موسوعة الفقه والقضاء والتشريع

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة استئناف بني سويف
وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

في

القانون المدني الجديد

المجلد الثاني

مصادر الالتزام

(المواد ٨٩ - ١٧١)

دار محمود
٩ شارع سامي البارودي باب الخلق القاهرة
١٩ شارع بيرم التونسي زينهم السيدة زينب
ت: ٢٣٩٦٠٤٤٣ ٢٣٩٥٣٣٠١- ٠١١١٧٩٩٧٩٩٨
Email- dar.mahmoud @hotmail.com

(القسم الأول)

الالتزامات أو الحقوق الشخصية

الكتاب الأول

الالتزامات بوجه عام

الباب الأول

مصادر الالتزام

الفصل الأول

العقد

الفرع الأول

أركان العقد

١- الرضاء:

مادة (٨٩)

يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

الشرح

دراسة تمهيدية:

٢- مصادر الالتزام:

مصدر الالتزام هو السبب المنشئ له طبقا لقانون السببية. فالشيء لا يوجد بغير سبب، والالتزام لا يوجد بغير مصدر.

ومصادر الالتزام التى ينص عليها القانون المدنى هى :

١- العقد.
٢- الإرادة المنفردة.
٣- العمل غير المشروع.
٤- الإثراء بلا سبب.
٥- القانون.

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

ويرى البعض أنه بجانب هذه المصادر الخمسة للالتزام، يكون حكم القاضى فى بعض الحالات الخاصة مصدرا للالتزام، وهى حالات تعديل العقد(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أوردت المادة ١٤٧/٩٣ من التقنين المدنى المصرى تقسيما لمصادر الالتزام، إذ نصت على أن الالتزامات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون. واختار التقنين المدنى الفرنسى التقسيم التقليدى، الذى اتبعه بوتييه، فنص فى المادة ١٣٧٠ على أن مصادر الالتزام هى العقد وشبه العقد والجنحة وشبه الجنحة والقانون. وقد وجه إلى هذا التقسيم نقد شديد، وانتهى الأمر أخيرا إلى تركه، والواقع أن أحدث التقنينات، ولاسيما ماكان منها جرمانى فىالنزعة، لا يورد فىالنصوص تقسيما للمصادر. بل إن المشروع الفرنسى الإيطالى ذاته، على شدة تأثره بالنزعة اللاتينية، انتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهى ونعى على التقسيم الذى اتبعه التقنين الفرنسى قصوره وفساده ومجافيته للمعقول. وقد برر واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى إعراضهم عن كل تقسيم، وبنبذهم للأحكام الحالية الواردة فى المادة ١٣٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى

---

(١) الدكتور سمير عبد السيد تناغو المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام منشأة المعارف بالإسكندرية ص ٧.

والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدنى الإيطالى، "بأن التقسيم الذى اتبعه هذان النصان أليق بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية". واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلا: "والخلاصة أن الفقه بوسعه أن يجرى على التقسيم التقليدى، أو أن يحل محله تقسيما أكثر اتفاقا مع المعقول. والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عقبة تحول دون حرية اجتهاد الفقه فى الإبداع والتصوير".

وقد رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المشروع الإيطالى الفرنسى وتقنينات حديثة أخرى، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم الحالى الذى اتبعه التقنين الفرنسى العتيق، بل جاوز ذلك إلى العدول عن إقرار أى تقسيم رسمى فى النصوص، وعلى هذا النحو، قنع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة، دون أن يجهد فى ردها إلى أقسام جامعة شاملة فى نص خاص. فعمد، نسجا على منوال أحدث التقنينات، إلى البدء بأحكام العقد والإرادة المنفردة، ثم تناول العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، وانتهى بالالتزامات التى تنشأ مباشرة عن نص القانون"(١).

٣- تعريف العقد:

لم يعرف التقنين القديم العقد. إنما عرفه التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١١٠١ التى تقول إن: "العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل".

كذلك لم يعرف التقنين المدنى الجديد العقد، وهذا مسلك سليم، لأن التعريف مسألة فقهية يجب أن يترك أمرها للاجتهاد.

ويعرف الفقه فى مصر العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه(٢).

وتبين من تعريف العقد أن قوامه أمران:

١- يجب أن يكون هناك توافق إرادتين. فكل طرف فى العقد تنعقد إرادته على أمر معين، لكن لابد من أن تتقابل إرادتا الطرفين، فهذا التقابل هو وحده الذى يكون العقد.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٣ هامش (١) وما بعدها.

(٢) الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص ٥٢ - سمير عبد السيد تناغو ص٧.

٢- يجب أن تتجه إرادتا الطرفين فى توافقهما هذا إلى إحداث أثر قانونى. فاتفاق إرادتين على أمر لا يكفى لقيام العقد مادام أنهما لم تتجها إلى إنشاء رابطة قانونية. وهذه مسألة وقائع يؤخذ منها اتجاه الإرادة إلى الارتباط أو عدم اتجاهها إلى ذلك فى ضوء الظروف والملابسات. فمثلا أعمال المجاملات لا تنشئ عقودا، فلو أن شخصا دعا صديقا إلى وليمة فقبل الصديق الدعوة فلا يقوم بينهما عقد فى هذه الحالة، لأنهما لم يقصدا من هذا الاتفاق إلى إنشاء التزام قانونى.

وسنعرض لذلك تفصيلا فى موضعه.

٤ - العقد والاتفاق:

يذهب بعض الفقهاء إلى التفرقة بين الاتفاق والعقد، فهم يرون أن الاتفاق توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الحق (كالبيع ينشئ حقوقا للبائع والمشترى، وكالإيجار ينشئ حقوقا متبادلة للمؤجر والمستأجر)، أو على نقله (كما فى الحوالة) أو على تعديله (كالاتفاق على تقسيط الدين أو مد أجل الوفاء به) أو على زواله (كالوفاء ينهى حق الدائن). أما العقد فهم يرون فيه توافق الإرادتين الذى يستهدف الأمر الأول وحده، وهو إنشاء الحق دون باقى الأمور، وهى نقل الحق وتعديله وزواله.

وهكذا فالعقد فى نظر هؤلاء الفقهاء أخص وأضيق نطاقا من الاتفاق. فهو بالنسبة إليه بعض من كل أو نوع من جنس.

ولما لم تكن لهذه التفرقة أهمية عملية[١] فقد جرى جمهور الفقهاء على عدم التمييز بين الاتفاق والعقد، واعتبروا العقد والاتفاق مترادفين. وكذلك فعلت التقنينات، فهى تعبر بالواحد أو الآخر[٢].

---

(١) ويرى أنصار هذا الرأى أن التمييز بين العقد والاتفاق له أهمية عملية، تظهر بصفة خاصة من حيث الأهلية، فالأهلية اللازمة للعقد. أى أهلية إنشاء الالتزام، غير الأهلية اللازمة للاتفاق. لكن من السهل الرد على ذلك، فاختلاف الأهلية لا يرجع إلى المقصود من العقد، إنشاء الالتزام أو نقله.. الخ. وإنما المرجع فى ذلك إلى طبيعة التصرف وخطورته (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى الكتاب الأول مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٣٨ هامش (١).

(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ٣٦- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٨ – عبد المنعم الصده ص ٥١.

وقد تضمن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تعريفا للعقد فى المادة ١٢٢ منه التى تقول: "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها". وهذا التعريف لا يفرق بين العقد والاتفاق، وهو تعريف المشروع الفرنسى الإيطالى فى المادة الأولى منه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن إيراد هذا التعريف قصد منه إلى نفى كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئا واحدا ثم حذف هذا التعريف، لا عدولا عن نفى هذه التفرقة، بل تجنبا للتعريفات التى تعتبر مجرد عمل فقهى(١).

٥- مجال العقد:

يراد بتحديد مجال العقد، بيان النطاق الذى يعتبر الاتفاق فيه منشئا لعقد يخضع للقواعد العامة الواردة فى التقنين المدنى فى شأن الالتزامات والعقود. فلا يكفى لقيام عقد بهذا المعنى أن يوجد اتفاق بين الطرفين على إحداث أثر قانونى، بل يجب فوق ذلك أن يتم هذا الاتفاق فى شأن معاملة مالية تدخل فى حوزة القانون الخاص.

فلا تعتبر عقودا بالمعنى المقصود فى هذا المقام الاتفاقات التى تقع فى نطاق القانون العام. فالاتفاق بين دولة ودولة يخضع للقانون الدولى والاتفاقات التى تبرم بين الدولة بوصفها سلطة عامة والأشخاص الخاضعين لهذه السلطة، وهى التى يقال لها العقود الإدارية، كتولى الوظائف العامة والتزام المرافق العامة تحكمها قواعد القانون الإدارى(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩ وما بعدها – ويذهب الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٧ إلى أنه: ".. وكذلك يسير العمل عندنا على إهدار التفرقة بين العقد والاتفاق، باعتبارها قائمة على اختلاف الأثر القانونى المترتب على كل منهما، وإن أخذ يسير على شىء من التفرقة بينهما على أساس آخر، قوامه التمييز بين العقود الأساسية التقليدية الهامة كالبيع والإيجار والوكالة والشركة، حيث جرت عادة الناس على أن يطلقوا عليها اصطلاح "العقد"، وبين العقود الأخرى كعقد إصلاح سيارة أو ترميم منزل وغيرهما من العقود غير المسماة، والتى يغلب أن يطلق عليها الناس اصطلاح "الاتفاق".

بيد أن هذا الاتفاق فى العمل لم يتبلور بعد. وآية ذلك أن كثيرا من الناس، حتى القانونيين منهم، يطلقون على الصنف الثانى من العقود التى بيناها عبارة "عقد اتفاق" وهى عبارة معيبة فى الحقيقة، حيث إنها تجمع بين مترادفين، يغنى أحدهما تماما عن الآخر".

(٢) عبد المنعم الصده ص ٥٤ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٩ وما بعدها.

ويلاحظ بهذه المناسبة فيما يتعلق بالعقود التى تبرمها الإدارة أمران: الأول، أن الوسائل الفنية للقانون الخاص فى مادة الالتزامات كان لها أثرها على مبادئ القانون الإدارى، ولذلك فإن القواعد المدنية الخاصة بالعقد لها مكانها الذى لا ينكر بين القواعد التى يطبقها القضاء الإدارى على العقود الإدارية إنما تفسح هذه القواعد المدنية الطريق عند اللزوم للقواعد التى يقتضيها الصالح العام. من ذلك أنه فيما يتعلق بالتزام المرفق العام يجب أن تراعى القواعد التى تقتضيها طبيعة المرفق وضرورة استمراره وضمان حسن سير العمل فيه. وهذه الاعتبارات نفسها، فضلا عن اعتبارات العدالة، هى التى جعلت القضاء الإدارى فى فرنسا يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة فى هذا الخصوص.

والأمر الثانى أن هناك عقودا تبرمها الإدارة بوصفها شخصا اعتباريا عاديا، شأنها فى ذلك شأن الأفراد، كعقد إيجار يتعلق بمال من أموال الدولة الخاصة، وفى هذه الحالة نكون بصدد عقد مدنى بالمعنى الذى نقصده(١).

ولم يقف الأمر عند قصر نطاق العقد على علاقات القانون الخاص دون القانون العام، بل إن بعض الفقهاء قالوا بالتضييق من هذا النطاق فى مجال القانون الخاص نفسه، فاستبعدوا منه الاتفاقات التى تكون متعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والتبنى فى الشرائع التى تجيزه. بمقولة إن الزواج مثلا وإن كان اتفاقا بين الزوجين فإنه ليس عقدا، لأن القانون – وليست الإرادة – هو الذى يرتب آثاره. وهذا يكفى لإخراج الزواج ونحوه من دائرة العقد(٢).

ويرى غالبية الفقه أن هذا التعليل محل نظر، إذ أن سلطان الإرادة معينة بحدود النظام العام التى يفرضها الشارع بنصوص آمرة، وليس من تدخل الشارع على هذا النحو أن يغير من طبيعة التصرف، ولو صح هذا التعليل لزال وصف العقد عن كثير من العقود المدنية التى يتدخل فيها الشارع اليوم على نطاق واسع كعقد العمل وعقد الإيجار. فالتعليل الصحيح لذلك هو أن هذه الاتفاقات ليس من شأنها أن تنشئ روابط يكون الأداء محل التزام فيها ذا قيمة مالية، والمعلوم أن خاصة الالتزام بالمعنى المقصود فى هذه الدراسة أن يكون الأداء فيه ماليا، ولذلك ينتفى وصف الالتزام عن الواجبات القانونية التى تقوم بين أفراد الأسرة(٣).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٤ وما بعدها.

(٢) محمد حشمت أبو ستيت ص ٣٩ وما بعدها.

(٣) عبد المنعم الصده ص ٥٥.

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

ولكن هذا النظر لم يؤخذ به فى فقه القانون الخاص، لأن فكرة العقد تتسع لكل هذه الصور، ولأن مثل هذه الشروط غير مطلوبة قانونا لقيام العقد(١).

تقسيمات العقود:

٦- أهمية التقسيم:

تقسيم العقود مسألة لها أهميتها، إذ لا يخفى أن العقود بسبب ما للإرادة من سلطان، قد تكاثرت ومازالت تتكاثر بحيث بات من غير الممكن محاولة حصرها. وإذا لم يكن ذلك ممكنا فلا أقل من محاولة تقسيمها إلى طوائف، حتى يسهل تعرف القواعد التى يمكن أن تنطبق على كل طائفة منها.

وتقسيم العقود من عمل الفقيه لا من عمل المشرع، ولذا نجد التقنينات لا تعرض للتقسيم، ولا يكاد يشذ عنها فى هذا إلا القانون الفرنسى الذى أشار إلى تقسيمات أربعة (راجع المواد ١١٠٢-١١٠٧) فى حين أن التقسيمات كثيرة لا تكاد تنفد، وما علينا إلا أن نغير الناحية التى ننظر منها إليها حتى نقع على تقسيم جديد للعقود. فمثلا من حيث تنظيم المشرع لبعض العقود دون البعض الآخر تنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة. ومن حيث التكوين تنقسم إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، ومن حيث الأثر إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، وإلى عقود معاوضة

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٦- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٠.

وعقود تبرع، وتنقسم من حيث إمكان تحديد مدى التزام كل من المتعاقدين وعدمه إلى عقود محددة وعقود احتمالية (أو عقود غرر)، ومن حيث النظر إلى المدة وهل هى عنصر أساسى فى تنفيذ الالتزام أو لا إلى عقود فورية وعقود ممتدة (أو عقود مدة)، ومن حيث موقف الطرفين من بعضهما إلى عقود ممارسة وعقود إذعان، ومن حيث موضوعها إلى عقود مدنية وعقود تجارية، ومن حيث استقلالها وعدمه إلى عقود أصلية وعقود تبعية، ومن حيث اقتصارها على عقد واحد أو أنها مزيج من جملة عقود إلى عقود بسيطة وعقود مختلطة. .. الخ.

وسيقتصر عرضنا هنا على أهم هذه التقسيمات.

٧- أولا : عقود مسماة وعقود غير مسماة:

(أ) العقد المسمى:

العقد المسمى هو العقد الذى نظمه الشارع وخصه باسم معين، وذلك نظرا لشيوعه بين الناس ذلك أن العقود التى يمكن الاتفاق عليها تحت مبدأ سلطان الإرادة لا تقع تحت حصر، والحياة تأتى كل يوم منها بجديد، ولهذا فإن الشارع لا يسعه أن يحيط بالتنظيم الملائم لكل منها، وإنما هو ينظم فحسب أكثر هذه العقود تداولا وشيوعا. وهذه هى العقود المسماة.

والعقود المسماة وفقا للتقسيم الذى أخذ به التقنين المدنى كالآتى:

١- **عقود تقع على الملكية:** وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح، وقد عالجها الشارع فى الباب الأول من الكتاب الخاص بتلك العقود.

٢- **عقود ترد على الانتفاع بالشىء:** وهى الإيجار والعارية، وقد عولجت فى الباب الثانى.

٣- **عقود ترد على العمل:** وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة، وقد عولجت فى الباب الثالث.

٤- **عقود الغرر:** وهى المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين. وقد عولجت فى الباب الرابع.

٥- **الكفالة:** وهى إحدى عقود الضمان، تناولها الشارع فى الباب الخامس.

٦- **عقود الرهن الرسمى والرهن الحيازى:** وقد عولجا فى الكتاب الخاص بالحقوق العينية التبعية[١].

(ب) العقد غير المسمى:

العقد غير المسمى، هو العقد الذى لم ينظمه الشارع وبالتالى لم يطلق عليه تسمية معينة.

وهذه العقود لم ينظمها الشارع إما لأنها لم تكن معروفة وقت صدور التقنين أو لأنها لم تكن شائعة ولم تبلغ فى أهميتها الدرجة التى تستحق معها مثل هذا التنظيم.

ومن أمثلة العقود غير المسماة: عقد النشر الذى يتم بين المؤلف والناشر. وعقد التوريد، وعقد النزول فى فندق واتفاق إدارة مستشفى مع كلية الطب على أن تضع الأولى تحت تصرف الثانية عددا من الأسرة للدراسة الطبية، واتفاق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثا يستحقه، والعقد بين النظارة وإدارة المسرح أو السينما .

ويلاحظ بهذه المناسبة أن القانون الجديد نظم عقودا لم ينظمها القانون القديم، كعقود الغرر وعقد التزام المرافق العامة، كما أنه عالج اقتضاب القانون القديم فى تنظيمه لعقود العمل والمقاولة والحراسة.

(ج) أهمية التقسيم:

تظهر أهمية هذا التقسيم فى تحديد القواعد التى تحكم العقد. فإذا كان القاضى ينظر نزاعا يتعلق بعقد مسمى، وجب عليه أن يتبين الحل أولا فى الأحكام التفصيلية الواردة فى شأن هذا العقد فى الفصل الخاص به، فإذا لم يجد ففى القواعد العامة التى تنطبق على سائر العقود، وهى الواردة فى كتاب الالتزامات. فإذا تعذر عليه أن يستخلص الحل من هذه القواعد لجأ إلى العقود الأخرى فيما لا يتعارض مع ما هو منصوص عليه من أحكام خاصة لهذا العقد. فيأخذ بها بطريق القياس.

أما إذا تعلق النزاع بعقد غير مسمى فعليه أن يستقصى الحل أولا فى القواعد العامة للالتزامات، فإذا تعذر هذا أمكن الالتجاء إلى القواعد الخاصة بأقرب العقود المسماة من طريق القياس.

والفرض فى كل هذا أن ليس هناك اتفاق أو عرف، فإن وجد هذا أو ذاك كان هو واجب الاتباع.

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٨.

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على مادة تتضمن هذا الحل، هى المادة ١٢٣ منه التى تقضى بأن:

"١- تسرى على العقود، المسماة وغير المسماة، القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل.

٢- أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة فى الفصول المعقودة لها وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية".

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى. وليس يقصد به إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة فى تمييز أنواع أو أنماط مختلفة من العقود فحسب، بل أريد به، بوجه خاص، تقرير المبدأ الأساسى الذى يقضى بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام، تسرى على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة. وغنى عن البيان، أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوى على استثناء من القواعد العامة. ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعا، دون تفريق بين العقود المسماة وغير المسماة، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء. وقصد المشروع إغفال تقسيمات العقود التى توجد فى أكثر التقنينات اللاتينية النزعة، لأن العناية بها من شأن الفقه. ولذا رؤى من الأحوط أن تهمل فى النصوص التشريعية "- إلا أنه اقترح فى لجنة المراجعة حذف هذه المادة لعدم الحاجة إليها فوافقت اللجنة على ذلك[١].

٨- ثانيا : عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية :

(أ) العقد الرضائى :

العقد الرضائى، هو العقد الذى تكفى الإرادة لانعقاده، فلا يشترط لانعقاده أى شكل خاص. وهذه هى القاعدة العامة بالنسبة لانعقاد العقد فى القانون المصرى. وينص المشرع على ذلك فى المادة ٨٩ كما رأينا. وهو نص يقرر مبدأ الرضائية ويجعل الخروج على هذا المبدأ استثناء من القاعدة العامة[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١١ الهامش.

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص ١٤- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٩.

(ب) العقد الشكلى:

العقد الشكلى، هو العقد الذى لا يكفى التراضى لانعقاده، بل يجب بالإضافة إلى التراضى إفراغه فى شكل معين يحدده القانون. ومثال ذلك الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة.

والشكل الذى يتطلبه القانون لقيام العقود الشكلية ليس واحدا. فهو يتدرج ما بين الورقة الرسمية والكتابة العرفية ففى بعض العقود، يستلزم القانون الرسمية لانعقادها، كما هى الحال فى الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة. وفى البعض الآخر يكتفى القانون بكتابة محرر ولو كان عرفيا. كما هى الحال فى عقد الشركة المدنية (م٥٠٧ مدنى)، وعقد إنشاء ملكية الأسرة (م٨٥١ مدنى).

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

وإذا تطلب القانون شكلية معينة لانعقاد عقد معلوم، كالهبة أو الرهن الرسمى مثلا. فإن نفس الشكلية تلزم فى عقد التوكيل فى إبرام هذا العقد (المادة ٧٠٠ مدنى). كما أن الشكلية المتطلبة لانعقاد العقد تلزم أيضا لقيام عقد الوعد بإبرامه (م١٠١/٢ مدنى)، وفى إجازته وإقراره وتعديله.

ويجوز للمتعاقدين فى حالة بذاتها، أن يتفقا على أن يكون عقد رضائى بطبيعته كعقد البيع عقدا شكليا، كما إذا اتفقا على أن البيع الذى يرفعان إبرامه لا ينعقد إلا إذا تم فى الشكل الرسمى أو تم فى محرر مكتوب فهنا يعتد بإرادة المتعاقدين، ولا يعتبر للعقد قيام إلا إذا جاء فى الشكل الذى رسمته. وذلك ما لم يتفق العاقدان على عدم الاعتداد بالشكل الذى تطلبته الإرادة. فرضائية العقود حيث يقررها القانون لاتعتبر من النظام العام، ومن تم يسوغ الاتفاق على ما يخالفها[1].

(ج) التمييز بين الشكلية وطريقة الشهر وطريقة الإثبات:

إذا استلزم القانون شكلا معينا فى التصرف فإن هذا التصرف لا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، فيكون الشكل شرط انعقاد للتصرف وكذلك الحال إذا اشترط المتعاقدان فى تصرفهما رغم كونه رضائيا ألا ينعقد إلا باستيفاء شكل معين.

---

(١) الأستاذ حلمى بهجت بدوى أصول الالتزامات – الكتاب الأول فى نظرية العقد ١٣٦٢ هـ – ١٩٤٣م ص ٥٢ وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٩ وما بعدها.

أما إذا تطلب القانون كتابة لإثبات التصرف فإن عدم توفر هذه الكتابة لا أثر له على وجود التصرف قانونا، إذ يمكن إثبات هذا التصرف بالإقرار أو اليمين.

أما إذا تطلب القانون شهر تصرف معين كتسجيل التصرفات التى تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، وبعض الحقوق الشخصية التى ورد النص عليها أو تطلب القيد بالنسبة للتصرفات التى تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية التبعية. فلا شأن لهذين الإجراءين بانعقاد التصرف ففى الحالة الأولى إذا لم يتم الشهر فإن التصرف ينعقد ولكن تتعطل بعض آثاره وهى عدم انتقال الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير.

وفى المثل الثانى ينعقد الرهن وينتج آثاره، فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يسرى فى حق الغير إلا بتمام القيد.

ويلاحظ أن الرسمية لا تغنى عن الشهر، وكذلك العكس، فالرهن الرسمى لا ينعقد إلا بكتابة رسمية، ولابد مع ذلك فضلا عن هذه الكتابة الرسمية، من قيده كى يسرى فى حق الغير. وبيع العقار إذا اتفق على أن يكون بكتابة رسمية فإن شهره لا يغنى عن هذه الكتابة الرسمية، بل لابد من استيفاء الإجراءين[١].

(د) العقد العينى:

العقد العينى هو العقد الذى يلزم لانعقاده بالإضافة إلى تراضى الطرفين، تسليم الشىء الذى يرد عليه.

وقد أخذ التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الفرنسى، زيادة على هبة المنقول، أربعة عقود عينية أخرى، هى القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة.

وكانت هذه العقود الأربعة مأخوذة عن القانون الرومانى حيث لاتنعقد إلا بالتسليم واعتبارها كذلك كان يتسق مع الوضع السائد فى هذا القانون، إذ كانت الشكلية هى القاعدة، ولما تطور الوضع ظهرت هذه العقود العينية.

فكانت كفاية التسليم لانعقادها تخفف من حدة الشكلية السائدة حينئذ، ولم يسلم بالرضائية إلا بالنسبة إلى عدد قليل من العقود كما هو معروف. أما اليوم فالرضائية هى القاعدة، وبذلك لم يعد هناك مبرر للقول بعينية هذه العقود. لاسيما وأن الوعد بأحد هذه العقود، كالرهن الحيازى مثلا، لم يكن مجردا من كل قيمة كما كان الحل فى

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦١ ومابعدها.

القانون الرومانى. إذ كان يعتبر هذا الوعد فى القانون القديم، كما هو فى القانون الفرنسى، عقدا رضائيا ينشئ على عاتق الواعد التزاما بإتمام العقد، ومقتضى هذا وجوب التسليم اختيارا أو جبرا، وبذلك نصل إلى العقد العينى بجميع آثاره.

ولم يأخذ التقنين المدنى الجديد بالعينية فى العقود إلا فى عقد هبة المنقول (م٤٨٨ مدنى) وهى التى يقال لها الهبة اليدوية. فهذه الهبة إذا لم تتم تحت ستار عقد آخر تكون بورقة رسمية، وفى هذه الحالة تكون عقدا شكليا. ويجوز أن تتم بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية، وحينئذ فقط تكون عقدا عينيا(١).

ويستطيع الطرفان أن يتفقا على أن يجعلا من عقد رضائى عقدا عينيا لا يتم إلا بتسليم المحل المعقود عليه أو بتنفيذ شطر من التزام أحد الطرفين. وهذا ما يحصل أحيانا فى عقد التأمين حيث يشترط ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول.

٩- العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

(أ) تعريف:

العقد الملزم للجانبين أو التبادلى هو الذى ينشئ التزامات قبل كل من المتعاقدين. فالتزامات العقد إذن تلزم كلا طرفيها على سبيل التقابل فكل منهما دائن للآخر ومدين له ومثال ذلك عقد البيع حيث ينشئ التزامات على البائع لصالح المشترى (الالتزام بالعمل على نقل الملكية والالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان)، وأخرى على المشترى لصالح البائع (الالتزام بدفع الثمن وبتسلم المبيع)، وعقد الإيجار حيث ينشئ التزامات على المؤجر (الالتزام بتسليم العين المؤجرة والالتزام بصيانتها والالتزام بالضمان) وأخرى على المستأجر (الالتزام بدفع الأجرة والقيام برعاية العين والالتزام برد العين عند انتهاء الإيجار).

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

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣ ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٣ ومابعدها.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩ وما بعدها – الدكتور جلال على العدوى أصول المعاملات ١٩٦٧ ص ٨١.

وعلى النقيض من ذلك نجد أن من العقود ما يمكن أن يكون ملزما لجانب واحد كما يمكن أن يكون ملزما للجانبين، وذلك حسب اتفاق المتعاقدين. مثال ذلك عقد الوديعة الذى يمكن أن يكون ملزما للجانبين وإن كان الأصل أنه ملزم لجانب واحد. فحيث يتفق المتعاقدان على أن الوديعة تكون بأجر يلتزم به المودع فى مقابل التزام المودع لديه بالمحافظة على الشىء المودع لديه، فإن عقد الوديعة يصبح عقدا ملزما للجانبين. أما حيث لا يتفق المتعاقدان على أن الوديعة تكون بأجر، فإن عقد الوديعة يكون عقدا ملزما لجانب واحد. ذلك أنه بينما يقع على المودع لديه التزام بتسلم الشىء والمحافظة عليه ورده بالحالة التى كان عليها للمودع. فإن هذا المودع لا يقع عليه أى التزام فى مقابل تلك الالتزامات التى تقع على المودع لديه. صحيح أنه إذا أنفق المودع لديه على الشىء المودع مصروفات تقتضيها المحافظة عليه كان المودع ملزما بأن يرد إليه هذه المصروفات. وهذا الالتزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته، ففى هذه الأحوال تكون الوديعة عقدا ملزما للجانبين.

(ب) أهمية التفرقة:

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 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 لم 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 طبقا للنظرية التقليدية فى السبب. أما فى العقود الملزمة لجانب واحد فإن سبب الالتزام الذى يقع على أحد الطرفين لا يمكن أن يكون التزام الطرف الآخر لأنه ليست هناك التزامات مقابلة.

٣- فى العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين فإنه ينقضى، وينقضى التزام المتعاقد الآخر، وينفسخ العقد وهذا غير متصور بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد[١].

---

(١) سمير تناغو ص ١٥- جلال العدوى ص ٨٢ وما بعدها.

١٠- رابعا : عقود المعاوضة وعقود التبرع :

(أ) عقد المعاوضة :

عقد المعاوضة هو العقد الذى يأخذ فيه العاقد مقابلا لما يعطى. فالبيع معاوضة بالنسبة للمشترى والبائع، والقرض بفائدة كذلك معاوضة بالنسبة للمقرض (إذ يحصل على الفائدة مقابل إعطاء الشىء لأجل) والمقترض (إذ يأخذ الشىء لأجل فى مقابل الفائدة التى يدفعها).

وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن لأنه يأخذ الكفالة فى مقابل دينه، أما بالنسبة لطرف العقد الآخر، وهو الكفيل، فقد يكون العقد معاوضة إذا أخذ عن كفالته أجرا، وتبرعا إذا لم يأخذ أجرا عنها.

ومما تقدم يتضح أن العقد قد يعتبر معاوضة من ناحية وتبرعا من ناحية أخرى، إذ الكفالة معاوضة بالنسبة للدائن وقد تكون تبرعا إذا لم يأخذ الكفيل عنها أجرا[١].

(ب) عقود التبرع :

عقد التبرع هو العقد الذى لا يأخذ فيه العاقد مقابلا لما يعطى، ومثاله عقد الهبة وعقد العارية، وعقود القرض والوديعة والكفالة والوكالة إذا كانت بغير أجر. ولكن ليس هناك ارتباط بين تقسيم العقد إلى معاوضة وتبرع وتقسيمه إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد. صحيح أن أغلب المعاوضات عقود ملزمة للجانبين وأغلب التبرعات عقود ملزمة لجانب واحد. ولكن ليس هناك تلازم بين التقسيمين، فقد يكون العقد الملزم للجانبين تبرعا، كما فى الهبة بعوض والعارية. وقد يكون العقد الملزم لجانب واحد معاوضة، كما فى الكفالة إذا أخذ الكفيل أجرا من المدين.

(ج) تقسيم فرعى لعقود التبرع :

يجب التمييز فى التبرعات بين الهبات وعقود التفضل. فالتبرع يكون هبة إذا خرج المتبرع عن ملكية مال من أمواله (أو عن أى حق عينى) كما هو الحال فى عقد الهبة. ويكون التبرع عقد تفضل إذا كان ما يقدمه المتبرع للمتبرع له منفعة أو خدمة دون أن يخرج شىء من ماله، كما هو الشأن فى العارية والوديعة والكفالة. وإذا كان كل من العقدين يعتبر تبرعا تسرى عليه أحكام التبرع الموضوعية، إلا أنه لاشك فى

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٢ وما بعدها.

أن الهبة أشد خطرا على المتبرع من عقود التفضل، وهذا ما دعا المشرع إلى أن يحيط الهبة دون عقد التفضل بالشكلية، فيستلزم لانعقادها الرسمية(١).

(د) دقة التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع:

ليس التمييز بين المعاوضة والتبرع سهلا فى جميع الأحوال، وهو بعد مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض على قاضى الموضوع فيها، مادام أنه قد استند فى قضائه إلى دليل ينتجه عقلا. والقاضى فى تقديره إنما يستعين بمعياريين: معيار نفسى ومعيار اقتصادى. فالمعيار النفسى يتلخص فى توافر نية التبرع وعدمه. فلكى يعتبر العقد تبرعا يجب أن يكون قد صدر عن نية تبرع خالصة مجردة عن الغرض الذاتى، وإن وجد مقابل وإلا فالعقد عقد معاوضة ولو اتخذ شكل التبرع أو وصف به. ولذا فلا يعتبر إعطاء الحكومة أراضيها البور هبة بل معاوضة، ذلك لأن الحكومة قصدت من وراء إعطائها إلى إحياء الأرض الموات حتى تفرض عليها الضرائب.

أما المعيار الاقتصادى فيقتضى الموازنة بين ما يقدمه كل من المتعاقدين، فإذا اشترط الواهب عوضا تساوى قيمته الشىء الموهوب أو تكاد، كان العقد عقد معاوضة لا عقد تبرع(٢).

(هـ) أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع:

للتمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع بقسميه (هبة أو تفضل) نتائج هامة نذكر منها:

١- تختلف الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات، باختلاف ما إذا كانت تبرعا أو معاوضة.

فالصبى المميز كامل الأهلية بالنسبة لعقود التبرع إذا كان هو المتبرع له وعديم الأهلية إذا كان هو المتبرع، بينما يعد بالنسبة لعقود المعاوضة ناقص الأهلية.

ومن حيث الولاية لا يكون للولى أو الوصى أو القيم ولاية التبرع بمال من تثبت لهم الولاية على ماله، بينما يكون لهم، على اختلاف بينهم، وفى حدود معينة ولاية المعاوضة على ذلك المال.

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٤ وما بعدها.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٤.

٢- فى عقود الهبة وهى أحد نوعى التبرع لا ينعقد العقد إلا إذا أفرغ فى الشكل الرسمى، بينما القاعدة فى عقود المعاوضة أنها تنعقد بمجرد التراضى دون حاجة إلى توافر شكل معين.

٣- فى عقود التبرع يعد الغلط فى شخص المتبرع له غلطا جوهريا يعيب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال أما فى عقود المعاوضة فالأصل أن الغلط فى الشخص لا يعد غلطا جوهريا إلا فى عقود المشاركة والعقود الواردة على العمل دون سواها من العقود التى لا يعد فيها الغلط فى الشخص غلطا جوهريا إلا إذ أثبت أن شخصيته كانت محل اعتبار فى التعاقد.

٤- فى عقود الهبة وهى أحد نوعى التبرع لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، بينما القاعدة العامة أن محل الالتزام يجوز أن يكون شيئا مستقبلا.

٥- فى عقود التبرع تكون مسئولية الدائن أخف من مسئوليته فى عقود المعاوضة. فمن يتصرف على سبيل التبرع لا يسأل إلا عن فعله العمد وخطئه الجسيم.

٦- فى عقود الهبة وهى أحد نوعى التبرع يكون نطاق ضمان الواهب لاستحقاق المال الموهوب وما قد يوجد فيه من عيوب أضيق من نطاق هذا الضمان فى عقود المعاوضة. فالواهب لا يضمن الاستحقاق إلا إذا كان قد تعمد إخفاء سببه أو كانت الهبة بعوض، كما أنه لا يضمن العيوب الخفية إلا إذا كان تعمد إخفاءها أو أكد انتفاءها أو كانت الهبة بعوض.

٧- مسئولية المتبرع، وهو متفضل، أخف من مسئولية المعاوض، أى من المسئولية المعتادة. بينما مسئولية المتبرع له أشد من مسئولية المعاوض. وعلى ذلك تكون مسئولية المودع لديه بغير أجر أخف من مسئولية المستأجر، ومسئولية هذا أخف من مسئولية المستعير (متبرع له). فالمسئولية تتدرج من الضعف إلى الشدة تبعا لما إذا كان المتعاقد يتبرع (مودع لديه) أو يعاوض (مستأجر) أو يتلقى تبرعا (مستعير).

٨- تختلف شروط الطعن بالدعوى البولصية، وهى دعوى عدم نفاذ التصرف، فى المعاوضات عنها فى التبرعات. فإذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. أما إذا كان التصرف تبرعا فلا يشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يثبت شيء من ذلك (م٢٣٨ مدنى)[١].

---

(١) راجع جلال العدوى ص ٨٦ وما بعدها- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٤ وما بعدها.

١١- خامسا : العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية :

(أ) العقد المحدد القيمة :

العقد المحدد القيمة هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى، حتى لو كان القدران غير متعادلين. فبيع شىء معين بثمن معين عقد محدد، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع(١).

(ب) العقد الاحتمالى :

العقد الاحتمالى هو العقد الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ أو القدر الذى أعطى، ولا يتحدد ذلك إلا فىالمستقبل تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله. ومثال العقود الاحتمالية عقد التأمين وعقد البيع الذى يكون الثمن فيه إيرادا مرتبا لمدى حياة المشترى، فلا نستطيع مثلا عند إبرام عقد التأمين على الحياة أن نعرف قيمة المبالغ التى يدفعها المؤمن له لشركة التأمين، فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له أو قصرها. فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد، وقد تمتد به الحياة إلى أن يدفع الكثير منها(٢).

وتقسيم العقد إلى محدد واحتمالى يكون فى عقود المعاوضة، كما أن عقود التبرع قد تكون احتمالية إذا كان الموهوب له لايستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى يأخذ، كما إذا وهب شخص لآخر إيرادا مرتبا طول حياته.

(ج) أهمية التفرقة :

تظهر أهمية التفرقة بين العقود المحددة القيمة والعقود الاحتمالية من ناحيتين:

الناحية الأولى :

أن العقود المحددة القيمة يمكن الطعن فيها بالاستغلال لأن طبيعتها المحددة تسمح بالتحقق من توافر العنصر المادى للاستغلال الذى يتمثل فى أن تكون التزامات أحد الطرفين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات

---

(١) السنهورى ص ١٣٦ – سمير تناغو ص ١٨.

(٢) السنهورى ص ١٣٧ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٥.

المتعاقد الآخر. أما العقود الاحتمالية فالأصل أن طبيعتها تحول دون التحقق من ذلك العنصر المادى من عناصر الاستغلال، وبالتالى تحول دون الطعن فيها بهذا العيب من عيوب الرضا، ما لم يتبين من ظروف التعاقد الخاصة أن ما يحتمل أن يلحق أحد المتعاقدين من خسارة لا يتعادل البتة مع ما يحتمل أن يحصل عليه المتعاقد الآخر من كسب. فحيث يكون الثمن مثلا مرتبا لمدى الحياة لا يمكن أن نحدد ما إذا كانت قيمة المبيع لا تتعادل البتة مع ذلك الثمن نظرا لتوقف ذلك على مدى ما قد تطول إليه حياة البائع.

إلا أن هناك اتجاها إلى إمكان تحديد ذلك فى بعض الحالات عن طريق جداول الوفيات التى تعدها شركات التأمين وخاصة إذا كانت غلة المبيع تزيد أو تعادل المرتب المتفق عليه[١].

الناحية الثانية:

أن العقود المحددة القيمة هى أيضا وحدها التى يمكن أن نطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، التى تقضى برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصالح الطرفين، وذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة. فمن الجلى أن هذه النظرية لا يمكن تطبيقها على العقود الاحتمالية، لأن هذه العقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة[٢].

١٢- سادسا: العقود الفورية والعقود المستمرة (عقود المدة):

(أ) العقود الفورية:

العقود الفورية ويقال لها أيضا العقود ذات التنفيذ الفورى، هى العقود التى لا يتدخل الزمن فى تحديد مقدار ما يؤدى من الالتزامات المتولدة عنها. وسيان بعد هذا أن يتدخل فى تحديد وقت نفاذها أو لا يتدخل. فهذه العقود ترمى إلى إشباع حاجة تتطلب الإشباع دفعة واحدة فلا يكون الزمن عنصرا جوهريا فى تنفيذها، سواء تم هذا

---

(١) جلال العدوى ص ٨٩.

(٢) جلال العدوى ٨٩ – أنظر فى التفصيل شرح المادة (١٤٧).

التنفيذ فورا أو تراخى إلى أجل أو آجال متتابعة. مثال ذلك عقد البيع فهو عقد فورى لأن التزامات البائع والمشترى تؤدى دون أن يتدخل الزمن فى تحديد مقدارها ومداها. وإن كان يمكن أن يتدخل بصفة عرضية لإرجاء تنفيذه. كما إذا اتفق على تأجيل نقل الملكية أو تقسيط الثمن على أقساط متتابعة.

(ب) العقود المستمرة (عقود المدة) :

العقود المستمرة أو عقود المدة هى تلك التى يتوقف مقدار ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها على الزمن، إذ أن هذه الالتزامات تضيق فى مداها أو تتسع بحسب قصر أو طول المدة التى ينفذ العقد خلالها. ومثال العقود المستمرة عقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد.

ويرد عقد المدة إما على أداءات مستمرة، أو أداءات دورية :

١- فالأداءات المستمرة لا يمكن تصورها إلا مقترنة بمدة، إذ لا يمكن أن تقاس إلا بالزمن. كما فى حالة التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع مدة معينة، والتزام العامل بالعمل مدة معينة.

فالمدة هنا عنصر جوهرى وأصيل، إذ هى مقصودة لذاتها وبذاتها، وليست مجرد عنصر عرضى. وهذه الأداءات لا تكون إلا مستمرة، لأنها يجب أن تؤدى بدون انقطاع طول المدة المتفق عليها. ولهذا كانت العقود المنشئة لها عقودا ذات تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة وعقد التأمين.

٢- والأداءات الدورية تتناول أشياء تقاس بحيز مكانى، بحيث يمكن تنفيذها دفعة واحدة، ولكن يتفق المتعاقدان على تكرارها مدة من الزمان لإشباع حاجة تتكرر. فهى ذاتها تقاس بالمكان، ولكن يتفق المتعاقدان أن تقاس بالزمان. كما فى عقد التوريد حين يلتزم مثلا خباز بأن يورد كيلو من الخبز كل يوم، أو يلتزم بائع لبن بأن يورد كيلو من اللبن كل يوم.

فالمعقود عليه فى عقد الإيجار وعقد التوريد هو شىء يقاس بالزمن، ولكنه يقاس فى عقد الإيجار بالزمن طبيعة، ويقاس فى عقد التوريد بالزمن اتفاقا.

وعليه ينقسم عقد المدة إلى عقد ذى تنفيذ مستمر كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة، وعقد ذى تنفيذ دورى كعقد التوريد وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة[١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص٧٣ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٧.

(ج) أهمية التقسيم:

لتقسيم العقود إلى فورية ومستمرة أهمية كبرى. وترجع تلك الأهمية إلى أن الزمن إذا فات لا يعود. ففوات الزمن يؤثر بالضرورة فى العقود المستمرة. ولكنه لا يؤثر فى العقود الفورية.

ومن أهم مظاهر هذا التأثير ما يلى:

١- إذا أوقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة، سواء حصل ذلك برضاء عاقديه أم بسبب أجنبى لا يد لأيهما فيه، أنقص ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنه، فى حدود ما يقابل مدة الوقف. فإذا أغرقت السيول مثلا العين المؤجرة وحالت بذلك دون انتفاع المستأجر بها مدة من الزمن زال أيضا التزام المستأجر بدفع الأجرة فيما يقابلها. أما العقود الفورية فوقف تنفيذها لا يؤثر فى مقدار ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها، فهو لا يعدو وأن يكون إرجاء لأداء تلك الالتزامات، التى تظل محتفظة بمقدارها كاملة.

٢- فسخ العقود الفورية أو انفساخها يؤدى إلى زوالها بأثر رجعى. أما العقود المستمرة فلا يكون لفسخها أو انفساخها أثر رجعى، بل يقتصر أثره على إنهائها بالنسبة للمستقبل فقط. لأن ما فقد من الالتزامات المترتبة على هذه العقود لا يمكن إعادته لارتباطه بالزمن الذى لا يمكن إرجاعه.

٣- فى العقود الفورية يلزم لاستحقاق التعويض عن تأخير المدين فى تنفيذ التزامه أن يكون الدائن قد أعذره ليثبت عليه تأخيره فى التنفيذ. أما فى العقود الزمنية فالإعذار ليس لازما إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات المدة، فلا جدوى من الإعذار.

٤- لا تكون العقود الفورية محلا لانطباق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان العقد مؤجلا حتى يمكن أن تطرأ مثل هذه الظروف. أما فى العقود الزمنية فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون ممكنا دائما لأن تنفيذ هذه العقود لابد وأن يمتد فى الزمن مما يمكن معه أن تطرأ ظروف لم تكن متوقعة(١).

---

(١) جلال العدوى ص ٩٠ وما بعدها- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٤ وما بعدها.

شرح أحكام المادة:

١٣- التراضى فى العقد:

ينعقد العقد بالتراضى، والتراضى هو توافق إرادتى المتعاقدين على إحداث الأثر المقصود. ويتحقق ذلك بالإيجاب الذى يصدر من أحدهما والقبول الذى يصدر من الآخر.

ولذلك نصت المادة ٨٩ على أن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين... الخ".

١٤- تعريف الإيجاب:

عرفت محكمة النقض الإيجاب بقولها: "الإيجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد".

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

١٥- تعريف القبول:

القبول، هو تعبير من وجه إليه الإيجاب على قبول الإيجاب ممن وجهه إليه، بشرط ألا يتضمن ما يزيد أو يعدل أو يقيد فى الإيجاب.

١٦- يجب اتجاه الإرادة فى الإيجاب والقبول إلى ترتيب أثر قانونى:

حتى يوجد إيجاب بالتعاقد أو قبول للتعاقد يجب أن تتجه الإرادة إلى ترتيب أثر قانونى، لأن العقد اتجاه إرادى مشترك نحو ترتيب أثر قانونى معين. ولهذا إذا انتفت نية ترتيب أثر قانونى، لم نكن بصدد إيجاب بالتعاقد أو قبول للتعاقد. وانتفاء هذه النية يعرض فى حالات متعددة.

١- فقد تصدر الإرادة بقصد المجاملة، كما هو الشأن فيما يصدر عن الإرادة من دعوات أو وعود فى نطاق المجاملات الاجتماعية. فمجرد قبول دعوة إلى وليمة أو احتفال، ومجرد إعطاء وعد بالسعى لإلحاق شخص بعمل، لا يعد إيجابا للتعاقد أو قبولا للتعاقد لانتفاء نية ترتيب أثر قانونى.

٢- قد تصدر الإرادة على سبيل الهزل، كما هو الشأن فيما يصدر عن الإرادة من عبارات المزاح. فمثل هذه العبارات، التى تصدر عن إرادة غير جادة لا تتوافر

فيها نية ترتيب أثر قانونى، لا تعد إيجابا للتعاقد أو قبولا للتعاقد، ولا ينشأ عنها أى عقد، صحيح أن الهازل قد يلزم بتعويض ما ينشأ من ضرر عن هزله، ولكن الواقع أن التزامه هذا لا يكون مصدره العقد وإنما الخطأ أو العمل غير المشروع(١).

ومثل ذلك الإرادة الصادرة من شخص فى حالة سكر بين إلا أنه لا يكفى لوجود إيجاب بالتعاقد أو قبول للتعاقد أن تتوافر نية ترتيب أثر قانونى. فلكل من إيجاب التعاقد وقبول التعاقد مقوماته التى يتوقف عليها وجوده.

١٧- كيفية صدور الإيجاب:

هناك عقود تظهر الإرادة فيها من أول الأمر بطريقة قاطعة، فيكون الإيجاب حينئذ باتا، فإذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد. ويتحقق ذلك بالنسبة إلى العقود التى تقع عادة فى الحياة اليومية والتى يعرض فيها الموجب شروطا لا يقبل مناقشة فيها. كما فى شراء بضاعة عليها ثمنها، وتناول الطعام فى مطعم، أو النزول فى فندق. وكما هى الحال أيضا فى عقود الإذعان، كركوب سيارة عامة أو قطار والاشتراك فى المياه أو النور.

ولكن الإيجاب لا يصدر دائما فى هذه الصورة البسيطة. ففى كثير من العقود، ولاسيما العقود الهامة، تسبق الإيجاب مراحل تتفاوت درجاتها ولاتصل جميعها إلى مستوى الإيجاب، وذلك على النحو الآتى:

١- فقد تبدأ المسألة بمجرد اقتراح يصدر من أحد الطرفين يريد به أن يستطلع رأى الطرف الآخر ويقف على مدى استعداده، فإذا تبين أن لديه رغبة فى التعاقد دخل معه فى مفاوضات قد تطول أو تقصر. وكل ما يدخل فى نطاق المفاوضات يكون دعوة إلى التفاوض أو التعاقد، ولا يعتبر إيجابا صالحا لأن يقترن به قبول يؤدى إلى قيام العقد.

ويعتبر من قبيل الدعوة إلى التفاوض أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه، كأن يعرض شخص منزلا للبيع دون أن يحدد الثمن، أو يعرض منزلا للإيجار دون أن يحدد الأجرة.

٢- وقد يخرج الطرفان من هذه المفاوضات إلى إيجاب مصحوب بتحفظات صريحة أو ضمنية. كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع احتفاظه بحقه فى تعديل

---

(١) جلال العدوى ص ٩٥ وما بعدها- حلمى بهجت بدوى ص ٧٣.

هذا الثمن تبعا لتغير الأسعار، إذ يكون إيجابه بالثمن الذى عينه ملحوظا فيه أنه يتغير بتغير الأسعار. وكأن يعرض شخص التعاقد على الجمهور بشأن سلعة يحدد ثمنها وتكون كميتها محددة، أو بشأن أماكن فى مسرح أو سينما، إذ يكون إيجابه ملحوظا فيه ضمنا أن الكمية أو الأماكن قد تنفد. ففى مثل هذه الحالات يتقيد الموجب بإيجابه مع مراعاة هذه التحفظات.

٣- فإذا خرج الطرفان من دور المفاوضة ولم يكن هناك تحفظ، أصبحنا بصدد إيجاب بات. فإذا صادف هذا قبول مطابق تم العقد(١).

١٨- تطابق الإيجاب والقبول:

يبدأ التعاقد بأن يعرض أحد الطرفين على الطرف الآخر الارتباط بأمر معين بشروط معينة، وهذا هو الإيجاب. فإذا رفض الطرف الآخر هذا الإيجاب لم ينعقد بينهما عقد. وإن رد عليه بأنه اقترح تعديلا فيه، فلا يعتبر رده قبولا بل يعتبر إيجابا جديدا منه للطرف الآخر، فلا ينعقد بذلك أيضا عقد. وإن قبل ما عرض عليه أولاً أو قبل الطرف الآخر التعديل المقترح، كان ذلك قبولا ينعقد به العقد. فلا بد فى توافق الإرادتين من مطابقة القبول للإيجاب كل المطابقة(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقا للإيجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا. فإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فيما قررته من انتفاء حصول الاتفاق على الفسخ لعدم مطابقة الإيجاب بالفسخ للقبول إلى ما استخلصته استخلاصا سائغا من العبارات المتبادلة بين طرفى الخصومة فى مجلس القضاء وكان لا رقابة فى ذلك لمحكمة النقض إذ أن استخلاص حصول الاتفاق على الفسخ من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ تطبيقه".

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٩)

٢- "البيع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يعتد إلا بتلاقى الإيجاب والقبول على حصوله، ولما كانت الشركة المطعون ضدها الأولى وجهت فى

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٩٩ وما بعدها.

(٢) سليمان مرقس ص ٤٦٧.

١٩٧٦/٧/١٥ إعلانا إلى مستأجرى عقاراتها ضمنته إبداء رغبتها فى بيع العقارات لهم وفقا للشروط المبينة بهذا الإعلان، وعلى فرض أن تلك الدعوة توفرت لها كل المقومات التى يتطلبها القانون للإيجاب الملزم، فإنه يتعين أن يكون المتعاقد الآخر – المشترى مستأجرا للعقار المبيع، إذ أصبحت شخصيته مقصودة ومحل اعتبار فى التعاقد، ومن ثم فلا يعول على القبول الصادر من غير مستأجر ولا ينعقد به البيع، كما لا يجوز إلزام الشركة بإجرائه إن هى رفضته ... الخ".

(طعن رقم ١٠٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٩)

١٩- وجوب صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب:

يجب لتوافر قبول التعاقد أن يكون القبول صادرا ممن وجه إليه الموجب إيجابه بالتعاقد. فإذا كان الإيجاب موجها إلى الجمهور أمكن أن يصدر التعبير عن القبول من أى شخص. أما إذا كان الإيجاب قد وجه إلى فرد معين، فإن التعبير عن القبول يجب أن يصدر من هذا الفرد دون سواه. ذلك أنه حيث يوجب الموجب على نفسه التعاقد إذا قبله الشخص الذى وجه إليه إيجابه، فإن هذا الإيجاب يكون معلقا على صدور التعبير عن القبول من هذا الشخص، بحيث إذا ما عبر شخص آخر عن اتجاه إرادته إلى التعاقد مع الموجب بالشروط التى ضمنها تعبيره عن إيجابه، لم يكن من الممكن القول بأن إرادته تتجه إلى ما اتجهت إليه إرادة الموجب الذى لم تتجه إرادته إلا إلى التعاقد مع من وجه إليه إيجابه.

وإذا كان الإيجاب موجها إلى عدة أفراد معا، كمن يوجه إلى باقى شركائه فى مال شائع إيجابا بعقد شركة بينهم يساهم كل منهم بربع رأس مالها مثلا فوجه بعضهم قبولا للتعاقد دون الآخرين، فإذا كانت عبارات الموجب لا تتضمن ما ينفى أن إرادة الموجب قد اتجهت إلى تعليق إيجابه على قبول جميع من وجه لهم، فإن تعبير بعضهم على اتجاه إرادته إلى التعاقد بالشروط التى حددها الموجب لا يعد تعبيرا عن القبول يتحقق به التراضى، لأن الموجب لم يوجب على نفسه التعاقد إلا مع كافة من وجه إليهم إيجابه. أما إذا تضمن التعبير عن مثل ذلك الإيجاب ما ينفى إرادة الموجب إلى تعليقه على قبول كافة من وجه لهم إيجابه، فإن تعبير بعضهم عن اتجاه إرادته إلى التعاقد بالشروط الذى تضمنها ذلك الإيجاب يعد تعبيرا عن القبول بحيث ينعقد العقد بين من صدر عنهم هذا التعبير والموجب بالرغم من عدم قبول باقى من وجه إليهم الإيجاب[١].

---

(١) جلال العدوى ص ١٠٠ وما بعدها.

٢٠- العرض الموجه للجمهور:

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم (١٣٣) يجرى على أن:
"١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا.

٢- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجابا، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض".

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا نهائيا، وهذا هو حكم الفرض الأول من الفرضين اللذين يتناولهما النص. على أنه يجدر الإلفات إلى أن ذاتية البضائع لا ينبغى أن تعلق عليها أهمية خاصة، فللتاجر أن يسلم المشترى بدلا من السلعة المعروضة سلعة أخرى تماثلها تمام المماثلة.

أما فيما يتعلق بالفرض الثانى، فإذا لم يكن ثمة ما يفيد توجيه إيجاب بات جاز اعتبار السعر مجرد دعوة إلى التفاوض. بيد أن هذه الدعوة ترتب آثارا قانونية: فهناك أمر استتبع قيام حالة من شأنها أن تستحث الناس على أن تتقدم بالإيجاب، فإذا رفض صاحب الدعوة أن يتعاقد، ولم يكن لهذا الرفض سبب مشروع جاز أن يعتبر الرفض تعسفيا يستوجب التعويض. وقد تناول المشروع هذا الحكم فى نص لاحق".

وعند نظر المادة فى لجنة المراجعة اقترح حذفها "لعدم الحاجة إليها إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه". فوافقت اللجنة على ذلك(١).

وبالترتيب على ذلك فإن حذف هذا النص لا يمنع من تطبيق الحكم الوارد به. ومن ثم فإن النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد لا يعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد. ومثل ذلك الإعلانات عن السلع أو الخدمات التى تنشر فى الصحف وغيرها من سبل الإعلام مرئية كانت أم صوتية. وكذلك إرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجارى التعامل بها، كل ذلك لا يعدو فى الأصل أن يكون مجرد سبيل للدعاية

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤١ الهامش.

والإعلان لحث الناس على التعامل. فهو إذن دعوة إلى التعاقد أو التفاوض، وليس إيجابا به. وذلك بالضرورة ما لم يظهر العكس من ظروف الحال(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "طرح مناقصة توريد أشياء على أساس الشروط الواردة فى قائمة الاشتراطات لا يعتبر إيجابا فى صحيح القانون إنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد، أما الإيجاب فهو ما يصدر ممن تقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه، ويتم القبول بالموافقة على العطاء متى صدرت هذه الموافقة ممن يملكها ".

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/٧)

٢- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات لا تعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجابا فالتقدم فى مناقصة بعطاء بالشروط المبينة فيه يعتبر إيجابا ويتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة هذا الإيجاب ".

(طعن رقم ٤٧٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢)

٢١- الدعوة إلى التعاقد إذا كانت شخصية المتعاقد معه محل اعتبار:

يعد من قبيل العرض الذى لا يعتبر إيجابا، وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد حتى لو بين صاحب العرض أركان التعاقد أن تكون شخصية المتعاقد معه محل اعتبار حيث يكون لصاحب العرض أن يميز من يريده. ومثال ذلك أن يعلن شخص فى الصحف عن حاجته إلى سكرتير خاص.

فمثل هذا الإعلان، لا ينطوى على إيجاب بإبرام عقد العمل، بل على مجرد دعوة إلى التعاقد حتى لو تضمن الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها. كما إذا ذكر فى الإعلان المؤهلات المطلوبة فى السكرتير والأجر والمدة المعروضين، والسبب فى عدم اعتبار العرض هنا إيجابا هو أن صاحب الإعلان لا يقصد بالضرورة أن يتعاقد مع كل من يتقدم إليه، هو بالإعلان الذى أجراه يدعو الناس إلى التقدم إليه، ليتميز من بينهم من يشاء(٢).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٢٤.

(٢) عبد المنعم الصده ص ٩٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٢٤ وما بعدها.

مادة (٩٠)

١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

الشرح

٢٢- التعبير عن الإرادة:

اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى هو فى ذاته مسألة نفسية لا يعنى بها القانون إلا إذا أعلن عنها، وذلك بالتعبير عن هذه الإرادة. فالتعبير هو مظهر الإرادة الخارجى المحسوس فالتعبير عن الإرادة إذن هو الإعلان عن إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانونى، سواء كان إعلانا عن إيجاب أو قبول أو إرادة منفردة أو غير ذلك.

وقد ذكرت الفقرة الأولى من المادة أربعة طرق يمكن التعبير بها عن اتجاه الإرادة هى:

١- اللفظ.

٢- الكتابة.

٣- الإشارة المتداولة عرفا.

٤- اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود.

ويصح التعبير عن الإرادة بأحد هذه الطرق، ما لم يستلزم القانون فى حالات محددة أن يكون التعبير بوسيلة معينة غالبا تكون هى الكتابة.

ونعرض لهذه الطرق فيما يأتى:

١- التعبير باللفظ:

المقصود بالتعبير باللفظ، التلفظ بأى ألفاظ يدل معناها لغة أو عرفا أو بحسب ظروف التعاقد على اتجاه الإرادة، إلى إيجاب أو قبول فى التعاقد سواء كان من تلفظ بهذه الألفاظ هو الموجب أو القابل نفسه أو مجرد رسول عنه[١].

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٧٥ – جلال العدوى ص ١٠٤.

٢- التعبير بالكتابة:

يصح أن يكون التعبير عن الإرادة بالكتابة. سواء أكانت مخطوطة أم مطبوعة أو مكتوبة على الآلة الكاتبة، وسواء أجاءت فى سند أو رسالة أو إعلان، وسواء أكان العقد عرفيا أم رسميا. موقعا عليها أو غير موقع عليها.

٣- التعبير بالإشارة المتداولة عرفا:

يصح أن يكون التعبير بالإشارة المتداولة عرفا، وهى إشارة تعارف الناس على معنى خاص لها، كهز الرأس عموديا دلالة على القبول، أو هزها أفقيا أو هز الكتفين دلالة على الرفض ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل التعبير عن الإرادة بالإشارة من غير الأخرس، مادامت متداولة عرفا تداولا لا يثير شكا فى حقيقة مدلولها، وبطبيعة الحال فإن تعبير الأخرس بالإشارة المتعارف عليها هو تعبير صريح من جانبه.

ويسوغ أن يتم التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى، ولو لم يصحبها كلام، كما إذا أعطى شخص جنبها لبائع الصحف فناوله الصحيفة. وهذا هو المعروف فى الفقه الإسلامى تحت اسم "تعاقد المعاطاة ".

٤- التعبير باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود:

يتم التعبير فى النهاية باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود. كما إذا عرض تاجر على الجمهور بضاعته معلقا عليها الثمن، وكما إذا وقفت سيارة الأجرة فى انتظار من يريدها، وكما إذا وضع شخص آلة معينة تؤدى للجمهور تلقائيا خدمات خاصة نظير ثمن محدد، كالآلات التى تقدم فى بعض البلاد المشروبات الباردة أو الساخنة والموازين الميكانيكية.

٢٣- التعبير الصريح والتعبير الضمنى:

ليس هناك مظهر خاص يتحتم أن يتخذه التعبير عن الإرادة، إذ القاعدة فى التعبير أنه لا يخضع لشكل ما. وهذا هو مقتضى مبدأ الرضائية. فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالوسيلة التى تحلو له، ولا يهم بعد ذلك نوع الوسيلة مادامت أنها تعبر عن الإرادة.

ومن هنا يكون التعبير عن الإرادة صريحا، كما يكون ضمنيا، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٠ مدنى).

والتعبير الصريح هو الذى يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة، أى بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس.

فقد يكون هذا التعبير باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود، على النحو الذى ذكرناه سلفا.

أما التعبير الضمنى، فهو الذى ينبئ عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، أى بوسيلة لا تتفق والمألوف بين الناس فى الكشف عن هذه الإرادة، ولكن يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير فى ضوء ظروف الحال.

مثل ذلك أن يبيع شخص شيئا عرض عليه لكى يشتريه، إذ أن هذا التصرف يدل على قبوله الشراء. وبقاء المستأجر بعد انتهاء الإيجار منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه (م٥٩٩ مدنى) إذ ينطوى هذا على إيجاب ضمنى من المستأجر بتجديد الإيجار وقبول ضمنى من المؤجر. وقيام الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة، إذ يعتبر التنفيذ حينئذ قبولا ضمنيا.

وليس هناك فارق بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى من حيث القيمة. غير أن القانون قد يتطلب أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغا فى شكل خاص، مثل التصرفات الشكلية كالهبة. وقد يكتفى القانون بأقل من ذلك فيوجب أن تصدر من الشخص إرادة صريحة، وذلك فى الحالات التى تنطوى على بعض الخطورة. مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٩٨ مدنى من أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا، أو إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته. وما نصت عليه المادة ٤٧٥ مدنى من أنه إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئا مما اشتملت عليه وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد. وقد يقتصر القانون على ما دون ذلك فيقف عند حد التشدد فى استخلاص التعبير الضمنى، مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٥٤ مدنى من أن التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف. فهذه درجات ينتقل القانون فيها من الشكلية إلى ما دونها بقليل أو كثير بحسب درجة خطورة التصرف، وهى جميعها تعتبر استثناء يرد على الأصل الذى يبيح التعبير عن الإرادة بأية طريقة. وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ التعبير عن

الإرادة شكلا خاصا، وفى هذه الحالة يجب أن يكون التعبير فى الشكل المتفق عليه كما ذكرنا سلفا.

وإذا تطلب القانون كتابة للإثبات فإن هذه الكتابة لا تعتبر مظهرا مطلوبا للتعبير عن الإرادة، وإنما هى طريق للإثبات. إلا أنها مع ذلك تعتبر من الناحية العملية قيدا على حرية المتعاقدين فى اختيار طريقة التعبير عن الإرادة(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ (التى أصبحت برقم ٩٠) فقد أخذت عن المادة ١٠٧٩ من التقنين البرازيلى. وهى تتناول مسألة التفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى عن الإرادة. وهذه التفرقة ليست بمجرده من الأهمية العملية، فقد يستلزم القانون أحيانا، وقد يشترط المتعاقدون أنفسهم فى بعض الفروض، وجوب التعبير الصريح عن الإرادة لإبراز أهمية التصرف القانونى الذى يراد عقده. وبين مختلف المعايير التى تداولها الفقه فى هذا الصدد، يوجد معياران، هما أكثر هذه المعايير ذيوعا: أولهما: يحتكم إلى فكرة المألوف وغير المألوف فى أسلوب التعبير أو فى طريقته. ويرى أصحاب هذا المعيار أن التعبير يكون صريحا، إذا كان أسلوب الإفصاح عن الإرادة من الأساليب المألوفة، ويكون على النقيض من ذلك ضمنيا، إذا لم يكن أسلوب الإفصاح، من بين الأساليب التى ألف استعمالها فى هذا الشأن، بحيث لايتاح استخلاص دلالة التعبير فى الصورة الأخيرة إلا من طريق الاستنتاج. أما المعيار الثانى فيرى أصحابه أن التعبير يكون صريحا أو ضمنيا تبعا لما إذا كان مباشرا أو غير مباشر. ويراعى أن الفارق العملى بين هذين المعيارين ضئيل، إن لم يكن معدوما. فالأسلوب المألوف فى التعبير عن الإرادة هو فى الوقت ذاته الأسلوب المباشر فى حين أن الأسلوب غير المباشر ليس، فى الغالب، بالأسلوب المألوف. ومهما يكن من شىء، فقد آثر المشروع ألا يفصل فى المسألة بنص تشريعى، تاركا أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء. ومع ذلك، فمن المحقق أن اتخاذ موقف معين، أو التزام سلوك بالذات، للإفصاح عن الإرادة لا يستتبع حتما أن تكون

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٨٣ وما بعدها.

هذه الإرادة ضمنية. فمن صور السلوك فى بعض الفروض، ما قد يعتبر أسلوبا مباشر مألوفا فى الإفصاح عن الإرادة، ويكون بهذه المثابة تعبيرا صريحا"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن إسقاط الحق بوصفه تعبيرا عن إرادة صاحبه فى التخلى عن منفعة مقررة يحميها القانون لا يكون إلا صراحة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود منه. لما كان ذلك، فإن إنذارها المؤرخ ١٩٩٤/٩/٢٦ ينبئ عن حرصها على تملك الحصة التى وعد الطاعن ببيعها لها ولا يعد بذاتها دليلا على أنها عدلت أو تنازلت عن رغبتها فى تنفيذ الوعد بالتعاقد ومن ثم فإن النعى على الحكم فى هذا الشأن يكون على غير أساس ويكون الطعن خليقا بالرفض".

(طعن رقم ١٠٤٦٤ لسنة ٧٦ق جلسة ٢٠٠٨/٩/٢٢)



(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ١٥.

مادة (٩١)

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.

الشرح

٢٤- متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره ؟

لا ينتج التعبير – أيا كان المعبر عنه، إيجابا أو قبولا أو غيرهما، وسواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا، ومهما تكن وسيلته – أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه.

فالإرادة يصبح لها وجود مادى أو كيان ذاتى بمجرد صدورها أى بمجرد التعبير عنها. وهذا الوجود المادى لا ينقلب إلى وجود قانونى إلا بوصول التعبير إلى علم من وجه إليه. وإن كانت العبرة بطبيعة الحال هى بالوجود القانونى، إذ هو وحده الذى يرتب الأثر القانونى للتعبير، وهو ما تعينه المادة بقولها "ينتج التعبير أثره"، فإن للوجود المادى للتعبير وانفصاله عن شخص صاحبه فائدته من حيث قيامه رغم موت موجهه أو فقد أهليته كما سنرى.

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

وغنى عن البيان أن تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه لا يكون إلا فى مجال إبرام العقود. فهو لا يكون فى حالة التصرف القانونى الصادر من جانب واحد، كالوعد بجائزة موجه للجمهور وكالوصية، حيث لا يوجد إلا طرف واحد هو الذى يصدر منه التعبير، ولا يوجد غيره يوجه إليه التعبير. ومن ثم

ينتج التعبير عن الإرادة أثره، فى هذا المجال الأخير بمجرد صدوره من صاحبه، طالما لم يظهر منه أنه يتضمن عزمه النهائى على إبرام التصرف(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "ذهاب الطاعن قبل نهاية الأجل إلى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة ابن هذا الأخير وإبداء رغبته له فى الشراء واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول ويقع على عاتقه عبء نفى هذه القرينة".

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

٢- "مؤدى المادتين (٩١، ٩٣) من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه. فإذا كان الموجب قد التزم فى إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه به وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال فى حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لأن التعديل ما هو إلا صورة من صور العدول لا يملكه إلا فى الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه. وعلى ذلك فمتى تبين أن طالب الشراء أبدى فى طلبه الموجه إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب للشركة البائعة رغبته فى شراء قدر من الأطيان المملوكة لها بثمن محدد وبشروط معينة وضمن الطلب أنه لا يصبح نافذ الأثر بين الطرفين إلا بعد موافقة مجلس إدارة الشركة كما تعهد فيه بأن يظل مرتبطا بعطائه فى حالة إشهار مزاد بيع الأطيان لحين إبلاغه قرار الشركة باعتماد البيع من عدمه. فتحقق بذلك علم الشركة بمجرد وصول الطلب إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب. فإن هذا الإيجاب يعتبر نافذ الأثر فى حق الموجب لا يجوز العدول عنه أو تعديله حتى تبت الشركة فى طلبه بالقبول أو الرفض وذلك عملا بنصوص الطلب ونزولا على حكم المادتين (٩١، ٩٣) المشار إليهما ولا يجدى الموجب التمسك بأن الموافقة المعتبرة فى إتمام التعاقد هى موافقة مجلس إدارة الشركة دون غيره من موظفى الشركة مادام أن النزاع يدور فقط حول معرفة من الذى نكل من الطرفين عن إتمام التعاقد لأن مجال البحث فى هذا الذى يتمسك به الموجب هو فى حالة ما إذا كانت الشركة تتمسك بتمام التعاقد والمطالبة بتنفيذه".

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٤/١٠)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٠٨.

٢٥- إثبات اتصال التعبير بعلم من وجه إليه :

تقضى القواعد العامة بأن من يدعى اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، يقع عليه عبء إثبات ذلك باعتباره مدعيا، إلا أن المادة (٩١) أقامت قرينة قانونية مؤداها أن وصول التعبير إلى من يوجه إليه ينهض بذاته دليلا على علم هذا به، ما لم يثبت العكس.

والمقصود بوصول التعبير إلى من يوجه إليه هو وصوله إلى موطنه، حيث يعتبر الموطن هو المكان القانونى للشخص ويفترض أنه يعلم بكل ما يصل إليه فيه. فإذا ادعى من وجه إليه التعبير عدم علمه بالتعبير كان له دحض القرينة التى تقيمها المادة بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن. كما إذا أفلح مثلا فى أن يقيم الدليل على أنه لم يكن متواجدا فى موطنه لمرضه أو غيابه أو لأى سبب آخر(١). بل إنه إذا كان من وجه إليه التعبير هو الموجب وتضمن التعبير قبولا من الموجب له، فإنه لا يكفى الأول، فى سبيل المحاجة بعدم قيام العقد، أن يثبت أنه لم يعلم بالتعبير المتضمن القبول، بل عليه أن يثبت أيضا أن انتفاء علمه به لا يرجع إلى خطأ يعزى إليه. فما دام هو قد أوجب بالعقد، فإن ظروف الحال تقتضى منه أن يتربص بالرد عليه، على نحو يعلمه بمضمونه فور وصوله. وهكذا يتحمل الموجب هنا بالتزام بالعمل على أن يصل رد الموجب له إلى علمه فور أن يصل إلى موطنه، فإن وصل إليه من غير أن يعلم به، وكان ذلك راجعا إلى خطأ يعزى إليه، ما كان له أن يحاج بجهل هو المسئول عنه(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه يعتبر قرينة على العلم به إلا إذا أثبت أنه لم يعلم به وقت وصوله، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه. وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الشركة المطعون ضدها قد أرسلت للطاعن إخطارا بالبريد المسجل على موطنه المختار المبين بالعقد مفصحة عن إرادتها فى عدم تجديد التعاقد لمدة أخرى، وأن الطاعن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم العلم بمضمون هذا

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٠ – عبد المنعم الصده ص ٩٣.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص١٠٩ وما بعدها.

الإخطار عند وصوله حيث ترك موطنه المختار المبين فى العقد دون أن يخطر الشركة المطعون ضدها كتابة بتغييره، فإن الحكم المطعون فيه إذ أعمل الأثر القانونى لهذا الإخطار من وقت وصوله إلى الموطن المختار، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١)

٢- "مفاد نص المادة ٩١ من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه".

(طعن رقم ٤٦٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٩)



مادة (٩٢)

إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل.

الشرح

٢٦- أثر الموت وفقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة:

كان القانون القديم يمعن فى الأخذ بالإرادة الباطنة إذ كان يربط بين التعبير والشخص الذى أصدره، فإذا مات هذا الشخص أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره سقطت الإرادة والتعبير وامتنع أن يترتب عليهما أثر.

أما القانون المدنى الجديد، وهو يأخذ من الإرادة الظاهرة بنصيب أوفر، يأخذ بالتالى بمبدأ استقلال التعبير، بمعنى أنه إذا صدر التعبير انفصل عن صاحبه وأصبح له كيان ذاتى مستقل. فالتعبير عن الإرادة يكون له وجود مادى من وقت صدوره، ويبقى له هذا الوجود حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته، فإذا وصل إلى علم من وجه إليه استكمل وجوده القانونى وأصبح صالحا لأن ينتج أثره رغم هذا الموت أو فقد الأهلية.

ولبيان أثر الموت أو فقد الأهلية على أثر التعبير عن الإرادة يجب التفرقة بين ما إذا كان المتوفى أو فاقد الإرادة هو الموجب أو القابل.

(أ)- حالة ما إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو الموجب:

انقسم الرأى فى هذه المسألة إلى رأيين. رأى يذهب إلى أن الإيجاب يبقى، فإذا أوصل إلى علم من وجه إليه أنتج أثره، إذ يستطيع هذا الأخير أن يقبل، ولكن هذا القبول لا يؤدى إلى تمام العقد، لأن القبول بعد صدوره يوجه من القابل إلى الموجب بمقتضى حكم المادة ٩١ مدنى، وهنا الموجب قد مات أو فقد أهليته، ولهذا لا ينعقد العقد[١].

---

(١) السنهورى ص ١٥٥ وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ١١٣ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٢.

بينما يذهب رأى ثان إلى أن الإيجاب يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه، وأنه إذا قبل هذا الأخير فإن العقد يتم رغم موت الموجب أو فقد أهليته، لأن ورثة الموجب أو من يمثله يحلون محله فى العلم بالقبول طبقا لحكم المادة (٩١) ويرتبطون بالعقد(١).

وهذا الرأى الأخير هو الذى نرى الأخذ به. لأنه لا قيمة للقول بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره رغم موت من صدر منه أو فقده لأهليته إذا كنا لا نسلم بتمام العقد فى هذه الحالة فالتسليم بتمام العقد حينئذ هو الذى يتفق مع النص، لأن الرأى الآخر يؤدى إلى إهدار الإيجاب فى نتيجته. ودور الورثة حين يصل إليهم القبول يقتصر على مجرد العلم بتعبير هو تسليم بما صدر عن مورثهم لاسيما وأن هذه المسألة لا تظهر أهميتها إلا فى التعاقد بين غائبين. فإذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد فلا يثور إشكال من هذا القبيل لأن القبول يصدر فور الإيجاب أو بعده بقليل. وإذا كان الإيجاب بين غائبين ولم تكن هناك مدة صريحة يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه خلالها، فإن هذه المدة تكون ضمنية (٩٣٣ مدنى) لأن المعقول الذى يمكن استخلاصه من الظروف فى هذه الحالة أن يكون الموجب قد أراد ضمنا أن يبقى على إيجابه المدة اللازمة لوصول الرسالة وتلقى الرد. ومعنى هذا أن يكون الإيجاب ملزما للموجب خلال هذه المدة. فإذا مات الموجب أو فقد أهليته انتقل هذا الالتزام إلى الورثة أو تقيد به من يمثل الموجب. فإذا وصل القبول إلى علم هؤلاء فى حدود هذه المدة تم العقد، وهذه نقطة لا خلاف فيها حين يكون الإيجاب ملزما.

(ب) حالة ما إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو القابل:

إذا كان الشخص الذى مات أو فقد أهليته هو القابل بعد أن صدر منه القبول. كما إذا كتب زيد لبكر يعرض عليه أن يبيعه سلعة، وأرسل بكر برده متضمنا قبوله، ولكنه مات أو فقد أهليته قبل أن يصل رده هذا إلى زيد. فهنا يبقى تعبير بكر قائما، وينتج أثره عند اتصاله بعلم زيد، أى أنه ينهض عندئذ قبولا. ومادام إيجاب زيد باق لم يسقط فإن قبول بكر يقترن به فيتم توافق الإرادتين(٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٩٥.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٣- عبد الفتاح عبد الباقى ص ١١٣ – عبد المنعم الصده ص٩٥.

غير أن العقد لا يتم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار. فإذا قصد الموجب – وبين هذا القصد فى إيجابه صراحة أو ضمنا – أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات، أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصيا، كما إذا كان هذا فنانا وعرض عليه القيام بعمل يدخل فى فنه، فإن القبول يسقط بموت القابل(١).

---

(١) السنهورى ص ١٥٦ – وكان نص المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى المقابل لنص المادة ٩٢ مدنى يسوى بين موت أو فقد أهلية من صدر منه أو من وجه إليه التعبير. إذ كانت المادة تنص على أن: "لا يؤثر فى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته، مالم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل".

وقد جاء عن هذه المادة بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "١- يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو بفقد أهليته وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة. فالالتزام بالإبقاء على التعبير، أو بعبارة أدق بالارتباط به، يظل قائما بعد الموت أو فقد الأهلية، شأنه فى ذلك شأن أى التزام آخر. فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول، وجب القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه.

ويراعى من ناحية أخرى، أن التعبير عن الإرادة لا يسقط كذلك بوفاة من وجه إليه أو بفقد أهليته قبل القبول، وإنما يكون لورثة المتوفى أو ممثلى فاقد الأهلية، فى هذه الحالة، أن يقوموا مقامه فى القبول".

٢- "وجود التعبير، حتى قبل أن يصبح لازما، لا يتأثر هو أيضا بالموت أو بفقد الأهلية، سواء أكان من مات أو فقد أهليته هو الطرف الذى صدر منه الإيجاب، أم الطرف الذى وجه إليه. وغنى عن البيان، أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه، إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير ".

٣- "وقد جرى القضاء المصرى على أن موت الموجب، أو فقد أهليته، قبل القبول، يستتبع سقوط الإيجاب (استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٢٠، المحاماة ص ٤٤٩، وطنطا ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ مج و٣٢ ص٣٠٥). وليس مذهب هذا القضاء سوى نتيجة منطقية لمبدأ تجرد الإيجاب من قوة الإلزام فى القانون المصرى، ولم يكن بد من أن يؤدى النزاع المبدأ نفسه إلى سقوط التعبير عن الإرادة أيضا، إذا مات من وجه إليه أو فقد أهليته. واستثناء من هذا المبدأ نصت المادة ٧٢/٥١ من القانون المصرى على أنه "يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها عمن يقوم مقامه "وترد علة هذا الاستثناء إلى خصائص الهبة".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٢٩ وما بعدها).

ونورد فيما يلى المناقشات التى دارت حول المادة: =

= **المشروع فى لجنة المراجعة**

تليت المادة ١٢٦ من المشروع.

وأثيرت المسألة الآتية: هل لو مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إليه يسقط التعبير؟

فأجاب معالى السنهورى باشا إن التعبير عن الإرادة عند صدوره يكون موجودا ولكنه لا ينفذ إلا بالعلم به. فإذا صدر تعبير ومات صاحبه أو فقد أهليته قبل نفاذ التعبير وجب أن نقول إن التعبير قد سقط بالموت أو فقد الأهلية. أما إذا كان الموت أو فقد الأهلية قد حدث بعد العلم به فإنه يصبح نافذا ولا يسقط بالموت أو فقد الأهلية – فينبغى إذن أن يعدل صدر المادة على الوجه الآتى: "**لا يؤثر فى نفاذ التعبير عن الإرادة**" بدلا من "**صحة التعبير**".

فسأله أحد الأعضاء: هل ميعاد القبول يبدأ سريانه من وقت وجود التعبير أو من وقت نفاذه؟

فأجاب الرئيس: يبدأ سريانه من وقت النفاذ وهذا هو المعقول لأن الطرف الذى وجه إليه التعبير لم يكن عالماً به إلا من ذلك الوقت.

ثم لاحظ الأستاذ الشوربجى بك أنه لو سلمنا بأن موت من صدر منه التعبير أو فقد أهليته لا ينبغى أن يؤثر فى نفاذ التعبير فيحسن ألا نسلم بهذا الحكم بالنسبة لمن وجه إليه التعبير فإذا مات هذا أو فقد أهليته قبل أن يقبل ينبغى أن يسقط التعبير ولا تقوم ورثته مقامه فى القبول.

ودارت مناقشة طويلة حول هذه النقطة، واستقرار الرأى فى النهاية على أن يؤخذ بوجهة نظر الأستاذ الشوربجى بك وأن تحذف عبارة "من وجه إليه "على أن يكون مفهوما أنه فى حالة الهبة إذا مات من وجه إليه الإيجاب بالهبة أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه تصريح بالقبول اعتبر السكوت فى هذه الحالة قبولا تتم به الهبة طبقا لأحكام المادة ١٤٢، ولا يقوم إشكال فى هذه المسألة من ناحية جواز قبول الورثة مكان المورث (راجع المادة ٥١ من القانون المدنى الحالى).

ثم لاحظ أحد الأعضاء أن عبارة "ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين" فى حاجة إلى تعديل لأن العكس فى هذا الفرض لا يمكن استخلاصه إلا من إرادة من صدر منه التعبير لا من إرادة الطرفين معا فالواجب إذن أن يعدل النص بهذا المعنى.

وبعد المناقشة وافقت اللجنة على كل هذه التعديلات وأصبح النص فى صيغته النهائية هو الآتى: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

وأصبح رقم المادة ٩٤ فى المشروع النهائى.

المشروع فى مجلس النواب

وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤. =

= المشروع فى مجلس الشيوخ

مناقشات لجنة القانون المدنى:

محضر الجلسة الثامنة والأربعين

عرضت اللجنة للمادتين ٩٤، ٩٥ وكانت قد حذفت الفقرة الثانية من المادة ٩٥، وقد طلب معالى السنهورى باشا إعادة هذه الفقرة للسبب الذى سبق أن شرحه عند بحث المادة ٩٣، ووافقته اللجنة على ذلك. وقد علق معاليه على المادة ٩٤ بقوله إن النظرية الحديثة تفيد أن الإرادة لا تموت، أو لا تنعدم بوفاة الشخص الذى تصدر عنه بخلاف النظرية القديمة التى تقول أن الإرادة مظهر نفسى تموت بموت الشخص.

قرار اللجنة:

وافقت اللجنة على المادتين ٩٤، ٩٥ من غير تعديل.

وأصبح رقم المادة ٩٢.

محضر الجلسة الستين

اقترح سعادة توفيق دوس باشا تعديل المادة ٩٢ إلى النص الآتى:

"ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه".

وقال سعادته إن النص المقترح أفضل من نص المشروع الذى يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا لأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية. إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة.

قرار اللجنة:

لم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صحيحا ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف الذى لا يستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى وهذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح.

محضر الجلسة الثانية والستين

المادة ٩٢ – يقول حضرات مستشارى محكمة النقض والإبرام إن حكم المادة ٩٢ يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا فلا يجوز الخروج عليه لمجرد متابعة نظرية الإرادة المنفردة لما يترتب على ذلك من ضرر يلحق ورثة المتوفى أو فاقد الأهلية إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة فأولى أن تبقى القواعد المرعية فى هذه المسألة من أن تستبدل بها أوضاع غير مألوفة فى مصر يتطلب فهمها=

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"حق الشريك فى إقرار عقد القسمة الذى لم يكن طرفا فيه يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده، ذلك أن عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقديها اعتبار فى إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء، ولا يحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه

= الرجوع إلى مصادر أجنبية. ولذلك فحضراتهم يقترحون أن يستبدل بالمادة ٩٢ النص الآتى: "ينقضى أثر التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه".

وقد طلب حضرة مندوب الحكومة رفض الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صحيحا ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته وذكر حضرته أنه ليس لهذا الاقتراح من سند إلا الإبقاء على المألوف ولكن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى لأن هذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح.

قرار اللجنة:

عدم الأخذ بالاقتراح.

ملحق تقرير اللجنة:

اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتى: (ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه) لأن نص المشروع فى هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا، ولأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية (إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة). ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحا ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف، ولكن اللجنة راعت أن هذا (المألوف) لا يستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم. بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى ومثل هذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح.

مناقشات المجلس:

وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٢ وما بعدها)

يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة فيه إذ هو فى قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يتملك نصيبه، ومن ثم فإنه لا ينقضى بموت ذلك الشريك".

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩)



مادة (٩٣)

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.

الشرح

٢٧- تعيين ميعاد القبول:

إذ عين الموجب ميعادا للقبول، فإن هذا الإيجاب يكون ملزما بذاته، ولا يجوز للموجب الرجوع عن هذا الإيجاب قبل انقضاء الميعاد المحدد، ويكون أساس التزام الموجب فى هذه الحالة هى الإرادة المنفردة.

وإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل انقضاء هذا الميعاد، فإن رجوعه لا يترتب عليه أى أثر، بل يظل الإيجاب قائما بحيث إذا صادفه قبول قبل حلول الميعاد انعقد العقد. فهذا هو مقتضى التزام الموجب بالبقاء على إيجابه فى هذه الحالة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"يظل الموجب مرتبطا بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول، متى حدد له ميعاد، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر. فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب، بعد أن فقد ما توافر له من قوة الإلزام، بل هو يسقط سقوطا تاما.

وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب. فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائما، إلا فى خلال المدة المحددة، مادام قد لجأ إلى التحديد. وقد يتصور بقاء الإيجاب قائما بعد انقضاء الميعاد، ولو أنه يصبح غير لازم. ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشيه مع ما يغلب فى حقيقة نية الموجب، ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب، عند انقضاء الميعاد، يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد. وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق.

وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز فى كيانه عن الوعد بالتعاقد، فالأول إرادة منفردة والثانى اتفاق إرادتين"(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٣٦.

٢٨- الميعاد الصريح والميعاد الضمنى:

قد يكون الميعاد المقترن بالإيجاب ميعادا صريحا كما قد يكون ضمنيا وقد عبرت الفقرة الثانية من المادة عن الميعاد الضمنى بقولها: "وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ".

فالميعاد الصريح يكون بتحديد الميعاد صراحة بمدة معينة كأسبوع مثلا أو شهر أو غير ذلك.

أما الميعاد الضمنى، فهو ذلك الذى يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. فإذا عرض شخص أن يبيع شيئا تحت التجربة فإن هذا الإيجاب يستفاد منه أن صاحبه قصد الارتباط بإيجابه طول المدة اللازمة للتجربة، وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى.

وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعادا صريحا للقبول فإن الموجب يبقى ملتزما بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد، وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر. ففى هذه الصورة أيضا يوجد ميعاد ضمنى تقضى به طبيعة المعاملة وظروفها، وذلك فى حدود ما قدر من وقت لوصول الرسالة وتلقى الرد. فإذا تأخر وصول هذا أو تلك فإن الموجب لا يلتزم إلا فى حدود المدة المقدرة لهذا الوصول. وإذا تقدم شخص بعطاء فى مناقصة فإنه يلتزم بالبقاء على إيجابه إلى الوقت الذى تفض فيه المظاريف، لأن الإيجاب فى هذه الصورة يقترن بميعاد ضمنى هو الوقت الذى حدد لإرساء المناقصة(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ويكون تحديد الميعاد فى غالب الأحايين صريحا، ولكن قد يقع أحيانا أن يستفاد هذا التحديد ضمنا، من ظروف التعامل أو طبيعته، فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة، فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه، طوال المدة اللازمة للتجربة. وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى. وتختلف هذه الصورة عن صورة الإيجاب الموجه إلى الغائب، بغير تحديد صريح أو ضمنى لميعاد ما، وقد عالجها المشروع فى المادة التالية، تفضى بأن يبقى الموجب

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٠٤ وما بعدها– عبد الفتاح عبد الباقى ص١٥١ وما بعدها.

ملتزما بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لقاضى الموضوع فى حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه، والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناسبا لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض متى كان قد بين فى حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التى انتهى إليها، والمحكمة وهى بسبيل استخلاص الميعاد الذى قصد الموجب الالتزام فيه بإيجابه لها أن تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه، ولا تثريب عليها إذا استظهرته من أفعال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب وكشفت عن قصده هذا كما أنه لا على المحكمة فى حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة أن تستدل على قصدهم المتحد بأمور تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا العقد".

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٢٩- حالة عدم تعيين ميعاد للقبول:

إذا لم يتضمن الإيجاب تحديد موعد للقبول فإنه يكون غير ملزم. فإذا كان لا يجمع الموجب بمن وجه إليه الإيجاب مجلس واحد لا حقيقة ولا حكما، فإن هذا الإيجاب يسقط بأحد سببين.

أما السبب الأول، فهو رجوع الموجب عن إيجابه بشرط أن يصل هذا الرجوع إلى علم من وجه إليه الإيجاب قبل أن يصل قبوله إلى علم الموجب. ذلك التعبير عن ذلك الرجوع باعتباره تعبيرا عن الإرادة لا ينتج أثره طبقا للقاعدة العامة التى نصت عليها المادة ٩١ مدنى إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه. ولهذا إذا كان التعبير عن القبول قد وصل إلى علم الموجب قبل أن ينتج التعبير عن الرجوع أثره، فإن العقد يكون قد انعقد لأن التراضى يتحقق بمجرد اتصال التعبير عن القبول بعلم الموجب، ولا يمكن بعد تحقق التراضى وانعقاد العقد أن يسحب الموجب إيجابه الذى ارتبط بالقبول ارتباطا لا يمكن بعده الفصل بينهما.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٧.

وأما السبب الثانى لسقوط مثل ذلك الإيجاب، فهو رفضه ممن وجه إليه، سواء أكان هذا الرفض، رفضا محضا أو رفضا مقيدا، رفضا صريحا أو ضمنيا[١].

(أنظر حالة خاصة لسقوط الإيجاب فى شرح المادة ٩٩ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا لم يعين ميعاد للقبول فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب، فإن بقى الموجب على إيجابه حتى صدور القبول من المعروض عليه الإيجاب فقد تم العقد بتلاقى الإرادتين ومن ثم لا فلا يجوز بعد ذلك لأى من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من آثاره".

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١٨)



(١) جلال على العدوى ص ١٢١– عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٣٣ وما بعدها.

مادة (٩٤)

١- إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل.

٢- ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فورا، 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.

الشرح

٣٠- المقصود بمجلس العقد:

مجلس العقد هو الذى يكون التعاقد فيه بين حاضرين وأن يكون الطرفان على اتصال مباشر، بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به.

ويتحقق ذلك عادة باجتماع الطرفين فى مكان واحد، فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حقيقة.

وقد يتحقق ذلك رغم اختلاف مكان كل من الطرفين إذا كان بينهما اتصال مباشر يجعل الموجب يعلم بالقبول فور صدوره إذا كانا متصلين بطريق التليفون أو الإنترنيت أو بطريق مماثل، فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حكما.

ويظل مجلس العقد بهذا المعنى قائما طالما كان الطرفان منشغلين بالتعاقد وينفض إذا صرف المتعاقدين أحدهما أو كليهما عن التعاقد شاغل آخر حتى لو ظلا يجمعهما مكان واحد(١).

٣١- تحلل الموجب من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا فى مجلس العقد:

إذا جمع المتعاقدين مجلس واحد أى إذا اتحد المجلس حقيقة أو حكما، فالأصل أن من يوجه إلى الطرف الآخر إيجابا لم يعين فيه ميعادا للقبول، أن يصدر من الآخر قبولا فوريا بمجرد صدور الإيجاب. فلا يفصل وقت بين الإيجاب والقبول وإلا كان للموجب أن يتحلل من إيجابه ويعتبر أن الطرف الآخر قد رفضه فسقط.

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٢١ وما بعدها.

وفى هذا من الضيق والحرج مالا يخفى. ولذلك خفف القانون من حدة الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية، وجعل الإيجاب يبقى قائما مادام مجلس العقد لم ينفض بالتفصيل السابق.

وإذن فليس من الضرورى أن يكون القبول فورا، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئا من الوقت، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك. ويكون قبوله صحيحا بشرطين:

(الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد. فإذا انصرف أى منهما إلى شىء غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الإيجاب.

(الشرط الثانى) أن يبقى الموجب على إيجابه، فلا يرجع فيه أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائما(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"بعد أن عين المشروع المدة التى يكون الإيجاب خلالها ملزما عند تحديد ميعاد له واجه الحالة التى لا يحصل فيها تحديده وينبغى التمييز فى هذا المقام بين صورتين:

(أ) فيلاحظ أولا أن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره. وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر.

وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة. فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور العقد، إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول. وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود، بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد.

(ب) أما إذا صدر الإيجاب لغائب فيبقى الموجب مرتبطا به إلى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه، فيما لو كان قد أرسل هذا القبول دون إرجاء لا تبرره الظروف وللموجب أن يفترض أن إيجابه به قد وصل فى الميعاد المقرر لوصوله"(٢).

---

(١) السنهورى ص ١٧٨ – عبد المنعم الصده ص ١٢٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٢.

مادة (٩٥)

إذا اتفق الطرفان على 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، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

الشرح

٣٢- اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية فى العقد:

قد يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، ولكنها يحتفظان بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولا يشترطان أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ومع ذلك فإن العقد يعتبر قد تم.

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى.

٣٣- الاتفاق على الشروط الجوهرية لانعقاد العقد:

لم يحدد النص المقصود بالشروط الجوهرية لانعقاد العقد.

وأثناء عرض مشروع المادة على لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق فى بعض الأحوال فلا يحسن تركه لتقدير القاضى خشية التحكم. إلا أن اللجنة لم توافق على ذلك(١).

ويجب أن يتم تحديد المسائل الجوهرية بمعيار موضوعى وبمعيار شخصى.

والمقصود بالمعيار الموضوعى هو ضرورة توافر الاتفاق على ما يعتبر من الأركان اللازمة قانونا لانعقاد العقد وهى التراضى والمحل والسبب، وبالإضافة إلى ذلك يجب توافر الأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة، فإذا كان العقد إيجارا فإن المسائل الجوهرية تشمل العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٧.

(٢) السنهورى ص ١٨٢ – المستشار محمد شتا ص ٤٩٦ وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد جعل من "طبيعة الموضوع" عنصرا من عناصر التوجيه، التى يسترشد بها القاضى فى إكمال العقد، وقد اقتبس هذه العبارة من المادة الثانية من تقنين الالتزامات السويسرى"(١).

وقد رفضت محكمة النقض انعقاد البيع فى حالة عدم الاتفاق على العين المبيعة.

إذ قضت بأن :

١- "متى كان الحكم قد حصل تحصيلا سائغا أن البيع محل الدعوى لم ينعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة وأن كل ما حصل إذن إن هو إلا مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين، وبناء على ذلك رفض دعوى صحة التعاقد على هذا البيع فلا يقبل النعى عليه أنه أخطأ فى تطبيق القانون على واقعة الدعوى".

٢- "متى كان الإقرار المتنازع على تكييفه صريحا فى الإفصاح عن قبول المقر البيع بالشروط التى ارتضاها وكان المتمسك بهذا الإقرار ينازع فى انعقاد البيع على أساس هذه الشروط، فلا يمكن مع هذا القول بتلاقى الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع".

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٩)

أما المعيار الشخصى، فيكون خارج إطار أركان العقد الجوهرية ليشمل المسائل التى تكون جوهرية بالنظر إلى طبيعة وظروف العقد والتعاقد. وتكون المسألة جوهرية إذا كان هناك ما يفيد أن أحد المتعاقدين لم يكن ليبرم العقد لو لم يتم الاتفاق بشأنها ويكفى لاعتبار المسألة جوهرية أن تكون كذلك بالرجوع إلى الإرادة الفردية لأحد أطرافه ولكن سرعان ما يتقارب الاتجاهان إذا أدخلنا الاتجاه الثانى حيز التطبيق فإذا كان يكفى الاعتداد بإرادة أحد المتعاقدين لاعتبار المسألة جوهرية، إلا أن تلك الإرادة لايجب أن تظل أمرا نهائيا بل لابد من إظهار ذلك بصورة أو أخرى للطرف الآخر.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "تنص المادة ٩٥ من القانون المدنى على أنه "إذا اتفق الطرفان على 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. ... "وإذ كان الحكم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٤٧.

المطعون فيه قد أثبت فى بيانه لوقائع الدعوى نص قرار اللجنة العليا للإصلاح الزراعى – الذى احتج به الطاعنون على تمام عقد البيع – بقوله أنه "بتاريخ ١٩٥٤/٦/١٢ وافقت اللجنة العليا للإصلاح الزراعى على بيع ستة أفدنة للمستأنفين لقاء ثمن قدره ٣٥٠ج للفدان مقسطا على سبع سنوات.... مع تطبيق باقى الاشتراطات التى ترد فى عقد البيع الذى يحرر بمعرفة الإدارة القانونية للهيئة "وأشار إلى المستندات التى تضمنها ملف الإصلاح الزراعى المرفق بالأوراق ومنها طلب كشف تحديد المساحة المقدمة صورة رسمية منه من الطاعنين وهو موقع عليه منهم بوصفهم مشترين ومن مندوب الحكومة عن الهيئة العليا للإصلاح الزراعى بوصفها بائعة، ومنها أيضا كتاب إدارة الملكية والتعويض ردا على طلب الطاعنين تحرير العقد النهائى الذى يتضمن أن "الهيئة ستقوم بإعداد عقد البيع النهائى والسير فى إجراءات تسجيله فور تسجيل قرار الاستيلاء على أطيان وقف... التى تقع المساحة ضمنها "وكان قرار اللجنة المشار إليه قد تضمن فى عبارات صريحة تحديد طرفى العقد والعين المبيعة والثمن – فإن الحكم المطعون فيه إذ رأى فى "تفسير قرار الهيئة سالف الذكر أنه لا يعدو أن يكون مشروع عقد بيع وأن عقد البيع لم ينعقد، ذلك أن الهيئة علقت قرارها المذكور على تحرير عقد البيع بمعرفة الإدارة القانونية لها وبالشروط التى ترى هذه الإدارة ذكرها فى العقد، ومادام هذا لم يتم فإن عقد البيع لا ينعقد "دون أن يتناول بحث مستندات الطاعنين التى أشار إليها، ويقول كلمته فى دلالتها فى موضوع النزاع، فإنه فضلاعن مسخه‌ما تضمنه القرار المشار إليه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/١٦)

٢- "المقرر – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير الاتفاقات والمشارطات وسائر المحررات بما تراه أدنى إلى نية عاقديها مستهدية فى ذلك بظروف الدعوى وملابساتها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك مادامت لا تخرج فى تفسيرها عن المعنى الذى تحتمله عبارات الاتفاق".

(طعن رقم ١٨٨٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩)

٣٤- الاحتفاظ بمسائل تفصيلية:

المقصود بالمسائل التفصيلية، تلك التى لا تعتبر من المسائل الجوهرية فى العقد، ومثل ذلك ملحقات الشيء المبيع أو المؤجر وتوابعه التى يجب أن تسلم معه، ومكان

وزمان تسليم المبيع أو العين المؤجرة ومكان وزمان دفع الثمن أو الأجرة والإصلاحات التى يستلزمها الانتفاع بالعين المؤجرة(١).

فليس من الضرورى لقيام العقد أن يرد توافق الإرادتين عليها بطريق مباشر، فإذا لم يتفقا عليها واحتفظا بهذه المسائل يتفقان عليها فيما بعد دون أن يشترطا أن عدم اتفاقهما بشأنها يمنع من انعقاد العقد، فإن العقد ينعقد باتفاقهما عليها فيما بعد، وحتى إذا لم يتفقا عليها فيما بعد فإن ذلك لا يؤثر على العقد، ويتولى القاضى تحديدها كما سنرى(٢).

أما إذا ثار بين الطرفين خلاف حول هذه المسائل التفصيلية لم يصلا إلى حسمه أو فى الأقل لم يصلا إلى إرجاء حسمه إلى وقت تال، فإن العقد كله لا يقوم مهما كانت المسألة التى ثار بشأنها الخلاف. فإذا انعقد رضاء البائع والمشترى مثلا على الشىء المبيع والثمن وكل شروط البيع الأخرى، فيما عدا ما تعلق منها بوقت دفع الثمن فطلب البائع دفعه فورا، وصمم المشترى على أن يدفع جزءا منه مهما قل فى وقت تال مهما قصر فإن البيع فى مجموعه لا يقوم.

وتحديد ما إذا كان الأمر المتفق عليه بين الطرفين على إرجاء نظرهما فيه يمثل أمرا جوهريا أم ثانويا هو مما يتعلق بالتكييف، ومن ثم فهو يكون من مسائل القانون، يخضع قاضى الموضوع فى شأنه لرقابة محكمة النقض(٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "متى كان الحكم قد قرر أن العقد الصادر من المورث لزوجته هو عقد بيع عين فيه المبيع والثمن وأن لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى العقد بعد تعيينه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى القانون لأن مطلق البيع يفيد التزام المشترى بدفع الثمن المسمى ولأن المادة ٤٨٨ مدنى تجيز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر وتجعل مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذى يسترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية فإن كان العقد الساتر بيعا ولم ينص فيه على ثمن أو أبرئ المشترى من الثمن أو وهب له فالعقد هبة لا تصح قانونا إلا إذا كانت حاصلة بعقد رسمى".

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٩)

---

(١) عبد الفتاح الباقى ص ١٦٢.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠١ وما بعدها- عبد الفتاح عبد الباقى ص١٦٢ وما بعدها.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٦٤.

٢- "إذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام بينهما خلاف على المسائل التى أرجئ الاتفاق عليها كان لهما أن يلجئا إلى المحكمة للفصل فيه".

(طعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)

٣٥- فصل المحكمة فى المسائل التفصيلية التى لم يتم الاتفاق عليها:

إذا احتفظ المتعاقدان بمسائل تفصيلية يتم الاتفاق عليها بينهما فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، ولكنهما اختلفا عليها فيما بعد فإن القاضى هو الذى يفصل فى هذه المسائل طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة. فإن اتفق المتعاقدان فى عقد البيع على المبيع والثمن والشروط الجوهرية الأخرى، ولم يتفقا على مكان الوفاء بالثمن، فإن القاضى يفصل فى هذه المسألة طبقا للمادة ١/٤٥٦ مدنى التى تنص على أن يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

وإذا اتفق المؤجر والمستأجر على العين المؤجرة – التى لا تخضع لقوانين الإيجار الاستثنائية – وقيمة الأجرة ومدة الإيجار، ولم يبينا من منهما يتحمل أجر البواب أو أجرة الخفر أو اشتراك المياه فصل القاضى فى هذه المسائل على ضوء العرف.

ويرى البعض أن مهمة القاضى فى هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه، فهو إذن يساهم فى صنع العقد(١). ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه

---

(١) السنهورى ص ١٨٢ – عبد المنعم الصده ص ١٠٨ وعكس ذلك أحمد حشمت أبو ستيت ص١٠٢ – فيذهب إلى أنه: "قد يقال بأن القانون الجديد بتخويله للقاضى مثل هذه السلطة الواسعة قد خالف أصلا مقررا، هو أن القاضى ليس من وظيفته إنشاء العقود وإنما تفسيرها بغية إنفاذ حكمها فى المتعاقدين، وهنا يكون القاضى قد أسهم فى إنشاء العقد مخالفا ذلك الأصل. لكن لا محل لمثل ذلك القول، فإن عمل القاضى فيما نحن بصدده ليس إنشاء للعقد وإنما هو توسع فى سلطته من حيث التفسير، وإن أدى ذلك إلى استكمال ما نقص من إرادة الطرفين. والذى يؤكد أننا مازلنا فى نطاق التفسير هو أنه لو اتضح أن إرادة الطرفين لم تقصد إلى إبرام العقد=

مادام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية، استتبع ذلك أن نفرض أيضا أنهما أرادا أن يحل القاضى محلهما ليبت فيما اختلفا فيه، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من مسائل.

ويؤيدون رأيهم بما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :

"وفى هذه الحالة يتولى القاضى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية التى أرجئ الاتفاق عليها ما لم يتراض العاقدان بشأنها، وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين بل يستكمل ما نقص منها"(١).



= إلا إذا تم الاتفاق على تلك المسائل التفصيلية لامتنع على القاضى تطبيق النص ولقضى بعدم انعقاد العقد.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٦.

مادة (٩٦)

إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا[١].

الشرح

٣٦ - اقتران القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه :

رأينا سلفا أنه لكى يتم العقد، ينبغى أن يكون القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة.

فإذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، فلا يكون فى حكم القبول الذى يتم به التعاقد وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد، إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر.

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[٢].

وكل مسألة تعرض فى الإيجاب ينبغى أن يكون القبول متطابقا بشأنها ولو كانت مسألة تفصيلية مع مراعاة ما سلف ذكره من أن المسائل التفصيلية لا يمنع عدم ذكرها من انعقاد العقد، والقاضى هو الذى يتولى تحديدها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة. ولكن إذا ذكرت مسألة من هذه المسائل فينبغى أن يقترن القبول فيها بالإيجاب ولا ينعقد العقد بغير ذلك[٣].

---

(١) كانت هذه المادة، كما وردت بالمشروع التمهيدى برقم (١٤١) تنص على أن: "١- يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد. ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل فى الوقت المناسب، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد، وكان الموجب ينوى ألا يرتبط بهذا القبول، وجب عليه، إن علم أن القبول رغم تأخره فى الوصول قد أرسل فى الوقت المناسب، أن يخطر الطرف الآخر فورا بتأخر القبول، فإذا تهاون فى الإخطار اعتبر القبول غير متأخر".

٢- إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا "- إلا أن لجنة المراجعة قررت حذف الفقرة الأولى من المادة.

(٢) سمير تناغو ص ٣٨.

(٣) السنهورى ص ١٨٣ – سمير تناغو ص ٣٨ وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يجب أن يصل القبول إلى الموجب فى الوقت المناسب، وأن يكون، فوق ذلك مطابقا تمام المطابقة للإيجاب. ولا يتم العقد إلا بتوافر هذين الشرطين. فإذا وصل القبول بعد الميعاد، أو انطوى على ما يعدل فى الإيجاب، فلا يكون له حكم القبول الذى يتم به التعاقد. بل يجوز أن يكون بمثابة إيجاب جديد، قد يؤدى عند قبوله إلى قيام عقد يتم بمقتضى إرادة جديدة، لا بمقتضى القبول المتأخر، أو المعدل على أن لمثل هذا القبول أثرا قانونيا مباشرا: فهو يعتبر رفضا للإيجاب الأول ويستتبع بذلك سقوط هذا الإيجاب. وهو من هذا الوجه لا يختلف عن مجرد الرفض البسيط أو الإيجاب المعارض (أنظر المادة ١٣٣ من المشروع)[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "كان الرأى مستقرا إلى ما قبل العمل بالقانون المدنى الجديد على أن كل قبول ينطوى على ما يعدل فى الإيجاب يكون بمثابة إيجاب جديد. وهو ما أقره المشرع بما نص عليه فى المادة ٩٦ من القانون المذكور. وإذن فمتى كان قبول الشركة المطعون عليها وقد اقترن بشرط جديد لم يتضمنه إيجاب الشركة الطاعنة يعتبر رفضا لهذا الإيجاب ولا يتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما، فإن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى قيام هذا التعاقد بين الشركة الطاعنة والشركة المطعون عليها بموجب هذا القبول وقضى بمسئولية الشركة الطاعنة عن فسخه يكون هذا الحكم قد خالف القانون بما انساق إليه من مخالفته للثابت فى أوراق الدعوى متعين لذلك نقضه".

(طعن رقم ١٨٨ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١٢/١١)

٢- "يشترط لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب، فإذا اقترن القبول بما يعدل فى الإيجاب فلا يكون فى حكم القبول الذى يتم به التعاقد وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد، إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت فى حدود سلطتها التقديرية وللأسباب التى أوردتها أن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية فى التعاقد الذى كان يراد إبرامه وأنه ليس وليد خطأ

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٠.

مادى وقع فيه الطرف المقابل ورتبت على عدم مطابقة القبول للإيجاب أن العقد لم ينعقد أصلا بين الطرفين، فإنها لا تكون قد خالفت القانون".

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢)

٣- "يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقا للإيجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا. فإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فيما قررته من انتفاء حصول الاتفاق على الفسخ لعدم مطابقة الإيجاب بالفسخ للقبول إلى ما استخلصه استخلاصا سائغا من العبارات المتبادلة بين طرفى الخصومة فى مجلس القضاء وكان لا رقابة فى ذلك لمحكمة النقض إذ أن استخلاص حصول الاتفاق على الفسخ من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٩)

٤- "إذا عرض المشترى فى إنذاره للبائعين تنقيص الثمن فرفض البائعون فى إنذارهم الذى ردوا به – على إنذار المشترى- وأعلنوا عدم قبولهم هذا العرض وضمنوا هذا الإنذار أنهم يعتبرون ما تضمنه عرضا من جانب المشترى للفسخ وأنهم يقبلون فإنه طالما أن قبولهم هذا يعارض الإيجاب الصادر إليهم من المشترى، فإن هذا القبول يعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا بالفسخ، وذلك بالتطبيق لنص المادة ٩٦ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٦١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/١٦)

٥- "من المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات لا تعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض والاستجابة لهذه الدعوى هى التى تعتبر إيجابا فالتقدم بعطاء فى مناقصة بالشروط المبينة فيها يعتبر إيجابا ويتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة لهذا الإيجاب، أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا".

(طعنان رقما ١٦٩٦، ١٨٦٥ لسنة ٧ق جلسة ٢٠٠١/١/٢٣)

٦- "إذ كان إيجاب الطاعن قد تضمن شرطا يتعلق بتحديد مدة العقد بسنة واحدة لا يقبل زيادتها إلا باتفاق جديد وكان الثابت بالأوراق أن قبول الشركة المطعون ضدها

بإصدار أمر التوريد رقم ١٦ يتضمن تعديلا فى مدة العقد بتقرير حق لها فى وقف التوريد دون أن يكون للطاعن حق الرجوع عليها فإن مثل هذا القبول لإيجاب الطاعن يعتبر رفضا له ولا يتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما ويعتبر إيجابا جديدا منها رفضه الطاعن بكتابه إليها المؤرخ ١٩٩١/٧/٣٠، فإن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى قيام هذا التعاقد بين الطرفين بموجب قبولهما المتمثل فى أمر التوريد وقضى بمسئولية الطاعن عن عدم تنفيذه يكون قد خالف القانون بما انساق إليه من مخالفة للثابت بالأوراق".

(طعنان رقما ١٦٩٦، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٢٣)



مادة (٩٧)

١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك.

٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول.

الشرح

التعاقد ما بين الغائبين:

٣٧ - المقصود بالتعاقد ما بين الغائبين:

المقصود بالتعاقد ما بين الغائبين، التعاقد الذى يتم بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد، وذلك بطريق من طرق المراسلة المختلفة، خطاب أو برقية أو رسول أو غير ذلك(١).

وليس فى قواعد القانون ما يمنع من أن ينعقد العقد بين غائبين، فيرسل الموجب إيجابه فى خطاب أو فى رسالة أو برقية أو على يد رسول ويرسل القابل قبوله بإحدى هذه الطرق. بل إن إمكان الانعقاد على هذه الصورة نتيجة من نتائج مبدأ الرضائية الذى حرر الإرادة من القيود والأشكال.

المهم هو وجود إرادتين متطابقتين. أما الأشكال فلا يعتد بها. وحتى فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون أشكالا معينة لانعقاد بعض العقود كالهبة والرهن الرسمى فليس ما يمنع من انعقاد هذه العقود بين غائبين مع مراعاة الأشكال المطلوبة، طالما أن القانون يسلم بنظرية النيابة فينعقد التوكيل (بالهبة مثلا) فى الشكل المطلوب ويتم العقد (عقد الهبة) بعد ذلك بين الوكيل والطرف الآخر (الموهوب له)(٢).

٣٨ - تحديد المكان والزمان الذى يتم فيهما التعاقد:

يرجع تحديد المكان والزمان الذى يتم فيه التعاقد بين غائبين إلى إرادة المتعاقدين.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠٨ - حلمى بهجت بدوى أصول الالتزامات الكتاب الأول ١٣٦٢هـ ١٩٤٣م ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ وما بعدها.

فإذا كان هناك اتفاق يتناول هذه المسألة وجب الأخذ به. وفى هذه الحالة يصبح ذلك التعيين مسألة موضوعية. والتى لا رقابة فيها لمحكمة النقض.

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شىء ولم يوجد نص قانونى خاص. فيعتبر العقد قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول.

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد فى هذا الأمر بمذهب العلم بالقبول، والذى تستند إليه أيضا القاعدة العامة التى وضعها الشارع لتعيين الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره، إذ تنص المادة ٩١ مدنى- كما رأينا- فى خصوص هذه القاعدة على 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". ومن ثم فإن القبول لا ينتج أثره، وهو تمام العقد، إلا إذا وصل إلى علم الموجب، وقد سبق أن فصلنا حكم هذا النص(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- تتضمن التشريعات المختلفة أحكاما، جد متباينة، بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه. وقد اختار المشروع مذهب "العلم بالقبول"ولم يجعل من الرد بالقبول سوى قرينة بسيطة على حصول العلم به.

وبديهى أن هذا الحكم لا يسرى حيث تنصرف نية المتعاقدين إلى مخالفته صراحة أو ضمنا، أو حيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر، كما هى الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختيارى اللذين ينزلهما القانون منزلة القبول. ولعل مذهب "العلم" هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب ذلك أن الموجب هو الذى يبتدئ التعاقد، فهو الذى يحدد مضمونه ويعين شروطه. فمن الطبيعى والحال هذه، أن يتولى تحديد زمان التعاقد ومكانه. ومن العدل، إذا لم يفعل، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك. وبعد فمذهب "العلم" هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه (أنظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع) ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيرا عن الإرادة لا يصبح

---

(١) السنهورى ص ٢٠٥ وما بعدها – عبد المنعم الصده ١٢٧ وما بعدها.

نهائيا، إلا فى الوقت الذى يستطيع فيه الموجب أن يعلم به، ولا يعتبر التعاقد تاما إلا فى هذا الوقت .

٢- ولم يستقر القضاء المصرى على رأى معين فى هذا الصدد. فقد اختارت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم، وبوجه خاص فى المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ مج ١٣ ص١٨٤ رقم ٩٠).

أما محكمة الاستئناف المختلطة فقضاؤها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ ب ٨ ص ١٠١ و٩ فبراير سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ١٥٧ و٤ إبريل سنة ١٩٣٣ ب ٤٥ص ٢٢٦). وبين مذهب "الإعلان" (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ ب ص ١٧٩ و ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٢٢٧).

وليس ثمة شك فى أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب فى المسائل التجارية. على أن مذهب "الإصدار" قد رددت صداه بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلى (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٥ ب ٣٧ ص ٤٠١ ودمياط ٢١ إبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٧١). ولم تتح لمحكمة النقض، حتى اليوم، فرصة للفصل فى هذه المسألة. وغنى عن البيان أن النص الذى اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأسره"[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٣ وما بعدها وكان هناك أربع نظريات فى هذا الشأن هى:

١- **نظرية الإعلان:** وبمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب، ففى 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 إعلانه.

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 أمثلة. وهذه النظرية لا تزيد عن النظرية السابقة إلا فى التأكد من أن القبول أصبح باتا، ويعيبها ما يصيب النظرية السابقة. وكذلك فإنها 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. =

٣٩ - التعاقد بطريق التليفون:

يعتبر التعاقد بالتليفون، أو بأية طريقة أخرى مماثلة كالإنترنيت، تعاقدا فيما بين حاضرين من حيث زمان انعقاد العقد، إذ بمجرد أن يصدر القبول يتم العلم به – ويأخذ حكمه. وإلى ذلك تشير الفقرة الأولى من المادة ٩٤ بقولها "وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل".

أما من حيث المكان فالتعاقد بالتليفون أو بما يشابهه يعتبر التعاقد بين غائبين، لاختلاف مكان كل من الطرفين عن مكان الآخر، ويأخذ حكمه، وذلك لاختلاف مكان كل من الطرفين عن مكان الآخر. ومن ثم يعتبر العقد قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك(١). **وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص يجرى بهذا المعنى، هو المادة ١٤٠** منه التى تقول إنه "يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأى طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان ". ولكن حذفت هذه المادة لوضوح حكمها(٢).

٤٠- افتراض علم الموجب بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول "فهذه الفقرة جعلت من وصول القبول إلى الموجب قرينة قانونية على علمه به، وهذه القرينة يجوز نقضها بالدليل العكسى، كأن يثبت الموجب أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله بسبب الغياب أو المرض.

= ٣- **نظرية الوصول:** وبمقتضاها ينعقد العقد بمجرد أن يصل القبول إلى الموجب، بغض النظر عن علمه بالقبول. والوصول حسب هذه النظرية لايعدو أن يكون قرينة على العلم ولذلك فلا تخرج هذه النظرية على النظرية الرابعة وهى نظرية العلم.

٤- **نظرية العلم:** وبمقتضاها لا ينعقد العقد 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 نص المشرع – كما ذكرنا – على ذلك فى المادة ٩٧ مدنى (راجع سمير تناغو ص ٤٣)

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١١٢- عبد المنعم الصده ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٢ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا حصلت محكمة الموضوع تحصيلا سائغا مما سردته من وقائع الدعوى وظروفها أن المستأجر علم بقبول المؤجر تأجير الأرض إليه، ولذلك اعتبرت التعاقد على هذه الإجارة قد تم بإيجاب من المستأجر بخطابه الذى أرسله وبقبول من المؤجر بخطابه الذى يدعى المستأجر عدم تسلمه، فذلك مما لمحكمة الموضوع السلطة فى تقديره، ولا معقب عليه لمحكمة النقض".

(طعن رقم ٧١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٤٤/١/٢٧)

٢- "لقاضى الموضوع فى حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه، والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناسبا لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض متى كان قد بين فى حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر الذى انتهى إليها، والمحكمة وهى بسبيل استخلاص الميعاد الذى قصد الموجب الالتزام به بإيجابه لها أن تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه، ولا تثريب عليها إذا استظهرته من أفعال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب وكشفت عن قصده هذا، كما أنه لا على المحكمة فى حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة أن تستدل على قصدهم المتحد بأمور تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا القصد".

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٣- "المقرر وفقا لنص المادة ٢/٩٧ من القانون المدنى على أن – يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك".

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦)

٤١ - أهمية تحديد زمان انعقاد العقد:

تبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد فى المسائل الآتية:

١- تعيين الوقت الذى يبدأ فيه تنفيذ الالتزام.

٢- تحديد مدة التقادم، إذ الالتزام لا يبدأ تقادمه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين موجودا مستحق الأداء، فإذا كان الالتزام غير مضاف إلى أجل أو غير معلق على شرط موقف فإن تقادمه يبدأ من وقت انعقاد العقد.

٣- تحديد الدين الذى يستطيع صاحبه أن يطعن فى تصرف مدينه المعسر بالدعوى البوليصية. إذ لا يستطيع الدائن الطعن فى العقد الصادر من مدينه إلا إذا كان دينه سابقا على هذا العقد.

٤- بالنسبة إلى العقود التى صدرت من تاجر شهر إفلاسه، فهى تنفذ فى حق الدائنين أولا تنفذ بحسب الفترة التى أبرمت خلالها(١).

٤٢ - أهمية تحديد مكان انعقاد العقد:

١- تعيين الاختصاص ذلك أنه فى المواد التجارية يكون الاختصاص لمحكمة المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه فى دائرتها أو للمحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها (م٥٥ مرافعات).

وفى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والأجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى.

٢- فى تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص.

ذلك أن القاعدة فى حالة عدم وجود اتفاق خاص بالنسبة إلى العقود التى يدخل فيها عنصر أجنبى. فإنها تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك (٢٠٢ مدنى) كما يسرى على الالتزامات التعاقدية عند اختلاف موطن المتعاقدين قانون الدولة التى تم فيها العقد (م ١/١٩ مدنى).



(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠٩ – عبد المنعم الصده ص ١٢٣.

مادة (٩٨)

١- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب.

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

الشرح

٤٣ - الفرق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين السكوت:

تجب التفرقة بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين السكوت. فالتعبير الضمنى يتضمن من جانب المعبر عملا إيجابيا تستفاد منه إرادته.

أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى.

والتعبير الضمنى قد يكون إيجابا أو قبولا أما السكوت فلا يجوز أن يتضمن إيجابيا لأن الإيجاب ينطوى على عرض موجه من أحد الطرفين إلى الآخر، ولا يتصور أن يستخلص هذا العرض من مجرد السكوت. والأصل أن السكوت بمجرده لا يصلح تعبيرا عن القبول. ومن هنا كانت القاعدة الفقهية المعروفة التى تقول: "لا ينسب لساكت قول"، فالسكوت عدم، والساكت لا يعمل شيئا يمكن أن تستخلص منه إرادته.

وبالترتيب على ذلك فإنه إذا أرسل بنك إلى عميل خطابا يخبره فيه أنه قيد اسمه فى قائمة المكتتبين فى مشروع معين وأنه احتسب فى رصيده قيمة الأسهم فإن سكوت العميل عن الرد لا يعتبر قبولا للاكتتاب.

وإذا أرسل ناشر صحيفة دورية إلى شخص لم يرفضها ولم يردها فإن سكوته لا يعتبر قبولا للاشتراك، حتى لو ذكر فى غلاف الصحيفة أن استلامها يعتبر قبولا.

وإذا أرسل تاجر عينة من بضاعة إلى شخص ذاكرا له أن عدم رده للعينة فى مدة معينة يعتبر قبولا للشراء فإن سكوت هذا الشخص عن الرد لا يكون قبولا[١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٨٥ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٠٠ وما بعدها.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت. فالتعبير الضمنى وضع إيجابى، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى. وقد يكون التعبير الضمنى، بحسب الأحوال، إيجابا أو قبولا، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق، أن يتضمن إيجابا، وإنما يجوز، فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا... الخ"(١).

٤٤ - الحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا :

رأينا فى البند السابق أن الأصل أن السكوت لا يصلح قبولا لأنه لا ينسب لساكت قول ولكن يرد على هذه القاعدة استثناء تتضمنه القاعدة الفقهية التى تقول: "إن السكوت فى معرض الحاجة بيان" ومعنى هذا أن السكوت إذا صاحبته ظروف تخلع عليه دلالة الرضا فإنه حينئذ يعتبر قبولا. وهو الذى يقال له السكوت الملابس.

وتقدير وجود الظروف الملابسة من عدمه من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع، وإن كان يجب عليه أن يورد الأسباب السائغة التى يستند إليها فى وجود هذه الظروف أو انتفائها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الظروف الملابسة التى قد تحيط بالسكوت وتجعله دالا على القبول، إلا أنها تلتزم بأن تورد الأسباب السائغة التى تقيم قضاءها وألا تدع دفاعا للخصوم قد يتغير به وجه الرأى فى هذا التقدير دون أن تجيب عليه بأسباب خاصة".

(طعن رقم ٧٤٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٢١)

وقد أوردت المادة (٩٨) بعض الأمثلة للحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا بسبب ما يلابسه من ظروف.

وهذه الحالات هى :

(الحالة الأولى): إذا كانت طبيعة المعاملة تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧.

تصريحا بالقبول. كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف فى "الفاتورة "شروطا مستجدة سكت عنها المشترى ولم يبادر إلى رفضها[١].

(الحالة الثانية): إذا كان العرف الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء، كما إذا أرسل المصرف بيانا لعميله عن حسابه فى المصرف وذكر فيه أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعتبر إقرارا له[٢].

(الحالة الثالثة): إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه:

إذا كان الإيجاب نافعا من كل الوجوه للمعروض عليه، فإن سكوته هذا دليل على قبوله له. كهبة لا تشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت، أو عارية استعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت[٣].

(الحالة الرابعة): إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين من شأنه أن يجعل الموجب لا يتوقع تصريحا بالقبول من الموجب له، إذا كان راغبا فى الصفقة التى يعرضها عليه والتى تتصل بهذا التعامل، بل يجعله على النقيض من ذلك، يتوقع تصريحا بالرفض إذا كان راغبا عنها، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر منه قبولا. ومثال هذه الحالة تاجر الجملة الذى تعود أن يرسل كمية من البضائع التى تصل إليه، إلى تاجر تجزئة من عملائه، الذى تعود بدوره أن يرفض مالا يعجبه منها، ويسكت على ما يعجبه. فى مثل هذه الحالة، تحتم ظروف التعاقد، فى ضوء ما تم منه فى القديم، أن يصرح تاجر التجزئة برفضه كل صفقة يكون عنها راغبا، بحيث أن تاجر الجملة هنا لا ينتظر منه تصريحا بالقبول، إذا كان له فى الصفقة هوى، فإذا سكت تاجر التجزئة بالنسبة إلى صفقة معينة، زمنا معقولا يحدده قاضى الموضوع، اعتبر سكوته قبولا إياها وتعذر عليه بالتالى أن يتملص منها[٤].

وهذه الحالات الأربع ليست إلا أمثلة، وعلى ذلك فإن كل سكوت تصاحبه ملابسات بحيث يستخلص القاضى من مجموعها القبول يصلح تعبيرا عن القبول، ومن ثم فإن علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة وسكوته على ذلك يعتبر إقرارا لذلك التجاوز.

---

(١) السنهورى ص ١٨٦.

(٢) السنهورى ص ١٨٦- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٧٨.

(٣) سمير تناغو ص ٤٠- أحمد حشمت أبو شتيت ص ٧٩.

(٤) السنهورى ص ١٨٦- عبد المنعم الصده ص ٨٦.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق، أن يتضمن إيجابا، وإنما يجوز، فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا، وقد تناول النص هذه الفروض، ونقل بشأنها عن تقنين الالتزامات السويسرى ضابطا مرنا، يهيئ للقاضى أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران: أولهما: التثبت من عدم توقع أى قبول صريح، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل، أو من عرف التجارة وسننها، أو من ظروف الحال. والثانى التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة. وأورد المشروع تطبيقات ثلاثة لهذا الضابط: أحدها، وهو الخاص بتمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، يتعلق بطبيعة التعامل الخاصة. والتطبيقان الآخران – وهما الخاصان بقيام تعامل سابق بين المتعاقدين، وبالشروط الواردة فى الفاتورة – يتصلان بعرف التجارة وسننها وغير ذلك من الظروف"(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٥٨ – كما جاء بهذه المذكرة ما يأتى:

"ولم تعرض التقنينات اللاتينية فيما عدا استثناءات خاصة، لقيمة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة بين أن التقنينات الجرمانية وغيرها من التقنينات التى تأثرت بها، تورد على النقيض من ذلك، أحكاما وافية فى هذا الشأن، ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها، فى النصوص التشريعية وأحكام القضاء، أن مجرد السكوت البسيط لايعتبر إفصاحا أو تعبيرا عن الإرادة. أما السكوت "الموصوف"، وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاما بالكلام، فلا يثير إشكالا ما، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه. وليس يبقى بعد ذلك سوى السكوت "الملابس" وهو ما تلابسه ظروف يحل معها محل الإرادة، فهو وحده الذى يواجهه النص، محتذيا فى ذلك حذو أحدث التقنينات وأرقاها .

"وقد أخذ القضاء المصرى بحلول تشابه الحلول التى يقررها النص. فالأصل عنده أن السكوت وحده، مجردا من أى ظرف آخر، لايعتبر قبولا. ولكن يجوز أن يستخلص القبول من ظروف معينة تلابس السكوت، كقيام تعامل سابق بين العاقدين (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٥٦) ويجوز أن يكون السكوت، بمنزلة القبول لا بالنسبة لإتمام العقد فحسب، بل وكذلك بالنسبة لإلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٥٦) ويجوز أن يكون السكوت، بمنزلة القبول لا بالنسبة لإتمام العقد فحسب، بل وكذلك بالنسبة لإلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ ب٢٩ ص ٣٥٨). ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول. وتفريعا على ذلك قضى بأنه "لا تجوز المنازعة فى بيع يعتبر فى عرف السوق تاما، وفقا للشروط المدونة فى بطاقة أو مذكرة لم يردها العاقد من=

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "المقرر وفقا لنص المادة ٢/٩٨ من القانون المدنى أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبيرا عن الإرادة ولا يعتبر قبولا إلا إذا كان متعلقا بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملا أو منفذا أو معدلا أو ناسخا له".

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦)

٢- "لما كانت عبارة البند الرابع من العقد المبرم بين وكيل البائعة الطاعنة- والمطعون ضده واضحة الدلالة على أن هذا الاتفاق معلق على شرط واقف هو موافقة الطاعنة – البائعة على البيع. مما مؤداه ما ورد فى هذا الاتفاق إيجابيا من المطعون ضده- المشترى معلقا على قبول البائعة له بما لازمه صدور هذا القبول منها بالموافقة على البيع فإذا تم انعقد العقد ولزم، أما إذا لم توافق فإن العقد لا ينعقد ويرد المدفوع من المشترى دون رجوع من أحد الطرفين على الآخر بأى التزام – لما كان ذلك – وكان البين من الأوراق أن البائعة- الطاعنة لم توافق على هذا البيع بل أخطرت المطعون ضده بعدم موافقتها عليه، فإن الحكم المطعون فيه إذ ذهب رغم ذلك إلى اعتبار انقضاء الأجل المحدد بالعقد بمثابة موافقة ضمنية من الطاعنة متخذا من مجرد سكوتها عن الرد خلال هذه المدة قبولا منها للبيع فإنه يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون قد انحرف عن المعنى الواضح للاتفاق".

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦)

= فوره، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب نقض البيع، بعد فوات الوقت، أن يقيم الدليل على عدم انعقاد العقد. وهو دليل لايسوغ للعاقد أن يستخلصه من إهماله أو خطئه الشخصى" (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ ب ٤٢ ص ٢٧٢). ولا يكون للسكوت دلالة القبول إلا إذا عرض فى وضع يستتبع حمله على محمل الارتباط البات. وقد حكم بأن السكوت أكثر من ثمانية أيام إزاء إيجاب اشترط فيه البائع شرطا لقبول ما عرض عليه المشترى من قبل، لا يمكن أن يستفاد منه قبول المشترى لهذا الإيجاب الأخير، واعتبار الصفقة تامة بصفة نهائية على أساس هذا القبول فليس يمكن أن تختتم مفاوضات استمرت أسابيع عدة، إلا برد كتابى دقيق واضح. ويجب أن يحصل الرد فى ميعاد قصير، إذا تعلق البيع بسلعة متغير سعرها ونبه البائع المشترى إلى رغبته فى الوقوف على ما ينتويه على وجه الاستعجال. ومثل هذا الرد ألزم، عند عدم تطابق الإيجاب الصادر من البائع مع إيجاب بالشراء سبق له رفضه (محكمة اسكندرية التجارية ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦، جازيت ١٧ ص٢٨٦).

مادة (٩٩)

لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا.

الشرح

٤٥ - المقصود بالمزايدة:

يقصد بالمزايدة، الأحوال التى يتم فيها التعاقد بطريق المزايدة على خلاف الغالب فى واقع الحياة من أن يتم التعاقد بطريق الممارسة.

ويستوى أن يكون القانون قد حتم التعاقد بالمزايدة كما هو الشأن فى بيع أو إيجار الأموال الخاصة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وفى بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبرى عليها نتيجة عدم وفائه بديونه، أم التجأ إليها المتعاقدان طوعا منهما واختيارا، كما إذا نظم شخص مزادا يجريه بنفسه، أو بوساطة آخر ينوب عنه فى إجرائه لبيع منقولاته أو عقاراته أو تأجيرها(١).

٤٦ - الإيجاب فى البيع بالمزايدة:

لا يعتبر الإعداد للمزايدة وافتتاحها إيجابا فهما لا يعدوان أن يكونا مجرد دعوة إلى التعاقد. فإن لبيت تلك الدعوة، بأن تقدم شخص إلى المزاد وأدلى بعطائه فيه، كان عطاؤه هذا هو الإيجاب.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"١- ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التى تجرى بطريق المزايدة. وهو يحسم خلافا طال عهد الفقه به. فافتتاح المزايدة على الثمن، ليس فى منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات. والتقدم بالعطاء هو الإيجاب. أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد. وقد أعرض المشروع عن المذهب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الثمن إيجابا وفى التقدم بالعطاء قبولا"(٢).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٩٦ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٤ ومابعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نصوص المادة السادسة من ديكريتو ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ بشأن ضريبة ما يباع من أطيان الحكومة والمادتين ١٨، ١٩ من منشور نظارة المالية الصادر بتاريخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ أن التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة لا يتم بين مصلحة الأملاك وبين طالبى الشراء إلا بالتصديق عليه من وزارة المالية إذ أن هذا التصديق هو القبول بالبيع ممن يملكه. ولا يعتبر إعلان هذه المصلحة عن رغبتها فى البيع ولا الإجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى الشراء وممارسة على الثمن إيجابا من جانبها ذلك أن الإيجاب فى هذه الحالة، إنما يكون من راغب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد إلا بقبول المصلحة بعد ذلك للبيع. وقد اشترطت النصوص المتقدمة أن يصدر التعبير بالقبول من وزارة المالية دون غيرها".

(طعن رقم ١٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤)

وافتتاح المزايدة ولو كان على أساس سعر معين لا يعتبر إيجابا، وإنما الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء كالقاعدة العامة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "تنص المادة ٩٩ من القانون المدنى على أنه "لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد "ومفاد ذلك أن افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر إيجابا وإنما الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء، أما القبول فلا يتم إلا بإرساء المزاد".

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

٢- "اعتماد السعر الذى تبدأ به المزايدة يفترق عن اعتماد إرساء المزاد وغير مغن عنه".

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

٤٧- اعتبار التقدم بالعطاء إيجابا ولو كان مصحوبا بتأمين:

يعتبر التقدم بالعطاء إيجابا، ولو كان مصحوبا بتأمين تقدم به صاحبه وأخذه منه مجرى المزاد، لأن التأمين يعتبر شرطا للتقدم بالعطاء. ولا يعتبر أخذه قبولا ينعقد به العقد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"دفع التأمين شرط لازم لدخول المزايدة وقبول الوزارة هذا التأمين لا يمنعها من أن تستعمل حقها فى رفض العطاء المقدم من دافعه ولو كان هو العطاء الأخير".

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

٤٨- أهمية التمييز بين الإيجاب ومرحلة الدعوة إلى التعاقد:

يترتب على التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد نتائج غاية فى الأهمية نجملها فيما يأتى:

(أولاً): أن نفى الإرادة عن مرحلة الدعوة إلى التعاقد يستلزم القول بأنه لا يمكن أن تترتب أية مسئولية عقدية، إذا ما عدل المفاوض عن إتمام العقد، أى ولو لم يكن سبب العدول جديا، خلافا لما إذا كنا بصدد إيجاب بات فإن الموجب يلتزم بإرادته على نحو ما سنراه.

وليس معنى استبعاد المسئولية العقدية استبعاد كل مسئولية أخرى، إذ قد تترتب مسئوليته الفعلية (التقصيرية) إذا اقترن عدوله بخطأ من جانبه، وهو ما يجب على المدعى إثباته، بأن يثبت مثلا أن الطرف الآخر كان قد أعلن عن رغبته فى بناء منزل وطلب الرسوم والعطاءات فتقدمله بعد أن تجشم عناء ومصاريف، ثم عدل عن البناء أو اتفق مع مقاول لم يشترك فى المناقصة.

(ثانيا): لما كانت الدعوة إلى التعاقد ليست إيجابا، فإن الوسيط فيها لايعتبر نائبا مادام من المقرر أن النيابة لا تكون فى الأعمال المادية بل فى التصرفات القانونية، وما قبل الإيجاب ليس كذلك.

(ثالثا): أن العقد ينعقد إذا صادف القبول إيجابا ولا ينعقد إذا صادف دعوة إلى التعاقد(١).

٤٩- هل يجوز لمقدم العطاء العدول عن إيجابه ؟

كان الإيجاب فى ظل القانون المدنى القديم غير ملزم، ولهذا كان القضاء يجيز الرجوع فى العطاء مادام لم يقترن به قبول.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ وما بعدها.

أما فى ظل القانون الجديد فالحال على خلاف ذلك. حيث يكون الإيجاب ملزما إذا اقترن بميعاد صريح أو ضمنى يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (م٩٧ مدنى). ومقتضى هذا أن مقدم العطاء يكون قد تقدم بإيجاب مقترن بميعاد محدد للقبول هو ذاك الذى يتطلبه إرساء المزاد. ومن ثم لا يجوز له الرجوع فى العطاء قبل حلول هذا الميعاد(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد أخذ القضاء المصرى بالمذهب الذى اتبعه المشروع، فاعتبر التقدم بالعطاء إيجابا لا قبولا، ورتب على ذلك جواز العدول عنه. ومن هذا ما قضت به محكمة استئناف مصر الأهلية، إذ حكمت بأن العطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاد العلنى أمام المجلس الحسبى، ثم يعدل عنه قبل موافقة المجلس، يعتبر إيجابا يجب أن يتعلق به قبول المجلس، ويجوز على ذلك العدول عنه قبل القبول" (استئناف مصر ٩ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨١ ص٥٤٤)(٢).

٥٠- القبول فى المزايدة:

ذكرنا سلفا أن التقدم بعطاء هو الإيجاب. ويبقى صاحبه ملتزما به إلى حين تقدم مزايد آخر بعطاء أفضل، إلى أن يقفل المزاد دون أن يرسى على أحد إذا كان عطاؤه هو الأفضل، مالم يتفق المتعاقدان على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد.

ويسقط العطاء بعطاء آخر يزيد عليه، حتى لو وقع العطاء الجديد باطلا، كالعطاء الذى يتقدم به قاض أو محام بشأن حق متنازع فيه، إذا كان الاختصاص بنظر هذا النزاع يدخل فى ولاية المحكمة التى يعمل فى دائرتها (م٤٧١ مدنى)، أو العطاء الذى يتقدم به عديم الأهلية، أو كان ذلك العطاء قابلا للإبطال كما إذا كان مقدم العطاء ناقص الأهلية.

وكذلك إذا رفض ذلك العطاء فيما بعد.

وهذا يتمشى مع قصد المتعاقدين، فمن يتقدم بعطائه دون تحفظ يريد بذلك بالضرورة أن يبقى عطاؤه قائما ويظل ملتزما به إلى أن يتقدم متزايد آخر بعطاء يفوقه.

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٠١- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٥.

وإذا كان العطاء الذى تقدم به المتزايد هو الأفضل، بمعنى أنه لم يتقدم آخر بعطاء يفوقه، بقى العطاء الوحيد الذى يتضمن إيجابا قائما بنظر القبول.

ولا يتم القبول هنا بمجرد إقفال باب المزاد، بل بتقرير إرسائه على صاحب العطاء. فمن الجائز أن يرفض العطاء الأخير، وهنا يقفل المزاد، دون أن يكون قد أرسى على أحد، فلا ينعقد العقد، اعتبارا بأن الإيجاب لم يلحقه قبول(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويراعى أن العطاء الذى تلحق به صفة القبول، وفقا لحكم النص، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا، أو قابلا للبطلان، بل ولو رفض فيما بعد. ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد. وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة، فمادام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد. أما الميعاد فى هذا الفرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال، ومن نية المتعاقدين الضمنية، وهو ينقضى بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر، أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد"(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إنه وإن كان تقديم عطاء يزيد على العطاء السابق عليه يترتب عليه طبقا للمادة ٩٩ من القانون المدني سقوط العطاء الأقل ، إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين مقدم العطاء الأعلى وبين الداعي للمزايدة لأن التقدم بالعطاء ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ليس إلا إيجابا من صاحب هذا العطاء ، فلابد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزاد عليه ممن يملكه ، ولما كان هذا القبول لم يصدر من المطعون ضده ، وقام بإخطار الطاعن برفض عطائه، فإن عقدا ما لا يكون قد انعقد بينهما".

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٢- "إذا كان المطعون ضده الأول قد أثبت فى ختام محضر جلسة المزايدة الأخيرة أنه قرر إخطار المزايدين بقراره خلال ثلاثة أيام بخطاب موصى عليه، ووقع

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٩٨- عبد المنعم الصده ص ١٠٠ وما بعدها- سمير تناغو ص ٤٠ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٥.

الطاعن على هذا المحضر بعد هذه العبارة فإنه يكون بذلك قد قبل مد الأجل المحدد أصلا للمطعون ضده الأول فى قائمة شروط المزايدة لاستعمال حقه فى القبول أو الرفض، ومتى كان هذا المطعون ضده قد أخطر الطاعن برفض عطائه خلال الثلاثة أيام التى قبل الطاعن مد الأجل إليها وبخطاب موصى عليه فإن هذا الرفض يكون قد صدر فى حدود السلطة المخولة للطاعن بمقتضى شروط المزايدة وبالتالى منتجا لآثاره".

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٥١ - الحق فى رفض العطاء:

يجوز للداعى للمزاد اشتراط تخويله الحق فى قبول أو رفض العطاء دون إبداء الأسباب، وفى هذه الحالة يكون مقدم العطاء ملزما بهذا الشرط، ويجوز للداعى للمزاد رفض الإيجاب ولو كان العطاء المقدم هو أكبر العطاءات ولا يجوز لمقدم العطاء الرجوع عليه بشىء غير أنه يشترط أن يكون مقدم العطاء قد علم بهذا الشرط أو كان فى مكنته العلم به.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الطاعن قد قبل دخول المزايدة على أساس قائمة شروط المزايدة التى تحوى النص على تخويل المطعون ضده الحق فى قبول أو رفض أى عرض دون إبداء الأسباب، ووقع عليها بما يفيد علمه بما تضمنته، فإنه يكون قد ارتضاه ويكون المطعون ضده إعمالا لهذا الشرط مطلق الحرية فى رفض أى عطاء ولو كان هو العطاء الأخير دون أن يطلب منه إبداء سبب مشروع لهذا الرفض، ولا محل للرجوع فى هذه الحالة إلى الأحكام العامة الواردة فى القانون المدنى والتى يستند إليها الطاعن لأنها تعتبر من القواعد المكملة فلا يلجأ إليها إلا عند عدم الاتفاق على قواعد خاصة، ومن ثم فلا وجه لما يسنده الطاعن إلى المطعون ضده الأول من تعسف قوامه أنه لم يبد سببا مشروعا يبرر رفض عطائه وما يؤسسه على ذلك من أحقيته للتعويض".

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

وإذا لم يكن هناك شرط على حق الداعى للمزاد فى قبول العطاء أو رفضه دون إبداء الأسباب، علم به مقدم العطاء أو كان بوسعه العلم به. فإنه يكون للداعى إلى المزاد أيضا الخيار فى قبول العطاء أو رفضه. بيد أنه إذا اتضح من الظروف أن

الداعى للمزاد، بعدم إرسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول بعد أن دعا إليه، قامت مسئوليته على أساس العمل غير المشروع والتزم بالتعويض.

وقد يرى القاضى أن خير ما يفعله هو تقرير التعويض العينى، فيحكم باعتبار الصفقة قائمة مع من تقدم بالعطاء الأكبر(١).

٥٢ - الالتزام بالشروط الواردة بقائمة شروط المزاد:

يجوز أن تتضمن قائمة شروط المزاد شروطا خاصة، وفى هذه الحالة يجب الرجوع إليها باعتبارها قانون المتعاقدين. طالما كان مقدم العطاء عالما بها وموافقا عليها.

وكما يجوز للمتعاقدين وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مدنى تعديل العقد باتفاقهما، فإنه يجوز أيضا لكل من صاحب الدعوة إلى التعاقد بطريق المزاد بعد الإعلان عن شروطه، وللمتقدمين بالعطاءات.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذ كان المشرع قد نص فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن يكون البيع بطريق الممارسة أو المزاد العلنى وفقا للقواعد والإجراءات والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية فقد أفصح فى المذكرة الإيضاحية على أن الهدف من هذه الإحالة هو ترك ما يتطلبه تفصيل الأحكام وما يتعلق بالاحتمالات التى تكشف عنها تطبيقه لتعالجها اللائحة حتى يتيسر تعديلها كلما اقتضى ذلك ظروف الحال. لماكان ذلك وكان المستفاد من الأحكام التى انتظمتها اللائحة بشأن شروط البيع ومنها شروط سداد الثمن - أنها تقوم على أساس جوهرى هو أن يتم البيع بطريق الممارسة أو المزاد العلنى وبواسطة لجان خاصة ضمانا لسلامة الإجراءات وكفالة لحقوق ذوى الشأن وفيما عدا ذلك فإن تلك النصوص لاتعدو أن تكون تبيانا للقواعد والإجراءات التى ترخص للجهة الإدارية القائمة على البيع مراعاتها مما يسوغ القول أنها وضعت قيودا على حق الدولة فى وضع شروط أكثر ملاءمة لاقتضاء حقها فى هذه البيوع وفى إطار المسلم أصلا من أن عقد البيع من العقود الرضائية التى تتم وفقا للشروط التى يرتضيها طرفاه وإذ كان ذلك وكان المشرع لم يرتب البطلان جزاء مخالفة تلك الشروط

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠٠.

الموضوعية ولم يحظر الاتفاق على شروط مغايرة ومن ثم فإنها لا تكون متعلقة بالنظام العام وبالتالى يجوز الاتفاق على مخالفتها".

(طعن رقم ١٦٩٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٩)

٢- "النص فى المادة ٩٩ من القانون المدنى على أن "لايتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد..." مفاده أن العقد فى المزايدات ينعقد كأصل عام بإيجاب من المزايد هو العطاء الذى يتقدم به وقبول من الجهة صاحبة المزاد يتم برسو المزاد، إلا أنه إذا تضمنت شروط المزاد أحكاما خاصة فى هذا الشأن فإن هذه الأحكام هى التى يجب الرجوع إليها باعتبارها قانون المتعاقدين".

(طعن رقم ١٢٩٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٦)

٣- "النص فى المادة ٩٩ من التقنين المدنى على أنه "لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد..." يدل على أن التقدم بالعطاء سواء فى المزايدات أو المناقصات ليس إلا إيجابا من صاحب العطاء يلزم لانعقاد العقد أن يصادفه قبول بإرساء المزاد أو المناقصة عليه ممن يملكه واستخلاص تلاقى الإيجاب والقبول واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا، وكما يجوز للمتعاقدين وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى تعديل العقد باتفاقهما فإنه يجوز أيضا لكل من صاحب الدعوة إلى التعاقد بطريق المزاد بعد الإعلان عن شروطه والمتقدمين بالعطاءات، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن أرفق بعطائه الذى تقدم به فى المزاد محل التداعى مبلغ مائتى جنيه كتأمين ابتدائى وهو يقل عن النسبة المحددة فى البند الثانى من شروط المزايدة وتعهد بسداد باقى التأمين عند رسوها عليه فقبلت منه المطعون ضدها هذا الإيجاب المتضمن تعديلا لهذا الشرط وأخطرته برسو المزاد عليه مما مفاده انعقاد العقد بينهما وفقا لهذا التعديل ولاينال من ذلك مطالبتها له بسداد باقى التأمين إذ أن هذه المطالبة تنصرف إلى استكمال التأمين الابتدائى ليصل إلى قيمة التأمين النهائى إعمالا للبند الثانى عشر من شروط المزاد ووفقا لتعهده آنف الذكر، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى فى حدود سلطته التقديرية وبأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدى إلى ما رتبه عليها – أن الطاعن أخل بالتزاماته الناشئة عن ذلك العقد بما يرتب مسئوليته ويخول للمطعون ضدها مصادرة مبلغ التأمين

المدفوع منه نفاذا للبند الثالث عشر من شروطه فإنه يكون قد أعمل صحيح حكم القانون".

(طعن رقم٢١٥٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٦/١١- غير منشور)

٤- "وحيث إن النعى سديد – ذلك أنه لما كان النص فى المادة ٩٩ من القانون المدنى على أن "لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد. .."مفاده أن العقد فى المزايدات ينعقد كأصل عام بإيجاب من المزايد هو العطاء الذى يتقدم به وقبول من الجهة صاحبة المزاد يتم برسو المزاد، إلا أنه إذا تضمنت شروط المزاد أحكاماً خاصة فى هذا الشأن فإن هذه الأحكام هى التى يجب الرجوع إليها باعتبارها قانون المتعاقدين، كما أنه يصح فى القانون تضمين شروط المزايدة اتفاقاً على مصادرة التأمين المؤقت المدفوع من المزايد الراسى عليه المزاد إذا لم يكمله عند قبول عطائه أو اعتماد رسو المزاد عليه دون أن يغير هذا الجزاء من طبيعة هذا الاتفاق وأنه شرط جزائى يتضمن تقديراً اتفاقياً للتعويض عند الإخلال بشروط المزايدة يخضع لحكم المادة ٢٤٤ من القانون المدنى، وكان الثابت بالأوراق أن شروط البيع بالمزاد التى جرى على أساسها التعاقد موضوع الدعوى تتضمن فى البند الأول منها أن يسدد المزايد عشرة آلاف جنيه بصفة تأمين قبل جلسة المزاد، وفى البند الرابع أن يسدد من يرسو عليه المزاد بالنسبة لأراضى الخدمات ٦٠% من الثمن الأساسى الراسى عليه فى جلسة البيع مخصوماً منها قيمة التأمين السابق سداداه والمصاريف الإدارية فى موعد غايته ١٩٩٧/٣/٣١ ومن يتخلف عن هذا الميعاد يصادر مبلغ التأمين المدفوع لصالح الشركة، وفى البند العاشر على حق الشركة فى أن تلغى جلسة البيع دون إبداء أسباب، وكان مفاد هذه الشروط أن انعقاد العقد يكون بإيجاب من المزايد هو عطاؤه الذى يتقدم به طبقاً للأصل العام بينما يتم القبول من الجهة صاحبة المزاد (الطاعنة)، أما ما ورد فى البند الخامس من التزام الراسى عليه المزاد سداد باقى الثمن المحدد فيه خلال أجل معين فإن ذلك هو أحد الالتزامات المترتبة على قيام العقد فى ذمة من رسا عليه المزاد. لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون ضدها رسا عليه مزاد بيع قطعة الأرض محل الدعوى، وإذ لم يكن بين شروط البيع بالمزاد التزام الشركة الطاعنة بالحصول على ترخيص من محافظة القاهرة بإنشاء محطة خدمة وتموين سيارات بهذه الأرض وكان هذا الالتزام يقع على عاتق الشركة المطعون ضدها حسبما هو ثابت من

تعهدها المؤرخ ١٩٩٧/٣/١٦ بعد جلسة المزايدة مباشرة والذى لم تجحده، ومن ثم فقد أصبحت المطعون ضدها الراسى عليها المزاد ملتزمة بسداد باقى مقدم الثمن خلال أجل معين طبقاً لما ورد بشروط البيع بالمزاد وإذ تخلفت عن أداء هذا الالتزام فى الميعاد المحدد فإنه يحق للشركةالطاعنة مصادرة التأمين طبقاً لشروط البيع بالمزاد بوصفه شرطاً جزائياً متفقاً عليه بين الطرفين. وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعنة برد مبلغ التأمين المشار إليه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه الفساد فى الاستدلال وخالف الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه".

(طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٣)

٥٣- حالة اشتراط المصادقة على إرساء المزاد من شخص معين:

إذا كان من مقتضى شروط المزاد وجوب المصادقة على إرسائه من شخص معين أو من هيئة معينة. كما هى الحال فى بيع وإيجار أموال الدولة، فإن المزاد لا يعتبر أنه قد أرسى إلا إذا حصل ذلك التصديق. على أنه إذا حصل التصديق على إرساء المزاد عند لزومه، اعتبر العقد منعقدا من تاريخ رسو المزاد، وبمعنى أدق من تاريخ علم المتزايد بإرساء المزاد عليه(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نصوص المواد ٨، ١٧، ١٨ من لائحة شروط بيع أملاك الميرى الحرة الصادرة فى ٣١ من أغسطس سنة ١٩٠٢ مرتبطة- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن بيع أملاك الحكومة الخاصة المطروحة فى المزايدة لايتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ولا يعتبر رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجابا صادرا من الراسى عليه المزاد".

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩)

---

(١) وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل بعض حضرات الأعضاء... عن المزايدات الحكومية التى تحتاج إلى تصديق طبقا للقواعد المالية فأجاب عبده محرم بك بأنه لا يمكن إرساء المزاد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه... الخ ". (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٦).

٥٤- التعاقد عن طريق المناقصة:

قد يتم التعاقد فى بعض الأحيان عن طريق المناقصة، كما يحصل غالبا فى الاتفاق مع المهندسين أو المقاولين بشأن إقامة المبانى وغيرها من المنشآت الحكومية. والمناقصة ما هى إلا مزايدة فى تخفيض المقابل الذى يستحقه المتعاقد نظير العمل الذى يلتزم به. ولذلك يسرى عليها ما يسرى على المزايدة بمعناها الضيق من أحكام.

٥٥- المزايدة أو المناقصة داخل مظروفات:

الأصل فى المزايدة أن تحصل علنا، فيعرف كل من يشترك فيها بالعطاء الذى يتقدم به غيره. وهذا ليس هو الحاصل فى كل الأحوال. فكثيرا ما تقع المزايدة أو المناقصة من غير أن يعلم من يشترك فيها بعطاءات غيره. وهذه هى المزايدات أو المناقصات داخل مظروفات، التى يغلب أن تلجأ إليها الدولة وغيرها من الأشخاص العامة الأخرى فى مشروعاتها الكبرى.

والمزايدة أو المناقصة داخل مظروفات هى بالأساس مزايدة. ومن ثم تسرى عليها فى الأصل أحكام المزايدة التى ذكرناها سلفا. ويستثنى من هذه الأحكام ما تقتضيه سرية العطاءات المتمثلة فى عدم علم المتزايد أو المتناقص بعطاء غيره. ومؤدى ذلك اعتبار المتزايد أنه لم يعلق بقاء عطائه على عطاءات الآخرين، وإنما هو يفترض فيه أنه بتقديمه عطائه داخل مظروف، أراد أن يبقى عطاؤه هذا قائما إلى أن تفض المظروفات ويتقرر إرساء المزاد أو المناقصة، ومن غير أن يتأثر عطاؤه هذا بما عساه أن يكون غيره قد تقدم به من عطاءات أخرى. وهكذا يكون للداعى للمزاد أو للمناقصة أن يتخير من العطاءات المقدمة ما يراه له أصلح، دون أن يتقيد بقيمة أى منها، وذلك كله ما لم يتفق على غيره، أو يقضى القانون بخلافه(١).

٥٦- التخلى عن الاشتراك فى المزايدة:

ليس فى القانون ما يمنع من الاتفاق على أن يتخلى أى شخص بإرادته واختياره عن الاشتراك فى المزايدة فى بيع اختيارى ومن ثم فإن التخلى فى هذه الحالة يكون صحيحا.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠٢ وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"ليس فى القانون ما يمنع من الاتفاق على أن يتخلى أى شخص بإرادته واختياره عن الاشتراك فى المزايدة فى بيع اختيارى طالما أن حرية التزايد متاحة لغيره من الراغبين فىالاشتراك فى المزاد، وإذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض إجابة الطاعن إلى طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات اتفاقه مع المطعون ضده على عدم التقدم لمزاد بيع الأرز موضوع الدعوى على أن يبيعه المطعون ضده كمية من الأرز التى يرسو مزادها عليه استنادا إلى أن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام لأنه يحد من حرية المزايدة مما يجعل إثباته بالبينة غير جائز قانونا، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

٥٧- طبيعة الحكم الصادر برسو المزاد:

أوضحت محكمة النقض طبيعة الحكم الصادر برسو المزاد بقولها:

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم الصادر برسو المزاد ليس حكما بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة فى الخصومات وإنما هو عقد بيع ينعقد جبرا بين مالك العقار المنعقد عليه وبين المشترى الذىتم إيقاع البيع عليه ومن ثم فإنه يترتب على صدور حكم مرسى المزاد وتسجيله الآثار التى تترتب على عقد البيع الاختيارى".

(طعن رقم ١١٥٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)



مادة (١٠٠)

القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.

الشرح

عقود الإذعان:

٥٨- تعريف عقد الإذعان:

عقد الإذعان [illegible] هو العقد الذى يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى فعلى أو تكون المنافسة محددوة النطاق فى شأنها.

وهذا العقد وليد التطور فى الحياة الاقتصادية الحديثة. فالصورة التقليدية للعقد تقوم على المساومة وتفترض مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة. ولكن النشاط المتزايد فى الحياة الاقتصادية أدى إلى زيادة هائلة فى عدد ما يجب أن يبرم من عقود، واقتضى هذا ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن فى أقل وقت وبأقل مجهود، فترتب على ذلك بالنسبة إلى عدد كبير من العقود أن انفرد الموجب بتحديد شروط العقد واستحال النقاش عند إبرامه. وقد وجد إلى جانب هذا التطور بالنسبة إلى عقد الإذعان تفاوت محسوس فى مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية، وذلك بسبب ما يتمتع به الموجب فى هذا العقد من احتكار قانونى أو فعلى فأصبح الموجب يقدم لمن يريد التعاقد معه شروط العقد ككل يأخذه جملة أو يدعه، ولابد لهذا الأخير من أن يتعاقد، لأن المسألة تتعلق بسلعة أو مرفق لا غنى عنه، فهو بذلك يرضخ ويذعن لمشيئة الطرف القوى، ومن هنا جاءت تسمية "عقد الإذعان"(١).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٠٩ وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠٤ وما بعدها – وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حضرات مستشارى محكمة النقض أن تصاغ المادة ١٠٠ كما يأتى: "عقد الإذعان هو الذى يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر غير قابل للمناقشة فيها".
وذلك ليكون النص مطابقا لمرجعه (المادة ١٧٢ لبنانى). =

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد العمل فى الصناعات الكبيرة، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة، وعقد النقل مع الهيئة القومية للسكك الحديدية والتلغراف وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران، وعقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والتليفون.

ففى هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش، ولا مفر للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة التى لا غنى عنها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- من حق عقود الإذعان، وهى ثمرة التطور الاقتصادى فى العهد الحاضر أن يقرر لها مكان فى تقنين يتطلع إلى مسايرة التقدم الاجتماعى، الذى أسفرت عنه الظروف الاقتصادية، وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت، فى رأى بعض الفقهاء،

= وقد حبذ سعادة دوس باشا الأخذ بالاقتراح لأنه يورد تعريفا لعقد الإذعان ولكن حضرة مندوب الحكومة اعترض على الاقتراح بقوله إن الصيغة المقترحة ليست مطابقة لمرجع النص ثم أنها لا تتضمن تعريفا يبرز جميع خصائص عقود الإذعان بل ولو كملت مقومات التعريف لكان من الأنسب إغفاله لوجوب تجنب التعريفات فى نصوص التقنين ما أمكن. وخلص حضرته من ذلك إلى أن نص المشروع أفضل من حيث الصياغة التشريعية ومناسبة السباق فهو يقتصر على إيراد حكم لا تعريف وهو يورد الحكم فى معرض بيان صور خاصة للقبول.

وقد قررت الأغلبية عدم الأخذ بالاقتراح. أما معالى صبحى باشا فإنه يؤيد تعريف الإذعان (محضر الجلسة ٦٢).

وقد جاء بملحق تقرير اللجنة ما يأتى:

"اقترح تعديل المادة ١٠٠ بأن تستهل بعبارة (عقد الإذعان هو الذى يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم) وبذلك تتمحض عبارتها لتعريف عقد الإذعان نفسه لا لوصف القبول فى عقود الإذعان على نحو ما فعل المشروع، ليكون النص فى صيغته المقترحة "مطابقا لمرجعه"وهو المادة ١٧٢ من التقنين اللبنانى. ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن الصيغة المقترحة ليست مطابقة لمرجع النص. ولم يكن فى الوسع أن تطابقه لأنه فقهى النزعة بصورة غير مألوفة فى التقنين. ثم أن هذه الصيغة لا تتضمن تعريفا يبرز خصائص عقود الإذعان، بل ولو كملت مقومات التعريف لكان من الأنسب إغفاله لوجوب تجنب التعريفات فى نصوص التقنين ما أمكن. هذا إلى أن نص المشروع أفضل من حيث الصياغة التشريعية ومناسبة السياق. فهو يقتصر على إيراده حكم لا تعريف وهو يورد الحكم فى معرض بيان صور خاصة للقبول" (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧١ وما بعدها).

سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى أصاب النظرية التقليدية للعقد، على أن المشروع لم ير مجاراة هذا الرأى إلى غايته بل اجتزأ بذكر هذه العقود، واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضربا من ضروب القبول، فثمة قبول حقيقى تتوافر به حقيقة التعاقد. ومع ذلك، فليس ينبغى عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ فى إذعان العاقد. فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة. ويقتضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود، تختلف عن القواعد التى تسرى على عقود التراضى، وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصا خاصا بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها"(١).

وقد أورد التقنين المدنى الجديد الأحكام التى أراد أن يخص بها عقد الإذعان فى ثلاثة نصوص متباعدة: الأول هو نص المادة (١٠٠) فى شأن القبول الذى ينعقد به العقد. والثانى هو نص المادة (١٤٩) الذى يمنح القاضى سلطة الإعفاء من الشروط التعسفية التى قد يتضمنها العقد. والثالث هو نص المادة (٢/١٥١) فى شأن تفسير العبارات الغامضة فى العقد. وكان أولى بالمشرع أن يورد أحكام عقد الإذعان فى موضع واحد، منعا للتشتت والتناثر، وهذا ما فعله القانون المدنى الكويتى حيث نظم عقد الإذعان باعتباره إحدى الصور التى يتم عليها التعاقد، وأورد أحكامه فى موضع واحد، وخصه بالمواد ٨٠، ٨١، ٨٢ منه.

