدأ الشرعية .

ومع ذلك فان ديجى لا ينكر على رجل الادارة كل نشاط تقديرى فى مباشرة اختصاصاته ، لأنه فى لحظة اصدار أى قرار ، فان رجل الادارة له ويجب أن يكون له دائما شىء من الحرية فى تقدير ما إذا كان من المناسب أن يتخذ القرار أو لا يتخذه ، ولا يمكن القول بغير ذلك . فالفرد العادى يملك هذه الحرية ، ولا يمكن حرمان رجل الادارة منها وإلا لتحول إلى آلة تصدر عنها القرارات الادارية بغير وعى . وهذا مالا يتفق مع حسن سير المرافق العامة . وإذا كان بعض الكتاب يسمى حرية التقدير هذه بالسلطة التقديرية للادارة فان ديجى يعلن عدم حبه لهذه الكلمة لأنها قد توحى بالاعتقاد بأن المواطن العادى يعيش تحت رحمـــة الادارة (٣) ، وأن الادارة تملك فى بعض الأحيـان على الأقل أن تقدر بغـــير تحفظ أو

---

(١) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٥ .
(٢) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٤ .
(٣) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ .

مراجعة الهدف الذى تسعى إلى تحقيقه ، وبحيث تصبح تصرفاتها صحيحة أيا كان الهـــدف الذى دفع صاحب القرار إلى إصدار قراره ، وهـذا مالاينبغى أن يكون (١) .

وخلاصة رأى ديجى أنه مع الاعتراف بحرية التقدير للادارة فى اتخاذ بعض قراراتها ، فان جميع هذه القرارات تخضع لرقابة القضاء ، ولذلك يكون من الأفضل عدم الاعتراف للادارة باختصاصات تقديرية حتى لا يؤدى ذلك إلى الغموض وتحرير هذه القرارات من رقابة القضاء .

ورأى ديجى يعبر عن الفكرة التقليدية عن نشاط الادارة ، فرجل الادارة كما يقول Carré de Malberg « لا يمكن أن يتخـــذ أية قرارات أو اجراءات غير تلك التى حددها وأذن بها القانون ، وشرط الشرعية هذا يقوم بدور فى الدولة الحديثة هو الحد من قوة السلطة الادارية ، لدرجة يؤدى فيها احيانا إلى جعل هذه السلطة فى شلل وعدم حركة » (٢) .

وهكذا نرى الفقه التقليدى وهو يعترف للادارة بالحرية فى التقدير ، لا يحب أن يسمى هذه الحرية باسمها خشية الخروج على مبدأ الشرعية . وهو يعترف فى نفس الوقت بأن الحرص على مبدأ الشرعية يؤدى أحيانا إلى وضع الادارة فى حالة شلل وعجز عن القيام بواجبها .

ولكن ما هو المقصود بالسلطة التقديرية للادارة ؟ .

٣١٨- المقصود بالسلطة التقديرية للادارة :

كل تطبيق للقانون يمكن أن يتم بطريقة تقديرية أو بطريقة مقيدة . وتفسير ذلك أن كل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين : فرض Hypothèse

---

(١) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣٩١ .

(٢) Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l'Etat, 1920, t. 1, p. 706.

وحـــل Solution . وكل تطبيق للقانون يتحلل بدوره إلى عنصرين : معاينـــه constatation وقرار décision . والمقصود بالمعاينة هو ادخال المسألة المعروضة فى الفرض الخاص بقاعدة معينة من قواعد القانون ، أما القرار فهو اخضاع هذه المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة ذاتها . فاذا كان القرار هو نتيجة منطقية للمعاينة ، فان تطبيق القاعدة القانونية لا يكون تقديريا . وعلى العكس إذا كان القرار لا يترتب ، لا ضروره ، ولا منطقا على المعاينة ، بل يتوقف على ارادة الشخص القائم بتطبيق القانون ، فان التطبيق فى هذه الحالة يكون تقديريا .

وفى الحالة الأولى فان العملية تكون بمثابة قضية منطقية تؤدى فيهـا المقدمات إلى النتائج ، ويمكن مقدما معرفة القرار الذى سيتخذ . وعلى العكس فى الحالة الثانية فانه تستحيل معرفة القرار قبل تدخل الشخص الذى يقوم بتطبيق القاعدة . فالسلطة التقديرية تتوقف على طريقة صياغة القاعدة ، وهل هى قاعدة مرنة أم قاعدة جامدة . فالقاعدة المرنة أى تلك التى تكون صياغتها فى عبارات مطاطة ، هى وحدها التى يجرى تطبيقها بطريقة تقديرية . والقاعدة يمكن أن تكون مرنة سواء فى فرضها أو فى حلها أو فى العلاقة بين العنصرين . وهكذا فان السلطة التقديرية تمكن مباشرتها فى المراحل الثلاث لتطبيق القاعدة : المعاينة ، واتخاذ القـرار ، ومضمون هذا القرار . ويكفى أن تتوافر المرونة فى أية مرحلة من هذه المراحل الثلاث حتى يعتبر تطبيق القانون فى هذه الحالة تقديريا .

ونضرب مثلا على قرار تصدره الادارة بما لها من سلطة تقديرية ، كالقرار بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة . فالمعاينة وهى المرحلة الأولى تتم بوجود ما يستدعى القيام بمشروع معين من مشروعات المنفعة العامة فى جهة معينة . والمرحلة الثانية وهى اتخاذ القرار تتم بتقرير المنفعة العامة لهذا المشروع . أما المرحلة الثالثة وهى تحديد مضمون هذا القرار فتتم بتحديد

العقار الذى تقرر نزع ملكيته . ويلاحظ أن الادارة تصدر فى كل هذه المراحل عن سلطة تقديرية واضحة .

وهناك قرارات أخرى كثيرة تصدرها الادارة بمقتضى سلطتها التقديرية ؛ ولكننا قصدنا ابراز المثل الخاص بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة باعتباره نموذجا أساسيا للقرارات الادارية المنشئة للالتزامات والحقوق العينية على السواء .

وجدير بالذكر أن القرار الادارى لا يعتبر مصدرا للحق إلا إذا كان صادرا عن السلطة التقديرية للجهة التى أصدرته . كما أن تمتع الادارة بسلطة تقديرية لا يجعل قراراتها بمنأى عن رقابة القضاء . ومن ناحية أخرى فان رقابة القضاء لا تؤثر فى الطبيعة المنشئة لبعض القرارات الادارية .

٣١٩ - السلطة التقديرية والطبيعة المنشئة للقرار الادارى :

حتى يمكن الاعتراف بمصدر مستقل للحق ، ينبغى أن يتم ذلك بطريقة « مرضية للعقل » على حد تعبير بلانيول فى مقال له عن ترتيب مصادر الالتزام (١) . والعقل لا يرضى أن يعترف بمصدر للحق إلا إذا كان هذا المصدر كافيا لانشاء الحق ولازما لانشائه فى نفس الوقت ، وفقاً لقانون السببية الذى تقوم عليه دراستنا (٢) . ويكون المصدر كافيا لانشاء الحق إذا لم تشترك عوامل أخرى معه فى احداث هذا الأثر . ويكون المصدر لازما لانشاء الحق إذا كانت لاتغنى عنه عوامل أخرى ، بل لابد من تدخله لإحداث هذا الأثر . فمصدر الحق هو الذى به يكون الحق وبغيره لا يكون . والمصدر باعتباره السبب المنشىء للحق ، قد يكون هو نفسه ناشئا عن مصدر آخر أبعد منه . فالسببية تفترض تسلسل الأسباب . والقانون مثلا هو المصدر

---

(١) Revue Critique, 1904, p. 227.

(٢) Heidegger, pp. 98, 99, 130, 139, 166, 169, 170, 252, 255.

البعيد أو كما يقال ، المصدر غير المباشر لجميع الحقوق . فهو المصدر الذى أنشأ المصادر المختلفة للحقوق واعترف بها بهذا الوصف ، مع احتفاظه لنفسه أيضا بصفة المصدر المباشر بالنسبة لبعض الحقوق الأخرى .

فاذا طبقنا هذه المعايير على القرار الادارى لمعرفة ما إذا كان مصدرا مباشرا للحق أم لا ، فلا بد أن نشترط شرطا جوهريا للاعتراف له بهذه الصفة ، وهو أن يكون قد صدر عن السلطة التقديرية لرجل الادارة .

والسلطة التقديرية بالمعنى السابق بيانه هى التى تجعل القرار الادارى كافيا ولازما لانشاء الحق . والسلطة التقديرية تعنى أن رجل الادارة قام بعمل ارادى خلاق ، يستحق معه أن ينسب إليه الأثر الذى ترتب على قراره . أما اذا لم يباشر رجل الادارة أية سلطة تقديرية فى اصدار القرار ، بل قام بتطبيق القانون آليا فى حدود اختصاصه المقيد ، فان الأثر الذى يترتب على قراره فى هذه الحالة لا يعتبر ناشئا عن القرار ذاته ، وإنما يعتبر ناشئا عن القانون مباشرة ، إذ لم تفصل بين القانون والأثر أية قوة خلاقة يمكن أن ينسب إليها هذا الأثر بصفة مباشرة .

والمثل البارز على التزام يصدر به قرار من جهة الادارة ، ومع ذلك فلا يعتبر هذا القرار المصدر المباشر له ، بل يظل القانون هو مصدره المباشر ، الالتزام بدفع الضريبة . فقرار الربط الصادر من جهة الادارة لا يعتبر هو مصدر التزام الممول بدفع الضريبة ، بل مصدر هذا الالتزام هو القانون نفسه . وجهة الادارة لم تكن تملك اصدار هذا القرار أو عدم اصداره ، ولم تكن تملك تحديد مضمون هذا القرار أو تحديد محل التزام الممول (١) . ويعتبر القانون هو المصدر المباشر للالتزام بدفع الضريبة ،

---

(١) فيدل Jèze, L'acte juridictionnel, rev. du dr. public, 1909, p. 682.

وهو يرى أن قرار ربط الضريبة يعتبر مصدرا للالتزام بدفعها .

لدرجة أن القانون يفرض على الممول أن يقوم من تلقاء نفسه بدفع الضريبة من واقع اقراره هو وقبل أن يصل إليه قرار الربط من جهة الادارة .

وغنى عن الذكر ، أن جانبا كبيرا من النشاط الذى تباشره الادارة انما يصدر عن اختصاصها المقيد الذى لا تملك فيه أية سلطة تقديرية . وبالنسبة لكل القرارات التى تصدرها الادارة فى نطاق هذا الاختصاص يكون القانون الذى صدرت هذه القرارات تطبيقاً له هو المصدر المباشر لكل الحقوق التى قررتها .

ولكن من الملاحظ أيضا أن دائرة الاختصاص التقديرى للادارة تتسع على مر الأيام ، لأن المجتمع لم يعد يرضى أن تصاب فيه الادارة بالشلل والعجز لمجرد التعارض الموهوم بين مبدأ الشرعية والسلطة التقديرية للادارة .

٣٢٠ـ السلطة التقديرية فى حدود الشرعية :

الاعتراف بالسلطة التقديرية للادارة ، لا يعنى الاعتراف لها بسلطة استبدادية تحكمية مطلقة لا تخضع لأية رقابة من أى نوع كان . فان مثل هذه السلطة المطلقة لا وجود لها فى الواقع ولا يمكن الاعتراف بها لأى جهة ولا للمشرع ذاته ، ولا للأفراد فى تنظيم علاقاتهم الخاصة . فالمشرع يملك سلطة تقديرية فى اصدار القوانين ، ولكنه لا يملك فى ذلك سلطة مطلقة ، بل تتقيد سلطته باعتبارات العدل والمصلحة العامة ، وتتقيد سلطته كذلك بأحكام الدستور . وقد أصبح من المسلم الآن خضوع التشريع لمبـــدأ دستورية القوانين . ومثل هذا الخضوع لا ينال شيئا من سلطة المشرع التقديرية ، بل على العكس يبرز بوضوح مدى التوافق الكامل بين اكتساب جهة ما سلطة تقديرية فى مباشرة نشاطها وبين ضرورة أن يتم هذا النشاط فى حدود الشرعية ومبدأ سيادة القانون .

والأفراد العاديون يملكون سلطة تقديرية واسعة فى تنظيم علاقاتهم الخاصة عن طريق العقد وطبقاً لمبدأ سلطان الارادة ، ومع ذلك فهم يخضعون فى مباشرة هذا النشاط لمبدأ الشرعية أيضاً . وهو المبدأ الذى يحمل فى نظرية العقد أسماء خاصة كمشروعية السبب ومشروعية المحل وعدم مخالفة النظام العام . وطبقاً لهذا القول فان الادارة عندما تتمتع بسلطة تقديرية ، فانها لا تباشر فى ذلك سلطة مطلقة ، ولكنها تخضع لمبدأ الشرعية ، وتخضع كذلك لرقابة القضاء وهو الأمين على هذا المبدأ .