كما حرص الشارع على أن يكفل حماية تشريعية للطرف المذعن. فأورد تنظيما خاصا للعقود الجديرة بهذا التنظيم، وهى عقد التزام المرافق العامة (م٦٨٨ – ٦٧٣ مدنى) وعقد العمل (م٦٧٤ – ٦٩٨ مدنى) وعقد التأمين (م٧٤٧ – ٧٧١ مدنى) وينظم عقد العمل أيضا القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

٥٩- خصائص عقود الإذعان:

يتميز عقد الإذعان بخصائص ثلاث أساسية هى:

١- أن يتعلق العقد بسلعة أو مرفق تعتبر من الضروريات ليس بالنسبة لفرد بعينه، وإنما بالنسبة لجمهرة الناس، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها فى حياتهم، دون أن يلحقهم الأذى أو الضيق.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٨ وما بعدها.

وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا مسألة واقع، وتدخل بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الشركة الطاعنة محتكرة للسيارات التى أعلنت عن إنتاجها والمعدة للاستعمال الخاص دون أن يبين بأسباب سائغة وجه اعتبارها من اللوازم الأولية للجمهور فى هذا المجتمع، ورتب الحكم على ذلك أن الإعلان الموجه من تلك الشركة يعد إيجابا بالبيع ملزما لها، وأن طلب حجز السيارة المقدم من المطعون ضده الأول إلى الشركة الموزعة يعتبر منه قبولا للإيجاب الصادر من الشركة المنتجة، وأن العقد الذى تم بناء على ذلك يكون من عقود الإذعان ولا يمنع من انعقاده ما ورد بطلب الحجز من شرط تعسفى أهدرته المحكمة، وبذلك حجب الحكم نفسه عن بحث ما تمسكت به الشركة الطاعنة من أن ما صدر منها لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد أن طلب حجز السيارة المقدم إلى الشركة الموزعة هو الذى يعتبر إيجابا وكذلك عن بحث ما إذا كان هذا الإيجاب قد صادفه قبول انعقد به عقد بيع السيارة موضوع النزاع- فإنه يكون مشوبا بقصور فى التسبيب أدى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون".

(طعنان رقما ٣٩٦، ٣٩٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٤/٣/١٢)

٢- أن يكون أحد المتعاقدين محتكرا للسلعة أو المرفق، سواء أكان احتكاره هذا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل تكون سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- "يجب لكى يعتبر العقد عقد إذعان – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يتضمن احتكارا قانونيا أو فعليا أو فى القليل سيطرة على السلعة أو المرفق تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وإذ كان تأميم شركات النقل البحرى لا يقوم فى ذاته دليلا على الاحتكار لأن التأميم لا يقتضى بطبيعته انعدام المنافسة بين الشركات المؤممة ولو عملت فى قطاع اقتصادى واحد، وكان النزاع بين طرفى الخصومة- على ما يبين من الحكم المطعون فيه- يدور حول عملية نقل داخلى

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠٧ – السنهورى ص ١٩١.

مما يتولاه إلى جانب شركات النقل المؤممة أفراد أو مؤسسات تابعة للقطاع الخاص مما يوفر عنصر المنافسة بين جميع هؤلاء فى عمليات النقل وينتفى معه الاحتكار فيها، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى فى حدود السلطة التقديرية لقاضى الموضوع إلى القول بعدم قيام احتكار فى عملية النقل محل النزاع، وبالتالى فلا يكون العقد موضوع الدعوى عقد إذعان، لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣)

(ب) "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع والمرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة، والسلع الضرورية هى التى لا غنى عنها للناس والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة. ولما كان ذلك، وكانت هذه الخصائص لا تتوافر فى التعاقد الذى تم بين الطاعنين والبنك المطعون ضده على التعيين فى وظيفة من الفئة التاسعة، فإن الحكم المطعون فيه إذ نفى عن هذا التعاقد صفة الإذعان يكون متفقا مع صحيح القانون، وما ينعاه الطاعنان على الحكم بعد ذلك من إخلال بقواعد المساواة فهو نعى يقوم على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع- هو التحقق من توافر شرط المساواة، ومن ثم فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ويكون النعى غير مقبول".

(طعن رقم ٧٤٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢)

٢- صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محدودة. ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب، فهى تارة تخفف من مسئوليته التعاقدية وأخرى تشدد فى مسئولية الطرف الآخر، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يغم فهمها على أوساط الناس(١).

---

(١) السنهورى ص ١٩٢- سمير تناغو ص ٤١ – وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى "وتتميز عقود الإذعان وغيرها باجتماع مشخصات ثلاثة: أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين. والثانى احتكار هذه السلع أو المرافق، =

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة والمدة غير محددة. وإذن فمتى كانت الحكومة قد أشهرت شروط مناقصة فى عملية إنشاء طريق، وكان من مقتضى هذه الشروط أن يتقدم كل ذى عطاء بشروط العمل وتحديد زمنه وتكاليفه، ولم يكن الإيجاب فيه مستمرا لزمن غير محدد، وكان لكل إنسان حرية القبول أو الرفض بعد تقديم عطائه أصلا أو بتضمينه الشروط التى يرتضيها وتلك التى لايقبلها، فإن التعاقد على هذه العملية لايعتبر عقدا من عقود الإذعان".

(طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٤/٢٢)

= احتكارا قانونيا أو فعليا، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها. والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها. وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان، تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين.

وقد ذهب القضاء فى مصر إلى أن عقود الإذعان تتوافر على حقيقة التعاقد، وترتب جميع آثاره. ومع ذلك فقد جنح، فى نطاق معين، للتخفيف من نتائج بعض الشروط الجائرة فيها. وقد حكم، فيما يتعلق بحقيقة هذه العقود، بأن كل تاجر يقوم بإيداع بضائعه فى مخازن شركة البوندد، يفرض فيه العلم بأحكام اللائحة الداخلية، التى قامت الشركة بنشرها ووضعها تحت تصرف الجمهور (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ ب ٣٤ ص ٤٤)، وأن الشروط المطبوعة فى عقود التأمين لها من قوة الإلزام ما للشروط المخطوطة بالنسبة للمؤمن (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ ب٢ ص ٣٦٠) وأنه لايجوز للمؤمن إزاء ذلك أن ينازع فى سقوط اشتراط فى عقد التأمين بدعوى أن الاشتراط كان مطبوعا (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٥ ب ١٨ ص ١٨٨) وقضى كذلك بأن الشروط الواردة فى تذكرة الشحن يجب أن تطبق بوصفها شريعة للمتعاقدين، متى خلت مما يتعارض مع النظام العام (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٤٠٥) (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٩ وما بعدها).

٦٠- مالا يعتبر من عقود الإذعان:

الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة، لا يجعل عقد الإيجار من عقود الإذعان.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا ولا مخالفة منه للنظام العام كما أن عقد الإيجار الذى يتضمن هذا الاتفاق لايعتبر من عقود الإذعان".

(طعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١١/١٣)

٦١- لا يجوز التمسك بأن العقد ينطوى على شروط إذعان لأول مرة أمام محكمة النقض:

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"التمسك بأن قيود البناء الواردة فى عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لا سبيل للمشترى عند توقيعه إلى المناقشة فيها لا يصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥)

٦٢- كيف يتم التعاقد بالإذعان:

يتم التعاقد فى عقود الإذعان بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة، ثم قبول من الطرف المذعن.

فالإيجاب هو عرض السلعة أو الخدمة من صاحبها على من يشاء من الجمهور. وهو إيجاب مسخر، يتم وفق شروط موضوعة سلفا ومنشورة على الناس، بحيث يستطيعون العلم بها. ويترتب على كون الإيجاب مستمرا، أنه إذا قبله أى شخص، قام العقد نهائيا، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحلل من إبرامه، حتى إذا ما قعد عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، انشغلت مسئوليته التعاقدية. ولكن يلاحظ أنه فى بعض الأحيان يقترن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تمليها طبيعة التعاقد ذاتها، بحيث لو أنها تخلفت، اعتبر الإيجاب غير قائم أصلا. ومثال ذلك الإيجاب بالتأمين على الحياة

الموجه للجمهور من شركات التأمين. فهذا الإيجاب معلق بالضرورة على شرط أن يكون المؤمن على حياته خاليا من الأمراض التى تتهدد الحياة. ومثال ذلك أيضا الإيجاب الموجه من شركات الخطوط الجوية وشركات النقل على خلاف أنواعها، فهذا الإيجاب معلق على شرط أن يكون هناك مقاعد شاغرة.

والإيجاب فى عقود الإذعان، على نحو ما ذكرنا لايعدو أن يكون تطبيقا للقاعدة العامة التى تقضى بأنه يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسى فى التعاقد، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال.

ويتم القبول فى عقود الإذعان، إذا جاء شخص وارتضى الإيجاب الموجه له ولغيره من أفراد الناس، فينعقد العقد بمجرد أن يتصل رضاؤه هذا بعلم الموجب. ولا يحول دون اعتبار ارتضاء الإيجاب هنا قبولا إياه من شأنه أن يقيم العقد، أن يكون قد انبنى من صاحبه على الرضوخ والإذعان لمشيئة الطرف الآخر. فهذا لايمنع من كون العاقد قد أراد العقد، وكان فى وسعه أن يمتنع عن إبرامه. وعلى أية حال فالقانون يقنع بهذا النوع من الرضاء لذات انعقاد العقد. وإن رتب عليه آثارا معينة سنذكرها فيما بعد، وهى آثار تسبغ حماية فعالة للطرف الذى جاء رضاؤه بالعقد عن رضوخ وإذعان لمشيئة غريمه[١].

٦٣- حماية الطرف الضعيف فى عقد الإذعان:

أنظر شرح المادتين (١٤٩، ١٥١ مدنى) .



(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١٠ ومابعدها.

مادة (١٠١)

١- الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التى يجب إبرامه فيها.

٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

الشرح

٦٤- تعريف الوعد بالتعاقد:

الوعد بالتعاقد[illegible] , عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها.

فهو عقد كامل يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعودله، ولكنه يمهد لعقد يراد إبرامه فيما بعد.

والغالب فيه أن يكون وعدا ملزما لجانب واحد هو الواعد، حيث لا يلتزم الموعود له بشىء. كأن يكون هناك شخص فى حاجة إلى قطعة أرض مجاورة ولا يستطيع شراءها فى الحال لعدم قدرته على دفع الثمن، فيعقد مع صاحب هذه الأرض اتفاقا يتعهد فيه هذا بأن يبيع الأرض له إذا أبدى رغبته فى شرائها خلال مدة معينة، فيكون هذا وعدا بالبيع يلتزم به صاحب الأرض. وكأن يشترط المؤجر على المستأجر فى عقد الإيجار أن يشترى العين المؤجرة إذا أبدى الأول رغبته فى البيع خلال مدة الإيجار، فيكون هذا وعدا بالشراء يلتزم به المستأجر.

وقد يكون الوعد ملزما للجانبين. كأن يعقد مالك منزل اتفاقا مع شخص يعد فيه كل منهما الآخر، فيعد المالك بالبيع إذا رغب هذا الشخص فى الشراء خلال مدة معينة، ويعد هذا الأخير بالشراء إذا رغب المالك فى البيع خلال هذه المدة، فيصبح كل من الطرفين ملتزما بالوعد الذى يقع على عاتقه بمقتضى هذا الاتفاق. وهذا الوعد الملزم للجانبين فرض نظرى قل أن يقع فى العمل. وهو يختلف اختلافا جوهريا عن

عقد بيع العقار الذى يسمى فى الحياة العملية خطأ بالعقد الابتدائى، فهذا الأخير فى حقيقته عقد نهائى تترتب عليه كل آثار البيع من وقت نشوئه، وذلك فيما عدا انتقال الملكية الذى يتراخى إلى حين تمام التسجيل. أما الوعد الملزم للجانبين فإن اتفاق الطرفين فيه على مدة يستطيع كل منهما أن يظهر رغبته خلالها فى التعاقد يدل على أنهما لم يريدا أن يجعلا منه عقدا نهائيا، وإنما أرادا وعدا يمهد لعقد نهائى يتم عندما يظهر أحدهما رغبته فى التعاقد، ففى هذا الوقت فحسب تترتب آثار البيع. فإذا مضت المدة المتفق عليها فى هذا الوعد دون أن يظهر أى من الطرفين رغبته فى التعاقد سقط الوعد، وفى هذه الحالة بزول ما كان يلتزم به كل من الطرفين نحو الآخر.

ومن هنا يتبين أن الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والعقد النهائى. فهو يزيد على الإيجاب، لأنه عقد يتم بإيجاب وقبول، وهو دون العقد النهائى لأن الإيجاب والقبول فيه لا ينصبان إلا على مجرد الوعد بالتعاقد(١).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٢٩ وما بعدها – **وقد قضت محكمة النقض بأن:**

"متى تبين أن ما ذهب إليه الحكم فى صدد عقد الوعد بالبيع موضوع النزاع لا يخرج عن كونه تفسيرا لنصوص ذلك العقد استدلت عليه المحكمة من وجهة ومقصود عاقديه من ألفاظه وعباراته وما قارنه من ظروف ثم انتهت المحكمة من ذلك إلى نتيجة سائغة عقلا تؤدى إليها مقدماتها فإن ذلك مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها".

(طعنان رقما ٢٤٦، ٢٤٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/١٣)

كما قضت بأن:

"إذا كان الثابت فى الدعوى أن.... وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ... وبالسعر المحدد به، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب... هو بيع تام ملزم للطرفين، تترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع، ولا يؤثر عليه إرجاء التحديد النهائى لمساحة المبيع – وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ... عقد بيع كامل الأركان، ورتب على تنازل المشترى عن حقوقه فى هذا العقد إلى الطاعنين، وقبولهما الحلول فيه، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشترى الأول إليهما اعتبارهما مشتريين، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥)

٦٥ - شروط الوعد بالتعاقد:

١- يشترط أن يتفق فى الوعد بالتعاقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه. ويقصد بالمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه الأمور التى لا ينعقد هذا العقد بغير التراضى عليها فهى بالنسبة للبيع الشيء المبيع والثمن فلا يكفى مثلا لقيام الوعد بالبيع أن يعد شخص بأن يبيع لآخر منزله، إذا لم يكن قد حدد الثمن الذى يعد بأن يحصل البيع على أساسه وهى بالنسبة للإيجار العين المؤجرة والأجرة.

أما مدة الإيجار فهى وإن كانت ركنا فى العقد، إلا أنه ليس من المحتم أن يعرض لها المتعاقدان مباشرة، لا فى عقد الإيجار ذاته ولا فى عقد الوعد به، إذ أن القانون فى مثل هذه الحالة، يفترض أن المتعاقدين قد قصدا أن تكون مدة الإيجار هى تلك المحددة لدفع الأجرة (م ٥٦٣ مدنى).

وهى بالنسبة للرهن، العين المرهونة والدين المضمون.

والمعيار الذى تجب مراعاته لمعرفة ما إذا كانت المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه معينة فى الوعد من عدمه هو التساؤل عما إذا من شأن هذا العقد أن يقوم بمجرد أن يقبل الموعود له دون حاجة إلى الاتفاق على شيء آخر أم لا. فإذا كان الأمر الأول، فإن تعيين المسائل الجوهرية يعتبر حاصلا وإلا فلا[1].

فلا يعتبر الوعد بالتعاقد قد تضمن الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، إذا تضمن أن هناك شروطا أخرى للوعد لم يحددها الطرفان بالإضافة إلى الشروط التى حدداها بالوعد.

٢- تحديد المدة التى يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها:

يشترط أن يتضمن الوعد المدة التى يلتزم الواعد بإبرامه العقد الموعود به خلالها إذا ما ارتضاه الموعود له. فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد وقع باطلا.

بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحا، بل يكفى أن يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال.

كما أنه لا يلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديدا عدديا بالأيام أو الأشهر أو السنين مثلا، وإنما يكفى أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما كان سليما من شأنه أن يمكن قاضى الموضوع من إجرائه على نحو سائغ ومقبول.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٧٩ وما بعدها- السنهورى ص ٢٠٩ وما بعدها.

وتعيين المدة قد يقع صراحة كما يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد. وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة، وكان فى عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة، جاز الوعد بالتعاقد لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التمهيدى تحديد المسائل الأساسية فى التعاقد، والمدة التى يتم فيها... الخ"(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- "يشترط لانعقاد الوعد بالبيع سواء فى القانون المدنى القديم أو فى القانون القائم اتفاق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به، فضلا عن المدة التى يجب فيها على الموعود إظهار رغبته فى الشراء، وذلك حتى يكون السبيل مهيأ لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود دون حاجة إلى اتفاق على شىء آخر. والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها – فإذا كان الطرفان قد أفصحا فى البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذى اعتبره الحكم المطعون فيه متضمنا وعدا من جانب الحكومة ببيع خمسمائة فدان ثانية للمطعون عليه عند وجود شروط أخرى – إلى جانب الشروط الواردة فى العقد- لم يعينها الطرفان وإنما تركا لوزارة المالية وضعها عند إبرام بيع هذه الصفقة، وكان حرص الحكومة على الإشارة فى العقد إلى تلك الشروط الجوهرية للبيع والتى بدونها لا تقبل إبرامه، فإن إظهار المطعون عليه رغبته فى الشراء لا يؤدى بذاته إلى انعقاد بيع تلك الصفقة، بل لابد لذلك من تعيين الشروط التى اتفق الطرفان على ترك أمر وضعها لوزارة المالية ومن قبول المطعون عليه لها بعد اطلاعه عليها، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر

---

(١) السنهورى ص ٢١٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧٣ وما بعدها.

الاتفاق الوارد فى البند الرابع من العقد وعدا ببيع الخمسمائة فدان الثانية وذلك مع خلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية، وإذ انتهى الحكم إلى اعتبار بيع هذه الصفقة قد تم صحيحا بإظهار المطعون عليه رغبته يكون قد أخطأ فى القانون وخرج بقضائه عما اتفق عليه المتعاقدان".

(طعن رقم ٥٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

(ب) – "يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقا للمادة ١٠١ من القانون المدنى أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فضلا عن المدة التى يجب إبرامه فيها، وذلك حتى يكون السبيل مهيئا لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلى اتفاق على شىء آخر والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها، والتى ما كان يتم العقد بدونها".

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٤/٢١)

(ج)– "إذ كان الوعد بالإيجار الملزم لجانب واحد هو عقد بمقتضاه يتعهد صاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب فى استئجارها، وكان هذا العقد وفقا للمادة ١٠١ من القانون المدنى لكى يعتبر ملزما لمن صدر منه الشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقد الإيجار، وأن تحدد فيه المدة التى يجوز فيها إلزام الواعد بإتمام الإيجار خلالها، وكان الاتفاق على تحديد هذه المدة لا يشترط أن يكون صريحا بل يجوز أن يكون ضمنيا فيحق أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة المعقولة التى يقدرها لنفاذ الوعد الإيجار، لما كان ذلك، وكان الوعد بالإيجار مثار النزاع قد خلا من تقرير المدة التى يجوز فيها إلزام الطاعن الأول بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعون عليه الأول فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى قدرت المدة التى اعتبرتها معقولة – تسع سنوات– فى نطاق ما تستقل به من سلطة تقديرية وفق مقصود العاقدين، وكان هذا التقدير لا ينطوى على مخالفة لأية قاعدة آمرة نصت عليها القوانين الاستثنائية لإيجار الأماكن، فإن النص – على تحديد هذه المدة – يكون على غير أساس".

(طعنان رقما ٥٦٥، ٥٧٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

(د)– "الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو – وعلى ما يبين من نص المادة ١٠١ من القانون المدنى – عقد بمقتضاه يتعهد صاحب الشىء بأن يبيعه لآخر إذا

ما رغب فى شرائه بما مؤداه أن الوعد بالبيع ينطوى على التزام من جانب واحد وأن تنفيذ الواعد بالتزامه هذا منوط بإبداء الموعود له رغبته فى الشراء".

(طعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٢)

(هـ) – "لما كان تحديد المدة (التى يظهر فيها الموعود رغبة فى إبرام العقد خلالها) حسبما استقر على ذلك قضاء هذه المحكمة كما يجوز أن يكون صريحا يمكن أن يكون ضمنيا يستفاد من ظروف الدعوى وكانت تأشيرة المحافظ مقرونة بالإحالة إلى الجهات المختصة لاتخاذ إجراءات البيع وكانت هذه الإجراءات بطبيعتها تأخذ مدة من الزمن فإن المدة المتفق عليها لإظهار الرغبة فى إتمام البيع هى المدة اللازمة للانتهاء من هذه الإجراءات".

(طعن رقم ١٩١٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٢/٣١/٢٠)

٦٦- شروط الانعقاد والصحة:

يترتب على كون الوعد بالتعاقد عقدا، ضرورة توافر شروط الانعقاد والصحة اللازمة فى كل عقد بصفة عامة، وهى تتعلق بالرضاء والمحل والسبب وسلامة الإرادة من العيوب، وتوافر الأهلية ويشترط توافر هذه الشروط وقت إبرام الوعد لا وقت إبرام العقد الموعود به. وعلى ذلك فإذا وعد شخص ببيع شىء لآخر، وجب أن تتوافر لدى الواعد أهلية البيع وقت الوعد لا وقت إظهار الموعود له إرادته. أما الموعود له فلا يشترط أن يكون أهلا للشراء وقت الوعد بل فى الوقت الذى يظهر فيه رغبته فى الشراء، لأنه لن يلتزم إلا فى هذا الوقت مادام الوعد غير متبادل لا يلزم سوى الواعد بالبيع. كذلك فإن العبرة فى سلامة إرادة الواعد هى بوقت الوعد(١).

٦٧- الوعد بالتعاقد فى العقود الشكلية:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد".

فيشترط فى الحالات التى يكون العقد الموعود به شكليا، كعقد رهن رسمى أو عقد هبة، أن يتم الوعد فى نفس الشكل الذى يتطلبه القانون للعقد المراد إبرامه.

---

(١) المستشار الدكتور محمد شتا ص ٥٣٦ – الدكتور سعيد عبد السلام الوجيز فى المدخل لدراسة القانون والالتزام ٢٠٠٠/٢٠٠١ ص ٢٦٧.

وعلى هذا النحو فإن الوعد بإبرام 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 إبرام عقد وعد لا يراعى فيه الشكل ثم تصطنع خصومة أمام القضاء، ويصدر فيها حكم يقوم مقام العقد الشكلى المراد إبرامه دون أن يكون قد روعى شرط الشكل فعلا(١).

أما إذا كان العقد رضائيا، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائيا مثله، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد النهائى مكتوبا فى ورقة رسمية. ذلك أن الرسمية المطلوبة فى العقد النهائى قد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون. فالعقد الموعود به هو فى أصله عقد رضائى لا عقد شكلى(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين. ففى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدى نفسه. ويوجه هذا النظر إلى أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون، مادام أن الوعد قد يؤدى إلى إتمام التعاقد المراد عقده، فيما إذا حكم القضاء بذلك. ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد، لا يستوفى فيه الشكل المفروض، ثم يستصدر حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها"(٣).

ومع هذا فالوعد بإبرام عقد رسمى دون أن يتخذ الشكل الرسمى المطلوب للعقد لا يكون خلوا من أى أثر قانونى، لأنه يعتبر مع ذلك عقدا غير مسمى تم بإيجاب وقبول وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ويرتب التزاما شخصيا فى ذمة الواعد، ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدى عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمى، كما يجوز

---

(١) السنهورى ص ٢١٠ومابعدها – سمير تناغو ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) السنهورى ص ٢١٠ ومابعدها.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧٤.

الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ومع ذلك، فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلوا من أى أثر قانونى، إذا لم يستوف ركن الرسمية. فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة. وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به"(٢).



(١) السنهورى ص ٢١١- المستشار أنور طلبه ص ٤٢١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧٥.

مادة (١٠٢)

إذا وعد شخص بإبرام 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.

الشرح

٦٨- آثار الوعد بالبيع قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة:

سواء كان الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين فإنه إذا انعقد صحيحا، فطالما لم يحل الميعاد المحدد للوعد ولم يعبر الموعود له عن إرادته للواعد، فإنه لا يكون للموعود له قبل الواعد سوى التزامات شخصية، هى أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له، وهذا التزام بعمل، ولكن لا يترتب على الوعد ثمة آثار من آثار العقود الموعود به. فالوعد بالعقد لاينشيء حقوقا عينية، حتى ولو كان العقد المراد إبرامه من شأنه أن يؤدى إلى إنشاء حقوق عينية. فمثلا الوعد بالبيع لا ينشئ للموعودله حقا عينيا على الشيء محل الوعد، ولكنه ينشيء له حقا شخصيا فى مواجهة الواعد. وعلى هذا النحو فإن 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.

وإذا هلك الشيء قضاء وقدرا تحمل الواعد تبعة هلاكه، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما فى العقد النهائى، بل أيضا لأنه لا يزال المالك، ولكنه لا يكون مسئولا عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء هلك قضاء وقدرا[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إنه إن جاز أن يحسب على من وعد بالبيع تحت خيار المشترى تصرفه قبل وقوع الخيار فى جزء من العين التى وعد ببيعها، وأن تضمن مسئولية هذا التصرف الرضائى باعتباره إخلالا بالاتفاق، فإنه لا يجوز بحال أن يحسب عليه نزع ملكية

---

(١) السنهورى ص ٢١٣ – سمير تناغو ص ٤٦ – المستشار محمد شتا ص٥٣٧ وما بعدها.

بعض العين للمنفعة العامة، لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم هلاكه، وهذا يكون حتما على المالك، وبحكم اللزوم العقلى لايضمن عنه الواعد بالبيع".

(طعن رقم ٥١ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/١/١٣)

٢- "إذا اتفق الطرفان على أن لأحدهما الخيار فى مدة معينة فى أن يشترى العين فإن صاحب الخيار لا يتحلل من التضمينات إلا عند عدم قبول التعاقد فى الفترة المحددة للاختيار. أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولا عن تنفيذه وملزما بالتضمينات فى حالة عدم التنفيذ".

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/١٤)

٦٩- آثار الوعد بالبيع بعد انتهاء الميعاد أو ظهور الرغبة:

إذا انتهت مدة الوعد دون أن يظهر الموعود له رغبته فى التعاقد سقط الوعد، وفى هذه الحالة يزول ما كان يلتزم به أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر، لا فرق فى ذلك بين أن يكون الوعد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين. ولا يصح قصر هذا الحكم على الوعد الملزم لجانب واحد، لأن اتفاق الطرفين فى الوعد الملزم للجانبين على مدة لإبداء الرغبة فى التعاقد يعنى أن إرادتهما قد اتجهت إلى التحلل من هذا الوعد إذا لم تظهر هذه الرغبة من جانب أى منهما فى خلال هذه المدة. وكذلك يسقط الوعد إذا كانت المدة لم تنته ولكن الموعود له أعلن عدم رغبته فى التعاقد، إذ يكون قد نزل عن الحق الذى له قبل الواعد.

أما إذا أظهر الموعود له رغبته فى التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك فإن العقد النهائى يتم، ويعتبر تمامه هذا من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد لأن إبداء الرغبة فى التعاقد يكون بمثابة قبول لإيجاب يتمثل فى الوعد الذى يلتزم به الواعد والذى يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائى. فوقت إبداء الرغبة هو الوقت الذى يتم فيه العقد النهائى، وهو بالتالى الوقت الذى تترتب فيه آثار العقد[١]. وذلك دون إرادة جديدة من جانب الواعد.

فقيام العقد إذن لايحتاج إلى رضاء جديد من جانب الواعد.

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٣٥ وما بعدها – المستشار محمد شتا ص٥٣٨.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الوعد بالإيجار عقد غير مسمى ينشىء فى ذمة الواعد التزاما نحو الموعود له بأن يؤجر له العين إذا أظهر رغبته فى استئجارها خلال مدة معينة وينقلب إلى إيجار كامل بمجرد ظهور هذه الرغبة دون حاجة إلى رضاء جديد من جانب الواعد الذى يلتزم عندئذ بجميع التزامات المستأجر".

(طعن رقم ٥٠١٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٥/٦/١٤)

على أنه لا يعتد برضاء الموعود له إلا إذا جاء على نحو ما تضمنه الوعد. فإذا قبل الموعود له إبرام العقد، ولكن على نحو يتغاير مع اتفق عليه فى الوعد كشروط له، فإنه لا يقوم أصلا.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يشترط قانونا لانعقاد عقد بيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته فى التعاقد، مطابقة إرادته لإرادة الواعد التى عبر عنها فى وعده مطابقة تامة فى كل المسائل الجوهرية التى تناولها التعاقد، فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد فلا ينعقد العقد ما لم يقبل الواعد هذا التعديل، إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد فلا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائغة وفى نطاق سلطتها الموضوعية أن إرادة طرفى العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن، فإن الحكم إذ انتهى إلى أن البيع لم ينعقد لفقده ركنا جوهريا من أركان انعقاده وهو الثمن، ورتب على ذلك بقاء عقد الإيجار المبرم بينهما من قبل ساريا كما كان قبل إظهار المستأجر رغبته فى الشراء لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ١٩٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١٦)

ويكفى لقيام العقد الموعود بإبرامه أن يرتضيه الموعود له ويتصل رضاؤه يعلم الواعد فى المدة المحددة، فلا يلزم بعد ذلك أن يقوم الموعود له بالوفاء بالالتزامات التى يرتبها عليه العقد الذى ارتضاه، ما لم يتفق فى الوعد على غير ذلك كما لا يمنع من قيام العقد قيام الخلف بين الطرفين حول تنفيذ كل منهما لالتزاماته، ما لم يستدل من سكوت الموعود له على أنه أراد أن يوجب للواعد بالتقايل عن العقد الذى قام، وفى هذه الحالة، إذ قبل الواعد بدوره التقايل إن صراحة أودلالة، اعتبر العقد الموعود

بإبرامه أنه قام فعلا، ولكنه انحل بعد قيامه. واستخلاص حصول التقايل هنا من عدمه مسألة واقع، ويدخل بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى نص المادتين ٩٥، ١/١٠١ من القانون المدنى أنه متى اتفق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به وعلى المدة التى يجب فيها على الموعود إظهار رغبته فى الشراء، ينعقد العقد بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد، ولا يؤثر فى صحة انعقاده ونفاذه قيام الخلف بين الطرفين حول تنفيذ أى منهما لالتزاماته المترتبة عليه لأنهما فى النهاية يخضعان فيما اختلفا فيه لأحكام القانون الواردة فى هذا الخصوص، لما كان ذلك، وكان المقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى المتعاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها، وكان الطرفان – على ما يبين من عقد ١٩٧٣/٩/١٤ – لم يفصحا عن وجود شروط أخرى أرادا تعيينها لانعقاد الوعد بالبيع عدا أركانه الأساسية وهى المبيع والثمن، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية مثل ميعاد الوفاء بالثمن، فإن هذا الوعد الصادر من المطعون ضدهما قد انقلب إلى عقد بيع تام يرتب كافة آثاره القانونية بمجرد ظهور رغبة الطاعن فى الشراء بإنذاره المعلن لهما فى ١٩٧٦/٩/٩ وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧)

٧٠- امتناع الواعد عن تنفيذ وعده:

إذا أعلن الموعود له رغبته فى التعاقد، وامتنع الواعد عن تنفيذ العقد النهائى الذى تم بإعلان هذه الرغبة كان للموعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد. وإذا كان العقد الموعود به بيع عقار فإنه بتسجيل هذا الحكم تنتقل ملكية العقار إلى الموعود له. غير أنه إذا كان محل العقد الموعود به شيئا معينا بالذات وتصرف فيه الواعد إخلالا منه بوعده فلا يبقى أمام الموعود له فى هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض[١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٣٦.

ويقوم الحكم الذى يصدره القاضى مقام العقد الموعود بإبرامه ويكون حكم القاضى مقررا هنا لا منشئا بمعنى أن العقد الموعود به يعتبر منعقدا لا من الوقت الذى يصدر فيه الحكم ولكن من الوقت الذى يكون فيه الموعود له قد عبر عن رغبته فى إبرام العقد النهائى ويكون الحكم الذى يصدره القاضى منشئا إذا كان المتعاقدان فى عقد الوعد قد جعلا انعقاد العقد الموعود به متوقفا على كتابة فى ورقة رسمية إذ لا يكفى هنا أن يعبر الموعود له فقط عن رغبته فى إبرام العقد النهائى بل لابد أن يتعاون كل من الواعد والموعود له فى إعداد الورقة الرسمية فإذا نكل الواعد عن ذلك وقاضاه الموعود له. فإن الحكم الذى يصدره القاضى يكون منشئا لا مقررا. ولا يعتبر العقد الموعود به منعقدا إلا من وقت صدور الحكم لا فى الوقت الذى يكون فيه الموعود له قد عبر عن رغبته فى إبرامه(١).

غير أنه إذا كان تنفيذ الوعد مرهقا للواعد فيجوز فى هذه الحالة أن يقتصر القاضى على إلزام الواعد بدفع تعويض نقدى متى كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما (م٢/٢٠٣ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إنه وإن كان الأصل أن للدائن طلب تنفيذ التزام مدينه عينا، وكان يرد على هذا الأصل استثناء من حق القاضى إعماله تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدنى أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين فيجوز فى هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدى متى كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما، إلا أنه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه لم يتضمن ما يفيد أن الطاعن الأول دفع الدعوى بأن تنفيذ الوعد بالإيجار عينا ينطوى على رهق له وأبدى استعداده للتنفيذ بمقابل، وكان الطاعنان لم يقدما ما يدل على تمسكهما بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، وهو أمر يخالطه عناصر واقعية ويقتضى تحقيق اعتبارات موضوعية، فإنه لايجوز لهما إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ويكون النعى غير مقبول".

(طعنان رقما ٥٦٥، ٥٧٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

٢- "لما كان الطاعن قد استنجز المطعون ضدهم فى إتمام العقد النهائى بإظهار رغبة فى إتمام هذا العقد فى أشكال مختلفة بداية من الإنذار حتى رفع هذه

(١) المستشار مصطفى هرجه العقد المدنى – دار محمود للنشر والتوزيع ص ١١٠ وما بعدها.

الدعوى (بندب خبير لتقدير ثمن الأرض محل الوعد بالبيع) بعد أن لمس رغبة منهم فى النكول عن الوعد بتوقف إجراءات البيع التى طلب المحافظ اتخاذها رغم موافقة بعض الجهات المختصة عليه وتسليمه الأرض وإصدار ترخيص له يحمل رقم ١ لسنة ١٩٨٤ من مجلس مدينة شبرا الخيمة فإقامة سور حولها واستغلالها فعلا فى الغرض المطلوب الشراء من أجله وكان يجوز للموعود إعمالا لحكم المادة ١٠٢ من القانون المدنى فى حالة نكول المتعاقد الآخر من إنجاز وعده مقاضاته طالبا تنفيذ الوعد متى كانت الشروط اللازمة لتمام العقد متوافرة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى لعدم توافر شروط الوعد بالبيع فإنه يكون معيبا".

(طعن رقم ١٩١٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٠)

٧١- سقوط حق الموعود له بفوات المدة دون أن يعلن رضاءه بالوعد دون إجراء آخر:

إذا انقضت المدة المحددة لبقاء الوعد، دون أن يعلن الموعود له الواعد برضائه بالتعاقد، فإن الوعد يسقط من فوره، ومن تلقاء نفسه دون حاجة من الواعد إلى اتخاذ إجراء ما كتنبيه أو إعذار.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشىء بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه، وإن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسئولية عليه".

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

٧٢- عدم سقوط الوعد بالعقد بالموت:

موت الواعد أو الموعود له لا يؤثر فى إمكانية قيام العقد الموعود به، إذا حصل الرضاء به فى ميعاده. فالوعد بالعقد لا يسقط بالموت.

فإذا مات الواعد، بقى للموعود له خياره فى قيام العقد الموعود به، ليباشره فى مواجهة ورثة الواعد، حتى إذا ما صدر رضاؤه بذات العقد على نحو ما يتطلبه القانون، قام وانعقد. وإذا مات الموعود له، انتقل خيار قيام العقد الموعود به إلى خلفائه، ما لم يكن الوعد قد أعطى له بمراعاة شخصه(١).

٧٣- العدول عن الخطبة:

الخطبة هى تمهيد لعقد الزواج وليست ركنا من أركانه، فهى وعد بعقد زواج. وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافا لمالك فى بعض أقواله، بل وفى بعض الأقوال المروية عنه أن الوعد يجب الوفاء به بحكم القضاء فى بعض الأحوال، أنه لا يلزم الوفاء بالوعد فى الخطبة.

وعلى ذلك فإنه يجوز لأى من الخاطبين العدول عن الخطبة فى أى وقت دون مسئولية عليه، وأيا كان سبب العدول ولو كان العدول دون مبرر.

وهذا لا يمنع أن العدول عن الخطبة دون مبرر مكروه شرعا لما فيه من إخلاف للوعد والرجوع عن القول لكنه غير محرم.

فالمكروه هو الفعل الذى لا يثاب فاعله ولا يأثم بفعله وبالتالى لا يعاقب عليه بشىء(٢).

أما إذا كان العدول عن الخطبة قد لازمته أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فإن وقعت منه يكون مسئولا عما لحق الآخر من ضرر على أساس أن هذه الأفعال – بغض النظر عن العدول المجرد – أفعال ضارة موجبة للتعويض (م١٦٣ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج. وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء، خصوصا وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض. ولكن إذا كان الوعد

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٦ وما بعدها – المستشار الدكتور محمد شتا ص ٥٣٨.

(٢) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية المجلد الأول ص ٣٤ وما بعدها.

بالزواج والعدول عنه، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول، قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه. وذلك على أساس أنها هى فى حد ذاتها – بغض النظر عن العدول المجرد – أفعال ضارة موجبة للتعويض".

(طعن رقم ١٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١٢/١٤)

ومثل الأفعال المستقلة عن مجرد الوعد والتى ترتب الحق فى التعويض، أن تكون المخطوبة طالبة أو عاملة، وطلب منها الخاطب ترك الدراسة أو الاستقالة من العمل، أو أن يطلب منها إعداد أثاث معين لا يمكنها الانتفاع به.



مادة (١٠٣)

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

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

الشرح

٧٤- تعريف العربون:

العربون – فى التقنين المدنى الجديد – مبلغ من النقود (أو منقول من نوع آخر). يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، يعتبر دليلا على أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن العقد خلال المدة التى يجوز له فيها ذلك. فإذا مضت هذه المدة دون أن يعدل أحدهما صار العقد باتا لا يجوز العدول عنه.

غير أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق صراحة أو ضمنا – كما سنرى- على أن يكون دفع العربون لتأكيد العقد، وفى هذه الحالة لا يجوز لأى منهما أن يعدل عن العقد(١).

دلالة العربون:

٧٥ - (أ) دلالة العربون: فى ظل التقنين المدنى القديم:

لم يرد فى التقنين المدنى القديم نص فى دلالة دفع العربون. فكان القضاء يأخذ بما يتضح من إرادة المتعاقدين. فكان يأخذ تارة بدلالة العدول عن العقد، وأخرى بدلالة تأكيد العقد والبت فيه.

فإذا قام شك فى إرادة المتعاقدين، فكان ذلك التقنين يستعين بالعرف. وكان العرف الجارى على أنه فى البيع يكون العربون فى العقد الابتدائى دليلا على جواز العدول، وفى العقد النهائى دليلا على التأكيد والبت. أما فى عقد الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبت(٢).

---

(١) الدكتور أنور سلطان شرح البيع والمقايضة الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ١١٦.

(٢) السنهورى ص ٢١٥ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ١٣٧ – وكان المشروع التمهيدى يأخذ فى المادة ١٥٢ المقابلة للمادة (١٠٣) بما أخذ به القضاء فى ظل التقنين المدنى القديم إذ نصت=

٧٦- (ب) دلالة العربون فى ظل التقنين المدنى الجديد:

تنص المادة ١٠٣ صراحة على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه.

فالأصل إذن أن دفع العربون دلالة على الحق فى العدول عن العقد فيجوز لكل من المتعاقدين العدول عن العقد فى المدة التى يجوز فيها ذلك. ومعنى ذلك أن العربون لا يفيد تأكيد العقد. ويسرى ذلك على كافة العقود، كالبيع والمقايضة والإيجار.

غير أن المادة أجازت للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف ذلك، فحكم العربون لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز إذن للمتعاقدين أن يتفقا على أن القصد من دفع العربون تأكيد الثبات فى العقد، فلا يجوز لأى منهما العدول عنه.

ومفاد ذلك أن المشرع جعل من دفع العربون وقت إبرام العقد قرينة قانونية على أنه يفيد منح كل من المتعاقدين حق العدول أو خيار العدول عن العقد الذى أبرماه. إلا أن هذه القرينة بسيطة فيجوز دحضها بإقامة الدليل على أن إرادة المتعاقدين المشتركة قد اتجهت صراحة أو ضمنا إلى ما يخالفها ويجوز دحض هذه القرينة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن(١).

= المادة المذكورة فى فقرتها الأولى على أن: "١- يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلا على أن العقد أصبح باتا، لاعلى أنه يجوز العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك ".

إلا أن النص عدل بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها: "رأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قررته المادة تمشيا مع العرف. فعدلت الفقرة الأولى بإبدال عبارة (لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه) بعبارة (العقد بات لا يجوز العدول عنه) وحذف عبارة (أو العرف) لزوال وجه الحاجة إليها بعد التعديل واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتى (فإذا عدل من دفع العربون فقده. وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ولو لم يترتب على العدول ضرر). وقد صدرت اللجنة فى هذه الإضافة عن وجوب التمشى مع العرف. ولم تر محلا للإبقاء على الفقرة الثالثة فحذفتها تاركة أمر تفسير نية المتعاقدين لتقدير القاضى. وأصبح النص كالآتى:

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

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

وأصبح رقم المادة ١٠٣.

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٩.

واتفاق المتعاقدين على أن يكون العربون للتأكيد والبت كما **يكون صريحا، يصح أن يكون ضمنيا.**

ومن القرائن التى تدل على أن العربون ليس له دلالة الرجوع- كما هو الأصل الوارد بالمادة – أن يكون المبلغ المدفوع كبيرا، كما إذا اشترى شخص سيارة مثلا بمائة ألف جنيه، ودفع من الثمن خمسين ألف أو أكثر. فجسامة المبلغ المدفوع بالنسبة إلى الثمن المطلوب، تنهض بذاتها قرينة، وإن لم تكن قاطعة، على أن المتعاقدين لم يقصدا منه أن يكون عربونا مخولا حق العدول عن البيع، وإنما قصد به أن يكون جزءا معجلا من الثمن فى بيع بات لا رجوع فيه. والأمر من بعد متروك لتقدير قاضى الموضوع(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدنى، أن دفع العربون وقت إبرام العقد، يدل على جواز العدول عن البيع، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد، فيعتبر المدفوع تنفيذا له وجزءا من الثمن".

(طعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦)

٢- "العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد، وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائى وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى".

(طعن رقم ٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠)

٣- "النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٣ من القانون المدنى على أن "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك "يدل على أنه وإن كان لدفع العربون دلالة العدول، إلا أن شروط التعاقد قد تقضى بغير ذلك والمرجع فى بيان هذه الدلالة هو لما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه القانونى، وإذ كان الحكم المطعون فيه بعد أن أورد نص البندين ....،... من عقد البيع – وقد جاء صريحا فى أن ما دفعه المشتريان هو "عربون"- والذى ينص أولهما على موعد محدد للتوقيع على العقد النهائى ويتضمن الثانى الشرط الفاسخ

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٩ هامش (٣).

الصريح انتهى إلى أن نية المتعاقدين استقرت على أن يكون العقد باتا – وهو استخلاص موضوعى سائغ – ثم رتب الحكم على ذلك رفض دفاع الطاعنين البائعين بأن لهما الحق فى خيار العدول فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعنان رقما ٢٨٦ لسنة ٣٨ق، ٥ لسنة ٣٩ ق – جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣)

٤– "النص فى المادة ١٠٣ من التقنين المدنى على أن "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، يدل على قيام قرينة قانونية– قابلة لإثبات العكس – تقضى بأن الأصل فى دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء فى تنفيذ العقد".

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢)

ويعتبر البيع بالعربون حيث يكون العربون دالا على حق العدول بيعا معلقا على شرط. ولكن ثار الخلاف فى طبيعة هذا الشرط وما إذا كان واقفا أو فاسخا. والراجح فى فرنسا ومصر أنه شرط واقف هو عدم استعمال حق العدول أثناء المدة المحددة. فتوقف كل آثار العقد خلال المدة المحددة لجواز العدول، ثم تترتب هذه الآثار مستندة إلى وقت انعقاد العقد أى بأثر رجعى عند انتهاء تلك المدة بغير عدول(١).

٧٧- استخلاص نية المتعاقدين فى دلالة العربون مسألة موضوعية:

استخلاص محكمة الموضوع نية الطرفين فى أن يكون العربون دلالة على تأكيد البيع وعدم الرجوع فيه على عكس القرينة المنصوص عليها بالمادة (١٠٣) هو أمر موضوعى يخضع لمطلق تقديرها، دون رقابة عليها فى ذلك لمحكمة النقض.

---

(١) الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص٦٧ – الدكتور سليمان مرقس عقد البيع ١٩٨٠ ص ٧٨ وما بعدها – الدكتور عبد المنعم البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ١٦٠– الدكتور أنور سلطان شرح البيع والمقايضة الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ١٢٠ – وقارن السنهورى ص ٢١٨ هامش (٢) فيرى تكييف العربون على أنه البدل فى التزام بدلى ويكون المدين ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى العقد ودائنا بالحق الذى يقابل هذا الالتزام، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (م ٢٧٨). ومؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جملته، بل عن الالتزام الأصلى والحق المقابل له، والعربون بدل مستحق بالعقد، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البدل، لا عدول عنه فى جملته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "استظهار نية العاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعا تاما منجزا بشرط جزائى. ولم يقصدا أن يكون بيعا بعربون أو بيعا معلقا على شرط فاسخ".

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٣٣/١/٥)

٢- "إذا كانت المحكمة قد انتهت فى حكمها إلى القول بأن المتعاقدين قد قصدا بالعقد العرفى المحرر بينهما أن يكون البيع باتا خاليا من خيار الفسخ مستخلصة ذلك مما لاحظته من أن العقد خلو من ذكر عربون ومما هو ثابت به من أن كل ما دفعه المشترى، سواء أكان للبائع أم لدائنيه المسجلين على العقار المبيع، إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يضيع عند اختيار الفسخ، ومن أن المتعاقدين أكدا نيتهما هذه بتصرفاتهما التالية للعقد بما جاء فى الإقرار الصادر من البائع من قوله "حيث إنى بعت ... ولم يوقع على العقد النهائى فى ... فأقرر بهذا نفاذ هذا البيع نهائيا بين الطرفين مع استعدادى للتوقيع النهائى بالبيع أمام أية جهة قضائية. الخ "، فإن ما استخلصته من ذلك تسوغه المقدمات التى بنى عليها الحكم، ولا يتجافى مع ما جاء فى ذلك العقد من أنه إذا عدل أحد الطرفين عن إتمام العقد وتنفيذه كان ملزما بدفع مبلغ كذا بدون تنبيه ولا إنذار".

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٤/٢٠)

٣ - "العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد، وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائى، وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه. ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى. وعلى ذلك فإذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ما هو فى الواقع إلا قيمة التعويض الذى اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين فى الوفاء بما التزم به، وكان ما استظهرته

محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذه النحو تفسيرا للعقد تحتمله عباراته، فذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٦٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٣/٢١)

٤- "إذا طالب المدعى والمدعىعليه بتعويض عن صفقة من الجنيهات الذهب يقول أنه عقدها معه ثم نكل المدعى عليه عن إتمامها مع دفعه عربونا فيها، فرد المدعى عليه بأنه بفرض عقد هذه الصفقة بالشروط التى ادعاها المدعى فإن دفع العربون منه يفيد خيار نقض البيع من جانبه فلا يلزم عند نكوله بأكثر من العربون الذى دفعه وقدم شهادة من بعض تجار الذهب تؤيد هذا الدفاع، فرد الحكم علىقوله هذا بأنه غيرصحيح لأن التعامل فىالذهب كالتعامل بالعقود فى القطن لا يعتبر العربون المدفوع فيه كالعربون فى بيع الأشياء المعينة بل هو مبلغ يدفع سلفا من أحد الفريقين لتغطية الحساب عند تقلب الأسعار، وذلك دون أن يبين سنده فى هذا التقرير فإنه يكون حكما قاصراً قصوراً يستوجب نقضه".

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٢/٢٧)

٥- "إذا كانت المحكمة لم تبين فى أسباب حكمها فى خصوص المبلغ المدفوع للبائع بموجب عقد البيع إن كان عربونا فيفقده المشترى كفدية يتحلل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البائع أم أنه كان جزءا من الثمن لا يحكم به للبائع كتعويض إلا متى ثبت خطأ المشترى وحاق ضرر بالبائع، بل قررت أن المشترى قد فقد المبلغ الذى دفعه نتيجة تقصيره فى إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربونا أم جزءا من الثمن دون أن تمحص دفاع المشترى ومؤداه أن عدوله عن إتمام الصفقة كان بسبب عيب خفى فى المنزل المبيع سلم له به البائع وبسببه اتفق وإياه على التفاسخ وعرض المنزل على مشتر آخر، وكان هذا الدفاع جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه كان لزاما على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشترى هو فى حقيقته عربون أم جزء من الثمن لاختلاف الحكم فى الحالتين وإذ هى لم تفعل يكون حكمها قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه".

(طعن رقم ٤٢١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٢/١٢)

٦- "لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به

البيع باتا أم أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية متى كان ذلك مقاما على أسباب سائغة".

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢)[١]

٧- "متى قد نص فى عقد البيع صراحة على أن المشترى دفع عربونا وحدد مقداره والحالة التى تبيح للمشترى استرداده وتلك التى تبيح للبائع الاحتفاظ به كما حدد فى العقد موعد الوفاء بباقى الثمن وشرط استحقاقه فإن تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوى خيار العدول هو تكييف سليم، ولا يعيب الحكم عدم تعرضه للعبارة التى ختم بها العقد من أنه "عقد بيع نافذ المفعول "مادامت هذه العبارة لا تعنى أكثر من نفاذ العقد بشروطه ومن بينها أن حق المشترى فى العدول عن العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التى حددها الطرفان لانتهاء خيار العدول".

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٥)

٧٨- لا يجوز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بأن العقد هو بيع بالعربون:

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذ كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن العقد موضوع الدعوى هو بيع بالعربون فإنه لا يقبل التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٦٦٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٨)

٧٩- وقت مباشرة خيار العدول فى التعاقد بالعربون:

يجب التمييز فى هذا الشأن بين فرضين:

---

(١) ويرى البعض أن ثمة عدم دقة فى صياغة الحكم. إذ أن محكمة الموضوع لا تستظهر فى حقيقة الأمر ما إذا كان العاقدان قد قصدا من دفع العربون خيار الرجوع. فهذا أمر يفترضه المشرع نفسه. وكل ما على محكمة الموضوع أن تستظهره هو ما إذا كان العاقدان قد قصدا مخالفة هذا الافتراض بإرادتهما أن يكون العربون باتا.

فإذا لم تستظهر هذا القصد، تحتم عليها أن تقضى بكون العربون عربون رجوع، من غير أن تبحث فيما إذا كانت نية العاقدين قد انصرفت إلى ذلك الأمر، أم أنها لم تنصرف. فإن لم تفعل، وقع حكمها مخالفا للقانون. وكان حريا به أن ينقض تلك مسألة من مسائل القانون، وليست مجرد مسألة واقع (عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٩٠).

الفرض الأول:

أن يكون المتعاقدان قد حددا ميعادا للعدول سواء كان هذا التحديد صريحا أم ضمنيا. أو يكون الميعاد محددا فى العرف – ولم يتفق الطرفان على خلافه – فى هذا الفرض يسرى هذا الميعاد، ويجب أن يباشر الحق فى العدول خلاله، فإذا لم يتم ذلك تأكد العقد وأصبح نهائيا.

وكذلك يسقط حق العدول إذا كان العقد معتبرا معلقا على شرط واقف بقيام صاحبه بأى عمل مما يعتبر تنفيذا لعقد البيع، كأن يدفع المشترى من المتعاقدين الثمن أو جزءا منه، ولم يقم المشترى بذلك. إذ بعد ذلك نزولا منه عن حق العدول(١).

الفرض الثانى:

ألا يكون ثمة ميعاد للعدول عن العقد، سواء بالاتفاق أو بحسب العرف. فى هذا الفرض يظل خيار العدول قائما إلى أن يصدر من المتعاقد ما ينم عن رغبته فى تأكيد العقد، إما صراحة أو ضمنا، إذ يعتبر ذلك منه نزولا عن خيار العدول.

والرغبة فى تأكيد العقد هذه، قد تتم بصورة صريحة أو ضمنية تستخلص من ظروف الحال، كأن يقوم المتعاقد بعد دفع العربون أو قبضه على حسب الأحوال، بتنفيذ الالتزامات التى يولدها العقد فى ذمته.

ويراعى أنه يجوز لأى من المتعاقدين أن ينذر الطرف الآخر بالتنفيذ أو إبداء رغبته فى العدول فى مدة معينة(٢).

آثار العربون:

٨٠- أولا: فى حالة العدول عن العقد:

إذا كانت دلالة العربون هى أن يكون لأى من الطرفين الحق فى العدول عن العقد، وتم العدول – بالتفصيل السابق– فإن الطرف الذى عدل عن العقد يجب عليه أن يدفع للمتعاقد الآخر قدر العربون. فإذا كان هو الذى دفع العربون فقده وأصبح العربون حقا لمن قبضه.

---

(١) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع طبعة ١٩٨٠ ص ٧٨.

(٢) الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص ٦٧.

وإذا كان هو الذى قبض العربون وجب عليه أن يرده وبرد مثله[١].

والعاقد الذى تم العدول من جهته يلزم بقيمة العربون باعتباره ثمنا لاستعماله الحق فى العدول لا باعتباره تعويضا عن الإخلال بالتزامات ناشئة عن العقد. ولذلك لا يشترط فى استحقاق هذا الثمن حدوث ضرر للطرف الآخر من جراء العدول وهو ما نص عليه المشرع صراحة فى المادة[٢].

كما لا يلزم فى ذلك إجراء تنبيه أو تكليف رسمى.

وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى، فالشرط الجزائى يعتبر تعويضا عن الإخلال بالالتزام الأصلى، ويشترط فى استحقاقه إعذار المدين وثبوت ضرر أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه الأصلى، كما يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه (م ٢٢٤ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن النص فى المادة ١٠٣ من القانون المدنى على أن "١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر "يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن القانون قد وضع قرينة مفادها أن الأصل فى دفع العربون وقت العقد أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا -

---

(١) وقد جاء بنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ أنه: "فإذا عدل من دفع العربون، فقده. وإذا عدل من قبضه **رد ضعفه** .... الخ "والصحيح لغة "ضعفيه "فالضعف هو المثل، والمثلان ضعفان لا ضعف واحد. وضعف الشيء مثله فى المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة. ومثال ذلك قوله تعالى: "ربنا آتهم ضعفين من العذاب "سورة الأحزاب ٦٨ أى مثل العذاب مرتين.
وجاء فى مختار الصحاح (للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى) ترتيب محمود خاطر ص ٣٨١ أن: (ضعف) الشيء مثله (وضعفاه) مثلاه (وأضعافه) أمثاله.
والمعنى الذى استعمله المشرع خطأ شائع فى تفسير اللفظ (السنهورى ص ٢١٨ هامش ٨١ - المستشار أنور طلبه ص ٤٣٢).

(٢) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة الجزء السادس عقد البيع وعقد المقايضة ١٣٧٣ هـ - ١٩٥٣ ص ٨٦- سليمان مرقس ص ٨٢ - خميس خضر ص ٦٧.

مستخلصا من ظروف الدعوى ووقائعها – على أن دفع العربون يقصد به تأكيد العقد، فيعتبر المدفوع تنفيذا له وجزءا من الثمن ونية المتعاقدين وحدها هى التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى، فإذا ثبت للمحكمة اتجاه نية المتعاقدين إلى الأخذ بالقرينة الواردة فى المادة ١٠٣ من القانون المدنى سالفة الذكر، بأن دفع العربون لتأكيد حق كل منهما فى العدول عن الصفقة، فيستطيع المشترى العدول فيخسر العربون الذى دفعه للبائع نظير هذا العدول، وكذلك يستطيع البائع أن يرجع عن البيع، ويكون الجزاء فى هذه الحالة هو رد ضعف العربون الذى قبضه، وذلك بغض النظر عن الضرر الذى يكون قد أصاب الطرف الآخر من جراء هذا العدول إعمالا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ سالفة الذكر أما إذا تبين للمحكمة أن العربون كان للبت والتأكيد على تمام العقد فلا يجوز لأى من الطرفين العدول عن البيع، ويعتبر العربون المدفوع جزءا من الثمن، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد ويجرى على العقد القواعد العامة من جواز المطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض أو بالفسخ إن كان له وجه".

(طعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٤)

٢- "إذ كان الثابت من عقد البيع موضوع الدعوى المؤرخ..... – وبما لا خلاف عليه بين الطرفين – أن المطعون ضده (المشترى) دفع للطاعن (البائع)مبلغ مائة ألف جنيه عربون الصفقة، ولم يتفق الطرفان فى العقد على دلالة دفع العربون، ثم نشب الخلاف بينهما أثناء تنفيذ العقد، عن أى منهما الذى عدل عن البيع الأمر الذى كان يوجب على المحكمة قبل أن تفصل فى موضوع النزاع، أن تتصدى للفصل فى أمرين أولهما دلالة دفع العربون، هل كان لإثبات حق العدول للطرفين أم لتأكيد الصفقة، والثانى أى من الطرفين الذى عدل ثم تنزل أحكام القانون الواجب إعمالها على النزاع، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى إلزام الطاعن برد المتبقى من العربون دون أن يبين الأساس الذى أقام عليه قضاءه ورفض دعواه الفرعية، فإنه يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٤)

٨١- ثانيا: فى حالة عدم العدول عن العقد:

إذا كانت دلالة العربون هو حق كل من المتعاقدين فى العدول عنه، ولم يعدلا عن العقد، أو كانت دلالته تأكيد العقد وجعله باتا، فإن العقد يصبح باتا، ولا يكون لأى من العاقدين بإرادته المنفردة العدول عن العقد.

ويعتبر المبلغ – أو المنقول – المدفوع وقت العقد جزءا من الثمن أو الأجرة – بحسب الأحوال– يخصم مما يستحق على دافعه، باعتباره معجل دفع تنفيذا للعقد.

فإذا كان المشترى مثلا، هو الذى دفعه، خصم من الثمن المستحق عليه. وإذا كان المستأجر هو الذى دفعه استقطع من الأجرة المطلوبة.

أما إذا لم يقم أى من المتعاقدين بتنفيذ هذا العقد، والذى أصبح باتا، يسرى عليه من الأحكام ما يسرى على العقود الأخرى التى لا رجوع عنها. فيجوز للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العقد تنفيذا عينا، أو بالتعويض، أو بالفسخ، أو بالفسخ والتعويض.

وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض، فليس من الضرورة أن يقدر التعويض بقدر العربون، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر[1].

(راجع طعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٤ المنشور سلفا).



(١) السنهورى ص ٢١٨ وما بعدها المستشار مصطفى هرجه ص ١١٨.

مادة (١٠٤)

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 وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها.

الشرح

٨٢- أنواع النيابة:

النيابة إما أن تكون نيابة قانونية أو نيابة اتفاقية بحسب ما إذا كان القانون أو الاتفاق هو الذى يبين حدودها.

فالولى والوصى والقيم والحارس القضائى وأمين التفليسة والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه نواب قانونيون، أما الوكيل فهو وحده النائب الاتفاقى.

ولكن إذا نحن نظرنا إلى الجهة التى تقيم النائب، فإن النيابة تكون قانونية كما فى الولى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه، لأن القانون ودون أى إجراء، هو الذى يقيمهم نوابا. وتكون النيابة قضائية كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى وأمين التفليسة لأن الجهة القضائية المختصة هى التى تختارهم. وتكون النيابة أخيرا اتفاقية كما فى الوكيل، إذ عقد الوكالة هو الذى جعله نائبا[١].

٨٣- النائب والرسول:

النائب فى إجرائه التعاقد عن الأصيل يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، ومن ثم يترتب على ذلك ضرورة توافر الإرادة لديه.

أما الرسول فهو مجرد أداة تنقل إرادة من أرسله إلى المتعاقد الآخر، كما عبر عنها من أرسله. ومثال ذلك أن يبعث الأب ابنه يبلغ آخر بأنه قبل الإيجاب الذى سبق

---

(١) الدكتور أحمد حشمت أو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى الكتاب الأول مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص١١٥- الدكتور جلال على العدوى أصول المعاملات طبعة ١٩٦٧ ص ٢١٢.

أن قدمه له ببيع منزله أو إيجاره، أو أن يرسل السيد خادمه ليستعلم من التاجر المتحول عن ثمن السلعة ويبلغه الثمن الذى يرتضى شراءه به.

ويترتب على هذا الخلاف الأساسى فى طبيعة الدور الذى يؤديه كل من النائب والرسول فى إجراء التعاقد ما يأتى:

١- لا يشترط أن يكون الرسول متمتعا بالإرادة فهو - كما قلنا- مجرد أداة لنقل رسالة المرسل، ومادام هو قد أفلح فى نقل الرسالة، فإن التعاقد يتم حتى لو كان معدوم الإرادة تماما، بأن كان صبيا غير مميز أو مجنونا أو معتوها.

أما النائب فلكونه يعبر عن إرادته هو، فإنه يلزم أن يكون متمتعا بالإرادة.

٢- فى التعاقد بوساطة الرسول، يعتد بشخص المرسل، لا بشخص الرسول، بالنسبة إلى عيوب الإرادة وإلى تقصى العلم أو الجهل بالظروف الملابسة للعقد. أما فى النيابة فالأصل أنه يعتد بالنسبة لهذين الأمرين، بشخص النائب لا بشخص الأصيل.

٣- فى تعاقد النائب يعتبر تعاقدا بين حاضرين إذا ضم النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد، فى حين أن التعاقد برسول يعتبر تعاقدا بين غائبين ولو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد.

٤- لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقوم شخص واحد بأداء الرسالة لطرفى العقد كليهما. أما تعاقد الشخص مع نفسه، إعمالا لفكرة النيابة، فيقع غير سائغ كأصل عام كما سنرى[١].

٨٤- شخص النائب هو محل الاعتبار فى عيوب الإرادة:

طالما أن إرادة النائب - سواء كان نائبا قانونيا أو اتفاقيا- هى التى تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف، فإنه يجب الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل. فإذا لحقت إرادة النائب عيب من العيوب التى تؤثر فى الإرادة كالإكراه أو الغلط أو التدليس، فإن العقد يكون قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل، رغم أن إرادة الأصيل براء من شوائب العيب.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"١- ليست الأحكام الواردة فى هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة فى النيابة القانونية. فمادامت إرادة النائب هى التى تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٢٠ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٤١ وما بعدها.

ظروف فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل. وعلى هذا النحو يكون للعيوب التى تلحق إرادة النائب أثرها فى التعاقد. فإذا انتزع رضاه بالإكراه، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس، كان العقد قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب ... الخ"(١).

وإذن فمقتضى الفقرة الأولى من المادة أن العقد الذى تم بطريق النيابة قابلا للبطلان متى كان النائب واقعا فى غلط أو كان من ضحية تدليس أو إكراه ولو لم تتعرض إرادة الأصيل لعيب من هذه العيوب.

ويكون للأصيل أن يرفع دعوى البطلان ويصل إلى الحكم ببطلان العقد على أساس الغلط الذى وقع فيه نائبه أو التدليس أو الإكراه الواقع على النائب، بصرف النظر عن سلامة إرادة الأصيل من الغلط أو التدليس أو الإكراه.

ويلاحظ أن دعوى البطلان النسبى المترتبة على تعيب إرادة النائب هى للأصيل فهو الذى يرفع الدعوى بطلب إبطال العقد للغلط أو التدليس أو الإكراه الذى شاب إرادة نائبه وليس للنائب أن يرفع تلك الدعوى اللهم إلا إذا كان لنيابته من الشمول ما يدخل فى نطاقها مثل هذا العمل أو كان نائبا فيه بالذات.

وهذا طبيعى مادامت آثار العقد الحاصل بطريق النيابة تعود إلى الأصيل، فإن دعوى البطلان النسبى إن هى إلا أثر مترتب على العقد الذى يشوب إرادة أحد المتعاقدين فيه عيب من العيوب التى نص عليها القانون"(٢).

٨٥- شخص النائب هو محل الاعتبار فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة واقتراض العلم بها:

ما ذكرناه سلفا بشأن عيوب الإرادة يسرى على حسن النية أو سوئها أو على تطلب العلم أو الجهل ببعض الظروف. فإن استلزم القانون لترتيب أثر معين أن يكون المتعاقد على علم ببعض الظروف الملابسة أو على جهل بها، فإننا كقاعدة عامة، نتقصى هذا العلم أو ذاك الجهل فى شخص النائب لا شخص الأصيل. فيلزم مثلا لصحة البيع أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا، وإلا كان للمشترى طلب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩١.

(٢) الدكتور جمال مرسى بدر النيابة فى التصرفات القانونية ١٩٨٠ ص ٤٩ ومابعدها- الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد والإرادة المنفردة طبعة ١٩٨٤ ص ٢٢٥ وما بعدها.

إبطال البيع (م٤١٩ مدنى) فإذا اشترى الولى شيئا نيابة عن قاصره، وجب تطلب العلم بالمبيع فى الأول دون الثانى.

وإذا كان النائب سيء النية يعلم أو من المفروض أن يعلم بأن التصرف من شأنه أن يؤدى إلى إعسار المتعاقد الآخر أو الزيادة فى إعساره، فإنه يجوز لدائنى المتعاقد الآخر أن يطعنوا فى هذا التصرف بعدم النفاذ (بالدعوى البوليصية) طبقا لنص المادة ٢٣٧ من القانون المدنى، ولو كان الأصيل حسن النية لا يعلم بإعسار المتعاقد الآخر(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".. أما فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضا أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية فى بيع صادر من مدين معسر، تواطأ مع نائب المشترى ولو أن الأصيل يظل بمعزل عن هذا التواطؤ"(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من مقتضى نص المادة ١٠٤ من القانون المدنى فى فقرتها الأولى أن العبرة بشخص النائب فى النظر إلى حسن النية أو سوء النية، وذلك فيما يتعلق بالظروف والأحوال التى يرتب فيها القانون أثارا قانونية على حسن النية وبالتالى يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل بحيث لو كان النائب سيىء النية ترتب الأثر على ذلك ولو كان الأصيل حسن النية، ويسرى ذلك على النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية على حد سواء".

(طعن رقم ٩٠٤ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠١١/٣/١٣)

٨٦- تصرف الوكيل وفقا لتعليمات موكله :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض أن يعلمها.

---

(١) الدكتور سمير عبد السيد تناغو المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام – منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٢٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩١ وما بعدها.

وواضح أن هذا النص خاص بالوكيل دون غيره من النائبين. فإذا تصرف الوكيل وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل، فإنه يمتنع على الأصيل فى حدود تنفيذ تعليماته، أن يتمسك بجهل نائبه أمورا كان يعلمها هو، أو كان مفروضا فيه حتما أن يعلمها، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الأصيل من عيوب. فإذا وكل شخص آخر مثلا فى شراء بيت معين لحسابه، فإنه لا يستطيع أن يتمسك فىمواجهة البائع بأن وكيله لم يكن يعلم بالبيت الذى اشتراه، إذا كان هو يعلم به وإذا كان الموكل قد فوض وكيله فى شراء البيت الذى عينه له فى حدود ثمن معين، واشتراه الوكيل بالفعل فى حدود هذا الثمن، فإنه يمتنع على الموكل أن يتمسك بوقوع النائب فى غلط فى أمر من أمور المنزل، إذا كان هو نفسه لم يقع فى هذا الغلط. أما إذا كان الموكل فى الحالة التى نحن بصددها، هو الذى وقع فى الغلط أمكنه أن يتمسك بإبطال البيع على أساس الغلط. وليس فى هذا الحكم خروج فى الحقيقة على الأصل العام القاضى بأنه يعتد بشخص النائب لا بشخص الأصيل فى تقصى عيوب الرضاء وفى العلم أو الجهل بالأمور الخاصة. إذ أن من يتولى التعاقد لحساب غيره لا يعتبر نائبا عنه، إلا فى حدود ما يجىء فيه التعاقد تعبيرا عن ذات إرادته. فإن اقتصر أمره على تنفيذ تعليمات الأصيل، غلبت عليه، فى حدود تنفيذه تلك التعليمات، صفة الرسول، لا النائب.



مادة (١٠٥)

إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل.

الشرح

٨٧- انصراف آثار العقد الذى يبرمه الوكيل إلى الأصيل:

إذا أبرم النائب العقد فى حدود نيابته باسم الأصيل، فإن أثر العقد يضاف إلى الأصيل. ويترتب على ذلك أنه بعد تمام العقد لاتقوم بين النائب ومن تعاقد معه علاقة فيما يتعلق بآثار هذا العقد. فلا يستطيع النائب أن يطالب من تعاقد معه بحق ناشئ عن العقد إلا إذا خولت له النيابة تنفيذ العقد كما خولت له إبرامه، وفى هذه الحالة تكون المطالبة باسم الأصيل، كذلك لا يستطيع الغير أن يطالب النائب بالتزام ناشئ عن العقد.

والعلاقة بين النائب والأصيل يحكمها المصدر الذى يحدد سلطة النائب. فإذا كانت النيابة اتفاقية كان عقد الوكالة هو الذى يحدد حقوق النائب والتزاماته قبل الأصيل. وإذا كانت النيابة قانونية تولى القانون تحديد هذه الحقوق والالتزامات. ومن هذا فإن حكم هذه العلاقة مسألة مستقلة عن حكم الآثار التى تترتب على التصرف الذى يبرمه النائب(١).

أما فى العلاقة بين الأصيل والغير فيتجلى فيها الأثر الذى يترتب على النيابة إذ تنشأ بينهما علاقة مباشرة، فهما المتعاقدان، وهما اللذان تترتب فى حقهما آثار التصرف. أما شخص النائب الذى أبرم العقد أو ساهم فى إبرامه فإنه يختفى تماما فيما يتعلق بهذه الآثار ويترتب على كون الأصيل هو المتعاقد أنه لو أناب شخص آخر فى إبرام تصرف يحرم عليه أن يبرمه، كما لو كان الأصيل قاضيا لا يجوز له أن يشترى الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فى دائرتها، فإن التصرف الذى يبرمه النائب يقع باطلا. كما ينظر إلى الأصيل فى تحديد طبيعة الالتزام المدنية أو التجارية(٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٣.

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٥٣ وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده، عند تعيين مصير آثاره، فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفا فى التعاقد وإليه تنصرف جميع آثاره، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات. ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة القانونية"(١).

٨٨- تعاقد النائب خارج حدود نيابته :

(أنظر شرح المادة ٧٠٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادة ٦٩٩ من القانون المدنى أن ما يجريه الوكيل من تصرفات وكل فيها هى لحساب الأصيل فإذا باشر إجراءا معينا سواء كان من أعمال التصرف أو الإدارة فلا يجوز مقاضاته عن هذا الإجراء وإنما توجه الخصومة للأصيل. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن جوهر النزاع بين الطاعن والشركة المطعون ضدها الأولى يدور حول حصول الطاعن على البضاعة الموكل فيها من الشركة المطعون ضدها الثانية وكان إجراء هذا التصرف إنما يكون لحساب الأصيل، مما يقتضى توجيه الدعوى فى النزاع الناشئ عنه إلى الأخير، وإذ خالف الحكم المطعون هذا النظر وقضى برفض الدفع المبدي من الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة على سند أنه قام بالتوقيع على إيصال استلام البضاعة المؤرخ ٢٠٠٠/٤/١٩ وتعهد بسداد قيمتها يكون معيبا بما يوجب نقضه".

(طعن رقم ١٣٤٣٦ لسنة ٧٦ق جلسة ٢٠٠٨/١/١٥)

٢- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان الأصل وفقا للمادة ١٠٥ من القانون المدنى أن ما يبرمه الوكيل فى حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل إلا أن نيابة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩٥ ومابعدها.

الوكيل عن الموقف تقف عند حد الغش فإذا ما تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق موكله فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل".

(طعن رقم ١٠٩٧٩ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠٠٩/١/١)

٣- "النص فى المادة ١٠٥ من القانون المدنى على أن "إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل" وفى المادة ٦٩٩ منه على أن "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل"وما جاء بالمذكرة التمهيدية للقانون المدنى من أنه "إذ كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده، عند تعيين مصير أثاره فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفا فى التعاقد وإليه تنصرف جميع أثاره فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث فى شأن النيابة القانونية" كل ذلك يدل على أن أثر ما يبرمه النائب فى حدود نيابته تنصرف إلى الأصيل مباشرة لأن نيابة النائب ليست نيابة الالتزام بأحكام العقد إنما هى فى إنشاء العقد وبالتالى يبقى النائب غريبا عن آثار التصرف الذى أبرمه باسم الأصيل فلا ينصرف إليه شىء مما أنتجه من حقوق والتزامات ولا يقبل مقاضاته بصفته الشخصية عن شىء من ذلك".

(طعن رقم ١٧٦٨٧ لسنة ٧٧ق جلسة ٢٠١٠/٣/٨)

٨٩- إحالة فى تفصيلات كثيرة وقضاء محكمة النقض:

نحيل فى باقى تفصيلات شرح هذه المادة وما صدر بشأنها من قضاء لمحكمة النقض إلى شرح المواد ٧٠٣ وما بعدها.



مـادة (١٠٦)

إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

الشـرح

٩٠- عدم إعلان العاقد أنه يتعاقد باسم الأصيل:

إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا. وإنما تنصرف آثاره إلى المتعاقد. غير أنه لا يشترط أن يعلم المتعاقد مع النائب بشخصية الأصيل، فيكفى أن يعلن النائب عن صفته ويحتفظ بحق الكشف عن شخصية الأصيل فى وقت لاحق(١).

وبانصراف آثار العقد إلى المتعاقد. ويكون النائب فى هذه الحالة وكيلا مسخرا أو اسما مستعارا إذ أعار اسمه للموكل فتنصرف آثار العقد إلى الأخير فى علاقته بالنائب. ومن ثم يلتزم النائب بنقل ما اكتسبه من حقوق إلى الأصيل فإن كان قد سجل العقد باسمه، تعين عليه إعادة التسجيل باسم الأصيل وإلا جاز للأخير أن يستصدر حكما بانصراف أثر التصرف إليه ثم يؤشر بهذا الحكم على هامش تسجيل النائب وتعتبر الملكية قد انتقلت إليه من وقت التسجيل الذى قام به النائب وليس من وقت التأشير بالحكم، إذ ينصرف التسجيل أصلا إلى الأصيل ولو تم باسم النائب(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت الجمعية (جمعية المساكن) لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقدت – مع المقاول- نيابة عن أعضائها، وكان لا يوجد فى نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومن ثم تكون الجمعية وحدها هى صاحبة

---

(١) جلال على العدوى ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٤٧.

الحق فى مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وبالتالى لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانونا".

(طعن رقم ٥٣٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

٢- "مفاد نصوص المادتين ٧١٣، ١٠٦ من القانون المدنى أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر".

(طعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨)

٣- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أن المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن أسباب الحكم تكون مشوبة بالفساد فى الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط أو ابتناء الحكم على فهم حصلته المحكمة مخالفا لما هو ثابت بأوراق الدعوى ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة فى اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو إلى عدم فهم الواقعة التى ثبتت لديها أو استخلاص هذه الواقعة من مصدر لا وجود له أو موجود لكنه مناقض لما أثبتته. وأنه متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات وتمسك بدلالتها والتفت الحكم عنها أو اطرح دلالتها المؤثرة فى حقوق الخصوم دون أن يبين فى مدوناته ما يبرر هذا الإطراح فإنه يكون قاصرا. والمقرر أيضا أن النص فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى على أنه "إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فإن أثر ذلك العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.... ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل – دائنا أو مدينا – ويستثنى من ذلك حالتان الأولى إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل. والثانية إذا كان يستوى عنده التعامل مع الوكيل أو مع الموكل، وفى هاتين الحالتين إذا

كشف الموكل عن صفته كان له الرجوع مباشرة على الغير كما يكون للغير أن يرجع عليه طبقا لأحكام الوكالة".

(طعن رقم ٤٢٤٣ لسنة ٧٧ق جلسة ٢٠١٠/٣/١٤)

٤- "إن المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه ولئن كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود إلا أنها ملزمة إذا رفضت هذا الطلب أن تبين فى حكمها ما يسوغ رفضه، وأن المشرع حرص على انصراف آثار التصرفات لأصحاب الحق فيها ووضع قاعدة عامة حاصلها – أنه فى عقود المعاوضة المالية التى يستوى فيها أن يتعامل المتعاقد مع من أبرم معه العقد بحسبانه أصيلا أو نائبا سواء كانت علاقة الوكالة ظاهرة أو مستترة يجوز لأى من المتعاقدين متى كان حسن النية كما يجوز للغير أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن من أبرم العقد كان نائبا عن غيره لكى تضاف آثار العقد إلى الأصيل، وللمتعاقد أن يثبت أن خطأ المتعاقد الآخر قد أسهم فى ظهوره بمظهر الوكيل المستتر ومكن الغير من الظهور بمظهر صاحب الحق المتعاقد عليه كى يصح الوفاء بالدين للأصيل أو لصاحب الحق الظاهر فى استيفائه ولا يغير من ذلك وجود عقد مكتوب لم يرد فيه أن العاقد نائب عن غيره لأن إثبات هذه النيابة لا تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابى، وإنما هى إثبات لوجود عقد آخر بين النائب والأصيل".

(طعن رقم ١١٣٠ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠١٠/١١/٩)

٥- "من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عن من أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشىء وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة ومن شأن هذه الوكالة أن ترتب فى العلاقة بين الموكل والوكيل جميع الآثار التى ترتبها الوكالة السافرة فيصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائبا عن الموكل وتنصرف آثاره إليه فيكسب كل ما ينشأ عن العقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن يتحايل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دون موكله فإذا كان التعاقد يتعلق بعقد إيجار فإن للأصيل دون الوكيل الانتفاع بالعين المؤجرة، وكان ثبوت قيام تلك الوكالة أو نفيها من مسائل الواقع التى

تستقل محكمة الموضوع بتقديره متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت فى الأوراق".

(طعن رقم ٤٣٤٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠١١/٢/٩)

٦- "وحيث إن هذا النعى فى محله - ذلك أن النص فى المادة ٧١٣، ١٠٦ من القانون المدنى يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر، وأن من المقرر - أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عن من أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشىء وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة ومن شأن هذه الوكالة أن ترتب فى العلاقة بين الموكل والوكيل جميع الآثار التى ترتبها الوكالة السافرة فيصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائبا عن الموكل وتنصرف آثاره إليه فيكسب كل ما ينشأ عن العقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دون موكله، وثبوت قيام تلك الوكالة أو نفيها من مسائل الواقع التى تستقل محكمة الموضوع بتقديره متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت فى الأوراق، كما أن مفاد نص المادتين ٣٣٢، ٣٣٣ من القانون المدنى أن الأصل فى الوفاء حتى يكون مبرئا لذمة المدين أن يكون للدائن أو لنائبه، لذا حرص المشرع على انصراف آثار التصرفات لأصحاب الحق فيها ووضع قاعدة عامة حاصلها أنه فى عقود المعاوضة المالية التى يستوى فيها أن يتعامل المتعاقد مع من أبرم معه العقد بحسبانه أصيلا أو نائبا سواء كانت علاقة الوكالة ظاهرة أو مستترة يجوز لأى من المتعاقدين متى كان حسن النية، كما يجوز للغير أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن من أبرم العقد كان نائبا عن غيره لكى تضاف آثار العقد إلى الأصيل".

(طعن رقم ٤٦١٣ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠١٢/٥/١٢)

٩١- استثناء على القاعدة السابقة:

أردفت المادة (١٠٦) استثنائين على القاعدة التى ذكرتها فى صدرها، من عدم انصراف أثر العقد إلى الأصيل إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فيسرى فى هذين الاستثنائين أثر العقد إلى الأصيل.

وهذان الاستثناءان هما:

الاستثناء الأول: أن يكون من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة. ومثال ذلك أن يذهب شخص إلى محل تجارى، فيشترى سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخدميه. فهنا يعتبر المستخدم أنه أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل التجارى. إذ أن المشترى كان يعلم عند الشراء بصفته هذه، أو فى الأقل كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بها.

وكذلك الشخص الذى يتعاقد مع قبطان السفينة ومع الوكيل بالعمولة، ومع الخادم الذى يشترى حاجيات منزل مخدومه.

وعلة هذا الاستثناء واضحة. فطالما أن المتعاقد مع النائب لم يعلم بأن شريكه فى العقد قد أبرمه معه بوصفه نائبا عن أصيل معين، ولم يكن مفروضا فيه حتما أن يعلم بهذا الأمر، فإنه لم يقصد بالضرورة التعاقد مع هذا الأصيل، وإنما أراد أن يكون التعاقد بينه وبين النائب بصفته الشخصية. ومن هنا كان حقه فى تجاهل الأصيل، وعدم اعتبار العقد قائما معه، إذا أراد ذلك بطبيعة الحال(١).

ويذهب رأى فى الفقه(٢) إلى أن هذا الاستثناء ظاهرى. لأن المقصود به أن يستفاد من الظروف بصورة واضحة علم من تعاقد مع النائب بوجود النيابة فالمسألة تتعلق بحالة تستفاد فيها نية النيابة لدى النائب بطريقة ضمنية، كما هى الحال فى الأمثلة التى تقدم ذكرها. يدل على ذلك أن عبارة "إلا إذا كان من المفروض حتما"الواردة فى النص كان أصلها فى نص المشروع التمهيدى "إلا إذا كان يستفاد من الظروف ".

الاستثناء الثانى: إذا كان يستوى عند من تعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب. ففى مثل هذه الحالة توجد النيابة وينصرف أثر العقد إلى الأصيل. كأن يكون المبيع ساعة أو سيارة مضمونة لمدة معينة، أو يزمع شخص شراء منزل

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٨.

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٥٠.

أو أرض بصفته وليا عن ابنه القاصر، ويبرم الشراء بالفعل دون أن يعلن للبائع صفته هذه، فى هذه الحالة، إذا كان البائع قد قبض الثمن كاملا، فإنه يستوى لديه أن يكون التعامل حاصلا بينه وبين الإبن أو بينه وبين الأب. فإذا أراد هذا الأخير أن يكون التعاقد حاصلا لحساب ابنه، كان له ما أراد، وحق له إلزام البائع على أن يجاريه فيه، إذ أنه لامصلحة هنا للبائع فى عدم التجاوب مع الأب فيما أراده، ولا دعوى بلا مصلحة(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ومع ذلك فينبغى التفريق بين صور مختلفة. فالقاعدة التى تقدمت الإشارة إليها تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل. وهى تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصى، رغم حقيقة نيابته، متى كان من تعاقد معه يعلم أو كان ينبغى أن يعلم، بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو نائبه. وقد استحدث المشروع، باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسرى، حكما هاما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية. أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير وهى التى تقضى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه"(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "عدم إفصاح الوكيل عن صفته فى العقود التى يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدى بذاته إلى صورية التوكيل لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل – وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتما أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل كما هو الحال فى الوكالة الظاهرة".

(طعنان رقما ٤٥٩، ٤٧١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩٦.

٢- "مفاد نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى أنه متى تعاقد الوكيل مع الغير باسمه هو دون أن يفصح عن صفته فإن آثار العقد تنصرف إلى الوكيل فى علاقته بالغير إلا إذا توافر الاستثناءان المشار إليهما فى المادة المذكورة، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على أن المطعون عليه إنما تعاقد مع الطاعن باسمه شخصيا وسلم إليه المبلغ موضوع النزاع بهذه الصفة، وأنه لم يقم الدليل من الأوراق على أنه دفعه بوصفه وكيلا عن الشركة، مما مؤداه أن الدعوى لم يتوافر فيها أحد الاستثنائين السالفين الأمر الذى لم يكن محل نعى من الطاعن فإن الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما".

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٠)

٣- "الرهبنة -على ما جرى به قضاء محكمة النقض- نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر. وقد اعترفت به الحكومة إذ منحت الرهبان بعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية، وقد صرح الأمر العالى الصادر فى ١٨٨٣/٥/١٤ بترتيب المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكس وتحديد اختصاصاته بأن للرهبنة نظاما خاصا يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له. ووفقا لهذه الأحكام لا تعدم الرهبنة شخصية الراهب ولا تمس أهلية وجوبه، إذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقا للأحكام الكنسية نائبا عن البيعة فى تملك هذه الأموال إذ الأصل أن الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال لكى يثقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب الدير وهو راض بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق يعتبر أصلا ملكا للكنيسة ما لم يثبت عكس ذلك. وهذا الذى جرى عليه العرف الكنسى ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام".

(طعن رقم ٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٣١)

٤- "لئن كان نظام الرهبنة لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس- وهو على ما جرى به قضاء محكمة هذه المحكمة- معترف به فى مصر- يقضى بأن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة من غير طريق الميراث أو الوصية يعتبر ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام شخصية أو أهلية الراهب وإنما

إلى أنه يعتبر طبقا لقوانين الكنيسة نائبا عن البيعة فى تملكه لهذه الأموال وعلى ذلك يكون للراهب الحق فى أن يتعاقد باسمه أو باسم البيعة التى ينتمى إليها ويكون للبيعة فى الحالة الأولى أن تتمسك بانصراف أثر العقد إليها ولا يكون للمتعاقد مع الراهب شأن فى ذلك مادام العقد قد انعقد صحيحا مرتبا لكل آثاره".

(طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٠)

٩٢- النيابة الظاهرة:

(أنظر المجلد التاسع – عقد الوكالة).



مـادة (١٠٧)

إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذى يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه.

الشـرح

٩٣- جهل النائب والمتعاقد معه انقضاء النيابة:

الأصل أنه يلزم لكى يعتبر النائب أنه قد تصرف فى حدود نيابته، أن تكون تلك النيابة قائمة لم تنقض عند إجراء التصرف. فإن زالت النيابة عن شخص. بأن كان وكيلا، مثلا وتم عزله أو مات موكله، أو كان وصيا ثم عزل من الوصاية أو انتهت عنه ببلوغ قاصره سن الرشد أو بموته، أو بأن زالت النيابة بأى سبب آخر، فإن كل تصرف يجريه النائب بعد ذلك يعتبر بالضرورة خارجا عن حدود نيابته. ولا يسرى بالتالى فى حق الأصيل إلا إذا أقره، وهذا هو الأصل العام.

إلا أن هذا الأصل ليس مطلقا، إذ أوردت المادة ١٠٧ استثناء على هذا الأصل يقضى بأنه إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذى يبرمه، حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه.

ومحل هذا الاستثناء أن يكون كل من النائب ومن تعاقد معه جاهلا انتهاء النيابة. فلا يكفى أن يجهلها أحدهما دون الآخر.

والقصد من هذا الاستثناء هو توفير الثقة والاستقرار فى المعاملات.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك، كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو إلغاء التوكيل فإذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية، لا يعلم بانقضاء النيابة، كان تعاقده هذا ملزما للأصيل وخلفائه وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار"(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "تنص المادة ١٠٧ من القانون المدنى على أنه "إذا كان النائب ومن تعاقد معه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٢.

يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه – حقا كان أو التزاما – يضاف إلى الأصيل أو خلفائه".

ومفاد ذلك أن القانون لا يحمى الغير الذى تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد. فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى نطاق سلطتها الموضوعية التى لا معقب عليها إلى أن المطعون عليه الأخير كان على علم بانقضاء توكيله عن أحد الدائنين وانتهاء وصايته على باقى الدائنين ببلوغهم سن الرشد فإن الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التى أسبغها القانون على من يتعامل مع النائب الظاهر والتى تتمثل فى انصراف أثر العقد إلى الأصيل، وبذلك لا يكون الوفاء الحاصل منه للمطعون عليه باعتباره وكيلا ظاهرا مبرئا لذمته".

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠)

٢- "لما كان من المقرر أن النص فى المادة ١٠٧ من القانون المدنى "أنه إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه ومفاد ذلك أن القانون لا يحمى الذى تعامل مع النائب بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد".

(طعن رقم ٢١٦٣ لسنة ٦٧ق جلسة ٢٠٠٩/١١/١)

وقد توسعت محكمة النقض – بحق – فى إعمال حكم المادة ١٠٧ فجعلته يسرى على إجراءات التداعى أمام المحاكم، مقررة صحة هذه الإجراءات، حتى ما جاء منها فى مواجهة النائب بعد زوال نيابته، مادامت المحكمة لم تنبه إلى زوالها[١].

إذ قضت بأن:

"إذا كان المدعى قد مثل فى الدعوى تمثيلا صحيحا وقت رفعها ابتداء بواسطة والدته بوصفها وصية عليه، فإن بلوغه سن الرشد بعد ذلك أثناء سير الدعوى – إذا لم تنبه المحكمة إليه – لا يكون من شأنه أن يحول دون اعتبار حضور والدته عنه حتى صدور الحكم فى الدعوى- على ما جرى به قضاء محكمة النقض- حضورا منتجا لآثاره القانونية، ذلك أنه ببلوغه سن الرشد يكون قد علم بالدعوى بواسطة والدته التى

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٥.

كانت وصية عليه ورضى باعتبار صفة والدته فى تمثيله لا زالت قائمة على أساس من النيابة الاتفاقية بعد أن كانت نيابتها عنه قانونية فإذا التزمت والدة المدعى موقف التجهيل بالحالة التى طرأت على ولدها ببلوغه سن الرشد إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائى فوجه المحكوم عليه استئنافه إليها بالصفة التى أقيمت بها ابتداء، وكان قد تحدد بموجب الحكم الصادر من محكمة أول درجة أطراف الخصومة بالنسبة للاستئناف، وكان الأصل أن ليس للخصم أن يفيد من خطئه، ولا ينقض ما تم على يديه، فإن اختصام المستأنف ضده فى الاستئناف ممثلا بواسطة والدته يعد اختصاما صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية. وإذ استمرت والدته على موقف التجهيل أثناء سير الاستئناف فإن الحكم يصدر فى هذا الاستئناف كما لو كان قد حضر المستأنف ضده بنفسه الخصومة فيه".

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/١٥)



مادة (١٠٨)

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

الشرح

٩٤- حظر تعاقد النائب مع نفسه:

حظرت المادة على الشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. فللتعاقد مع النفس المحظور صورتان:

الصورة الأولى، أن يكون الشخص طرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى. ومثل ذلك أن يهب الأب بصفته الشخصية ماله لابنه، ثم يقبل الهبة بصفته وليا عنه، أو أن يبرم مدير الشركة بصفته الشخصية عقد وديعة مع الشركة نفسها باعتباره ممثلها القانونى.

والصورة الثانية، أن يبرم الشخص العقد بصفته نائبا عن كل من طرفيه، كما لو باع الأب مال أحد أبنائه لابن ثان له، بصفته وليا عن الاثنين.

ففى الصورة الأولى يتحقق التعارض بين مصالح الشخص ومصالح الأصيل مما يخشى معه أن يضحى العاقد بمصلحة الأصيل فى سبيل مصلحته.

وفى الصورة الثانية يكون عمل الشخص أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة ومصلحة الأصيل لاتتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة، إذ يخشى التضحية بمصالح أحد الطرفين(١).

٩٥- عدم نفاذ التعاقد فى حق الأصيل:

للعلة التى ذكرناها فى البند السابق، اعتبر تعاقد النائب مع نفسه بدون ترخيص من الأصيل غير نافذ فى حق الأصيل، لأنه إذا تعاقد النائب مع نفسه، ولم يكن ذلك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٥ وما بعدها.

مسموحا به قانونا اعتبر أنه فى تعاقده هذا خارجا عن حدود نيابته، ومن ثم لا يكون التصرف نافذا فى حق الأصيل(١)، كالشأن فى أى تصرف يتجاوز فيه النائب حدود نيابته. ولوجود قرينة قانونية هى أن الشخص إذا وكل غيره عنه فى التعاقد فهو لا يقصد بذلك أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما فى ذلك من تعارض فى المصالح، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل(٢).

وقد نصت المادة على أنه: "يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد"(٣)- وعلى ذلك إذا أقر الأصيل التصرف الذى قام به النائب مجاوزا حدود نيابته، فإن التصرف ينفذ فى حقه.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين: فقد يكون الشخص طرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى بذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية، ومصالح الأصيل. وقد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين فى آن واحد، وفى هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد ص ٢٤٠- عبد المنعم الصده ص ١٥٨ – الدكتور جمال مرسى بدر النيابة فى التصرفات القانونية طبعة ١٩٨٠ ص٢٣٢ – السنهورى جـ١ طبعة ٢٠٠٤ ص ١٧٠- وقارن مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها عن المادة (١٦١) من المشروع التى أصبحت بعد تعديل طفيف فى الصياغة، المادة ١٠٨ من القانون ".... اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل"مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٦ – وهذا من المذكرة غير سديد، إذ أن التكييف القانونى السليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس، فى الحالة التى نحن بصددها، يقع غير نافذ فى حق الأصيل على النحو الوارد بالمتن. وكان الدكتور السنهورى يأخذ برأى مذكرة المشروع التمهيدى وفسره فى هذه المذكرة ثم عدل عنه (راجع السنهورى ص ١٧٠).

(٢) السنهورى ص ١٧٠.

(٣) والملاحظ أن المادة استعملت تعبير "الإجازة"وفى هذا الاستعمال خروج على التفرقة المعهودة بين الإجازة ويقصد بها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للإبطال (م١/١٣٩ مدنى) وبين الإقرار ويقصد به قبول الشخص لعقد ما كان يحتج به عليه لولا الإقرار. وقد كان نص المادة ١٠٨ فى المشروع (برقم ١٦١) يستعمل تعبير الإقرار ويبدو أن استبدال تعبير الإجازة به تم فى بعض مراحل التقنين بغير التفات إلى الفارق الاصطلاحى بين التعبيرين (جمال مرسى بدر ص ٢٣٢ هامش١).

التحكيم منه إلى معنى النيابة. وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين. ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل.

ومع ذلك فقد أبيح للأصيل أن يأذن للنائب فى التعاقد فى هذه الصورة، أو أن يقر التعاقد بعد حصوله. ومن الواضح أن البطلان المقرر فى هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "تقضى المادة ١٠٨ من القانون المدنى بأنه: "لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل"فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذا فى حق الأصيل إلا إذا أجازه، وقد استثنت المادة من حكمها الأحوال التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد. فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها وقد تضمن هذا الإيصال – على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه- إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة وديعة لدى الشركة، فإن هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد وديعة بين نفسه وبين الشخص الاعتبارى الذى ينوب عنه (الشركة) وهو ما لا يجوز عملا بالمادة ١٠٨ سالفة الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد وبالتالى لا يجوز للمدير أن يرجع على الشركة على أساس عقد الوديعة، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال والموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضمنة إقرارا منه بملكية سيدة ما لقيمة تلك الوديعة وكان هذا الإقرار منصبا على ذات الوديعة المشار إليها فى صلب السند فإن الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته فى ذمة الشركة التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة، وإنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد وبالتالى يدور معه وجودا وعدما، ومن ثم فإن عدم نفاذ الوديعة فى حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٦.

٢- "إن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هى أن الشخص إذا وكل عنه غيره فى التعاقد فهو لا يقصد التوسع فى هذه الوكالة إلى حد أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما فى ذلك من تعارض فى المصالح، لأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزا حدود الوكالة ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته فلا يكون عمله نافذا فى حق الموكل إلا إذا أجازه. والقرينة القانونية المذكورة قابلة لإثبات العكس فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدما للوكيل فى التعاقد مع نفسه وفى هذه الحالة يعمل الوكيل فى حدود وكالته إذا تعاقد مع نفسه ويكون عمله نافذا فى حق الأصيل".

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢- غير منشور)

٩٦- تطبيقات تشريعية لقاعدة حظر تعاقد النائب مع نفسه :

جاء فى القانون المدنى فى مواد البيع تطبيقات للقاعدة المنصوص عليها بالمادة ١٠٨ فى المواد ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، وهى تقضى بأن:

١- لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما يناط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى (م٤٧٩).

٢- لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار (م٤٨٠).

وقد نصت المادة ٤٨١ على أن العقد يصح فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين سالفتى الذكر إذا أجازه من تم البيع لحسابه.

٩٧- استثناءات على قاعدة حظر تعاقد النائب مع نفسه :

يتفرع عن أن العلة فى تحريم التعاقد مع النفس هى حماية مصلحة الأصيل، أنه متى تحققت تلك المصلحة، أو افترضت كذلك، كان التعاقد مع النفس سائغا. وهذا ما يقع فى الحالتين الآتيتين:

(الحالة الأولى): أن يرى الأصيل ذلك، فيرخص ابتداء بالتعاقد، مثال هذه الحالة، أن يوكل شخص آخر فى بيع مال له أو فى تأجيره، مع الترخيص له فى أن يشتريه أو يستأجره لنفسه. أو يقر الأصيل التعاقد بعد وقوعه إذا كان لم يرخص به ابتداء.

(الحالة الثانية): الحالة التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بإمكان التعاقد مع النفس. فإذا قضى القانون فى حالة معينة بإجازة التعاقد مع النفس، تحتم العمل بحكمه.

ومثال ذلك ما تقضى به المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه: "للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك"(١).

وكذلك إذا قضت قواعد التجارة بإمكان أن يتعاقد الشخص مع نفسه، ساغ هذا التعاقد.

وعن إشارة المادة إلى ما تقضى به قواعد التجارة جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن المقصود بذلك هو إباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى(٢).

ومن أمثلة ذلك أيضا ما تقضى به قواعد البورصات من إمكان أن يبرم السمسار الصفقة مع نفسه كما إذا كان قد كلفه شخص ببيع كمية من الأوراق المالية، وكلفه آخر بشراء هذه الكمية. فضلا عن أن ذلك مما تقضى به ضرورات التجارة فإن مظنة التحيز لأحد الطرفين قد يستبعدها أو يقلل منها رغبة كل منهما فى الإبقاء على عملائه(٣).

---

(١) ومن الحالات التى ينص فيها القانون على عدم إجازة تعاقد الأب مع نفسه ما تنص عليه المادة ٦ من المرسوم بقانون المذكور من أنه لا يجوز للولى، حتى ولو كان أبا، أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة.

(٢) ويذهب البعض إلى أنه إذا كان هو المقصود بعبارة قواعد التجارة فى المادة (١٠٨) كان فى إدخالها ضمن الأحكام العامة فى النيابة نظر ذلك أن الوكيل بالعمولة هو وكيل غير نائب لأنه يتعاقد باسمه هو لحساب الأصيل فتلحق به آثار العقد ثم ينقلها بدوره إلى الأصيل بينما أن التعاقد باسم الأصيل شرط أساسى لتحقق حكم النيابة وانصراف الآثار مباشرة إلى الأصيل (مادة ١٠٦)، ومتى كان الوكيل بالعمولة وكيلا غير نائب كان فى إدخال تصرفه عن طرفى العقد فى باب تعاقد النائب مع نفسه محل نظر. (جمال مرسى بدر ص٢٣١ وما بعدها).

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٩ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٢٦ وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك إباحة تعامل الولى مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"ليس ما يمنع فى القانون من أن يكون البائع وكيلا بالعمولة ولم يحرم القانون اجتماع الصفتين فى شخص واحد حتى مع وحدة البضاعة ووحدة المشترى ولا يغير من الأمر شيئا ألا يكون الوكيل بالعمولة قد قبض أجرة لأن انعقاد الوكالة أمر مستقل عن قبض أجرها".

(طعنان رقما ٣٧٩، ٣٨٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)



(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٦.

مادة (١٠٩)

كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون.

الشرح

٩٨- الأصل فى الشخص توافر الأهلية:

الأصل فى الشخص توافر الأهلية، أما عدم الأهلية فيجب أن يقرر بمقتضى نص فى القانون. ويتفرع على ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية من شأنها إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بعدم الأهلية.

والأهلية مناطها التمييز، فحيث يوجد التمييز تتوافر الأهلية، وتكون الأهلية كاملة أو ناقصة تبعا لما إذا كان التمييز كاملا أو ناقصا، وتهيمن هذه القاعدة الأساسية على جميع الأحكام الخاصة بالأهلية.

ويراعى فى ذلك الأهلية التى تتطلبها الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية، سواء الواردة فى القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، أو فى الرأى الراجح من المذهب الحنفى[١].

وسنتناول فى المواد التالية أحكام الأهلية والحد منها بالتفصيل.

ونكتفى هنا بتناول مسألتين هما: تقيد الأهلية بعقوبة الجناية.

والأهلية فى الدعاوى المستعجلة.

المسألة الأولى:

٩٩- تقييد الأهلية بعقوبة الجناية:

تنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات على أن: "كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية:

(أولا): القبول فى أى خدمة فى الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أيا كانت أهمية الخدمة.

(ثانيا): التحلى برتبة أو نيشان.

(ثالثا): الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال.

---

(١) مذكرة المشروع التهيدى جـ٢ ص ١١٠.

(رابعا): إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله وبعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة، فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورتها بناء على طلب النيابة العمومية أو ذى مصلحة فى ذلك ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تنصبه بتقديم كفالة.

ويكون القيم الذى تقره المحكمة أو تنصبه تابعا لها فى جميع ما يتعلق بقوامته.

ولا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف فى أمواله إلا بناء على إذن من المحكمة المدنية المذكورة. وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغى من ذاته وترد أموال المحكوم عليه بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه ويقدم له القيم حسابا عن إدارته.

(خامسا).... الخ".

ويبين من هذا النص ما يأتى:

(أ)- أن الحرمان من الحقوق الموضحة بالمادة ومنها تلك الخاصة بإدارة الشخص أشغاله الخاصة بأمواله مدة اعتقاله، يستلزم الحكم على الشخص بعقوبة جناية. وعقوبة الجناية هى: الإعدام – السجن المؤبد – السجن المشدد – السجن (م ١٠ من قانون العقوبات معدلة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣).

أما إذا حكم عليه فى جناية بعقوبة الجنحة، بالتطبيق للمادة ١٧ من قانون العقوبات فلا تطبق عقوبة الحرمان من الإدارة.

وكذلك إذا حكم عليه فى جنحة بعقوبة الحبس.

(ب)- الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجناية لا يجئ نتيجة خلل يعيب فيه العقل أو التدبير أو يصعب عليه التعبير، فهو خال من كل ذلك. ولكنه يجئ عقوبة تبعية توقع بقوة القانون ولو لم ينص عليها فى الحكم[١].

(ج)- لا توقع هذه العقوبة التبعية بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم غير عادية عن جرائم مؤثمة بأمر من أوامر السيادة، لأنها لا توقع إلا على الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو الواردة فى القوانين الأخرى واللوائح الخاصة.

ومثال الأحكام المشار إليها الأحكام الصادرة من محكمة الثورة.

---

(١) موسوعة هرجه الجنائية التعليق على قانون العقوبات المجلد الأول ص ٢٦٩ – حسام الدين الأهوانى ص ١٧٠ وهامش (٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لا يستلزم حتما وبصفة عامة كل حكم بعقوبة جناية ترتيب الأحكام الواردة فى الكتاب الأول من قانون العقوبات ومنها الحرمان المنصوص عليه فى المادة ٤/٢٥ من هذا القانون، وإنما القاعدة فى ذلك وفقا للمادة ٨ عقوبات هى مراعاة أحكام هذا الكتاب بالنسبة للجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات والجرائم الواردة فى القوانين الأخرى واللوائح الخصوصية ما لم ترد فى تلك القوانين أو اللوائح نصوص باستثناء تطبيق أحكام الكتاب المذكور، وهذا الاستثناء قد يكون كليا أى مانعا من تطبيق جميع الأحكام أو جزئيا أى مانعا من تطبيق بعضها مع سريان باقيها".

٢- "على المحاكم غير العادية أن تطبق أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ما لم يوجد نص صريح مخالف أو يوجد ما يحول دون تطبيق هذه الأحكام كلها أو بعضها كأن تكون الجرائم التى تفصل فيها هذه المحاكم لم ترد فى قانون أو لائحة، وذلك عملا بنص المادة ٨ من قانون العقوبات".

٣- "إذا كانت الجرائم التى تنظرها المحاكم غير العادية قد أثمها أمر من أوامر السيادة العليا فإن الأحكام الصادرة بعقوبة جناية من هذه المحاكم لا تسرى عليها أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات، ذلك أن المادة ٨ من هذا القانون لا تنطبق إلا على الجرائم المنصوص عليها فى قوانين أو لوائح خصوصية ولا يجوز قياس أمر السيادة على القانون فى هذا الخصوص: أولاً – لاختلاف طبيعة كل منهما، بل قد يكون فى اعتبار أمر السيادة بمثابة قانون تفويت للغرض منه إذ أن الكتاب الأول من قانون العقوبات كما تضمن قواعد قانونية تسرى على الجرائم والعقوبات فإنه تضمن أيضا قيودا لا تتفق مع عمل السيادة.

وثانيا – لأنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص، وثالثا – لأنه فى مجال توقيع العقوبات لا يجوز التوسع فى التفسير".

٤- "الأمران الصادران فى ١٣، ١٦ من سبتمبر سنة ١٩٥٣ بتشكيل محكمة الثورة وبيان الأفعال التى تعرض عليها والعقوبات التى توقعها لم يصدر بهما قانون أو لائحة بل صدرا على أنهما عمل من أعمال السيادة العليا التى خص بها مجلس قيادة الثورة بمقتضى المادة الثامنة من الدستور المؤقت الصادر فى ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٣ولذلك لم يتبع فى شأنهما ما يتبع فى القوانين من نشر بالجريدة الرسمية، كما تفيد

نصوص هذين الأمرين صراحة استثناء أحكام قانون العقوبات بما فيها الكتاب الأول منه فيما استثنى تطبيقه وهى القوانين العادية جميعها لتعارض هذا التطبيق مع الغرض الذى أنشئت من أجله المحكمة المذكورة".

٥- "إذا تضمن أمر السيادة تشريعا فإن هذا التشريع يختلف عن القانون فى معنى المادة الثامنة من قانون العقوبات وتكون له طبيعة عمل السيادة الذى يعلو على القانون ولا ينزل إلى درجته، ومن ثم فإنه لا يجوز قياس أمر السيادة الصادر بتشكيل محكمة الثورة على القانون للقول بسريان أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات على الجرائم التى تضمنها هذا الأمر".

٦- "القول بأن الحرمان المنصوص عليها فى المادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات هو مما تستلزمه طبيعة عقوبة الجناية وبأن من أغراضه حماية المحكوم عليه وأنه لذلك يترتب على كل حكم بعقوبة جناية أيا كانت المحكمة التى أصدرته وأنه لا يشترط أن يكون هذا الحكم قد صدر بالتطبيق لأحكام قانون العقوبات وفى جرائم مما نص عليه فى هذا القانون أو القوانين واللوائح الخصوصية، هذا القول غير صحيح، ذلك أن الأحكام الصادرة من المجالس العسكرية بعقوبة جناية لا يترتب عليها حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله وكذلك الأحكام الصادرة بهذه العقوبة من المحاكم العسكرية البريطانية لم يكن يترتب عليها هذا الحرمان رغما من أن تنفيذها كان يتم فى السجون المصرية".

٧- "عقوبة السجن الواردة فى المادة ٣ من الأمر الصادر بتشكيل محكمة الثورة ليست هى بذاتها عقوبة السجن المنصوص عليها فى المادة العاشرة من قانون العقوبات، ذلك أن المادة ٣ من أمر التشكيل لم تعين – على خلاف أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات – حدا أدنى وحدا أقصى لعقوبة السجن".

٨- إن ما نص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢ من الأمر الصادر بتشكيل محكمة الثورة من جواز إعفاء المحاكم العادية أو غير العادية من نظر بعض القضايا وعرضها على محكمة الثورة لا يفيد الإحالة على قانون العقوبات فى خصوص الجزاءات التى توقعها المحكمة المذكورة.

٩- محكمة الثورة هى محكمة ذات سيادة لا تسرى على الجرائم التى تحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى الكتاب الأول من قانون العقوبات سواء أكانت الجريمة التى عاقبت عليها هى مما أثمه لأول مرة الأمر الصادر بتشكيلها أم من الجرائم

المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو فى القوانين الأخرى لأنها فى كلتا الحالتين إذ تعاقب المتهم إنما تمارس سيادة عليا تسمو على القوانين العادية ويمكن تشبيهها من بعض النواحى فى هذا الخصوص بمجلس الشيوخ الفرنسى حينما كان ينعقد بوصفه محكمة عليا بناء على نصوص دستور سنة ١٨٧٥ لمحاكمة أى شخص متهم بجناية من الجنايات المخلة بأمن الدولة أو لمحاكمة رئيس الجمهورية بتهمة الخيانة العظمى أو لمحاكمة الوزراء، فقد كان هذا المجلس يصدر فى قضائه على أنه محكمة عليا ذات سيادة لا تتقيد بنصوص القوانين العادية ولا بقاعدة أن "لا جريمة ولا عقوبة بغير نص"وتقضى بتأثيم أفعال لم يرد فى القانون الفرنسى نص بتأثيمها وتضع العقوبة التى تراها وتقضى أحيانا بالإعفاء من العقوبة الأصلية أو الحكم بالعقوبة التبعية على أنها عقوبة أصلية.

(طعن رقم ٣ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٥/٦/٢٣)

(د)- الحرمان يشمل حرمان المحكوم عليه من "إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله" وهذا الحرمان هو تقرير "لحجر قانونى" يشمل كل أعمال الإدارة ويضع قيدا على أعمال التصرف. وهذا الحجر هو اعتراف بحقيقة الواقع، إذ المحكوم عليه عاجز فعلا أثناء فترة اعتقاله عن إدارة أمواله، والحجر من هذه الوجهة فى مصلحته لأنه يضع إدارة أعماله فى يد شخص قادر على ذلك. ولكن الشارع قد استهدف به ضمان تنفيذ العقوبة على الوجه المطابق للقانون. وذلك بالحيلولة بين المحكوم عليه وبين أن يستغل أمواله فى الهرب أو تحسين وضعه فى السجن.

(هـ)- هذا الحرمان خاص بإدارة المحكوم عليه لأشغاله الخاصة بأمواله. فلا يشمل حقوقه الشخصية كالزواج والطلاق والإقرار بالنسب وما إليها، فله أن يستعملها بغير تقييد.

(و)- تنفذ هذه العقوبة على المحكوم عليه طوال فترة اعتقاله، وتنفذ على المحكوم عليه بعقوبة الإعدام فى الفترة بين صيرورة الحكم واجب التنفيذ وبين تنفيذه.

كما تلحق المحكوم عليه إذا عفى عنه ما لم ينص قرار العفو على خلاف ذلك، أو سقطت العقوبة بالتقادم[1]. كما أنها تنقضى بالإفراج الشرطى.

ولا محل لهذه العقوبة قبل البدء فى تنفيذ عقوبة الجناية ولو كان ذلك لهرب المحكوم عليه.

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة نادى القضاة ص٨١٩.

(ز) الحجر على المحكوم عليه يقتصر على أعمال الإدارة، فهى التى تغل عنها يد المحكوم عليه.

أما أعمال التصرف – سواء أكانت بعوض أم بغير عوض– فيبقى الحق فى مباشرتها للمحكوم عليه، ولكن يقيد فى ذلك بالحصول على إذن المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته(١).

فإذا لم يحصل المحكوم عليه على هذا الإذن، وقع تصرفه باطلا بطلانا مطلقا.

ويتساوى مع إجراء التصرف فى المال تعهد المحكوم عليه بأى التزام(٢).

(ح)– يكون المحكوم عليه عديم الأهلية فى التقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه، ويمثله فى ذلك طوال مدة تنفيذ العقوبة القيم الذى تعينه المحكمة. إلا أنه إذا كان قد اختصم بصفته الشخصية وصدر الحكم عليه بهذه الصفة لأن السبيل الوحيد للطعن فى هذا الحكم هو رفعه بذات الصفة التى كان مختصما بها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"ولئن كان مؤدى نص المادتين ٢٤، ٤/٢٥ من قانون العقوبات أن كل حكم بعقوبة جناية يستتبع حتما وبقوة القانون حرمان المحكوم عليه من حق إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله، على أن يعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورة بناء على طلب النيابة العامة أو ذى المصلحة فى ذلك إلا إذا وجد فى قانون العقوبات أو غيره من القوانين الأخرى واللوائح الخصوصية نص يستثنى المحكوم عليه من هذا الحرمان مما مؤداه – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض– عدم أهلية المحكوم عليه التقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه ويمثله فى ذلك – طوال مدة تنفيذ العقوبة – القيم الذى تعينه المحكمة المدنية لذلك بناء على طلب النيابة أو ذى المصلحة إلا إنه إذا اختصم المحكوم عليه بصفته الشخصية وصدر الحكم عليه بهذه الصفة وكان السبيل الوحيد للطعن فى هذا الحكم بطريق النقض هو التقرير به بذات الصفة التى

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثانية ١٩٥٥ ص٤٣١– الدكتور محمود نجيب حسنى ص٨٢٢.

(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ ص ١١٨.

كان مختصما بها أمام محكمة الاستئناف فإن طعنه بالنقض على هذا النحو يكون مقبولا شكلا".

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٦)

(ط) يجوز للمحكمة المدنية أن تلزم القيم الذى تنصبه بتقديم كفالة. ويكون القيم الذى تقره المحكمة أو تنصبه – إذا كان المحكوم عليه لم يعين قيما– تابعا لها فى جميع ما يتعلق بقوامته، فلا علاقة لمحكمة الأسرة بهذه المسألة.

(ى) يلتزم القيم عند انتهاء مهمته بأن يرد إلى المحكوم عليه أمواله ويقدم له حسابا عن إدارته.

المسألة الثانية:

١٠٠- الأهلية فى الدعاوى المستعجلة:

لا يشترط أن تتوافر فى الدعاوى المستعجلة الشروط اللازمة لأهلية التقاضي أمام القضاء العادي، بل يكفى أن يكون لرافع الدعوى مصلحة محققة وحالة فى الإجراء. والسبب فى ذلك يرجع إلى أمرين:

١- أن طبيعة الاستعجال وما يقتضيه من سرعة اللجوء إلى القاضى المستعجل لاتخاذ إجراءات سريعة لدرء الخطر العاجل قد تتعارض مع المطالبة بأهلية التقاضى العادى والتى يلزم لها شروط معينة ولبعضها تراخيص خاصة من هيئات خاصة قد تستغرق وقتا للحصول عليها.

٢- أن الحكم الصادر من القاضى المستعجل له حجية مؤقتة، ولا يمس أصل الحق الذى يبقى دائما سليما بالرغم من صدوره[١]. على أن هذا الاستثناء يقتصر على الأهلية الإجرائية دون أهلية الاختصام فهذه يجب توافرها أيضا فى الخصومة المستعجلة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

لا يشترط لقبول الدعوى المستعجلة أن تتوافر للخصوم الأهلية التامة للتقاضى

---

(١) راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة الطبعة السابعة ١٩٨٥ ج١ ص٨٣ – المستشار محمد عبد اللطيف القضاء المستعجل الطبعة الثالثة ١٩٦٨ ص٥٧٦ وما بعدها – مؤلفنا الدفوع فى قانون المرافعات الطبعة الثالثة ٢٠٠١/٢٠٠٢ ص٤٢٤ وما بعدها.

لأن الحكم المطلوب يكون حكما وقتيا لا يمس الموضوع، ولأن شرط الاستعجال يتنافى مع ما يحتاجه الحرص على صحة التمثيل القانونى من وقت".

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٣/٢٦)

وبالترتيب على ذلك:

١- يجوز لناقص الأهلية الذى بلغ الثمانى عشرة سنة أو حتى قبل ذلك فى حالة الضرورة القصوى وكذلك للسفيه رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل.

إلا أن ذلك غير جائز بالنسبة لعديم الأهلية كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه، لأنه لا يدرى ما يقول أو يفعل ولا يسأل عن أعماله.

٢- أنه يجوز لناقص الأهلية أن يرفع الدعوى أمام القاضى المستعجل إذا تعارضت حقوقه مع مصلحة الوصى أو القيم أو الولى مهما كان الباعث على ذلك.

٣- أن يرفع الوصى الدعوى المستعجلة بغير إذن من المحكمة.

٤- أن ترفع الدعوى من أحد ناظرى الوقف المعينين بشرط عدم الانفراد فى التقاضى أمام القاضى المستعجل إذا لم يوافق الناظر الآخر على التقاضى أمامه.

٥- أن ترفع الدعوى من المستحق للوقف أمام القاضى المستعجل للمحافظة على حقوقه قبل الناظر أو للمحافظة على حقوق الوقف قبل الغير إذا أهمل أو تراخى المتولى فى صيانتها إذا كان الوقف شاغرا.

كما يجوز ذلك للوكيل فى حالة الوكالة العامة أو لأحد الشركاء على الشيوع بالنسبة لكافة الأموال المشتركة أو لمدير الشركة بغير ترخيص من مجلس الإدارة[١].



(١) راتب وآخرين ص٨٣ وما بعدها.

مادة (١١٠)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة.

الشرح

١٠١- ليس للصغير غير المميز التصرف فى ماله :

الصغير غير المميز هو الطفل الذى لم يبلغ السابعة من العمر طبقا للتقويم الميلادى. وهكذا تقدر سن التمييز بسبع سنوات. فالأمر لا يرتبط بقياس درجة إدراك الطفل وتمييزه من الناحية الفعلية. وإنما يتعلق بقرينة قانونية قاطعة أى غير قابلة لإثبات العكس مضمونها أن الطفل دون السابعة من عمره لا يكون مميزا ولو كان مميزا بالفعل. وأن الطفل فوق السابعة من عمره مميزا حتى ولو تأخر تمييزه وإدراكه إلى ما بعد ذلك(١).

والصبى غير المميز غير أهل لمباشرة أى تصرف من التصرفات القانونية، وعدم الأهلية هذه لا تقتصر على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة فقط بل تمتد أيضا إلى عقود الاغتناء، أى ما كان منها نافعا نفعا محضا، فهو غير أهل لقبول الهبة وسائر التبرعات، فضلا عن مباشرة أى تصرف آخر يؤدى إلى إيجاب حق عليه للغير الغير كبيع أو شراء ونحوهما.

والذى يتولى عن الصغير مباشرة جميع التصرفات هو من يمثله قانونا، الولى أو الوصى على نحو ما سنرى(٢).

١٠٢- أثر تصرف الصبى غير المميز:

إذا صدر تصرف ما من الصغير غير المميز كان هذا التصرف باطلا بطلانا مطلقا(٣).

---

(١) الدكتور نعمان خليل جمعه دروس فى المدخل للعلوم القانونية طبعة ١٩٧٧ ص ٤٥٧.

(٢) عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ ص ١٤٢ وما بعدها.

(٣) وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل سعادة العشماوى باشا هل تكون تصرفات الصبى غير المميز باطلة بطلانا مطلقا فأجاب الدكتور بغدادى تكون باطلة فقط وهذا هو البطلان المطلق والمشروع لم يستعمل اصطلاحى البطلان المطلق والنسبى وإنما استعمل=

والبطلان المطلق الذى يترتب على أعمال الصبى غير المميز من شأنه أن يهدم الأعمال فتكون غير موجودة ولا أثر لها قانونا. ويترتب على ذلك نتيجتان هامتان:

الأول: أن طلب الحكم بالبطلان ليس مقصورا على الصغير وحده (بعد بلوغه سن الرشد) أو الولى عليه، بل يحق طلبه لكل من له مصلحة فى تقريره.

والثانية: أن البطلان لا يزول بالإجازة، بمعنى أن التصرف الصادر من الصغير لا يمكن أن تصححه إجازته له بعد بلوغه ولا إجازة الولى عليه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يدل النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن الصبى المميز ليست له أهلية التصرف فى أمواله، فلا يملك الصلح على الحقوق. إلا أنه يجوز لوليه إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوقه، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلثمائة جنيه ".

(طعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٧)



= اصطلاحى البطلان والقابلية للبطلان. (محضر الجلسة السادسة مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١١٣ وما بعدها).

مادة (١١١)

١- إذا كان الصبى مميزا كانت تصرفات المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا.

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون.

الشرح

١٠٣- أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية:

تختلف أهلية الأداء اللازمة لإجراء التصرفات القانونية، باختلاف نوع هذه التصرفات.

والتصرفات فى هذا الصدد تنقسم أساسا إلى ثلاثة هى:

١- تصرفات نافعة نفعا محضا:

وهى التصرفات التى تؤدى إلى تمليك الشخص مالا أو حصوله على منفعة دون عوض بل دون أى تكليف، مثال ذلك الهبة غير المقترنة بشرط والاشتراط لمصلحته فى عقد من عقود التأمين.

وحكم القانون بالنسبة لهذه التصرفات إذا ما صدرت من الصبى المميز أنها صحيحة أى أن الصبى المميز يتمتع بأهلية أداء كاملة بالنسبة لها.

٢- تصرفات ضارة ضررا محضا:

وهى التصرفات التى تؤدى إلى خروج مال من ذمة الصغير دون مقابل أو عوض. وتعتبر باطلة بطلانا مطلقا متى صدرت من ناقص الأهلية.

فيعتبر الصبى المميز بالنسبة لهذه التصرفات عديم الأهلية شأنه فى ذلك شأن الصبى غير المميز، ومثال هذه التصرفات هبة الصغير لمال معين من أمواله وإبرائه لمدينه من دين عليه والتبرع[١].

---

(١) ويلاحظ فى شأن التبرع أن المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ =

٣- تصرفات دائرة بين النفع والضرر:

وهى التصرفات التى لا تتمحض للنفع ولا للضرر، وإنما هى التصرفات التى بمقتضاها يعطى المتصرف ويحصل على مقابل ما أعطاه وتسمى عقود المعاوضة أو العقود التبادلية. ومثال ذلك البيع الذى بمقتضاه ينقل البائع ملكية المبيع ويحصل مقابل ذلك على الثمن الذى يؤديه المشترى. ومثال ذلك أيضا المؤجر الذى يعطى للمستأجر منفعة الشيء مقابل الحصول على الأجرة. ولا يغير من طبيعة هذه التصرفات عدم تعادل الحقوق المتبادلة. فالعبرة هى بالطبيعة الأصلية للتصرف، بغض النظر عما قد يمس هذه الطبيعة من ظروف خاصة بكل تصرف، ويكون من شأنها عدم التعادل بين الحقوق التى يحصل عليها كل طرف(١).

وتشمل الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر نوعين فرعيين:

١- أهلية التصرف بعوض أو بمقابل. وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها أن تفقد المال من صاحبه، ولو جزئيا، كالبيع والشراء.

٢- أهلية الإدارة، وهى الأعمال القانونية التى تنحصر فى استغلال الشيء واتخاذ كل ما يلزم من إجراءات وتصرفات لتيسير هذا الاستغلال، فهى من الأعمال التى تحمل صاحبها، بالتزامات شخصية فقط أى دون أن يكون من بين أهدافها إنشاء أو نقل حق عينى.

ولكن هذا المعيار لا يعبر تماما عن الواقع. فقد استقر الفقه ومعه المشرع عن أن هناك بعض التصرفات التى ترد على حقوق عينية. ومع ذلك تعد من أعمال الإدارة. فمن يدير أرضا زراعية يستطيع أن يشترى السماد والبذور ويستطيع أن يبيع المحصول ويبيع ألبان المواشى. وكذلك يستطيع الوكيل وكالة عامة، وهو لا يملك

= بأحكام الولاية على المال أجازت للولى التبرع بمال القاصر لأداء واجب إنسانى أو عائلى بإذن من المحكمة كما أجازت المادة ٣٨ من ذات المرسوم بقانون للوصى ذلك. وبالنسبة لهذا الاستثناء فإن الصغير نفسه لا يملك التبرع وإنما يملكه الولى أو الوصى وبالشروط التى ذكرها القانون (المستشار محمد كمال حمدى الولاية على المال الجزء الأول الأحكام الموضوعية الطبعة الأولى ١٩٦٣ ص ١٤٨ هامش ١).

(١) نعمان جمعه ص ٤٥٤ وما بعدها- محمد عبد الوهاب خفاجى ص٢٥٢.

سوى أعمال الإدارة، أن يبيع الثمار والمنقولات التى تكون عرضه للهلاك أو لنقص القيمة(١).

والنوع الأول من هذه التصرفات إذا صدرت من الصبى المميز تكون باطلة إلا أن هذا البطلان نسبى وليس مطلقا.

أما بالنسبة للنوع الثانى سنعرض له فيما بعد.

١٠٤- أهلية الصبى الذى بلغ السابعة :

الصبى الذى بلغ سن السابعة دون أن يصل إلى الواحد والعشرين من عمره، هو الذى يطلق عليه القاصر أو الصبى المميز، فهو يميز ولكنه غير رشيد.

ولذلك فهو ليس عديم التمييز وليس كامل التمييز، وإنما هو ناقص التمييز وبالتالى ناقص الأهلية.

ونظرا لطول المدة التى تفصل بين السابعة والواحد والعشرين من العمر، والتى تتضمن نموا متدرجا فى ملكات القاصر وقدراته الذهنية أى فى تمييزه وإدراكه وبالتالى فى صلاحيته لإبرام التصرفات. فقد راعى المشرع ذلك بأن منح للقاصر بعض الصلاحيات أحيانا ببلوغه السابعة وأحيانا ببلوغه السادسة عشرة من عمره وأحيانا ببلوغه الثامنة عشرة. وهذا ما نعرض له فيما يلى:

١٠٥- أولا : صلاحيات الصبى المميز ببلوغه السابعة من العمر :

١- تصرف القاصر فى أمواله الموضوعة تحت تصرفه لأغراض نفقته :

وفى هذا تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن: "للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط ".

فقد لاحظ المشرع أن الضرورات العملية تقضى الخروج على القاعدة العامة التى تقضى بقابلية تصرفات ناقص الأهلية للبطلان إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، أو ببطلانها إذا كانت ضارة ضرر محضا فهذه الضرورات العملية تجعل ناقص الأهلية مسلطا بحكم الواقع على مال يسلم إليه لأغراض نفقته، ويتعامل معه الناس فى حدوده

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد ص ٨٥ – نعمان جمعه ص ٤٥٣ ومابعدها.

وكلهم مطمئن إلى سلامة هذا التعامل واستجابته لأغراض جديرة بالرعاية. كطالب قاصر يسلمه أبوه بعض المال للإنفاق منه على نفسه وليسد به بعض حاجاته. ولذلك رأى المشرع أن يساير اتجاه بعض التشريعات الأجنبية، ليقرر للقاصر أهلية محدودة تقتصر على ما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته.

وعلى هذا النحو يكون القاصر فى حدود هذا المال أهلا للإدارة والتصرف جميعا، وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة. والمرجع فى تعيين تلك الحدود هو ما جرت به العادة، مع الاعتداد بظروف الأشخاص وبيئتهم الاجتماعية[١].

٢- إبرام القاصر عقد العمل الفردى:

فقد نصت المادة ٦٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن: "للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لأى مصلحة أخرى ظاهرة".

فللقاصر إبرام عقد العمل الفردى لكى يعمل لدى الغير بمقابل. ويكون العقد صحيحا نافذا. إلا أنه صيانة لمصلحة القاصر وللمصلحة العامة أعطى المشرع للمحكمة نوعا من الرقابة على هذا التصرف بحيث تستطيع إنهاءه بالنسبة للمستقبل، ولا يعد هذا إبطالا للعقد وإنما إنهاء لأثره.

ومما يبرر إنهاء العقد أن يكون القاصر مريضا أو يكون فى استعداده ما ينبىء بمستقبل أفضل فيما لو انصرف إلى تحصيل العلم أو الاشتغال بفن من الفنون، وكما لو كان للقاصر مجال فى أن يحسن أجره ومركزه إذا اشتغل بمهنة أخرى.

وبعد صاحب مصلحة فى إنهاء العقد ولى النفس على الصغير.

ويلاحظ أن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل مع عدم الإخلال بنص الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون التعليم الصادر بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٨١، ويحظر تشغيل الأطفال قبل بلوغهم أربع عشر سنة ميلادية كاملة، كما يحظر تدريبهم قبل بلوغهم اثنتى عشرة سنة ميلادية ويجوز بقرار من المحافظ المختص بعد موافقة وزير التعليم الترخيص بتشغيل الأطفال من اثنتى عشرة إلى أربع عشرة سنة فى أعمال موسمية لا تضر بصحتهم أو نموهم ولا تخل بمواظبتهم على الدراسة (م٦٤).

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٥١.

٣- تصرف القاصر فيما يكسبه من عمله أو من أجره أو غيره:

وفى هذا تنص المادة ٦٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه: "يكون للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله أو من أجره أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته.

ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية ".

وقد أبقى المشرع بذلك على الحكم الذى كان مقررا فى التشريع القديم فى شأن أهلية القاصر الذى بلغ ست عشرة سنة فيما يتعلق بكسب العمل، ولكنه وسع حدود هذا الحكم وأحاطه بضمانات جديدة تكفل صيانة مصلحة القاصر. والجوهرى فى تقرير هذا النوع من الأهلية المحدودة هو تقدير مكانة العمل وإيثار العاملين بمزايا تنطوى على معنى التشجيع والمكافأة، ولهذا نصت المادة ٦٣ على أن يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره وعلى أن أثر هذه الأهلية لا يجاوز صحة التزام القاصر فى حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته إلا أن من الحالات ما يتكشف فيه الأمر عن قصور تجربة القاصر أو ميله إلى الإسراف أو ضخامة ما يكسبه على نحو يعزى بالانسياق وراء التوسع فى الإنفاق – كما لو كان يحصل على دخل من استغلال مواهبه فى الأفلام – ولذلك أضافت المادة نفسها حكما جديدا يقضى بأن للمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى ماله المذكور عندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية[١].

٤- تصرف القاصر فى المهر والنفقة إذ أذنته المحكمة فى الزواج:

تنص المادة ٦٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه: "إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق ".

وقد استرشد المشرع فى هذا النص بأحكام بعض التشريعات الأجنبية التى تقضى بثبوت الأهلية بمجرد الزواج ولكنه لم ير الأخذ بهذه الأحكام على إطلاقها رعاية لمصلحة القصر فى سن قل أن تتوافر فيه الخبرة المطلوبة.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

ويقصد بالمهر فى أحكام النص الصداق الذى يؤديه الزوج لزوجته دون الدوطة أو البائنة التى تقدمها الزوجة للزوج فى بعض الشرائع.

ويقصد بالنفقة ما يؤدى من أحد الزوجين للآخر بالتراضى أو بحكم من القضاء كمقابل للإنفاق.

وللمحكمة عند الإذن بالزواج أو عند رفع الأمر إليها بعد ذلك أن تقرر إضافة المهر كله أو بعضه أو النفقة كلها أو بعضها إلى الأموال المشمولة بالوصاية متى كانت مصلحة القاصر توجب ذلك كما لو كان المهر أو متجمد النفقة كبيرا وكان فى نفقة القاصر التى قررتها المحكمة ما يكفيه أو كان فى ظروف ما يخشى معه من الإسراف أو الإتلاف(١).

١٠٦- ثانيا: صلاحيات القاصر البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة:

إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة، فإن هناك حالتين يأذن فيهما الولى أو المحكمة – حسب الأول – للقاصر بأهلية جزئية فى أمرين:

١- الإذن للقاصر بإدارة أمواله.

٢- الإذن للقاصر بالاتجار.

ونعرض لهاتين الحالتين فى شرح المادة التالية.



(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

مادة (١١٢)

إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التى رسمها القانون.

الشرح

(أ) الإذن للقاصر بإدارة أمواله :

١٠٧- النصوص القانونية :

المادة ٥٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢:

"للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات ".

المادة ٥٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢:

"يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض".

١٠٨- ممن يصدر الإذن ؟

يصدر الإذن للقاصر الذى بلغ الثمانية عشرة بإدارة أمواله من الولى الشرعى إذا كان القاصر مشمولا بالولاية. ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق.

وللولى أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر.

وقد أشارت المادة (٥٤) إلى وجوب مراعاة حكم المادة (١٠٢٧) من قانون المرافعات.

وهذه المادة تقضى بأنه إذا لم يطلب تسجيل الطلب أو رفض الإذن به على قلم الكتاب أن يسجل فى الميعاد المذكور فى المادة السابقة القرارات النهائية الصادرة بما يأتى: (١)..... (٤) سلب الإذن للقاصر والمحجور عليه بالإدارة أو الحد منه .... إلخ".

وهذه المادة قد ألغيت بإلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ بمقتضى المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية[١].

أما إذا كان القاصر مشمولا بالوصاية فإن هذا الإذن يصدر من المحكمة (محكمة الأسرة). بعد سماع أقوال الوصى. وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض. ورغم أن المادة (٥٥) سالفة الذكر نصت على المسألة الأخيرة، فقد ورد النص عليها أيضا فى المادة ٤٨ من قانون إنشاء محاكم الأسرة.

ومناط الإذن فى هذه الحالة هو صلاحية القاصر لتولى الإدارة والاطمئنان إلى قدرته على إحسان القيام عليها فإذا لم تطمئن المحكمة إلى صلاحية القاصر رفضت الإذن.

ورئى أن ينص على عدم جواز تجديد طلب الإذن قبل مضى سنة حتى يتسع مجال الاختيار وتتاح للقاصر فرصة كافية للنضوج والاستزادة من الخبرة.

١٠٩- حدود الإذن بالإدارة:

بينت الفقرة الأولى من المادة ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ حدود الإذن بالإدارة، فنصت على أن: "للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله

---

(١) غير أن المادة ٣٢ القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصت على أنه: "تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه، وذلك يوم وساعة تقديم الطلب فى سجل خاص.

ويقوم القيد فى السجل مقام التسجيل، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب، وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائيا برفض الطلب.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات القيد والشطب" – وقد نص قرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ بإجراءات القيد والشطب فى السجل الخاص بمواد الولاية على المال فى (المادة الثانية – ثانى عشر) وقد نصت على أن تثبت كافة القرارات الأخرى التى تصدرها المحكمة فى خصوص إدارة أموال المعنى بالحماية بالسجل المشار إليه.

أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك. ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا ".

فالقاصر المأذون بالإدارة يكون أهلا للقيام بأعمال الإدارة اللازمة بالنسبة لجميع أمواله إلا إذا اقتصر الإذن على بعض أمواله دون البعض الآخر.

والمقصود بأعمال الإدارة – كما ذكرنا سلفا – الأعمال التى تنحصر فى استغلال الشىء واتخاذ كل ما يلزم من إجراءات وتصرفات لتيسير هذا الاستغلال.

ويدخل فيها شراء السماد والبذور اللازمة وبيع المحصول وألبان المواشى(١).

ولذلك نصت المادة ٥٦ على أن للقاصر "أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال".

غير أن المادة أوردت بعض القيود على الإذن الصادر للقاصر بالإدارة، سواء كان هذا الإذن صادرا من الولى أو من المحكمة. **وتخلص هذه القيود فيما يلى:**

١- لا يجوز للقاصر أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة.

٢- لا يجوز للقاصر الوفاء بالديون غير المترتبة على الإدارة ولو كانت ثابتة بمقتضى أحكام واجبة النفاذ أو سندات تنفيذية أخرى إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك.

أما إذا كان خاضعا للولاية فإن الإذن بهذه الأعمال لابد أن يصدر من الولى.

والمقصود بالإذن، هو الترخيص فى كل عمل بخصوصه دون الترخيص له ترخيصا مطلقا بالقيام بهذه الأعمال، وإلا انتفى معنى الإشراف الذى يقصد من الإذن(٢).

٣- لا يجوز للقاصر التصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا.

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٥٣.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

والمقصود بهذا الدخل ليس دخل العمل، وإنما دخل ما يملك من مال، لأن دخل العمل يجوز للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمره التصرف فيه دون حاجة إلى إذن خاص من المحكمة أو الولى[١].

١١٠- واجبات القاصر المأذون:

يتعين على القاصر المأذون أن يلتزم حدود الإذن، فإذا كان الإذن بالإدارة خاصا ببعض أمواله فليس له مباشرة أعمال الإدارة بالنسبة لأمواله الأخرى، كما أن عليه أن يحسن التصرف فى إدارته، وعلاوة على ذلك ألزمت المادة ٥٨ من المرسوم بقانون القاصر المأذون أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى – أما إذا كان القاصر مشمولا بالولاية فيؤخذ عند النظر فيه رأى الولى – وفى إلزام القاصر بتقديم كشف حساب سنوى يتيح للمحكمة مراقبة إدارة القاصر المأذون والإشراف عليها.

وقد أجازت المادة للمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخل القاصر المأذون خزائن الحكومة أو أحد المصارف وفى هذه الحالة لا يجوز للقاصر المأذون سحب شىء منه بغير إذن المحكمة[٢].

وقد تكفلت المادة ٥٩ من المرسوم بقانون ببيان الجزاءات التى تضمن أعمال الإشراف والرقابة على القاصر المأذون بالإدارة، فنصت على أن:

"إذا قصر المأذون له فى الإدارة فى تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف فى إدارته بأن قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله".

(ب) الإذن للقاصر بالاتجار:

١١١- المقصود بالإذن بالاتجار:

تنص المادة ٥٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه: "لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا ".

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٥٦.

(٢) محمد كامل حمدى ص ١٥٧.

فالإذن من الولى أو من المحكمة للقاصر بإدارة الأموال لا ينطوى على ترخيص بالاتجار، لأن مزاولة التجارة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة، فضلا عن أنها تستتبع مسئوليات جسيمة قد تودى بالمال بأسره(١).

وقد قصد من الإذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة من العمر بالاتجار تدريب القاصر على الاتجار متى كان يعد نفسه للاشتغال بالتجارة بعد البلوغ.

والإذن بالاتجار – على خلاف الإذن بالإدارة – لا يجوز أن يصدر من الولى. بل يجب أن يصدر دائما من المحكمة، سواء كان القاصر مشمولا بالوصاية أو الولاية(٢).

وإذن المحكمة بالاتجار قد يكون مطلقا أو مقيدا، وفى الحالة الأولى يكون عاما وفى الثانية يكون معتدا بنوع معين من التجارة أو محل تجارى منفرد(٣).

١١٢- أهلية القاصر المأذون بالاتجار:

بمقتضى الإذن بالتجارة يصبح القاصر أهلا للقيام بجميع الأعمال التجارية التى أذن بمباشرتها وله القيام بالأعمال الأخرى اللازمة لمباشرة تجارته فله أن يبيع ويشترى ويقرض ويقترض ويقاضى ويقاضى. ويتصالح ويحتكم ويسرى التقادم فى مواجهته ويحرم من الإفادة من قواعد الغبن المقررة لمصلحة القاصر. كما أنه إذا احترف القيام بالأعمال التجارية فإنه يكتسب صفة التاجر فيمكن شهر إفلاسه.

فالقاصر المأذون له بالتجارة يكون على هذا النحو كامل الأهلية فيما يتعلق بالأعمال المتعلقة بالتجارة التى أذن بمباشرتها إلا أنه يظل قاصرا بالنسبة لما عداها من أعمال مادام لم يبلغ الحادية والعشرين وتحكمه قواعد القانون المدنى.

أما إذا باشر القاصر البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة التجارة بدون إذن المحكمة فتصرفاته القانونية تقع باطلة بطلانا نسبيا فيكون للقاصر وحده التمسك بالبطلان ولو لم يقع عليه غبن من العمل الذى أجراه.

والمحكمة المختصة بنظر طلب البطلان هى المحكمة المدنية وليست المحكمة التجارية إذ لا يكسب القاصر غير المأذون صفة التاجر ولا تعتبر الأعمال التى يقوم بها تجارية(٤).

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٥٧.

(٣) المستشار كمال حمدى ص ١٦٠.

(٤) المستشار كمال حمدى ص ١٦١ وهامش (٢).

١١٣- سلب الإذن والحد منه :

يطبق فى شأن القاصر المأذون بالتجارة نص المادتين ٥٨، ٥٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاصين بالقاصر المأذون بالإدارة، فعلى القاصر المأذون بالتجارة تقديم حساب سنوى عن تجارته، وإذا قصر فى ذلك أو أساء التصرف أو قامت أسباب تدعو إلى احتمال الضرر جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه. وإنه وإن كان نص المادتين ٥٨، ٥٩ من المرسوم بقانون قد أشار إلى القاصر المأذون بالإدارة فقط دون القاصر المأذون بالتجارة إلا أن ما ورد من قيود أو ما فرضه القانون من التزامات على القاصر المأذون بالإدارة تسرى كلها على القاصر المأذون بالتجارة من باب أولى نظرا لخطورة الأعمال التجارية[١].

١١٤- حق القاصر فى الوصية بإذن محكمة الأسرة :

تقضى المادة الخامسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية بأن: "يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا، على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى (محكمة الأسرة الآن)".

فالوصية وإن كانت من الأعمال الضارة بالموصى ضررا محضا. ومن مقتضى القاعدة التى تضمنتها المادة ١/١١١ مدنى والتى تقضى ببطلان تصرفات الصبى المميز متى كانت ضارة به ضررا محضا، أن تقع وصية الصبى المميز باطلة. ولكن قانون الوصية قرر استثناءها من هذا الحكم قاضيا لصحتها بشرط إذن المحكمة[٢] (محكمة الأسرة الآن).

١١٥- قابلية التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر للإبطال لمصلحة القاصر :

تنص الفقرة الثانية من المادة (١١١) على أن: "أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر... الخ".

---

(١) المستشار كمال حمدى ص ١٦١ وما بعدها.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ٢٥٣ وهامش (٢) وما بعدها- الدكتور محمد عبد الوهاب خفاجى مبادئ القانون الطبعة الأولى ١٩٩٧/١٩٩٨ ص ٢٤٤.

وعلى ذلك فالتصرف الذى يأتيه القاصر لا يكون باطلا وإنما قابلا للإبطال. والفارق كبير بين التصرف الباطل والقابل للإبطال.

وتمشيا مع الفارق الكبير هذا جرى لسان المشرع فى القانون المدنى على القول بأن التصرف باطل إذا أراد أن يكون بطلانه مطلقا وعلى القول بأنه قابل للإبطال إذا شاء أن يكون بطلانه بطلانا نسبيا.

فالتصرف الباطل بطلانا مطلقا يعتبر معدوما لا وجود له. ومثله التصرف الذى يجريه الصبى غير المميز – كما ذكرنا سلفا– أما التصرف الباطل بطلانا نسبيا، فلا يعتبر معدوما بل صحيحا، كل ما فى الأمر أنه قابل للإبطال، ويظل هكذا إلى أن يصحح نهائيا بزوال سبب الإبطال، أو يحكم ببطلانه، فإذا حكم ببطلانه استحال عدما من وقت إبرامه واعتبر أنه لم يقم أصلا، أى أنه يأخذ هنا حكم التصرف الباطل بطلانا مطلقا.

وقابلية العقد للإبطال هنا يكون لمصلحة القاصر، لأن البطلان تقرر لحمايته. أما المتعاقد الآخر كالمشترى فى عقد البيع فلا يحق له أن يتمسك بالبطلان، وكذلك لا يصح للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها(١).

والذى يطلب البطلان هنا هو الولى أو الوصى على القاصر.

أما قبل الحكم بالبطلان، فإن التصرف يظل صحيحا منتجا لكل آثاره. ولا يبطل التصرف إلا بحكم من القاضى أو بالتراضى عليه. وعلى ذلك فلا يكفى لإبطال العقد الذى عقده ناقص الأهلية أن يعلن القاصر من جانبه أو أن يعلن وليه، البطلان أو رفض الإجازة، كما لا يبطل العقد لرفض المحكمة إجازته. وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من مشروع القانون المدنى تنص على أنه: "يكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلانا رسميا يبين فيه سبب البطلان وأدلته، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره".

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص، توخيا لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال، وتجنبا لما يحتمل أن ينشأ عن النص المقترح من صعوبات عملية(٢).

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق ١٩٥٧ ص ١١٧ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٢٣٥ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية، وإذن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعدمة الأثر قانونا قد أقام قضاءه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه، فإن النعى على الحكم الخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح. ولا محل للتحدى بعدم نشر قرار استمرار الوصاية فى الجريدة الرسمية وفقا لما كانت تقضى به المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المجالس الحسبية، إذ ليس من شأن إغفال النشر أن يكون لمن صدرت لمصلحته الإجازة أن يدعى صحتها: **أولا:** لأن الإجازة، وهى إسقاط لحق تصرف من جانب واحد لا يشارك فيه الغير فليس له التحدى بنصوص يدعى أنها وضعت لحماية الغير فى التعامل. **ثانيا:** لأن قرارات المجالس الحسبية الصادرة فى ظل المرسوم بقانون الصادر فى ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٢٥ بالحجر أو باستمرار الوصاية تحد من أهلية المحجور بمجرد صدورها ولا يتراخى هذا الأثر قبل الغير حتى يقوم الوصى أو القيم بنشر القرار فى الجريدة الرسمية وفقا لما يفرضه نص المادة ٣٠ من القرار الوزارى الصادر فى ٢٤ من نوفمبر سنة ١٩٢٥".

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٥/٢/١)

٢- "متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى فإن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الحلف العام مباشرته".

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧)

٣- "عقد القسمة من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة

يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد".

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣)

٤- "النص فى المادتين ٦٢، ٦٤ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وفى الفقرة الثانية من المادة ١١١ من القانون المدنى يدل على أن القاصر المأذون يعتبر كامل الأهلية فيما أذن فيه. أما التصرفات التى لم يؤذن فيها فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته متى كانت دائرة بين النفع والضرر".

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٤)

٥- (أ)- "ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقدار إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصده للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها".

(ب)- إجازة التعاقد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيا يتضمن إسقاطا للحق لا يملكها ناقص الأهلية".

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣١/١٢)

١١٦- إجازة التصرف القابل للإبطال:

يزول حق القاصر فى طلب إبطال العقد، إذا أجاز وليه هذا التصرف إذا كان يملك إجراء هذا التصرف قانونا، أو إذا أجازته المحكمة إذا كان مما يلزم موافقتها عليه، أو القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد. على أن طلب القاصر البطلان يسقط إذا لم يرفع الدعوى بطلبه خلال الثلاث السنوات التالية لبلوغه سن الرشد (م١٤٠ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إجازة القاصر بعد بلوغه تصرفا أجراه الوصى. النعى بأن الوصى باشره ولا يملكه نص غير منتج".

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١١/٢)

٢- "إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية. ضرورة حصول الوصى أو القيم على إذن بذلك من الجهة القضائية المختصة

وتصديقها على عقد القسمة بعد تمامه حتى ينفذ فى حق ناقص الأهلية. إغفال ذلك يستتبع البطلان بطلانا نسبيا شرع لمصلحة ناقص الأهلية. له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة".

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

٣- "إبرام الوصية لعقد مقايضة دون إذن المحكمة الحسبية اعتباره باطلا بطلانا نسبيا يصح بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد ورد الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه قيد العقد صحيح فى القانون".

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)



مادة (١١٣)

المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم، وفقا للقواعد وللإجراءات المقررة فى القانون.

الشرح

١١٧- المقصود بالحجر:

الحجر بمعناه القانونى هو منع الشخص من التصرف فى ماله وإدارته لآفة فى عقله أو لضعف فى ملكاته النفسية.

وقد أوجبت المادة توقيع الحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة.

والحجر على هؤلاء يستهدف مصلحة خاصة ومصالح عامة ترجع كلها إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله، وذلك بتعيين قيم يدير ماله تحت إشراف محكمة الأسرة.

وقد عرفت محكمة النقض طلب الحجر بأنه:

"طلب الحجر لعارض من عوارض الأهلية يستهدف مصلحة خاصة ومصالح عامة ترجع كلها إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله فهو بهذه المثابة طلب شخصى لصيق بإنسان على قيد الحياة وهو المطلوب الحجر عليه أو تستدعى حالته اتخاذ تدابير معينة لحمايته من نفسه ومن الغير وذلك بغرض القوامة عليه وإخضاعه لإشراف محكمة الولاية على المال بإجراءات توجه إلى شخص المطلوب الحجر عليه ولذلك ناطت المادة ٩٦٩ من قانون المرافعات بالنيابة العامة رعاية مصالحه والتحفظ على أمواله والإشراف على إدارتها... لما كان ذلك فإن الحكم الذى يصدر فى دعوى الحجر من محكمة الولاية على المال تكون له حجيته مطلقة قبل الكافة".

(طعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠)

١١٨- ضرورة وجود مال للمطلوب الحجر عليه:

الهدف من توقيع الحجر هو المحافظة على مال عديم الأهلية "المجنون والمعتوه" أو ناقص الأهلية "السفيه وذى الغفلة" فحيث لا يوجد مال للشخص المطلوب الحجر عليه فلا محل لتوقيع الحجر عليه لانتفاء العلة الداعية إليه.

وكانت المادة ٩٨٧ مرافعات (الملغاة) تقضى بعدم تعيين قيم على المحجور عليه إذا لم يتجاوز مال الشخص المطلوب حمايته خمسين جنيها أو مائة جنيه فى حالة التعدد إلا إذا دعت الضرورة لذلك. ويكتفى بتسليم المال لمن يقوم على شئونه. فإذا جاوزت قيمة المال هذا القدر فيما بعد اتخذت الإجراءات المذكورة.

أما المادة ٣٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فتنص على أنه: "لا يلزم اتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا لم يتجاوز مال المطلوب حمايته ثلاثة آلاف جنيه، تتعدد بتعددهم، وفى هذه الحالة تسلم النيابة العامة المال إلى من يقوم على شئونه ما لم تر النيابة العامة اتباع الإجراءات المشار إليها بالضوابط والأوضاع المقررة بهاتين المادتين ".

وليس ضمن الإجراءات الواردة بالمادتين ٣٣، ٣٤ المشار إليهما تعيين قيم على المحجور عليه. ومن ثم فإنه يجب الآن تعيين قيم على المحجور عليه أيا كان مقدار ماله.

١١٩- توقيع الحجر ورفعه يكون بحكم:

تنص المادة على أن المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم.

وتنص المادة ٦٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة. ولا يرفع الحجر إلا بحكم.

والمستفاد من هذين النصين أن الحجر وكذلك رفع الحجر لا يكون إلا بحكم من المحكمة المختصة[١] باعتباره حالة قانونية حادثة تنشأ على خلاف الأصل[٢].

وهذا على خلاف ما هو مقرر فى الفقه الإسلامى من أن الحجر يكون بقيام موجبه، ورفعه يكون بزوال هذا الموجب دون صدور حكم بذلك.

---

(١) وقد جاء بملحق تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أنه:

"اقترح فى المادة ١١٣ إضافة عبارة "وترفع الحجر عنهم" بعد عبارة "تحجر المحكمة عليهم" لاستظهار معنى أنه الحجر لا يرفع إلا بحكم. وقد نص قانون المحاكم الحسبية صراحة على ذلك – وقد وافقت اللجنة على الأخذ بهذا الاقتراح حتى تكون القواعد الموضوعية الخاصة بالحجر كاملة فى التقنين المدنى".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٢١)

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه "يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة، ولا يرفع الحجر إلا بحكم..." يدل على أن المشرع ذهب إلى أن توقيع الحجر ورفعه لا يكون إلا بمقتضى حكم، خلافا لما تواضع عليه فقهاء الشرع الإسلامى من أن الحجر يكون بقيام موجبه، ورفعه يكون بزوال هذا الموجب دون حاجة إلى صدور حكم به، مما مؤداه أن نشوء الحالة القانونية المترتبة على توقيع الحجر أو رفعه يتوقف على صدور الحكم بهما.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن "مبنى الالتماس صدور حكم بتوقيع الحجر على المحكوم ضده وتعيين الملتمس قيما عليه لفقدانه الأهلية إلى ما قبل بدء الخصومة القضائية فى الدعاوى الثلاثة الملتمس إعادة النظر فيها وأن فقدان المحكوم ضده أهليته لم يكن إلا بالحكم الصادر فى الدعوى ٢١٩/ب لسنة ١٩٧٩ كلى أحوال شخصية القاهرة واعتبارا من تاريخ صدوره فى ١٩٧٩/١٢/١٥ طالما لم يحدد الحكم تاريخا معينا لفقدانه أهليته". ولما كان الثابت من الأوراق ومن الرجوع إلى الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٧٩/١٢/١٥ – المودعة صورته الرسمية – أنه قضى بتوقيع الحجر على (....) لإصابته بالعته أخذا بتقرير الطبيب المنتدب لفحص حالته وأنه لم يحدد فى منطوقه أو بأسبابه التى أقام عليها قضاءه ميقاتا معينا أرجع فيه قيام عارض الأهلية بالحجور عليه ولم يرد حالة العته التى اعترته إلى تاريخ بعينه من التواريخ العديدة التى رددها الطبيب وأوردها فى تقريره بشأن مرضه، فإن هذا الحكم لايكون قد قطع بقيام حالة العته لدى هذا الشخص فى تاريخ سابق على قضائه بتوقيع الحجر عليه ومن ثم فلا يعد فاقدا لأهليته إلا من وقت صدوره، هذا إلى أنه فيما يتعلق بحالة الإنسان وأهليته فيعتبر من الأحكام المنشئة التى لا تنسحب آثارها على الوقائع السابقة عليه".

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣)

١٢٠- تقديم طلب الحجر:

يقدم طلب الحجر إلى النيابة العامة (نيابة شئون الأسرة) أو إلى المحكمة المختصة.

وتنص المادة الرابعة من قرار النائب العام رقم ١٥٦٩ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تحديد اختصاصات نيابة شئون الأسرة باختصاص النيابات الجزئية لشئون الأسرة- كل فى

دائرة اختصاص محكمة الأسرة بمباشرة التحقيق فى مواد الحجر عدا ما ترى النيابة الكلية لشئون الأسرة الاختصاص به[١].

وفى حالة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة المختصة يجب أن يشتمل الطلب المرفوع على البيانات التى يتطلبها قانون المرافعات فى صحيفة الدعوى وأن يرفق به المستندات المؤيدة له، وعلى المحكمة أن تحيله إلى النيابة العامة لإبداء ملاحظاتها عليه كتابة خلال ميعاد تحدده لذلك... الخ"[٢].

(م٣٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠).

والغالب الأعم فى التطبيق العملى أن يقدم طلب الحجر إلى النيابة العامة، وتعزز المادة ٣٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ هذا الاتجاه بنصها على أن: "تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية".

وحتى يتيسر للنيابة العامة اتخاذ إجراءات توقيع الحجر، نصت المادة ٢٧ من القانون المذكور على أنه: "على الأقارب الذين كانوا يقيمون مع المتوفى فى معيشة واحدة أو أكبر الراشدين من الورثة إبلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أو ناقصها أو حمل مستكن، أو وفاة الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصول الوفاة... إلخ".

كما نصت المادة ٢٨ على أنه: "على الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات على حسب الأحوال إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم.

وعلى المختصين بالسلطات الإدارية إبلاغ النيابة العامة متى تبين لهم أثناء تأدية عملهم حالة من حالات فقد الأهلية على النحو المشار إليه بالفقرة السابعة".

وقد رصدت المادة (٣٠) من القانون عقوبة على مخالفة أحكام المادتين سالفتى الذكر هى الغرامة التى لا تقل عن خمسين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه، فإذا كان عدم التبليغ بقصد الإضرار بعديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو غيرهم من ذوى الشأن تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين".

---

(١) راجع تعليمات النائب العام بشأن تطبيق أحكام قانون إنشاء محاكم الأسرة الصادر بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ ص ٢١.

(٢) المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٠٣.

وقد نصت المادة (٣٦) على أن: "يرفع الطلب إلى المحكمة المختصة من النيابة العامة أو ذوى الشأن".

وعبارة "ذوى الشأن" تشمل كل من يهمه أمر المطلوب الحجر عليه أو يعود عليه الضرر ببقائه غير محجور عليه، ومثل ذلك الأقارب مهما كانت درجات الإرث والأصهار والدائنين.

ويلاحظ أن تنازل طالب الحجر عن طلبه لا يمنع المحكمة من مواصلة نظر الطلب فهى غير مقيدة بهذا التنازل، كما أنه من ناحية أخرى يتعلق للنيابة حق بهذا الطلب وتباشره طبقا لوظيفتها طبقا للمادة ٢٦ من القانون سالف الذكر التى تجرى على أن: "تتولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على أموالهم والإشراف على إدارتها وفقا لأحكام هذا القانون.... إلخ".

١٢١- المحكمة المختصة بتوقيع الحجر:

تختص نوعيا بتوقيع الحجر محكمة الأسرة دون غيرها (م٣ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء محاكم الأسرة).

وتختص محليا المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المطلوب الحجر عليه فإذا لم يكن له موطن فى مصر ينعقد الاختصاص للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن الطالب أو التى يوجد فى دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته (م١٥ من القانون المذكور).

وإذا توفى المطلوب الحجر عليه أثناء نظر طلب الحجر، أدى ذلك إلى زوال ولاية المحكمة وتعين عليها أن تحكم بانتهاء الطلب.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى نصوص المواد ٤٧ من القانون المدنى و ٤٧، ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال، مادة ٩٧٠ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات المضاف بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ والواردة فى باب الإجراءات الخاصة بالولاية على المال مجتمعة أنه إذا مات المطلوب الحجر عليه قبل صدور حكم فى الطلب المقدم فإنه ينتهى الحق فيه وتزول ولاية محكمة الحجر بنظره لهلاك الشخص المراد إخضاعه للحجر والقوامة تبعا لاستحالة أن يقضى بعد الموت بقيد ينصب على شخص المطلوب الحجر عليه وبالتحفظ على ماله.

يؤيد هذا النظر أن المشرع بموجب المادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ السالفة الإشارة أجرى الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر على القوامة، وقصد بذلك – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية – أن القواعد الخاصة بالوصية تسرى على القوامة بالقدر الذى تتلائم فى حدود أحكامها مع طبيعتها، مما مفاده أنه إذا توفى المطلوب الحجر عليه فقد طلب الحجر محله وموضوعه واستحال قانونا أن تمضى المحكمة فى نظره، وأكد المشرع هذا المعنى فى المادة ٩٧٠ من قانون المرافعات الآنفة الذكر باستبعاده اتباع الإجراءات والأحكام الخاصة بالولاية على المال ومنها توقيع الحجر ورفعه وتعيين القامة ومراجعة أعمالهم وحساباتهم إذا انتهت الولاية على المال فيما عدا حالتى الفصل فى الحساب السابق تقديمه للمحكمة وتسليم الأموال لورثة ناقصى الأهلية أو عديميها اعتبارا بأن الولاية مشروطة بقيام موجبها فإذا انعدم الموجب زالت الولاية وأوردت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات تعليقا على تلك المادة "أوردت المادة ٩٧٠ قاعدة عامة فى مدى تطبيق أحكام هذا الباب من حيث الزمن على أنه إذا انتهت الولاية القضائية على الحال لأى سبب من أسباب انتهائها كعودة الأب إلى ولايته أو زوال سبب عدم الأهلية أو وفاة عديم الأهلية أو عودة الغائب أو ثبوت موته، لا تتبع الإجراءات المذكورة إلا فى تسليم الأموال من النائب عن عديم الأهلية أو وكيل الغائب وفى الفصل فى الحساب المقدم للمحكمة فعلا أما ما عدا ذلك من المسائل ولو اتصل بإدارة الأموال فتتبع فى الدعوى به الإجراءات العادية ويخضع لقواعد الاختصاص العامة "مما مؤداه أنه يستحيل على المحكمة أن تأمر بتعيين قيم على شخص ليس على قيد الحياة لتنافر ذلك مع طبيعة الحجر ذاته، أو أن تعهد إليه بتسليم أمواله أو تولى إدارتها وحفظها لأن الموت لا يبقى له على مال بعد أن انتقل بمجرد الوفاة وبقوة القانون للوارث أو للموصى له فينقضى بالتالى الطلب المقدم بالحجر ويصبح بسبب الموت غير ذى موضوع. ولا يحول دون الحكم بانتهاء طلب الحجر سبق تسجيله لأن الحكمة من تسجيل هذا الطلب وفق المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – هى حماية الغير ممن يتعاقد مع المطلوب الحجر عليه، ولم يجعل التسجيل وجوبيا بل ترك التقدير لقاضى الأمور الوقتية متى تحقق من جدية الطلب خشية إساءة استعماله مع ما يترتب عليه من آثار خطيرة فى سير أعمال من قدم ضده طلب الحجر، الأمر الذى لا تستلزم

استمرار محكمة الولاية على المال فى نظر طلب الحجر بعد وفاة المطلوب الحجر عليه".

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٦/١٦)

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن وفاة المطلوب الحجر عليه بعد أن تهيأت الدعوى للحكم أمام محكمة النقض لا تأثير لها ويجب الحكم فى الدعوى.

إذ قضت بأن:

"إن وفاة أحد طرفى الخصومة بعد أن تكون الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها لا يمنع على ما تقضى به المادة ٣٩٥ مرافعات من الحكم فى موضوعها على موجب الأقوال والطلبات الختامية. وتعتبر الدعوى مهيأة للحكم أمام محكمة النقض على مقتضى المادتين ٢٩٦، ٤٤١ مرافعات بعد استيفاء جميع إجراءات الدعوى من إيداع المذكرات وتبادلها بين الطرفين. فإذا كان المطلوب الحجر عليه قد توفى بعد تمام ذلك أمام محكمة النقض فلا تأثير لوفاته فى نظر الطعن فى الحكم الصادر برفض طلب الحجر".