والتفرقة بين السلطة التقديرية التى نعترف بها للادارة ، وبين السلطة المطلقة التى لا نعترف بها لا للادارة ولا لغيرها ، تغنينا عن الوقوع فى الحرج الذى وقع فيه « ديجى » عندما اعترف للادارة بحرية التقدير باعتبار ذلك أمرا لازما لحسن سير المرافق العامة ، ولكنه أعلن عدم حبه لاصطلاح السلطة التقديرية وعدم رغبته فى استعماله خشية الغموض الذى قد يؤدى إليه فيعتقد البعض أن أعمال الادارة التقديرية لا تخضع لرقابة القضاء (١) . أما وقد فرقنا بين السلطة التقديرية والسلطة المطلقة فقد زال كل غموض فى هذا الشأن ، وزال بالتالى كل تعارض موهوم بين تمتع الادارة بسلطة تقديرية ، وبين خضوعها فى نفس الوقت لرقابة القضاء .

والقضاء يباشر رقابته على قرارات الإدارة التقديرية فيما يتعلق بالاختصاص والشكل والهدف . فالقرار الإدارى لا يكون صحيحا إلا إذا صدر عن الجهة المختصة باصداره وفقاً للقانون . ولا يكون صحيحا كذلك إلا إذا صدر فى الشكل الذى رسمه القانون . ولا يكون صحيحاً فى آخر الأمر إلا إذا كان قد استهدف المصلحة العامة غير مشوب بعيب الانحراف فى مباشرة السلطة . وبطبيعة الحال فان المصلحة العامة لا تكون بالنسبة للقرار التقديرى مصلحة معينة ينبغى السعى لادراكها ، وإنما المقصود بالمصلحة

(١) راجع ما سبق ، فقرة (٣١٧)

العامة هو الخير العام للجماعة الذى يعتبر هدفا للنظام القانونى فى مجموعه ، والذى تستقل الادارة بتقدير كيفية ادراكه ، ولا يتحدد عدم قيامها بذلك إلا بطريقة سلبية عندما يظهر من قرارها أنها لم تقصد تحقيق الخير العام للمجتمع وانما قصدت أمرا آخر فيه انحراف عن هذا الهدف (١) .

فاذا صدر القرار عن جهة غير مختصة أو فى غير الشكل الذى رسمه القانون أو مشوبا بعيب انحراف السلطة ، جاز الطعن فيه بالالغاء لأى سبب من هذه الأسباب . ولو كان صادرا عن سلطة الادارة التقديرية . فالقرار الإدارى التقديرى ، كالقرار الإدارى المقيد ، يخضع لرقابة القضاء سواء بسواء .

٣٢١ - الخضوع لرقابة القضاء لايؤثر فى طبيعة القرار المنشئة :

قد يتبادر إلى الذهن أن خضوع القرار الادارى التقديرى لرقابة القضاء يؤثر فى طبيعته المنشئة . ويجعل قدرته على انشاء الحقوق متوقفة فى آخر الأمر على ما قد يصدره القضاء بشأنه . ولكن هذا الخاطر هو أبعد مايكون عن الصواب . لأن كل مصادر الحق تخضع لرقابة القضاء دون أن يؤثر ذلك فى طبيعتها المنشئة . ونعطى لذلك مثلين عن أبرز مصدرين من مصادر الحق وهما العقد والقانون .

فالعقد وهو المصدر الأول للحقوق الشخصية والعينية وغيرها ، يخضع لرقابة القضاء فى أكثر من ناحية .

فمن ناحية الشكل أحيانا يشترط القانون شكلا خاصا لابرام العقد ، كما فى عقد الرهن الرسمى ، ولا يكون العقد صحيحاً إلا بمراعاة هذا الشكل . ومن ناحية الشخص الذى يبرمه فان القانون يشترط أن يكون

---

(١) قريب ، محمد فؤاد مهنا ، القانون الإدارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الدولة الطبعة الثانية ، المجلد الثانى ، ١٩٦٧ ، ص ١٢٠٢

هذا الشخص كامل الأهلية لابرامه . والأهلية المطلوبة تختلف باختلاف نوع العقود . ومن ناحية الارادة فان القانون يشترط تطابق الارادتين وصحة الارادة . ومن ناحية المحل فان القانون يشترط وجود المحل وتعينه ومشروعيته .

ومن ناحية الهدف فان القانون يشترط مشروعية الهدف وهو ما يعبر عنه بسبب العقد أو الباعث الدافع إلى ابرامه . واشتراط مشروعية السبب فى العقد ، لا يختلف كثيرا فى الواقع عن اشتراط مشروعية الهدف فى القرار الادارى ، مع الفارق بأن الهدف فى العقد هو عادة هدف خاص لا يتعارض مع المصلحة العامة ، بينما الهدف فى القرار الادارى هو دائما مصلحة عامة مقصودة لذاتها (١) .

ولم يقل أحد أن خضوع العقد لرقابة القضاء منْ كل النواحى المشار إليها يطعن فى اعتباره مصدرا من مصادر الحقوق ، بل المصدر البارز بين هذه المصادر .

ومن ناحية أخرى فان التشريع نفسه يخضع لمبدأ الشرعية ورقابة القضاء فى صورة الطعن فى عدم دستورية القوانين . ولا يقلل هذا من اعتبار التشريع المصدر الرسمى الأول للقانون ، واعتباره كذلك مصدرا مباشرا للحق فى بعض الحالات .

وهكذا يتضح بجلاء أن الاعتداد بمصدر معين من مصادر الحق لا يفترض عدم قابلية هذا المصدر للالغاء أو الابطال ، أو عدم خضوعه لرقابة القضاء بصفة عامة . لأن القضاء إذ يراقب المصادر المختلفة للحقوق انما يراقب

---

(١) راجع فى التفرقة بين سبب العقد وبين هدف القرار الادارى ، مقالنا نوافق ديجى فى عدم [illegible] كل من [illegible] أو [illegible] فكرة السبب العقدية فى نظرية القرار الإدارى ، راجع ، ديجى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢٩٥ .

فى الواقع مدى استكمال هذه المصادر فى حالات النزاع المختلفة للشروط التى قررها المصدر الذى تستند إليه هذه المصادر وهو القانون ذاته . والقضاء إذ يقوم بهذه الرقابة لا يجرى أى تعديل فى الحق موضوع النزاع ، فهو اما أن يعترف به لنشوئه عن مصدر صحيح فى القانون ، أو يبطله ويزيل كل أثر له إذا لم يكن المصدر الذى نشأ عنه هذا الحق صحيحاً .

أما فى الحالات التى يقوم فيها القاضى بتعديل الحق موضوع النزاع — وهى حالات خاصة — فان عمل القاضى يصبح هو نفسه منشئا للحق الجديد الذى قرره ، كما فى حالات الالتزام القضائى السابق الاشارة إليها (١) .

وليس للقاضى الادارى سلطة تعديل القرار الادارى الذى يراقب شرعيته . فالقاضى يملك سلطة التعديل بالنسبة للعقود فقط وفى حالات خاصة مقررة فى القانون .

والخلاصة أن خضوع المصادر المختلفة للحقوق لرقابة القضاء ، لا يؤثر فى الطبيعة المنشئة لهذه المصادر . ويصدق هذا على العقد والتشريع والقرار الادارى سواء بسواء .

٣٢٢ - القرار الادارى مصدر عام للحق له تطبيقات خاصة :

الاعتراف بالقرار الادارى كمصدر عام للحق يقوم على قاعدة عامة مؤداها أنه فى جميع الأحوال التى يسمح فيها القانون لجهة الادارة باصدار قرارات تقديرية منشئة لحقوق عينية أو شخصية فان هذه القرارات تعتبر المصدر المباشر للحقوق المشار إليها ، ويعتبر القانون ، المصدر غير المباشر لها ، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الأخرى للحق .

(١) [illegible] : (٣١٥)

وحتى تنطبق هذه القاعدة لابد من وجود قانون يسمح للادارة بمباشرة سلطتها التقديرية ، من ناحية ، وبانشاء حقوق لها أو فى مواجهتها عن طريق مباشرة هذه السلطة ذاتها ، من ناحية أخرى .

ومن الممكن بطبيعة الحال حصر التطبيقات المختلفة للقرارات الادارية المعتبرة مصدرا للحق وفقاً للقاعدة العامة المشار إليها .

ولا تعارض فى الواقع بين أن يعتبر مصدر الحق عاما أى مقررا بقاعدة عامة واردة فى القانون أو مستخلصة من نصوص القانون ، وبين أن تكون تطبيقاته قابلة للحصر .

فالتشريع هو مصدر عام للالتزام . ومع ذلك فتطبيقات هذا المصدر قابلة للحصر

والعقد كان معتبرا مصدرا عاما للالتزام فى القانون الرومانى ومع ذلك فتطبيقاته كانت معينه على سبيل الحصر قبل أن تصبح الرضائية هى القاعدة العامة فى التعاقد .

والعمل غير المشروع كان مصدرا عاما للالتزام فى القانون الرومانى أيضا ، مع وجود نص خاص لكل جريمة أوشبه جريمة ينشأ عنها الالتزام بالتعويض ، ومع عدم وجود نص مقابل للمادة ١٦٣ من القانون المدنى التى تقرر أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

ولم يقل أحد أن التشريع لا يعتبر مصدرا عاما للالتزام فى القانون الحديث ، أو أن العقد والجريمة وشبه الجريمة لم تكن مصادر للالتزام فى القانون الرومانى ، لمجرد أن تطبيقات هذه المصادر الثلاثة يمكن تعيينها على سبيل الحصر . بل الواقع أن عمومية المصدر لا تتعارض مع خصوصية التطبيقات .

الفصل الثانى

التطبيقات المختلفة للقرار الادارى المنشىء

٣٢٣- تعدد التطبيقات :

الاتجاه الطبيعى للتطور هو زيادة الحالات التى يعطى فيها القانون للادارة سلطة تقديرية فى مباشرة نشاطها ، ولو أدى ذلك إلى انشاء حقوق لم تكن قائمة من قبل . ويمكن فهم هذا التطور على أساس عاملين ، أولهما اتساع نشاط الدولة نتيجة لزيادة عدد السكان وزيادة الحركة داخل المجتمع من كل نوع وفى كل اتجاه . واذا كان من المتصور فى مجتمع صغير كالمدن السياسية القديمة أن يتدخل المشرع بنفسه فى كل أمر هام من أمور الدولة والأفراد على السواء ، فانه من غير المعقول فى الدول الكبيرة فى العصر الحديث أن يقوم المشرع بنفس الدور . ولذلك فان المشرع — خضوعا لضرورات عملية — يعطى للادارة سلطة تقديرية فى مباشرة ما كان أصلا من اختصاصه .

والعامل الثانى هو ضرورة الزيادة من فعالية نشاط الدولة فى المجتمع . واذا كانت هناك شكوى دائمة مما يسمى « بالروتين » وهو التعقيد فى الاجراءات الإدارية الناشىء عن خضوع الادارة خضوعا كاملا لأحكام القانون ، وخوف رجال الادارة من القيام بأية مبادرة لا تتفق مع نصوص القانون . وهو التعقيد الذى رأينا أنه يؤدى فى نظر كبار أساتذة القانون العام إلى شلل الادارة وجمودها (١) . فيكون من المفهوم إذن أن تحرص الدولة على تحرير الادارة بقدر الامكان عن طريق منحها ما تحتاج إليه من ثقة . وهى ما تسمى فى لغة القانون بالسلطة التقديرية

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة (٣١٦)

فالتطور يقتضى إذن أن تتسع دائرة نشاط الادارة وأن تتسع سلطاتها فى نفس الوقت . ويؤدى هذا الاتجاه — وهو اتجاه المستقبل — إلى زيادة التطبيقات الخاصة للقرارات الادارية المنشئة للحقوق .

ولكن لا يعنى ذلك أن منح الادارة سلطة انشاء الحقوق سيتفق دائما مع الخير العام للمجتمع . بل ستكون فائدة هذه السلطة : من وجهة نظر الارتقاء بالانسان وهو الهدف الأسمى للقانون : مرهونة بالمجال الذى اختاره القانون للادارة لتباشر سلطتها فيه .

ونذكر الآن مثلا عن تطبيق خاص من تطبيقات القرارات الادارية المنشئة فى مجال كان الأجدر ألا تتدخل فيه الادارة ، بل يترك تماما للحرية الخاصة للمواطنين . وهذا المثل خاص بحق الادارة فى تكليف المعيدين للعمل بالجامعة . فالادارة لها بحكم القانون أن تصدر قرارا بتكليف من تشاء من خريجى الجامعة بالعمل كمعيد فى إحدى الكليات الجامعية . وبمجرد صدور قرار التكليف فان الشخص المكلف يصبح ملتزما بالعمل كمعيد فى الكلية التى حددها له القرار . وقرار التكليف هو مصدر هذا الالتزام ، لأن الادارة أصدرته بسلطتها التقديرية : فهى وحدها التى تستطيع اصدار قرار التكليف أو عدم اصداره ، كما أنها وحدها التى تحدد الشخص موضوع القرار بما يتفق مع مقومات العمل الجامعى . وقد منح القانون للادارة سلطة تكليف المعيدين للعمل بالجامعة تمشيا مع الاتجاه الذى سار عليه المشرع فى السنوات الأخيرة من الاذن للادارة بتكليف فئات معينة من خريجى الجامعة كالأطباء والمهندسين وغيرهم للعمل فى مرافق الدولة المختلفة . وكل قرارات التكليف هى فى الواقع قرارات منشئة لالتزامات على عاتق الأشخاص المكلفين بالعمل فى الجهات المحددة لكل منهم .