(طعن رقم ٥ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨١/١/١٥)

١٢٢- إثبات الجنون والعته:

الغالب فى إثبات الجنون أو العته، هو الاستعانة بالطبيب الشرعى لفحص حالة المطلوب الحجر عليه.

غير أن هذه المأمورية يتعين أن تكون بقرار من المحكمة، فلا تملك النيابة إذا رأت بعد ما تجريه من تحقيقات ضرورة إبداء خبير فنى لرأيه انتداب الطبيب الشرعى لبيان حالة المطلوب الحجر عليه العقلية، وإنما ترفع الأمر إلى المحكمة مشفوعا برأيها هذا. على أن رأى الطبيب الشرعى غير ملزم للمحكمة، إذ هو مجرد خبير فى الدعوى[١].

ويلاحظ فى هذا الشأن ما تقضى به المادة ٢٠ من القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٤ بشأن حجز المصابين بأمراض عقلية من إلزام مدير المستشفى أن يبلغ النيابة عن

---

(١) المستشار أحمد كمال حمدى الولاية على المال الجزء الثانى الاختصاص والإجراءات ١٩٦٧ ص ١٢٥ وما بعدها.

حجز كل مريض فى مدى يومين من تاريخ دخوله المستشفى لتتخذ الوسائل اللازمة لحفظ أمواله. وعلى النيابة تتبع قرار مجلس المراقبة بشأن حالة المريض.

وللنيابة أو المحكمة مناقشة المطلوب الحجر عليه لاستبانة حالته العقلية بمدى إلمامه بالمعلومات العامة البسيطة التى يعرفها كل شخص وكذلك العمليات الحسابية البسيطة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "المحكمة ليست ملزمة بإجابة طلب طالب الحجر ندب طبيب آخر لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليه والاطلاع على التقارير الطبية السابقة وإبداء رأيه فيها متى كونت اقتناعها فى الدعوى من واقع الأوراق المقدمة فيها وبذا لا يكون فى رفض الحكم لهذا الطلب إخلال بحق له فى الدفاع".

(طعن رقم ٥ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٢- "إنه وإن كانت المادة ٩٨٠ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ والسارية وقت رفع الدعوى. والتى حلت محل المادة ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تضع على عاتق مديرى المستشفيات والمصحات والأطباء المعالجين إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية، إلا أن المشرع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لم يقصد بتلك المادة التزام طريق معين لإثبات قيام حالة العته، وإنما استهدف فيها مجرد إجراءات تنظيمية واجبة الاتباع قبل توقيع الحجر، ورتب على مخالفتها جزاء جنائيا نص عليه فى المادة ٩٨٢ من ذات القانون. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الشهادة الطبية باعتبارها ورقة صادرة من أحد الفنيين، ومؤيدة بما جرى على لسان الشهود من أن المورثة قد امتدت بها الحياة حتى تجاوزت التسعين من عمرها، وأنها كانت مصابة بعته شيخوخى. وكان من حق المحكمة أن تعتد على هذا الأساس بهذه الشهادة مادامت قد اطمأنت إليها بما لها من سلطة تامة فى تقدير الدليل، فإن ما يثيره الطاعنون من عدم صحة هذه الشهادة أو إهدار قيمتها لعدم اتخاذ الإجراءات المشار إليها لا ينطوى على فساد فى الاستدلال".

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٣- "الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها، بل الشأن فى ذلك للقاضى الذى يملك أن يقيم قضاءه ببطلان العقود لعته المتصرف على ما يطمئن إليه من شهادة الشهود والقرائن، ولو كانت مخالفة لرأى الطبيب، إذ للقاضى مطلق الحق فى تقدير ما يدلى به الخبراء من آراء".

(طعنان رقما ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١)

٤- "المحكمة ليست ملزمة بإجابة طالب الحجر بندب طبيب الأمراض العقلية لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليها متى رأت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها دون أن يعد ذلك إخلالا بحق الدفاع، ذلك لأن تقدير قيام حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع، وإذ استخلصت المحكمة من أقوال الطاعنة – طالبة الحجر- ومن مناقشة المطعون عليها – المطلوب الحجر عليها- فى محضر تحقيق النيابة سلامة عقل المطعون عليها فإنها تكون قد أعملت سلطتها فى فهم هذا الواقع".

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨)

وتقدير حالة الجنون أو العته هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا".

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٢- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا".

(طعنان رقما ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١)

١٢٣- إثبات السفه والغفلة:

يثبت السفه والغفلة من التحقيقات التى تجريها النيابة أو المحكمة، والتى تهدف إلى الوقوف على حالة المطلوب الحجر عليه.

ولا يستدعى الأمر هنا توقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليه.

ويتعين القول بقيام السفه إذا ثبت تبذير المطلوب الحجر عليه المال على خلاف مقتضى العقل والشرع.

ومثال ذلك أن ينفق الشخص أمواله ويفنيها فى أمر تافه غير منتج بسبب شذوذ فى طباعه أو أن يبدد الشخص فى فترة وجيزة ميراث والده بحيث لا يظهر له أثر حتى لو ادعى أنه إنما باع هذا الميراث ليدفع عن نفسه ديونا اقترضها فى حياة والده لأن الاستدانة الهائلة التى تستغرق قيمة تركة كبيرة قبل أن تكون له أية ثروة هى عين السبب الذى يقتضى الحجر على صاحبه.

وكذلك استدانة الشخص مالا طائلا لا يتناسب مع إيراده يعد دليلا على التبذير المحقق لمعنى السفه(١).

كما يجب القول بقيام الغفلة من ضعف بعض الملكات النفسية المطلوب الحجر عليه. ويستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح منها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسرالانخداع على نحو يهدد بخطر الضياع. فضابط الغفلة هو الغبن الذى يلحق بالشخص من جراء تصرفاته المالية التى يجريها إذا كان ذلك الغبن راجعا إلى ضعف فى ملكات حسن الإدارة وسلامة التقدير(٢).

١٢٤- تعيين قيم على المحجور عليه :

تنص المادة ٦٥ من المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن: "يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى القانون ومن ثم فإنه يجب تعيين قيم لإدارة أموال المحجور عليه.

وتكون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة (م٦٨ من المرسوم بقانون).

وقد راعى الشارع صلة هؤلاء بالمحجور عليه وما يغلب فيهم من العناية بمصالحه. وقد قيد النص على هذا النحو سلطة المحكمة فى اختيار القيم إذ عليها أن تبدأ بالإبن.

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى ص ١٢٧ هامش (١).

(٢) المستشار محمد كمال حمدى ص ١٢٧ وما بعدها.

ولفظ الإبن يشمل الإبنة أيضا، وإذا تعدد الأبناء يفضل أصلحهم فإن تساوت صلاحيتهم يختار الأكفأ من بينهم فى مباشرة شئون القوامة أو من يرشحه أغلبيتهم.

فإذا لم يوجد ابن أووجد ولم تتوافر فيه شروط الصلاحية عهدت المحكمة بالقوامة إلى الأب، فإن لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة عهدت بها إلى الجد، والمقصود هو الجد الصحيح. وفى حالة عدم وجود الجد أو عدم صلاحيته تعهد بالقوامة إلى من تختاره. ويرى البعض أنه يحسن فى هذا المجال الاعتداد باختيار المحجور عليه لشخص القيم إذا ما توافرت فيمن يختاره شروط الصلاحية للقوامة(١).

١٢٥- الشروط الواجب توافرها فى القيم:

تنص المادة ٦٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن: "يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقا للمادة ٢٧ ومع ذلك لا يحول قيام أحد السببين المنصوص عليهما فى البند ١، ٤ من المادة المذكورة دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك" والمادة (٢٧) التى أحالت عليها المادة (٦٩) تشترط فى الوصى توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول:

أن يكون عدلا.

الشرط الثانى:

أن يكون كفؤا. والمقصود بالكفاية أن يكون أهلا للقيام بشئون القاصر (أو المحجور عليه)(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "تنص المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن تكون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة، وتقضى المادة ٦٩ من هذا القانون بأنه يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقا لما نصت عليه المادة ٢٧، ويتعين تطبيقا للفقرة الأولى من هذه المادة الأخيرة أن يكون القيم عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة، والمفهوم من اصطلاح الكفاية بشأن

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى الجزء الأول ص ٢٥٧ وما بعدها.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٥.

القيم – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون بالنسبة للوصى – هو أن يكون أهلا للقيام على شئون المحجور عليه، وتجيز الفقرة السابعة من المادة ٢٧ سالفة الذكر إسناد القوامة إلى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى، إذا اتضح أن النزاع ليس من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر، وتوافرت فى هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢)

(ب)– "اختيار من يصلح للقوامة فى حالة عدم وجود الإبن أو الأب أو الجد وهم أصحاب الأولوية فيها، أو عدم صلاحية أحد من هؤلاء، مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية، بلا رقابة عليه من محكمة النقض، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة. لما كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد اشترطت فيمن تختاره قيما على المحجور عليه، الخبرة والتمرس بأعمال التجارة، لأنه من المشتغلين بتجارة الأجهزة والأدوات الكهربائية، ويمتلك عقارات، وهو شرط لا مخالفة فيه للقانون، بل تطبيق لما تقضى به المادة ٢٧ التى أحالت إليها المادة ٦٩ من المرسوم بقانون سالف الذكر من أن يكون القيم كفؤا ذا قدرة على إدارة شئون المحجور عليه، ثم رأت المحكمة فى حدود سلطتها التقديرية تنحية الطاعنة وهى زوجة المحجور عليه من القوامة، لأنه لا تتوافر فيها الخبرة لإدارة محلاته واستغلال عقاراته وأن أسباب الصلاحية إنما تتوافر فى خاله، وكانت الاعتبارات التى استندت إليها المحكمة سائغة وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها، فإن ما تنعاه الطاعنة على الحكم، لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يجوز قبوله أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢)

الشرط الثالث:

أن يكون ذا أهلية كاملة.

وشرط كمال الأهلية يمنع من أن يعين قيما من لم يبلغ الحادية والعشرين أو بلغها وتقرر استمرار الوصاية عليه بل بلوغه هذا السن أو المحجور عليه وذلك لنقص أهليتهم.

وتلك هى القاعدة العامة فى صلاحية الوصى (أو القيم) للوصاية (أو القوامة) إلا أن المادة أوردت بعد ذلك تطبيقات لهذه القاعدة كلها على سبيل المثال، وهى فى

مجموعها قرائن قاطعة تحول دون تولى الشخص الوصاية (أو القوامة)[١] فنصت على أنه: "**ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصيا**":

١- من حكم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط.

إلا أن المادة (٦٩) نصت على أن ذلك لا يحول دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد قيما إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك. فقد رؤى تخويل المحكمة هذه الرخصة لتباشرها فى ضوء ما يتبين من ظروف القيم فقد ترى أن الإبن أو الأب أو الجد أولى من غيره بالقوامة رغم سبق صدور حكم من الأحكام المشار إليها، وقد ترى غير ذلك، ومرجع الفصل هو ظروف كل حالة بخصوصها[٢].

٢- من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته.

وهذه الجرائم نص عليها فى المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس وهى:

(أ)- جريمة الاغتصاب أو هتك العرض أو جريمة مما نص عليه القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية.

(ب) الحكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من هؤلاء.

(ج) الحكم أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة (م٢ من القانون).

وهناك بعض الجرائم التى يكون سلب الولاية على القاصر فيها جوازيا وهى:

(أ) إذا حكم على الولى بالسجن المؤبد أو السجن المشدد.

(ب) إذا حكم على الولى لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٦١ بشأن مكافحة الدعارة.

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى ص ١١٠.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(ج) إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشمله الولاية.

(د) إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دارا من دور الاستصلاح (إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية) طبقا للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل[١].

(هـ) إذا عرض الولى للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ولا يشترط فى هذه الحالة أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال.

٣- من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعايش.

وعدم اتخاذ وسيلة مشروعة للتعيش يجعل الشخص متشردا ويخضع للعقوبة المنصوص عليها بالمواد ١، ٢، ٣ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ (المعدل) بشأن المتشردين والمشتبه فيهم[٢].

٤- المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره.

---

(١) وكانت الفقرة الرابعة من المادة (٣) كما وردت بالقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ تنص على أن:
"إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دارا من دور الاستصلاح وفقا للمادة ٦٧ من قانون العقوبات أو طبقا لنصوص قانون الأحداث المشردين ".

(٢) تنص المادة الثانية من المرسوم بقانون المشار إليه على أن:
"يعاقب على التشرد بالوضع تحت مراقبة البوليس (الشرطة) مدة لاتقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات.
وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس والوضع تحت مراقبة البوليس (الشرطة) مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات".
وتنص المادة الثالثة على أن:
"يجوز للقاضى بدلا من توقيع العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة أن يصدر حكما غير قابل للطعن بإنذار المتشرد بأن يغير أحوال معيشته التى تجعله فى حالة تشرد.
فإذا عاد المحكوم عليه إلى حالة التشرد فى خلال الثلاث سنوات التالية وجب توقيع العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة.
(راجع فى التفصيل مؤلفنا جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء الطبعة الثانية ١٩٨٨ ص١٠ وما بعدها).

وقد نصت المادة (٦٩) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن هذا السبب لا يحول دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد قيما إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك. على نحو ما نصت بالنسبة للسبب الثانى.

٥- من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.

ذلك أن الشخص إما أن يكون صالحا للوصاية أو غير صالح، فإذا كان القضاء قد حكم بسلب ولاية المرشح للوصاية أو عزله من الوصاية على قاصر آخر فلا يقبل بعد ذلك إقامته وصيا فمن لا يصلح للوصاية على قاصر لا يصلح الوصاية على قاصر آخر.

على أن الحكم بالحد من الولاية أو وقف الوصى أو قبول تنحى ولى عن الولاية أو قبول استقالة وصى كل ذلك لا يمنع من إقامته وصيا بعد ذلك على قاصر(١).

٦- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.

٧- من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى أو كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحته.

فإن كان لا يخشى من وجود النزاع القضائى أو العداوة على مصلحة القاصر (أو القيم) فإن ذلك لا يمنع من الوصاية (أو القوامة).

وعلة الحرمان فى هذه الحالة هى الإشفاق من تعريض مصلحة القاصر (أو القيم) للخطر بسبب تعارضها مع مصالح من يرشح للوصاية (أو القوامة) أو بسبب التثبت من أن قيام العداوة لا يؤمن معه رعاية هذه المصلحة. فإن اتضح مثلا أن النزاع القضائى ليس من شأنه أن يعرض مصالح القاصر (أو القيم) للخطر وتوافرت فيمن يرشح للوصاية (أو القوامة) سائر أسباب الصلاحية جاز تعيينه وصيا مع تنصيب وصى آخر للخصومة(٢).

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى ص ١١١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ)- "... وتجيز الفقرة السابعة من المادة ٢٧ سالفة الذكر إسناد القوامة إلى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى، إذا اتضح أن النزاع ليس من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر، وتوافرت فى هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢)

(ب)- "مؤدى نص المادتين ٢٧، ٦٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أنه لا يجوز إسناد القوامة إلى من كان بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر".

(طعن رقم ١٩ لسنة ٥١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٢/٤/١٣)

(ج)- "الفقرة السابعة من المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال تجيز إسناد القوامة إلى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع إذا اتضح أن هذا النزاع ليس من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر وتوافرت فى هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية، وكان اختيار من يصلح للقوامة فى حالة عدم وجود الإبن أو الأب أو الجد وهم أصحاب الأولوية فيها أو عدم صلاحية أى منهم، مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية".

(طعن رقم ١٨لسنة ٦٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥)

الشرط الرابع:

أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه.

واشتراط أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه. إنما يجد تطبيقه بالنسبة إلى الطائفة والمذهب بالنسبة لغير المسلمين، وبالنسبة للدين إلى كافة الأديان. فإذا كان القاصر قبطيا كاثوليكيا فيتعين أن يكون الوصى (أو القيم) من طائفة القاصر "الأقباط الكاثوليك"فإن لم يوجد فمن أهل مذهبه (الكاثوليكية) فإن لم يوجد فمن أهل دينه وهو المسيحية.

وإذا كان الوصى (أو المحجورعليه) مسيحيا فلا يجوز أن يكون الوصى (أو القيم) من ديانة أخرى. وكذلك بالنسبة لسائر الأديان السماوية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"يشترط طبقا لنص المادتين ٢٧، ٦٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن يكون القيم والمحجور عليه من أهل دين واحد ".

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٥٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩)

وهذه الشروط يجب أن تتوافر فى الوصى (أو القيم) وقت تعيينه وأثناء وصايته (أو قوامته) بمعنى أنه إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية يحكم بعزله حتى لو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه(١).

١٢٦- واجبات القيم:

يختص القيم بإدارة أموال المحجور عليه وفقا للأحكام المقررة فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢. إذ نصت المادة ٦٥ من المرسوم بقانون على أن: "يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتعين المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى هذا القانون".

والقيم نائب عن المحجور عليه، وهو نائب قضائى باعتبار أن المحكمة هى التى اختارته وأقامته قيما، ونيابته عن المحجور عليه نيابة قانونية إذ رسم القانون حدودها.

وتنص المادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن: "يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء" وقد قصد بهذا النص أن تطبق على القوامة والوكلاء عن الغائبين القواعد المقررة فى شأن صلاحية الوصى للتعيين وجواز تعيين قيم أو وكيل خاص أو مؤقت والقواعد المتعلقة بواجبات الأوصياء وحقوقهم والقواعد الخاصة بعزلهم ووقفهم وانتهاء مهمتهم والقواعد الخاصة بمحاسبتهم وتقادم الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية وبديهى أن القواعد المتقدم ذكرها تسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين بالقدر الذى تتلاءم فى حدود أحكامها مع طبيعة القواعد والوكالة عن الغائبين(٢).

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – المستشار محمد كمال حمدى الجزء الثانى ص ١٠٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

وعلى ذلك فإن واجبات القيم هى ذات واجبات الوصى، مع مراعاة طبيعة القوامة.

ونورد فيما يلى نصوص المواد التى تتناول واجبات الوصى فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وهى:

ثانيا: فى واجبات الأوصياء

مادة (٣٦): بتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدنى.

مادة (٣٧): للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر.

مادة (٣٨): لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى وعائلى وبإذن من المحكمة.

مادة (٣٩): لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة.

(أولا): جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله. وكذلك جميع التصرفات لحق من الحقوق المذكورة.

(ثانيا): التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية ما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة.

(ثالثا): الصلح والتحكيم إلا فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة.

(رابعا) حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة.

(خامسا) استثمار الأموال وتصفيتها.

(سادسا) اقتراض المال وإقراضه.

(سابعا) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى.

(ثامنا) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة.

(تاسعا) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

(عاشرا) الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ.

(حادى عشر) الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر.

(ثانى عشر) رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له.

(ثالث عشر) التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام.

(رابع عشر) التنازل عن التأمينات وإضعافها.

(خامس عشر) إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه.

(سادس عشر) ما يصرف فى تزويج القاصر.

(سابع عشر) تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة.

مادة (٤٠) : على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع. وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها. وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية.

وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص.

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك.

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم.

ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص.

مادة (٤١): إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما.

مادة (٤٢): يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة.

مادة (٤٣): على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه.

ولا يجوز أن يسحب شيئا من المال المودع إلا بإذن من المحكمة.

مادة (٤٤): على الوصى أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشيربه المحكمة ما ترى لزوما لإيداعه من أوراق مالية ومجواهرت ومصوغات وغيرها، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها.

وليس له أن يسحب شيئا منها بغير إذن المحكمة.

مادة (٤٥): على الوصى أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة.

ويعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك.

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته.

مادة (٤٦): تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين.

ونحيل فى شرح هذه الاختصاصات إلى مؤلفات الأحوال الشخصية للولاية على المال.

ونكتفى هنا بإيراد قضاء محكمة النقض الصادر فى بعض المسائل السابقة.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "... على أن القيم ليس من حقه أن يقر صراحة أو ضمنا تصرفا ضارا صادرا من المحجور عليه ولو قبل الحجر مادام هذا التصرف غير صحيح إذ هو تنازل عن حق لم يكن حتى من التصرفات التى له أن يباشرها بإذن المجلس الحسبى (المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥".

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٥/١٨)

٢- "المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون فى شأن القوامة تجيز للقيم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة".

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٢/٣)

١٢٧ - رفع الحجر:

الحكم بتوقيع الحجر ليست له حجية فيجوز للمحكمة أن تقضى برفعه إذا زال مقتضى توقيعه كما إذا ثبت لديها أن المحجور عليه قد زال عنه العارض الذى أوجب توقيع الحجر مثال ذلك أن يشفى من حالة الجنون التى كانت عنده، كذلك فإن رفض طلب توقيع الحجر لا يمنع من إعادة طرحه علي المحكمة إذا تغيرت الظروف[١].

وكما أن توقيع الحجر لا يكون إلا بحكم فكذلك رفعه لا يكون إلا بحكم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن يحكم بالحجر على البائع للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم يدل

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز التعليق على القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ص ١٠٦.

على أن المشرع ذهب إلى أن توقيع الحجر ورفعه لا يكون إلا بمقتضى حكم خلافا لما تواضع عليه فقهاء الشرع الإسلامى من أن الحجر يكون بقيام موجبه ورفعه يكون بزوال هذا الموجب دون حاجة إلى صدور حكم به مما مؤاده أن نشوء الحالة القانونية المترتبة على توقيع الحجر أو رفعه يتوقف على صدور الحكم بهما. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن "مبنى الالتماس صدور حكم بتوقيع الحجر على المحكوم ضده وتعيين الملتمس قيما عليه لفقدانه الأهلية إلى ما قبل بدء الخصومة القضائية فى الدعوى الملتمس إعادة النظر فيها وأن فقدان المحكوم ضده أهليته لم يكن إلا بالحكم رقم. .. واعتبارا من تاريخ صدوره فى ١٩٧٩/١٢/١٥ طالما لم يحدد الحكم تاريخا معينا لفقدانه الأهلية وكان الثابت من الأوراق ومن الرجوع إلى الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٧٩/١٢/١٥ – المودعة صورته الرسمية– أنه قضى بتوقيع الحجر على (....) لإصابته بالعته أخذا بتقرير الطبيب المنتدب لفحص حالته وأنه لم يحدد فى منطوقه أو بأسبابه التى أقام عليها قضاءه ميقاتا معينا أرجع فيه قيام عارض الأهلية بالمحجور عليه ولم يرد حالة العته التى اعترته إلى تاريخ بعينه من التواريخ العديدة التى رددها الطبيب وأوردها تقريره بشأن مرضه فإن هذا الحكم لا يكون قد قطع بقيام حالة العته لدى هذا الشخص فى تاريخ سابق على قضائه بتوقيع الحجر عليه ومن ثم فلا يعد فاقدا لأهليته إلا من وقت صدوره. هذا إلى أنه فيما يتعلق بحالة الإنسان وأهليته فيعتبر من الأحكام المنشئة التى لا تنسحب آثارها على الوقائع السابقة عليه".

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣)

١٢٨- عزل القيم:

تنص المادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن: "يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء".

وعلى ذلك فإن أحكام عزل الوصى المنصوص عليها فى المادة ٤٩ من المرسوم بقانون تسرى على عزل القيم.

وقد نصت المادة الأخيرة على أنه: يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية:

(١) إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة ٢٧ وكان هذا السبب قائما وقت تعيينه.

(٢) إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها وأصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر".

أما عن السبب الأول فقد سبق أن عرضنا لأسباب عدم الصلاحية للوصاية المنصوص عليها فى المادة ٢٧.

كما نحيل فى تفصيلاتها إلى مؤلفات الأحوال الشخصية للولاية على المال.

ونكتفى هنا بعرض بعض أحكام النقض:

١- "إذ يبين من القرار المطعون فيه أنه بنى قضاءه بعزل القيم على أن الإبن أحق برعاية والدته وأحرص على مالها مستهدية فى ذلك بما نصت عليه المادة ٦٨ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من أن القوامة تكون للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد، ثم لمن تختاره المحكمة، وكان مفهوم ذلك أن نظر المحكمة إنما تعلق فقط بالترتيب الذى وضعه المشرع عند تعيين القيم وقصر عن الإحاطة بمقطع النزاع فى القضية، وهو مدى إخلال الطاعن بواجباته وما إذا كانت قد توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزله مما نص عليه فى المادة ٤٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الوصى والتى تسرى فى حق القيم بنص المادة ٧٨ من ذات القانون. لما كان ذلك فإن هذا القرار يكون قد شابه قصور مبناه الخطأ فى فهم القانون".

(طعن رقم ٣ لسنة ٤١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١/١)

٢- "وحيث إن مبنى دفع النيابة بعدم جواز الطعن أن قرار عزل الطاعنة من الوصاية على قصر وتعيين المطعون ضدها الثانية وصية عليهم لا يجوز الطعن فيه بطريق النقض وحيث إن هذا الدفع فى محله ذلك أن النص فى المادة ١٠٢٥ مرافعات يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع - على ما يبين من المذكرة الإيضاحية قصر الحد من جواز الطعن بالنقض فى القرارات الصادرة فى مسائل الولاية على المال فقصره على القرارات التى تصدر فى المسائل المبينة فى ذلك النص على سبيل الحصر لما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قد أيد القرار المستأنف بعزل الطاعنة من الوصاية. .. وهو مالا يندرج بين المسائل الواردة بالنص المذكور ومن ثم فإن الطعن فيه بطريق النقض يكون غير جائز"[١].

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠١/٣/٢٤)

---

(١) يلاحظ أن القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة ألغى طريق الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية (نفس ومال) مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) مرافعات (م١٤).

أما عن السبب الثانى وهو إذا أساء الوصى (القيم) الإدارة أو أهمل فيها وأصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر، فمثاله أن ترثيك شئون الوصى (القيم) المالية على نحو ينذر بإفلاسه أو إعساره، وكما لوجدت له مصلحة فى منشأة تنافس المنشآت المملوكة للقاصر.

١٢٩ - الطعن فى الحكم الصادر بتوقيع الحجر أو برفعه :

مؤدى المادة ١١٢ من قانون المرافعات أنه يشترط فى الخصم الذى يحق له الطعن فى الحكم أن تكون له صفة ولا تتوافر هذه الصفة إلا إذا كان طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه سواء بشخصه أو بمن ينوب عنه.

ومن ثم يكون الحق فى الطعن فى الحكم الصادر بتوقيع الحجر أو برفضه وفى الحكم الصادر برفع الحجر أو برفضه للنيابة والمحجور عليه.

غير أنه لا يجوز للمشترى ممن وقع الحجر عليه الطعن فى هذا الحكم لأنه وإن كان ذا مصلحة إلا أنه ليس طرفا فى الحكم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى المادة ٢١١ من قانون المرافعات أنه يشترط فى الخصم الذى يحق له الطعن فى الحكم أن تكون له صفة لا تتوافر إلا إذا كان طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه سواء بشخصه أو بمن ينوب عنه، ولا يكفى أن تكون له مصلحة فى إلغاء الحكم أو تعديله وكانت الخصومة تتحدد فى الاستئناف بالأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى والمناط فى تحديد الخصم هو بتوجيه الطلبات فى الدعوى إليه، وإذ كان الثابت من واقع الدعوى أن الطاعن الأول لم يكن على أى وجه طرفا فى الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى فإن استئنافه للقرار الصادر فيها بتوقيع الحجر على الطاعن الثانى يكون غير جائز ولايسوغ القول بأن قضاء الولاية علىالمال جرى على إباحة الطعن للمشترى ممن وقع الحجر عليه، أو أن ذلك كان حائزا بمقتضى المادة ٢/١٣ من قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٩٢٥/١٠/١٣ والتى كانت تبيح للنيابة العامة ولكل ذى شأن أن يستأنف إلى المجلس الحسبى العالى أى قرار صادر من المجالس الحسبية فى طلبات توقيع الحجر أو رفعه، وقد ألغى هذا الحكم بالمادة ٩٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن المحاكم الحسبية

من النيابة العامة ومن المحكوم ضده ليس غير، ثم ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٦ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٨/١/٢٥)

وميعاد الاستئناف أربعون يوما (م١/٢٢٧من قانون المرافعات). ويبدأ ميعاد الاستئناف طبقا للقاعدة المقررة فى المادة ٢١٣ مرافعات). وميعاد الاستئناف ستون يوما لمن لا موطن له فى مصر دون إضافة ميعاد مسافة (م٦١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠).

ولا يجوز للخصوم الطعن بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف (م١٤ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة).

وإنما يجوز للنائب العام الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض لمصلحة القانون إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله. ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن (م٢٥٠ مرافعات).

ويجوز الطعن بالتماس إعادة النظر فى القرار الصادر بتوقيع الحجر فقط (م١/٦٤ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠).



مادة (١١٤)

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

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

الشرح

١٣٠- تصرفات المجنون والمعتوه :

رأينا أن المادة ٤٥ من التقنين المدنى تنص على أن لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو لعته أو لجنون. فقد اعتبر النص المجنون والمعتوه فاقدى التمييز ومعدومى أهلية الأداء وهما يأخذان حكم الصبى غير المميز. فيقع جمع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا، حتى ما كان من شأنه أن يعود عليه بالنفع المحض. وهو ما كان سائدا فى ظل التقنين المدنى القديم كما سنرى.

إلا أن المجنون أو المعتوه، لا يعتبر كذلك فى حكم المادة (١١٤) من التقنين المدنى الجديد، وبعبارة أخرى لا ينعدم أهلية الأداء عنده، إلا بعد صدور قرار الحجر عليه من المحكمة وتسجيل هذا القرار(١).

فالأصل العام إذن فى تصرفات المجنون أو المعتوه أن تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لانعدام أهليته إذا صدرت منه بعد صدور الحجر وتسجيله.

وقد حدا الشارع إلى الخروج على القواعد العامة تغليب الاعتبارات العملية عن الاعتبارات النظرية وضرورة استقرار المعاملات فالشخص لا يستطيع أن يأمن إلى صحة التصرف الذى يجريه فمن المتصور أن يتضح فى أى وقت أن الطرف الذى تعاقد معه كان مجنونا وقت إبرام التصرف، فيبطل هذا التصرف بطلانا مطلقا.

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٦٥.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إنه وإن كانت المادة ١١٤ من القانون المدنى قد واجهت حالة الحجر وصدور قرار به، وفرقت بين الفترة السابقة على صدور قرار الحجر والفترة التالية له، وأقامت من قرار الحجر قرينة قانونية على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه. ومن تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك... الخ".

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٢- "النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من القانون المدنى على أنه "يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر" وفى الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه "إذا ما صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد إذا كان الطرف الآخر على بينة منها" مفاده أن العبرة فى تحرى أهلية العاقد بأهليته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد. وأن المشرع أقام من صدور قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه وتسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك أما إذا لم تقم هذه القرينة وصدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فقد اشترط المشرع لبطلان التصرف من المجنون أو المعتوه شيوع حالة الجنون أو العته أو علم الطرف الآخر بها ويكفى فى ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتى البيان لحظة حصول التعاقد ليكون التصرف باطلا لانعدام ركن من أركانه هو صدوره عن إرادة سليمة".

(طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٨)

١٣١- أولا : حكم تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر :

مقتضى المادة (١١٤) أن المجنون أو المعتوه، قبل أن يصدر قرار الحجر عليه ويسجل، أو يسجل طلب الحجر- كما سنرى[١]- لا يعتبر معدوم الأهلية، بل كاملها، وتكون تصرفاته صحيحة لا باطلة، حتى لو ثبت أنه كان فعلا مجنونا أو معتوها عند إبرامها رغم أنه منعدم الإرادة كما ذكرنا.

ولم تستثن المادة من هذا الحكم – كما سنرى- سوى أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها.

---

(١) وسنرى أنه اعتبارا من ٢٠٠٠/٣/٨ يقوم قيد النيابة طلب الحجر فى السجل الخاص المعد لذلك مقام التسجيل، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"سنت المادة ١١٤ من القانون المدنى الجديد حكما جديدا لم يكن مقررا فى القانون المدنى القديم إذ استلزمت لبطلان تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها ولم يكتف لبطلان هذه التصرفات بمجرد قيام حالة الجنون أو العته بالمتصرف وقت صدورها كما كان الحال فى القانون الملغى. فإذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن التصرفين اللذين قضى ببطلانهما قد صدرا قبل تسجيل قرار الحجر عليه فإن الحكم إذ اقتصر فى تأسيس قضائه بذلك على مجرد ما قاله من ثبوت قيام حالة العته بالمورث وقت صدورهما منه ودون أن يثبت أن هذه الحالة كانت شائعة أو أن الطاعنة المتصرف إليها كانت على بينة منها فإنه يكون مخالفا للقانون وقاصر التسبيب".

(طعن رقم ٤٦٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١)

١٣٢- لا يلزم لإبطال التصرف، أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ:

لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المجنون أو المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه فى إبطال تصرف السفيه وذى الغفلة – كما سنرى- من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ إذ تنص الفقرة الثانية من المادة (١١٥) على أن "أما التصرف (تصرف ذى الغفلة أو السفيه) قبل تسجيل قرار الحجر. فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه فى إبطال تصرف السفيه وذى الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ بل اكتفى باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لإبطال التصرف".

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٢- "لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه فى إبطال تصرف السفيه وذى الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال

أو تواطؤ بل اكتفى باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لإبطال التصرف".

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٣)

١٣٣ - الاستثناءان الواردان على القاعدة السابقة :

يستثنى من القاعدة الواردة بالفقرة الأولى من المادة (١١٤) وهى وقوع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة، إذا صدرت قبل تسجيل قرار الحجر حالتان:

الحالة الأولى :

إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد :

وشيوع الجنون أو العته يعنى علم أغلب المحيطين بالشخص فى عمله أو فى مسكنه أو فى الأماكن التى يتردد عليها بحالته. كما لو كان المرض العقلى من ذلك الذى يسبب تهيج الشخص وقيام المحيطين به بإيداعه فى مصحة للأمراض العقلية[١].

الحالة الثانية :

أن يكون الطرف الآخر على بينة من حالة الجنون أو العته وقت التعاقد:

تتطلب هذه الحالة أن يكون الطرف الآخر الذى تعامل مع المصاب بمرض عقلى على بينة أى على علم بحالته. كما لو كان هو طبيبه المعالج، أو كان على صلة وثيقة به بحيث يكون على علم بجنونه أو بعتهه[٢].

وعلة إبطال تصرفات المجنون والمعتوه فى الحالتين السابقتين هو سوء نية أو افتراض سوء نية المتعامل معهما ومن ثم فلا داعى لتطبيق القرينة التى مقتضاها أن الشخص كامل التمييز والأهلية قبل تسجيل الحكم الصادر بالحجر أو طلب الحجر.

١٣٤ - ضرورة قيام الحالتين السابقتين وقت التعاقد :

يشترط لتوافر الحالتين السابقتين أن يكون شيوع حالة الجنون أو العته قائمة وقت التعاقد، أو أن يكون الطرف الآخر على بينة من حالة الجنون أو العته وقت التعاقد، وأن يكون ذلك واضحا من أسباب الحكم الذى يعول على توافر هاتين الحالتين.

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٥٩.

(٢) نعمان جمعه ص ٤٥٩.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "إن العبرة فى تحرى أهلية العاقد هى بحاله فى الوقت الذى انعقد فيه العقد. فإذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها بقيام حالة العته عند المحجور عليه وقت التعاقد (السابق على الحجر وعلى طلبه) على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تنتابه نوبات عصبية ويتهيج فى بعض الأحيان، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للعته ورفع عنه الحجر، ثم حجر عليه ثانيا للعته والسفه بعد تعاقده، ثم رفع عنه الحجر، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية، فإن ما استدلت به من هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدى إلى أن المحجور عليه كان معتوها فى ذات وقت التعاقد، ويكون هذا الحكم قاصر التسبيب متعينا نقضه".

(طعن رقم ١٣ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٢/٢٠)

٢- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى إثبات قيام حالة العته لدى البائع إلى التقرير الطبى الذى أثبت وجودها فى نوفمبر سنة ١٩٥٤ ورتب الحكم على ما ورد فى هذا التقرير أن هذه الحالة لابد أن تكون راجعة إلى حصول التصرف المطعون فيه أى فى ديسمبر سنة ١٩٥٣ وكان التقرير الطبى خلوا مما يعين على تأكيد إرجاع حالة العته التى أثبتها الطبيب فى نوفمبر سنة ١٩٥٤ إلى تاريخ ذلك التصرف، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يفصح عن مصدر آخر استمد منه تأكيده رجوع حالة العته إلى ذلك التاريخ بالذات وهو ما يجب ثبوته بيقين لإبطال التصرف، يكون قاصرا بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٦)

٣- "النص فى الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى على أنه "إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها" يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن وقت التعاقد هو المعول عليه فى شيوع حالة العته أو علم المتصرف إليه بها لإبطال التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر".

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٧)

١٣٥ - يكفى توافر إحدى الحالتين :

يكفى لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه الصادرة قبل تسجيل الحكم الصادر بالحجر أو تسجيل طلب الحجر- كما سنرى- توافر إحدى الحالتين المنصوص عليهما

بالفقرة الثانية من المادة (١١٤)، أى يكفى أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التصرف أو يكون الطرف الآخر على بينة من حالة الجنون أو العته، فالنص لا يتطلب اجتماع الحالتين معا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "... فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حالة عته المورث – المتصرف- كانت شائعة وقت تصرفه للطاعنة فقد كان هذا حسبه لإبطال هذا التصرف طبقا للفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى ولإعمال آثار البطلان طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المذكور ولم يكن على الحكم بعد ذلك أن يثبت علم الطاعنة بحالة العته أو استغلالها لها لأن ثبوت شيوع حالة العته يغنى عن إثبات علم المتصرف إليه بها كما أن الاستغلال غير لازم قانونا فى مقام إبطال تصرف المعتوه".

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٢- "ثبوت شيوع حالة العته عند المحجور عليه يكفى لإبطال البيع الصادر منه طبقا للمادة ١١٤ من القانون المدنى ويغنى عن إثبات علم المشترى بهذه الحالة لأن هذه المادة لا تتطلب اجتماع الأمرين معا – الشيوع والعلم – وإنما تكتفى بتحقق أحدهما".

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/١٥)

٣- "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى، أنه يكفى لإبطال تصرف المعتوه الحاصل قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة وقت التعاقد أو أن يكون المتصرف إليه على بينة منها".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

(راجع أيضا طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٨).

١٣٦ - إثبات الجنون أو العته فى حالة الادعاء بصدور التصرف قبل تسجيل حكم الحجر أو طلب الحجر :

إذا ادعى القيم على المحجور عليه، أو ادعى المحجور عليه بعد رفع الحجر عنه، أن تصرفا صدر منه قبل تسجيل حكم الحجر أو تسجيل قرار الحجر، وتوافرت إحدى

الحالتين سالفتى الذكر اللتين يكون فيهما التصرف باطلا، وقع على عاتقه إثبات حالة الجنون والعته وتوافر شروط إحدى الحالتين المشار إليهما.

ويجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية – بما فيها البينة والقرائن – فللمحكمة أن تقضى بإحالة الدعوى إلى التحقق لإثبات ذلك، كما أن لها أن تندب طبيبا أخصائيا فى الأمراض العقلية لفحص المتعاقد، وإن كانت لاتلزم بذلك، إذا رأت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها فى هذا الشأن.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "متى كانت المحكمة قد اقتنعت بما ورد فى تقرير الطبيب الخبير عن حالة البائع العقلية عند البيع، ثم استعرضت فى تفصيل أقوال شهود طرفى الدعوى – الطاعنين فى العقد والمتمسكين به- ورأت أنها تؤيد الخبير، ثم أقامت حكمها ببطلان العقد على تلك الأسباب المتعلقة بواقع الدعوى فلا تجوز المجادلة فى ذلك أمام محكمة النقض. ولايقدح فى حكمها أنها اعتبرت البائع معتوها وقت التعاقد بناء على ما استخلصته مما ثبت من هذا التقرير ومن أقوال أولئك الشهود ومن ظروف الدعوى، مع كون الطبيب لم يعاين حالة البائع لأنه كان قد توفى – لا يقدح ذلك فى حكمها لأن وفاة البائع لا تمنع قانونا من الفصل فى أمر عتهه عند التعاقد متى كانت المحكمة قد وجدت فى العناصر التى بين يديها ما يكفى لتكوين عقيدتها فى هذا الشأن".

(طعن رقم ١٢٧ لسنة ١٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٤٥/٥/٣١)

٢- "إذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها ببطلان عقد لعته المتصرف على شهادة الشهود الذين سمعتهم وعلى قرائن مستقاة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه، فلا يقدح فى حكمها أن يكون قاضى التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف "هل كانت حالة المريض حالة عته قانونى يلى الجنون فى الدرجة" فأجاب بأنه "لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بمعرفتى ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفا فى بنيته وتفكيره" بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون فى حالة تردد" فإن هذه الإجابة كاملة لا تشهد بسلامة عقله فضلا عن أن الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها، بل الشأن فى ذلك للقضاء فى ضوء ما يبديه الطبيب".

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٤٦/١٠/٣١)

٣- "لا مخالفة للقانون فى أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق لإثبات قيام حالة العته بالمتصرف وقت صدور العقد المطعون فيه، فإنه لا نص يوجب عليها أن تلتزم فى هذه الحالة طريقا معينا للإثبات ولا محل فى هذا المقام للتحدى بالمادتين ٨٦٦ من القانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧، ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ فإن حكمها إنما ينطبق على الإجراءات الواجب اتباعها قبل توقيع الحجر فلا يسرى على إثبات قيام حالة العته فى تاريخ سابق على صدور قرار الحجر".

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٢)

٤- "إنه وإن كانت المادة ٩٨٠ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ والسارية وقت رفع الدعوى. والتى حلت محل المادة ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تضع على عاتق مديرى المستشفيات والمصحات والأطباء المعالجين إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية، إلا أن المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لم يقصد بتلك المادة التزام طريق معين لإثبات قيام حالة العته، وإنما استهدف فيها مجرد إجراءات تنظيمية واجبة الاتباع قبل توقيع الحجر، ورتب على مخالفتها جزاء جنائيا نص عليه فى المادة ٩٨٢ من ذات القانون. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الشهادة الطبية باعتبارها ورقة صادرة من أحد الفنيين، ومؤيدة بما جرى على لسان الشهود من أن المورثة قد امتدت بها الحياة حتى تجاوزت التسعين من عمرها، وأنها كانت مصابة بعته شيخوخى. وكان من حق المحكمة أن تعتد على هذا الأساس بهذه الشهادة مادامت قد اطمأنت إليها بما لها من سلطة تامة فى تقدير الدليل، فإن ما يثيره الطاعنون من عدم صحة هذه الشهادة أو إهدار قيمتها لعدم اتخاذ الإجراءات المشار إليها لا ينطوى على فساد فى الاستدلال".

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٥- "إذا كان لمحكمة الموضوع كامل الحرية فى تقدير الدليل من كافة الأوراق المقدمة فى الدعوى بحيث يكون لها أن تقضى فى موضوعها بما تراه حقا وعدلا، فإنه لا تثريب على الحكم المطعون فيه إذا هو استعان فى شأن التدليل على قيام حالة العته وقت صدور التصرف بأقوال شهود المطعون عليهن أمام محكمة الاستئناف فى التحقيق الذى أجرته فى شأن صدور التصرف حال مرض موت البائعة، اعتبارا بأن ما حصله الحكم من هذه الأقوال قرينة تساند الأدلة الأخرى التى أوردها".

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٦- "وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه إذا كانت القرائن التى استند إليها الحكم من شأنها أن تؤدى متساندة فيما بينها إلى النتيجة التى انتهى إليها فلا يجوز معه مناقشة كل قرينة على حدة للتدليل على عدم كفايتها فى ذاتها لما كان ذلك وكان الحكم قد استبعد الشهادة الطبية على ما أورده فى مدوناته من أن "المحكمة لا تطمئن إلى هذه الشهادة لصدورها من طبيبه المعالج ولو كان مريضا بذلك المرض لدخل إحدى المستشفيات المخصصة لذلك هذا فضلا عن أنه لو كان مريضا بمرض عقلى يذهب بتصرفاته إلى مرحلة اللاوعى أو عدم الإدراك – لظهر ذلك جليا فى تصرفاته فى أمواله وأصابه عدم الوعى والإدراك فى التصرف فيها مما يدفعها إلى الحجر عليه للتصرف فى أمواله – أما ولم يفعل فإنه يكون سديد التصرف واع وعاقل ومدرك مما تستبعد معه هذه المحكمة هذه الشهادة الطبية المقدمة من المستأنفين. وحيث إن ما سلف بيانه يمثل ناحية ومن ناحية أخرى فإن إسلام مورثهم على يد موثق رسمى ومشهد عليه شخصان فى إشهار الإسلام بالشهادتين أمام الموثق وظل على حاله أى مسلما مدة منذ إسلامه فى ١٩٥٩/٧/٥ وحتى تاريخ انضمامه إلى البطريركية الأرثوذكسية فى ١٩٦٢/٣/٦ فإن بقاءه مسلما هذه المدة إنما يظهر عقلية صاحبها بأنها سليمة وعادية ولا عاهة أو آفة بها الأمر الذى يطمئن وجدان المحكمة إلى أن مورث المستأنفين كان صحيح العقل كامل الإرادة عند إشهار إسلامه" وكانت هذه القرائن التى استند إليها الحكم لاستبعاد دلالة تلك الشهادة الطبية على المرض العقلى للمتوفى خلال فترة إسلامه هى قرائن سائغة لها مأخذها من الأوراق وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها وتكفى لحمل قضائه فإنه لا يجوز المجادلة فيها بمناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها. لما كان ذلك وكان الطاعنون لم يطلبوا أمام محكمة الموضوع إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يدعونه وكان الحق المخول لمحكمة الموضوع فى المادة ٧٠ من قانون الإثبات من أن لها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى التحقيق للإثبات بشهادة الشهود متروك لمطلق تقديرها ولا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض فإنه لا يقبل النعى بأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ هذا الإجراء. ويكون النعى عليه بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال على غير أساس".

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٥٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩١/١/١٥)

٧- "من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن ثبوت شيوع حالة العته عند المحجور عليه يكفى لإبطال التصرف الصادر منه طبقا للمادة ١١٤ من

القانون المدنى ويغنى عن إثبات علم المشترى بهذه الحالة لأن هذه المادة لا تتطلب اجتماع الأمرين معا- الشيوع والعلم – وإنما تكتفى بتحقق أحدهما ومن المقرر أيضا أنه يجوز للمحكمة أن تقضى فى المسائل الفنية فى الدعوى دون الاستعانة بأهل الخبرة طالما وجدت فى المستندات المقدمة فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بين أن المصدر الذى استقى منه أن من نسب إليها صدور العقد سند الدعوى مختلة عقليا ومصابة بالشلل وفاقدة لحاستى السمع والإبصار ولا تعى لما تقول وهو ما ثبت من صدور قرار محكمة الأحوال الشخصية فى ١٩٨٢/٢/٢٥ بمنعها من التصرف فى أموالها. وأن تلك الحالة كانت شائعة ومعلومة وأن الطاعن كان يعلم وقت تحرير العقد بحالة العته القائمة بالمحجور عليها وأن علمه هذا مستفاد بما قرره بإقامته لرعايتها نظرا لحالتها سالفة البيان. وكانت الأسباب التى استند إليها الحكم المطعون فيه فى التدليل على أن الطاعن كان يعلم وقت تحرير عقد الإيجار بحالة العته القائمة بالمحجور عليها سائغة ومن شأنها أن تؤدى إلى ما رتبه الحكم عليها ومن ثم فلا على الحكم إذ خلص إلى هذه النتيجة من تحقيقات نيابة الإسكندرية للأحوال الشخصية فى القضية رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٨ دون الاستعانة بأهل الخبرة المختصة طالما قد وجد فى المستندات المقدمة فى الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدته".

(طعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٣)

١٣٧- القاضى هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية :

إعطاء الحالة المرضية للمتصرف وصفها القانونى مما إذا كانت تكشف عن وجود جنون أو عته من عدمه، هى مسألة قانون تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها، بل الشأن فى ذلك للقاضى الذى يملك أن يقيم قضاءه ببطلان العقود لعته المتصرف على ما يطمئن إليه من شهادة الشهود والقرائن، ولو كانت مخالفة لرأى الطبيب، إذ للقاضى مطلق الحق فى تقدير ما يدلى به الخبراء من آراء".

(طعنان رقم ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١)

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٣١٢ – المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ص ٥٩٩ وما بعدها.

٢- "قيام عارض من عوارض الأهلية لدى الخصوم هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى تستقل محكمة الموضوع فى تقدير الدليل عليه – لا شأن للطبيب فى إعطاء الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها وأن الأمر فى ذلك لمحكمة الموضوع فى ضوء ما يبديه الطبيب بغير معقب – توقيع الحجر أو رفعه لايكون إلا بمقتضى حكم".

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣)

١٣٨ - سلطة محكمة الموضوع فى تقدير قيام الجنون أو العته :

تقدير قيام الجنون أو العته من عدمه، أى تقدير الحالة الواقعية لأى منهما مسألة واقع فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى. فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا".

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٢- "تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى، والنعى على الحكم فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٢)

٣- "تقدير حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا".

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٢ق"أحوال شخصية"جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨)

٤- "تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى، فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا، والعبرة فى تحرى أهلية العاقد هى بحالته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد".

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/١١/١٢)

---

(١) محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه الجزء الأول فى الالتزامات.

١٣٩ - حكم القانون الملغى :

لم يتضمن التقنين المدنى القديم نصا مماثلا لنص المادة (١١٤) من التقنين المدنى الجديد، وكان المتفق عليه فقها وقضاء هو أنه إذا ثبت أن الشخص كان عند إبرام التصرف مجنونا أو معتوها وقع التصرف باطلا على أساس انعدام الإرادة، ولو كان لم يحجر عليه بعد، ولو كان جنونه أو عتهه غير شائع، ولو كان المتعاقد معه على غير بينة من حالته(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "العته يعدم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة وقت ثبوته، ولذا لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضى وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف فيه.

والمحكمة إذ تتصدى لبحث حالة العته إنما تبحث فى ركن من أركان التعاقد هو الرضاء الصحيح الصادرعن إرادة حقة، وهذا أمر يدخل فى صميم اختصاصها. فالحكم الذى يقام على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من الأدلة التى أوردتها من أن عته البائع كان قائما وقت صدور عقد البيع منه يكون مبنيا على أساس صحيح غير مخالف المبادئ القانونية الخاصة بالأهلية وعوارضها ولا مجاوزا حدود اختصاص المحكمة التى أصدرته".

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٩)

٢- "إن القانون المدنى القديم لم يكن يشترط لإبطال التصرف علم المشترى بعته البائع وقت البيع، بل كان يكفى فى ظله أن تستدل المحكمة على قيام حالة العته وقت التصرف بأدلة سائغة وذلك اعتبارا بأن العته متى ثبت قيامه فإنه يعدم رضاء من يصاب به".

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٢)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد ص ٢٧٥ – حسن كيره ص ٥٨٦ هامش (٢).

٣- "لا يشترط القانون المدنى القديم – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لإبطال تصرف المعتوه علم المتصرف إليه بهذا العته وقت التصرف بل كان يكفى فى ظله أن تستدل المحكمة على قيام حالة العته وقت هذا التصرف على أساس أن قيام هذه الحالة يعدم رضاء صاحبها فتقع تصرفات المعتوه باطلة بطلانا مطلقا من وقت ثبوتها".

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)

١٤٠ - رأى فقهى وقضاء لمحكمة النقض ببطلان تصرفات المجنون والمعتوه على أساس انعدام إرادته :

ذهب رأى فى الفقه إلى أنه وإن كان حرفية المادة ٢/١١٤ من التقنين المدنى تدل على أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل حكم الحجر أو طلب الحجر لا تكون باطلة، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان المتعاقد الآخر على بينة من حالته، حتى لو ثبت أنه كان فعلا مجنونا أو معتوها عند إبرام التصرف – إلا أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأى، لأن الإرادة أساس التصرف، ولا يمكن لهذا أن يقوم إلا إذا جاء نتيجة إرادة مدركة مميزة. فإذا ثبت أن شخصا معينا كان بالفعل مجنونا أو معتوها حين إبرامه تصرفا معينا. وقع هذا التصرف باطلا بالضرورة، ولو لم يكن قد حجر على هذا الشخص بعد، ولو كان جنونه أو عتهه غير شائع، ولو كان الطرف الآخر على غير بينة من حالته. لأن الجنون أو العته يذهب بذاته عن الشخص الإرادة، دون توقف على أمر آخر. على أن البطلان هنا لا يجئ نتيجة انعدام الأهلية ولكن نتيجة انعدام الإرادة.

ولا يسوغ أن يعترض على هذا الحكم بنص الفقرة الثانية من المادة (١٤٤)، فهذه المادة كما يدل عليه مكانها (بين المواد التى تعرض للأهلية كشرط لازم لصحة العقد) لا تعرض إلا لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه على أساس انعدام الأهلية عنده بينما البطلان هنا يؤسس على أمر آخر، هو انعدام الإرادة. وهو يبنى على نص آخر، هو نص المادة ١٨٩ التى تستلزم الرضا، كركن أساسى لقيام العقد[١].

ويتعين على طالبه أن يثبت قيام الجنون أو العته حال إجراء التصرف بالذات، بحيث أنه إذا عجز عن هذا الإثبات، أو أثبت الطرف الآخر أن المجنون أو المعتوه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٧٤ وما بعدها – السنهورى ص ١٤٤– أحمد حشمت أبو ستيت ص١٣٦.

كان مفيقا فى ذات اللحظة التى أبرم فيها التصرف، وقع التصرف صحيحا. ولذى المصلحة أن يثبت قيام الجنون أو العته بكل طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والتقدير النهائى لقاضى الموضوع.

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧١/١/١٩ فى الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩ إذ ذهبت فيه إلى أن :

"إنه وإن كانت المادة ١١٤ من القانون المدني قد واجهت حالة الحجر وصدور قرار، وفرقت الفترة السابقة علي صدور قرار الحجر والفترة التالية له، وأقامت من قرار الحجر قرينة قانونية علي انعدام أهلية المجنون أو المعتوه، ومن تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية علي علم الغير بذلك، إلا أنه ليس معنى ذلك أن المجنون أو المعتوه الذي لم يصدر قرار بتوقيع الحجر عليه لسبب أو لآخر تعتبر تصرفاته صحيحة إذ الأصل أنه يجب أن يصدر التصرف عن إرادة سليمة، وإلا انهار ركن من أركان التصرف بما يمكن معه الطعن عليه ببطلانه إذا ما ثبت علم المتصرف إليه بحالة الجنون أو العته المعدم للتمييز لحظة إبرام التصرف أخذا بأن الإرادة تعتبر ركنا من أركان التصرف القانونى".

١٤١- ثانيا : حكم تصرف المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤ على أن: "يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر".

ومفاد ذلك أن أى تصرف يصدر من المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر أو تسجيل طلب الحجر كما سنرى تفصيلا فيما بعد- يقع باطلا بطلانا مطلقا. ذلك أن المشرع أقام من صدور قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه وتسجيل ذلك القرار أو تسجيل طلب الحجر قرينة قانونية على علم الغير بذلك.

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه فاقد الأهلية منذ تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر أن يظل معتبرا كامل الأهلية إلى حين حصول مثل هذا التسجيل. فلا تعتبر تصرفاته فى هذه الفترة باطلة(١).

---

(١) حسن كيره ص ٥٨٦.

وتظل تصرفات المجنون أو المعتوه بعد تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر – باطلة إلى حين الحكم برفع الحجر عنه، حتى ولو عاد إليه الرشد من قبل. وهى تبطل دون حاجة إلى إثبات انعدام التمييز فحكم الحجر يؤدى إلى انعدام الأهلية، ولا يجوز نقض أثره هنا إلا بحكم يرفع الحجر(١).

ويستوى أن تكون هذه التصرفات نافعة أم ضارة أم دائرة بين النفع والضرر(٢).

والحكم الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر أو برفعه، بوصفه أنه ينشئ للشخص حالة مدنية، له حجية مطلقة على الناس كافة، فهو يسرى حتى على من لم يكن طرفا فى الدعوى(٣).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"القرار الصادر بتوقيع الحجر للعته – بوصفه منشئا لحالة مدنية – له حجية مطلقة تسرى فى حق الناس جميعا، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، واعتد بحجية ذلك القرار، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعنان رقما ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١)

كيفية تسجيل حكم الحجر :

١٤٢ – أولا : فى ظل الكتاب الرابع من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ :

أبقى قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على الكتاب الرابع من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمضاف إليه بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ (م١ من قانون إصدار قانون المرافعات الجديد).

وقد نصت المادة (١٠٢٦) الوارد فى الكتاب المذكور"الباب الرابع – الفصل السابع" فى "تسجيل الطلبات والقرارات والاطلاع وتسليم الصور والشهادات" على أن "تسجيل طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية

---

(١) الدكتور عبد الحى حجازى نظرية الحق الطبعة الثانية ١٩٥١–١٩٥٢ ص ١١٨ وما بعدها.

(٢) الدكتور عبد الودود يحيى محاضرات فى المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) ١٩٦٨ – ١٩٦٩ ص ٧٤.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٧٤.

أو الحد منها أو وقفها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه وذلك بأمر من قاضى الأمور الوقتية يصدر على ذات الطلب بعد التحقق من جديته وأخذ رأى النيابة كتابة. ويقدم الطالب الإذن بقلم الكتاب لإجراء التسجيل فورا.

ويجب على قلم الكتاب أن يؤشر على هامش تسجيل الطلبات بمضمون القرارات النهائية الصادرة فيها وذلك فى ميعاد ثمانى وأربعين ساعة من تاريخ صدورها".

وتنص المادة ١٠٢٧ على أنه :

"إذا لم يطلب تسجيل الطلب أو رفض الإذن به وجب على قلم الكتاب أن يسجل فى الميعاد المذكور فى المادة السابقة القرارات النهائية الصادرة بما يأتى:

(١) توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو إثبات الغيبة.

(٢) سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها.

(٣) استمرار الولاية أو الوصاية.

(٤) سلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالإدارة أو الحد منه.

(٥) منع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته أو وقفها أو الحد منها أو وكيل الغائب من التصرف أو تقييد حريته فيه.

ويجب كذلك أن يؤشر على هامش هذه القرارات بكل قرار يصدر ملغيا أو معدلا لها".

وتنص المادة (١٠٢٨) على أن :

"القرارات المشار إليها فى المادة ١٠٢٦ لا تكون حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم.

ويترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار فى تطبيق أحكام القانون المدنى".

ويبين من المواد الثلاث سالفة الذكر ما يأتى :

(١) أن المشرع قد سوى فى المادتين ١٠٢٦، ١٠٢٨ منه بين تسجيل طلب الحجر وتسجيل القرار النهائى الصادر بالحجر فى الأثر المترتب على كل منهما فى

حكم المادة ١١٤ من التقنين المدنى. فتسجيل الطلب يغنى عن تسجيل القرار النهائى الصادر بالحجر، إذ يتم التأشير على هامش تسجيل هذا الطلب بمضمون القرار النهائى الصادر فيه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات بينت كيفية تسجيل طلب الحجر ورتبت المادة ١٠٢٨ من القانون ذاته على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر من أحكام وفقا لأحكام القانون المدنى. لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس من تسجيل طلب الحجر على مورثة المطعون ضدهم فى ذات يوم تقديمه فى ١٩٩٢/٥/١٨ ورتب على ذلك ما يترتب على تسجيل قرار الحجر من أحكام إعمالا لأحكام المادة ١١٤ من القانون المدنى دون أن يبين وجه ما استدل به على ثبوت تسجيل طلب الحجر فى الموعد الذى ذهب إلى القول به رغم أن ثمة فارقا بين مجرد تقديم طلب الحجر للنيابة وبين تسجيله بالسجلات المعدة لذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات وهو ما تمسكت به الطاعنة فى دفاعها ولم يتناوله الحكم بالرد وهو ما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق".

(طعن رقم ٣٢١٠ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٣)

(٢) إن تسجيل طلب توقيع الحجر يكون بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على ذات الطلب بعد التحقق من جديته وأخذ رأى النيابة ويقدم الطالب الإذن لقلم الكتاب لإجراء التسجيل فورا. ويجب على قلم الكتاب أن يؤشر على هامش تسجيل الطلب بمضمون القرار النهائى الصادر فيه وذلك فى ميعاد ثمان وأربعين ساعة من تاريخ صدوره.

(٣) لا تكون قرارات الحجر حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها، فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل قرار الحجر.

فالتسجيل اعتبر قرينة قانونية تقبل إثبات العكس على علم الغير ممن تعامل مع المحجور عليه فتنسحب حجية القرار إلى تاريخ تسجيل الطلب أو من تسجيل قرار الحجر حسب الأحوال.

وإذ كان القانون المدنى قد عالج فى المادة ٢/١١٤ حكم التصرف الصادر من المجنون والمعتوه – كما رأينا سلفا – قبل تسجيل قرار الحجر أو تسجيل طلب الحجر، فنصت الفقرة المذكورة على أنه :"أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها".

كما عالجت الفقرة الثانية من المادة (١١٥) حكم التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة فنصت على أن: "أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

ومن ثم فإن ما قضت به الفقرة الأولى من المادة (١٠٢٨) مدنى سالفة الذكر من أن القرارات المشار إليها فى المادة (١٠٢٦) لا تكون حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم، إن هو إلا تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة الثانية من المادتين (١١٤، ١١٥ مدنى) إذ كون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو أن الطرف الآخر على بينة منها وذلك فى التصرف السابق على التسجيل أو أن التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة قبل التسجيل نتيجة استغلال أو تواطؤ، كلها تجعل الغير سيء النية[1].

١٤٣- ثانيا : فى ظل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

بتاريخ ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية. ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٤ (مكرر) فى ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ وعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٦ من قانون الإصدار).

وقد نصت المادة الرابعة من قانون إصداره على أن يلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٧. . وبالتالى فقد ألغيت المواد (١٠٢٦-١٠٢٨) التى كانت تنظم تسجيل طلب الحجر أو تسجيل القرار الصادر بتوقيع الحجر وأثره والتى كانت واردة بالكتاب الرابع المضاف إلى قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩.

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى الجزء الثانى ص ٢٤٤ وما بعدها.

ثم نصت المادة ٣٢ من القانون على أن :

"تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه، وذلك يوم وساعة تقديم الطلب فى سجل خاص. ويقوم القيد فى السجل مقام التسجيل، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب.

وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائيا برفض الطلب.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات القيد والشطب".

وقد أصدر السيد وزير العدل تنفيذا لهذه المادة بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٦ القرار ١٩٠ لسنة ٢٠٠٠ بإجراءات القيد والشطب فى السجل الخاص بمواد الولاية على المال والذى نشر فى الوقائع المصرية بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٧ العدد ٥٥ (تابع)[١].

---

(١) **وننشر القرار فيما يلى:**

قرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠

بإجراءات القيد والشطب في السجل الخاص

بمواد الولاية على المال

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠،

قـــرر :

(مـــادة ١)

ينشأ في كل نيابة كلية سجل لقيد الطلبات المتعلقة بمسائل الولاية والوصاية والحجر والغيبة والمساعدة القضائية، تنفيذا لحكم المادة (٣٢) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وتتبع الإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار في شأن القيد والشطب في هذا السجل.

(مـــادة ٢)

يتم القيد في السجل المشار إليه في المادة السابقة، على النحو التالى:

أولا : تقيد الطلبات بأرقام مسلسلة تبدأ في بداية كل عام قضائى، وتنتهى بنهايته.

على أن تقيد الطلبات الخاصة بعام ٢٠٠٠ اعتبارا من ٢٠٠٠/٣/١٥ إلى ٢٠٠٠/٩/٣١. =

= **ثانيا :** يقيد كل طلب في صفحة مستقلة، وفقا لما هو مبين بالنموذج المرفق بالقرار. وتمهر صفحات السجل بخاتم النيابة.

ثالثا : يتم إثبات قيد الطلب فور تقديمه بمعرفة رئيس قلم الأحوال الشخصية أو من يقوم مقامه، ويعتمد القيد من رئيس النيابة الكلية في موعد أقصاه اليوم التالى لتاريخ القيد.

رابعا : يتم إثبات تاريخ القيد وساعته واسم الطالب وموطنه بعد التأكد من شخصيته، وإثبات صفته بالنسبة للمقدم ضده الطلب، وبيان سند وكالته الذى يخوله الحق في تقديم الطلب، وتثبت بيانات التوكيل بالسجل، ويرفق التوكيل بملف الطلب إن كانت الوكالة خاصة أو ترفق صورة ضوئية منه إن كانت الوكالة عامة، وفى جميع الأحوال يجب أن يوقع مقدم الطلب قرين تلك البيانات في الموضع المعد لذلك بالسجل.

خامسا: بيان اسم المقدم ضده الطلب وسنه وموطنه وديانته وجنسيته.

سادسا: يثبت ملخص لموضوع الطلب في الموضع المعد لذلك بالسجل.

سابعا : يثبت منطوق القرارات الصادرة من النيابة العامة وما اتخذته في شأن أى من الإجراءات التالية، مع بيان اسم وصفة القائم بها وتاريخ اتخاذها وتوقيعه قرين ذلك :

١- إجراءات حصر أموال وحقوق المعنى بالحماية.

٢- إجراءات وضع الأختام ورفعها.

٣- رقم الأمر الوقتى الصادر بالترخيص للنيابة العامة فى نقل الأموال والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين.

٤- بيان الجهة التى أودعت لديها تلك الأشياء، وتاريخ إيداعها ورقم الإيداع.

٥- أى قرارات أخرى تأمر بها النيابة العامة.

ثامنا : يثبت تاريخ ومنطوق القرار الصادر بتعيين النائب عن المعنى بالحماية، واسمه وموطنه وتاريخ إخطاره بقرار تعيينه إن صدر في غيبته، كما يثبت تاريخ اعتراضه على هذا التعيين في حالة اعتراضه، وتاريخ صدور القرار الصادر بتعيين آخر بدلا منه، وتتبع في شأنه الإجراءات السابقة.

تاسعا: يثبت تاريخ الإجراءات التى اتبعتها النيابة العامة في شأن جرد أموال المعنى بالحماية بعد تعيين النائب عنه، وشخص القائم بالجرد، واسم عضو النيابة الذى وقع على محضر الجرد. كما تثبت كافة القرارات المتعلقة بندب أهل الخبرة لتقييم الأموال والديون.

عاشرا: يثبت تاريخ تسليم الأموال التى تم جردها للنائب المعين، بعد إثبات اسمه وموطنه وتوقيعه على ما يفيد ذلك في الموضع المخصص بالسجل.

حادى عشر: يثبت تاريخ تعيين مصفى على التركة ورقم الدعوى الصادر فيها قرار تعيينه واسم المصفى وموطنه وتاريخ استلامه لأموال التركة، وتاريخ الانتهاء من أعمال التصفية. =

وواضح مما تقدم أنه اعتبارا من ٢٠٠٠/٣/٨ أصبح قيد النيابة العامة (نيابة شئون الأسرة) طلب الحجر فى السجل الخاص المعد لذلك يقوم مقام التسجيل، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة طلب الحجر.



= **ثانى عشر:** تثبت كافة القرارات الأخرى التى تصدرها المحكمة في خصوص إدارة أموال المعنى بالحماية.

ثالث عشر: تثبت كافة القرارات التى تصدرها محكمة ثانى درجة في خصوص مواد الولاية على المال وتاريخ صدورها.

رابع عشر: يثبت تاريخ القرار النهائى الصادر بشطب الطلب، وبدون في السجل عبارة "شطب القيد" ورقم المادة الصادر فيها ذلك القرار.

خامس عشر: لا يجوز تعديل القيد أو الكشط أو التحشير فيه أو التغيير، وعند إثبات بيان بطريق الخطأ، يتم إثبات البيان الصحيح بجواره مع وضع أقواس على البيان الخطأ، وفى هذه الحالة يتعين اعتماد التعديل من رئيس النيابة المختص.

(مادة ٣)

ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية، ويعمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره.

صدر في ٢٠٠٠/٣/٦

وزير العدل

المستشار / فاروق سيف النصر

مادة (١١٥)

١- إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام.

٢- أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ.

الشرح

تصرفات السفيه وذى الغفلة :

١٤٤ - أولا : تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر :

القاعدة أن السفيه وذا الغفلة يتمتعان قبل تسجيل قرار الحجر بأهلية كاملة، وعلى ذلك فجميع تصرفاتهما تعتبر صحيحة. ولا يمكن إبطال هذه التصرفات على أساس انعدام الإرادة لأن السفه والغفلة لا يمسان العقل(١).

إلا أن الفقرة الثانية من المادة (١١٥) أوردت استثنائين على هذه القاعدة، يكون فيها تصرف السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر باطلا أو قابلا للإبطال.

فقد نصت هذه الفقرة على أن :

"أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

والاستثناءان الواردان بالمادة هما :

١- أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة استغلال.

٢- أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة تواطؤ.

فلا يكفى أن تكون حالة الغفلة أو السفه قائمة، ولايكفى أن تكون هذه الحالة شائعة أو يكون المتعاقد على علم بها، كما هو الشأن فى تصرفات المجنون والمعتوه(٢).

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد ص ٢٨٢- عبد الودود يحيي ص ٧٥ - حسام الدين الأهوانى ص ١٦٧.

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٦٤ وما بعدها.

ونعرض لهذين الاستثنائين فيما يلى :

الاستثناءان الواردان بالنص :

الاستثناء الأول :

أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة استغلال.

ويقصد بالاستغلال هنا أن يعلم المتعاقد مع السفيه وذى الغفلة بحالته. فيعمد إلى أن يغتنم الفرصة، وأن يفيد مما يتسم به المتعاقد معه من سوء تدبيره أمره، لتبذيره وإسرافه، أو لبلاهته وفرط الطيبة فى قلبه، ويصل من وراء ذلك إلى مزايا مفرطة لا تتعادل مع ما يقدمه هو أو يتحمل به من التزامات.

فلا يكفى هنا للقول بحصول الاستغلال، أن يكون المتعاقد مع السفيه أو ذى الغفلة عالما بحالته، وإنما يلزم أن يعمد إلى أن يصل من وراء قيام تلك الحالة على مزايا مفرطة لا تتعادل مع التزاماته. ولا يوجد بالضرورة معيار محدد لمعرفة ما إذا كان ثمة تعادل فى الالتزامات من عدمه ولا لتحديد قدر التفاوت بين ما يأخذه السفيه أو ذو الغفلة وما يعطيه. فالأمر متروك لقاضى الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية ومن غير معقب عليه من محكمة النقض طالما بنى قضاءه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ) "تقضى المادة ١١٥ من القانون المدنى بأن التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر- للسفه أو الغفلة – لا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ، فإذا كان الطاعنون لا ينازعون فى أن العقدين محل النزاع قد صدرا من مورثهم إلى المطعون عليهما قبل تاريخ تسجيل قرار الحجر فلا يجدى الطاعنين بعد ذلك المنازعة فى صحة التاريخ الذى يحمله هذان العقدان ومحاولة إثبات أنه قدم ليكون سابقا على رفع دعوى الحجر مادام أن هذا التاريخ سابق على أى حال على تسجيل قرار الحجر، كما أن مجرد ثبوت تحرير العقدين فى الفترة ما بين تاريخ تقديم طلب الحجر وتاريخ صدور القرار بتوقيعه لا يكفى بذاته لترتيب البطلان بل يلزم أيضا إثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال وتواطؤ.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٣- حسام الدين الأهوانى ص ١٦٧.

(ب)- "التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفيه قبل صدور قرار الحجر لا يكون – وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى الملغى وقننه المشرع فى المادة ١١٥ من القانون القائم – باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ. ويقصد بالاستغلال أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله... الخ".

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢١)

٢- "يكفى وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ، فلا يشترط اجتماع هذين الأمرين بل يكفى توافر أحدهما. والمقصود بالاستغلال هنا أن يعلم الغير بسفه شخص أو بغفلته فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة. أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله لمن يتواطأ مع علمه بذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب".

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤)

٣- "المقصود بالاستغلال – فى حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى – أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله. فإذا أثبت الحكم المطعون فيه فى حدود سلطة المحكمة الموضوعية أن الطاعنين قد استغلا سفه المطلوب الحجر عليه وشدة حاجته إلى المال فاستصدرا منه التصرف المحكوم ببطلانه بمقابل يقل كثيرا عما تساويه الأرض المبيعة وذلك إرضاء لشهوة الاغتناء لديهما فإن الحكم بذلك يكون قد أثبت أن التصرف الصادر إلى الطاعنين كان نتيجة استغلال وبالتالى يكون هذا التصرف باطلا وقد صدر قبل تسجيل طلب الحجر أو تسجيل قرار الحجر".

(طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٤)

٤- "يشترط وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ والمقصود بالاستغلال- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة فلا يكفى لإبطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان

يتردى فيه المتصرف من سفه بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ كما أنه لا يكفى لتحقق الاستغلال أن يكون المتصرف إليه قد أبرم مع المتصرف العقد بقصد الاستغلال إذ أنه بفرض توافر هذا القصد لدى المتصرف إليه فإنه لا يكفى بذاته لإبطال العقد بل يجب لذلك أن يثبت أنه استغل المتصرف فعلا وحصل من وراء هذا العقد على فوائد أو ميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون أما التواطؤ فإنه يكون عندما يتوقع السفيه الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب".

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧١/٤/٢٠)

٥- "يكفى وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ والمقصود بالاستغلال أن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة، وتقدير ما إذا كانت الفائدة التى حصل عليها السفيه من التصرف الذى أصدره قبل تسجيل قرار الحجر تتعادل مع التزاماته أو لا تتعادل مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع".

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٣)

٦- "قرار الحجر للسفه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره ولا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم يكن قد حصلت بطريق الاستغلال أو التواطؤ".

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٣)

الاستثناء الثانى :

أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة تواطؤ:

والمقصود بالتواطؤ هنا أن يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه، فيعمد إلى المبادرة فى التصرف فى أمواله إلى شخص آخر يعلم بذلك وبتدبير واتفاق بينهما، استباقا للزمن وتفويتا لأثر الحجر المرتقب، فالتواطؤ حالة غش مشترك بين الطرفين[١].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٣ وما بعدها – نعمان جمعه ص ٤٦٦.

وقد أوضحت محكمة النقض المقصود بالتواطؤ بقولها :

١- "... والتواطؤ يكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب".

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢١)

٢- "... أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله لمن يتواطأ مع علمه ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب".

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤)

١٤٥ - يكفى للإبطال توافر الاستغلال أو التواطؤ :

يكفى لإبطال التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون إما نتيجة استغلال وإما نتيجة تواطؤ، فلا يشترط اجتماع الأمرين معا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "يكفى وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ فلا يشترط اجتماع هذين الأمرين بل يكفى توافر أحدهما. والمقصود بالاستغلال هنا أن يعلم الغير بسفه شخص أو بغفلته فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليها من فائدة. أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله لمن يتواطأ معه مع علمه ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب".

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤)

٢- "... وكان التصرف الصادر من السفيه فى مثل هذه الحالة لا يكون وفقا لما نصت عليه المادة ٢/١١٥ من القانون المدنى باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ. فإن الحكم إذ استلزم إثبات توافر أحد هذين الأمرين بعد أن حصل فى أسباب سائغة أن التصرف المنعى عليه قد صدر قبل تسجيل طلب الحجر، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٠)

١٤٦ - قضاء لمحكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم :

الحكم الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من القانون المدنى الجديد، تقنين لما استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم – الذى خلا من نص مماثل – من أن التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة قبل صدور قرار الحجر وتسجيله، يكون باطلا أو قابلا للإبطال إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه حتى مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر عليه، متى تبينت من ظروف هذا التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والإجراءات الجارية لتوقيع الحجر عليه، وأنه على الرغم من ذلك تواطأ معه على إيقاع هذا التصرف له. ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ هى به من القرائن التى أقنعتها بحصول هذا التواطؤ".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٨)

٢- "تصرف المحجور عليه للغفلة الصادر منه قبل الحجر ولكن فى وقت قيام سببه يكون باطلا إذا ثبت من ظروف التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم حالة المتصرف المستوجبة للحجر وأنه بالرغم من علمه بها قد أقدم على قبول تصرف له بالهبة".

(طعن رقم ١٦ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٠/٢٢)

٣- "قرار الحجر للسفه ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره، فلا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الغش والتواطؤ، والفتوى فى هذا الخصوص هى على رأى أبى يوسف وحاصله أن تصرفات السفيه قبل الحجر نافذة".

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/١١)

٤- "إنه لما كان قرار الحجر للسفه ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره ولا ينسحب على التصرفات السابقة عليه مالم تكن قد حصلت بطريق الغش أو التواطؤ كأن يكون المتصرف إليه عالما بسفه المحجور عليه ومتواطأ معه في تعامله على تفويت آثار حجر متوقع، وكان ما استخلصته المحكمة من عدم وجود الدليل على تواطؤ الزوجة المتصرف لها مع زوجها المتصرف وقت انعقاد البيع المطعون فيه لصدور العقد قبل تقديم طلب الحجر، ولأن إيراد المتصرف لم يكن يكفى لنفقات معيشته مما اضطره إلى

التصرف فى أطيانه كما تشهد بذلك العقود الأولى الصادرة منه فضلا عن أن حالة الزوجة المالية تمكنها من دفع الثمن، ثم ما أوردته من عدم التعويل على قرينة العلاقة والمعاشرة الزوجية فى الاستدلال على هذا التواطؤ – كان هذا منها استخلاصا موضوعيا جائزا مما تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة النقض ولا يكون ثمة وجه للطعن على حكمها بالقصور".

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٥/٢٥)

٥- "متى كان الحكم إذ أبطل عقد البيع الصادر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر قد أقام قضاءه على أن المشترى كان يعلم عند التعاقد بما اتخذ من إجراءات لتوقيع الحجر على البائع، ومع ذلك فقد تواطأ معه غشا بغية الحصول على العين المبيعة بثمن بخس، فإن فى هذا الذى قرره الحكم ما يفيد توافر عناصر الاحتيال على القانون مما يبطل العقد. ومن ثم فإن ما ينعاه المشترى عليه من خطأ فى تطبيق القانون استنادا إلى أنه جعل لقرار الحجر أثرا ينسحب إلى الماضى يكون فى غير محله".

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥١/١/٢٥)

١٤٧ - الدفع ببطلان عقد البيع الصادر قبل تسجيل قرار الحجر لا يستوجب وقف الدعوى :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وقف الدعوى طبقا لنص المادة ١٢٩ من قانون المرافعات مناطه أن ترى المحكمة ضرورة تعليق حكمها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الفصل فى موضوع الدعوى وتكون هذه المسألة خارجة عن اختصاصها، وليس كذلك الدفع ببطلان عقد البيع الصادر قبل تسجيل قرار الحجر الذى يكون للمحكمة أن تفصل فى أوجه البطلان الموجهة إليه متى قدمت من القيم صاحب الصفة فى إبدائها وهو ما لم يتم فى الدعوى، فيكون ولا مجال لإعمال ما تنص عليه المادة ١٢٩ من قانون المرافعات".

(طعن رقم ٩٥٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١١/١٦)[١]

---

(١) منشور بمؤلف المستشار الدكتور محمد شتا ص ٦٣٤.

١٤٨- جزاء حصول التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ :

إذا كان تصرف السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر، قد وقع نتيجة استغلال أو تواطؤ، فإنه يكون باطلا أو قابلا للإبطال لمصلحة السفيه أو ذى الغفلة. وهو ذات الجزاء الذى يسرى على تصرفاتهما التالية لتسجيل قرار الحجر.

فيكون هذا التصرف باطلا، إذا كان ضارا بالسفيه أو ذى الغفلة ضررا محضا، كما لو كان التصرف عقد هبة، ويكون قابلا للإبطال إذا كان التصرف دائرا بين النفع والضرر كالبيع والمقايضة.

١٤٩- حكم تصرف السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر :

تنص الفقرة الأولى من المادة (١١٥) على أنه :"إذ صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر. سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام".

ومفاد هذا النص أن تصرف السفيه وذى الغفلة – بعد تسجيل قرار الحجر أو تسجيل طلب الحجر فى ظل العمل بالكتاب الرابع من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وبعد قيد طلب الحجر فى الدفتر الخاص بذلك بالنيابة فى ظل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وقرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ كما رأينا- يجعل كلا منهما ناقص الأهلية ويأخذ حكم الصبى المميز.

ومقتضى أخذ السفيه أو ذى الغفلة حكم الصبى المميز، أنه تثبت لكل منهما أهلية الاغتناء كاملة، كما إذا تلقى أحدهما هبة من الغير.

أما أهلية إجراء التصرفات الضارة ضررا محضا كما لو وهب مالا للغير أو أبرأ مدينه من دين له، فالأصل أنها معدومة لدى السفيه وذى الغفلة كما هى معدومة عند الصبى المميز. فإذا أجرى السفيه أو ذو الغفلة أحد هذه التصرفات، وقع التصرف باطلا بطلانا مطلقا.

ولا يستثنى من الأعمال الضارة ضررا محضا، سوى الوصية والوقف كما سنرى فى شرح المادة (١١٦).

أما أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فلا تثبت للسفيه أو لذى الغفلة إلا ناقصة، بمعنى أنه إذا أجرى تصرفا بعوض كأن باع أو اشترى وقع تصرفه قابلا للإبطال لمصلحته.

ويستطيع القيم أو المحكمة إبطال التصرف، كما يستطيع المتصرف ذاته هذا الإبطال بعد رفع الحجر عنه.

ويجوز التمسك بإبطال التصرف إما بدعوى أصلية أو عن طريق الدفع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"التمسك بإبطال عقد البيع التى يبرمها المحجور عليه للسفه. جواز تحققه بطلب ترفع به دعوى أصلية أو بدفع فى دعوى قائمة. علة ذلك".

(الطعن رقم ٧٧٥٣ لسنة ٦٥ق – جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٧)

وغنى عن البيان أن هذا التصرف تصححه الإجازة كما سنرى[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"... لما كان عقد البيع من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر على أساس أنه تترتب عليه حقوق والتزامات متقابلة فإنه طبقا للمادتين ١/١١٥، ٢/١١١ من القانون المدنى يكون التصرف بالبيع الصادر من المحجور عليه للغفلة أو السفه قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز المحجور عليه التصرف بعد رفع الحجر عنه، أو إذا صدرت الإجازة من القيم أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون، ولما كانت المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون فى شأن القوامة تجيز للقيم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة، وكان يبين من الحكم المطعون فيه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٥– نعمان جمعه ص ٤٦٥ – حسام الدين الأهوانى ص ١٦٨ – وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى لاحظ الدكتور حامد زكى بك أن الفقرة الثانية تكلمت عن البطلان والقابلية للبطلان بالنسبة للتصرفات الصادرة من ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر.

فقيل له إن تصرفات ذى الغفلة ملحقة بتصرفات الصبى المميز وتصرفات هذا الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال والضارة ضرر محضا باطلة بطلانا مطلقا لذلك تكون تصرفات ذى الغفلة إما باطلة وإما قابلة للإبطال".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٢٥).

أنه خلص إلى صحة عقد البيع المؤرخ ١٩٦٩/٩/١٧ الصادر من المطعون عليه الثانى وهو محجور عليه للغفلة إلى المطعون عليها الأولى استنادا إلى أن الطاعن وهو القيم أجاز التصرف بالإقرار اللاحق المؤرخ ١٩٧٠/٢/٧ الذى قدمه بصفته المسئول القانونى عن الأسرة للهيئة العامة للإصلاح الزراعى تطبيقا لحكم المادة الرابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ويتضمن هذا الإقرار أن الملكية الزائدة عن الخمسين فدانا وقدرها ١٤ فدانا و٢٠ قيراطا و١٢ سهما تؤول إلى المطعون عليها الأولى وهى زوجة المحجور عليه، كما استند الحكم إلى أن محكمة الأحوال الشخصية أجازت هذا التصرف بأن صرحت للمحجور عليه بيع هذا القدر إلى المطعون عليها الأولى على أن يباشره عنه القيم، وكان القيم وعلى ما سلف ذكره قد أجاز هذا التصرف بتقديم الإقرار إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى، ولما كان ما استخلصه الحكم من إجازة التصرف الصادر من المحجور عليه على النحو سالف البيان سائغا ويكفى لحمله ويتفق مع ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ من أنه "يتعين على أفراد الأسرة أن يقدموا للهيئة العامة للإصلاح الزراعى خلال الستة شهور المشار إليها إقرارا عن ملكية الأسرة متضمنا البيانات الآتية (ج) بيان ما وصلت إليه ملكية كل منهم فى نطاق المائة فدان المحتفظ بها طبقا للتصرفات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة وبما لا تتجاوز معه ملكية أى فرد منهم الخمسين فدانا"، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع ببطلان عقد البيع الصادر من المحجور عليه يكون قد التزم صحيح القانون، أما ما قرره خطأ من أن البيع الصادر من المحجور عليه يعتبر تصرفا نافعا نفعا محضا فهو تزيد لا يؤثر فى سلامة قضائه".

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٣)

١٥٠- كيفية تسجيل قرار الحجر :

راجع شرح المادة ١١٤.



مادة (١١٦)

١- يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا، متى أذنته المحكمة فى ذلك.

٢- وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه، المأذون له بتسلم أمواله، صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون

الشرح

١٥١- صحة تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف والوصية :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا، متى أذنته المحكمة فى ذلك.

فرغم أن التصرف بالوقف أو بالوصية من الأعمال الضارة ضررا محضا، وكان الأصل أنه لا يجوز للسفيه أو ذى الغفلة إجراء هذه التصرفات، إلا أن الفقرة المذكورة أجازت له ذلك إذا أذنته المحكمة.

وقد ورد النص على إجازة الوصية أيضا بالمادة الخامسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التى جرت على أن :"يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا، على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى (محكمة الأسرة الآن).

وعند التصرف بغير إذن المحكمة فإن التصرف لا يأخذ حكم التصرفات الضارة ضررا محضا والتى تعتبر باطلة، وإنما يأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أى تكون قابلة للإبطال لمصلحة المحجور عليه(١).

ويلاحظ هنا الفرق بين السفيه أو ذى الغفلة وبين الصبى المميز، فهذا الأخير لا يجوز له أن يجرى من الأعمال الضارة به ضررا محضا إلا الوصية دون الوقف، وبشرط إذن المحكمة، وأن يكون قد بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة(٢).

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٦٦ – حسن كيره ص ٥٨٩.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٥ هامش (١).

ولم يعد تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف متأتيا اليوم، لأن الأصل فى إباحته له، وقفه على نفسه فى حياته أولا، وقد ألغى أخيرا – نظام الوقف على غير الخيرات بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢.

١٥٢- أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه للسفه أو للغفلة المأذون له بتسلم أمواله :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : "وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور لسفه، المأذون له بتسلم أمواله، صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون".

فالأصل أن أهلية الإدارة كأهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإذا أجرى السفيه تصرفا مما يدخل فى أعمال الإدارة كأن أجر ماله، وقع تصرفه قابلا للإبطال. إلا أن الفقرة سالفة الذكر أجازت له إدارة أمواله المسلمة إليه.

أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، كالحال بالنسبة للصبى البالغ الثامنة عشرة المأذون فى الإدارة. وفى هذه الحالة يصح له أن يجرى أعمال الإدارة فى الحدود المرسومة للصبى المذكور.

ويستمر السفيه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية فى الحدود التى ذكرناها إلى أن تقضى المحكمة برفع الحجر عنه(١).

ويلاحظ أن الفقرة المذكورة وإن أغفلت ذكر "ذى الغفلة" إلا أن المادة ٦٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أجازت له نفس الأمر(٢).

---

(١) والمادة (١١٦) قد حذفت من المشروع النهائى ووضعتها لجنة المراجعة وكان نصها "يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة فى ذلك" وقد اقترح إضافة الفقرة الثانية إلى المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بملحق تقريرها أنه: "اقترح إضافة فقرة ثانية إلى المادة ١١٦ نصها "وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون" توخيا لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بناقص الأهلية فى المشروع– وقد قررت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح وإضافة الفقرة المتقدم ذكرها".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٢٦ وما بعدها).

(٢) **إذ تنص هذه المادة على أنه :**

"يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون".

وإذا كان المشرع يقتصر على التصريح بالخروج على أصل نقص أهلية السفيه أو ذى الغفلة المحجور عليه فى الحالتين المتقدمتين (أهلية الإيصاء والوقف وأهلية الإدارة)، فيجب ألا يستخلص من ذلك أن الخروج على حكم الأصل فى شأنه قاصر على هاتين الحالتين وحدهما. إذ يمكن عن طريق القياس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفلة بأهلية أداء كاملة فى الحدود المعترف للصبى المميز بها، إلا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعض الأعمال المأذون بها هذا الصبى مع حالة السفه أو الغفلة.

ولذلك يكون للسفيه أو ذى الغفلة أهلية التصرف – كالصبى المميز عموما – فيما يخصص له من مال لأغراض نفقته وفى إبرام عقد العمل الفردى، وأهلية التصرف – كالصبى البالغ السادسة عشرة– فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره. ولكن لا يجوز تسوية السفيه أذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الإذن له من المحكمة بمباشرة التجارة كما سنرى(١).

١٥٣- هل يجوز الإذن للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بالاتجار؟

لم يرد بالتقنين المدنى ولا بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ما يسمح للمحجور عليه لسفه أو غفلة بمباشرة التجارة. وبالتالى فليس للمحكمة أن تأذن له بذلك.

ولا يجوز قياس حالته على حالة القاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الإذن له من المحكمة بمباشرة التجارة لتنافى حالة السفه والغفلة تنافيا تاما مع ما تقتضيه التجارة من استقامة واعتدال التدبير وحسن النظر إلى الأمور(٢).

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٣٣١ – حسن كيره ص ٥٩٠.

(٢) حسن كيره ص ٥٩٠ – محمد كمال عبد العزيز ص ٣٣١.

مادة (١١٧)

١- إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك.

٢- ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة.

الشرح

المساعدة القضائية:

١٥٤- المانع الطبيعى بالعاهتين أو العجز الجسمانى الشديد :

قد تعترض الإنسان عاهات تلحق جسمه، فلا تمس عقله، ولا تصيب تدبيره ولذلك يبقى كامل الإدراك سليم التدبير، ولكنه يتعذر عليه بسبب عاهاته أن يعبر عن إرادته تعبيرا صحيحا، أو يخشى عليه بسببها من عدم تبين ظروف التصرف الذى يجريه. ولهذا يقرر القانون لمثل هذا الشخص نظام المساعدة القضائية. ومقتضى هذا النظام أن يعين القضاء للشخص الذى نحن بصدده مساعدا يعاونه فى إجراء التصرف وفى تفهم ظروفه، ويكون بمثابة المترجم له وعنه، وذلك وفق شروط سنعرض لها فى البند التالى[1].

---

(١) وحال مناقشة المادة (١٠١٧) بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قال عبده محرم بك تعليقا على هذه المادة إن نظرية المساعدة القضائية نظرية جديدة وهى تقرر للأشخاص ذوى العاهات الجسمانية منعا من وقوعهم فى خطر التصرفات، وقد تضمن قانون المحاكم الحسبية أحكام هذه النظرية وهذه المساعدة ليست نوعا من أنواع الحجر لنقص فى الأهلية بل هى نوع من الحماية لمثل العمى والصم والبكم ولا يفوتنى أن أقرر أن المساعد القضائى تحدد مأموريته فى القرار الذى يصدر من المحكمة الحسبية بإقامته.

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٢٩ وما بعدها).

١٥٥- شروط المساعدة القضائية:

لكى تتقرر المساعدة القضائية للشخص، يجب أن يتوافر الشرطان الآتيان:

١- أن يكون الشخص مصابا بعاهتين اثنتين من عاهات ثلاث هى: الصمم، والبكم، والعمى. فإذا وجدت عاهة واحدة لا يجوز للمحكمة الحكم بالمساعدة القضائية. فلا يكفى للحكم بالمساعدة القضائية أن يكون الشخص أعمى فقط ولو كان مولودا أعمى أو كان أعمى منذ طفولته الأولى بل يجب أن يكون أعمى أصم أو أعمى أبكم. كذلك لا يكفى أن يكون أصم(١).

ويلاحظ أن الصمم إذا كان موجودا منذ الولادة فلا بد أن يكون الشخص أبكم لأن النطق يرجع إلى تقليد الإنسان ما يسمعه فإذا لم يكن الإنسان قد سمع البتة منذ ولادته فإنه لا يستطيع أن يقلد أصوات غيره لذلك كان أبكم ومن ثم كان التلازم بين الصم والبكم(٢).

٢- أن يكون من شأن إصابة الشخص بالعاهتين، أن يتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته.

والمقصود بذلك أن يكون من شأن هذه الإصابة منع الشخص من الإلمام بعناصر الواقع ومنعه أيضا من التعبير عن إرادته الداخلية مما يترتب عليه وجود فاصل أو فجوة بين الإرادة الباطنة وبين الإرادة المعلن عنها(٣).

أما إذا لم يترتب على إصابة الشخص بالعاهتين شيء من ذلك، فلا تفرض المساعدة القضائية. كما لو كان ذو العاهتين قد تلقى تعليما يساعده على التعبير عن إرادته بأى طريقة من طرق التعبير لاسيما أن تقدم العلم قد بلغ الآن فى التعليم المهنى لذوى العاهات درجة كبيرة. يمكن معها استبعاد قرينة أن هؤلاء بسبب، إصابتهم بالعاهتين ليس عندهم من القوى الإدراكية ما يجعلهم قادرين على القيام على أمر أنفسهم(٤).

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٧١ وما بعدها – محمد عبد الوهاب خفاجى ص ٢٦٠.

(٢) الدكتور عبد الحى حجازى ص ١٢٢.

(٣) حسن كيره ص ٥٩٣ – نعمان جمعه ص ٤٦٩.

(٤) عبد الحى حجازى نظرية الحق الطبعة الثانية ١٩٥١-١٩٥٢ ص١٢٢.

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان من شأن العاهتين أن يتعذر على صاحبهما التعبير عن إرادته من عدمه، وذلك دون معقب عليه من محكمة النقض(١).

١٥٦- إضافة حالة العجز الجسمانى الشديد بالمادة (٧٠) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ :

نصت المادة (٧٠) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على حالة إصابة الشخص بعاهتين وتعيين مساعد قضائى له، وشرطى ذلك اللذين تعرضنا لهما فى البند السابق. ثم أضافت حالة أخرى تبرر تعيين المساعد القضائى هى إصابة الشخص بـ"عجز جسمانى شديد".

إذ نصت المادة المذكورة على أنه :

"إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩(٢).

ومن ثم فإنه من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أصبح من الجائز تعيين مساعد قضائى لذى العاهتين – بالتفصيل السابق – ولمن أصابه "عجز جسمانى شديد"، أيضا وذلك إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله. وهو بمعنى الشرط الثانى السابق الذى ذكرته المادة ١/١١٧ مدنى بالنسبة لذى العاهتين وهو **أن يتعذر على الشخص بسبب ذلك التعبير عن إرادته.**

ومثل هذا العجز الجسمانى الشديد، الشلل النصفى والضعف الشديد، وضعف السمع والبصر ضعفا شديدا لايبلغ مبلغ الصمم أو العمى أو ما إلى ذلك(٣).

ويمكن القول أن العجز الجسمانى الشديد لا يرقى إلى حد العاهة وإنما هو أقل منها(٤).

ويعزى إضافة هذه الحالة بالمرسوم بقانون سالف الذكر، إلى أن المساعدة القضائية تفرض لمعاونة أشخاص يملكون سلامة الحكم، ولكن دون أن تتوافر لهم

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٩.

(٢) وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٤) المستشار محمد بعد الوهاب خفاجى ص ٢٦٣.

عناصر الإلمام بالواقع فى التصرفات إلماما يؤهل لإعمال ملكة الحكم إعمالا صحيحا فى شأنها. ولذلك رؤى أن يضاف العجز الجسمانى الشديد حتى تكون سلطة المحكمة فى تقرير المساعدة القضائية مرنة، تتناول جميع الصور التى لايطمأن فيها إلى توافر القدرة على إلمام الشخص بعناصر الواقع فى تصرف من التصرفات بسبب عاهة أو حالة مرضية على الوجه المبين فى النص(١).

١٥٧- التصرفات التى تخضع للمساعدة القضائية :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (١١٧) من التقنين المدنى تترك تعيين التصرفات التى تخضع للمساعدة القضائية للمحكمة. فالفقرة تنص على أن :"جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك".

أما المادة (٧١) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فقد حددت هذه التصرفات بالتصرفات المنصوص عليها فى المادة (٣٩)، وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة. فقد جاء بها أن المساعد القضائى يعاون الشخص"فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩"- **وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ذلك بقولها :**

"... وقد أثر المشروع أن يعين التصرفات التى تتقرر فى شأنها المساعدة بنص واضح ضمانا لاستقرار المعاملات".

والتصرفات التى تقررت المساعدة القضائية بشأنها والواردة فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون هى :

أولا: جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله. وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة.

ثانيا: التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة.

ثالثا: الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة.

رابعا: حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – عبد المنعم البدراوى ص ١٦٦ وما بعدها.

خامسا: استثمار الأموال وتصفيتها.

سادسا: اقتراض المال وإقراضه.

سابعا: إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى.

ثامنا: إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة.

تاسعا: قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

عاشرا: الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ.

حادى عشر: الوفاء الاختيارى بالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر.

ثانى عشر: رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له.

ثالث عشر: التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام.

رابع عشر: التنازل عن التأمينات وإضعافها.

خامس عشر: إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه.

سادس عشر: ما يصرف فى تزويج القاصر.

سابع عشر: تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن نص المادة ١/١١٧ مدنى الذى أطلق التصرفات التى تخضع للمساعدة القضائية، وجعلها خاضعة إلى تقرير القاضى، هو نص عام، يقيده نص المادة (٧٠) من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ باعتباره نصا خاصا، ومن ثم لا يجوز تقرير المساعدة القضائية، إلا بالنسبة للتصرفات الواردة بالمادة ٣٩ من المرسوم بالقانون[١].

بينما ذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن تحديد هذه التصرفات فى المادة٢/٧٠ من المرسوم بقانون لا يقصد به إلا إقامة قرينة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة

---

(١) الدكتور إسماعيل غانم النظرية العامة للحق ص ٢١٥- المستشار مصطفى هرجه ص٢١٤.

تقتضى مصلحة ذى العاهتين أو من به عجز فى تقدير المساعدة فيها بحيث يعفى بذلك من إقامة الدليل فى شأنها على توافر هذه المصلحة. ولذلك ليس ثمة ما يمنع فى غيرها من التصرفات وحيث تتخلف هذه القرينة، من تحمل عبء إقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقدير المساعدة فى مباشرتها كذلك(١).

ويدلل بعض أنصار هذا الرأى على ذلك أن المادة (٣٩) لم تشر إلى التبرعات. والسبب، فى هذا أن هذه المادة وردت أصلا بشأن تحديد التصرفات التى يجب فيها على وصى القاصر استئذان المحكمة، والتبرع محظور على الوصى إطلاقا، ولا يجوز استئذان المحكمة فيه، إلا أن يكون لأداء واجب إنسانى أو عائلى (م٣٨ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢) ومع ذلك فإن التبرعات لا يجوز أن ينفرد بها من تقررت مساعدته قضائيا. فلابد أن يشترك فيها معه المساعد القضائى، وهذا الحكم ظاهر، لأنه لا يعقل أن تتقرر المساعدة فى تصرفات دائرة بين النفع والضرر، ولا تنبسط على التصرفات الضارة ضررا محضا، إذ هى تدخل أيضا فى مضمون التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك المشار إليها فى الفقرة الأولى من المادة ١١٧ مدنى(٢).

١٥٨- تعيين المساعد القضائى :

يعين المساعد القضائى بناء على طلب من الشخص نفسه أو من كل ذى مصلحة، ويعتبر من ذوى المصلحة من يرغب إبرام تصرف مع الشخص.

ويقدم الطلب إلى نيابة شئون الأسرة الجزئية(٣) أو إلى المحكمة إلا إذا رأت نيابة شئون الأسرة الكلية اختصاصها بذلك.

وتقوم المحكمة بفحص هذا الطلب وتقدر مدى حاجة الشخص للمعاونة. فإن اقتنعت المحكمة بذلك قررت تعيين مساعد قضائى لهذا الشخص.

ولا تنتهى المساعدة القضائية إلا بقرار من المحكمة برفعها.

---

(١) حسن كيره ص ٥٩٤ هامش (١) – نعمان جمعه ص ٤٦٨– عبد المنعم البدراوى ص١٦٩ – المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٧٠.

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٦٩ وما بعدها – المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٧٠.

(٣) الكتاب الدورى الصادر من مكتب النائب العام المساعد مدير التفتيش القضائى رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن اختصاصات نيابة شئون الأسرة – منشور بتعليمات النائب العام بشأن تطبيق أحكام قانون إنشاء محاكم الأسرة الصادر بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ ص٢٣.

وإذا قررت المحكمة تعيين مساعد قضائى دون أن تبين فى قرارها التصرفات التى يباشرها المساعد القضائى فإنها بذلك تكون قد أطلقت للمساعد القضائى كافة التصرفات التى يجوز له مباشرتها طبقا للقانون. أما إذا حددت التصرفات التى يباشرها المساعد القضائى فإنه لايجوز له أن يباشر غيرها من التصرفات.

١٥٩- مهمة المساعد القضائى :

بينت المادة (٧١) مهمة المساعد القضائى فقضت بأن يشترك مع من تقررت له المساعدة فى التصرفات المنصوص عليها بالمادة[١].

فليس المساعد القضائى بمثابة نائب قضائى ينفرد بالتصرف قائما فيه مقام الأصيل، وإنما هو معاون يشترك معه فيه.

ولذلك ينظر فى مجال التحقق من سلامة الإدارة إلى شخص الأصيل لا شخص المساعد القضائى[٢].

وقد يرى المساعد القضائى أن الصفقة فى غير مصلحة من تقررت له المساعدة فيمتنع عن الاشتراك فى التصرف. ولذلك واجهت الفقرة الثانية من المادة (٧١) هذه الحالة ونصت على أنه : "وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر إلى المحكمة فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة فى إبرامه وفقا للتوجيهات التى تبينها فى قرارها[٣]. وبديهى أن المحكمة إذا أقرت المساعد على وجهة نظره فى الامتناع عمل بقراره ولم يجز لمن تقررت له المساعدة أن ينفرد بالتصرف وإلا كان قابلا للإبطال[٤].

١٦٠- امتناع المقرر له المساعدة عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر :

قد يوجد من الحالات ما قد يحجم فيه من تقررت له المساعدة عن القيام بتصرف معين، ويرى المساعد القضائى أن هذا الإحجام خطر على مال من تقررت له المساعدة. كما لو تعلق الأمر بطلب تصفية أمواله درءا لخطر هبوط أسعارها أو برفع دعوى يترتب على التراخى فى رفعها سقوط حق وما شابه ذلك[٥]. وقد واجهت ذلك

---

(١) راجع بند (١٥٤).

(٢) المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٧٤.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٩٢.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٥) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

الفقرة الثالثة من المادة (٧١) ونصت على أنه: وإذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر إلى المحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف".

ولا جدال أنه فى خصوصية هذه الحالة يكون المساعد القضائى نائبا قضائيا عن الشخص الذى تقررت له المساعدة.

١٦١- اعتبار المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد (١٠٨، ٢٨٢، ٤٧٩) مدنى :

رؤى أن يعامل المساعد القضائى بمقتضى نص خاص معاملة الوصى، لوجود أوجه الشبه بين مهمتهما من حيث الواقع، رغم اختلافهما من حيث التكييف القانونى.

فتنص المادة (٧٢) على أن :"يسرى على المساعد القضائى حكم المادة (٥٠) من هذا القانون".

والمادة الأخيرة تنص على أن :"على الوصى خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال".

وتنص المادة ٧٣ على أن :"يعتبر المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد ١٠٨، ٢٨٢، ٤٧٩ من القانون المدنى".

والمادة ١٠٨- كما رأينا- هى الخاصة بمنع تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه، والمادتان ٢٨٢، ٤٧٩ خاصتان بعدم سريان التقادم بين الأصيل والنائب فيما يكون النائب مدينا به للأصيل أو العكس. فالمساعد القضائى وإن لم يكن نائبا عمن تقررت مساعدته قضائيا، إلا أن الاعتبارات التى تبرر هذا المنع تتوافر هنا يقدر توافرها بالنسبة إلى النائبين عن عديمى الأهلية بوجه عام[١].

١٦٢- حكم تصرف من تقررت له المساعدة القضائية بغير معاونة المساعد :

تنص الفقرة الثانية من المادة (١١٧) على أنه :"ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها، متى صدر من الشخص الذى

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – عبد المنعم البدراوى ص١٧١.

تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة".

وعلى ذلك يتعين التفرقة فى بيان حكم التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة دون اشتراك المساعد القضائى بين حالتين:

١٦٣- الحالة الأولى: التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة قبل تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى:

التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة قبل تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى أو قبل تسجيل طلب تعيينه – فى ظل أحكام الكتاب الرابع المضاف إلى قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، أو بعدقيد طلب تعيين المساعد القضائى فى السجل الخاص بذلك فى النيابة فى ظل العمل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والقرار الوزارى رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠[١] تظل صحيحة فى حدود القواعد العامة. والسبب فى ذلك أن ذا العاهتين أو العجز الجسمانى الشديد لا يعتبر ناقص الأهلية إلا بعد أن يحكم بالمساعدة القضائية ويتم التسجيل أو القيد على النحو الذى أشرنا إليه.

أما إذا ثبت أن الشخص المذكور قد وقع مثلا فى غلط، فإن القواعد العامة تطبق فى هذه الحالة ويحوز له أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط على نحو ما تقتضيه القواعد القانونية العامة.

١٦٤- الحالة الثانية: التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى:

التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة، بعد تسجيل قرار المساعدة أو طلب المساعدة، أو قيد طلب المساعدة فى السجل الخاص بذلك بالنيابة حسب الأحوال، تقع قابلة للإبطال لصالحه وحده، دون المتعامل معه، لأن الشخص الذى تقررت مساعدته يكون قد انقلب ناقص الأهلية، ولكن نقص أهليته يكون عندئذ قانونيا لا طبيعيا.

---

(١) راجع شرح المادة ١١٤.

والتصرف وإن كان قابلا للإبطال لمصلحة من تقررت له المساعدة، فإنه يكون للمساعد القضائى إما المطالبة بالإبطال أو إجازة التصرف، كما أن لمن تقررت مساعدته حق المطالبة بالإبطال بعد انتهاء المساعدة القضائية المفروضة عليه(١).

ولما كان البطلان مقررا لمصلحة من تقررت له المساعدة، ومن ثم يكون نسبيا، ولا يخضع فى تقادمه للمادة ١٤٠ من التقنين المدنى لانحصارها فى نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه، وبالتالى يخضع للفقرة الثانية من المادة ٢٤١ من ذات القانون، فتسقط دعوى الإبطال بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد.

أما إذا كان التصرف صادرا قبل تسجيل قرار المساعدة بالتفصيل السابق – وتوافر البطلان لغلط أو تدليس أو إكراه، سقطت دعوى البطلان بمضى ثلاث سنوات من الوقت الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس، أو من وقت انقطاع الإكراه، وإلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد عملا بالمادة ١٤٠ من التقنين المدنى(٢).

١٦٥- كيفية التسجيل :

راجع شرح المادة ١١٤.

١٦٦- أحكام تعيين المساعد القضائى وعزله :

يسرى بالنسبة لتعيين المساعد القضائى وعزله، الأحكام المتبعة بالنسبة لتعيين القيم وعزله وأحكام القوامة الأخرى. كما تسرى عليه أحكام الجزاءات المنصوص عليها فى المواد ٨٤ وما بعدها من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.



(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٢٩١ وما بعدها- عبد المنعم البدراوى ص١٧١ وما بعدها- المستشار محمد كمال حمدى ص ٣٧٢.

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٩٩.

مـادة (١١٨)

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام، تكون صـحيحة فـى الحدود التى رسمها القانون.

الشـرح

١٦٧- تصرفات الأولياء والأوصياء والقوام :

تنص المادة على أن التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام، تكـون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون.

والقانون الذى تحيل إليه المادة هو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال.

ولما كانت الدراسة التفصيلية لهذا المرسوم بقانون مجالها مؤلفات قانون الأحـوال الشخصية للولاية على المال. فإننا هنا نكتفى بنشر المرسوم بقانون المذكور فى نهاية شرح المادة، كما نورد فيما يلى قضاء محكمة النقض الصادر فى تصرفات الأوليـاء الأوصياء والقامة.

١٦٨- قضاء محكمة النقض فى التصرفات الصادرة من الأولياء :

١- "إن اتجار الأب بصفته وليا على ابنه ليس بذاته فى حكم القـانون موجبـا لمسئولية الأب فى جميع ماله ولا لإشهار إفلاسه هو شخصيا متى كانت صفة الولاية على ابنه معروفة للمتعاملين بإشهار عقد الشركة. ولكنه يكون موجبا لذلك إذا ثبت أن الولى كان مستترا تحت صفة الولاية عاملا لحساب نفسه. ومن ثم يكون متعينا علـى المحكمة إذا ما هى قضت بإفلاس الأب أن تبين العناصر الواقعية التى تصلح أساسـا لقضائها بذلك وإلا كان حكمها باطلا".

(طعن رقم ١١٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٣/٤)

٢- "نيابة الولى عن القاصر نيابة قانونية، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته أما إذا جاوز الولى هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلـى القاصـر ولايجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليه بسببها".

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٣- "إذا كان الواقع فى الدعوى أن العقد استوفى ظاهريا الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمن، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية إلى نفسه بصفته وليا شرعيا على أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قصرا وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدنى تجيز للولى الشرعى أن ينوب عن الوهوب له فى قبول الهبة ولو كان هو الواهب، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه، فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة فى صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة".

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٤)

٤- "تصرف الأب بالبيع المنجز فى عقار يملكه إلى ابنه القاصر يعتبر تصرفا صحيحا نافذا سواء كان فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع، وبتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع إلى القاصر، ولا يترتب على ثبوت صورية الثمن سوى إعفاء الأب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته وليا شرعيا على ابنه القاصر وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال".

(طعن رقم ١٥٨٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٩)

٥- "المرسوم بقانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال فى الفصل الأول منه الخاص بالولاية خص الأب وحده دون الجد بالاستثناء المنصوص عليه فى المادة ١٣ منه والتى تنص على أنه لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال، ولو أراد المشرع مد هذا الحكم على الجد لنص على ذلك صراحة كما نص عليه للأب ولما خص الجد بما نص عليه فى المادة ١٥ منه على أنه لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها فجاء نصه فى ذلك صريحا وواضحا وشاملا مال القاصر كله دون استثناء مما لا محل معه لقياس حالة الجد على حالة الأب ولا موجب للرجوع إلى أحكام تناقض أحكام القانون وتتعارض معها".

(طعن رقم ١١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢)

٦- "يدل النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن الصبى المميز ليست له فى الأصل أهلية التصرف

فى أمواله، فلا يملك الصلح على الحقوق. إلا أنه يجوز لوليه إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوقه، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه".

(طعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٧)

٧- (أ)- "النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه "لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة، يدل على أنه يجوز للولى إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوق القاصر، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه وأن له دون إذن قبض المستحق للقاصر".

(ب)- "يجب على المحكمة الاستئنافية أن تبين مقدار التعويض النهائى وما قبضه الولى الطبيعى، ومقدار الباقى منه ليتبين لها إن كان الولى الطبيعى التنازل عنه دون إذن المحكمة المختصة من عدمه".

(ج)- "لما كان الحكم المطعون فيه قد قدر التعويض عن الضرر الأدبى الذى لحق القصر بمبلغ خمسمائة جنيه لكل منهم وهو ذات ما قضى به الحكم الابتدائى لهم، ومن ثم فإن التخالص والتنازل المؤرخ ١٩٨٩/٦/٢٧ لم يتضمن تنازل المطعون ضده الأول بصفته وليا على القصر عن شىء من حقهم فى التعويض المستحق بل اقتصر – فى حقيقته – على قبض المستحق لهم فيه فلا يتطلب الحصول على إذن المحكمة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأطرح ذلك الإيصال ولم يقض فى موضوع الاستئناف وفقا لما تضمنه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٦٦٧٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٢)

٨- (أ)- " إن النص فى المادة ١/٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن"لا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر أو فى محله التجارى، أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة"والنص فى المادة ١٣ منه على أن"لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا

القانون على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه، صريحا كان التبرع أو مستترا، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال – يدل على أن المشرع استهدف حماية مال الصغير ووضع قيود على سلطة الولى الأب فى التصرف فى هذا المال ومن بينها وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية قبل التصرف فيما تزيد قيمته على ثلاثمائة جنيه منه، وإلا كان تصرفه غير نافذ فى حق الصغير، ولم يستثن المشرع من ذلك إلا ما يكون الأب قد تبرع به من مال لصغيرة حيث يكون له التصرف فيه بجميع التصرفات القانونية دون قيد على سلطته فى هذا الخصوص".

(ب)– " لما كان ما يقر به الأب من أنه تبرع بالمال المتصرف منه للقاصر المشمول بولايته هو دليل لصالحه من شأنه أن يطلق يده فى التصرف فى ذلك المال، فإن للقاصر بعد بلوغه سن الرشد ولوصى الخصومة منه قبل بلوغ هذه السن أن يثبت بطرق الإثبات كافة عدم صحة هذا البيان، ولو كان قد أدرج فى عقد مسجل، وذلك لأن إدراجه فى العقد يتم بناء على ما يدلى به الأب، وليس نتيجة تحريات تجريها جهات الشهر".

(ج)– "المقرر أنه إذا أقر الولى الشرعى فى العقد بأن والدة القصر المشمولين بولايته هى التى تبرعت لهم بثمن البيع، فهذا دليل لصالح القصر فى إثبات هذه الواقعة القانونية لا يجوز للأب مع قيامه العدول عن إقراره أو التنصل منه أو الرجوع فيه بمحض إرادته، ولكن يجوز له أن يثبت أن إقراره شابه خطأ مادى بحت لدى التعبير عن إرادته – فيطلب تصحيح هذا الخطأ – أو أن هذه الإرادة داخلها عيب من عيوب الإرادة فى الحدود التى تسمح بها القواعد العامة فى الإثبات باعتبار أن الإقرار تصرف قانونى من جانب واحد يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية فيكون ذلك إظهارا لإقرار ثبت بطلانه – ومن ثم يجوز له التنصل منه".

(طعن رقم ٣١٠١ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٦/٥)

١٦٩- قضاء محكمة النقض فى التصرفات الصادرة من الأوصياء:

١– (أ)– "للوصى حق رفع الدعاوى والطعن فى الأحكام التى تصدر لغير مصلحة من يقوم على ماله بطرق الطعن العادية وغير العادية. أما ما ورد فى الفقرتين ١٢، ١٣ من المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال من

وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية فهو ليس بشرط لقبول الدعوى أو الطعن وإنما قصد به إلى رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به".

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٥)

(ب)- "تسرى القاعدة السابقة على الوصى بالخصومة إذا أطلق قرار تنصيبه ولم يحدد له مرحلة معينة للتقاضى".

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٥)

٢- "إن الوصى فى قيامه على إدارة أموال القاصر مطالب أن يرعى هذه الأموال وأن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور فى إدارة أموال موكله وفقا لما تقضى به المادة ٣٦ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على الغير. أما ما ورد فى الفقرتين ١٢، ١٣ من المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى ضد الغير فإنما قصد به رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به".

(طعن رقم ٤١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٨)

٣- "الوصاية نوع من أنواع النيابة القانونية، تحل بها إرادة الوصى محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانونى، إلى ذلك الأخير، ولئن كانت المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال قد تضمنت بيانا بالتصرفات التى لا يجوز أن يباشرها الوصى إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية، ومن بينها التحكيم الذى أنزلته الفقرة الثالثة منها منزلة أعمال التصرف اعتبارا بأنه ينطوى على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين، إلا أن استصدار هذا الإذن فى الحالات التى يوجب فيها القانون ذلك ليس بشرط للتعاقد أو التصرف، وإنما قصد به - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلى رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة ارتأى الشارع لخطورتها ألا يستقل الوصى بالرأى فيها، فنصب من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال رقيبا عليه فى صددها. وهو بهذه المثابة يعد إجراء شرع لمصلحة القصر دون غيرهم.

وإذ كان الأمر فى الدعوى الماثلة أن مشارطة التحكيم أبرمت بين الطاعن والمطعون عليها عن نفسها ونيابة عن أولادها القصر بعد أن رفضت محكمة الأحوال الشخصية الإذن لها بذلك كما رفضت التصديق على حكم المحكمين عقب صدوره، فإنه لا يكون للطاعن الحق فى التمسك ببطلان حكم المحكمين ويكون ذلك الحق مقصورا على المحتكمين من ناقصى الأهلية الذين صدر حكم المحكمين حال قصرهم، وذلك بعد بلوغهم سن الرشد).

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧١/٢/١٦)

٤- "ما ورد فى الفقرتين ١٢، ١٣ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا ما أريد رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية إنما قصد- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم ومن ثم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به".

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٤/٩)

٥- "لما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ بأحكام الولاية على المال. قد حظر على الموصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن من المحكمة من بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق فإنه ينبنى على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالى – فى إبرامه لهذا التصرف – صفة النيابة فلا تنصرف آثاره إلى القاصر".

(طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)

٦- "لما كان مفاد نص المادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة ومن بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء، حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته القانونية عن القاصر، ويكون هذا التصرف باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة القاصر

لتعلقه فى هذه الحالة بأهلية ناقصة أوجب القانون إذن المحكمة لتكملتها فإذا صدر الإذن اكتملت للعقد شروط صحته وارتد الإذن إلى تاريخ إبرام العقد، فإذا تضمن الإذن شروط معينة ونفذ بعضها دون البعض فليس مؤدى ذلك تعليق نفاذ العقد طالما أن ما لم ينفذ من الشروط كان الغرض منها حفظ حق القاصر قبل المشترى والوصى ولم يكن الغرض منها البيع على شرط واقف".

(طعن رقم ٢١٤٣ لسنة ٥٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٦/١٢/١٠)

٧- "مفاد نص المادة ١/٤٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال والمادة ٩٧٠ من قانون المرافعات أنه إذا بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة تنتهى مهمة الوصى وتنتفى ولاية المحكمة التى تتولى رعاية شئونه اعتبارا بأن الولاية مشروطة بقيام موجبها فإذا انعدام الموجب زالت الولاية، وكان النص فى المادة ١٠٧ من القانون المدنى على أن"إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه"مفاده أن يتوافر لدى طرفى التعاقد الجهل بانقضاء الولاية وقت العقد ولئن كان التحقق من ذلك يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بغير رقابة محكمة النقض إلا أن شرط ذلك أن يكون بيانها سائغا ومؤديا إلى النتيجة إلى انتهت إليها ونيابة الموصى عن القاصر هى نيابة موقوتة بأجل حدده القانون بحيث يكون معلوما للوصى وللمحكمة التى ترعى شئون القاصر والجهل الذى يعتد به هو الذى يقوم على مبرر قوامه عدم إمكان العلم بانتهاء الولاية وهو أمر يتجافى مع قيام الوصى والمحكمة برعاية شئون القاصر فإن الحكم المطعون فيه إذ استدل على توافر جهل الوصية بانتهاء ولايتها بمجرد القول بأنها والدة لهم وأنها لو كانت تعلم بانتهاء الولاية لما تقدمت بطلب الإذن إلى المحكمة المختصة ببيع نصيب القاصر يكون الحكم قد عابه الفساد فى الاستدلال".

(طعن رقم ١١٨٥ لسنة ٥٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٩/١/٢٥)

٨- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادتين ١٨، ٤٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أنه متى بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة دون يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية عليه أصبح رشيدا أو تثبت له الأهلية كاملة بحكم القانون وأن المناط فى اعتبار الوصى نائبا اتفاقيا هو أن يكون القاصر قد مثل الدعوى تمثيلا صحيحا وقت رفعها ابتداء فى شخص

الوصى عليه ثم بلوغه سن الرشد بعد ذلك أثناء سير الدعوى واستمرار مباشرة الوصى لها دون تنبيه ببلوغ القاصر سن الرشد".

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢)

٩- (أ)- "نيابة الوصى عن القاصر هى نيابة قانونية ينبغى أن يباشرها – وفقا لما تقضى به المادة ١١٨ من القانون المدنى- فى الحدود التى رسمها القانون، ولما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة، من بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التعبية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق، فإنه ينبنى على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن من المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالى فى إبرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تنصرف آثاره إلى القاصر، ويكون له بعد بلوغه سن الرشد التمسك ببطلانه".

(ب)- "لئن كان قانون المرافعات لا يوجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة ولا يرتب البطلان جزاء عدم اتباعه كما وأن قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ لم يشر إلى اتباع إجراء بيع عقار القاصر بالمزايدة الوارد فى المواد من ٤٥٩ وحتى ٤٦٣ من قانون المرافعات، إلا أنه متى اشترطت محكمة الولاية على المال عند الإذن ببيع مال القاصر أن يتم عن طريق المزايدة تعين اتباعه وفقا لتلك الإجراءات، وإلا عد التصرف الذى باشره الوصى على خلافه متجاوزا حدود نيابته فلا ينصرف أثره إلى القاصر".

(طعن رقم ١١٦٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٤/٤)

١٠- "لا يجوز للوصى – طبقا لنص المادة ١٣/٣٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – مباشرة التصرفات التى من شأنها التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام، ويترتب على هذا الحظر بطلان التصرفات المذكورة بطلانا نسبيا مقررا لمصلحة القاصر فيمتنع الاحتجاج بها عليه أو نفاذها فى حقه ولو تجردت من أى ضرر أو غبن للقاصر".

(طعن رقم ١٠٧٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/١/٥)

١١- (أ)- "مفاد النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أنه لا يجوز للوصى إلا بإذن المحكمة إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى وكذا لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة".

(ب)- "لما كان الثابت من الأوراق أن الوصية على المطعون ضدها قد أجرت الأرض محل النزاع إلى الطاعن بموجب العقد المؤرخ ١٩٦٣/١٢/١ لمدة سنة واحدة تنتهى فى ديسمبر سنة ١٩٦٤ وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى بما لازمه أن هذا العقد قد نشأ صحيحا ومنتجا لآثاره خلال هذه المدة طبقا للقواعد العامة التى تحكم شروط انعقاد عقد الإيجار. وإذ ورد هذا العقد على أرض زراعية تخضع لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فإنه يمتد طبقا للمادة ٣٣ مكرر (ز) منه إلى أجل غير مسمى بعد انقضاء المدة المتفق عليها فيه لأن امتداد العقد فى هذه الحالة ليس مرده الاتفاق ولكن مصدره قانون الإصلاح الزراعى المتعلقة أحكامه بالنظام العام فلا يملك القاصر أن يطلب عدم نفاذ هذا العقد بعد انتهاء مدته الاتفاقية أو بطلانه بعد مرور سنة من بلوغه سن الرشد. ولا تملك المحكمة إبطاله من تلقاء نفسها".

(طعن رقم ٣٣٤٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٨)

١٢- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن نيابة الموصى عن القاصر هى نيابة قانونية ينبغى أن يباشرها – وفقا لما تقضى به المادة ١١٨ من القانون المدنى – فى الحدود التى رسمها القانون، ولما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة، ومن بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق، فإنه ينبنى على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالى فى إبرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تنصرف آثاره إلى القاصر. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهم من الثانى حتى الحادية عشر قدموا أمام محكمة الاستئناف إقرارا مؤرخا ١٩٦٩/١٠/٢٥ ثابت به أن الطاعنة الأخيرة والدة باقى الطاعنين بصفتها وصية عليهم قد استلمت ثمن بيع حصتهم فى العقار موضوع النزاع والذى تحرر عنه عقد

بيع بذات التاريخ، وقد تمسك الطاعنون عدا الأخيرة بمذكرة دفاعهم المقدمة أمام ذات المحكمة بجلسة ١٩٩٣/٣/٢١ ببطلان هذا الإقرار بالنسبة لهم لكونهم كانوا قصرا وقت انعقاد البيع واستلام الثمن بموجب هذا الإقرار ولم يصدر للوصية التى أبرمت العقد نيابة عنهم إذن من المحكمة بإبرام التصرف بالبيع. وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه أغفل إيراد هذا الدفاع الجوهرى ولم يعن بالرد عليه وقضى بإلغاء حكم أول درجة وبرفض الدعوى استنادا لهذا الإقرار فإنه يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه لهذا السبب على أن يكون مع النقض الإحالة دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعنين".

(طعون أرقام ١١٢٠٦، ٩٦٧٠، ١١١٢٨ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠٠٨/٢/١٩)

١٧٠- قضاء محكمة النقض الصادر فى تصرفات القامة :

"المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون فى شأن القوامة تجيز للقيم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة".

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق"أحوال شخصية"جلسة ١٩٧٦/٢/٣)[١]

---

(١) **كما قضت محكمة النقض بأن :**

"مفاد المادة ١٠٢٥ من قانون المرافعات المضافة بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١، على ما يبين من عبارته ومن المذكرة الإيضاحية للقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الشارع قصد الحد من جواز الطعن بالنقض فى مسائل الولاية على المال فلا يتناول إلا القرارات التى تصدر فى المسائل الواردة بذاتها فى هذه المادة دون المسائل الأخرى، ولما كانت مواد الحجر المشار إليها فى ذلك النص إنما تقتصر على المسائل اللصيقة بالحجر فى حد ذاته من قبيل القرارات الصادرة بتوقيع الحجر أو رفعه وكذلك القرارات الخاصة بتعيين القيم أو عزله، لما كان ذلك وكانت القرارات الصادرة من المحكمة بالإذن للقيم على المحجور عليه بمباشرة التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله طبقا للمادتين ٧٨، ١/٣٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال لا تتعلق بالحجر فى صحيحه وبعارض الأهلية فى جوهره وإنما تتعلق بواجبات القيم فى إدارة أموال المحجور عليه، يؤيد هذا النظر أن المادة ٧٨ المشار إليها قصدت=

مرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢
بأحكام الولاية على المال[1]

مجلس الوزراء:

بعد الاطلاع على المادتين (٤١، ٥٥) من الدستور، وعلى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون المحاكم الحسبية، وعلى القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، وبناء على ما عرضه وزير العدل،

= أن تطبق على القوامة القواعد المتعلقة بواجبات الأوصياء وحقوقهم. لما كان ما تقدم وكان القرار المطعون فيه قد صدر فى مادة التصريح للقيم بالتصرف فى عقار مملوك للمحجور عليه، وكانت هذه المادة ليست من المسائل الواردة فى المادة ١٠٢٥ آنفة الذكر فإن الطعن عليه بطريق النقض يكون غير جائز".

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١١/٢)

ويراعى أن المادة ١٤ من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة نصت على إلغاء طريق الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية (ولاية على النفس وولاية على المال) مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) مرافعات إذ جرت على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض". والمادة (٢٥٠) المشار إليها هى التى تخول النائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية أيا كانت المحكمة التى أصدرتها.

فهى تجرى على أن :

"للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية – أيا كانت المحكمة التى أصدرتها– إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله وذلك فى الأحوال الآتية:

(١) الأحكام التى لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.

(٢) الأحكام التى فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتنظر المحكمة الطعن فى غرفة المشورة بغير دعوى الخصوم. ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن".

(٣) صدر بديوان الرياسة فى ٨ ذى القعدة سنة ١٣٧١هـ (٣٠ يونيه لسنة ١٩٥٢م).

رسمنا بما هو آت

مادة (١) :

يعمل فى مسائل الولاية على المال بالنصوص المرافقة لهذا القانون فيما عدا أحكام المادة ١٦ بالنسبة للأموال التى آلت للقاصر قبل العمل بهذا القانون.

مادة (٢) :

يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون.

مادة (٣) :

على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية.

الباب الأول

فى القصر

الفصل الأول

فى الولاية

مادة (١) : للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة.

مادة (٢) : لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو.

مادة (٣) : لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك.

مادة (٤) : يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون.

مادة (٥) : لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة.

مادة (٦) : لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه.

مادة (٧) : لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة.

ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة.

مادة (٨) : إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه فى المال المورث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها.

مادة (٩) : لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة.

مادة (١٠) : لا يجوز للولى بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة.

مادة (١١) : لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإذن.

مادة (١٢) : لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينه إلا بإذن المحكمة.

مادة (١٣) : لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال.

مادة (١٤) : للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك.

مادة (١٥) : لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها.

مادة (١٦) : على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير.

ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضا لمال القاصر للخطر.

مادة (١٧) : للولى أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته.

مادة (١٨) : تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه.

مادة (١٩) : إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر.

مادة (٢٠) : إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها.

مادة (٢١) : تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة.

مادة (٢٢) : يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال.

مادة (٢٣) : إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها.

ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض.

مادة (٢٤) : لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم أما الجد فيسأل مسئولية الوصى.

مادة (٢٥) : على الولى أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند بلوغه ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف.

ولا يحاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة.

مادة (٢٦) : تسرى على الجد الأحكام المقررة فى هذا القانون فى شأن الحساب.

الفصل الثانى

فى الوصاية

أولا : فى تعيين الأوصياء

مادة (٢٧) : يجب أن يكون الوصى عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة. **ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصيا:**

١) المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط.

٢) من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته.

٣) من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش.

٤) المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره.

٥) من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.

٦) من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدقا على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.

٧) من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر.

ويجب على كل حال أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه.

مادة (٢٨) : يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضا للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة (٣).

ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.

ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما.

وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها

مادة (٢٩) : إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره.

مادة (٣٠) : يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر.

وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع

مادة (٣١) : تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته وذلك فى الأحوال الآتية:

أ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.

ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع ما يملكه الوصى.

ج) إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى البند (ب).

د) إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال.

هـ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

و) إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية.

مادة (٣٢) : تقيم المحكمة وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر وكذلك إذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته.

مادة (٣٣) : يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال.

مادة (٣٤) : تسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم.

مادة (٣٥) : تنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت بها تعيينه.

ثانيا : فى واجبات الأوصياء

مادة (٣٦) : يتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدنى.

مادة (٣٧) : للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر.

مادة (٣٨) : لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة.

مادة (٣٩) : لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة:

أولا: جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقلة أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة.

ثانيا: التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة.

ثالثا: الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة.

رابعا: حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة.

خامسا : استثمار الأموال وتصفيتها.

سادسا : اقتراض المال وإقراضه.

سابعا : إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى.

ثامنا : إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة.

تاسعا : قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

عاشرا : الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها وبحكم واجب النفاذ.

حادى عشر: الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر.

ثانى عشر : رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له.

ثالث عشر: التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام.

رابع عشر : التنازل عن التأمينات وإضعافها.

خامس عشر: إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه.

سادس عشر: ما يصرف فى تزويج القاصر.

سابع عشر : تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة.

مادة (٤٠) : على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية.

وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص.

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعوا الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك.

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم.

ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص.

مادة (٤١): إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما.

مادة (٤٢): يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخر ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة.

مادة (٤٣): على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه.

ولا يجوز أن يسحب شيئا من المال المودع إلا بإذن من المحكمة.

مادة (٤٤): على الوصى أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشير به المحكمة ما ترى لزوما لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها.

وليس له أن يسحب شيئا منها بغير إذن المحكمة.

مادة (٤٥): على الوصى أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة.

ويعفى الوصى عن تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك.

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته.

مادة (٤٦) : تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجرا أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين.

ثالثا : فى انتهاء الوصاية

مادة (٤٧) : تنتهى مهمة الوصى:

١) ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه.
٢) بعودة الولاية للولى.
٣) بعزله أو قبول استقالته.
٤) بفقد أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر.

مادة (٤٨) : إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه.

مادة (٤٩) : يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية:

١) إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة (٢٧) ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه.
٢) إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر.

مادة (٥٠) : على الوصى خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولى أو الوصى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال.

مادة (٥١) : إذا مات الوصى أو حجر عليه أو اعتبر غائبا التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال تسلم أموال القاصر وتقديم الحساب.

مادة (٥٢) : يكون قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة (٤٥).

مادة (٥٣) : ١) كل دعوى للقاصر على وصيه أو للمحجور عليه على قيمه تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد أو رفع الحجر أو موت القاصر أو المحجور عليه.

٢) ومع ذلك فإن انتهت الوصاية أو القوامة بالعزل أو بالاستقالة أو الموت فلا تبدأ مدة التقادم المذكورة إلا من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية أو القوامة.

مادة (٥٤) : للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة (١٠٢٧) من قانون المرافعات.

مادة (٥٥) : يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض.

مادة (٥٦) : للقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأرض الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الموصى فيما يملكه من ذلك.

ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا.

مادة (٥٧) : لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا.

مادة (٥٨) : على المأذون له فى الإدارة أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شئ منه إلا بإذن منها.

مادة (٥٩) : إذا قصر المأذون له فى الإدارة فى تنفيذ ما قضت به المحكمة السابقة أو أساء التصرف فى إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله.

مادة (٦٠): إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لا حق.

مادة (٦١): للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط.

مادة (٦٢): للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى الشأن إنهاء هذا العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة.

مادة (٦٣): يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشر أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته.

ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية.

مادة (٦٤): يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فيه.

الباب الثانى

فى الحجر والمساعدة القضائية والغيبة

الفصل الأول

فى الحجر

مادة (٦٥): يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى هذا القانون.

مادة (٦٦) : النفقات اللازمة للعناية بالمحجور عليه مقدمة على ما عداها.

مادة (٦٧) : يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون.

مادة (٦٨) : تكون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة.

مادة (٦٩) : يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقا للمادة (٢٧) ومع ذلك لا يحول قيام أحد السببين المنصوص عليهما فى البندين (١، ٤) من المادة المذكورة دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك.

الفصل الثانى
فى المساعدة القضائية

مادة (٧٠) : إذا كان لشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة (٣٩).

ويجوز لها ذلك أيضا إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد.

مادة (٧١) : يشترك المساعد القضائى فى التصرفات المشار إليها فى المادة السابقة وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته فى إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة فى إبرامه وفقا للتوجيهات التى تبينها فى قرارها.

وإذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر إلى المحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف.

مادة (٧٢) : يسرى على المساعد القضائى حكم المادة (٥٠) من هذا القانون.

مادة (٧٣) : يعتبر المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد (١٠٨، ٣٨٢، ٤٧٩) من القانون المدنى.

الفصل الثالث

فى الغيبة

مادة (٧٤) : تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتية:

متى كان قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه.

أولا : إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته.

ثانيا : إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية[1]. واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها.

مادة (٧٥) : إذا ترك الغائب وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره.

مادة (٧٦) : تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة محكمة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتا.

الباب الثالث

أحكام عامة

الفصل الأول

أحكام مشتركة فى الوصاية والقوامة والغيبة

مادة (٧٧) : تحسب المدد المنصوص عليها فى هذا القانون بالتقويم الميلادي.

---

(١) خارج جمهورية مصر العربية الآن.

مادة (٧٨): يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء.

مادة (٧٩): يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصر من أحكام.

الفصل الثانى

فى المشرف

مادة (٨٠): يجوز تعيين مشرف مع الوصى ولو كان مختارا وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب.

مادة (٨١): يراقب المشرف النائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب فى إدارته وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليهما.

وعلى النائب أو الوكيل إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال.

ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب إلى المحكمة إقامة نائب أو وكيل جديد وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر.

مادة (٨٢): يسرى على المشرف فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسئوليته عن تقصيره ما يسرى من أحكام على النائب أو الوكيل على حسب الأحوال.

مادة (٨٣): تقرر المحكمة إنتهاء الإشراف إذا رأت زوال داعية.

الفصل الثالث

فـــى الجـــزاءات

مادة (٨٤) : إذا قصر الوصى فى الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون أو أوقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات.

ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزءا منها.

ويجوز إعفاء الوصى من الجزاء المالى كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم أعذارا تقبلها المحكمة.

مادة (٨٥) : إذا نفذ على ممتلكات النائب المحكوم عليه بالغرامة ثم صدر حكم بإقالته منها فلا حق له إلا فى استرداد ما حصل من التنفيذ.

أما إذا رسا المزاد على قلم الكتاب فلا يكون للمحكوم عليه إلا استرداد العين بعد دفع مصروفات التنفيذ ما لم يكن هناك مانع فإذا وجد فلا يكون له إلا استرداد الثمن الذى رسا به المزاد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصروفات.

مادة (٨٦) : إذا أخل النائب بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسئولا عما يلحق القاصر من ضرر بسبب ذلك وعلى كل حال يسأل مسئولية الوكيل بأجر.

مادة (٨٧) : تسرى أحكام المواد السابقة على القيم والمساعد القضائى والوكيل عن الغائب والوصى الخاص والوصى المؤقت.

مادة (٨٨) : يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل انتهت نيابته إذا كان بقصد الإساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو أوراقه لمن حل محله فى الوصية أو القوامة أو الوكالة وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشد.



مادة (١١٩)

يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته.

الشرح

١٧١- حق ناقص الأهلية فى إبطال العقد :

ناقص الأهلية، يشمل الصبى الذى بلغ السابعة ولم يبلغ سن الرشد، والسفيه وذا الغفلة فإذا أبرم أحد هؤلاء تصرفا بنفسه، فإن التصرف يكون قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ويجوز له طلب إبطال العقد.

١٧٢- لا يشترط لإبطال العقد حصول غبن لناقص الأهلية :

مجرد نقص الأهلية كاف لإبطال العقد ولو لم يلحق بالقاصر ثمة غبن. أو ثمة ضرر آخر[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "نص المادة ١٣١ من القانون المدنى – القديم- صريح فى أن"مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها ضرر فمجرد قصر البائع كاف لقبول دعوى إبطال البيع حتى لو تجرد التصرف من أى غبن ومهما كان شأن إفادة البائع مما قبض من ثمن، إذ لكل من الحالين حكم خاص لا يمس دعوى الإبطال ولا يؤثر عليها".

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/١)

٢- "ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقدار إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد. وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها".

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣/١٢)

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٤٨.

١٧٣- لا ينال من طلب الإبطال تظاهر القاصر بكمال أهليته :

لا ينال حق ناقص الأهلية فى طلب إبطال العقد أن يكون قد تظاهر بكمال أهليته وكذب على المتعاقد معه بأن قرر له أنه كامل الأهلية.

إذ من واجب كل عاقد أن يتثبت من أهلية من يتعاقد معه ثم إن حماية القاصر تصبح حماية وهمية إذا جعل من مجرد التصريح ببلوغ سن الرشد حائلا دون مباشرة دعوى البطلان.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يجوز للقاصر أن يتمسك ببطلان التعاقد الذى يكون طرفا فيه، ولو صرح أنه قد بلغ سن الرشد. فليس يحول مجرد التصريح بذلك دون مباشرة دعوى البطلان، مادام لم يقترن بطرق احتيالية. إذ أن من واجب كل عاقد أن يتثبت من أهلية من يتعاقد معه ثم إن حماية القاصر تصبح حماية وهمية إذا جعل من مجرد التصريح ببلوغ سن الرشد حائلا دون مباشرة دعوى البطلان"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويض عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التى تعاقد معه عليها ودفع له جزءا من ثمنها، مدعيا أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية فى حين أنه كان محجورا عليه، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروفها ووقائعها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشترى بأنه كامل الأهلية وهذا لا يعدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفه شخصيا، فلا شأن لمحكمة النقض معها فى ذلك مادامت الوقائع الثابتة فى الدعوى مؤدية عقلا إليه".

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

١٧٤- استعمال ناقص الأهلية طرقا احتيالية :

لا ينال أيضا من حق القاصر فى إبطال العقد أن يكون قد استعمل طرقا احتيالية لإيهام المتعاقد معه أنه كامل الأهلية، كأن يكون قد وضع شاربا مستعارا ليفهمه أنه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٣٣.

أكثر سنا عما هو عليه، أو يكون قد قدم له شهادة ميلاد مزورة. ذلك وإن كان يعتبر غشا أو تدليسا ينهض بمسئولية ناقص الأهلية التقصيرية التى يكفى لتحققها بلوغ سن التمييز أو اعتبار ناقص الأهلية مميزا كالسفيه وذى الغفلة، وترتب له الحق فى التعويض عما أصاب المتعاقد معه من ضرر من جراء ذلك. إلا أنه لا يصح فى هذه الحالة أن يكون التعويض العينى المتمثل فى عدم إبطال العقد هو التعويض الذى يجوز القضاء به بدلا من التعويض النقدى، لصراحة نص المادة ١١٩ التى توجب القضاء بالبطلان حتما فينحل العقد، فإذا كان هناك تدليس من ناقص الأهلية، كان للمتعاقد معه طلب تعويض نقدى(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما إذا اقترن التصريح ببلوغ سن الرشد بطرق احتيالية فيكون القاصر المميز، قد ارتكب عملا غير مشروع يرتب مسئوليته قبل العاقد الآخر متى كان حسن النية. وقد كان فى الوسع أن يفكر فى استبقاء دعوى البطلان لمصلحة القاصر، فى هذه الحالة أيضا، مع إلزامه التعويض (أنظر فى هذا المعنى المادة ٨٦٦ من التقنين النمساوى والمادة ٥٤ من التقنين البولونى). بين أن أوقع الجزاءات وأعدلها فى هذا الشأن ما يقوم على حرمان القاصر من هذه الدعوى وإبقاء العقد على حكم الصحة (أنظر فى هذا المعنى المادة ٢٢٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٣٠٥ من التقنين الإيطالى، والمادة ٢٢٩ من التقنين البرتغالى، والمادة ١٢٠٠ من التقنين الأرجنتينى والمادة ٨٣ من التقنين الصينى – وعكس ذلك المادة ١٠ من التقنين التونسى) وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ عند تكوين العقد"(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كانت المادة ١١٩ من القانون المدنى قد نصت على أنه "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته".

وكان مفاد هذه المادة أنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية، إلا أنه يكون مسئولا

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٤ – عبد الحى حجازى نظرية الحق ص١١١ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٣٤.

عن التعويض للغش الذى صدر منه عملا بقواعد المسئولية التقصيرية، ولا يكفى فى هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية لتأكيد كمال أهليته – ولما كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليه استعان بطريق احتيالية لإخفاء نقص أهليته بأن استعمل فى تعامله مع الغير أوراقا مطبوعة تحمل اسمه مقترنا برقم ٩٤٢٣٨ للسجل التجارى باعتباره شريكا مع محسن عمر زوج شقيقته فى محل تجارى باسم معرض عام للأدوات المنزلية بشارع مظلوم بالقاهرة وأن العقد المؤرخ ١٩٥٩/١١/١٦ موضوع الدعوى الذى أبرم بين الطاعن وبين المدين محسن عمر ووقع عليه المطعون عليه بصفته ضامنا متضامنا للمدين قد حرر على ورقة من هذه المضبوطات، كما تمسك الطاعن بأنه يستند فى دعواه بمطالبة المطعون عليه بالتعويض إلى أنه لم يتمكن من استيفاء حقه لأن المدين الذى صدر أمر الأداء بإلزامه بالدين قد حكم بإشهار إفلاسه، وقدم فى سبيل التدليل على ذلك شهادة مؤرخة ١٩٦٢/٦/٢٣ من محكمة القاهرة الابتدائية تفيد رفع دعوى إفلاس مقيدة برقم ١٧٢ سنة ١٩٦٠ إفلاس القاهرة ضد شركة محسن عمر وشركاه "شركة تضامن يمثلها محسن عمر" وشهادة مؤرخة ١٩٦٥/١/٢١ تفيد صدور حكم بتاريخ ١٩٦٣/٣/٢٦ فى الدعوى المشار إليها بإفلاس الشركة المذكورة، وكان استعمال القاصر فى تعامله مع الغير لمطبوعات تحمل اسمه مقترنة بمظاهر أخرى من شأنها تأكيد الاعتقاد لدى الغير بأنه شخص كامل الأهلية فيقدم على التعامل معه، وهو مما قد يعد من الطرق الاحتيالية لإخفاء نقص الأهلية، وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن بحث دفاع الطاعن المتعلق بالمظاهر التى صاحبت استعمال القاصر للمطبوعات على النحو سالف البيان وما إذا كانت تعد من الطرق الاحتيالية لإخفاء نقص أهليته أولا تعد كذلك، وقررت أن الطاعن لم يلحقه ضرر تأسيسا على أنه كان فى استطاعته أن ينفذ أمر الأداء ضد المدين محسن عمر دون أن يلتفت الحكم إلى دفاع الطاعن فى هذا الخصوص من أنه لم يتمكن من الحصول على حقه، لأن المدين المذكور كان قد أشهر إفلاسه ولم يعن ببحث المستندات التى قدمها الطاعن تأييدا لهذا الدفاع، ورتب الحكم على ذلك قضاءه برفض الدعوى، فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣)

يجوز التمسك بالبطلان بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد الحاصل به التصرف.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعيب فى أهلية المتصرف بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطاعنين عن الآخر، إذ يقتصر الأمر فى الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه فى حين أن الطعن ببطلان التصرف بصدوره من غير ذى أهلية موجه إلى ذات التصرف بإنكار توافر الأهلية فى المتصرف. فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلا لصدور التصرف منه كما أن الطعن بالتزوير لا يتضمن فى ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه فى الطعن بعد ذلك فى التصرف لعيب فى هذه الأهلية".

(طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/١٥)



مادة (١٢٠)

إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

الشرح

١٧٥- المقصود بالغلط:

الغلط وهم كاذب يتولد فى ذهن الشخص، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته. بأن يرى فيه شيئا غير موجود فى الحقيقة، أو يتوهم خلوه من صفة، حالة كونها تلزمه.

ومثاله أن يشترى شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص، فإذا به يجدها من المعدن المطلى بقشرة من الذهب، أو يشترى شخص تحفة اعتقادا منه بأنها أثرية، ثم يفاجأ بأنها مجرد تقليد، أو يستأجر شخص شقة لسكناه مدفوعا باعتقاده بأنها لها واجهة على الشارع ثم يتضح له خطأ اعتقاده.

والغلط الذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة هو الغلط المؤثر، وهو حالة وسطى بين الغلط المانع وبين الغلط غير المؤثر.

فالغلط المانع لا يعيب الإرادة فحسب ولكنه يعدمها، وهو يتحقق إذا تعلق الاعتقاد الخاطئ بركن من أركان العقد كتطابق الإرادتين أو المحل أو السبب من هذا أن يعتقد أحد الطرفين أنه يبيع الشئ 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 في بلدة معينة، 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.

أما الغلط غير المؤثر، فهو نقيض الغلط المانع، فهو الغلط الذى لا يتعلق بأى صفة جوهرية فى العقد، ولا يؤثر فى إبرامه، فهو ليس من عيوب الإرادة.

أما الغلط الذى نتناوله باعتباره من عيوب الإرادة فهو الغلط الجوهرى(١).

وهذا الغلط كما سنرى فى المادة (١٢٠) يجيز للمتعاقد الذى وقع منه أن يطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"توهم غير الواقع الذى يخالط الإرادة عند تكوين العقد هو من قبيل الغلط الذى نظم المشرع أحكامه فى المواد من ١٢٠ إلى ١٢٤ من التقنين المدنى. فجعل للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه متى كان الغلط جوهريا ووقع فيه المتعاقد الآخر أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢)

١٧٦- شروط إعمال الغلط:

يلزم لكى ينتج الغلط أثره القانونى فيجعل العقد قابلا للإبطال توافر شرطين أساسيين هما:

١- أن يكون الغلط جوهريا.

٢- أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر.

ونعرض لهذين الشرطين بالتفصيل فيما يلى:

الشرط الأول:

أن يكون الغلط جوهريا.

(أنظر شرح المادة ١٢١).

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص٢٩٧ وما بعدها، ص٣٠٤ وما بعدها – الدكتور سمير عبد السيد تناغو المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام – منشأة المعارف بالإسكندرية ص٤٩ وما بعدها.

الشرط الثانى:

أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر.

لا يكفى لجواز طلب إبطال العقد أن يكون الغلط جوهريا، بل يلزم أن يتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر(١).

وقد ذكرت المادة الحالات التى يعتبر فيها الغلط الذى يقع فيه أحد المتعاقدين متصلا بالمتعاقد الآخر **وهى ثلاث حالات كالآتى:**

(أ) إذا وقع المتعاقد الآخر بدوره فى الغلط:

هذه هى حالة الغلط المشترك أى الغلط الذى يشترك فى الوقوع فيه الطرفان كلاهما. ومثال هذه الحالة أن يشترى شخص ساعة مطلاة بالذهب، معتقدا أنها من الذهب الخالص. ويشاركه البائع هذا الاعتقاد الخاطئ. فكل من المتعاقدين هنا قد وقع فى الغلط. والذى يضار من الوقوع فى الغلط هنا هو المشترى. إذ الفرض أنه لو تبين حقيقة الساعة، فإنه ما كان ليشتريها، أو ما كان ليشتريها بالثمن الذى قبله. والقانون يمنحه هنا حق طلب إبطال البيع، برغم أن البائع كان حسن النية. وقد قدر فى ذلك أن الرضاء جاء معيبا من المتعاقدين كليهما، فضحى بحسن نية من يقع الإبطال إضرارا به، تمشيا مع اعتبارات العدالة والمصلحة.

فوقوع المتعاقدين كليهما فى نفس الغلط ينهض بذاته دليلا على أن أيا منهما معذور فى غلطه، فيغفر له القانون الوقوع فيه، ويكون لصاحب المصلحة منهما أن

---

(١) وهذا الشرط لا يتسق مع مبدأ سلطان الإرادة، وهو من بعد شرط جديد، لم يقل به الأقدمون من التقليديين. فمؤدى سلطان الإرادة، لو أنه أخذ على إطلاقه، أن يعطى للمتعاقد السبيل إلى الخلاص من العقد الذى أبرمه، كلما ثبت أنه كان ضحية لغلط جوهرى، دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان هذا الغلط قد اتصل بالمتعاقد الآخر، أم لم يتصل به. إذ أن الغلط فى كل من الحالتين شاب رضاءه ودفعه إلى التعاقد. ولكن هذا الشرط الجديد، اقتضاه العمل على استقرار التعامل. فأمام الرغبة فى العمل على استقرار التعامل، يضحى القانون بتعييب الإرادة بالغلط أو بغيره من العيوب، إذا كان المتعاقد الآخر بعيدا عن العيب لم يتصل به بسبب. إذ أن مؤدى إعمال الغلط أن يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد الغالط. ومن شأن ذلك أن تضيع الصفقة على المتعاقد الآخر، فيناله الضرر. من هنا توجب ألا نعمل أثر الغلط، إلا إذا وجد مسوغ يبرر التضحية بمصلحة الطرف الآخر. وقد وجد المشرع هذا المسوغ فى كون الغلط متصلا بذاك الطرف الآخر على نحو أو على غيره فتطلب هذا الشرط (عبد الفتاح عبد الباقى ص٣١٣).

يتمسك بإبطال العقد، اعتبارا بأنه قد وقع فى غلط يعذر عنه ويغتفر له[١]. وهو إذا كان حسن النية فإن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد.

(ب) إذا علم المتعاقد الآخر بالغلط الذى وقع فيه غريمه :

لا يشترط أن يكون الغلط مشتركا بين المتعاقدين، بل يكفى أن يكون الغلط فرديا، بمعنى أن يقع فيه أحد المتعاقدين دون الآخر، إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط، وذلك حتى يمتنع مفاجأته بدعوى الغلط، ففى مثال الساعة السابق ذكره، والقائم على شراء شخص ساعة مطلاة بالذهب، حالة كونه يعتقد أنها من الذهب الخالص، يكفى أن يكون البائع عالما بوقوع المشترى فى الغلط، بمعنى أن يكون مدركا أن المشترى قد اعتقد أن الساعة من الذهب، وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفعه إلى ارتضاء الشراء. إذ كان يجب على البائع أن ينبه المشترى إلى هذا الغلط، أما ولم يفعل فهو سئ النية، وخليق بتحمل الجزاء الذى يفرضه القانون عليه[٢].

أما إذا لم يكن المتعاقد الآخر عالما بالغلط، فإنه يكون حسن النية لا ذنب له.

(ج) إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبين وقوع غريمه فى الغلط :

لا يلزم أن يكون الغلط مشتركا بين المتعاقدين، أو أن يكون الغلط فرديا إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط. بل يكفى أن يكون من السهل عليه أن يتبين وقوع غريمه فى الغلط. حتى ولو لم يتبينه بالفعل. لأنه يكون فى هذه الحالة مقصرا تقصيرا جسيما لعدم تنبيه وقوع المتعاقد معه فى الغلط.

ويتساوى التقصير الجسيم مع سوء النية فى هذا الصدد. فالبائع الذى يتعامل مع أحد هواة شراء التحف الأثرية وهو يعلم ذلك، يكون مقصرا إذا لم يتبين حقيقة هذه الصفقة وأن عميله إنما يريد تحفة أثرية لا تحفة عادية[٣].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣١٤ وما بعدها – الدكتور رمضان أبو السعود والدكتور همام محمد محمود المبادئ الأساسية فى القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص٣٩١ وما بعدها.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص٢٥٥ وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص٣١٥.

(٣) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٣٩٢.

ويستدل بسهولة تعرف المتعاقد على وقوع غريمه فى الغلط بالظروف الملابسة للعقد، وما ينبغى فى التعامل من حسن النية. والأمر يتعلق بالواقع ويخضع لتقدير قاضى الموضوع.

فإذا ارتضى شخص مثلا أن يدفع فى تمثال رغب فى شرائه ألف جنيه، حالة كونه لا يساوى فى الحقيقة إلا خمسة أو عشرة جنيهات، معتقدا عن غلط أنه أثرى، فى هذه الحالة ينهض الغلط سببا للإبطال، حتى لو كان البائع لم يقع بدوره فى الغلط، ولم يعلم بوقوع المشترى فيه، إذ أنه كان من السهل عليه أن يتبين أن المشترى وقع فى الغلط، وأن هذا الغلط هو الذى دفعه إلى ارتضاء الشراء. ومعيار إمكان العلم بالغلط هو معيار موضوعى أساسه الشخص العادى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين، فى مسألة المفاضلة بين اشتراط توافر الغلط المشترك، وهو ما يقوم بذهن العاقدين معا، والاجتزاء بالغلط الفردى وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردى بوجه عام، بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفى التعاقد فيه، أن يكون أحدهما قد جر الآخر إليه بموقفه أو أن يكون عالما بوقوعه، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه، ويلاحظ أن المتعاقد الآخر فى هذه الفروض الثلاثة: ينسب إليه أمر يرتب مسئوليته وهذا ما يبرر طلب البطلان. أما إذا بقى بمعزل عن ظروف الغلط، فإن وقف موقفا لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو تبينه، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجوب تعويض هذا المتعاقد، عملا بنظرية الخطأ فى تكوين العقد، وهذا هو ما اتبعه التقنين الألمانى (انظر المادة ١٢٢ منه. وانظر أيضا المادة ٢٦ من التقنين السويسرى، والمادة ٩١ من التقنين الصيني). أما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك فبدلا من أن يخول من وقع فى الغلط حق التمسك بالبطلان، ثم يلزمه فى ذات الوقت بتعويض ما يصيب العاقد الآخر من خسارة، جعل للعقد حكم الصحة وهيأ بذلك أجدى تعويض لهذا العاقد. وليس هذا إلا تطبيقا تشريعيا خاصا لنظرية الخطأ فى تكوين العقد (أنظر فى هذا المعنى. المادة ١٣٧ من التقنين البولونى والمادة ١٧٨ من التقنين النمساوى. والمادتين ٦٦١ و٦٦٢ من التقنين البرتغالى والمادة ٢٠٧ من التقنين اللبنانى).

هذا وينبغى التنويه بأمرين:

أولهمـــا: أن الغلط الذى يبرر إبطال العقد، وهو ما يشترك فيـــه المتعاقـــدان، أو يتسبب فيه أحدهما، أو يعلم به، أو يكون فى مقدوره أن يعلم به، فقد يلقب اصـــطلاحا "بالغلط المغتفر".

ويصبح الغلط "غير مغتفر"، ولا يؤدى بذلك إلى إبطال العقد، إذا وقع فيـــه أحـــد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر، أو يجره إليه، أو يعلم به، أو يســـتطيع العلم به.

والثانى: أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط فحســـب بـــل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعا إلى إبرام العقد"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن النص فى المادة ١٢٠ من التقنين المدنى على أن: "إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فـــى هـــذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وفى المادة ١/١٢١ منه على أن "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عـــن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط" – يدل على أن المشرع يعتد بالغلط الفردى ســـببا لإبطال العقد، وعودة طرفيه إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرامه، واشترط لـــذلك أن يكون هذا الغلط جوهريا – وهو ما يتحقق إذا كان هو الدافع إلى إبرام العقـــد – وأن يكون المتعاقد الآخر عالما به أو فى مقدوره أن يعلم به".

(طعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٧)

١٧٧- تكييف دفاع الخصم بصدد الغلط:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لما كانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنها حررت عقـــد البيـــع المؤرخ ١٩٨٦/١١/٢٢ لنقل حيازة الأرض محله للمطعون ضده الأول لأنها توهمت خطأ أنه غاصب لها يرث هذه المساحة عن أبيها كما طلبت إحالة الـــدعوى للتحقيـــق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص١٤٢ وما بعدها.

فاطرح الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه هذا الدفاع تأسيسا على أن الطاعنة وصفت دفاعها السالف ذكره بأنه طعن بالصورية – وأنه لا يجوز للمتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت بغير الكتابة وكان البين من الوقائع التى استندت إليها الطاعنة فى دفاعها وحقيقة مطلبها فيه أنها تتمسك بطلب العقد تأسيسا على أنها كانت واقعة فى غلط لولاه ما وقعت على عقد البيع ولا عقد القسمة وكان الحكم المطعون فيه لم يأخذ بهذا التكييف السليم لدفاع الطاعنة التى تفيده الوقائع التى أسست عليها دفاعها ملتزما ظاهر الوصف الذى أطلقته على هذا الدفاع وحجية ذلك على أن يعرض لدلالة المستندات التى قدمتها أو يرد على طلبها إحالة الدعوى للتحقيق فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وجره ذلك إلى القصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢)

١٧٨- لا يجوز طلب الإبطال للغلط بعد الدفع بالصورية:

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن: "الصورية فى العقد هو اتخاذ مظهر كاذب بإرادة ظاهرة تخالف النية الحقيقية للطرفين، والدفع بالغلط يعنى صدور التصرف عن إرادة معيبة، والدفع بالصورية وحدها وعلى – ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يجعل معنى الإقرار بصدور العقد عن إرادة صحيحة فلا يقبل بعده التمسك بأنه أبرم تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة".

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢)

١٧٩- إثبات الغلط:

المتعاقد الذى يدعى الغلط هو الذى يتحمل إثبات وقوعه فى الغلط وغلط الطرف الآخر أو علمه بالغلط أو استطاعته هذا العلم.

وهذه كلها وقائع مادية تثبت بجميع طرق الإثبات. ومما ييسر الإثبات أن يكون العاقد قد أشار فى العقد إلى الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد، كالباعث مثلا، على ألا تكون هذه الإشارة بمثابة شرط فى العقد يبين ما يلتزم به المدين، إذ أن تخلف مثل هذا الشرط لا ينطوى على غلط. فإذا لم يستطع المدعى الذى وقع فى الغلط أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان مشتركا فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن

يتبينه فلا يجوز إبطال العقد. وفى هذه الحالة يكون الشارع قد أقام العقد علـــى الإرادة الظاهرة تحقيقا لاستقرار التعامل(١).

والإثبات هنا ليست مسألة سهلة، لأن الإثبات هنا ينصب على أمر نفسى إن لـــم تؤيده وقائع مادية فلن ينجح مدعى الغلط فى إثبات ما يدعيه، وهذا ما يقع كثيرا فيبقى العقد قائما. وهكذا يكون عبء الإثبات وسيلة فعالة إلى تقليل الحالات التى يمكن فيها إبطال العقد للغلط(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إنه وإن جاز طبقا للمادة ١٢٠ من القانون المدنى للمتعاقد الذى وقع فى غلط جوهرى أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلـــط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، إلا أن ثبوت واقعة الغلـــط هـــو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضـــوع بتقدير الأدلة فيها".

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٣/١٣)

٢- (أ) "يجب فى تفسير العقد إعمال الظاهر الثابت به، ولا يجوز العدول عنه إلا إذا ثبت ما يدعو إلى هذا العدول، وإذ كان إدعاء المطعون عليه وقوع الغلط فى تحديد الأجرة المثبتة بعقد الإيجار بإعماله التخفيض الوارد بالقانون رقم ١٦٨ لســـنة ١٩٦١ يستلزم – وعلى ما نصت عليه المادة ١٢٠ من القانون المدنى – أن يثبـــت إمـــا أن المتعاقد الآخر اشترك معه فى الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وكانت القرائن التى ساقها الحكم المطعون فيه لا تؤدى إلى ذلك، فإنه إذ قضى بتحديد أصل الأجرة على خلاف ما ورد صريحا بالعقد يكون قد خالف القانون وأخطـــأ فـــى تطبيقه".

(ب) "إذا كان الطاعن – المستأجر – قد قدم للتدليل على انتفاء حـــدوث الغلـــط المدعى به – فى تحديد أجرة الشقة المبينة بعقد الإيجار – قـــرار اللجنـــة المختصـــة

---

(١) الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص ١٩٤ وما بعدها.

(٢) الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد الكتاب الأول مصـــادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ١٥٣ – عبد المنعم الصده ص١٩٥.

الصادر بتقدير إيجار شقته والخطاب الذى أرسله إليه المطعون عليه – المؤجر – بقبول هذا التقدير، وكذلك الكشف الرسمى المتضمن أن إيجار هذه الشقة أصبح بعد تخفيضه بنسبه ٣٥% مبلغ .... بما يفيد أن أصل الأجرة التى أنزل عليها هذا التخفيض هو مبلغ ..... وهى الأجرة المتفق عليها صراحة بعقد الإيجار، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يناقش هذه المستندات مع ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة فى الدعوى، فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢١)

٣– "من المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن ثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع بتقدير الأدلة فيها وأن تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع التى لها أن تأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة دون ما حاجة للرد على ما لم تأخذ به معها طالما قام حكمها على أسباب سائغة ومادام هذا التقدير لا خروج فيه على الثابت بالأوراق. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أورد فى مدوناته أسبابا موضوعية سائغة تكفى لحمل قضائه بأن المطعون عليه لم يكن يعلم عند الزواج أن الطاعنة ثيب مما لا تجوز المجادلة فيها أمام محكمة النقض، ولا يعيبه بعد ذلك أنه لم يرد على القرائن التى ساقتها الطاعنة للتدليل على ذلك العلم، فيكون النعى – عليه بالقصور فى التسبيب – على غير أساس".

(طعن رقم ١٦ لسنة ٤٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)

٤– "إدعاء المؤجر بوقوعه فى غلط فى القانون عند تحديد الأجرة بأقل من الأجرة القانونية بما يترتب عليه بطلان العقد بشأنها بطلانا نسبيا يستلزم وعلى ما نصت عليه المادتان ١٢٠، ١٢٢ من القانون المدنى أن يثبت اشتراك المتعاقد الآخر معه فى هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ويقع على المؤجر عبء إثبات وقوعه فى الغلط واتصال المتعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات القانونية لما كان ذلك وكان دفاع الطاعنة المستأجرة أمام محكمة الموضوع قد قام على نفى وقوع الغلط المدعى به لخلو العقد من بيان القوانين المنطبقة عليه إلا أن الحكم المطعون فيه الذى أيد الحكم الابتدائى لأسبابه بعد أن أثبت وقوع المؤجر فى غلط فى القانون عند تحديد الأجرة رتب على ذلك إبطال الاتفاق على القيمة التى حددها الطرفان للأجرة فى العقد دون أن يتحقق من اتصال الطاعنة "المستأجرة" بهذا الغلط

على أى وجه من الوجوه مما مفاده أن الحكم قد اكتفى بثبوت الغلط الفردى فى جانب المطعون ضده وأعمل أثره على العقد بإبطاله الأمر الذى يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٧٦٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٩)

٥- "لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه وقع فى غلط جوهرى إذ توهم أنه اختص فى عقد القسمة المؤرخ..... الذى أبرمه مع أخيه المطعون ضده بمساحة ٧٨، ١٧٧ مترا مربعا وأنه لو كان يعلم أن ما يزيد على خمسين مترا من هذه المساحة يتداخل فى طريق عام يحدها من الناحية البحرية لأحجم عن إبرام العقد، كما تمسك بأن قسيمه كان عالما بوقوعه فى ذلك الغلط، وأنه دلس عليه بأن سكت عمدا عن تلك الواقعة حتى يتردى هو فيما شاب إرادته من غلط، ودلل على صدق ما يقول بما أقر به المطعون ضده نفسه فى محضر الاستجواب المؤرخ..... من أن ذلك الطريق كان مقاما منذ أمد طويل حدده الخبير المندوب من محكمة الاستئناف بمدة تزيد على خمسين عاما وأورد أنه يقتطع من نصيب الطاعن مساحة ٥٨.٥٠ مترا مربعا، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه لم يعن بتمحيص هذا الدفاع الجوهرى، وأقام قضاءه برفض الدعوى (دعوى الطاعن بإبطال العقد) على ما قاله الحكم الابتدائى من أن الطريق الذى تداخل فيه نصيب الطاعن أنشئ بعد تحرير عقد القسمة بأربع سنوات، فإنه فضلا عن مخالفة الثابت فى الأوراق يكون مشوبا بقصور يبطله".

(طعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٧)



مادة (١٢١)

١- يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط.

٢- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:

(أ) إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية.

(ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد.

الشرح

١٨٠- المقصود بالغلط الجوهرى:

الغلط الذى يعيب الإرادة هو الغلط الجوهرى.

والمقصود بالغلط الجوهرى، الغلط الذى يبلغ فى تقدير المتعاقد حدا من الجسامة لو تكشف له لامتنع عن إبرام العقد. أى يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يبلغ فى نظره درجة من الأهمية تكفى لأن تجعله يقدم على التعاقد إن وجد ويحجم عن التعاقد إن تخلف.

وعلى ذلك فإن ما يعتبر غلطا جوهريا بالنسبة لمتعاقد قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لمتعاقد آخر.

والبحث يجب أن يتجه إلى المتعاقد الذي يتمسك بالغلط لمعرفة حالته النفسية وظروفه الخاصة، فإذا تبين أن الاعتقاد الخاطئ الذي قام فى ذهنه كان هو العامل الحاسم فى إبرام العقد، بحيث ما كان ليبرمه لو لم يقع فى هذا الاعتقاد، فإن العيب يكون جوهريا، والإرادة تكون معيبة، على أنه يلاحظ أن الأخذ بالمعيار الذاتى يقتضى البحث عن نية المتعاقدين لمعرفة مدى الأهمية التى يعلقها المتعاقد على الأمر الذى انصب عليه الغلط. وقد يصعب الوصول إلى هذه النية فى بعض الصور.

ولذلك فإن الشارع فى بعض الحالات يقرن هذا المعيار الذاتى بضوابط موضوعية تساعد على تبين نية المتعاقدين.

وقد أعطى المشرع مثلين على الغلط الجوهرى بهذا المعنى هما الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ محل العقد، والغلط فى شخص المتعاقد(١).

ويضيف الفقه الحديث إلى هذين المثلين، الغلط فى القيمة والغلط فى الباعث. يضاف إلى هذه الأمثلة الغلط فى الواقع، مثال آخر هو الغلط فى القانون وقد نص المشرع عليه صراحة كما سنرى فى شرح المادة ١٢٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "جرى قضاء هذه المحكمة على أنه يشترط لإبطال العقد للغلط سواء كان فى الواقع أو فى القانون أن يكون جوهريا، أى أن يكون هو الذى دفع إلى التعاقد".

(طعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩)

٢- "المقرر وفقا للمادتين ١٢٠، ١٢٥ من القانون المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط جوهرى أو وقع عليه تدليس الحق فى طلب إبطال العقد وهو حق يتوافر به شرط المصلحة الحالة اللازمة لقبول الدعوى".

(طعنان رقما ٨٢٤٠، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

١٨١- أمثلة الغلط الجوهرى الواردة بالمادة وتلك التى أضافها الفقه:

(أ) الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ:

الغلط فى صفة جوهرية فى الشىء، ليس هو الغلط فى ذات الشئ، فهذا هو الغلط المانع الذى يحول دون انعقاد العقد كما ذكرنا سلفا.

ومثال الغلط فى صفة جوهرية للشئ محل العقد شراء تمثال من محل للعاديات على أنه تمثال أثرى ويتبين أنه تمثال مقلد. وشراء قماش على أنه قابل للغسيل ثم تبين غير ذلك.

وبيع أرض على أنه يحدها من الناحية البحرية شارع ثم يتبين أن الأرض محصورة من جميع الجهات. وعلى عكس هذه الأمثلة لا يعتبر غلطا جوهريا أن يذكر بيان خطأ فى حدود الأرض المبيعة، إذا كانت هذه الأرض قد حددت بطريقة أخرى نافية للجهالة.

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٨٨ – سمير تناغو ص٥٠ وما بعدها.

وفى هذه الحالة يقع على عاتق المشترى إثبات الغلط الدافع إلى التعاقد، وأن البائع كان يظن مثله أن الشيء هو الذى أراد التعاقد عليه، وأن هذه الصفة هى التى دفعت المشترى إلى الشراء، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء خلو من الصفة المطلوبة، وكان مع ذلك يعلم أو من السهل عليه أن يعلم أن المشترى إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء كما أراد.

وقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف. ففى مثال شراء التمثال يكون من القرائن ارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتا مع هذا الثمن، وكذلك المهنة التى اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار فى الأشياء الأثرية(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الوفاء اتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين فهو بهذه المثابة تصرف قانونى يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية فلابد من تراضى الطرفين على وفاء الالتزام.

ويشترط فى هذا التراضى أن يكون خاليا من عيوب الإرادة فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلا للإبطال.

فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت فى حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة أن الموفى ما قبل الوفاء إلا لاعتقاده بأن الدين الذى أوفى به حال بحكم نهائى وأنه تبين بعد ذلك عدم تحقق هذه الصفة فى الدين فإن الموفى يكون قد وقع فى غلط جوهرى بشأن صفة من صفات الدين الموفى به كانت أساسية فى اعتباره إذ لولا هذا الغلط ما كان الوفاء. فإذا كان الموفى له على علم بهذا الغلط الدافع إلى الوفاء فإن من شأن هذا الغلط أن يؤدى إلى إبطال الوفاء متى طلب الموفى ذلك وأن يعود الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها قبل حصوله ومن ثم يلتزم الموفى بأن يرد المبلغ الذى قبضه".

(طعن رقم ٣٧٩ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠)

(ب) الغلط فى شخص المتعاقد:

قد يكون الغلط فى شخص المتعاقد أو فى صفة من صفاته الجوهرية، وكان ذلك هو السبب الرئيسى فى التعاقد.

---

(١) السنهورى ص٢٥٩.

ومثال الغلط فى شخص المتعاقد. أن يهب شخص آخر مالا، اعتقادا منه بأنه ابن صديق عزيز عليه قد مات، ثم يتضح أنه ليس كذلك. أو يوكل شخص للدفاع عن نفسه فى قضية شخصا معينا، اعتقادا منه بأنه المحامى الكبير المشهور ثم يتضح له بعد ذلك أنه مجرد سمى له.

أو يهب شخص لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعى ثم يظهر عدم صحة ذلك.

ومثال الغلط فى صفة من صفات الشخص الجوهرية، أن يعهد شخص إلى آخر بتشييد دار يزمع بناءها، معتقدا أنه مهندس مشهور، ثم يثبت له بعد ذلك أنه ليس على نحو ما اعتقد(١).

وفى هذه الحالة يجب لإبطال العقد للغلط أن يثبت المتعاقد إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين: إما أن المتعاقد الآخر كان يشاطره الاعتقاد بالشخصية أو الصفة وأن هذا كان هو الدافع إلى التعاقد، أو أنه يعلم بوقوع المتعاقد الآخر فى الغلط أو أنه من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك حتى ولو لم يتبينه بالفعل.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "تقرير الحكم بأن الصفة التى اتخذها أمين النقل فى التعاقد من أنه مالك لسيارات وعربات أجرة لم تكن صفة جوهرية يترتب على عدم توافرها إبطال العقد هو تقرير موضوعى".

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٩)

٢- "إذا كان المطعون عليه وإن لم يدرج اسمه فى نقابة المهن الهندسية وقت تعاقده مع الطاعنة مصرحا له بمزاولة مهنة مهندس معمارى فإنه لا يكون ثمة غلط وقعت فيه الطاعنة فى شخصية المطعون عليه أو صفته يجيز لها طلب إبطال العقد".

(طعن رقم ٢٢١ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

(ج) الغلط فى القيمة:

ومثل ذلك أن يعتقد الشخص أن منزله يساوى خمسين ألف جنيه فباعه بهذا المبلغ ثم اتضح له أنه يساوى مائة ألف جنيه فإذا أراد البائع طلب الإبطال للغلط وجب عليه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٢٩٩.

إثبات أن المشترى كان يجهل مثله أن قيمة المنزل مائة ألف جنيه أو أنه مع علمه بهذا الثمن، كان يعلم أو يسهل عليه أن يعلم بجهل البائع لذلك.

والفرق بين الغلط فى القيمة والغبن، أن الغبن يتحقق حتى ولو كان المتعاقد المغبون على بينة من قيمة الشيء. بينما يشترط فى الغلط ألا يكون المتعاقد على بينة من ذلك بل وقع فى غلط بهذا الخصوص(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ) "الغلط فى تحديد الفئة الإيجارية يبطل العقد فيما زاد عن حدها المسموح به قانونا، ويكون دفعه بغير حق يوجب استرداده باعتباره إثراء على حساب الغير، دون اعتبار لاستمرار عقد الإيجار".

(ب) "إذا كان الحكم المطعون فيه قد حجب نفسه عن بحث ما إذا كانت الفئة الإيجارية المحددة بعقد الإيجار من الباطن تطابق أو لا تطابق ما يوجبه القانون، فيرد عليها التخفيض أو لا يرد وبالتالى يثبت أو ينفى وقوع الطاعنة فى غلط فى تحديد الفئة الإيجارية، لتقول كلمتها فى ذلك بما قد يتغير معه وجه الرأى فى الدعوى وفى طلب استرداد فرق الأجرة ومبلغ التأمين كذلك باعتباره مرتبطا فى تقديره بالفئة الإيجارية الواردة بالعقد فإن الحكم المطعون فيه يكون قاصر البيان".

(طعن رقم ٥٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٣/١١)

٢- "المقرر وفقا للمادتين ١٢٠، ١٢١ من القانون المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط جوهرى فى قيمة الشيء أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

(طعنان رقما ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

(د) الغلط فى الباعث:

مثال الغلط فى الباعث أن يبيع مريض شيئا وهو يعتقد أنه فى مرض الموت ثم شفى، فإنه يكون للبائع فى هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن

---

(١) سمير تناغو ص٥٣.

المشترى كان يعتقد أنه فى مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفع المريض إلى البيع وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك(١).

١٨٢- أثر الغلط:

إذا توافرت شروط الغلط – بالتفصيل السابق – فإن هذا الغلط يجعل العقد قابلا للإبطال شأنه فى ذلك شأن باقى عيوب الرضا، وسنعرض لذلك تفصيلا فى موضعه.

ووقوع المتعاقد فى غلط وتحقق شروط إعمال هذا الغلط مسألة من مسائل الواقع، يستقل قاضى الموضوع بتقديرها. دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض، مادام تقديره قد قام على مقومات سائغة تبرره. شأن الغلط فى ذلك شأن غيره من عيوب الرضاء الأخرى.

والقضاء بإبطال العقد تأسيسا على الغلط لا يمنع القاضى من الحكم، زيادة عليه، بالتعويض لمن وقع ضحيته، إذا ناله ضرر لم يصلح الإبطال فى رفعه عنه، وكان هذا الضرر ناجما عن خطأ ارتكبه الطرف الأخر وأدى بالأول إلى أن يجئ رضاؤه مشوبا بالعيب المبطل، كما إذا علم بوقوعه فى الغلط، فلم ينبهه إليه، متجافيا فى ذلك مع مقتضيات الشرف ونزاهة التعامل. وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية، ولنظرية الخطأ عند تكوين العقد(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يجوز القضاء ببطلان العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعا فى غلط ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد، ويجوز مع القضاء ببطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه إضرار بأحد المتعاقدين، ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية فى جانب المتعاقد الآخر الذى تسبب بخطئه فى هذا الإبطال".

(طعن رقم ١٣٤ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢)

---

(١) السنهورى ص٢٥٩.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٢٠ وما بعدها.

مادة (١٢٢)

يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقصد القانون بغيره.

الشرح

١٨٣- المقصود بالغلط فى القانون:

الغلط فى القانون هو ذاك الذى ينصب على حكم القانون بالنسبة إلى أمر من أمور التعاقد. بأن يعتقد الطرفان أو أحدهما أن القاضى يقضى فى ذلك الأمر بحكم معين، فى حين أنه يقضى فى الحقيقة بحكم مخالف. ومثال ذلك أن تموت امرأة دون أن تخلف عقبا. فيعتقد زوجها أن القانون يفرض له فى تركتها الربع، ويبيع حصته فيها مدفوعا بهذا الاعتقاد. وهو اعتقاد خاطئ، إذ أن القانون هذا يفرض للزوج نصف تركة زوجته. وليس ربعها فحسب.

أو أن يشترى شخص قطعة أرض معتقدا أن القانون يمنحه حق البناء عليها، حالة كونه فى الحقيقة يحظره.

أو أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعى لاعتقاده أنه دين مدنى يجبر على الوفاء به، ثم يتضح له أنه دين طبيعى لا جبر عليه فى تنفيذه.

أو يهب شخص مالا لمطلقته معتقدا أنه استردها إلى عصمته وهو يجهل أن الطلاق الرجعى يصبح طلاقا بائنا بانتهاء العدة فلا تعود إلى عصمته إلا بعقد جديد.

١٨٤- حكم الغلط فى القانون:

تنص المادة – كما رأينا – على أن يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره.

ومعنى ذلك أن الغلط فى القانون لا يعتبر من عيوب الإرادة إلا إذا كان جوهريا بالمعنى السابق ذكره. وقد يتعلق بصفة جوهرية فى الشىء أو بشخص المتعاقد أو بالقيمة أو بالباعث.

فالشخص الذى يتعهد بالوفاء بالتزام طبيعى معتقدا أنه التزام مدنى، يكون فى حالة غلط جوهرى فى القانون متعلق بصفة جوهرية فى الشىء. والشخص الذى يهب مالا لمطلقته معتقدا أنها لا تزال فى عصمته، بينما هى فى الواقع لم تعد كذلك بانقضاء فترة العدة وصيرورة الطلاق بائنا، يعد فى حالة غلط جوهرى يتعلق بصفة من صفات المتعاقد الآخر.

ويذهب رأى فى الفقه إلى أن الإبطال للغلط فى القانون لا تتعارض مع قاعدة أن "الجهل بالقانون ليس بعذر" وبالتالى فإن الإبطال للغلط فى القانون ينطبق بالنسبة للقواعد الآمرة التى تتعلق بالنظام العام والقواعد الجنائية، لأن قاعدة "الجهل بالقانون ليس بعذر" يراد بها أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله قانونا معينا كى يستبعد تطبيق هذا القانون عليه أما فى إعمال الغلط فى القانون فإن القاعدة القانونية تنطبق فى حق المتعاقدين سواء علما بها أو لم يعلما(١).

فإذا أقدم شخص على إبرام عقد معين وهو يجهل قواعد القانون بشأن أمر من أمور التعاقد، فلا يمكن اعتبار رضائه سليما. فمن يتعهد بدفع دين طبيعى وهو يجهل حكم القانون فى الالتزام الطبيعى من أنه لا جبر فى تنفيذه، فإن رضائه بالتعهد يعد غير سليم أى معيبا، ولا يمكن الاحتجاج بأن الشخص لا يعذر بجهله بأحكام القانون، فالمتعاقد فى مثلنا هذا لا يطالب باستبعاد حكم القانون (عند مطالبته بإبطال العقد للغلط فى القانون) وإنما يطالب بتطبيق حكم القانون عليه، حيث يطالب بإبطال التعهد لأن رضاءه به لم يكن سليما بسبب جهله لحكم القانون. ويستوى بعد ذلك أن يكون الغلط فى القانون قد انصب على قاعدة آمرة أو قاعدة مكملة.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣١٩ هامش (١) – عبد المنعم الصده ص١٩٥ وما بعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٣٩٠ – سمير تناغو ص٥٣ – جلال على العدوى ص١٧٠ وما بعدها – حلمى بهجت بدوى أصول الالتزامات الكتاب الأول فى نظرية العقد ١٣٦٢ هـ – ١٩٤٣) ص١٩٦ – وعكس ذلك أحمد حشمت أبو ستيت ص١٥٦ وما بعدها – السنهورى ص ٢٥١ وما بعدها– فيذهبان إلى أنه يخرج عن نطاق قاعدة الإبطال للغلط القواعد القانونية الآمرة ومنها قواعد القانون الجنائى التى لا يحتج فيها بالجهل بالقانون. على أن يرد الغلط على ذات القاعدة الآمرة، أما حيث يتصل الغلط بحكم لا يتضمن فى ذاته خروجا عليها فإنه يجوز الإدعاء به.

وعلى ذلك لا يستطيع شخص أن يدعى بالغلط بالنسبة للقاعدة التى تقضى بعدم إمكان زيادة الفائدة على ٧% لإبطال عقد قرض عقده وهو يجهل أن الحد الأقصى للفائدة وهو ٧% فقط. لأن هذا الحد الأقصى من النظام العام فلا عذر له إن هو جهله. ولكنه على العكس من ذلك يستطيع أن يطعن بالغلط إن هو جهل النصيب الذى تقرره قواعد الميراث ليبطل تخارجا عقده، أو إذا كان يجهل أن الطلاق الرجعى ينقلب إلى طلاق بائن إن لم يراجع زوجته أثناء العدة ليبطل الهبة التى وهبها لها بعد انقضاء عدتها **وهذا الرأى هو الذى أخذت به مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها:**

"قصد المشروع من نص المادة ١١٦٩ إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط فى القانون فكثيرا ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استنادا إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون.

والواقع، أن نطاق تطبيق هذه القاعدة، لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية، أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق، فيكون للغلط فى القانون، متى ثبت أنه جوهرى، شأن الغلط فى الوقائع، من حيث ترتيب البطلان النسبى، ما لم يقصد القانون بغير ذلك، كما هى الحال مثلا فى عقد الصلح. وقد جرى القضاء المصرى على ذلك (أنظر استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ ب ٢٧ ص ٣٤٤ و٥ فبراير سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٢٠٤ و١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ ب٣١ ص ٢٢، عكس ذلك: أنظر المادة ٩٥٧ من التقنين الأرجنتينى[١].

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ جرى قضاؤها على أن:

١- (أ)- "إذا كانت المطعون عليها قد أسست دفاعها على أنها وقعت فى غلط فى القانون عند تأجيرها شقتى النزاع فى تاريخ سابق على العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ إذ اعتقدت أن المبنى يخضع لأحكام التخفيض المقررة بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ لبدء إنشائه فى ظله وقامت بتخفيض الأجرة المتفق عليها وفقا للنسب المحددة به وهى ١٥% وكان المقرر وفقا للمادتين ١٢٠، ١٢٢ من القانون المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط فى القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان جوهريا ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وكان الحكم المطعون فيه لم يعتد بما أجراه المتعاقدان من تخفيض على الأجرة المتفق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٥٩.

عليها على سند من وقوعهما فى غلط فى القانون نتيجة إعمالهما قواعد التخفيض المقررة بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ رغم عدم سريان أحكامه، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه سائغا فى التدليل على أن الاتفاق على تخفيض الأجرة المتعاقد عليها لم يكن من قبيل التحايل على القانون وإنما جاء وليد الغلط فيه ومن ثم يقع باطلا وتكون الأجرة قبل تخفيضها هى المتعين اتخاذها أساسا للتخفيض المقرر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨".

(ب)- "إذا كان الثابت أنه لا أساس لما يتمسك به الطاعن من عدم جواز الدفع بالجهل بالقانون لأن الأمر فى الدعوى لا يدور حول وقوع مخالفة لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام التى يفترض علم كل شخص بها ومن ثم لا يجوز تبريرها بالجهل بهذه القاعدة وإنما يقوم على أساس إعمال قاعدة قانونية خطأ فى غير مجال تطبيقها وهو ما يخضع لقاعدة الغلط فى القانون المنصوص عليها فى المادة ١٢٢ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٦/٧)

٢- (أ)- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة وفقا للمادتين ١٢٠، ١٢٢ من التقنين المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط فى القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان جوهريا ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو من السهل عليه أن يتبينه".

(ب)- "لئن كان يجوز الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية ولا يعد ذلك مخالفة للنظام العام، إلا أنه يعد من قبيل العيب الذى يشوب إرادة العاقدين أن يثبت أن هذا الاتفاق كان وليد غلط فى تبين القانون الواجب التطبيق تحققت فيه الشرائط، وما يجوز معه للمتعاقد طلب إبطاله".

(طعن رقم ٨٤٦ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣)

١٨٥- يشترط لإبطال العقد أن تكون القاعدة القانونية ليست محل خلاف:

القاعدة القانونية التى يجيز الغلط فيها طلب الإبطال، هى تلك القاعدة التى تكون ليست محل خلاف.

أما الغلط فى قاعدة مختلف فيها، بحيث يؤدى إلى ترجيح رأى على آخر خطأ، فلا يعتبر غلطا فى القانون يجيز طلب الإبطال(١).

---

(١) السنهورى ص ٢٥٢ هامش (١) - عبد المنعم الصده ص ١٩٧.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضا التمسك بأنه بنى على حصول غلط فى القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع فى حكم منصوص عليه صراحة فى القانون أو مجمع عليه من القضاء. فإذا حرر أحد منكوبى حريق حدث بقطار سكة حديد الحكومة إقرارا بأنه استلم من خزانة المديرية ١٥٠ جنيها بصفة إحسان، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفها هذا أى حق فى مطالبتها بشىء ما، فهذا الإقرار يعتبر مشوبا بغلط فى القانون. والحكم الذى يعتبره كذلك مستندا إلى أن المقر كان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مسئولة عن الحادث، وأنه إذن يكون قد تنازل عما كان يعتقد أنه لا حق له فيه، هو حكم مخالف للقانون متعين نقضه. وذلك لأن الأمر الذى يحتمل أنه كان يجهله صاحب الإقرار هو المسئولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل فى تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها، وهذه المسئولية لا سند لها فى القانون المصرى بنص صريح فيه أمر بإجماع من جهة القضاء، فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضا المقر، ويتعين بالتالى إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به".

(طعن رقم ٩ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٨/٦/٢)

١٨٦- الاستثناءات على مبدأ طلب الإبطال لغلط فى القانون:

رأينا أن المادة ١٢٢ تنص على أن: "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شرط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين هذا ما لم يقض بغير ذلك".

ومفاد ذلك أنه يجوز بنص فى القانون استثناء بعض العقود من إبطالها لغلط فى القانون.

ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٥٥٦ مدنى من أنه: "لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون".

ومن هذه الاستثناءات أيضا ما يمكن الوصول إليه، تفسيرا للمادة ٢٢٧ من التقنين المدنى، من أنه إذا اتفق على فائدة تزيد على الحد القانونى، اعتقادا من أحد الطرفين أو كليهما بأنها داخلة فيه، فإن الجزاء لا يكون فى إبطال العقد، وإنما فى إنقاص الفائدة إلى الحد القانونى فحسب، وكذلك الشأن إذا أبرم إيجار شىء مما يخضع للتشريع الإيجارى الاستثنائى بأجرة تزيد على الحد القانونى، اعتقادا من المؤجر عن خطأ أن

هذا الشيء لا يخضع لذلك التشريع أو أن الأجرة المتفق عليها تدخل في النصاب القانوني، فلا يكون هنا للمؤجر أن يطلب إبطال الإيجار للغلط، إذا تمسك المستأجر بالامتداد القانوني للإيجار، وإنما تنقص الأجرة إلى الحد القانوني. وسند هذا الحكم أن القانون يحدد تحديدا حصريا الأحوال التي يجوز فيها إخلاء العين المؤجرة من المستأجر، وليس من بينها إبطال العقد لغلط في القانون

وإذا امتنع، استثناء من الأصل العام المقرر بمقتضى المادة ١٢٢، التمسك بالغلط في القانون. فإنه يمتنع بالضرورة التمسك بالغلط في الواقع الذي يؤدي هو إليه[١].



(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص٣٢٠.

مادة (١٢٣)

لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط.

الشرح

١٨٧- الغلط فى الحساب وغلطات القلم:

الغلط الذى يفسد الرضاء ويعيب الإرادة ويكون سببا لإبطال العقد، هو الغلط الجوهرى على نحو ما تناولناه بالمادتين ١٢٠، ١٢١ لأن المتعاقد لو علمه ما أبرم العقد، أما الغلط فى الحساب فإنه لا يبطل العقد بل يبقى العقد صحيحا ولكن يتعين تصحيح الحساب اتفاقا أو قضاء وكذلك فإن غلطات القلم لا تبطل العقد مثلها تماما مثل الغلط فى الحساب، ويجب تصحيح هذا الغلط اتفاقا أو قضاء.

ومثال الخطأ فى الحساب أن يبيع شخص لآخر ٥ أفدنة بسعر ٥٠٠ جنيه للفدان ثم يذكر أن مجموع الثمن المستحق على المشترى ألفا جنيه، بدلا من ألفين وخمسمائة جنيه، أو أن يدفع المشترى من هذا الثمن ألف وخمسمائة جنيه ويتبقى عليه ألف جنيه، فيذكر فى العقد العكس(١).

ومثال غلطات القلم أن يذكر بالعقد اسم أحد المتعاقدين، وكان ظاهرا أن المقصود هو المتعاقد الآخر، فإن هذا الخطأ يصحح ويوضع الاسم الصحيح مكان الاسم الخاطئ.

إنما لا يدخل فى هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن الخطأ ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف المادة ١/١٤ من قانون الإثبات التى تقضى بأن يعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء أو ختم أو بصمة.

والغلط فى الحساب وغلطات القلم يجمعها أنها مجرد خطأ مادى فى العقد، يقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة ذاتها ولا يترتب على تصحيحها

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٢٤.

تعديل موضوع العقد. إذ الفرض أن الرضاء قد قام على الأساس الصحيح، ولكن وقع غلط بعد ذلك فى الحساب أو فى تحرير العقد. فالغلط المادى لا يعدو أن يكون مظهرا غير صحيح لرضاء هو فى ذاته سليم.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يواجه النص حكم الغلط المادى. كالخطأ فى الكتابة أو فى الحساب. وهو غلط غير جوهرى لا يؤثر فى صحة العقد. وإنما يجب تصحيحه. ويسرى هذا الحكم على العقود بوجه عام. وعلى عقد الصلح بوجه خاص. إذ أن التقنين الحالى يختصه بالنص دون غيره"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت المحكمة قد تبينت من واقع الدعوى أن التبايع الذى هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقت عندها إرادة المشترى مع إرادة البائع وأن ما جاء بالعقد خاصا بحدود العين قد شابه غلط فى حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادى الواقع حال تحرير المحرر المثبت لا الغلط المعنوى الواقع حال تكوين الإرادة المفسدة للرضا".

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/١٢/١٦)

١٨٨- قد يؤدى الخطأ المادى إلى غلط آخر يشوب الرضا :

إذا كان الخطأ المادى لا يؤثر فى الرضاء ولا يمس صحة العقد، إلا أنه قد يجر إلى غلط آخر يشوب الرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال. ومثال ذلك أن يعمد شخص إلى حساب قيمة تكلفة السلعة حتى يحدد ثمن بيعها فيخطئ الحساب، ويصل إلى تقدير سعر لبيع السلعة، فى حين أنه ما كان ليقبل البيع به، لو أنه لم يخطىء، فى مثل هذه الحالة يؤدى الغلط فى الحساب إلى الوقوع فى غلط يشوب الرضاء، وهو غلط فى قيمة الشيء. ومؤدى هذا الغلط الأخير أن يجعل العقد قابلا للإبطال، مادام هو جوهريا، ومتصلا بالمتعاقد الآخر(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٦٥.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٢٤ وما بعدها.

مادة (١٢٤)

١- ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية.

٢- ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذى قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.

الشرح

١٨٩- عدم التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية:

استحدث الشارع نص المادة ١٢٤ فى التقنين المدنى الجديد، فخفف به من حدة الطابع الذاتى فى الغلط.

ويبين من الفقرة الأولى من هذا النص أن حق التمسك بالغلط يصبح غير جائز إذا كان يتعارض مع مقتضيات حسن النية.

ويراعى أنه ليس يقصد بحسن النية، حسن النية المقابل لسوء النية، بل يقصد به نزاهة التعامل[١]. وهذا النص تطبيق خاص لنظرية إساءة استعمال الحق، إذ لا يجوز لمن له الحق فى طلب إبطال العقد للغلط أن يتشبث به إذا كانت علة تمسكه به قد زالت بحصوله على ما كان يبغى من تعاقده. فلو أن شخصا قبل حوالة حق لم يحل موعد استحقاقه لاعتقاده أنه مضمون برهن، ثم تبين له أن المنزل المرهون كان قد احترق، فعرض عليه المحيل أن يرتب رهنا على عقار له ضمانا للوفاء بالحق المحال، فإن هذا الشخص لا يجاب إلى طلب الإبطال، لأن هذا الطلب يتعارض حينئذ مع ما يقضى به حسن النية[٢].

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٥٨ – وقد قرر الدكتور بغدادى حال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (محضر الجلسة التاسعة): "وقد اختار المشرع هذا النص من نص المادة ٢٥ من قانون الالتزامات السويسرى لأنه أظهر وأوضح من النص البولونى وليس المقصود هنا بحسن النية حسن النية الذى يتعارض مع سوء النية وإنما المقصود به نزاهة التعامل .... الخ (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٦٩).

(٢) عبد المنعم الصده ص١٩٧ – السنهورى ص٢٦٠.

أو أن يشترى شخص ساعة من ماركة معينة، اعتقادا منه أنها من الذهب الخالص حالة كونها من النحاس، فيصر على التخلص من الصفقة كلية، برغم أن البائع يعرض عليه الثمن الذى دفعه كاملا.

ولما كان النص المذكور تطبيقا من تطبيقات نظرية عدم جواز التعسف فى استعمال الحق، فإنه لا يجوز التمسك بالإبطال إذا كان من شأنه تحقيق مصلحة غير مشروعة، كما لو وقع الغلط فى عقد عمل بشأن ديانة العامل أو نشاطه النقابى فأبرم رب العمل العقد معتقدا أن العامل من دين معين أو ليس له نشاط نقابى فاتضح له خلاف ما اعتقد. ذلك أن إبطال العقد هنا يتعارض مع مقتضيات النظام العام، أى يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة(١).

١٩٠- تطبيق هام وارد بالفقرة الثانية من المادة:

أوردت الفقرة الثانية من النص تطبيقا هاما للمبدأ الذى تنص عليه الفقرة الأولى منه، إذ قضت بأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط يبقى ملزما بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد. وذلك لأن علة الحق فى طلب الإبطال أن العاقد لو تبين الأمر على حقيقته ما تعاقد. فإذا زالت هذه العلة فلا وجه للتمسك بالإبطال. ففي مثال شراء الساعة سالف الذكر، إذا عرض البائع على المشترى الساعة الذهبية التى كان يبتغيها من تعاقده فإن هذا الشخص يظل مرتبطا بعقد البيع(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"١- أبيح لمن وقع فى الغلط أن يطلب بطلان العقد، لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديرا معقولا، تلك علة حق التمسك بالبطلان، وهى بذاتها مرجع حدوده، فمتى كان من المحقق أن العاقد قد أراد أن يبرم عقدا، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد بصرف النظر عن الغلط. مادام أن العاقد الآخر قد أظهر استعداده

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٣٩٣.

(٢) عبد المنعم الصده ص١٩٨ وجاء بتقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن مشروع المادة: "قررت أغلبية اللجنة بقاء المادة على أصلها مع ملاحظة أن الفقرة الأولى تتضمن قاعدة عامة والفقرة الثانية إن هى إلا تطبيق لها وهذه المادة تقابلها المادة ٢٥ من قانون الالتزامات السويسرى .....الخ".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٩)

لتنفيذه. وعلى ذلك يظل من يشترى شيئا معتقدا خطأ أن له قيمة أثرية، مرتبطا بعقد البيع، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء، الذى انصرفت نيته إلى شرائه. ويقارب هذا الوضع ما يتبع فى تحويل العقود، كما سيأتى بيان ذلك.

٢- وقد أخذ المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسرى (م٢٥) على أن هذا التقنين قد بدأ بالنص بصيغة عامة على عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقتضيه حسن النية، ثم عقب على ذلك بإيراد التطبيق الذى تقدمت الإشارة إليه.

أما التقنين البولونى (م٣٨) فقد اقتصر على إيراد التطبيق، دون المبدأ، إذ نص على أنه: "لا يجوز لمن وقع فى غلط أن يتحلل مما يكون للتعبير الصادر عن إرادته من آثار قانونية، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لأن ينفذ التعاقد كما كان يرتضيه الأول لو لم يحصل الغلط". بيد أن نص التقنين السويسرى أقل غموضا. وهو بعد يقرر مبدأ عاما.

ويهيئ بهذا نظاما أرحب لإعمال الأحكام المتعلقة بحسن النية، فيجاوز بذلك حدود الخصوصيات".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٦٧ وما بعدها)



مادة (١٢٥)

١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد.

٢- ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

الشرح

إبطال العقد للتدليس:

١٩١- تعريف التدليس:

التدليس – وهو ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى التغرير – هو استعمال الحيلة والخداع بقصد إيهام الشخص بغير الحقيقة وإيقاعه فى غلط يدفعه إلى التعاقد. فالعلاقة واضحة إذن بين الغلط والتدليس، فالغلط يتولد فى ذهن الشخص تلقائيا، أما الغلط الناشئ عن التدليس فهو غلط، قصد المدلس إيقاع المتعاقد الآخر فيه وذلك عن طريق الحيلة والخداع. فالتدليس لا يعد عيبا مستقلا من عيوب الإرادة، فهو فى حقيقة الأمر ليس إلا غلطا مستثارا ولده التدليس وليس غلطا تلقائيا.

والتدليس فى ذاته لا يعيب الإرادة وإنما الذى يعيبها هو الغلط الناشئ عنه.

والتدليس باعتباره قد تم عن طريق الحيلة والخداع، فهو يعتبر فى ذاته عملا غير مشروع، وبالتالى يرتبط التدليس بنظرية المسئولية التقصيرية. فباعتباره عملا غير مشروع، فإنه يوجب على الطرف المدلس تعويض الطرف الآخر(١).

١٩٢- الفرق بين التدليس والغش:

يتميز التدليس عن الغش فى أن التدليس يصيب الإرادة عند تكوين العقد، فهو الذى يدفع إلى التعاقد. أما الغش فهو كل تضليل أو خدعة تقع فى غير هذه الحالة، ويحصل إضرارا بحق مكتسب، كأن يقع مثلا أثناء تنفيذ العقد(٢).

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٥٨ وما بعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٣٩٣ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم الصده ص١٩٨.

١٩٣- شروط التدليس:

يبين من نص المادة (١٢٥) أنه يشترط للتدليس توافر ثلاثة شروط هى:

١- استعمال طرق احتيالية.

٢- أن تكون الطرق الاحتيالية هى الدافع إلى التعاقد.

٣- أن تصدر الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر أو نائبه، أو من الغير إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بهذا التدليس.

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى:

الشرط الأول:

استعمال طرق احتيالية:

يشترط لقيام التدليس أن تستعمل طرق احتيالية تولد الغلط فى ذهن المتعاقد فتخفى الحقيقة.

ويقوم هذا العمل من جانب المدلس على عنصرين:

عنصر مادى وعنصر معنوى، نعرض لهما فيما يلى.

العنصر الأول: العنصر المادى:

العنصر المادى هو لجوء المدلس إلى حيل لإخفاء الحقيقة.

والحيل هى الأدوات أو الوسائل التى يقوم بها المدلس لكى يصل إلى تضليل المتعاقد.

وهذه الحيل لا يمكن حصرها أو تعدادها فهى تختلف باختلاف الخادع والمخدوع، الأول من حيث دهائه والثانى من حيث غبائه(١).

فقد تكون هذه الحيل باصطناع المدلس لمستندات أو محررات مزورة أو انتحال شخصية أو صفة رجل آخر أو الظهور بمظهر اليسار أو تقديم كشوف حساب مزورة من البنك.

وهذا كله وغيره يصلح حيلة فى القانون الجنائى يتوافر بها جريمة النصب حيث يشترط أن تكون الطرق الاحتيالية عنصرا مستقلا يؤيد الكذب. ومن باب أولى يصلح

---

(١) الأستاذ حلمى بهجت بدوى أصول الالتزامات الجزء الأول فى نظرية العقد ١٣٦٢هـ - ١٩٤٣ ص٢٠١.

حيلة فى التدليس المدنى. غير أنه لا يشترط فى التدليس المدنى أن تكون الطرق الاحتيالية عنصرا مستقلا يؤيد الكذب[١] ، فقد يكون الكذب وحده أو مجرد الكتمان – كما سنرى – كافيا لتكوين التدليس المدنى. إذ العبرة فى هذا الشأن بأن تكون الطريقة التى لجأ إليها المدلس قد خدعت المتعاقد فدفعته إلى التعاقد[٢].

والمعيار هنا شخصى وليس موضوعى أى ينظر إليه من خلال ذات الشخص الذى وجهت إليه الحيلة بقصد تضليله، فإذا كان التدليس قد انطلى عليه، اعتبر التدليس قائما، حتى لو كان من شأنه ألا ينطلى على غيره من الناس.

ولكن ينبغى مع ذلك أن تصل الحيلة إلى حد معقول من الجسامة بالقدر الذى يمكن معه أن تعتبر حيلة، فأحكام التدليس لا تحمى المفرطين فى البساطة والسذاجة، وإنما أمثال هؤلاء قد يكون لهم أن يجدوا الحماية القانونية فى نظام الحجر للغفلة أو فى نظام استغلال الطيش البين.

ومعيار الحد المعقول من الجسامة الذى يلزم أن تتصف به الحيلة حتى تصل إلى مرتبة التدليس، هو تجاوز الأمور العادية المألوفة فى التعامل، فإذا كانت الحيلة قد تجاوزت الأمور العادية المألوفة فى التعامل بين الناس أمكن لها أن تصل إلى مرتبة التدليس، وإلا فلا[٣].

ويراعى فى هذا المعيار ظروف المتعاقد كسنه وجنسه ودرجة تعليمه وغير ذلك[٤].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يشترط فى التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له، أن ينطوى على "حيل" بيد أن هذه الحيل تختلف عن سميها فى النصب الجنائى، إذ يكفى فيها مجرد الامتناع من جانب العاقد: كسكوته عمدا عن واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر. والواقع أنه ليس ثمة تطابق بين تعريف التدليس المدنى وتعريف التدليس الجنائى. ومهما يكن من أمر فليس ينبغى أن يعتد فى

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٦٠ – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٢٩٥.

(٢) عبد المنعم الصده ص١٩٩.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٣٣ وما بعدها.

(٤) سمير تناغو ص٥٧.

تقدير التدليس بما يسترسل فيه المتعاقدان من آراء، بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة من الضبط والتخصيص. (أنظر المادة ٦٦٧ من التقنين الألمانى)[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "لما كان الإقرار قضائيا كان أو غير قضائى يتضمن نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه فإنه بهذه المثابة ينطوى على تصرف قانونى من جانب واحد ويشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية فيجب أن يكون صادرا عن إرادة غير مشوبة بأى عيب من عيوب الإرادة ومن ثم فإذا شاب الإقرار تدليس كان قابلا للإبطال وحق للمقر الرجوع فيه".

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

٢- "إذا كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض، أنه يشترط فى الغش والتدليس، وعلى ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى، أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا، وكان الحكم قد فهم واقعة الدعوى، ثم عرض لما طرأ على المتعاقدة بسبب فقد ولدها وأبنائه جميعا واستبعد أن يكون ما أولته إياها المتعاقد معها – وهى ابنتها – من عطف وكذلك عطف شقيقاتها، هو من وسائل الاحتيال، بل هو الأمر الذى يتفق وطبيعة الأمور، وأن ما يغايره هو العقوق، كما استبعد أن تكون التصرفات الصادرة من الأم لبناتها – بعد وفاة ولدها الوحيد – قد قصد بها غرض غير مشروع، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٧٢/٢/٨)

٣- "يشترط فى الغش والتدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا. ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن التدليس قد توافر فى جانب الطاعنة – الشركة البائعة – لمجرد أنها أعلنت فى الصحف أن الحصة المبيعة تغل ريعا قدره ٣١ جنيها و٧٥٠ مليما شهريا مع علمها أنها لا تغل سوى مبلغ ٢٩ جنيها و٢٧٣ مليما وأن هذا التدليس وإن لم يدفع على التعاقد إلا أنه أغرى المطعون عليه وزوجها –

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٧٢.

المشترين – على قبول الارتفاع فى الثمن عن طريق المزايدة، وإذ كان هذا الإعلان وحده مع التسليم بأنه غير متفق مع الحقيقة لا يفيد بذاته توافر نية التضليل لدى الشركة وأنها تعمدت النشر عن بيانات غير صحيحة بشأن ريع العقار بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع، وبالتالي فإنه لا يكفى لاعتباره حيلة فى حكم المادة ١٢٥ من القانون المدنى، ولما كانت الطاعنة فوق ما تقدم قد تمسكت فى مذكرتها المقدمة إلى محكمة الاستئناف بأن الإعلان عن البيع تم صحيحا لأن ريع الحصة المبيعة طبقا لمستنداتها تبلغ ٣١ جنيها و ٧٥٠ مليما كما نشر فى الصحف، غير أن الحكم التفت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه أو الرد عليه من أنه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى. لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه – إذ قضى بإنقاص الثمن وإلزام البائعة برد الزيادة إلى المشترين – يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور يبطله".

(طعن رقم ٦٢٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١)

٤– "التدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تدفع المتعاقد إلى إبرام التصرف الذى انصرفت إرادته إلى إحداث أثره القانونى فيعيب هذه الإرادة، أما الحصول على توقيع شخص على محرر مثبت لتصرف لم تنصرف إرادته أصلا إلى إبرامه فإنه يعد تزويرا تنعدم فيه هذه الإرادة ولو كان الحصول على هذا التوقيع وليد طرق احتيالية. لما كان ذلك وكان دفاع الطاعنة أمام محكمة الموضوع قد قام على أن المطعون ضدها تمكنت فى غفلة منها من الحصول على توقيعها على المحرر المتضمن للعقد موضوع الدعوى بعد أن أوهمتها أنه إحدى أوراق تسجيل عقد آخر كانت قد أبرمته معها، فإن هذا الدفاع فى تكييفه الصحيح يكون ادعاء بتزوير معنوى، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأطرح هذا الدفاع لعدم إبدائه بالطريق المرسوم له قانونا يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم ١٠٥٠ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/٥/٨)

٥– "يشترط فى الغش والتدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا".

(طعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩)

ونعرض فيما يلى للكذب والكتمان:

١- الكذب:

الأصل أن مجرد الكذب لا يكفى لقيام التدليس، كما فى حالة التاجر الذى يبالغ فى مدح بضاعته إلى حد الكذب، مادام أن هذا مألوف فى التعامل.

وهذا الكذب يطلق عليه الرومان التدليس المشروع(١).

لكن إذا انصب الكذب على واقعة معينة لها اعتبارها فى التعاقد فإنه يعتبر تدليسا. ويتحقق ذلك حين يكون على المدلس أن يدلى ببيانات لها أهمية خاصة فى التعاقد، كأن يعطى شخص بيانات غير صحيحة عن كفايته وخدماته السابقة بقصد التحايل للحصول على عمل. أو يدلى شخص ببيانات كاذبة لشركة التأمين لإخفاء مدى الأخطار التى تتعرض لها الشركة، كما لو ذكر أنه مزارع وهو بحار، أو أعطى بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها(٢).

وكذلك يعتبر تدليسا إذ أكد البائع وجود صفة خاصة بالمبيع للفت نظر المشترى إليه ثم تبين عدم صحتها(٣).

٢- الكتمان:

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ مدنى على أن:

"ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

فالأصل أن الكتمان لا يكون تدليسا، إذ المتعاقد ليس ملزما بإخبار من يتعاقد معه بكل ما يعرف من ملابسات التعاقد حتى يتدبر الأمر قبل أن يمضى فى التعاقد، ولو أنه ألزم بشئ من ذلك لكان فى حرج شديد، وما على المتعاقد إلا أن يأخذ حذره وأن يحتاط لنفسه(٤).

---

(١) الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات النظرية العامة ص١٢١.

(٢) السنهورى ص٢٦٤ هامش (٢) – عبد المنعم الصده ص١٩٩ وما بعدها.

(٣) عبد السلام ذهنى ص١٢١.

(٤) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٦١ – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٣٩٥ وما بعدها.

ولكن إذا تعلق الأمر بأمور جوهرية يجب الإفصاح عنها بحسب المألوف فى التعامل، فإن كتمان هذه الأمور ممن يملك الكشف عنها يعد تدليسا.

وقد يكون مصدر التزام المتعاقد بالإدلاء بهذه المعلومات هو نص القانون، ومثل ذلك ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٥٢ مدنى من التزام المؤمن له فى عقد التأمين بأن يقدم للمؤمن جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه. وقد يكون مصدر هذا الالتزام نصا فى العقد، أو بأن تكون طبيعة العقد تقتضى ذلك كعقد الوكالة والشركة.

وقد يكون مصدر هذا الالتزام بصفة عامة، هو أن أحكام القانون تقضى بعدم جواز الغش وبأن الغش يفسد كل أمر كأن يبيع شخص عقارا ويكتم عن المشترى أن العقار قد شرع فى نزع ملكيته للمنفعة العامة.

ويجب لاعتبار الكتمان تدليسا، أن يكون محل الكتمان واقعة خطيرة بحيث تؤثر فى إرادة المتعاقد، وأن يكون المتعاقد قد تعمد هذا الكتمان، ولم يكن هذا الكتمان وليد سهو أو نسيان، وأن يكون المتعاقد الآخر جاهلا للأمر المكتوم أو لا يستطيع أن يعرفه عن طريق آخر(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة أرض رسا مزادها على المقتسمين لما شاب رضا أحد طرفى القسمة من تدليس بانيا ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد فى أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه على الوقف الذى كان يدعى استحقاق بعض هذه الأرض وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من هذه الأرض فى ملكيته وما يخرج عنها، وأنه أخفى هذا عن قسيمه بل أفهمه وهو يجهل مواقع الأطيان المدعى استحقاقها ونسبتها للأرض المشتركة غير ما علم كى يختص هو فى عقد القسمة بما يخرج معظمه عن ملك الوقف ويختص قسيمه بما سيكون مآله الاستحقاق، ففى هذا الذى أثبته الحكم ما يكفى لاعتباره فى حكم المادة ١٣٦ مدنى (قديم) حيلة تفسد رضا من خدع بها".

(طعن رقم ٦٩ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١)

---

(١) السنهورى ص٢٦٦ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٦١- الدكتور جلال على العدوى أصول المعاملات طبعة ١٩٦٧ ص١٧٥.

٢- "متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعنين باعا إلى المطعون عليه الأول محلا تجاريا ومعداته، وكان قد صدر حكم بإغلاق المحل قبل حصول البيع لإدارته بدون ترخيص، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ البيع وإلزام البائعين متضامنين بأن يردا إلى المشترى ما قبضاه من الثمن مع الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة الرسمية حتى الوفاء أقام قضاءه على ما وقع من البائعين من تدليس على المشترى بكتمانهما عنه عند التعاقد أمر الحكم الصادر بإغلاق المحل فإنه يكون غير منتج مما ينعاه الطاعنان على هذا الحكم من أنه أغفل الاعتبار بعلم المشترى عند شرائه بأن الدكان غير مرخص والتزامه بالسعى للحصول على رخصه ذلك أن علم المشترى بأن المحل غير مرخص مسألة أخرى أدخلها فى حسابه وسعى من أجلها فى الحصول على الرخصة وهى مسألة تختلف عن صدور حكم قبل البيع بإغلاق المحل".

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٥/١٥)

٣- (أ)- "النص فى المادة ١٢٥ من التقنين المدنى – يدل على أن الحيلة غير المشروعة التى يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية أو أن تكون سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر متى كان هذا الأمر يبلغ حدا من الجسامة بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم على التعاقد بشروطه".

(ب)- "إذا كان دفاع الطاعن فى الدعوى قد قام على أن الدافع على شرائه العقار بالثمن المتفق عليه هو الانتفاع به خاليا من شاغله اعتمادا على ما ورد بالعقد من أن هذا العقار مؤجر مفروشا وهو ما يعنى إمكانية إخلاء مستأجره منه لعدم تمتعه بميزة الامتداد القانونى المقررة فى قوانين إيجار الأماكن وأنه – أى الطاعن – قد تبين له بعد التعاقد أن هذا العقار مؤجر خاليا وقد حكم نهائيا برفض دعوى الإخلاء التى أقامها المطعون ضده على المستأجر لثبوت أن العقار مؤجر له خاليا وذلك قبل إبرام العقد بما يجاوز سنة وأن المطعون ضده قد دلس عليه بما أثبته على خلاف الحقيقة فى عقد البيع من أن العقار مؤجر مفروشا وبتعمده كتمان سبق صدور حكم نهائى برفض دعوى إخلاء المستأجر لاستئجاره العقار خاليا مع أنه لو علم بهذا الأمر لما أقدم على إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه، وهو منه دفاع جوهرى قد يتغير به – إن صح – وجه الرأى فى الدعوى، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه بعد أن حصل دفاع الطاعن على هذا النحو أورد فى خصوص انتفاء التدليس قوله

"الواضح من بنود عقد البيع سند التداعى أن المستأنف المشترى – الطاعن – أقر صراحة فى البند الثالث أنه عاين العقار المشترى ويعلم أنه مؤجر إلى المرحوم ..... وأن قضايا الإخلاء المرفوعة من البائع بإخلاء ورثة المستأجر باعتباره، مؤجرا مفروشا وباعتبارهم غير مصريين، وأنه أقر أيضا أنه وشأنه مع المستأجر فى موضوع الإخلاء سواء رضاء من ماله الخاص أو قضاء بمعرفته، وهذا الذى أقر به المستأنف صراحة فى عقد البيع قاطع الدلالة على أنه إذ عاين العقار المبيع يعرف تماما أنه مؤجر للمرحوم ..... وأن قضايا إخلاء رفعت على الورثة لإخلائهم وأن من حقه إخلاءهم رضاء من ماله الخاص أو قضاء بمعرفته بما مفاده أن أمر إيجار العقار المبيع وظروف الإيجار كانت مطروحة على بساط البحث وقت تحرير عقد البيع بما يتنافى معه القول بأن البائع قد استعمل طرقا احتيالية وأخفى عنه الحقيقة" وهو ما يبين منه أن الحكم المطعون فيه قد استدل على انتفاء التدليس بمجرد علم الطاعن – أخذا بما ورد بالعقد – أن العقار المبيع مؤجر لآخر وأن هناك قضايا إخلاء رفعت على ورثة المستأجر لإخلائهم من العين، وكان هذا الرأى الذى أورده الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه ولا يصلح ردا على ما تمسك به الطاعن من تدليس ذلك أن علمه بتأجير العقار المبيع وبرفع قضايا لإخلاء ورثة المستأجر أو عدم علمه بذلك ليس هو موطن التدليس المدعى به على النحو المتقدم. فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعن ببحث دفاع الطاعن على وجهه الصحيح ورتب على ما خلص إليه من انتفاء التدليس قضاءه برفض الدعوى يكون فضلا عن قصوره فى التسبيب قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨)

٤- "إن النص فى المادة ١٢٥ من القانون المدنى على أن "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" – مؤداه أن المشرع اعتبر مجرد كتمان العاقد واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة من قبيل التدليس الذى يجيز طلب إبطال العقد إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمدا".

(طعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٧)

٥- "المقرر فى قضاء محكمة النقض – أنه يعتبر تدليسا عن واقعة ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة وأن الحيلة غير المشروعة التى يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية أو تكون سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر متى كان هذا الأمر يبلغ حدا من الجسامة بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم على التعاقد بشروطه".

(طعن رقم ٤٣١ لسنة ٦٦ق "أحوال شخصية" جلسة ٢٠٠١/٤/٢٨)

والتدليس الصادر من قاصر لا يكفى فيه كتمان سبب نقص أهليته، بل ولا كذبه بقوله أنه بالغ.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويض عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التى تعاقد معه عليها ودفع له جزءا من ثمنها، مدعيا أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية فى حين أنه كان محجورا عليه، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروفها ووقائعها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشترى بأنه كامل الأهلية وهذا لا يعدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفه شخصيا، فلا شأن لمحكمة النقض معها فى ذلك مادامت الوقائع الثابتة فى الدعوى مؤدية عقلا إليه".

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

العنصر الثانى: العنصر المعنوى:

يجب أن يكون استعمال المدلس للحيل بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع. فإذا لم توجد نية التضليل فلا يكون هناك تدليس. كما فى حالة التاجر الذى يمتدح بضاعته، حتى لو وصل إلى حد الكذب، لأن هذا مقصود به الترويج للبضاعة لا التضليل، فوق أنه مألوف فى التعامل كما ذكرنا سلفا.

وإذا توفرت نية التضليل فلا يكون هناك تدليس إلا إذا كان المراد من التضليل هو الوصول إلى غرض غير مشروع، أى حمل المتعاقد على إبرام تصرف لا يتفق مع

مصلحته فإذا كان الغرض مشروعا فلا يقوم التدليس. كما لو تبين المودع أن المودع عنده غير أمين فاستعمل طرقا احتيالية للحصول منه على إقرار بالوديعة(١).

الشرط الثانى:

أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

يجب أن يكون التدليس هو الذى دفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد، بمعنى أن تكون الحيل قد أوجدت فى نفسه هذا الوهم فحملته على التعاقد.

والمعيار هنا معيار شخصى، فيرجع إلى حالة المدلس لمعرفة مبلغ ما أحدثته الحيلة فى إرادته هو بالذات، وهل هى التى حملته على التعاقد أم لا.

ولا شك أن الناس تختلف من حيث تأثرها بالحيلة اختلافا بينا، فالجاهل تسهل خديعته أكثر من المتعلم، والمرأة أكثر من الرجل، وذات الحجاب أكثر من السافرة، كما أن صلة القرابة أو الصداقة بما تولد من ثقة قد تسهل التدليس. وقاضى الموضوع هو الذى يقضى فى ذلك بغير رقيب(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"وإذا كان شأن تقدير أثر التدليس فى نفس العاقد المخدوع، وما إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع، وكان يبين من الحكم المطعون فيه، أنه استظهر الظروف الذاتية للمتعاقدة والتى ألمت بها إثر وفاة ولدها الوحيد وجميع أبنائه فى حادث الباخرة دندره، واستبعد الحكم أن يكون عطف المتعاقدة معها – وهى ابنتها – وكذلك عطف بناتها الآخريات، على والدتهن فى محنتها، من الوسائل الاحتيالية المعتبرة ركنا فى التدليس المفسد للعقود، كما استبعد الحكم ما أثير بشأن وجود ختم للمتعاقدة مع زوج المتعاقدة معها، وأن هذه الأخيرة انتهزت هذه الفرصة، فوقعت بذلك الختم على العقدين موضوع النزاع، وذلك لعدم اتخاذ طريق الطعن بالتزوير على هذين العقدين، واستبعد الحكم أيضا ما ادعته الطاعنات من وقوع إكراه أدبى على المتصرفة أدى إلى التعاقد، واستخلص ذلك من أن الطاعنات لم تقلن

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٠١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٥٩.

إن المتصرف إليها لجأت إلى تهديد المتصرفة بخطر جسيم، فإن ما قرره الحكم يكفى لحمل قضائه فى نفى التدليس والإكراه الأدبى".

(طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٢/٢/٨)

١٩٤- التدليس غير الدافع:

يفرق بعض الفقهاء بين التدليس الدافع، أى التدليس الذى أوجد فى نفس المتعاقد الآخر الوهم، فحمله على التعاقد، وهذا التدليس الدافع يجعل العقد قابلا للإبطال. وبين التدليس غير الدافع، وهو الذى لا يدفع إلى التعاقد، وإنما يؤدى إلى قبول التعاقد بشروط أبهظ. أى يجعل العقد أثقل عبئا دون أن يكون هو الذى حمل على التعاقد، وهذا التدليس فى رأيهم لا يجعل العقد قابلا للإبطال وإنما يقتصر أثره على إعطاء الحق فى المطالبة بالتعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية. ومثال ذلك أن يقدم بائع العقار إلى المشترى عقود إيجار مصطنعة كى يوهمه أن ريع العقار مرتفع، فإذا أدى هذا بالمشترى إلى دفع ثمن أعلى مما كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر حق له أن يطلب تعويضا من البائع هو مقدار الزيادة فى الثمن الذى ترتبت على هذه الحيلة. ولكن لا يجوز له طلب إبطال العقد(١).

إلا أن الرأى الراجح لا يأخذ بهذه التفرقة، تأسيسا على أن التدليس الذى يغرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط، ولا يمكن فصل

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٠١ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٦٣ – وقد جاء فى المشروع التمهيدى نص يأخذ بهذا الرأى، هو نص المادة ١٧٥ منه الذى جاء به:

"التدليس الذى يجعل العقد أثقل عبئا، دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد، لا يعطى للمدلس عليه إلا الحق فى المطالبة بالتعويض".

وعلقت مذكرة المشروع التمهيدى على هذا النص قائلة: "إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد وإنما اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقرا مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع، فلا يعتبر عيبا من عيوب الرضاء، بل يعتبر تقصيرا أو خطأ من جانب المدلس، تترتب عليه مسئوليته ويعطى الحق فى طلب التعويض، سواء أوقع التدليس من أحد العاقدين أم من أجنبى عن العقد" إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص اعتبارا منها بأنه يقرر حكما تكفى فيه قواعد المسئولية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٧٥)

الإرادة فى ذاتها عن الشروط التى تحركت الإرادة فى دائرتها. فالتدليس هنا أيضا يعيب الإرادة، والعاقد المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقيه مكتفيا بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس. وهو إذا اختار الإبطال بقى فى دائرة العقد، وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسئولية التقصيرية.

وكل تدليس له هذان الوجهان، سواء فى ذلك ما سمى بالتدليس غير الدافع وما سمى بالتدليس الدافع(١).

الشرط الثالث:

أن تصدر الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر أو نائبه، أو من الغير إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بهذا التدليس:

وسنكتفى هنا بتناول التدليس الذى يصدر من المتعاقد الآخر أو من نائبه، أما التدليس الذى يصدر من الغير فنرجئ الحديث عنه إلى شرح المادة التالية.

فالطرق الاحتيالية كما تصدر من المتعاقد الآخر، يجوز أن تصدر من نائبه، سواء كان نائبا قانونيا كالولى والوصى والقيم أو قضائيا كالحارس القضائى أو أمين التفليسة أو اتفاقيا (الوكيل).

غير أن الفقه يتوسع فى معنى النائب – فى هذا المجال – ليشمل كل من يعمل لصالح المتعاقد الآخر أو يعاونه بتكليف منه، كالسمسار الذى يكلفه بالعمل على إجراء الصفقة، وكتابعه الذى يعمل لحسابه(٢). وأنه لا صعوبة بالنسبة إلى السمسار المكلف.

فمادام العاقد قد لجأ إليه وكلفه بإبرام الصفقة، فإنه يتحمل نتيجة ما يلجأ إليه من الغش والخديعة بالنسبة إلى إبطال العقد، اعتبارا بأنه فى حكم نائبه. أما بالنسبة إلى التابع، فالأمر أكثر سهولة، لأن المتبوع إن لم يسأل عن تدليس تابعه باعتباره فى حكم نائبه إعمالا للمادة ١/١٢٥ فإنه يمكن مساءلته عنه وإبطال العقد بسببه، تأسيسا على مسئولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه (م١٧٤)، اعتبارا بأن الإبطال هنا يتمثل تعويضا عينيا مناسبا عن الضرر الذي يلحق العاقد المدلس عليه(٣).

---

(١) السنهورى ص٢٦٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٤٦ – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٣٩٧ وما بعدها.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٤١ – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٦٥.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٤١ – ويبدو أن الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى لا تأخذ بهذا التوسع فى مدلول "النائب" فحال مناقشة المادة (١٢٦) بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ =

١٩٥- إثبات التدليس:

يقع عبء إثبات التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه أو افتراض علمه به إذا كان واقعا من الغير – كما سنرى فى شرح المادة التالية – على عاتق المتعاقد المدلس عليه والذى يتمسك بإبطال العقد(١).

ويجوز إثبات التدليس بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتدليس مكتوبا لأن التدليس واقعة مادية.

ووقوع التدليس مسألة موضوعية، لقاضى الموضوع فيها الرأى النهائى. ولكن الوصف القانونى لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، وذلك كالبت فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفى للتدليس، وفيما إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر فى صحة العقد – كما سنرى(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ) "إذا كانت الوقائع التى استعرضتها محكمة الموضوع وبنت عليها القضاء ببطلان العقد قد توافرت معها توافرا تاما أركان التدليس التى تتطلبها المادة ١٣٦ من القانون المدنى فقضاؤها صحيح والطعن فيه بطريق النقض متعين الرفض".

(ب)- "إذا أخطأت المحكمة فى بعض أسباب الحكم خطأ قانونيا لم يكن له تأثير فى سلامة الحكم، فلا موجب لنقضه بسبب وقوع هذا الخطأ. فإذا اعتبرت المحكمة عقد البدل المشوب بالغبن باطلا وأخطأت فى أن اعتبرت أن سبب هذا البطلان هو فقد الأهلية وأنه بطلان لا تلحقه الإجازة، ولكنها عادت بعد ذلك فقالت إن تنفيذ البدل والاستمرار فيه حتى توقيع الحجر على المتبادل الذى وقع عليه الغش كان تحت تأثير الغش الواقع عليه، ثم حكمت بناء على ذلك فى الدعوى بإبطال البدل، كان حكمها صحيحا".

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٣/٥/١٨)

= تساءل معالى حلمى عيسى باشا عن كيفية وقوع التدليس من غير المتعاقدين فأجابه سعادة علوبة باشا بأن هذا يتصور فى حالة سمسار يتوسط فى صفقة بين متعاقدين (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٧٧).

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٤١.

(٢) السنهورى ص٢٦٢ هامش (٣).

٢- "من أركان التدليس – على ما عرفته به المادة ١٣٦ من القانون المدنى – أن يكون ما استعمل فى الخدع "حيلة" وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا، وكلا هذين الركنين ينبئ عن العمد وسوء النية. ومراقبة التكييف فى هذين الركنين على الأقل هى من خصائص محكمة النقض فلمحكمة النقض أن تنقض الحكم المطعون فيه إذا أسس على عدم وجود توافر سوء النية فى التدليس السلبى".

(طعن رقم ٤٧ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٦/٢/٢٠)

٣- "يشترط فى الغش والتدليس – على ما عرفته به المادة ١٣٦ من القانون المدنى – أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة وحيلة غير مشروعة. ومحكمة الموضوع هى التى تستظهر توافر هذين العنصرين من وقائع الدعوى. ولا شأن لمحكمة النقض معها مادامت الوقائع تسمح بذلك".

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٧/١١/١١)

٤- "متى كانت المحكمة قد نفت لأسباب سائغة فى حدود سلطتها التقديرية وقوع إكراه مؤثر على إرادة البائع أو تدليس مفسد لرضائه فإنها لا تكون ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها فى حاجة إليه".

(طعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١٢/١٥)

٥- "إثبات علم المدلس عليه أو عدم علمه – بوقائع التدليس – من مسائل الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع".

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

٦- "تقدير أثر التدليس فى نفس العاقد المخدوع وما إذا كان هو الدافع إلى التعاقد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع".

(طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٢/٢/٨)

٧- "استخلاص عناصر التدليس الذى يجيز إبطال العقد من وقائع الدعوى وتقدير ثبوته أو عدم ثبوته هو – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع، دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض مادام قضاؤها مقاما على أسباب سائغة".

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٣/١٣)

٨- "لقاضى الموضوع السلطة التامة فى استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به وما لا يثبته دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا".

(طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٦/١/٥)

٩- "يشترط فى الغش والتدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا".

(طعن رقم ٦٢٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١)

١٠- "استخلاص عناصر الغش الذى يبطل التصرفات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من المسائل الواقعية التى تقدرها محكمة الموضوع استظهارا من وقائع الدعوى، كما أن تقدير ما يثبت به هذا الغش وما لا يثبت به يدخل فى سلطتها التقديرية دون رقابة من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحلمه".

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٧ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٥)

١١- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع ولم يكن فى أوراق الدعوى والأدلة المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها، وإن كان يجوز للطاعن أن يثبت بالبينة أن إقرار التنازل الصادر منه للمطعون ضده الأول قد صدر منه عن تدليس، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بهذا الدفاع وطلب إثبات ذلك بالبينة فإن الحكم إذ لم يعرض لهذا الدفاع وعرض لدفاعه المبنى على الغلط والغبن دون التدليس فإنه يكون معيبا بالقصور الذى يوجب نقضه".

(طعن رقم ٦٣٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٤)

١٢- "استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش وما لا يثبت به يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع بعيدا عن رقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا ومستمدا من وقائع ثابتة فى الأوراق".

(طعن رقم ١٣٤٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٠)

١٣- "استخلاص عناصر التدليس الذى يجيز إبطال العقد من وقائع الدعوى وتقدير ثبوته أو عدم ثبوته – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض مادام قضاؤها مقاما على أسباب سائغة".

(طعن رقم ٢٣٥١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٩)

١٩٦- الغلط والتدليس:

كان 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 فإن الغلط فى الباعث أو القيمة من شأنه أن يبطل العقد إذا كان جوهريا على النحو السابق دراسته. وبذلك لم يعد للتدليس أى استقلال عن الغلط ولم يعد سببا مستقلا من 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 فإن العقد لا يكون معيبا لتدليس بمفرده.

وبهذا فإنه 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 التدليس وذلك مسايرة للتقاليد القديمة فى القانون المدنى. وكذلك لبعض الفوائد العملية وهى:

١- التدليس يكون من السهل إثباته لأنه يتعلق بوقائع خارجية ظاهرة، بينما الغلط الذى لا يرجع إلى تدليس يكون فى الغالب كامنا فى النفس وهو ما يصعب إثباته فى الكثير من الأحيان.

٢- التدليس إذا وجد فهو يسمح للمتعاقد الآخر لا بطلب إبطال 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[١].

---

(١) سمير تناغو ص٥٨ وما بعدها.

١٩٧- أثر التدليس:

إذا توافرت فى التدليس الشروط التى بيناها فيما سلف، أنتج التدليس أثره. ويتركز هذا الأثر فى جعل العقد الذى يقوم على أساسه قابلا للإبطال لمصلحة المدلس عليه، على النحو الذى سنبينه عند دراسة البطلان.

وإذا كان التدليس يشوب الرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال، فإن ذلك لا يمنع من أنه يعتبر فى ذاته عملا غير مشروع ممن وقع منه. ومخولا ضحيته على هذا الأساس الحق فى تعويض الضرر الناجم له عنه، إن كان لهذا التعويض محل(١).

ويستطيع المدلس عليه أن يجمع بين طلب الإبطال والتعويض متى ثبت أن الضرر لا يمكن رفعه بمجرد إبطال العقد كما يجوز للمدلس عليه أن يكتفى بطلب التعويض دون الإبطال، فالحق فى الإبطال مقرر لمصلحته فلا يجوز للمتعاقد أن يتمسك به(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس، مادام أن أثره فى الإرادة يرد إلى ما يولد فى ذهن العاقد من "غلط" يدفع به إلى التعاقد بمعنى أن ما يشوب الرضاء من عيب بسببه يرجع إلى الغلط لا إلى الحيلة. إلا أن لوجود التدليس مزيتين عمليتين. فإثباته أيسر من إثبات الغلط من ناحية وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض، فضلا عن حق التمسك بالبطلان، من ناحية أخرى"(٣).

١٩٨- حالة تعدد المتعاقدين ووقوع التدليس من أحدهم:

إذا كان المتعاقدون أكثر من اثنين واستعمل أحدهم وحده الغش على آخر منهم ولم يكن للباقين دخل فى التدليس فإنه لا يمكن إبطال العقد إذا كان إبطاله يضر بالعاقدين الذى ليس لهم دخل فى التدليس فإذا رضى شخص بعقد شركة بناء على تدليس وقع من أحد الشركاء وحده وبغير علم الباقين فلا يجوز له أن يطلب إبطال العقد فقط يجوز

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٤٧ وما بعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٣٩٩.

(٢) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٣٩٩.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٧٢ وما بعدها.

طلب التعويض ممن صدر منه الغش. ولكن من رأى بعض الشراح أنه يصح إبطال العقد بسبب الغش ولو بالنسبة لمن لم يشترك فى التدليس لأن الشخص المذكور باختياره الاشتراك فى العقد مع غيره يجب أن يتحمل النتائج المترتبة على عمل من اشترك معه[١].



(١) المستشار مصطفى مجدى هرجه العقد المدنى دار محمود للنشر والتوزيع ص٣٠٠ وما بعدها.

مادة (١٢٦)

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.

الشرح

التدليس الصادر من غير المتعاقدين:

١٩٩- الوضع فى ظل التقنين المدنى القديم:

تشترط المادة (١١١٦) مدنى فرنسى فى التدليس أن يكون صادرا من المتعاقد حتى يجعل العقد قابلا للإبطال. وقد علل فريق من الفقهاء هذا الحل بأنه لا يجوز أن يكون التدليس الصادر من الغير سببا فى إبطال العقد، لأن المتعاقد الذى صدر التدليس لصالحه لم يصدر منه ما يؤاخذ عليه، وحسب المتعاقد الذى دلس عليه أن يرجع على الغير بتعويض الضرر الناجم من عمله غير المشروع طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية.

غير أن فريقا ثان من الفقهاء اعترض على هذا الحال، لأن التدليس يعيب الإرادة سواء صدر من العاقد أو من الغير، بدليل أن الشارع سوى فى الإكراه بين الإكراه الصادر من المتعاقد وذلك الذى يصدر من الغير.

وقد حدا هذا الاعتراض بالمحاكم الفرنسية إلى التضييق فى تفسير النص، فقصرت حكمه على العقود دون التصرفات الانفرادية كالوصية والإقرار، بحجة أن النص ورد فى شأن العقود فحسب، وأخرجت الهبات من نطاق تطبيقه. فجعلت التدليس يبطل الهبة حتى لو صدر من الغير، بحجة أن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من كل عيب.

ورأى فرق ثالث أن التدليس الصادر من الغير يجعل العقد قابلا لإبطال إذا كان الغير متواطئا مع المتعاقد أو كان هذا يعلم به أو كان فى استطاعته أن يعلم به، وهذا هو الرأى الذى أخذ به الشارع فى التقنين المدنى الجديد مع تفصيل سنعرض له فى موضعه.

ويظهر أن الشارع فى التقنين المدنى القديم تأثر بالنقد الذى وجه إلى نص التقنين الفرنسى، فنص فى المادة ١٣٦/١٩٦ مدنى قديم فى أصلها الفرنسى على أن: "التدليس يعيب الرضاء إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث أنه لولاها لما رضى" وواضح أن هذا النص لا يشترط صدور التدليس من المتعاقد الآخر. ولكن النص العربى جاء غير مطابق لهذا بسبب الخطأ فى الترجمة إذ قال: "التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى". فجاء هذا النص يشترط صدور التدليس من المتعاقد الآخر. وترتب على ذلك أن انقسم الفقه. وكان الرأى الذى ساد فى القضاء يستند إلى هذا النص العربى ونص القانون الفرنسى، فيشترط صدور التدليس من المتعاقد الآخر. فإذا صدر من الغير فلا يجعل العقد قابلا للإبطال ولكن يكون للمدلس عليه أن يطالب الغير بالتعويض طبقا للقواعد العامة[١].

غير أن محكمة النقض قضت فى ظل التقنين القديم بأن:

"الغش الحاصل من أجنبى بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء، كالغش الحاصل من المتعاقد نفسه".

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٢ق جلسة ١٨/٥/١٩٣٣)

٢٠٠- الوضع فى ظل التقنين المدنى الجديد:

حسم الشارع فى التقنين المدنى الجديد ما ثار من خلاف فى ظل القانون المدنى القديم، فنص فى المادة ١٢٦ على أن الغش الذى يصدر من غير المتعاقدين يجيز إبطال العقد – كالغش الصادر من المتعاقد نفسه – والغير هو من عدا المتعاقد ونائبه – بالتفصيل السابق – ومثال 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 حتما أن يعلم به[٢]. أو أن يضلل ترجمان سائحا فاشترى من أحد تجار العاديات شيئا زهيد القيمة بمبلغ كبير[٣].

---

(١) السنهورى ص٢٦٩ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٢٠٢ وما بعدها.

(٢) سمير تناغو ص٥٨.

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٦٥ – المستشار مصطفى مجدى هرجه ص٣١٤.

وقد اشترطت المادة فى التدليس الذى يصدر من الغير أن يكون المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس.

وهذا العلم أو افتراض العلم حتما يجب أن يحدث وقت إبرام العقد.

وكانت الفقرة الأولى من النص كما ورد فى المشروع التمهيدى تجرى على أن: "التدليس الصادر من غير المتعاقدين... ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم، أو كان فى استطاعته أن يعلم بهذا التدليس، وقت إبرام العقد".

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة "أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"، بناء على طلب بعض الأعضاء" لأن الإهمال لا يمكن أن يصل إلى مرتبة التدليس(١).

وهذا ما حدا ببعض الفقهاء – بحق – إلى القول بأن مقتضى هذا التعديل ضرورة التشدد فى استخلاص علم المتعاقد الآخر بالتدليس وعدم الاكتفاء بمجرد العلم(٢).

---

(١) بناء على طلب رئيس لجنة القانون المدنى وأيده فى ذلك سعادة علوبة باشا (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٧٧ وما بعدها).

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٦٥ هامش (١) – وعكس ذلك السنهورى ص٢٧١ هامش (٢) فيذهب إلى أن القانون الجديد اشترط فى التدليس والإكراه الصادرين من الغير، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد، أن يثبت المتعاقد المدلس عليه أو المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر، إذا لم يكن عالما يقينيا بالتدليس أو الإكراه، فهو على الأقل مفروض فيه حتما أن يعلم بذلك.

وهذا بخلاف الغلط، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يتبينه. ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى حتى يتحمل المتعاقد فى الحالة الثانية عبئا فى الإثبات أثقل من العبء الذى يتحمله فى الحالة الأولى. ولعله يكون فى الحالة الأولى أولى بالرعاية. فمن جهته هو ليس للغلط عادة مظاهر مادية تبرر التشدد معه فى الإثبات بينما أن للتدليس وللإكراه هذه المظاهر، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع فى غلط يكون أقل عذرا مما لو كان ضحية تدليس أو إكراه. ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها، ولا تفسر إلا بأن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس وبالإكراه سهى عليها أن تجرى تعديلا مماثلا فى النصوص الخاصة بالغلط. ومن ثم يحسن عدم التشدد فى إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملى ويعنى هذا الرأى أن إمكان العلم يكفى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"اختلفت المذاهب فى شأن التدليس الصادر عن الغير، ففريق لا يرتب عليه بطلان العقد (أنظر المادة ١١١٦ من التقنين الفرنسى، والمادتين ١٣٦/١٩٦ من التقنين المصرى فى نصه العربى) وفريق (المادة ١٢٦١ من التقنين الأسبانى، والمادة ٩٦٩ من التقنين الأرجنتينى) يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين، من حيث ترتيب البطلان. وفريق يتوسط بين هذين المذهبين (المادة ٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى، والمادتان ٥٢/٥٦ من التقنين التونسى والمراكشى، والمادة ٩٩٣ من تقنين كويبك، والمادة ١٢٣ فقرة ٢ من التقنين الألمانى، والمادة ٨٧٥ من التقنين النمساوى، والمادة ٢٨ من تقنين الالتزامات السويسرى، والمادة ٤٠ من التقنين البولوني، والمادة ٩٥ من التقنين البرازيلى، والمادة ٩٢ من التقنين الصينى) فيشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيبا من عيوب الرضاء، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان يعلم به أو كان فى استطاعته أن يعلم به، وقت إبرام العقد. وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ فى تكوين العقد التى سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث.

ويراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالمستفيد فى اشتراط لمصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له، إلا إذا كان يعلم، أو كان فى إمكانه أن يعلم بالتدليس (أنظر المادة ١٢٣ فقرة ٢ من التقنين الألمانى).

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٧٥ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وفقا للمادة ١٢٦ من القانون المدنى إذا صدر التدليس من غير المتعاقد فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

(طعن رقم ١٨٦٢ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٧).

٢٠١- مدى استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر :

رأينا أنه يلزم، لإعمال التدليس كعيب يشوب الرضاء، ويؤدى بالتالى إلى وقوع العقد قابلا للإبطال، أن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر، بأن يصدر منه بذات نفسه

أو من نائبه، أو أن يكون عالما بالتدليس عند إبرام العقد، أو مفروضا فيه حتما العلم به عندئذ، إذا كان التدليس من الغير.

والملاحظ أن صياغة المادتين ١/١٢٥، ١٢٦ مدنى توحى بالقول بعمومية شروط التدليس، وتبطله حتى لو كان التصرف المطعون فيه بالتدليس تبرعا.

فقد جاءت المادتان السابقتان تتطلبان صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو نائبه أو من الغير إذا كان المتعاقد الآخر عالما بالتدليس أو كان المفروض علمه به حتما أى تشترط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر. على نحو مطلق غير مقيد بنوع أو بآخر من التصرفات.

غير أن الفقه يرى قصر إعمال الشرط المذكور على المعاوضات وحدها دون التبرعات. لأن الغاية التى يستهدفها المشرع من فرضه بمخالفة القاعدة الأساسية التى توجب أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب، هى إحاطة التصرف بالأمن والاستقرار وعدم تضحية مصلحة المتعاقد الآخر الذى يصدر التدليس إضرارا به، إلا إذا كان يستحق أن يضحى بمصلحته، وهذه الحكمة لا تتوافر إلا فى المعاوضات، دون التبرعات. ففى المعاوضات يعطى العاقد مقابل ما يأخذ ولا يحصل عليه بالمجان الأمر الذى يستوجب التحرز عند تقدير إبطال عقده تأسيسا على التدليس أو على غيره من كافة عيوب الرضاء. والأمر فى التبرعات جد مختلف ففى التبرع، كالهبة مثلا. لا يعطى المتبرع له مقابل ما يأخذ. فكل أثر الإبطال بالنسبة إليه هو حرمانه من فائدة محضه لا يدفع عنها ثمنا. وبعبارة أخرى حرمان من غنم لا يتحمل فى سبيله غرما. كما يتدعم هذا النظر إذا نظرنا إليه من زاوية المتبرع الذى يقع ضحية التدليس. فالمتبرع يعطى ولا يأخذ مقابل ما يعطى. فهو بتبرعه متفضل وهنا ينبغى أن تكون إرادته سليمة لا تشوبها شائبه، بغض النظر عن دور المتعاقد الآخر فيما عساه أن يؤدى إلى فسادها(١).

وقد أخذت مذكرة المشروع التمهيدى بهذا النظر إذ جاء بها:

"... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات، فهى تعتبر قابلة للبطلان، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير، ولم يكن يستطيع أن يعلم به. لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب"(٢).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٤٢ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٧٦.

وعبء إثبات حصول التدليس من الغير يقع على عاتق المتعاقد المدلس عليه والذى يتمسك بإبطال العقد.

أما إذا كان المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وليس من المفروض حتما أن يعلم به، فإنه يجوز له إبطال العقد للغلط إذا أثبت العاقد المدلس عليه أن العاقد الآخر كان مشتركا معه فى الغلط الذى وقع فيه من جراء هذا التدليس، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط. فإذا لم يثبت شيئا من ذلك، فإن العقد لا يكون باطلا لا للتدليس، ولا للغلط لأننا إذا أبطلنا العقد فى هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضا، وجنى تعويض هو بقاء العقد صحيحا. وهذا تطبيق لقيام العقد على سبيل التعويض، لا على الإرادة الحقيقة للمتعاقد[١].



(١) السنهورى ص٢٧٢ – عبد المنعم الصده ص٢٠٤.

مادة (١٢٧)

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 يهدده 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.

الشرح

٢٠٢- تعريف الإكراه:

يعرف الفقه الإكراه المفسد للرضاء، والذى يترتب عليه طلب إبطال العقد، بأنه ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق، فيولد فى نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد خشية الأذى ومثاله أن يضرب شخص آخر أو يهدده بالقتل أو بالضرب أو بالاعتداء على العرض أو بإثارة فضيحة أو بإتلاف ماله أو بخطف ابنه، حتى يحمله على أن يعطيه مبلغا من المال، أو أن يبيع له داره، أو أن يقر له بالتخالص من دين عليه(١).

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٦٨ – عبد المنعم الصده ص٢٠٦ – وقد عرف الأستاذ حلمى بهجت بدوى ص١٣٤ الإكراه بأنه "الضغط غير المشروع الذى يقع على إرادة الشخص فيحمله على التعاقد. ويمكن النظر للإكراه من الناحية الموضوعية باعتباره استعمالا للقوة والعنف أو غيرها من الوسائل فى أغراض تنافى المجتمع. كما يمكن النظر إليه من الناحية النفسية باعتباره مؤثرا فى إرادة الشخص أى باعتباره عيبا من عيوب الإرادة. والنظرة الأولى تعنى القانون المدنى باعتباره قانونا يعمل على توجيه الأعمال القانونية فى وجهات مشروعة كما تعنى قانون العقوبات فى بعض الصور. أما النظرة الثانية فهى تعنى القانون المدنى باعتباره قانونا يقوم على مبدأ الرضائية وتدور العقود حول محور الإرادة.

وقد عرفته محكمة النقض فى أحكام كثيرة لها :

بأنه تهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول مالم يكن يقبله اختيارا.

(أنظر هذه الأحكام فى بند ٣١).

والإكراه كعيب يشوب الرضاء، يفسد الرضاء دون أن يعدمه.

فالإرادة فيه تكون موجودة ولكنها ليست حرة. إذ يكون المتعاقد بين أن يتحمل الأذى أو يتعاقد، فيختار التعاقد لدرء الأذى عن نفسه أو عن غيره، ولولا خوفه من هذا الأذى لما تعاقد. وفى هذه الحالة يكون العقد قابلا للإبطال(١).

٢٠٣- الإكراه المعدم للرضاء :

ذكرنا أن الإكراه بالمعنى الوارد بالبند السابق، هو الذى يعيب الإرادة ولكنه لا يعدمها.

ومهما قيل فى شأن فساد هذه الإرادة عندما يشوبها الإكراه، فهى إرادة موجودة.

على أن هناك من الصور مما تنعدم فيه الإرادة تماما بالإكراه كأن يقبض شخص على يد آخر ممسكة بالقلم ويحركها بالقوة لرسم التوقيع، وكان يقوم شخص بتنويم آخر تنويما مغناطيسيا ويوحى إليه بالتعاقد. فى هاتين الحالتين وأشباههما لم يصدر من المكره أى عمل إرادى فلا يصح أن يقال إن إرادته فى العقد معيبة أو فاسدة، إنما هى إرادة منعدمة، والعقد بالتالى لا يقوم أصلا(٢).

٢٠٤- الفرق بين الإكراه وبين الغلط والتدليس :

يختلف الإكراه عن الغلط والتدليس بالنسبة إلى موضوع كل منها. ففى حين أن الأخيرين يمسان من العاقد علمه بما يرتضيه، بحيث يجئ رضاؤه من غير بينة بحقيقة الحال، نجد أن الإكراه لا يمس من العاقد إلا الاختيار فيه، فرضاء المكره يأتى عن بينة بما يرتضيه، ولكن رضاءه لا يجئ عن حرية، وإنما قسرا وقهرا.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٥٤ – عبد المنعم الصده ص٢٠٦.

(٢) حلمى بهجت بدوى ص١٣٤ – عبد المنعم الصده ص٢٠٦.

شروط الإكراه:

يشترط فى الإكراه، باعتباره عيبا يشوب الرضاء توافر الشروط الثلاثة الآتية:

١- أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق.

٢- أن تبعث هذه الوسيلة رهبة فى نفس المتعاقد الآخر تحمله على التعاقد.

٣- أن يكون الإكراه صادرا من المتعاقد الآخر، أو يكون الأخير عالما به أو من المفروض حتما أن يعلم به، إذا كان صادرا من غير المتعاقدين.

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى:

٢٠٥- الشرط الأول:

أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق بالنفس أو المال:

يجب أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد المكره بخطر جسيم عليه أو على غيره، بحيث تولد رهبة فى نفسه، وأن يكون ذلك للوصول إلى غرض غير مشروع.

فالإكراه إذن يقوم على عنصرين: أحدهما، مادى وهو عبارة عن الوسيلة التى تستخدم فى الإكراه وما يجب أن تحدثه فى نفس المكره من أثر. والثانى، معنوى وهو أن يكون استعمال هذه الوسيلة للوصول إلى غرض غير مشروع.

ونعرض لهذين العنصرين بالتفصيل فيما يلى:

٢٠٦- أولا: العنصر المادى فى الإكراه:

يراد بهذ العنصر – كما ذكرنا – أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد المكره بخطر جسيم عليه أو على غيره بحيث تولد رهبة فى نفسه.

وهذا الإكراه قد يكون حسيا أو نفسيا، ونعرض لذلك فيما يلى.

الإكراه الحسى والنفسى:

يكون الإكراه حسيا إذا وقعت وسيلة الإكراه على الجسم، كالضرب والتعذيب، وهذا يندر وقوعه لاسيما فى الأوساط المتحضرة.

ويكون الإكراه نفسيا إذا كان من شأن وسيلة الإكراه التهديد بإيقاع الأذى دون إيقاعه فعلا، يستوى أن يكون الأذى المهدد به ما يصيب الجسم أو النفس أو الشرف

أو المال. ومثله تهديد شخص بالضرب أو القتل، أو تهديده بخطف ولده أو تهديده بإثارة فضيحة، أو تهديده بحرق ماله. فهذا النوع من الإكراه يقوم على التهديد بإلحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن الإكراه الذى يبطل الرضاء لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع فى النفس أو المال أو بوسائل أخرى، لا قبل للإنسان باحتمالها والتخلص منها يعتريه بسببها خوف شديد يحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا، أما مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب فلا يكفى لبطلان العقد بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة".

(طعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥)

٢- "الإكراه المبطل للرضا يتحقق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل لها باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا، والنفوذ الأدبى إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع، يعتبر كافيا لإبطال العقد".

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩)

٣- "الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بتهديد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها، أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا".

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧)

٤- "الإكراه المبطل للرضا – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يتحقق إلا بتهديد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على قبول ما لم يكن ليقبله اختيارا".

(الطلب رقم ٣ لسنة ١٥٩ قضائية "رجال القضاء" جلسة ١٩٩٥/٩/١٩)

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٦٩ – عبد المنعم الصده ص٢٠٨.

٥- "وسيلة الضغط أو التهديد بخطر جسيم التى يستعملها أحد المتعاقدين لإرغام الآخر على التعاقد. عدم اشتراط انعدام إرادة المكره – كفاية إفسادها بإحداث رهبة تدفعه إلى قبول تصرف ما كان ليقبله لو كانت إرادته حرة. اقتران الوسائل غير المشروعة بغاية غير مشروعة وتأثر إرادة المتعاقد. أثره. قابلية العقد للإبطال. م١٢٧ مدنى".

(طعن رقم ٥٤٨٤ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧)

والعبرة فى جسامة الخطر بحالة المكره النفسية. فلو كانت وسائل الإكراه التى استعملت غير جدية، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة فى نفس المكره وصورت له أن خطرا جسيما يهدده، فإن هذا يكفى لإفساد الرضاء. وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر أو هدده بأن له قدرة على "الربط والحل" أو نحو ذلك مما يقع كثيرا فى الأوساط القروية الساذجة(١).

بيد أنه يلزم بطبيعة الحال أن يكون الخطر أو الأذى الذى يتهدد الشخص على قدر من الجسامة، بحيث يؤثر فى المتعاقد نفسه ويجعله، بين أن يتحمل الأذى أو أن يبرم التصرف، مقادا إلى الأمر الأخير، اعتبارا بأنه أهون الشرين وأخف الضررين. فتهديد الشخص العادى مثلا بالصفع على وجهه، لو أنه لم يبع منزله، قد لا يرقى إلى مرتبة الإكراه، وإن كان التهديد بذلك الأمر قد يصل إلى هذه المرتبة، لو أنه وجه إلى شخص يتميز لسبب أو آخر، بحساسية مفرطة(٢).

ولذلك تنص الفقرة الرابعة من المادة (١٢٧) على أن يراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه".

فالرجل عادة أكثر شجاعة من المرأة، والشاب أقوى احتمالا من الشيخ الهرم، وقوى الأعصاب أقل تأثرا من ضعيفها، والمرأة البسيطة الساذجة تهاب أمورا يراها المتعلم أو المتنور مجرد خرافات. كالتهديد بالسحر وأعمال الدجل والشعوذة. والتهديد فى مكان منعزل أقوى مفعولا منه فى مكان آهل بالناس إلى غير ذلك كله من الظروف التى تؤثر فى الشخص من حيث توليد الرهبة والخوف فى نفسه، ويجب

---

(١) السنهورى ص٢٧٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٥٨.

تناول كل حالة على حدة. مقتدين بمقياس شخصى قوامه ذات الشخص الذى يتمسك بالإكراه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى نفس المتعاقد هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع، مراعيا فى ذلك جنس من وقعت عليه، وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه".

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩)

والخطر قد يهدد المتعاقد فى جسمه أو نفسه كخطر يقع على حياته أو سلامة أعضائه أو ألم نفسى ينزل به.

أو يهدد شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لاسيما إذا كانت مهنته تقتضى التوفر على هذه الثقة كما فى التجارة.

أو يهدد ماله، كما إذا هدد مزروعاته بالإتلاف أو داره بالحريق. فالخطر الذى يقع على أى شيء يحرص المتعاقد على سلامته يكفى لتحقق الإكراه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الإكراه المبطل للرضا – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يتحقق إلا بتهديد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على قبول ما لم يكن ليقبله اختيارا، وأن ما يقتضيه الإكراه طبقا لنص المادة ١٢٧ من القانون المدنى مراعاة جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه. لما كان ذلك وكان الطالب وهو رئيس محكمة ولى القضاء بين الناس ومن ثم فإن تقديم الاستقالة بناء على طلبهم ليس من شأنه بذاته – إن صح – أن يسلب حرية الاختيار فى هذا الصدد، وتكون الاستقالة قد صدرت من الطالب بإرادة حرة مختارة ويكون طلب إلغاء قرار وزير العدل الصادر بقبولها على غير أساس".

(الطلب رقم ٣ لسنة ٥٩ القضائية "رجال القضاء" جلسة ١٩٩٥/٩/١٩)

والخطر يجب أن يكون محدقا أى وشيك الوقوع، فإذا كان الأذى المهدد المكره مما يتراخى وقوعه، فالمفروض أن تتوافر لدى المتعاقد الوسيلة فى دفعه بالتجائه إلى السلطة العامة لتحميه مما يمكن أن يلم به.

على أن الأمر مع ذلك منوط بحالة المتعاقد النفسية، فقد يكون الأذى مما يقع بعد أجل بعيد، لكنه مع ذلك قد يوقع فى نفس المتعاقد الرهبة ويحمله على التعاقد. فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالا فى نفس المتعاقد، لا بأن الخطر حال أو محدق(١).

٢٠٧- تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها من المسائل الموضوعية:

تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى نفس المتعاقد من الأمور الموضوعية التى يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع. ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك.

أما تقدير كون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة فمما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة فى الحكم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع وهل هو شديد ومؤثر فى الشخص الواقع عليه أولا، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك. أما تقدير كون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة فمما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة فى الحكم لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانونى المعطى لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع من الخطأ فيها الخطأ فى تطبيق القانون – فإذا صدر حكم على مستأجر بإخلاء العين المستأجرة ولدى تنفيذ هذا الحكم تعرض ثالث مدعيا أنه مالك العين وانتهت معارضته فى التنفيذ بأن استأجر هو العين ممن صدر له حكم الإخلاء، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة الأخير قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له بل يكون هذا العقد صحيحا منتجا لكل آثاره".

(طعن رقم ٩ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

٢- "تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها على نفس المتعاقد هو من الأمور الموضوعية التى تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة".

(طعن رقم ٩٦٤ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٥)

---

(١) السنهورى ص٢٧٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٧٤ – عبد المنعم الصده ص٢١١.

٣- "لئن كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك إلا أن تقدير كون الأعمال مشروعة أو غير مشروعة مما يخضع لرقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة فى الحكم. وإذ كان ما قرره الحكم المطعون فيه من أن الشكوى التى قدمها الطاعن – بشأن تقاضى المطعون عليه منه مبلغ "كخلو رجل" – إلى المحافظة تعتبر وسيلة غير مشروعة استنادا إلى أنها قدمت إلى جهة غير مختصة، غير صحيح فى القانون لأن الشكوى تبليغ عن جريمة أثمها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧، وجهت إلى الجهة الرئيسية التى تتبعها أجهزة الأمن وهى بذاتها وسيلة مشروعة، عاقب القانون على كذب ما تضمنته، وكان الحكم قد خلا مما يدل على أن المطعون عليه قدم ما يدل على تهديده بالنشر فى الصحف – عن موضوع الشكوى – فإنه يكون فضلا عن مخالفته القانون معيبا بالقصور".

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧)

٤- "تقدير وسائل الإكراه ومدى تأثيرها فى نفس المتعاقد أمور واقعية تستقل بها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض. طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة. الجدل فيها غير جائز أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٧٤٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٢/١/٢)

٥- "تقدير وسائل الغش والإكراه وجسامتها فى نفس المتعاقد. من الأمور الموضوعية التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة".

(طعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٠)

٦- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أنه لما كان الإكراه المبطل للرضا يتحقق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا، وكان النفوذ الأدبى، إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة يعتبر كافيا لإبطال العقد. وإنه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة فى تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى نفس المتعاقد، إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة وأن تقديرها لكون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة هو

مما يخضع لرقابة محكمة النقض وأن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له إذا كانت هى الوسيلة الوحيدة التى له فى الإثبات. وأنه متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات وتمسك بدلالتها فالتفت الحكم عن التحدث عنها بشىء مع ما يكون لها من دلالة فإنه يكون مشوبا بالقصور. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن أقام دعواه الفرعية طالبا بطلان سند الدين موضوع الدعوى الأصلية لتوقيعه تحت تأثير إكراه من المطعون ضده حال تواجده بالعمل لديه بالمملكة العربية السعودية تمثل فى منعه وزوجته، وأولاده من السفر وحجب راتبه لمدة ثلاث سنوات لإجباره على العودة إلى العمل لديه بعد سماحه له بالسفر، وقدم تدليلا على ذلك إقرارين موثقين صادرين من شخصين كانا متواجدين معه بالسعودية عاصرا واقعة الإكراه ضمنا إقرارهما بأن الطاعن ليس مدينا للمطعون ضده وأنه وقع سند المديونية تحت تأثير إكراه لإجباره على العودة إلى العمل وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك غير أن الحكم المطعون فيه التفت عن هذا الطلب على قوله "إن الثابت من جميع المستندات المقدمة فى الدعوى خلوها مما يشير إلى وجود الرهبة بمفهومها الذى أشارت إليه المادة ١٢٧ مدنى التى تجيز إبطال الالتزام للإكراه" وكان هذا الذى أورده الحكم أساسا لقضائه لا يصلح ردا على دفاع الطاعن السالف بيانه وما قدمه من مستندات مؤيدة له ومن ثم يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم ١٦٨٤ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠)

٢٠٨- يكفى أن يهدد الخطر الغير:

تجيز الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ إبطال العقد للإكراه إذا كان الخطر الجسيم المحدق يهدد المتعاقد ذاته أو غيره.

ومن ثم فإنه يكفى لطلب الإبطال أن يهدد الخطر غير المتعاقد. فقد يكون هناك شخص غير المتعاقد عزيز عليه بحيث يكفى الخطر الذى يهدده لتوليد رهبة فى نفس المتعاقد تحمله على التعاقد. والمادة ١١١٣ مدنى فرنسى تنص على أن: "الإكراه يكون سببا فى بطلان العقد، لا عندما يقع على المتعاقد فحسب، بل أيضا إذا وقع على زوجته أو زوجه أو على أصوله أو فروعه".

وكان المشروع التمهيدى يشير فى الفقرة الثانية من المادة (١٧٦) المقابلة للفقرة الثانية من المادة (١٢٧)[١] مدنى إلى أن الغير يكون (أحد أقاربه) أى أقارب المكره – وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى فى هذا الخصوص أنه: "ترك للقاضى أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة فى كل حالة بخصوصها لأن بيان هذه الدرجات فى النصوص على سبيل الحصر، على نحو ما هو متبع فى التقنين الفرنسى (المادة ١١١٣) وسائر التقنينات اللاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى) قد يكون أحيانا ضيق الحدود، لا يتسع لصور جديرة بالرعاية، وقد يكون أحيانا من السعة بحيث يجاوز الغرض المقصود"[٢].

وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة "أحد أقاربه" بناء على اقتراح (سليمان حافظ بك) "لأن هذه العبارة أوسع مما ينبغى فى بعض الأحوال وأضيق مما ينبغى فى الحالات الأخرى، وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أحد أقاربه"[٣].

وعلى ذلك فعبارة (أو غيره) الواردة بالمادة تعنى أنه يكفى وقوع الخطر على الغير بصفة عامة، سواء كان من الأزواج أو الأقارب أو الأصدقاء أو غيرهم. أى أن القرابة فى ذاتها ليست حتمية. كما أنها من ناحية أخرى ليست بمجردها كافية. فالمسألة مردها إلى أثر ذلك التهديد على نفس المتعاقد ذاته، وهل من شأنه أن يولد فى نفسه الرهبة التى تحمله على ارتضاء التصرف أولا يولدها.

وقد يشعر شخص بالحب أو بالإعزاز نحو آخر لا يمت له بصلة القربى، فيولد الإكراه فى نفسه الخوف الذى يجعله يبرم التصرف درءا لهذا لأذى عنه، وعلى

---

(١) المادة المذكورة تنص على أن: "الإكراه يكون سببا فى بطلان العقد، لا عندما يقع على المتعاقد فحسب، بل أيضا إذا وقع على زوجته أو زوجه أو على أصوله أو فروعه".
فهذا النص يقصر الغير على الزوج والزوجة والأصول والفروع.
وقد انقسم الفقه فى تفسير هذا النص. فذهب رأى إلى أن الإكراه لا يتحقق إذا كان الخطر يهدد غير هؤلاء. ولكن الرأى الراجح هو الذى لا يعتبر هؤلاء مذكورين على سبيل الحصر، غاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحدا من هؤلاء قامت قرينة على أن الإكراه متحقق، وإذا هدد غير هؤلاء وجب إثبات أن الخطر الذى يهدده أثر فى نفس المتعاقد إلى حد الإكراه.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٨٠.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٨١.

النقيض من هذا قد لا يهم الإنسان أقرب الناس إليه، فلا يستشعر الخوف من أن يصيبه فادح الأذى[١].

بل قد يكون الغير الذى يهدده الخطر هو نفس الشخص الذى صدر منه الإكراه، كما فى حالة ابن يهدد والده بالانتحار إذا لم يبرم له عقدا معينا[٢].

٢٠٩- النفوذ الأدبى:

المقصود بالنفوذ الأدبى، أن يكون لشخص على آخر نفوذ أدبى كأب وابن، وزوج وزوجة، وأستاذ وتلميذه، ورجل دين وأحد المتدينين، ورئيس ومرءوس.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ منه على أن: "لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبى، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع، سببا كافيا لإبطال العقد".

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "... والتطبيق الثانى خاص بالنفوذ الأدبى، وهو بمجرده لا يعيب الرضاء، وإنما يعيبه إذا صحبه "الإكراه" وفقا لعبارة المشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٣٠ أنظر أيضا التقنيات اللاتينية) أو إذا كان هناك "تأثير غير مشروع" على حد تعبير المشروع. ويقصد بعبارة "التأثير غير المشروع" استغلال أو إساءة استعمال الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين إلخ.. بقصد ابتزاز مغنم فاحش أو منفعة مفرطة. وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة، مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه" – إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة اعتمادا على ما تقرره القواعد العامة فى هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التى وردت فى المشروع.

وحذف هذا النص لا يمنع من الأخذ به، فيكون الأصل أن مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب لا يكفى لبطلان العقد، بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة، أو تأثير غير مشروع بأن يستغل صاحب النفوذ أو يسئ استعمال الاحترام الواجب له بقصد ابتزاز مغنم فاحش أو منفعة مفرطة[٣].

---

(١) السنهورى ص٢٧٩ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٧٤ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٥٩ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم الصده ص٢١٢ – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٧٤ هامش (٢).

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٧٢ – سمير تناغو ص٦١.

وقد ذهبت محكمة النقض بأن مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب لا يكفى لبطلان العقد بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل غير مشروعة.

إذ قضت بأن:

١- "أما مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب فلا يكفى لبطلان العقد بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة".

(طعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥)

٢- "... والنفوذ الأدبى إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع، يعتبر كافيا لإبطال العقد".

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩)

٢١٠- العطف والحنو لا يعتبر إكراها:

لا يعتبر العطف والحنو إكراها مادام أنه لم يبلغ حد الهوى الجامح، فإن بلغ ذلك الحد طبقت قواعد الاستغلال، فلو أن أبا دفعته عاطفته نحو ولده إلى إبرام عقد يؤثره فيه على بقية الورثة فإن هذا العقد يكون صحيحا. لكن إذا بلغ هذا الشعور حد الهوى الجامح فإن قواعد الاستغلال تطبق، كما هى الحال حين تستغل زوجة جديدة هوى جامحا فى نفس زوجها فيبرم لصالحها عقودا يؤثرها فيها على زوجته القديمة. إذ يكون العقد قابلا للإبطال فى هذه الحالة بسبب الاستغلال(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى نفس العاقد من الأمور الموضوعية التى يستقل بالفصل فيها قاضى الدعوى دون تعقيب عليه من محكمة النقض. فإذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشترى على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البرئ، وأن وقائع الإكراه التى ادعتها – بفرض صحتها – لم تكن لتؤثر فى نفسها تأثيرا يحملها على توقيع العقد لأخيها بغير رضاء وتسليم فلا يكون ثمة محل لمجادلتها فى ذلك، وإذا كانت المحكمة قد ذكرت فى حكمها أن البائعة لم تكن واقعة تحت تأثير الإكراه الذى سلبها إرادتها

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٧٥ هامش (١) – عبد المنعم الصده ص٢١٠.

فإن ذلك لا يعنى أنها تصدت إلى الإكراه السالب للإرادة دون الإكراه المفسد لها، وخصوصا إذا كانت عبارة الحكم جلية فى الدلالة على نفى حصول الإكراه إطلاقا".

(طعن رقم ٨٤ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٤/١٢)

٢١١- ثانيا: العنصر المعنوى فى الإكراه:

يراد بهذا العنصر أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كان المقصود من الضغط الواقع على المتعاقد المكره هو الوصول إلى غرض غير مشروع. يستوى فى ذلك أن تكون وسيلة الإكراه مشروعة أو غير مشروعة. أما إذا كان الغرض الذى يراد الوصول إليه مشروعا فلا يتحقق الإكراه حتى لو كانت الوسيلة غير مشروعة.

ومن هنا يمكن تصور فروضا أربعة هى:

(أ) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع:

فى هذا الفرض يتحقق الإكراه. وهذا هو الفرض الذى يقع عادة، كتهديد شخص بحرق زراعته إذا لم يبرم تصرفا معينا، أو تهديده بقتل ولده المخطوف أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع مبلغ من المال[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن المادة ١٣٥ من القانون المدنى، وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذى يقع به الإكراه المبطل للمشارطات، إلا أن ذلك مفهوم بداهة، إذ الأعمال المشروعة قانونا لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها".

(طعن رقم ٩ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

(ب) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع:

ومثال ذلك أن يهدد الدائن مدينه بمقاضاته أو بالتنفيذ على أمواله أو بشهر إفلاسه، حتى يحمله على دفع الدين الذى له عليه لا أكثر، أو تحرير سند به، أو تقديم رهن أو كفالة.

---

(١) وفى هذا المثال يمكن أن يقال كذلك أن العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا لانعدام السبب (حشمت أبو ستيت ص١٧٠ الهامش)

ويرى الفقه السائد أن الإكراه لا يتوافر فى هذا الفرض لاعتبار الرهبة المتولدة عنه بحق. والقضاء مجمع على ذلك سواء فى فرنسا أو فى مصر.

(ج) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع:

ومثال هذا الفرض أن يهدد شخص آخر بالتبليغ عن جريمة ارتكبها، ليحمله على أن يعطيه مبلغا من المال لا حق له فيه، أو أن يهدده بأن ينفذ على أمواله بمقتضى دين له، إن لم يبع له أرضا لا علاقة لها بالدين والفقه السائد يرى أن الإكراه متوافر هنا، باعتبار أن الرهبة المتولدة عنه بغير حق. والقضاء فى فرنسا ومصر مجمع عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إنه وإن كان يشترط فى الإكراه الذى يعتد به سببا لإبطال العقد أن يكون غير مشروع وهو ما أشارت إليه المادة ١/١٢٧ من القانون المدنى إذ نصت على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس" مما فاده أنه يجب فى الرهبة أن يكون المكره قد بعثها فى نفس المكره بغير حق، وعلى ذلك فإن الدائن الذى يهدد مدينه بالتنفيذ عليه إنما يستعمل وسيلة قانونية للوصول إلى غرض مشروع، فلا يعتبر الإكراه قد وقع منه بغير حق – إلا أنه إذا أساء الدائن استعمال الوسيلة المقررة قانونا بأن استخدمها إلى غرض غير مشروع كما إذا استغل المكره ضيق المكره ليبتز منه ما يزيد على حقه، فإن الإكراه فى هذه الحالة يكون واقعا بغير حق ولو أن الدائن قد اتخذ وسيلة قانونية لبلوغ غرضه غير المشروع، وذلك ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى".

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/١/٢)

٢- "مفاد نص المادة ١٢٧ من القانون المدنى أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن يتقبله اختيارا. ويجب أن يكون الضغط الذى تتولد عنه فى نفس العاقد الرهبة غير مستند إلى حق، وهو يكون كذلك إذا كان الهدف الوصول إلى شىء غير مستحق حتى ولو سلك فى سبيل ذلك وسيلة مشروعة".

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣١)

(د) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع:

الغرض هنا يكون مشروعا ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة. والمثال الذى يعطى عادة لهذه الحالة أن تهدد امرأة عشيقها بالتشهير به لدى خطيبته أو زوجته إن لم يدفع لها مبلغا من المال، تعويضا لها عما نالها من ضرر.

فرغم أن الوسيلة غير مشروعة إلا أن العقد لا يبطل للإكراه إذ يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق لتأدية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة(١). ولكن يشترط ألا تكون هذه الوسيلة غير المشروعة جريمة يعاقب عليها القانون، كما فى حالة التهديد بالقتل أو الخطف بغية الوصول إلى حق فى ذمة المكره(٢).

ويشترط ألا يتعسف الشخص فى استعمال هذا الحق، فإن القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب(٣).

وتحديد ما إذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق، وبالتالي تحديد ما إذا كان الإكراه مشروعا فلا يمس العقد، أو غير مشروع فيدفعه بالقابلية للإبطال يعتبر من مسائل القانون، فيخضع قاضى الموضوع فى شأنها لرقابة محكمة النقض(٤).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لئن كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك، إلا أن تقدير كون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة مما يخضع لرقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة فى الحكم. وإذ كان ما قرره الحكم المطعون فيه من أن الشكوى التى قدمها الطاعن – بشأن تقاضى المطعون عليه مبلغ "كخلو رجل" إلى المحافظة

---

(١) السنهورى ص ٢٨١ الهامش – عبد المنعم الصده ص٢١٤.

(٢) عبد المنعم الصده ص٢١٤.

(٣) السنهورى ص٢٨١ الهامش – وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٧١ الهامش فيذهب إلى أنه لا يوجد فى القانون مبدأ أن الغاية تبرر الواسطة. بل إن هذا المبدأ يتنافى مع النزعة الخلقية التى تسود القواعد القانونية ثم إن القول بأن للشخص أن يستقضى حقه بيده غير سليم إطلاقا. فهو يتناقض مع مبدأ قانونى أساسى، وهو أنه لا يجوز للشخص أن يأخذ الحق لنفسه بنفسه، أو أنه ليس لشخص أن يقر العدل لنفسه بنفسه.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٧٢.

تعتبر وسيلة غير مشروعة استنادا إلى أنها قدمت إلى جهة غير مختصة غير صحيح فى القانون، لأن الشكوى تبليغ عن جريمة أثمها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧، ووجهت إلى الجهة الرئيسية التى تتبعها أجهزة الأمن وهى بذاتها وسيلة مشروعة عاقب القانون على كذب ما تضمنته، وكان الحكم قد خلا مما يدل على أن المطعون عليه قد قدم ما يدل على تهديده بالنشر فى الصحف – عن موضوع الشكوى – فإنه يكون فضلا عن مخالفة القانون معيبا بالقصور".

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧)

٢- "تقدير كون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة مما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة فى الحكم، لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانونى المعطى لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع من الخطأ فيه الخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/١/٢)

٢١٢- الشرط الثانى:

رهبة فى نفس المتعاقد تحمله على التعاقد:

يجب أن تكون الرهبة التى تولدها وسيلة الإكراه هى الدافعة إلى التعاقد، بمعنى أن لولاها لامتنع المكره عن إجراء التصرف.

وشرط كون الرهبة هى الدافعة إلى التعاقد بديهى، ولا صعوبة فيه إذ أن الإكراه يفسد الرضاء، وهو لا يعتبر كذلك إلا إذا حمل المتعاقد بالفعل على التعاقد، فإذا ثبت أن المتعاقد كان ليبرم التصرف وبنفس الشروط التى تم عليها حتى لو لم يسلط عليه سيف التهديد، فإن الإكراه لا يعتبر مفسدا لرضائه. وفى هذا يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط[١].

والمعيار هنا ذاتى، فيجب النظر إلى حالة المتعاقد الشخصية الذى وقع فى الإكراه. والتصرف إلى أى حد هو متأثر بالرهبة والخوف، فيدخل فى ذلك عامل الجنس والسن والحالة الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه بالتفصيل الذى تناولناه فيما سلف.

---

(١) السنهورى ص٢٨٥ وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٧٢ – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٧٤ وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع فى النفس أو المال أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الإقرار بقبول ما لم يكن يقبله اختيارا. وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى ببطلان الاتفاق المبرم بين الطاعن الأول والمطعون عليه الأول قد أسس قضاءه على أن الظروف التى أحاطت بهذا الأخير والتى ألجأته وحدها إلى توقيع الاتفاق هى ظروف يتوافر بها الإكراه المفسد للرضا، وكان ما أثبته الحكم وهو فى صدد بيان هذه الظروف قد جاء قاصرا على بيان الوسائل غير المشروعة التى استعملت لإكراه المطعون عليه الأول على التوقيع على الاتفاق – فإن الحكم يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥١/٢/٨)

٢- "الإكراه المبطل للرضا يتحقق – وعلى ما يجرى به قضاء محكمة النقض – بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعماله وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا. وإذ كان الطاعن لم يخصص اختيارا عين النزاع لاستعمال هيئة الكهرباء دون مقابل وإنما جاء بوليد ضغطها عليه بأنها لن توصل تيار الكهرباء لعقاره إلا بعد تنازله لها بغير مقابل عن الانتفاع بحجرة فيه تضع فيها الكابلات والمحولات المخصصة لاستعمالها، وكانت هيئة الكهرباء هى التى تقوم وحدها دون غيرها بتوصيل تيار الكهرباء إلى عقاره واعتقادا منه أن خطرا جسيما وشيك الحلول به ويتهدده من هذا الحرمان، هو عجزه عن الانتفاع بعقاره الانتفاع المعتاد لمثل هذا العقار بغير إنارة بالكهرباء مما أجبره على قبول طلب الهيئة التى استعملت هذه الوسيلة للوصول إلى غرض غير مشروع وهو الانتفاع بالحجرة التى تضع فيها الكابلات والمحولات بغير مقابل. إذ كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون خالف الثابت بالأوراق وأسس قضاءه بنفى حصول الإكراه على الطاعن من استدلال غير سائغ".

(طعن رقم ٩٦٤ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٥)

٣- "الإكراه المبطل للرضا إنما يتحقق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بتهديد المتعاقد المكره بخطر محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبل اختيارا .... الخ".

(طعنان رقما ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ق، ١٦٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

٤- "إذا كان النص فى المادة ١٢٧ من القانون المدنى على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس يدل على أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبولها ما لم يكن يقبله اختيارا ويجب أن يكون الضغط الذى تتولد عنه فى نفس العاقد الرهبة غير مستند إلى حق وهو يكون كذلك إذا كان الهدف الوصول إلى شىء غير مستحق ولو سلك فى سبيل ذلك وسيلة مشروعة".

(طعن رقم ١٧٦٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٢/١/٨ – غير منشور)

٥- "إن طلب الاستقالة باعتباره مظهرا من مظاهر إرادة الموظف فى اعتزال الخدمة يجب أن يصدر برضاء صحيح فيفسده ما يفسد الرضا من عيوب، ومنها الإكراه إذا توافرت عناصره، بأن يقدم الموظف الطلب تحت سلطان رهبة بعثتها الإدارة فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس، بأن كانت ظروف الحال تصور له خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الصحية والاجتماعية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامته. ومن حيث إن المحكمة ترى من الظروف والملابسات التى أحاطت توقيت طلب الاستقالة والعجلة التى لابست قبولها فى ذات يوم تقديمها أنها كانت مطلوبة أساسا بغرض التحلل من الضمانات التى أحاط بها القانون الطالب باعتباره من أعضاء الهيئة القضائية غير القابلين للعزل طبقا للمادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية، وإن الطالب لم يتقدم بهذه الاستقالة عن رغبة صحيحة ورضاء طليق من الإكراه، وتستمد المحكمة اقتناعها هذا بما ثبت من الأوراق

من أن الطالب كان يتردد على مستشفى هليوبوليس للعلاج من ارتفاع فى ضغط الدم وارتفاع نسبة الكلسترول بالدم وآلام حادة بالصدر "الشريان التاجى" وكان يجرى فحوصا طبية بالمستشفى فى .....، ونصح له بالراحة التامة مع العلاج لمدة شهر، وأن الطالب استدعى إلى مكتب مساعد وزير العدل لشئون التفتيش القضائى فى...، وهو يعانى من مرضه الثابت بالتقارير الطبية حيث واجهه شفهيا بما هو منسوب إليه بمحضر تحريات الرقابة الإدارية – وهو مجرد أقوال مرسلة لا دليل عليها لم يجد فيها السيد النائب العام ما يدين الطالب جنائيا بل وربما تأديبيا فأرسله للتفتيش القضائى للنظر – فقدم الطالب استقالته مكتوبة دون أن يجرى معه تحقيق فيما ورد بهذه التحريات مجهولة المصدر فى أغلبها، وقد أصدر وزير العدل قراره الرقيم ....، بقبول استقالته فى ذات يوم تقديمها ... ولا يتفق والمجرى العادى للأمور أن يسعى الطالب وهو من رجال القضاء الذين يدركون ما لهم من حقوق وضمانات إلى التقدم بطلب استقالته مختارا فى الظروف التى قدمت فيها ما لم يكن ذلك نتيجة رهبة حقيقية عاناها ولم يقو على تحملها أو مقاومتها وهى تهديده بأن استقالته بديل عن القبض عليه وحبسه وقد دفعه إلى تقديم طلب الاستقالة خشيته على حياته بسبب حالته المرضية التى أثر عليها انفعاله بسبب منعه من الخروج من إدارة التفتيش القضائى قبل تقديمها ويؤكد هذا النظر أن المحكمة لم تستشف من الأوراق ثمة مصلحة للطالب تبرر التقدم بطلب الاستقالة خاصة وأن ملفه السرى لا ينبئ عن سلوك منحرف بل الثابت من الأوراق أن الطالب أبرق إلى السيد وزير العدل ورئيس مجلس القضاء الأعلى وقدم مذكرة يشكو فيها ما تعرض له من إكراه على طلب الاستقالة طالبا سحبها والتحقيق معه ومساءلته قانونا إن كان هناك موجب للمسئولية، فضلا عن أن حالته الصحية تدهورت فى....، وثبت من التقارير الطبية أنه مازال يعانى من ارتفاع ضغط الدم وارتفاع حاد بنسبة الكلسترول بالدم والشريان التاجى مع تصلب فى الشرايين ونصح له بالراحة التامة بالمستشفى ودخلها اعتبارا من .....، وحتى ..... لما كان ذلك وكان طلب الاستقالة وقد صدر على ما سلف بيانه عن غير إرادة حرة تحت تأثير الإكراه المفسد للرضا والاختيار، فإنه يعتبر باطلا ويبطل معه تبعا لذلك قرار وزير العدل بقبول الاستقالة المبنى عليه ومن ثم يتعين الحكم بإلغائه".

(الطلب رقم ٤٩ لسنة ٦٥ القضائية (رجال القضاء) جلسة ١٩٩٦/٥/١٤)

٢١٣- الإكراه فى حالة الضرورة (الإكراه بالصدفة) :

يراد بذلك أن ظروفا تتهيأ مصادفة فيستغلها المتعاقد للضغط على إرادة الطرف الآخر وحمله على التعاقد. ومثل ذلك أن تشرف سفينة على الغرق فتتقدم أخرى لإنقاذها ويشترط قائد هذه الأخيرة قبل الإنقاذ التعهد بمبلغ كبير فى مقابل عملية الإنقاذ. أو يتقدم شخص لإنقاذ آخر من غرق أو حريق أو قتل فيطلب منه التعهد بمبلغ باهظ فى مقابل ذلك.

أو أن يطلب طبيب متخصص فى نوع خطير من العمليات الجراحية أجرا فاحشا من مريض يخشى على نفسه الهلاك إذا لم تجر له هذه العملية.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم (١٧٨) يقضى بأن: "١- لا يعتبر إكراها الخوف من المطالبة بحق، ما لم يستغل الضيق الذى وقع فيه الطرف المهدد، فيبتز منه ما يزيد كثيرا على ما فى ذمته من حق". وهذا النص يجعل الإكراه فى حالة الضرورة (الإكراه بالصدفة) الذى نتناوله إكراها يجيز طلب إبطال العقد. إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة، ولم يكن هذا الحذف بقصد العدول عن حكمه وإنما اكتفاء بالنصوص الأخرى(١).

ولذلك فالرأى أنه طالما أن نصوص القانون قد خلت مما يقتضى التمييز بين إكراه يهيئه شخص أو يتهيأ مصادفة.

وطالما أن الإرادة ليست حرة والغرض غير مشروع بل صدرت الإرادة تحت تأثير الضغط، فالإرادة فاسدة، سواء فى ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبى أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها. فأثر الضغط فى إرادة المتعاقد واحد فى كل هذه الأحوال(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٨٦.

(٢) السنهورى ص٢٨٩ – عبد المنعم الصده ص٢١٧ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٧٦ – جلال العدوى ص١٨٠ – وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٨٠ فيذهب إلى أن الرأى السليم الذى يتمشى مع طبيعة الإكراه ذاتها، ويتوافق مع أصله التاريخى الموروث، هو أن مجرد الرهبة المتولدة من الظروف المحيطة كالرهبة المتولدة من الخشية التأدبية تماما، لا يعتبر إكراها من شأنها أن يدفع العقد بالقابلية للإبطال. فمؤدى الإكراه بحسب طبيعته نفسها وبحسب أصله التاريخى، أن تبعث الرهبة فى نفس المتعاقد بفعل فاعل، لا أن تتولد تلقائيا بفعل الظروف المحيطة. ومقتضى ذلك أنه يتوجب أن تكون الرهبة قد ولدت فى نفس المتعاقد بفعل شخص معين. فلا يكفى أن تكون قد انبعثت تلقائيا فى نفس المتعاقد، بتأثير ظروف تواجدت حوله.

غير أن هذا القول يقتضى أن يكون المكره سيء النية، فإذا كان حسن النية لم يقصد استغلال الطرف الآخر فلا يبطل العقد.

٢١٤- إثبات الإكراه:

يقع على عاتق المتعاقد المكره أى الذى يدعى حصول الإكراه إثبات الإكراه بشروطه التى ذكرناها فيما سلف. ويجوز له الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن، ولو كان العقد الذى أبرم نتيجة الرهبة التى بعثها الإكراه مكتوبا، لأن الإثبات هذا ينصب على واقعة مادية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لمحكمة الموضوع أن تستدل على الإكراه من أى تحقيق قضائى أو إدارى باعتباره قرينة قضائية ولو لم يكن الخصم طرفا فيه ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك مادام ما استنبطته مستمدا من أوراق الدعوى ومستخلصا منها استخلاصا سائغا يؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها".

(طعن رقم ٥١٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١/٢١)

٢١٥- أثر الإكراه:

إذا توافرت شروط الإكراه على النحو الذى بسطناه، أنتج الإكراه أثره. ويتمثل هذا الأثر فى جعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المكره.

ويثبت حق طلب الإبطال، سواء أكان الإكراه قد دفع المكره إلى قبول التعاقد ذاته، أم اقتصر على حمله على قبول شروط أقسى وأشد وقرا مما كان يقبل بها العقد من غيره قياسا على الرأى الراجح شأن التدليس الذى أشرنا إليه فيما سلف.

والعقد فوق أنه قابل للإبطال لعيب شاب الإرادة. فإن الإكراه يشكل خطأ يرتب المسئولية التقصيرية قبل فاعله.

وينبنى على ذلك أنه بجانب الخيار الثابت للمكره فى التمسك بالعقد أو إبطاله، له أن يطلب التعويض من المكره عما ناله من ضرر.

٢١٦- الشرط الثالث:

أن يكون الإكراه صادرا من المتعاقد الآخر أو أن يكون الأخير عالما به أو من المفروض حتما أن يعلم به، إذا كان صادرا من غير المتعاقدين:

يجب لإعمال الإكراه باعتباره عيبا يشوب الإرادة ويجعل العقد بالتالى قابلا للإبطال، أن يكون متصلا بمن يتعاقد مع المكره. ويكون الإكراه كذلك إذا كان صادرا من المتعاقد مع المكره.

وفى هذا تنص الفقرة الأولى من المادة ١٢٧ على أن: ".... إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر....الخ".

بيد أن هذا ليس ضروريا فيكفى أن يكون الإكراه صادرا من الغير إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه (م١٢٨)، وسنرجئ الحديث عن الإكراه الذى يصدر من الغير إلى شرح المادة (١٢٨).

ومقتضى حرفية المادة (١٢٧) يؤدى إلى قصر الإكراه على الإكراه الذى يصدر من ذات المتعاقد الآخر. إذ لم تلحق هذه المادة الإكراه الذى يصدر من نائب المتعاقد، بالإكراه الذى يصدر من المتعاقد ذاته، كما فعلت الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ بالنسبة لإبطال العقد للتدليس.

ويذهب – بحق – رأى فى الفقه إلى أنه يجب التوسعة فى تطبيق النص والقول بإعمال الإكراه إذا وقع من النائب، كالولى والوصى والقيم والوكيل لأن النائب وإن كان لا يعتبر من الناحية القانونية هو المتعاقد، فهو الذى يمثله فى إبرام العقد. وأغلب الظن أنه قد جاء سهوا من المشرع ألا يذكر النائب ليعطى الإكراه الواقع منه حكم الإكراه الحاصل من أصله. وأيا ما كان الأمر، فينبغى قياس الإكراه على التدليس[١].

وقد ذكرنا عند تناول التدليس أن النائب يشمل فوق النائب بمعناه القانونى كالولى والوصى والقيم والحارس القضائى وأمين التفليسة والوكيل كل من يعاون المتعاقد بتكليف منه كالسمسار.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٧٣.

ولئن كان من شأن حرفية نص المادة ١٢٧ أن مقتضى وجوب توافر شروط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر فى جميع أنواع التصرفات، إلا أنه يجب قصر تطلبه على المعاوضات وحدها دون التبرعات، شأن الإكراه فى ذلك شأن ما قلناه فى صدد التدليس وتأسيسا على نفس الاعتبارات.



مـادة (١٢٨)

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 حتمـا أن يعلم بهذا الإكراه.

الشـرح

٢١٧- الإكراه من غير المتعاقدين:

أجاز الشارع فى المادة ١٢٧ صدور الإكراه من غير المتعاقدين، وبذلك سـوى بين التدليس والإكراه فى هذا الشأن(١).

والمقصود بالغير، من هم غير المتعاقد الآخر أو نائبه بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا.

إلا أنه يشترط لترتيب الإبطال على الإكراه الصادر من الغير، أن يكـون المتعاقـد الآخر يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه. وهو يماثل المقرر فى شـأن التدليس، فنحيل إلى ما ذكرناه عند تناول التدليس فى تفاصيل ذلك. (راجع بند ٢٦).

وإذا لم يثبت الإكراه بشروطه على النحو السالف، فلا يجوز إبطال العقد، إذ يكون المتعاقد الذى لم يقع عليه الإكراه حسن النية، ولو أبطلنا العقد رغم ذلك لوجـب لـه التعويض، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحا.

ويكون القانون قد أقام العقد حينئذ على الإرادة الظاهرة.

وفى هذه الحالة لا يبقى أمام المكره إلا أنه يطالب الغير الذى ضغط عليه بالتعويض.

وكان نص المادة (١٧٧) من المشروع التمهيدى المقابل للمـادة (١٢٨) ينص على ذلك صراحة فى فقرته الثانية التى تجرى على أنه: "فإذا كان الطرف الآخـر لا يعلم بوقوع الإكراه، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به، فليس للمكـره إلا أن يطالـب المكره بالتعويض إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لأنه يقرر حكما تكفى فيه قواعد المسئولية"(٢).

---

(١) كان التقنين القديم، على غرار التقنين الفرنسى، يفرق بين الإكراه والتدليس إذا صدرا من الغير، فالأول يجعل العقد قابلا للإبطال، أما الثانى فلا يكون له هذا الأثر وفق ما كان سائدا فى ظـل القانون القديم.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص١٨٥ وما بعدها.

مادة (١٢٩)

١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، 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.

الشرح

الاستغلال:

٢١٨- الاستغلال والغبن:

الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه. فهو بهذا يعتبر المظهر المادى للاستغلال، ومن ثم **يتميز عنه بأمرين جوهريين:** الأول، أنه لا يتصور إلا فى المعاوضات المحددة، فلا يكون فى عقود المعاوضة الاحتمالية لأن الغبن من طبيعة هذه العقود، ولا يكون فى التبرعات لأن العاقد فيها يعطى ولا يأخذ.

والثانى: أنه يقاس بمعيار مادى، فينظر فيه إلى ما بين الأداءات المقابلة من تفاوت فى القيمة المادية، أى القيمة بحسب سعر السوق. فإذا اعتد به الشارع فى حالات معينة فغالبا ما يحدد التفاوت الذى يتحقق معه الغبن برقم معين.

أما الاستغلال هو أمر نفسى لا يعتبر الغبن إلا مظهرا ماديا له. فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التى يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا يقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتا مألوفا.

ومن هذا فهو يختلف عن الغبن فى الأمرين المذكورين، إذ يصح أن يقع فى جميع التصرفات، كما أن المعيار فيه معيار شخصى لا مادى.

ويخلص من هذا إلى أن الغبن عيب فى العقد، لأنه يتحقق بمجرد التفاوت المادى المقدر له حتى لو كانت إرادة العاقد المغبون سليمة. أما الاستغلال فعيب فى الإرادة لأنه زيادة على التفاوت غير المألوف، لابد من أن يستغل فيه العاقد ضعفا فى المغبون بحيث تفسد إرادته ويدفع إلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال(١).

(شروط الاستغلال)

جعل الشارع من الاستغلال – كما رأينا – عيبا فى الإرادة ينطبق على سائر التصرفات. ويبين من المادة (١٢٩) أنه يشترط لقيام هذا الاستغلال ثلاثة شروط هى:

١- أن يختل التعادل بين الأداءات المتقابلة فى العقد أو ينعدم هذا التعادل عند عدم وجود مقابل.

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢١٨ – سمير تناغو ص٦٣ وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"١- لم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألمانى، فيما يتعلق باستغلال المتعاقد، بل اقتفى أثر المشروع الفرنسى الإيطالى. وليس يعنى هذا التقنين أن المغبون قد خضع لتأثير لم يستطع التغلب عليه بإرادته، وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضا.

ولكن يعنيه أمر مختلف كل الاختلاف، هو أن الطرف الآخر قد استغل، فيمن تعاقد معه، ما قام به من ضعف، وما اشتد عليه من عوز. فليس ينطوى الأمر على عيب فى الرضاء، بل هو ينطوى على عمل مخالف للآداب، صدر من المتعاقد الذى حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته. ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق، لا البطلان النسبى".

(تعليقات على التقنين الألمانى، الجزء الأول، ص١٥٦).

تلك وجهة التقنين الألمانى. وقد آثر المشروع اطراحها، واتباع ما اختاره المشروع الفرنسى الإيطالى فى هذا الصدد. فلم يعتبر الغبن عملا مخالفا للآداب، بل اعتبره عيبا من عيوب الرضاء، يستتبع وجوده بطلان العقد بطلانا نسبيا. بيد أنه يشترط لذلك توافر أمرين. أحدهما مادى أو موضوعى، وهو فقدان التعادل ما بين قيمة ما يأخذ وقيمة ما يعطى، على نحو يتحقق معه معنى الإفراط، والآخر نفسى أو ذاتى، وهو استغلال المتعاقد الذى أصابه الغبن. وقد نسج المشروع على منوال المشروع الفرنسى الإيطالى، فجعل حكم الشرط الثانى من العموم بحيث يتسع لجميع الفروض التى لا يكون للعاقد فيها ما يكفى من حرية الرضاء أو الخيار. فلم يعد أساس الغبن، بعد هذا التوسع، قاصرا على اقتراض الإكراه فحسب، بل جاوز ذلك إلى افتراض التدليس أو الغلط. وبهذا يصبح العيب عيبا من عيوب الرضاء".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٩٠ وما بعدها)

٢- أن يكون هناك استغلال لطيش بين أو هوى جامح فى المتعاقد المغبون.

٣- أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد.

ونعرض لهذه الشروط الثلاثة بالتفصيل فيما يأتى:

٢١٩- الشرط الأول:

أن يختل التعادل بين الأداءات المتقابلة أو أن ينعدم عند عدم وجود المقابل:

يتحقق هذا الشرط كما تنص الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر".

فيقتضى هذا الشرط أن يكون هناك اختلال فى التزامات المتعاقدين، إلى حد يجاوز المألوف بشكل واضح أو إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل بشكل كبير مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة من العقد، وهو ما يعبر عنه بالاختلال الفادح أو الشديد(١).

وهذا هو العنصر المادى أو الموضوعى فى الاستغلال، لأنه هو الذى يكشف عن العنصر النفسى وهو استغلال حالة الضعف فى المتعاقد المغبون. ولذلك فهو يعتبر مفتاح الموقف فى مجال الإثبات. فإذا قام الدليل عليه وهذا أيسر من إثبات العنصر النفسى، فإنه يلفت النظر إلى الظروف غير العادية التى تم فيها العقد، فيجعل القاضى ينتقل إلى بحث العنصر النفسى.

والمجال الطبيعى لاختلال التعادل هو فى عقود المعاوضة المحددة، أى حيث يأخذ كل من المتعاقدين ويعطى وحيث يعرف كل منهما على وجه التحديد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى. ففى البيع مثلا يكون عدم التناسب بين قيمة المبيع وبين الثمن. كما إذا استغل شخص طيشا بينا فى آخر وجعله يبيعه داره التى تبلغ قيمتها مائة ألف جنيه بخمسين ألف فقط.

إلا أنه من الممكن أن يتحقق الاختلال أيضا فى العقود الاحتمالية، وذلك على الرغم من أنها تقوم على احتمال الكسب والخسارة، إذ أن هذا لا يحول دون أن تكون مجالا للاستغلال. وذلك حين يكون الاختلال فادحا بين احتمال الكسب واحتمال

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص٧٠.

الخسارة. كما فى عقد بيع عقار كبير القيمة فى مقابل إيراد مرتب مدى الحياة لشيخ هرم مريض لا يرجى منه أن يعيش إلا مدة وجيزة[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى فى هذا الشأن بأنه :

"وتحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها، يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن، إذا اجتمع فيه معنى الإفراط، ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه (أنظر المادة ٢١٤ من التقنين اللبنانى)"[٢].

والاستغلال لا يكون فى المعاوضات فحسب، وإنما يكون فى التبرعات أيضا، بل إن التبرعات هى الأساس والمجال الخصب الرحيب لإعمال نظام الاستغلال، لاسيما لاستغلال الهوى الجامح. وقد حرص المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ على أن يشير إلى ما يفيد إعمال نظام الاستغلال فى مجال التبرعات فقال إنه يقوم على عدم التناسب بين التزامات العاقد وبين ما يحصل عليه "من فائدة"، وذلك زيادة على قوله بعد ذلك بقيامه على عدم التناسب بين التزامات المتعاقد المستغل مع "التزامات المتعاقد الآخر"[٣].

والأعمال التحضيرية قاطعة على سريان نظام الاستغلال على التبرعات إلى جانب المعاوضات[٤].

---

(١) السنهورى ص٢٩٧- عبد المنعم الصده ص٢٢٣ –وعكس ذلك محمود جمال الدين زكى ص٧١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٩١.

(٣) السنهورى ص٢٩٧ وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٩٥ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٨١ وما بعدها – عبد المنعم حسنى ص٣٥.

(٤) فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى المقابلة للفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى تصرح بسريان الاستغلال على عقود التبرع إذ كانت تقضى بأن:
"إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه أو تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد **ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا**" وقد حذفت العبارة الأخيرة – على ما جاء بتقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ "لأنها من قبيل التزيد" (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٩٢ وما بعدها) وكان هناك اقتراح فى اللجنة بقصر أحكام الاستغلال على التبرعات دون المعاوضات (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٩٩).

وواضح من ذلك أنه فى التبرعات لا يقال أن هناك اختلالا فى التعادل بين التزامات المتعاقدين، إذ لا تعادل أصلا فى التبرعات، فهو معدوم فيها، لأن العاقد لا يأخذ مقابلا لما يعطى. وإنما يكون تقدير العنصر المادى فيها بالنظر إلى مقدار التبرع بالنسبة إلى ثروة المتصرف وكذلك بالنسبة إلى ما يؤلف التبرع به فى مثل الظروف التى وجد فيها المتصرف. وإلى التناسب بين مقدار التبرع وبين المنفعة الأدبية التى يحققها له المتبرع له(١).

ومثال الاستغلال فى التبرعات أن يهب شخص لزوجته الجديدة وأولاده منها – دون أولاده الآخرين – كل أمواله، ويكون هذا التصرف نتيجة استغلال الزوجة الجديدة لهواه(٢). وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلالا فادحا بل يقال إنه غير موجود أصلا، فالمتبرع أعطى دون مقابل، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البين أو لهواه الجامح(٣).

والاستغلال يجاوز العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، كما أذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيصاء به لشخص استغل فيه طيشا أو هوى جامحا، فالوصية هنا يعيبها الاستغلال، وهى ليست عقدا بل عملا قانونيا صادرا من جانب واحد(٤).

وتقدير فداحة اختلال التعادل أو انعدام الفائدة متروك لقاضى الموضوع. وهو فى تقديره لا يتقيد برقم ثابت، بل ينظر فى ظروف كل حالة مستهديا بما تعارف الناس عليه وناظرا أول ما ينظر إلى ما يساويه الشىء فى اعتبار المتعاقد، فقد يكون هذا هاويا يبذل فى سجادة أو صورة أو طابع بريد ثمنا أكبر بكثير مما يساويه مثله فى السوق، فلا يكون ثمة اختلال، لكن قد يتحقق الاختلال رغم ذلك فى مثل هذه الفروض إذا كان ما بذل من ثمن قد بولغ فيه إلى حد يمكن معه القول بمجاوزة القيمة الشخصية للشىء(٥).

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٢٤.

(٢) السنهورى ص٢٩٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٨٢ هامش (١).

(٣) السنهورى ص٢٩٨.

(٤) السنهورى ص٢٩٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٨٢ هامش (١).

(٥) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٨١ – عبد المنعم الصده ص٢٢٢ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص٧٠.

والعبرة فى تقدير العنصر المادى فى الاستغلال على النحو الذى ذكرناه هى بوقت إبرام التصرف(١).

٢٢٠- الشرط الثانى:

أن يكون هناك استغلال لطيش بين أو هوى جامح فى المتعاقد المغبون:

عبرت الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى عن هذا الشرط بقولها: "قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا". وهذا هو العنصر النفسى فى الاستغلال.

وإذا تمشينا مع منطق الأمور ذاته، وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنسانى أيا كان نوعه أو طبيعته، من شأنه أن يقيم الاستغلال طالما أنه قد استغل بالفعل فى صاحبه مثل الطيش البين أو الهوى الجامح اللذين نصت عليهما الفقرة المذكورة. ومع ذلك قصرت الفقرة مظاهر الضعف الإنسانى، التى يمكن أن تكون محلا للاستغلال على الطيش البين والهوى الجامح، بعد أن كانت المادة (١٧٩) من المشروع التمهيدى التى تقابل المادة (١٢٩ مدنى) مرنة فضفاضة، ذاكرة الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإرادة وعلى العموم عدم صدور الرضاء عن اختيار كاف"(٢).

وقد جاء هذا التضييق نتيجة مناقشات محتدمة فى لجنة مجلس الشيوخ جرأت إلى أن تتناول نظام الاستغلال فى ذات وجوده. وكان محور تلك المناقشات خشية البعض من أن يؤدى نظام الاستغلال إلى قلقلة المعاملات وعدم استقرارها(٣).

ويقصد بالطيش البين الخفة الزائدة التى تؤدى إلى التسرع وسوء التقدير(٤).

---

(١) عبد المنعم حسنى ص٣٥.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقا مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقا مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يكون مفروضا، تبعا للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين، بوجه عام، أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضى، بناء على طلب الطرف المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا".

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٩٣ وما بعدها.

(٤) عبد المنعم الصده ص٢٣٥ – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٨٣.

ويقصد بالهوى الجامح، الميل الجارف نحو ما تهواه النفس وفيه معنى غلبة العاطفة وضعف الإرادة وما يؤديان إليه من إفلات الزمام. ويستوى أن تنصرف هذه الرغبة إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء وإن كان الغالب أن يكون الهوى الجامح نحو شخص(١).

وقد جاء بتقرير مجلس الشيوخ حتى نص المادة (١٧٩) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٢٩) مدنى أن المقصود بالهوى الجامح "الشهوة الجامحة لا المودة والعطف وقد ترك تحديد الطيش والهوى لتقدير القاضى"(٢).

ومثال الطيش البين أن يرث شاب مالا كثيرا فيستغل المرابون نزقه وطيشه ويحصلون منه على عقود تودى بأمواله(٣).

ومثال الهوى الجامح ما يأتى:

١- أن ترغب امرأة متزوجة فى الزواج من رجل غير زوجها فتعطى زوجها مالا كثيرا كى يطلقها حتى تستطيع الزواج من الآخر ويعمد الزوج إلى استغلال هذه الرغبة(٤).

٢- أن يتزوج رجل طاعن فى السن امرأة فى مقتبل العمر تستغل هواه فتجعله يبرم لصالحها ولصالح أولادها عقودا يؤثرهم بها على زوجة أخرى وأولاد آخرين(٥).

٣- أن يعجب أحد هواة التحف بقطعة فنية إلى حد أن تأسر منه عقله وفكره ووجدانه(٦).

ويلاحظ أن نص المادة (١٢٩) مدنى بوضعه الحالى يقصر عن مواجهة الحالات التى يبرم الشخص فيها التصرف وهو مسلوب الإرادة دون أن يكون ذلك راجعا إلى طيش أو هوى.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٩٣ – محمود جمال الدين زكى ص٧١.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٠١.
(٣) عبد المنعم الصده ص٢٣٥.
(٤) استئناف مصر الوطنية فى ١٢ يناير ١٩٣٦.
(٥) عبد المنعم الصده ص٢٣٥.
(٦) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٩٣.

وقد عرضت للقضاء حالات من هذا القبيل فلجأ إلى نظرية الاستهواء والتسلط على الإرادة التى أخذ بها القضاء الفرنسى[١].

إذ قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الحكم قد بنى قضاءه ببطلان عقد البيع على فساد رضاء البائع لكونه متقدما فى السن ومصابا بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصا لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم فإنه لا سبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى".

(طعن رقم ٦١ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٤٢/١/٢)

كما قضى بعدم التزام ورثة المتوفى بما تعهد به فى سند صدر منه وهو فى حالة مرضية تهدد حياته بالخطر مما جعله يفكر فى الانتحار فضلا عن كونه فى حالة عقلية تجعله مسلوب الإرادة[٢].

٢٢١- الشرط الثالث:

أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد:

يتحقق هذا الشرط كما تنص الفقرة الأولى عن المادة ١٢٩ مدنى "إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا".

فيجب أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى إبرام التصرف بمعنى أن يكون هو الذى حمل الطرف المغبون على ارتضاء العقد على نحو ما ارتضاه عليه، بحيث أنه ما كان ليرتضيه على هذا النحو لولاه. فالمعيار ذاتى كما هو الشأن فى عيوب الإرادة.

فكما أن عيوب الإرادة الأخرى لابد أن تكون هى التى دفعت إلى التعاقد، فكذلك يكون الاستغلال إذ أنه باستغلال الضعف الموجود فى المغبون، وهو الطيش أو الهوى، وقيام المغبون تحت تأثير هذا الاستغلال بإبرام التصرف تكون إرادته معيبة فيصبح العقد قابلا للإبطال.

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٢٥ وما بعدها.

(٢) استئناف مصر فى ٣١ مايو سنة ١٩٣٣.

وإذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، فسيان بعد ذلك أن يكون قد دفع ضحيته إلى أن يبرم العقد مع من استغله ذاته، أو مع شخص آخر غيره يعمل لمصلحته. ومثال هذه الحالة الأخيرة، أن تستعمل الزوجة هوى زوجها الجامح نحوها، فتجعله يهب ماله لأولادها(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدنى أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا، أو هوى جامحا، بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع".

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٥/١١)

٢- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدنى أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل طيشا بينا أو هوى جامحا بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن المبنية على الغبن على أنه لم يدع أن المطعون ضده قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا وأن ما ذهب إليه الطاعن من أن الأخير استغل فقط حاجته وعدم خبرته – بفرض صحته لا يعتبر غبنا فى مفهوم المادة ١٢٩ من القانون المدنى فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم ٧١٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١٢/٣١)

٣- "النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ من القانون المدنى يدل على أنه لا يكفى لإبطال العقد للغبن أن تكون التزامات أحد المتعاقدين غير متعادلة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر بل يتعين فضلا عن ذلك أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد".

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٩٧.

٤- "يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدنى التى تجيز إبطال العقد للغبن أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع".

(طعن رقم ١٨٦٢ لسنة ٥٩ جلسة ١٩٩٤/٢/١٧)

٢٢٢- علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء الأخرى:

واضح أن الاستغلال يتفق مع غيره من العيوب فى أنه يعيب الإرادة. كما أنه فوق ذلك يقترب فى جوهره من هذه العيوب. فعيوب الإرادة تجمع بينها فكرة مشتركة بحيث يصعب فصل واحد منها عن غيره من العيوب فصلا تاما. فاستغلال الطيش البين يدنو من الغلط والتدليس، لأن الخفة والنزق اللذين يعتريان المغبون فى هذه الحالة يعميانه عن الحقيقة فيضل ويتعاقد على غير هدى.

واستغلال الهوى الجامح يدنو من الإكراه، لأن المغبون فى هذه الحالة يكون صريع هواه فيستغل الطرف الآخر هذا الظرف للضغط على إرادته كى يحصل منه على مغنم فاحش.

وهذا المعنى نجده واضحا فى نص المشروع الفرنسى الإيطالى ونص المشروع التمهيدى فيما يذكرانه فى النهاية من أنه يكون مفروضا تبعا للظروف، أو من أنه يتبين بوجه عام أن رضاء المغبون لم يصدر عن اختيار كاف.

إلا أن فكرة الغلط أو التدليس أو الإكراه التى يثيرها الاستغلال تكمن وراء الوقائع المكونة لهذا الاستغلال. فلا يقدر لها أن تظهر أو أن تكون محل إثبات، وإنما يراد بذكرها بيان أن ما تتأثر به الإرادة فى الاستغلال لا يختلف فى جوهره عمال تتأثر به العيوب الأخرى(١).

٢٢٣- إثبات الاستغلال:

يقع عبء إثبات توافر الاستغلال بكافة شروطه على عاتق الطرف المغبون الذى يتمسك بالاستغلال.

---

(١) السنهورى ص٣٠١ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٢٢٦ وما بعدها.

ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات – بما فيها البينة والقرائن – لأن الإثبات ينصب على وقائع مادية.

وحصول الوقائع المكونة للاستغلال، وهى وجود الاختلال الفادح ووجود طيش أو هوى واستغلال هذا وذاك وكون هذا الاستغلال هو الذى دفع إلى التعاقد مسألة موضوعية.

الجزاء الذى يترتب على الاستغلال

٢٢٤- الإبطال أو الإنقاص:

إذا توافرت شروط الاستغلال على النحو الذى قدمناه جاز للقاضى، كقول المادة ١٢٩ "أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

ومن هذا يتبين أن جزاء الاستغلال فى القانون المصرى الجديد هو إما الإبطال أو الإنقاص.

فالطرف المغبون بالخيار بين أن يرفع دعوى إبطال العقد أو دعوى إنقاص التزاماته بالقدر الذى يزيل الغبن.

ونعرض لذلك فيما يلى.

٢٢٥- (أ) دعوى الإبطال:

للطرف المغبون إذا أراد التخلص من العقد، أن يرفع دعوى إبطال العقد.

غير أنه يجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن (م١٢٩/٣). فإذا كان المشترى قد استغل البائع فإن المشترى يستطيع أن يتوقى الإبطال إذا عرض زيادة فى الثمن يراها القاضى كافية لرفع الغبن. وليس معنى ذلك أنه يشترط التعادل بين الثمن وقيمة المبيع. بل إن المقصود أن تكفى هذه الزيادة فى الثمن لأن تزيل الغبن الفاحش والمسألة مرجعها فى تقدير القاضى فى ضوء الظروف[١].

٢٢٦- (ب) دعوى الإنقاص:

يجوز للمتعاقد المغبون – إذا أراد الإبقاء على العقد – أن يرفع دعوى بإنقاص التزاماته الناشئة عن العقد.

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٢٨ – عبد المنعم حسنى ص٣٦.

ويستجيب القاضى إلى هذا الطلب إذا رأى فى ذلك الإنقاص ما يكفى لرفع الإجحاف عنه.

ومثال ذلك أن يستغل شخص الطيش البين فى آخر فيبعيه ماله بثمن باهظ فيطلب الطرف المغبون إنقاص الثمن إلى الحد الذى يرفع عنه فاحش الغبن. أو يستغل ربان سفينة الهوى الجامح نحو الحياة لدى سفينة أخرى تشرف على الغرق فيفرض ثمنا باهظا لإنقاذها، فيطلب صاحب السفينة الغارقة إنقاص الثمن إلى الحد العادل.

ولا يشترط أن يعيد القاضى التوازن بصفة كاملة إلى العقد، بل يكفى أن يرفع الظلم الظاهر وأن يترك بعض الاختلال البسيط فى الالتزامات المتقابلة. فالمقصود هو رفع الفحش فى الغبن أو الإفراط فى الغرم، وليس المقصود هو إزالة كل الغبن أو كل الغرم. فالغبن البسيط أو عدم التوازن القليل بين الأخذ والعطاء، لا يؤديان إلى قيام الاستغلال أصلا(١).

غير أنه إذا رفع الطرف المغبون دعواه طالبا إبطال العقد فإن القاضى لا يلزم بالقضاء بطلباته، وإنما يجوز له أن يحكم بإنقاص التزاماته إن رأى أن الاستغلال لم يبلغ حد إفساد الإرادة وأن المغبون كان يقبل بغير الاستغلال التعاقد بشروط أقل كلفة والقاضى فى خياره بين أن يحكم بإبطال العقد أو بإنقاص التزامات الطرف المغبون إنما يستهدى ظروف الدعوى وملابساتها، ولا رقابة عليه فى ذلك(٢).

ويبرر هذا أن طلب الإنقاص يندرج فى طلب الإبطال أما إذا طلب المغبون إنقاص التزامه، فإن القاضى يكون مقيدا بهذا الطلب فليس له أن يتركه ويقضى بالإبطال، لأنه يكون قد قضى بأكثر مما طلبه الخصم.

ويرد الإنقاص على عقود التبرع كما يرد على عقود المعاوضة، فيقضى القاضى بإنقاص التزام المتعاقد المغبون بالقدر الذى يرفع الغبن.

غير أنه لا يجوز للقاضى بدلا من إنقاص التزامات المتعاقد المغبون زيادة التزامات الطرف الآخر، بدلا من إنقاص التزامات الطرف المغبون(٣).

---

(١) عبد الفتاح عن الباقى ص٣٩٨ وما بعدها – السنهورى ص٣٠٤ – محمود جمال الدين زكى ص٧٢ وعكس ذلك سمير تناغو ص٦٦.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٨٦ وما بعدها– المستشار أنور طلبه ص٥٦٧ – المستشار الدكتور محمد شتا ص٧٠٥ وما بعدها.

(٣) السنهورى ص٣٠٤ وما بعدها.

٢٢٧- سقوط دعوى الاستغلال:

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ على أنه: "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة".

فالدعوى بإبطال العقد أو إنقاصه، يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ تمام العقد وتحسب السنة طبقا للتقويم الميلادى، وإلا كانت غير مقبولة.

وهذه المدة هى مدة سقوط وليست مدة تقادم بمعنى أنها لا تقبل الوقف ولا الانقطاع وقد فرق المشروع فى هذا الخصوص بين دعوى الاستغلال ودعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو للإكراه، إذ جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة (م١٤٠ مدنى)، وتقبل الوقف والانقطاع.

والحكمة من هذه التفرقة هو رغبة المشرع فى حسم ما يثور من نزاع بشأن العقود التى يشوبها الاستغلال، فى أقرب وقت، حتى لا يبقى مصير العقد معلقا على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح(١).

---

(١) السنهورى ص٣٠٣ – احمد حشمت أبو ستيت ص١٨٦ – ويذهب الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٠١ وما بعدها إلى أننا لو أخذنا بحرفية نص المادة ٢/١٢٩ على إطلاقها لتمثل حكمها عيبا تشريعيا فادحا.

إذا أنه فى أكثر الحالات العملية التى يقوم فيها الاستغلال. وعلى الأخص فى حالة استغلال الهوى الجامح، يغلب أن يستمر العيب الذى يلحق الإرادة، قائما لمدة تزيد على سنة. فكأن دعوى الاستغلال هنا تتمثل دعوى عديمة الجدوى مجدبة الأثر، وكأننا سلبنا باليسار ما أعطيناه باليمين. لنفرض مثلا أن زوجة استغلت فى زوجها هواه الجامح نحوها وجعلته يهبها وأولادها منه ماله، وامتد به العمر إلى ما يتجاوز السنة، وهو لازال خاضعا لتأثير الهوى الجامح الذى يستشعره نحو زوجته، ثم مات وجاء أولاده من زوجة أخرى يطعنون فى الهبة تأسيسا على استغلال أبيهم (وهذه هى أغلب حالات الاستغلال شيوعا فى واقع حياة الناس)، فماذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة؟ إن مؤدى حرفية نص المادة ٢/١٢٩ أن يحكم القاضى هذا بعدم قبول دعوى الاستغلال لسقوطها، ولا يمكن أن يكون ذلك هو قصد الشارع، حينما قضى بسقوط دعوى الاستغلال بسنة، وإلا كان حكمه أقرب إلى العبث الذى يجب أن ينزه عنه. من أجل ذلك يرى تمشيا مع روح نظام الاستغلال والحكمة التى يتوخاها المشرع منه، تفسير نص المادة ١/١٢٩ على أن المشرع يقصد منه بدء سريان مدة السنة من تاريخ العقد فى الحالة التى يكون أثر الاستغلال قد انتهى بذات إبرامه، كما إذا استغل شخص الطيش البين فى آخر وجعله يبيع له=

مـادة (١٣٠)

يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فـى بعض العقود أو بسعر الفائدة.

الشـرح

٢٢٨- الإبقاء على الحالات الخاصة بالغبن فى بعض العقود وسعر الفائدة:

رأينا أن القانون المدنى الجديد أدخل الاستغلال عيبا عاما بنبسط على سائر العقود، ولكن المادة (١٣٠) رغم ذلك نصت على استبقاء التطبيقات التقليدية لفكرة الغبن. لكن تلك التطبيقات – وهى واردة فى مواضع مختلفة – واردة على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها.

والإبقاء على هذه الحالات له فائدته، من حيث عبء الإثبات، إذ فرض القانون توافر الغبن من مجرد إقامة الدليل على عدم التعادل المادى فى العقود التى عينها المشرع، ولو لم يجاوز ما التزم به المتعاقد قيمة الشىء فى نظره، فى حين أن عبء الإثبات فى الاستغلال عبء ثقيل، إذ يجب على المغبون – كما رأينا – أن يثبت عدم التعادل بين التزامه والتزام الطرف الآخر طبقا للمعيار الشخصى، كما عليه أن يثبت طيشه هو أو هواه وأن الطرف قد استغل فيه ذلك، فضلا عن أن ذلك الاستغلال هو الذى دفعه إلى التعاقد.

على أن الجزاء الذى فرضه القانون على الغبن التقليدى ليس واحدا بالنسبة لكل العقود، فتارة يكون الجزاء هو تكملة الثمن (كما فى بيع عقار القاصر)، وأخرى يكون الجزاء هو الرجوع فى العقد (كما فى عقد القسمة)، وطورا يكون الجزاء تعديل الالتزام زيادة أو نقصا، كما قد يكون الجزاء البطلان المطلق كما فى الشركة الجائرة أو الإنقاص كما فى الفوائد[١].

= ماله بثمن بخس، أو استغل ربان سفينة الهوى الجامح لدى ربان سفينة أخرى نحو الحياة له ولسفينته وما حملت، وجعلته يرتضى عقد إنقاذ بثمن فادح. أما إذا ظل أثر الاستغلال باقيا بعد إبرام العقد، فلا تبدأ مدة السنة إلا بانقطاعه، مع ملاحظة أن الدعوى تسقط على أية حال بمضى ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد، تطبيقا للقواعد العامة.

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٨٨.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويراعى من ناحية أخرى، أن أخذ المشروع بقاعدة عامة فى الغبن، لم يمنعه من أن يجانب المذهب النفسى أو الذاتى فى بعض المسائل، ويعمد إلى التزام مذهب مادى بحت. ومن ذلك جميع الأحوال التى عبر فيها عن معنى الغبن برقم من الأرقام، متوخيا فى ذلك إحلال الكم مكان الكيف. فقد احتفظ المشروع بأحكام التقنين الحالى فيما يتعلق بتحديد مقدار الغبن فى بيع عقار القاصر، وجعل خمس الثمن قاعدة لاحتسابه. وكذلك أخذ بحكم التقنين الفرنسى، فى الغبن الزائد عن الرابع فى أحوال القسمة.

ووضع أخيرا حدا أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية، هو ٧%، بحيث يتحقق الغبن فى كل اتفاق يجاوز هذا الحد"(١).

٢٢٩- التطبيقات الواردة فى بعض النصوص :

١- بيع ناقص الأهلية :

تنص المادة ٤٢٥ من القانون المدنى الجديد على أن: "١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

ويلاحظ أن حق ناقص الأهلية فى الطعن بدعوى الغبن ثابت له، سواء كان هو البائع أم كان البائع هو وصيه وبعد الحصول على إذن بالبيع من محكمة الأسرة.

٢- قسمة المال بين الشركاء :

تنص المادة ٨٤٥ مدنى على أن:

"١- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٩٢.

٢- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

٣- أجر الوكيل:

تنص المادة ٢/٧٠٩ مدنى على أنه: "فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة".

٤- الشركة الجائرة:

تنص المادة ١/٥١٥ مدنى على أنه: "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو خسائرها، كان عقد الشركة باطلا".

٥- مجاوزة حد الفائدة:

تقضى المادة ١/٢٢٧ مدنى بأنه: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد...، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر"[١].



(١) أحمد حشمت أبو ستيت ١٨٨ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٢٣٠ – المستشار مصطفى هرجه ص٢٣٦ وما بعدها.

المحل:

مادة (١٣١)

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 القانون.

الشرح

٢٣٠- تعريف محل الالتزام:

محل الالتزام هو كل ما يلتزم به المدين، أى هو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن. وهو ركن فى الالتزام.

ولمحل الالتزام صور ثلاث: نقل حق عينى أو عمل أو امتناع عن عمل. ونقل حق عينى هو فى حقيقته عمل، وإنما جرى الفقه على أن يخصه بالذكر لما يتميز به الالتزام فى هذه الحالة من أنه بحسب الأصل ينفذ بمجرد نشوئه، حتى صار من المألوف أن يقال أن محل الالتزام هو الشىء، وهذا القول ينطوى بطبيعة الحال على تجوز فى التعبير.

أما محل العقد فهو العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء العقد. وإذ كان أثر العقد هو إنشاء التزامات فإن هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد. وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التى يخضع لها الآخر. وآية ذلك أن محل الالتزام قد يكون صحيحا فى ذاته ولكن العقد يقع باطلا. لأن العملية القانونية المقصودة منه يحرمها القانون. كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلة لشخص على قيد الحياة وكما فى تحريم شراء الحق المتنازع فيه بالنسبة إلى القضاة وأعضاء النيابة إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م٤٧١ مدنى)[١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٣١ – الأستاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه الجزء الأول فى الالتزامات ص٣١٥ – وقارن عبد السلام ذهنى ص١٣٧، عبد الفتاح عبد الباقى ص٢٠٧ فيريان أن محل العقد هو فى الواقع محل الالتزام.