ولكن من ناحية السياسة التشريعية فان مباشرة نفس السلطة بالنسبة لمعيدى الجامعة يبدو أمرا غير مقبول على الاطلاق . وكان الأجدر أن

تغرى الدولة أوائل الخريجين بالالتحاق بوظائف المعيدين بارادتهم ، بدلا من أن ترغمهم على ذلك ارغاما . فالارغام قد يلحق الشخص بالجامعة ولكنه لا يصنع منه عالما أو باحثا .

واذا كنا قد ضربنا مثلا على قرارات التكليف باعتبارها منشئة للالتزام بالعمل فى مكان معين ، فاننا نفسح مكانا أكبر لدراسة أهم تطبيقين للقرارات الادارية المنشئة وهما القرار بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ، والقرار بالاستيلاء المؤقت .

٣٢٤- قرار نزع الملكية للمنفعة العامه :

قرار نزع الملكية هو قرار ادارى منشىء لحقوق شخصية وعينية لم تكن موجودة من قبل . وهو بهذا الوصف يعتبر مثلا بارزا على قدرة القرارات الادارية على انشاء الحق شانها فى ذلك شأن المصادر الأخرى المعروفة . والواقع أن هذا المثل غنى بالتطبيقات العملية نظرا للمشروعات العامة الكثيرة التى تقوم بها الدولة ، والتى من أجلها يحتمل نزع ملكية أى عقار موجود فى البلاد .

ولو لم تكن الادارة تصدر قرارات أخرى منشئة للحقوق غير قرارات نزع الملكية لكان ذلك كافيا لاعطاء قراراتها المكان اللائق بها بين المصادر المختلفة للحق . ومن الواضح أن تطبيقات نزع الملكية للمنفعة العامة تزيد بكثير عن تطبيقات الارادة المنفردة أو الاثراء بلا سبب وهما مصدران بارزان من مصادر الالتزام ، وتزيد بكثير أيضاً عن تطبيقات الاستيلاء وهو مصدر عريق من مصادر الحقوق العينية .

ونزع الملكية للمنفعة العامة يبرز بوضوح التعارض المحتمل بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . ويحسم هذا التعارض بتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ولو كان ذلك فى صورة حرمان المالك من ملكه بغير ارادته .

ولكن نظرا لأن الملكية الخاصة مصونة ، فان الحرمان منها وإن تم جبرا على المالك إلا أنه لا يتم بغير مقابل ، بل يعوض المالك عن نزع ملكيته تعويضاً عادلا . وهذا ما يقرره المشرع فى المادة ٨٠٥ من القانون المدنى ، وفى الدساتير المختلفة التى صدرت فى مصر وآخرها دستور عـام ١٩٧١ (م ٣٤) .

وحتى يتضح لنا أن قرار نزع الملكية هو قرار ادارى منشىء لحقوق لم تكن قائمة من قبل ، فينبغى أن نثبت أولا أنه قرار ادارى ، وأن نثبت ثانيا أنه يصدر عن السلطة التقديرية لجهة الادارة ، وأن نبين ثالثا الحقوق التى تنشأ عنه .

٣٢٥- قرار نزع الملكية هو قرار إدارى :

نظرا لخطورة المساس بحق الملكية الخاصة ، وحرمان المالك من ملكه بغير ارادته ، فقد كان من المتصور أن يشترط القانون صدور تشريع خاص لينزع ملكية أى عقار للمنفعة العامة ، كما هو مقرر مثلا بالنسبة لتأميم فى المادة ٣٥ من دستور جمهورية مصـر الدائم والتى تنص على أنه « لا يجوز التأميم الا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ، ومقابل تعويض ». وفى هذه الحالة فان قانون التأميم هو الذى يعتبر المصدر المباشر لجميـع الحقوق الناشئة عنه .

ولكن نظرا لأن تطبيقات نزع الملكية للمنفعة العامة كثيرة الوقوع فى العمل ، فان اشتراط صدور تشريع بها ، من شأنه أن يلقى على عاتق السلطة التشريعية عبئا لا مبرر له ، ومن شأنه أيضا أن يعوق مشروعات المنفعة العامة التى تقوم بها الدولة فى كل وقت .

ولذلك فقد أعطى المشرع المصرى ثقته للادارة وجعل سلطة اصدار قرارات نزع الملكية من اختصاصها وحدها .

ومما هو جدير بالذكر أن المشرع الفرنسى لم يعط نفس الثقة للادارة هناك ، فمنذ عام ١٨١٠ أصبح من واجب الادارة أن تقدم طلبا إلى القضاء للحصول على قرار بنزع الملكية للمنفعة العامة . وقد خرج المشرع الفرنسى فى هذا الحكم على الأصل فى قدرة الإدارة على التصرف المباشر بغير الالتجاء إلى القضاء ولو أدى ذلك إلى المساس بحقوق الأفراد الذين لا يكون لهم إلا الطعن بعد ذلك فى تصرفات الادارة . فكأن الادارة تقف بحسب الأصل موقف المدعى عليه فى جميع منازعاتها مع الأفراد ، ولكن فيما يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة فقد فرض عليها القانون أن تقف موقف المدعى ، فتلجأ هى إلى القضاء أولا تطلب منه الحماية والقوة . وقد أراد المشرع الفرنسى بذلك أن يعبر عن مدى حرصه على الملكية الخاصة واحترامها . ولذلك فان الحقوق الناشئة عن نزع الملكية للمنفعة العامة لا يمكن أن تعتبر فى فرنسا صادرة عن جهة الادارة ، لأن ارادة هذه الجهة ليست كافية لانشاء هذه الحقوق ، بل لابد أن تنضم إليها ارادة القاضى الذى يعطى الإذن (١) .

ومن ناحية أخرى فان الحكم الذى يعطى الإذن بنزع الملكية لا يعتبر هو أيضا مصدر الحقوق الناشئة عن نزع الملكية ، لأن القاضى لا يملك فى اعطاء هذا الإذن أية سلطة تقديرية . وكل ما يستطيع مراقبته هو التأكد من مراعاة الادارة للاجراءات الشكلية التى رسمها القانون. ولكن ليس من حقه أن يبحث حقيقة المنفعة العامة التى يراد نزع ملكية العقار من أجلها (٢) .

وهكذا فلا حكم القاضى يعتبر مصدرا للحقوق الناشئة عن نزع الملكية ، ولا القرار الادارى الذى صدر على أساسه هذا الحكم . وانما يكون المصدر

---

(١) راجع Waline, Droit administratif, 9e éd. 1963, p. 92.

(٢) فالين ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

المباشر لهذه الحقوق هو القانون نفسه ، إذ لم يتدخل بعد القانون سبب آخر كان كافياً بمفرده لتقرير نزع الملكية .

فإذا رجعنا الى مصر وجدنا جهة الإدارة هى وحدها المختصة بإصدار قرارات نزع الملكية . وقد كان الحكم كذلك فى ظل القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ والذى كان يشترط اصدار أمر عال من الخديو (م ١) . والأمر العالى المشار اليه هو قرار إدارى . وكان القانون المشار اليه يجعل نزع الملكية يتم بقرار واحد هو القرار المشار اليه. ولكن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ والمعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٢ جعل نزع الملكية يتم بقرارين : الأول هو القرار بتقرير المنفعة العامة ، والثانى هو القرار بنزع الملكية . وجعل سلطة اصدار كل من القرارين للوزير المختص (م ٢ ، م ٩) .

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ معدلاً للقانون السابق فيما يتعلق بالقرار الأول وهو القرار بتقرير المنفعة العامة ، وجعل ذلك يتم بقرار من رئيس الجمهورية (م ١) ، أما القرار الثانى وهو نزع الملكية للمنفعة العامة فلا زال من اختصاص الوزير المختص ، ويعتبر فى هذه الحالة مكملاً لقرار رئيس الجمهورية السابق عليه .

والقانون المطبق حالياً هو القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠[1] وهو ينص فى المادة الثانية منه على أن « يكون تقرير المنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية ».

والواقع أن القرار سواء صدر عن رئيس الجمهورية أو عن الوزير

---

(١) الجريدة الرسمية – العدد ٢٢ (تابع) فى ١٩٩٠/٥/٣١ . وقد نصت المادة ٢٦ منه على انه « مع عدم الاخلال بأحكام القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩ فى شأن انشاء المجتمعات العمرانية الجديدة والباب الثانى من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ باصدار قانون التخطيط العمرانى ، يلغى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين والقرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٣ بشأن نزع ملكية العقارات اللازمة لتنفيذ مشروعات تحويل أراضى الحياض الى نظام الرى الدائم ، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون » .

المختص فإنه يعتبر فى جميع الأحوال قراراً إدارياً . وهذه مسألة ليست موضع خلاف .

٣٢٦ - الإدارة تصدر فى نزع الملكية عن سلطة تقديرية :

رأينا أن السلطة التقديرية للجهة المنوط بها تطبيق القانون تتوقف على طريقة صياغة القواعد القانونية التى تقوم بتطبيقها وهل هى قواعد مرنة أم جامدة . فإذا رجعنا الى القواعد الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة وجدناها قواعد مرنة الى أقصى درجة متصورة . فهناك القاعدة الأولى التى تقرر أن كل عقار فى مصر يجوز نزع ملكيته للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل . وهذه القاعدة هى مفهوم المخالفة للقاعدة الأخرى المنصوص عليها فى الدستور أو القانون المدنى والتى تقرر أن الملكيةمصونة ولا يجوز الحرمان منها إلا للمنفعة العامة ومقابلٍ تعويض عادل .

فالقاعدة الأولى فى نزع الملكية لا تقيد الإدارة بأى عقار معين بالذات بل تسمح لها بنزع ملكية أى عقار كائن فى البلاد أياً كان موقعه وأياً كانت طبيعته وأياً كان مالكه . وهى من ناحية أخرى لا تقيد الإدارة بأى مشروع معين من مشروعات المنفعة العامة . فالإدارة تختار لمشروعاتها المتنوعة أى عقار أينما كان موقعه .

ولئن كان من الجائز الطعن فى قرار الإدارة لعيب فى الشكل أو الاختصاص أو اساءة استعمال السلطة ، فإن الطعن فى هذا القرار لا يجوز إذا كان مبنياً على عدم ملاءمة المشروع من ناحية المنفعة العامة، أو عدم ملاءمة العقار المطلوب نزع ملكيته لأغراض المشروع المشار الى. وقد قضت محكمة القضاء الإدارى بأن « المدعين إذ ينعون على مرسوم نزع الملكية مخالفة القانون واساءة استعمال السلطة من غير أن يبينوا وجه مخالفة القانون أو يقدموا دليلاً يثبت أن الحكومة قد اتخذت هذا الاجراء تحت تأثير الرغبة فى محاباة الغير وليس للمصلحة العامة، وليس فى الأوراق ما ينم عن شيئ من ذلك وكل ما ذكروه أن الحكومة أساءت اختيار هذه البقعة لاقامة الوحدة الزراعية والحقل النموذجى ،

وهذا القول مردود بأن اختيار هذا المكان أمر تقديرى من شئون الوزارة تصدر فيه عن خبرة وفن وعن اختصاص صحيح وليس للمحكمة أن تعقب على هذا الاختيار من ناحيته الموضوعية ، فمن ثم تكون الدعوى على غير أساس من القانون متعيناً رفضها »(١) .

ويلاحظ كذلك أن الإدارة غير ملزمة بالقيام بالمشروع العام فور نزع الملكية . فلها أن ترجئ القيام بهذا المشروع أى وقت تشاء ، طال هذا الوقت أم قصر . ولها كذلك أن تستبدل بالمشروع الذى كانت تقصده أولاً مشروعاً آخر غيره . فكما تقرر محكمة القضاء الإدارى « لجهات الحكومة الاشراف على المنافع العامة وتوجيهها الوجهة التى تراها أوفى لتحقيق الغرض منها ، فلها أن تعدل فيها أو تستبدل غيرها بها حسبما تراه هى أجدى وأنفع مراعية فى ذلك الصالح العام » (٢)

بل أكثر من ذلك فإن جهة الإدارة قد لا تقوم أبداً بالمشروع العام ، فيظل العقار بعد نزع ملكيته مملوكاً للدولة ملكية خاصة ، إذ لا يصبح العقار مملوكاً للدولة ملكية عامة إلا إذا تم تخصيصه رسمياً أو فعلياً لنفع عام وهو ما لا يتحقق فى جميع حالات نزع الملكية . وفى هذا المعنى يقول الدكتور محمد زهير جرانه « ويلاحظ ، خلافاً لما يعتقده الكثيرون ، أن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لا يستتبع حتماً اعتبار العقار من الأموال العامة ، فليس هناك تلازم حتمى بين دواعى المنفعة العامة التى تقتضى نزع الملك عن بعض الأفراد وبين اعتبار العقارات المنزوعة أموالاً عامة . وذلك أن صفة العمومية فى المال وليدة تخصيصه للانتفاع العام » (٣).