ويلاحظ أن لكل التزام محل أيا كان مصدر هذا الالتزام. غير أن أهمية دراسة محل الالتزام لا تظهر إلا بالنسبة إلى الالتزام الإرادى. وهو الذى ينشئه العقد أو تنشئه الإرادة المنفردة. ذلك لأن الالتزامات التى تنشأ عن مصادر غير إرادية يحدد محلها القانون، وهو غالبا مبلغ من النقود. أما الالتزام الإرادى فتحدد محله الإرادة. ولذا يجب بيان الشروط الواجب توافرها فى المحل.

ولم يرد فى التقنين القديم فى خصوص المحل سوى مادة واحدة (م١٤٩/٩٥). أما التقنين الحالى فقد خصته بخمس مواد (م١٣١ – ١٣٥ مدنى).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى (نظرة عامة) أنه :

"اختص التقنين الحالى محل الالتزام بمادة واحدة، تضمنت بيانا مقتضبا للشروط الواجب توافرها فيه. أما المشروع فلم يكتف بمجرد سرد هذه الشروط، بل تناول أحكامها بالتفصيل.

وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول، وهو وجود المحل أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلة، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلا للالتزام، ولما كان التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة يرد على شىء من الأشياء المستقبلة، فقد ورد حكمه بين الأحكام المتعلقة بالمحل دون أحكام البيع، ولم يقتصر النص، فى هذا الصدد على حالة البيع، بل جاء شاملا لكل ما قد يرد على التركة من ضروب التصرفات والأصل حظر التعامل فى تركة الإنسان، ما بقى على قيد الحياة، وفقا للقواعد التقليدية التى جرى العمل عليها من عهد الرومان.

وأخيرا، نقل المشروع الأحكام التقليدية، فيما يتعلق بمشروعية المحل، فقضى بعدم مشروعية المحل إذا كان مخالفا للقانون أو كان يتعارض مع النظام العام والآداب"(١).

٢٣١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا :

تنص الفقرة الأولى من المادة (١٣١) على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا.

ولم يرد مثل هذا النص فى التقنين المدنى القديم، ومع ذلك كان الرأى فى ظل هذا القانون هو جواز التعاقد فى شأن شىء سيوجد فى المستقبل وذلك استنادا إلى أن هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٠٥ وما بعدها.

هو ما يستتبع بمفهوم المخالفة من المادة ٣٣٢/٣١٣ مدنى قديم التى وردت فى البيع والتى تنص على أن: "بيع الحقوق فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه". وقبس على البيع غيره من التصرفات[١]. ثم جاء التقنين المدنى الجديد فأورد قاعدة صريحة على النحو الذى رأيناه، وذلك حتى يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلة.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى أنه: "وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول، وهو وجود المحل، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلة، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلا للالتزام"[٢].

وعلى ذلك فإنه وإن كان الأصل أن محل الالتزام يجب أن يكون موجودا وقت التعاقد، إلا أن ذلك ليس محتما فإنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا والأمثلة على عقود واردة على شىء 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 صنعها أو بيع منزل قبل بنائه أو حوالة حق شخصى سيوجد فى المستقبل.

فى كل هذه الأمثلة محل الالتزام هو إعطاء شىء مستقبل، ولكن تنفيذه يكون مؤجلا إلى وقت تحقق الشىء، فإذا لم يتحقق هذا الشىء لأى سبب، كان تلف المحصول أو نفقت الماشية أو أغلق المصنع، فإن العقد ينفسخ بعد أن كان قد انعقد فعلا[٣].

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروبا من التعامل فى الشىء المستقبل، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهنا رسميا (م٢/١٠٣٣) أو رهنا حيازيا (م١٠٩٨) وقد يحرم جميع ضروب التعامل فى نوع خاص فى المال المستقبل كما فعل عندما حرم التعامل فى التركة المستقبلة[٤].

والفقرة الأولى من المادة وقد نصت على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا". فإن ذلك يعنى أن التصرف الوارد على شىء مستقبل يقع باتا ولكن يتوقف مصيره على وجود المحل أو عدم وجوده لأن المحل ركن فى الالتزام لا يكتمل إلا بوجوده.

---

(١) عبد المنعم الصده ص – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤١٥ هامش (١).
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص٢٠٦.
(٣) سمير تناغو ص٦٩.
(٤) السنهورى ص٣٠٨.

فالمحل ذاته هو الذى يحدد مصير الالتزام بحيث إن وجد اعتبر الالتزام قائما منذ إبرام العقد، وإن تخلف ارتد لذلك الوقت، ولذلك لا يصح القول بأن الالتزام يكون معلقا على شرط واقف لما هو مقرر من أن الشرط وصف يرد على الالتزام وقد يتعلق به نفاذه إن كان واقفا أو انفساخه إن كان فاسخا، بينما تحقق المحل أو تخلفه ليس وصفا وإنما ركنا ولا يصح أن يكون الأمر الواحد وصفا وركنا فى وقت واحد وإن اتحدا فى مصير الالتزام(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- "بيع المحاصيل المستقبلة قبل نهايتها فى ظل القانون المدنى القديم صحيح، ذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدنى المختلط (م ٣٣٠) وقد قضى القانون المدنى الجديد فى المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف فى هذا الشأن بين القانونين الوطنى والمختلط".

(طعنان رقما ٤٣٦ ، ٤٥٢ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٤/٣٠)

(ب)- "متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تقل ببطلان التعاقد على بيع المحصول المستقبل بل قررت أن البيع المتنازع على تكييفه هو بيع معلق على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل وأن هذا ليس معناه القول ببطلان التعاقد على محصول مستقبل وأنها إذا كانت قد ألزمت الطاعن بالتعويض الذى قضى عليه به فإن هذا كان على أساس ما استخلصته بالأدلة السائغة التى أوردتها من أنه هو وزميله المطعون عليه الثانى قد قصرا فى القيام بما التزما به من تعهدات تضمنها العقد المبرم بين الطرفين، إذ لم يتبعا نصوص العقد فيما يتعلق بعملية الزراعة من تسميد وبذر التقاوى والرى وتعليمات مهندس الشركة، وكان من أثر ذلك التقصير هبوط نسبة المحصول، فليس فيما قررته المحكمة أى تناقض أو مخالفة للقانون".

(طعنان رقما ٤٣٦ ، ٤٥٢ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٤/٣٠)

٢- "إذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعنين باعا المطعون عليه الأقطان الناتجة من زراعتهما فى سنة ١٩٥٠ البالغة ٧٥٠ قنطارا تحت العجز والزيادة بسعر ١٣ جنيها و٥٢٠ مليما للقنطار بحسب إقفال البورصة فى يوم ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٠ لعقود شهر أكتوبر سنة ١٩٥٠ ودفع الثمن مقدما على أن يكون التسليم فى ميعاد غايته ٢٠ أكتوبر

(١) المستشار أنور طلبه ص٥٧٥.

سنة ١٩٥٠ فإن زاد الناتج عن هذا المقدار تكون الزيادة على أساس سعر العقود المؤجلة لشهر أكتوبر سنة ١٩٥٠ فى يوم إقفال البورصة الذى يحدده البائع مع زيادة جنيه و٤٠٠٠ مليم فى القنطار وفى حالة العجز يقدر عنه الكمية الناقصة على أساس سعر تلك العقود يوم تسليم آخر رسالة من المحصول بحيث إذا قل هذا السعر عن السعر المقطوع به فلا رجوع لأحد على الآخر – أما إذا زاد السعر عن ذلك فإن الفرق يرجع به المشترى على البائع – فإن هذا العقد هو تعاقد على بيع محصول فى المستقبل وهو جائز بحكم المادة ١٣١ من القانون المدنى، فإذا حصلت محكمة الموضوع أن العاقدين قصدا بيع ٧٥٠ قنطارا من القطن محددة على الأقل واستندت فى ذلك إلى أسباب سائغة، فإن هذا مما يدخل فى سلطتها الموضوعية التى لا تخضع لرقابة النقض".

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٢)[١].

٢٣٢- بطلان التعامل فى التركات المستقبلة:

بعد أن أجازت الفقرة الأولى من المادة (١٣١) أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا. أردفت فى فقرتها الثانية أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون.

ومن ثم فإن الفقرة الثانية تكون قد أوردت استثناء على أحكام الفقرة الأولى منها، مؤداه بطلان التعامل فى التركات المستقبلة.

والتركة هى مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته. فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظورا إليه وقت الموت هو تركته المستقبلة[٢].

والحكمة من حظر التعامل فى التركات المستقبلة أن هذا التعامل يتضمن المضاربة على حياة المورث المحتمل والحث على قتله من ناحية، ولأن المتصرف فى

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بصدد عقد الإيجار بأنه:**

"عقد الإيجار الصادر من المالك المؤجر لا يسرى فى حق المشترى إلا بالنسبة لما كان قائما من المبانى وقت البيع، ومن ثم فإن عقد الإيجار الصادر من المالك السابق فى شأن عين النزاع التى لم تكن وقت البيع قد قامت على نحو يجعلها قابلة للانتفاع بها، لا ينفذ فى حق المشترية".

(طعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٧)

(٢) السنهورى ص٣١٠ وما بعدها.

الأموال التى سوف يرثها فيما بعد يكون فى العادة صيدا سهلا وثمينا للمرابين والمستغلين والجشعين من الناس من ناحية أخرى. أما إذا كان التصرف فى التركة المستقبلة حاصلا من ذات صاحبها، فإن علة خطره تتمثل فى مخالفته لقواعد الميراث التى هى من صميم النظام العام(١).

٢٣٣- نطاق حظر التصرف فى التركات المستقبلة:

نشير فى البداية إلى أن هذا الحظر لا يكون إلا إذا ورد التصرف فى شأن مال، اعتبارا بأنه سوف يكون من مشتملات تركة مستقبلة لإنسان لازال على قيد الحياة عند التصرف، فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتصرف الشخص فى أمواله كلها، إذا ورد التصرف على أنه يسرى حال حياته. فيجوز للشخص مثلا أن يبيع أو يهب كل أمواله، إذا كان المقصود من البيع أو الهبة أن تسرى فورا لا بعد الممات، على أن يكون الاتفاق على فورية نفاذ الهبة أو البيع حقيقيا وليس صوريا(٢).

أما التعامل على التركة ذاته، فيستوى أن يقع التعامل على التركة فى مجموعها أو على جزء منها، مادام قد نظر إلى ذلك المال المعين، باعتباره داخلا فى تركة مستقبلة. كما يستوى أن تأتى التركة عن طريق الميراث أو الوصية، فما يحرم على المورث والورثة يحرم على الموصى والموصى له(٣).

---

(١) وقد ورث القانون المعاصر حظر التعامل فى الحقوق التى تشملها التركات المستقبلة من القانون الرومانى. فقد حظر القانون الرومانى التصرف فى تلك الحقوق، ما لم يتم برضاء المورث المحتمل، وكان ذلك يستند إلى ما رأوه فى هذا التصرف من مضاربة على حياة المورث والحث على قتله ولما يتضمنه بذلك من مخالفة لحسن الآداب. وانتقل هذا الحظر من الرومان إلى القانون الفرنسى. ولكن الفرنسيين جعلوه شاملا للتعامل فى حقوق التركة المستقبلة، ولو تم برضاء المورث، نظرا لما رأوه من أن هذا التعامل، فضلا عن أنه يتضمن المضاربة على حياة المورث، يقوم فى العادة على استغلال المرابين حاجة الورثة الاحتماليين ونزقهم، فيسلبونهم حقوقهم المحتملة، نظير مقابل بخس زهيد. ومن القانون الفرنسى شاع حظر التعامل فى التركات المستقبلة فى القوانين العصرية للدولة المختلفة. ومنها قانوننا المدنى وقوانين البلاد العربية التى استوحته (عبد الفتاح عبد الباقى ص٤١٥ هامش (٣) وما بعدها.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤١٨ وما بعدها.

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٠١ وما بعدها – سمير تناغو ص٧٠.

وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو بينه وأجنبى. بأن يزيد المورث من نصيب الوارث أو ينتقص منه، أو بأن يعطى الأجنبى نصيبا من تركته.

أو يكون التعامل بين وارث ووارث آخر، بأن يتفقا على قسمة ما سيقع فى نصيب كل منهما، أو أن يبيع أحدهما نصيبه للآخر أو يتنازل له عنه.

وقد يكون التعامل بين وارث وأجنبى، بأن يبيع الوارث نصيبه للأجنبى أو برهنه له .... الخ.

ولا عبرة بنوع التصرف، فيستوى أن يكون بيعا أو مقايضة، أو نصيبا فى شركة أو محلا للتصالح عليه، أو النزول عنه بالإرادة المنفردة أو بالتأجير(١).

ولا يستثنى من هذا الحظر إلا التصرفات التى أجازها القانون كالوصية (م٩١٥ مدنى) والوصية بقسمة أعيان التركة (م٩٠٨ – ٩١٣ مدنى).

أما إذا لم يكن التعاقد تعاملا فى تركة مستقبلة، كما إذا كفل شخص مدينا على ألا يرجع الدائن على الكفيل إلا بعد موت المدين، وكما إذا تعهد مدين بأن يفى بالدين عند قبض نصيبه من تركة مستقبله، فمثل هذا التعاقد أو ذاك ليس تعاقدا على تركة مستقبلة ومن ثم فهو تصرف صحيح(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم ٣٨ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣١)

---

(١) السنهورى ص٣١١١ وما بعدها.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٠٢ – عبد المنعم الصده ص٢٣٨.

٢- "التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا، كاعتبار شخص وارثا، وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا، أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث قبل وفاته، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

٣- "إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، وذلك لأن صفة الوارث الذى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، فإن النعى عليه – بالخطأ فى تطبيق القانون إذ قضى بصورية عقدى البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليهما ويعتبر ما ورد فيهما من شروط حجة عليها بحيث يمتنع عليها الطعن فيهما بالصورية – يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٣٨/٦/١١)

٢٣٤- بطلان التصرف فى التركات المستقبلة:

جزاء التصرف فى التركات المستقبلة، وقوع التصرف باطلا، ولو تم من المورث المحتمل أو برضاه. وهذا البطلان مطلق لمخالفة المحل للنظام العام لا ترد عليه الإجازة. ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن كون الإنسان وارثا أو غير وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام. والتحيل

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤١٦ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٠١.

على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة، ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى. وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شىء يمس بحق الإرث عنه، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام".

(طعن رقم ٢ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٢- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه أو يؤدى إلى المساس بحق الإرث فى كون الإنسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أم يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام إذ يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق".

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١)

٢٣٥- إثبات التعامل فى التركات المستقبلة:

يجوز إثبات التعامل فى التركات المستقبلة بكافة طرق الإثبات القانونية ومن بينها البينة والقرائن، إذ يعد تحايلا على قواعد الميراث المتعلقة بالنظام العام. حتى لو كان الوارث طرفا فى الاتفاق.

(راجع نقض طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١ المنشور بالبند السابق)

مـادة (١٣٢)

إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا.

الشـرح

٢٣٦- وجوب أن يكون محل الالتزام ممكنا :

أشارت المادة (١٣٢) إلى شرط الإمكان بقولها إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا.

وهذا الشرط يجب توافره بداهة فى المحل بصوره الثلاث وجرى الفقه على أن يستبدل الوجود بالإمكان فى حالة الالتزام بإعطاء شيء. ولكن الوجود ليس إلا صورة للإمكان تلائم هذا النوع من المحل الذى يقوم ضرورة على شيء معين بالذات(١). فيقال بوجوب أن يكون الشيء الذى يرد عليه الحق موجودا، فإن لم يوجد الشيء – كما إذا كان محل الالتزام عينا تبين أنها هلكت قبل التعاقد أول لم توجد أصلا أو كان محله حقا تبين أنه انقضى قبل حوالته، كان محل الالتزام محلا مستحيلا أى غير ممكن.

وإذن فلا محل للتفرقة بين الإمكان والوجود واعتبارهما شرطين مستقلين كما يرى بعض الشراح، أولهما يصدق فى حالتى الالتزام بعمل والامتناع عن العمل والثانى يوصف به الالتزام بإعطاء شيء، إن هما إلا صورتان لمعنى واحد هو ألا يكون محل الالتزام مستحيلا فى ذاته(٢).

وإذ وضح أن الوجد ليس إلا صورة للإمكان، فلا بأس بعد هذا من أن نتكلم – توخيا لسهولة العرض – فى الإمكان ثم الوجود.

٢٣٧- (أ)- المحل الممكن:

إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع ممكنا. ومعنى ذلك ألا يكون هذا العمل أو الامتناع مستحيلا. والمقصود

---

(١) لكن يستوى أن يكون هذا الالتزام واردا على شيء مادى أو على شيء معنوى إن لم يكن الحق حقا عينيا فى الصورة الأخيرة كما فى حوالة الحق فإن الالتزام يرد على شيء معنوى (هو الحق) فيجب أن يكون هذا موجودا.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٩٢ – عبد المنعم الصده ص٢٣٢ وما بعدها.

بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة، وهى الاستحالة التى لا تقوم بالنسبة إلى المدين، فحسب، وإنما تقوم بالنسبة إلى جميع الناس. وهذا هو المعنى الذى قصد إليه الشارع من قوله فى المادة ١٣٢ أن يكون محل الالتزام مستحيلا "فى ذاته" وذلك حتى تكون الاستحالة موضوعية ترجع إلى الالتزام فى ذاته فتقوم بالنسبة إلى الجميع، لا أن تكون شخصية تقوم بالنسبة إلى البعض دون البعض الآخر(١).

ويستوى فى الاستحالة المطلقة أن تكون استحالة طبيعية، وهى الاستحالة التى ترجع إلى طبيعة المحل كما فى التزام شخص بأن يبعث الروح فى ميت أو بأن يمتنع عن القيام بعمل يكون قد قام به فعلا، أو تكون استحالة قانونية، وهى الاستحالة التى ترجع إلى حكم القانون، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم واتضح أن ميعاد الاستئناف قد انقضى.

إنما يشترط فى الاستحالة المطلقة كى تحول دون قيام الالتزام، وبالتالى تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، أن تكون قائمة وقت انعقاد العقد. فإذا جاءت لاحقة للانعقاد فإنها لا تمنع من قيام الالتزام فينعقد العقد، ويصبح الأمر حينئذ متعلقا باستحالة فى التنفيذ، وهذه تؤدى إلى انقضاء الالتزام إذا لم تكن للمدين يد فيها، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه. وإذا كان للمدين يد فى هذه الاستحالة فإن الالتزام لا ينقضى ويجب التعويض على المدين.

---

(١) وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل سعادة العشماوى باشا عن المقصود بعبارة "فى ذاته" الواردة فى المادة. فقال عبده محرم بك إن المقصود بهذه العبارة أن يكون محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة.

فعقب على ذلك سعادة الرئيس قائلا إنه مادامت صفة الاستحالة مضافة إلى المحل فلا يمكن أن تنصرف إلى غيره أى إلى الشخص العاقد ومن ثم فلا يرى سعادته لزوما لذكر كلمة فى ذاته.

فأجاب عبده محرم بك أن محل الالتزام قد يكون عمل شىء أو الامتناع عن عمل شىء أو إعطاء شىء وأن الالتزام بعمل شىء قد يكون مستحيلا إذا لم يكن فى استطاعة الشخص الملتزم به القيام به مع استطاعة الغير ذلك، ففى هذه الحالة لا يكون العقد باطلا وإنما يتحول الالتزام إلى تعويض فقطعا لكل شك أضيفت عبارة "فى ذاته" وأضاف الدكتور بغدادى إلى ذلك أنه لا خلاف بين اللجنة وبيننا فى المعنى المراد لأن الفقه يفرق بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية فبدلا أن نقول إن محل الالتزام مستحيل استحالة مطلقة قلنا "مستحيلا فى ذاته" أي بالنسبة إلى الكافة. وقد وافقت اللجنة بالإجماع على المادة دون تعديل (محضر الجلسة الحادية عشرة مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢١٣ وما بعدها).

أما الاستحالة النسبية، وهى التى تقوم بالنسبة للمدين وقد لا تقوم بالنسبة إلى غيره، كما إذا تعهد شخص بعمل فوق قدرته هو، ولكنه قد يكون فى قدرة غيره، فإن هذه الاستحالة سواء عاصرت تكوين العقد أو كانت لاحقة له لا أثر لها فى تكوينه ولكن لما كان الملتزم فى مثل هذا الفرض سيعجز حتما عن القيام بما تعهد به ساغ للدائن أن يطلب تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إن أمكن ذلك أو أن يطلب التنفيذ بمقابل أى التعويض، كما يجوز له إذا كان العقد ملزما للجانبين أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض[١].

وتطبيقا لهذه التفرقة بين نوعى الاستحالة نجد أن الاستحالة فى بيع ملك الغير استحالة نسبية. فنقل الملكية ليس مستحيلا فى ذاته، إذ يستطيعه المالك كما يستطيعه البائع إذا كسب الملكية. ومن ثم وقع هذا البيع صحيحا طبقا للقواعد العامة، ويجوز للمشترى أن يطلب الفسخ بسبب عجز البائع عن تنفيذ التزامه. لكن القانون خرج على حكم القواعد العامة فى هذا البيع فجعله قابلا للإبطال لمصلحة المشترى (م٤٦٦ مدنى).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- "إذا كانت الاستحالة مطلقة، فالمحل غير موجود فى الواقع. ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود. إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد، فيكون للمتعاقد فى هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان. أما إذا كانت الاستحالة نسبية، أى قاصرة على الملتزم وحده، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه على أن التنفيذ إذا استحال على المدين، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقا للقواعد العامة، وله أيضا أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافى، إن كان ثمة محل لذلك".

٢- وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة، ولم ير داعيا لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية. فبعض هذا التطبيقات قد ورد فى مواضع أخرى من المشروع، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الألمانى، والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسرى،

---

(١) السنهورى ص٣١٣ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٢٣٣ وما بعدها – المستشار أنور طلبه ص٥٨٢ وما بعده.

والمادتين ٥٦ ، ٥٧ من التقنين البولونى...الخ على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "(أ) "المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطروء حالة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم منه".

(ب) إذ كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضى رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعا كأثر من آثار هذا القانون، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ فإن ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغا لا رقابة لمحكمة النقض عليه".

(طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

٢- ".... وكان الحكم المطعون فيه اعتبر قيام الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الاستثنائية قوة قاهرة وسببا أجنبيا يستحيل معه تنفيذ هذه العقود فقضى بانفساخها، فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يتفق والقواعد القانونية الصحيحة، ذلك أنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بعد انعقاد العقد التبادلى لسبب أجنبى فإنه ينقضى واجب هذا الطرف فى تنفيذه وينفسخ العقد حتما بقوة القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد وذلك عملا بالأحكام العامة فى القانون التى أجملتها المادة ١٧٩ مدنى قديم والتى تطبق على العقود كافة".

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٩)

(ب)- المحل الموجود:

إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى أو شخصى، أو كان عملا يتعلق بشىء معين، وجب أن يكون الشىء الذى يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجودا وقت العقد، فإذا تبين أنه هلك فإن المحل يكون قد استحال بالنسبة للكافة فيبطل هو والعقد معا: مثل ذلك أن يبيع شخص ما فى مخزنه من غلة ثم يتضح خلو المخزن منها،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢١٢.

أو أن يبيع شخص حصته فى تركة حاضرة ثم يظهر أنه غير وارث، أو أن يحول حقا له تبين أنه انقضى قبل الحوالة، وهكذا.

أما إذا كان الشىء قد هلك بعد نشوء الالتزام فإن الالتزام ينشأ صحيحا فينعقد العقد، ونصبح بصدد استحالة فى التنفيذ وتؤدى إلى انقضاء الالتزام إذا لم تكن للمدين يد فى هذا الهلاك، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه. وإذا كان للمدين يد فى هذا الهلاك فإن الالتزام لا ينقضى ويجب التعويض على المدين.

أما إذا حمل الوجود على الموجود فى الحال أو فى الاستقبال، بأن كان الشىء غير موجود حالا لكنه سيوجد فى المستقبل، فإنه يعتبر محلا موجودا على المعنى الذى نقصده هنا، فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٣١ تنص على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا[١]".



(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص١٩٤.

مادة (١٣٣)

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 أو من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط.

الشرح

٢٣٨- القاعدة العامة فى تعيين محل الالتزام:

يجب أن يكون محل الالتزام معينا أو على الأقل قابلا للتعيين. وهذا شرط تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها مثله فى ذلك مثل إمكان محل الالتزام. فالالتزام يلزم المدين بأداء محله. فإذا كان هذا المحل مجهلا جهالة فاحشة، بحيث يتعذر الوصول إلى تحديده، كان من شأن ذلك أن تثور المنازعات دون أن يوجد لدينا أساس سليم لفضها.

وإن كان يتضح من المادة ١٣٣ أن الشارع عنى ببيان كيفية تعيين المحل فى الالتزام بنقل حق عينى، كما عنى فى المادة ١٣٤ – كما سنرى – بهذا البيان فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود. غير أن الشارع لم يقتصر على هاتين الصورتين إلا لأنهما تظهر فيهما الحاجة إلى هذا البيان، إلا أنه لا شبهة فى أن التعيين أو على الأقل القابلية للتعيين شرط ينطبق توافره فى المحل أيا كانت صورته.

٢٣٩- صور تعيين محل الالتزام:

إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل، وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع معينا أو على الأقل قابلا للتعيين. فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء وجب تعيين هذا البناء بذكر مواصفاته. فإذا لم تذكر هذه المواصفات فيكفى أن يشتمل العقد على العناصر التى تجعل البناء قابلا للتعيين، كما فى حالة الاتفاق على إقامة مستشفى يتسع

لعدد معين من الأسرة، أو مدرسة تتسع لعدد معين من الطلبة، أو مخزنا يتسع لقدر معين من الحبوب، فإذا لم تذكر المواصفات ولم تتوفر مثل هذه العناصر فلا يقوم الالتزام ولا ينعقد العقد.

وإذا كان محل الالتزام نقل حق عينى، وجب أن يكون الشيء الذى يرد عليه الحق معينا أو قابلا للتعيين، والشيء إما أن يكون شيئا قيميا أو يكون شيئا مثليا.

فالأشياء القيمية هى التى يغلب أن تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به فلا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء. وهذه يجب أن تعين بذاتها، فيوصف الواحد منها بأوصاف تميزه عن غيره بحيث تحدد ذاتيته، كالأرض تذكر مساحتها، وموقعها، وحدودها والمنزل يذكر موقعه وأوصافه وحدوده، والدابة توصف وصفا يميزها عن غيرها.

والأشياء المعينة بنوعها أى الأشياء المثلية، فهى الأشياء التى يغلب ألا تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به فيقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء (م٨٥ مدنى)، فهذه يجب أن تعين بنوعها ومقدارها ودرجة جودتها، إلا أن التحديد يختلف من حيث القوة والأثر باختلاف هذه الأمور الثلاثة.

فالتحديد بالنوع ضرورى، بحيث إذا لم يحصل ولم يمكن الوصول إليه بشكل قاطع من ظروف العقد، اعتبر المحل غير معين، ووقع العقد باطلا. كما إذا باع شخص آخر غلالا دون أن يبين نوعها قمحا أو ذرة أو شعيرا، وكما إذا باعه حيوانا دون أن يبين ما إذا كان بقرة هو أم حصانا أم حمارا.

والتعيين بالمقدار لازم بدوره وإلا بطل العقد، فإذا لم يحدد مقدار الشيء الذى يتعلق به الالتزام، ولم يمكن من الظروف تعيين المقدار، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية من نوع معين لمستشفى أو مدرسة أو فحما من نوع معين لمصنع، إذ يتحدد المقدار وفقا لحاجة المستشفى أو المدرسة أو المصنع فإذا لم يتيسر استخلاص المقدار من ظروف العقد وقع العقد باطلا لتخلف شرط التعيين.

أما فيما يتعلق بالصنف أو درجة الجودة، فإذا لم يتفق عليه صراحة فى العقد ولم يمكن استخلاصه مما جرى عليه الناس فى التعامل أو من أى ظرف آخر كما يقول النص التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط. ومعنى هذا أن الصنف إذا لم يكن معينا

أو قابلا للتعيين فإن القانون يتكفل بهذا التعيين فيقضى بأن يكون الشيء من صنف متوسط أى صنف وسط بين الجديد والردئ[١]. وذلك حماية لمصلحة الطرفين[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "يكفى لتحقيق ما تقضى به المادة ٩٥ من القانون المدنى من وجوب تعيين محل الالتزام بنوعه وتبين صنفه بكيفية تمنع الاشتباه أن يكون المبيع هو كذا (كدقيق أرز مثلا) حسب العينية".

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/٢/٩)

٢- "متى كان الحكم المطعون فيه قد أيد حكم محكمة أول درجة فيما استخلصه من أنه لم يكن من حق المطعون عليها (وزارة المعارف) بمقتضى قائمة المناقصة تكليف مورث الطاعنين توريد الأغذية للسبع عشرة مدرسة الإضافية وأنها طلبت إليه القيام بهذا العمل وإذ قبل هو القيام به على أساس سعر حدده، فإنه يكون قد انعقد بينهما عقد غير مسمى التزم بمقتضاه مورث الطاعنين بتوريد الأغذية المتفق عليها والتزمت المطعون عليها بأن تدفع عن ذلك مقابلا، ولا يؤثر فى انعقاد هذا العقد ولا فى صحته عدم حصول التراضى على مقدار هذا المقابل. ذلك بأنه لا يشترط أن يكون محل الالتزام معينا. بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين، ومادام محل التزام المطعون عليها قابلا للتعيين وقد عينه فعلا الحكم المطعون فيه، فإن التكييف الصحيح للمبلغ المحكوم به لورثة الطاعن هو أنه ثمن الأغذية الذى تعهدت الوزارة بالوفاء به. والقاعدة هى أنه متى كان محل الالتزام، منذ نشأته، مبلغا من النقود فإن الفوائد تكون مستحقة عنه من يوم المطالبة القضائية، وإذ فالقضاء بعدم استحقاق الطاعنين فوائد عن المبلغ المحكوم به لهم خطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٧٤ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١١/٨)

٣- "مؤدى نص المادة ١٣٣ من القانون المدنى أنه يكفى لتعيين محل الالتزام أن يحدد فى عقد إيجار العين المؤجرة تحديدا نافيا للجهالة، وإذا كان الثابت أن عقد الإيجار

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤١٩ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٩٦ وما بعدها.
(٢) سمير تناغو ص٧٣.

مثار النزاع قد حدد العين المؤجرة بأنها أرض فضاء تقع برقمي .....،..... شارع ..... فإن هذا العقد يكون صحيحا ولا يقدح فى ذلك سابقة تأجير هذه الأرض، إذ أن المادة ٥٧٣ من القانون المدنى نظمت كيفية تفضيل مستأجر على مستأجر آخر، وهو ما يخرج عن نطاق هذه الدعوى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان العقد موضوع النزاع لوروده على غير محل فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٢/٢١)

٤- "النص فى المادة ١/١٣٣ من القانون المدنى على أنه "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا" وفى المادة ١/١٤٩ منه على أنه "يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه" يدل على أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شىء وجب أن يكون هذا الشىء معينا أو قابلا للتعيين، فإذا وقع العقد على شىء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشىء معروفة لطرفيه سواء بوصفه فى العقد وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة أو بإمكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التى تم بها تنفيذها له".

(طعن رقم ١٤٤٠ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٠)

٥- "لما كان إثبات العلاقة الإيجارية بين طرفى عقد الإيجار بمقتضى بيان محل التزام كل من الطرفين، وكانت الأجرة هى محل التزام المستأجر فى هذا العقد بما لازمه بيان الأجرة الواجب على المستأجر أداؤها عند إثبات العلاقة الإيجارية بينه وبين المؤجر له، فإن الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ قضى بإثبات العلاقة الإيجارية بين طرفى الدعوى محل النزاع لقاء تسعة جنيهات شهرية التى ثبت له اتفاق الطرفين عليها لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٧٤١ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٢)

٦- "إن النص فى المادة ١/١٣٣ من القانون المدنى على أنه إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا" وفى

المادة ٤١٩ منه على أنه "يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه" يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شىء وجب أن يكون هذا الشىء معينا أو قابلا للتعيين فإذا وقع العقد على شىء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشىء معروفة لطرفيه سواء بوصفه فى العقد وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة أو بإمكان استخلاص العناصر لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التى تم بها تنفيذهما له لما كان ذلك وكان الثابت أن عقد البيع سند الدعوى قد تضمن شراء الطاعن من مورثة المطعون ضدهما الأطيان الزراعية وما عليها من مبان وآلات والتى آلت إليها ميراثا عن والدها والكائنة بناحية كفر اللاوندى مركز أجا وأن الحدود والمعالم والمساحة معروفة للطرفين. وكان الطاعن قد قدم لمحكمة الموضوع محضر حصر تركة مورث البائعة كما قدم المطعون ضدهما عقد قسمة مبرم بين مورثيهما – البائعة للطاعن – وباقى الورثة وآخرين وتمسك الطاعن بأن بهما يكون المبيع قابلا للتعيين إلا أن الحكم المطعون فيه أغفل بحث دلالة هذين المستندين وأثرهما فى قابلية المبيع للتحديد وقضى برفض الدعوى على سند من أن المبيع تعذر تحديده وفقد العقد بذلك أحد أركانه وهو ما يعيبه بالقصور فى التسبيب الذى ساقه إلى مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لمناقشة باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم ١١٥١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/٦/٣٠)

٢٤٠- ترك تعيين المحل لأحد الطرفين أو لأجنبى:

لا يصح لأحد الطرفين أن يترك تعيين المحل للطرف الآخر كما لو ترك البائع للمشترى أمر تحديد الثمن، إذ لا ينعقد العقد حينئذ إلا بعد قبول البائع للثمن الذى حدده المشترى[١].

إنما يصح أن يترك لأجنبى تعيين المحل، كما إذا باع شخص عينا بثمن يترك تقديره لحكم. فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزما للمتعاقدين. وقام التزام المشترى على محل معين.

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٤١.

كما يجوز أن يترك للأجنبى تعيين المبيع من بين عدة أشياء لدى البائع تستجيب جميعها للغرض الذى يهدف إليه المشترى.

أما إذا لم يقم الأجنبى بمهمته تخلف المحل وبطل العقد، ولا يكون للقاضى فى هذه الحالة أن يتولى أمر التعيين، لأنه ليس من مهمته إنشاء العقود(١).



(١) السنهورى ص٣١٨ هامش (١) – عبد المنعم الصده ص٢٤١ – وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يعرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ منه التى جرت على أنه:

"١– إذا ترك تعيين الشىء لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد، فيجب أن يكون هذا التعيين قائما على أساس عادل. فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل، فيكون الشىء بحكم من القضاء.

٢– ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبى عن العقد ولمحض اختياره، فإن العقد يصبح باطلا إذا لم يستطع هذا الأجنبى أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به فى وقت معقول أو قام به وكانت تقديره غير عادل"، وفى لجنة المراجعة اقترح حذفها لأنها تنص على حالة تفصيلية قليلة الأهمية فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢١٥ وما بعدها).

ويرى الدكتور السنهورى ص٣١٨ هامش (١) أنه بعد حذف هذا النص فى المشروع النهائى لم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالف فيه القواعد العامة (التى تقدم ذكرها).

مادة (١٣٤)

إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر.

الشرح

٢٤١- تعيين محل الالتزام بدفع مبلغ من النقود:

إذا كان محل الالتزام نقودا فلا يكون المدين ملزما إلا بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك(١).

ويشترط فى الالتزام النقدى كغيره من الالتزامات أن يكون محله معينا بنوعه ومقداره، كخمسمائة جنيه مصرى مثلا أو غير ذلك من الأرقام. والعبرة فى الوفاء بقيمتها الإسمية(٢).

والأصل فى الوفاء أن يكون بتسليم النقود المتفق عليها. على أنه قد يقع بحوالة بريدية أو بشيك إذا قبل الدائن بذلك.

وفى هذه الحالة ومثيلاتها لا تبرأ ذمة المدين أى لا يتم الوفاء إلا بقبض الدين.

٢٤٢- شرط الوفاء بالذهب:

إذا تقرر للعملة الورقية سعر قانونى وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى. فالسعر القانونى وحده كاف لجعل الدائن يستوفى حقه ومهما يكن من خلاف فى هذه المسألة. فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى، فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهبا ولا يستوفيه ورقا يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء(٣).

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢١٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٢٣ – سمير تناغو ص٧٢ – الدكتور عبد المنعم الصده أحكام الالتزام جـ١ ١٩٥٥ ص١٠٧.

(٣) السنهورى ص٣١٩.

غير أنه فى أوقات الأزمات الاقتصادية وبخاصة فى أوقات الحروب ترى الدولة نفسها مضطرة أن تسمح لبنك الإصدار بزيادة مقدار العملة الورق دون زيادة ما يقابلها من غطاء معدنى وتسبب هذه الزيادة تضخما، ويقتضى ذلك بطبيعة الحال أن تعفى الدولة بنك الإصدار من التزامه بإبدال نقود معدنية بالعملة الورقية، وهذا هو تقدير السعر الإلزامى، وإلا هرع الناس إلى البنك ليستبدلوا منه نقودا معدنية بالعملة الورق وظهر لهم عجزه عن ذلك عجزا يؤدى إلى إفلاسه.

فتقرير السعر القانونى يوجب قبول الوفاء بالعملة الورق مع جواز استبدالها من بنك الإصدار. أما تقرير السعر الإلزامى فوق السعر القانونى فيفترض وجوب قبول العملة الورق فى الوفاء، وامتناع استبدال قيمتها من بنك الإصدار.

ويترتب على زيادة مقدار العملة الورق عن الغطاء المعدنى من جهة، وعلى منع إبدال نقود معدنية من جهة أخرى، أن يرتفع سعر الذهب فى السوق أو بعبارة أخرى أن تنحط قيمة العملة الورق وتضعف قوتها الشرائية. ومع ذلك فإن قيمتها فى وفاء الديون تبقى كما هى، فيفى المدين دينه من النقود عملة ورقية بقدر عددها الواجب عليه، وبقطع النظر عن انحطاط العملة الورقية وقت الوفاء. فإذا انحطت قيمة هذه العملة أفاد المدين من ذلك وخسر الدائن، وإذا ارتفعت أفاد الدائن وخسر المدين.

لذلك يكون من مصلحة الدائن الذى يتعاقد مع مدينه فى ظروف يخشى معها تدهور قيمة العملة الورقية فى المستقبل أن يشترط تفاديا لهذا الخطر أن يكون الدفع بالذهب أو أن يكون الدفع بالعملة الورق بقيمة الذهب[١].

لهذا جرت عادة الدائنين على أن يشترطوا فى عقودهم شرط الذهب أى الدفع بالذهب أو بورق بقدر قيمة الذهب (شرط القيمة بالذهب)[٢].

إلا الشارع المصرى أصدر تشريعين نص فيهما على بطلان شرط الذهب.

نعرض لهما فيما يلى.

---

(١) الدكتور سليمان مرقس أحكام الالتزام طبعة ١٩٥٧ ص٤٤٢ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم الصده فى أحكام الالتزام جـ١ ص١٠٨.

٢٤٣- بطلان شرط الذهب فى مصر:

١- المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤:

قضى المرسوم بقانون المذكور بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب – وهذا هو السعر القانونى – وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب – وهذا هو السعر الإلزامى – وهذا بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط والاتفاقات الحاصلة أو التى تحصل بين أصحاب الشأن. وواضح من هذا أن المشرع يقضى ببطلان شرط الذهب دون أن يفرق فى ذلك بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية، بل إنه جعل لهذا التشريع أثرا رجعيا.

إلا أنه بالرغم من صراحة هذا النص وعموميته وتعلقه بالنظام العام اتخذ القضاء المختلط فى أغلب أحكامه وجهة غير سليمة. فتارة يقضى بصحة شرط الذهب، وتارة أخرى يفرق بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية فيحرمه فى الأولى ويجيزه فى الثانية على نهج القضاء الفرنسى.

٢- المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥:

اضطر المشرع إلى إصدار المرسوم رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ لحسم ما نشب من خلاف فى تفسير المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤، بصدد المسألة التى قام فيها الخلاف الجوهرى، وهى قيمة شرط الذهب فى المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصبغة الدولية فنص على أنه: "تبطل شروط الدفع ذهبا فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولا قانونا فى مصر (الفرنك والجنيه والتركى)، ولا يترتب عليها أى أثر ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون".

والملاحظ أن البطلان لا يقتصر على شرط الذهب، بل يمتد كذلك إلى كل شرط يعدل شرط الذهب فى الغرض منه وفى نتيجته. فيكون باطلا شرط الدفع بعملة أجنبية إذا كان ملحوظا فى هذه العملة أنها تكون عادة مساوية للذهب. ويكون باطلا كذلك شرط الدفع وفق سعر بضاعة معينة إذا كان مقصودا به التحايل على القانون.

وعلى ذلك فإن شرط الذهب وما يعدله يقع باطلا سواء ورد فى المعاملات الداخلية أو الخارجية. أما أثر بطلان الشرط فيقتصر عليه، إلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد فحينئذ يبطل الشرط والعقد(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... ويترتب على بطلان الشرط، بطلان العقد بأسره إذا كان الشرط هو الدافع الحافز على التعاقد"(٢).

ومنذ صدور هذا القانون استقر القضاء المصرى على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء. إذ لا يزال القانون المذكور ساريا إلى اليوم.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إنه وإن كان قد ورد فى نص المادة ٥/٤ من معاهدة سندات الشحن التى أصبحت نافذة المفعول فى مصر اعتبارا من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤ – تحديد لالتزام الناقل أو السفينة بتعويض مقداره مائة جنيه استرلينى، كما نص فى المادة التاسعة منها على أنه "يراد بالوحدات النقدية الواردة بها القيمة الذهبية" [ ] إلا أنه ليس لما ورد بهذين البندين أثر ما على التشريع الخاص بشرط الذهب فى مصر، وهو ما صدر به مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤، ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥، وقد نص فى هذا الأخير على بطلان شرط الذهب "فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية"، ولما كان هذا القانون معتبرا تشريعا خاصة متعلقا بالنظم النقدية والعملة وهى من النظام العام، ومقررا بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على حد سواء وهو أمر راعى الشارع فيه المصلحة العامة المصرية، فإنه لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى معاهدة بروكسل وإنفاذها فيها بمرسوم سنة ١٩٤٤ من شأنه التأثير فى هذا التشريع الخاص بما يعد إلغاء له أو استثناء من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الاستثناءات الواردة فى ذلك التشريع على سبيل الحصر، وقد بدت رغبة المشرع المصرى جلية فى الإبقاء على هذا التشريع الخاص بما تضمنه من

---

(١) عبد المنعم الصده فى أحكام الإلزام جـ١ ص١٠٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٢٠.

أحكام خاصة ببطلان شرط الذهب وما ورد فيه من استثناءات، فلم يضمن التقنين المدنى الجديد نصوصا فى هذا المعنى، بل إن لجنة المراجعة قد حذفت من المشروع التمهيدى نص المادة ١٨٧ التى كانت تتناول بالتنظيم ما تضمنه هذا التشريع الخاص، وذلك اعتبارا بأن ذلك النص يقرر حكما فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص، هو ذلك المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥، وفى ذلك تأييد لما سبق بيانه من أن هذا التشريع الخاص يحكم المعاملات الداخلية والخارجية، ويقضى ببطلان شرط الذهب فى كليهما وسواء فى ذلك أكان المشروط هو وجوب الوفاء بالذهب، أو كان المشروط الوفاء بما يعادل قيمة [ ] ذلك أن اشتراط الوفاء فى هذه الحالة الأخيرة بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهبا ليس إلا تحايلا على القانون الذى فرض للعملة الورقية سعرا إلزاميا، ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة".

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/٢/١١)

٢- (أ)- "التشريع الخاص بشرط الذهب فى مصر – وهو ما صدر بشأنه الأمر العالى فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الإلزامى للعملة الورقية ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى نص على بطلان شرط الذهب فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية – تتعلق أحكامه بالنظام العام، ومن مقتضى تلك الأحكام بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء وهو أمر راعى الشارع فيه المصلحة العامة المصرية، ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى اتفاقية فارسوفيا بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى اتفاقية فارسوفيا بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ من شأنه التأثير فى هذا التشريع الخاص بما يعد إلغاء له أو استثناء من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الاستثناءات الواردة فيه على سبيل الحصر وعلى ذلك فلا يعتد بالشرط الوارد فى اتفاقية فارسوفيا الذى يقضى بأداء التعويض بما يعادل قيمة الذهب المبينة له من العملة الوطنية إذ أن شرط الوفاء بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهبا ليس إلا تحايلا على القانون الذى فرض للعملة الورقية سعرا إلزاميا ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة".

(ب)- "إذ كان مقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩٦٤ أن يكون للجنيه الورق نفس القيمة الفعلية التى للجنيه الذهب وأن كل ما يدفع من تلك الأوراق يكون دفعا صحيحا ومبرئا للذمة كما لو كان الدفع حاصلا بالعملة الذهبية، فإن كل ما يلتزم به الناقل الجوى وفقا للفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا هو عدد من الجنيهات المصرية الورقية مساو لعدد الجنيهات الذهبية المشتملة على ذهب يعادل ورق الذهب الذى يشتمل عليه ١٢٥ ألف فرنك فرنسى (التعويض المحدد بالاتفاقية) وذلك على أساس أن وزن الذهب فى الجنيه الواحد هو ما حدده القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥١ (بمقدار ٢.٥٥١٨٧ جرام)".

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

٣- (أ)- "مؤدى نص المادة الثانية من بروتوكول بروكسل سنة ١٩٦٨ الخاص بتعديل الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة فى بروكسل عام ١٩٣٤ المنطبق على واقعة النزاع – أن التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى فى حالة عدم بيان جنس البضاعة أو قيمتها فى سند الشحن يعتبر حدا أقصى للمسئولية القانونية لما يمكن أن يحكم به عليه وهو مبلغ لا يزيد على ما يعادل عشرة آلاف فرنك عن كل طرد أو وحدة أو ثلاثين فرنك عن كل كيلو من الوزن القائم للبضاعة المفقودة أو التالفة أيهما أكبر، والفرنك يعتبر وحدة مكونة من ٦٥.٥ ملليجرام من الذهب بدرجة نقاوة عيار ٩٠٠ فى الألف، ولما كان القانون ١٨٥ لسنة ١٩٥١ قد حدد وزن الذهب الخالص فى الجنيه بمقدار ٢.٥٥١٨٧ جرام ابتداء من ١٩ سبتمبر سنة ١٩٤٩، وكان من مقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢ من أغسطس سنة ١٩١٤، أن يكون للجنيه الورق نفس القيمة الفعلية التى للجنيه الذهب، فإن ما يلزم به الناقل البحرى وفقا لنص المادة الثانية من بروتوكول بروكسل سنة ١٩٦٨ هو عدد من الجنيهات الورقية مساو لعدد الجنيهات الذهبية المشتملة على ذهب يعادل وزن الذهب الذى يشمل عليه ٣٠ فرنكا فرنسيا عن كل كيلو جرام وذلك على أساس أن وزن الذهب فى الجنيه الواحد هو ما حدده القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥١، لما كان ذلك وكان لا جدال بين الطرفين فى أن وزن البضاعة التالفة ٣٩٦٦٧٩ كيلو فإن التعويض المستحق عنها هو مبلغ ٢٧٤٩٠٧ جنيه، ولما كانت القيمة الفعلية لضرر أقل من المبلغ المقدر عن تحديد المسئولية فإنه يتعين إلزام الناقل بقيمة الضرر".

(ب)- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى الإلزام قضاء بأداء مبلغ من النقود أن يكون بالعملة الوطنية وكان الثابت بالأوراق أن الحكم المطعون فيه قد ألزم الطاعن بأداء قيمة التعويض بالدولار الأمريكى دون أن يكون هناك اتفاق بين الخصوم على أداء التعويض بالعملة الأجنبية فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٦٢٧٨ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٧)

٢٤٤- الاتفاق على الوفاء بعملة أجنبية:

يجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقود أجنبية تحتسب بسعر قطعها إذا كان الدين فى عقد بنقد أجنبى، أو بنقد مصرى، وليس فى هذا مساس بنص فى القانون لأن النقد الأجنبى ليس له سعر إلزامى أصلا. ثم إن العدل يقضى من ناحية أخرى بأن يتم الوفاء فى المعاملات الدولية على أساس سعر القطع الذى يمثل العلاقة بين النقد الوطنى والنقد الأجنبى(١).

ويلاحظ ما قضى به المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ من بطلان شرط الدفع بعملة أجنبية إذا كان ملحوظا فى هذه العملة أنها تكون عادة مساوية للذهب.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى الإلزام قضاء بأداء مبلغ من النقود أن يكون بالعملة الوطنية وكان الثابت بالأوراق أن الحكم المطعون فيه قد ألزم الطاعن بأداء قيمة التعويض بالدولار الأمريكى دون أن يكون هناك اتفاق بين الخصوم على أداء التعويض بالعملة الأجنبية فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٦٢٧٨ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٧)



(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ٢ ص٢٢١.

مادة (١٣٥)

إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا.

الشرح

٢٤٥- إحالة:

تناولنا أحكام النظام العام تفصيلا فى شرح المادة الأولى فنحيل إليه فى شرح هذه المادة.



السبب:

مادة (١٣٦)

إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا.

الشرح

٢٤٦- المقصود بالسبب:

عرفت مذكرة المشروع التمهيدى السبب بقولها: "يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات"(١).

والمشروع بذلك يأخذ بالنظرية الحديثة للسبب وينبذ النظرية التقليدية، وذلك كالشأن فى القانون القديم، إذ كان الفقه والقضاء يفسران عبارات القانون القديم على معنى النظرية الحديثة لا معنى النظرية التقليدية ولم يقطع القانون الجديد صلته بهذه التقاليد، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضائين المصرى والفرنسى وقد ذكر ذلك صراحة فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد بها ما يأتى: "لم ينهج المشروع نهج التقنينات الجرمانية بشأن نظرية السبب، بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنينات اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية(٢). والواقع أن السبب كما يصوره

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٢٧.

(٢) ونورد فيما يلى أحكام النظريتين التقليدية والحديثة فى السبب:

مؤدى النظرية التقليدية فى السبب، أن السبب هو السبب القصدى وهو الغاية المباشرة المجردة التى يتوخاها المتعاقد من تعاقده. وخصائصه تناقض خصائص الباعث، فهو داخلى أى موجود فى العقد، وفى الوقت ذاته موضوعى لا يتأثر بنوايا الملتزم ومقاصده، كما أنه لا يتغير فى العقد الذى هو من طائفة معينة بتغير البواعث الشخصية.

ولما كان السبب القصدى لا يتأثر بنوايا الشخص وما يدفعه إلى التعاقد من أغرض خفية، فإن طبيعة العقد هى التى تحدد ذلك السبب. =

= ففى المعاوضات: يتعين التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد. ففى الأولى (الملزمة للجانبين) سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر. ففى عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملك وتسليم المبيع هو التزام المشترى بدفع الثمن، وسبب التزام المشترى بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملك والتسليم. وفى الثانية (العقود الرضائية الملزمة لجانب واحد) يجب التمييز بين العقود العينية (وأصبح لا محل للعقود العينية فى القانون المدنى الجديد، إذ أصبحت هذه العقود عقودا رضائية) والعقود الرضائية. فالسبب فى العقد العينى هو التسليم، أما فى العقود الرضائية الملزمة لجانب واحد فإن كان العقد وعدا بالبيع أو بالإيجار مثلا، كان سبب الالتزام هو إتمام العقد الموعود به، وإن كان تعهدا بوفاء دين فسبب الالتزام هو وجود دين سابق، مدنيا كان أو طبيعيا، يريد الموفى أن يؤديه. أما فى التبرعات فسبب التزام المتبرع فى الهبات هو نية التبرع، وفى عقود التفضل، كالوكالة والكفالة بغير أجر، السبب هو إسداء خدمة للدائن.

ويجب أن يتوافر فى السبب شرطان: أن يكون موجودا، وأن يكون مشروعا، أما شرط كونه صحيحا فهو ليس شرطا مستقلا، وإنما يغنى عنه الشرطان السابقان (أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢١٦ وما بعدها).

(ب) النظرية الحديثة للسبب:

تقوم النظرية الحديثة فى السبب، على أن السبب هو الباعث الدافع للتعاقد. والباعث أمر نفسى يختلف باختلاف الأشخاص. وهو لهذا السبب أمر متغير من عقد إلى عقد. وليس 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 سببا 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 موجودا دائما فى كل العقود . ولا يوجد شخص يبرم عقدا بغير دافع أو باعث إلا إذا كان مجنونا وفى الحالة الأخيرة يكون العقد باطلا لانعدام الإرادة لا لانعدام الباعث.

ولا يشترط أن يكون الباعث صحيحا، لأنه إذا كان الباعث موهوما، فإننا نكون بصدد غلط وقع فيه أحد المتعاقدين، ويكون هناك مجال لتطبيق نظرية الغلط، وهى تؤدى إلى البطلان النسبى للعقد، وليس 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 فى معاملاتهم الخاصة، ويراقب بذلك مشروعية البواعث والنوايا ولكن نظرا لأن الباعث أمر داخلى فإن استقرار المعاملات يقتضى عدم الاعتداد به إلا إذا دخل منطقة العقد. أما إذا ظل الباعث فرديا لا يعلم به إلا صاحبه فإنه 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=

القضاء الفرنسى والمصرى بمعنى الباعث المستحدث يدخل فى نطاق القانون المدنى عنصرا نفسيا من عناصر الأخلاق يحد من نزعته المادية وهى تعد نزعة يشتد طغيانها فى بعض الأحيان"(١).

فالسبب إذن، فى القانون المدنى الجديد، هو الباعث الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود من العقد. وهو أمر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث(٢).

وقد أخذت بذلك محكمة النقض:

(أنظر نقض طعن ٣٠٢ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤. طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦).

ويجب أن يكون الباعث مشروعا. وأن يكون السبب معلوما من المتعاقد الآخر، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به فعدم المشروعية هنا لا يعتد به، ويكون العقد صحيحا.

٢٤٧- وجود السبب:

تنص المادة ١٣٦ على أن: "إذا لم يكن للالتزام سبب... كان العقد باطلا". فالسبب بالمعنى الذى ذكرناه سلفا – يجب أن يكون موجودا وإلا كان العقد باطلا.

= الدافع، وهو ما يبعث عدم الثقة فى كل العقود على وجه الإطلاق ويضر بالمعاملات ضررا بليغا من شأنه أن ينعكس على الحياة الاقتصادية ذاتها.

ويعتبر السبب غير المشروع داخلا فى منطقة العقد إذا كان المتعاقد الآخر مشتركا 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 السالف ذكره (سمير تناغو ص٨٤ وما بعدها).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٢٥.

(٢) السنهورى ص٣٨٢.

ومثال السبب غير الموجود التزام المشترى بدفع ثمن منزل تهدم من قبل، والتزام شخص بسداد قرض اعتبارا بأنه سيتسلمه، إذا أثبت أنه لم يدفع له فى الحقيقة. والتزام الورثة بدفع مبلغ من النقود إلى شخص اعتبارا بأن مورثهم أوصى له به، إذا ثبت أن الموصى قد رجع فى هذه الوصية، أو أنها قد جاءت باطلة.

ويلاحظ أن عدم وجود السبب قد يأتى نتيجة وقوع العاقد فى غلط، كما هى الحال فى مثال الوارث الذى يتعهد لشخص بدفع مبلغ من المال، اعتقادا منه عن خطأ بأن مورثه قد أوصى له به. وهذه هى الحالة التى يطلق عليها التقليديون "الغلط فى السبب". وفى هذه الحالة، يقع التصرف باطلا، لا إعمالا للغلط، فذلك لا يؤدى إلا إلى وقوع العقد قابلا للإبطال، وإنما تأسيسا على انتفاء ركن من أركان العقد وهو السبب(١).

من أمثلة ذلك أيضا ما قضت به محكمة النقض من أن:

"قيود البناء الاتفاقية تعتبر – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات الكائنة فى الحى والتى فرضت لمصلحتها تلك القيود فإذا خالفها أغلب أهل الحى أصبح صاحب العقار المرتفق به فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب الالتزام".

(طعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩)

(ذات المبدأ: طعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ – طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩).

٢٤٨- العبرة بوجود السبب عند إبرام العقد:

العبرة بوجود السبب بوجوده عند إبرام العقد، فإذا كان السبب موجودا عند إبرام العقد، فإن العقد يكون قد انعقد صحيحا، ولا يؤثر فيه زوال السبب بعد ذلك(٢). فإذا وهب شخص ماله لآخر قاصدا إسداء الجميل له، ومدفوعا فى ذلك بدافع نبيل، وقامت الهبة بالتالى صحيحة، فإنها لا تبطل لمجرد أن الواهب غير نيته بعد ذلك، بمقولة إن سبب الهبة قد زال بعد وجوده.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٥٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٥٥ – محمد كمال بعد العزيز ص٣٨١.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "السبب ركن من أركان العقد فينظر فى توفره وعدم توفره إلى وقت انعقاد العقد فإن انعقد العقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده. فإذا كانت المظنة هى السبب فى هذا النوع من الهبات – الشبكة – وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق".

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤)

٢- "الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر إبان الخطة ومنها الشبكة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام القانون المدنى، ولما كان السبب ركنا من العقد وينظر فى توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج[١].

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٣٨/٦/٢٢)

٢٤٩- بطلان العقد لمخالفة السبب النظام العام:

تنص المادة ١٣٦ صراحة على أنه إذا كان سبب العقد مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا.

فالسبب لابد أن يكون مشروعا، والسبب الذى يخالف النظام العام أو الآداب يعد سببا غير مشروع ومن ثم يقع باطلا.

ومثل السبب المخالف للنظام العام. الاتفاق الذى بمقتضاه يقبل الموظف رشوة لأداء عمل يدخل فى مهام وظيفته، والاتفاق الذى يتعهد بمقتضاه شخص أن يرتكب

---

(١) ويلاحظ أن المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية اعتبرت الشبكة وما فى حكمها (كهدايا الخطبة) من مسائل الأحوال الشخصية (راجع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية مجلد (١).

جريمة، وكذلك الاتفاقات التى تستهدف التأثير على حرية الناخب فى أن يختار من يراه صالحا لتمثيله .

ومن أمثلة السبب المخالف للآداب ما يأتى :

١- الاتفاق الذى يتعهد بمقتضاه شخص على أن يكذب لمصلحة آخر، وعلى الأخص أمام المحكمة.

٢- الاتفاق الذى ترتضى به امرأة تعاشر رجلا معاشرة آثمة غير مشروعة.

والاتفاقات التى ترد بشأن الدعارة، كالاتفاق مع امرأة على أن تعمل فيها، أو الاتفاق على الترويج لها أو الاتفاق على تأثيث مكان لها.

٣- الاتفاقات التى تستهدف التأثير على حرية الناخب فى أن يختار ما يراه صالحا لتمثيله.

٤- إبرام عقد بيع مقابل التنازل عن دعوى حجر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كانت المادة ٥٥١ من القانون المدنى لا تجيز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانونا، ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة فى حدود سلطتها الموضوعية، أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن دعوى حجر وأن ثمنا لم يدفع، فإنها تكون قد تحققت من صورية السبب الوارد فى العقد، والحكم المطعون فيه، إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

٥- "إذا كان سبب السند الصادر من الأم لابنتها، قصد به التحايل على أحكام الميراث".

وفى هذا قضت محكمة النقض :

"متى كان سبب السند الصادر من الأم لابنتها هو بإقرار الأم أنها بعد أن وهبت أطيانها لابنتها فى صورة عقد بيع خشيت أن يرث الغير ابنتها فى حالة وفاتها قبلها فاتفقت مع ابنتها على أن تحرر لها على نفسها هذا السند لتحول دون إرث الغير فيها

على أن تمزقه البنت إذا ماتت الأم قبلها، فهذا السند إنما قصد بتحريره الاحتيال على قواعد الإرث، فهو باطل لعدم مشروعية سببه، وتكون الدعوى المرفوعة من الأم بعد وفاة ابنتها بمطالبة ورثتها بحصتهم فى قيمته واجبة الرفض".

(طعن رقم ١١٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٩/٤/١٤)

وإذا كان السبب مخالفا للنظام العام، وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا. ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك ببطلانه، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.



مـادة (١٣٧)

١- كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

٢- ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الـدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى مـن يـدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.

الشـرح

٢٥٠- عدم ذكر سبب الالتزام فى العقد:

وإن كانت المادة ١٣٦ مدنى توجب أن يكون للالتزام سبب مشروع، إلا أنها لـم تشترط ذكر سبب الالتزام فى العقد.

ومن أمثلة عدم ذكر سبب الالتزام فى العقد أن ينص سند الدين على أن المـدين يتعهد بدفع مبلغ معين للدائن دون أن يذكر سببه "كونه قرضا أو ثمنا لعقار أو أجـرة منزل .... الخ".

فى هذه الحالة يفترض أن سبب الالتزام مشروع ويعفى القانون الدائن من إثبات سبب الالتزام.

والقرينة التى وضعها الشارع وهى مشروعية سبب الالتزام إذا لم يذكر السـبب فى العقد، هى قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، فإذا ادعى المدين أن الالتزام لا سبب له، أو أن السبب غير مشروع كان له إثبات ذلك. فيجوز للمدين مثلا أن يقيم الـدليل على أن التزامه بدفع مبلغ من النقود لايقوم أصلا على سبب، لأنه تعهد بدفعه اعتبارا بأن الدائن سيقرضه إياه، وأن هذا الأمر لم يحصل، أو أنه تعهد بدفعه اعتدادا بوصية اعتقد صدورها من مورثه، ثم تبين رجوع هذا فيها أو بطلانها. وله أيضـا أن يقـيم الدليل على عدم مشروعية السبب، كما إذا أثبت أن المبلغ الذى التزم بدفعه كان علـى سبيل الرشوة أو فى مقابل ارتكاب جريمة، أو لحمل امرأة على معاشرة غير شـرعية أو لاستمرارها فيها.

وللمدين أن يثبت هنا عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته بكافة الطرق – بما فيها البينة والقرائن – وذلك حتى لو زاد الدين على خمسمائة جنيه. إذ أن الدليل يقوم هنا على خلاف افتراض قانونى، فهو لا يقوم على إثبات أمر وارد فى محرر مكتوب، ثم هو يقوم من ناحية أخرى، على وقائع مادية، لا يتقيد الإثبات بشأنها(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "مجرد توقيع مصدر السند عليه يفيد التزامه بدفع قيمته ولو لم يذكر فيه سبب المديونية ذلك أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك، ويقع عبء الإثبات على من يدعى انعدام السبب".

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/٤/٨)

٢- (أ)- "المادة ١٣٦ من القانون المدنى وإن كانت توجب أن يكون للالتزام سبب مشروع إلا أنها لم تشترط ذكر هذا السبب فى العقد، بل إن المادة ١٣٧ تنص على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك وهو ما يقطع بأن عدم ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يؤدى إلى بطلانه".

(ب)- "تجيز المادة ٤٨٨ من القانون المدنى حصول الهبة تحت ستار عقد آخر، وكل ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا الشروط المقررة له فى القانون، وإذ كان الحكم قد انتهى فى أسبابه إلى أن تصرفات

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٤٠- عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٥٨ – وأثناء مناقشة المادة بلجنة المراجعة أثار أحد الأعضاء بمناسبة الفقرة الأولى المسألة الآتية:

إذا كان هناك سند مكتوب لم يذكر سبب الالتزام فيه وافترض بمقتضى الفقرة الأولى أن له سببا مشروعا وأراد المدين أن يثبت أن الالتزام سببه غير مشروع أو أنه ليس له سبب ففى هذه الحالة الأولى وهى حالة إثبات السبب غير المشروع لا شك فى جواز الإثبات بالبينة. أما فى الحالة الثانية وهى حالة إثبات انعدام السبب فهل يجوز إثبات ذلك بالبينة أيضا.

فأجاب معالى السنهورى باشا أن الوارد فى الفقرة الأولى هو فى الواقع قرينة قانونية يجوز إثبات عكسها وعلى ذلك يجوز إثبات العكس بالبينة سواء أريد إثبات أن السبب غير مشروع أو أن السبب لا وجود له.

فاكتفت اللجنة بهذا الإيضاح".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٣١)

مورث الطاعن – التى اعتبرها هبات مستترة – قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانون بتلاقى الإيجاب والقبول على مبيع معين لقاء ثمن مقدر، وكان ذكر الباعث الدافع للهبة فى العقد الساتر لها يتنافى مع سترها، وكان الطاعن لم يقدم – على ما سجله ذلك الحكم – الدليل على ما ادعاه من عدم مشروعية السبب فى هذه التصرفات، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون وفى تأويله يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٧)

٣- "لما كانت المادة ١٣٦ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وإن أوجبت أن يكون للالتزام سبب مشروع إلا أنها لم تشترط ذكر هذا السبب، كما أن المادة ١٣٧ تنص على أن كل التزام لم يذكر له سبب يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك، وكان مؤدى ذلك أن عدم ذكر سبب الالتزام لا يؤدى إلى بطلانه وكان الحكم المطعون فيه وقد التزم هذا النظر فى قضائه فإنه لا يكون قد خالف القانون، ولا شابه فساد فى الاستدلال".

(طعن رقم ٢٨٠٩ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧)

٤- "مؤدى ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من القانون المدنى. أن المشرع وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فإذا ادعى المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته فإن عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه".

(طعن رقم ٢٦٧ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٧)

فإذا تمكن المدين من إثبات عدم مشروعية السبب، تعين عليه أيضا أن يثبت علم الدائن بعدم مشروعية السبب، إذ يشترط لبطلان العقد فى هذه الحالة أن يكون سببه غير مشروع وأن يكون الدائن يعلم أو باستطاعته أن يعلم بعدم مشروعية السبب. والعلم واقعة مادية تثبت بكافة الطرق. فإذا تخارج وارث على التركة مع شخص ظنه وارثا وحرر له سندا بمبلغ من النقود لم يذكر به سبب الدين، ثم تبين أن هذا الشخص ليس وارثا، كان للمدين حينئذ أن يثبت بكافة الطرق أن الدين ليس له سبب لعدم تعلق حق الإرث بالدائن أو التخارج كان سببا لتحرير سند الدين، فحينئذ تقضى المحكمة ببطلان الالتزام[١].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص٦٠٧.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كانت واقعة الدعوى هى أنه، حسما للنزاع القائم بين فريق قبيلتى السنافرة والقطعان وبين فريق الجبيهات بسبب حادثة قتل أحد أفراد السنافرة وآخر من القطعان واتهام قبيلة الجبيهات فيهما، اتفق بعض أفراد الفريقين، بمقتضى كتابة موقع عليها منهم، على أن يحكموا فى هذا النزاع قومسيون تحكيم مؤلفا من حكمدار البحيرة رئيسا وثمانية أعضاء محكمين اختار كل فريق أربعة منهم، وقرر الجميع أنهم قابلون للحكم الذى يصدر من هذا القوميسيون مهما كان، وأنهم مستعدون لتنفيذه بكل الطرق، وأن قوميسيون التحكيم المذكور أصدر حكمه بثبوت حصول القتل من قبيلة الجبيهات وبإلزام الموقعين عليه من أفراد هذه القبيلة بأن يدفعوا إلى الموقعين عليه من أفراد قبيلتى السنافرة والقطعان مبلغ أربعمائة جنيه دية عن كل واحد من القتيلين بمجرد إتمام حلف أولياء دم كل قتيل خمسة وخمسين يمينا بأن القتل حصل من قبيلة الجبيهات، ووقع على هذا الحكم بعض أفراد هذه القبائل فإن هذا الحكم يرتب على الموقعين عليه من أفراد قبيلة الجبيهات تعهدا بدفع مبلغ ثمانمائة جنيه للموقعين عليه من قبيلتى السنافرة والقطعان معلقا على شرط حلف عدد معلوم من الأيمان، وهذا الشرط الذى قبل الطرفان تعليق تنفيذ التعهد على تحققه ليس مخالفا للقانون بل له أصله فى القسامة فى مسائل الدية فى الشريعة الإسلامية فهو إذن تعهد مستوف كل العناصر القانونية الواجب توافرها فى التعهدات، وسببه، وهو حصول المتعهدين على الصلح بينهم هم وباقى أفراد قبيلتهم وبين المتعهد لهم وباقى أفراد القبيلتين الأخريين بخصوص حادثة القتل هو سبب صحيح جائز قانونا، فالحكم الذى لا يعتبر هذا تعهدا ملزما يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم ٤٧ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٤/٥/١٨)

٢- "إذا اتفق الورثة فى ورقة وصفوها بأنها شروط قسمة على أن يختص زيد منهم بمقدار كذا من أطيان التركة ثم يوزع باقى التركة على الورثة جميعا، وهو منهم بالفريضة الشرعية، ثم تنازعوا فى هذا، وطلب زيد الحكم له بصحة العقد المذكور ونفاذه، فرأت المحكمة أن هذا الاتفاق لم يكن ملحوظا فيه تقسيم التركة بين الورثة على أساس توزيع الأنصباء بالزيادة أو النقصان تبعا لجودة الأرض وضعفها وغير ذلك من العوامل التى تراعى عادة عند القسمة فاعتبرت الورقة مجرد التزام، فلا يجوز لزيد

التحدى فى هذا المقام بالمادة ٤٥١ مدنى، إذ هذه المادة إنما تبين كيفية إجراء القسمة التى من شأنها إنهاء حالة الشيوع، أما على إعطاء أحد الورثة جزءا من التركة فوق نصيبه الشرعى فلا دخل له فى كيفية القسمة. وإذا كانت المحكمة بعد أن انحصر النزاع أمامها فى تعرف سبب الالتزام قد أحالت الدعوى إلى التحقيق ليثبت من عليه الالتزام أن ما ادعاه من أن هذا الالتزام ليس له سبب مشروع فهذا منها سليم ولا غيار عليها فيه، إذ هى قد جرت فى ذلك على وفق المادة ٩٤ من القانون المدنى التى توجب لصحة الالتزام أن يكون مبنيا على سبب مشروع فإن لم يكن السبب مذكورا فى العقد وادعى المدين أن التزامه ليس له من سبب أو أن سببه غير مشروع كان عليه عبء ما يدعيه من ذلك. ثم إذا انتهت المحكمة إلى القضاء ببطلان الالتزام لعدم وجود سبب له، بناء على ما ثبت لديها من التحقيق وما استظهرته من الأدلة التى ذكرتها فى حكمها والتى من شأنها أن تؤدى إلى ما رتبته عليها فلا معقب على قضائها".

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٥/١/١١)

٣- "إذا كان السند الإذنى الذى بنى عليه الحكم قضاءه بإلزام المدين بأن يدفع إلى الدائن قيمته قد جاء به أن القيمة وصلت المدين فإنه يكون صريحا فى أن لالتزام المدين سببا. على أن مجرد عدم ذكر السبب لا يبطل السند إذ التزام المدين قرينة قانونية على قواعد السبب المشروع وللمدين نفى هذه القرينة بإقامة الدليل العكس كما هو شأنه إذا ادعى أن السبب المدون فى سند الالتزام أريد التستر به على سبب غير مشروع، ولمحكمة الموضوع فى الحالتين مطلق السلطة فى تقدير الأدلة التى يتذرع بها المدين، فإذا ادعى أن سبب السند الذى التزم بوفاء قيمته هو سبب غير مشروع لأنه كان لقاء امتناع الدائن عن مزاحمته فى مزاد وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك، فرفضت المحكمة طلبه لما اقتنعت به من بطلان هذا الادعاء من الأدلة التى استندت إليها فلا مخالفة للقانون فيما فعلت. إذ هى غير ملزمة بإحالة الدعوى على التحقيق لسماع بينة عن وقائع استيقنت من العناصر القائمة فى الدعوى عدم صحتها".

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٤/٦)

٢٥١- استخلاص الغرض من التعاقد من ظروف الدعوى:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لا يلزم أن يكون الغرض من التعاقد واردا فى العقد، بل للمحكمة أن تستخلصه من وقائع الدعوى وما تعارف عليه الناس".

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤)

٢٥٢- صورية السبب المذكور فى العقد:

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ على أن: "ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

ومفاد ذلك أنه إذا ذكر فى العقد سبب للالتزام، قامت قرينة قانونية على أن هذا السبب هو الحقيقى، حتى يقوم الدليل على العكس. فإذا ذكر مثلا فى العقد أن المدين قد تسلم من الدائن مبلغا من النقود على سبيل القرض، اعتبر التزامه برد ذلك المبلغ قائما على هذا السبب حقيقة، حتى يقام الدليل على كذبه.

وإذا أفلح المدين فى إثبات صورية السبب المذكور بالعقد، فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا – سواء كان دائنا أو مدينا – أن يقيم الدليل على السبب الحقيقى وعلى مشروعية هذا السبب أو عدم مشروعيته.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

١- "ولا يترتب على السبب الصورى بطلان العقد لمجرد الصورية بل يتوقف الأمر على السبب المستتر. فإذا تخلف هذا السبب أو تحقق غير مشروع بطل العقد ففكرة انعدام السبب أو عدم مشروعيته هى التى يناط بها أمر الحكم على السبب الصورى.

٢- أما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان:

(أ) .....

(ب) والثانية افتراض مطابقة السبب المذكور فى العقد الحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته. فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية"[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٢٧.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "نصت المادة ١٣٧ من القانون المدنى على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ومؤدى ذلك أن القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب، فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله فإذا ادعى المدين عدم مشروعية السبب، فإن عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه، أما إذا كان دفاعه مقصورا على أن السبب المذكور بالعقد هو سبب صورى فعليه أن يقدم للمحكمة الدليل القانونى على هذه الصورية، وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا إلى عاتق المتمسك به.

وإذن فمتى كان الطاعنان لم يقدما الدليل على صورية السبب المدون فى السندات موضوع الدعوى، وكانت المحكمة قد رأت فى حدود سلطتها الموضوعية أن القرائن التى ساقها الطاعنان ليستدلا بها على عدم مشروعية سبب الدين غير جدية وغير كافية لإضعاف الدليل الذى قدمه المطعون عليه وهو إثبات قرضه بسندات إذنية ثابت بها أن قيمتها دفعت للمفلس أو لضامنه وأن هذه القرائن لا تبرر إجابة الطاعنين إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق فإنها لا تكون قد خالفت مقتضى المادة ١٣٧ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٤/٢)

٢- "(أ) مؤدى نص المادتين ١٣٦ و ١٣٧ من القانون المدنى أن المشروع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله، وإن ادعى المدين صورية السبب المذكور فى العقد كان عليه أن يقدم الدليل القانونى على هذه الصورية ومن ثم ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا على عاتق التمسك به".

(ب)- "لما كانت المادة ٥٥١ من القانون المدنى لا تجيز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانونا، ومن

ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة فى حدود سلطتها الموضوعية، أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن دعوى حجر وأن ثمنا لم يدفع فإنها تكون قد تحققت من صورية السبب الوارد فى العقد والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

٣- "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدنى أنه إذا ذكر فى سند الدين أن قيمته دفعت نقدا، ثم قام الدليل على انتفاء القرض، فإن على الدائن أن يقيم الدليل على أن للسند سببا حقيقيا مشروعا".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/٦/٢٤)

٤- "النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من القانون المدنى على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك وفى الفقرة الثانية على أن يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه، مؤداه أن ثمة فرضين، الأول أن يكون السبب غير مذكور فى العقد، وفى هذا الفرض وضع المشرع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب، على أن القرينة قابلة لإثبات العكس، فإذا ادعى المدين أن للعقد سببا غير مشروع يقع على عاتقه عبء إثبات ذلك، فإن أثبت ذلك فعليه أيضا أن يثبت علم الدائن بهذا السبب، والفرض الثانى أن يذكر السبب فى العقد، وفى هذا الفرض أيضا ثمة قرينة قانونية على أن السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى، وهذه القرينة أيضا قابلة لإثبات العكس ويكون على المدين إما أن يقتصر على إثبات الصورية، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقى ومشروعيته إلى الدائن، وإما أن يثبت رأسا أن السبب الحقيقى للعقد غير مشروع فثمة فارق بين الفرضين المذكورين".

(طعن رقم ٥٠٤ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٤)

٢٥٣- إثبات صورية السبب المذكور فى العقد:

يخضع إثبات الصورية هنا للقواعد العامة فى الإثبات فلا يجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة أو بما يقوم مقام الكتابة (م٦١/أ من قانون الإثبات) حتى لو كانت قيمة العقد لا تجاوز ألف جنيه.

ولكن إذا كانت صورية السبب تدليسية أى قصد بها التحايل لمخالفة نص أمر فى القانون أو مخالفة النظام العام أو حسن الآداب جاز إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن(١).

ومثال هذا النوع من الصورية أن يقترض شخص ألف جنيه لمدة سنة بفائدة ربوية فاحشة يبلغ سعرها ٢٠% ثم يذكر فى العقد أنه تسلم على سبيل القرض ألفى جنيه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به. فإذا كانت سندات الدين مذكورا فيها أن قيمتها دفعت نقدا ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدينها فى مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدى المدين وتشكر له إحسانه وتبرعه لها فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابيا كافيا فى نفى وجود قرض حقيقى".

"إذا نفى المدين الدليل الذى تأخذ به محكمة الموضوع مما يجيزه القانون فهى صاحبة السلطة فى تقدير قيمته وفى استخلاص النتيجة التى تستقيم لها منه".

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٢/١١/٣)

٢- "ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقى وأن الالتزام فى الواقع معدوم السبب ولئن كان هذا الإدعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى إلا أن إثباته يكون جائزا بطرق الإثبات كافة إذا كان الالتزام تجاريا على ما جرى به قضاء محكمة النقض من جواز إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى بغير الكتابة فى المواد التجارية ومن ثم فإذا صح ما تمسك به الطاعن (المدين) من أن التزامه تجارى فإن الحكم المطعون فيه، إذ أقام قضاءه برفض طلب الطاعن تمكينه من إثبات انعدام سبب التزامه بغير الكتابة على أن سبب الدين قد ذكر صراحة فى السند وأن هذا يعتبر إقرارا من المدين بوجود ذلك السبب وبصحته، يكون قد خالف القانون لما ينطوى عليه من مصادرة لحق الطاعن فى نقض ما هو مذكور فى السند بطرق الإثبات كافة كما أن إغفاله بحث دفاع الطاعن المتضمن أن الالتزام تجارى قد أعجز محكمة النقض علن التحقق من صحة تطبيق القانون".

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٧)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٥٩ – المستشار أنور طلبه ص٦٠٧.

٣- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب، الوارد فى سند الدين وذكر سببا آخر مشروعا على أنه السبب الحقيقى، كان إقراره غير قابل للتجزئة ويبقى الالتزام قائما وصحيحا ما لم يثبت المدين أن هذا السبب الآخر غير صحيح. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص فى حدود سلطته فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها إلى انشغال ذمة الطاعن بالمبلغ محل النزاع مما استظهره من أوراق الدعوى ومستنداتها من أن سند الدين قد حرر فى ذات التاريخ الذى حرر فيه إقرار التنازل بين الطاعن والخصم المدخل فى الدعوى بعد تصفية الحساب بينهما ووفاء المطعون عليه الأول للأخير بهذا المبلغ عن الطاعن الذى حرر له سند الدين آنف الذكر وأن المطعون عليه الأول لا يعتبر ناكلا عن أداء اليمين التى وجهتها له محكمة أول درجة بناء على طلب الطاعن بعد أن نازع فيها ولم يذكر الطاعن عدم سداده الدين المطالب به وأقام قضاءه فى ذلك على ما يكفى لحمله وله أصله الثابت فى الأوراق فإن تعييبه فيما استطرد إليه تزيدا من أن التزام الطاعن بالوفاء بذلك المبلغ مرده قواعد الإثراء بلا سبب. أيا كان وجه الرأى فيه يكون غير منتج ... الخ".

(طعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٢/٥)

٤- "وحيث إن هذا النص المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مجرد توقيع مصدر السند عليه يفيد التزامه بدفع قيمته ولو لم يذكر فيه سبب المديونية ذلك أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك ويقع عبء الإثبات على من يدعى انعدام السبب. غير أن الادعاء بانعدام السبب لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا طالما لم يدع المتعاقد بوقوع احتيال على القانون لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه التزام هذا النظر ورفض الطعن بصورية السبب لعجز الطاعن عن تقديم الدليل الكتابى المؤيد لادعائه فلا يعيب الحكم المطعون فيه أن التفت عن القرائن التى ساقها الطاعن أو المستندات التى قدمها للتدليل على صورية السبب والتى لا يتغير بها وجه الرأى فى الدعوى ويضحى النعى بهذه الأسباب على غير أساس".

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/١/٣٠)

٢٥٤- التصرف المجرد:

رأينا أن السبب ركن فى العقد، بل وفى التصرف القانونى بوجه عام. وهذه هى القاعدة فى قانوننا المصرى وفى القانون الفرنسى وفى غيره من التشريعات الأجنبية

الأخرى ذات النزعة اللاتينية. ويطلق على التصرف، حيث يلزم فيه السبب، عبارة "التصرف المسبب".

ويختلف الأمر فى القانون الألمانى، ومن قبله فى القانون الرومانى، حيث إن الأصل فيهما أنه لا يلزم أن يستند الالتزام إلى سبب، بمعنى أن العقد أو التصرف عموما يقوم صحيحا، بغض النظر عما إذا كان قد استند إلى سبب أولا، وعما إذا كان هذا السبب مشروعا أو غير مشروع، ويطلق على التصرف هنا عبارة "التصرف المجرد"، أى التصرف المجرد عن سببه.

أما القوانين الجرمانية فقد أفسحت مجالا واسعا للتصرف المجرد إلى جانب التصرف المسبب، وذلك لأن هذه القوانين تأخذ بالإرادة الظاهرة. وهذا معناه الأخذ بالإرادة الظاهرة ولو جاءت مخالفة للإرادة الباطنة. ومن ثم يمكن أن تتجرد الإرادة الظاهرة من السبب الذى حرك الإرادة الباطنة. وحيئنذ يكون التصرف مجردا. كما يمكن أن تتجرد الإرادة الظاهرة أيضا من العيوب التى لحقت الإرادة الباطنة. فلا يستطاع التمسك ببطلان التصرف إذا لم يكن له سبب مشروع، ولا يستطاع طلب إبطال التصرف لعيب من عيوب الإرادة. فالدائن فى التصرف المجرد يستطيع التمسك بحقه دون أن يكون فى وسع المدين أن يدفع ببطلان التصرف لعدم وجود سبب مشروع أو بإبطاله لعيب فى الإرادة. ولا يبقى أمام المدين إلا أن يرجع بدعوى الإثراء على الدائن.

ومثل ذلك أن عقد انتقال ملكية العقار فى القانون الألمانى عقد مجرد. فإذا ذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى وسجلا اتفاقهما فى السجل العقارى فإن الملكية تنتقل حتى لو كان هذا الانتقال دون سبب أو كانت الإرادة معيبة.

فإذا اتضح بعد ذلك أن الملكية انتقلت دون سبب أو أن الإرادة كانت معيبة فلا يكون لمن فقد الملكية إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقى الملكية، وهى دعوى الإثراء بلا سبب.

والواقع أن التصرف المجرد يحقق استقرار التعامل إلى حد كبير. ولكن القوانين اللاتينية، ومثلها فى ذلك القانون المصرى، لم تأخذ إلا استثناء فى حالات قليلة جدا. ففى القانون المدنى لا نجد سوى تطبيقين اثنين هما:

١- التزام المناب فى الوفاء قبل المناب لديه، إذ تنص المادة ٣٦١ مدنى على أن: "يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا

أو كان هذا الالتزام خاضعا الدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب. كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره".

٢- التزام الكفيل نحو الدئن. فهذا التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين، فلا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى له أن يتمسك بها ضد المدين.

وفى القانون التجارى نجد الكمبيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها.

فإذا كفل الكفيل المدين فى نظير أن يوفى المدين دينا آخر عليه مضمونا برهن يثقل عقار الكفيل، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائما، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن[١].



(١) عبد المنعم الصده فى مصادر الالتزام ص٢٧٤ – السنهورى ص٣٧٩ وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٦٠.

البطلان:

مادة (١٣٨)

إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا فى إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق.

الشرح

٢٥٥- المقصود بالبطلان وأنواعه:

البطلان هو الجزاء الذى يفرضه القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة إلى الغير.

والنظرية القديمة أو التقليدية فى البطلان هى التى نأخذ بها اليوم. وهى تقسم البطلان إلى نوعين: بطلان مطلق وبطلان نسبى.

فالبطلان المطلق مقتضاه ألا يكون للعقد وجود فى نظر القانون، فلا ينتج أى أثر من وقت إبرامه. ويتحقق هذا البطلان إذا تخلف ركن من أركان العقد، وهى التراضى والمحل والسبب، وكذلك الشكلية حين يتطلبها القانون للانعقاد.

والبطلان النسبى يوجد معه العقد قانونا وينتج كل آثاره القانونية، إنما يكون لمن شرع البطلان لمصلحته أن يطلب إبطال العقد، فإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعى، وكأنه لم يكن، فيصبح هو والعقد الباطل بطلانا مطلقا سواء.

ويتحقق هذا النوع من البطلان إذا استوفى العقد أركانه ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة، كأن يكون صادرا من شخص ناقص الأهلية أو شابه عيب من عيوب الإرادة.

على أن بعض الفقهاء أضافوا إلى نوعى البطلان المعروضين نوعا ثالثا، هو الانعدام (انعدام العقد).

ويتحقق الانعدام – عندهم – إذا نقص العقد ركن من أركانه، وهى التراضى والمحل والسبب والشكل فى العقود الشكلية. ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا

استوفى هذه الأركان ولكن كان المحل أو السبب أو الشكل غير مستوف لشروطه فيما عدا شرط الوجود، بأن كان المحل غير ممكن أو غير معين أو غير مشروع، أو كان السبب غير مشروع، أو كان الشكل موجودا ولكن لم يستوف الأوضاع القانونية.

ويرى هؤلاء الفقهاء أن الانعدام يتميز عن البطلان المطلق بأمرين: الأول أن العقد المنعدم لا يحتاج إلى حكم ببطلانه فهو منعدم من تلقاء نفسه، بينما العقد الباطل بطلانا مطلقا قد توفرت له العناصر التى تجعل له كيانا موجودا، ولهذا يحتاج إلى حكم ببطلانه، والثانى أن العقد المنعدم لا يترتب عليه أى أثر، أما العقد الباطل بطلانا مطلقا فتترتب عليه آثار فى بعض الصور.

غير أن الرأى السائد فى الفقه يذهب إلى أنه لا فرق بين الانعدام والبطلان، لا من الناحية العملية، حيث يجب الرجوع فى الحالين إلى القضاء مادام أن الأصل المقرر فى القانون هو أن الشخص لا يأخذ حقه بيده حيث لا يولد العقد فى الحالين أثرا ما. ولا من الناحية المنطقية كذلك، حيث يغدو التمييز بين الانعدام والبطلان أمرا غير مفهوم، إذ العقد الباطل معدوم فى نظر القانون، والعدم لا مراتب فيه(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد. كعدم توافر الأهلية إطلاقا بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفريعا على ذلك أو كانتفاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكما. وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد،

---

(١) السنهورى ص٣٩٨ وما بعدها – حلمى بهجت بدوى ص٢٣٠ – سمير تناغو ص٩٠ وما بعدها – حشمت أبو ستيت ص٢٤٣ عبد المنعم الصده ص٢٧٨ – وهناك من الفقهاء من ذهب إلى أبعد من ذلك، فيرون أن البطلان تتعدد مراتبه بتعدد الأغراض التى يتوخاها القانون فى العقد. فمادام أن كل شرط من العقد يراد به أن يفى بغرض معين فإن هذا الشرط إذا اختل كان العقد باطلا فى الحدود التى تتعلق بهذا الشرط وعلى أساس هذا النظر صحح الشارع الهبة الباطلة لعيب فى الشكل إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هذه الهبة (م٤٨٩ مدنى) كما صحح عقد الشركة المدنية الباطل لعدم توفر الشكل بالنسبة إلى الغير، إذ حرم على الشركاء أن يحتجوا بهذا البطلان قبل الغير (م٥٠٧٢ مدنى). على أن مثل هذه الحالات التى خرج فيها الشارع على القواعد المعروضة فى البطلان لها عللها الخاصة بها. وإذا كان هذا الرأى يتسع لتفسيرها بما ينطوى عليه من مرونة إلا أنه مع ذلك لا يصلح أساسا لتحديد حالات البطلان لافتقاره إلى ضوابط ثابتة يمكن الركون إليها (راجع فى عرض هذا الرأى عبد المنعم الصده ص٢٧٩).

فى حكم الواقع أو حكم القانون، يحول دون انعقاده أو وجوده وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق.

٢- أما البطلان النسبى فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركنا من أركانه هو الرضاء، يفسد بسبب عيب بداخله، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين ولذلك يكون العقد قابلا للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته: وهو من داخل رضاءه العيب، أو من لم تكتمل أهليته ومن الجلى أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد فى مرحلتين متتابعتين: الأولى مرحلة الصحة وينتج منها العقد جميع آثاره.

والثانية مرحلة البطلان، ويعتبر العقد فيها باطلا لا حكم له وقت نشوئه. فليست ثمة مراحل ثلاث: الصحة وقابلية البطلان والبطلان، وإنما توجد مرحلتان: الصحة والبطلان.

٣- وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبى بمقتضى نص خاص فى القانون، كما هو الشأن فى أحكام المادتين ٦٣١ ، ٦٣٢ من المشروع، إذ تنص أولى هاتين المادتين على بطلان رهن الحيازة فى العقار بطلانا مطلقا إذا جعل من بيع الوفاء عقدا ساترا له فرغم أن الصورية لا تعتبر بمجردها سببا للبطلان، طبقا للقواعد العامة، إلا أن القانون قد قصد إلى تحريمها فى هذه الحالة بالذات وجعل من النهى أمرا يتعلق بالنظام العام وأقام البطلان جزاء للخروج عليه.

أما المادة الثانية فتتضمن صورة من صور البطلان النسبى الذى ينشأ بنص خاص، إذ تقضى ببطلان ملك الغير. فقابليه البيع للبطلان فى هذه الحالة لا ترد إلى عيب فى الرضاء أو نقص فى الأهلية ولكن القانون يخول المشترى حق التمسك بالبطلان، إزاء ما هو ملحوظ من أن البائع يمتنع عليه أن يدلى لغيره بحق الملك فيما لا يملك"(١).

٢٥٦- البطلان للغش:

هناك قاعدة تأخذ بها المحاكم على الرغم من عدم وجود نص خاص فى شأنها، ومضمونها أن الغش يفسد كل شىء، أى يبطل التصرف الذى بنى عليه، فيمكن زيادة على الحالات التى ذكرناها أن يكون العقد باطلا إذا انطوى على غش. والغش يصعب تعريفا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص٢٥٦ وما بعدها.

دقيقا. فله صوره المتعددة، إلا أنه يمكن معرفته بأمارة مميزة ألا وهى استعمال العقد كوسيلة للإضرار بحقوق الغير. فمثلا فى حوالة الحق إذا كانت الحوالة لم يقبلها المدين ولم تعلن إليه بعد، ثم تواطأ المحيل مع محال له ثان فأبرما حوالة أخرى إضرارا بحق المحال له الأول، فإن الحوالة الثانية تقع باطلة للغش، ويخلص الحق للمحال له الأول.

وجزاء الغش ليس هو البطلان دائما، فقد يكون الجزاء هو عدم النفاذ فى حق الغير الذى يراد الإضرار به، كما هو الحال فى الصورة بالنسبة إلى الدائنين والخلف الخاص، وكما هى الحال فى الدعوى البوليصية.

ويعتبر الغش كذلك سببا للبطلان إذا كان الغرض منه الاحتيال على القانون، أى الهروب من حكم يتعلق بالنظام العام، وهذه هى حالة الغش ضد القانون كما فى حالة بطلان التصرف الذى يبرمه السفيه قبل الحجر، إذا جاء نتيجة تواطؤ (م٢/١١٥ مدنى) فعلة البطلان (أو القابلية للإبطال) الذى يقرره الشارع فى هذه الحالة هى الغش الذى يشوب التصرف، إذ يتوقع الطرفان حينئذ الحجر فيبادران إلى إبرام التصرف للفرار من أثر الحجر(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع، كما أن له سلطة تامة فى استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش، ومالا يثبت دون رقابة عليه من محكمة النقض فى ذلك مادامت الوقائع تسمح به. فإذا كانت محكمة الموضوع قد رأت فى أوراق الدعوى وظروفها وملابساتها ما يكفى لنفى الصورية والغش والتدليس المدعى بها، فإنها ليست فى حاجة بعد ذلك لسماع الشهود لإثبات ونفى هذه الصورية".

(طعن رقم ٢٧٧ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٢٥٧- التفرقة بين البطلان وما قد يشتبه به:

١- البطلان وعدم النفاذ أو السريان على الغير:

البطلان، وهو الجزاء على عدم توافر أركان العقد وشروط صحته، إنما يكون أصلا فى علاقة المتعاقدين، فتنعدم القوة الملزمة للعقد لسبب كامن فيه معاصر لنشأته

(١) عبد المنعم الصده ص٢٨٢.

أما عدم النفاذ، أو عدم السريان فمعناه أن العقد لا ينتج أثرا ما فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين، حتى لو كان هو فى ذاته صحيحا، فقد يكون العقد صحيحا فى ذاته وينتج بالتالى آثاره بين عاقديه، ولكنه لا يسرى فى حق الغير، أى أنه لا ينفذ فى مواجهتهم. بل إن هذا الحكم هو الذى تمليه القواعد العامة فى نسبية آثار العقود، ومؤداها أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقديها وخلفائهما (المادة ١٤٥ مدنى). فإذا أجر شخص مثلا دارا يملكها غيره، فالإيجار برغم وقوعه على ملك الغير صحيح فى العلاقة بين عاقديه، وينتج بالتالى آثاره بينهما، ولكنه لا ينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى، ما لم يقره بمعنى أنه إن لم يقره اعتبر بالنسبة إليه كأن لم يوجد أصلا.

وإذا أبرم النائب باسم الأصيل، عقدا تجاوز به حدود نيابته.

فإن هذا العقد يقع غير نافذ فى حق الأصيل ما لم يقره لاعتباره معقودا من غير ذى صفة. وذلك بغض النظر عن حكم العقد فى ذاته من الصحة أو البطلان بين الطرفين اللذين أبرماه(١).

٢- البطلان والفسخ:

البطلان جزاء يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون فى تكوينه ومؤداه أن العقد ينهار من أساسه، تبعا لانهيار ركن من أركانه، فالعقد هنا يعتبر أنه لم يقم أصلا.

أما الفسخ فهو جزاء يرد على عقد تم صحيحا، ولكن لسبب واقعة متأخرة على تمامه، هى عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته الناشئة عن العقد فيطلب العاقد الآخر التحلل بما عليه من التزامات.

فإذا أجيب طالب الفسخ إلى طلبه انحل العقد واعتبر نتيجة انحلاله هذا أنه لم يوجد أصلا.

٢٥٨- العقد القابل للإبطال لا يبطل إلا باتفاق أو بحكم:

العقد القابل للإبطال لا يصير باطلا من تلقاء نفسه، أو بتوجيه إعلان رسمى بالإبطال إلى الطرف الآخر. وإنما يأخذ هذا المصير إما بالاتفاق وإما بحكم القاضى ولا محل للتعويل على ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه:

"على أن التمسك بهذا البطلان (البطلان النسبى) لا يستلزم الترافع إلى القضاء، بل يكفى فى ذلك، وفقا لما استحدث المشروع من أحكام نقلها عن التقنين الألمانى،

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٦٤ وما بعدها.

تصريح يعلن إلى العاقد الآخر إعلانا رسميا، وعلى هذا العاقد أن يرفع الأمر إلى القضاء إذا أراد المنازعة فى قيام البطلان"[١] لأن النص الذى يتضمن هذا الحكم قد حذف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ[٢].

٢٥٩- لا يجوز للمحكمة القضاء بإبطال العقد من تلقاء نفسها:

لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالإبطال من تلقاء نفسها، لأن الإبطال مقرر لمصلحة شخص معين، وليس بحكم طبيعة الأشياء أو لمخالفة النظام العام أو الآداب، كما هى الحال فى البطلان كما سنرى.

٢٦٠- من له الحق فى التمسك بالإبطال؟

يجب أن يطلب الإبطال المتعاقد الذى يقرر القانون الإبطال لمصلحته، فلا يجوز أن يطلب الإبطال شخص آخر غير ذاك الذى شرع البطلان لمصلحته، حتى لو كان هذا الشخص هو المتعاقد الآخر.

فالقانون حينما يقرر أن عقدا ما قابل للإبطال، يفعل ذلك حماية لمصلحة خاصة، هى مصلحة العاقد الذى حصل الخلل فى العقد إضرارا به، فلا يكون لغير هذا العاقد طلب الإبطال.

فإذا كان سبب الإبطال هو عيب فى الإرادة، فإن من شاب إرادته عيب هو وحده الذى يحق له أن يطلب الإبطال.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٥٦ وما بعدها.

(٢) كانت المادة (١٩٧) من المشروع التمهيدى تنص فى فقرتها الأولى على أن: "يكفى فى تقرير البطلان النسبى إعلان الطرف الآخر به إعلانا رسميا" وفى لجنة المراجعة أدمجت المادة المذكورة من المادة (١٩٦) وأصبح رقمهما فى المشروع النهائى (١٤٢) وعدل نص الفقرة الثانية منها بجعلها كالآتي:

"ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلانا رسميا مع بيان سبب البطلان وأدلته فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقد الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة من وقت وصول الإعلان". وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت أغلبية اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة وجاء فى تقريرها: "حذفت الفقرة الثانية توخيا لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال وتجنبا لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٣٥ وما بعدها".

وإذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الأهلية، فإنه يكون لناقص الأهلية وحده التمسك بالإبطال، وذلك بواسطة من يمثله قانونا من ولى أو وصى أو قيم. فإذا زال النقص فى أهليته، كما إذا كان قاصرا وبلغ رشده أو سفيها أو ذا غفلة ورفع الحجر عنه، جاز له أن يباشر طلب الإبطال بذات نفسه.

وإذا كان الإبطال مقررا بمقتضى نص فى حالة أخرى كان التمسك بالإبطال للعاقد الذى خوله الشارع هذا الحق، ففى بيع ملك الغير يكون هذا الحق للمشترى وحده (م٤٦٦ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "للوصى حق رفع الدعاوى والطعن فى الأحكام التى تصدر لغير مصلحة من يقوم على ماله بطرق الطعن العادية وغير العادية. أما ما ورد فى الفقرتين ١٢ ، ١٣ من المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية فهو ليس بشرط لقبول الدعوى أو الطعن وإنما قصد به إلى رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به".

(طعن قم ٦ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٦/١/٢٥)

٢- "التحكيم هو بنص المادتين ٧٠٢ ، ٧٠٣ من قانون المرافعات مشاركة بين متعاقدين، أى اتفاق على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمتين. وبطلان المشارطات لعدم الأهلية بحكم المادتين ١٣١ ، ١٣٢ من القانون المدنى بطلان نسبى إلى عديم الأهلية فلا يجوز لذى الأهلية التمسك به"(١).

(طعن رقم ٧٣ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١١/١٨)

٣- "لا يجوز لمدعى الاستحقاق الذى تلقى الحق عن شريك أو وارث أن يتحدى ببطلان بيع نصيب القاصر فى المال الشائع إذا تم بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة الحسبية، إذ أن ها البطلان نسبى شرع لمصلحة القاصر وحده دون الغير".

(طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

---

(١) تقابلهما فى القانون الجديد المادتان ١١٩ ، ١٣٨ مدنى.

٤- "إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، على أن يحصل الوصى أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا فى حق ناقص الأهلية. وإذ كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات".

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

(انظر أيضا طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧ المنشور بالبند التالى)

٥- "النعى ببطلان محضر الخطبة – عند المصريين غير المسلمين – غير مقبول، ذلك إنه لما كان الثابت أن الطاعن لم يتمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فإنه لا يصح إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)

٢٦١- مدى انتقال الحق فى الإبطال إلى الخلف:

حق طلب إبطال العقد المقرر للمتعاقد ينتقل بعد موته إلى ورثته باعتبارهم خلفا عاما. ومعنى ذلك أنه يجوز لهم طلب الإبطال بمقتضى حق مباشر كذلك الذى كان لمورثهم(١).

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض إذ قضت بأن:

"متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع – قابلة للإبطال لمصلحة القاصر – كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى – فإن

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٢٤٢ هامش (١) – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٧٢ – عبد المنعم الصده ٢٨٤ – وعكس ذلك السنهدورى ص٤٢٩ وأحمد حشمت أبو ستيت ص٢٦٠ فيريان أنه لا يجوز للخلف العام طلب الإبطال إلا بطريق الدعوى غير المباشرة التى تثبت لكل دائن.

للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلقا عاما له يحل محل سلفه فى كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه. وإذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته".

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧)

أما الدائنون العاديون والخلف الخاص فلا يجوز لهم طلب الإبطال إلا باستعمال حق مدينهم من طريق الدعوى غير المباشرة.

٢٦٢- التمسك بالإبطال فى أية حالة كانت عليها الدعوى:

يجوز لمن تقرر الإبطال لمصلحته التمسك بالإبطال فى أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ما لم يفسر سكوته على أنه ينطوى على إجازة ضمنية للعقد، ولكن لا يجوز له التمسك بالإبطال لأول مرة أمام محكمة النقض[١].



(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٧٢ – عبد المنعم الصده ص٣٨٤.

مادة (١٣٩)

١- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية.

٢- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير.

الشرح

٢٦٣- إجازة العقد القابل للإبطال:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية".

فالعقد القابل للإبطال هو الذى تصح إجازته، لأنه عقد موجود قانونا منتج لكل آثاره، فلا فارق بينه وبين العقد الصحيح إلا فى أن العاقد الذى شرع الإبطال لمصلحته يستطيع أن يطلب إبطاله.

٢٦٤- تعريف الإجازة:

الإجازة هى النزول عن الحق فى طلب إبطال العقد(١). وهى يملكها من شرع الإبطال لمصلحته، لأنه هو صاحب الحق فى التمسك بالإبطال، فهو الذى يملك النزول عنه. ويترتب عليها أن يزول الخطر الذى كان يهدد العقد بالزوال، فيستقر العقد نهائيا. ويعتبر كأنه خال من كل شائبة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٩ من القانون المدنى على أن "(١) يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة او الضمنية".

وفى الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من القانون ذاته على أن "(١) إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة" مفاده أنه إذا كان القانون هو الذى يرتب جزاء بطلان التصرفات أو قابليتها للإبطال، وكانت الإجازة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادتين سالفتى الذكر، التى يزول بها حق الإبطال ولكنها لا تجدى فى إزالة البطلان المطلق، إنما هو ذلك الإقرار الصريح أو الضمنى الذى يصدر ممن

---

(١) الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات النظرية العامة ص٢٤٤ – عبد المنعم الصده ص٢٨٥.

يحاج بهذا التصرف المعيب بما يفيد قبوله الالتزام بآثاره، رغم قيام السبب المخل بصحته".

(طعن رقم ٩٢٦٣ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠)

٢٦٥- الإجازة تصرف من جانب واحد:

الإجازة تصرف قانونى من جانب واحد، فالأمر لا يحتاج فيها إلى قبول من الطرف الآخر، بل هى تحدث أثرها بمجرد صدورها ودون توقف على وصول التعبير إلى علم العاقد الآخر، لأن التعبير عنا غير واجب التسليم(١).

كما أنه لا يمكن الرجوع فيها.

٢٦٦- التمييز بين الإجازة والإقرار:

يجب التمييز بين الإجازة وبين وضع آخر كثيرا ما يخلط بينهما هو الإقرار

فالإقرار هو تصرف قانونى من جانب واحد كذلك إلا أنه يصدر من أجنبى عن العقد، وبه يضيف الأجنبى أثر العقد إلى نفسه بعد أن كان لا يتعدى إليه. ومثله إقرار الموكل لمجاوزة الوكيل حدود وكالته وإقرار المتعهد عنه للتعهد(٢).

٢٦٧- توافر سائر شروط التصرف فى الإجازة:

لما كانت الإجازة تصرفا قانونيا فإنه يلزم أن يتوافر فيها سائر شروط التصرف، ومن بينها زوال العيب الذى لحق العقد وقت الإجازة، وإلا لوقعت معيبة هى الأخرى. فالعقد القابل للإبطال لنقص أهلية أحد الطرفين لا تلحقه الإجازة إلا بعد زوال العلة التى من أجلها تقرر الإبطال ألا وهو نقص الأهلية. والإجازة الصادرة من المتعاقد قبل استكماله للأهلية تنعقد قابلة للإبطال شأنها فى هذا شأن العقد الذى وقعت عليه الإجازة. ولكى تكون الإجازة صحيحة يجب أن تقع بعد استكمال الأهلية.

وكذلك الحال فى العقد القابل للإبطال بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه، لا تلحقه الإجازة إلا بعد ارتفاع الوهم الذى قام فى ذهن المتعاقد أو زوال الإكراه، بعد ذلك تكون الإجازة عملا قانونيا صحيحا إذ الإرادة لم يعد يشوبها العيب(٣).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٧٤ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٥٢.

(٢) حلمى بهجت بدوى ص٢٤٥ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٥٢ وما بعدها.

(٣) حلمى بهجت بدوى ص٢٤٤ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٥٣.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوما، فلا يتصور إطلاقا أن ترد عليه الإجازة. ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان فهى تصحح بالإجازة، ولو كانت ضمنية، بشرط أن تتوافر شروط صحتها باعتبارها تصرفا قانونيا ... الخ"(١).

٢٦٨- يشترط للإجازة علم المجيز بقابلية العقد للإبطال واتجاه إرادته نحو النزول عن حقه فى الإبطال :

يشترط للإجازة أن يكون المجيز عالما بقابلية العقد للإبطال، وأن تتجه إرادته نحو النزول عن حقه فى إبطال العقد(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "الإجازة التى تصحح العقد القابل للإبطال هى التى تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصدا إجازته وإذن فمتى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يدع صدور إجازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفى بالقول بأن مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتها القاصر، وكان تمسك الطاعن بالإجازة استنادا إلى هذه الواقعة غير منتج ذلك أن المطعون عليها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصية دون إذن من المجلس الحسبى كما أن مجرد توقيعها على محضر لا يفيد أنها كانت تعلم بأن العقد الصادر من مورثها صدر منه وهو قاصر وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها فى الطعن على العقد، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلا".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦)

٢- "إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة".

(طعن رقم ١٠٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٠)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٥٧.

(٢) السنهورى ص٤١٨ هامش (١) – المستشار مصطفى هرجه ص٤١٨.

٢٦٩- الإجازة الصريحة والإجازة الضمنية:

الإجازة قد تكون صريحة، وقد تكون ضمنية. والإجازة الصريحة هى التى تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الإبطال وهى تكون صريحة بأية عبارة تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز إلى الإجازة، فلا تشترط فيها بيانات معينة.

أما الإجازة الضمنية، فهى تلك التى يستدل عليها من ظروف الحال، بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعا فى إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال.

إذ النزول عن الحق لا يفترض، ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه.

ومثال الإجازة الضمنية، أن يقوم المتعاقد الذى قرر القانون الإبطال لمصلحته بتنفيذ العقد أو إلى مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ العقد من جانبه، وذلك مع علمه بالفساد الذى كان يعتريه، أو أن يلجأ المشترى بعد أن يتبين فساد البيع الذى أبرمه، إلى إعادة بيع المال إلى ثالث أو إلى رهنه أو إلى إجراء أى تصرف آخر فيه قانونيا كان هذا التصرف أم ماديا.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان المقرر فى مذهب الإمام أبى حنيفة أن الوصية بقسمة التركة بين الورثة موقوف نفاذها على إجازتهم، فإن الإجازة فى هذا المذهب لا تقتضى فى المجيز أهلية إلا الأهلية اللازمة لمباشرة العقد المجاز، ومن ثم كان من يملك أن يعقد القسمة بنفسه يملك أن يجيزها إذا تولى غيره عقدها. ولما كان الوصى أهلا لأن يعقد بإذن المجلس الحسبى قسمة مال صغيره عملا بنص المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية فهو أهل لأن يجيز بإذن المجلس المذكور قسمة موصى بها فى هذا المال. وعلى ذلك فلا مخالفة للقانون متى كان الحكم إذ أجرى الوصية على القصر قد أسس قضاءه على أن أمهم أجازتها بوصف كونها وصيا عليهم إجازة أقرها المجلس الحسبى".

(طعن رقم ٩٠ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/١٢/١١)

٢- "متى كان القاصر بعد أن بلغ سن الرشد قدم مذكرة تتضمن موافقته على الحكم الابتدائى القاضى برد العين المبيعة وفائيا إليه وإلى باقى الورثة وبطلب تأييده فإنه يكون غير منتج التمسك بأن الوصى قد طلب الاسترداد باسم القاصر وهو لا يملك هذا الحق إذ فى موافقة القاصر على الحكم إجازة لعمل الوصى".

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

٢٧٠- مالا يعتبر إجازة للعقد القابل للإبطال:

لا تعتبر إجازة ضمنية للعقد القابل للإبطال ما يأتى:

١- تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح.

٢- طلب مهلة للوفاء.

٣- السكوت عن طلب الإبطال إلا إذا سقط الحق بالتقادم(١).

٤- الدفع بتزوير العقد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعيب فى أهلية المتصرف بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف، لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر، إذ يقتصر الأمر فى الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف، دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه، بينما أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذى أهلية يوجه إلى ذات التصرف بإنكار أهلية المتصرف فى إجراء التصرف. فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلا لإصدار التصرف. كما أن الطعن بالتزوير لا يتضمن فى ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه فى الطعن بعد ذلك فى التصرف لعيب فى هذه الأهلية".

(طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

٢٧١- أثر الإجازة:

إذا أجيز العقد القابل للإبطال، زال حق المتعاقد فى التمسك بإبطال العقد، واستقر وجود العقد نهائيا غير مهدد بالزوال. وهذا معناه أن العقد ينقلب صحيحا بوجه بات.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٩ على أن: "وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".

ومعنى ذلك أن العقد يعتبر صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الإجازة، لأن للإجازة أثرا رجعيا.

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٨٧ هامش (٢) – أحمد حشمت أبو ستيت ص١٥٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة الذى عقدته الوصية بدون إذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسبيا يصح بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الإجازة تستند إلى التاريخ الذى تم فيه العقد فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح".

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)

غير أن هذا الأثر الرجعى لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، لا بالنسبة إلى الغير فمن كسب حقا عينيا على الشيء موضوع العقد، كما لو باع قاصر عينا، وبعد بلوغ سن الرشد باعها ثانية أو رهنها لآخر، ثم أجاز العقد الأول، فإن الإجازة لا تؤثر على حق المشترى الثانى أو الدائن المرتهن، إذ تخلص العين لهذا المشترى أو تبقى مثقلة بحق الرهن رغم الإجازة(١).

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة فإن كانت هناك عيوب أخرى بقى باب الطعن مفتوحا من أجلها. ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعا فى غلط، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية، بقى له الحق فى إبطال العقد للغلط(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وإذا كان أثر الإجازة يستند، أو ينعطف على الماضى، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير، فلا تضر الإجازة مثلا من يشترى عقارا كان قد سبق لمالكه بيعه، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع. ولما كان التدليس والإكراه من قبيل الأفعال الضارة التى تلحق بها صفة التقصير المدنى، فيظل مرتكبهما مسئولا عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة، رغم إجازة العقد الآخر للتعاقد، ما لم تنطو الإجازة على إسقاط هذه المسئولية"(٣).

---

(١) السنهورى ص٤٢٠ – عبد المنعم الصده ص٢٨٧ – أحمد حشمت أبو ستيت ٢٥٣ وما بعدها.

(٢) السنهورى ص٤٢٠.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٥٧ وما بعدها.

٢٧٢- إثبات الإجازة:

يقع عبء إثبات الإجازة على عاتق الطرف الآخر غير المجيز، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله إثباتها بكافة طرق الإثبات ومن بينها البينة والقرائن(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع عاتق مدعى الإجازة. وإذن فمتى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلغوه سن الرشد عقد البيع الذى عقده وهو قاصر فإن الحكم المطعون فيه إذ ألقى عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦)

٢- "إنه وإن كانت المادة ١/٣٩ من القانون المدنى تقضى بأن يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، إلا أنه لما كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض، أن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال، إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة، وإذ لم يقدم الطاعنون ما يدل على تمسكهم بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، وإغفالها تحقيقه، فإنه لا يقبل منهم إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٥)

٣- "عبء إثبات إجازة العقد القابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة".

(طعن رقم ٢١٣٧ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٢/١)

٢٧٣- استخلاص الإجازة مسألة موضوعية:

استخلاص حصول إجازة العقد من عدمه مسألة موضوعية، ولقاضى الموضوع فيها القول الفصل، من غير أن يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض، طالما قام قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله(٢).

---

(١) السنهورى ص٤١٩ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٢٨٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٧٦.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت – فى حدود سلطتها الموضوعية استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها – إجازة الطاعنة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة المذكور وبالتالى لا تعدو المجادلة فى ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣)



مادة (١٤٠)

١- يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات.

٢- ويبدأ سريان هذه المدة، فى حالة نقص الأهلية، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب، وفى حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذى ينكشف فيه، وفى حالة الإكراه، من يوم انقطاعه، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

الشرح

٢٧٤- سقوط الحق فى إبطال العقد بمضى ثلاث سنوات:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات".

فالحق فى طلب إبطال العقد القابل للإبطال لا يثبت لصاحبه إلا إلى أجل محدد. فإذا انقضى هذا الأجل سقط هذا الحق، وتدعمت بذلك صحة العقد وتأيدت.

والمدة التى حددها النص هى ثلاث سنوات ميلادية.

وهذه المدة قد استحدثها القانون المدنى الجديد إذ كانت المدة فى القانون القديم خمس عشرة سنة من وقت العقد طبقا للقواعد العامة فرأى الشارع أن هذه المدة طويلة يظل العقد خلالها مهددا غير مستقر فأقام إلى جانب هذه المدة الطويلة مدة قصيرة قدرها ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى يزول فيه سبب قابلية العقد للإبطال.

فبالنسبة لناقصى الأهلية، تبدأ هذه المدة لا من تاريخ إبرام العقد، وإنما من وقت زوال نقص الأهلية أى من وقت بلوغ المتعاقد سن الرشد إن كان قاصرا، أو من وقت رفع الحجر عنه إن كان سفيها أو ذا غفلة، أو من وقت موته.

وبالنسبة لدعوى الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه، فتبدأ هذه المدة فى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه.

أما بالنسبة لطلب إبطال العقد للاستغلال، فقد رأينا أنه يسقط بمضى سنة من يوم التعاقد، وهو ميعاد سقوط لا يقبل الوقف أو الانقطاع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "حددت الفقرة الأولى من المادة ١٤٠ من القانون المدنى مدة سقوط الحق فى الإبطال فى حالات حددتها على سبيل الحصر وهى حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه بثلاث سنوات، أما فى غير هذه الحالات فإن مدة تقادم الحق فى إبطال العقد – وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – لا تتم إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد، لما كان ذلك وكان من غير الممكن تعييب الحكم فيما اشتمل عليه من أسباب قانونية خاطئة مادام قد انتهى فى قضائه إلى نتيجة تتفق مع صحيح القانون، وكانت مدة الخمس عشرة سنة التى يتعين انقضاؤها لسقوط الحق فى التمسك بالبطلان على نحو ما سلف بيانه لم تنقض فإن رفض الحكم المطعون فيه للدفع المبدى من الطاعن بسقوط الحق فى طلب إبطال العقد يكون متفقا مع صحيح القانون أيا كان وجه الرأى فيما أقام عليه قضاءه فى هذا الشأن ومن ثم يكون النعى عليه بسبب النعى غير منتج".

(طعن رقم ٨٤١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٦/٣٠)

٢- "النص فى المادة ١٤٠ من القانون المدنى يدل على أنه فى العقد القابل للإبطال يسقط الحق فى طلب إبطاله بانقضاء مدة ثلاث سنوات دون التمسك به من صاحبه، ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يستكمل فيه ناقص الأهلية أهليته، ولا يجوز فى هذه الحالة أن يكون وقت تمام العقد بدءا لسريان تقادم دعوى طلب إبطاله خلافا لأحوال الغلط والتدليس والإكراه التى يكون فيها التقادم بأقصر الأجلين إما بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو من يوم انقطاع الإكراه، وإما بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد".

(طعن رقم ١٤٣٩ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٨)

٣ – "القضاء النهائى الصادر بسقوط الحق فى التمسك بإبطال العقد بالتقادم الطويل. أثره. منع الخصوم أنفسهم من إثارة النزاع حول تلك المسألة الكلية لذات السبب فى أية دعوى تالية ولو فى صورة دفع بالبطلان وفى موضوع مغاير دون قول بعدم قابلية الدفوع للتقادم. علة ذلك. خضوع دعوى الإبطال أو الدفع به للتقادم وفقا للمادة ١٤٠ مدنى".

(طعن رقم ٧٧٥٣ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٧)

٢٧٥- سقوط حق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد:

تنص الفقرة الثانية من المادة فى عجزها أنه:

"وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد".

فبالنسبة لدعوى إبطال العقد لنقص الأهلية وضع لها المشرع تقادما واحدا هو ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية.

أما بالنسبة لدعوى إبطال العقد للغلط أو التدليس أو الإكراه، فقد أضاف إلى التقادم الثلاثى سالف الذكر، تقادما آخر هو التقادم الطويل أى خمس عشرة سنة.

ويبدأ هذا التقادم من وقت تمام العقد.

وعلى ذلك فإن دعاوى الإبطال للغلط والتدليس والإكراه، تنقضى إما بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو يرتفع فيه الإكراه، وإما بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ تمام العقد. فالتقادم إذن هنا يكون بأقصر الأجلين: ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد(١). والفرض الأول هو الغالب الوقوع.

فإذا فرض أن الغلط لم ينكشف للغالط إلا بعد ثلاث عشرة سنة فإن الحق فى إبطال العقد يتقادم بخمس عشرة سنة من يوم صدور العقد لا بمضى ثلاث سنوات من تكشف الغلط، لأن المدة الأولى أقصر من الثانية، ولأن دعوى الإبطال تتقادم بخمس عشرة سنة(٢).

أما فى حالة نقص الأهلية فيكون التقادم بمضى ثلاث سنوات من وقت زوال نقص الأهلية وذلك بصرف النظر عن المدة التى انقضت من وقت التعاقد.

وأيا كانت مدة التقادم فإنها تقبل الوقف والانقطاع طبقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن.

---

(١) السنهورى ص٤٢٤ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٧٩.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٠٧.

٢٧٦- للتقادم أثر رجعى:

إذا سقط الحق فى إبطال العقد بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة فإن العقد يعتبر فى حكم المجاز وتتأكد صحته منذ صدوره لا من يوم تمام مدة للتقادم، إذ للتقادم كالإجازة أثر رجعى وإن اختلف عنها من حيث إنه فى استناده إلى الماضى يتناول ما يكون قد تقرر للغير من حقوق. فإذا باع قاصر عينا وبعد بلوغه وقبل انقضاء ثلاث سنوات رتب على العين ارتفاقا أو انتفاعا ثم كملت مدة التقادم فإن ملكية العين تتأكد للمشترى خالصة مما أثقلها من حقوق(١).

وطالما انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحا، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع باعتبار أن الدفع فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون فى حقيقته دعوى فرعية للإبطال.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى المادة ١٤٠ من القانون المدنى على أن "١- يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات، ٢- ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب، وفى حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذى ينكشف فيه، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه، إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد". يدل على أن سقوط الحق فى إبطال العقد القابل لذلك يكون بمضى ثلاث سنوات يبدأ سريانها بالنسبة لحالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى تكتشف فيه هذه الحالة بحيث إذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحا، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع باعتبار أن الدفع فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون فى حقيقته دعوى فرعية بالإبطال".

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١)

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٥٧ – المستشار مصطفى هرجه ص٤٢٦ – محمود شجمال الدين زكى ص١٠٦.

٢٧٧- سريان مدة التقادم القصير على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد:

طبقا للمبدأ العام الذى وضعه القانون المدنى الجديد فى الباب التمهيدى (المادة ٨) فإن العقود التى أبرمت فى ظل القانون القديم تخضع للمدة القصيرة، ما لم يكن الباقى من المدة الطويلة المقررة فى القانون القديم أقل من المدة الجديدة.

فإذا فرض أن قاصرا أبرم عقدا فى أول يناير سنة ١٩٤٨ وبلغ سن الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩، وفى ١٥ أكتوبر أدرك القانون الجديد ذلك العقد، فإن هذا العقد الذى لم يكن يتقادم بحسب القانون إلا فى سنة ١٩٦٣ (ولا نقول سنة ١٩٦٤ لأن مدة التقادم كانت تحسب بالتقويم الهجرى) يخضع فى تقادمه للقانون الجديد فتبدأ ثلاث السنوات من يوم سريان القانون الجديد لا من يوم البلوغ وتتم فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢.

أما إن كانت المدة الباقية من التقادم السائد فى القانون القديم أقل من ثلاث سنين كما لو كان القاصر قد بلغ سن الرشد فى سنة ١٩٣٦ فإن التقادم يتم فى سنة ١٩٥٠ لا فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢[1].

٢٧٨- عدم تعلق التقادم بالنظام العام:

المقرر أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به. أمام محكمة الموضوع. ولا يجوز للمحكمة القضاء بالتقادم من تلقاء نفسها.

ويسقط التمسك بالتقادم بالنزول عنه صراحة أو ضمنا.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يسقط الحق فى إبطال العقد بالتقادم إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات عملا بالمادة ١/١٤٠ من القانون المدنى. ولما كان من المقرر أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع. فإنه إذا لم يثبت أن الطاعنين قد تمسكوا أمامها بتقادم دعوى البطلان، فلا يقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٥)

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٥٧ وما بعدها.

مادة (١٤١)

١- إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.

٢- وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد.

الشرح

العقد الباطل:

٢٧٩- تقرير بطلان العقد الباطل:

رأينا أن العقد الباطل لا ينعقد أصلا. ويترتب على ذلك أننا لا نكون فى حاجة إلى إيقاع بطلانه. فهذا البطلان حاصل من تلقاء نفسه. ولكن قد يحتاج الأمر إلى تقرير بطلان العقد، إذا ما نوزع فيه. وهنا يرفع الأمر إلى المحكمة.

وبخلاف الحال فى العقد القابل للإبطال، يجوز التمسك ببطلان العقد الباطل لكل ذى مصلحة بل إن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

فليس لأى شخص أن يتمسك بالبطلان، بل لابد أن يكون صاحب مصلحة فى ذلك. ويعتبر هذا تطبيقا لمبدأ عام من مبادئ قانون المرافعات (م٣) 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، ولو كان هو العاقد الذى جاء البطلان من ناحيته، فالبائع مثلا الذى جاء البطلان من ناحيته له مصلحة فى البطلان حتى لا يسلم العين للمشترى، وللأخير- الذى يكون البطلان من ناحيته مصلحة فى البطلان حتى لا يدفع الثمن إلى البائع.

وتوجد مصلحة أيضا للخلف العام أى ورثة المتعاقدين والموصى له بحصة فى التركة، وللخلف الخاص كالمشترى لعقار مرهون. وكذلك لأى دائن من دائنى المتعاقدين.

فدائن البائع يتمسك بالبطلان حتى يقوم الشئ المبيع فى ذمة مدينه فيتمكن من التنفيذ عليه، ولدائن المشترى أن يتمسك بالبطلان أيضا حتى يعود الثمن المدفوع إلى ذمة مدينه(١).

ولكن نظرا لأن العقد الباطل لا وجود له فى نظر القانون، فإن للقاضى أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك أى ذى مصلحة. بل إن القاضى يجب عليه أن يحكم بالبطلان فهذا واجب عليه لأن هذا البطلان من النظام العام وليس حق له فقط(٢).

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

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فمادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوما – وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم – فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفا فى التعاقد، كالمستأجر مثلا فى حالة بطلان بيع الشئ المؤجر بطلانا مطلقا، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه. أما البطلان النسبى فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد وهو الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه"(٣).

---

(١) السنهورى ص ٤٢٧ – سمير ص ٩٧ وما بعدها – حلمى بهجت بدوى ص٢٣٩ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص٤٢٨ – جلال العدوى ص١٩٥ – حلمى بهجت بدوى ص٢٤٠– ويذهب الأستاذ حلمى بهجت بدوى إلى أنه ليس معنى ذلك أن كل عقد باطل بطلانا مطلقا يعرض أمام القضاء مصيره إلى الحكم ببطلانه ولو لم يتمسك بذلك أحد الخصوم للأسباب الآتية:

أولا: أن العقد الباطل بطلانا مطلقا كثيرا ما يكون له مظهر العقد الصحيح، ومتى لم يطعن أحد المتنازعين فى هذا العقد مبينا وجه النقص فيه فلن يتبين القاضى هذا النقص.

ثانيا: أن القاضى فى النزاع المدنى إنما يقف موقف الحكم المحايد فهو لا يوجه النزاع المعروض أمامه ولا يثير دفوعا لم يثرها الخصوم.

ثالثا: أن القاضى لا يحكم إلا بعناصر الدعوى المطروحة أمامه فلا يجوز له أن يحكم بعلمه الخاص.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٢٥٦ .

٢٨٠- التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى أو الدفع :

يكون التمسك بالبطلان إما فى صورة دعوى أو فى صورة دفع. والغالب أن يتم التمسك بالبطلان فى صورة دفع، لأن من له مصلحة 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 بطلب تسليم الشئ المبيع فإنه يدفع هذه الدعوى بدفع هو الدفع بالبطلان، ويكون هذا هو الوضع أيضا إذا رفع المشترى الأول دعوى استحقاق على المشترى الثانى. فإن لهذا الأخير أن يدفع هذه الدعوى بالدفع ببطلان عقد البيع الأول(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر أن دعوى بطلان العقد أو صوريته أو نفاذه أو فسخه التى يرفعها الغير، إنما تتعلق برابطة قانونية واحدة بين طرفى العقد، ولا تحتمل إلا حلا واحداً بالنسبة للعاقدين وبالتالى فإن الدعوى لا تكون مقبولة إلا باختصام العاقدين معا فإذا رفعت الدعوى على أحدهما كان لمن رفعت الدعوى عليه أن يدخل من تعاقد معه فإذا وقف من الخصومة موقفاً سلبياً كان مركزه تابعاً للمتعاقد الآخر فيكون الحكم الصادر فى الدعوى حكما له إذا كان قد قضى لصالح المتعاقد الآخر ويكون حكماً عليه إذا كان قد قضى لصالح الغير".

(طعن رقم ٨٠٩٠ لسنة ٦٦ ق "إيجارات" جلسة ٢٠٠٤/١/٢٦)

وإذا رفعت دعوى ببطلان العقد تأسيسا على سبب معين، كعدم مشروعية السبب مثلا، ثم رفضت الدعوى، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى بطلان جديدة، إذ ما أسست على سبب آخر مختلف.

ولكن إذا رفعت دعوى بصحة العقد وقضى بقبولها، فإنه يمتنع بعد ذلك الطعن فى العقد تأسيسا على أى سبب كان يمكن إبداؤه حال قيام تلك الدعوى(٢).

---

(١) سمير تناغو ص ٩٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٨٢.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"متى حكم بصحة ونفاذ العقد وأصبح الحكم نهائيا فإنه يحوز قوة الأمر المقضى فى شأن صحة هذا العقد ويمنع الخصوم أنفسهم أو خلفهم من التنازع فى هذه المسألة فى دعوى أخرى بطلب بطلانه ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات فى الدعويين ذلك أن صحة العقد وطلب بطلانه وجهان متقابلان لشيء واحد والقضاء بصحة العقد يتضمن حتما القضاء بأنه غير باطل".

(طعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١)

٢٨١- عدم تصحيح العقد الباطل بالإجازة:

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من المادة (١٤١) فى عجزها بأنه: "ولا يزول البطلان بالإجازة" فالإجازة لا تلحق العقد الباطل، لأنها لا يمكنها أن تجعل من العدم شيئا. والإجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد والعقد يفترض توافق إرادتين، وهذه الإجازة لو حصلت لوقعت باطلة فمؤدى الإجازة النزول عن حق التمسك بالبطلان والبطلان هنا يمس النظام العام ولا يصح النزول عن حق يتصل بالنظام العام.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوما، فلا يتصور إطلاقا أن ترد عليه الإجازة، ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان فهى تصحح بالإجازة....الخ"(١).

النزول عن حق يتصل بالنظام العام.

وإذا امتنعت إجازة العقد الباطل، إلا أنه يجوز إعادة إبرامه من جديد بعد تلافى سبب البطلان، وهذا الأمر يقتضى توافق إرادتى طرفى العقد كليهما، فلا تكفى إرادة أحدهما. وإذا كان سبب البطلان أن العقد لم يأخذ الشكل الرسمى الذى يتطلبه القانون، فلابد من اتخاذه من جديد فى الشكل المطلوب(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٥٧.

(٢) حلمى بهجت بدوى ص٢٤٣ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٨٢ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ)- "بطلان العقد بطلانا مطلقا لسبب معين لا يمنع طرفيه من إبرام عقد جديد بدلا منه لا يشوبه البطلان".

(ب)- "إذا كان الحكم المطعون فيه – على ما أوضحه فى مدوناته – قد أقام قضاءه بصحة التعاقد على ما استخلصه من أن قيام المطعون ضده بالوفاء بالعديد من أقساط ثمن الشقة محل النزاع بعد صدور القرار باعتماد التقسيم وتوالى قبول الطاعن منه هذا الوفاء، يدل على أن إرادة الطرفين قد تلاقت وانصرفت إلى إبرام البيع بينهما مرة أخرى بذات الشروط فانعقد بذلك بينهما عقد جيد توافرت له أركانه وشرائط صحته، ولم يقل بأن ثمة إجازة لاحقة قد أزالت البطلان عن البيع الأول نتيجة قبول أقساط ثمن الشقة المبيعة فمن ثم يكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس له.

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥)

ومن قبيل إجازة العقد الباطل، ومن ثم يقع باطلا بدوره فلا يعتد به أن ينزل المتعاقد عن حقه فى الطعن فى العقد، فالنزول عن الطعن فى العقد الباطل يفيد ضمنا الرضاء به، أى إجازته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"التنازل عن الطعن فى ماهية عقد البيع الوفائى لا يقبل بعد صدور حكم نهائى ببطلانه لإخفائه رهنا كما أن هذا التنازل يتضمن إجازة لعقد باطل بطلانا مطلقا فلا يعتد به لأن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم".

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٣٤ لسنة ١٩٦٧/٤/٢٧)

٢٨٢- سقوط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة:

تنص الفقرة الثانية من المادة أن: "وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد".

غير أن سقوط دعوى البطلان بمضى هذه المدة لا يعنى بحال أن العقد الباطل قد زال بطلانه وأصبح عقدا صحيحا. وإنما يعنى مجرد عدم رفع دعوى بطلان العقد إذا

مضت هذه المدة. لأنه من ناحية يجوز الدفع ببطلان العقد الباطل فى أى وقت لأن الدفوع لا تسقط بالتقادم مهما طالت المدة[١].

ولهذا إذا رفع أحد طرفى العقد الباطل دعوى للمطالبة بتنفيذه بعد مضى خمس عشرة سنة، فإنه يكون للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى ببطلان العقد. ومن ناحية أخرى يجوز لمن سلم شيئا يملكه إلى آخر بمقتضى عقد باطل أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق فى أى وقت لأن هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم. كذلك يجوز لمن دفع لآخر مقابلا بمقتضى عقد باطل أن يرفع عليه دعوى استرداد ما دفع بغير حق مادامت هذه الدعوى تسقط بمضى ثلاث سنوات من وقت علمه بأنه دفع ما هو غير مستحق عليه أو بمضى خمس عشرة سنة من وقت الدفع لا من وقت العقد الباطل الذى كان دفعه بمقتضاه[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إنه وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب مع الزمن صحيحا وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم. فإذا كان الحكم قد انتهى إلى بطلان سند الدين بطلانا مطلقا فإن ذلك

---

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدنى تؤيد الرأى القائل بعدم سقوط الدفع بالبطلان بمرور الزمان. فقد قررت لجنة المراجعة عند النظر فى المادة (١٩٤) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة ١٤١ من القانون سقوط دعوى البطلان بالتقادم، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم وصارت الفقرة الثانية من تلك المادة على النحو التالى: "٢- وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به".

ووافق مجلس النواب على هذه الفقرة بعد إجراء تعديل لفظى لا يمس الجوهر. وقد حذفت عبارة "دون الدفع به" فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، لأنه من المتفق عليه أن الدفوع لا تتقادم ولم تر اللجنة محلا لإيراد تطبيق لهذه القاعدة المسلمة".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٥١ وما بعدها)

(٢) جلال العدوى ص١٩٦ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٨٤ وما بعدها – حلمى بهجت بدوى ص٢٤٦ وما بعدها.

يكفى لتقرير نتيجته اللازمة قانونا وهى عدم تقادم الدفع بهذا البطلان بغير حاجة للإشارة إلى ذلك صراحة أو للرد على ما يتمسك به الدائن فى هذا الصدد".

(طعن رقم ٩٠ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٤/١١)

٢- "وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول إنه أسس دعواه على البطلان المطلق لعقد البيع والتوكيل لصدورهما منه وهو عديم الأهلية بسبب حالة الجنون التى ألمت به وبسببها تم توقيع الحجر عليه بالحكم ١٢٦/ب سنة ١٩٦٦ كلى مال فتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد وإذ قضى الحكم المطعون فيه بسقوط حقه فى إقامة دعوى البطلان باعتباره نسبيا بمرور ثلاث سنوات من زوال سبب نقص الأهلية برفع الحجر فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الفقرة الأولى من المادة ١٤٠ من القانون المدنى قد حددت مدة سقوط الحق فى الإبطال فى حالات حددتها على سبيل الحصر وهى حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه بثلاث سنوات أما فى غير هذه الحالات فإن مدة تقادم الحق فى إبطال العقد لا تتم إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد، وأن دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة إعمالا للفقرة الثانية من المادة ١٤١ من ذات القانون، لما كان ذلك وكانت المادة ٤٦ من القانون المدنى قد حددت حالات نقص الأهلية وهى كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة فى حين حددت المادة ٤٥ من ذات القانون حالات انعدام الأهلية وهى الجنون والعته ومن لم يبلغ السابعة، وبالتالى فإن مدة تقادم الحق فى إبطال العقد بسبب الجنون أو العته تكون خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وفقا للمادة ١٤١ من القانون ذاته باعتبارهما من حالات انعدام الأهلية، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وطبق على واقعة الدعوى نص المادة ١٤٠ المتعلقة بحالات نقص الأهلية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم ٧١٧٢ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١٦)

مادة (١٤٢)

١- فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا 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.

الشرح

أثر إبطال العقد وبطلانه :

٢٨٣- أولا : أثر إبطال العقد وبطلانه بالنسبة للمتعاقدين :

إذا اتفق الطرفان على إبطال العقد القابل للإبطال أو على بطلان الحكم الباطل، أو صدر حكم بالإبطال أو البطلان.

فإن المتعاقدين يعودان إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرام العقد، وكأن العقد لم يبرم بالمرة.

وينبنى على ذلك أنه إذا كان العقد الذى تقرر بطلانه لم ينفذ بعد فلا يلتزم أى من المتعاقدين بشىء نحو الآخر.

وإذا كان العقد قد نفذ كله أو فى جزء منه وجب أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد. فيكون على كل منهما أن يرد إلى المتعاقد الآخر الأداء الذى قبضه.

فإذا كان العقد بيعا، وكان المبيع قد سلم إلى المشترى، وجب على هذا الأخير رده إلى البائع، كما يجب عليه رد كل ما اقتطعه من أصله، كما إذا اقتلع منه شجرة. ويجب عليه أيضا أن يرد جميع الثمار التى أخذها من المبيع، ما لم يكن قد تملكها إعمالا لقاعدة أن حائز الشىء يتملك ثماره التى يقبضها بحسن نية (المادة ٩٧٨ مدنى)، وإذا كان البائع قد قبض الثمن فعليه رده إلى المشترى مضافا إليه فوائدة. ما لم يكن الالتزام بالرد قد انقضى بالتقادم.

وإذا أصبح الرد مستحيلا حكم القاضى بتعويض معادل، كما لو كان المبيع قد هلك فى يد المشترى بخطأ منه، فإنه القاضى يحكم للبائع بتعويض يعادل قيمة المبيع وقت الهلاك.

أما إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة، ولم يكن المشترى سيء النية أى عالما بسبب البطلان عند تسلمه إياه، وأثبت أن الشيء كان ليهلك أيضا عند البائع، فإنه لا يلزم بشيء.

وينطبق حكم استحالة الرد على عقد المدة كالإيجار، إذ الرد فيه مستحيل، إذ الفرض أن المستأجر قد انتفع بالعين بالفعل، ومن ثم وجب عليه أن يعوض المؤجر عن هذه المنفعة، ويقدر هذا التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله التزام المؤجر(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "وإن كانت المادة ٢٢٨ من قانون التجارة قد اعتبرت الجزاء الذى يجوز توقيعه فى حالة إبرام المفلس عقودا بمقابل فى فترة الريبة هو البطلان، إلا أنه فى حقيقته ليس بطلانا بالمعنى القانونى لأن البطلان يترتب عليه انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين بينما العقد الذى يقضى ببطلانه طبقا لتلك المادة يظل صحيحا ومنتجا لآثاره فيما بين عاقديه وإنما لا ينفذ فى حق جماعة الدائنين فالجزاء فى حقيقته هو عدم نفاذ التصرف فى حق هذه الجماعة ومن ثم فلا يجوز للمشترى من المفلس الذى يقضى ببطلان عقده طبقا للمادة المذكورة أن يستند فى مطالبة التفليسة برد الثمن الذى دفعه للمفلس إلى المادة ١٤٢ من القانون المدنى لأنها خاصة بالحالة التى يقضى فيها بإبطال العقد أو بطلانه بالنسبة للمتعاقدين".

(طعن رقم ١٨٨ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠)

٢- "مقتضى أحكام الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ الذى أحال إلى الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ أن التصرف بالبيع الذى يبرمه الخاضعون للحراسة فى أموالهم بتاريخ لاحق على فرض الحراسة هو أمر محظور قانونا سواء على البائع أو المشترى، بل إنه يعتبر جريمة من كليهما، وإذا كان وفاء المشترى بالثمن قد تم تنفيذا لعقد البيع فإن هذا الوفاء يكون قد تم بالمخالفة للقانون ولا يجوز له استرداد الثمن من أموال البائعين المفروضة عليها الحراسة بعد تقرير الحارس العام عدم الاعتداد بالعقد بالتطبيق لأحكام الأمر المشار إليه وبعد الحكم ببطلان ذلك العقد، ذلك لأن القضاء بإلزام الحارس برد الثمن من أموال البائعين المفروضة عليها الحراسة يعتبر تنفيذا

(١) السنهورى ص٤٣٣ – عبد المنعم الصده ص٢٩٥ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٨٨.

لالتزام على البائع نشأ فى تاريخ لاحق لفرض الحراسة وهو ما تنهى عنه صراحة المادة السادسة من الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ وتحرمه المادة ٢٣، كما أنه يؤدى إلى إهدار الأساس التى تقوم عليه فكره الحراسة وتفويت الغرض منها. ولا محل للاستناد إلى المادة ١٤٢ من القانون المدنى فى إلزام الحارس برد الثمن من أموال البائع المفروضة عليها الحراسة لوجود نصوص خاصة فى الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ تمنع من رد الثمن من تلك الأموال وهى نصوص آمرة ومتعلقة بالنظام العام".

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠)

٣- "دعوى صحة التوقيع هى دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من يد صاحبه، ويكفى لقبول الدعوى وفقا لما تقضى به المادة الثالثة من قانون المرافعات أن يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون. ولما كان الحكم فى الدعوى – السابقة – برفض طلب الطاعن صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه لبطلانه لا ينفى أن للطاعن مصلحة فى الحصول على حكم بصحة التوقيع على عقد البيع المشار إليه ذلك أن بطلان هذا العقد يترتب عليه طبقا للمادة ١/١٤٢ من القانون المدنى أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فيسترد كل متعاقد ما أعطاه، مما يكون معه للطاعن مصلحة فى طلب إثبات صحة توقيع المطعون عليه على المحرر سالف الذكر. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أنه لا مصلحة للطاعن فى رفع دعواه بصحة التوقيع على عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه بعد أن حكم ببطلان هذا العقد ورتب على ذلك قضاءه بعدم قبول الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/١٩)

٤- "إذا كان الثابت من الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إليه، أنه انتهى إلى القضاء بفسخ عقد البيع محل النزاع وإلزام الطاعنين من تركة مورثهم بأن يدفعوا للمطعون ضده ما قبضه من ثمن فى هذا البيع وكان بطلان العقد لانعدام محله يترتب عليه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيسترد كل ما أعطاه وهو ما يستوى فى هذا الأثر من

الأثر المترتب على الفسخ، ومن ثم فإن النعى ببطلان العقد محل النزاع – أيا كان وجه الرأى فيه – يكون غير منتج وبالتالى غير مقبول".

(طعن رقم ٧٥٦ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/٣/١٤)[١]

وكما يكون البطلان حجة على المتعاقدين، فإنه يكون حجة على دائنهما لأن المدين يعتبر ممثلا لدائنه فى الخصومات التى يكون هذا المدين طرفا فيها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تقضى المادة ١/١٤٢ من القانون المدنى بأن العقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه اعتبر كأن لم يكن وزال كل أثر له فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، وإذ كان الحكم بإبطال العقد الصادر من المدين يكون حجة على دائنه لأن المدين يعتبر ممثلا لدائنه فى الخصومات التى يكون هذا المدين طرفا فيها، لما كان ذلك وكان الثابت أنه حكم بإبطال بيع المنشأة الصادر إلى الطاعن – المتنازل إليه – للتدليس، فإن هذا الحكم يستتبع إلغاء الآثار المترتبة على هذا العقد من وقت انعقاده، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة لمصلحة الضرائب الدائنة بالضريبة. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وجرى فى قضائه على أن حكم إبطال البيع لا يحتج به على مصلحة الضرائب لأنه لم يصدر فى مواجهتها ورتب على ذلك مسئولية الطاعن عن الضرائب المستحقة على المنشأة بالتضامن مع المتنازل، فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢٧)

٢٨٤- أساس الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد:

لا صعوبة فى تحديد الأساس الذى يقوم عليه الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد، إذا كان الشىء الذى تسلمه المتعاقد بمقتضى العقد الباطل باقيا بذاته لم يهلك أو يتلف. إذ أن ذلك الأساس يتمثل فى تسلم غير المستحق أو دفع غير المستحق طبقا

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن:**

"ترتيب الأثر الرجعى لبطلان عقد البيع وإن كان يقتضى اعتبار ملكية المبيع لم تنتقل من البائع إلى المشترى بسبب العقد، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكسب هذا المشترى أو الغير تلك الملكية بسبب آخر من أسباب كسب الملكية إذا تحققت شرائطه القانونية".

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

للتعبير الذى استعمله المشرع فنتيجة الأثر الرجعى لبطلان العقد أو إبطاله، يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر من غير أن يكون له حق فيه. ومن ثم يلتزم برده إليه. وهذا هو عين ما قضت به المادة ١٨٢ بقولها: "يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذه لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق".

غير أن الرأى انقسم فى الحالة التى يتعذر فيها على العاقد أن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد، ويلتزم بالتالى أن يؤدى إلى العاقد الآخر، ما أسمته المادة ١/١٤٢ مدنى "التعويض المعادل"، كما إذا كان الشىء قد هلك أو تلف.

فذهب رأى إلى أن أساس الالتزام فى هذه الحالة هو قواعد المسئولية التقصيرية وليس طبقا لقواعد المسئولية العقدية، لأن العقد لا وجود له[1].

وهو الرأى الذى أخذت به محكمة النقض فقد قضت بأن:

"أساس الحكم بالتعويض المعادل – فى حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبله – إنما هو المسئولية التقصيرية".

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/٦/٤)

---

(١) سمير تناغو ص١٠٠ – وعكس ذلك:

١- رأى يذهب إلى أن أساس الرد هو دفع غير المستحق. ومقتضى هذا الرأى أن تنطبق فى هذا الشأن القواعد المقررة فى دفع غير المستحق (م ١٨١ مدنى وما بعدها).

فإذا هلك المبيع مثلا فى يد المشترى بسبب لا يد له فيه وكان حسن النية، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له، فلا يسأل إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين، وللبائع أن يسترد المبيع التالف فى هذه الصورة التى آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضا عن التلف. أما إذا كان المشترى سئ النية، أى يعلم أنه تسلم شيئا غير مستحق له، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك، ولا يعفيه من هذه المسئولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد البائع (السنهورى ص٤٣٣ هامش (١٢) – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٩٢).

٢- رأى ثان يذهب إلى أن القواعد المقررة فى خصوص دفع غير المستحق تتجافى مع منطق البطلان، وأن الالتزام بالرد يجب أن ينفذ كما لو كان ناشئا عن عقد، وذلك نظرا إلى قيام علاقة بين الطرفين ومقتضى هذا أن كلا من الطرفين لا يستطيع أن يطالب الآخر برد ما أخذه إلا بقدر ما يرد هو أيضا ما أخذه. فإذا استحال أحدهما أن يرد ما أخذه فلا يستطيع أن يطالب الآخر بالرد (عبد المنعم الصده ص٢٩٦).

٢٨٥- أثر البطلان بالنسبة إلى ناقص الأهلية:

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ مدنى على أنه فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل. أوردت فى فقرتها الثانية استثناء على هذه القاعدة بالنسبة لإبطال العقد لنقص الأهلية فقضت بأنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد إليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

وبذلك يكون المشرع قد استثنى ناقص الأهلية حماية له من قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها وقت العقد فلم يلزمه برد ما حصل عليه بموجب العقد الباطل إلا فى حدود ما عاد عليه من منفعة مادية كانت أو معنوية.

فإذا باع القاصر مثلا ماله وقبض ثمنه، ثم انفق جزءا من هذا الثمن فى ملذاته القائمة على النزق والطيش أو لعب القمار، وأنفق الجزء الآخر فيما عاد عليه بالنفع، كما إذا اشترى مالا مفيدا من غير أن يغبن فى ثمنه، أو دفعه فى أغراض تعليمه بدون إسراف أو فى سداد ديونه، فإنه يكون ملزما بأن يرد إلى المشترى القدر من الثمن الذى عاد عليه بالنفع فعلا، أما الذى أنفقه فى طيشه وملذاته أو فى القمار، فلا يلتزم برده، إذ القانون يعتبره لم ينتفع به(١).

وهذا الاستثناء المقرر لناقص الأهلية ليس إلا تطبيقا لأصل عام قرره القانون فى دعوى غير المستحق فى المادة ١٨٦ مدنى إذ تقول "إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به".

وتحديد الالتزام بالرد بالمنفعة المعتبرة قانونا مقصور على من لا تتوافر الأهلية فيه، فلا يفيد من هذه الميزة المتعاقد الآخر إذا كان مكتمل الأهلية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المدنى على أن ناقص الأهلية لا يلزم – إذا أبطل العقد لنقص أهليته – أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، بما يعنى أن الرد فى هذه الحالة لا يكون واجبا إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها إنه إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به، بما يفصح عن أن

---

(١) جلال العدوى ص٢٠٣ وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٩٢ وما بعدها.

المشرع قرر قصر التزام المشترى ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته".

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥)

وإذا كان ظاهر نص المادة ٢/١٤٢ يجعل الاسترداد فى حدود المنفعة مقصورا على حالة نقص الأهلية، وهو القاصر ثم السفيه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما. إلا أن هذا الحكم يسرى أيضا على عديمى الأهلية وهم الصبى غير المميز ثم المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما، ذلك لأن الحكم السابق – كما ذكرنا سلفا – مجرد تطبيق لقاعدة أعم وأشمل أوردتها المادة ١٨٦ مدنى.

٢٨٦- إثبات إثراء ناقص الأهلية مما تسلمه :

عبء إثبات أن ناقص الأهلية قد أثرى مما تسلمه بمقتضى العقد، ومقدار هذا الإثراء، يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى إثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع، فإن عجز عن الإثبات كان ذلك موجبا فى ذاته لرفض طلبه".

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥)

٢٨٧- حالة البطلان لعدم المشروعية :

القاعدة التى قدمناها تنطبق على العقد الباطل أيا كان سبب البطلان. فإذا كان العقد باطلا لعدم مشروعية المحل أو السبب فإن كلا من الطرفين يلتزم برد ما أخذه إلى الطرف الآخر. غير أن هذا الحل لم يستقر إلا فى ظل القانون الحالى.

وتفصيل ذلك أن قاعدة رومانية قديمة كانت تأبى على الطرف الملوث أن يؤسس دعواه على غش صدر من جانبه. فإذا كان العقد باطلا لمخالفة المحل أو السبب النظام العام أو الآداب فإن من سلم شيئا لا يستطيع أن يسترده إلا إذا كان غير ملوث، بأن كان عدم المشروعية غير آت من ناحيته، كمن يعطى لآخر مالا لكى يرد له ما سرقه أو لكى يمتنع عن ارتكاب جريمة. أما إذا كان ملوثا كما هو الحال فى الرشوة، والاتصال الجنسى غير المشروع والمقامرة، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما أداه.

وقد أخذت بعض القوانين الحديثة بهذه القاعدة، كالقانون الألمانى (م٨١٧) والقانون السويسرى (م٦٦). ولم يرد نص فى شأنها فى القانون الفرنسى، ومع ذلك أخذ بها الفقه والقضاء مدة طويلة. ثم أصبح الفقه ينتقدها وصار القضاء يحد من تطبيقها حيث قصرها على العقود المخالفة للآداب. ولم يرد نص عنها فى القانون القديم، ومع ذلك كان القضاء المصرى يأخذ بها(١).

وقد تضمن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد نصا يأخذ بهذه القاعدة فى حالة البطلان لمخالفة الآداب. هو الفقرة الثالثة من المادة (٣٠٢) التى تقابل المادة (١٤٢) مدنى، إذ تقول إنه: "لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب".

وقد استقى هذا النص من القضاء الفرنسى والمشروع الفرنسى الإيطالى (م٢/٢٧) ولكنه حذف لأنه لا يتمشى مع منطق البطلان. ومن هذا يتضح أن نية الشارع فى القانون الحالى هى عدم الأخذ بالقاعدة الرومانية(٢).

فالقاعدة إذن فى القانون الحالى أن العقد الباطل لعدم المشروعية حكمه حكم العقد الباطل لأى سبب آخر، فيلتزم فيه كل من الطرفين برد ما أخذه طبقا للقاعدة العامة التى ذكرناها.

ويعتبر هذا حكما مستحدثا، فلا ينطبق إلا على العقود التى تبرم فى ظل القانون الحالى، أى منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩. أما العقود التى أبرمت فى ظل القانون القديم فلا يجوز للطرف الملوث فيها أن يسترد ما أراده طبقا لما كان سائدا حينذاك(٣).

٢٨٨- تسجيل العقد الباطل لا يصححه:

إذا ورد عقد البيع الباطل على عقار وسجل هذا العقد، فإنه ليس من شأن التسجيل تصحيح العقد، بل يظل باطلا كما هو.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن التصرف الصادر من المورث إلى بعض الطاعنين لم يكن منجزا أو أنه يخفى وصية

---

(١) السنهورى ص٤٣٤ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٢٩٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثانى ص٢٥٤ وما بعدها.

(٣) عبد المنعم الصده ص٢٩٨.

للأسباب السائغة التى أوردتها ومنها الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٨١ لسنة ١١ق المنصورة والذى قضى باعتبار العقد الصادر من المورث إلى فريق من الطاعنين هو فى حقيقته وصية فإنه لا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لأن التسجيل لا يصحح عقدا باطلا ولا يحول دون الطعن فيه بأنه يخفى وصية".

(طعن رقم ٣٨٢ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٣)

٢٨٩- ثانيا: آثار البطلان بالنسبة إلى الغير:

(أ) القاعدة العامة:

القاعدة العامة أن أثر بطلان العقد لا يقتصر على العلاقة فيما بين المتعاقدين، بل يجاوزهما إلى الغير ممن يكون قد تلقى من العاقد حقا. فهذا الغير يتأثر بانعدام العقد، تأسيسا على قاعدة مؤداها أنه متى زال حق المتصرف زال حق المتلقى، وعلى قاعدة أخرى تقرر بأنه لا يجوز للشخص أن يدلى إلى غيره بأكثر مما يملك، أو فاقد الشيء لا يعطيه[1]. فإذا كان أحد الطرفين فى العقد الباطل قد تصرف فى حقه إلى الغير، فإن حق الغير يزول بالبطلان. فلو أن شخصا اشترى عينا بعقد باطل أو قابل للإبطال، ثم باعها، وبعد ذلك تقرر بطلان العقد، فإن البائع فى العقد الباطل يسترد العين من المشترى الثانى. وإذا كان هذا الشخص قد رتب على العين رهنا أو حقا عينيا آخر فإن البائع يسترد العين خالية من الرهن أو أى حق آخر.

(ب)- استثناءان من القاعدة العامة:

استثنى الشارع من القاعدة العامة سالفة الذكر حالتين:

(الأولى) إذا كسب الغير بحسن نية حقا عينيا عقاريا على الشيء الذى ورد عليه العقد الباطل، وذلك قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها فى هامش تسجيل العقد الباطل.

وهذا ما تقضى به المادتان ١٥، ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى، فقد نصت المادة (١٥) على أنه:

"يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٥٠.

أو صحة أو نفاذا، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى". ونصت المادة ١٧ على أنه: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت له حقوق عينية ابتداء من تاريخ تلك الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما".

ويبين من هذين النصين أنه إذا كسب الغير حقا عينيا عقاريا بعد تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها فإن حقه يزول نتيجة للبطلان، سواء كان هذا الغير حسن النية أو سيء النية. أما إذا كان قد كسب حقه قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها فإن هذا الحق يزول إذا كان سيء النية ويبقى إذا كان حسن النية. فمن تصرف فى عقار بمقتضى عقد باطل أو قابل للإبطال لا يستطيع أن يسترد العقار خاليا من الحقوق العينية الذى تترتب عليه لشخص من من الغير يكون حسن النية إلا إذا كان قد سجل دعوى البطلان أو أشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل قبل أن يكسب هذا الغير حقه. فإذا كان هذا الغير قد كسب حقا عينيا على العقار، كملكية أو رهن أو أى حق عينى عقارى آخر، وسبق إلى شهر هذا الحق قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها، فإن حقه يبقى بالرغم من بطلان عقد من تصرف له. فإذا كان هذا الغير مشتريا خلصت له الملكية، وإذا كان دائنا مرتهنا عاد العقار إلى البائع محملا بالرهن(١).

وقد تضمن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى نصا فى هذا المعنى، هو الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ التى تقول: "على أن إبطال العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان"، ثم حذفت هذه الفقرة لأن الحكم الوارد فيها جاء فى مكان آخر(٢).

كما حرص الشارع فى التقنين المدنى على أن يذكر حكم هذا الاستثناء بالنسبة للدائن المرتهن رهنا رسميا إذا كان حسن النية، فلم يكتف بما ورد فى قانون تنظيم الشهر العقارى على النحو الذى ذكرناه، بل أورد فى شأنه نصا خاصا، هو المادة (١٠٣٤) مدنى التى تقول إنه "يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٩٩ – محمود جمال الدين زكى ص١١٣ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٣٥ وما بعدها.

من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاءه و زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن"[١].

(الحالة الثانية) إذا كسب الغير حقا يتعلق بالشيء الذى ورد عليه العقد الباطل، وذلك بمقتضى عقد من عقود الإدارة كما إذا أجر مشترى الأرض إلى مستأجر حسن النية فإن إجازته تبقى رغم البطلان متى كانت لا تجاوز مدتها ثلاث سنوات[٢].

إنما يشترط فى عقد الإدارة كى يبقى بالرغم من البطلان ألا يكون مشوبا بغش من جانب من صدر منه، وأن يكون ثابت التاريخ قبل دعوى البطلان. فلو أن المشترى فى المثل المذكور شعر بأن الطرف الآخر سيطلب الإبطال فبادر إلى تأجير العقار وكانت الإجازة تجافى المألوف بالنسبة إلى العين، سواء من ناحية الأجرة أو المدة أو غير ذلك، فإنها تكون مشوبة بغش فتزول بالبطلان[٣].

٢٩٠- الآثار التى يرتبها العقد الباطل:

العقد الباطل – كما قدمنا – عدم ومن ثم لا يرتب أثرا ما، وكان منطق هذا القول يقتضى أن تكون تلك النتيجة مطلقة، إلا أن القانون خرج على هذه القاعدة ورتب على العقد الباطل من الرغم من بطلانه بعض الآثار التى تترتب على العقد لو كان صحيحا. وهذا القول وإن بدا غريبا فإن غرابته تزول متى عرفنا أن بعض هذه الآثار، وهى الآثار العرضية، إنما تتولد عن العقد الباطل باعتباره واقعة مادية، وأن بعضها الآخر، وهى الآثار الجوهرية أو الأصلية وإن تولد من العقار باعتباره عقدا فليس ذلك على تقدير أن العاقدين قد قصدا إلى توليد تلك الآثار، وإنما لأن القانون اعتبر العقد الباطل قائما حكما رغبة منه فى حماية حسن النية واستقرار المعاملات.

ونتناول فيما يلى هذه الآثار.

٢٩١- أولا: الآثار العرضية:

هذه الآثار العرضية تترتب على العقد الباطل، لا بوصفه عقدا، بل باعتباره واقعة مادية، فهذه آثار عرضية، بمعنى أنها ليست الآثار الأصلية التى قصد إليها المتعاقدان والتى تترتب على العقد ولو كان صحيحا.

---

(١) السنهورى ٤٣٧ – عبد المنعم الصده ص٣٠٠.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٥١ – محمود جمال الدين زكى ص١١٥.

(٣) عبد المنعم الصده ص٣٠٠ وما بعدها.

من ذلك الزواج غير الصحيح. فعقد الزواج غير الصحيح، كالزواج بين المحارم أو بغير شهود فهو لا ينتج آثاره الأصلية بحسب الشريعة الإسلامية (كحل التمتع ووجوب النفقة والميراث) لكنه مع ذلك ينتج آثارا عرضية، كوجوب المهر بعد الدخول والعدة فى بعض الأحوال وثبوت النسب، وهذه الآثار لم تترتب على الزواج باعتباره عقدا ولكنها تترتب عليه باعتباره واقعة مادية، هى واقعة اتصال رجل وامرأة كما لو كانا زوجين، فيجب المهر كتعويض للمرأة عن الدخول، كما تجب العدة على أثر ذلك الاتصال وثبوت النسب حفظا للولد من الضياع.

ومن ذلك أيضا أن إبرام العقد الباطل قد يعتبر فى ذاته عملا غير مشروع، فإذا ترتب على هذا العمل ضرر لحق الطرف الذى لم يأت البطلان من جانبه وجب له التعويض. ومن ذلك ما يحدث عند إبطال العقد لتدليس أو إكراه مثلا إذ يجب التعويض رغم إبطال العقد. ويكون التعويض فى هذه الحالة أثرا عرضيا ترتب على العقد باعتباره واقعة مادية، ومن ثم تكون المسئولية تقصيرية. وهناك نظرية تعتبر هذه المسئولية عقدية[١]، وهى نظرية الخطأ عند تكون العقد، وهى نظرية ألمانية وضعها الفقيه الألمانى المعروف إيرنج[٢].

ومن ذلك أن العقد الباطل قد يشتمل على العناصر المكونة لعقد آخر فيكون هذا العقد الآخر أثرا عرضيا للعقد الباطل بوصفه واقعة مادية. وحينئذ. يتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح. وهذه هى نظرية تحول العقد.

(أنظر شرح المادة ١٤٤).

---

(١) عبد المنعم الصده ص٣٠٤ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٦٣ وما بعدها.

(٢) ولم يأخذ القانون المدنى القديم بها النظرية، وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا يقرر هذه النظرية (م٢٠٤) ولكن حذف هذا النص "لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها" مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٦٢ وما بعدها) – وإذا كانت المادة ٤٦٨ مدنى الواردة فى بيع ملك الغير تنص على أنه: "إذا حكم للمشترى بإبطال العقد، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية"، فذلك لأن المشروع اعتبر بيع الشخص لشىء غير مملوك له خطأ تقصيريا يوجب التعويض ولو كان هذا الشخص حسن النية. ولا يقدح فى هذا ما قالته المذكرة الإيضاحية من أن هذا النص يعتبر تطبيقا تشريعيا لنظرية الخطأ عند تكوين العقد، إذ كان الباعث على القول هو وجود نص المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى الذى حذف فيما بعد (عبد المنعم الصده ص٣١٠).

٢٩٢- ثانيا: الآثار الأصلية:

من الآثار الأصلية التى تترتب على العقد الباطل ما يأتى:

١- الشركة التجارية التى تكون باطلة لعدم استيفاء الإجراءات التى يفرضها القانون (م٤٦-٥٢ من قانون التجارة القديم)، وهى التى يقال لها الشركة الواقعية.

فإذا قضى ببطلانها فإن حقوق الشركاء فيما يتعلق بالمعاملات التى تمت قبل طلب البطلان يسوى أمرها طبقا لعقد الشركة الذى حكم ببطلانه. ومعنى هذا أن عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية فى المدة السابقة على الحكم بالبطلان سواء فيما بين الشركاء أو فى تعامل الشركة مع الغير(١).