---

(١) القضية رقم ١٣٣١ س٥ ق جلسة ٢٩-١١-١٩٥٣ . منشور فى ، عبد الغنى عثمان ، قانون نزع ملكية العقارات ، ١٩٥٦ ، ص ١١ ؛ السيد حسن البغال ، نزع الملكية ١٩٦٣ ، ص ٩٣ .

(٢) القضية رقم ١٩٤ س٢ق ، جلسة ٧-١٢-١٩٤٨ ، المرجع السابق ، ص ١٠ .

(٣) محمد زهير جرانه ، حق الدولة والأفراد على الأموال العامة ، ١٩٤٢ ، مشار اليه فى السنهورى ، الوسيط ، جـ ٨ ، ص ١٠٧ هامش ٢ . ويلاحظ أن ما يقوله الدكتور محمد زهير جرانه يتفق تماماً مع النص الصريح للمادة ٢ من-

ويتضح من كل هذا أن **قرار الإدارة هو المصدر المنشئ لنزع الملكية بكل ما يترتب على ذلك من حقوق . ولا يعتبر القانون هو مصدر هذه الحقوق المباشر ، بل مصدرها غير المباشر .** ولا يتخطى دور القانون بالنسبة لهذه الحقوق ، الدور الذى يقوم به بالنسبة للحقوق الناشئة عن عقود الأفراد . فكما يجعل القانون للعقد قوة انشاء الالتزامات والحقوق ، دون أن يعتبر هو المصدر المباشر للحقوق الناشئة عن أى عقد معين بالذات ، فإن القانون يعطى أيضًا للإدارة سلطة نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة دون أن يعتبر هو المصدر المباشر للحقوق الناشئة عن أى قرار بنزع الملكية معين بالذات .

فالقانون لا يحدد للإدارة العقار الذى يجوز لها أن تنزع ملكيته بل يطلق حريتها فى هذا المجال بغير حد . والقانون لا يحدد للإدارة نوع المنفعة العامة التى يجوز لها أن تنزع الملكية من أجلها بل يترك لها أن تقرر هى هذا النوع بحسب ما تراه . والقانون لا يحدد للإدارة الوقت الذى تقوم فيه بالمشروع العام ، بل يطلق لها الحرية فى تحديد هذا الوقت . وهى قد لا تقوم بهذا المشروع أبداً ، أو تقوم بمشروع آخر غيره.

كل ذلك يسمح بالقول بأن القرار الإدارى هو المصدر المباشر والسبب المنشئ لكل الآثار المترتبة عليه . فهو السبب الكافى لإحداث هذه الآثار ، وهو فى نفس الوقت السبب اللازم لإحداثها . ويبقى بعد ذلك أن نحدد أن الآثار المترتبة على نزع الملكية هى إما حقوق شخصية أو حقوق عينية .

٣٢٧ - الحقوق الناشئة عن نزع الملكية :

سبق أن ذكرنا أن **نزع الملكية يتم بمقتضى قرارين أولهما يصدره**

- القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ «التى تقرر انه : « كما يجوز أن يشمل نزع الملكية فضلاً عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلى أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين المطلوب ،

رئيس الجمهورية ، بتقرير المنفعة العامة ، والثانى يصدره الوزير المختص بنزع الملكية . والقرار الأول يصدر فى جميع حالات نزع الملكية، أما القرار الثانى فقد يغنى عنه توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بهذا الغرض .

وندرس فيما يلى الحقوق الناشئة عن كل قرار من القرارين المشار إليهما .

أ- الحقوق الناشئة عن القرار الأول : ينشأ عن القرار بتقرير المنفعة العامة التزامان رئيسيان أحدهما على عاتق الإدارة وهو **الالتزام بدفع التعويض** ، والثانى على عاتق المالك وهو **الالتزام بنقل الملكية** للدولة . ولا ندخل بطبيعة الحال فى تفصيلات الالتزام بدفع التعويض، ونكتفى بالإشارة فقط الى أنه يجب أن يكون تعويضاً عادلاً، وأن تحديده يتم بواسطة لجنة نصت عليها المادة السادسة من القانون ، وأن من الجائز الطعن فى قرار هذه اللجنة طبقًا لنص المادة التاسعة التى تقرر أنه « لكل من الجهة طالبة نزع الملكيةوذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف المنصوص عليها فى المادة (٧) من هذا القانون الحق فى الطعن على تقدير التعويض الوارد بكشوف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقارات والمنشآت ، ويرفع الطعن وفقًا للإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات ،وتنعقد الخصومة فى هذا الطعن بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط ، وينظر هذا الطعن على وجه السرعة » .

أما الالتزام الثانى فهو الالتزام بنقل الملكية وهو مقابل للالتزام الأول ، ويقع على عاتق المالك . وهذا الالتزام قد ينفذه المالك طوعًا ويكون ذلك عن طريق التوقيع على النماذج الخاصة المعدة لذلك (م ١١). وهو إذ يوقع على هذه النماذج لا يبرم عقداً ،ولكنه ينفذ التزامًا شأ على عاتقه بمقتضى القرار الإدارى المقرر للمنفعة العامة . وهو إذا كل عن تنفيذ هذا الالتزام طوعاً أمكن إجباره على ذلك عن طريق

صدور قرار من الوزير المختص بنزع ملكية العقار ، وهو القرار الثانى الذى سنتكلم عنه فيما بعد .

ويلاحظ أن قيام المالك بتنفيذ التزامه بنقل الملكية عن طريق التوقيع على النماذج المشار اليها ، يؤدى الى نقل الملكية فعلاً الى الدولة بمجرد ايداع النماذج الموقع عليها فى مكتب الشهر العقارى (م ١١) . ومعنى ذلك أن الدولة بعد أن كانت دائنة للمالك بالالتزام بنقل الملكية ، فإنها تصبح مالكة للعقار المطلوب نزع ملكيته بمجرد تنفيذ هذا الالتزام من جانب المدين به .

وهكذا يمكن القول أن القرار المقرر للمنفعة العامة يعتبر مصدراً لالتزامين أساسيين أحدهما على عاتق الإدارة والآخر على عاتق المالك . كما انه يعتبر سببًا من أسباب كسب الملكية للدولة بمجرد تنفيذ الالتزام الثانى من الالتزامين المشار اليهما .

ب- الحقوق الناشئة عن القرار الثانى : القرار الثانى هو القرار الصادر من الوزير المختص بنزع الملكية . وهذا القرار لا يصدر فى جميع الأحوال إذ قد لا تدعو الحاجة اليه إذا ما قام المالك بالتوقيع على النماذج الخاصة السابق الإشارة اليها . ومع ذلك فإن إصدار هذا القرار يكون ضرورياً إذا ما رفض المالك التوقيع أو تعذر الحصول على توقيعه لأى سبب . وكذلك فى جميع الحالات التى قدمت عنها معارضات .

وتنص المادة الحادية عشر من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ على أن « يوقع أصحاب العقارات والحقوق التى لم تقدم فى شأنها معارضات على نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة ، أما الممتلكات التى يتعذر فيها ذلك لأى سبب كان فيصدر بنزع ملكيتها قرار من الوزير المختص . وتودع النماذج أو القرار الوزارى فى مكتب الشهر العقارى . ويترتب على هذا الايداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع » .

والعبارة الأخيرة من النص تشير الى أن أثر شهر النماذج الموقع عليها من المالك أو أثر شهر قرار الوزير المختص بنزع الملكية يشبه أثر عقد البيع المشهر من حيث انتقال الملكية الى الدولة . ولم يقصد المشرع

بالطبع أن يقول أن قرار الوزير هو عقد بيع أو أن تنفيذ المالك لالتزامه بنقل الملكية عن طريق التوقيع على النماذج الخاصة هو عقد بيع . فالمقارنة هنا من حيث الأثر لا من حيث الطبيعة ، وهو ما لا يحتاج الى بيان . وإن كانت المذكرة الايضاحية للقانون القديم رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ قد وجدت من اللازم أن تشير الى ما يقرره هذا النص من «إجراءات مبسطة لنقل ملكية العقارات للمنفعة العامة فاستغنى عن تحرير عقود البيع التى تكبد المصالح وذوى الشأن مشقات كبيرة فى استيفاء الإجراءات الشكلية التى يستلزمها التعاقد الرضائى العادى...»(١).

ولكن الذى يعنينا فى هذا المقام هو أن أثر قرار الوزير المختص بنزع الملكية إذا تم شهره يشبه أثر عقد البيع المشهر من حيث انتقال الملكية الى الدولة .

فالقرار بنزع الملكية لا تنشأ عنه التزامات كما هو الشأن فى القرار الأول المقرر للمنفعة العامة ، ولكن ينشأ عنه حق عينى هو حق ملكية الدولة للعقار المنزوعة ملكيته ، وبشرط ايداع القرار المذكور فى مكتب الشهر العقارى حتى يتم شهره (٢).

والخلاصة أن القرار الإدارى بتقرير المنفعة العامة يعتبرا مصدراً للالتزام ، كما يعتبر سبباً من أسباب كسب الملكية . وكذلك فإن القرار الإدارى بنزع الملكية يعتبر سبباً من أسباب كسب الملكية .

والفقه المصرى إذا كان لا يعترف حتى الآن بالقرار الإدارى المنشئ للالتزام ، فهو على الأقل يعترف به كسبب من أسباب كسب الملكية ، وإن جاء ذلك فى عبارات سريعة موجزة . فنجد الدكتور السنهورى يقرر فى الجزء الثامن من الوسيط وهو الخاص بحق الملكية فى ذاته ما

---

(١) لم يغير القانون الجديد رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ شيئاً من حكم القانون القديم فى هذه المسألة .

(٢) لخضع للشرع اجراءات نزع الملكية لقواعد الشهر العقارى .

يأتى : « على أنه يضاف الى طرق كسب الملكية المقررة فى القانون المدنى ، بالنسبة الى الدولة والى الأشخاص المعنوية العامة ، طريق نزع الملكية للمنفعة العامة ... فإذا لجأت الدولة أو الشخص المعنوى الى طريق نزع الملكية ، فإنه ينقل بهذا الطريق الشئ المملوك لأحد الأفراد الى ملكه الخاص (الدومين الخاص) أولاً ، ثم يخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة ، فيدخل ضمن الدومين العام » [١] . أما الجزء التاسع من الوسيط والخاص بأسباب كسب الملكية ، فلم يفرد فيه الدكتور السنهورى مكاناً خاصًا لنزع الملكية للمنفعة العامة . وقرر فيه أنه يكتفى فى هذا الشأن بما ذكره عن نزع الملكية فى موضعه [٢] ، وهو ما نقلناه عنه فيما سبق .

والواقع أن المنطق الذى يفرض الاعتراف بقرار نزع الملكية كسبب من أسباب اكتساب الملكية ، إنما يفرض من باب أولى الاعتراف به كمصدر للالتزام . **لأن نقل الملكية قد تم تنفيذاً لالتزام بنقلها أنشأه القرار المقرر للمنفعة العامة كما أوضحنا من قبل .**

٣٢٨ - نزع الملكية بطريق الغصب - حيث ينتفى القرار ينتفى الحق :

رغم أن نشأة الحقوق السابق ذكرها عن القرار الإدارى بتقريره المنفعة العامة أو بنزع الملكية ، لا يحتاج الى زيادة إثبات ، إلا أننا نضيف مع ذلك حجة أخرى مستمدة من الحالة التى يتم فيها حرمان المالك من ملكه بغير اتخاذ القرار الإدارى المشار اليه ، أى بطريق الغصب من جانب الإدارة . والغصب يتحقق حتى ولو كان الغرض منه هو تحقيق مشروع من مشروعات المنفعة العامة ، حتى ولو تم تنفيذ هذا المشروع فعلاً . ففى هذه الحالة لا يرتب القانون آثار نزع الملكية السابق ذكرها ، ولا يصبح المالك ملتزماً بنقل الملكية الى الدولة ، ولا تنتقل الملكية إليها

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٨ ، ص ١٠٧ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٩ ، ص ١٠-١١ .

بحكم القانون . بل يظل المالك مالكاً للعقار الذى حرم منه ، ويجب على الادارة أن ترده له عيناً . فإذا استحال تنفيذ التزامها بالرد تنفيذاً عينياً بسبب ادخال العقار فعلاً فى مشروع من مشروعات المنفعة العامة ، فإن الإدارة تلتزم فى هذه الحالة بتعويض المالك تعويضاً مصدره العمل غير المشروع الذى قامت به هو فعل الغصب . وتظل الإدارة غير مالكة للعقار الذى استولت عليه غصباً الى أن تصدر قراراً بنزع ملكيته وفقاً للاجراءات الصحيحة السابق ذكرها (١).

وفى هذا المعنى تقرر محكمة النقض « ان استيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الاجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ويستتبع هذا النظر أن صاحب هذا العقار يظل محتفظاً بملكيته رغم هذا الاستيلاء ، ويكون له الحق فى استرداد هذه الملكية الى أن يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور أو يستحيل رده إليه أو إذا اختار هو المطالبة بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر، سواء فى ذلك ما كان قائماً وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك الى تاريخ الحكم » (٢).

وهكذا إذا أردنا أن نعقد مقارنة بين نزع الملكية عن طريق قرار إدارى صحيح ، ونزع الملكية بطريق الغصب ، فإننا نجد القرار الإدارى ينشئ جميع الحقوق الشخصية والعينية السابق ذكرها ، حتى ولو لم يتم تنفيذ مشروع المنفعة العامة فعلاً . ومعنى ذلك أن القرار الإدارى كاف بمفرده لانشاء الحقوق ، ولازم فى نفس الوقت لانشائها . ولو كان القانون هو المصدر المباشر لهذه الحقوق لكان من المحتم القول

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٨ ، ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) الطعن رقم ٦٢ لسنة ٢٣ق ، جلسة ١٤-١١-١٩٥٧ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المدة من ١-١-١٩٥٦ الى ٣١-١٢-١٩٦٠ ، ص ٧٢٣ .

بأنها تنشأ عن مجرد قيام الإدارة بنزع الملكية وبغير حاجة الى قرار إدارى طالما أن تصرفها يعتبر تطبيقًا أميناً لنص القانون الذى يقال بنشأة هذه الحقوق عنه ، خاصة وأن الإدارة تملك حق التنفيذ المباشر بالنسبة للحقوق الثابتة لها . ولكن طالما أن القانون لا يجيز للإدارة أن تحرم المالك من ملكه بغير قرار إدارى تستند اليه ، فمعنى ذلك أنه قبل صدور هذا القرار لم يكن هناك حق للإدارة فى حرمان المالك من ملكه ، نشأ عن القانون مباشرة أو عن أى مصدر آخر غير هذا القرار نفسه . فهذا القرار هو وحده مصدر الحق ، **وكل اجراء تتخذه الإدارة فى غيبة هذا المصدر لا يعتبر تنفيذاً مباشراً لحق ما نشأ عن القانون مباشرة ، وإنما يعتبر عملاً من أعمال الغصب** يستوجب مسئولية الإدارة التقصيرية ، ويجعلها مدينة بالتعويض على أساس العمل غير المشروع .

٣٢٩ - نزع ملكية الأحياء :

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٦ فى شأن نزع ملكية الأحياء لإعادة تخطيطها وتعميرها (١). ويعتبر هذا القانون تطبيقًا خاصاً من تطبيقات نزع الملكية للمنفعة العامة ، حيث يمكن أن يشمل نزع الملكية حسب هذا القانون أحياء بأكملها من أحياء أية مدينة موجودة فى البلاد وذلك لإعادة تخطيطها وتعميرها بما يرفع مستواها الصحى والاجتماعى ، ويحقق فكرة الجمال الواجب توافرها فى كل المدن . «ويكون تقرير المنفعة العامة لمشروع إزالة الحى لإعادة تخطيطه وتعميره بقرار من مجلس الوزراء » (م ٢). ويرى البعض أنه بعد صدور القانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ الذى جعل القرار المقرر للمنفعة العامة من اختصاص رئيس الجمهورية ، فإن المادة الثانية من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٦ تصبح معدلة تعديلاً ضمنياً ، ويصبح الاختصاص بالنسبة لتقرير المنفعة العامة لمشروع إزالة الحى مقرراً لرئيس

---

(١) الوقائع المصرية ، عدد ١٢ مكرر أ غير اعتيادى فى ١٢-٢-١٩٥٦ .

الجمهورية أيضاً . وهذا ما أكده القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ (م٢).

والقرار المقرر للمنفعة العامة ينشأ عنه التزامان أساسيان أولهما على عاتق الإدارة بدفع تعويض عادل للملاك فى الحى الذى تقرر إزالته . والثانى على عاتق كل واحد من هؤلاء الملاك بنقل ملكية العقار الذى يملكه الى الدولة . وهذا الالتزام الأخير إما أن ينفذ طوعاً عن طريق التوقيع على النماذج المعدة لذلك (م ١٤) ، أو ينفذ جبراً عن طريق اصدار قرار من وزير الشئون البلدية والقروية (الاسكان والمرافق) بنزع ملكية العقار الذى يتعذر الحصول على توقيع مالكه على النماذج المشار اليها (م ١٤) .

ورغم اختلاف الأحكام التفصيلية بين نزع ملكية الأفراد للمنفعة العامة ، ونزع ملكية الأحياء لنفس الغرض ، وهو اختلاف يبرره اختلاف محل كل من التطبيقين من حيث الأهمية والاتساع . فإن المبدأ القانونى الذى ندرسه هنا لا يتغير بل على العكس يجد له تطبيقاً جديداً هاماً . فالقرار الإدارى بتقرير المنفعة العامة لإزالة حى من الأحياء، يعتبر مصدراً للالتزام ، وسبباً لكسب الملكية على حد سواء . والقرار الإدارى بنزع ملكية العقارات الكائنة بهذا الحى يعتبر سبباً لكسب الملكية .

٣٣٠ - الاستيلاء المؤقت على العقارات والحقوق الناشئة عنه :

طبقاً للمادتين ١٤ و ١٥ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ فإن الاستيلاء المرقت على العقارات يمكن أن يتم فى حالتين : الأولى بقرار من رئيس الجمهورية وذلك بالنسبة للعقارات المطلوب نزع ملكيتها للمنفعة العامة ، وينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ويشمل بياناً اجمالياً بالعقار واسم المالك الظاهر مع الاشارة الى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة . وفائدة الاستيلاء المؤقت فى هذه الحالة هى تمكين جهة الإدارة من وضع يدها على العقار المطلوب نزع ملكيته قبل

---

(١) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ١٢٢٥ .

أن تنتهى إجراءات نزع الملكية فعلاً (م ١٤) .

والحالة الثانية ، كما تنص المادة ١٥ من القانون « للوزير المختص بناء على طلب الجهة المختصة فى حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء ، وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء مؤقتاً على العقارات اللازمة لاجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء مندوبى الجهة المختصة من اثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها دون حاجة لاتخاذ إجراءات أخرى » .

وقرار الاستيلاء المؤقت هو قرار إدارى سواء صدر من رئيس الجمهورية أو من الوزير المختص . **وهو قرار منشئ لحقوق شخصية على عاتق كل من الإدارة ومالك العقار ، ولكن لا تنشأ عنه حقوق عينية.**

وقد أجمل المشرع الآثار المترتبة على قرار الاستيلاء المؤقت بما قرره فى المادة ٢/٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن إيجار الأماكن[١] ، وهو أن « تعتبر الأماكن الصادر فى شأنها قرارات استيلاء لشغلها مؤجرة الى الجهات التى تم الاستيلاء لصالحها » . وهذا النص يجعل العلاقة بين الإدارة وبين مالك العقار ، كالعلاقة بين المؤجر والمستأجر ، لا من حيث المصدر بطبيعة الحال ، **فمصدر الإيجار هو عقد ، بينما مصدر الاستيلاء المؤقت هو قرار إدارى** . ولكن من حيث الآثار فحسب . فيصبح مالك العقار ملتزماً بالتسليم وملتزماً بالصيانة وملتزماً بالضمان . وتصبح جهة الإدارة ملتزمة بدفع الأجرة وملتزمة بالمحافظة على العقار ، **وملتزمه بالرد** . وقد تضمنت المواد ١٤ و ١٥ و ١٦ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ احكاماً تفصيلية لكل هذه الالتزامات .

ونخلص من هذا الى أن قرار الاستيلاء المؤقت هو قرار إدارى تنشأ

---

(١) يقابل هذا النص المادة ٢/٣ من قانون إيجار الأماكن السابق ، رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ .

عنه التزامات مشابهة لتلك التى تنشأ عن عقد الإيجار ، ويستحق لهذا السبب أن يعتبر مصدراً من مصادر الالتزام كعقد الإيجار على حد سواء .

٣٣١ - القرار الإدارى مصدر للحق بالمعنى المقرر فى القانون المدنى :

سبق أن رأينا أن الدكتور السنهورى يرى أن نزع الملكية سبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية . ولكن الأنسب فى التعبير القول بأن القرار الإدارى بتقرير المنفعة العامة أو بنزع الملكية هو سبب اكتساب هذا الحق . أما نزع الملكية فهو أثر هذا القرار وليس مصدر الحق الناشئ عنه . فالقرار الإدارى ينزع الملكية عن المالك ويكسبها للدولة ، فهو وحده الذى تنسب اليه كل هذه الآثار ، لا أن ينسب بعضها الى بعض .

وكذلك فإن الدكتور السنهورى يشير الى أن التأميم والمصادرة يعتبران من أسباب اكتساب الملكية ، ولكن الأنسب أيضاً أن يقال أن القانون هو سبب اكتساب الملكية فى حالتىّ التأميم والمصادرة ، طبقاً لنفس الايضاح السابق ذكره .

وإذا كنا قد رأينا أن القرار الإدارى يعتبر مصدراً للحق فى بعض الحالات ، ووصفناه لهذا السبب بالقرار المنشئ للحق . فإننا نقصد بهذا الوصف نفس المعنى المقرر فى القانون المدنى لمصادر الحق ، أى مصادر الالتزام من ناحية ومصادر الحق العينى من ناحية أخرى . وهى المصادر التى لا يمكن اعتبارها كذلك إلا إذا استوفت شروط قانون السببية وهو الذى أعلنا منذ بداية دراستنا أنه الأساس الذى تقوم عليه هذه الدراسة . ونجد من اللازم التأكيد على هذا المعنى مرة أخرى ذلك أن فقه القانون الإدارى يستخدم اصطلاح القرار الإدارى المنشئ فى غير المعنى الذى يقصده القانون المدنى بمصادر الحق أو الذى يشترطه قانون السببية لمصدر الشىء بصفة عامة .

وبحسب المعنى المقرر فى فقه القانون الإدارى فإن معظم قرارات

الإدارة تعتبر قرارات منشئة ، وهى تلك « التى يترتب عليها انشاء آثار جديدة فى عالم القانون ، ومثال ذلك أن يصدر قرار بتعيين موظف أو فصله للصالح العام أو للاستغناء عن وظيفته ، ومنح ترخيص أو سحبه ... الخ فإنها تولد بذاتها آثاراً لأول مرة »(١) .

والواقع أن ترتيب هذه الآثار يعتبر شرطاً من شروط أى قرار إدارى، فكما يقول الدكتور محمد فؤاد مهنا « لا يعتبر العمل الإدارى قراراً إدارياً إلا إذا كان من شأنه أن يحدث أثراً قانونيًا »(٢). ولكن « لا يلزم أن يكون الأثر المترتب على القرار هو انشاء حق أو فرض التزام بالمعنى المقرر لهذين الاصطلاحين فى القانون الخاص وإنما يكفى أن يمس القرار مصالح الأفراد أو يؤثر على الأوضاع المقررة لهم ...(٣)» .

فطبقًا للمعنى المقرر فى فقه القانون الإدارى ، تعتبر القرارات الإدارية كلها أو جلها قرارات منشئة . وليس هذا هو المعنى الذى نقصده. فالمقصود فى دراستنا بـ القرار الإدارى المنشئ هو ذلك القرار الذى ينشأ عنه حق عينى لم يكن موجوداً من قبل ، أو ينشأ عنه التزام لم يكن موجوداً من قبل . ويعتبر القرار الإدارى بهذا الوصف مصدر هذا الحق طبقاً للمقصود بهذا الاصطلاح فى فقه القانون المدنى .

وقد رأينا من دراستنا أن القرار الإدارى يعتبر مصدراً للحق بهذا المعنى فى تطبيقات كثيرة ذكرنا منها بصفة خاصة القرار بتقرير المنفعة العامة والقرار بنزع الملكية والقرار بالاستيلاء المؤقت . وهذه التطبيقات الهامة تشهد على أن القرارات الإدارية تنشئ الالتزامات بأكثر مما تفعله مصادر معترف بها للالتزام كالإرادة المنفردة والاثراء بلا سبب ، وتنشئ الحقوق العينية بأكثر مما يفعله مصدر معترف به مثل الاستيلاء ، وتستحق لهذا السبب أن تأخذ مكانها بين مصادر الحق المختلفة .

---

(١) سليمان الطماوى ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ١٩٦٦ ، ص ٤٤٦ .

(٢) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ١٠١٤ .