٢- العقد الصورى صورية مطلقة، فرغم أنه عقد لا وجود له فيما بين المتعاقدين (م٢٤٥ مدنى) فإنه يعتبر قائما بالنسبة إلى الغير حسنى النية، وهو يشمل دائنى المتعاقدين والخلف الخاص، إذ يكون لهؤلاء متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا به (م١/٢٤٤ مدنى).

ومعنى هذا أن العقد ينتج آثاره الأصلية بالنسبة إليهم.

٣- تطبيقات المبدأ الذى يقول إن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون. وهذا خطأ يقوم فى أذهان الناس بالنسبة إلى مظهر يتوفر لديهم ويعتقدون فى صحته على خلاف الحقيقة فيطمئنون إليه ويتعاملون على أساسه. ويتحقق ذلك حينما يظهر شخص يتخذ لنفسه صفة معينة على خلاف الحقيقة ويحسبه الناس كذلك، كالوارث الظاهر والدائن الظاهر والوكيل الظاهر(٢).

وقد أرست الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ "هيئة عامة" بجلسة ١٩٨٦/٢/١٦ مبدأ عاما للوضع الظاهر يسرى ولو لم يرد نص بشأنه فى حالة معينة. إذ جرى قضاؤها على أن: "المقرر فى قضاء هذه المحكمة – على النحو السالف بيانه – نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، فى مواجهة صاحب الحق، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه – سلبا أو إيجابا – فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتى

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٢٥٣ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٦٩ وما بعدها.

(٢) حلمى بهجت بدوى ص٢٥٦.

من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين آنف الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن".

٤- يضاف إلى ما تقدم ما سلف ذكره أن الغير الذى كسب بحسن نية حقا عينيا عقاريا على الشىء الذى ورد عليه العقد الباطل، وقام بشهر هذا الحق قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها، يبقى حقه بالرغم من بطلان عقد من تصرف إليه.

وما تقدم ذكره من أن أعمال الإدارة التى يقوم بها أحد الطرفين فى العقد الباطل بالنسبة إلى الشىء الذى حصل عليه بموجب هذا العقد تبقى بالرغم من البطلان.



مادة (١٤٣)

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 الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله.

الشرح

٢٩٣- انتقاص العقد:

إذا كان العقد الباطل أو القابل للإبطال مكونا من عدة أجزاء أو من عدة شروط، وكان بعض هذه الأجزاء أو الشروط صحيحا والبعض الآخر باطلا. فإن النص يأخذ بتجزئة العقد بشروط معينة، فيقتصر البطلان على الجزء الذى تعيب أما الجزء أو الأجزاء الأخرى فتظل صحيحة باعتبارها عقدا مستقلا.

ويقوم هذا الحكم فى جوهره على تفسير لإرادة المتعاقدين، بحيث أنه لو تبين أن تجزئة العقد على هذا النحو تتعارض مع ما قصدت إليه هذه الإرادة فإنه لا يصح انتقاص العقد. بمعنى أنه إذا كان الشرط أو الجزء الباطل هو الباعث الدافع للتعاقد فإن العقد يبطل فى مجموعه. ويكون ذلك إذا ثبت أن الإرادة ما كانت لتنصرف إلى العقد بغير هذا الجزء أو الشرط الذى وقع باطلا.

ومثال ذلك ما يأتى:

١- أن يهب رجل امرأته ماله، ويشترط عليها ألا تتزوج من بعده إذا مات مدفوعا فى ذلك بمحض الغيرة. فإذا أمكن هنا تجزئه العقد إلى شقين، يقوم أولهما على التبرع بالمال، ويقوم ثانيهما على التزام الزوجة بعدم التزوج ثانية إذا ترملت، صح الشق الأول، لعدم وجود ما يعيب العقد بالنسبة إليه. وبطل الشق الثانى لمخالفة ما جاء فيه للنظام العام، بسبب تقييده لحرية الزوجة من غير مسوغ يجيزه القانون. أما إذا أثبت الزوج أو خلفاؤه من بعده أن العقد كله ما كان ليتم من غير الشق الآخر بأن كان هذا الشق هو الباعث الدافع الذى حث الواهب على إجرائه، بطل كله، حيث يكون العقد هنا قد قام على سبب غير مشروع.

٢- أن يشترى شخص بثمن إجمالى واحد عددا من الساعات، معتقدا أنها من الذهب الخالص، ثم يتضح له أنه قد وقع فى غلط جوهرى بالنسبة إلى بعض ما اشتراه لكونه من النحاس، فإن أمكن تجزئة العقد إلى شقين يشمل أولهما بيع الساعات التى لم يقع المشترى فى الغلط بالنسبة إليها، ويشمل ثانيهما بيع تلك التى داخل المشترى الغلط فيها، انتقص العقد إلى الشق الأول وحده الذى يظل صحيحا، واقتصر البطلان على الشق الثانى، وذلك ما لم يثبت المشترى أنه ما كان ليبرم الصفقة من غير الساعات التى انصب غلطه عليها(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ من التقنينات الجرمانية، وقد بينها التقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين البولونى بوجه خاص (أنظر أيضا المادتين ٣٠٨/٣٢٧ من التقنين التونسى والمراكشى) وهى تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبى على شق منه. فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع، أو أن بيعا ورد على عدة أشياء وقع العاقد فى غلط جوهرى بشأن شىء منها، ففى كلتا الحالتين لا يعيب البطلان المطلق أو النسبى من العقد إلا الشق الذى قام به سببه.

وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلانا مطلقا، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشىء الذى وقع الغلط فيه بطلانا نسبيا. ويظل ما بقى من العقد صحيحا، باعتباره عقدا مستقلا، ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذى بطل بطلانا مطلقا أو نسبيا لا ينفصل عن جملة التعاقد (قارن المادة ١٣٩ من التقنين الألمانى) والمادتين ٣٠٨/٣٢٧ من التقنينين التونسى والمراكشى. وهى تلقى عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقى من أجزاء العقد".

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين"(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "لا يكفى لإبطال العقد فى شق منه بالتطبيق للمادة ١٤٣ من القانون المدنى مع بقائه قائما فى باقى أجزائه، أن يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته بل يجب

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٤٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٦٠.

أيضا ألا يكون هذا الانتقاص متعارضا مع قصد المتعاقدين بحيث إذا تبين أن أيا من العاقدين ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب فإن البطلان أو الإبطال لابد أن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده".

(طعن رقم ٤٠٤ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٦)

٢- "يشترط لإبطال العقد فى شق منه بالتطبيق للمادة ١٤٣ من القانون المدنى مع بقائه قائما فى باقى أجزائه ألا يتعارض هذا الانتقاص مع قصد العاقدين بحيث إذا تبين أن أيا منهما ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب، فإن البطلان أو الإبطال لابد أن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده".

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/٤/٢١)

٣- "جرى قضاء محكمة النقض على أن المادة ١٤٣ من القانون المدنى تنص 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 الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله" ومفاد ذلك أنه ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده".

(طعن رقم ٦٦٧٠ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٦)

٤- "قضاء الحكم المطعون فيه بإبطال عقد البيع الابتدائى بالنسبة لمساحة من إجمالى الأطيان المباعة. بطلان هذا الشق، أثره. لا يترتب على بطلان العقد كله مادام الطاعن لم يقدم الدليل على أن هذا الشق لا ينفصل عن جملة التعاقد. لازمه. بقاء العقد صحيحا فى باقى بنوده ومنها الشرط الجزائى. إعمال الحكم المطعون فيه هذا الشرط صحيح".

(طعن رقم ٦٦٧٠ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٦)

(أنظر أيضا الأحكام المنشورة بالبند التالى)

٢٩٤- عبء الإثبات:

المتعاقد الذى يدعى بطلان العقد يقع على عاتقه إثبات أن الشق الباطل أو القابل للإبطال غير منفصل عن جملة التعاقد[١]

---

(١) عبد المنعم الصده ص٢٠٤.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلانا مطلقا، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشىء الذى وقع الغلط فيه بطلانا نسبيا وبطل ما بقى من العقد صحيحا، باعتباره عقدا مستقلا، ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذى بطل بطلانا مطلقا أو نسبيا لا ينفصل عن جملة التعاقد"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"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 يتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله" ومفاد ذلك أنه إذا لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده، لما كان ذلك، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة اقتصرت فى تمسكها ببطلان عقد الوكالة على مجرد اشتماله على شرط تقدير أجرة الوكالة بنسبة من صافى التركة بعد التصفية على خلاف ما تقضى به المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ المنطبق على الواقعة وعلى شرط جزائى يلزمها بأن تدفع للوكيل مبلغ... إذا عزلته فى وقت مناسب فإن بطلان هذين الشرطين أو أحدهما لا يترتب عليه بطلان العقد كله مادامت هى نفسها لم تقم الدليل على أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد ويضحى نعيها ببطلان العقد – فى غير محله.

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١)

٢- "مفاد نص المادة ١٤٣ مدنى أنه إذا لم يقدم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده".

(طعن رقم ١٥٧٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢)

٢٩٥- حالات إنقاص العقد الباطل واردة بالقانون :

من أمثلة حالات إنقاص العقد الباطل الواردة بالقانون ما يأتى:

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٨٢.

١- إذا اتفق المتعاقدان فى عقد القرض على فوائد تزيد على سبعة فى المائة وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة (م٢٢٧ مدنى).

٢- إذا اتفق على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات أنقصت المدة إلى خمس سنوات (م٨٤٦/١ مدنى).

٣- إذا اتفق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة تزيد على خمس عشرة سنة أنقصت المدة إلى خمس عشرة سنة (٨٥٢/١ مدنى).

٤- إذا عقد الحكر لمدة تزيد على ستين سنة اعتبر معقودا لمدة ستين سنة (م٩٩٩ مدنى).

٥- إذا اتفق فى عقد إيجار الأماكن على أجرة تزيد على الحد الجائز بمقتضى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (المعدل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١) والقوانين السابقة عليه وجب إنقاص الأجرة إلى هذا الحد.



مادة (١٤٤)

إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.

الشرح

تحول العقد:

٢٩٦- المقصود بنظرية تحول العقد:

تقوم نظرية تحول العقد على أنه إذ اشتمل التصرف الباطل أو القابل للإبطال على عناصر عقد آخر، فإن العقد الآخر يؤخذ به، أى أن العقد الباطل أو القابل للإبطال يتحول إلى هذا العقد الصحيح وذلك إذا أمكن افتراض أن المتعاقدين كانا يريدان هذا العقد الآخر لو أنهما علما ببطلان العقد الأول. أو بقابليته للإبطال(١).

ومن الأمثلة على ذلك:

١- أن يكون هناك عقد بيع مدون فى ورقة رسمية ويكون الثمن فيه تافها إلى الحد الذى يجعل البيع باطلا لتخلف ركن الثمن، ففى هذه الحالة يتحول البيع إلى هبة صحيحة لتوافر عناصرها.

٢- أن تقع قسمة بين شركاء أحدهم ناقص الأهلية فتكون قابلة للإبطال بسبب نقص الأهلية، ولكنها تتحول إلى قسمة مهايأة إذا كان ناقص الأهلية قد أذن له فى الإدارة لأن هذا النوع من القسمة تكفى فيه أهلية الإدارة.

٣- أن يكون هناك عقد باطل فى شىء أو أوصى به قبل العقد، فيتحول هذا التصرف إلى عدول صحيح عن الوصية(٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص٣١١.

(٢) عبد المنعم الصده ص٣١٢ – ونظرية تحويل العقد نظرية ألمانية قال بها الفقهاء الألمان فى القرن الماضى، فأخذ بها القانون الألمانى فى المادة ١٤٠ ومن هذا النص استقى الشارع المصرى حكم المادة ١٤٤ مدنى حيث قرر النظرية كمبدأ عام.

ولم يرد فى التقنين المدنى القديم نص يقرر هذه النظرية كمبدأ عام على نحو ما جاء بالتقنين الحالى. لكن لها تطبيقات فيما يتعلق بالأوراق التجارية. فالكمبيالة التى لم تستوف البيانات =

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"استقيت أحكام المادة ٢٠٣ من التقنين الألمانى أيضا. بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانتقاص التى تقدمت الإشارة إليها. فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، بل الواقع أن القاضى يحل نفسه محلهما، ويبد لهما من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما. ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للإبطال. فإذا كان صحيحا فلا يملك القاضى بوجه من الوجوه أن يحل محله عقدا آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فضل لهما أمر ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعا فى العقد الأصيل، الذى قام به سبب من أسباب البطلان. فلا يملك القاضى، على أى تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل. ويشترط أخيرا أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد، لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان. ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية. فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد إلا أنه يسترشد فى ذلك بإرادتهما بالذات. وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضى، على نحو يتيح تقريب الشق ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية. ولعل اعتبار الكمبيالة التى لا تستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية سندا إذنيا، أو مجرد تعاقد مدنى، من أبرز التطبيقات العملية التى يمكن أن تساق فى صدد فكرة التحويل"(١).

٢٩٧- شروط تحول العقد :

لكى يقع تحول فى العقد يجب توافر شروط ثلاثة هى:

١- أن يكون العقد الأصلى باطلا أو قابلا للإبطال.

= الواجبة تكون باطلة. ولكنها تتحول إلى سند إذنى إذا استوفت شروطه، وإذا لم تستوف هذه الشروط تحولت إلى سند عادي إذا توافر لها شرط هذا السند وهو التوقيع (المواد ١٠٥ – ١٠٨ من قانون التجارة الملغى). وتظهير الكمبيالة لنقل ملكيتها إذا وقع باطلا لنقص بياناته فإنه يتحول إلى تظهير توكيلى بقبض قيمة الكمبيالة.

(المواد ١٣٣-١٣٥ من قانون التجارة القديم).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٦٤ وما بعدها.

٢- أن يتضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال عناصر عقد آخر صحيح.
٣- أن تنصرف إرادة الطرفين إلى هذا العقد الآخر.

ونعرض لهذه الشروط تفصيلا فيما يلى:

الشرط الأول:

أن يكون العقد الأصلى باطلا أو قابلا للإبطال:

فإذا كان العقد الأصلى صحيحا فلا يتحول العقد إلى عقد آخر، ولو كان الطرفان يؤثرانه على العقد الأول، حتى لو تضمن العقد الصحيح عناصر هذا العقد الآخر. فالهبة الصحيحة لا يمكن أن تتحول إلى وصية، إذ لا يتحول إلا العقد الباطل(١).

كما يجب أن يكون العقد الأصلى باطلا بأكمله. فإذا كان جزء منه هو الباطل وكان العقد يقبل الانقسام فلا تحول بل انتقاص إذ يزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصالح. وقد نصت على هذا الانتقاص المادة ١٤٣ مدنى – كما ذكرنا – بقولها "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 الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله". وعلى ذلك إذا كان ثمة غلط بالنسبة لشىء من جملة أشياء ورد عليها التعاقد، أو كان التصرف هبة مقترنة بشرط غير مشروع، ففى مثل هذين الفرضين لا يعيب البطلان إلا الشق الذى قام به سببه ويظل الجزء الباقى باعتباره عقدا صحيحا، ما لم يثبت من يدعى البطلان أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد أو أن الشرط غير المشروع هو الحافز إلى التعاقد، فعندئذ ينهار العقد كله. ويدخل فى نطاق قاعدة انتقاص العقد ما يجب أن يقف من التصرفات عند رقم معين. فإذا كان البقاء فى حالة الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات أنقصت المدة إلى خمس (م٨٣٤ جديد)، أو عقد قرض بفائدة تزيد على ٧% فتنقص إلى ٧% (م٢٢٧ جديد)(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يشترط لتطبيق نظريتى الانتقاص والتحول المنصوص عليهما فى المادتين ١٤٣ و ١٤٤ من القانون المدنى أن يكون العقد فى شق منه أو كله باطلا أو قابلا للإبطال

---

(١) جلال العدوى ص٢٠٦ – سمير تناغو ص٩٥.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٦٧ وما بعدها – المستشار مصطفى مجدى هرجه ص٤٥٠ وما بعدها.

فإذا كان العقد قد علق على شرط لم يتحقق فإن مؤدى ذلك هو عدم إعمال حكم المادتين المشار إليهما فى شأنه".

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٦/١٤)

غير أن هذا لا يمنع من أن يستبعد القاضى الوصف الذى وصف به المتعاقد عقدهما ليحل محله الوصف القانونى الصحيح، لأن ذلك يتعلق بسلطة المحكمة فى تكييف العقد(١).

الشرط الثانى:

أن يتضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال عناصر عقد آخر صحيح:

يجب أن يشتمل العقد الأصلى على جميع العناصر اللازمة لقيام العقد الآخر. فيلزم أن يكون فى الإمكان تلمس أركان العقد الذى يصير التحول إليه فى الواقعة المادية التى تخلفت عن العقد الباطل. فالتحول لا يقوم على استيفاء أركان العقد الجديد من خارج نطاق العقد الباطل أو القابل للإبطال. فلو أن شخصا مثلا باع دارا سبق لها أن تهدمت. ووقع البيع لذلك باطلا ما ساغ تحول العقد إلى دار أخرى يملكها البائع. حتى لو دلت الظروف على أن البيع كان ليرد عليها، لو تبين المتعاقدان حقيقة هلاك الدار التى وقع عليها البيع الباطل. أو القابل للإبطال(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "تشترط المادة ١٤٤ من القانون المدنى لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلى من أسباب البطلان وإذ كان عقد التحكيم لا تتوافر فيه أركان عقد آخر يمكن أن تكون نية الطرفين قد انصرفت إلى الارتباط به فإن عقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان لا يمكن أن يتحول إلى عقد آخر ملزم للمتعاقدين لأن المحتكمين لم يقبلا بموجب عقد التحكيم إلا الالتزام بالحكم الذى يصدره المحكم فإذا لم يصدر هذا الحكم تحللا من مشارطة التحكيم".

(طعن رقم ٤٠٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨)

---

(١) جلال العدوى ص٢٠٦.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٠٢.

٢- "تحول العقد الباطل إنما يكون فى حالة بطلان التصرف مع اشتماله على عناصر عقد آخر تكون نية الطرفين الاحتمالية قد انصرفت إلى قبوله دون إدخال عنصر جديد عليه، ولما كان الثابت أن محكمة أول درجة قد انتهت إلى بطلان الاتفاق المبرم بين الطرفين على أساس أن الموقعين عليه لا يملكون التعاقد نيابة عن هيئة الإذاعة، فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٩)

الشرط الثالث:

أن تنصرف إرادة الطرفين إلى العقد الآخر:

فلا يتطلب أن تكون الإرادة الحقيقية للمتعاقدين قد اتجهت إلى العقد الآخر. فهذه الإرادة الحقيقية قد اتجهت إلى العقد الأصلى. إنما يكتفى بأن تكون إرادتهما المحتملة قد انصرفت إلى العقد الآخر، وليس معنى ذلك أننا نتطلب إرادة احتياطية، بمعنى أن يكون الطرفان قد أرادا التصرف الأصلى الباطل أو القابل للإبطال أساسا وتوقعا احتمال بطلانه فأرادا التصرف الآخر الصحيح على سبيل الاحتياط لأن مثل هذه الإرادة الاحتياطية تكون إرادة حقيقية. بل المراد بذلك أن يكون من الممكن افتراض أن الطرفين كانا يقبلان التصرف الجديد أو علما بالبطلان.

ويستطيع القاضى أن يصل إلى هذا الافتراض فى ضوء أمرين يعتبران دليلا على توافر هذه الإرادة المحتملة للطرفين:

الأمر الأول: أن تتوفر عناصر التصرف الجديد جميعها. وقد تناولنا ذلك تفصيلا فيما سلف. وهو فى حقيقته يعتبر دليلا على أن الطرفين كانا يؤثران التصرف الجديد لو علما بالبطلان.

والأمر الثانى: أن يكون التصرف الجديد محققا للغاية العملية التى يهدف إليها المتعاقدان من التصرف الأصلى. وذلك لأن العبرة ليست بالوسيلة الفنية التى لجأ إليها الطرفان. بل بالغاية العملية التى يراد الوصول إليها. فإذا تبين أن الوسيلة التى اختارها الطرفان باطلة أمكن أن يقال أنهما أرادا الوسيلة الصحيحة مادام أنها تؤدى إلى الغاية المقصودة.

ومن هنا يكون القاضى، وهو يبدل العاقدين بعقدهما الأصلى عقدا جديدا، قد أحل نفسه محلهما فى اختيار الطريق القانونى الصحيح، ويكون من شأن هذه الشروط أن

تحد من إطلاق تقدير القاضى بحيث تقرب ما أمكن بين الإرادة المحتملة وإرادتهما الحقيقية[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المادة ١٤٤من القانون المدنى تشترط لتحول العقد الباطل أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلى من أسباب البطلان. وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك متى أقام رأيه على أسباب تسوغه".

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤)



(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٦٤ – عبد المنعم الصده ص٣١٣ وما بعدها.

(الفرع الثالث)
(آثار العقد)
مادة (١٤٥)

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(١).

---

(١) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى الجديد (نظرة عامة) ما يأتى: "عرض المشروع لآثار العقد فى قسمين: أفرد أولهما لما للعقد من أثر ملزم بالنسبة للمتعاقدين وخلفائهما ودائنيهما وبالنسبة لغير المتعاقدين من الأشخاص وتناول فى القسم الثانى الأحكام الخاصة بتنفيذ العقد وتفسيره وقد جمع ما يعرض من المسائل بصدد هذه الآثار جمعا منطقيا، قصد به إلى إيضاح بعض ما خفى من نواحيها حتى اليوم.

وقد كان حريا بأحكام الدعوى البولصية أن تعالج بصدد آثار العقد بالنسبة للدائنين فالواقع أن هذه الدعوى ليست فى حقيقتها سوى دعوى عدم نفاذ أو اقتصار، مهما يكن من أمر ما أثير بشأن هذه الحقيقة من أوجه الخلاف، وما اكتنفها من إشكال من جراء ذلك. فتصرف المدين المعقود إضرارا بحقوق دائنيه يقع صحيحا ولكن لا ينفذ فى حق هؤلاء الدائنين، أو تقتصر آثاره فلا تتعدى إلى هؤلاء الدائنين، لأنهم يعتبرون منه فى حكم الغير. فليست الدعوى البولصية من دعاوى البطلان أو دعاوى النقض وإنما دعوى عدم نفاذ أو اقتصار. ويتضح من ذلك أنه كان فى الوسع من الناحية المنطقية أن تشغل أحكام هذه الدعوى، مكانا فى هذا الشق من المشروع، ولاسيما أن هذا هو منحى التقنين الحالى.

بيد أنه لم ير من المناسب أن يباعد بين أحكام الدعوى البولصية وبين أحكام دعويين أخريين: هما الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية. فقد حلت هذه الدعاوى الثلاث صعيدا واحدا فى الشق الخاص بآثار الالتزام بالنسبة لذمة المدين.

ولعل وضعها هذا أكثر الأوضاع تمشيا مع المنطق، باعتبار أنها جميعا ترمى إلى عرض واحد هو تنظيم موقف المدين المعسر.

وقد استحدث المشروع أحكاما لها دون شك نصيبها من الأهمية. فوضع نصا جديدا تناول فيه تحديد آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص، أما آثار العقد بالنسبة لغير عاقديه، فقد أقام بشأنها قاعدة عامة استلهم فيها ما فى عبارة المشروع الفرنسى الإيطالى من قوة وبيان، إذ يقرر فى المادة ١٣ من أن العقود لا يترتب عليها ضرر لغير عاقديها. ولكن يجوز أن ينصرف إليهم نفعها، وقد يكون فى إطلاق الحكم الخاص بانصراف منفعة التعاقد إلى غير عاقديه ما يتعارض مع =

= التصوير التقليدى للاشتراط لمصلحة الغير. ومع ذلك فقد انجلى الأمر عن حقيقة قانونية فرغ من إقرارها، وأصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة، بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا فى حالات بخصوصها. ولهذه العلة استبدل المشروع بالمادة الغامضة الوحيدة التى تضمنها التقنين الحالى نصوصا جلية مفصلة حددت فى وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره. فأوجبت أن يكون للمشترط مصلحة شخصية، مادية أو أدبية، فى تنفيذ الالتزام المشترط لمصلحة الغير. وأباحت له أن ينقض الاشتراط أو يستبدل بالمنتفع شخصا آخر، بل وأباحت له أن يستأثر لنفسه ولورثته بمنفعة المشارطة مادام الغير لم يعلن رغبته فى الاستفادة منها. ويتلقى المنتفع بمقتضى الاشتراط حقا مباشرا مصدره العقد ذاته، وفى هذه الناحية تتجلى الفكرة الأساسية فى فقه هذا الوضع بأسره، فإن الغير يكسب حقا بناء على عقد لم يكن طرفا فيه، ويجوز للمنتفع أو المشترط أن يطالب بقضاء هذا الحق لأن لكل منهما مصلحة فى ذلك.

وأخيرا نص على جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو شخص غير معين وقت العقد، ويعتبر ذلك قصارى ما وصل إليه تطور هذا النظام.

أما الوعد بالتزام الغير فقد أغفله التقنين الحالى، إلا أن المشرع أفرد نصا للأحكام العامة فيه، استلهم بشأنه المادة ٩١ من التقنين البولونى والمادة ٢٢٦ فقرة ثالثة من التقنين اللبنانى – وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالتزام الغير. فالأول يخول الغير حقا مباشرا، على نقيض الثانى، فهو لا يلزم الغير بذاته. فالواعد يلتزم شخصيا ويكون من واجبه أن يعوض من تعاقد معه عينا أو نقدا إذا رفض الغير أن يتعاقد. ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد. ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدوره ما لم تنصرف النية إلى غير ذلك.

ويراعى من ناحية أخرى، أن المشروع استهل الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقود "بالنص على أن العقد شريعة المتعاقدين"، فاستظهر بذلك دلالة ما يكون للعقد من أثر فى الإلزام.

بيد أنه شفع هذا النص بما يفصح عن وجوب مجافاة الغلو والتشدد فى تفسيره، وتخريج المقصود منه. فحسن النية واعتبارات العدالة وما يجرى عليه العرف فى نزاهة التعامل، كل أولئك عناصر ينبغى أن تضفى على هذا الأثر ما يلين من جموده، ويجعله أدنى إلى القسط. وقد رئى إيراد تطبيق خاص لهذه العناصر المقسطة فنص على مبدأ الطوارئ غير المتوقعة. وقد ينطوى هذا التطبيق على شيء من الجرأة، ولكنه مكفول الخير على وجه التحقيق. ويراعى أن محكمة الاستئناف الوطنية كانت قد أخذت فى أحد أحكامها بهذا المبدأ. وإذا كانت محكمة النقض قد ألغت هذا الحكم، فهى لم تستند فى ذلك إلى مجافاة المبدأ ذاته للعدالة، بل استندت إلى انتفاء أساسه فى أحكام التشريع.

وإزاء هذا عمد المشروع إلى إقام هذا الأساس التشريعى ملتزما فى ذلك ما ينبغى من حدود الحيطة، حتى لا يتخذ من مثل هذا المبدأ الدقيق ذريعة للعبث بما للروابط التعاقدية من قوة ملزمة. وقد أخذ نص المشروع عن التقنين البولونى، وهو التقنين الوحيد الذى أفرغ أحكام =

الشرح

٢٩٨- قاعدة نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون (الموضوع):

يتلخص حكم العقد فى تلك العبارة التى باتت ذائعة من أن العقد شريعة المتعاقدين، والتى أشار إليها القانون الجديد فى المادة ١/١٤٧.

فالعقد له إذن قوة ملزمة، لكن هذه القوة محدودة من حيث الأشخاص الذين يأتمرون بقانون العقد، إذ لا يلتزم به إلا المتعاقدان (وإن وجب التوسع فى مدلول كلمة المتعاقدين كما سنرى). كما أنها محدودة من حيث المضمون إذ العقد لا يلزم إلا بما تضمنه من التزام ومن هنا وصفت قوة العقد الملزمة بأنها نسبية من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون ونتصدى هنا لنسبية العقد من حيث الأشخاص(١).

ونشير إلى أن انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين، هو أمر يقع بالضرورة، لأنهما اللذان صنعا العقد وهما بالتالى يتأثران به.

= نظرية الطوارئ غير المتوقعة فى صيغة عامة. والحق أن من الحوادث ما يكون شاذا لا يمكن توقعه، دون أن يكون للعاقدين مندوحة عنه ومثل هذه الحوادث لا تؤدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام، وإلا كانت من قبيل القوة القاهرة، وإنما تجعل هذا التنفيذ مرهقا فادحا. وفى هذه الحالة يتدخل القاضى لينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بعد تقدير مصالح العاقدين تقديرا عادلا.

وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق بتفسير العقد على إيراد ضوابط مجملة ورغب عن القواعد التفصيلية التى تصادف عادة فى التقنينات اللاتينية. فإذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد فينبغى التعويل فى ذلك على طبيعته والغرض المقصود منه، وبوجه خاص على ما ينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة، وفقا لما يجرى به عرف التعامل، وبهذا يحتكم إلى معيار مادى أخذ عن التقنين الألمانى (المادة ١٠٧) وقد نص كذلك على مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين. وأخيرا نص على أحكام التفسير الخاصة التى تنفرد بها عقود الإذعان.

فينبغى أن يراعى فى تفسير هذه العقود ما قد يقع من غفلة المذعن عن بعض الشروط الجائرة، وقد يؤدى ذلك إلى تعديل هذه الشروط أو الإعفاء من تنفيذها. وينبغى كذلك تفسير ما يغمض من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمذعن، دائنا كان أو مدينا، إذ ليس له، على كلا الحالين، يد فى هذا الغموض".

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٧٢.

٢٩٩- انصراف أثر العقد إلى الخلف:

إذا كان انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين أمرا تحتمه ذات طبيعته، فقد شاءت طبيعة الحياة التى نعيشها أن تنصرف تلك الآثار إلى من يخلفون هذين المتعاقدين فى حقوقهما، فالإنسان إلى زوال. ولابد بعد موته، من وجود من يخلفه فى الحقوق التى يتركها. وحينئذ يتأثر هذا الخلف بالعقود التى سبق لسلفه أن أبرمها. بل إن حقوق الشخص قد تنتقل منه إلى آخر حال حياته، فيتأثر الثانى بالعقود التى سبق للأول أن أجراها متعلقة بها، هكذا تنصرف آثار العقود، من بعد عاقديها، إلى خلفائهما.

ويقصد بالخلف الشخص الذى يتلقى الحق عن غيره، هو نوعان: خلف عام وخلف خاص.

٣٠٠- المقصود بالخلف العام:

الخلف العام هو من يخلف سلفه فى كل حقوقه، أى من تعم خلافته إياه فى كل هذه الحقوق جميعها، سواء أخلفه فيها وحده، أو خلفه فيها مع غيره، بنسبة معينة منها، كالنصف أو الثلث أو الربع. وفى ضوء هذا التحديد، يبين أن الخلف العام، بالنسبة إلى الشخص الطبيعى أى الإنسان هو أحد اثنين:

١- الوارث، سواء أكان وحيدا أو مع غيره.

٢- الموصى له بنسبة من مجموع التركة، كثلثها أو ربعها أو خمسها.

غير أن الخلافة العامة ليست مقصورة على الشخص الطبيعى أو الإنسان، فقد تكون أيضا فى شأن الشخص الاعتبارى. ويحصل ذلك فى الحالة التى يفنى فيها شخص اعتبارى بكل ذمته المالية، أى بكل ما له من حقوق وما عليه من التزامات فى شخص اعتبارى آخر، سواء أكان هذا الأخير موجودا من قبل، أم نشأ بعد فناء الأول فيه، وهذه على وجه الخصوص هى حالة الاندماج. وأبرز تطبيقاتها العملية اندماج شركة فى أخرى. فشخصية الشركة المندمجة تزول وتفنى فى الشركة الدامجة، وتؤول كل حقوق والتزامات الأول للثانية. وهكذا تخلف الشركة الدامجة، وتؤول كل حقوق والتزامات الأولى للثانية، وهكذا تخلف الشركة الدامجة الشركة المندمجة فى كل حقوقها والتزاماتها، أى أنها تعتبر خلفا عاما لها[١].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٧٠ وما بعدها.

وقد أكدت هذا المعنى المادة ١٣٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة) بنصها على أن: "تعتبر الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفا للشركات المندمجة، وتحل محلها حلولا قانونية فيما لها وما عليها وذلك فى حدود ما اتفق عليه فى عقد الاندماج مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين".

وقد قضت محكمة النقض هذا النظر بصدد القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الاندماج فى شركات المساهمة إذ قضت بأن:

١- "إذا كان الحكم قد استخلص من المستند – المقدم من الطاعنة – أن الشركة العامة لدور السينما اشترت الذمة المالية للشركة الشرقية للسينما بكامل عناصرها من أصول وخصوم دون تحديد أو تقييد بما ورد فى قرار التقييم أو قرار الحارس العام الصادر باعتماده وأنه بالتالى تكون الشركة المشترية قد خلفتها خلافة عامة، ثم اندمجت الشركة الأخيرة فى شركة القاهرة للتوزيع السينمائى التى اندمجت فى المؤسسة المصرية العامة للسينما وأنه لهذا تكون المؤسسة المذكورة هى صاحبة الصفة فى إقامة الدعوى عليها وهو استخلاص سائغ يتفق مع صحيح القانون، وإذ رتب الحكم على ذلك القضاء برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة، فإن النعى عليه يكون غير سديد".

(طعن رقم ٦١ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٧٧/٢/١٥)

٢- "إدماج الشركات بطريق الضم يترتب عليه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تنقضى الشركة المندمجة، وتمحى شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية، وتحل محلها الشركة الدامجة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، وتخلفها فى ذلك خلافة عامة، ومن ثم تختصم وحدها فى خصوص الحقوق والديون التى كانت للشركة المندمجة أو عليها، وقد أكدت المادة ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاندماج فى شركات مساهمة ذلك الأصل ما لم يتفق على خلافه فى عقد الاندماج".

(طعن رقم ١١٣ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

وبالنسبة لاندماج الجمعيات الأهلية الخاضعة للقانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ فقد نصت المادة السادسة من القانون على أن تلتزم الجهة الإدارية بقيد ملخص النظام الأساسى

للجمعية فى السجل الخاص المعد لذلك خلال ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مصحوبا بالمستندات المشار إليها فى المادة (٥) من هذا القانون، فإذا مضت الستون يوما دون إتمامه اعتبر القيد واقعا بحكم القانون.

وتثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية بإجراء هذا القيد أو بمضى ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مستوفيا، أيهما أقرب ....الخ ومن ثم فإن اندماج جمعية ذات شخصية اعتبارية فى جمعية جديدة لا يثبت به زوال الشخصية الاعتبارية عن الجمعية المندمجة وخلافة الجمعية الدامجة لها فى شخصيتها إلا بشهر نظام الجمعية بوصفها خلفا للجمعية الأولى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"يقضى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة فى مادته السابعة بأن الشخصية الاعتبارية للجمعية لا تثبت إلا إذا شهر نظامها، ومن ثم فإن اندماج جمعية ذات شخصية اعتبارية فى جمعية جديدة لا يثبت به زوال الشخصية الاعتبارية عن الجمعية المندمجة وخلافة الجمعية الدامجة لها فى شخصيتها بشهر نظام هذه الجمعية الأخيرة بوصفها خلفا للجمعية الأولى، وإلى أن يتم الشهر لا يثبت الاستخلاف بين الجمعيتين فى الشخصية الاعتبارية وتبقى هذه الشخصية لاصقة بالجمعية التى كانت لها أصلا".

(طعن رقم ٣٠٤ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٥/١٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن أيلولة ملكية المستشفيات المؤممة بموجب القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٤ فى شأن تنظيم المؤسسات العلاجية إلى الدولة لا يرتب انقضاء المشروع المؤمم وتصفيته ونشوء شخص معنوى جديد محله.

إذ ذهبت بتاريخ ١٩٧٤/٤/١٣ فى الطعن رقم ١٥١ لسنة ٣٨ق بأن:

"إذا كان القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٤ فى شأن تنظيم المؤسسات العلاجية قد نص فى مادته الأولى على أن تؤول ملكية بعض المستشفيات ومنها مستشفى المواساة إلى الدولة وأن يستولى وزير الصحة عليها وعلى جميع موجوداتها المتعلقة بمباشرة نشاطها، ونص فى مادته الخامسة على أن يؤول جميع ما يتم الاستيلاء عليه إلى المؤسسات العلاجية التى تنشأ فى المحافظات وأن تلتزم هذه المؤسسات بأداء التعويض الذى قد يكون مستحقا لذوى الشأن كما ألزم فى مادته الثامنة كل شخص توجد لديه

أموال بأية صفة كانت لتلك المستشفيات أو يكون مدينا لأى منها بأن يقدم بيانا بذلك إلى وزير الصحة خلال شهر من تاريخ العمل به، ونصت المادة العاشرة منه على أن ينقل عمال تلك المستشفيات بحالتهم إلى المؤسسات العلاجية بالمحافظات، بينما نصت المادتان الأولى والثانية من القرار الجمهورى رقم ١٢١٠ لسنة ١٩٦٤ فى شأن إنشاء مؤسسات علاجية بالمحافظات على ان تكون لهذه المؤسسات الشخصية الاعتبارية وأن تقوم كل مؤسسة منها بإدارة المستشفيات التابعة لها فى دائرة المحافظة، كما نصت المادة الثانية من القرار الجمهورى رقم ١٢١٣ لسنة ١٩٦٤ بإنشاء مؤسسة علاجية لمحافظة الإسكندرية على أن تؤول إلى هذه المؤسسة ملكية المستشفيات الواردة فى الكشف المرافق ومنها مستشفى المواساة، فإن مؤدى هذه النصوص أن هذا المستشفى قد خلصت ملكيته للدولة بالتأميم وآل إلى المؤسسة الطاعنة، وأن المشروع لم يشأ الإبقاء على شخصية المشروع المؤمم. وإذ كان التأميم على هذه الصورة يرتب انقضاء المشروع المؤمم وتصفيته ونشوء شخص معنوى جديد محله، وكان مقتضى ذلك أن الدولة أو المؤسسة الطاعنة ليست امتدادا لهذا المشروع فلا تعتبر بمثابة خلف له. فإن هذه المؤسسة لا تسأل بحسب الأصل عن الديون التى ترتبت فى ذمة ذلك المستشفى قبل تأميمه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وإذ كان القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٤والقرار الجمهورى رقم ١٢١٣ لسنة ١٩٦٤ المشار إليهما لم يتضمنا نصا بانتقال التزمات المستشفيات المؤممة إلى الدولة أو المؤسسات العلاجية، وكان المقصود بذوى الشأن الذى يحق لهم اقتضاء التعويض المنصوص عليه فى المادة الخامسة من ذلك القانون هم أصحاب المستشفيات المؤممة دون دائنى هذه المستشفيات الذين لم يكلفهم القانون بتقديم بيان عن ديونهم كما فعل بالنسبة لمدينيها وبذلك تبقى حقوق هؤلاء الدائنين قائمة قبل أصحاب تلك المستشفيات فإن المؤسسة الطاعنة لا تكون لها صفة فى هذه الخصومة القائمة على مطالبة المطعون ضده بأجره وباقى استحقاقاته المترتبة على فصله الذى تم قبل تأميم المستشفى. إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه برفض الدفع المبدى من المؤسسة الطاعنة بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة استنادا إلى أن هذه المؤسسة تعتبر خلفا عاما لمستشفى المواساة المؤمم، ورتب الحكم على رفض هذا الدفع قضاءه بإلزام الطاعنة بالمبلغ المحكوم به. فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٤/١٣)

ولكن لا تعتبر الدولة خلفا عاما فى حالة استيلائها على أموال الآخرين من أفراد أو شركات(١).

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ الذى قضى بالاستيلاء على المستحضرات الطبية ومستودعاتها لدى المشتغلين بتجارة الدواء مقابل تعويض يحدد طبقا للمادة التاسعة منه على أساس التكاليف الحقيقية وبمراعاة الصلاحية وإمكانيات التوزيع وعلى ألا يتجاوز مقدار التكاليف شاملة نسبة من الربح حدها الأقصى ٦%، هو عدم حلول المؤسسة العامة لتجارة وتوزيع الأدوية أو غيرها من الهيئات محل المستولى لديهم فى حقوقهم والتزاماتهم وأن يبقى هؤلاء مسئولين عن سداد ديون منشآتهم لدائنيها".

(طعن رقم ٤١٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٣)

٣٠١- انصراف آثار العقد إلى الخلف العام:

رأينا أن المادة (١٤٥) تنص على أن 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.

فالأصل أن الخلف العام شأنه شأن السلف ينصرف إليه أثر العقد، فيفيد من الحقوق التى ولدها عقد سلفه كما يلتزم بالالتزامات التى نشأت عنه، وهذا هو ما قصد إليه المشرع بقوله: "ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام".

فإذا مات البائع مثلا، خلفه وارثه فى الحقوق التى تنشأ من البيع مثل الثمن. وإذا مات المشترى خلفه وارثه فى حقوقه. ومن بينها ما يتعلق بنقل الملكية وبتسلم المبيع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن عقد البيع إذا كان لم يسجل، وإن كانت ملكية المبيع لا تنتقل به، إلا أنه تترتب عليه التزامات شخصية. وهذه الالتزامات – ومنها بل وأهمها نقل الملكية إلى المشترى تبقى فى تركة المورث بعد وفاته، ويلتزم بها ورثته من بعده. وإذن فليس لوارث أن يتمسك ضد المشترى بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث".

(طعن رقم ٤٤ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٤١/١/٢٣)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٧٢ الهامش.

٢- "إن المطعون ضدهم ومورثهم إذ لم يكونوا أطرافا فى عقد القسمة المسجل الذى اختص فيه الطاعنون بأرض النزاع فإن القاعدة فى نسبية أثر العقد طبقا لما جرى به نص المادة ١٤٥ من التقنين المدنى أنها لا تكون ملزمة إلا لعاقديها سواء كان العقد عرفيا أو رسميا أو مسجلا".

(طعن رقم ٥٥٣ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢١)

٣- "إذا كان البين من الأوراق أن الطاعنة أقامت دعواها بأحقيتها لاستئجار شقة النزاع تأسيسا على أن وزارة الأوقاف التى يمثلها المطعون عليه الثالث أعدتها لوالديها بدلا من منزلها المهدوم، وأن والدتها إذا توفيت فيقوم حقها فى استئجارها باعتبارها وارثتها والمقيمة معها عند هدم المنزل، وأن المطعون عليهما الأولين تمكنا من وضع يديهما على شقة النزاع بطريق الاحتيال، وكان مؤدى هذا أنها تؤسس حقها فى شغل هذه الشقة إما بصفتها وارثة لوالدتها باعتبارها صاحبة الحق الأصلى فى الاستئجار أو باعتبار أن إقامتها معها بالمنزل المهدوم يعطيها هذا الحق، لما كان ذلك وكان الثابت أن والدة الطاعنة توفيت دون التعاقد على استئجار شقة النزاع وكان معنى تعهد وزارة الأوقاف بتمكينها من استئجار إحدى الشقق التى كانت تزمع إقامتها هو إعداد مكان لإقامتها بدلا من مسكنها المهدوم وبذلك يكون حقها الناشىء عن هذا التعهد حقا متعلقا بشخصها فلا ينتقل من بعدها إلى ورثتها طبقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٨٩٣ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١)

٤- (أ)- "المقرر وفقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى أن آثار العقد الصحيح لا تقتصر على المتعاقدين بل تتجاوزهم إلى الخلف العام فيسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد، فمتى نشأ العقد صحيحا وخلصت له قوته الملزمة فإنه يكون حجة للوارث أو عليه لأنه يعتبر قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه".

(ب)- "التزام الورثة الطاعنون بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع الصحيح الصادر من مورثهم التى من بينها الالتزام بضمان عدم التعرض للمشترية فى الانتفاع بالعقار المبيع أو منازعتها فيما كسبته من حقوق تولدت عن هذا العقد كما يمتنع عليهم منازعة من باعت إليه العقار وذلك تطبيقا لنص المادة ٤٣٩ من القانون المدنى ولا يستثنى من ذلك – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا الحالة التى تتوافر فيها

لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ المبيع وشروط وضع اليد على العقار المبيع المدة المكسبة للملكية".

(طعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

كما يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أن يسرى فى حق الخلف فى خصوص هذا العقد ما كان ساريا فى حق السلف. فلا يشترط ثبوت تاريخ الورقة العرفية المدون فيها العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له أو عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه، لأنه يعتبر قائما مقام المورث، ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحا، وخلصت له قوته الملزمة".

(طعن رقم ٣٤٦ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٢/٥/١١)

٢- "متى كانت الورقة العرفية موقعة من الوكيل فإن تاريخها يكون حجة على الأصيل – ولو لم يكن لها تاريخ ثابت – إذ أنه لا يعتبر غيرا لأنه كان ممثلا فى التصرف الذى أبرمه وكيله لحسابه، كما يكون هذا التاريخ حجة على وارث الأصيل بحكم كونه خلفا عاما لمورثه".

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦)

٣- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أنه يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لأنه يعتبر قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به طالما أن العقد نشأ صحيحا وخلصت له قوته الملزمة ما لم يطعن عليه بطريق الطعن المناسب".

(طعن رقم ٨٦١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٠)

ويسرى أيضا فى حق الخلف العام العقد الحقيقى دون العقد الصورى.

كما يكون الإقرار الذى يصدر من السلف حجة عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن ورثة المقر بوصفهم خلفا له يصح الاحتجاج قبلهم بما حواه إقراره".

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠)

٢- "الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها وإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابى فى حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها فى حقيقتها وصية قصد بها إيثار بعض الورثة، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفى لإهدار حجية هذه الإقرارات. بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات".

(طعن رقم ٣٤ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١/١٨)

٣- "الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده فلا يجوز إعمال أثره على من عداهم".

(طعنان رقما ١٢٥ لسنة ١٩ ، ٣٧ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/١/٣)

وتكون الورقة العرفية الموقع عليها من المورث حجة على الوارث، طالما لم يطعن على توقيع مورثه بالجهالة أو الإنكار (م١٤ من قانون الإثبات).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "المقرر إعمالا لنص المادة ١٤ من قانون الإثبات أن الورقة العرفية تستمد حجيتها فى الإثبات من التوقيع – فيعتبر الإقرار بورقة عرفية حجة على من وقعه – كما تمتد حجيته إلى الوارث طالما لم يطعن على توقيع مورثه بالجهالة أو الإنكار".

(طعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

٢- "إذا كان الثابت بالأوراق أن دفاع الطاعنة أمام محكمة الموضوع قد اقتصر على التمسك بأن مورثها المرحوم .... لم يخلف تركة تلقتها عنه حتى يحتج عليها بالدين المثبت بالسند محل النزاع وأن التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وكان هذا الدفاع منها لا يفيد التسليم بصحة نسبة المحرر لمورثها ولا يعد خوضا منها فى موضوعه فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وقضى بعدم قبول الطعن بالجهالة الذى أبدته الطاعنة على أنها ناقشت موضوع المحرر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٢٣٨٣ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٣١)

وبصفة عامة فإن الخلف العام لا يملك من وسائل الإثبات قبل المتصرف إليه من السلف إلا ما كان يملكه مورثه فى صدد منازعته له.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الطاعنون وهم خلف عام لمورثهم لا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف المطعون فيه وهو تصرف بات غير مضاف إلى ما بعد الموت، فإنهم لا يملكون من وسائل الإثبات قبل المتصرف إليها – المشترية – إلا ما كان يملكه مورثهم فى صدد منازعته لها فى ملكيتها الثابتة لها بالعقد المسجل".

(طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦١/٣/٢٣)

٣٠٢- ثبوت حجية عقد السلف قبل الخلف العام إذا لم يستند الخلف العام إلى سبب غير تلقى الحق من السلف:

١- "إذا كان العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا أطرافه ومن يمثلونهم فى التعاقد من خلف عام أو خلف خاص، فإنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى. ولما كان الطاعن يركن فى إثبات ملكيته للمخبز باعتباره محلا تجاريا إلى عقد شرائه له بتاريخ ... من مالكه السابق وهو بهذا الوصف مستقل فى ملكيته عن العقار الذى اشترته المورثة فى تاريخ لاحق من مالك العقار وهو خلاف مالك المحل التجارى ومن ثم فإن عقد شراء المورثة للعقار الذى يقع به المحل التجارى لا يكون حجة على الطاعن الوارث مادام هو يستند فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر".

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)

٢- "من المقرر أن العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا أطرافه ومن يمثلونهم فى التعاقد من خلف عام أو خاص، وأنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢١)

٣٠٣- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مقيد بقواعد الميراث:

تنص المادة ١٤٥ على أن: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث".

والقواعد المتعلقة بالميراث يحكمها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المستمد من الشريعة الإسلامية وتكمله أيضا قواعد هذه الشريعة.

وتقضى قاعدة: "لا تركة إلا بعد سداد الديون" أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة فور موت المورث، ولكن يتعلق الدين بها، فهى تنتقل محملة بحقوق الدائنين، حيث يكون لهم عليها حق أشبه بالرهن ولكنه رهن مفروض من قبل الشارع. فهذا هو الحل الذى أخذ به الشارع من الفقه الإسلامى بمقتضى النصوص الواردة فى التقنين المدنى الحالى وقانون الشهر العقارى. إذ أن الشريعة الإسلامية هى التى تحكم قواعد الميراث حيث نصت المادة ٨٧٥ مدنى على أن: "تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها".

ومؤدى هذا أن الديون تبقى فى التركة فتؤدى منها دون أن يتحمل بها الوارث فى أمواله، وإذن لا ينتقل إلى الخلف إلا ما يتبقى خالصا منها وبقدر نصيبه فكأن الخلف العام إنما يخلف السلف فى الحقوق دون الالتزامات.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"٢- وعلى ذلك تنتقل إلى الوارث ما يرتب العقد من حقوق والتزامات. أما الحقوق فيكون انتقالها كاملا. بيد أن حكم الالتزامات تقتضى تحفظا خاصا يتصل بأحكام الميراث. ذلك أن الوارث لا يلتزم بديون مورثه، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة، بل وبنسبة ما يؤول إليه منها فى صلته بالورثة الباقين (أنظر المادتين ٢٤١ ، ٢٢٩ من التقنين التونسى والمراكشى) وبعد، فليس ينبغى أن يعزل هذا النص عن النصوص التى تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات (أنظر المواد ١٣٠٧ – ١٣٤٧)[١].

٣٠٤- حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام:

"إذا كانت القاعدة العامة هى أن آثار العقد تنصرف من بعد موت العاقد إلى خلفه العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ ترد عليها استثناءات ثلاثة نصت عليها المادة ١٤٥ مدنى هى:

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٧٢.

١ـ إذا تبين من العقد أن أثره لا ينصرف إلى الخلف العام:

"يجوز أن يتضمن العقد أن أثرا من آثاره لا ينتقل من العاقد إلى خلفه العام، طالما أن هذا الشرط لا يخالف النظام العام. ومثال ذلك أن يؤجر شخص لآخر سيارته لمدة معينة، ويتفقان على إنهاء الإجارة بموت المستأجر، إذا وقع قبل وفاته(١).

أو يتفق فى عقد بيع على أن يمنح المشترى أجلا لسداد الثمن دون أن ينتقل الحق فى الأجل إلى الورثة، فإذا مات المشترى وجب دفع الثمن فورا من التركة(٢).

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 أولاده المقيمين معه إقامة مستقرة وقت وفاته. فإن ذلك يخالف حكم المادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، وهو حكم متعلق بالنظام العام(٣).

٢- أن يتبين من طبيعة التعامل أن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف العام:

"إذا كانت طبيعة التعامل تقتضى عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام.

ويكون ذلك إما لمانع قانونى أو مادى يمنع انصراف العقد على هذا النحو.

ومن أمثلة المانع القانونى أن يكون شخص قد اكتسب حق انتفاع بمقتضى عقد. فهذا الحق لا ينتقل إلى الخلف العام، لأن الانتفاع ينقضى حتما بحكم القانون عند وفاة المنتفع.

أو أن يبرم شخص عقد إيراد مرتب مدى الحياة، يكون له بمقتضاه أن يتلقى عائدا سنويا طوال حياته. فإنه بمقتضى ذلك العقد ذاته لا ينتقل الحق فى الإيراد إلى الخلف العام بل ينقضى بوفاة صاحب الحق فى الإيراد.

ومن أمثلة المانع المادى أن يكون شخص المتعاقد محل الاعتبار فى العقد كالتعاقد مع فنان على رسم لوحة فنية أو مع جراح على إجراء عملية جراحية أو مع مهندس على تنفيذ مشروع أو مع محام على الترافع فى دعوى من الدعاوى.. الخ. فالالتزامات

---

(١) جلال العدوى ص٢٣٧ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٧٤.

(٢) عبد المنعم الصده ص٣٦٤.

(٣) سمير تناغو ص١١٢.

الناشئة عن مثل هذه العقود لا تنتقل إلى الخلف العام أو الجراح أو المهندس أو المحامى[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدنى ومذكرتها الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضى بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية واستثنى من هذه القاعدة الحالات التى تكون فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة وهى تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية، أو من طبيعة العقد أو من نص فى القانون".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٢/١٣)

٣- أن ينص القانون على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام:

ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٥٢٨ مدنى من انقضاء الشركة بوفاة أحد الشركاء وما تنص عليه المادة ٦٠٢ منى من أن الإيجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات تتعلق بشخصه.

وما تنص عليه المادة ٦٢٦ من انقضاء المزارعة بموت المزارع.

وما تنص عليه المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضى بموت الوكيل أو موت الموكل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة. ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين، صريحة كانت أو ضمنية، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن فى شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة، أو من نص فى القانون، كما هى الحال فى حق الانتفاع"[٢].

٣٠٥- حالات 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.

---

(١) سمير تناغو ص١١٢ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٧٥ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٧٢.

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 فإن هذا التصرف لا ينفذ فى حق الوارث إلا فى حدود ثلث التركة، إلا إذا أجاز الوارث التصرف بعد الوفاة ومن هذا القبيل تصرفات أنزلها المشرع منزلة الوصية، وهى التصرفات التى تصدر من السلف فى مرض الموت ويكون مقصودا بها التبرع (م١/٩١٦). وبالإضافة إلى ذلك 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. فإذا لم يقم الدليل على ذلك، اعتبر على سبيل التبرع وأخذ حكم الوصية.

ونظرا 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 أسبغها المشرع على الوارث مجرد حماية نظرية، فإن المشرع اعتبر الوارث من الغير فيما يتعلق بتاريخ التصرفات الصادرة من المورث. وقد قرر هذا الحكم فى المادة ٢/٩١٦ بقوله: "وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا[1].

وقد عرضنا لذلك تفصيلا فى موضعه فى الموسوعة.

٣٠٦- هل يعتبر الدائن العادى خلفا عاما؟

(أ)- رأى الفقه:

يرى بعض الكتاب القدامى أن الدائن العادى يلحقه وصف الخلف العام لمدينه إذ هو ينتفع من تصرفات مدينه هذا ويضر بها بقدر ما تضيف هذه التصرفات إلى الضمان العام وتنقص منه.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٧٦ وما بعدها – سمير عبد السيد تناغو ص١١٣ وما بعدها.

غير أن الرأى السائد فقها الآن أن الدائن العادى لا يعتبر خلفا عاما لمدينه، لأنه لا يخلف مدينه فى ذمته فيلتزم بديونه وتنتقل إليه حقوقه كما تقضى بذلك نظرية الاستخلاف. وإذا كانت تصرفات المدين تؤثر فى الضمان العام للدائن فهى لا تنفذ فى حق هذا الأخير بوصفها أعمالا قانونية وإنما تنفذ نتائجها باعتبارها مجرد وقائع مادية(١).

ويبين من ذلك أنه إذا كان الدائن لا يعتبر خلفا للمدين، فليس معنى ذلك أنه لا يتأثر بالعقود التى يبرمها، فلهذه العقود تأثيرها عليه، ولكن بطريق آخر غير مباشر. فالقانون يجعل من جميع أموال المدين ضمانا عاما لكل من دائنيه (مادة ٢٣٤ مدنى).

فإن أبرم المدين عقدا رتب له حقا أو حمله بدين، فإن دائنيه يتأثرون بالضرورة.

إذ أن الضمان العام الذى لهم يزيد أو ينقص، على حسب الأحوال، ويظهر تأثر الدائنين بعقود المدين، على وجه الخصوص فى حالة إعساره أو إفلاسه.

غير أنه مع هذا التأثر الذى يلحق بالدائنين، فإنه لا توجد ثمة علاقة مباشرة بينهم وبين الآثار التى تترتب على عقود المدين.

فإن مستهم تلك الآثار، فما ذلك إلا لأنها تنصرف إلى ذمة المدين فتغير فيها زيادة أو نقصانا، ثم يرتد بعد ذلك أثرها عليهم، عن طريق ذمة المدين نفسها، بسبب زيادة ضمانهم العام أو ضعفه هذه هى العلة فى أن الدائنين كأصل عام يتأثرون بعقود مدينهم بنفس الوضع الذى يتأثر هو به. ونتيجة لذلك لا يلزم للاحتجاج عليهم بعقود المدين أن تكون ثابتة التاريخ.

وهذا هو سبب الخلط بين الدائنين وبين الورثة فى الفقه القديم، حيث اعتبرهم رأى فى هذه الفقه ضمن الخلف العام(٢).

وإذا كانت القاعدة العامة هى أن الدائنين يتأثرون بعقود المدين، فى الحدود سالفة الذكر، بنفس الوضع الذى يسرى عليه هو. فهذه القاعدة ليست مطلقة. إذ يرد عليها استثناءان هامان:

الاستثناء الأول: يستهدف حماية الدائنين من الغش الذى قد يلجأ إليه المدين إضرارا بهم، فيجوز للدائن بشروط معينة اعتبار التصرف الذى يضره والذى قام على الغش غير نافذ فى حقه ووسيلته إلى ذلك الدعوى البوليصية (المواد ٢٣٧ – ٢٤٣ مدنى).

---

(١) حلمي بهجت بدوى ص٢٣٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٨٢ – السنهورى ص٤٣٨ وما بعدها هامش (١) – محمد كمال عبد العزيز ص٤١٣.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٨٣.

والغش لا يلزم هنا إلا بالنسبة إلى التصرفات بعوض أما التصرفات بغير عوض أى التبرعات فالغش غير لازم بالنسبة لها.

والاستثناء الثانى: يستهدف تأمين الدائنين من خطر المظهر الكاذب الذى يصوره المدين، أو يشترك فى تصويره، ليخفى حقيقة قانونية معينة، ومؤدى ذلك أنه يسوغ للدائن، إن كان ذلك فى مصلحته أن يتمسك بالتصرف الكاذب، إذا كان يجهله أو يتمسك بالتصرف الحقيقى أيهما يراه له أوفق ووسيلته إلى ذلك دعوى الصورية (مادة ٢٤٤ مدنى)[١].

(ب) قضاء محكمة النقض:

سارت محكمة النقض فى قضاء قديم لها على أن الدائن خلف عام للمدين. ولم يصدر بها قضاء حديث يخالف ذلك.

إذ ذهبت إلى أن:

١- "إنه لما كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشترى على حصول التسجيل، لم يغير شيئا من طبيعة عقد البيع من حيث إنه من عقود التراضى التى تتم. وتنتج آثارها القانونية بين المتعاقدين بمجرد الإيجاب والقبول، فإنه متى انعقد البيع صحيحا ترتب عليه التزام كل من المتعاقدين بالوفاء بتعهداته التى يوجبها عليه القانون وشروط العقد، وفى مقدمتها التزام المشترى بدفع الثمن إلى البائع والتزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشترى. ولما كان الدائن العادى يعتبر خلفا عاما لمدينه كالوارث لمورثه، وكان الخلف يحل محل سلفه فى ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته – لما كان كذلك فإنه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية لا يكون لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشترى أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكا للمورث وقت وفاته. وخصوصا إذا كان المشترى قد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ".

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٩٤/٣/٢)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٨٣ وما بعدها – السنهورى ص٤٣٨ هامش (١).

٢- "إن دعوى استحقاق العقار المنزوعة ملكيته هى دعوى أساسها الملكية، فليس لمن لم يسجل عقد شراء العقار أن يطلب الحكم باستحقاقه إياه. ولا يصح له أن يحتج على نازع الملكية بعقد شرائه الذى لم يسجل، بمقولة إنه مادام البيع حجة على البائع فهو حجة على دائنه الشخصى المعتبر خلفا عاما له".

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٠)

٣- "يعتبر المدين ممثلا لدائنه العادى فى الخصومات التى يكون المدين طرفا فيها فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه، كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائنه فى حدود ما يتأثر بالحكم حق الضمان الذى للدائن على أموال مدينه، كما أن للدائن ولو لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه أن يطعن فى الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية بالشروط التى رسمها القانون لأطراف الخصومة وذلك لما هو مقرر من أن الطعن يقبل مما كان طرفا بنفسه أو بمن ينوب عنه فى الخصومة التى انتهت بالحكم المطعون فيه، كما يفيد الدائن من الطعن المرفوع من مدينه ويحتج عليه بالطعن المرفوع على هذا المدين، ومن ثم فإن الطاعن إذا وجه استئنافه إلى المطعون ضدهما الأولين وأعلنهما به فى الميعاد القانونى فإنه لم يكن بعد ملزم بتوجيه الاستئناف أيضا إلى المطعون ضده الثالث الذى تدخل فى الدعوى أمام محكمة أول درجة منضما إلى مدينته المطعون ضدها الأولى إذ فى اختصام هذه المدينة ما يغنى عن اختصامه هو".

(طعن رقم ١٦ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١)



مادة (١٤٦)

إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن 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.

الشرح

٣٠٧- المقصود بالخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من يتلقى من شخص آخر (سلفه) حقا كان قائما فى ذمة هذا الشخص (السلف)، سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا.

ومن الأمثلة على ذلك المشترى لعقار فهو يتلقى حقا عينا على هذا العقار هو حق الملكية، وكذلك المنتفع بعقار فهو يتلقى حقا عينيا على العقار هو حق الانتفاع والدائن المرتهن لعقار فهو يتلقى حقا عينيا هو الحق فى الرهن.

والمحال له هو خلف خاص للمحيل فى الحق المحال به، وهو استخلاف فى حق شخصى.

انتقال الالتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص:

٣٠٨- التمييز بين أثر انتقال الحق إلى الخلف وبين انصراف أثر العقد الذى يبرمه السلف:

تنص المادة ١٤٦ على أنه أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء إذا كانت مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشىء.

إلا أنه يجب التمييز بين أثر انتقال الحق إلى الخلف، وبين انصراف أثر العقد الذى يبرمه السلف إليه.

فالحق الذى ينقله السلف إلى الخلف إنما ينقله إليه بالحالة التى كان السلف قد تلقاها عليه.

فإذا كان السلف قد تلقى الحق مقترنا بوصف كأجل أو شرط أو معرضا لطعن كالبطلان أو الفسخ أو محملا بتكاليف كحق ارتفاق ثم نقل هذا الحق إلى خلف خاص فإن الحق ينتقل إلى الخلف الخاص بأوصافه وتكاليفه بموجب أثر الاستخلاف إعمالا للقاعدة التى تقضى بأن الشخص لا يملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما كان له. أما إذا كان السلف بعد أن تلقى الحق وقبل أن ينقله إلى الخلف قد أبرم فى شأنه عقدا ولد حقوقا والتزامات تتصل بالشيء محل الحق، ففى هذه الصورة يثور التساؤل حول انصراف أثر هذا العقد بما ولده من حقوق والتزامات إلى الخلف، وهذه هى الصورة التى تعرض لها المادة، ومن ثم لا يكون هناك محل لإعمال المادة بالنسبة للأوصاف والتكاليف التى كانت تلحق بالحق عند تلقى السلف له، لأنها إنما تنتقل إلى الخلف الخاص وفقا لمبادئ تلقى الحقوق أى بموجب الاستخلاف حيث لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما كان له. ولكن حكم المادة يعالج مدى انصراف أثر العقود التى يبرمها السلف – وتتعلق بالشيء محل الحق – إلى الخلف الخاص، بحيث يكتسب ما أنتجته من حقوق ويلتزم بما فرضته من التزامات. وبمعنى آخر تعالج المادة مدى تأثر الخلف الخاص بتصرفات السلف المتعلقة بالمال الذى آل إلى الخلف(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "متى اكتسب الحائز بالتقادم ملكية أطيان عليها حق امتياز مقرر قبل بدء سريان التقادم فإنه يكتسب الملكية مثقلة بهذا الحق الذى يبيح لصاحبه حق التتبع واتخاذ إجراءات التنفيذ".

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/١٢)

٢- "بيع المتجر وفق المادة ٢/٥٩٤ من التقنين المدنى من شأنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن ينقل حقوق المستأجر والتزاماته للمتنازل إليه بما فى ذلك عقد الإيجار، ويصبح بدوره مستأجرا مثله، بموجب البيع، فيحل مشترى الجدك محل المستأجر الأصلى فيما له من حقوق وما عليه من التزامات متولدة عن عقد الإيجار، ويكون للمؤجر التمسك قبله بالدفوع التى كان يحق له إبداؤها فى مواجهة

(١) محمد كمال عبد العزيز ص٤٧١ وما بعدها.

المستأجر الأصلى عند حصول التنازل، وينتقل عقد الإيجار إلى المشترى محملا بما قد يشوبه من أسباب الفسخ أو البطلان".

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

٣- "القضاء بفسخ عقد الإيجار ليس له من أثر رجعى، إلا أنه لما كان الثابت أن عقد الإيجار كان وقت التصرف فى بيع المقهى إلى الطاعنة قابلا للفسخ وانتقل إليها محملا بهذا العيب، وكان هذا التصرف ليس من شأنه أن يسقط حق المؤجر فى طلب الفسخ لمخالفة ارتكبها المستأجر الأصلى قبل حصوله، فإنه يترتب عليه انقضاء جميع التصرفات الناشئة عليه".

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

٣٠٩- لا تتحقق الخلافة الخاصة إلا إذا كان الحق قائما فى ذمة السلف ثم انتقل بعد ذلك إلى الخلف:

لا تتحقق الخلافة الخاصة إلا إذا كان الحق قائما فى ذمة السلف ثم انتقل بعد ذلك إلى الخلف كما هى الحال فى الحوالة والنزول عن الإيجار. فالمحال له خلف خاص للمحيل فى الحق المحال به، لأن هذا الحق كان موجودا فى ذمة المحيل ثم انتقل إلى المحال له. والمتنازل له عن الإيجار خلف خاص للمستأجر، لأن الحقوق الناشئة عن عقد الإيجار كانت فى ذمة المستأجر ثم انتقلت إلى المتنازل له. أما إنشاء حق شخصى ابتداء فلا ينطوى على خلافة، وإنما يخلق علاقة دائنية بين دائن ومدين. فمن يترتب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر لا يكون خلفا خاصا له، بل يكون دائنا. فالمستأجر ليس خلفا للمؤجر بل هو دائن للمؤجر، لأن العلاقة بينهما تقتصر على إنشاء حقوق شخصية وكذلك بالنسبة إلى المستأجر من الباطن فى علاقته بالمستأجر الأصلى(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه شيئا سواء كان هذا الشىء حقا عينيا أو حقا شخصيا أو يتلقى حقا عينيا على هذا الشىء أما من يترتب له ابتداء حق شخصى فى ذمة شخص آخر فلا يكون خلفا خاصا له بل يكون دائنا. فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر بل هو دائن له إنما خلف المستأجر الأصلى هو المتنازل له عن الإيجار

(١) عبد المنعم الصده ص٣٦٧ وما بعدها – حلمى بهجت بدوى ص٢٩٨.

ولما كان التنازل عن الإيجار يتضمن حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة إلى التزاماته فإنه يجب خضوعه من حيث صحته ونفاذه للقواعد العامة التى تحكم هذين التصرفين فلا ينفذ التنازل عن الإيجار كحوالة حق فى حق المؤجر إلا من وقت إعلانه بالتنازل أو قبوله له – م٣٠٥ مدنى – ولا ينفذ كحوالة دين فى حق الدائن إلا إذا أقرها – م١/٣١٦ مدنى – لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلزام الطاعنة بإيجار المشمعات باعتبارها خلفا خاصا للمستأجرة الأصلية – شركة المقطم للأعمال الهندسة – دون أن يستظهر واقعة التنازل عن الإيجار إلى الشركة الطاعنة، وعناصره الواقعية من إعلان المؤجر بالتنازل أو قبوله له، بالإضافة إلى بيان مصدر هذا التنازل ودليله والذى به وحده تتحقق الخلافة الخاصة للشركة الطاعنة بالنسبة لعقد إيجار المشمعات فإنه يكون قد جاء مشوبا بالقصور .....الخ".

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/٢)

٣١٠- الاستخلاف قاصر على الحقوق الشخصية:

يذهب رأى[١] إلى أن الاستخلاف لا يكون إلا بالنسبة للحقوق الشخصية. يؤكد ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٦ ذاتها من أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء...الخ". وأن نص المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى التى كانت تقابل المادة الذكورة كانت تنص على أنه:

"إذا أنشأ العقد حقوقا والتزامات تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص...الخ". إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت نص هذه المادة بأن استبدلت بعبارة "إذا أنشأ العقد حقوقا والتزامات" عبارة "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية" وعللت ذلك بتقريرها بأن "النص يتعلق بالخلافة الخاصة، ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصيا من الحقوق التى يولدها العقد ...."[٢].

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٢٩٩ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٧٨ – وعكس ذلك السنهورى ص٤٤٧ – جلال العدوى ص٢٣٨ – ويذهب الدكتور السنهورى فى هامش (١) من الصحيفة المذكورة إلى أن: "ونحن فى هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذى انتقل إلى الخلف حقا شخصيا أو حقا عينيا، خلافا لما ورد فى الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ".

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٧٧ وما بعدها – ويبين من مناقشات هذه اللجنة أن سعادة الرئيس قد اعترض على عدم تخصيص تلك الحقوق والالتزامات بأنها شخصية إذ يفهم=

وتفسير ذلك أن نقل الحق فى الشىء الذى تحكمه قاعدتان معروفتان القاعدة الأولى: أن فاقد الشىء لا يعطيه والقاعدة الثانية: أن الملحقات تتبع الأصل. فمشترى العقار يتلقاه مثقلا بحقوق الارتفاق التى ترتبت عليه وينتفع بتلك الملحقة به مقررة على عقار مجاور طبقا لقواعد الحق العينى الذى انتقل إليه بعقد البيع، وبالذات طبقا للقاعدتين المشار إليهما – فاقد الشىء لا يعطيه والملحقات تتبع الأصل. فإذا كانت حقوق الارتفاق عقد أبرمه البائع مع جاره فلا يقال إن عقد إنشاء الارتفاق قد نفذ فى حق مشترى العقار طبقا لقاعدة نفاذ أحكام العقد فى حق أطرافه وخلفائهم. ذلك أن نفاذ الارتفاق فى حق المشترى ليس نفاذا للأحكام الداخلية لعقد إنشاء الارتفاق وإنما هو نفاذا لأحكام الحق العينى نفسه ولا فرق فى ذلك بين نفاذ هذا النوع من الارتفاق ونفاذ الارتفاق الذى يكون البائع أو الجار قد تملكه بالتقادم. وإذا أردنا رد هذا النفاذ إلى العقد قلنا أنه نفاذ لنتائج هذا العقد بوصفها وقائع قانونية لا بوصف العقد عملا قانونيا. وهذا النفاذ يخرج عن القاعدة التى نحن بصددها(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشترى بما يكملها وبما يحددها. ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشترى التحدى به".

(طعن رقم ٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣)

= من عمومها أنها تتناول الحقوق العينية وعلى هذا الأساس فهى مادة خطرة فى تطبيقها فقد يرهن شخص عقاره إلى البنك العقارى فى نظير مبلغ عشرة آلاف جنيه مثلا ثم يبيع هذا العقار إلى آخرين فإذا نزع البنك ملكية هذا العقار لاستيفاء دينه وكان الثمن الراسى به المزاد لا يفى بهذا الدين فليس للبنك إلا أن يرجع بالباقى على مدينه الأصلى ولكن طبقا لهذه المادة فله أن يرجع على المشترين من الراهن بذلك الباقى. هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد يتقادم العهد على التزامات وحقوق مثل تلك التى تشترطها شركات تقسيم الأراضى فى عقودها للأهالى والكشف العينى لا يبين هذه الالتزامات فمن الظلم إذا أن يتحملها مشتر بعد مضى خمس عشرة أو عشرين سنة.

(المرجع السابق ص٢٧٦ وما بعدها).

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٢٩٩ ومابعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٧٨.

٣١١- الشروط الواجب توافرها لانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص:

يتضح من نص المادة ١٤٦ مدنى أنه يجب لانصراف أثر تصرف السلف إلى الخلف الخاص أن تتوافر شروط ثلاثة هى:

١- أن يكون التصرف الذى أنشأ الحقوق أو الالتزامات سابقا على انتقال الشئ إلى الخلف.

٢- أن تكون الحقوق أو الالتزامات التى يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات المال الذى انتقل إلى الخلف.

٣- أن يعلم الخلف بالحقوق والالتزامات المترتبة على تصرف السلف وقت انتقال الشئ إليه.

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى:

الشرط الأول:

أن يكون التصرف الذى أنشأ الحقوق أو الالتزامات سابقا على انتقال الشىء إلى الخلف:

يشترط أن يكون التصرف الذى أنشأ الحقوق أو الالتزامات التى يقع فيها الاستخلاف سابقا فى إبرامه على انتقال الشىء من السلف إلى الخلف. فلو أن شخصا أمن على منزله ضد الحريق، ثم باعه انتقل حقه فى التأمين إلى المشترى.

أما إذا أبرم التأمين بعد البيع فإن الاستخلاف لا يحل فى الحق المتولد عنه. وإذا التزم شخص نحو جاره بألا يبنى على أرضه أو بألا يبنى عليها لأكثر من ارتفاع محدد، حتى يمكنه من الهواء والنظر، ثم باع الملتزم أرضه تلك فى تاريخ لاحق، انتقل الالتزام بعدم البناء إلى المشترى(١).

أما إذا كان البائع قد أبرم هذا الاتفاق بعد انتقال الشىء إلى المشترى، فإن هذا الاتفاق لا تنصرف آثاره إلى الخلف.

ومؤدى القواعد العامة هنا أن يكون السبق فى تاريخ نشوء الالتزام على البيع ثابتا بوجه رسمى. وهذا ما أكدته مذكرة المشروع التمهيدى. بقولها: "أولها أن يكون تاريخ العقد سابقا على كسب هذا الخلف لملكية الشىء ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٧٧.

التاريخ وفقا لأحكام المادة ٥٣٠ من هذا المشروع"[١]. ذلك أن المشترى بالنسبة إلى العقد الذى ولد الالتزام بالتقيد فى البناء مثلا، يعتبر من الغير[٢]. بيد أن فى تطلب علم الخلف الخاص بالعقد الذى أبرمه سلفه قبل خلافته إياه، والذى يراد له أن ينصرف أثره إليه، ما يغنى عن ثبوت تاريخه، أو هو فى مقام ثبوت هذا التاريخ، فما دام الخلف يعلم أن سلفه قد سبق له أن أبرم العقد الذى رتب الالتزام المتعلق بالشىء الذى صارت من بعد خلافته فيه، فيكون غير ذى موضوع أن يحاج بعدم ثبوت تاريخه بوجه رسمى[٣].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "مفاد نص المادة ١٤٦ من القانون المدنى أنها إذ تقرر قاعدة عامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشىء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذى ينصرف أثره إلى الخلف وأن يكون الخلف الخاص عالما بالعقد وقت انتقال الملكية إليه. وإذ لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ. فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ويعد طريقا من طرق إثبات تاريخ الورقة العرفية فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفا خاصا".

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/١)

٢- "إذا كان العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا أطرافه ومن يمثلونهم فى التعاقد من خلف عام أو خاص، فإنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى. ولما كان الطاعن يركن فى إثبات ملكيته للمخبز باعتباره محلا تجاريا إلى عقد شرائه له بتاريخ ..... من مالكه السابق وهو بهذا الوصف مستقل فى ملكيته عن العقار الذى اشترته المورثة فى تاريخ لاحق من مالك العقار وهو خلاف مالك المحل التجارى ومن ثم فإن عقد شراء المورثة للعقار الذى يقع به المحل التجارى لا يكون حجة على الطاعن الوارث مادام هو يستند فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر".

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٧٥.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٧٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٧٨.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٧٨.

٣١٢- سريان الشرط بالنسبة للأحكام:

يسرى الشرط سالف الذكر على الأحكام التى تصدر على السلف بإثبات حق أو التزام، كما يسرى على العقود تماما.

فإذا صدر حكم على السلف بإثبات حق أو التزام فإنه يشترط للاحتجاج به على الخلف الخاص أن يكون صادرا فى تاريخ سابق على أيلولة الشىء إلى الخلف الخاص. غير أنه إذا سجلت صحيفة الدعوى التى صدر فيها الحكم – فى الحالات التى يجوز فيها ذلك – قبل أيلولة الشىء إلى الخلف الخاص كان الحكم حجة عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان الواقع فى الدعوى أن عقارا رسى مزاده على الطاعنين فنازعهم المطعون عليه فى شأن ملكية جزء منه تأسيسا على أنه يمثل جهة وقف وأن الوقف حصل على حكم ضد المدينة المنزوع ملكيتها قبل تسجيل حكم مرسى المزاد قضى تبعية جزء من العين المنزوع ملكيتها له، فإن هذا الحكم يكون حجة على الراسى عليهم المزاد – ذلك أن الراسى عليهم المزاد بوصفهم خلفا خاصا للمدينة تلقوا عنها الحق بمقتضى حكم مرسى المزاد ويعتبرون ممثلين فى شخص البائعة لهم فى الدعوى المقامة من جهة الوقف ضدها – ولا يحول دون هذا التمثيل إلا أن يكون حكم مرسى المزاد قد سجل قبل صدور الحكم بتبعية جزء من العين لجهة الوقف، ولا عبرة بعد ذلك أن يكون هذا الحكم قد صدر ابتدائيا قبل تسجيل حكم مرسى المزاد – لأن الحجية تثبت للحكم ولو كان ابتدائيا، ولا عبرة بعدم تسجيل جهة الوقف لصحيفة الدعوى ولا بعدم تسجيل الحكم ذلك لأن تمسك الراسى عليهم المزاد بحكم مرسى المزاد – وهو لم يصدر إلا بعد أن قضى بتبعية جزء من العين لجهة الوقف – يعتبر تمسكا بتصرف صادر من غير مالك مالم ينشىء للمتصرف إليهم – وهم المشترون بالمزاد – أى حق فى الملكية بالنسبة لذلك الجزء إذ التصرف الصادر من غير مالك لا يكسب بمجرده الحق العينى ولا يمكن أن يؤدى إلى كسب الملكية إلا بالتقادم الخمسى إذا توافرت شروطه وأهمها الحيازة فضلا عن السبب الصحيح وحسن النية".

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/١/٢٢)

٢- "يشترط لقبول اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها حسبما تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من قانون المرافعات السابق شرطان،

أولهما أن يكون المعترض ممن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن ماثلا فى الخصومة شخصيا. ثانيهما أن يثبت المعترض غش من كان يمثله أو تواطؤه أو إهماله الجسيم. فإذا كان المطعون عليه الأول قد سجل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثانى قبل تسجيل الطاعنين (المشترين من نفس البائع) عقد شرائهم وكان مؤدى ذلك أن يكون الحكم الصادر فى تلك الدعوى حجة على البائع وعلى الطاعنين المشترين فيه باعتبارهم خلفا خاصا فلا تنقطع صفة البائع (المطعون عليه الثانى) فى تمثيلهم، ولا يقدح فى ذلك أن يسجل الطاعنون عقدهم قبل صدور الحكم إذ أن هذا التسجيل لا يصلح على إطلاقه للاحتجاج به على المطعون عليه الأول لسبق تسجيله صحيفة دعواه مما يجعل الاحتجاج بتسجيل الطاعنين لعقدهم منوطا بما عسى أن يحكم به فى الدعوى المشار إليها وبتسجيل الحكم الصادر فيها، وإذ لم يكن الطاعنون ماثلون فى الخصومة بأشخاصهم فإن الاعتراض منهم على الحكم المذكور يكون مقبولا إذا ما توافر الشرط الثانى من شرطى قبول اعتراض الخارج على الخصومة".

(طعن رقم ٥٨٤ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/٢/١١)

٣- "الحكم الذى يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم، وذلك على أساس أن المشترى يعتبر ممثلا فى شخص البائع له فى تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له".

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٨)

٤- "مفاد المادة ١٤٦ من التقنين المدنى أن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص لا يصادف محلا إلا إذا كان متعلقا بالشىء الذى انتقل إليه، وكان عقد السلف سابقا على العقد الذى بموجبه انتقل الشىء إلى الخلف، أما العقود التى يبرمها السلف فى شأن الشىء المستخلف فيه بعد انتقاله إلى الخلف فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة إليها ولا يسرى أثرها عليه، والحكم كالعقد فى هذا الشأن فلا يتعدى أثره ولا تمتد حجيته – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل

انتقال الشيء إلى الخلف واكتسابه الحق عليه، ولا يكفى أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا صدر الحكم فيما بعد".

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢١)

٥- "إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن مصلحة الضرائب أوقعت حجزا إداريا على الجراح المنشأ بعين النزاع وباشرت بيعه بالمزاد العلنى استيفاء لدينها قبل المستأجر الأصلى، فرسا البيع على الشركة الطاعنة فى ١٩٧١/١٢/٢٥، وكان المؤجر – المطعون عليه- لم ينازع فى أثر هذه الإجراءات على بقاء العلاقة الإيجارية بل واقتضى الأجرة من الشركة الطاعنة، فإن العلاقة الإيجارية تصبح من هذا التاريخ قائمة بينهما مباشرة وتنقضى كل علاقة بين المؤجر وبين المستأجر الأصلى، فإذا أقام الأخير الدعوى رقم .... ضد المطعون عليه بطلب تحديد الأجرة لعين النزاع واستمرت الدعوى إلى ما بعد انقضاء العلاقة الإيجارية بينهما وأيلولة حق الإجارة للشركة الطاعنة دون اختصامها فيها وحتى صدور الحكم فى ١٩٧٣/١٢/٩ برفضها تأسيسا على ورود الإيجار على أرض فضاء وتأيد استئنافيا فى ١٩٧٥/١/٢٩، فإن الشركة لا تحاج بهذا الحكم تبعا لصدوره فى تاريخ لاحق لحلولها محل المستأجر فى عقد الإيجار، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على محاجة الطاعنة بهذا الحكم وتحجب بذلك عن البحث فيما أقامت الطاعنة دفاعها عليه من أن الإيجار يرد على مكان وليس على مجرد أرض فضاء وأن البيع بالمزاد انصب على جدك خاص بجراج، فإنه يكون علاوة على خطئه فى تطبيق القانون قد شابه قصور فى التسبيب".

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢١)

٦- "الحكم الذى يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه بعد صدوره وذلك على أساس أن المشترى يعتبر ممثلا فى شخص البائع له فى تلك الدعوى المقامة ضده إذ أنه خلف خاص له".

(طعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠)

الشرط الثانى:

أن تكون الحقوق أو الالتزامات التى يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات الشىء الذى انتقل إلى الخلف.

يجب أن تكون الحقوق أو الالتزامات التى يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات الشىء الذى انتقل إلى الخلف.

فإذا كان تصرف السلف قد أبرم فى شأن آخر غير الشىء الذى انتقل إلى الخلف الخاص فلا مجال للبحث فى انصراف أثر هذا التصرف إلى الخلف. كأن يكون السلف قد عقد قرضا، ثم باع بعد ذلك منزله، ففى هذه الحالة لا يكون للمشترى شأن ما بعقد القرض لأنه لا صلة بين عقد القرض والمنزل المبيع(١).

ويعتبر تصرف السلف متعلقا بالمال الذى انتقل إلى الخلف حسب تعبير المادة ١٤٦ إذا كانت الالتزامات والحقوق التى أنشأها العقد "من مستلزماته".

ويرى – بحق – بعض الفقهاء أن عبارة "من مستلزماته"، هى عبارة بعيدة كل البعد عن التوفيق. إذ أن معناها الحرفى هو الأمور التى يتحتم تواجدها حتى يؤدى الشىء الغاية المقصودة منه. وليس هذا هو المقصود فى الخلافة الخاصة بطبيعة الحال(٢).

وإنما المقصود من عبارة النص – وهو ما يتفق عليه الفقه والقضاء – لزوم اتصال الحقوق والالتزامات بالشىء الذى يحصل عليه الاستخلاف فيه اتصالا مباشرا.

فتكون الحقوق المترتبة للشىء، هى التى من شأنها أن تزيد الحق فى قيمة الشىء أو منافعه أو تحفظه أو تقويه.

أما الالتزامات المقررة على الشىء، فهى التى من شأنها أن تفرض قيودا عليه أو تضيق من نطاقه. ويمكن تبرير انتقالها إلى الخلف الخاص بأنها كانت تحد من حق المتصرف وهو لا يملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما لديه لأن فاقد الشىء لا يعطيه(٣).

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١١٥– المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدنى الجزء الأول دار المطبوعات الجامعية ص٨٠٩.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٨٠.

(٣) السنهورى ص٤٤٦ – سمير عبد السيد تناغو ص١١٦ – عبد المنعم الصده ص٣٧٠ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٧٠.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "مؤدى نص المادة ١٤٦ من القانون المدنى أن من يكتسب ممن يستخلفه حقا عينيا على شيء معين يلتزم بما تعاقد عليه السلف متعلقا بهذا الشيء متى كان هذا التعاقد سابقا على انتقال هذا الحق العينى إليه وكان ما يرتبه العقد السابق من حقوق أو التزامات من مستلزمات الشيء وكان الخلف عالما بها وقت انتقال الحق إليه، ولما كانت الالتزامات تعتبر من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له بأن تفرض عليه قيودا أو تضيق من نطاقه وكان من آثار عقد البيع نقل ملكية المبيع من رقبة ومنفعة إلى المشترى – ما لم ينص العقد على قصرها على أحدهما – بما يكملها وبما يحددها، فإن ما يتعاقد عليه السلف محددا لنطاق انتفاعه بالشيء يلتزم به الخلف متى كان عالما به وقت التعاقد، باعتبار المنفعة من مستلزمات الشيء الذى انتقل إليه كأثر من آثار عقد البيع".

(طعن رقم ١٦٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢١)

٢- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن المقرر أن المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هى قد تكون مبادلة حق انتفاع بحق انتفاع ويسرى عليها فى الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعا للشيء الذى كان مملوكا له وقايض به، ومشتريا للشيء الذى كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه، والآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع، فيلزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشيء الذى قايض به إلى الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض والاستحقاق، ومن المقرر كذلك أن مشترى العقار المتبادل عليه يعد خلفا خاصا لبائعه، ولما كانت المادة ١٤٦ من القانون المدنى تنص على أنه "إذا أنشأ العقد التزامات أو حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف من الوقت الذى ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه" مما مفاده أنه إن كان الأصل فى الخلف الخاص أنه يعتبر من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقود أجراها سلفه قبل الشراء، **إلا أن هذه الغيرية تنحسر عنه متى كان عالما بالتصرف السابق** وكانت الالتزامات الناشئة عن العقد اعتبرت من مستلزمات الشيء وهى تكون كذلك إذا كانت مكملة له كعقود التأمين أو إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع بالشيء وتغل اليد عن مباشرة بعض الحقوق عليه، لما كان ذلك – وكان من آثار عقد المقايضة على المنفعة أنه

ينصب على ثمار العقارين محل التبادل، وبذلك تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن ذلك العقد من مستلزمات الشيء المتبادل عليه، لما كان ذلك فإن المطعون ضده الخامس (المشترى لعقار النزاع) لو ثبت علمه بعقد البدل يعتبر خلفا للمطعون ضدهم الأربعة الأول (البائعين) فتنصرف إليه آثار عقد المقايضة المؤرخ ١٩٣٤/١٠/٩ وملحقه فى ١٩٦٨/١٠/٣١ خاصة فيما يتعلق بضمان التعرض وفقا لتفسير الحكم المطعون فيه، لما كان ما تقدم وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يرد على دفاع الطاعن القائل بأنه يضع يده على عقار النزاع استنادا لعقد البدل سالف البيان وأنه لم يفسخ اتفاقا أو قضاء وأن التسليم يضر بحقوقه المتولدة عن العقد، ولم يرد عليه رغم أنه دفاع جوهرى لو صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى بالنسبة لما تضمنه عقد الصلح من التزام البائعين بالتسليم والذى قضى بإلحاقه بمحضر الجلسة واعتباره سندا تنفيذيا، فإنه يكون قد أخل بحق الطاعن فى الدفاع وخالف بذلك القانون بما يستوجب نقضه فى خصوص تسليم عين النزاع".

(طعن رقم ١٨٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/١/١)

ونعرض فيما يلى لبعض التطبيقات لمستلزمات الشيء بالمعنى الذى قدمناه.

(أ) الحقوق المكملة للشيء:

من أمثلة هذه الحقوق:

١- الحقوق الشخصية التى يكون الغرض منها درء ضرر عن الشيء، لأن الحق الذى يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد مكملا لهذا الشيء إذ هو يحفظه، كما إذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ثم باع المنزل، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل إلى المشترى. وينتقل تبعا لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين.

أو إذا كان حق السلف فى صورة ضمان شخصى كالكفالة، إذ أن ذلك ما يحفظ الحق ويقويه.

أو الحق فى عدم المنافسة الذى تعهد به شخص لبائع المتجر[١].

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٨٠- ويضيف الدكتور السنهورى ص٤٤٧ إلى هذه الأمثلة: الحقوق العينية التى ترتبت لمصلحة الشيء كما إذا رتب السلف حق ارتفاق العين، فإن الخلف الذى تنتقل إليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق.

وهذا يتمشى مع رأيه الذى أشرنا إليه سلفا فى انصراف أثر العقد إلى الخلف يشمل الحقوق العينية.

٢- أن يتفق صاحب عمارة مع شركة مصاعد على أن تتولى الإشراف على مصعده وعلى صيانته، اعتبر حقه الناشئ من هذا العقد من الحقوق المكملة فإذا بيعت العمارة انتقل هذا الحق إلى المشترى.

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكملا للشيء فإنه لا ينتقل إلى الخلف، ومثال ذلك:

١- حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشيء الذى انتقل إلى الخلف أو درء الخطر عنه. كأن يتعاقد مقاول لإقامة بناء على الأرض التى انتقلت إلى الخلف، فلا ينقل حق السلف إلى الخلف. وحق صاحب السيارة إذا استأجر مكانا تأوى إليه السيارة (جراج) فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق إلى المشترى.

٢- حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. كأن يشترى طبيب أرضا يقيم عليها مستشفى متنقلا، وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة فى أوقات محددة لهذا المستشفى، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشترى للأرض بعد نقل المستشفى، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التى بيعت.

٣- إذا باع شخص جزءا من قطعة أرض وبنى المشترى على هذا الجزء مصنعا لتوليد الكهرباء، واشترط البائع على المشترى أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض، **فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشترى لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع**[١].

(ب) الالتزامات المحددة للشيء:

مثال هذه الالتزامات المحددة للشيء ما يأتى:

١- أن يتعهد صاحب أرض بألا يتجاوز بالبناء عليها ارتفاعا محددا، أو أن يتعهد بأن يترك عند البناء فيها قدرا معينا من المساحة بغير بناء. فإن هذا الالتزام ينتقل إلى الخلف الخاص[٢].

٢- أن يكون بائع المنزل قد التزم بعدم تحويل منزله إلى مقهى أو فندق أو التزم نحو جاره بهدم حائط يحجب عن الجار الضوء، فإن هذا الالتزام ينتقل إلى الخلف الخاص.

---

(١) السنهورى ص٤٤٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٨١.

٣- أن تبيع الحكومة أرضا، وتشترط على المشترى أنها إذا نزعت ملكيتها للمنفعة العامة فى خلال مدة معينة فلا تلتزم إلا برد الثمن، فإن هذا الشرط ينتقل إلى الخلف الخاص.

٤- التزام السلف بعدم مباشرة تجارته فى جهة معينة منعا للمنافسة، فينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص(١).

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشىء الذى انتقل إلى الخلف، فلا ينتقل مع الشىء إلى الخلف ومثال ذلك:

١- التزام السلف الذى لا يثقل العين أو يمنع من استعمال بعض حقوقها. كاتفاق بائع الأرض مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التى انتقلت إلى الخلف. والتزام بائع السيارة الذى استأجر جراجا لإيوائها(٢).

٢- التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته فليس على من اشترى ما وهب لبائعه على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته قضاء شىء من ذلك(٣).

الشرط الثالث:

أن يعلم الخلف بالحقوق والالتزامات المترتبة على تصرف السلف وقت انتقال الشىء إليه:

يشترط أن يعلم الخلف بالحقوق والالتزامات المترتبة على تصرف السلف، وأن يكون هذا العلم وقت انتقال الشىء إليه.

ويلاحظ أن اشتراط علم الخلف يكون مفهوما بالنسبة للالتزامات التى تنتقل إليه. إذ تكون للخلف مصلحة جدية فى الوقوف على القيود التى تحد من انتفاعه بالمال الذى تلقاه من السلف. وقد يترتب على علمه بهذه الالتزامات أن يحجم عن التعاقد. فالعدالة ظاهرة فى ضرورة العلم بهذه الالتزامات حتى لا يفاجأ الخلف بقيود لم تكن فى حسبانه.

ولكنه لا يبدو مفهوما بالنسبة الحقوق التى يستفيد منها إذا تمخضت هذه الحقوق لمصلحته وكانت دون مقابل. لذلك يتجه فريق من الفقه إلى عدم اشتراط علم الخلف

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٨٠.

(٢) الدكتور نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام الجزء الأول مصادر الالتزام ص٣٣٥.

(٣) السنهورى ص٤٥٠- عبد المنعم الصده ص٣٧٠.

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[١].

وهذا العلم يجب أن يكون علما يقينيا لا حكميا، فلا يكفى أن يكون بوسع الخلف الخاص أن يعلم بها، وإنما يجب أن يعلم بها فعلا[٢].

وكانت المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المقابلة للمادة (١٤٦) مدنى تنص على أن: "وكان الخلف الخاص يعلم بها أو يستطيع أن يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه" أى أنها كانت تكتفى بإمكان العلم بها. إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت عبارة "أو يستطيع أن يعلم بها" وعللت ذلك فى تقريرها "حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به لدقة الوضع"[٣].

وعلى ذلك فالغير الذى تعاقد مع السلف لا يستطيع إلزام الخلف بالالتزامات المترتبة على هذا التصرف، إلا إذا أثبت علم الخلف بهذه الالتزامات، وقت تلقيه الحق من السلف. أما إن رجع الخلف على الغير بالحقوق الناتجة عن التصرف كان للغير إثبات عدم علم الخلف لعدم رجوع الأخير عليه.

٣١٣- هل يعتبر المستأجر خلفا خاصا للمؤجر؟

ذكرنا سلفا أن الخلف الخاص هو من يتلقى من شخص آخر (سلفه) حقا كان قائما فى ذمة هذا الشخص (السلف)، **سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا. والمستأجر لا يتلقى حقا من المؤجر** وإنما يرتب له عقد الإيجار حقا شخصيا فى ذمة المؤجر ومن ثم يكون المستأجر دائنا للمؤجر وليس خلفا خاصا له.

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١١٩ – المستشار الدكتور محمد شتا ص٨١١- قرب السنهورى ص٤٥٠- جلال العدوى ص٢٣٨ – نبيل سعد ص٣٣٦.

(٢) السنهورى ص٤٥٠ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٧٩ – سمير تناغو ص١٨٨ – المستشار أنور طلبه المطول فى شرح القانون المدنى جـ٣ الطبعة الأولى ص١٢.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٧٤ وما بعدها – ومن رأى أن الاستخلاف يثبت فى الحقوق العينية يذهب إلى أنه يغنى عن العلم التسجيل أو القيد فى الحقوق التى يجب شهرها طبقا للقواعد العامة (السنهورى ص٤٥٠).

غير أن المشرع نص فى المادة ٦٠٤ من القانون المدنى على أنه:

١- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذا فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية.

٢- ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه. فبموجب هذه المادة اعتبر المشرع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار مكملة لملكية العين المؤجرة من ناحية ومحددة لها من ناحية أخرى بحيث تدخل فى مقومات هذه العين وتنتقل معها إلى من تلقى ملكيتها. ولولا حكم هذه المادة لما أمكن اعتبار الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الإيجار من مستلزمات العين التى انتقلت إلى الخلف.

وقد تغاضى المشرع عن الشرط الثالث من شروط الاستخلاف فلم يستلزم لنفاذ الإيجار فى حق من انتقلت إليه الملكية أن يكون الأخير على علم به وقت انتقال الملكية. ويعتبر حكم المادة ٦٠٤ فيما يتعلق بذلك خروجا على القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٤٦ ومعنى ذلك أن الإيجار ينصرف إلى الخلف بحكم القانون.

ولما كان علم الخلف الخاص بالإيجار يعد طريقة من طرق ثبوت التاريخ ومن ثم يكون علم الخلف بالإيجار مانعا له من الاحتجاج بعدم ثبوت تاريخ الإيجار وعدم سريانه فى حقه. كما أنه ينتقل إليه الإيجار إذا تمسك به. ولو لم يكن الإيجار ثابت التاريخ.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد المادتين ١٤٦ و ٦٠٤ من القانون المدنى مرتبطتين أنه إذا كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقا على التصرف الذى نقل الملكية إلى الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به أو كان على علم بوجوده عند انتقال الملكية فإن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر فى جميع حقوقه قبل المستأجر وفى كافة التزاماته نحوه، وتثبت للخلف هذه الحقوق والالتزامات دون حاجة لاشتراط علم الخلف بها وقت انتقال الشىء إليه، اعتبارا بأن المشرع حور القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٤٦ من التقنين المدنى عند

تطبيقها تطبيقا تشريعيا على حالة انصراف أثر الإيجار إلى من انتقلت إليه ملكية العين المؤجر وفقا للتنظيم القانونى الذى قرره. ويقصد بنفاذ الإيجار فى حق الخلف الخاص للمؤجر كل ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من التزامات وحقوق تتصل بالمكان المؤجر بحيث يصبح الخلف طرفا فى العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة شريطة ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها، ففى هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل هذه الآثار للخلف إلا طبقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ١٤٦ مدنى. يؤيد هذا النظر أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى كان يتضمن نصا صريحا بأنه إذا كان الإيجار نافذا فى حق من انتقلت إليه الملكية أو لم يكن نافذا ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر فى جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والتزامات. ولئن حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فإن هذه القواعد تشير إلى هذا الحكم الذى تضمنه النص المحذوف. لما كان ذلك وكانت الشركة الطاعنة لا تجادل فى انصراف أثر عقود إيجار المطعون عليهم إليها باعتبارها خلفا خاصا، ولا تعيب على الحكم المطعون فيه ما انتهى إليه من التزام المالك السابق بتركيب مصعد للعمارة ولا فى أن هذا الالتزام نشأ قبل انتقال ملكية العين المؤجرة إليها، وكان الالتزام بتركيب المصعد يتصل اتصالا وثيقا بالعلاقة الإيجارية ويعتبر بحسب طبيعته مترتبا عليها، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون إذ أغفل التحدث عن ركن العلم فى هذا الصدد".

(طعن رقم ٤٦٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/٦/٩)

٣١٤- تقاضى السلف خلو رجل ومقدم إيجار على خلاف القانون لا يسرى فى حق الخلف الخاص:

لا ينتقل إلى الخلف الخاص إلا ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من التزامات وحقوق تتصل بالعين المؤجرة بحيث يصبح الخلف طرفا فى العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة، شريطة ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها، ومن ثم فإن تقاضى السلف خلو رجل ومقدم إيجار لا تنتقل آثاره إلى الخلف الخاص، لأنها لا تعتبر التزاما متصلا اتصالا وثيقا بالعلاقة الإيجارية، كما لا يعتبر بحسب طبيعته مترتبا عليها.

أما إذا كان تقاضى خلو الرجل أو مقدم الإيجار مشروعا ومتفقا عليه فى العقد، فإن آثاره تنتقل إلى الخلف الخاص.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن مفاد المادتين ١٤٦ ، ٦٠٤ من القانون المدنى مرتبطتين – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه إذا كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقا على التصرف الذى نقل الملكية إلى الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به أو كان على علم بوجوده عند انتقال الملكية إليه فإن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر فى جميع حقوقه قبل المستأجر وفى كافة التزاماته نحوه وتثبت للخلف هذه الحقوق والالتزامات دون حاجة لاشتراط علم الخلف بها وقت انتقال الشىء إليه اعتبارا بأن المشرع حور القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٤٦ من التقنين المدنى عند تطبيقها تطبيقا تشريعيا على حالة انصراف أثر الإيجار إلى من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة وفقا للتنظيم القانونى الذى قرره ويقصد بنفاذ الإيجار فى حق الخلف الخاص للمؤجر كل ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من الالتزامات وحقوق تتصل بالمكان المؤجر بحيث يصبح الخلف طرفا فى العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة شريطة إلا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها ففى هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل هذه الآثار للخلف إلا طبقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ١٤٦ مدنى، يؤيد هذا النظر أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى كان يتضمن نصا صريحا بأنه إذا كان الإيجار نافذا فى حق من انتقلت إليه الملكية أو لم يكن نافذا ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر فى جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والتزامات ولئن حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فإن هذه القواعد تشير إلى ذات الحكم الذى تضمنه النص المحذوف. وتقوم التشريعات الجنائية الحديثة على مبدأ شخصية العقوبة – ويعنى هذا المبدأ أن العقوبة لا يجوز أن تنزل بغير من يسأل عن الجريمة ولو كان واحدا من أفراد أسره المسئول أو كان من ورثته. لما كان ذلك، وكان الواقع المطروح فى الدعوى أن مبلغ خلو الرجل ومقدم الإيجار المدفوعان من الطاعن للمالك السابق – وهما جريمة جنائية – لم يتفق عليهما فى عقد الإيجار كما وأنهما ليسا من مستلزمات العين المؤجرة، وأن الثابت أن الحكم الصادر

فى الجنحة رقم ١٣٧١ لسنة ١٩٨٥ أمن دولة الساحل والذى قضى برد مبلغ خلو الرجل للطاعن قد صدر ضد المالك السابق، وأن مبلغ مقدم الإيجار فقد أقر تمسك الطاعن بصحيفة الاستئناف بأنه قد استحصل من المالك السابق على شيك بقيمة المبلغ المذكور وهو وشانه بخصوص تحصيل قيمته أو تنفيذ ما قضى به الحكم الجنائى، بما مفاده أن المطعون ضدها – المالكة الحالية لعين النزاع – لا تعتبر وإن انتقلت إليها ملكية العقار من سلفها مسئولة عن الوفاء بالمبالغ التى تقاضاها المالك السابق باعتبارها التزاما لا يتصل اتصالا وثيقا بالعلاقة الإيجارية ولا يعتبر بحسب طبيعته مترتبا عليها، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وبنى قضاءه بعدم حلول المطعون ضدها بوصفها خلف خاص للمالك السابق بخصوص التزامها برد المبلغ المشار إليه فإنه يكون قد تضمن قضاء ضمنيا على ما لم يأخذ من مستندات الطاعن ولم تطمئن إليها المحكمة فلا يعيبه أنه أغفل الرد عليها استقلالا ومن ثم فإن الحكم يكون طبق صحيح حكم القانون على واقعة الدعوى ويضحى النعى عليه بهذه الأسباب يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٥١١٩ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢)



مادة (١٤٧)

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 مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

الشرح

٣١٥- العقد شريعة المتعاقدين:

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون".

فالقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. وقد عبر الشارع الفرنسى عن هذه القاعدة فى المادة ١١٣٤ فرنسى بقوله إن الاتفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها. ففيما بين المتعاقدين يكون مضمون العقد واجب التنفيذ، فهما يحترمانه ويلتزمان به كما هو الشأن بالنسبة إلى قاعدة ينص عليها القانون. وهذه القاعدة ليست سوى نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة، فمادام أن الشارع يعترف للإرادة بسلطان فى حدود النظام العام أو الآداب، فإن ما تنعقد عليه إرادة الطرفين يكون بالنسبة إليهما بمثابة قانون واجب الاحترام(١).

وقانون العقد إنما يستمد قوته من قانون الدولة، وكل منهما يستند أخيرا إلى فكرة العدل.

والعقد لا يكون شريعة للمتعاقدين إلا إذا توارت له شروط انعقاده وشروط صحته(٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص٣٢ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٣٨.

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص١٥٢.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"العقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة اتفاقية، فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا. والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفى التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله، بل ولا يجوز ذلك للقاضى، لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين، فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضى عاقديه – ويكون هذا التراضى بمثابة تعاقد جديد – أو لسبب من الأسباب المقررة فى القانون، كما هو الشأن فى أسباب الرجوع فى الهبة"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١– "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أن النص فى المادة ١٤٧ من القانون المدنى على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون". يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن العقد هو قانون المتعاقدين والخطأ فى تطبيق نصوصه خطأ فى تطبيق القانون ويمتنع على أى من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله، كما يمتنع ذلك على القاضى وعليه أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيرا صادقا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. لما كان ذلك وكان الثابت من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/٢/١٢ أنه أورد التزام الطاعن بدفع باقى الثمن فأوجب عليه أداء مبلغ ٥٠٠ جنيه عند إدخال المنقولات فى العين المتعاقد عليها على أن يقسط الباقى على أقساط سنوية بواقع ١٠٠٠ جنيه للقسط الواحد مما يكشف عن وضوح عبارات العقد فى إرجاء بدء سداد ما تبقى من الثمن إلى حين تمكين الطاعن من إدخال منقولاته فيها وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى فى قضائه إلى أن الطاعن لم يقدم الدليل على وفائه لباقى الثمن دون أن يفطن إلى ما ورد بالعقد من إرجاء السداد حتى تتحقق موجباته ورتب على ذلك قضاءه برفض طلب التسليم. فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم ٣٠٤٧ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٣/٧/٦)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٧٩ وما بعدها.

٢- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن المقرر – فى قضاء هذه المحكمة أن النص فى المادة ١/١٤٧ من القانون المدنى على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون" مما يدل على أن العقد هو قانون العاقدين وهو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة الذى مازال يسود الفكر القانونى. ولازم تلك القاعدة أن ما اتفق عليه المتعاقدان متى وقع صحيحا لا يخالف النظام العام أو الآداب أصبح ملزما للطرفين فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أى من الطرفين إذ العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة وهذا هو الأصل إلا أنه يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق طرفيه أو لأسباب يقرها القانون. وكذلك لا يجوز للقاضى أن ينقض عقدا صحيحا أو تعديله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه قواعد العدالة. فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها فالقاضى لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير إرادتهما بالرجوع إلى نية هؤلاء ومن ثم جرى قضاء محكمة النقض على أن العقد قانون المتعاقدين. فالخطأ فى تطبيق نصوصه أو مخالفتها خطأ فى القانون يخضع لرقابة محكمة النقض، والقول بغير ذلك يؤدى إلى تعديل العقود بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ويؤدى إلى عدم استقرار المعاملات. كما أنه من المقرر أن إغفال بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا فى النتيجة التى انتهت إليها المحكمة ومؤدى ذلك أنه إذا أطرح على المحكمة دفاع كان عليها أن تنظر فى أثره فى الدعوى فإن كان منتجا فعليها أن تقدر مدى جديته حتى إذا ما رأت أنه متسم بالجدية مضت إلى فحصه لتقف على أثره فى قضائها فإن هى لم تفعل كان حكما قاصرا".

(طعن رقم ٥٢٧٠ لسنة ٦٧ق جلسة ٢٠١٠/٤/٢٤)

٣- "الأصل فى العقود هو تغليب مبدأ سلطان الإرادة لذلك يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون عملا بنص المادة ١٤٧ من القانون المدنى، وينبنى على ذلك أنه إذا توافرت فى العقد أركانه من تراضى ومحل وسبب فإنه يكون صحيحا وتترتب عليه آثاره القانونية التى اتجهت إليها إرادة المتعاقدين ما لم يكن القانون قد نص على البطلان جزاء لاعتبارات عامة تتعلق بها مصلحة الجماعة استثناء من مبدأ سلطان الإرادة".

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠١٠/٦/٩)

٤- "وحيث إن هذا النعى فى محله بالنسبة للشق الأول، ذلك بأن من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن النص فى المادة ١/١٤٧ من القانون المدنى على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون" يدل على أن العقد هو قانون العاقدين وهو تطبيق لقاعدة مبدأ سلطان الإرادة الذى ما زال يسود الفكر القانونى ولازم تلك القاعدة أن ما اتفق عليه المتعاقدان متى وقع صحيحا لا يخالف النظام العام أو الآداب أصبح ملزما للطرفين فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أى من الطرفين إذ أن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة وهذا هو الأصل إلا أنه يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق طرفيه أو لأسباب يقررها القانون وكذلك لا يجوز للقاضى أن ينقض عقدا صحيحا أو يعدله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه قواعد العدالة فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها. فالقاضى لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير إرادتهما بالرجوع إلى نية هؤلاء. فالعقد قانون المتعاقدين والخطأ فى تطبيق نصوصه أو مخالفتها خطأ فى القانون يخضع لرقابة محكمة النقض، والقول بغير ذلك يؤدى إلى تعديل العقود بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ويؤدى إلى عدم استقرار المعاملات كما أنه من المقرر – أيضا – أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به الخصوم لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه ويقدم دليل إثباته أو يطلب تحقيقه بالطريق المناسب ويكون مما يجوز أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى يجب على المحكمة أن تجيب عليه بأسباب خاصة".

(طعن رقم ٣٩٥٨ لسنة ٨٠ق جلسة ٢٠١١/١/١٤)

٥- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون". وفى الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من القانون ذاته على أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين" يدلان على أن مبدأ سلطان الإرادة مازال يسود الفكر القانونى ولازم ذلك أن يمتنع على أحد المتعاقدين نقض العقد أو تعديله على غير مقتضى شروطه ما لم يتفق على ذلك مع الطرف الآخر، كما يمتنع ذلك على القاضى لأنه لا يتولى إنشاء العقود على متعاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالتزام عبارات العقد الواضحة وعدم الخروج عليها بحسبانها تعبيرا

صادقا عن إرادة المتعاقدين المشتركة وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقا لاستقرار المعاملات. لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأن المحافظة أبرمت قرضا من بنك الاستثمار القومى لتمويل بناء تلك النوعية من الإسكان ومن ثم يدخل هذا القرض وفائدته ضمن التكاليف الفعلية لوحداته وقد نص على ذلك صراحة بعقدى تمليك الوحدتين محل النزاع وقدموا المستندات الدالة على ذلك ومنها عقد القرض إلا أن الحكم المطعون فيه خالف هذا النظر واستبعد فائدة القرض من حساب التكلفة أخذا من تقرير الخبير الذى استند لقرار رئيس مجلس الوزراء ١١٠ لسنة ١٩٧٨ فى حين أن ذلك القرار مقصور على الوحدات التى أنشئت وشغلت قبل العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فقط ليضحى الملحق الثانى المستند لهذا القرار والخاص بالوحدات المنشأة والمشغولة بعد العمل بهذا القانون ومنها وحدتى النزاع فاقدا للمشروعية لمجاوزته حدود التفويض طبقا لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة الأمر الذى يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون ويوجب نقضه".

(طعن رقم ٥٠٠ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠١٢/٥/١٤)

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأن:

"استبان للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع أن المادة ١٤٧ من القانون المدنى تنص على أنه "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين..." كما تنص المادة ١٤٨ من ذات القانون على أن "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن مقتضى هاتين المادتين أنه بتلاقى إرادتى طرفى العقد يصبح مضمونه ملزما منهما، فلا يجوز لأيهما أن يتنصل من التزاماته الناشئة عنه بإرادته المنفردة وإنما يتعين على كل منهما أن ينفذ التزاماته طبقا لمضمون العقد وأن يتوخى فى ذلك حسن النية.

ومن حيث إنه بتطبيق ما تقدم على وقائع النزاع ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن هيئة كهرباء الريف تعاقدت مع محافظة الغربية على توصيل التيار الكهربائى لعمليتى مياه بهيت الحجارة والناوية. وبلغت التكاليف النهائية لعملية توصيل التيار الكهربائى لمحطة الناوية مبلغ ١١٦١٥ جنيه قامت المحافظة بسداد مبلغ ٧٥٩٠ جنيه ومن ثم يستحق للهيئة مبلغ ٤٠٢٥ جنيه وهو الإدعاء الذى لم تدحضه المحافظة ومن ثم باتت ملزمة بسداد مبلغ ٤٠٢٥ باقى تكاليف العملية".

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى إلزام محافظة الغربية بأداء مبلغ ٤٠٢٥ جنيه لهيئة كهرباء الريف كباقى قيمة توصيل التيار الكهربائى لمحطة المياه التابعة للمحافظة.

(فتوى رقم ٧٧٣ فى ١٩٩٦/١٠/٥ جلسة ١٩٩٦/٨/٧ ملف رقم ٢١٨٧/٢/٣٢)

وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليست مطلقة بل تقبل بعض الاستثناءات. لأنه إذا كان العقد يستند فى أساسه إلى فكرة العدل وإلى قوة القانون. فإنه يخضع أيضا فى حياته لتأثير فكرة العدل، وتطور غايات القانون.

ومن ثم يرد على هذه القاعدة استثناءان، نعرض لهما فى البند التالى.

استثناءان على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين:

٣١٦- الاستثناء الأول:

نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين:

يجوز للطرفين الاتفاق على نقض العقد أو تعديله، يقوم ذلك على أساس أنه مادام العقد قد انعقد بالتراضى، فإنه يمكن تعديله بالتراضى. ولما كان تعديل العقد بالتراضى يخضع لما اتفق عليه المتعاقدان. فهذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا جديدا تطبق عليه القواعد العامة للعقد، شأنه فى ذلك شأن أى عقد من العقود(١). ومثل ذلك أن يتفق البائع والمشترى على اعتبار البيع الذى سبق لهما إبرامه كأن لم يكن، أو على منح المشترى أجلا للوفاء بالثمن.

بل إنه فى بعض الأحيان يتضمن العقد نفسه شرطا يمنح عاقديه أو أحدهما حق الرجوع عنه أو إجراء تعديل فى أحكامه. ومثال ذلك: التعاقد بالعربون (المادة ١/١٠٣ مدنى)، وتضمن عقد الإيجار شرطا يخول المستأجر إنهاءه قبل فوات مدته. أو على منح المشترى أجلا للوفاء بالثمن(٢).

---

(١) جلال العدوى ص٢٥٢.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٣٩ – عبد المنعم الصده ص٣٣٠.

٣١٧- الاستثناء الثانى:

نقض العقد أو تعديله لسبب من الأسباب التى يقررها القانون:

العقد فى هذا الاستثناء قد انعقد صحيحا ملزما لأطرافه منتجا لآثاره. وبالرغم من ذلك يسمح القانون للقاضى أن يتدخل لتعديل هذا العقد. ويجب عدم الخلط بين تعديل العقد الصحيح لسبب من الأسباب التى يقررها القانون، وبين تعديل العقد الباطل نتيجة لبطلانه، كما هو الشأن فى حالة تخفيض الفوائد أو الأجرة المتفق عليها إلى الحد الأقصى الذى فرضه القانون.

كذلك لا يجب الخلط بين تعديل العقد الصحيح لسبب من الأسباب التى يقررها القانون، وتعديل العقد القابل للإبطال بدلا من إبطاله، كما هو الشأن مثلا إذا أنقص القاضى التزامات المتعاقد المغبون(١).

والأمثلة على هذا الاستثناء كثيرة منها.

١- انعقاد العقد بطريق الإذعان:

تنص المادة ١٤٩ مدنى على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

(أنظر فى التفصيل شرح المادة المذكورة).

٢- حالة المدين الاستثنائية:

تنص المادة ٣٤٦ مدنى فى فقرتها الثانية على أنه: "يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

ومن هذا النص يتضح أنه إذا كانت حالة المدين الاستثنائية تستدعى منحه أجلا أو آجالا لتنفيذ التزامه، فإنه يجوز للقاضى إذا لم يمنعه نص من ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم، أن يمنح المدين هذا الأجل الذى يطلق عليه نظرة الميسرة. ولا شك فى أن منح الأجل يعد تعديلا للعقد الذى يلزم المدين بتنفيذ التزامه فورا. إلا أنه إذا كانت

---

(١) عبد المنعم الصده ص٣٢٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٣٨.

حالة المدين الاستثنائية تجيز للقاضى أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، فإنه لا تجيز له أن تخفض من التزامه. فحالة المدين الاستثنائية حالة خاصة تختلف عن الظروف الاستثنائية العامة التى تجيز للقاضى أن يرد التزام المرهق إلى الحد المعقول[١] كما سنرى.

٣- سلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى:

تنص المادة ٢٢٤ مدنى على أن:

"١- لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر.

٢- ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه.

٣- ..... إلخ.

(أنظر فى التفصيل شرح المادة المذكورة).

٤- إنهاء الموكل للوكالة أو تقييدها:

تنص المادة ٧١٥ مدنى على أن:

"١- يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. فإذا كانت الوكالة بأجر.....الخ.

٢- غير أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه".

كما تنص المادة ٧١٦ على أن:

"يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل بإعلانه للموكل. فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول".

٢- غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبى إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الأجنبى بهذا التنازل. وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه".

---

(١) جلال على العدوى ص٢٥٣ وما بعدها.

٥- الرجوع فى الهبة:

تنص المادة ٥٠٠ مدنى على أن:

"١- يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك.

٢- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع".

٦- ومن أهم الحالات التى يجوز فيها للقاضى تعديل العقد، بنص القانون الحالة التى تطرأ فيها حوادث استثنائية عامة وهذا ما سنعرض له فى البند التالى.

٣١٨- تعديل العقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة:

نظرية الحوادث الطارئة من الأمثلة الهامة التى خول المشرع القاضى فيها سلطة تعديل العقد.

وهذه النظرية نص عليها المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ بقوله.

١- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

٣١٩- فكرة نظرية الحوادث الطارئة:

نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى نص مستحدث أخذ فيه الشارع بنظرية الحوادث الطارئة [illegible] وتتلخص فكرة هذه النظرية فى أن هناك عقودا يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال، ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا، فيصبح تنفيذ الالتزام شاقا على المدين ومرهقا له إلى الحد الذى يجعله مهددا بخسارة فادحة، الأمر الذى يجيز للقاضى أن يتدخل ليوزع تبعة هذا الحادث على عاتق الطرفين وبذلك يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد سلعة، ثم يحصل

قبل حلول ميعاد التوريد أن يرتفع ثمن هذه السلعة إلى ثمانية أضعاف ثمنها وقت العقد، وذلك بسبب قيام حرب فجائية أدت إلى تعذر ورودها من الخارج، فيصبح هذا الشخص مهددا بخسارة جسيمة تجاوز الحد المألوف فى مثل هذه الحالة، وحينئذ يجوز للقاضى أن يعدل التزام المدين بحيث يقف به عند الحدود المعقولة.

والنظرية على هذا النحو تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد. فهى تؤدى وظيفة تقابل الوظيفة التى تقوم بها نظريتا الاستغلال والإذعان عند تكوين العقد. غير أن هاتين الأخيرتين تواجهان استغلال من طرف قوى لطرف ضعيف، ولهذا كان الجزاء فيهما أن يرفع عن الطرف الضعيف كل ما لحق من غبن. أما نظرية الحوادث الطارئة فتعالج عاقبة حادث لا يد فيه لأى من المتعاقدين، ولهذا كان أثرها توزيع هذا الحادث على عاتق الطرفين.

كما أنها تحقق توازنا إلى حد ما بين التنفيذ العينى للعقد وتنفيذه بطريق التعويض. ففى هذا النوع الأخير من التنفيذ لا يلزم المدين إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه وقت التعاقد وهذه النظرية تقرب المدين فى التنفيذ العينى من القدر الذى كان يمكن توقعه وقت العقد.

وقد اختلف الرأى فى أساس هذه النظرية. فقيل إنه المبدأ الذى يقضى بأن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، وقيل إنه المبدأ الذى يقضى بأن المدين فى الالتزام التعاقدى لا يدفع تعويضا إلا عن الضرر المتوقع، وقيل إنه مبدأ الإثراء بلا سبب، وقيل إنه نظرية السبب، وقيل إنه نظرية التعسف فى استعمال الحق. وعلى كل من هذه الآراء مآخذ. ويبدو فى نظر البعض الآخر – وهو ما نؤيده – أن الأساس هو العدالة[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يلى[٢]:

٣- "وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة، فهى تستهدف للنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضى. بيد أن المشرع قد جهد فى

---

(١) عبد المنعم الصده ص٣٣١ وما بعدها – سمير عبد السيد تناغو ص١٥٦ – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨١.

(٢) التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة:

نظرية الحوادث الطارئة حديثة العهد فى القانون المعاصر، فلم يأخذ بها الرومان، لشدة تمسكهم بأهداب الفردية. =

= وإنما ظهرت هذه النظرية أولا فى القانون الكنسى فى العصور الوسطى. فكان رجال الكنيسة لا يجيزون الغبن سواء كان ذلك فى تكوين العقد أو فى تنفيذه، فهو فى كلا الحالين ربا محرم.
وقد أقام فقهاء القانون الكنسى هذه النظرية على أن هناك شرطا ضمنيا فى العقد مقتضاه أن الظروف التى وجدت عند تكوين العقد لا تتغير تغيرا جوهريا عند تنفيذه، فلا يلتزم المدين بتنفيذ العقد على النحو المتفق عليه إلا إذا لم تتغير هذه الظروف، فإذا تغيرت وجب تعديل الالتزام بحيث يعود التوازن الذى اختل بسبب هذا التغيير.
وقد عرفت النظرية فى الشريعة الإسلامية، وكان لها تطبيقات بالنسبة إلى بعض العقود، وعلى الأخص عقد الإيجار.
وفى القانون الفرنسى القديم قوى مبدأ سلطان الإرادة، وقوى تبعا لذلك الاعتداد بالقوة الملزمة للعقد، فترتب على ذلك أن اختفت هذه النظرية.
وفى مصر رفض الفقه والقضاء الأخذ بهذه النظرية – فى غير ما صرح القانون بتطبيقها كما هو الحال فى فرنسا، وحدث أن أخذت محكمة استئناف مصر الوطنية بهذه النظرية فى قضية معروفة تتلخص فى أن شخصا تعاقد مع مصلحة الحدود على أن يورد لها كمية من الأذرة بسعر معين فورد جزءا ثم امتنع عن توريد الباقى بعد أن ارتفع السعر على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنيهن وربع إلى ما يزيد على خمسة جنيهات (استئناف مصر الوطنية فى ٩ أبريل ١٩٣١) إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم (طعن رقم ٢٥ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٥/١٥)، واطرد القضاء على ذلك.
وظل منهجه على هذا النحو حتى فيما يدخل فى زمرة العقود الإدارية التى كانت تدخل حينذاك فى ولاية المحاكم ومن أهم القضايا التى عرضت فى هذا الشأن فى ظل القانون القديم، تلك الخاصة بتوريد الذرة العويجة لمصلحة الحدود. وتتلخص هذه القضية فى أن شخصا تعهد بتوريد كمية من الذرة لمصلحة الحدود، فى وقت كانت خاضعة فيه للتسعيرة الجبرية، ثم حدث فى أثناء سريان العقد أن رفعت تلك التسعيرة، الأمر الذى أدى إلى زيادة سعر الذرة إلى أكثر من الضعف. فامتنع المورد عن الاستمرار فى التوريد متذرعا بالظرف الطارئ. وقد تجاوبت معه محكمة استئناف مصر، مقررة وجوب إعمال نظرية الظروف الطارئة، تمشيا مع اعتبارات العدالة وروح الإنصاف التى تقضى بوجوب مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب (استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣١)، إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم (طعن رقم ٢٧ لسنة ١ق جلسة ١٩٣٢/١/٢٤).
غير أن المشرع الفرنسى أخذ 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 أخذ القضاء الإدارى فى فرنسا بهذه النظرية على أوسع نطاق وطبقها على=

= العقود الإدارية. والسبب الذى حدا به إلى ذلك هو رغبته فى استمرار المرافق العامة، لاسيما تلك التى يعهد بإدارتها للأفراد أو للشركات فى أداء خدماتها للجمهور. وقد أخذ بها مجلس الدولة الفرنسى بعد الحرب العالمية الأولى فى قضية معروفة لشركة الغاز بمدينة بردو، إذ كانت الشركة ملزمة بتوريد الغاز للمدين بسعر معين ثم ارتفع سعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز من ٢٨ فرنكا للطن فى سنة ١٩١٣ إلى٧٣ فرنكا فى سنة ١٩١٥ فعدل مجلس الدولة العقد بما يتفق مع هذا الارتفاع فى السعر (مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٠ يونية ١٩١٦) ثم توالت أحكامه فى هذا المعنى بعد ذلك.

ثم أخذت النظرية تظهر فى بعض التقنينات المدنية الحديثة، وكان أول هذه التقنينات هو التقنين البولونى الذى نص فى المادة ٢٦٩ منه على أنه: "إذا وجدت حوادث استثنائية، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكا 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 إبرام العقد، جاز للمحكمة، إذا رأت ضرورة لذلك، تطبيقا لمبادئ 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 الإيطالى الجديد الذى يقرر فى المادة ١٤٦٧ منه على أنه: "فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا 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".

ولقد حرص القانون المدنى المصرى الجديد على أن يصرح بتبنيه نظرية الظروف الطارئة، كمبدأ عام شامل، فتضمن نصا خاصا يقررها فيه هو نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ كما رأينا.

(راجع عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٤١ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٣٣١ وما بعدها – سمير عبد السيد تناغو ص١٥٦ وما بعدها).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

٢- "وقد استحدث المشروع فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ حكما بالغ الأهمية إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التى تحجر على القضاء تعديل العقود، وقد بادر القضاء الإدارى فى فرنسا إلى قبول هذا المبدأ، ومضى فى هذا السبيل قدما مخالفا فى ذلك ما جرى عليه القضاء المدنى، ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدنى فى فرنسا، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارئ غير المتوقعة، وألغت فى هذه المناسبة حكما أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأى، وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولونى (الماد ٢٦٩) فيما أورد من أحكام تشريعية فى هذا الشأن، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين: =

أن يكفل لها نصيبا من الاستقرار، فأضفى عليها صبغة مادية، يتجلى أثرها فى تحديد الطارئ غير المتوقع، وفى إعمال الجزاء الذى يترتب على قيامه، فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء يقدره تقديرا ذاتيا أو شخصيا، كما فعل التقنين البولونى فى نصه على إثبات خيار المحكمة فى هذا الصدد، إذا رأت ضرورة لذلك، بل اتخذ المشروع من عبارة "إن اقتضت العدالة ذلك" بديلا من هذا النص وهى عبارة تحمل فى ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعى النزعة، وفضلا عن ذلك فإذا تثبت القاضى من قيام الطارئ غير المتوقع، وعمد إلى إعمال الجزاء بإنقاص الالتزام الذى أصبح يجاوز السعة، فهو ينقص منه إلى "الحد المعقول" وهذا قيد آخر مادى الصبغة لا نظير له فى التقنين البولونى.

٤- ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها، فمن الأهمية بمكان أن تستبين وجوه التفرقة بين النظريتين. فالطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة فكرة المفاجأة والحتم، ولكنه يفترق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام. فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة، دون أن يبلغ به حد الاستحالة ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء، فالقوة القاهرة تفضى إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة. أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته (ومن ذلك أنظر المادة ٢٦٩ من التقنين البولونى وهى تخول فى حالة الطارئ غير المتوقع حق تعيين طريقة التنفيذ أو مقدار الالتزام، بل والحكم بفسخ التعاقد).

= (أ) فيراعى من ناحية أنه رسم فى وضوح ما يفرق بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود. ففى الحالة الأولى، يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تعبير المشروع مرهقا يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلا ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هى التى تتحقق فيها هذه الاستحالة.

(ب) ويراعى من ناحية أخرى انه قنع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه، دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة، على نحو ما فعل التقنين البولندى، على أن هذا التقنين قد أخطأ التوفيق فى هذا الصدد، إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره، فى بعض ما ساق من تطبيقات، فخلط بذلك بين العلة والمعلول".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨٠)

٥- بقيت بعد ملاحظات ثلاث:

(أ) فيلاحظ أولا أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست، على وجه الإجمال إلا بسطة فى نطاق نظرية الاستغلال. فالغبن إذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقا له (وهى حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام، فقد يكون سببا فى بطلانه أو انتقاصه على الأقل.

(ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذا عينيا وتنفيذه عن طريق التعويض إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ بأن المدين لا يلتزم "إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد" ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ العينى إلى حد بعيد على ما كان فى الوسع أن يتوقع عقلا وقت انعقاد العقد.

(ج) ويراعى أخيرا أن تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد بل يجاوز ذلك إلى تعديله"[١].

٣٢٠- شروط تطبيق نظرية الحوادث الطارئة:

يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة توافر ستة شروط هى:

١- أن يقع حادث استثنائى.

٢- أن يكون الحادث عاما.

٣- أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد.

٤- أن يكون الحادث غير ممكن تفاديه أو دفعه.

٥- أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه.

٦- أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين.

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨١ وما بعدها.

الشرط الأول:

أن يقع حادث استثنائى:

يجب لتطبيق النظرية أن يقع حادث استثنائى. والمقصود بالحادث الاستثنائى ذلك الذى يندر حصوله.

ومن الحوادث الطارئة ما يعتبر استثنائيا بمجرده، وذلك لندرة وقوعه كحرب أو زلزال أو وباء أو فرض تسعيرة جبرية أو إلغائها أو استيلاء إدارى.

ومنها ما يكثر وقوعه فلا يكون استثنائيا بحيث لا يؤدى إلى انطباق النظرية إلا إذا بلغ حدا يجاوز المألوف، كفيضان عال إلى درجة يندر وقوعها أو ارتفاع فى الأسعار إلى حد كبير أو غارة لأسراب هائلة من الجراد تزيد على القدر المألوف بدرجة كبيرة(١).

والعاصفة الغير منتظرة يصح أن تكون ظرفا استثنائيا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا أمام محكمة الموضوع بأن عاصفة غير متوقعة قد هبت وأتلفت نصف الثمار المبيعة وطلبا تحقيق ذلك وفقا لنص المادة ١٤٧ من القانون المدنى، وكان الحكم المطعون فيه قد حجب نفسه عن بحث هذا الدفاع تأسيسا على مجرد القول بأن الرياح على إطلاقها تعتبر قوة قاهرة تندرج ضمن الحوادث الاستثنائية العامة المنصوص عليها فى المادة المشار إليها، فى حين أن العاصفة الغير منتظرة يصح أن تعتبر قوة قاهرة فى تطبيق هذه المادة متى توافرت شروطها فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب وإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم ٢٦٥ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨)

والمادة ٢/١٤٧ لم تقيد الحادث بأن يكون عملا أو واقعة مادية. ومن ثم يجوز أن يكون الحادث تشريعا. وبالتطبيق لذلك يعتبر صدور المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى حادثا طارئا، إذ ترتب عليه انخفاض أثمان الأراضى الزراعية عامة، ومن ثم تطبق نظرية الحوادث الطارئة على كافة الأراضى المبيعة،

---

(١) عبد المنعم الصده ص٣٣٦ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣١٨ – جلال العدوى ص٢٥٦.

التى ينطبق عليها شروط النظرية ولو لم تكن من الأراضى التى استولى عليها الإصلاح الزراعى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- "الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ قد توافرت فى قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثا عاما كما أنه حادث استثنائى لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه. ولا يغير من ذلك كونه تشريعا ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى قد أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيده بأن يكون عملا أو وقعة مادية. والنتيجة التى رتبها القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ – وما تضمنته مذكرته الإيضاحية – لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار قانون الإصلاح الزراعى ظرفا طارئا".

(ب)- "إذا كان القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ قد اقتصر على إعمال أثر نظرية الحوادث الطارئة على خصوصية بعينها وهى حالة ما إذا استولت الحكومة طبقا لقانون الإصلاح الزراعى على أرض كان المستولى لديه قد اشتراها بعقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ وكان الأجل المعين لوفائه بالثمن كله أو بعضه يحل أصلا بعد هذا التاريخ فإن تدخل المشرع فى هذه الحالة أم يقصد به قصر إعمال النظرية عليها وحده وإنما قصد به تنظيم العلاقة فيما بين البائع والمشترى على وجه معين عن طريق تحديد ما يجب أداؤه من ثمن الأطيان المبيعة التى أخضعت للاستيلاء حتى لا تختلف معايير التقدير فى شأنها. وقد حرص القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ على أن ينص فى نهاية المادة الأولى على أن حكمه لا يخل بحقوق الطرفين طبقا لأحكام القانون المدنى بالنسبة لباقى الصفقة ومن هذه الأحكام، حكم الظروف الطارئة. ولو كان اتجاه المشرع إلى قصر تطبيق الحكم المذكور بالنسبة لعقود البيع المؤجل فيها الثمن على الخصوصية التى عالجها فى تلك المادة وإلى نفاذ حكم العقد فيما عداها لقرر أن باقى الصفقة يخضع لحكم العقد أو لأغفل الإشارة كلية إلى ما يتبع فى شأنه".

(ج)- "لا يكفى فى نفى قيام شروط الإرهاق – كشرط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة – القول بأن قانون الإصلاح الزراعى ليس سببا فى هبوط ثمن الأطيان وإنما يرجع ذلك إلى انخفاض أسعار القطن ذلك أنه علاوة على أن المشرع قد قرر فى مذكرته الإيضاحية للقانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ بأنه قد ترتب على صدور قانون

الإصلاح الزراعى انخفاض أثمان الأراضى الزراعية وتحديد قيمتها الإيجارية، فإنه يجب أن ينظر عند تقدير الإرهاق إلى الصفقة التى أبرم فى شأنها العقد مثار النزاع مما يتعين معه على المحكمة أن تبحث أثر هذا القانون على ذات الصفقه محل التعاقد".

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٢- "قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ توافرت فيه الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ، فهو بحكم كونه قانونا يعتبر – وعلى ما جرى به قضاء النقض – حادثا عاما واستثنائيا لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه، ولا يغير من ذلك كونه تشريعيا، ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى قد أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيده بأن يكون عملا أو واقعة مادية، كما أنه لا يغير من تطبيق هذه المادة أن البيع – موضوع التداعى – وقد اشترط فيه تقسيط الثمن بأن لا تنطبق عليه أحكامها، إذ أن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على عقود البيع التى يكون الثمن كله أو بعضه مؤجلا أو مقسطا، ذلك أن تطبيق حكم المادة ٣/١٤٧ من القانون المدنى عليها لا يحول دون إعمال الجزاء المنصوص عليه فيها، وهو رد الالتزام إلى الحد المعقول على الوجه الذى يتطلبه القانون، لأن القاضى لا يعمل هذا الجزاء إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة، أما باقى الأقساط المستقبلة، فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا بزوال أثر ذلك الحادث عند استحقاقها، ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة".

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٥/٢٢)

٣- "لا يجوز الاستناد فى نفى الإرهاق الذى تتطلبه المادة ٢/١٤٧ مدنى إلى أنه لم يترتب على قانون الإصلاح الزراعى انخفاض فى أثمان الأراضى التى لم يجر الاستيلاء عليها ذلك أن المشروع قد أقر فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ بأن ترتب على صدور قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ انخفاض أثمان الأراضى الزراعية عامة، كما أقرت بذلك وزارة المالية فى المذكرة المقدمة منها إلى مجلس الوزراء والذى وافق عليها المجلس بجلسته المنعقدة فى ١١ من أغسطس سنة ١٩٥٣".

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

الشرط الثانى:

أن يكون الحادث عاما:

لا يكفى أن يكون الحادث استثنائيا، بل يجب أن يكون عاما.

والمقصود بكون الحادث عاما ألا يكون الحادث خاصا بالمدين، بل شاملا لعدد كبير من الناس.

ومثل الحادث العام الذى يجب وجوده، الفيضان العالى غير المنتظر الذى يغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء أو تسعيرة جبرية(١).

ومثل الحادث الذى يتعلق بالمدين وحده ولا يصدق عليه وصف الحادث العام، إفلاس المدين أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله.

وكانت المادة (٢/٢١٣) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المقابلة للمادة (٢/١٤٧) مدنى تنص على أنه: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية"، إلا أن لجنة المراجعة أضافت كلمة "عامة" بعد عبارة "حوادث استثنائية" وجاء بالأعمال التحضيرية أن "المراد بإضافة هذا الوصف 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...الخ"(٢).

---

(١) السنهورى ص٥٢٥ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣١٨ – وحال مناقشة النص بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل سعادة الرئيس عما إذا كان انتشار الدودة وخصوصا فى مناطق شمال الدلتا يعتبر حادثا استثنائيا عاما من عدمه فإذا افترضنا أن الشخص قد عمل كل ما فى وسعه لدرء هذا الخطر ولم يهمل فى ذلك فما الحكم؟ إذ المشاهد أن الدودة تفتك بالزراعة فتكا ذريعا فى تلك المناطق.

فأجابه عبده محرم بك بأن هذا الخطر لا يعتبر حادثا استثنائيا عاما لأنه خطر مصدره الإهمال ويمكن دفعه فضلا عن أنه خطر متوقع وبذلك لا ينطبق عليه النص ولكن غارة الجراد خطر غير متوقع وينطبق عليه النص.

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨٤)

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨٢.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه يشترط فى الحادث الطارئ من حيث طبيعته أن يكون حادثا استثنائيا عاما، غير ممكن توقعه، ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الاستثنائى عاما إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس، وإذ لم يتناول قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بنصوصه التى صدر بها فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ أمر تخفيض المساحة التى تزرع محاصيل معينة، وكان الحكم المطعون فيه لم يبين الأسباب التى استند إليها فى اعتبار تخفيض المساحة التى تزرع قصبا حادثا استثنائيا عاما يجيز للقضاء التدخل تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإن الحكم يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب".

(طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٥/٥)

٢- "مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه يشترط فى الحادث الطارئ أن يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الطارئ عاما إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس والمعيار فى توافره ما اشترط النص فى وصف الحوادث المشار إليها من أنها تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها هو ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه، وتقدير هذا الأمر هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة".

(طعنان رقما ٥٨ ، ٦٥ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/٣/٤)

٣- "تشترط الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى لإجابة المدين إلى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق له، أن تكون هذه الحوادث عامة غير متوقعة الحصول وقت التعاقد. والبحث فيما إذا كان الحادث غير عام وبما فى وسع الشخص العادى أن

يتوقعه أو أنه من الحوادث العامة الطارئة الغير متوقعة هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع مادام يقوم على أسباب تؤدى إلى ما انتهى إليه".

(طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

الشرط الثالث:

أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد:

يجب أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد. فنظرية الظروف الطارئة، كنظرية القوة القاهرة تماما، لا تكون إلا بالنسبة للأحداث التى لم تكن فى الحسبان ولم يكن فى الوسع توقعها عند إبرام العقد.

فإذا كان المدين قد توقع الحادث، أو لم يتوقعه ولكن كان فى استطاعة الشخص المعتاد فى مثل ظروف المدين أن يتوقعه، فإن الشرط لا يتحقق.

والمعيار هنا موضوعى وليس معيارا ذاتيا قوامه نفس المتعاقد الذى يتمسك بالنظرية.

وهذا واضح من التعبير الذى اختاره الشارع. فلو أن حربا مثلا كانت وشيكة الوقوع عند إبرام العقد، بحيث كان الرجل المعتاد يتوقع حينئذ اندلاعها، ما اعتبرت ظرفا طارئا إذا ما اندلعت، إلا بالنسبة إلى ما ترتبه من نتائج غير متوقعه، وذلك حتى لو كان المدين نفسه لم يتوقع نشوبها. ولكن إذا بلغ المدين من الفطنة حدا جعله، بخلاف غيره من سواد الناس، يتوقع حصول الحادث عند إبرام العقد، ما استطاع أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحجة أن الرجل المعتاد لم يتوقع الحادث، لأنه لا يسوغ له أن يتأذى من حصول أمر كان يتوقع هو وقوعه ودخل بذلك فى اعتباره حينما ارتضى العقد(١).

وكون الحادث متوقعا أو غير متوقع مسألة واقع، تخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع، بدون معقب عليه فى تقديره لمحكمة النقض، مادام يبنى حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن قوام نظرية الظروف الطارئة أو عمل الحاكم أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد. فإذا كان الحكم قد نفى ذلك فيما أورده من

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٤٨ وهامش (٢).

أسباب ومنها أن رفع السعر اللحم لم يكن ظرفا طارئا غير متوقع إذا كان على كل متبصر بالأمور أن يتوقع زيادة فيه مادامت الحرب قائمة، فهذا تقرير موضوعى لا يجدى معه تمسك الطاعن بتلك النظرية".

(طعن رقم ٧٤ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١١/٨)

٢- (أ)- "تشترط المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى لإجابة المدين إلى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق، أن تكون هذه الحوادث غير متوقعة الحصول وقت التعاقد، والمعيار فى توافر هذا الشرط – طبقا لما جرت به عبارة المادة سالفة الذكر – هو ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها ولو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد، بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه".

(ب)- "البحث فيما إذا كان الحادث مما فى وسع الشخص العادى أن يتوقعه أو أنه من الحوادث الطارئة الغير متوقعة، هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع مادام يقوم على أسباب تؤدى إلى ما انتهى إليه، وإذ نفى الحكم لأسباب سائغة عنصر المفاجأة فى صدور القانون ١٦٨ لسنة ١٩٦١ بتخفيض أجرة الأماكن، وكان تخفيض إيجار المساكن بالقوانين السابقة التى أبرم الاتفاق بين الطرفين فى ظلها، ينفى عنصر المفاجأة لدى الشخص العادى من صدور القوانين المماثلة اللاحقة، باعتبار أن هذه القوانين جميعها تقوم على الحفاظ على التوازن بين مصلحة المؤجر فى الحصول على الثمرة المشروعة من تأجير عقاره ومصلحة المستأجر فى أن يتوقى سوء الاستغلال الذى قد يتمسك به المؤجر ضده (وهو ما يصدق أيضا على القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥) فإن الحكم لا يكون قد شابه فساد فى الاستدلال أو قصور".

(طعن رقم ٣١٧ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١١/١١)

٣- "قوام نظرية الحوادث الطارئة فى معنى المادة ١٤٧ من القانون المدنى هو أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد والمعيار فى توافر هذا الشرط – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – معيار مجرد مناطه ألا يكون فى مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد، دون اعتداد بما وقر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه والبحث فيما إذا كان الحادث الطارئ هو مما فى وسع الشخص العادى توقعه أو أنه من

الحوادث الطارئة مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع طالما أقامها على أسباب مؤدية إلى ما انتهى إليه".

(طعن رقم ٤٤٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/١/١١)

٤- "نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى يشترط لإجابة المدين إلى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق له أن تكون هذه الحوادث عامة وغير متوقعة الحصول وقت التعاقد وكان تقدير عمومية الحادث وتقدير توقعه وقت التعاقد ومدى إرهاق الالتزام للمدين نتيجة لذلك مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع مادام قد أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله. فإنه لا على المحكمة إن هى لم تستجب إلى طلب الخصم إحالة الدعوى إلى خبير مادامت قد وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها. وإنه ولئن كان لا يجوز للقاضى أن يحكم بعلمه الخاص إلا أنه غير ممنوع من الحكم بالعلم العام. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى هذا الصدد على ما توفر من علم عام بتحديد أسلوب الدولة وظهور بوادر الانفتاح الاقتصادى وقت التعاقد مما يجعل غلاء الأسعار أمرا متوقعا وليس حادثا مفاجئا فضلا عن أن تنفيذ البائعين لالتزامهم بتسليم الأرض المبيعة المدفوع جزء من ثمنها وقت التعاقد ليس مرهقا لهم".

(طعن رقم ١٣٥٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٥/٣١)

٥- "قوام نظرية الظروف الطارئة فى معنى المادة ١٤٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد، والمعيار فى توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون فى مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد دون ما اعتداد بما وقر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه".

(طعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩)

(راجع أيضا طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/١).

الشرط الرابع:

أن يكون الحادث غير ممكن تفاديه أو دفعه:

يجب أن يكون الحادث غير ممكن تفاديه أو دفعه.

فإذا وقع حادث استثنائى عام، ولكنه كان من الممكن تفاديه أو كان من الممكن درء النتائج المترتبة عليه ببذل الجهد المعقول، ما جاز سببا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة شأنها فى ذلك شأن نظرية القوة القاهرة تماما. إذ أن المدين هنا يعتبر مقصرا، ولا يستطيع أن يحمل دائنه نتائج تقصيره.

ومعيار إمكان تفادى الحادث أو دفعه هو معيار موضوعى مجرد أساسه الرجل العادى، وليس معيارا ذاتيا قوامه المدين نفسه. وهذه المسألة هى مسألة واقع تدخل فى حدود سلطة قاضى الموضوع التقديرية(١).

الشرط الخامس:

أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه:

يجب أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه. فالسمة الأساسية التى يتصف بها الحادث الذى يخول تطبيق نظرية الحوادث الطارئة هو أن يكون طارئا بمعنى أن يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه.

فإذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد، ما نهض سببا لتعديل آثاره. إذ المفروض هنا أن المتعاقدين قد علما به. وارتضيا العقد على اعتبار وجوده. على أنه إذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد، على غير علم من المتعاقد، كان لهذا أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة لوجود المبرر الذى دعا إليها.

وكذلك لا تنطبق النظرية إذا كان الحادث قد وقع بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل آثاره. فإن كان العقد عند وقوع الحادث، قد تنفذ بالنسبة إلى بعض آثاره دون بعضها الآخر، سرت النظرية بالنسبة إلى القدر الذى لم يتنفذ منه، دون ذاك الذى تنفذ.

غير أنه إذا كان تراخى المدين فى الوفاء بالتزامه إلى ما بعد طروء الحادث راجعا إلى تقصيره، فإنه لا يفيد بالضرورة من نظرية الظروف الطارئة. لأنه لا يحق للمدين أن يفيد على حساب دائنه من خطأ يكون قد ارتكبه إزاءه. وكذلك لا يجوز إعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارئ بعد منح نظرة الميسرة من القاضى.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٤٩ – عبد المنعم الصده ص٣٣٧.

وفى هذا قضت محكمة النقض:

١- "إذ نصت المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضى... أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" فقد دلت على أنها إنما تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذى رتبه فإن كان الالتزام قد نفذ فإنه ينقضى وعندئذ يمتنع انطباق نظرية الحوادث الطارئة – المنصوص عليها فى المادة المذكورة – لأنها إنما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد".

(طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠)

٢- "لا ينال من تطبيق نظرية الحوادث الطارئة على عقود البيع التى يكون فيها الثمن كله أو بعضه مؤجلا القول بأن إرجاء دفع الثمن قصد به التيسير على المشترى فلا ينبغى أن يضار به البائع ذلك أن الأجل شرط من شروط التعاقد على الصفقة أصلا لولاه لما تمكن البائع من إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع".

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٣- "تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مؤجلا أو مقسطا لا يحول دون إعمال الجزاء المنصوص عليه فيها – وهو رد الالتزام إلى الحد المعقول – على الوجه الذى يتطلبه القانون ذلك أن القاضى لا يعمل هذا الجزاء إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدد بخسارة فادحة أما باقى الأقساط المستقبلة فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا بزوال ذلك الحادث عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة".

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٤- "فى حالة إعمال حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مقسطا يجب على القاضى ألا يعمل الجزاء

المنصوص عليه فى الفقرة إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدد بخسارة فادحة، أما باقى الأقساط المستقبلة فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة، كما أنه لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التى حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقع الحادث، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا إلى خطأ المدين".

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٥- "مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى أن نظرية الظروف الطارئة إنما ترد على الالتزام الذى لم ينفذ، أو على الجانب الذى لم يتم تنفيذه منه، أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ فإنه ينقضى بالوفاء ويمتنع خضوعه لأحكام الظروف الطارئة".

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٦/٩)

وإذا كان شرط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يكون التزام المدين قائما فى كله أو فى بعضه عند طروء الحادث (باستثناء حالتى التقصير ونظرة الميسرة)، فإنه لا يهم بعد ذلك أن يكون الالتزام المقابل متراخيا تنفيذه بدوره أم أنه قد تنفذ بالفعل[1].

٦- "لا يشترط – فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى – أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ بل يكفى وجود التزام على أحد المتعاقدين متراخى التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقا للمدين، دون ما اعتبار بكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك".

(طعن رقم ٢٥٩ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

ولئن كان المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام التعاقدى فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى دون أن يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه، فإن النص يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها وبين

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٤٩ وما بعدها.

تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام، فتطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين.

غير أنه يستثنى من ذلك العقود الاحتمالية فتلك من عقود الضرر كالمقامرة والرهان والمضاربة والمرتب مدى الحياة والتأمين لأنها بطبيعتها تحتمل الكسب الكبير كما تحتمل الخسارة الفادحة(١).

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض إذ قضت بأن:

١- "تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على أنه ".. إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ..." وإذ يبين من هذا النص أن المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام التعاقدى دون أن يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه وإنما أورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فإن هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين وهى إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة وذلك يرفع العنت عن المدين تمكينا من تنفيذ التزامه دون إرهاق كبير وهذا الإرهاق كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية أو مستمرة يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعا إلى خطأ المدين إذ لا يجوز له أن يستفيد فى هذه الحالة من تقصيره،

---

(١) السنهورى ٥٢٤ وهامش (١) – المستشار أنور طلبه ص٢٤ – نبيل إبراهيم سعد ص٢٨٩ وما بعدها.

كما أن هذه النظرية لا تطبق على "عقود الغرر" إذ أنها تعرض – بطبيعتها – العاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة".

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٢- "إذا كان الحكم قد أقام قضاءه برفض إعمال نظرية الحوادث الطارئة على أن عقود بيع القطن الآجلة "الكونتراتات" تقوم بطبيعتها على فكرة المخاطرة والمضاربة على المستقبل وأنه لذلك يتعين على المتعاقد أن يتوقع فيها جميع الاحتمالات والحوادث الطارئة التى قد تؤثر فى التزامه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة فإنه لا يكون قد خالف صحيح القانون ويحمل الرد على ما أثاره الطاعن من بطلان العقد لانطوائه على مقامرة ذلك أنه مادام العقد بطبيعته من شأنه أن يعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو مكسب كبير فإنه لا يجوز إبطاله لمجرد انطوائه على المقامرة أو المضاربة كما لا يجوز إعمال نظرية الحوادث الطارئة فى شأنه لأن المتعاقد يعلم سلفا أنه يتعاقد بعقد احتمالى مبناه فكرة المخاطرة".

(طعن رقم ١١٧ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٥)

ومجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة قيام الالتزام بين الطرفين، فلا تطبق إذا تم تغيير الالتزام الأصلى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ومناط تطبيق هذا النص أن يكون الالتزام الذى حصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائما وأن تنفيذه بالشروط المتفق عليها بينهما يصبح مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارئ أما إذا كان الالتزام الأصلى قد تغير فإنه يمتنع تطبيقه فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن تغيير المواصفات الخاصة بنسبة الدسم والمواد الصلبة فى الألبان نتيجة القرار الوزارى الصادر فى هذا الشأن بعد إبرام العقد وتنفيذه جزئيا يقتضى تعديل السعر المتفق عليه فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه القصور".

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦١/٥/١١)

الشرط السادس:

أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين:

يجب أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين، بحيث يهدد تنفيذ الالتزام المدين بخسارة فادحة.

فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى فإن التعامل مكسب وخسارة(١).

إنما لا يشترط أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا فهذا الذى يميز بين القوة القاهرة وبين الحادث الطارئ. فبينما تؤدى الأولى إلى استحالة التنفيذ، فإن الثانى لا يؤدى إلا الإرهاق فى تنفيذه.

ويلاحظ أن الوقائع المشكلة للقوة القاهرة تتفق غالبا 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.

فإذا كان محل الالتزام هو إعطاء شىء قيمى كنقل ملكية شىء معين بالذات، فإنه من المتصور أن يصبح تنفيذه مستحيلا، أما إذا كان محل الالتزام هو إعطاء شىء مثلى وهو الذى يقوم بعضه مقام بعض عند الوفاء كالنقود وغيرها فإنه لا يتصور فى هذ الحالة أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا فى ذاته(٢)، بل من المتصور فقط أن يصبح مرهقا للمدين، وفى هذا المعنى تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه: ".... والطارئ غير المتوقع تنظمه مع القوة القاهرة، فكرة المفاجأة والحتم. ولكن يفترق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام. فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة"(٣).

وفكرة الإرهاق هى فكرة موضوعية، يؤخذ فيها بمعيار موضوعى، ينظر فيه إلى ظروف الصفقة ذاتها وليس إلى ظروف المدين الخاصة، ولا إلى ما قد يسعفه من ظروف مواتية لا تمت إلى الصفقة بصلة، كأن يكون المدين قد احتفظ بمقادير كبيرة

---

(١) السنهورى ص٥٢٧ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣١٩ – نبيل إبراهيم سعد ص٢١٩.

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص١٦١.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨١.

من مثل الشيء الذى تعهد به ثم يرتفع سعره أضعافا مضاعفة بسبب الحادث الطارئ(١).

ويتحقق الإرهاق بهذا المعيار حتى لو كانت الخسارة لا تعد شيئا كبيرا بالنسبة إلى مجموع ثروة المدين. وإن كانت ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار فى تقدير الخسارة الفادحة، فمن كان فقيرا كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، ومن كان ثريا وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة له أضعاف الخسارة المألوفة.

كما يجب ألا يعتد بظروف الدائن من العسر أو اليسر فلو أن شركة مثلا التزمت بإنارة مدينة بالكهرباء، فى مقابل ثمن معين تتقاضاه من الجمهور ثم طرأ حدث استثنائى عام غير متوقع أدى إلى ارتفاع باهظ فى التكلفة، كان للشركة أن تطلب رد التزامها إلى الحد المعقول، تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة، حتى لو كانت قد بلغت من الثراء حدا يمكنها من الاستمرار فى تنفيذ التزامها دون تخفيف(٢).

وبالتالى يجوز للحكومة التمسك بنظرية الحوادث الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليها، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تحتمل هذه الخسارة باعتبارها شيئا هينا بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة(٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "متى كان الحكم المطعون فيه لم يجاوز – وهو بصدد بحث شرائط نظرية الحوادث الطارئة – النطاق الواجب التزامه فى تحقيق شرط الإرهاق المهدد بالخسارة الفادحة للمشترى إذ قد نظر إلى الصفقة ذاتها مدللا من ظروفها وملابساتها على انتفاء ذلك الشرط، وكان ما قرره فى شأن عدم تأثر الصفقة المتنازع عليها بالظروف الاستثنائية مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية، فإنه لا يؤثر على سلامة تسبيب الحكم وصحة نظره القانونى ما أورده فى سبيل التدليل على عدم تأثر إيرادات المشترى الأخرى بصدور قوانين تحديد الملكية وتقييد الإيجارات

(١) السنهورى ص٥٢٧ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣١٩ – نبيل إبراهيم سعد ص٢٩٢.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٥٢.
(٣) السنهورى ص٥٢٧ – سمير عبد السيد تناغو ص١٦٢ – نبيل إبراهيم سعد ص٢٩٢.

الزراعية متى كان هذا الرأى الذى أورده استطرادا زائدا ومسايرة من الحكم للطاعنة فى هذا الاتجاه".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦١/١٢/٧)

٢- "تدخل القاضى لرد الالتزام إلى الحد المعقول – طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى – رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة وتقرير ذلك منوط بالاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها.

ولما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على انتفاء ذلك الشرط من ظروف الصفقة وملابساتها وكان ما قرره فى هذا الشأن سائغا مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وكافيا لحمل قضائه فإنه لا جدوى من تعييب الحكم فيما قرره من جواز النزول عن الحق فى التمسك بالظروف الطارئة لأن ما أورده الحكم فى هذا الصدد يستقيم الحكم بدونه".

(طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/١٠)

٣- "لما كان نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى يستلزم فى الإرهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث – أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة فإن الخسارة المألوفة فى التعامل لا يعتد بها. فإذا كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتخفيض ثمن الأطيان المبيعة، لم يلق بالا إلى ما دفع به الطاعن من أن هبوط أسعار الأطيان الزراعية موضوع الطعن لا يجعل التزام المدين مرهقا ومهددا بخسارة فادحة بل يعتبر من قبيل الخسارة المألوفة والتفاوت المعتاد فى الأسعار، فإنه يكون قد أغفل البحث فى دفاع جوهرى لو ثبت لتغير به وجه الرأى فى الدعوى، ويكون الحكم قد عاره البطلان لقصور أسبابه بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٢٥٩ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

٤- "يجب أن ينظر عند تقدير الإرهاق الذى ترتب على الحادث الطارئ إلى ذات الصفقة التى أبرم بشأنها العقد مثال النزاع. ومن ثم فإنه لتقدير ما إذا كان قد ترتب على صدور قانون الإصلاح الزراعى إرهاق للمدين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى يتعين على المحكمة أن تبحث أثر هذا القانون على الصفقة محل التعاقد وتتبين ما إذا كان قد انخفض ثمن هذه الصفقة نتيجة

صدور القانون المذكور أو لم ينخفض ومدى ما سببه هذا الانخفاض – فى حالة تحقق حصوله – من إرهاق للمدين، إذ يشترط فى الإرهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ أن يكون من شأنه تهديده بخسارة فادحة، ولذلك فإن الخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى لإعمال الظروف الطارئة".

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٥- "نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى يستلزم فى الإرهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة، ومن ثم فإن الخسارة المألوفة فى التعامل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا تكفى لإعمال حكم الظروف الطارئة. وإذا كان الثابت أن الطاعنين قد تمسكوا فى مذكرتهم المقدمة أمام محكمة الاستئناف بأن الفارق بين ثمن الفدان من الأطيان المبيعة الثابت فى عقد البيع هو ٦٠٠ج، وبين ثمنه حسب تقدير الخبير بعد صدور قانون الإصلاح الزراعى، وهو ٤٥٠ج، ليس من شأنه أن يجعل تنفيذ التزام المطعون ضدهم مرهقا يجاوز حدود السعة، لأن هذا الفارق يعتبر من قبيل الخسارة المألوفة والتفاوت المعتاد فى الأسعار مما لا يسوغ معه تعديل الالتزام استنادا لنظرية الظروف الطارئة، وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى الذى يتصل بشرط أساسى من شروط إعمال حكم الظروف الطارئة، مكتفيا فى ذلك بالإحالة على الحكم السابق صدورة بندب الخبير، والذى لم يتعرض بدوره لهذا الدفاع، أو تقطع بتوافر شروط الإرهاق، بل قضى بندب الخبير ليتسنى له تقدير مدى توافره، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بقصور يبطله".

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٦/٩)

٦- "إن تدخل القاضى لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الإرهاق الذى أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر الإرهاق من ظروف الصفقة وملابساتها ومن أن ما طرأ على انخفاض القيمة الإيجارية للفدان بالإضافة إلى خفض

المساحة التى تزرع قصبا وما ترتب على ذلك من هبوط الريع السنوى للأطيان المبيعة هو من قبيل الخسارة التى ترهق كاهل المشترين إرهاقا يجاوز حد السعة، لما كان ذلك وكان ما أورده الحكم فى هذا الشأن سائغا ويدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإن النعى عليه – بأن الخسارة التى لحقت بالمشترين هى خسارة ضئيلة ومألوفة – يكون فى غير محله".

(طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

وتقدير مدى ما يرتبه الحادث من إرهاق للمدين مسألة موضوعية، يستقل بها قضى الموضوع من غير تعقيب عليه من محكمة النقض، طالما استند فى حكمه على أسباب تسوغه عقلا ومنطقا(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تدخل القاضى لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقا للمادة ١٤٧ من التقنين المدنى رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الإرهاق الذى أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين".

(طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٢)

٣٢١- أثر الحادث الطارئ:

بعد أن عرضت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ لشروط الحوادث الاستثنائية العامة أردفت: "جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ومفاد ذلك أن القانون قد خول القاضى سلطة تجاوز حدود مهمته العادية وهى التفسير، فأجاز له فى هذه الحالة أن يعدل العقد، وذلك بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وفى هذا يختلف الحادث الطارئ عن القوة القاهرة. فهذه تؤدى إلى انقضاء الالتزام وبذلك تقع تبعة الهلاك على عاتق واحد من الطرفين فحسب، وهو المدين فى

---

(١)عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٥١.

العقود الملزمة للجانبين، والدائن فى العقود الملزمة لجانب واحد. أما الحادث الطارئ فيجيز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبذلك تتوزع الخسارة على عاتق الطرفين.

وسلطة القاضى فى هذا الشأن مطلقة: بمعنى أن له الحرية فى اختيار الطريقة التى بها يحد من الإرهاق فى تنفيذ الالتزام.

وقد كان المشروع النهائى للمادة (١٥١) من المشروع التمهيدى (المقابلة للمادة ١٤٧ مدنى) تجيز القاضى "أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت كلمة "يرد "بكلمة" ينقص"(١).

والقاضى هو بصدد رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يرفع عن المدين كل ما طرأ عليه من عنت وضيق، وبعبارة أخرى كل ما يتهدده من خسارة فنظرية الظروف الطارئة لا تستهدف إلا مجرد التخفيف عن المدين رحمة به. ولا تتغيا إبعاد كل خسارة عنه. وهى إذ تفعل ذلك، تقصر التخفيف على العبء الاستثنائى الذى وقع، ولا تمس العبء العادى المألوف فى التعامل. فالخسارة العادية المألوفة فى التعامل يتحملها المدين وحده، ولا يحق له أن يطلب من القاضى تخفيف عبئها عنه(٢).

والمادة تنص على أن: "جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول". ولكنها لم تحدد نسبة معينة لتوزيع تلك الخسارة الاستثنائية بين الطرفين.

غير أن الفقه وقضاء محكمة النقض يسيران على توزيعها بالسوية بين الطرفين أى مناصفة بينهما(٣).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى وما ورد فى الأعمال التحضيرية بشأنه أنه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ، فإن للقاضى سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرهقا إلى الحد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨٥.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٦٠ – نبيل إبراهيم سعد ص٢٩٤.

(٣) السنهورى ص٥٢٩ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٢٠ – المستشار أنور طلبه ص٢٦.

المعقول، وهو حين يختار – فى حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه، لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويجعلها على الدائن وحده، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين، ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما".

(طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٥/٥)

٢- "ولا يترتب على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد كما حددتها المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى أن يرفع القاضى عن المدين كل ما لحق به من إرهاق ويلقى به على كاهل الدائن وحده، بل عليه أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين، مراعيا فى ذلك كافة الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما، ومن ثم فلا يجوز إعفاء المدين من التزامه إعفاء تاما".

(طعنان رقما ١٤٢ ، ١٦٦ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠)

ويمكن تصور ثلاثة طرق يستطيع القاضى بها أن يعدل الالتزام، وهى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، أو إنقاص الالتزام المرهق، أو وقف التنفيذ.

فقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وفى هذه الحالة يجب عليه أن يبقى على عاتق المدين ما يعتبر زيادة مألوفة فى عبء الالتزام، فلا يوزع على عاتق الطرفين سوى الزيادة غير المألوفة. مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كمية من القمح بسعر ثلاثة جنيهات للأردب، ثم يرتفع السعر بسبب حادث طارئ إلى تسعة جنيهات، ففى هذه الحالة تعتبر الزيادة المألوفة فى سعر القمح جنيها وهذه تبقى على عاتق المدين وما زاد على ذلك وقدره خمسة جنيهات يعتبر زيادة مألوفة وهذه توزع مناصفة على عاتق الطرفين، فيكون السعر الذى يقف عنده القاضى هو خمسة جنيهات ونصف.

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المرهق. وفى هذه الحالة يجب على القاضى أن يراعى ما ذكرناه فى الحالة السابقة فلا يوزع على عاتق الطرفين سوى الزيادة غير المألوفة فى عبء الالتزام.

مثل ذلك أن يتعد شخص بتوريد كمية من الخشب ثم يرتفع سعره ارتفاعا فاحشا بسبب قيام حرب أدت إلى وقف الاستيراد فنقص القدر الموجود منه فى السوق إلى حد كبير، ففى هذه الحالة يجوز القاضى أن ينقص الكمية التى التزم المدين بتوريدها وذلك بالقدر الذى يجعل الالتزام فى الحدود المعقولة مع مراعاة الاعتبار الذى ذكرناه.

ويستطيع القاضى أن يجمع بين هاتين الوسيلتين فى وقت واحد، يزيد من التزام الدائن وينقص من التزام المدين(١).

وقد يرى القاضى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتيا يقدر له الزوال فى وقت قصير(٢). و يوجد ضرر كبير على الدائن(٣). مثل ذلك أن تتعهد شركة للحكومة بإقامة كوبرى على النيل وتلتزم بتسليمه فى وقت معين، ثم يرتفع ثمن الحديد اللازم لإقامة الكوبرى ارتفاعا كبيرا بسبب حادث طارئ أدى إلى وقف الاستيراد. ففى هذه الحالة يستطيع القاضى أن يوقف التزام الشركة بالتسليم فى الموعد المتفق عليه إذا بان له قرب إمكان الاستيراد.

٣٢٢- لا يجوز للقاضى فسخ العقد:

إن جاز للقاضى إعمالا لنظرية الظروف الطارئة أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن ينقص من مداه أو يزيد فى مقابله، أو يوقف العقد.

إلا أنه يمتنع عليه فسخ العقد ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن "يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقص ولكن يرد إلى الحد المعقول بالتفصيل

---

(١) عبد المنعم الصده ص٣٣٩- ويلاحظ أن أثر إعمال نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية يختلف عنه فى العقود المدنية. فمن وجه أول، لا يستطيع القاضى إنقاص التزام المدين. ذلك لأن الفرض هو أن القيام بالعمل المناط بالمدين يتعلق بالصالح العام، ومن ثم فإنه يترتب على إنقاصه الإضرار بهذه الصالح. ومن وجه ثان، لا يستطيع القاضى إلزام الإدارة بأن تزيد فيما تدفعه مقابلا لما قدمه المدين المرهق. إذ أنه لا يملك أن يوجه أوامر للإدارة وهكذا لا يبقى أمام القاضى الإدارى، وفى مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة إلا الحكم للمدين المرهق بالتعويض (عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٥٩ هامش ٢).

(٢) السنهورى ص٥٢٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣١٩ – المستشار مصطفى هرجه ص٤٨٣ – عبد المنعم الصده ص٣٣٩ وما بعدها – جلال العدوى ص٢٥٨ – وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٦٣.

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣١٩ – عبد المنعم الصده ص٣٤٠ – نبيل سعد ص٢٩٤.

السابق[١]. ويؤيد ذلك ما قيل فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عند مناقشة المادة ٢/١٤٧ من أن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئا من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد"[٢].

ولا يقضى بالفسخ أيضا ولو طلب المدين ذلك، لأن فى القضاء بالفسخ تحميل للدائن وحده تبعة الحادث وهو ما لا يجوز[٣].

٣٢٣- رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قاصر على ما يراد تنفيذه بعد وقوع الحادث القهرى:

رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول – بالتفصيل السابق – لا يكون إلا بالنسبة إلى ما يراد تنفيذه بعد وقوع الحادث الطارئ.

---

(١) السنهورى ص٥٣٠ وما بعدها – أحمد حشمت أبوستيت ص٣٢٠ – سمير عبد السيد تناغو ص١٦٤ – المستشار مصطفى هرجه ص٤٨٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨٤.

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٢٠ – نبيل إبراهيم سعد ص٢٩٥ وقارن عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٦٣ هامش (٣) فيرى أنه يجوز فسخ العقد بناء على طلب المتعاقد الذى تعمل النظرية إضرارا به، كوسيلة للتحلل من آثار العقد، ويعلل ذلك بأن المادة ٢/١٤٧ وإن منحت المدين رخصة تعديل آثار العقد برد التزامه إلى الحد المعقول، وإن ألزمت الدائن بهذا التعديل، إلا أنها لا تلزمه به إلا إذا أراد الإبقاء على العقد. فللدائن أن يتفادى ذلك التعديل بفسخ العقد. صحيح أن هذه الرخصة التى يقول بها للدائن لا تجد لها سندا فى ذات نص المادة ٢/١٤٧ ولا فى الأعمال التحضيرية التى اكتنفت وضعه، ومع ذلك فإنه يراها أولى بالاتباع. ذلك لأن تعديل آثار العقد بحكم القاضى أمر استثنائى يتنافى مع المبدأ الأساسى القاضى بقوته الملزمة، الأمر الذى يتحتم معه أن ينظر إليه فى حدود الروح الذى ينبغى أن تسود المادة ٢/١٤٧ ونظرية الظروف الطارئة التى أرادت أن تتبناها، وهى روح الرأفة بالمدين دون التضحية كلية بالدائن. فإن توجب على هذا الأخير أن يذعن لما يراه القاضى من تعديل فى العقد، فيلزم أن يكون ذلك مقصورا على الحالة التى يريد فيها الإبقاء عليه قائما، دون حرمانه من الرخصة فى أن يتجنب هذا التعديل بطلب فسخ العقد.
وقارن أيضا عبد المنعم ص٣٤٠ فيرى أنه فى جميع الأحوال التى يرى فيها القاضى تعديل الالتزام على أن يكون للدائن الخيار، فله أن يقبل ما يراه القاضى وله أن يختار فسخ العقد دون تعويض. فلا وجه لأن يفرض على الدائن التعديل الذى يراه القاضى إذا كان الدائن يؤثر التخلى عن الصفقة، لاسيما وأن فسخ العقد يكون أصلح للمدين إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ أما المدين فواضح أنه لا يحق له طلب الفسخ.

مع استثناء ما يكون المدين قد تقاعس عن تنفيذه بخطئه قبل ذلك، إذا كان الدائن قد أعذر المدين بأدائها، لأن عدم إعذاره، يجعله متسامحا، وكأنه مد للمدين أجل الوفاء بها.

فما وقع وفاؤه من الالتزام، أو حل أجله وقصر المدين فى أدائه فيه قبل طروء الحادث رغم إعذار الدائن له، لا يدخل فى الاعتبار عند إعمال نظرية الظروف الطارئة، فإذا أبرم بيع مثلا بثمن مجزأ على أقساط، ووقع الحادث الطارئ بعد حلول أجل بعض تلك الأقساط، فإن ما دفع بالفعل منها، أو لم يدفع بتقصير المشترى رغم إنذاره لا تطبق النظرية فى شأنه. ويقتصر إعمالها على باقى الأقساط، سواء ما حل أجلها منها بعد وقوع الحادث الطارئ، وما حل أجلها قبل ذلك ولم يعذر الدائن المدين بأدائها.

وليس كل ما يجئ من تنفيذ الالتزام بعد وقوع الحادث الطارئ يخضع بالضرورة للنظرية، وإنما يقتصر أثرها على ما يتوافر فى شأنه شرط الإرهاق فحسب. فأقساط الثمن المستقبلة التى يتبين للقاضى أن هناك احتمالا لزوال أثر الطارئ عند استحقاقها ينبغى أن تبعد من دائرة إعمال نظرية الظروف الطارئة فلا يتناولها التخفيف. وإن كان يمكن بطبيعة الحال إجراء التخفيف عليها بعد ذلك إذا استمر الإرهاق فى شأنها(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مؤجلا أو مقسطا لا يحول دون إعمال الجزاء المنصوص عليه فيها – وهو رد الالتزام إلى الحد المعقول – على الوجه الذى يتطلبه القانون ذلك أن القاضى لا يعمل هذا الجزاء إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة أما باقى الأقساط المستقبلة فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا بزوال أثر ذلك الحادث عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة".

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٦٢ – المستشار أنور طلبه ص٢٦- نبيل سعد ص٢٩٤.

٢- "فى حالة إعمال حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مقسطا يجب على القاضى ألا يعمل الجزاء المنصوص عليه فى هذه الفقرة إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة، أما باقى الأقساط المستقبلة فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة، كما أنه لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقع الحادث، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا إلى خطأ المدين".

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٣٢٤- إعمال أثر الظروف الطارئة واجب على القاضى إذا توافرت شروطها:

لا يفهم من عبارة "جاز للقاضى" الواردة فى نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) أن للقاضى سلطة تقديرية فى إعمال أثر النظرية أو عدم إعماله، برغم توافر شروطها، بل تعين عليه هذا الإعمال(١).

وقد جاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى:

"... وفيما يتعلق بالملاحظة الثانية أن كل النصوص المتعلقة بالجواز لا تعطى للقاضى سلطة تقديرية مطلقة، وإنما تعطيه رخصة بشرط تحقيق ظروف معينة. بمعنى أنها تجيز للقاضى عمل شىء معين. إذا ما تبينت له شروط معينة، واستعمال هذه الرخصة خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التى تبيح هذا الاستعمال"(٢).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٥٩ هامش (١).

(٢) رد الدكتور بغدادى على ملاحظة رئيس لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أنه: "يتبادر إلى الذهن أن الجواز فى عبارة "جاز للقاضى.." معناه أن إنقاص الالتزام المرهق خاضع لتقدير القاضى".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨٤ وما بعدها)

٣٢٥- وجوب طلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

إعمال أثر نظرية الظروف الطارئة، منوط بطلب المدين ذلك، فلا يجوز للقاضى أن يعمل هذه النظرية من تلقاء نفسه، ذلك أن إعمالها رخصة للمدين له أن يفيد منها أو يحجم عنها.

٣٢٦- زوال الحادث الطارئ بعد تعديل العقد:

إذا زال الحادث الطارئ الذى قضى برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بسببه، وجب الحكم بانتهاء هذا التعديل والرجوع بالتالى إلى ما كان يقضى به العقد من قبله، وذلك بالنسبة إلى ما يرتفع عنه أثر الظرف الطارئ من تنفيذ الالتزام. ويعزى ذلك إلى تطبيق قاعدة أن العلة تدور مع المعلول وجودا أو عدما. غير أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يعود المدين مرة أخرى للقاضى، ويطلب منه إجراء تعديل جديد فى عبء التزامه، إذا نشأ ظرف طارئ أخر صعب عليه تنفيذ الالتزام أكثر من الأول، وذلك كله مع مراعاة حجية الأمر المقضى بطبيعة الحال(١).

٣٢٧- لا يجوز التمسك بنظرية الحوادث الطارئة لأول مرة أمام محكمة النقض:

لا يجوز التمسك بنظرية الحوادث الطارئة لأول مرة أمام محكمة النقض، لأن الادعاء بقيام حادث طارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقا هو دفاع يخالطه واقع، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا لم يطلب الطاعن (المشترى) أمام محكمة الموضوع تطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا يجوز له إبداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٧/٣)

٢- "ادعاء – البائع- بأن عدم ترخيص الحجر الزراعى بثمن البضاعة يعد حادثا طارئا يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، هو دفاع يخالطه واقع وإذ لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع، فلا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٦٤.

٣٢٨- سلطة القاضى فى تعديل العقد مما يتعلق بالنظام العام:

سلطة القاضى فى تعديل العقد، فى حالة الحوادث الطارئة تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز فى أى عقد من العقود الاتفاقية على أنه لا يجوز تعديله بواسطة القاضى ولو تحققت شروط نظرية الحوادث الطارئة. فمثل هذا الشرط يقع باطلا. وهو ما يقرره نص الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ 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(١).

وهذا فارق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة فضلا عن الفوارق التى تقدم ذكرها، إذ أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة (م١/٢١٧ مدنى).

ويرى البعض أن علة هذه التفرقة، بالرغم من كون الحادث الطارئ أقل خطرا من القوة القاهرة، أن الأول أكثر وقوعا فى الحياة العملية من الثانية، وهذا يجعل المتعاقد القوى يتجه إلى الاحتياط ضد الحادث الطارئ أكثر مما يتجه إلى ذلك ضد القوة القاهرة.

غير أنه لا مانع يمنع من أن يقبل المدين كل نتيجة الحادث بعد وقوعه، لأنه يكون قد رفض حماية القانون فى وقت يستطيع أن يقدر مصلحته دون مؤثر خارجى(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان الحكم قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى، وانتهى من ذلك إلى تقرير ذات التخفيض تأسيسا على أن تطبيق هذه النظرية من النظام العام. فى حين أن النص فى الشطر الأخير من المادة المشار إليها على أن "يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" يدل على بطلان الاتفاق مقدما على استبعاد تطبيق هذه النظرية أما بعد وقوع الحادث الطارئ حيث تنتفى مظنة الضغط على المدين المرهق فيجوز له النزول عن التمسك بذلك التطبيق. مما مؤداه ألا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب. لما كان ذلك وكان البين من أوراق الطعن أن المطعون ضده الأول لم يتمسك بتطبيق هذه النظرية

---

(١) عبد المنعم الصده ٣٤١ – سمير عبد السيد تناغو ص١٦٤ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٢ – نبيل سعد ص٢٩٥.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٢٠ – عبد المنعم الصده ص٣٤١ – نبيل سعد ص٢٩٥.

ولم يؤسس دعواه عليها، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه قصور فى التسبيب يوجب نقضه".

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/١/٩)

٣٢٩- تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة:

لم يقتصر التقنين المدنى الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصا أخرى تطبق النظرية فى حالة خاصة.

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما القانون الجديد، بل كان القانون القديم يشتمل عليهما هما:

١- نظرة الميسرة:

إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى على أن: "على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر (المدين) إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

(أنظر فى التفصيل شرح المادة المذكورة).

٢- تخفيض أجر الوكيل:

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى على أن: "إذا اتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى.." وهذا النص فى بعض صوره يكون تطبيقا لنظرية الحوادث الطارئة إذا جد بعد إبرام الوكالة حاث طارئ يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته[١].

كذلك استحدث القانون الجديد نصوصا أخرى، تعد تطبيقات لهذه النظرية مثل: إنهاء الإيجار بالعذر (المادة ٦٠٨)، وتعديل حق الارتفاق (المادة ١٠٢٣)، وزيادة أجر المقاول أو فسخ عقد المقاولة عند حدوث ما يخل بالتوازن الاقتصادى بين التزامات الطرفين (المادة ٤/٦٥٨). غير أنه كثيرا ما تختلف هذه الأحكام عن أحكام هذه

---

(١) السنهورى ص٥٣٢ هامش (٢).

النظرية. مما دعا البعض إلى القول بأن هذه الحالات لا تعد من تطبيقات النظرية[١]، عدا الحالة الأخيرة، بل تستند إلى اعتبارات أخرى[٢].

٣٣٠- سريان نظرية الحوادث الطارئة من حيث الزمان:

ذكرنا سلفا أن نظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى مستحدثة فى التقنين المدنى الجديد.

وبداهة لا تسرى هذه النظرية على عقد أبرم ونفذ مثل سريان القانون المدنى الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) حيث يخضع العقد للقانون القديم.

وبداهة أيضا تسرى هذه النظرية على العقود التى تبرم ابتداء من تاريخ العمل بالتقنين الجديد.

أما الحالة التى تثير خلافا فهى الحالة الوسطى، بأن يكون العقد قد تم فى ظل القانون القديم وتراخى تنفيذه إلى ما بعد صدور القانون الجديد.

فقد ذهب رأى إلى خضوع الأحكام التى يجرى تنفيذها بعد العمل بالقانون الجديد، لهذا القانون، تأسيسا على أن أحكام النظرية من النظام العام ومن ثم تسرى بأثر فورى على وقائع التنفيذ التى تستجد منذ نفاده[٣].

بينما يذهب رأى آخر إلى عدم سريان النظرية على وقائع التنفيذ المذكور، لأن النص وإن تعلق بالنظام العام إلا أنه يقوم فى الواقع على حماية مصلحة الأفراد وهى على أى حال تهدف إلى توفير الحماية لمن يتعاقد لتخفيف العبء عمن سبق أن تعاقد ولذا فالأولى إنفاذ قانون العقد وعدم تطبيق النظرية على العقود السابقة[٤].



(١) عبد المنعم الصده ص٣٤١.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٦٨.

(٣) السنهورى ص٥٣٣ وما بعدها - عبد المنعم الصده ص٣٤٣ - سمير عبد السيد تناغو ص١٦٥.

(٤) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٢١.

مادة (١٤٨)

١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

الشرح

٣٣١- وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية:

إذا تعددت الطرق الممكنة لتنفيذ العقد فقد يحصل أن يكون التنفيذ بإحدى هذه الطرق أصلح للمتعاقد منه بطريقة أخرى، ومن ثم فإن كيفية التنفيذ قد تكون عنصرا فى تحديد مضمون العقد.

وكان القانون الرومانى يفرق فى العقود والدعاوى بين عقود القانون الضيق (حرفية التنفيذ) وهذه يلتزم فيها القاضى بالرجوع إلى حرفها ونصها لا يتجاوزه إلى البحث عن نية المتعاقدين، وبين عقود حسن النية، وهذه يجوز للقاضى أن يتقصى فيها النية الفعلية فيتجاوز الألفاظ والنصوص التى استعملت فى التعبير عنها فيكشف عما يكون هناك من غش سترته الألفاظ وتحايل سبكته نصوص العقد.

أما فى القوانين العصرية فجميع العقود تخضع لمبدأ وجوب تنفيذها بحسن نية حتى العقود الشكلية.

وعلى القاضى أن يتقصى بجميع الطرق الإرادة الفعلية للطرفين، أى الغرض الذى يقصدان إليه.

ويبدو من ذلك أن هذا المبدأ إنما يتعلق بتفسير العقد(١).

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد، فنصت الفقرة الأولى من المادة (١٤٨) على أن: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"(٢).

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٣٨٦ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣١٤.

(٢) وكانت المادة (٢١٤) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٤٨) مدنى تنص فى فقرتها الأولى على أن: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية=

ومقتضى حسن النية من المتعاقد أن يختار فى تنفيذ العقد الطريقة التى تفرضها الأمانة والنزاهة فى التعامل. وينتفى حسن النية بتوافر الغش وكذلك بارتكاب الخطأ الجسيم.

ومثل الغش فى تنفيذ العقد والذى يتنافى مع ما يوجبه حسن النية، التنفيذ الذى يقوم به الدائن على نحو يجعل التزام المدين أشد كلفة، فالمقاول الذى يتعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء إذا قام بتوصيلها من طريق بعيد رغم أنه كان فى مكنته توصيلها من طريق أقرب يعد سيء النية، وكذا سائق السيارة الأجرة الذى يقوم بتوصيل الراكب من طريق بعيد متعمدا ترك الطريق الأقرب يعد سيء النية.

ومثل الخطأ الجسيم الذى ينفى حسن النية أن يقوم الناقل بنقل أجهزة دقيقة عبر طريق وعر بالرغم من وجود طريق آخر ممهد لا يؤدى إلى إتلاف الأجهزة(١).

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان فى عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م٢/٣٤٦).

ويجازى سوء النية فى عدم تنفيذ العقد، فيلزم المدين فى المسئولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذى كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين

= وما يقتضيه شرف التعامل"– وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف فى شرف التعامل. وبهذا يجمع المشروع بين معيارين: أحدهما ذاتى قوامه نية التعاقد، وقد اختاره التقنين الفرنسى، والآخر مادى يعتد بعرف التعامل، وقد أخذ به التقنين الألمانى". وأثناء مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى اقترح معالى حلمى عيسى باشا حذف عبارة "وما تقتضيه نزاهة التعامل من الفقرة الأولى خصوصا وأنها تدخل تحت مدلول حسن النية المنصوص عليه فى نفس الفقرة فوافقت اللجنة بالإجماع على ذلك وعللت بتقريرها حذف عبارة وما تقتضيه نزاهة التعامل بأنه فى عموم تعبير حسن النية ما يغنى عنها **(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨٨ وما بعدها)**.

ويرى الدكتور السنهورى – بحق – ص٥١١ وما بعدها أن اللجنة عندما حذفت المعيار الثانى الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائى، قد استبقت فى الواقع المعيار الذاتى دون المعيار المادى. أما ما ذكرته فى تقريرها من أنها حذفت العبارة التى تقرر المعيار المادى "لأن فى عموم تعبير حسن النية وهذا هو المعيار الذاتى ما يغنى عنها" فغير صحيح، لأن المعيار الذاتى لا يغنى عن المعيار المادى. لذلك يجب بعد هذا التعديل، الاقتصار على المعيار الذاتى، وهو معيار حسن النية.

(١) السنهورى ص٥١٢ – عبد المنعم الصده ص٣٢٨ – المستشار أنور طلبه ص٤٩ وما بعدها.

فى عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م٢/٢٢١). وهذا وذاك ينمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمر بحسن النية فى تنفيذ العقد[١].

وفى فريق من العقود يقتضى حسن النية أن يتعاون الطرفان فى تنفيذ العقد. ففى مثل هذه العقود يجب على كل من المتعاقدين أن يقوم بما يفرضه عليه هذا التعاون. وقد أورد القانون بعض تطبيقات لهذه الفكرة. من ذلك أن الشركة يجوز حلها إذا أخل أحد الشركاء بواجب التعاون مع زملائه (م٥٣٠ ، ٥٣١ مدنى).

وفى عقد البيع يجب على المشترى أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى الوقت الملائم (٤٤٠ مدنى). وإذا كشف المشترى عيبا فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى خلال مدة معقولة (م٤٤٩ مدنى). وفى عقد الإيجار إذا ادعى أجنبى حقا يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك (م٥٧٢ مدنى).

كما يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة، أو ينكشف عيب بها، أو يقع اغتصاب عليها، أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها، أو بإحداث ضرر بها (م٥٨٥ مدنى)[٢].

بل ذهبت المحاكم فى هذا المجال إلى حد إلزام المحترف ببيع مواد قابلة للانفجار بأن ينبه المشترى إلى طريقة الوقاية من انفجارها.

والتزام المتعاقد بمراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد التزام يفرضه القانون، وهو يوجب على المتعاقد ألا يحيد عن حسن النية فى تنفيذه لالتزامه، وفى مطالبته بحقه. فهو يسأل عن الإخلال بهذا الالتزام مسئولية عقدية. وبذلك تغنى هذه المسئولية عن الالتجاء إلى فكرة التعسف فى استعمال الحق فى هذه الحالة. تلك الفكرة التى تكون المسئولية على أساسها مسئولية تقصيرية[٣].

٣٣٢- إثبات تنفيذ العقد بحسن نية:

الأصل فى تنفيذ العقد أن يكون بحسن نية، فإذا ادعى الدائن تنفيذ العقد بسوء نية،

---

(١) السنهورى ص٥١٢ – سمير عبد السيد تناغو ص١٥٤.

(٢) السنهورى ص٥١٢ – عبد المنعم الصده ص٣٢٨.

(٣) عبد المنعم الصده ص٣٢٨ وما بعدها – المستشار مصطفى هرجه ص٤٩٦.

كان عليه عبء إثبات ذلك. وله الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية باعتبار أن الغش والخطأ الجسيم واقعتان ماديتان(١).

وتوافر حسن النية من عدمه مسألة تقديرية تخضع لتقدير محكمة الموضوع(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"بحث حسن النية فى تنفيذ العقد من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق المطلق فى تقديرها".

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١١/١٥)

٣٣٣- تحديد نطاق العقد:

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ على أن: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

فتحديد مضمون العقد أى بيان الأحكام التى يشتمل عليها، من الأهمية بمكان، لأن مآل العقد إلى تنفيذه، ويتم تنفيذه بإعمال الأحكام التى يتضمنها.

والعقد لا يقتصر على الأحكام المنصوص عليها فيه، وفقا للإرادة المشتركة للمتعاقدين وتلك التى يقضى بها القانون، ويكون من شأنها أن تسرى عليه. بل يضاف إلى ذلك ما هو من مستلزمات العقد.

وقد أوضحت الفقرة الثانية المذكورة أن تحديد مستلزمات العقد، يكون وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام(٣).

---

(١) المستشار أنور طلبه ص٤٩.

(٢) نبيل سعد ص٢٨٧.

(٣) وكانت الفقرة الثانية من المادة (٢١٤) من المشروع التمهيدى المقابلة للفقرة الثانية من المادة (١٤٨) مدنى تنص على أن: ".... ولكن يلزمه أيضا بما تقتضيه طبيعة الالتزام، وفقا للعدالة والعرف والقانون" – وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية عليها وأصبح نصها النهائى.

".... ولكن يلزمه أيضا بما تقتضيه طبيعة الالتزام وفقا للقانون والعرف والعدالة" – إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استعاضت عن عبارة "ولكن يلزمه أيضا بما تقتضيه طبيعة الالتزام "بعبارة" ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته" وأضافت عبارة "بحسب طبيعة الالتزام" وجاء بتقريرها أن التعديل "يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٨٧ وما بعدها)

ونعرض فيما يلى للمقصود بمستلزمات العقد.

٣٣٤- المقصود بمستلزمات العقد:

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدنى نصت على ألا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

والمقصود بمستلزمات العقد، الأمور التى تحتمها طبيعة العقد والغاية التى يستهدفها وفقا للقانون والعرف والعدالة. ونعرض لهذه العناصر الثلاثة فيما يلى.

١- القانون:

القانون بما فيه من قواعد مكملة يساهم إلى حد كبير فى تحديد نطاق العقد. فإذا اتفق المتعاقدان على ما يخالف هذه القواعد سرى هذا الاتفاق. وإن سكتا عما يخالفها اعتبرت جزءا من العقد. ولذلك فإن كل عقد تكمله أحكام القواعد المكملة فى القانون الذى أبرم هذا العقد فى ظله. فإذا تغيرت أحكام هذه القواعد فى قانون لاحق فإن أحكام هذا القانون لا تسرى على العقود التى أبرمت تحت سلطان القانون السابق(١).

ومثل ذلك ما يأتى:

(أ)- ما تقضى به المادة ٤٣٢ مدنى من أن: "يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين". ومن ثم يشمل بيع العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها.

ويشمل بيع السيارة كل الأدوات اللازمة لتسييرها.

ويشمل بيع المتجر السجلات التى تبين ما للتاجر من حقوق وما عليه من ديون.

(ب)- ما تنص عليه المادة ٤٦٣ مدنى من أن: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن".

---

(١) عبد المنعم الصده ص٣٢٦.

(ج)- ما تنص عليه المادة ٥٦٤ مدنى من أن: "يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تصلح معها لأن تفى بما أعدت له من المنفعة، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين.

(د)- ما تنص عليه المادة ٥٦٦ مدنى من أنه: "يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى نصوص المواد ٢/١٤٨ ، ٥٦٤ ، ٥٦٦ ، ٤٣٢ من القانون المدنى أن العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره فى العقد بشأنها وإنما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب إعمال اتفاقهما فإن لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء واتباع العرف دون التقيد فى هذا الخصوص بوسيلة بعينها من وسائل الإثبات لأن هذه الأمور هى من قبيل الواقع المادى الذى يجوز إثباته بكافة الطرق، ولما كان عقد الإيجار المؤرخ... شأنه فى ذلك شأن عقد الإيجار المؤرخ.... لم يحدد ملحقات العين المؤجرة ولم يتضمن من جهة أخرى ما ينفى وجودها فإن طرفيه يكونان قد تركا أمر تحديد الملحقات لحكم المادة ٥٦٦ مدنى باعتبارها مكملة لإرادتهما".

(طعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٤)

(هـ)- ما تنص عليه المادة ٣/٥٦٧ مدنى من أن: ".... ويلزم المؤجر بثمن المياه إذا قدر جزافا...الخ".

(و)- ما تنص عليه المادة ٦٢٢ مدنى أن: "الإيجار فى المزارعة تدخل فيه الأدوات الزراعية والمواشى التى توجد فى الأرض وقت التعاقد إذا كانت مملوكة للمؤجر"(١).

٢- العرف:

المقصود بالعرف فى هذا المجال، العرف باعتباره مصدرا رسميا للقانون، والذى تقابل به العادة الجارية التى لم تبلغ مبلغ العرف الملزم التى يلجأ إليها فى التفسير -

(١) جلال على العدوى ص٢٥١ - أحمد حشمت أبو ستيت ص٣١٢ وما بعدها.

كما سنرى – كما يلحق بالعرف ما يسمى بالشروط المألوفة (.....) التى جرى العرف على إضافتها إلى العقد فتعتبر أنها جزء منها ولو لم تذكر صراحة، كالنسبة المئوية التى تضاف لحساب الخدمة على كشف حساب الفندق أو المطعم(١).

والعرف يقوم بدور فعال فى العقود التجارية والحساب الجارى.

غير أنه لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد الذى تم بينه وبين الطرف الآخر فى العقد إذ لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجارى، ويكون اتفاقهما ملزما لهما".

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٣- قواعد العدالة:

للقاضى أن يلجأ إلى قواعد العدالة لتعيين نطاق العقد. مثل ذلك أن من يبيع متجره يلزم عدالة نحو المشترى بألا ينافسه بقصد انتزاع عملاء المتجر. والعامل الفنى الذى يطلع على الأسرار الصناعية لمصنع يلتزم عدالة بألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع آخر ولو لم يشترط عليه ذلك (م٦٨٦ مدنى).

وفى عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية إذا كان من شأنها أن تؤثر فى التبعية التى تحتملها الشركة(٢).

وكذلك الالتزام بضمان سلامة الشخص المتعاقد الذى قرره القضاء الفرنسى فى بعض العقود كعقد نقل الأشخاص(٣).

ويمكن أن يقال بالالتجاء أيضا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل الالتجاء إلى قواعد العدالة رغم عدم نص المشرع على ذلك بصدد تكملة العقد – على أساس أنها

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣١٣ – عبد المنعم الصده ص٣٢٦ وما بعدها.

(٢) السنهورى ص٥٠٧.

(٣) المستشار مصطفى هرجه ص٤٩٧.

مصدر من مصادر القانون المصرى بصفة عامة، يرد ترتيبه بعد العرف. ولكنه يبقى أن يراعى فى ذلك المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر فى التشريع هو المبادئ الكلية التى قد لا تتعرض كثيرا للجزئيات(١).

٣٣٥- تحديد نطاق العقد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض:

مادام أن تحديد نطاق العقد عبارة عن بيان الآثار القانونية التى تترتب على العقد فإنه يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

فإذا قصر القاضى فى إدخال التزام كان يجب عليه أن يرتبه على العقد، كان هذا مؤديا إلى نقض الحكم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"العقد قانون العاقدين، فالخطأ فى تطبيق نصوصه خطأ فى تطبيق القانون العام يخضع لرقابة محكمة النقض. ففى دعوى المقاول الذى لم يدفع للمدعى عليه (وزارة الحربية) غير التأمين المؤقت وعندما أعلن بقبول عطائه وكلف بإيداع التأمين النهائى امتنع ولم يحرر عقد التوريد، وطلب إعفاءه من التعهد فألغى المدعى عليه عطاءه وانصرف إلى غيره فى استيراد المطلوب له فى هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها الذى كان يجب تطبيقه، فلمحكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل فى الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق. ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها الآخر على الدعوى هو ما يدخل فى ولاية قاضى الموضوع دون رقابة عليه فيما يرتبه من تفسير هذه الشروط، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٥٥ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٧/١٢/٢٣)



(١) المستشار مصطفى هرجه ص٤٩٨.

مادة (١٤٩)

إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

الشرح

٣٣٦- سلطة القاضى فى تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن فى عقود الإذعان من هذه الشروط:

يتضمن نص المادة (١٤٩) إحدى الحالات البارزة فى التقنين الحالى التى أعطيت للقاضى فيها سلطة تعديل العقد، وهى سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية التى تقتصر على التفسير.

فإذا بان للقاضى توافر الشروط التى يلزم توافرها حتى يعد العقد قد انعقد بطريق الإذعان – بالتفصيل الذى أوردناه فى شرح المادة (١٠٠) مدنى – وأن من بين شروط العقد ما يعد شرطا تعسفيا، كان له إما أن يعدل الشرط بحيث يزيل ما فيه من تعسف، وإما أن يعفى الطرف المذعن منه إعفاء تاما، وليس هناك من حدود لما يراه فى هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة. فالعدالة هى الدافع إلى تعديل الشرط أو الإعفاء منه. وبذلك يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضى أن يحمى الطرف المذعن من الشروط التعسفية التى يفرضها عليه محتكر قانونى أو فعلى[1]. ولا يحول بين الطرف

---

(١) السنهورى ص١٩٥ – عبد المنعم الصده ص١٢٠.

وفى ظل القانون القديم، حيث لم يوجد نص مقابل للمادة (١٤٩)، كان القضاء يعتبر عقود الإذعان عقودا حقيقية واجبة الاحترام، فكان يطبق شروط العقد المطبوعة والمكتوبة على السواء، إلا أنه كان يغلب عند الاختلاف الشرط المكتوب على الشرط المطبوع، كما أنه كان يتساهل احيانا فى الاعتراف بوجود عيب فى الإرادة حتى يهئ طريق الخلاص من العقد، كما أنه لم يكن يتبع القاعدة العامة فى تفسير العقود (م١٤١ من القانون القديم)، من أن الشك يفسر لمصلحة المدين، بل كان يفسر الشك دائما لمصلحة الطرف المذعن، دائنا كان أو مدينا، وذلك حتى تتحقق الحكمة التى توخاها الشارع من وضعه لتلك القاعدة الخ (أحمد حشمت أبو ستيت ص١٠٤ وما بعدها).

المذعن وبين حقه فى طلب حمايته من الشرط التعسفى، سبق علم هذا الطرف بهذا الشرط ومدى تعسفه قبل أن يقدم على إبرام العقد. وذلك لمطلق عموم النص، ولأنه لم يكن بوسع الطرف المذعن عدم الانصياع لهذا الشرط إلا بالامتناع عن التعاقد وهو ما يؤدى إلى حرمانه من الحصول على السلعة أو الخدمة رغم كونها ضرورية. ومن ثم يتعطل الهدف الذى توخاه المشرع وهو تمكين الجمهور من الحصول على السلع والخدمات الضرورية فى ظل حمايته من تعسف المسيطر عليها(١).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٢١٣ – المستشار عزت حنوره سلطة القاضى فى نقض وتعديل المعاملات طبعة ١٩٩٤ ص٣١٩ وما بعدها – ولا ينال من ذلك ما جاء على خلافه بمذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ٢١٧ فقرة أولى المقابلة للمادة (١٤٩) مدنى لأن ما جاء بهذه المذكرة كان يتفق مع ما جاء بنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ والذى عدل فيما بعد فأصبح النص بعد تعديله لا يتفق ما جاء بالمذكرة.

وتفصيل ذلك أن المادة (٢١٧ فقرة أولى) كانت تنص على أن: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التى تضمنها العقد، جاز للقاضى أن يجعل ذلك محلا للتقدير".

وجاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"فالأصل أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة ففى مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت فيه بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج فى عقود الإذعان من الشروط الجائرة فالإلتجاء إلى التفسير يتعين بشأنها، ولو كانت واضحة العبارة بينة السياق. فمن واجب القاضى أن يتثبت فى هذه الحالة مما إذا كان العاقد المذعن قد تنبه إلى هذه الشروط، فإذا استوثق من تنبه هذا العاقد إليها كما لو كان العاقد الآخر قد احتاط فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد فى عقد مطبوع، تحتم عليه إمضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات أما إذا تبين أن العاقد المذعن لم يتنبه إلى الشروط الجائرة فعليه أن يستبعدها وينزل على أحكام القواعد العامة.

فى هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله، متى تنبه إليه العاقد وارتضاه. فالإذعان لا يختلط بالإكراه، بل إن التوحيد بينهما ينبو به ما ينبغى للتعامل مع أسباب الاستقرار. ثم إن ما يولى من حماية إلى العاقد المذعن ينبغى أن يكون محلا لأحكام تشريعية عامة – كما هو الشأن فى حالة الاستغلال – أو لتشريعات خاصة".

غير أن المادة عدلت فى لجنة المراجعة وأصبح نصها التالى:

"إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن من تنفيذها وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". =

٣٣٧- بطلان الاتفاق على عدم تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها :

الحق الذى يقرره القانون للطرف المذعن فى تعديل الشروط التعسفية التى يتضمنها العقد بما يرفع عنه إجحافها أو فى إعفائه من تلك الشروط كلية، يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإن الحق فى تعديل الشروط التعسفية أو فى الإعفاء منها يثبت للطرف المذعن، ولو اتفق المتعاقدان على غير ذلك. ويقع هذا الاتفاق باطلا وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٩ فى عجزها من أنه: "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"(١).

٣٣٨- سلطة القاضى فى اعتبار الشرط تعسفيا :

تقدير ما إذا كان الشرط يعد تعسفيا أم لا مسألة وقائع يتبين منها القاضى فى ضوء الظروف مدى ما فى الشرط من جور وشدة. ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذ به(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى النص فى المادة ١٤٩ من القانون المدنى أنه إذا تضمن العقد الذى تم بطريق الإذعان شروطا تعسفية فإن للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وفقا لما تقضى به العدالة، ومحكمة الموضوع هى التى تملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا. وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى بأسباب سائغة إلى اعتبار الشرط الوارد بالبند الثانى من العقد شرطا تعسفيا رأى الإعفاء منه، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن جدل موضوعى غير مقبول".

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢)

= وقد وافق مجلس الشيوخ على النص المذكور، أى بصيغته الراهنة، وبذلك أصبح النص مجردا من عبارة "وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التى تضمنها العقد".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٩١ وما بعدها)

(١) السنهورى ص١٩٥ وما بعدها – جلال العدوى ص٢٥٣ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٢١٤.

(٢) السنهورى ص١٩٥- أحمد حشمت أبو ستيت ص١٠٦.

٣٣٩- تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها لا يجرى دون طلب:

رغم أنه لا يجوز للطرفين الاتفاق على عدم تعديل الشروط التعسفية بالعقد أو الإعفاء منها لتعلق ذلك بالنظام العام كما رأينا، إلا أن إعمال أثر الحماية من الشرط التعسفى لا يتعلق بالنظام العام. فلا يجوز للقاضى أن يعمل سلطته فى هذا الخصوص إلا بناء على طلب الطرف المذعن. ولكنه متى طلب هذا الطرف حمايته من ذلك الشرط التعسفى، لا يتقيد بذلك الوسيلة المطلوبة، وإنما يكون له اختيار الوسيلة التى يراها أنسب لتحقيق العدالة ورفع التعسف. فقد يطلب الطرف المذعن إعفاءه كلية من الشرط الجائر، فيرى القاضى الإبقاء على الشرط مع تعديله على نحو يزول به التعسف(١).

ويجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضى إعمال تلك الرخصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضى الموضوع. ولكن لا يجوز له أن يطلب إعمالها لأول مرة أمام محكمة النقض، لأن التمسك به يتخالط مع واقع(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بعدم جواز تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المذعن طبقا للمادة ١٥١ من القانون المدنى غير مقبول، ذلك أنه يتضمن دفاعا جديدا لم يسبق طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع".

(طعن رقم ١٦٩ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٣٤٠- تفسير الشك فى مصلحة الطرف المذعن:

لم تقتصر حماية القانون للطرف المذعن على تخويله الحق فى أن يطلب من القاضى تعديل الشروط التعسفية التى قد يتضمنها العقد بما يرفع إجحافها حسب مقتضيات العدالة، أو يطلب الإعفاء منها كلية وإنما يقرر القانون وسيلة أخرى لحماية الطرف المذعن، وتتمثل هذه الوسيلة فى وجوب تفسير الشك – إن وجد – فى مصلحة الطرف المذعن. وفى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة (١٥١) مدنى على أن:

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٣٢٠ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٢١٤.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٢١٤ – المستشار أنور طلبه ص٥٦.

"ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير الشك الذى تتضمنه العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ١٥١).

٣٤١- حماية الطرف المذعن فى بعض العقود:

حرص الشارع أيضا فى التقنين المدنى الجديد على أنه يكفل حماية تشريعية للطرف المذعن. فأورد تنظيما خاصا للعقود الجديرة بهذا التنظيم، وهى عقد التزام المرافق العامة (م٦٨٨ – ٦٧٣ مدنى) وعقد العمل (م٦٧٤ – ٦٩٨). وعقد التأمين (م٧٤٧ – ٧٧١ مدنى)، كما أصدر القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون العمل والذى سبقته تشريعات أخرى.

٣٤٢- عدم تطبيق المادة (١٤٩) على العقود الإدارية:

لا تطبق المادة (١٤٩) على العقود الإدارية، فهى لها خصائص معينة وتتضمن شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ) ترخيص مصلحة الجمارك للشركة الطاعنة بتشغيل معمل لإنتاج المشروبات الكحولية تحت نظام الإيداع بشروط معينة تتضمن جميعها التزامات على الشركة وحدها، ليس فى حقيقته عقدا بالمعنى القانونى وإنما هو قرار إدارى أصدرته مصلحة الجمارك وفقا لأحكام المرسوم الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٣٤ الخاص برسم الإنتاج على الكحول والذى كان معمولا به وقت إعطاء هذا الترخيص. ومن ثم فمتى كان الحكم المطعون فيه قد أعمل الآثار القانونية لهذا القرار الإدارى الذى يحكم الروابط بين الطرفين وانتهى إلى نتيجة صحيحة موافقة للقانون فلا يعيبه ما ورد فى أسبابه من وصف ذلك القرار الإدارى بأنه عقد، ويكون النعى على الحكم إغفاله الرد على ما طلبته الطاعنة من تطبيق قواعد التفسير المنصوص عليها فى المادة ١٥٠ ، ١٥١ من القانون المدنى غير مجد إذ أن مجال تطبيق تلك القواعد هو العقود ولا تنطبق على القرارات الإدارية".

(ب)- "متى ثبت أن الروابط بين الطرفين يحكمها قرار إدارى فإنه لا يجوز التحلل من أحكامه بدعوى أنها جائرة وأن قبول الطاعنة لها تم بطريق الإذعان، إذ أن

الاستثناء الوارد بالمادة ١٤٩ من القانون المدنى فى شأن عقود الإذعان خاص بالعقود المدنية ولا يسرى على القرارات الإدارية".

(طعن رقم ٤٨٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٢/١/٤)

٢- "من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الترخيص بالاستغلال – كاستغلال الملاحات – واحتواء العقد على شروط غير مألوفة فى القانون الخاص يجعل وصف هذا العقد بأنه عقد إدارى وصفا قانونيا صحيحا، وإذ كان الاستثناء الوارد بالمادة ١٤٩ من القانون المدنى فى شأن عقود الإذعان خاص بالعقود المدنية، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٨/٦/٧)



مادة (١٥٠)

١- إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

٢- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات.

الشرح

تفسير العقد:

٣٤٣- أولا: حالة وضوح عبارة العقد:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

والشارع بهذه القاعدة قنن ما جرى به قضاء محكمة النقض فى ظل التقنين القديم.

ومن هذا تجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول:

أن تكون عبارة العقد فيه واضحة فى دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وفى هذه الحالة لا تكون هناك حاجة إلى التفسير. فيجب على القاضى أن يأخذ بما تقول به عبارة العقد، فإذا انحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر بحجة التفسير كان هذا تحريفا لما قصده المتعاقدان، الأمر الذى يؤدى إلى نقض الحكم.

وهذا الحكم من المشرع يتفق والقاعدة الشرعية التى تضمنتها المادة ١٤ من المجلة والتى تقول إنه: "لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"لا ريب أن إرادة المتعاقدين هى مرجع ما يرتب التعاقد من آثار، بيد أن هذه الإرادة وهى ذاتية بطبيعتها، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية، هى

عبارة العقد ذاتها. فإذا كانت هذه العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادة العاقدين المشتركة، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة، من طريق التفسير أو التأويل، تلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حرصا فى مراعاتها"(١).

وإذا أخذ قاضى الموضوع بالمعنى الظاهر للعبارات الواضحة فى العقد فإنه لا يخضع لرقابة محكمة النقض ولا يكون عليه أن يسبب أخذه بهذا المعنى(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن تفسير محكمة الموضوع لشروط عقد ما متى كان تفسيرا تحتمه عبارة تلك الشروط وليس فيه تشويه لأصل العبارة فإن محكمة النقض لا يكون لها تدخل فيه".

(طعن رقم ٦ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٤/١٢/٢٧)

٢- "إذا كانت المحكمة فى تفسيرها ورقة من أوراق الدعوى لم تخالف ظاهر معناها فلا يكون عليها أن تورد أسبابا لذلك، لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد حرفت اللفظ عن ظاهر معناه فيكون عليها أن تبين ما حملها على هذا التصرف".

(طعنان رقما ٥٥ ، ٧٤ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٥/٢٢)

٣- (أ)- "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. وإذن فمتى كان الثابت بالأوراق هو أن الطاعنة أبرمت عقدا مع المطعون عليها وصرحت لها فيه بأن تشيد من مالها الشخصى دورا ثانيا بالمنزل المملوك لهما على الشيوع على أن يكون المطعون عليها حق الانتفاع به إلى أن توفيها الطاعنة بحصتها فى تكاليفه وعندئذ يكون لها حق الانتفاع به وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعنة بطلب نصيبها فى ريع الدور المذكور أقام قضاءه على أنها لم تدفع حصتها فى تكاليف إنشائه فإن هذا الذى جاء بالحكم من تفسير لنصوص العقد فضلا عن استقلال المحكمة به متى كانت عبارة العقد تحتمله كما هو الحال فى الدعوى فإنه لا خطأ فى تطبيق القانون".

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٩٦.

(٢) عبد المنعم الصده ص٣١٨.

(ب)- "كما أن الحكم إذ قرر أن الاتفاق المشار إليه لا يعدو كونه نزولا ضمنيا عن حق الطاعنة فى الاستغلال لمدة مؤقتة، وأنه اتفاق جائر وليس فيه ما يخالف النظام العام، يكون قد نفى عنه ضمنا وصف أنه عقد قرض، وليس فى هذا الذى قرره الحكم خطأ فى تطبيق القانون أو فى تكييف العقد".

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٤/١٠)

٤- "إذا كان المدلول الظاهر للاتفاق المبرم بين الطرفين هو التزام الطاعن باستغلال سينما لحساب المطعون عليه إلى أن يجد هو أو المطعون عليه خلال أجل محدد مستغلا لها وعندئذ يتعهد الطاعن بدفع نصف الإيجار الذى يقدمه المستغل الجديد فإن مؤدى ذلك أن هذا الالتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الأجل المتفق عليه بحيث ينتهى بانقضاء ذلك الأجل وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بإلزام الطاعن بنصف الإيجار عن المدة التالية لانتهاء الأجل استنادا إلى عقد الاتفاق سالف الذكر يكون قد انحرف فى تفسير الاتفاق عن المعنى الظاهر له ومسخه مما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٦٥٣ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦١/٥/٤)

٥- "الانحراف عن المعنى الظاهر لعبارات العقد مسخ له، فإذا كان قد نص فى العقد على أن البيع خاضع لشروط بورصة مينا البصل وهو نص عام مطلق يحكم جميع شروط التعاقد بما فى ذلك تحديد السعر فإن تفسير الحكم المطعون فيه لهذا النص بأنه قاصر على العيوب التجارية ينطوى على مسخ للعقد".

(طعن رقم ٣١٤ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦١/١٢/٧)

٦- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد التزام فى تفسيره للشرط المتنازع عليه فى عقد الهبة المعنى الظاهر لعبارته وضمن أسبابه أن هذا المعنى هو ما قصده المتعاقدان فلا يكون مطالبا بعد ذلك بإيراد أسباب أخرى لتبرير أخذه بالمعنى الظاهر لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد عدلت عن هذا المعنى الظاهر إلى معنى آخر فيكون عليها عندئذ أن تبين علة هذا العدول".

(طعن رقم ٣٢٤ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

٧- "إذا كان الثابت من الأوراق أن العلاقة التى تربط البنك المطعون ضده بمدينة ناشئة عن عقدى فتح الاعتماد سالفى الذكر وكان الحكم المطعون فيه قد التزم فى تفسيره لها المعنى الظاهر لعباراتهما وضمن أسبابه أن العلاقة بين البنك وعميله هى

علاقة رهن حيازى تأمينى مما يعتبر ردا ضمنيا على الإدعاء بأنها علاقة وكالة بالعمولة ويسقط الحجج التى ساقتها الطاعنة تدليلا على ذلك سواء من نصوص العقد أو من التصرفات التى عاصرت تنفيذه وهو ما يغنى عن الرد على دفاع الطاعنة فى هذا الشأن استقلالا".

(طعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨)

٨- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن النص فى المادتين ١٤٧ و ١/١٥٠ من القانون المدنى – الواجب التطبيق على واقعة الدعوى – يدل على أن العقد هو قانون المتعاقدين والخطأ فى تطبيق نصوصه خطأ فى تطبيق القانون ويمتنع على أى من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله كما يمتنع ذلك على القاضى وعليه أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيرا صادقا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها ولا يلتزم القاضى بإيراد أسباب لقضائه إذا ما التزم المعنى الواضح لعبارات العقد ومراعاة هذه القواعد من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض، وأن على القاضى أن يلتزم بأخذ عبارة المتعاقدين كما هى فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض فى الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة وعلى القاضى إذا ما أراد حمل العبارة عن معنى مغاير لظاهرها أن يبين فى حكمه الأسباب المقبولة التى تبرر هذا المسلك وأن الخروج عن القاعدة المنصوص عليها فى المادة ١/١٥٠ مدنى المشار إليها ينطوى على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ونسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة وتخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض، ومن المقرر أيضا أن أسباب الحكم تعتبر مشوبة بالفساد فى الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة فى اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو إلى عدم فهم العناصر الواقعية التى ثبتت لديها أو وقوع تناقض بين هذه العناصر كما فى حالة عدم اللزوم المنطقى للنتيجة التى انتهت إليها المحكمة بناء على تلك العناصر التى ثبتت لديها بأن كانت الأدلة التى قام عليها الحكم ليس من شأنها أن تؤدى عقلا إلى ما انتهى إليه أو استخلص من الأوراق واقعة لا تنتجها".

(طعن رقم ٧١٨٢ لسنة ٧٦ق جلسة ٢٠٠٨/١١/٢٠)

٩- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن النص فى المادتين ١٤٧ و ١/١٥٠ من القانون المدنى يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن العقد هو قانون المتعاقدين، والخطأ فى تطبيق نصوصه خطأ فى تطبيق القانون، ويمتنع على أى من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله، كما يمتنع ذلك على القاضى وعليه أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيرا صادقا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها. ومراعاة هذه القواعد من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض. وأن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا فى النتيجة التى انتهت إليها المحكمة، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصورا فى أسباب الحكم الواقعية، مؤدى ذلك أنه إذا طرح على المحكمة دفاع كان عليها أن تنظر إلى أثره فى الدعوى، فإذا كان منتجا مضت إلى فحصه لتقف على أثره فى قضائها، وبذلت فى سبيل ذلك كل الوسائل التى من شأنها أن توصلها إلى ما ترى أنه الواقع، وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن الطاعن بصفته تمسك أمام محكمة الموضوع بأن الوحدة السكنية محل النزاع تم تمويلها بقرض من بنك الاستثمار القومى بفائدة سنوية تقوم المحافظة بسدادها وتدخل ضمن حساب التكلفة الفعلية للوحدة يتحمل عبئها المنتفع بها – المطعون ضده – دون تحقيق ربح ما وفقا لشروط العقد المبرم معه وحوت الأوراق المستندات الدالة على ذلك، إلا أن الحكم المطعون فيه اتخذ من تقرير الخبير المقدم فى الدعوى سندا لقضائه فى حساب التكلفة الفعلية للوحدة المشار إليها بعد أن استبعد فائدة القرض الممنوح للمحافظة من بنك الاستثمار القومى، وكان مؤدى دفاع الطاعن سالف البيان أن هذا القرض إنما تم لتمويل تلك النوعية من المساكن وأن أقساط وفوائد هذا القرض تندرج بطبيعة الحال وبطريق اللزوم ضمن العناصر الأساسية اللازمة لحساب التكلفة الفعلية لبناء هذه المساكن – ومنها الوحدة محل النزاع – وكان ما استند إليه الحكم فى قضائه لا يصلح بذاته ردا سائغا على ما أثاره الطاعن بصفته ولا يواجه دفاعه المشار إليه وحجبه عن بحث وتمحيص هذا الدفاع رغم أنه دفاع جوهرى يتغير به – إن صح – وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه"

(طعن رقم ٥٦٥٧ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠١١/١١/١٢)

١٠- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن تكييف العقود وإنزال حكم القانون عليها يخضع لرقابة محكمة النقض وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع استخلاص نية

المتعاقدين وما انعقد عليه اتفاقهما إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الاستخلاص سائغا ولا يخالف الثابت من الأوراق ولا خروج فيه على المعنى الظاهر للعقد، كما أن المناط فى تكييف العقد بوضوح الإرادة لا وضوح اللفظ وما عناه العاقدون منها بالتعرف على حقيقة مرماهم دون أن يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف وما ضمنوها من عبارات متى تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد".

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠١٢/٤/١٨)

الفرض الثانى:

أن تكون عبارة العقد فيه واضحة، ولكنها بالرغم من ذلك لا تعبر تعبيرا صادقا عن إرادة المتعاقدين. فى الفرض الأول يشمل الوضوح اللفظ والإرادة، أما فى هذا الفرض فيقتصر الوضوح على اللفظ دون الإرادة. ولما كانت العبرة بوضوح الإرادة كان للقاضى أن يزاول عملية التفسير بالرغم من وضوح العبارة. فقد تكون كل عبارة من عبارات العقد واضحة فى ذاتها لكنها قد تتعارض فيما بينها بحيث يصبح المعنى المستخلص منها فى مجموعه غير واضح.

ومثال ذلك أن يذكر بالعقد أن الثمن الذى يلتزم به المشترى هو مائة، ثم يجئ فى مكان آخر منه أن الثمن هو ثمانون. فالعبارتان السابقتان واضحتان، لو نظرنا إلى كل منهما على حده. ولكن بتقريب إحداهما من الأخرى، يظهر غموض فى حقيقة المقصود منهما، وهنا نكون فى حاجة إلى تفسيرهما للتعرف على حقيقة ما ارتضته الإرادة المشتركة.

كما أن العبارة الواضحة قد يحيط بها من الملابسات ما يرجح معها القاضى حمل معناها على معنى مغاير لظاهرها، أو أن ظروف العقد وملابساته تدل على أن المتعاقدين قصدا معنى غير الذى يفيده التعبير(١).

وحينئذ يجوز للقاضى أن يترك المعنى الظاهر الذى تفيده عبارة العقد إلى معنى آخر يصل إليه عن طريق التفسير ويراه أكثر اتفاقا مع إرادة المتعاقدين. ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يبين فى حكمه الأسباب التى دعته إلى العدول عن المعنى الظاهر للعبارة الواضحة فى العقد إلى المعنى الذى رجحه، بحيث يتضح من هذا البيان أنه أخذ باعتبارات مقبولة تؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهى إليها، وإلا نقص الحكم لقصور فى التسبيب.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٠٦ –عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٢٢.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفهم نصوص العقود وتعرف ما قصده العاقدان منها دون أن تتقيد بألفاظها، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها فى ذلك، مادامت قد بينت فى أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به فى قضائها، ولماذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد، وما هى الظروف والملابسات التى رجحت لديها ما ذهبت إليه".

(طعن رقم ٣٤ لسنة ١ ، ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٣/١٠)

٢- "لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها. ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها إلى خلافه بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عنه، وكيف أفادت تلك الصيغ 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، فإن قصر حكمها فى ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانونا أن ينبنى عليها وبناء على ذلك لا يصح – عند الاختلاف بين صيغة التنازل الصادر من أحد طرفى العقد بشروط معينة وصيغة القبول الصادر من الطرف الآخر بلا قيد ولا شرط – أن تعتبر المحكمة هذا التنازل نهائيا من غير أن تبين فى حكمها كيف تلاقى كل من الإيجاب والقبول بين الطرفين تلاقيا محققا لغرض القانون ومؤديا إلى انعقاد الالتزام، إذ يكون الحكم الصادر باعتبار هذا التنازل نهائيا مبهما إبهاما يجعله كأنه غير مسبب".

(طعن رقم ٤٠ لسنة ١ق جلسة ١٩٣٢/٣/١٠)

٣- "إذا كان مقطع النزاع فى الدعوى متعلقا بدخول الأرض المتنازع عليها فيما بيع للمدعى بالعقد الذى تم بينه هو وخصمه، وقضت المحكمة بأنها غير داخلة، ولم تعتمد فى ذلك إلا على التفسير الذى ارتأته لبند واحد من البنود الكثيرة الواردة فى عقد البيع المطروح عليها من المستندات الأخرى المكملة له بدون أن تتحدث عن هذه الأوراق والبنود الأخرى، فإن سكوتها هذا يعيب حكمها بما يوجب نقضه. وذلك بغض النظر عن صحة تفسيرها للبند الذى فسرته".

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٩/٣/٢٣)

٤- سلطة قاضى الموضوع فى العدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط مقيدة بأن يبين فى حكمه لم عدل عنه إلى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذى أخذ به ورجح أنه هو مقصود المتعاقدين بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا البيان أن القاضى قد اعتمد فى تأويله لها على اعتبارات معقولة يصح معها استخلاص ما استخلصه منها".

(طعن رقم ٥٤ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣)

٥- "يجب فى تفسير العقد إعمال الظاهر الثابت به، ولا يجوز العدول عنه إلا إذا ثبت ما يدعو إلى هذا العدول، وإذ كان ادعاء المطعون عليه وقوع الغلط فى تحديد الأجرة المثبتة بعقد الإيجار بإعماله التخفيض الوارد بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ يستلزم – وعلى ما نصت عليه المادة ١٢٠ من القانون المدنى – أن يثبت إما أن المتعاقد الآخر اشترك معه فى الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وكانت القرائن التى ساقها الحكم المطعون فيه لا تؤدى إلى ذلك، فإنه إذ قضى بتحديد أصل الأجرة على خلاف ما ورد صريحا بالعقد قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢١ وطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٠ق ذات الجلسة)

٦- "تقضى قواعد التفسير وفق المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى بعدم جواز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على إرادة العاقدين، إلا أن المقصود بالوضوح – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ. فقد تتسم كل عبارة من عبارات العقد بالوضوح فى ذاتها ولكنها تتعارض فيما بينها بحيث يغم المعنى المستخلص منها فلا يجوز للمحكمة وهى تعالج تفسير المحررات أن تعتد بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفى مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة".

(طعن رقم ١٤٦٣ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)

٧- "النص فى المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى يدل على أن القاضى ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هى، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض فى الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، وعلى

القاضى إذا ما أراد حمل العبارة على نص مغاير لظاهرها أن يبين فى حكمه الأسباب المقبولة التى تبرر هذا المسلك".

(طعن رقم ١٤٧٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٤)

٨- "من المقرر أن مفاد المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى أن القاضى ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هى، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض فى الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، وعلى القاضى إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين فى حكمه الأسباب المقبولة التى تبرر هذا المسلك وهو يخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٢)

٩- "تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود العاقدين من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها ولا تتقيد المحكمة بما تفيده عبارة معينة منها وإنما بما تفيده فى جملتها".

(طعن رقم ٧٩٤ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٣/٣١)

٣٤٤- ثانيا: حالة غموض عبارة العقد:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه:

"**أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى**".

وعلى ذلك فإنه إذا لم تكن نصوص العقد واضحة بأن كانت غامضة أو متناقضة، أو تنطوى على لبس أو يمكن تأويلها على أكثر من معنى، فلا يمكن القول بأن الإرادة الظاهرة تعبر عن إرادتهما الحقيقية إذ لا يمكن افتراض أن الطرفين قد قصدا الغموض والتناقض واللبس، بل يجب جلاء هذا الغموض وقطع ذاك التناقض على اعتبار أن إرادة الطرفين الحقيقية إنما هى إرادة محددة واضحة[١].

---

(١) حلمي بهجت بدوى ص٢٧٩.

ويكون ذلك عن طريق تفسير العقد. وتفسير العقد يناط أصلا بالقاضى، والقاضى حينما يفسر العقد يستهدف البحث عما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه.

وينبغى على القاضى وهو فى مجال التفسير، ألا يقف بالضرورة عند المعنى الحرفى لألفاظ العقد وعبارته. فالعبرة فى العقود – كما فى غيرها – بالمقاصد والمعانى وليست بالألفاظ والمبانى[١].

ولا سلطان لمحكمة النقض على قاضى الموضوع فى تفسيره للعقد واستجلاء نية الطرفين، مادام الرأى الذى انتهى إليه سائغا مقبولا بمقتضى الأسباب التى بناها عليها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن محكمة الاستئناف إذا فسرت ورقة ما وجه رأته موافقا لمقاصد العاقدين مستعينة فى ذلك بما سبق هذه الورقة من مكاتيب ومفاوضات وبما اكتنف الدعوى من ظروف وأحاط بها من ملابسات بانية تفسيرها على اعتبارات مؤدية لوجهة نظرها، فإنها إذ تفعل ذلك لا تكون خالفت أية قاعدة قانونية بل عملت فى حدود سلطتها القانونية".

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٣/١٢/٢١)

٢- "إن القانون إذا كان يجعل من حق محكمة الموضوع تقدير قيمة المستندات فإنه لا يسمح لها بمناقضة نصوصها الصريحة".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٦/١/٥)

٣- "لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود واستجلاء نية المتعاقدين فيها ولا سلطان لمحكمة النقض عليها فى ذلك مادام الرأى الذى انتهت إليه سائغا مقبولا بمقتضى الأسباب التى بنته عليها".

(طعن رقم ٧٧ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٩/٣/١٦)

٤- "للمحكمة أن تستعين بالبينة والقرائن فى تفسير ما غمض من نصوص العقد فإذا كانت المحكمة بعد أن أوردت عبارات العقد المتنازع على تكييفه أهو عقد قسمة أم عقد بدل واستعرضت أسانيد كل من الطرفين لوجهة نظره قد اعتبرته عقد بدل بناء على ما ذكرته من أسباب مسوغة لذلك مستخلصة من عبارات العقد ومن ظروف

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٢٣ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٣١٩ وما بعدها.

الدعوى فإنها تكون فى حدود سلطتها وكل مجادلة ها فى ذلك تكون مجادلة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها".

(طعن رقم ٦٦ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٦/٧)

٥- "إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضوح الحد الذى يدعو إلى عدم الانحراف عنها تعين عند تفسيره البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ٢/١٥٠ مدنى) وينبنى على ذلك أنه متى أولت هيئة التحكيم عبارات عقد الصلح المبرم بين الطرفين بأنها تنطوى على إقرار من الشركة (صاحب العمل) بحق المستخدمين والعمال فى "المنحة" على أن يكون تقديرها مرتبطا بحالة الشركة المالية وبنت على ذلك تقديرها للمنحة فإنها لا تكون قد خالفت عبارات العقد أو انحرفت عن مدلول عباراته، ولا وجه للتحدى بأنه يشترط فى المنحة أن تكون ثابتة المقدار لأن هذا الثبات إنما يشترط توافره عندما يكون مصدر المنحة العرف الذى جرى بإعطائها لا الاتفاق".

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/١/٣)

٦- "لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير المستندات وصيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين واستخلاص ما يمكن استخلاصه منها. ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذى حصلته محكمة الموضوع منها. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد فيما استخلصه من العقد على المعنى الظاهر له وبين الاعتبارات المعقولة المؤدية إلى ما ذهب إليه فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور".

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣١)

٧- "لا يحق للمحكمة وهى تعالج تفسير المحررات أن تعتد بما تفيده عبارة معينة من عبارات المحرر بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفى مجموعها. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد وقف عند الشق الأول من العبارة الواردة فى مذكرة الطاعن وفسرها بما فسرها به دون اعتبار لما يكملها من عبارات تفصح عن معناها وحقيقة القصد منها فإنه يكون قد خالف قواعد التفسير وفسر تلك العبارات بما يشوه معناها ويعتبر مسخا له".

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)

٨- "لا يجوز الاعتماد على المعنى الذى تفيده العبارات المدونة فى بعض سطور الورقة على استقلال إلا إذا ثبت أن العبارات الأخرى التى كان يحويها المحرر قبل وقوع التزوير فيه لم يكن فيها ما يتعارض مع ذلك المعنى أو يؤثر عليه إذا أن عبارات المحرر يكمل بعضها بعضا وتفسيره إنما يكون على مقتضى ما تفيده جميع عباراته مجتمعة لا بما تفيده عبارات معينة منها".

(طعن رقم ٣٩٤ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٦/٩)

٩- "من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أدنى بمقصود العاقدين وفى استخلاص ما يمكن استخلاصه منها ولا سلطان لمحكمة النقض عليها مادامت تلك الصيغ والشروط تحمل المعنى الذى حصلته".

(طعنان رقما ١٤٥٩ ، ١٤٦٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١/٤)

١٠- "جرى قضاء النقض على أنه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ العقود والمحررات للوصول إلى النية المشتركة لأطرافها من إبرامها مادامت لم تخرج فى تفسيرها عن مدلولها وكان هذا التفسير سائغا إلا أنه لا يجوز لها وهى تتناول تفسير المحررات أن تعتد بما تفيده عبارة معينة من عبارات المحرر بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفى مجموعها".

(طعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

١١- "المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير الإقرارات والاتفاقات والمستندات وسائر المحررات بما تراه أدنى إلى نية عاقديها أو أصحاب الشأن فيها مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك، مادامت لم تخرج فى تفسيرها عن المعنى الذى تحتمله عباراتها ومادامت ما انتهت إليه سائغا مقبولا ولا خروج فيه عن المعنى الظاهر لها، ولا تتقيد المحكمة بما تفيده عبارة معينة منها وإنما بما تفيده فى جملتها".

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٠)

١٢- "من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود والمشارطات وسائر المحررات واستخلاص ما ترى أنه الواقع الصحيح فى الدعوى

ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك مادامت لم تخرج فى تفسير العقود عما تحمله عباراتها أو تجاوز المعنى الواضح لها".

(طعن رقم ٩٨٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/١/١)

١٣- "تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود العاقدين من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها ولا خروج فيه عن المعنى الظاهر لها ولا تتقيد المحكمة بما تفيده عبارة معينة منها وإنما بما تفيده فى جملتها".

(طعن رقم ٧٩٤ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٣/٣١)

١٤- "مؤدى نص المادة ٢١٩ من قانون المرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن لمحكمة الموضوع السلطة فى تفسير صيغ العقود والإقرارات بما تراه أوفى بمقصود العاقدين وفى استخلاص ما يمكن استخلاصه منها ولا سلطان لمحكمة النقض عليها مادامت تلك الصيغ والإقرارات تحتمل المعنى الذى حصلته".

(طعن رقم ١٠٣٨ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١/١٩)

العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تفسير العقد:

أشارت المادة إلى بعض العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تفسير العقد، غير أن هناك عوامل أخرى لم يرد عليها النص ويستطيع القاضى الاسترشاد بها فى تفسيره.

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى:

٣٤٥- أولا: العوامل التى ورد النص عليها بالمادة:

١- طبيعة التعامل:

يقصد بطبيعة التعامل، طبيعة العقد وموضوعه، أو نوع المشارطة، طبقا للتكييف الصحيح للعقد أو المشارطة إذ من المنطق الطبيعى أن تنصرف إرادة الطرفين إلى المعنى الذى يتفق مع نوع العقد طالما لم يوجد ما يؤكد أخذهما بالمعنى المخالف.

فإذا كان غموض عبارة من عبارات العقد يرجع إلى احتمالها أكثر من معنى ويتمسك كل طرف بمعنى منها مختلف، كان الأجدر بالاتباع فى التفسير هو حمل مدلول العبارة على المعنى الذى يلائم طبيعة التعامل أكثر من غيره. فإذا اشترط

المعير على المستعير أنه فى حالة هلاك الشىء فإن 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 الشىء فهو يلتزم برد شىء مماثل للشئ محل العقد.

وإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه الذى آل إليه من التركة دون تحديد عناصر هذه التركة فى عقد التخارج، حمل هذا على أن التخارج يشمل جميع أموال التركة حتى لو كان بعض عناصرها مجهولا، لأن هذا هو الذى يتفق مع طبيعة التخارج [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود وتقرير ما ترى أنه كان مقصود العاقدين مستعينة بظروف الدعوى وملابساتها، وإذن فمتى كان الحكم قد استظهر من عبارة الاتفاق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى البيع لا التنازل عن الصفقة الراسى مزادها على المطعون عليه عن طريق إحلال الطاعن محله فيها. وكان هذا الذى استخلصه الحكم مستمدا من أوراق الدعوى ولا يخالف الثابت فيها فإن ما نعاه عليه الطاعن يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٢١٢ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٥/١)

٢- "إذا كانت محكمة الموضوع لم تهدر حجية سند محرر بين الطاعن ومورث المطعون عليها ولم تغفل سببه المطروح فيه واعتبرته ورقة موقوتة استنفد الغرض منها بالاتفاق المبرم بين طرفيها والمنطوية عليه ورقة محاسبة لاحقة، وكانت المحكمة قد استظهرت ما تدل عليه ورقة المحاسبة وما قصد من تحريرها مستندة فى ذلك إلى تفسير عباراتها تفسيرا مستمدا من ظاهرها ومن ظروف الدعوى وملابساتها التى بينها ومن القرائن العديدة التى ساقتها فى تفصيل وإيضاح، وكانت الأسباب التى أقامت المحكمة عليها قضاءها فى هذا الخصوص تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فإن النعى على الحكم بالمسخ أو التناقض يكون نعيا لا سند له".

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/٦/١٤)

---

(١) السنهورى ص٤٩٧ – المستشار عزت حنوره ص٥٨ وما بعدها.

٢- ما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين:

والأمانة هى واجب على المتعاقد أما الثقة فهى حق له. فالأمانة تفرض على الموجه إليه الإيجاب واجبا هو أن يفهم الإيجاب بما تقتضيه أمانة التعامل، فإذا كان فى عبارة الإيجاب خطأ استطاع أن يكشف عنه الموجه إليه وجب عليه ألا يستفيد من ذلك. كما أن الثقة تخول للموجه إليه الإيجاب الحق فى أن يأخذ بحسب معناه الظاهر وعلى أن هذا المعنى هو الذى قصد إليه الموجب(١).

٣- العرف الجارى فى المعاملات:

والعرف نوعان:

النوع الأول، عرف كمصدر للتشريع يلى فى المرتبة القانون، وهو ينشئ قواعد قانونية سواء أكانت آمرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين، ولهذه القواعد فى الحالين قوة ملزمة إذ يتعين تطبيقها جبرا متى كانت آمرة، ومتى لم يصرح العاقدان بما يخالفها إذا كانت هذه القواعد مكملة. وهذه القواعد المكملة لا تتوقف على العلم المسبق.

والنوع الثانى، هو العرف كمجرد أداة معاونة فى التفسير، ويراد به ما استقر فى التعامل من عادات لم ترق من بعد إلى مستوى العرف الذى يجعله ملزما وهذه العادات يغلب اتفاق العاقدين عليها باحتيارهما صراحة أو ضمنا.

ولما كان الاختيار يستلزم سبق العلم، فمن ثم لا يمكن افتراض اتجاه الإرادة إلى الأخذ بالعادة الجارية إذا كانت هذه العادة مجهولة لأى من المتعاقدين وقت التعاقد. ولذا يجب على من يتمسك بتفسير العقد فى نطاق عادة ما، أن يثبت وجود هذه العادة والعلم بها وتقدير ثبوت العادات والتحقق من قيامها ودلالتها يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا حيث يحيد عن إعمال حكم العادة التجارية التى ثبت لديه قيامها(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير المشارطات على وفق الغرض الذى يظهر أن العاقدين قد قصداه – مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة –

---

(١) السنهورى ص٤٩٧ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٠٨.

(٢) المستشار عزت حنوره ص٥٩ وما بعدها – الدكتور المستشار محمد شتا ص٨٧٩ وما بعده.

مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى، فله – اعتمادا على شروط عقد البيع ومفهوم مقصود العاقدين منها – أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء".

(طعن رقم ٣١ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٧)

٢- "لقاضى الموضوع أن يتحرى نية العاقدين من أى طريق يراه وليس عليه أن يرجع فى ذلك إلى العرف إلا إذا كان القانون لا يوجد فيه نص يحكم العقد أو كان العقد ليس فيه ما يكشف عن قصد المتعاقدين فيه أو كان ذلك مبهما فيه. فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت من فهمها للواقع تحصيلا سائغا أن العاقدين قد قصدا من اتفاقهما أن يكون الاحتكام فيما يختلفان فيه إلى ما نص عليه فى التعاقد، وكان التعاقد جليا فى ذلك لا لبس فيه، وليس فيه مساس بالنظام العام، ثم أجرت حكمها بمقتضى ذلك على النزاع القائم بين طرفى العقد فلا غبار على قضائها، ولا سبيل إلى محكمة النقض عليها فيه".

(طعن رقم ٥٣ لسنة ٨ق جلسة ١٩٤٠/٣/٢٨)

٣- "تقدير ثبوت العادات التجارية والتحقق من قيامها وتفسيرها يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا حيث يحيد عن إعمال حكم العادة التجارية التى ثبت لديه قيامها".

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٢)

٤- "جرى قضاء محكمة النقض بأنه لا محل لإعمال حكم المادتين ١٣٤، ١٣٥ من قانون التجارة الخاصتين بتظهير الكمبيالة على الشيك لاختلاف طبيعة الكمبيالة عن الشيك وإذ لم يضع القانون التجارى أحكاما خاصة بتظهير الشيك وكان العرف قد جرى على أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيرا ناقلا للملكية وذلك تيسيرا لتداوله وتمكينا له من أداء وظيفته كأداة وفاء فإن هذا العرف يكون هو الواجب التطبيق ما لم يثبت صاحب الشأن أنه اراد بالتوقيع أن يكون تظهيرا توكيليا".

(طعن رقم ١٤١٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢١)

٣٤٦- ثانيا: العوامل التى لم يرد النص عليها بالمادة:

هناك عوامل أخرى يستعين بها القاضى فى تفسير العقد لم يرد النص عليها بالمادة (١٥٠)، وقد نص عليها القانون الفرنسى، ولا يوجد ما يمنع من الأخذ بها فى مصر، ومنها:

١- إعمال الكلام خير من إهماله :

يعنى ذلك أنه إذا احتملت عبارة العقد أكثر من معنى فإنه يتعين حملها على المعنى الذى يجعل له أثرا قانونيا وهو معنى يكون له مفهوم محدد. ويتعين استبعاد المعنى الذى يجردها من كل أثر، واعتباره قد جاء من نوافل القول والشروط الزائدة التى لا مبرر لها. أو استبعاد المعنى الذى يرتب عليها آثارا مخالفة للنظام العام.

وهذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة بقولهم: "إعمال الكلام خير من إهماله". وهذا السبيل نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة (١١٥٧) مدنى[١].

٢- مراعاة العقد فى مجموعه :

العقد فى مفهوم المتعاقدين كل لا يتجزأ وشروطه متكاملة، يشرح كل منهما الآخر ويوضحه، وإذا ثار نزاع بصدد أحد الشروط تعين فهمه على ضوء باقى الشروط.

٣- تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم :

قد يعطى المتعاقدان أهمية خاصة لمسألة معينة، فيوردانها فى العقد إما عمدا لمنع أى شك حولها، وإما جهلا منهما لاعتقاد – مخالف للحقيقة – أن القانون قد غفل عن النص على أحكامها. فهذا التخصيص بالذكر من جانبهما لا يتعين أخذه على أنه وارد على سبيل الحصر لا المثال، بحيث يقال إن ما عدا ما ذكر لا يخضع للحكم الوارد بالعقد، إلا إذا ظهر جليا أن هذا هو مقصود الطرفين. عندئذ يتعين إعمال مفهوم المخالفة، بالقول بأن ما لم يرد النص عليه فى العقد لا يسرى عليه الحكم.

وقد أخذ المشرع الفرنسى بهذا المبدأ فى المادة ١١٦٤ مدنى[٢].

٤- ورود شرط مطبوع بالعقد :

إذا كان الشرط الوارد بالعقد مطبوعا، فالأصل أن هذا الشرط شأنه شأن الشرط المكتوب. إلا إذا تبين للمحكمة أن المتعاقد الملزم بهذا الشرط لا يمكن أن يكون قد التفت إليه وقت توقيعه ولو فعل لرفضه.

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٢٧٩ – المستشار الدكتور محمد شتا ص٨٧٨.

(٢) المستشار محمد شتا ص٨٧٩.

٥- حالة وجود شروط العقد مطبوعة وإضافة شروط مكتوبة تتعارض معها :

إذا كانت شروط العقد مطبوعة ولكن أضيفت إليها شروط مكتوبة تتعارض معها، فإنه يجب تغليب الشروط المكتوبة باعتبارها تعبيرا صحيحا عن إرادة المتعاقدين.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وإذا استعمل المتعاقدان نموذجا مطبوعا أضافا إليه بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى شروطا تتعارض مع الشروط المطبوعة وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبيرا صحيحا عن إرادة المتعاقدين".

(طعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١ غير منشور)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين، عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله. وقد استثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان، فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أو مدينا. فالمفروض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته، لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض "أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الأسبانى وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوى، وهى تنص على أن إبهام العبارة يفسر ضد من صدرت عنه"(١).



(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٠٠.

مادة (١٥١)

١- يفسر الشك فى مصلحة المدين.

٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

الشرح

٣٤٧- تفسير الشك فى مصلحة المدين:

إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد وبقى هناك شك فى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين رغم إعمال أحكام التفسير التى ذكرناها فيما سلف، فإنه يجب تفسير هذا الشك فى مصلحة المدين دون الدائن، لأن الأصل فى الذمة البراءة.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد وبقى الشك يكتنف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم إعمال أحكام التفسير التى تقدمت الإشارة إليها، فسر هذا الشك فى مصلحة المدين دون الدائن. تلك قاعدة أساسية أخذت بها أغلب التقنينات، وهى ترد إلى أن الأصل فى الذمة البراءة وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه، باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل. فإذا بقى شك لم يوفق الدائن إلى إزالته فمن حق المدين أن يفيد منه"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- ".... فإذا اختلف طرفا الدعوى على تفسير ورقة وقال المدعى إن المبلغ الوارد بها قرض واجب الأداء، وقال المدعى عليه إنه لم يكن قرضا اقترضه من المدعى وإنما هو جزء من ثمن قطن تسلمه المدعى من زراعته بصفته وكيلا عنه وباعه وقبض ثمنه، ورشح المدعى عليه لهذا الادعاء بعبارة الورقة المطالب بقيمتها وبأوراق أخرى قدمها، فحكمت محكمة الاستئناف تمهيديا باستجواب الخصمين وحققت ما ادعاه كل منهما، وحصلت مما استظهرته من القرائن ومن جميع ظروف الدعوى أن دعوى المدعى عليه أرجح من دعوى المدعى، أو أن هذه القرائن – على أقل تقدير

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٩٩.

– موجبة للشك فى سبب الدين المدعى به، فرفضت الدعوى، فهذا حكم صحيح ولا مخالفة فيه لا لحكم المادة ٢١٥ ولا لحكم المادة ١٩٤ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٣/١٢/٧)

٢– "إن الاشتباه فى الغرض المقصود من المشارطة الذى يجب معه، بحكم المادة ١٤٠ من القانون المدنى، تفسير المشارطة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذى يقوم فى نفس القاضى لخلو الدعوى من دليل مقنع. فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت فى اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشترى بمطالبته بثمن القطن المبيع له أنه تسلم المبيع، ثم قضت بإلزامه بالثمن، فإن حكمها يكون سليما ولا غبار عليه".

(طعن رقم ٢١ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٤/١٢/١٤)

٣٤٨– تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان:

لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين، عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله.

وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان، فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أو مدينا. فالمفروض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته، لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض (أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الأسبانى وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوى، وهى تنص على أن إبهام العبارة يفسر ضد من صدرت عنه"[١].



(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٠٠.

مادة (١٥٢)

لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا.

الشرح

٣٤٩- المقصود بالغير:

المقصود بالغير هنا أى فى مجال انصراف آثار العقد، هو كل شخص عدا العاقدين وخلفائهما (سواء الخلف العام أو الخلف الخاص) ودائنيهما (الذين ترتد إليهم آثار العقد بطريق غير مباشر).

ويلاحظ أن الغير فى موضوع معين يختلف عما يراد به فى موضوع آخر. فمعناه هنا يختلف عن معناه فى الشهر أو الصورية أو ثبوت التاريخ أو غير ذلك.

٣٥٠- القاعدة الواردة بالمادة:

القاعدة أن نسبية أثر العقد تهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع، وهو ما يقتضى انصراف آثار العقد إلى طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائنين – فى الحدود التى بينها القانون – فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلى غيرهم.

غير أنه يجوز الخروج عن هذا المبدأ بإرادة طرفيه فى شقه الإيجابى بإنشاء حق الغير على النحو الذى تنص عليه المادة ١٥٣ دون شقه السلبى بتقرير التزام على الغير.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"الأصل فى العقود أن تقتصر آثارها على عاقديها. فلا يترتب ما تنشئ من التزامات إلا فى ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الخلفاء والدائنين، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقا لهذه القاعدة. وكذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق فلا ينصرف نفعها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم. على أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير وهذا هو الاستثناء الحقيقى الذى يرد على القاعدة"(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٠٢.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن المطعون ضدهم ومورثهم إذ لم يكونوا اطرافا فى عقد القسمة المسجل الذى اختص فيه الطاعنون بأرض النزاع فإن القاعدة فى نسبية أثر العقد طبقا لما جرى به نص المادة ١٤٥ من التقنين المدنى أنها لا تكون ملزمة إلا لعاقديها سواء كان العقد عرفيا أو رسميا أو مسجلا".

(طعن رقم ٥٥٣ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢١)

٢- "النص فى المادة ١٥٢ من القانون المدنى على أنه لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا يدل على أن مبدأ نسبية أثر العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع مما يقتضى أن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائنين – فى الحدود التى بينها القانون، فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى عاقديه غير أنه يجوز الخروج على المبدأ السالف بإرادة طرفيه فى شقه الإيجابى وهو إنشاء الحق دون شقه السلبى وهو تقرير الالتزام، بمعنى أنه ليس لطرفى العقد أن يرتبا باتفاقهما التزاما فى ذمة الغير، وإن كان لهما أن يشترطا حقا لمصلحة ذلك الغير".

(طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩)

٣- "الأصل فى العقود طبقا لنص المادة ١٥٢ من القانون المدنى، ألا ينصرف أثرها إلى غير المتعاقدين أو الخلف العام أو الخاص إلا إذا كان من شأنها أن تكسب هذا الغير حقا".

(طعن رقم ٢٣٦ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢)

(أنظر أيضا طعن رقم ٨٧٩٧ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣

المنشور بالبند التالى)

٣٥١ استثناءات على القاعدة:

إلا أنه ترد على القاعدة السالفة عدة استثناءات، بحيث ينصرف فيها أثر العقد إلى الغير.

ومن أمثلة ذلك.

أولا: استثناءات تقع بحكم القانون. وفيها يقضى القانون بانصراف أثر العقد إلى الغير بصفة استثنائية لاعتبارات ترجع إلى العدالة أو استقرار التعامل أو ضمان حسن إدارة المال الشائع أو غير ذلك. **ومن أمثلة ذلك:**

١- يعطى القانون أحيانا للغير دعوى مباشرة فى شأن عقد لم يكن طرفا فيه، وهى دعوى أحد المتعاقدين على الآخر. فيكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى ضد مدين مدينه. وبذلك تصبح بمثابة امتياز للدائن على الدين فى ذمة مدين مدينه، فيتيسر للدائن أن يأمن بها مزاحمة غيره من الدائنين الذين لم تقرر لهم هذه الدعوى. ولذلك فهى لا تقرر إلا بمقتضى نص فى القانون من ذلك دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن، إذ يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى المؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر (م٥٩٦ مدنى).

ودعوى المقاول من الباطن والعمال قبل رب العمل، إذ يكون للأولين مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى من وقت رفع الدعوى (م٦٦٢ مدنى). دعوى كل من الموكل ونائب الوكيل قبل الآخر إذ يجوز لكل منهما أن يرجع مباشرة على الآخر (م٧٠٨ مدنى).

٢- هناك تصرفات ينصرف أثرها إلى الغير تطبيقا لنظرية الوضع الظاهر كتصرف الوارث الظاهر أو الدائن الظاهر، وقد عرضنا لذلك تفصيلا فى موضوعه من المؤلف.

٣- الإيجار الذى يصدر من أحد الطرفين فى العقد الباطل فى خصوص الشىء الذى حصل عليه بموجب هذا العقد أو من مالك زالت ملكيته بأثر رجعى يسرى فى حق من تستقر له الملكية فى النهاية بالرغم من أنه لم يكن طرفا فى عقد الإيجار إذا كان هذا العقد بريئا من الغش وثابت التاريخ قبل البطلان أو زوال الملكية.

٤- تنطوى العقود الجماعية على استثناء فى هذا الخصوص. كما هى الحال فى عقد العمل الجماعى والصلح الواقى من التفليس، وعقود الإدارة التى تبرمها أغلبية الشركاء فيما يتعلق بالمال الشائع وملكية الأسرة وملكية الطبقات. فهذه العقود تبرمها الأغلبية وتسرى فى حق الأقلية التى لم تشترك فيها ولم توافق عليها.

ثانيا: استثناء يستطيع المتعاقدان أن يحققاه وهو الاشتراط لمصلحة الغير. فلا يستطيع المتعاقدان أن يلزما الغير بعقد لم يكن طرفا فيه، ولكنهما يستطيعان أن يكسبا الغير حقا من العقد بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير (م١٥٢ مدنى).

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ١٥٢).

٣٥٢- عقد إيجار المساكن له طابع عائلى وجماعى:

لعقد إيجار المساكن طابع عائلى وجماعى لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن يتراءى له إيواؤهم والذين لا تترتب فى ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلى فى السكن، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لعقد الإيجار طابع عائلى وجماعى لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن يتراءى له إيواءهم وقد استهدفت التشريعات الخاصة بإيجار الأماكن حماية شاغلى العين المؤجرة من عسف المؤجر وتمكينه والمقيمين معه من إقامة مستقرة فى السكن إبان أزمة الإسكان، وجعلت عقد إيجار تلك الأماكن ممتدة تلقائيا وبحكم القانون إلى غير مدة محددة طالما بقيت تلك التشريعات التى أملتها اعتبارات النظام العام بحيث لا يجوز إخراج المقيمين إقامة مستديمة مع المستأجر بغير إرادتهم إلا بسبب من الأسباب التى حددتها تلك التشريعات على سبيل الحصر، إلا أن ذلك لا ينفى نسبية أثر عقد الإيجار من حيث الأشخاص فلا يلتزم بها غير عاقديه الأصليين اللذين يأتمران بقانون العقد، ومن حيث المضمون فلا يلزم العقد إلا بما تضمنه من التزام، طالما بقى المستأجر الأصلى على قيد الحياة يسكن العين المؤجرة، لم يبرحها إلى مسكن آخر، ولم ينسب إليه أنه تنازل عن حقه فى الإيجار أو أجره من باطنه خلافا لما يفرضه عليه القانون. يؤيد هذا النظر الذى لم يرد به نص صريح فى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ أن المشرع فى المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ثم فى المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ عنى بتعيين المستفيد من مزية الامتداد القانونى بعد وفاة المستأجر الأصلى أو تركه العين بما يشير إلى أن المقيمين مع المستأجر الأصلى لا تترتب فى ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال

فترة مشاركتهم المستأجر الأصلى فى السكن، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر، ولا يسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذا بأحكام النيابة الضمنية، انحرافا عن المبادئ العامة فى نسبية أثر العقد حين يقوم بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصيل لأن هؤلاء ليسوا طبقا للقانون أطرفا فى عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقات تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم فى بداية الإيجار أو بعده، وإنما تمتعهم بالإقامة فى العين قياما من المستأجر بالتزامات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تبرر فكرة المجاز القانونى على أساس النيابة الضمنية. لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن عقد إيجار عين النزاع أبرم فى ١٩٦٧/٩/١٦ بين الطاعنة وبين ابنتها التى كانت زوجا للطاعن آنذاك، وأن المؤجرة استصدرت حكما فى الدعوى رقم ١٠٩٧٧ لسنة ١٩٧٠ مدنى مستعجل القاهرة قبل ابنتها المستأجرة منها بطردهم من العين المؤجرة لتخلفها فى سداد الأجرة من أول يناير سنة ١٩٦٨ ولتضمن عقد الإيجار الشرط الصريح الفاسخ، وكان هذا الحكم قد نفذ بإخلاء المستأجرة وزوجها المطعون عليه الذى كان يقيم معها فى ١٩٧١/٤/١٢، فإن ما خلص إليه الحكم المطعون فيه من أن المطعون عليه غير ملزم بأجرة شقة النزاع طالما أنه كان مقيما مع المستأجرة الأصلية بسبب علاقة الزوجية التى كانت تربطهما خلال الفترة المطالب بأجرتها وطالما أنه لم ينفرد بشغل الشقة بأى سبيل بعد خروج المستأجرة الأصلية منها هو النتيجة التى تتفق والتطبيق الصحيح للقانون".

(ذات المبدأ طعن رقم ٥٩٥ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ – طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٦– طعن رقم ٥١٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٢/١/٤ – طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٢/٢/١ – طعن رقم ٩١٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/٢/١٥– طعن رقم ٧٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٤/٢١ – طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٨)

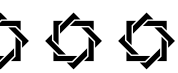
٢– "المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن لعقد إيجار المسكن طابعا عائليا وجماعيا لا يتعاقد فيه المستأجر ليقيم فى المسكن بمفرده، وإنما لينضم إليه أفراد أسرته، ومن يتراءى له إيواءهم به، وأن المساكنة تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة من

غير الأقارب المحددين بالمادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩م المقابلة للمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧م حقا فى البقاء فيها بالرغم من ترك المستأجر لها أو وفاته بشرط أن يثبت حصولها منذ بدء الإيجار، ومادام أن إقامة هؤلاء المساكنين لم تنقطع – فإنه يحق لهم الإفادة من الامتداد القانونى للعقد، وأنه وإن كانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير حصول هذه المشاركة السكنية أو نفيها باعتبارها من مسائل الواقع التى تستخلصها المحكمة مما تطمئن إليه من أدلة الدعوى دون معقب عليها إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، وأن تكون قد واجهت كل دفاع جوهرى يثيره الخصوم بما يقتضيه".

(طعن رقم ٥١٦٩ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧)

٣- "مؤدى نص المادة ١٥٢ من القانون المدنى على أنه: "لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقوقا" فى ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية، وما نصت عليه المادة ٢٩ من قانون إيجار الأماكن ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة لنص المادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن الالتزامات الناشئة عن العقود عامة بما فى ذلك عقد الإيجار لا تقع على عاتق طرفيه، وإن كان لهما باتفاقهما أن يرتبا حقوقا للغير، ومن طبيعة عقد إيجار المساكن أنه عائلى وجماعى لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل لتعيش معه أفراد أسرته أو غيرهم ممن يتراءى له إسكانهم.....الخ".

(طعن رقم ٨٧٩٧ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣)



مادة (١٥٣)

١- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده. فإذا 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، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد.

الشرح

٣٥٣- التعهد عن الغير:

المقصود بالتعهد عن الغير (التزام أو تعهد شخص لآخر بالحصول على قبول ثالث (أجنبى) بالقيام بما التزم أو تعهد هو له به، وإلا كان مسئولا، سواء كان محل الالتزام متعلقا بنقل حق عينى أو بعمل شىء أو الامتناع عنه[١]. والتعهد عن الغير ليس قليل الوقوع فى الحياة العملية. فحيث لا يكون من اليسير، لسبب أو لآخر، الحصول على رضاء ذى الشأن، يتعهد عنه غيره. مثل ذلك الوكيل يلتزم عن الأصيل بما يجاوز حدود الوكالة. والشركاء على الشيوع فى عقار بينهم قاصر يريدون بيعه أو قسمته دون اتباع إجراءات محكمة الأسرة أو القسمة القضائية المعدة، فيبيع البائع منهم نصيبه أو يقاسم ويتعهد فى ذات الوقت عن القاصر بأن يقر هذا البيع أو القسمة عند البلوغ.

٣٥٤- شروط التعهد عن الغير:

يجب لقيام التعهد عن الغير توافر الشروط الآتية:

١- أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذى يتعهد عنه.

ومن هذا يتميز المتعهد عن الوكيل الذى يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو، وعن الفضولى الذى يتعاقد باسم رب العمل ولمصلحته.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٨٥ – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٠٦.

٢- أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلزام الغير.

فإذا أراد إلزام الغير بالتعاقد، كان عقده باطلا لاستحالة المحل، إذ يستحيل قانونا إلزام شخص بعقد ليس هو طرفا فيه.

ولا يمكن تخريج الاتفاق على أنه يلزم المتعهد لأن الفرض أن هذا لم يلزم نفسه بشيء

٣- أن يلتزم المتعهد بتحقيق غاية أو نتيجة هى قبول الغير لما تعهد به. فلا يكفى أن يبذل المتعهد ما فى وسعه لحمل الغير على قبول التعهد. بل يجب أن يصل فعلا إلى أن يجعل الغير يقبل التعهد.

ولكن يلاحظ من جهة أخرى أن التزامه ينقضى بمجرد تحقق تلك النتيجة وهى قبول التعهد، فلا شأن له بالتنفيذ إذ المتعهد ليس كفيلا، والتعهد عن الغير والكفالة شيئان متميزان:

فالتعهد عن الغير هدفه إيجاد الالتزام فى ذمة الغير أما الكفالة فالغرض منها ضمان تنفيذ التزام موجود(١).

على أنه ليس ثمة ما يحول دون أن يتعهد شخص عن الغير، ثم يكفل للمتعاقد تنفيذ الالتزام، وإن وجب فى هذه الحالة أن يطبق على كل من العقدين قواعده الخاصة به(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ليست أحكام المادة ٢٠٩ إلا تطبيقا للقواعد العامة فى اقتصار آثار العقود فإذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ونصب نفسه زعيما بذلك فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير. وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيء هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذى بذل عنه ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة فليس يكفى عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما فى وسعه للحصول عليه ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضى إقراره، وهو ما يفرق الوعد بالتزام الغير عن الكفالة"(٣).

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٨٥ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٣٧٨.

(٢) أحمد حشمت أبو ستين ص٢٨٦.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٠٦.

٣٥٥- حكم التعهد عن الغير:

يستطيع الغير أن يقبل التعهد أو برفضه، لأنه أجنبى عن التعهد.

وسنتناول فيما يلى أثر قبول التعهد ثم أثر رفضه.

٣٥٦- أثر قبول الغير للتعهد:

ينطوى التعهد على إيجاب موجه إلى الغير، إذا قبل الغير التعهد قام عقد جديد بينه وبين من تعاقد مع المتعهد.

والقبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا. ومثل القبول الضمنى أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد فلا يشترط فى القبول شكل خاص إلا إذا كان القانون يتطلب شكلا معينا فى التصرف الذى يراد من الغير أن يفعله كأن يكون هذا التصرف هبة أو رهنا رسميا.

ويترتب على قبول الغير للتعهد، أن تبرأ ذمة المتعهد لأنه يعتبر أنه قد وفى بالتزامه، فهو قد التزم بأن يحمل المتعهد عنه على قبول الأمر المتعهد به، وهذا هو قد فعل.

وتبرأ ذمة المتعهد نهائيا، حتى إذا لم يف المتعهد عنه فيما يعد بالأمر الذى تعهد به[١].

والتزام الغير بالأمر الذى تعهد به المتعهد بناء على قبوله يسرى من تاريخ قبوله، لأن أساس مسئوليته ليس عقد المتعهد مع الغير وإنما عقده هو مع هذا الغير. إلا إذا تبين أن إرادة الغير قد انصرفت إلى قبول الالتزام من تاريخ العقد الذى أبرمه المتعهد.

على أن هذا الأثر الرجعى للقبول، يجب ألا يضر بحق من تعاقد بحسن نية مع الغير قبل صدور القبول منه. فإن انصب التعهد على الحصول على قبول الغير لبيع عينا، فإن كانت العين منقولا تصرف فيه الغير فى وقت لاحق للتعهد، ثم قبل التعهد بعد ذلك، فإنه وفقا للأثر الرجعى للقبول يكون التصرف الذى اشتمل عليه التعهد هو السابق على التصرف الآخر فيفضل عليه، ولكن طالما أن المتصرف إليه وهو حسن النية لا يعلم بالتعهد فإن التصرف الصادر إليه هو الذى يفضل ولو لم يكن قد حاز المبيع. أما إذا كان المبيع عقارا فالأفضلية فى تملكه تكون لمن سبق فى التسجيل[٢].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٨٧ – المستشار أنور طلبه ص٩٨.

(٢) المستشار أنور طلبه ص٩٩ – السنهورى ص٤٥٧ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٨٧ – وقد كان فى الفقه فى ظل القانون القديم رأى يذهب إلى أن العقد الثانى يكون له أثر رجعى، فيستند =

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويتحلل الواعد من التزامه بمجرد إقرار الغير للوعد. والواقع أن التزام الواعد ينقضى فى هذه الصورة من طريق الوفاء. ويترتب على الإقرار أن يصبح الغير مدينا مباشرة للعاقد الآخر، لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد، بل بناء على عقد جديد يقوم بداهة من تاريخ هذا الإقرار إلى الوقت الذى صدر الوعد فيه. وغنى عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد (أنظر فيما يتعلق بإطراح هذا الحكم والتمسك بالمذهب التقليدى المادتين ٤١ ، ٣٧ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ٢٢٦ من التقنين اللبنانى"[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "متى كان الطاعن قد اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة العقد الخاص بإشراكه فى إدارة عمل رسا على ابن الطاعن كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغا معينا بصفة تعويض. وكان مقتضى هذا الشرط الجزائى أن يكون على الطاعن الذى أخل بالتزامه. فحق عليه التعويض – عبء إثبات أن ابنه قد خسر فى الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه فى العمل المذكور".

(طعن رقم ٢٢١ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/١٠/٣٠)

٢- "النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٥٣ من القانون المدنى على أنه "إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده. فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به". يؤدى بتطبيقه على واقعة النزاع إلى أنه عندما تعاقد الطاعن باسمه لاستئجار شقة النزاع لتكون مقر الجمعية فإذا هذا التعاقد كان يتضمن تعهد الطاعن بأن تقبل الجمعية عند إنشائها الشقة، ويعتبر

= تاريخه إلى تاريخ العقد الأول، على تقدير أن ذلك هو خير تفسير لإرادة الغير، إذ مادام أنه أقر بالتعهد فمعنى ذلك أنه رآه محققا لمصلحته. ومادام الأمر يناط بإرادة الغير فإن هذه الإرادة كانت تستطيع أن تجعله بغير أثر رجعى، وفى هذه الحالة يكون تمام العقد هو يوم الإقرار. فكأن القانون الجديد قد قلب الوضع فى هذا الخصوص.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٠٦ وما بعدها.

العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضده – المؤجر – مشتملا على إيجاب من هذا الأخير موجها للجمعية، إذا قبلت صارت مستأجرة للعين محل النزاع بموجب عقد إيجار جديد بينها وبين المؤجر، يحل محل العقد الذى أبرمه الطاعن وتم تنفيذه بقبول الجمعية، وإذ حلت الجمعية فقد انقضت شخصيتها القانونية التى كانت تستأجر العين محل النزاع، مما يجعل تنفيذ عقد الإيجار مستحيلا لانعدام المستأجر فينفسخ بقوة القانون عملا بالمادة ١٥٩ من القانون المدنى، ولا يحق للطاعن الادعاء بأنه مازال مستأجرا للعين إذ أن تعاقده انتهى بمجرد قيام الجمعية وقبولها الاستئجار، أو الادعاء بأن جمعية خلفت الجمعية المنحلة فى عقد الإيجار لأن لكل من الجمعيتين شخصية قانونية مستقلة تنشأ بشهر نظامها وتنقضى بحلها فيحظر على أعضائها كما يحظر على القائمين على إدارتها وعلى موظفيها مواصلة نشاطها أو التصرف فى أموالها عملا بالفقرة الأولى من المادة ٥٨ من القانون ٢٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة".

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٦)

٣٥٧- رفض الغير للتعهد:

إذا رفض الغير قبول التعهد – وحريته فى ذلك مطلقة – فلا يكون مسئولا لأنه لم يكن طرفا فى العقد الذى أبرمه المتعهد.

وإنما تقع المسئولية فى هذه الحالة على المتعهد نفسه لأنه يعتبر قد أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد.

وجزاء مسئولية المتعهد يكون تحمله بتعويض المتعهد له من الأضرار التى نالته بسبب عدم تنفيذ تعهده.

ويجوز له – إذا كان ذلك فى مقدوره وغير ضار بالمتعهد له – أن يدرأ عن نفسه هذه المسئولية قيامه بتنفيذ الأمر الذى وعد به[١].

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى فى ذلك أنه:

"وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد فلا تترتب على امتناعه هذا أية مسئولية ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته، ويكون من واجبه تنفيذ التزامه، إما بتعويض العاقد

(١) السنهورى ص٤٥٧ وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٨٨.

الآخر الذى صدر الوعد لمصلحته، وإما بالوفاء عينا بالتعهد الذى ورد الوعد عليه، إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالدائن، ويستوى فى هذا أن يكون الوعد متعلقا بـــالتزام بنقل حق عينى أو بعمل شىء أو بالامتناع عنه"(١).



(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص٣٠٦.

مادة (١٥٤)

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 الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه 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.

الشرح

الاشتراط لمصلحة الغير:

٣٥٨- المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير:

الاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين، أحدهما هو المشترط والآخر هو المتعهد، فيشترط الأول على الثانى أن يلتزم هذا الأخير قبل شخص أجنبى عن التعاقد، وهو المنتفع. فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد.

ويجب التمييز بين الاشتراط والتعهد عن الغير: فهذا التعهد إذا قبله الغير أصبح لدينا عقدان. ومن ثم كان التعهد عن الغير تطبيقا للقواعد العامة التى تقضى بأن الغير لا يلتزم بعقد لم يكن طرفا فيه. ولو أردنا أن نسير فى الاشتراط لمصلحة الغير على هذا النحو لاستدعى الأمر أن نبرم عقدين، أحدهما بين المشترط والمتعهد يلتزم فيه هذا الأخير بأن يتعاقد مع المنتفع والآخر بين المتعهد والمنتفع يلتزم فيه الأول نحو الثانى.

وفى هذه الحالة يضحى الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقا للقواعد العامة التى تقضى بأن الغير لا يفيد من عقد لم يكن طرفا فيه ولكن الواقع أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن إلا عقدا واحدا بين المشترط والمتعهد. ويكسب المنتفع من هذا العقد حقا بالرغم من أنه لم يكن طرفا فيه، وبذلك يكون الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة العامة المذكورة. ولكنه استثناء يكاد يرتفع إلى مستوى القاعدة، الأمر الذى

جعل الشارع كما ذكرنا يعدل من صياغته لقاعدة نسبية أثر العقد فى المادة ١٥٢ مدنى حيث تقول "إنه لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا"(١).

٣٥٩- أهمية الاشتراط لمصلحة الغير:

يحقق الاشتراط لمصلحة الغير مصلحة جوهرية لكل من المشترط والمنتفع تتجلى إذا قارنا مثلا بين ما إذا كان رب الأسرة الذى أمن على حياته قد اشترط أو لم يشترط أن يكون التأمين لصالح أولاده. فلو أنه لم يشترط أن يكون التأمين لصالح أولاده لكان لدائنيه أن يستوفوا ديونهم من مبلغ التأمين عند وفاته. لأن هذا المبلغ يدخل ضمن تركته عند وفاته. بينما إذا كان الأب قد اشترط أن يكون التأمين لصالح أولاده لما أمكن لدائنيه أن يستوفوا ديونهم من هذا المبلغ لأنه لن يدخل ضمن تركته عند وفاته، وإنما يكون لأولاده حق مباشر على هذا المبلغ قبل شركة التأمين لا يتلقونه عن مورثهم وإنما عن عقد الاشتراط ذاته(٢).

٣٦٠- تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير:

من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير ما يأتى:

١- عقد التأمين.

هذا العقد من أهم العقود التى تظهر فيها تطبيقات فكرة الاشتراط لمصلحة الغير.

فالمتعاقد يؤمن على حياته لمصلحته ولمصلحة أولاده من بعده إذا مات قبل مدة معينة. أو يؤمن لمصلحة أولاده فحسب، فيكسب الأولاد فى الحالين حقا مباشرا من عقد التأمين.

وهناك عدا التأمين على الحياة صور أخرى يشترط فيها المتعاقد لمصلحة الغير. كأن يؤمن رب العمل لمصلحة عماله عما يصيبهم من ضرر أثناء العمل أو يؤمن الناقل لمصلحة مرسل البضاعة.

ومالك المنزل يؤمن عليه ضد الحريق لمصلحة من سيكون مالكا له وقت حدوث الحريق.

---

(١) جلال على العدوى ص٢٤٠ – عبد المنعم الصده ص٣٨١.

(٢) جلال على العدوى ص٢٤٠ وما بعدها.

٢- عقود المقاولة:

تكون هذه العقود 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.

ويحدث هذا غالبا إذا كان رب العمل هو الحكومة أو شخص معنوى عام أو إحدى الشركات ويثبت ذلك فى دفتر الشروط.

٣- عقود الاحتكار والتزام المرافق العامة:

إذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقا من المرافق العامة، كالاحتكار الذى يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك. فإن مانح الاحتكار – الحكومة أو أحد المجالس المحلية – يشترط عادة على المحتكر شرطا لمصلحة المنتفعين من الجمهور. فيشترط مثلا حدا معينا من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه فى مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التى فرضت لمصلحته.

٣٦١- شروط الاشتراط لمصلحة الغير:

يجب أن يتوافر فى الاشتراط لمصلحة الغير الشروط الآتية:

الشرط الأول:

أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع:

يشترط أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع وهذا الذى يميز بين الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، اتفاقية كانت أو قانونية. فالنائب وكيلا كان أو وليا أو وصيا أو قيما أو فضوليا أو غير ذلك، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه، والأصيل لا النائب هو الطرف فى العقد، ورضاء النائب يغنى عن رضائه، أما فى الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المنتفع هو الطرف فى العقد، وقبول المنتفع للاشتراط ضرورى حتى يتأكد فى شخصه حق كسبه من عقد لم يكن طرفا فيه[١]. وسنرى فيما بعد كيف يتم القبول.

---

(١) السنهورى ص٤٦٨.

الشرط الثانى:

أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير:

يشترط أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى ترتيب حق للمنتفع ينشأ مباشرة من العقد فى ذمة المتعهد بحيث لا يمر هذا الحق بذمة المشترط. وهذه فكرة جوهرية فى الاشتراط لمصلحة الغير.

فإذا كان المشترط قد اشترط الحق لنفسه، وكان الغير يفيد من هذا الحق، فلا يكون هذا اشتراطا لمصلحة الغير كما لو أمن صاحب سيارة على مسئوليته عن الضرر الذى يصيب الغير، إذ لا يعتبر هذا اشتراطا لمصلحة الغير، لأن المتعاقد يشترط لمصلحته لا لمصلحة المضرور.

هذا بالرغم من أن التعويض الذى يحصل عليه صاحب السيارة من شركة التأمين يفيد المضرور، فهو يستطيع أن يستوفى حقه ولكن مع مزاحمة الدائنين له. ومن ثم لا يكون للمضرور حق مباشر من عقد التأمين، فلا يحق له أن يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدينه.

وإذا كان المشترط قد اشترط الحق لنفسه، ثم حوله بعد ذلك إلى شخص آخر، فلا يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير. كأن يبيع شخص منزله، ثم يحول الثمن إلى دائنه، إذ يصبح هناك عقدان: عقد بيع بين البائع والمشترى، وعقد حوالة بين البائع والدائن.

وإذا كان المشترط قد اشترط على المتعهد أن يبرم عقدا جديدا من المنتفع يلتزم منه المتعهد نحو المنتفع فلا يعتبر هذا اشتراطا لمصلحة الغير(١).

ومفاد ما تقدم أن المنتفع يجب أن يكسب حقا مباشرا من عقد الاشتراط، فهو لا يكسب هذا الحق من عقد بينه وبين المشترط، ولا يكسبه من عقد بينه وبين المتعهد، وإنما يتلقاه مباشرة من عقد الاشتراط الذى يتم بين المشترط والمتعهد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "لم يورد الشارع المصرى – على خلاف بعض التشريعات الأخرى – نصا خاصا يقرر أن للمصاب حقا مباشرا فى مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذى

---

(١) سمير عبد الستار تناغو ص١٣٠ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٣٨٥ – المستشار أنور طلبه ص١٠٨ وما بعدها.

أصابه والذى يسأل عنه قبل المستأمن فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسئولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين فإذا كان الحق الذى اشترطه المستأمن إنما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير أما إذا تبين من مشارطة التأمين أن العاقدين قصدا تخويل المصاب الحق المباشر فى منافع العقد فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هى التى تطبق".

(طعن رقم ٣١ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٥/٥)

٢- "مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدنى أنه فى الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية فى تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفا فى العقد، وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعا فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره".

(طعن رقم ٥٣٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

٣- "مفاد نص المادتين ١٥٤، ١٥٥ من القانون المدنى، وكما ورد فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ومذكرة المشروع التمهيدى – أن الاشتراط لمصلحة الغير أصبح قاعدة عامة، بعد أن كان استثناءا لا يعمل به إلا فى حالات بخصوصها، وهو ينطوى على خروج طبيعى على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع، فيكسب الأخير بذلك حقا مباشرا ولو أنه ليس طرفا فى التعاقد، وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدرا لهذا الحق ولهذا أوجبت أن يكون للمشترط مصلحة شخصية، مادية أو أدبية فى تنفيذ الالتزام المشترط لمصلحة الغير. وأباحت له أن ينقض الاشتراط مادام الغير لم يعلن رغبته فى الاستفادة منه إلا أن يكون ذلك منافيا لروح التعاقد. فإذا قبل المنتفع الاشتراط أو كان الشرط التزاما على المشترط أصبح حقه لازما أو غير قابل للنقض. وهو حق مباشر مصدره العقد، فيجوز له أن يطالب بتنفيذ الاشتراط".

(طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٩)

٤- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان الحق الذى اشترطه المستأمن فى وثيقة التأمين إنما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير، حتى ولو كانت ثمة منفعة تعود منه على الغير، أما إذا تبين من مشارطة التأمين أن العاقدين قصدا تخويل الغير الحق المباشر فى منفعة العقد فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هى التى تطبق".

(طعن رقم ٩٨٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/١/١)

الشرط الثالث:

أن تكون للمشترط مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير.

تشترط الفقرة الأولى من المادة أن يكون للمشترط لمصلحة الغير مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ومفاد ذلك أنه يشترط أن يكون للمشترط مصلحة فى تقديم المنفعة المشترطة للمنتفع وبعبارة أخرى، أن تكون للمشترط مصلحة فى تنفيذ الالتزامات التى اشترطها لصالح المنتفع على المتعهد.

ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية.

ومثال المصلحة المادية للمشترط أن يؤمن صاحب السيارة عن الأضرار التى تلحق الغير من سيارته وأن يؤمن رب العمل لمصلحة عماله عن الأضرار التى تحدث لهم أثناء أدائهم أعمالهم.

ففى هذين المثالين مصلحة مادية للمشترط إذ أن شركة التأمين هى التى ستتولى دفع مبالغ التعويض للمضرورين، فيرتفع عنه عبء أدائها بنفسه.

ومثال المصلحة المادية للمشترط كذلك أن يبيع شخص ماله ويشترط على المشترى دفع الثمن لأحد دائنيه (دائنى البائع)، وفاء لدينه عليه.

أما المصلحة الأدبية فمثالها الظاهر تأمين الشخص على حياته لمصلحة زوجته وأولاده.

ومثال المصلحة الأدبية أيضا الاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو اللقطاء أو لأى عمل من أعمال البر.

وفى حالات كثيرة من حالات الاشتراط لمصلحة الغير، فإن المشترط فى نفس الوقت الذى يشترط فيه لمصلحة الغير، يعقد لنفسه حقوقا أو التزامات. مثال ذلك أن

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 ابنها بأن يهبه الأب هبة معينة، دون أن تشترط شيئا لنفسها أو تلزم بشىء فى مواجهة الأب(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى المادة ١/١٥٤ من القانون المدنى يدل على أن المشترط وهو يبرم الاتفاق الذى يستفيد منه غيره إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه فلابد أن تكون له مصلحة شخصية فى هذا الاشتراط مادية كانت هذه المصلحة أو أدبية وله حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع".

(طعنان رقما ٤٧٢٦ ، ٤٧٣٣ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٤/٤/١٥)

آثار الاشتراط لمصلحة الغير:

٣٦٢- (أ) العلاقة بين المشترط والمتعهد:

يحكم العلاقة بين المشترط والمتعهد، عقد الاشتراط الذى أبرم بينهما، فهما طرفا عقد الاشتراط. وعقد الاشتراط لمصلحة الغير، فى العلاقة بين طرفيه، أى فى العلاقة بين المشترط والمتعهد، قد يكون معاوضة وقد يكون تبرعا.

ومثال الحالة الأولى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير كالزوجة أو الأولاد.

ومثال الحالة الثانية أن يهب شخص لآخر ماله بشرط أن يدفع لشخص ثالث مدى الحياة.

وأيا ما كانت طبيعة عقد الاشتراط لمصلحة الغير فى العلاقة بين طرفيه، فإنه يتحتم على كل منهما أنه يفى بالالتزامات التى يرتبها هذا العقد عليه.

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١٣٢ – السنهورى ص٤٧٠.

فمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده مثلا يلتزم بأن يؤدى أقساط التأمين فى مواعيدها ولشركة التأمين أن تلزمه بذلك، ولكن ليس لها أن تلزم بها المنتفع (الأولاد فى هذا المثال). وإن كان لها بطبيعة الحال أن تدفع فى مواجهة المنتفع إذا ما طالبها بأداء المنفعة المشترطة له (مبلغ التأمين فى هذا المثال) بأنها لم تستوف أقساط التأمين. ذلك أن الفقرة الثانية من المادة تنص فى عجزها على أن يكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد.

وإذا حصلت وثيقة التأمين على جائزة وجب على المتعهد أداء الجائزة إلى المشترط[١].

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[٢]. بل قد يكون المشترط هو وحده صاحب الحق فى ذلك دون المنتفع، كما لو اشترطت جهة الإدارة شروطا فى مواجهة ملتزم أحد المرافق العامة، لمصلحة الجمهور، واحتفظت لنفسها بالحق فى مطالبته بتنفيذ هذه الشروط.

وقد يبين العكس وهو أن المنتفع هو وحده صاحب الحق فى رفع الدعوى على المتعهد. دون أن يكون للمشترط أن يفعل ذلك وهو ما نصت عليه المادة ٣/١٥٤ مدنى بقولها: "ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك".

وكذلك للمشترط إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقا للقواعد العامة.

وإذا فسخ العقد بعد صدور قبول المنتفع سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع أو لالتزامه نحو المتشرط، فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه، فيرجع هذا به على المشترط إلا إذا كان الاشتراط تبرعا يجوز الرجوع فيه[٣].

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١٣٣.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٥٩٥ – سمير عبد السيد تناغو ص١٣٣.

(٣) السنهورى ص٤٧١ – جلال على العدوى ص٢٤٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "تعهد الملتزم فى عقد امتياز المرافق العامة باستخدام عمال الملتزم السابق بذات الشروط والأجور على أن يعتبر تعيينهم جديدا، هذا التعهد وإن ورد فى عقد الالتزام إلا أنه ليس من الشروط التى وضعت لأداء خدمة عامة للجمهور بل هو تعاقد بين جهة الإدارة وباسمها وبين الملتزم الجديد لصالح العمال المذكورين ولجهة الإدارة فى هذا الاشتراط مصلحة أدبية هى استمرار هؤلاء العمال فى عملهم واستقرار حقوقهم مع حرص جهة الإدارة على عدم تفشى البطالة. وإذ كان المستفيد فى الاشتراط لصالح الغير يستفيد حقا شخصيا مباشرا بمقتضى العقد يستطيع أن يطالب المتعهد بوفائه وكانت هذه العلاقة العقدية من علاقات القانون الخاص لقيامها بين المستفيد والمتعهد فإن مؤدى ذلك أن جهة القضاء العادى تكون هى المختصة بنظر النزاع بينهما".

(طلب رقم ٢ لسنة ٣٥ "تنازع" جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٢- "ليس فى القانون ما يمنع من أن تتعاقد الدولة أو غيرها من الأشخاص الإدارية العامة مع إحدى شركات القطاع العام طالما أن لكل منهما شخصيتها المعنوية وذمتها المالية المستقلة التى تؤهلها لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات. وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن وزارة السياحة قد تعاقدت مع الشركة المطعون ضدها الأولى وهى إحدى شركات القطاع العام على أن تقوم بواسطة وكلائها من مدريد بشحن أمتعة وسيارة الطاعن من ميناء برشلونة إلى الموانى المصرية على أن يكون سداد قيمة نفقات وأجور الشحن فى ميناء الإسكندرية بالعملة المصرية، وكان التكييف الصحيح لهذا التعاقد أنه اشتراط لمصلحة الغير يخول الطاعن حقا مباشرا قبل الشركة المطعون ضدها الأولى فإن دعواه قبلها بتعويض الضرر الناجم عن التأخير فى تنفيذ التزامها بالشحن تكون أساسها المسئولية العقدية. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى فى الدعوى على أساس انتفاء الخطأ العقدى فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٢٥٢ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٤/١٩)

٣- "المادة ١٥٤ من القانون المدنى تجيز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير وتجيز للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك".

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٥/٦)

٤- "لما كان من المقرر أن عقد التأمين الجماعى على الحياة الذى يبرمه رب العمل لصالح العاملين لديه، إما أن يكون تأمينا مؤقتا لحالة الوفاة يكون معه لورثة المستفيد الحق فى مبلغ معين إذا مات أثناء المدة التى يعمل بها عند رب العمل، وقبل أن يعتزل عمله أو تأمينا لحالة البقاء يتحصل بمقتضاه عند اعتزال العمل لبلوغ سن المعاش على رأس مال دفعة واحدة أو بإيراد مرتب مدى الحياة، فإن هذا العقد بصوريته ليس إلا تطبيقا من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير، يلزم فيه رب العمل – المؤمن له بدفع أقساط التأمين إلى شركة التأمين، ويكون لعماله أو ورثتهم حق مباشر قبل الشركة المؤمنة دون أن يدخل طرفا فى عقد التأمين ومن ثم فإن العقد الذى تم بين المشترط "المؤمن له" والمتعهد "شركة التأمين" هو مصدر الحق المباشر الذى يثبت للغير، إذ هو الذى أنشأ له هذا الحق، ونصوصه هى المرجع فى تعيين المستفيد من مشارطة التأمين".

(طعن رقم ٥٧٢٧ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٢/١/٩)

كما يكون للمشترط أن يطالب المتعهد بتعويض الضرر الذى أصابه شخصيا بسبب إخلاله بالتزامه قبل المتعهد، لأن المشترط كما ذكرنا تكون له مصلحة شخصية فى الاشتراط[١].

٣٦٣- (ب)- العلاقة بين المشترط والمنتفع:

تتحدد هذه العلاقة بحسب قصد المشترط من العقد. فإذا أراد المشترط بعقد الاشتراط أن يتبرع للمنتفع كانت العلاقة تبرعا. وإذا أراد أن يقدم للمنتفع أداء فى مقابل حق لهذا المنتفع كانت العلاقة معاوضة.

فإذا كان عمل المشترط تبرعا وجب أن تستوفى الهبة شروطها الموضوعية دون الشروط الشكلية، لأن الهبة عندئذ تكون هبة غير مباشرة وهذه لا يجب فيها الشكل.

وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور عقد الاشتراط، ومن ثم يجب أن تتوفر فى المشترط أهلية التبرع فى هذا الوقت.

وإذا كان عقد الاشتراط قد صدر فى مرض الموت جرى عليه حكم الوصية. ويجوز الطعن فى العقد بالدعوى البوليصية ولو كان من صدر له التبرع وهو المنتفع حسن النية وكان المشترط لم يرتكب غشا. ويستطيع المشترط أن يرجع فى الهبة

---

(١) جلال على العدوى ص٢٤٣.

إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع وإذا أمكن الرجوع فى الهبة فإن مقدار ما يرجع فيه الواهب (المشترط) ليس هو ما تلقاه المنتفع من المتعهد بل هو بمقدار ما يكون المشترط دفعه للمتعهد بشرط ألا يزيد عما تلقاه المنتفع من المتعهد، فإذا فرض أن المشترط قد تعاقد مع شركة التأمين على أن تدفع للمنتفع ألف جنيه وكان مقدار ما دفعه لها من أقساط هو ٥٠٠ جنيه، فإن رجوع المشترط يكون فى حدود ٥٠٠ جنيه فقط (أما الخمسمائة جنيه الأخرى فإنها تبقى للمنتفع لأنه كسبها بالتطبيق لقواعد الاشتراط). أما إذا كان ما دفعه المشترط هو ألف جنيه وما كسبه المنتفع من الاشتراط هو خمسمائة جنيه، فإن المشترط لا يرجع إلا بالخمسمائة، لأن هذا هو ما وهبه للمنتفع(١).

أما إذا كان الاشتراط قد تم معاوضة، كأن يكون قد عقد وفاء لدين على المشترط أو لإقراض المنتفع بفائدة، فإن موقف المشترط من المنتفع تحدده العلاقة القائمة بينهما(٢).

فإذا ألغى المشترط بوليصة التأمين فى هذه الحالة كان مسئولا قبل المنتفع طبقا للقواعد العامة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقا لقيمة التأمين الذى تعاقد عليه مع شركة تأمين – فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن على الشركة لمصلحة المستحق لا يرتب حقا للمستحق قبل المشترط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع المشترط عن دفع أقساطه، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشترط. وليس هو حوالة من المشترط للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشترط له بمقابل قيمتها".

(طعن رقم ٢٩ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/١/٩)

٣٦٤- (ج)- علاقة المتعهد بالمنتفع:

علاقة المتعهد بالمنتفع هى أخص ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد. ذلك أن المنتفع – الذى لم يكن طرفا فى العقد الذى

---

(١) السنهورى ص٤٧١ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٩٨ – عبد المنعم الصده ص٣٨٩ وما بعدها.

(٢) السنهورى ص٤٧٢ – حشمت أبو ستيت ص٢٩٨.

التزم به المتعهد – يكسب من هذا العقد حقا شخصيا مباشرا يستطيع أن يطالب به المتعهد مباشرة، وذلك ما لم يتفق على أن تكون هذه المطالبة من حق المشترط وحده(١).

وإذا استحال تنفيذ التعهد جاز للمنتفع أن يطالبه بالتعويض ولكن لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد لأنه ليس طرفا فيه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ينطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقى على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع، فيكسب الأخير بذلك حقا مباشرا ولو أنه ليس طرفا فى التعاقد وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدرا لهذا الحق. ولهذا التصوير على بساطته ووضوحه فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز مشخصاته، من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة وهو فضلا عن ذلك يقيل من عناء استظهار سائر وجوده التفسير والتخريج التى جهد الفقه التقليدى فى التماسها وتفصيل جزئياتها"(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر – عملا بالمادة ١٥٤ من القانون المدنى – أنه يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد".

(طعن رقم ٢٧٨ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥)

وواضح أن حق المنتفع قبل المتعهد هو حق مباشر يستمد من العقد المبرم بين المشترط والمتعهد.

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٣٥٩ وما بعدها – جلال على العدوى ص٢٢٤ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣١٦.

ويترتب على ذلك عدة نتائج منها :

١- أن حق المنتفع ينشأ من وقت صدور العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، لا من وقت إعلان المنتفع رغبته فى الاستفادة من الشرط، فإذا فقد المشترط أهليته بعد العقد وقبل إظهار الرغبة فإن هذا لا يمنع المنتفع من إظهار هذه الرغبة.

٢- يثبت الحق للمنتفع فى الحدود التى جاءت فى عقد الاشتراط. وقد رأينا أن حق مطالبة المتعهد بالوفاء بالتزامه قد يكون للمشترط وحده دون المنتفع، وقد يكون للمنتفع وحده.

وقد يتفق على أن حق المنتفع لا يكون قابلا للنقض، أو يكون قابلا للنقض بالاتفاق مع المتعهد وهذا ما يستفاد ضمنا إذا كان للمتعهد مصلحة فى الاشتراط، كما إذا اشترط أحد المتقايضين على الآخر أن يدفع المستحق عليه من فرق البدل فى نصيب المشترط من دين على أطيان هو شريك فيها على الشيوع.

وهذا كله وغيره إنما يكون طبقا لما اتفق عليه المتعاقدان فى عقد الاشتراط(١).

٣- لا يستطيع دائنو المشترط أن ينفذوا على هذا الحق حال حياة المشترط، ولا أن يستعملوا فى شأنه دعوى مدينهم غير المباشرة، لأنه لا يدخل فى مال المشترط، وإنما يجوز لهم يطعنوا فى اشتراطه بالدعوى البوليصية، وفى هذه الحالة يجب التمييز فيما يتعلق بشروط الدعوى بين طبيعة عقد الاشتراك ونوع العلاقة التى تربط بين المشترط والمنتفع.

٤- لا شأن لدائنى المشترط بهذا الحق بعد موته، لأنه لا يدخل فى تركته. ففى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الأولاد إذا مات الأب فإن هؤلاء لا يتلقون الحق من تركة أبيهم، وإنما هو حق مباشر لهم قبل شركة التأمين، فيبقى مبلغ التأمين خالصا لهم بعيدا عن ديون أبيهم.

٥- يصبح المنتفع دائنا للمتعهد، فيشاركه دائنو المتعهد فى قسمة الغرماء فى استيفاء حقوقهم من مال المتعهد. ولهم أن يستعملوا حق مدينهم فى التمسك قبل المنتفع بأى دفع من الدفوع الواردة على عقد الاشتراط، ولهم أن يطعنوا فى التزام مدينهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصية. لأن هذه الدعوى تجوز فى عمل يزيد المدين به من التزاماته (م٢٣٧ مدنى).

---

(١) السنهورى ص٤٧٥ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٣٩٠ وما بعدها.

٦- يستطيع المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى ترد على العقد، كالبطلان والفسخ. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ مدنى إذ تنص على أن: "ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد.

٧- لا يجوز للمنتفع طلب فسخ العقد، لأنه لم يكن طرفا فيه.



مادة (١٥٥)

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 أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة.

الشرح

٣٦٥- يجوز للمشترط أن ينقض المشارطة:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "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".

فحق نقض المشارطة خول للمشترط، فهو حق شخصى له، ويرجع إلى اعتبارات يستقل بتقديرها، ولهذا لا يحق للدائنين استعمال هذا الحق باسم المدين، كما لا ينتقل بعد وفاة المشترط إلى الورثة، فإذا مات المشترط أصبح حق المنتفع غير قابل للنقض. غير أن حق المشترط فى النقض يسقط إذا نزل عنه.

ويحرم المشترط من حق النقض، إذا كان ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد.

ومثل ذلك أن يكون حق المنتفع هبة من المشترط لا يجوز الرجوع فيها، أو إذا قضى العقد بذلك صراحة أو دلالة. كأن يبيع الراهن العقار المرهون، ويشترط على المشترى أن يدفع الثمن كله أو بعضه للدائن المرتهن. وفاء بالدين المضمون بالرهن، إذ فى مثل هذه الحالة، يكون للمتعهد مصلحة ظاهرة فى أن يدفع الثمن للمرتهن فيستفاد دلالة أنه اتفق مع البائع على أن ينزل هذا الأخير عن حقه فى نقض المشارطة. ما لم يظهر من العقد خلاف ذلك[١].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٠٣ سمير عب السيد تناغو ص١٣٧ وما بعدها.

وقد يتفق فى المشارطة على أن نقض المشارطة إذا حدث فينبغى أن يكون باتفاق بين المشترط والمتعهد، فلا يستقل به وحده.

ومن الجائز كذلك أن يتفق فى المشارطة 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 إحلال شخص آخر محل المنتفع وإلا لكان التزامه معلقا على شرط إرادى محض وهذا غير جائز فى القانون(١).

٣٦٦- نقض العقد قد يكون جزئيا :

لا يشترط أن يكون نقض العقد كليا، بل يمكن أن يكون جزئيا، مثل ذلك أن يرهن المؤمن له بوليصة التأمين لدائنه، فلا يعود مبلغ التأمين إلى المنتفعين إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه(٢).

٣٦٧- ليس لنقض العقد شكل خاص :

ليس لنقض العقد شكل خاص، فقد يكون صريحا أو ضمنيا(٣).

ويوجه المشترط النقض إلى المنتفع أو إلى المتعهد، لكن لابد من إعلان المتعهد بالنقض حتى لا ينفذ التزامه نحو المنتفع.

وليس للإعلان شكل معين فيجوز أن يتم بأية وسيلة، سواء بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو شفاهة، ولكن يقع على عاتق المشترط عبء إثباته كتصرف قانونى تم بإرادة منفردة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إذا اتفق البائع والمشترى على أن يحتفظ المشترى ببعض الثمن تأمينا وضمانا لدين لآخر على البائع فهذا الاتفاق يعتبر قانونا اشتراطا لمصلحة الغير، وحكمه (المادة ١٣٧ مدنى) أن للمشترط الحق فى نقضه ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له. ولا يجب فى نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص بل هو

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص٣٨.

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر ١٩١٤.

(٣) حلمى بهجت بدوى ص٣٦٣ – المستشار أنور طلبه ص١١٧.

كما يقع صريحا يصح أن يكون ضمنيا. ولا محل لتطبيق المادة ١٤١ من القانون المدنى فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين لا يزال باقيا فى ذمة المتعهد له عند استعمال الدائن هذا الحق فإذا ما انقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصح للدائن أن يباشره باسمه".

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/٦/١١)

٢-"مفاد نص المادة ١٥٥ من القانون المدنى أن للمشترط لمصلحة الغير الحق فى نقض المشارطة ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له ولا يجب فى نقض الاتفاق أن يكون بشكل خاص بل هو كما يقع صريحا يصلح أن يكون ضمنيا يستفاد من قول أو عمل أو إجراء يدل دلالة واضحة لا تحتمل الشك على اتجاه إرادة المشترط نحو إلغاء ما اشترطه لصالح الغير".

(طعن رقم ١٧٨٩ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٦/١٤)

٣٦٨- انقضاء الحق فى نقض العقد بإظهار المنتفع رغبته :

لا ينقطع حق المشترط فى نقض الاشتراط إلا بإظهار المنتفع رغبته فى الإفادة مما اشترطه المشترط لمصلحته.

على أن هذه الرغبة ليست قبولا لإيجاب، وليست إجازة، لأن الإجازة لا تكون إلا من طرف فى عقد قابل للإبطال فهى أقرب إلى أن تكون إقرارا وإن كان الإقرار بمعناه الدقيق غير متوافر هنا، لأن الإقرار يفترض إضافة آثار العقد كلها إلى المقر، ولهذا فالأولى أن يقال أنها تثبيت حق المنتفع بوضع حد لما كان يهدده من نقض(١).

ويلاحظ أن قبول المنتفع الحق المشترط له ليس شرطا ضروريا لذات ثبوت هذا الحق له، فهذا الحق ثابت له قبل أن يصدر قبوله وفور انعقاد الاشتراط، ولكن هذا القبول للحق المشترط له يؤكده من ناحية ويدعمه من ناحية أخرى، حيث يقيه من خطر استعمال المشترط الرخصة المخولة له فى نقض المشارطة.

ولذلك فإنه بمجرد إعلان المنتفع رغبته فى الإفادة من الاشتراط، إما للمشترط أو للمتعهد، يثبت له الحق المتولد عنه نهائيا.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٠١ – حلمى بهجت بدوى ص٣٦٠ وما بعدها.

ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذا الإعلان، فيجوز أن يتم بأى طريق، بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل، أو شفاهة، ولكن يقع على المنتفع أو ورثته عبء إثباته باعتباره تصرفا قانونيا يخضع للقواعد العامة فى إثباته.

ويجوز أن يعلن المنتفع قبوله الحق المشترط دلالة(١).

وليس هناك وقت محدد لإعلان المنتفع رغبته، ومن ثم له إعلان هذه الرغبة طالما لم ينقض المشترط عقد الاشتراط. أو يسقط حقه فى الإقرار بالتقادم الطويل (خمس عشرة سنة).

غير انه يجوز لكل من المشترط والمتعهد أن يحددا أجلا معقولا للمنتفع يختار فيه بين الإقرار والرفض، فإذا انقضى الأجل عد رافضا، وللقاضى الرقابة على ما إذا كان الأجل معقولا(٢).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

وإذا صح عزم المنتفع على قبول الاشتراط فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشترط بإقراره ويراعى أن هذا الإقرار تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة، ولا يشترط فيه استيفاء شكل ما ولم يحدد المشروع أجلا معينا لصدوره، ولكن يجوز إنذار المنتفع بالإفصاح عما يعتزم فى فترة معقولة. ويصبح حق المنتفع لازما أو غير قابل للنقض بمجرد إعلان الإقرار وهو حق مباشر مصدره العقد...الخ(٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة ١٣٧ من القانون المدنى نصت على أن من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها أو رفضها. ولم يطلب القانون ممن حصل التعهد على ذمته أن يظهر رغبته فى قبولها فى زمن معين، وكل ما اقتضاه منه فى حالة عدم القبول أن يعلن الرفض، أما القبول فيكفى منه السكوت".

(طعن رقم ١٨ لسنة ١ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٧)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٠٣ – حلمى بهجت بدوى ص٣٦١ وما بعدها.

(٢) السنهورى ص٤٨٠ هامش (١).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣١٧.

وإذا كان الاشتراط تبرعا فإن إعلان رغبة المنتفع لا تحول دون رجوع المشترط فى هبته إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع. ولا تعارض بين الأمرين، إذ رجوع المشترط فى الهبة هو غير حقه فى نقض الاشتراط، ويمكن من ثم أن يتتابع الحقان.

وإذ كان الرجوع فى الهبة المباشرة جائز، فإن الأمر يكون كذلك فى الهبة غير المباشرة.

وبهذا قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها ذهبت فيه إلى أن:

١- "المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقا لقيمة التأمين الذى تعاقد عليه مع شركة التأمين، فهذا اشتراط لمصلحة الغير، اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق، ولئن كان يجوز للمشترط نقض المشارطة ما لم يصبح حق المنتفع لازما غير قابل للنقض بمجرد إقراره بقبول الاشتراط، **إلا أنه متى كان الاشتراط تبرعا من المشترط للمنتفع، فيظل له حق نقض المشارطة حتى بعد أن يقبلها المنتفع، طالما ركن فى نقضه لعذر مقبول، بحسبان أن الاشتراط فى هذه الحالة يكون هبة،** ونقضه رجوع فى الهبة يسرى عليه أحكامها الموضوعية، وفقا للقواعد العامة، وليس للنقض شكل مخصوص، فيقع صريحا كما يقع ضمنيا".

(طعنان رقما ٤٣٤٥ ، ٤٥٩٠ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠١/٤/١١)

٢- "لما كان الثابت بالأوراق أن شركة ..... (المطعون ضدها الثانية) قد أبرمت لصالح الطاعن – رئيس مجلس إدارتها آنذاك – وثيقة تأمين بقسط وحيد مقداره مائتا ألف جنيه، قامت بسداده تبرعا منها، بما يكون اشتراطها لصالحه هبة تسرى عليه أحكامها الموضوعية – ولا يغير من ذلك قول الطاعن أنها أبرمت حقا له على حسن الأداء وبدلا من ميزة التأمين الاجتماعى – فهذا – إن صح – يعد من قبيل الباعث لا العوض المانع من الرجوع فى الهبة – وكانت الشركة المطعون ضدها الثانية – المؤمن لها – قد أنذرت شركة مصر للتأمين – المؤمنة – بالامتناع عن صرف مبلغ التأمين إلى المستفيد بما يفيد نقضها المشارطة ورجوعها فى الهبة، وقدمت بين يدى محكمة الموضوع أسباب رجوعها وهى مناقضة الجهاز المركزى للمحاسبات لقرار جمعيتها العمومية بسداد قسط التأمين من مال الشركة وإفتاء إدارة الفتوى بمجلس الدولة بعدم مشروعيته لمخالفته القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ونظامها الأساسى، وأن الطاعن قد استغل

نفوذه فى استصداره، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أحقيتها فى استرداد قسط التأمين مقدرا أن القرار المشار إليه قد جانب الصواب أخذا بما أبدته الشركة المؤمن لها من أسباب، فإن قضاءه يكون – فى حقيقته – فسخا قضائيا للهبة للرجوع فيها من قبل الواهب لعذر مقبول، وترتيبا لأثر هذا الفسخ برد الموهوب للواهب".

(طعنان رقما ٤٣٤٥ ، ٤٥٩٠ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠١/٤/١١)

٣٦٩- أثر نقض المشارطة:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "لا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد بل 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" ومفاد ذلك أنه إذا نقض المشترط المشارطة فإنه لا يترتب عليه إبراء ذمة المتعهد قبل المشترط إذ ينصرف الحق الوارد بالمشارطة إليه هو، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على ما يخالف ذلك.

وفى هذه الحالة لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير بل بصدد عقد عادى لا تنصرف آثاره إلا إلى طرفيه فقط.

ويستطيع المشترط أيضا بعد نقض المشارطة أن يوجه المشارطة إلى منتفع جديد يثبت له الحق من وقت العقد لا من وقت نقض المشارطة(١). وعلى أى حال لا يترتب على النقض وتحويل المنفعة لآخر زيادة التزامات المتعهد(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"وللمشترط أن ينقض المشارطة قبل إقرار المنتفع لها إلا أن يكون ذلك منافيا لروح التعاقد وله عند نقض المشارطة أن يعين منتفعا آخر أو أن يستأثر لنفسه بمنفعتها ما لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمنا إلى أن الإلغاء يترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد فإن المشترط ولما كان نقض المشارطة أمرا يرجع إلى تقدير المشترط ذاته فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته ... الخ"(٣).

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١٣٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٠١.

(٢) حلمى بهجت بدوى ص٣٦٤.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣١٧.

٣٧٠- رفض المنتفع للاشتراط:

قد يرفض المنتفع الاشتراط، نزولا على ما عنده من اعتبارات أدبية تدعوه إلى ذلك. وفى هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض.

كما يجوز للمشترط أن يعين منتفعا آخر يحل محل المنتفع الذى رفض.

والرفض كالنقض وإظهار الرغبة تصرف قانونى يتم بإرادة المنتفع وحدها.

ويذهب البعض إلى أنه يجوز لدائنى المنتفع أن يطعنوا فى رفض المنتفع الاشتراط بالدعوى البوليصية - تأسيسا على أنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصا من حقوقه، وهو ما يلزم لنجاح الطعن بتلك الدعوى(١).

ويرى البعض الآخر - بحق - أنه ليس لدائنى المنتفع هذا الحق، لأن الحق فى رفض الاشتراط يجب اعتباره من الحقوق الشخصية المتعلقة بالشخص ولأنه من جهة أخرى لم يدخل فى ذمة المنتفع بصفة نهائية حتى يقال بأنه أخرج من ذمته حقا قائما(٢).

٣٧١- صدور النقض والإقرار فى وقت واحد:

قد ينقض المشترط المشارطة وقبل أن يعلن بها المنتفع والمتعهد يقرها المنتفع دون أن يعلم كل منهما بتصرف الآخر، ففى هذه الحالة تكون الأفضلية لمن سبق منهما إلى إعلان المتعهد، فإن كان إعلان النقض تم أولا زال الحق عن المنتفع بأثر رجعى من تاريخ المشارطة، أما إذا كان المنتفع قد أعلن قبوله أولا، ثبت حقه وامتنع النقض ولا يشترط أن يثبت تاريخ الإعلان بوجه رسمى فيكفى التاريخ العرفى إذا انتفى التواطؤ(٣).



(١) السنهورى ص٤٨٠ - المستشار أنور طلبه ص١١٩.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٠٢ وما بعدها.

(٣) المستشار أنور طلبه ص١١٩.

مادة (١٥٦)

يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة.

الشرح

٣٧٢- يجوز أن يكون المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير شخصا أو جهة مستقبلة أو لم يعين وقت العقد:

يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع (المستفيد) من الاشتراط فردا أو جهة كهيئة أو شركة أو جمعية غير موجود وقت الاشتراط، أى يجوز الاشتراط لشخص مستقبل أو جهة مستقبلة.

ومثل ذلك أن يبرم شخص عقد تأمين لمصلحة ما عساه أن ينجبهم فيما بعد من أولاد أو لجمعية ستنشأ فى بلد معين.

ويجوز أيضا أن يكون المنتفع شخصا أو جهة لم يعينا بذاتهما وقت التعاقد، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة.

ومثل ذلك التأمين لمصلحة مالك الشىء أيا كان، فينتقل الشىء من يد ليد ويكون المنتفع هو مالك الشىء وقت تلفه فيكون له المطالبة بمبلغ التأمين.

أو الاشتراط لمصلحة أوائل الخريجين فى كلية من الكليات، فهؤلاء غير معينين وقت الاشتراط قابلون للتعيين فهم يتعينون فيما بعد بنتيجة الامتحان(١).

وتأمين رب العمل لمصلحة عماله دون تحديد لذواتهم، فينصرف التأمين إلى العمال الموجودين لديه وقت أن ينتج عقد التأمين أثره.

أما إذا كان الاشتراط لمصلحة شخص أو جهة غير معينة وغير قابلى التعيين وقت أن ينتج عقد التأمين أثره، فإنه لا يجوز، ومثل ذلك الاشتراط لمصلحة الفقراء دون تعيين لهم بشروط معينة أو بمنطقة معينة(٢).

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٣٥٥ وما بعدها.

(٢) حلمي بهجت بدوى ص٣٥٦.

وهذه الفكرة تتمشى مع النظرية المادية للالتزام التى لا تتطلب وجود الدائن وقت صدور العقد وتكتفي بوجوده عند التنفيذ(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد بلغ التوسع فى تطبيق هذا الأصل شأوا بعيدا وانتهى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المنتفع شخصا مستقبلا، أو شخصا لم يعين وقت التعاقد مادام تعيينه مستطاعا عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن فى التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن.

وقد نقل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير فى صورتها التى انتهت إليها فى آخر مرحلة من مراحل تطورها (أنظر المادة ٢١٢)"(٢).

وإذا لم يوجد المنتفع بذاته وقت إنتاج الاشتراط أثره، وقع الاشتراط باطلا، وإن كان بطلان الاشتراط لا يبطل عقد الاشتراط، بل تتحول الفائدة التى يحققها إلى المشترط أو ورثته(٣).



(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٩٣ – عبد المنعم الصده ص٣٨٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣١٦ وما بعدها.

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٩٣.

انحـلال العقـد:

مـادة (١٥٧)

١- فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيـذ العقـد أو بفسـخه، مـع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض.

٢- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلـك كمـا يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسـبة إلى الالتزام فى جملته.

الشـرح

٣٧٣- تعريف الفسخ:

الفسخ هو حق المتعاقد فى العقد الملزم للجانبين، إذا لم يـوف المتعاقـد الآخـر بالتزامه الناشىء عن العقد، فى أن يطلب حل الرابطة العقدية كى يتحلـل هـو مـن التزامه. فهو يدخل إلى جانب المسئولية العقدية فى نطاق الجزاء الذى يترتـب علـى القوة الملزمة للعقد(١).

٣٧٤- أساس طلب فسخ العقد:

يذهب رأى فى الفقه إلى أن أساس فسخ العقد هو نظرية السبب، إذ سبب الالتزام فى العقد الملزم للجانبين هو الالتزام الذى يقابله.

ومن ثم فإن فكرة السبب هى التى تربط بين الالتزامين المتقابلين فى هذا العقـد، بحيث إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه حق للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بالفسخ(٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص٣٩٦ – عبد المنعم حسنى الوجيز فى النظرية العامة للالتزام طبعة ١٩٩١ ص٦٤ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم الصده ص٣٩٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٤٠ – حلمي بهجت بـدوى ص٤٧٦ وما بعدها.

بينما ذهب رأى ثان إلى أن أساس الفسخ هو فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطا بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمر طبيعيا عادلا أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما فى ذمته من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، أو أن يتحلل نهائيا من هذا الالتزام، وهذا هو الفسخ(١).

ويذهب رأى ثالث إلأى أن أساس الفسخ أنه جزاء يفرضه القانون عن الإخلال بالالتزام، شأنه فى ذلك شأن التعويض. وهو جزاء يتسق مع فكرة أن العقد التبادلى يفرض الالتزامات على عاقديه على سبيل التقابل(٢).

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن أساس الفسخ، يرجع إلى أن كل عقد ملزم للجانبين يتضمن شرطا فاسخا ضمنيا، أى أن طرفيه اتفقا ضمنا على أنه إذا أخل أحدهما بالتزاماته كان للطرف الآخر أن يطلب الفسخ. ولو لم يرد بالعقد شرط صريح على ذلك(٣).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "تنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدنى على أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد ولا يشترط لإعمال حكم المادة أن يتضمن العقد شرطا يجيز الفسخ فى حالة تخلف أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه".

(طعن رقم ١٨٨ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤)

٢- "ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدنى من تخويل كل من المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر

---

(١) السنهورى ص٥٧٠ – سمير عبد السيد تناغو ص١٨٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦١٥.

(٣) وينتقد بعض الفقهاء هذا القضاء بمقولة أن الأخذ بهذا القضاء يؤدى إلى أن ينفسخ العقد بقوة القانون، بمجرد إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، دون حاجة إلى تدخل من القاضى (أحمد حشمت أبو ستيت – سمير عبد السيد تناغو ص١٨٧ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٦١٢ وما بعدها).

بالتزامه، هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين. ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح".

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٢/١٣)

٣- "النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ من التقنين المدنى على أن "فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه..." والنص فى المادة ١٥٩ من ذات القانون على أنه "فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه" يدل على أن حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفى العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح".

(طعن رقم ١٩١٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢)

٤- "لما كانت المادة ١/١٥٧ من القانون المدنى تنص على أن "فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد" وكان لا يشترط لإعمال حكم هذه المادة أن يتضمن العقد شرطا يجيز الفسخ فى حالة تخلف، أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه".

(طعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٦)

٥- "الشرط الفاسخ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مفترض دائما فى كل عقد تبادلى، وهو – على ما يدل عليه نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى – جزاء مقرر لمصلحة الدائن، لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى".

(طعن رقم ١٢٠٨ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٤/١٠)

٦- "متى كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطا فاسخا ضمنيا فإن للمدين أن يتوقى الفسخ بأداء دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ".

(طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢٠)

٣٧٥- عدم فسخ العقد إلا بحكم:

لا يفسخ العقد بناء على الشرط الفاسخ الضمنى الذى يتضمنه كل عقد ملزم للجانبين – طبقا لقضاء محكمة النقض إلا بموجب حكم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "الشرط الفاسخ الضمنى، كالتأخر عن دفع الثمن فى ميعاده، لا يقتضى بذاته الفسخ، بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائى بذلك. والحكم – فى هذا المثال – يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه".

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٨)

٢- "إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بفسخ عقد الإيجار موضوع النزاع على أساس الشرط الفاسخ الضمنى، وكان الفسخ المبنى على هذا الشرط من شأنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يخول المدين الحق فى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد فى العقد، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ، وإلى ما قبل صدور الحكم النهائى فيها".

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦)

(أيضا طعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦ – طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ – غير منشورين).

٣٧٦- شروط الفسخ:

يشترط لإمكان المطالبة بفسخ العقد توافر أربعة شروط هى:

١- أن يكون العقد ملزما للجانبين.

٢- أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه.

٣- أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه.

٤- أن يكون المتعاقد الذى يطلب الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه.

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى.

الشرط الأول:

أن يكون العقد ملزما للجانبين:

لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين، لأنها هى وحدها التى تنشىء التزامات متقابلة بحيث يعتبر كل التزام فيها سببا للالتزام الذى يقابله. وعلى هذا الأساس وجدت فكرة الارتباط بين هذه الالتزامات. فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان من العدل ومن المعقول أن يتحلل الطرف الأخر من التزامه، فالمبرر الذى ينهض بالفسخ لا يتوفر إلا فى هذه العقود.

وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ بلا استثناء[١].

فيرد الفسخ على البيع ولو كان بالمزاد العلنى جبريا كان أو اختياريا، وعلى المقايضة والإيجار والشركة والصلح.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "الفسخ يرد على الصلح، كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين فإذا لم يقم أحد المتصالحين بما أوجبه الصلح فى ذمته من التزامات جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له محل".

(طعن رقم ٤٤٨ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠)

٢- "الفسخ القضائى كما يرد على البيع بالممارسة يرد على البيع بالمزاد العلنى جبريا كان أو اختياريا".

(طعن رقم ٤٠٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢١ – غير منشور)[٢].

ويسرى الفسخ على العقد الإدارى مادام ملزما للجانبين.

---

(١) وفى ظل القانون المدنى القديم ثار خلاف حول إمكان الفسخ وعدمه فى عقود العارية والقرض والرهن الحيازى التى كانت تعتبر عقودا عينية ومن ثم ملزمة لجانب واحد. فقد كان البعض يقول بالفسخ استثناء، والبعض الآخر لا يقول بالفسخ ولكن بالسقوط بينما أنكر البعض الآخر الحق فى الفسخ نزولا على مقتضى القاعدة العامة التى تستوجب أن يكون العقد ملزما للجانبين. وكان التقنين المذكور يستثنى صراحة من الفسخ عقد الإيراد المرتب مدى الحياة (م٥٨٨/٤٨٠) وأخذ ذلك من التقنين الفرنسى. وكان هذا الاستثناء محلا للنقد (راجع فى هذا عبد المنعم الصده ص٣٩٩ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٤١ هامش (١، ٢).

(٢) مشار إليه مؤلف الدكتور محمد شتا ص٩٣٤ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "العقد الإدارى يرد عليه الفسخ برضاء الطرفين شأنه فى ذلك شأن العقد المدنى. وإذا كان ذلك العقد تحكمه أصول القانون الإدارى وهى تقضى بأنه يحق لجهة الإدارة فى حالة عدم التنفيذ أن تصادر التأمين وتفرض على المتعاقد جزاءات مالية دون حاجة للالتجاء للقضاء للحكم بها ودون أن تلتزم بإثبات أن ضررا قد أصابها، إلا أن لجهة الإدارة أن تقدر الظروف التى تم فيها الفسخ فتعفى المتعاقد من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها فى العقد كلها أو بعضها بما فى ذلك مصادرة التأمين وتوقيع الغرامة".

(طعن رقم ٥٠٣ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٦/٣)

٢- "الممارسة أداة من أدوات القانون العام فى الإسناد والتعاقد ويترتب عليها التزامات متبادلة على كاهل طرفيها ومن ثم يكون من حق أى من أطرافها المطالبة بفسخ العلاقة المترتبة عليها وفقا لما هو مقرر بأحكام المادة ١٥٧ من القانون المدنى، وإذ خلص قضاء محكمة الدرجة الأولى المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى فسخ العلاقة بين الشركة الطاعنة والمطعون ضدها بعد أن استخلص من أدلة النزاع أن الطاعنة أخلت بالتزاماتها فيها، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ١٦١٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٠)

وإذا تضمن المحرر أكثر من عقد ملزم للجانبين فلا يوجد ما يمنع من أن يطلب المتعاقد فسخ أحد تلك العقود دون العقود الأخرى متى توافرت لدعواه الشروط التى يتطلبها القانون.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ)- "إذ كان الأصل أن يتضمن المحرر عقدا واحدا إلا أنه لا مانع قانونا من أن يتضمن المحرر لأكثر من عقد وفى هذه الحالة الأخيرة لا مانع من أن يطلب المؤجر فسخ أحد تلك العقود دون الأخرى متى توافرت لدعواه الشروط التى يتطلبها القانون ولا مجال فى تلك الحالة لتطبيق حكم المدة ١/١٤٧ من التقنين المدنى الحالى التى تحظر الفسخ الجزئى للعقد إلا باتفاق طرفيه أو لسبب يقره القانون".

(ب)- "إذ كان الثابت من عقد الإيجار المؤرخ ١٩٢٥/٥/٣٠ وتعديله المؤرخ ١٩٤٦/١٠/٢٣ وملحقه المؤرخ ١٩٤٧/١/١٨ أنه يتضمن تأجير المحلين رقمى ١، ٢

من العقار رقم ١١٢ مكرر مصر الجديدة بقصد استعمالهما مقهى وشملت العلاقة الإيجارية قطعة أرض فضاء كائنة خلف العقار المذكور تبلغ مساحتها ٤٠ ، ١٤٢٤ مترا مربعا كما أضيف إلى الأماكن المؤجرة سطح الجراجات المملوكة للشركة المؤجرة لاستخدامها فى إنشاء ماكينات دارى العرض وقد حرص المتعاقدان على النص صراحة بأن الأجرة الشهرية لتلك العناصر ٣٥ جنيه دون أن ينص فى العقد على إفراد مبلغ معين بذاته لكل مكان وتحديد أجرة واحدة لهذه الأماكن مجتمعة يدل على أن الاتفاق ينصرف إلى عقد واحد يتضمن عدة عقود – ولم يفطن الحكم إلى تلك الحقيقة التى تكشف عن إرادة المتعاقدين إذ يتعذر تحديد أجرة الأرض الفضاء محل النزاع وإذ لم يثبت من الأوراق اتفاق طرفى العلاقة الإيجارية على إنهاء عقد الإيجار بالنسبة للشق الخاص بالأرض الفضاء وحدها ولم تقدم الشركة المطعون ضدها الأولى السبب القانونى الذى يجيز لها هذا الطلب ومن ثم فلا يجوز لها أن تنفرد كمؤجرة دون الطرف الآخر المستأجر بطلب إنهاء عقد الإيجار فى شق منه عملا بالمادة ١/١٤٧ من التقنين المدنى – وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى فى قضائه إلى أن العين المؤجرة موضوع الدعوى هى أرض فضاء تخضع بالنسبة لإنهاء العقد لأحكام القانون المدنى ولم يفطن الحكم إلى أن تلك العين جزء من العين المؤجرة ولا تتعلق بعلاقة إيجارية مستقلة عن باقى الأماكن المؤجرة ورتب على ذلك إنهاء العلاقة الإيجارية فى الشق الخاص بالأرض الفضاء من عقد الإيجار وقضى بالإخلاء والتسليم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن قم ٤٩٠١ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٤/٦)

وبالترتيب على ما تقدم لا يرد الفسخ على العقود الملزمة لجانب واحد، كالكفالة والوديعة بغير أجر والهبة بغير عوض، لأن طرفا واحدا فيها هو الذى يلتزم، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لا يتصور طلب الفسخ من الطرف الآخر الذى لا يتحمل بأى التزام يؤدى الفسخ إلى تحلله منه، بل المتصور منه هو طلب التنفيذ العينى وليس طلب الفسخ.

وكذلك فإن الإقرار لا يرد عليه الفسخ لأن الإقرار إخبار بأمر وليس إنشاء لحق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان الإقرار إخبارا بأمر وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ، فإن

الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على أن عقد الصلح عقد فسخ لعدم تنفيذ ما أبرم من أجله، بأن ذلك العقد ينطوى على إقرار بملكية المطعون عليه بوصفه شريكا فى العقار، وأن هذا الإقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح، فإن هذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون".

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٥)

الشرط الثانى:

أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه:

يشترط للفسخ أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه، لأن مادام الفسخ جزاء للعقد فإن ذلك يفترض الخطأ من جانب المتعاقد، ولذلك فهو لا يمكن طلبه إلا حين يمكن أن تقوم هذه المسئولية. وذلك بأن كان التنفيذ العينى ممكنا ولكن المدين امتنع عنه. أو كان التنفيذ العينى مستحيلا لسبب يرجع إلى فعل المدين.

أما إذا كان تخلف المدين عن تنفيذ التزامه بخطأ منه، إنما يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه. فإن 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 إلى خطأ المدين، وليس إلى سبب أجنبى[١].

ويجوز طلب الفسخ سواء كان عدم تنفيذ العقد كليا أو جزئيا أو كان التنفيذ معيبا.

والقاضى وهو يباشر سلطته التقديرية – كما سنرى – فى هذه الحالة إما أن يقتصر على فسخ العقد فى الجزء الذى لم ينفذ مع قيام العقد فى الجزء الباقى، إلا إذا كان العقد لا يحتمل التجزئة، أو كان الجزء الذى لم ينفذ هو الجزء الأساسى فى الالتزام.

ويجب لإمكان طلب الفسخ إعذار المدين عملا بالمادة ١/١٥٧ مدنى كما سنرى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تخلف الطاعن (المشترى) عن الوفاء بباقى الثمن بغير حق يجعله مخلا بالتزاماته قبل البائع وليس له الحق فى حبس باقى الثمن لأنه توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١٨٩ – عبد المنعم الصده ص٢٠٠.

البائع له عند تحرير العقد فضلا عن أنه تنازل عن حقه فى حبس الثمن بموجب الاتفاق فى العقد، وإذ كان ما استخلصته المحكمة فى هذا الخصوص استخلاصا سائغا يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فى النعى على الحكم المطعون فيه الذى قضى بفسخ العقد – بهذه الأسباب يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥)

ويشترط أن يكون عدم تنفيذ الالتزام بغير عذر.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذ يدل نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى أسبابه إلى أن المطعون عليهما – المشتريين – كانا معذورين فى التأخير فى إعداد مشروع العقد النهائى فى الميعاد المحدد لذلك، ثم قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان – البائعان – المقضى ضدهما بالفسخ، قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد إخلالا يستوجب الفسخ فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب".

(طعنان رقما ٢٨٦ لسنة ٣٨ ، ٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣)

ويجب أن يكون التخلف عن الوفاء بغير حق فإن من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا يسرى الشرط الفاسخ ولو كان صريحا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفسخ ولو كان صريحا".

(طعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٢- "وكان الحكم قد ذهب إلى أن ما ورد بالبند الثامن من عقد النزاع هو شرط فاسخ ضمنى يخضع لتقدير المحكمة ويحق لها معه منح المشترى مهلة لسداد الثمن فى غضونها بعد أن قدرت أن سبب التأخير فى سداد القسط الباقى من الثمن يرجع إلى الظروف المرضية التى ألمت بوالد القصر والتى انتهت بوفاته وأن المطعون ضدها الأولى قد عرضت على الطاعنين باقى الثمن ثم قامت بإيداعه خزينة المحكمة ليصرف

لهما دون قيد أو شرط فى غضون المدة التى حددها الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٧ وهو ما خلصت منه إلى انتفاء موجب الفسخ فإن حكمها بذلك يكون قد صادف صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذه الأسباب على غير أساس".

(طعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧)[١]

الشرط الثالث:

أن يكون المتعاقد الذى يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه.

يشترط لطلب الفسخ أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه على الأقل، لأنه إذا لم يكن كذلك فإنه يكون فى حكم الواقع مقصرا ومن ثم لا يكون له أن يطلب جزاء هو أحرى بأن يوقع عليه[٢].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لا يكفى للحكم بالفسخ أن يكون الفسخ واردا على عقد ملزم للجانبين وأن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى غير السبب الأجنبى وإنما يشترط أيضا أن يكون طالب التنفيذ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره، فإذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من الالتزام".