(٣) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ١٠١٨

ولا شك أنه توجد غير هذه الأمثلة تطبيقات أخرى للقرار الإدارى المنشئ للحق ، وقد ذكرنا من هذه التطبيقات القرار بتكليف المعيدين بالعمل فى الجامعة .

وإذا لاحظنا أن الحكمة من اعتراف القانون بقدرة القرار الإدارى على إنشاء الحق ، ترجع الى ضرورة اطلاق الحرية للإدارة فى تحقيق الخير العام للجماعة ، فإن هذه الحكمة ستؤدى من غير شك - وهذا هو طريق المستقبل - الى زيادة التطبيقات فى هذا المجال .

فهرس

صفحة

مقدمة

١ – تعريف الالتزام ١
٢ – محل الالتزام ١
٣ – أهمية نظرية الالتزام وتطورها ٢
٤ – تحليل الالتزام ٣
٥ – تقسيم ٣

القسم الأول

مصادر الالتزام

٦ – ترتيب مصادر الالتزام ٧

الباب الأول

العقد

٧ – تعريف العقد ٩
٨ – مبدأ سلطان الإرادة – فكرته ونتائجه ١٠
٩ – انتقاد مبدأ سلطان الإرادة ١٠
١٠ – اخضاع العقد لمبادئ العدل وأحكام النظام العام ١٢
١١ – التقسيمات المختلفة للعقود ١٣
١٢ – العقود المسماة والعقود غير المسماة ١٣
١٣ – العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية ١٥
١٤ – العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ١٦
١٥ – عقود المعارضة وعقود التبرع ١٧
١٦ – العقود الفورية والعقود الزمنية ١٨
١٧ – العقود المحددة والعقود الاحتمالية ١٩

صفحة

الفصل الأول

انعقاد العقد

المبحث الأول

طرفا العقد

المطلب الأول

النيابة فى التعاقد

١٨ – فكرة النيابة ٢١

§ ١ – شروط النيابة

١٩ – (١) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ٢٣
٢٠ – (٢) عدم تجاوز النائب حدود النيابة ٢٤
٢١ – (٣) تعاقد النائب باسم الأصيل ٢٥

§ ٢ – آثار النيابة

٢٢ – تعدد العلاقات ٢٦

§ ٣ – تعاقد النائب مع نفسه

٢٣ – الأصل هو المنع والاستثناء هو الاباحة ٢٧

المطلب الثانى

الأهلية

٢٤ – أهلية الوجوب وأهلية الأداء ٢٨
٢٥ – الأهلية تتدرج مع السن ٢٩
٢٦ – عوارض الأهلية ٣٠
٢٧ – موانع الأهلية ٣١

صفحة

المبحث الثانى
الإرادة أو التراضى
المطلب الأول
تكوين الارادة
الفرع الأول
التعبير عن الإرادة

٢٧ – التعبير الصريح والتعبير الضمنى ٣٣
٢٨ – الارادة الظاهرة والارادة الباطنة ٣٤
٢٩ – متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره ٣٥

الفرع الثانى
توافق الإرادتين

٣٠ – الإيجاب ٣٧
٣١ – اقتران الإيجاب بالقبول ٣٨
٣٢ – متى يكون السكوت قبولا ٤٠
٣٣ – القبول فى عقود المزاد ٤١
٣٤ – القبول فى عقود الإذعان ٤٢
٣٥ – التعاقد فيما بين الغائبين ٤٣

الفرع الثالث
الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائى والمربون

٣٦ – الوعد بالتعاقد ٤
٣٧ – العقد الابتدائى ٤٨
٣٨ – المربـــون... ... ... ٤٩

المطلب الثانى
عيوب الإرادة

صفحة

الفرع الأول
الغلط

٣٩ – تعريف الغلط ٥٠
٤٠ – الغلط الجوهرى ٥١
٤١ – الغلط فى صفة جوهرية فى الشىء ٥٢
٤٢ – الغلط فى شخص المتعاقد ٥٢
٤٣ – الغلط فى القيمة ٥٣
٤٤ – الغلط فى الباعث ٥٤
٤٥ – الغلط فى الواقع والغلط فى القانون ٥٤
٤٦ – يجب أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر ٥٥
٤٧ – لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية ٥٦

الفرع الثانى
التدليس

٤٨ – تعريف التدليس ٥٧
٤٩ – شروط التدليس ٥٧
٥٠ – التدليس الصادر من الغير ٥٩
٥١ – الغلط والتدليس ٥٩

الفرع الثالث
الاكراه

٥٢ – تعريف الاكراه ٦٠
٥٣ – شروط الاكراه ٦١
٥٤ – الاكراه المشروع والاكراه غير المشروع ٦٢
٥٥ – الاكراه الصادر من الغير أو من ظروف غير إرادية ٦٣

الفرع الرابع
الاستغلال

٥٦ – الغبن والاستغلال ٦٤

صفحة

٥٧ – العنصر الموضوعى هو الغبن ٦٥
٥٨ – العنصر النفسى هو الاستغلال ٦٦
٥٩ – الجزء على الاستغلال ٦٧

المبحث الثالث

المحـــل

٦٠ – تعريف ٦٩

المطلب الأول

المحـل موجود أو ممكن الوجود

٦١ – المحل موجود ٦٩
٦٢ – محل الالتزام شيء مستقبل ٧٠
٦٣ – بطلان التعامل فى تركة مستقبلة ٧٠
٦٤ – العمل أو الامتناع عن عمل هو دائما شيء مستقبل ٧١

المطلب الثـــانى

المحل معين أو قابل للتعيين

٦٥ – نص قانونى ٧٢
٦٦ – محل الالتزام نقود ٧٣

المطلب الثالث

المحـــل قابل للتعامـــل

٦٧ – الأشياء التى تخرج عن دائرة التعامل ٧٤
٦٨ – مخالفة المحل للنظام العام ٧٥

المبحث الرابع

السبب

٦٩ – المعانى المختلفة للسبب ٧٧

صفحة

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى السبب

٧٠ – السبب القصدى ٧٨
٧١ – شرط وجود السبب ٧٩
٧٢ – شرط صحة السبب ٨٠
٧٣ – شرط مشروعية السبب ٨١

المطلب الثانى

النظرية الحديثة فى السبب

٧٤ – نقد النظرية التقليدية ٨٢
٧٥ – السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد ٨٥
٧٦ – التصرف المجرد والتصرف المسبب ٨٧

المطلب الثالث

موقف القانون المصرى أو إزدواج فكرة السبب

٧٧ – سبب العقد وسبب الالتزام ٨٧
٧٨ – سبب الالتزام ٨٩
٧٩ – سبب العقد ٨٩

المبحث الخامس

البطلان

٨٠ – البطلان وعدم النفاذ والفسخ ٩٠
٨١ – البطلان المطلق والبطلان النسبى ٩١

المطلب الأول

البطلان المطلق

الفرع الأول

الآثار التى تترتب على العقد الباطل

٨٢ – الآثار الأصلية والآثار العرضية ٩٢

صفحة

§ ١ – انتقاص العقد

٨٣ – شروط وآثار انتقاص العقد ٩٣

§ ٢ – تحول العقد

٨٤ – شروط وآثار تحول العقد ٩٥

الفرع الثانى

الاجازة والتقادم

٨٥ – العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ٩٧
٨٦ – البطلان لا يزول بالتقادم ٩٧

الفرع الثالث

تقرير البطلان

٨٧ – كيف يتقرر البطلان ٩٨
٨٨ – أثر تقرير البطلان ١٠٠

المطلب الثانى

البطلان النسبى

الفرع الأول

آثار العقد القابل للإبطال

٨٩ – العقد ينتج لآثاره إلى أن يتقرر بطلانه ١٠٣

الفرع الثانى

الاجازة والتقادم

٩٠ – اجازة العقد القابل للإبطال ١٠٤
٩١ – الدعوى والدفع يتقادمان ١٠٥

صفحة

الفرع الثالث
تقرير البطلان

٩٢ – كيف يتقرر البطلان ١٠٧
٩٣ – أثر تقرير البطلان ١٠٨

الفصل الثانى
آثار العقد

٩٤ – نسبية أثر العقد ١١٠

المبحث الأول
آثار العقد بالنسبة للأشخاص
المطلب الأول
أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

٩٥ – المتعاقدان والخلف العام والخلف الخاص ١١١

الفرع الأول
الخلف العام

٩٦ – انصراف العقد إلى الخلف العام ١١١
٩٧ – الحالات التى لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام ١١٢
٩٨ – الحالات التى يعتبر فيها الخلف الخاص من الغير ١١٤

الفرع الثانى
الخلف الخاص

٩٩ – المقصود بالخلف الخاص ١١٥
١٠٠ – انصراف أثر العقد للخلف الخاص ١١٦
١٠١ – الحقوق والالتزامات التى تعتبر من مستلزمات الشىء ١١٧
١٠٢ – يشترط أن يكون الخلف عالما ١١٩

صفحة

المطلب الثانى
أثر العقد بالنسبة للغير

١٠٣ – نص قانونى ١٢٠

الفرع الأول
التعهد عن الغير

١٠٤ – المقصود بالتعهد عن الغير ١٢١
١٠٥ – التعهد عن الغير ونسبية أثر العقد ١٢٢

§ ١ – رفض الغير للتعهد

١٠٦ – عدم مسئولية الغير ومسئولية المتعهد ١٢٣

§ ٢ – قبول الغير للتعهد

١٠٧ – أثر قبول الغير التعهد ١٢٣

الفرع الثانى
الاشتراط لمصلحة الغير

١٠٨ – نظرة تاريخية ١٢٥
١٠٩ – أحكام القانون المصرى ١٢٦
١١٠ – فكرة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاتها المختلفة ١٢٧

§ ١ – شروط انطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

١١١ – المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع ١٣٠
١١٢ – اشتراط حق مباشر للمنتفع ١٣١
١١٣ – مصلحة المشترط الشخصية ١٣٢

§ ٢ – آثار الاشتراط لمصلحة الغير

١١٤ – العلاقة بين المشترط والمتعهد ١٣٤
١١٥ – العلاقة بين المشترط والمنتفع ١٣٥

صفحة

١١٦ – العلاقة بين المتفع والمتعهد ١٣٥
١١٧ – حق المشترط فى نقض المشارطة ١٣٨
١١٨ – اقرار المتفع لحقه ١٤٠

المبحث الثانى

آثار العقد من حيث الموضوع

المطلب الأول

تفسير العقد

الفرع الأول

عبارة العقد واضحة

١١٩ – الأصل أن العبارة الواضحة لا تكون محلا للتفسير ١٤٢
١٢٠ – متى تكون العبارة الواضحة محلا للتفسير ١٤٢

الفرع الثانى

عبارة العقد غير واضحة

١٢١ – البحث والنية المشتركة للمتعاقدين ١٤٤
١٢٢ – العوامل التى تساعد القاضى فى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين . ١٤٥

الفرع الثالث

الشك فى التعرف على ارادة المتعاقدين

١٢٣ – تفسير الشك لمصلحة المدين ١٤٨

المطلب الثانى

تحديد نطاق العقد

١٢٤ – تكملة العقد ١٤٩

المطلب الثالث

القوة الملزمة للعقد

١٢٥ – العقد شريعة المتعاقدين... ... ... ١٥٢
١٢٦ – تنفيذ العقد بحسن نية ١٥٥

صفحة

نظرية الحوادث الطارئة

١٢٧ – وضع المسألة ١٥٥
١٢٨ – التطور التاريخى للنظرية ١٥٧
١٢٩ – شروط انطباق النظرية فى القانون المدنى المصرى ١٦١
١٣٠ – الجزاء على تحقق الحوادث الطارئة ١٦٣

المطلب الرابع
المسئوليـــة العقدية

١٣١ – المقصود بالمسئولية العقدية ١٦٧

الفرع الأول
الخطأ العقدى

١٣٢ – المقصود بالخطأ العقدى ١٦٩
١٣٣ – الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية... ... ... ١٦٩
١٣٤ – اثبات الخطأ ١٧١
١٣٥ – نظرية تدرج الخطأ ورفضها ١٧٣
١٣٦ – تعديل أحكام المسئولية العقدية ١٧٤

الفرع الثانى
الضرر

١٣٧ – عبء اثبات الضرر ١٧٨
١٣٨ - الضرر المادى ١٧٩
١٣٩ – الضرر الأدبى ١٨١
١٤٠ – الضرر المباشر المتوقع ١٨٢

الفرع الثالث
علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١٤١ – السببية مفترضة حتى يثبت العكس ١٨٤

الفصل الثالث
زوال العقـــد

١٤٢ – الانقضاء والإبطال والانحلال ١٨٦

صفحة

المبحث الأول
الفسخ

١٤٣ – أساس فسخ العقد ١٨٨

المطلب الأول
فسخ العقد بحكم القـــاضى

١٤٤ – شروط الفسخ ١٨٩
١٤٥ – آثار الفسخ ١٩٢

المطلب الثانى
فسخ العقد بحكم الاتفـــاق

١٤٦ – الشرط الفاسخ الصريح... ... ... ١٩٤

المطلب الثالث
انفساخ العقد بحكم القانون

١٤٧ – انفساخ العقد وتحمل التبعة ١٩٦

المبحث الثانى
الدفع بعدم التنفيذ

١٤٨ – الدفع بعدم التنفيذ والفسخ ١٩٨
١٤٩ – الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس ١٩٩
١٥٠ – شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ٢٠٠
١٥١ – آثار الدفع بعدم التنفيذ ٢٠١

الباب الثانى
الإرادة المنفردة

١٥٢ – التصرف بالارادة المنفردة ٢٠٣

صفحة

١٥٣ – الجدل حول صلاحية الإرادة المنفردة لانشاء الإلتزامات ٢٠٤
١٥٤ – موقف المشرع المصرى من الإرادة المنفردة ٢٠٥
١٥٥ – حالات الإلتزام بالإرادة المنفردة فى القانون المصرى ٢٠٨

الوعد بجائزة موجهة للجمهور

١٥٦ – نص القانون وتطبيقاته المختلفة ٢٠٩
١٥٧ – شروط الالتزام بالوعد ٢١٠
١٥٨ – أحكام الإلتزام بالوعد ٢١٢

الباب الثالث

العمل غير المشروع
المسئولية التقصيرية

١٥٩ – التمييز بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية ٢١٥
١٦٠ – التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولة التقصيرية ٢١٨
١٦١ – عدم جواز الجمع بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ... ٢١٩
١٦٢ – عدم جواز الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ... ٢٢٠
١٦٣ – تطور المسئولية التقصيرية ٢٢٢
١٦٤ – نظرية تحمل التبعة ٢٢٣

الفصل الأول
المسئولية عن الأعمـــال الشخصية

المبحث الأول
أركان المسئولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

١٦٥ – الخطأ والضرر وعلاقة السببية ٢٢٥

المطلب الأول
الخطـــأ

الفرع الأول
تعريف الخطأ

١٦٦ – صعوبة تعريف الخطأ ٢٢٦

صفحة

§ ١ – الركن المادى – الانحراف

١٦٧ – انحراف فى السلوك ٢٢٦
١٦٨ – مراعاة الظروف الخارجية فى تقدير الانحراف ٢٢٧
١٦٩ – متى يكون الانحراف عملا مشروعا ٢٢٩
١ – حالة الدفاع الشرعى عن النفس ٢٢٩
٢ – حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس ٢٣٠
٣ – حالة الضرورة ٢٣١

§ ٢ – العنصر المعنوى فى الخطأ – الإدراك

١٧٠ – مسئولية عديم التمييز ٢٣٢
١٧١ – مسئولية الشخص المعنوى ٢٣٤

الفرع الثالث

تطبيقات لفكرة الخطأ

١٧٢ – الخطأ بفعل إيجابى أو فعل سلبى ٢٣٥
١٧٣ – الخطأ بفعل عمد أو غير عمد ٢٣٦
١٧٤ – حوادث النقل والعمل والأخطاء الفنية فى مزاولة المهنة ٢٣٧
١٧٥ – الاعتداء على الشرف والسمعة ٢٣٩
١٧٥ – فسخ الخطبة ٢٤٠
١٧٦ – التعسف فى استعمال الحق ٢٤٠
أ – التعسف فى استعمال الحق والخروج عن الحق ٢٤٠
ب – التطور التاريخى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ٢٤٢
جـ – موقف المشرع المصرى من نظرية التعسف فى استعمال الحق ٢٤٣
د – تطبيقات مختلفة للتعسف فى استعمال الحق ٢٤٤

المطلب الثانى

الضرر

١٧٧ – الضرر المادى ٢٤٦
١٧٨ – الضرر الأدبى ٢٤٨

صفحة

المطلب الثالث
علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر

الفرع الأول
السبب الأجنبي

§ ١ – القوة القاهرة والحادث الفجائي

١٧٩ – عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ٢٥١
١٨٠ – شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ٢٥٢

§ ٢ – خطأ المضرور

١٨١ – استغراق أحد الخطأين للآخر ٢٥٣
١٨٢ – الخطأ المشترك ٢٥٥

§ ٣ – خطأ الغير

١٨٣ – استغراق أحد الخطأين للآخر أو اشتراك الخطأين فى احداث الضرر. ٢٥٦

الفرع الثانى
السبب المنتج والضرر المباشر

١٨٤ – السبب المنتج ٢٥٧
١٨٥ – الضرر المباشر ٢٥٨

المبحث الثانى
آثار المسئولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

١٨٦ – كيفية تقدير التعويض ٢٦١
١٨٧ – نطاق التعويض ٢٦٢
١٨٨ – اتفاق على تعديل التعويض قبل وقوع الضرر ٢٦٤
١٨٩ – التأمين من المسئولية ٢٦٥

صفحة

١٩٠ – اجتماع طريقتين التعويض ٢٦٧
١٩١ – تقادم دعوى التعويض ٢٦٩
١٩٢ – الحكم الصادر فى دعوى التعويض ٢٧١

الفصل الثانى
المسئوليـــة عن عمل الغير

المبحث الأول
مسئولية من تجب عليه الرقابة عمن هم فى رقابته

المطلب الأول
شروط قيام المسئولية عن عمل الغير

١٩٣ – نص القانون ١٧٣
١٩٤ – الالتزام بالرقابة ٢٧٤
١٩٥ – مسئولية من تجب رقابته ٢٧٥

المطلب الثانى
أحكام المسئولية عن عمل الغير

١٩٦ – الخطأ المفترض ونفيه ٢٧٧
١٩٧ – نفى علاقة السببية ٢٧٨
١٩٨ – قيام المسئوليتين ٢٧٨

المبحث الثالث
مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

المطلب الأول
شروط مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

١٩٩ – نص القانون ٢٨٠
٢٠٠ – علاقة التبعية ٢٨٠
٢٠١ – خطأ من التابع فى حالة تأدية الوظيفة أو بسببها ٢٨١

صفحة

المطلب الثانى

أحكام مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

٢٠٢ – مسئولية المتبوع تقوم إلى جانب مسئولية التابع ٢٨٤
٢٠٣ – الأساس القانونى لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع ٢٨٦

الفصل الثالث

المسئولية الناشئة عن الأشيـــاء

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيـــوان

٢٠٤ – حارس الحيوان ٢٨٩
٢٠٥ – الحيوان يسبب ضررا للغير ٢٩٠
٢٠٦ – الخطأ المفترض غير قابل لاثبات العكس ٢٩١

المبحث الثانى

مسئوليـــة حارس البنـــاء

٢٠٧ – نص القانون ٢٩٢
٢٠٨ – حارس البناء ٢٩٢
٢٠٩ – ضرر للغير بسبب انهدام البناء ٢٩٣
٢١٠ – الخطأ المفترض فى الحراسة ٢٩٤

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء

٢١٠ – نص القانون ٢٩٤
٢١١ – حارس الأشياء الخطرة ٢٩٥
٢١٢ – حدوث ضرر بفعل الشيء ٢٩٧
٢١٣ – الخطأ المفترض فى الحراسة ٢٩٨

صفحة

الباب الرابع
الاثراء بلا سبب

الفصل الأول
القاعدة العامة فى الاثراء بلا سبب

٢١٤ – الأساس القانونى للقاعدة ٣٠٢
٢١٥ – موقف المشرع المصرى من قاعدة الإثراء بلا سبب ٣٠٥

المبحث الأول
شروط الاثراء بلا سبب

§ ١ – اثراء المدين

٢١٦ – الصور المختلفة للإثراء ٣٠٦

§ ٢ – افتقار الدائن

٢١٧ – اثراء المدين نشأ عن افتقار الدائن ٣٠٨

§ ٣ – انعدام سبب الاثراء

٢١٨ – المقصود بالسبب ٣٠٩

§ ٤ – دعوى الاثراء ليست دعوى احتياطية

٢١٩ – القانون المصرى يسبق القانون الفرنسى ٣١٢

§ ٥ – لا يشترط أن يكون الاثراء قائما وقت رفع الدعوى

٢٢٠ – مرة أخرى القانون المصرى يسبق القانون الفرنسى ٣١٥

المبحث الثانى
أحكام الاثراء بلا سبب

٢٢١ – دعوى التعويض ٣١٧
٢٢٢ – تقدير التعويض ٣٢٠

صفحة

الفصل الثانى
أهم تطبيقـــات الاثراء بلا سبب
دفع غير المستحق ــ الفضالة

المبحث الأول
دفع غير المستحق

٢٢٣ – صورة خاصة من صور الثراء بلا سبب ٣٢٢

§ ١ ــ حالتا دفع غير المستحق

٢٢٤ – نصوص القانون ٣٢٣
٢٢٥ – الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء ٣٢٥
٢٢٩ – الوفاء بدين مستحق وقت الوفاء ولكنه يصبح غير مستحق بعد ذلك.. ٣٢٦
٢٢٧ – الأساس القانونى لاسترداد غير المستحق هو الاثراء بلا سبب ... ٣٢٧

§ ٢ ــ أحكام دفع غير المستحق

٢٢٨ – معنى الاسترداد وتأثره بحسن أو سوء نية المثرى ٣٢٩
٢٢٩ – الوفاء بالتزام مؤجل لم يحن أجله ٣٣٠
٢٣٠ – عبء اثبات الأهلية ٣٣١
٢٣١ – شروط دعوى استرداد غير المستحق ٣٣٢

المبحث الثانى
الفضالة

المطلب الأول
أركان الفضالة

٢٣٢ – الركن المادى والركن المعنوى والركن القانونى ٣٣٥

§ ١ ــ قيام الفضولى بشأن عاجل لحساب رب العمل

٢٣٣ – عمل قانونى أو عمل مادى ٣٣٦
٢٣٤ – شرط عاجل وضرورى لرب العمل ٣٣٧

الفصل الأول
التجديد الضرورى

٢٥١ - فكرة التجديد الضرورى ٣٦٠

المطلب الأول
التجديد الضرورى فى القانون الرومانى
وتأثيره على القانون الحديث

٢٥٢ - الدعوى والحق فى القانون الرومانى ٣٦٢
٢٥٣ - الخصومة القضائية Litiscontestatio فى طبيعتها وشكلها ٣٦٧
٢٥٤ - التفرقة بين التجديد الرضائى والتجديد الضرورى ٣٧٠
٢٥٥ - تأثير التجديد الضرورى فى القانون الرومانى على القانون الحديث ... ٣٧٣
٢٥٦ - الخلاصة ٣٧٧

المطلب الثانى
التجديد الضرورى فى المسئولية المدنية فى القانون الحديث

المبحث الأول
التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية العقدية
فى القانون الحديث

٢٥٧ - التجديد الضرورى عند مورلان وماركاديه ٣٧٩
٢٥٨ - التجديد الضرورى ووحدة المسئولية المدنية : ليفيفر ، ديشام ، وجرانمولان ٣٨١
٢٥٩ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ : بلانيول ٣٨٢
٢٦٠ - التجديد الضرورى وثنائية المسئولية : ديجى ٣٨٣
٢٦١ - التجديد الضرورى ، ووحدة مبدأ المسئولية ، وثنائية الصياغة لكل من المسئوليتين : مازو ، تنك ، مارتى ورينو ٣٨٥
٢٦٢ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ فى إطار النظرية الخالصة للقانون: كلسن ٣٨٩
٢٦٣ - التجديد الضرورى وقضاء محكمة النقض الفرنسية ٣٩١

المبحث الثانى
التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية
التقصيرية فى القانون الحديث

٢٦٤ - الالتزامان ٣٩٧
٢٦٥ - حلول التزام محل التزام آخر ٤٠٠
٢٦٦ - النظرية القضائية فى التجديد الضرورى مقارنة بالنظريات الفقهية ... ٤٠٢
٢٦٧ - آثار الالتزامين المتعاقبين ٤٠٤
٢٦٨ - مناقشة عامة للفصل الأول : تأثير الخصومة على الحق ٤٠٦
٢٦٩ - خاتمة ٤١٠

الفصل الثانى
الحكم مصدر للالتزام

§ ٢ – قصد الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل

٢٣٥ – القصد هو مناط التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب ٣٣٨

§ ٣ – الركن المادى

٢٣٦ – الفضولى غير ملزوم بالقيام بالعمل أو موكل به أو منهى عنه ... ٢٤٠

المطلب الثانى

أحكام الفضالة

§ ١ – التزامات الفضولى

٢٣٧ – مصدر التزامات الفضولى ٣٤١
٢٣٨ – التزام الفضولى بالمضى فى العمل ٣٤١
٢٣٩ – التزام الفضولى باخطار رب العمل ٣٤١
٢٤٠ – التزام الفضولى ببذل عناية الرجل العادى ٣٤٢
٢٤١ – التزام الفضولى بتقديم حساب لرب العمل ٣٤٣
٢٤٢ – أثر موت الفضولى أو موت رب العمل فى التزامات الفضولى ... ٣٤٤
٢٤٣ – سقوط التزامات الفضولى بالتقادم ٣٤٥
٢٤٤ – أهلية الفضولى ٣٤٦

§ ٢ – التزامات رب العمل

٢٤٥ – التزامات أربعة ٣٤٧
٢٤٦ – أهلية رب العمل ٣٤٩
٢٤٧ – أثر موت الفضولى أو موت رب العمل على التزامات رب العمل ... ٣٥٠
٢٤٨ – تقادم التزامات رب العمل ٣٥٠

الباب الخامس

القانون

٢٤٩ – متى يكون القانون مصدرا مباشرا للالتزام ٣٥١

الباب السادس

الحكم

٢٥٠ – متى يكون الحكم مصدرا للالتزام ٣٥٥

الفصل الأول
التجديد الضرورى

٢٥١ - فكرة التجديد الضرورى ٣٦٠

المطلب الأول
التجديد الضرورى فى القانون الرومانى
وتأثيره على القانون الحديث

٢٥٢ - الدعوى والحق فى القانون الرومانى ٣٦٢
٢٥٣ - الخصومة القضائية Litiscontestatio فى طبيعتها وشكلها ٣٦٧
٢٥٤ - التفرقة بين التجديد الرضائى والتجديد الضرورى ٣٧٠
٢٥٥ - تأثير التجديد الضرورى فى القانون الرومانى على القانون الحديث ... ٣٧٣
٢٥٦ - الخلاصة ٣٧٧

المطلب الثانى
التجديد الضرورى فى المسئولية المدنية فى القانون الحديث

المبحث الأول
التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية العقدية
فى القانون الحديث

٢٥٧ - التجديد الضرورى عند مورلان وماركاديه ٣٧٩
٢٥٨ - التجديد الضرورى ووحدة المسئولية المدنية : ليفيفر ، ديشام ، وجرانمولان ٣٨١
٢٥٩ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ : بلانيول ٣٨٢
٢٦٠ - التجديد الضرورى وثنائية المسئولية : ديجى ٣٨٣
٢٦١ - التجديد الضرورى ، ووحدة مبدأ المسئولية ، وثنائية الصياغة لكل من المسئوليتين : مازو ، تنك ، مارتى ورينو ٣٨٥
٢٦٢ - التجديد الضرورى ومبدأ وحدة الخطأ فى إطار النظرية الخالصة للقانون: كلسن ٣٨٩
٢٦٣ - التجديد الضرورى وقضاء محكمة النقض الفرنسية ٣٩١

المبحث الثانى
التجديد الضرورى فى نطاق المسئولية
التقصيرية فى القانون الحديث

٢٦٤ - الالتزامان ٣٩٧
٢٦٥ - حلول التزام محل التزام آخر ٤٠٠
٢٦٦ - النظرية القضائية فى التجديد الضرورى مقارنة بالنظريات الفقهية ... ٤٠٢
٢٦٧ - آثار الالتزامين المتعاقبين ٤٠٤
٢٦٨ - مناقشة عامة للفصل الأول : تأثير الخصومة على الحق ٤٠٦
٢٦٩ - خاتمة ٤١٠

الفصل الثانى
الحكم مصدر للالتزام

المطلب الأول

التعديل المنشئ للالتزام القضائى

٢٧٠ - العقد فكرة وقرينة ٤١٢
٢٧١ - القانون والعقد : تدرجهما ٤١٥
٢٧٢ - تعديل العقد وتفسيره ٤١٦
٢٧٣ - تعديل العقد وتكملة العقد ٤١٨
٢٧٤ - تعديل العقد وإنقاصه ٤٢٠
٢٧٥ - التعديل والتكييف وتحول العقد ٤٢٢
٢٧٦ - تعديل العقد ونظرية السبب ٤٢٤
٢٧٧ - التعديل الضرورى والتعديل الرضائى ٤٢٧
٢٧٨ - التعديل لا يسمح بالفسخ ٤٢٨
٢٧٩ - التعديل الآمر والتعديل المفسر ٤٢٩
٢٨٠ - الخلاصة : التعديل الضرورى والأمر يقضى على الالتزام العقدى ... ٤٣٣

المطلب الثانى

فكرة الحكم المنشئ للالتزام

٢٨١ - البحث عن وسيلة صياغة جديدة ٤٣٤
٢٨٢ - نقد نظرية جوسران عن « العقد الموجه » ٤٣٧
٢٨٣ - حيلة العدالة وحيلة العقد ٤٤٠
٢٨٤ - التجديد الضرورى ٤٤٣
٢٨٥ - العنصر الجديد ٤٤٧
٢٨٦ - التجديد الضرورى وتنازع القوانين فى الزمان ٤٤٧
٢٨٧ - التجديد الضرورى بالإرادة المنفردة ٤٥٠
٢٨٨ - التجديد التشريعى والتجديد القضائى ٤٥٢
٢٨٩ - المعيار القانونى : فكرة أسىء فهمها بسبب الترجمة الخاطئة للكلمة الانجليزية Rule ٤٥٣
٢٩٠ - خلاصة ٤٥٧

الفصل الثالث

تطبيقات وتحليل وآثار الحكم المنشئ للالتزام

المطب الأول

تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام فى فرنسا وفى مصر

٢٩١ - الغبن بالمعنى الواسع ... ...

المبحث الأول ٤٥٨

الغبن المعاصر للعقد

٢٩٢ - الاستغلال طبقاً للمادة ١٢٩ من القانون المدنى المصرى ٤٦٠
٢٩٣ - الالتزام المبالغ فيه للقاصر المأذون طبقاً للمادة ٤٨٢ فقرة ٢ من تقنين نابليون ٤٦٤
٢٩٤ - عقود المهنيين : الوكيل ، المحامى ، المهندس ، الطبيب ... إلخ ٤٦٥
٢٩٥ - عقود الإذعان طبقاً للمادتين ١٠٠ و١٤٩ من التقنين المدنى المصرى ... ٤٦٧
٢٩٦ - الشرط الجزائى طبقاً للمادة ٢٤٤ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى ٤٧٢

٢٩٧ - الانقاذ البحرى والمساعدة البحرية طبقًا لاتفاقية بروكسل فى ٢٣ سبتمبر ١٩١٠ ، والمطبقة فى مصر وفى فرنسا ٤٧٥

المبحث الثانى

الغبن الطارئ بعد ابرام العقد

٢٩٨ - الظروف الطارئة ٤٧٧
٢٩٩ - هل تعتبر نظرية الميسرة تعديلاً ؟ ٤٨٢
٣٠٠ - خاتمة المطلب الأول ٤٨٤

المطلب الثانى

تحليل وآثار الحكم المنشئ

٣٠١ - النقص فى التشريع ٤٨٥
٣٠٢ - الفصل بين السلطات ٤٨٩
٣٠٣ - القضاء مصدر للقانون ٤٩٢
٣٠٤ - رفض فكرة حكومة القضاة وفكرة السلطة البريتورية للقضاة ٤٩٦
٣٠٥ - التفويض الصريح للسلطة التقديرية ٤٩٨
٣٠٦ - تحليل فكرة السلطة التقديرية : فكرة غير قاصرة على القرار الإدارى... ٥٠٠
٣٠٧ - السلطة المنشئة ليست قاصرة على القرار الإدارى ٥٠٣
٣٠٨ - الحكم القضائى لا يتضمن أى عنصر تشريعى أو إدارى : وحدة الحكم ... ٥٠٤
٣٠٩ - مصير نظرية العمل القضائى ٥٠٨
٣١٠ - مصير نظرية الحكم المنشئ ٥١٠
٣١١ - آثار الحكم المنشئ للالتزام ٥١٣
٣١٢ - خلاصة المطلب الثانى ٥١٤
٣١٣ - خاتمة عامة لنظرية الالتزام القضائى ٥١٤

الباب السابع

القرار الإدارى

٣١٤ - القرار الإدارى مصدر للحق ٥١٦
٣١٥ - البحث عن المصدر ٥١٧
٣١٦ - الاحساس القانونى يسبق الرؤية الواضحة ٥٢٣

الفصل الأول

النظرية العامة للقرار الادارى المنشئ

٣١٧ - الاختصاص المقيد والاختصاص التقديرى ٥٢٩
٣١٨ - المقصود بالسلطة التقديرية للإدارة ٥٣١
٣١٩ - السلطة التقديرية والطبيعة المنشئة للقرار الإدارى ٥٣٣
٣٢٠ - السلطة التقديرية فى حدود الشرعية ٥٣٥
٣٢١ - الخضوع لرقابة القضاء لا يؤثر فى طبيعة القرار المنشئة ٥٣٧
٣٢٢ - القرار الادارى مصدر عام للحق له تطبيقات خاصة ٥٣٩

الفصل الثانى

التطبيقات المختلفة للقرار الادارى المنشئ

٣٢٣ - تعدد التطبيقات ٥٤١
٣٢٤ - قرارات الملكية للمنفعة العامة ٥٤٣

٣٢٥ - قرار نزع الملكية هو قرار إدارى ٥٤٤
٣٢٦ - الإدارة تصدر فى نزع الملكية عن سلطة تقديرية ٥٤٧
٣٢٧ - الحقوق الناشئة عن نزع الملكية ٥٤٩
أ- الحقوق الناشئة عن القرار الأول ٥٥٠
ب- الحقوق الناشئة عن القرار الثانى ٥٥١
٣٢٨ - نزع الملكية بطريق الغصب - حيث ينتفى القرار ينتفى الحق ٣٥٣
٣٢٩ - نزع ملكية الأحياء ... ...
٣٣٠ - الاستيلاء المؤقت على العقارات والحقوق الناشئة عنه ٥٥٦
٣٣١ - القرار الإدارى مصدر للحق بالمعنى المقرر فى القانون المدنى ٥٥٨
فهرس ٥٦١

DE L'ÉDITION - NOUVELLES DE L'ÉDI

De l'obligation judiciaire

par SAMIR TANAGHO
Préface de M. Pierre RAYNAUD
Bibliothèque de Droit Privé

Dans un domaine où la jurisprudence de la Cour de cassation et la doctrine ont atteint un haut degré de perfectionnement technique, il est inattendu que l'étude de l'obligation donne naissance à une théorie nouvelle. Cependant M. Samir Tanagho a entrepris, et réussi dans cette difficile voie. Rompu au raisonnement juridique et au raisonnement philosophique, M. Tanagho a choisi un domaine où il lui a paru que sa contribution pouvait être la plus utile aux théoriciens et aux praticiens.

Ecartant tout postulat, sans démonstration préalable, M. Samir Tanagho a fait la preuve la plus incontestable de ses exceptionnelles qualités. A juste titre, sa thèse a été remarquée. C'est aussi faire l'éloge de l'ouvrage que de constater, en toute objectivité qu'il éveille et retient l'attention du lecteur, par la fermeté de la pensée et la vigueur du style. Mais il y a plus : énergie et foi ne lui ont pas manqué, car il lui fallait selon la belle expression de Saint-Exupéry, accrocher sa charrue à une étoile pour tracer le sillon. Aussi, c'est par la conception générale du sujet que l'auteur peut prétendre à une place originale dans la chaîne de littérature juridique où il s'est inséré.

On relèvera d'abord le titre de l'ouvrage : « De l'obligation judiciaire ; étude morale et technique de la révision du contrat par le juge ». Dès lors, la notion d'obligation, objet du contrat, est soumise à une fine analyse serrée, dans laquelle sont confrontées les thèses des juristes et les conceptions des philosophes. M S. T. peut alors constater que le contrat n'est bien « qu'un simple moyen technique au service de la morale et doit y être toujours soumis » (chapitre préliminaire et chapitre I). Cette constatation qui paraît refléter l'évidence, n'est qu'un point de départ d'une étude fortifiée par la pensée philosophique. C'est alors que l'auteur parvient à la notion d'obligation judiciaire qui résulte d'une novation. A la suite d'un conflit entre les parties contractantes, l'obligation contractuelle originaire se trouve substituée par le juge à une obligation judiciaire qui a sa source dans la décision qu'il a rendue (chapitre II). La décision judiciaire est alors considérée comme une source autonome et *sui generis* d'obligation (chapitre III). L'auteur est naturellement conduit à envisager successivement, au point de vue pratique, les applications et les effets de la décision judiciaire, constitutive d'obligation (chapitre IV). Il lui était bien permis de s'arrêter là : *finis coronat opus*. Sa tâche était achevée.

C'est l'intérêt supplémentaire de l'ouvrage que l'auteur n'ait pas limité son effort au développement d'une théorie ; avec le sens du concret, il a examiné ses applications pratiques. Ces qualités réunies rendent l'ouvrage attrayant, utile et actuel. Plus encore, il révèle le vrai talent du philosophe du droit.

Jean GUYENOT.

تـم بحمـد الله

رقم الإيداع : ٨٠٦٧ / ٢٠٠٩

الترقيم الدولى : 977-03-9590-0

مـع تحيـــات

مكتبة الوفاء القانونية

تليفون / ٠١٠٣٧٣٨٨٢٢ - الإسكندرية