(طعن رقم ١٤٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)

٢- "إذ كان يشترط لطلب فسخ البيع أن يكون البائع قد أوفى بالتزاماته الناشئة عن العقد ومنها تسليم المبيع للمشترى إذا كان وقت التسليم قد حل قبل دفع الثمن، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد استنادا إلى تأخر المشترى فى الوفاء بباقى الثمن دون أن يبحث ما تمسك به الطاعن – المشترى – من تخلف المطعون ضدهم – البائعين – عن الوفاء بالتزاماتهم بالتسليم، فإنه يكون معيبا".

(طعن رقم ٦ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨)

كما أنه إذا كان على هذا المتعاقد واجب بالتعاون مع المدين على تنفيذ الالتزام ولم يفعل، فلا يجوز له طلب الفسخ:

---

(١) غير منشور – أورده المستشار محمد شتا ص٩٣٧.

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص١٨٩ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٤٢.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لا معقب على محكمة الموضوع إذ هى ناقشت فى حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها. وإذن فمتى كان الواقع هو أن الطاعن اشترى سيارة من المطعون عليها وتعهدت البائعة بعمل الإجراءات اللازمة لنقل الرخصة باسم المشترى فى مدة لا تزيد على ١٥ يوما وإلا التزمت بإعادة الثمن الذى قبضته مع فوائده وغرامة قدرت بمبلغ معين وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى التى رفعها الطاعن بطلب فسخ البيع لعدم قيام المطعون عليها بالإجراء الذى تعهدت به أقام قضاءه على سببين حاصل أولهما أن تخلف البائعة عن نقل الرخصة للمشترى لم يكن نكولا منها عن التزام جوهرى اتفق عليه الطرفان ذلك لأن ملكية السيارة وحيازتها قد انتقلنا للمشترى من وقت البيع وأنه يظهر من سكوت المشترى من تاريخ انتهاء المهلة المبينة فى خطابه الموصى عليه إلى تاريخ المداعاة أنه لم ير داعيا لإثارة هذه المسألة، ولأنه ثبت أن المشترى استلم المبيع وانتفع به زهاء ثلاث سنوات ونصف وأن المبيع من الأشياء القابلة للاستهلاك، وحاصل السبب الثانى أن البائعة عرضت على المشترى فى إنذارها نقل الرخصة لاسمه فلم يشأ أن يتعاون معها على إتمام الإجراءات فإنه ليس فيما قرره هذا الحكم أية مخالفة للقانون وأن أى السببين المتقدم ذكرهما كاف وحده لرفض دعوى الطاعن ولا محل للنعى على الحكم بمخالفة القانون بحجة أنه لم يعتد بما اتفق عليه فى عقد البيع من فسخ العقد إذا تخلفت البائعة عن نقل الرخصة متى كان الطاعن لم يقدم عقد البيع لتتبين محكمة النقض ما إذا كان يحوى شرطا فاسخا يحول دون استعمال محكمة الموضوع حقها فى تقدير طلب الفسخ أو يحول بين البائعة وإمكانها الوفاء أو عرض الوفاء بالتزامها بعد رفع دعوى الفسخ".

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٤/١٠)

الشرط الرابع:

أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه:

يشترط أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه أى إعادته إلى أصله من ناحيته هو. لأن الفسخ يترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن، وبالتالى

إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد. فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئا من الطرف الآخر وقام بنقله بعد ذلك إلى شخص آخر، فإنه 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 فهو لا يجوز له طلب الفسخ. بل هو يطلب فقط التنفيذ العينى أو التعويض(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن المشرع وإن كان قد أجاز للمشترى – طبقا للمادة ٤٤٣ من القانون المدنى – الرجوع على البائع له – فى حالة استحقاق المبيع – بضمان الاستحقاق إلا أنه لم يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه وهو ما أشارت إليه المادة السابق ذكرها بقولها "كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله". ومن مقتضى ذلك أنه فى حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التى نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون المدنى وهو أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه".

(طعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥)

٢- "إذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم إمكان إعادة الحال إلى ما كان عليه وتسليمه أرض المطعون ضدهم خالية كأثر من آثار الفسخ وذلك تأسيسا على أن البناء أقيم على هذه الأرض وأرض أخرى ضمت إليها وبلغت مساحتها جميعها ١٠٢٩م^{٢} لا يتجاوز أرض المطعون ضدهم منها نسبة ٦٠% فقط وأنه لا يتصور تسليم أى جزء من الأرض خالية إلا إذا هدم العقار بأكمله وفى ذلك ضياع للمال وإهداره. وإذ لم يعن الحكم بإيراد هذا الدفاع وبحثه والرد عليه رغم جوهريته إذ من شأنه لو تحقق أن يغير وجه الرأى فى قضائه بالإزالة والتسليم فإن الحكم يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٧/١)

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١٨٩ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٤٢ وما بعدها.

٣٧٧- خيار الدائن بين التنفيذ العينى والفسخ:

إذا تحققت الشروط اللازمة لطلب الفسخ، فإن طلب الفسخ مع ذلك يمثل رخصة تخول الدائن الذى يحصل الإخلال بالتزامه التحلل من العقد من غير أن يجبر عليه.

وهى رخصة تضاف إلى الحق الأصلى للدائن فى التمسك بالعقد والإصرار على تنفيذ التزام مدينه وليس بديلا عنه.

وعلى ذلك يجوز للدائن إذا أخل العاقد الآخر بالتزامه وبعد إعذاره أن يطالب بتنفيذ التزامه عينا – أو بالتعويض عند استحالة التنفيذ – أو أن يطلب فسخ العقد، فالخيار له فى ذلك.

غير أنه إذا كان التنفيذ العينى مازال ممكنا محققا غرض الدائن وعرض عليه المدين هذا التنفيذ ولو بعد طلب الفسخ أو لم يعرضه وكان الحكم بإجباره على التنفيذ العينى بما لا يعترضه ضرورة قيام المدين بالتنفيذ بشخصه فإنه لا يقضى بالفسخ، كذلك لا يحكم بالفسخ، إذا كان الدائن طالب الفسخ قد صدر منه ما يفهم منه تمسكه بالتنفيذ العينى أى اعتباره أن التأخير فى التنفيذ لم يفوت غرضه من التعاقد. كما إذا تقدم البائع فى توزيع لمال المدين ففهم منه أن يطلب التنفيذ العينى لدفع الثمن، وكما إذا أجرى المشترى إصلاحات فى العين(١).

وللدائن إذا طالب بالتنفيذ العينى أن يعدل عن هذا الطلب قبل الحكم فى الدعوى، ويطلب الفسخ. وإذا طالب بالفسخ له أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ العينى، ما لم يكن قد نزل عن أحدهما، ولا يعتبر رفع الدعوى بأحدهما تنازلا عن الآخر(٢).

غير أنه ليس للدائن أن يجمع بين التنفيذ والفسخ فى طلب واحد.

ولا يجوز للقاضى القضاء بالفسخ من تلقاء نفسه(٣).

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٤٨٧ وهامش (٣).

(٢) ذلك أن الفسخ قد يحقق للدائن مركزا ممتازا، خلافا لما إذا طلب التنفيذ، لأنه فى الحالة الأولى سوف يستأثر بعنصر من عناصر ذمة مدينه وهو الشىء المعين الذى يكون قد قدمه للمدين تنفيذا للعقد. أما فى الحالة الثانية فإنه سوف يتساوى مع دائنى المدين ويقسمون ماله قسمة غرماء أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٤٣ هامش (١).

(٣) السنهورى ص٥٧٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٦١٨ وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ففى حالة الفسخ القضائى بتخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه، رغم أن الوفاء لا يزال ممكنا، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد، وبين طلب الفسخ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل. فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه، وهو يدخل فى حدود الإمكان، كما هو حكم الفرض تعين أن يستجيب القاضى لهذا الطلب، وجاز له أن يحكم بالتعويض، إذا اقتضى الحال ذلك....الخ"(١).

٣٧٨- من يحق له طلب الفسخ؟

تثبت رخصة طلب الفسخ للدائن فى العقد الملزم للجانبين، وكذا من يحل محله من الخلف العام أو الخاص أو المحال له أو الموفى مع الحلول، كما يثبت لدائنه بطريق الدعوى غير المباشرة.

وإذا تعدد الدائنون فقد ذهب رأى إلى إجراء أحكام دعوى التنفيذ على دعوى الفسخ، وإذ كان يمتنع على أحد الدائنين فى الالتزام القابل للانقسام المطالبة بالتنفيذ إلا فى حدود نصيبه بينما يجوز له أن يطالب بكل الأداء إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام فكذلك دعوى الفسخ فهى لا تجوز لأحد الدائنين فى الالتزام القابل للانقسام فى حين تجوز له فى الالتزام غير القابل للانقسام، فى حين ذهب رأى آخر إلى أن مسألة الانقسام وعدم الانقسام لا تثور إلا عند الرد ومن ثم جاز لأحد الدائنين طلب الفسخ حتى فى حالة عدم قابلية ما يجب رده للانقسام عن طريق إحلال القيمة محل الشىء. ويساند هذا الرأى أنه لا محل لقياس دعوى الفسخ على دعوى التنفيذ ومن ثم يجوز لكل من الدائنين المطالبة بالفسخ ولو كان محل الالتزام أو محل الرد غير قابل للانقسام(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لإعلانه بها فإن للمحال له أن يقاضيه فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى اختصام المحيل لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه لأنها

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٢٧.

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص٤٧٧.

تكفل للمشترى أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به".

(طعن رقم ٢١٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٣٧٩- طلب الفسخ صراحة أو ضمنا:

يطلب الفسخ صراحة، كما يجوز أن يطلب ضمنا.

ومثال الطلب الضمنى للفسخ ما يأتى:

١- أن يطلب المدعى إخلاء العين المؤجرة، إذ ينطوى طلب الإخلاء على طلب ضمنى بفسخ عقد الإيجار.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا اعتبر الحكم المطعون فيه أن الفسخ مطلوب ضمنا فى طلب الإخلاء فإنه لا يكون قد خالف القانون للتلازم بين طلب الإخلاء والفسخ المؤسس على إخلال المستأجر بالتزامه بالوفاء بالأجرة".

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٠)

٢- أن يطلب المشترى استرداد ما عجله من الثمن وبراءة ذمته من السند المحرر بالباقى من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفى جسيم فى المبيع، فإنه يكون قد طلب ضمنا فسخ العقد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان المشترى قد طلب الحكم له باسترداد ما عجله من الثمن وببراءة ذمته من السند المحرر بالباقى من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفى جسيم فى المبيع فإنه يكون قد طلب ضمنا فسخ العقد، وإذ كان مقتضى إجابته إلى هذا الطلب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد فيسترد المشترى ما عجله من الثمن وتبرأ ذمته من الباقى عليه منه على أن يكون للبائع استرداد المبيع فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى للمشترى بطلباته لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٠)

٣- التمسك فى طلب وارد بمذكرة بدعوى بعدم قيام العقد لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته الناشئة عنه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- إذا كان الثابت بمدونات الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد تمسك بمذكرته بعدم قيام العقد المؤرخ ١٩٦٢/٦/١٧ لعدم تنفيذ الطاعن لالتزاماته الواردة به بما يتضمن طلبا بفسخه وكان الحكم قد أقام قضاءه بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية مستبعدا أحكام المسئولية العقدية لما ثبت له من عدم تنفيذ الطاعن لتلك الالتزامات بما ينطوى على قضاء ضمنى بفسخ هذا العقد فإنه يكون قد التزم صحيح القانون.

(طعن رقم ٣٣٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٢/٣)

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كانت الهيئة الطاعنة قد أقامت دعواها بطلب طرد المطعون ضدها من الأرض الفضاء ومقابل انتفاعها وتسليمها خالية، وهو ما يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم فسخ العقد بينهما تأسيسا على قيامهما ببناء مبان خرسانية عليها بما يغير من معالمها ويتنافى مع طبيعة العين، وما أجرت من أجله ويضر بالطاعنة، فإن الحكم المطعون فيه – الذى أيد الحكم الابتدائى لأسبابه – إذا رفض الدعوى على سند من خلو الأوراق من ثمة تعليمات تحظر على المطعون ضدها البناء – وهو مالا يواجه دفاع الطاعنة ولا يصلح ردا عليه، باعتبار أنه ما لم يتفق العاقدان على ما يخالف القواعد العامة آنفة البيان، فإنها تكون ملزمة لهم ويتعين على القاضى إعمالها. الأمر الذى يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٤٦٢٢ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٦/٦)

ولكن طلب مقابل الانتفاع لا ينطوى على طلب فسخ العقد أو اعتباره مفسوخا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- "طلب مقابل الانتفاع يعد طلبا قائما بذاته ومستقلا عن باقى الآثار الأخرى ومنها فسخ العقد أو اعتباره مفسوخا فهو غير مرتبط به ولا يترتب عليه ولا يعد بالتالى أثرا من آثاره ومن ثم فلا يسوغ القول بأن طلب أحدهما ينطوى بالضرورة على طلب الآخر كما ينتفى التلازم بينهما فلا يعتبر قيام أولهما متضمنا حتما قيام الثانى بل يكون للبائع أن يطلب مقابل الانتفاع مع استمرار سريان العقد ونفاذه".

(ب)- "إن المطعون ضده إذ ذهب فى عريضة استئنافه إلى تعديل طلباته السالفة فى الدعوى الابتدائية بإضافة طلب الحكم بفسخ عقد البيع الابتدائى المؤرخ ١٩٧٣/٢/٢٤ إلى طلب إلزام المطعون ضده بمقابل الانتفاع فإن طلب الفسخ يعد طلبا جديدا يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بما كان يستوجب منها أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبوله إعمالا لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات".

(طعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١١/٣٠)

٣٨٠- طلب الفسخ يكون بدعوى أو بطلب عارض:

يطلب الفسخ بدعوى بالإجراءات المعتادة كما يجوز طلبه فى طلب عارض فى دعوى مرفوعة عليه من المتعاقد بطلب تنفيذ الالتزامات التى يرتبها العقد على عاتقه. كما يجوز التمسك بالفسخ كدفاع فى الدعوى المرفوعة ضده.

(أنظر نقض طعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣ المنشور بشرح المادة ١٥٨)

٣٨١- توقى المدين الفسخ:

يجوز للمدين توقى القضاء بالفسخ إذا قام بوفاء الالتزام المرتب فى ذمته بموجب العقد إلى ما قبل صدور حكم نهائى بالفسخ.

أى أن التوقى يكون أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة ثانى درجة حتى تاريخ إقفال باب المرافعة فى الدعوى أمامها، ويعتبر باب المرافعة مفتوحا إذا كانت المحكمة قد صرحت للخصوم بتقديم مستندات أو مذكرات خلال أجل حددته. فيكون الوفاء خلال هذه الفترة مرتبا أثره فى توقى الإخلاء.

غير أن الوفاء بالالتزام لا ينتج أثره فى توقى الفسخ، إلا إذا تم طبقا للأوصاف وبذات الشروط المتفق عليها، فالتنفيذ المعيب يعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئى.

كما يجب ألا يكون الدائن قد أضير بهذا الوفاء المتأخر. وهو مما يخضع لتقدير محكمة الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطا فاسخا ضمنيا فللمشترى – إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ – الحق فى توقى الفسخ بدفع الثمن".

(طعن رقم ٣٣ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

٢- "لا يعتبر عقد البيع – فى ظل القانون المدنى القديم والجديد على السواء – مفسوخا إعمالا للشرط الفاسخ بمجرد التخلف البائع أو المشترى عن القيام بالتزامه بل يتعين لكى تقضى المحكمة بإجابة من يطلب الفسخ إلى طلبه أن يكون قد نبه على الطرف الآخر بالوفاء أى بإعذاره وأن يظل هذا الأخير متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم النهائى فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه قبل ذلك امتنع قانونا جواز الحكم بالفسخ".

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢١)

٣- "الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمنى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يخول المدين أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن، فإنه لا عبرة بقدر ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة، بل العبرة بما يكون عليه المال عند الحكم النهائى".

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)

٤- "لما كان الطاعنون قد طلبوا فسخ العقد إعمالا لحقهم المقرر بمقتضى نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى فإنه يتعين لإجابة طلب الفسخ فى هذه الحالة أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره".

(طعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)

٥- "لما كان الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمنى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى يخول المدين أن يتوقى صدور الحكم بالفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى إلا أن هذا الوفاء المتأخر يجب أن يتم طبقا للأوصاف وبذات الشروط المتفق عليها – فالتنفيذ المعيب يعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئى – وأن يكون مما لا يضار به الدائن. ومحكمة الموضوع فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت فى ذلك إلى أسباب سائغة".

(طعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦)

٦- "تمسك الطاعنة فى صحيفتها بحقها فى توقى الإخلاء بسداد الأجرة المستحقة وما تكبده المطعون ضده من مصاريف ونفقات، ودون أن يمحص ما قدمته تأييدا لهذا

الدفاع من إنذارات عرض ومحاضر إيداع مما قد يتغير به وجه الرأى فى جواز الاستئناف فإنه فضلا عن مخالفته القانون وخطئه فى تطبيقه، يكون قد عاره قصور فى التسبيب".

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٥/٣٠)

٧- "لما كان يبين من أسباب الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه أنه أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع الدعوى على أساس الشرط الفاسخ الضمنى، ..... وكان الثابت من أسباب الحكم المطعون فيه وباقى أوراق الدعوى أن الطاعنين قاموا بالوفاء بباقى الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه على وكيل المطعون ضده بجلسة..... وقبوله لهذا العرض واستلامه المبلغ المعروض وهو ما يمنع من إجابة طلب الفسخ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة بفسخ العقد على سند من أن الفسخ وقع وفقا للعقد من تاريخ التخلف عن السداد وأن الحكم ليس منشئا للفسخ بل هو مقرر له رغم خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ فإنه يكون معيبا".

(طعن رقم ٧٩٥ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩)

(أيضا طعن رقم ٢٠٢٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٨ – طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ – غير منشورين).

٣٨٢- الوفاء يحقق أثره فى توقى الفسخ ولو كان المدين قد وجه اليمين الحاسمة إلى الدائن على أنه لم يتقاض الأجرة فحلفها:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان الثابت بالأوراق أن اليمين التى حلفها المطعون ضده أمام محكمة أول درجة كانت بالصيغة الآتية "أحلف بالله العظيم بأننى لم أتقاض أجرة من المدعى عليها عن الشقة بالدور الأول فوق الأرضى بالعقار المملوك لى عن الفترة من أول يناير سنة ١٩٨٢ حتى أول أغسطس سنة ١٩٨٥" وهى يمين وإن قطع حلفها بعدم وفاء الطاعنة بأجرة العين مثار النزاع عن المدة المبينة فيها إلا أنها لا تؤدى حتما إلى القضاء بالإخلاء، إذ يظل للطاعنة رغم ثبوت عدم وفائها بالأجرة على الوجه المتقدم أن تتوقى حكم الإخلاء إذا ما بادرت إلى الوفاء بما استحق عليها منها وبكافة ما تكبده

المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية حتى إقفال باب المرافعة فى الدعوى، ولو أمام محكمة الاستئناف ومن ثم فإن الحكم الابتدائى الذى قضى بالإخلاء لهذا السبب يكون جائزا استئنافه طالما تغيت الطاعنة أن تتدارك أمام محكمة الاستئناف ما فاتها أمام محكمة الدرجة الأولى، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف رغم تمسك الطاعنة فى صحيفتها بحقها فى توقى الإخلاء بسداد الأجرة المستحقة وما تكبده المطعون ضده من مصاريف ونفقات، ودون أن يمحص ما قدمته تأييدا لهذا الدفاع من إنذارات عرض ومحاضر إيداع مما قد يتغير به وجه الرأى فى جواز الاستئناف فإنه فضلا عن مخالفته للقانون وخطئه فى تطبيقه، يكون قد عاره قصور فى التسبيب".

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٥/٣٠)

٣٨٣- هل يجوز توقى الفسخ بعد نقض الحكم الصادر بالفسخ؟

نقض الحكم يقتضى زواله واعتباره كأن لم يكن ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوض، ومن ثم يجوز للمدين توقى القضاء بالفسخ بالوفاء بالتزامه قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان نقض الحكم يقتضى زواله واعتباره كأن لم يكن ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوص، كان للمدين بعض نقض الحكم القاضى بثبوت تقصيره فى الوفاء إلى حين صدوره – أن يتجنب الفسخ بالوفاء....الخ".

(طعن رقم ١٥٥ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)

٣٨٤- لا يحول دون توقى الفسخ بالوفاء أن يكون المدين سيء النية:

للمدين توقى الفسخ بالوفاء بالالتزام حتى صدور الحكم النهائى فى الدعوى، يستوى فى ذلك أن يكون المدين حسن النية أم سيء النية. فلا ينظر إلى ذلك إلى عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره،

ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام".

(طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٢)

٣٨٥- إلزام المدين المصاريف إذا توقى الفسخ بالوفاء:

إذا توقى المدين (المدعى عليه) الفسخ بالوفاء بالتزامه أمام محكمة أول درجة وقضى برفض طلب الفسخ، جاز للمحكمة إلزام المدين مصاريف الدعوى لأنه هو الذى تسبب فى رفعها وذلك عملا بالمادة ١٨٥ مرافعات، وإذا حصل التوقى أمام محكمة ثانى درجة، وقضت المحكمة بإلغاء الحكم الصادر بالفسخ وبرفض الدعوى، كان لها إلزام المدين المصاريف عن الدرجتين عملا بالمادتين ١٨٥ ، ٢٤٠ مرافعات.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان المشترى لم يعرض على البائع باقى الثمن إلا عند رفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين فى حكمها برفض دعوى الفسخ، إذ هو كان محقا فى طلب الفسخ حتى اتقاه المشترى بهذا العرض فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول العرض".

(طعن رقم ٣٣ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

٣٨٦- إلزام المدين بالتعويض بعد رفض دعوى الفسخ للتوقى:

إذا قضى برفض دعوى الفسخ لتوقى المدين الفسخ بالوفاء إلى ما قبل صدور الحكم النهائى، فذلك لا يمنع من إلزام المدين بتعويض للدائن عما يكون قد لحقه من أضرار نتيجة التأخير فى الوفاء، كأن يكون الوفاء المتأخر قد فوت عليه صفقة رابحة ويكون أساس التعويض فى هذه الحالة المسئولية العقدية، لأنه برفض دعوى الفسخ، يظل العقد قائما.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل

صدوره، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام".

(طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٢)

٣٨٧- نظرة الميسرة:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك". فهذا النص أجاز للقاضى أن يمنح المدين أجلا للوفاء بالتزامه حتى يتوقف القضاء بالفسخ وهو ما يقال له "نظرة الميسرة".

وهذا الأجل يكون إما بناء على طلب المدين، أو يمنحه له القاضى من تلقاء نفسه، إذ أن له أن يرفض الفسخ كلية، ومن يملك الأكثر يملك الأقل(١).

ويقرر النص أن هذه المهلة تمنح للمدين "إذا اقتضت الظروف ذلك". ومثل ذلك أن يرى القاضى أن ثمة أملا فى أن يفلح المدين فى أداء دينه فى وقت ليس بجد بعيد لعل الله يأتيه من بعد عسر يسرا أو يتضح للقاضى أن للمدين عذرا مقبولا فى التأخير فى الوفاء بالتزامه خاصة إذا رأى أن الدائن لن يلحقه ضرر يعتد به من جراء هذه المهلة.

ومنح هذه المهلة أو رفض طلبها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية بلا معقب عليه بشأنها.

ويترتب على ما تقدم، أنه إذا قام المدين بالوفاء بالتزامه خلال المهلة إنه يكون قد توقى الفسخ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم بالفسخ. وإذا لم يف المدين وفاء كاملا بالتزامه، فإن ذلك لا يوجب الفسخ حتما، إذ تظل للقاضى سلطته التقديرية فى الفسخ – كما سنرى – بل وللمدين الوفاء بعد انقضاء هذه المهلة ويكون هذا الوفاء توقيا لحكم الفسخ.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فإنه يكون خاضعا لتقدير قاضى الموضوع، يحكم به أو يمنح المدين أجلا للوفاء بالالتزام، ولئن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ، فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٢٦ – مذكرة المشروع التمهيدى جـ٢ ص٣٢٧.

بالفسخ حتما إلا بنص فى القانون، ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من التقنين المدنى، كما أن المشرع حذف فى مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى الذى كان يوجب الفسخ دون إنذار المشترى إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل، وهو النص المقابل للمادة ٣٣٣ مدنى قديم – تاركا ذلك لحكم القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على سبيل الاستثناء من الحق المقرر للدائن بفقرتها الأولى فى طلب الفسخ، ولا ينطوى منح الأجل فى ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه. وإنما يبقى العقد قائما والوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائى، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء ولا يتعين عليه أن يحكم بالفسخ، ويجوز أن يحكم برفضه إذا هو تبين أن الوفاء المتأخر مما لا يضار به الدائن".

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/١٠/١٦)

٢- "(أ)- "إعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدنى هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من الرخص التى أطلق فيها الشارع لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه، فلا يلزم بتسبيب قضائه بمنح المشترى نظره الميسرة أو برفض الطلب، مما لا يقبل معه النعى على الحكم المطعون فيه إقراره للمبررات التى أوردها الحكم المستأنف وعول فى قضائه بالمهلة".

(ب)- "الفسخ إذا لم يشترط بنص فى العقد، فإنه يكون – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى خاضعا لتقدير قاضى الموضوع، يحكم به أو يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، وإن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتما، إذ لا ينطوى منح الأجل ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وإنما تبقى سلطة قاضى الموضوع التقديرية، فيظل العقد قائما، ويكون الوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائى، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء. فيقضى بالفسخ أو يرفضه".

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)

٣- "فسخ العقد يخضع لتقدير قاضى الموضوع يحكم به أو يمنح المدين أجلا للوفاء بالتزامه، ولئن كان الوفاء بالالتزام فى غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون الوفاء بالالتزام لا يوجب الحكم بالفسخ حتما إلا بنص فى القانون – ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من القانون المدنى – كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الذى كان يوجب الفسخ دون إنذار المشترى إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل – تاركا ذلك لحكم القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل الذى يجوز للقاضى أن يمنحه للمدين وفقا للفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدنى قد ورد على سبيل الاستثناء من الحق فى طلب الفسخ المقرر للدائن بالفقرة الأولى من النص السالف، وأن منح الأجل فى ذاته لا يتضمن إعمال الشرط الفاسخ فى حالة انقضاء الأجل الممنوح دون الوفاء بل يبقى العقد رغم ذلك قائما ويظل الوفاء بالالتزام ممكنا بعد انقضاء الأجل وحتى صدور الحكم النهائى ولا يتعين على قاضى الموضوع أن يحكم بالفسخ فى هذه الحالة".

(طعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)[١].

---

(١) وقد عدلت محكمة النقض فى هذه الأحكام عن قضاء سابق مخالف إذ قضت:

١- بتاريخ ١٩٥٠/٣/٢٣ فى القضية رقم ١٥٥ لسنة ١٨ق بأن:

"إنه لما كان نقض الحكم يقتضى زواله واعتباره كأنه لم يكن ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوض، كان للمدين بعد نقض الحكم القاضى بثبوت تقصيره فى الوفاء إلى حين صدوره – أن يتجنب الفسخ بالوفاء. ولما كان القانون لا يوجب على القاضى فى خصوص الشرط الفاسخ الضمنى أن يقضى به وإنما خوله سلطة تقديرية يحكم به أو يعطى المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام فى غضونها وإلا اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه – فإن الحكم لا يكون مخطئا إذا قضى بإلزام المدين بدفع الباقى من الثمن فى ظرف معين وإلا اعتبر التعاقد مفسوخا من تلقاء نفسه".

٢- بتاريخ ١٩٥٧/٥/٢٣ الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٢٣ق بأن:

"إذا كان الحكم قد رأى أن فوات المهلة التى منحتها المحكمة للمشترى دون وفائه ببقى فوائد الثمن المستحقة هو مما يترتب عليه فسخ عقد البيع فلا مخالفة فى ذلك للمادتين ٣٣٢ ، ٣٣٣ مدنى قديم". =

٣٨٨- سلطة القاضى التقديرية فى نظرة الميسرة:

منح القاضى المدين مهلة للوفاء بالتزامه (نظرة الميسرة) بنا على طلبه أو من تلقاء نفسه، مما يدخل فى حدود سلطته التقديرية، بحسب ما يراه من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه فى ذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "متى تبين أن منح المهلة للمشترى للوفاء بما فى ذمته إنما صدر لمصلحته بقرار من المحكمة استعمالا لحقها المخول لها بمقتضى المادة ٣٣٣ مدنى قديم من جواز منح المهلة أو رفض طلبها مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية هو من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه. فلا يقبل من المشترى القول بأن منح المهلة يجب أن يصدر به حكم لا قرار حتى يترتب على فوات المهلة فسخ عقد البيع".

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣)

٢- "إعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادتين ٢/١٥٧ ، ٢/٢٤٦ من القانون المدنى هو من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه".

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٦)

٣- "منح المشترى مهلة للوفاء بثمن المبيع اتقاء للفسخ، أو رفض طلبها مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية لأنه من الرخص التى أطلق الشارع فيها

= وهذا القضاء يساير رأى الفقه، الذى يرى أنه إذا لم يقم المدين بالوفاء خلال المهلة اعتبر العقد بعد فواتها مفسوخا من تلقاء نفسه حتى لو لم يذكر ذلك فى الحكم، ولذا لا يجوز للقاضى أن يمنح المدين مهلة ثانية.

(السنهورى ص٥٨١ – عبد المنعم الصده ٤٠٢ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٤٤ – الدكتور محمود جمال الدين زكى الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى الجزء الأول فى مصادر الالتزام ١٩٦٨ ص١٩٠).

لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ فيها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه".

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٢/١٣)

٣٨٩- جواز صدور قرار المحكمة بنظرة الميسرة غير مسبب: وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"قضاء المحكمة ليس هو منطوق الحكم وحده وإنما هو ذات القول الفصل فى الدعوى أيا كان موضوعه سواء فى الأسباب أو فى المنطوق، ولا حجة فى قول الطاعنين أن إمهال القاضى للمدين لا يقتضى إصدار حكم بذلك، بل يكفى فيه صدور القرار بما لا يستلزم أسبابا وإن وجدت هذه الأسباب فهى زائدة لا حجة لها، ذلك أن القضاء هو الفصل فى النزاع الذى يدور بين الطرفين بعد مناقشة حجج وأسانيد كل منهما، وإذ قامت أسباب الحكم على هذا الأساس وجعل الحكم من منطوقه نتيجة لهذه الأسباب فإنها تحوز معه حجية فيما بث فيه من عناصر النزاع المطروح دن أن يغير من ذلك إمكان صدور قرار الإمهال دون أسباب، إذ أن مرجع ذلك جميعه إلى حقيقة ما فصلت فيه المحكمة مما تعلق بمنطوقها أو كان هذا الأخير نتيجة لها".

(طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٢)

٣٩٠- هل يجوز للقاضى منح المدين نظرة الميسرة بعد نقض الحكم وإعادته إلى محكمة الاستئناف؟

يترتب على نقض الحكم زواله واعتباره كأن لم يكن ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوض، ومن ثم فلا يوجد ما يحول قانونا بين القاضى وبين منحه المدين نظرة الميسرة ليقوم بتوقى القضاء بالفسخ(١).

٣٩١- نظرة الميسرة مما لا يتعلق بالنظام العام:

السلطة التقديرية لقاضى الموضوع فى صدد الفسخ – كما سنرى – والتى ضمنها إمكان إعطاء المدين أجلا للوفاء بالالتزام (نظرة الميسرة) ليست متعلقة بالنظام العام.

---

(١) المستشار أنور طلبه ص١٦١.

ومن ثم يجوز الاتفاق على حرمان القاضى منها، بشرط أن يظهر بوضوح، ومن غير أدنى شك أن إرادة الطرفين قد انصرفت إلى ذلك(١).

٣٩٢- القضاء بالفسخ جوازى للمحكمة:

القضاء بالفسخ ليس محتما على القاضى إذا توافرت شروطه، وإنما هو جوازى له، وله سلطة تقديرية فى القضاء به. ومما يدعو القاضى إلى عدم القضاء بالفسخ:

١- أن يكون المدين قد نفذ جزءا من التزامه وكان مالم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته. كما إذا كان المشترى قد قعد عن الوفاء بجزء من الثمن، بعد أن كان قد دفع أغلبه. أو كان العاقد فى وفى بكل الالتزامات الأساسية التى يفرضها العقد عليه ولم يتقاعس إلا عن الوفاء بالتزام ثانوى.

والمعول عليه فى إجراء التناسب بين ما وفى به المدين ومالم يوف به. **هو التزاماته كلها التى يفرضها العقد عليه، وليس فقط واحد منها بعينه.**

فقد يتقاعس المدين تقاعسا كاملا عن الوفاء بالتزام ثانوى من التزاماته، ومع ذلك يجوز للقاضى أن يرفض الفسخ، إذا اتضح له وفاء ذلك المدين بالتزاماته الأساسية أو حتى أغلبها. ولا يقدح فى ذلك أن تكون المادة ٢/١٥٧ التى جاءت بصدد تخويل القاضى رخصة رفض الفسخ تقول: "إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته" فمؤدى حرفية هذه العبارة أن يجرى التناسب بين شطرى الالتزام الواحد، ما نفذ وما لم ينفذ ذلك أن الرأى السابق هو ما يتفق وروح نظام الفسخ(٢).

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن:

١- "لا معقب على محكمة الموضوع إذ هى ناقشت فى حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها. وإذن فمتى كان الواقع هو أن الطاعن اشترى سيارة من المطعون عليها وتعهدت البائعة بعمل الإجراءات اللازمة لنقل الرخصة باسم المشترى فى مدة تزيد على ١٥ يوما وإلا التزمت بإعادة الثمن الذى قبضته مع فوائده وغرامة قدرت بمبلغ معين وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٢٩ وما بعدها.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٢٩.

برفض الدعوى التى رفعها الطاعن بطلب فسخ البيع لعدم قيام المطعون عليها بالإجراء الذى تعهدت به أقام قضاءه على سببين حاصل أولهما أن تخلف البائعة عن نقل الرخصة للمشترى لم يكن نكولا منها عن التزام جوهرى اتفق عليه الطرفان ذلك لأن ملكية السيارة وحيازتها قد انتقلتا للمشترى من وقت البيع وأنه يظهر من سكوت المشترى من تاريخ انتهاء المهلة المبينة فى خطابه الموصى عليه إلى تاريخ المداعاة أنه لم ير داعيا لإثارة هذه المسألة، ولأنه ثبت أن المشترى استلم المبيع وانتفع به زهاء ثلاث سنوات ونصف وأن المبيع من الأشياء القابلة للاستهلاك، وحاصل السبب الثانى أن البائعة عرضت على المشترى فى إنذارها نقل الرخصة لاسمه فلم يشأ أن يتعاون معها على إتمام الإجراءات. فإنه ليس فيما قرره هذا الحكم أية مخالفة للقانون وأن أى السببين المتقدم ذكرهما كاف وحده لرفض دعوى الطاعن ولا محل للنعى على الحكم بمخالفة القانون بحجة أنه لم يعتد بما اتفق عليه فى عقد البيع من فسخ العقد إذا تخلفت البائعة عن نقل الرخصة متى كان الطاعن لم يقدم عقد البيع لتتبين محكمة النقض ما إذا كان يحوى شرطا فاسخا يحول دون استعمال محكمة الموضوع حقها فى تقدير طلب الفسخ أو يحول بين البائعة وإمكانها الوفاء أو عرض الوفاء بالتزامها بعد رفع دعوى الفسخ".

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠ق – جلسة ١٩٥٢/٤/١٠)

٢- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى 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 له مقتضى. 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" يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن سلطة المحكمة فى رفض دعوى فسخ عقد البيع لعدم الوفاء بباقى الثمن على سند من أنه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته مشروط بأن يكون حكمها مبنيا على أسباب واضحة جلية تنم عن تحصيل المحكمة فهم الواقع فى الدعوى بما له سند فى الأوراق والبيانات المقدمة لها وأن الحقيقة التى استخلصتها واقتنعت بها قام عليها دليلها الذى يتطلبه القانون، ومن شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها قضاؤه. وهو ما لا يتحقق إلا ببيان الثمن المستحق على المشترى وما سدده وما بقى فى ذمته

ونسبته إلى الالتزام فى جملته توصلا لإجراء تقدير واع حصيف لمدى أهمية ذلك الباقى بالنسبة إلى الالتزام فى جملته وفقا لما تمليه طبائع الأمور وقواعد العدالة، وبيان الدليل الذى أقامت عليه قضاءها فى كل ذلك من واقع مستندات الدعوى على نحو مفصل. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب فسخ عقد البيع على سند من أن المطعون ضده قد امتنع عن سداد المبلغ المتبقى فى شقة النزاع اعتقادا منه أن الطاعن لم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية كما أن هذا الإخلال من جانب المطعون ضده قليل الأهمية علاوة على أنه أبدى استعداده للوفاء بباقى الثمن دون أن يبين نسبة ما سدده إلى الالتزام فى جملته وكيفية قيامه بالوفاء بالباقى وموعده والدليل عليه من أوراق ومستندات الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب فخالف بذلك القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٧٦ق جلسة ٢٠١٢/٥/١٤)

كما قضت محكمة النقض بصدد طلب الفسخ للإخلاء الجزئى بأن:

"إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح، وكان طلب الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمنى، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب فى حالة الإخلال الجزئى إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستاهل فى قصد المتعاقدين فسخ العقد، وسلطة المحكمة فى استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها".

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٤)

ويكون للقاضى فى هذه الحالة أن يحكم بتنفيذ الجزء الباقى أو بالتعويض عنه[١].

٢- أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء تأخر المدين فى تنفيذ التزامه[٢].

٣- أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين[٣].

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٠٢،

(٢) السنهورى ص٥٨١.

(٣) السنهورى ص٥٨١.

٣٩٣- خضوع تقدير مبررات الفسخ لتقدير محكمة الموضوع:

تقدير مبررات الفسخ، وما إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية من عدمه، مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن فصل محكمة الموضوع فى صدد كفاية الأسباب لفسخ التعاقد موضوعى خارج عن رقابة محكمة النقض. فلا تثرتب عليها إذا هى رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد وبينت الأسباب التى استندت إليها فى ذلك".

(طعن رقم ٨٤ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٩/٥/١٨)

٢- "متى كان العقد لا يحوى شرطا صريحا فاسخا فإن الدائن إذا استعمل خياره فى طلب فسخ العقد طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى لعدم وفاء المدين التزامه فإن المحكمة لا تلتزم فى هذه الحالة بالحكم بالفسخ بل إن الأمر فى ذلك يرجع إلى تقديرها وهى فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ وعدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت فى ذلك إلى أسباب سائغة. كما أن للمدين أن يتوفى الفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى".

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥)

٣- "الفسخ إذا لم يشترط بنص فى العقد، فإنه يكون – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى – خاضعا لتقدير قاضى الموضوع .....الخ".

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)

٤- "إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بالفسخ على ما أورده فى مدوناته من أنه ..... بما مفاده أن محكمة الموضوع قد رأت فى عبارات البند الرابع من عقد الإيجار بما لا يخرج عما تحتمل، التزام الطاعنة بنزع الإعلانات من أماكنها مع بداية سدادها الأجرة بواقع الربع واستخلصت إخلال الطاعنة بهذا الالتزام لقيامها بسداد ربع القيمة وتقاعسها فى ذات الوقت عن رفع اللوحات الإعلانية بما يعطى للمؤجر طلب فسخ

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٠٢ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٢٩ – عبد المنعم حسنى ص٦٧.

عقد الإيجار تطبيقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى، وإذ كان هذا الاستخلاص سائغا له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ويكفى لحمل قضائه. فإن النعى لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة".

(طعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٦)

٥- "محكمة الموضوع فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت فى ذلك إلى أسباب سائغة".

(طعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/١/٢)

٦- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع – عملا بالقاعدة العامة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدنى – سلطة الحكم برفض الدعوى بفسخ عقد البيع للتأخير فى سداد باقى الثمن وملحقاته على سند من أنه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته. إلا أن ذلك مشروط بأن يكون حكمها مبنيا على أسباب واضحة جلية تنم عن تحصيل المحكمة فهم الواقع فى الدعوى بما له سند من الأوراق والبيانات المقدمة لها، وأن الحقيقة التى استخلصتها واقتنعت بها قام عليها دليلها الذى يتطلبه القانون، ومن شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها قضاؤها. وهو ما لا يتحقق إلا ببيان الثمن المستحق على المشترى وملحقاته إن وجدت، وما سدده منه، وما بقى فى ذمته ونسبته إلى الالتزام فى جملته توصلا لإجراء تقدير واع حصيف لمدى أهمية ذلك الباقى بالنسبة إلى الالتزام فى جملته وفقا لما تمليه طبائع الأمور وقواعد العدالة وبيان الدليل الذى أقامت عليه قضاءها فى كل ذلك من واقع مستندات الدعوى على نحو مفصل، وأن تفصل فى كل نزاع بين الخصوم حول تلك الأمور بحكم يحسم كل خصومة بينهم على كلمة سواء وقول محكم حتى يمكن مراقبة صحة تطبيقه للقانون فى هذا الشأن. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى تسبيب قضائه برفض طلب الفسخ القضائى على ما أورده من أن المحكمة لا تجيبه – المستأنف – (الطاعن) إلى طلب الفسخ لأن الباقى من الثمن قليل جدا بالنسبة إلى المدفوع ومن ثم يصبح مجرد دين عادى مضمون بالضمانات الأخرى المنصوص عليها فى القانون ..... دون أن يبين جملة المستحق على المطعون ضده (المشترى) من الثمن وملحقاته وما سدده منه، وما بقى فى ذمته، ونسبته إلى الالتزام فى جملته، والدليل على ذلك كله من مستندات الدعوى. مما يشوبه

بالقصور الذى يعجز هذه المحكمة عن ممارسة وظيفتها فى مراقبة صحة تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥)

٣٩٤- القضاء بالفسخ منشىء له:

القضاء بالفسخ تطبيقا للمادة ١٥٧ مدنى منشىء للفسخ. وذلك بعكس القضاء بالفسخ استنادا إلى وجود شرط فاسخ صريح فهو مقرر للفسخ.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى لا استنادا إلى وجود شرط فاسخ صريح فى العقد فإن هذا القضاء يكون منشئا للفسخ لا مقررا له".

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

٣٩٥- هل للمحكمة سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ والإخلاء فى قوانين إيجار الأماكن؟

(أ)- النصوص القانونية:

وردت أسباب إخلاء المكان المؤجر على سبيل الحصر فى المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (المقابلة للمواد ٢ من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، ٣١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧).

وتنص المادة (١٨) المذكورة على أن:

"لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية:

(أ) الهدم الكلى أو الجزئى للمنشآت الآيلة للسقوط والإخلاء المؤقت لمقتضيات الترميم والصيانة وفقا للأحكام المنظمة لذلك بالقوانين السارية.

(ب) إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو

بإعلان على يد محضر ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى بأداء الأجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية.

ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير فى سداد الأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر.

فإذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره فى الوفاء بالأجرة المستحقة دون مبررات تقدرها المحكمة حكم عليه بالإخلاء أو الطرد بحسب الأحوال.

(ج) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر، أو أجره من الباطن بغير إذن كتابى صريح من المالك للمستأجر الأصلى أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائيا وذلك دون إخلال بالحالات التى يجيز فيها القانون للمستأجر تأجير المكان مفروشا أو التنازل عنه أو تأجيره من الباطن أو تركه لذوى القربى وفقا لأحكام المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧".

(د) إذا ثبت بحكم قضائى نهائى أن المستأجر استعمل المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة مقلقة للراحلة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو فى أغراض منافية للآداب العامة.

ومع عدم الإخلال بالأسباب المشار إليها لا تمتد بقوة القانون عقود إيجار الأماكن المفروشة.

وتلغى المادة (٣١) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وذلك اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون.

وقد ذكرنا سلفا أن الفسخ يعد مطلوبا ضمنا ضمن طلب الإخلاء.

(ب)- رأى الفقه:

انقسم رأى الفقه إلى رأيين فيما إذا كان للقاضى سلطة تقديرية عند القضاء بفسخ عقد الإيجار لأحد الأسباب المنصوص عليها بالمادة سالفة الذكر، أم أنه ليس له هذه السلطة، وأن الفسخ يقع حتما بمجرد تحقق سببه، ويتعين بالتالى على القاضى القضاء بالفسخ. ونعرض لهذين الرأيين فيما يلى، ثم لقضاء محكمة النقض.

الرأى الأول:

ذهب فريق من الفقهاء وبعض أحكام المحاكم إلى أن نص المادة ٢ من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ والمادة ٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ والمادة ٣١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة جميعا للمادة (١٨) من القانون ١٣٦ لسنة ٩٨١ لم يرد فيها ما يسلب القاضى سلطته التقديرية فى القضاء بالفسخ المنصوص عليها فى المادة ١٥٧ مدنى التى تجرى على أن:

"فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض.

ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجو له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته".

فضلا عن أن الاعتراف للقاضى بسلطة تقديرية إزاء الحكم بالفسخ وإخلاء المكان يستهدف بأن تكون أمام القاضى فرصة لتحقيق العدالة ومراعاة الأعذار التى قد تؤدى بالمستأجر إلى الإخلال بالتزاماته(١).

الرأى الثانى:

ذهب فريق آخر من الفقهاء أيدته بعض أحكام المحاكم، إلى أنه ليس للقاضى سلطة تقديرية فى القضاء بالفسخ فى حالات الإخلاء المنصوص عليها فى المواد سالفة الذكر، وذلك استثناء من سلطة التقدير التى تخولها إياه القواعد العامة، والسبب فى ذلك أن التشريع الاستثنائى قد منح المستأجر مزايا عدة، وأجاز له البقاء فى العين المؤجرة بعد انقضاء مدة الإيجار الأصلية طوال المدة التى يريدها بأجرة مخفضة ومعقولة ومنحه مهلة قضائية فى سداد الأجرة وتوابعها إذ أجاز له الوفاء بها حتى تاريخ قفل

---

(١) الدكتور عبد الناصر العطار شرح أحكام الإيجار فى التقنين المدنى وتشريعات إيجار الأماكن الطبعة الثانية ص٥٠٩ ، ٥٥٤ ، ٦٠٩- عصام الدين حواس فى قضاء الإيجارات ص١٤ وما بعدها – مصر الابتدائية فى ١٩٥٣/١٠/١٧ الدعوى ٤٣٥٧ لسنة ١٩٥٣، ١٩٥٣/١١/١١ الدعوى ٦٣٢١ سنة ١٩٥٣، ١٩٥٣/١٢/١٠ الدعوى ١٦١٩ لسنة ١٩٥٣.

المرافعة فى الدعوى[١]، وفى مقابل هذه المزايا فرض عليه التزامات تشدد فى أخذه بها حتى لا يضار المؤجر بأكثر مما قصد إليه المشرع، فإذا أخل المستأجر بأحد هذه الالتزامات لم يسع القاضى وهو فى صدد تطبيق تشريع استثنائى وازن موازنة دقيقة بين حقوق المستأجر والتزاماته، إلا أن يحكم بفسخ الإيجار وبإخلاء العين المؤجرة دون أن تكون له أية سلطة تقديرية فى ذلك[٢].

(ج) اتجاه محكمة النقض:

أخذت محكمة النقض فى بادئ الأمر بالرأى الأول فذهبت إلى أن المشرع لم يسلب القاضى سلطته التقديرية فى الفسخ بالنسبة لحالات الإخلاء، إذ قضت بأن:

"ذلك أن النص فى المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على أنه "فى غير الأماكن المؤجرة مفروشة لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية: (ج) إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة أو تضر بمصلحة المؤجر"، يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن التشريع الاستثنائى بعد أن سلب المؤجر الحق الذى تخوله إياه القواعد العامة فى مطالبة المستأجر بإخلاء العين المؤجرة عند انتهاء مدة العقد مقررا مبدأ امتداد عقود الإيجار امتدادا تلقائيا، أجاز للمؤجر طلب الإخلاء إذا أخل المستأجر بالتزاماته المتعلقة باستعمال العين المؤجرة المشار إليها بالمواد ٥٧٩ ، ٥٨٠ ، ٥٨٣ من القانون المدنى، ولئن كان المستفاد من هذا النص أن للمؤجر الحق فى طلب إخلاء المستأجر بمجرد استعمال المكان المؤجر استعمالا يخل بباقى شروط العقد، سواء كان تغييرا ماديا فى العين المؤجرة أو تغييرا معنويا بتعديل الاستعمال، إلا أن هذا النص جاء خلوا مما يقيد سلطة القاضى التقديرية

---

(١) باستثناء القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧.

(٢) السنهورى جـ٦ مجلد ٢ طبعة ١٩٦٣ ص١٠٧٨ وما بعدها – الدكتور سليمان مرقس شرح قانون إيجار الأماكن جـ٢ الطبعة الثامنة ١٩٨٢ ص٢٤٧ وما بعدها – الأستاذ كامل بدوى المرجع فى قانون إيجار الأماكن الطبعة الأولى ١٩٥٩ ص٣٥ وما بعدها – مصر الابتدائية فى ١٩٥٣/٣/١٢ الدعوى ٧٥ لسنة ١٩٥٣ – ١٩٥٣/١٢/١٠ الدعوى ٢٦٠٢ لسنة ١٩٥٣ – ٩ يناير سنة ١٩٥٤ الدعوى ٣٦٣٥ لسنة ١٩٥٣.

فى الفسخ ولم يفرض عليه الحكم بالإخلاء إذا توافر سبب من أسبابه التى حددت شروطها فيه .....الخ".

(طعن رقم ٥٧٠ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١ – ذات المبدأ طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ – طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٥/١٩)

إلا أن محكمة النقض ما لبثت أن عدلت عن هذا الرأى واعتنقت الرأى الثانى، إذ قضت بأن:

١- "ثبوت واقعة النزول عن الإجارة دون إذن يحتم على المحكمة أن تقضى بفسخ الإيجار وإخلاء المكان دون أن يكون لها سلطة تقديرية، لأن حق المؤجر فى الإخلاء[١] ينشأ بمجرد وقوع المخالفة، فالحكم بالفسخ هنا مطلق تقع نتيجته بمجرد قيام سببه".

(طعن رقم ٦٧٤ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨)

٢- "التشريع الاستثنائى، بعد أن سلب المؤجر حقه فى طلب إخلاء المكان المؤجر بعد انتهاء مدة الإيجار الاتفاقية مقررا مبدأ امتداد عقود الإيجار تلقائيا، أجاز له طلب الإخلاء لأسباب حددها من بينها تأجير المستأجر للمكان من باطنه أو تنازله عنه أو تركه للغير بأى وجه من الوجوه دون إذن كتابى صريح من المالك، مما يضحى معه الأصل فى ظل هذا القانون الآمر هو انفراد المستأجر ومن يتبعه بحكم العقد بالحق فى الانتفاع بالمكان المؤجر وعدم جواز تخليه عنه للغير كليا كان ذلك أو جزئيا، مستمرا أو مؤقتا، بمقابل أو بدونه، واعتبار هذا التخلى بجميع صوره خروجا من المستأجر على نص عقد الإيجار مكملا بحكم القانون يجيز للمؤجر طلب إخلاء المكان – وينشأ حق المؤجر فى الإخلاء بمجرد وقوع المخالفة ولا ينقضى بإزالتها فيبقى له هذا الحق ولو استرد المستأجر الأصلى العين المؤجرة بعد ذلك، ومتى ثبت قيام المستأجر بتأجير العين المؤجرة له من الباطن – دون إذن كتابى صريح من المالك –

---

(١) المقرر أن طلب الفسخ يعتبر مطلوبا ضمنا فى طلب الإخلاء للتلازم بين طلب الإخلاء والفسخ المؤسس على إخلال المستأجر بالتزاماته (نقض طعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٨ق ١٩٦٣/٦/٢٠) – كما قضى بأن دعوى المؤجر بإخلاء المستأجر من العين المؤجرة لإساءة استعمالها تكيف بأنها دعوى فسخ لعقد الإيجار. (نقض طعن رقم ٩٣٣ لسنة ٤٦ق ٢٥ يناير ١٩٨٢).

تعين على المحكمة أن تقضى بفسخ الإيجار وإخلاء المكان دون أن يكون لها سلطة تقديرية فى ذلك لأن حق المؤجر فى الإخلاء ينشأ بمجرد وقوع المخالفة فالحكم بالفسخ هنا مطلق تقع نتيجته بمجرد قيام سببه، وذلك سواء نص عليه فى عقد الإيجار أو لم ينص وسواء طلب المؤجر إعمال نص القانون أو العقد إذ يستند الإخلاء فى هذه الحالة إلى إرادة المشرع وليس إلى اتفاق الطرفين وذلك لتعلق التشريع بالنظام العام"(١).

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٠)

٣- "مخالفة حظر التنازل عن الإيجار دون إذن كتابى من المؤجر. تنتج أثرها بمجرد وقوعها ولا تنقضى بإزالة أسبابها وتصحيحها".

(طعن رقم ٣٠٨١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١١/١٣)

٤- "إخلاء المستأجر لاستعماله العين بطريقة ضارة بالصحة العامة. م١٨/د ق١٣٦ لسنة ١٩٨١. تعلق حق المؤجر به بوقوع الضرر إزالة المخالفة لا أثر له".

(طعن رقم ٢٨٧٣ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/١/٤)

---

(١) **وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بأنه:**

١- "لا وجه لتحدى الطاعن – المستأجر – بمسارعته إلى إزالة أسباب المخالفة بعد وقوعها – مخالفة شروط الإيجار المعقولة – لما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة من تعلق حق المؤجر المضرور بطلب الإخلاء تطبيقا لحكم القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بوقوع الضرر من جانب المستأجر ولو عمد إلى إزالته بعد ذلك".

(طعن رقم ٦٣٣ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٧)

٢- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى ثبت حق المؤجر فى طلب الإخلاء طبقا للمادة ٢٣/ب من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المنطبق على واقعة الدعوى – بسبب التأجير من الباطن أو النزول عن الإيجار، فلا يستطيع المستأجر تفادى الحكم بالإخلاء إذا بادر إلى إزالة سبب المخالفة من بعد أو عمد إلى تصحيح الوضع عن طريق بيع المتجر إذا توافرت حالاته".

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق ٣جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

٣- "التزام المستأجر باحترام ما ورد بعقد الإيجار من حظر التنازل عن الإيجار. منع التأجير من الباطن أو ترك المكان المؤجر للغير من الأصول المقررة فى القوانين الاستثنائية الخاصة بإيجار الأماكن. مخالفة هذا الحظر. أثره. للمؤجر إخلاء المكان المؤجر بمجرد وقوع المخالفة. عدم انقضائه بإزالتها".

(طعن رقم ١١٩٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/٤/١٣)

٥- "ثبوت قيام المستأجر بتأجير العين المؤجرة له من الباطن أو تنازله عنها أو تركها للغير. أثره. وجوب القضاء بالفسخ والإخلاء ليس للمحكمة سلطة تقديرية فى الفسخ. علة ذلك".

(طعن رقم ٢٤١١ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٦/١/٧)

(أيضا نقض طعن رقم ٢٦١٥ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٣/٢٤)

غير أن الملاحظ أن محكمة النقض عادت بعد ذلك فى قضائها إلى رأيها الأول الذى ذهبت فيه إلى أن المشرع لم يسلب القاضى سلطته التقديرية فى الفسخ بالنسبة لحالات الإخلاء، إذ قضت بأن:

١- "يدل نص المادة ٢٣/جـ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - المنطبق على واقعة الدعوى - على أن التشريع الاستثنائى بعد أن سلب المؤجر الحق الذى تخوله إياه القواعد العامة فى مطالبة المستأجر بإخلاء العين المؤجرة عند انتهاء مدة العقد مقررا مبدأ امتداد عقود الإيجار امتداد تلقائيا، أجاز للمؤجر طلب الإخلاء إذا أخل المستأجر بالتزاماته المتعلقة باستعمال العين المؤجرة المشار إليها بالمواد ٥٧٩ ، ٥٨٠ ، ٥٨٣ من القانون المدنى. ولئن كان المستفاد من هذا النص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن للمؤجر الحق فى طلب إخلاء المستأجر بمجرد استعمال المكان المؤجر استعمالا ينافى شروط العقد سواء بإحداثه تغييرا ماديا فيه أو تغييرا معنويا، بتعديل استعماله إلا أن هذا النص جاء خلوا مما يقيد من سلطة القاضى التقديرية فى الفسخ، ولم يفرض عليه الحكم بالإخلاء إذا توافر سبب من أسبابه التى حددت شروطها فيه".

(طعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٣)

٢- (أ) "النص فى المادة ١٨ من قانون إيجار الأماكن ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع استحدث بهذا النص أمرين أولهما أنه عدل سبب الإخلاء الذى كان مقررا بنص المادة ٣١/ج من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بأن جعله مقصورا على حالة الإضرار بسلامة المبنى بعد أن كان الإضرار بالمؤجر وهو أعم وأشمل، والأمر الثانى أنه حدد أمام محكمة الإخلاء وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى بصدور حكم نهائى بذلك، وما استحدثه النص من اشتراط الحصول على حكم نهائى لا يمس ذاتية القاعدة المقررة

لسبب الإخلاء ولا يغير حكمها، وليس فى هذا النص ما يقيد سلطة القاضى التقديرية فى الفسخ إذا لم يوجب نص المادة ١٨ سالفة الذكر على القاضى الحكم بالإخلاء إذا توافر سبب من الأسباب التى حددت شروطها فيه، كما لا يستقيم أن يستلزم المشرع رفع دعوى بالإخلاء إذا كانت مهمة المحكمة مقصورة على مجرد الالتزام بحجية الحكم السابق بثبوت الضرر دون أن يكون لها سلطة تقديرية تستجيب لطلب الإخلاء أو ترفضه، والسلطة التقديرية للقاضى مقررة له بحكم القانون ولصالح المتقاضين ليقوم بتقدير خصوصيات كل حالة أو منازعة وظروفها وملابساتها ويختار الحل المناسب لها والأقرب إلى تحقيق العدالة، فلا يجوز للقاضى أن يمتنع عن إعمال سلطته التقديرية ولا يتنازل عنها أو ينيب غيره فيها".

(طعن رقم ٨٣٨٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٨)

(ب)- "إذا كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بأن الحكم السابق بإثبات استعماله للعين المؤجرة بطريقة أضرت بالمبنى لا يحتم الإخلاء ولا يعفى المحكمة من تقدير جسامة الضرر الذى أصاب المبنى والخطأ الذى ارتكبه الطاعن وأن الضرر لا يعدو أن يكون شرخا فى بياض المصيص لسقف الشقة الواقعة أسفل عين النزاع نجم عن رشح المياه نتيجة الاستعمال المألوف للمسكن فأطرح الحكم المطعون فيه دفاعه هذا بقوله إنه ليس لمحكمة الموضوع المطروح عليها طلب الإخلاء أى سلطة تقديرية طالما أن الضرر الناشىء عن إساءة الاستعمال قد ثبت بحكم قضائى، نهائى، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وجره ذلك إلى القصور فى التسبيب".

(طعن رقم ٨٣٨٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٨)

٣- "الحكم القضائى النهائى المثبت لاستعمال العين المؤجرة بصورة أضرت بسلامة المبنى لا يقيد السلطة التقديرية للقاضى فى الاستجابة لطلبى الإخلاء أو رفضه وفق ظروف كل حاجة وملابساتها. علة ذلك".

(طعن رقم ١٩٨٦ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٦)

(د)- رأينا الخاص:

نؤيد الرأى الأول الذى يعطى القاضى السلطة التقديرية فى الفسخ إعمالا للقواعد العامة، وهو الرأى الذى اعتنقته محكمة النقض فى بادئ الأمر ثم عادت إليه فى بعض

أحكامها، وذلك بالنسبة لجميع أسباب الإخلاء المنصوص عليها فى المادة (١٨) عدا السبب المنصوص عليه فى الفقرة (أ) منها طبقا للتفصيل الذى تناولناه فى موضعه.

ونضيف إلى حجج أنصار هذا الرأى، أن الأخذ بالرأى الثانى الذى يحرم القاضى من أى سلطة تقديرية فى القضاء بالفسخ، يؤدى فى بعض الحالات إلى نتائج لا تتفق مع أبسط قواعد العدالة وتنطوى على إجحاف كبير بحق المستأجر فى البقاء بالعين.

ويكفى للتدليل على ذلك أن تكون المخالفة التى اقترفها المستأجر بسيطة أو غير متكررة، وأن المستأجر رغم ذلك بادر بإزالتها، ومع ذلك يجد القاضى نفسه مجبرا على القضاء بالفسخ والإخلاء، فى وقت تعانى فيه البلاد أزمة خانقة فى الإسكان.

وطبقا للرأى الذى نأخذ به، فإنه مما يحمل القاضى على القضاء بالفسخ والإخلاء لهذا السبب – عدم الوفاء بالأجرة – أن يتضح له تعمد المستأجر عدم الوفاء أو إهماله فى ذلك إهمالا واضحا.

ومما يحمله على القضاء برفض طلب الفسخ والإخلاء، أن يكون المستأجر قد أوفى بمعظم الأجرة ولم يتبق فى ذمته إلا قدر يسير منها، لاسيما إذا ثبت أن المستأجر كان منتظما فى سداد الأجرة السابقة.

٣٩٦- إلزام المدين بالتعويض مع الحكم بالفسخ:

إذا قضت المحكمة بفسخ العقد – جاز لها بناء على طلب الدائن إلزام المدين بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ ويكون أساس التعويض هنا هو المسئولية التقصيرية، وليس العقدية، لأن العقد قد فسخ.

وإذا تضمن العقد شرطا جزائيا، فإن هذا الشرط يزول بزوال العقد – كما سنرى فى موضعه – ومن ثم لا يعمل به عند الحكم بالتعويض مع فسخ العقد.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

".... على أن للقاضى أن يجيب الدائن إلى طلبه، ويقضى بفسخ العقد، مع إلزام المدين بالتعويض دائما، إن كان ثمة محل لذلك ولا يكون التعاقد ذاته، فى حالة الفسخ، أساسا للإلزام بالتعويض، إذ هو ينعدم انعداما يستند أثره بفعل الفسخ. وإنما يكون مصدر الإلزام، فى هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره"(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٢٨.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الأصلى، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلى بفسخ العقد، سقط معه الشرط الجزائى فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن، تولى القاضى تقديره وفقا القواعد العامة التى تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن".

(طعن رقم ٣٤٣ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

٢- "النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض" يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ. وإذ كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ من جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها".

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)

٣٩٧- التنازل عن طلب الفسخ:

الرخصة المخولة للدائن فى طلب الفسخ لا تتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز للدائن التنازل عنها صراحة أو ضمنا.

ومجادلة الدائن فى هذا التنازل لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فيما يستقل به قاضى الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "لئن كان للبائع أن يطلب يفسخ العقد إذا لم ينفذ المشترى التزامه بوفاء باقى الثمن عملا بنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدنى، إلا أنه وفقا للقواعد العامة يسقط حقه فى طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمنا"[١].

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥)

---

(١) وكانت محكمة النقض قد ذهبت فى حكم سابق لها صادر بتاريخ ١٩٦٩/٢/١٣ فى الطعن رقم=

٢- "إذ كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه – برفض دعوى البائع بطلب الفسخ – أنه قد استخلص لأسباب سائغة أن الطاعن تنازل ضمنا عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقى الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها، فإن مجادلة الطاعن فى ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا فيما يستقل به قاضى الموضوع".

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥)

٣٩٨- تقادم دعوى الفسخ:

دعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها، وبناء على ذلك فهى تتقادم بالتقادم الطويل (خمس عشرة سنة) وتبدأ هذه المدة من وقت ثبوت الحق فى الفسخ. ويكون ذلك عادة عند الإعذار طبقا للقواعد العامة فى التقادم المسقط(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "وإذ كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة فإنه طالما يكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذ لا يكون هذا الثمن مستحق الأداء وممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ"(٢).

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١١/٢٢)

٢- "دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى، ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة وطالما يكون للدائن – المشترى – أن

= ٢٣ لسنة ٣٥ق بأنه لا يجوز حرمان المتعاقد من طلب الفسخ أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح.

إذ قضت بأن:

"ما تنص عليه المادة ١٥٧ من التقنين المدنى من تخويل كل من المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين. ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه. و لا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح".

(١) السنهورى ص٥٨٢ – عبد المنعم الصده ص٤٠٣ وما بعدها.

(٢) السنهورى ص٥٨٢ – عبد المنعم الصده ص٤٠٣ وما بعدها.

يرفع هذه الدعوى، فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن، إذ لا يكون هذا مستحق الأداء وممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ".

(طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

٣- "التقادم المسقط للحقوق وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإنه يسقط الحقوق الشخصية والعينية على سواء باستثناء حق الملكية لأنه حق مؤبد".

(طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

٤- "المقرر أن التقادم المسقط للحقوق وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإنه يسقط الحقوق الشخصية والعينية على سواء. كأصل عام بانقضاء ١٥ سنة طبقا للمادة ٣٧٤ من القانون المدنى ويبدأ سريانه من تاريخ زوال المانع وهو تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية".

(طعن رقم ٨٢٨ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٨)

٣٩٩- تقدير قيمة دعوى الفسخ:

تقدر قيمة دعوى الفسخ طبقا للمادة ٧/٣٧ مرافعات التى تقضى بأنه إذا كانت الدعوى بطلب عقد أو إبطاله أو فسخه يقدر قيمتها بقيمة المتعاقد عليه وبالنسبة لعقود البدل تقدر الدعوى بأكبر البدلين قيمة.

وطبقا للمادة ٨/٣٧ التى تقضى بأنه إذا كانت الدعوى بطلب صحة عقد مستمر أو بإبطاله كان التقدير باعتبار مجموع المقابل النقدى عن مدة العقد كلها.

وإذا كانت بطلب فسخ العقد كان التقدير باعتبار المقابل النقدى عن المدة الواردة فى العقد فإذا كان العقد قد نفذ فى جزء منه كان التقدير باعتبار المدة الباقية....الخ.

وبالترتيب على ذلك إذا كان العقد محل الشرط عقدا من عقود الإيجار الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن الاستثنائية، فإن هذا العقد يمتد امتدادا قانونيا تلقائيا بعد انتهاء مدته، وتكون الدعوى بطلب فسخه غير مقدرة القيمة وتعتبر قيمتها زائدة على عشرة آلاف جنيه (م٤١ مرافعات)، وبالتالى تصبح من اختصاص المحكمة الابتدائية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الدعوى التى يقيمها المؤجر بطلب فسخ عقد الإيجار ويدور النزاع فيها حول امتداده تقدر قيمتها طبقا للمادة ٨/٣٧ من قانون المرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – باعتبار المقابل النقدى عن المدة الواردة فى العقد إذا لم يكن قد نفذ

أو المدة الباقية متى تنفذ جزئيا فإن امتد بقوة القانون إلى مدة غير محددة فإن المدة الباقية منه والتى يقوم النزاع على امتداده إليها تكون غير محددة، ويكون المقابل النقدى عنها غير محدود ويضحى طلب فسخ العقد أو امتداده طلب غير قابل لتقدير قيمته وتعتبر الدعوى به زائدة على مائتين وخمسين جنيها طبقا للمادة ٤١ من قانون المرافعات وينعقد الاختصاص النوعى والقيمى بنظرها للمحكمة الابتدائية".

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٦)

التفاسخ (التقايل)

٤٠٠- المقصود بالتفاسخ (التقايل) وشروطه:

التفاسخ (التقايل) وهو اتفاق المتعاقدين على إلغاء العقد المبرم بينهما.

والتفاسخ يتم بإيجاب وقبول، صريحين أو ضمنيين[١] كما هو الحال فى العقد الأصلى. ولابد فى الإرادة الضمنية أن تكون قاطعة فى الدلالة على حصوله، فالاتفاق على زوال العقد بعد حصوله لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى عليه.

واستخلاص نية المتعقادين فى وقوع التفاسخ الضمنى يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية طالما يبنى على أسباب سائغة.

ويجب التمييز بين حصول التفاسخ فى العقد وبين إجراء مجرد التعديل فيه. فالتفاسخ لا يكون إلا حيثما يقتضى العقد الجديد إزالة العقد الأول برمته. أما إذا لم يكن من شأن العقد الجديد أن يزيل العقد الأول، وأمكن له أن يقوم إلى جانبه وإن غير فى بعض أحكامه التى لا تمس أصله وأساسه. فإننا لا نكون بصدد تفاسخ على العقد القديم، وإنما بصدد مجرد إجراء تعديل فيه. ومثال هذه الحالة التى يتفق فى عقد البيع على تسليم المبيع أو دفع الثمن فى ميعاد مضروب، ثم يأتى الطرفان ويتفقان فى تاريخ لاحق على تغيير هذا الميعاد[٢].

ويلزم لحصول التفاسخ فضلا عن توافق الإرادتين على إزالة العقد واعتباره كأن لم يكن، أن يكون فى مقدور الطرفين التمشى فعلا وواقعا مع الغاية التى يستهدفانها من

---

(١) السنهورى ص٥٦٦ – سمير عبد السيد تناغو ١٨٦ – الأستاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه مصادر الالتزام ٢٠٠٣ ص١١٢٣.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٦٢.

التفاسخ، تلك الغاية التى تتمثل فى إزالة العقد وما يتبعه من إعادة طرفيه إلى الحالة التى كانا عليها عند إبرامه.

فإذا كانت إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها عند إبرام العقد متعذرة لسبب أو لآخر. فإن التفاسخ على هذا العقد يقع باطلا لاستحالة محله. وهذا ما دعاه الفقه الإسلامى إلى أن يشترط لحصول التفاسخ أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد أحد المتعاقدين. فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف فيه للغير، ما جاز التفاسخ أو ما سرى فى حق الغير على حسب الأحوال. فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف فى بعض المعقود عليه، جاز التفاسخ فى الباقى بقدر حصته من المقابل.

وإذا كان قانوننا المدنى المصرى لم يتضمن مثل هذا الشرط، حيث إنه لم يعرض لتنظيم التفاسخ أصلا، إلا أنه يتعين الأخذ به فى ظله، لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد القانونية العامة. ففى البيع مثلا. يلزم أن يكون المبيع قائما وباقيا فى يد البائع أو المشترى عند الاتفاق على التفاسخ. ولكن لا يمنع من إمكان الاتفاق على التفاسخ أن يتلف بعض المبيع أو أن يحصل التصرف فيه، حيث يقع التفاسخ فى الباقى، بقدر حصته من الثمن. أما إذا قبض المشترى الثمن وضاع منه. فإن ذلك لا يحول دون الإقالة، إذ أن المثليات لا تهلك[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "التفاسخ كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين، وبحسب محكمة الموضوع إذ هى قالت بالفسخ الضمنى أن تورد فى الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتى طرفى التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد".

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/١٠/١٦)

٢- (أ) "إن حصول التفاسخ من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها. فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاسخ من عبارات واردة فى أوراق الدعوى مؤدية إليه فلا سبيل عليها لمحكمة النقض".

(ب)- "إن استخلاص الرضا وشروطه هو من أمور الواقع الذى يستقل به قاضى الموضوع. فإذا كان كل ما شرطه المشترى فى إنذاره البائع لقبول التفاسخ هو عرض

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٦٤.

الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضا حقيقيا على يد محضر فى ظرف أسبوع، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضا فى بحر الأسبوع كان شرطا للتفاسخ، وكان الثابت بالحكم أن المشترى تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستندا فى ذلك إلى أن المبلغ المعروض لم يكن شاملا الرسوم التى دفعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع فى الأسبوع، فإنه لا يجوز للمشترى أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض فى حين أن إيداع المبلغ المعروض لم يتم فى الأسبوع".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/٤/١٥)

٣- (أ)- "التفاسخ "التقايل" كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون أيضا بإيجاب وقبول ضمنيين وبحسب محكمة الموضوع إذ هى قالت بالتفاسخ الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتى طرفى التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد".

(ب)- "إذا عرض المشترى فى إنذاره للبائعين تنقيص الثمن فرفض البائعون فى إنذارهم الذى ردوا به – على إنذار المشترى – وأعلنوا عدم قبولهم هذا العرض وضمنوا هذا الإنذار أنهم يعتبرون ما تضمنه عرضا من جانب المشترى للفسخ وأنهم يقبلونه فإنه طالما أن قبولهم هذا يعارض الإيجاب الصادر إليهم من المشترى فإن هذا القبول يعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا بالفسخ وذلك بالتطبيق لنص المادة ٩٦ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٦١ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٢/١٦)

٤- "لئن كان الأصل فى العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد المتعاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، إلا أنه ليست ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على رفع العقد والتقايل منه، وأيا كان الرأى فى طبيعة هذا الاتفاق وهل يعد تفاسخا أو إبراما لعقد جديد، فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد، وبحسب محكمة الموضوع إذ هى قالت بالتقايل الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتى طرفى العقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد".

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣)

٥- إذ كان الطاعنان لم يقدما ما يدل على تمسكهما أمام محكمة الموضوع بانقضاء عقد الوعد بالإيجار بالتقايل عنه إثر تنازل بات من المطعون عليه الأول الموعود له - عن التمسك به، وكل ما ساقه الطاعن الأول على ما جاء بأسباب الحكم الابتدائى والحكم المطعون فيه أنه عرض الشقق الأربعة على المطعون عليه الأول شفاهة لاستئجارها فلم يقبل بينما نفى المطعون عليه الأول هذا الادعاء وإذ كان لا يكفى لاعتبار الدفاع متضمنا هذا النعى مجرد الإشارة فيه إلى عدم قبول المطعون عليه الأول استئجار تلك الشقق بل يجب أن يبديه فى صيغة صريحة جازمة تدل على تمسك صاحبه بأن عقد الوعد بالإيجار قد انقضى بما لا يجوز معه المطعون عليه الأول التمسك به بعد ذلك، إقامة دعواه تأسيسا عليه، فإنه لا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو لم يعتبر دفاع الطاعن الأول متضمنا انقضاء الوعد وبالتالى لم يرد عليه، وطالما أنه لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع فإنه لا يقبل منه التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعنان رقما ٥٦٥ ، ٥٧٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

٦- "التفاسخ والتقايل كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون أيضا بإيجاب وقبول ضمنيين، وبحسب محكمة الموضوع إذا هى قالت بالتفاسخ الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتى طرفى العقد، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد".

(طعن رقم ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٩)

٧- "التقايل عن العقد صراحة أو ضمنا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع وحسبه أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة دون أن يكون ملزما بالرد استقلالا على أوجه دفاع الخصوم مادامت الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيها الرد الضمنى على هذا الدفاع".

(طعن رقم ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧)

٨- "إن عقد البيع النهائى الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ينسخ العقد الابتدائى ويحل محله فيما يتعلق بشروط البيع وأحكامه، ويصبح هو قانونهما والمرجع فى التعرف على إرادتهما النهائية، ومن ثم فإنه قد يتناول مقدار المبيع، أو الثمن، أو شروط البيع الابتدائى بالتعديل حيث يسوغ القول بأن العقد النهائى بمثابة تقايل من البيع الابتدائى".

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١)

٩- "المقرر أنه إذا اشتمل العقد (عقد البيع الابتدائى) على بيع أكثر من حصة مقابل ثمن إجمالي لها جميعا، ثم انعقدت إرادة الطرفين فى العقد النهائى على أن يصبح هذا الثمن مقابلا لبعض تلك الحصص دون البعض الآخر، فإن مؤدى هذا أنهما تقايلا من بيع ما لم يشتمل عليه العقد النهائى من أجزاء المبيع، وارتضيا تعديل كل من المبيع والثمن. والقول بغير ذلك مؤداه التزام البائع بنقل ملكية الأعيان التى لم يشتمل عليها هذا العقد الأخير دون مقابل، وهو ما يتعارض مع كون الثمن ركنا أساسيا فى عقد البيع لا ينعقد دون تحديده أو على جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها".

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١)

٤٠١- التفاسخ حال رفع دعوى الفسخ:

يجوز أن يحصل التفاسخ عن العقد بين المتعاقدين أثناء رفع دعوى الفسخ.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان المطعون عليه قد رفع دعواه طالبا فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الطاعنين وطلب هؤلاء الأخيرون فسخ هذا العقد، فإن الحكم المطعون إذ قضى بالفسخ تأسيسا على تلاقى إرادة المشترى والبائعين لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه، ولا ينال من ذلك أن كلا من البائعين والمشترى بنى طلب الفسخ على سبب مغاير للسبب الذى بناه الآخر إذ أن محل مناقشة ذلك وإعمال آثاره هو عند الفصل فى طلب التعويض".

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١/٢١)

٤٠٢- تفاسخ المشترى بعقد عرفى عن البيع ولو كان قد باع المبيع إلى آخر مادام هو لم يحل إليه حقوقه الناشئة عن عقد شرائه[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض:

"إنه وإن كان لمشترى العقار غير المسجل أن يحيل إلى الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد لآخر وفقا لإجراءات الحوالة، إلا أن ذلك لا ينفى حقه أيضا فى أن يتصرف

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص٤٩٨.

بالبيع فى العقار إلى مشترٍ ثان بموجب عقد بيع يكون مستقلا بذاته عن عقد شرائه يلتزم هو فيه قبل المشترى بكافة التزامات البائع التى يرتبها عقد البيع، وإذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع المؤرخ ١٩٧٢/٤/٢١ أنه تضمن البيع، وإذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع المؤرخ ١٩٧٢/٤/٢١ أنه تضمن البيع وإذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع المؤرخ ١٩٧٢/٤/٢١ أنه تضمن بيع المطعون ضده الأول الأطيان التى اشتراها من المطعون ضدهما الثانى والثالث بموجب عقد البيع غير المسجل ١٩٧٠/١٢/١ إلى الطاعن، وأن المطعون ضده الأول التزم فى العقد الأول بكافة التزامات البائع التى تتولد عن البيع من ضمان خلو المبيع من الحقوق العينية والالتزام بتسليم مستندات الملكية للطاعن والتوقيع على العقد النهائى. واستحضار المطعون ضدهما الثانى والثالث للتوقيع عليه مما ينفى عنه صفة حوالة الحق التى يترتب عليها حلول المحال له محل المحيل فى الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه، ومن ثم فلا يحل الطاعن محل المطعون ضده الأول فى العقد المؤرخ ١٩٧٠/١٢/٨ ويكون لهذا الأخير وللمطعون ضدهما الثانى والثالث أن يتقايلا عنه إعمالا للأثر السلبي للعقود".

(طعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

٤٠٣- الأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعى:

الأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعى، فهو عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه، إلا أنه يجوز للطرفين أن يتفقا على الأثر الرجعى لزوال العقد(١).

ويجوز أن يكون الاتفاق على الأثر الرجعى شاملا كافة الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذى تم التفاسخ عنه، أو عن بعض هذه الحقوق والالتزامات فقط. والاتفاق على الأثر الرجعى، كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا يستخلصه قاضى الموضوع من ظروف الدعوى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون للتفاسخ أثر معدم لكل ما يترتب على تعاقدهما من حقوق والتزامات وللمحكمة أن تستخلص هذه النية المشتركة من

---

(١) السنهورى ص٥٦٦ – سمير عبد السيد تناغو ص ١٨٦ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٥٥ – عبد المنعم الصده ص٣٩٥ – وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٦٤ وما بعدها – محمد كمال عبد العزيز فى مصادر الالتزام ص١١٢٩.

ظروف الدعوى وملابساتها، وإذن فمتى كانت المحكمة بعد أن استعرضت ظروف التفاسخ قالت إن من شأنه أن يجعل البيع كأن لم يكن مؤسسة قضاءها فى ذلك على أن المطعون عليه الأول إنما اضطر إلى التنازل عن دعواه بصحة التعاقد بل وعن حقه فى البيع إزاء إصرار الطاعن على إنكاره فى البداية فلما لاحت للطاعن مصلحة فى التمسك بهذا العقد الذى سبق أن أهدره بإنكاره رفع الدعوى بصحته بعد أن عدل عنه المطعون عليه الأول واستخلصت من هذه الظروف أن العقد بفرض أنه سبق أن تم أصبح بإرادة المتعاقدين منفسخا وكأنه لم يكن، فإنها لا تكون فى تقريرها هذا قد أخطأت فى القانون".

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

٢- "متى كان الطرفان قد تراضيا على إلغاء العقد فإن هذا التفاسخ (التقايل) لا يكون له أثر رجعى إلا إذا اتفقا على ترتيب هذا الأثر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذى تفاسخا عنه".

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٩٦/٤/٧)[١]

٤٠٤- عدم مساس الأثر الرجعى للتفاسخ بحقوق الغير:

يجب ألا يمس الأثر الرجعى للتفاسخ بحقوق الغير منعا من الإضرار به.

والمقصود بالغير هنا من اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع قبل تسجيل عقد التفاسخ. فإذا كان العقد الأول هو عقد بيع لعقار وانتقلت به الملكية إلى المشترى

---

(١) ويعلق الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى على هذا الحكم قائلا (ص٦٦٤ هامش (٣) وما بعدها): "وقد جاء هذا الحكم أن "التفاسخ .. لا يكون له أثر رجعى إلا إذا اتفق الطرفان على ترتيب هذا الأثر له". وهذا الذى قاله الحكم ليس صحيحا، إذا قصد من التفاسخ الإقالة من العقد بالمعنى الذى نقصده من دراستنا لها فى المتن، أى بمعنى إزالة العقد من أصله واعتباره كأن لم يكن أبدا. ولكن محكمتنا العليا، شأنها فى ذلك شأن محكمة الموضوع المطعون فى حكمها، استعملت هنا اصطلاح "التفاسخ" فى معنى إلغاء العقد للمستقبل دون مساس بما تم من تنفيذه فى الماضى، وذلك فى عقد توريد أغذية لبعض المدارس، تنفذ فى بعض مدته، ثم مرض المتعهد، فطلب إعفاءه من الاستمرار فى التوريد، ووافقت مديرية التعليم على إعفائه. ومحكمتنا العليا، إذ تستعمل هنا اصطلاح "التفاسخ" فى المعنى الذى بيناه يتمثل قضاؤها سليما تماما إذ أننا لسنا هنا بصدد الإقالة بمعنى إزالة العقد من الوجود واعتباره كأن لم يكن، وإنما بصدد إنهاء للعقد وإلغائه للمستقبل فحسب".

بالتسجيل. فإن التفاسخ لا ينتج أثره فى حق الغير إلا من وقت تسجيله. ويترتب على تسجيله أن تعود الملكية مرة أخرى إلى البائع من وقت التسجيل. فإذا كان الغير قد اكتسب حقا على العقار من المشترى فى الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل التفاسخ فإن هذا الحق يظل نافذا فى حق البائع الذى عادت إليه ملكية الشيء[1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الغير الذى لا يمس التقايل حقوقه هو من اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع. ولا يتحقق ذلك بالنسبة للطاعن – مشترى العقار من المشترى الأول، إلا بشهر عقدى البيع أو التأشير بالحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد على هامش صحيفتها المشهر، أما مجرد شهر الصحيفة فإنه لا يرتب حقا عينيا للطاعن يحول دون الاحتجاج عليه بالتقايل بين البائع والمشترى الأول ولو كان عرفيا".

(طعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

كذلك إذا كسب الغير حقا يتعلق بالشيء الذى ورد عليه العقد الذى حصل عليه التفاسخ بمقتضى عقد من عقود الإدارة، كالإيجار فإن حقه يبقى بالرغم من التفاسخ.



(١) سمير عبد السيد تناغو ص١٨٦.

مادة (١٥٨)

يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا 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.

الشرح

الفسخ الاتفاقى

٤٠٥- المقصود بالفسخ الاتفاقى:

الفسخ الاتفاقى، هو اتفاق المتعاقدين على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وبغير حاجة إلى الالتجاء للقاضى عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه.

وعلى ذلك فإن الفسخ الاتفاقى يقع بمجرد إعلان الدائن رغبته فى ذلك دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ(١).

وإذا نازع المدين فى تحقق الشرط، فإن الدائن يكون مضطرا إلى رفع دعوى لاستصدار حكم بالفسخ. فإذا صدر حكم بالفسخ كان الحكم مقررا له لا منشئا، لأن الفسخ قد وقع فعلا بمجرد إعلان الدائن رغبته فى ذلك.

وهذا الفسخ الاتفاقى، يطلق عليه البعض أيضا تسميه الفسخ القانونى، باعتبار أنه يقع بقوة القانون ومن غير تدخل القضاء وحتى لا يختلط بالتفاسخ أو التقايل.

ويطلق عليه أيضا الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح(٢).

ويلجأ المتعاقدان إلى الفسخ الاتفاقى رغبة منهما فى تجنب رقابة القضاء وما تقتضيه هذه من إعذار ورفع دعوى، فيتفقان سواء فى العقد أو فى اتفاق لاحق أو أثناء إجراءات التقاضى عندما يعلن المدعى عليه فى دعوى الفسخ طالب الفسخ بقبوله له – على أن يقع الفسخ عند إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه، فيحل الاتفاق محل الحكم ويكون له أثره وإن

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٣٠ – عبد المنعم الصده ص٤٠٣ – عبد المنعم حسنى ص٦٧ وما بعدها.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٣٠.

اختلف عنه من حيث أن الحكم بالفسخ ينشىء الفسخ فى حين أن الفسخ بالاتفاق يقرر الفسخ ولا ينشئه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما الفسخ الاتفاقى، فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائى، عند التخلف عن الوفاء"(١).

٤٠٦- وجوب توافر الشروط اللازمة للفسخ طبقا للمادة ١٥٧ مدنى :

يذهب الفقه إلى أنه يشترط لقيام حق الدائن فى الفسخ الشروط اللازم توافرها فى قيام الحق فى الفسخ بصفة عامة، وهى أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين وأن يقع إخلال من المدين فى تنفيذ التزامه مع ملاحظة أن يكون من الالتزامات التى تعلق بها الاتفاق على الفسخ، وأن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه، وأن يكون قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن هذا النعى فى محله .... ذلك أن المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن الشرط الصريح الفاسخ وإن كان يسلب القاضى السلطة التقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله، إذ للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشروط على عبارة العقد، كما له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله. وأن استخلاص الحكم من أوراق الدعوى واقعة لا تنتجها هذه الأوراق يشوبه بالفساد فى الاستدلال" لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق حسبما تضمنه عقد البيع موضوع الدعوى المؤرخ ١٩٩٠/١٠/١٠ أن باقى الثمن المستحق فى ذمة الطاعن هو مبلغ ١١٠٢٥ جنيه تعهد بسداده فى موعد أقصاه أول مايو ١٩٩١ وإلا اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار، وقد أضيف بند فى خلف العقد يفيد سداده مبلغ ٤٥٢٥ جنيه من حساب المطعون ضده لدى بنك التنمية والائتمان الزراعى ليصبح باقى الثمن مبلغ ٦٥٠٠ جنيه. وإذ تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بسداد هذا المبلغ للبنك آنف

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٢٨.

(٢) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز فى مصادر الالتزام ص١١٠١.

البيان وفاء بمديونية المطعون ضده لديه وقدم المستندات الدالة على ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالفسخ والتسليم على سند من إخلال الطاعن بالتزامه بسداد باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه دون أن يتحقق من قيام شروط الفسخ الاتفاقى أو يراقب الظروف الخارجية التى قد تحول دون إعماله، ووقف من دفاع الطاعن عند حد القول بأن الوفاء الحاصل منه للبنك المشار إليه قد تم فى نطاق التزامه طبقا للبند الرابع من العقد رغم خلو هذا البند مما يشير إلى النص على هذا الالتزام، ولم يفطن إلى قبول الطاعن سلفا لهذا الوفاء واستنزاله من باقى الثمن المستحق فى ذمة المطعون ضده مع ما ينطوى عليه هذا القبول من دلالة قد يتغير بها وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون فضلا عن قصوره مشوبا بالفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن.

(طعن رقم ٧٠٦٣ لسنة ٦٥ق – جلسة ٢٠٠٧/١١/١٠)[١].

٤٠٧- تدرج المتعاقدين فى اشتراط الفسخ:

شرح الفسخ لا يمكن أن يكون واحدا فى أثره، لأنه مادام مرجع الفسخ فى هذه الحالة هى إرادة المتعاقدين، فإرادتهما هى التى تحدد ما إذا كان الطرفان قد استبقيا للقضاء سلطته أم ضيقا منها أم استبعداها كلية، وما إذا كان الإعذار لازما أم لا، وإذن فالمناط فى ذلك كله بصيغة شرط الفسخ التى اتفقا عليها.

وهذه الصيغة لا تخرج- كما أظهر العمل – عن واحدة من أربع هى:

الصيغة الأولى:

أن يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

وهذه أضعف الصيغ التى يتفق عليها فى هذا الشأن.

---

(١) قارن طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١ إذ جاء به "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاب طرفى التعاقد إلى ما طلباه من فسخ العقد فإنه لا يكون ثمة محل بعد ذلك للتحدث عن شروط انطباق أحكام المادة ١٥٧ من القانون المدنى لأن مجال إعمالها هو فى حالة الشرط الفاسخ الضمنى أما فى حالة الفسخ الاتفاقى فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ".

والشرط هنا ليس إلا ترديدا للقاعدة العامة فى الفسخ، ولذلك فإنه يؤخذ على أن المتعاقدين أرادا به تقرير القاعدة العامة، أى ترديد الشرط الضمنى بالفسخ فى كل عقد ملزم للجانبين وبالترتيب على ذلك، فالشرط المذكور لا يغنى عن الإعذار، ولا عن رفع الدعوى للحصول على حكم بالفسخ، ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية فى الفسخ، ولا يحرم المدين من حقه فى توقى الفسخ بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائى بالفسخ(١). ولا يمنع الدائن أيضا من التنفيذ بدلا من طلب الفسخ(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن شرط الفسخ لا يعتبر صريحا فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى إلا إذا كان يفيد انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه. أما إذا تعهد المشترى بأداء باقى ثمن المبيع فى ميعاد عينه فإن لم يؤده فى هذا الميعاد كان للبائع الحق فى فسخ البيع ولو كان قد سجل، فهذا ليس إلا ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه فى المادة ٣٣٢ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٣٣ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

٢- "إن المادة ٣٣٤ من القانون المدنى تقتضى أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشترى إذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره بإنذار ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار. ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشترى بإنذاره أى يكلفه الوفاء فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من إعمال خياره فى الفسخ. وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ، فإن ذلك الإنذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)

٣- "الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالإلتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه. فإذا كانت عبارة

---

(١) السنهورى ص٥٨٨ – عبد المنعم الصده ص٤٠٥ – محمود جمال الدين زكى ص١٩١ وما بعدها.

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص١٩٣.

الشرط هى أنه "إذا أخلت المشترية بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغيا....الخ" فإنها لا تعدو أن تكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين فلا يكون الفسخ حتميا".

(طعن رقم ٨٢ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)

٤- "الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه. وإذ كانت عبارة الشرط الواردة فى عقد البيع أنه "إذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا" فإن هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية ألا تقضى بالفسخ استنادا إلى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبينته من أن الباقى من الثمن بعد استنزال قيمة العجز فى المبيع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته فإنها لا تكون قد خالفت القانون".

(طعن رقم ٤٩١ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/١/٩)

الصيغة الثانية:

أن يتفق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم.

ولكن هذا الشرط لا يعفى الدائن من الإعذار، إذ الإعذار واجب لإعمال الشرط. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعذار انفسخ العقد من تلقاء نفسه فالإعفاء من الإعذار فى الفسخ الاتفاقى يجب الاتفاق عليه صراحة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "تنص المادة ١٥٨ من القانون المدنى على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا 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". وكانت عبارة البند السابع من العقد سند الدعوى المؤرخ ١٩٩١/١١/١٨ تنص على أنه "إذا تأخر الطرف الثانى فى سداد أى قسط استحق عليه حل موعد سداد باقى الثمن على المشترى فورا دون حاجة إلى إعذار أو تنبيه. كما يحق للطرف الأول اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وبدون حكم قضائى ويكون له أيضا الحق فى استردا المحل موضوع التعامل..." فإن البين من هذه العبارة أن الطرفين وإن اتفقا

على أنه إذا تأخر المشترى عن سداد أى قسط مستحق عليه يحل موعد سداد ما فى الأقساط دون حاجة إلى إنذار أو تنبيه. إلا أنهما لم يتفقا صراحة على إعفاء البائعة من إعذار المشترى بسداد المستحق عليه من الثمن قبل رفع دعوى الفسخ ولا يغير من ذلك اتفاقهما فى البند المشار إليه على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم قضائى ذلك أن الشرط على هذا النحو لا يعفى من الإعذار قبل رفع دعوى الفسخ إعمالا للمادة ١٥٨ من القانون المدنى السالف ذكرها وليس هناك تعارض فى هذه الحالة بين إعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك لأن الإعذار لا يعتبر تنازلا عن المطالبة بفسخ العقد بل هو شرط واجب لرفع الدعوى به، وبالتالى يتعين حصول الإعذار فى هذه الحالة – كشرط لإيقاع الفسخ الاتفاقى – وذلك بقصد وضع المدين قانونا فى وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه، ولا ينال من ذلك ما هو مقرر من أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذار للمدين، إذ أن شرط ذلك أن تشتمل صحيفتها على تكليف الأخير بالوفاء بالتزامه".

(طعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧)

٢- "وحيث إن هذا النعى سديد. ذلك أنه لما كانت المادة ١٥٨ من القانون المدنى تنص على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا 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". مؤداه – وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – أن الإعفاء من الإعذار فى الفسخ الاتفاقى وجوب الاتفاق عليه صراحة، تضمن العقد شرطا باعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم قضائى لا يعفى الدائن من الإعذار قبل رفع دعوى الفسخ، ولا تعارض بين إعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بالفسخ، فالإعذار شرط لرفع الدعوى لوضع المدين فى وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه ولا يفيد من ذلك اعتبار مجرد رفع الدعوى بالفسخ إعذارا ما لم تشتمل صحيفتها على تكليف المدين بالوفاء بالتزامه".

(طعن رقم ١٣٠٠٤ لسنة ٧٧ق جلسة ٢٠٠٨/٢/٥)

٣- "وحيث إن هذا النعى فى محله – ذلك أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المادة ١٥٨ من القانون المدنى تنص على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا 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".

(طعن رقم ٤٣٣١ لسنة ٧٧ق جلسة ٢٠٠٩/٣/٣)

الصيغة الثالثة:

أن يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار.

وهذه الصيغة تحقق أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة. فيترتب عليه إذا تخلف المدين عن أداء التزامه، أن يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول ميعاد التنفيذ دون القيام به(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان العقد مشروطا فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمى أو تكليف باثلوفاء. وله الحق فى تسليم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها. ولا يؤثر فى مدلول هذا الشرط وأثره القانونى أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده، لأنه فى الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر. والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة فى دعوى سابقة هو قول مردود، لأن التنازل الضمنى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك فى أنه قصد بها التنازل عنه وليس فى المطالبة بالأجرة مما يدل على ذلك، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخر فى دفعها".

(طعن رقم ٥٢ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/١/١٨)

---

(١) راجع فى هذه الصيغ الأستاذ محمد على راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة جـ١ الطبعة السابقة ١٩٨٥ ص٦٦٣ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٤٠٣ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص١٩١ وما بعدها.

٢- "إن ما جرى به قضاء هذه المحكمة من أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه وقوع الفسخ حتما نفاذا لذلك الاتفاق بمجرد تحقق الشرط دون أن يكون للقاضى خيار فى أمره بل ويتحقق الفسخ دون حاجة إلى التقاضى ما لم ينازع فى وقوعه موجب الفسخ، وتقف مهمة القاضى فى هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ليقرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باعتبار العقد مفسوخا لتخلف الطاعن عن سداد أقساط الثمن فى الميعاد المتفق عليه وتحقق الشرط الفاسخ المنصوص عليه صراحة بالبند الثانى من العقد تبعا لذلك فإن الإجراء الذى اتبعه الطاعن بعرض باقى الثمن عند نظر الدعوى أمام محكمة الاستئناف وبعد تحقق الفسخ يكون عديم الأثر ولا على المحكمة إن هى لم تعرض لهذا الإجراء أو ترد عليه".

(طعن رقم ١٩١٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٥/٣١ – غير منشور)

٣- "المقرر أنه متى كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع على أن يكون مفسوخا فى حالة تأخر المشترى عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو حكم من القضاء فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بنص المادة ١٥٨ من القانون المدنى ولا يلزم إذن أن يصدر حكم بالفسخ، كما لا ينال من إعمال أثره أن يكون لصاحبه الخيار بينه وبين التنفيذ إذ يبقى له دائما الخيار بين إعمال أثره وبين المطالبة بالتنفيذ العينى".

(طعن رقم ١٦٣٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠)

٤- "المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقى بمجرد إعلان الدائن رغبته فى ذلك دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به".

(طعن رقم ٣٢٩٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣)

٥- "النص فى المادة ١٥٨ من القانون المدنى على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا 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" يدل على أن اتفاق الطرفين فى العقد على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه بحكم الاتفاق بغير حاجة للتقاضى بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ودون أن يكون للعاقد ولا للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ يعتبر شرطا فاسخا صريحا طالما كانت عباراته واضحة وصريحة فى الدلالة على هذا المعنى أيا كانت الألفاظ أو العبارات التى تخيرها المتعاقدان للتعبير عن هذا الشرط".

(طعن رقم ١١١٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/١/١٢)

٤٠٨- عدم اشتراط ألفاظ معينة للشرط الفاسخ الصريح:

لا يشترط القانون استعمال ألفاظ معينة فى الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ. فلا يشترط مثلا أن ترد صيغة الفسخ الاتفاقى فى إحدى الصيغ التى أوردناها بالبند السابق وبنفس العبارات التى استعملناها، فالمتعاقدان يستعملان من العبارات ما يجرى عليه قولهما والقاضى هو الذى يكيف الاتفاق بإدخاله فى نوع من هذه الأنواع(١).

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذ لم يقم أحد العاقدين بالتزامه كان للأخر ألا يوفى بالتزامه من غير حاجة إلى تنبيه رسمى أو إلى حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما فى العقد مقابل التزام الآخر. فإذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط، وبأن يقدم له عقارا بصفة رهن تأمينا للسداد، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عينى مقدم عليه، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط المدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى، بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسيط، وتعرفت نية المدين فى عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك فى التقسيط وبأحقيته فى الاستمرار فى التنفيذ بدينه على

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١٩٤ وما بعدها – راتب وآخرين جـ١ ص٦٦٣.

المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزما بتكليف المدين رسميا بالوفاء، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شىء".

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٩ق جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١)

٢- "إن حصول التفاسخ من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها. فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاسخ من عبارات واردة فى أوراق الدعوى مؤدية إليه فلا سبيل عليها لمحكمة النقض".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/٤/١٥)

٣- "القانون لم يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاسخ فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى. وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه، ونصا على أنه عند إخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح، أى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه، فإنه لا يكون قد نسخ مدلول نص العقد، لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)

٤- "لا يشترط القانون ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح وعلى ذلك فإن النص فى الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه. فإذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من عبارات العقد أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره إلى اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه عند إخلال الطاعنين (البائعين) بالتزامهما وبنت هذا الاستخلاص على ما ورد فى العقد من عبارات فسرتها بأنها تفيد الاتفاق على أنه فى حالة تخلفهما عن الوفاء بالتزامهما يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذى تخلفا عن تسليمه وذلك بدون أى منازعة وبلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار وهو أثر لا يترتب إلا على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وكان لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذت

به فإن تكييف الشرط على مقتضى هذا التفسير بأنه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير كفاية أسباب الفسخ – هذا التكييف لا مخالفة فيه للقانون".

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨)

٥- "ذلك أن القانون لا يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، فالاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاد من شأنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه. ولما كانت محكمة الاستئناف قد التزمت هذا النظر وخلصت من عبارات البند الثالث من عقد البيع السالف الذكر بأن "يعتبر هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بدون تنبيه أو إنذار" أن نية المتعاقدين قد اتجهت عند تحرير العقد على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام الطاعنين بالوفاء بباقى الثمن دون حاجة إلى إنذار أو حكم بالفسخ، وأن الحكم فى هذه الحالة يعتبر مقررا للفسخ لا منشئا له، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه لم يشبه أى تناقض لأن إحالته على أسباب الحكم الابتدائى مقصود بها الإحالة على ما لا يتناقض مع أسبابه الخاصة، وقد أيد الحكم الابتدائى القاضى بفسخ عقد البيع فلم يسوئ مركز الطاعنين باستئنافهم، وكان تصريح محكمة الموضوع بإيداع باقى الثمن خزانة المحكمة لا يعتبر فصلا فى الخصومة مما تستنفذ به المحكمة ولايتها، ويحوز حجية الأمر المقضى، لما كان ما تقدم فإن هذا النعى يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١١/١٨)

٦- "تمسك الطاعنة بأن عبارة الشرط الفاسخ الواردة بعقد الإيجار لا تدل على اتجاه إرادتها إلى قبول الفسخ الاتفاقى وبأن المطعون ضده لم يعذرها بالفسخ رغم أن الشرط لم يعفه منه وبتنازله عن حقه فى طلب الفسخ بالسماح لها بإدخال المياه والكهرباء وتعسفه فى استعمال حقه بحرمانها من إدخال هاتف بالعين المؤجرة لها. اطراح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وقضاؤه باعتبار العقد مفسوخا استنادا إلى مخالفة الطاعنة شرطا فاسخا يسلب المحكمة كل سلطتها التقديرية. خطأ وقصور".

(طعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٩/١٨)

٧- (أ)- "النص فى المادة ١٥٨ من القانون المدنى على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا 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" يدل على أن اتفاق الطرفين فى العقد على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه بحكم الاتفاق بغير حاجة للتقاضى بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ودون أن يكون للعاقد ولا للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ يعتبر شرطا فاسخا صريحا طالما كانت عباراته واضحة وصريحة فى الدلالة على هذا المعنى أيا كانت الألفاظ أو العبارات التى تخيرها المتعاقدان للتعبير عن هذا الشرط".

(ب)- "إذ كان عقد البيع المبرم بين الطرفين قد نص فى البند الثانى منه على أنه "تم هذا البيع نظير ثمن إجمالى قدره ٣٥٠٠٠ جنيه دفع الطرف الثانى للطرف الأول مبلغ ٧٠٠٠ جنيه والباقى قدره ٢٨٠٠٠ جنيه تدفع على أقساط شهرية كل قسط قيمته ٦٠ جنيه حتى تمام السداد، وإذا تأخر عن سداد ثلاثة أقساط متتالية يحق للطرف الأول فسخ هذا التعاقد واسترداد الشقة موضوع البيع وذلك بدون إنذار أو حكم من المحكمة" وكانت هذه العبارات صريحة وواضحة الدلالة على اتفاق المتعاقدين على الشرط الفاسخ الصريح متى تأخر المشترى فى الوفاء بثلاثة أقساط متتالية من الثمن بغير حاجة إلى الإعذار أو استصدار حكم بالفسخ فيقع فور إبداء البائع رغبته فيه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر ذلك الشرط مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمنى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وإذ رفض طلب الفسخ تأسيسا على أن الطاعن أقر فى صحيفة الدعوى بقبض مبلغ ٣٣٨٠٠ جنيها من الثمن البالغ مقداره ٣٥٠٠٠ جنيه وأن المبلغ الباقى من الثمن فى ذمة المطعون ضده وهو مبلغ ١٢٠٠ جنيه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته رغم أن صحيفة الدعوى قد خلت من ذلك الإقرار الذى نسبه الحكم إلى الطاعن بل إنه تمسك فيها كما تمسك طوال مراحل النزاع بأن المطعون ضده لم يدفع سوى مقدم الثمن ومقداره ٧٠٠٠ جنيه ولم يسدد باقى الثمن ومقداره ٢٨٠٠٠ جنيه فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف الثابت فى الأوراق وقد حجبه خطأه بشقيه عن بحث توافر موجبات إعمال الشرط الفاسخ الصريح".

(طعن رقم ١١١٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/١/١٢)

٤٠٩- اللجوء إلى القضاء إذا نازع المدين فى تحقق الشرط.

إذا نازع المدين الدائن فى تحقق الشرط الفاسخ الصريح مدعيا أنه قام بالوفاء، فلا مناص من لجوء الدائن إلى القضاء بطلب الحكم بفسخ العقد[١]. إذ يتعين لإعمال الشرط أن يتمسك به صاحب الشأن فلا يجوز للمحكمة إعماله أو إعمال آثاره من تلقاء نفسها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"من المقرر أن الشرط الفاسخ الصريح وإن كان يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر ذلك الشرط بعد أن يطالب به الدائن ويتمسك بإعماله باعتبار أن الفسخ قد شرع فى هذه الحالة لمصلحته وحده فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها".

(طعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/٣٠)

فإذا تبين للقاضى تحقق الشرط تعين عليه القضاء بالفسخ.

أما إذا تبين له عكس ذلك، فلا يجوز له إعمال الشرط الفاسخ الصريح، ولا يكون أمام الدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ مدنى.

وتقتصر مهمة القاضى فى هذه الدعوى، على التحقق من توفر شروط الفسخ الاتفاقى والتثبت من انطباق الشروط على عبارة العقد، وأهمها امتناع المدين عن تنفيذ التزامه. وله أيضا مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعمال الفسخ **ومثال ذلك:**

١- أن يكون الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ.

٢- أن يكون الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

٣- أن يكون امتناع المدين عن الوفاء مشروعا كأن يكون بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضى، على أن ذلك لا يقيل الدائن من ضرورة الترافع إلى القضاء عند منازعة المدين فى واقعة تنفيذ العقد. بيد أن مهمة

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٤٨٨ – عبد المنعم الصده ص٤٠٤.

القاضى تقتصر، فى هذه الحالة على التثبت من هذه الواقعة، فإذا تحققت لديه صحتها أبقى على العقد، وإلا قضى بالفسخ على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنه ضمانة أخرى، تتمثل فى ضرورة الإعذار، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضا(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "لئن كان الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله، ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله، فإن تبين له أن الدائن قد أسقط خياره فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فاسخ العقد أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه، تجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقى، فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى".

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦)

٢- "إذ يدل نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى أسبابه إلى أن المطعون عليهما – المشتريين – كانا معذورين فى التأخير – فى إعداد مشروع العقد النهائى فى الميعاد المحدد لذلك، ثم قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان – البائعان – المقضى ضدهما بالفسخ، قد أخلا بالتزاماتهما عن ذلك العقد إخلالا يستوجب الفسخ فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب".

(طعنان رقما ٢٨٦ لسنة ٣٨ق ، ٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣)

٣- "إنه وإن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، إلا أن ذك منوط بتحقق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٢٨.

المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله، ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشروط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه، وجب على أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى. وإذ كان الطاعن قد تمسك بنزول المطعون ضدهن عن الشرط الصريح الفاسخ مستندا إلى تنبيههن عليه بالإنذار المعلن إليه فى ١٩٦٧/٧/١٨ بالوفاء بباقى الثمن رغم فوات مواعيد استحقاقه، وإلا اعتبرن العقد لاغيا، ودون التمسك فى الإنذار بالشرط الفاسخ الصريح الوارد فى العقد وإلى تراخيهن فى رفع دعوى الفسخ مدة طويلة بعد الإنذار المعلن للطاعن فى ١٩٦٧/٧/١٨ وحتى ١٩٦٩/٨/٢٧ تاريخ رفع الدعوى وكان الحكم المطعون فيه، الذى أيد الحكم الابتدائى لأسبابه قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد فى العقد، دون أن يعرض للظروف والاعتبارات التى ساقها الطاعن على النحو المتقدم للتدليل على نزول المطعون ضدهن عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/٤/٩)

٤- "المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه وإن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه أن يسلب القاضى من كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله، ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، ويترتب على ذلك أنه متى كان مبنى الفسخ التأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له، فإنه يتعين على القاضى التحقق من قيام هذا الشرط ومن بين ذلك التثبت من اتفاق العاقدين على قيمة كل قسط وما حل أجل سداده".

(طعن رقم ٤٥٩١ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٣)

٥- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه ولئن كان مؤدى نص المادة ١٥٨ من القانون المدنى أن الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله. ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشروط على عبارة العقد كما أنه له عند التحقق من قيام مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله. وأنه من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه إذا ما تمسك المشترى أمام محكمة الموضوع بحقه فى حبس الثمن مستندا فى ذلك إلى سبب يتسم بالجدية يتعين على تلك المحكمة أن ترد على هذا الدفاع بأسباب خاصة باعتباره دفاعا جوهريا يتغير به – إن صح – وجه الرأى فى الدعوى وإلا شاب حكمها بالقصور المبطل والمقرر أيضا أنه متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات وتمسك بدلالتها فالتفت الحكم عن التحدث عنها بشىء مع ما قد يكون لها من الدلالة فإنه يكون معيبا بالقصور. لما كان ذلك، وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بسداده لمبلغ ١٩٨١٢.٥٠ جنيه من إجمالى ثمن الوحدة المبيعة ومقداره ٢٦٠٠٠ جنيه بموجب شيكات قدمها سندا لدفعه وبحقه فى حبس الباقى من الثمن للمطعون ضده لعدم قدرته على تنفيذ التزامه بتسجيل تلك الوحدة لكونه غير مالك لها وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع إيرادا وردا ولم يقسطه حقه من البحث والتمحيص وحجب نفسه عن بحث دلالة المستندات التى ركن إليها الطاعن واقتصر على بحث الشرط الفاسخ وخلص إلى تحققه دون أن يرد على الدفع بالحبس، ورتب على ذلك قضاءه بفسخ عقد تخصيص الوحدة محل النزاع فإنه يكون قد ران عليه القصور المبطل مما يعيبه ويوجب نقضه لهذا السبب".

(طعن رقم ٥٢٢٦ لسنة ٦٧ق جلسة ٢٠١٠/٤/١٠)

٤١٠- يجوز التمسك بفسخ العقد طبقا للشرط الفاسخ الصريح فى صورة دفع للدعوى المرفوعة على المدعى عليه :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"طلب المطعون ضدها الأولى رفض الدعوى تأسيسا على أن عقد التنازل الصادر منها إلى الطاعن قد انفسخ إعمالا للشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه بينهما لا يعتبر

منها – بوصفها مدعى عليها – طلبا عارضا بل هو دفع موضوعى يدخل فى نطاق المفاضلة فى الدعوى، لأن فسخ العقد بحكم الشرط الفاسخ الصريح يقع حتما بمجرد إخلال المدين بالالتزام الذى يترتب عليه الفسخ، ولا يقتضى رفع دعوى لطلبه أو صدور حكم به، ويكفى أن يتمسك به الدائن فى مواجهة المدين وللمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى".

(طعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)

وعدم الرد على الدفع بسقوط الحق فى التمسك بالشرط الفاسخ الصريح يعد قصورا فى التسبيب يعيب الحكم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا دفع بسقوط الحق فى التمسك بالشرط الفاسخ الصريح، ولم يرد الحكم على ذلك إلا بمجرد الإشارة إلى طلب الفسخ مطلقا دون بيان للمراد منه هل هو الفسخ الصريح أو الفسخ الضمنى فهذا يكون قصورا فى التسبيب يعيب الحكم ويوجب نقضه".

(طعن رقم ٢٠ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١٢/٢٧)

٤١١- إقامة الدعوى بفسخ البيع والتعويض، ثم الاستناد فى الاستئناف إلى تحقيق الشرط الصريح الفاسخ لا يعد طلبا جديدا:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان المطعون عليهم قد أقاموا دعواهم الفرعية أمام محكمة الدرجة الأولى بطلب فسخ البيع مع التعويض، وكانت المادة ٢/٢٣٥ من قانون المرافعات – المادة ٤١١ من قانون المرافعات السابق – قد أجازت للخصوم فى الاستئناف – مع بقاء الطلب الأصلى على حاله – تغيير سببه والإضافة إليه، فإن استناد المطعون عليه أمام محكمة الاستئناف فى طلب الحكم بالفسخ والتعويض إلى تحقق الشرط الفاسخ الصريح الوارد بالعقد، يعتبر سببا جديدا وليس طلبا جديدا يتغير به موضوع الطلب الأصلى لبقاء هذا الطلب على حاله حسبما كان مطروحا أمام محكمة الدرجة الأولى".

(طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٢/٢٦)

٤١٢- ليس للقاضى سلطة تقديرية فى الفسخ:

الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ. فطالما تحقق من توافر شروط الفسخ، تعين عليه القضاء بالفسخ. لأن العقد قد انفسخ فعلا بمجرد تحقق الشرط، ولا يمكن أن يعود بعد انفساخه.

ومن ثم لا يجوز للقاضى إمهال المدين لتنفيذ التزامه، بل لو قام المدين بالوفاء بالتزامه فعلا، فلا يحول دون القضاء بالفسخ.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"أما الفسخ الاتفاقى، فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائى، عند التخلف عن الوفاء. ويفضى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان العاقدين من ضمانتين: (أ) فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون لهذا العاقد، بل ولا للقاضى، خيار بين الفسخ والتنفيذ. وإنما يبقى الخيار للدائن بداهة فيكون له أن يرغب عن الفسخ ويصر على التنفيذ"(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لئن كان مؤدى نص المادة ١٥٨ من القانون المدنى أن الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله، ذلك أن القاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله".

(طعن رقم ١٢٣١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠)

٢- "المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ، إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقى بمجرد إعلان الدائن رغبته فى ذلك دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به فإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء فإن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٢٨.

حكمه يكون مقررا للفسخ ولا يملك معه القاضى إمهال المدين لتنفيذ التزامه ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بسداد المستحق عليه بعد إقامة دعوى الفسخ إذ ليس من شأن هذا السداد أن يعيد العقد بعد انفساخه إلا أنه يتعين أن تكون صيغة هذا الاتفاق صريحة الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار، لما كان ذلك وكانت قاعدة الفسخ المتقدمة والواردة فى المادتين ١٥٧ ، ١٥٨ من القانون المدنى غير آمرة تسرى على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقود الإيجار التى تخضع لأحكام القانون المدنى ويخرج عن نطاق تطبيقها قوانين الإيجارات الاستثنائية".

(طعن رقم ٣٢٩٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٥/١٣)

٤١٣- لا يحول الفسخ الاتفاقى دون طلب الدائن التنفيذ :

الاتفاق على الفسخ الاتفاقى، وأيا كان المدى. الذى يصل إليه المتعاقدان فى اشتراط وقوع الفسخ من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ، لا يسلب الدائن الخيار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ. فالشرط مهما بلغ من قوة لا يسلب الدائن حقه فى طلب التنفيذ، وإلا أصبح تحت رحمة المدين، فإن شاء هذا امتنع عن التنفيذ وجعل العقد مفسوخا فالفسخ مقرر لمصلحة الدائن، ولذلك فهو لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به[١].

٤١٤- قصر الفسخ الاتفاقى على بعض الالتزامات لا يجعله يمتد إلى غيرها :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان عقد البيع مذكورا فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغيا ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروما مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وباق له من غير أى اشتراط فى العقد بخصوصه، فإن تفسيرها هذا الشرط لا يصح الطعن عليه بأنه مخالف للعقد الذى هو قانون المتعاقدين لأنه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه قانونا. ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكورا فيه بصفة

---

(١) السنهورى ص٩٣ – عبد المنعم الصده ص٤٠٤ – سمير عبد السيد تناغو ص١٩٤ وما بعدها – حلمى بهجت بدوى ص٤٨٩.

صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضى المتأخر مضمونا بما له من امتياز على العقد المبيع".

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/٥/٢)

٤١٥- إثبات الاتفاق على الفسخ الاتفاقى:

يقع عبء إثبات الاتفاق على الفسخ الاتفاقى على عاتق المتمسك به[١].

ومن ثم يلتزم من يتمسك بالفسخ الاتفاقى أن يقدم العقد الذى يتضمن الشرط الفاسخ الصريح.

٤١٦- التعسف فى طلب الفسخ الاتفاقى:

قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الثابت أن الطاعن قد تمسك بتعسف المطعون ضده بإصراره على إعمال الشرط الفاسخ لمجرد تأخره فى الوفاء بالأجرة لمدة ثلاثة أشهر، بمبادرته بسداد الأجرة إثر رفع الدعوى، وأن مدة الإجارة المتفق عليها ستون عاما والأجرة الشهرية مائة وخمسون جنيها وتقاضى منه المؤجر مبلغ ثلاثة عشر ألف جنيه كمقدم أجرة يخصم منها النصف شهريا وأنفق على إعداد العين للسكنى خمسة عشر ألف جنيه أخرى، ومن ثم فإن الأضرار التى تصيبه من فسخ العقد لا تتناسب البتة مع ما قد يحققه المطعون ضده من مصلحة، فاكتفى الحكم المطعون فيه بالقول أنه لا سند له من الواقع أو القانون وأحال إلى الحكم الابتدائى الذى قال أن الشرط الفاسخ يسلب سلطة القضاء دون أن يتحقق مما إذا كان المطعون ضده متعسفا فى طلب إعمال الشرط الفاسخ الصريح، وأن فسخ العقد فيه إرهاق للطاعن، فإن الحكم يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب".

(طعن رقم ٢٨٠٣ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٠)

٤١٧- التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح:

الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح لا يتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز للدائن التنازل عنه. وهذا التنازل كما يكون صريحا، يصح أن يكون ضمنيا، والتنازل

---

(١) محمد كمال عبد العزيز فى مصادر الالتزام ص١١٠٠.

الضمنى يستخلصه القاضى من وقائع الدعوى دون تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض، طالما جاء قضاؤه مبنيا على أسباب سائغة. وكل ما يفرضه القانون على قاضى الموضوع فى هذا الخصوص هو ألا يقول بالنزول الضمنى إلا إذا ثبت له تواجده على نحو يقينى قاطع، وأنه عند الشك يتحتم عليه القضاء بعدم وجوده، وذلك إعمالا للقاعدة الأساسية التى تقضى بأن النزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه، فلا يثبت التنازل الضمنى بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك فى أنه قصد بها التنازل عنه(١).

فإذا اتفق على الشرط الفاسخ الصريح فى العقد عند التأخير فى سداد باقى الثمن فى تاريخ معين، ثم قبل الدائن الوفاء بعد انقضاء هذا التاريخ، أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح فإنه يكون متنازلا عن الشرط.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "متى استخلص الحكم بأسباب سائغة تنازل الطاعنة (البائعة) عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بلائحة بيع أملاك الميرى، فإن مجادلة الطاعنة فى ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع، وإذ كان الحكم قد استبعد الشرط الصريح الفاسخ، ولم يعد قائما أمامه سوى الشرط الفاسخ الضمنى، وهو لا يسلب سلطة محكمة الموضوع فى تقدير حصول الفسخ من عدمه، وكان المطعون عليه (المشترى) قد أوفى بالتزاماته قبل الفصل نهائيا فى الدعوى، فإن النعى على الحكم بالفساد فى الاستدلال ومخالفة القانون والقصور فى التسبيب، يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/١٢/١٦)

٢- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا تضمن العقد شرطا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له وتبين أن البائع أسقط حقه فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد أقساط الثمن فى مواعيدها بقبول السداد بعد تلك المواعيد

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٣٧.

أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا، ولا يبقى له – عند التأخير فى سداد ما تبقى من أقساط الثمن – سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى، وفى هذه الحالة يكون أمر الفسخ خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به أن يظل المشترى متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم فى الدعوى[١].

(طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢)

ويعتبر قبول الدائن الوفاء دون تحفظ قبل صدور الحكم بالفسخ أو بعد صدوره تنازلا عن الفسخ الاتفاقى.

وفى هذا محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان البين من الأوراق أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بنزول المطعون ضده عن الشرط الصريح الفاسخ مستندين فى ذلك إلى قبول سداد الأقساط بعد ميعاد استحقاقها ودللوا على ذلك بإقرار المطعون ضده فى مذكرته المقدمة فى ١٩٩٣/٥/٢٧ باستلامه قيمة الشيك المؤرخ ١٩٩١/٦/٣٠ وبما ثبت بمحاضر جلسات ١٩٩٢/١١/٢٢ ، ١٩٩٣/٤/٧، ١٩٩٣/١/٢٠ فى القضايا أرقام ٨٢٦١ لسنة ١٩٩١ جنح المحلة ، ٢٥٥٧ لسنة ١٩٩٢ جنح مستأنف المحلة، ٨٩٤٢ لسنة ١٩٩٢ جنح المحلة من تسلم المطعون ضده لقيمة الشيكات الثلاثة استحقاق ٨/١٣ ، ٩/٣٠ على الترتيب والتعاقب إلا أن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفاع على سند من القول أن "المحكمة تستخلص من المستندات التى قدمها المستأنفون – الطاعنون – وهى صور

---

(١) وكان الحكم المطعون عليه قد أسس قضاءه بسقوط حق الطاعن فى التمسك بالفسخ الاتفاقى على ما أورده فى أسبابه من أن المستأنف (الطاعن) قد حضر أمام محكمة الدرجة الأولى بجلسة ١٩٨٧/١١/٢٤ وقبل ما عرضته المستأنف ضدها (المطعون ضدها) عليه من باقى ثمن الشقة وهو مبلغ ٢٥٠ جنيه ... المتفق على دفعة عند التسليم، وقد أثبت بمحضر هذه الجلسة أن المستأنف يقبل هذا المبلغ باعتباره القسط الأخير، كما أنه عاد بجلسة ١٩٨٧/١٢/١٥ وقرر أنه يدفع دعوى المستأنف ضدها بطلب صحة ونفاذ العقد بعدم القبول لعدم سدادها باقى الثمن، بمعنى أنه إذا قامت المستأنف ضدها بسداد الأقساط فإنه لا يمانع فى القضاء لها بصحة ونفاذ عقدها، الأمر الذى تخلص المحكمة معه إلى أن المستأنف قد أسقط حقه فى طلب الفسخ الاتفاقى.

محاضر الجنح سالفة الإشارة إليها أن المستأنف ضده – لم يتنازل عن الشرط الصريح الفاسخ ودليل ذلك أنه استلم قيمة الشيكات أمام محكمة الجنح مع تمسكه بالدعاوى المدنية فى هذا الشأن فضلا عن أن سداد قيمة هذه الشيكات أمام محكمة الجنح كانت معاصرة لتداول الدعوى المستأنف حكمها ولم يبد المستأنف ضده – المطعون ضده – أى مظهر من مظاهر هذا التنازل أمام محكمة أول درجة مصدرة الحكم المستأنف ومن ثم فإن المحكمة تستخلص مما تقدم أن المستأنف ضده لم يتنازل صراحة أو ضمنا عن الشرط الصريح الفاسخ "فى حين أن الثابت من الأوراق أن تاريخ سداد قيمة الشيكات المتبقية للمطعون ضده كان لاحقا على تاريخ صدور الحكم المستأنف وأن تمسك المطعون ضده أمام المحكمة الجنائية بالدعاوى المدنية لا يعنى إلا الدعوى المدنية المقامة بطريق التبعية للدعاوى الجنائية دون دعوى الفسخ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه معيبا بمخالفة الثابت بالأوراق والفساد فى الاستدلال الذى ساقه إلى الخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٩٣١٢ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠)

٢- "إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهما الأولين قد قبلا بعد صدور الحكم الابتدائى وفاء الطاعن لباقى الثمن فى ١٩٩٠/١/١٣ نيابة عن المطعون ضده الثالث دون تحفظ وتمسك الطاعن بأن قبول الجهة الإدارية لذلك الوفاء مسقط لحقها فى طلب الفسخ فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء الحكم الابتدائى المطعون ضدهما الأولين بفسخ البيع وبطلان التنازل على سند من أن قيام الطاعن بسداد باقى الثمن للجهة الإدارية المالكة لا يغير ما انتهى إليه لتحقق الشرط الصريح الفاسخ وزوال البيع بأثر رجعى فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٩/٧/٥)

٣- "وحيث إن هذا النعى غير مقبول ذلك أن المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له وتبين أن البائع أسقط حقه فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد أقساط الثمن فى مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ

العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهى إلى رفض طلب الفسخ الاتفاقى على سند ما استظهره من تنازل الطاعن عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ لقبوله السداد بعد رفع الدعوى وهى دعامة صحيحة كافية لحمل قضائه، ولم تتضمن صحيفة الطعن نعيا عليها. ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه فيما أورده من أن الإعذار السابق على رفع الدعوى بسداد الأقساط المتأخرة يعد تنازلا عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ – أيا كان وجه الرأى فيه – يكون غير منتج".

(طعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥)

٤– "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لئن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاده إعمالا للشرط الصريح الفاسخ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله، ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه فيه بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى. لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه قد أيد الحكم الابتدائى لأسبابه فى إعمال أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد فى العقد دون أن يتناول ما تمسك به الطاعن فى دفاعه المبين بوجه النعى إيرادا وردا ببحث الظروف والاعتبارات التى ساقها الطاعن على النحو المتقدم للتدليل على نزول الشركة المطعون ضدها عن التمسك بالشرط المذكور فى الإنذار الموجه منها إليه المستحقة عليه وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون فضلا عن الإخلال بحق الدفاع بالقصور فى التسبيب وجره ذلك إلى مخالفة القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم ١٢٢٥٩ لسنة ٧٥ق – جلسة ٢٠٠٧/١/٢٤)

٥- "المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أنه إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه فإذا كان الفسخ مرتبطا بالتأخير فى سداد القيمة الإيجارية فى الموعد المحدد لها وتبين أن المؤجر أسقط حقه فى استعمال الشرط الفاسخ المنصوص عليه فى عقد الإيجار المقرر لمصلحته عند تأخر المستأجر فى سدادها فى موعدها بقبوله السداد بعد هذا الموعد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد لا يكون مقبولا".

(طعن رقم ٤٠٢٨ لسنة ٧٦ق جلسة ٢٠٠٧/٦/٦)

إنما لا تعتبر المطالبة بأجرة العين دالة على التنازل عن الفسخ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخر فى دفعها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان العقد مشروطا فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء، وله الحق فى تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها. ولا يؤثر فى مدلول هذا الشرط وأثره القانونى أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده، لأنه فى الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر. والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة فى دعوى سابقة هو قول مردود، لأن التنازل الضمنى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا عن أفعال لاشك فى أن قصد بها التنازل عنه. وليس فى المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخير فى دفعها".

(طعن رقم ٥٢ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/١/١٨)

وعدم تمسك المؤجر باعتبار العقد مفسوخا طبقا للشرط الصريح الفاسخ فى سنة معينة لا يمنع من التمسك به فى سنة تالية.

وفى هذا قضت محكمة النقض:

"إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون هو أن عدم تمسك المؤجرة باعتبار العقد مفسوخا طبقا للشرط الصريح الفاسخ فى سنة معينة لا يمنع من التمسك به فى سنة تالية، وأن قبولها الأجرة متأخرة عن موعد استحقاقها مرة عقب صدور قانون الامتداد ليس من شأنه أن يعد تنازلا من جانبها عن التمسك بالشرط سالف الذكر إذا ما تأخر المستأجر فى السداد بعد ذلك، فإن هذا من الحكم يعد استخلاصا سائغا يؤدى إلى ما انتهى إليه، ويكون النعى عليه بالفساد فى الاستدلال فى هذا الخصوص على غير أساس".

(طعن رقم ٥٥٩ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣)

وإذا اتفق على الشرط الفاسخ على أن يوجه الدائن إنذارا للمدين، فوجه الدائن هذا الإنذار ولكن المدين لم يوف بالدين. فإن هذا الإعذار لا يسقط حق الدائن فى الفسخ.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن المادة ٣٣٤ من القانون المدنى تقتضى أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشترى إذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره بإنذار ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من الإعذار. ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشترى بإنذاره، أى يكلفه الوفاء، فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من إعمال خياره فى الفسخ. وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ، فإن ذلك الإنذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)

ومجرد السكوت عن استعمال الحق فى الفسخ فترة من الزمن لا يعتبر نزولا عن الحق:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن كان مجرد السكوت عن استعمال الحق فى طلب الفسخ فترة من الزمن رغم العلم بقيام موجبه لا يعتبر نزولا عن الحق، إلا أنه إذا اتخذ صاحب الحق مع سكوته

موقفا لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على قصد النزول، كان هذا تعبيرا ضمنيا عن إرادة النزول عن الحق عملا بالمادة ٩ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٦٩١ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٨)

٤١٨- أثر التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح:

النزول عن الشرط الفاسخ الصريح يحرم الدائن من الإفادة من أثره، ولا يتبقى للدائن سوى الفسخ القضائى.

ويكون للقاضى سلطة تقديرية فى الفسخ، ويستطيع المدين توقى الفسخ بالوفاء بالتزامه حتى صدور حكم نهائى بالفسخ، ويكون للقاضى أن يمنح المدين نظرة الميسرة بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن كان الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف أحد طرفيه عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدور الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد وجب أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٩٣١٢ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠)

٤١٩- الطرد عند عدم الوفاء بالأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح:

يختص القضاء المستعجل عند توافر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق بالحكم بطرد المستأجر من العين المؤجرة الخاضعة لأحكام القانون المدنى للتأخير فى دفع الأجرة عند وجود شرط صريح فاسخ فى العقد، ينص على فسخه عند التأخير فى دفع الأجرة، بمجرد قيام مخالفة التقصير فى الوفاء أمامه، واستيفاء الشروط والإجراءات التى يكون قد اتفق على تعليق حصول الفسخ عليها. والسبب فى اختصاص القضاء المستعجل فى هذه الحالة هو أن المستأجر بقبوله الشرط الصريح الفاسخ مقدما يعتبر

موافقا ضمنا على تغيير صفة وضع يده على العين (عند تحقق الشرط) من يد مستأجر إلى يد غاصب يدخل فى ولاية القضاء المستعجل الحكم بطرده، ويتوافر الاستعجال فى هذه الحالة من الضرر الذى يلحق بحقوق المؤجر فيما يستجد من الأجرة إذا ظل المستأجر واضعا اليد على العين بلا سبب أو صفة قانونية بعد حصول الفسخ بقوة القانون(١).

٤٢٠- الطرد عند عدم الوفاء بالأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح فى العقود الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن:

يثبت الاختصاص للقضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن عند تحقق الشرط الفاسخ الصريح إعمالا للقاعدة التى ذكرناها فى البند السابق. ولا يقدح فى ذلك ما نصت عليه المادة (١٥) من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧، والمادة (٤٠) من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ من اختصاص المحكمة الابتدائية بالمنازعات الناشئة عن تطبيق هذين القانونين، ذلك أن اختصاص محكمة ما بنظر نزاع معين لا ينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر الشق المستعجل لهذا النزاع إذا ما توافر شرطا اختصاصه(٢).

إلا أن هذه القاعدة لا تسرى على إطلاقها بالنسبة للأماكن الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن إذ يمتنع إعمال أحكام الفسخ الاتفاقى كلها أو بعضها متى اصطدمت بنص آمر، فالنص فى عقد الإيجار على الشرط الصريح الفاسخ جزاء التخلف عن سداد الأجرة مع الإعفاء من الإعذار لا يعفى المؤجر من واجب التكليف بالوفاء قبل رفع دعوى الإخلاء، ولا يحرم المستأجر من توقى الفسخ بالقيام بسداد الأجرة إلى ما قبل صدور الحكم النهائى(٣).

---

(١) الأستاذ محمد علي راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة جـ١ الطبعة السابعة ١٩٨٥ ص٦٦٢ وما بعدها – العطار فى شرح أحكام الإيجار ص٥١٨ وما بعدها.

(٢) سليمان مرقس جـ٢ الطبعة الثامنة ص٧٣ – راتب وآخرين ص٦٦٣.

(٣) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ص١١١٩ وما بعدها وراجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية جـ٢ ص٤٤٥ وما بعدها – وعكس ذلك راتب وكامل ص٦٦٩ وما بعدها – مرقس جـ٢ الطبعة الثامنة ص٧٣ وما بعدها – العطار فى شرح أحكام الإيجار ص٥٢٠ وما بعدها.

وبهذا الرأى قضت محكمة النقض، إذ جرى قضاؤها على:

١- "إنه وإن كان ما تجيزه الأحكام العامة فى القانون المدنى إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، وهو ما نصت عليه المادة ١٥٨ من ذلك القانون، الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، مما مؤداه وقوع الفسخ فى هذه الحالة نفاذا لذلك الاتفاق بقوة القانون وحرمان المتعاقد بذلك – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، وأفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون – من ضمانتين، إذ يقع الفسخ حتما دون أن يكون للقاضى خيار فى أمره، بل ويتحقق ذلك دون حاجة إلى التقاضى ما لم ينازع المدين فى وقوع موجب الفسخ وإن كانت مهمة القاضى تقف فى هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزام، يقرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا، إنه وإن كان ذلك قائما فى العقود الملزمة للجانبين وفقا للأحكام العامة فى القانون المدنى، إلا أنه تحقيقا للتوازن بين أوضاع المؤجرين والمستأجرين للأماكن التى تسرى عليها أحكام القوانين الاستثنائية المنظمة للإيجار، رأى المشرع التدخل بحكم آمر فى حرية المؤجر فى النص فى العقد على الشرط الفاسخ الصريح فى حالة التأخر فى سداد الأجرة، فنص فى المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على أنه: "فى غير الأماكن المؤجرة مفروشة لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية:

(أ) إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ تكليفه بذلك...."، على أنه لا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها... والمصاريف الرسمية، وذلك قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى...." فدل بذلك على أنه – وإن لم يصادر حق المتعاقدين فى الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح فى عقد الإيجار – إلا أنه أورد عليه قيودا منها ما يتصل بعدم إعمال الأثر الفورى لهذا الاتفاق وذلك بما أوجبه على المؤجر من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة خلال مدة معينة، ومنها ما يتعلق بتفادى الأثر المترتب على الاتفاق وذلك بما أجازه للمستأجر من توقى الإخلاء بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف قبل إقفال باب المرافعة

فى الدعوى، وعلى ذلك فإنه إذا ما قام المؤجر بواجبه ولم يستعمل المستأجر الرخصة المخولة له تحقق للشرط الفاسخ آثاره".

(طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٦/٣٠ – ذات المبدأ طعن رقم ١٠٧٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٤/٢/٩).

٢- "يشترط لإعمال الشرط الصريح الفاسخ ألا يتعارض مع نص قانونى متعلق بالنظام العام بما يبطله، وإذ كان النص فى المادة ١/٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على أن للمؤجر أن يطلب إخلاء المستأجر "إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه بدون مظروف، أو بإعلان على يد محضر، على أن لا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها بواقع ٧% من تاريخ الاستحقاق حتى تاريخ السداد والمصاريف الرسمية وذلك قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى" متعلقا بالنظام العام فيبطل الشرط الصريح الفاسخ فيما يخالفه بحيث لا يعتبر المستأجر مقصرا فى سداد الأجرة بما يجيز اعتبار العقد مفسوخا وإخلاءه إلا إذا لم يوف بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بسدادها على النحو المبين بالنص، ومن ثم فلا يقع الفسخ ولا يحكم بالإخلاء إذا سدد الأجرة والفوائد والمصاريف قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى المرفوعة لإخلائه وإذا كان العقد متضمنا لشرط صريح فاسخ فيبطل ولا يعمل به فيما لا يوافق حكم النص كما سلف البيان سواء كانت الدعوى مرفوعة إلى القضاء الموضوعى أو المستعجل إذ أن الشرط الصريح الفاسخ لا يتحقق إلا بتحقق مقتضاه فإن كان المقتضى هو التأخير فى سداد الأجرة تعين أن يكون بالمعنى الذى وضعه الشارع والسابق إيضاحه".

(طعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٣/٥ – غير منشور – ذات المبدأ طعن رقم ٧١٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٢/٨).

٣- "لئن كانت الأحكام العامة فى القانون المدنى، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة وما نصت عليه المادة ١٥٨ منه تجيز فى العقود الملزمة للجانبين الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بما يؤدى إلى وقوع الفسخ فى هذه الحالة نفاذا لذلك الاتفاق بقوة القانون وحرمان المتعاقد بذلك من ضمانتين إذ يقع الفسخ حتما دون أن يكون للقاضى خيار فى أمره-

بل ويتحقق ذلك دون حاجة إلى التقاضى ما لم ينازع المدين فى موجب الفسخ – وإن كانت مهمة القاضى تقف فى هذه الحالة عند التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ليقرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا – إلا أنه تحقيقا للتوازن بين أوضاع المؤجرين والمستأجرين للأماكن التى تسرى عليها أحكام القوانين الاستثنائية المنظمة للإيجار، رأى المشرع التدخل بتعيين أسباب الإخلاء بأحكام آمرة ومتعلقة بالنظام العام أوردها على سبيل الحصر فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن بعده القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ مما مفاده أن المشرع وإن لم يصادر حق المتعاقدين فى الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الإيجار إلا أنه أورد عليه قيودا تتطلب لإعماله ألا يتعارض مع القواعد الموضوعية الآمرة فى تلك القوانين الاستثنائية أو استيفاء القواعد اللازمة فى هذه القوانين، فلا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر متى كان خاضعا لأحكام التشريع الاستثنائى إلا لسبب من الأسباب المبينة بهذا التشريع – فإن كان عقد الإيجار قد تضمن شرطا صريحا فاسخا تعين أن يكون تحقق هذا الشرط وفق ما نص عليه التشريع الاستثنائى من ضوابط".

(طعن رقم ١٩١٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٤)

٤– "تحديد أسباب الإخلاء بأحكام آمرة متعلقة بالنظام العام. ورودها على سبيل الحصر فى القانونين ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١. أثره. تضمن عقد الإيجار شرطا صريحا فاسخا وجوب تحققه وفقا لما نص عليه فى ذلك التشريع من ضوابط".

(طعن رقم ١٨٥٦ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٥/١٤ – لم ينشر)



مـادة (١٥٩)

فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.

الشـرح

٤٢١- انفساخ العقد بقوة القانون:

يتحقق انفساخ العقد بقوة القانون، إذا أصبح تنفيذ التزام المتعاقد مستحيلا، لسبب أجنبى ليس للمدين يد فيه، إذ فى هذه الحالة تزول الالتزامات المتقابلة على المتعاقد الآخر بدورها وبقوة القانون. ويقال إن العقد قد انفسخ. والعلة فى هذا واضحة، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى، فلم يعد ثمة محل للمسئولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبى، فلم يبق إلا فسخ العقد، ولا محل هنا للخيار بين التنفيذ والفسخ، لأن هذا لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكنا(١). ولذلك فإن الفسخ يقع بقوة القانون.

فالانفساخ كالفسخ سبب لانحلال العقد، ولكنه يتميز عن الفسخ الذى هو جزاء لإخلال المدين بالتزامه، فى إنه يجئ نتيجة كون التزام أحد المتعاقدين قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبى.

ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع أحد المنتجين السينمائيين على أن يمثل فى رواية، ثم يموت أو يمرض مرضا يحول بينه وبين أن يؤدى دوره فى ميعاده. ومثال ذلك أيضا أن يؤجر شخص لآخر داره، ويلتزم بالتالى بتمكينه من الانتفاع بها. ثم تنهدم هذه الدار بزلزال، أو تنزع ملكيتها للمنفعة العامة، فيستحيل على المؤجر الوفاء بالتزامه(٢).

وسنرى أنه مما يرتبط بهذا النص ما تقضى به المادة ٢١٥ مدنى من أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض بعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه".

---

(١) السنهورى ص٥٩٨ – المستشار أنور العمروسى الدعاوى المسماة فى القانون المدنى طبعة ٢٠٠٢ ص١٦٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥٠.

وما تنص عليه المادة ٣٧٣ مدنى من أنه: "ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبى لا يد له فيه".

٤٢٢- شروط الانفساخ:

يشترط لتحقق الانفساخ توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول:

أن يصير التزام العاقد مستحيلا:

وهذا يعنى أن يصبح تنفيذ التزام أحد العاقدين غير ممكن.

والمقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة الموضوعية المطلقة التى تتعلق بالالتزام فى ذاته ومن حيث هو، وليست الاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه، شأن الاستحالة هنا، شأن الاستحالة المبتدأة التى تكون عند إبرام العقد، والتى تؤدى، كما رأينا فى موضعه، إلى بطلانه وعدم قيامه أصلا(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- "المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطروء حالة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه".

(ب)- "إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضى رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعا كأثر من آثار هذا القانون، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ فإن ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغا لا رقابة لمحكمة النقض عليه".

(طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

٢- (أ)- "إذا كان الواقع فى الدعوى أن الشركة المطعون عليها كانت قد تعاقدت على تصدير كميات من القطن إلى بيوت التجارة الألمانية فلما قامت الحرب الأخيرة وترتب عليها قطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر وألمانيا وصدر الأمران العسكريان ٦ سنة ٣٩ ، ١٥٨ سنة ١٩٤١ – فى شأن الاتجار مع حكومة الريخ الألمانى

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥١ وما بعدها – محمد كمال عبد العزيز ص١١٣١.

ورعاياه – فحالا دون تنفيذ هذه العقود ورتبا البطلان على كل ما يخالف أحكامهما، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قيام الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الاستثنائية قوة قاهرة وسببا أجنبيا يستحيل معه تنفيذ هذه العقود فقضى بانفساخها، فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يتفق والقواعد القانونية الصحيحة، ذلك أنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بعد انعقاد العقد التبادلى لسبب أجنبى فإنه ينقضى واجب هذا الطرف فى تنفيذه وينفسخ العقد حتما وبقوة القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد وذلك عملا بالأحكام العامة فى القانون التى أجملتها المادة ١٧٩ مدنى قديم والتى تطبق على العقود كافة".

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩/١١/١٩٥٩)

(ب)– "القول بأن تشريعات الحرب لم تفسخ العقود المبرمة مع رعايا الريخ الألمان التى لم تنفذ بعد وإنما قصدت وقف تنفيذها مؤقتا مع الإبقاء على كيانها ليس له سند يؤيده، إذ جاءت عبارات الأمران العسكريان ٦ سنة ٣٩ و ١٥٨ سنة ١٩٤١ فى حظر تنفيذ هذه العقود مطلقة غير موقوتة، وما كانت طبيعة الحرب لتدعو إلى التوقيت بأجل طال أو قصر وليس فى عرف القانون الدولى ما يناهض هذا النظر".

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩/١١/١٩٥٩)

٣– "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبرى طارئ لا قبل للملتزم بدفعه أو توقعه، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنين على أن قرار لجنة مراجعة المبانى بمحافظة بورسعيد الذى صدر بالعدول عن قرار هدم البناء القائم على الأرض المبيعة من شأنه أن يجعل الوفاء بالتزام المطعون ضده بنقل ملكية المبيع مستحيلا استحالة مرجعها إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، لما كان ذلك وكان صدور مثل هذا القرار وإن أدى إلى عرقلة تنفيذ التزام البائع الوارد بالعقد بإزالة المبانى القائمة على الأرض المبيعة وتسليمها خالية إلى المشترى فى الميعاد المتفق عليه إلا أنه لا يعتبر مانعا من قبيل الاستحالة المطلقة التى تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلا إذ ليس فى القانون ما يحول دون أن ينقل البائع ملكية الأرض المبيعة إلى مشتريها دون المبانى المقامة عليها ودون تسليمها".

(طعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٨ق جلسة ٢/١٢/١٩٨٢)

والمراد بالالتزام الذى استحال تنفيذه هو الالتزام الأساسى الناشئ عن العقد، دون الالتزام الثانوى أو التبعى. فالتزام البائع الأساسى هو نقل الملكية والتسليم، والتزام المشترى الأساسى هو دفع الثمن.

والتزام المؤجر الأساسى فى عقد الإيجار تسليم العين وتمكين المستأجر من الانتفاع، والتزام المستأجر هو دفع الأجرة والمحافظة على العين(١).

ولا أهمية لما إذا كانت استحالة أداء الالتزام هى استحالة مادية، كما إذا مات الممثل قبل أداء دوره فى الرواية، أو مات المريض قبل أن يباشر الطبيب علاجه، أو تهدمت الدار المؤجرة بزلزال، أو كانت تلك الاستحالة قانونية. كما إذا التزم المحامى برفع استئناف عن حكم معين، ثم صدر قانون يجعل هذا الحكم غير قابل للاستئناف.

على أن تقدير الاستحالة القانونية لأداء الالتزام الذى يترتب عليها انقضاؤه وانفساخ العقد الذى أنشأه، يعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض، بخلاف تقدير الاستحالة المادية الذى يدخل فى رحاب الواقع ويكون لقاضى الموضوع فى شأنه القول الفصل، طالما انبنى على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله (٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- "لا يمنع قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٤٦ الصادر استنادا إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٣٦ بشأن لائحة إجراءات وزارة الأوقاف والذى ناط بالهيئة القضائية للوزارة القيام بجميع الإجراءات القانونية فى القضايا التى ترفع منها أو عليها، من أن تعهد تلك الوزارة إلى غير هيئتها القضائية بالقيام بمثل هذه الأعمال، ومن ثم فليس فى أيلولة النظر على الوقف إلى وزارة الأوقاف، بموجب القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣، وما يتبع ذلك من اختصاص الهيئة القضائية للوزارة بالقيام بالأعمال القضائية، ما يعتبر فى حكم المادة ٣٧٣ من القانون المدنى، قوة قاهرة يستحيل معها على المحامى المتعاقد مع الوقف – من قبل – القيام بالتزامه حتى يمكن القول – تبعا لذلك – بانقضاء التزام الوزارة المقابل بالوفاء بالأجرة إعمالا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى".

---

(١) السنهورى ص٥٩٨ هامش (٢)- المستشار أنور العمروسى الدعاوى المسماة فى القانون المدنى طبعة ٢٠٠٢ ص١٦٨ هامش (٢).

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥٣ هامش (١).

(ب)- "متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية، فإن البحث فى توافرها يعد من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٢- "يشترط فى القوة القاهرة أو الحادث الفجائى الذى يترتب عليه استحالة التنفيذ وينقضى به الالتزام عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة".

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٩)

ولا تتوافر الاستحالة المطلقة من مجرد وجود مانع مؤقت من الوفاء العينى. إنما يترتب على هذا المانع المؤقت عدم تنفيذه فى فترة الاستحالة أى مجرد وقف العقد، على أن يعود تنفيذه عند زوال المانع(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ بمظنة أنها من أموال أسرة محمد على ليس إلا حادثا طارئا يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين – بصفة مؤقتة دون أن يتمحض عن استحالة قانونية دائمة تقضى إلى انقضاء هذه الالتزامات – وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها ومن ثم لا يكون لذلك الطارئ من أثر على قيام العقد فى فترة التحفظ ويبقى العقد شريعة تحكم العلاقة بين الطرفين – فإذا كان الطاعنون (البائعون) قد أقاموا دعواهم بعد رفع التحفظ وبعد أن استقرت العلاقة بين الطرفين بإبرام العقد النهائى، مطالبين المشترى بثمار المبيع على أنها من حقهم فإن استنادهم فى الدعوى إلى قاعدة الإثراء بلا سبب يكون غير صحيح فى القانون، ذلك أن الحق فى هذه الثمار أثر من آثار عقد البيع وهى للمشترى من وقت تمام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها إثراء بلا سبب".

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥١ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى الجزء الأول فى مصادر الالتزام ١٩٦٨ ص٢٠٢ – المستشار عزت حنوره سلطة القاضى فى نقض وتعديل المعاملات طبعة ١٩٩٤ ص٢٣٨.

غير أن الاستحالة المطلقة قد تتوافر رغم وقتية المانع من الوفاء العينى وذلك فى الحالات التى يكون فيها الميعاد المحدد للوفاء محل اعتبار، ومن ثم فإن تجنيد العامل فى الميعاد المحدد لقيامه بالعمل، يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينفسخ العقد بمجرد تجنيد هذا العامل، إلا أنه لا يمنع فى مثل هذه الحالة أن ينفق الطرفان على الإبقاء على العقد دون انفساخ وتأجيل تنفيذه إلى ما بعد انتهاء فترة التجنيد(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"من مقتضى القواعد العامة فى القانون المدنى أن الالتزام ينقضى إذا أصبح الوفاء به مستحيلا بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، وأنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، ولئن كان مقتضى تطبيق هذه القواعد على عقد العمل أن تجنيد العامل يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا على العامل، ومن ثم ينفسخ عقد العمل من تلقاء نفسه بمجرد تجنيد العامل، إلا انه لا مانع يمنع من اتفاق طرفى العقد على الإبقاء عليه ووقف نشاطه فى فترة التجنيد حتى إذا انتهت عاد إلى العقد نشاطه واستمر العامل فى عمله تنفيذا لهذا العقد".

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥)

الشرط الثانى:

أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملة:

فإذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام جزئية، فإن الانفساخ لا يقع، وإنما يثبت للدائن الخيار بين أن يتمسك بالعقد فى حدود ما بقى ممكن التنفيذ من حقه نظير ما يتناسب معه من الالتزام المقابل، وبين أن يطلب فسخ العقد برمته.

وإذا طلب الدائن هنا الفسخ، جاز للمحكمة أن تعمل سلطتها التقديرية المنصوص عليها فى المادة ٢/١٥٧، فلا تجيب الدائن إلى الفسخ، إذا كان ما أصبح تنفيذه مستحيلا قليل الأهمية بالنسبة إلى التزامات المدين فى جملتها. ولكن لا يجوز للمحكمة هنا أن تنظر المدين إلى أجل، إلا بالنسبة إلى ما بقى ممكن التنفيذ من التزامه(٢).

---

(١) المستشار عزت حنوره ص٢٣٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥٢ وما بعدها – ويذهب المستشار عزت حنوره ص٢٣٨ وما بعدها=

= إلى أنه مع تأييده لهذا القول، يراه فى حاجة إلى تأصيل وتحديد أوفى فيقول: "ذلك أن أيا من المادتين ١٥٩ و ٣٧٣ لم تشترط كمال الاستحالة، إذ جاءت عبارة كل منهما فى هذا الخصوص، مطلقة، بل إن المشرع لم يخص الاستحالة بمحل الالتزام، وإنما جعل موضوع الاستحالة هو عدم الوفاء بالالتزام، وبدهى أن إمكان أداء بعض محل الالتزام لا ينفى استحالة الوفاء بذات الالتزام على النحو المتفق عليه. فما هو سند قصر الانفساخ التلقائى على الاستحالة الكاملة دون الجزئية؟ وما هو مدى الكمال والنقص؟

نرى أن البين من نص المادة ٣٧٣ من القانون المدنى أنها تشترط لانقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، أن يقوم المدين بإثبات هذه الاستحالة وأنها بسبب أجنبى لا يد له فيه. بما مفاده أن هذا الانقضاء قد روعى فيه أنه لصالح المدين إذ يعفيه من ملاحقة الدائن له، ليس فقط من مطالبته بالتنفيذ العينى، وإنما أيضا من المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض، أى أن نجاح المدين فى إثبات شرطى تلك المادة، يحميه من رجوع الدائن عليه، إذ يبرئه من التزامه بطريق إسقاطه بالزوال، تبعا لبراءة ساحته من سبب عدم الوفاء. ولا نرى ثمة مبرر أو سند قانونى يمنع هذه الحماية عن المدين فى حالة جزئية الاستحالة طالما أنها بسبب أجنبى لا يد له فيه. فيجب – على الأقل – انقضاء التزامه بالنسبة فقط لما أصبح مستحيلا تنفيذه من الالتزام. ولكن يجد من ذلك ما تقضى به المادة ١/٣٤٢ من أنه "لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه..." وهو نص مقرر لمصلحة الدائن يتعارض مع فكرة الانقضاء الجزئى للالتزام فكيف نعالج هذا التعارض؟

يتمثل التعارض بين المصلحتين سالفتى الذكر، فى أن استحالة تنفيذ جزء من الالتزام لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، يعطيه الحق فى حمايته من مطالبة الدائن له بالتنفيذ بالنسبة لما استحال تنفيذه أو بمساءلته عن أى ضرر يلحق الدائن من عدم التنفيذ هذا. ولكن ذلك لا يضفى عليه – أصلا – ثمة حماية من امتناعه عن تنفيذ ما بقى ممكنا من الالتزام. وفى الجانب الآخر لا يجوز – أصلا – إجبار الدائن على قبول وفاء جزئى، ومن ثم يحق له رفض الوفاء الجزئى. ويخلص من ذلك، أن عدم وفاء المدين للقدر الذى استحال تنفيذه له أثر قانونى مقرر لحمايته بالنسبة لهذا القدر، ولكن لا يحق له الامتناع بإرادته عن الوفاء بما ظل ممكنا تنفيذه. كما أن اقتضاء هذا القدر من الالتزام يظل حقا خالصا للدائن، ولكنه لا يجبر عليه، أى أن قبوله رخصة له إن شاء استعملها وإن شاء عزف عنها. فإذا أراد التمسك بحقه فى تنفيذ التزام المدين فى حدود ما بقى ممكنا، لم يكن لهذا المدين أن يمتنع عن الوفاء به بل يجبر عليه، مع قصر الالتزام المقابل على الدائن بقدر ما نقص من التزام المدين. ولا يحق للدائن مساءلة المدين عن عدم وفائه بالقدر الذى استحال تنفيذه، وإنما يسأل المدين عن تعويض الدائن عن الأضرار الناشئة عن امتناعه عن إجابة طلب الدائن الوفاء بالقدر الذى بقى ممكنا. أما إذا اختار الدائن رفض الوفاء الجزئى، فإنه يكون له طلب امتداد الفسخ للعقد برمته تأسيسا على عجز المدين عن الوفاء بالتزامه كاملا. ولما كان هذا العجز لا يد للمدين فيه، فإنه لا يسأل عن تعويض الدائن مهما كان الضرر الذى أصابه من الفسخ"،

الشرط الثالث:

أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام ناشئة فى تاريخ لاحق لقيام العقد.

أما إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام قبل انعقاد العقد، فإن هذا العقد لا يكون قد انعقد أصلا، ويضحى باطلا لاستحالة محله(١)، كما رأينا سلفا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع النزاع والتسليم على أن الطاعن أخل بالبند السابع منه بتجزئة قطعة الأرض محله وذلك ببيعه نصف هذه المساحة لآخرين واستدل على ذلك بعقد بيع صادر من الطاعن لآخرين بتاريخ ١٩٨٠/١١/١ مع أن ذلك العقد سابق فى تاريخه ووجوده على العقد موضوع النزاع فإنه يكون قد رتب جزاء الفسخ على تصرف سابق على وجوده واعتبره إخلالا بشروطه بما يصلح سندا لفسخه مع أن الإخلال بالالتزام لا يكون إلا تاليا لوجوده على نحو مخالف لشروطه مما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال".

(طعن رقم ١١٣١ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٦)

الشرط الرابع:

أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة لسبب أجنبى عن المدين:

يشترط أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبى عن المدين لا يد له فيه. أما إذا كانت الاستحالة ناشئة بسبب يعزى إلى المدين، فإن العقد لا ينفسخ، ويبقى التزامه قائما، وإن استحال إلى تعويض لتعذر الوصول إلى تنفيذه عينا.

وتكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبى عن المدين لا يد له فيه، إذا كانت ناشئة عن قوة قاهرة أو عن خطأ الدائن سواء كان الخطأ عملا إيجابيا أو سلبيا، كما يلحق بخطأ الدائن الخطأ الذى يقع ممن هو مسئول عن أفعاله كالتابع والخاضع لرعايته، إذ لا يعتبر هذا أو ذاك من طائفة الغير بالنسبة للدائن فى هذا الخصوص.

ويتوافر السبب الأجنبى أيضا متى كانت الاستحالة ناشئة عن فعل الغير، أى غير المدين. فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ الغير، انقضى التزام المدين وانفسخ العقد،

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص٤٦٩ هامش (١).

وقامت مسئولية تقصيرية قبل هذا الغير لتعويض المضرور من هذا الانفساخ أما إذا كان فعل الغير لا ينطوى على خطأ من جانبه، فإنه لا يؤدى إل انفساخ العقد إلا إذا توافرت فى هذا الفعل شرائط الحادث الفجائى. ذلك أنه إذا كان فعل الغير مشروعا وكان متوقعا أو كان ممكنا توقيه أو درء نتيجته، ظل التزام المدين قائما واجب الوفاء عن طريق التنفيذ بمقابل بعد أن استحال التنفيذ العينى.

وأخيرا قد يتحقق السبب الأجنبى بواقعة لا ترجع إلى فعل أى شخص، ولا تتوافر لها شرط عدم التوقع، كما لو مرض المدين فاستحال عليه الوفاء بالتزام القيام بعمل كالغناء أو التمثيل أو إلقاء محاضرة، فينقضى التزامه وينفسخ العقد لاستحالة التنفيذ رغم أن المرض أمر متوقع وكثير الحدوث.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "الفسخ يعتبر واقعا فى العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع بخروج المبيع من ملكه، كما يعتبر الفسخ مطلوبا ضمنا فى حالة طلب المشترى رد الثمن تأسيسا على طلب إخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع إليه، وذلك للتلازم بين طلب رد الثمن والفسخ".

(طعن رقم ١٠٠٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١١)

٢- "الفسخ القانونى يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له".

(طعن رقم ١٩١٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢)

٣- "إذا كان الثابت أن طلب الشقيقين أخذ عقار النزاع بالشفعة فى الدعوى رقم ..... لسنة ١٩٧٨ مدنى الفيوم قد تحدد بعقد البيع الصادر من المالكة الأصلية للعقار إلى الطاعن وليس بعقد البيع الثانى المؤرخ ١٩٧٨/١١/١٧ الصادر من الأخير إلى المطعون ضدهما فإنهما يكونان خارجين عن الخصومة فى دعوى الشفعة ولا يعتبران طرفا فيها فلا تنصرف إليهما آثار الحكم النهائى الصادر فيها بثبوت الشفعة فيما ترتبه من حلول الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته بما فيها التزامه بدفع ثمن العقار المشفوع فيه إلى البائع إذا لم يكن قد قبضه أو إلى المشترى إذا كان قد أداه، إذ المقصود بهذه الآثار هو عقد البيع الأول الذى باعت بموجبه المالكة العقار إلى الطاعن واستند إليه الشفيعان فى حق الشفعة وصدر الحكم النهائى لهما بذلك فى

دعوى الشفعة على أساسه. لذا فغير صحيح فى القانون قول الطاعن بحلول المطعون ضدهما محله فى اقتضاء الثمن الذى أودعه الشقيقان خزانة المحكمة على ذمة دعوى الشفعة، لما كان ذلك، وكان يترتب على الحكم النهائى الصادر فى دعوى الشفعة والذى يعتبر سندا لملكية الشفيع تعلق حق ملكية المحكوم لهما بالشفعة بعقار النزاع واستئثارهما به مما يحول بين الطاعن وبين تنفيذ التزامه بنقل ملكية هذا العقار الناشىء عن عقد البيع الصادر منه إلى المطعون ضدهما بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٧ فيصير هذا الالتزام مستحيلا باستحقاق الشقيقين العقار المبيع بالشفعة".

(طعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢١)

٤- "لما كان تنفيذ الطاعن بصفته كبائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا قد صار غير ممكن لعدم صحة إجراءات البيع التى نص عليها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ آنف الذكر، ولوروده على شىء غير قابل للتعامل فيه بالبيع بما يكون معه طلب المطعون ضده الحكم بصحة ونفاذ عقده متعين الرفض".

(طعن رقم ٣٢٦٦ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢١)

٤٢٣- وقوع الانفساخ من تلقاء نفسه :

إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى فإن الالتزام ينقضى طبقا للمادة ٣٧٣ مدنى وينفسخ العقد من تلقاء نفسه عملا بالمادة ١٥٩ مدنى ولا حاجة هنا إلى الإعذار، فالإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ ممكنا، كما لا توجد هناك حاجة لصدور حكم قضائى بالفسخ، فالعقد ينفسخ بقوة القانون.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ من التقنين المدنى على أن "فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه.... والنص فى المادة ١٥٩ من ذات القانون على أن "فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه" يدل على أن حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفى العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من

هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح كما أن انفساخ العقد يقع عند انقضاء الالتزام المقابل له. لما كان ذلك. وكان البين من الأوراق أن التزامهما بتسليمه السيارة المبيعة له وفى حالة استحالة التنفيذ فسخ عقد البيع وإلزامهما برد الثمن وتمسك بأنه سدد كامل الثمن إلى المطعون ضده الأول فنقل له المطعون ضده الثانى ملكية السيارة بالشهر العقارى بما ينبئ عن قبضه كامل الثمن وإجازته لعقد البيع الصادر من المطعون ضده الأول. إلا أنهما لم ينفذا التزامهما بالتسليم فيحق له طلب الفسخ. ثم أعاد المطعون ضده الثانى بيع السيارة للغير فانفسخ عقد البيع المؤرخ ١٩٩٤/٣/١٨لاستحالة تنفيذه. إلا أن الحكم المطعون فيه خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن على سند من أنه لم يوف بالتزامه بسداد باقى الثمن فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضه".

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٦٧ق جلسة ٢٠١٠/٢/٢٢)

على أن ذلك لا يمنع من إمكان تدخل القضاء إذا ما ثار نزاع بين المتعاقدين حول ما إذا كان ثمة سبب أجنبى مؤد إلى انقضاء الالتزام وتبعا لانفساخ العقد، إذ فى مثل هذه الحالة للقضاء أن يتدخل ليقرر ما إذا كان العقد قد انفسخ. أم مازال قائما. وإذا صدر حكم بالفسخ هنا فإن هذا الحكم يكون مقررا لا منشئا للفسخ.

٤٢٤- تحمل التبعة عند انفساخ العقد:

فى العقد الملزم للجانبين، إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى، فإن تبعة هذه الاستحالة تقع على عاتق المدين بهذا الالتزام. وذلك لأنه لا يستطيع أن يطالب الدائن بالالتزام الذى يقابله وإذا كان قد أداه فله أن يطلب استرداده، فتقع الخسارة عليه فى النهاية. فلو أن المبيع هلك بسبب أجنبى فى يد البائع قبل تسليمه إلى المشترى فإن البائع، وهو المدين بالتسليم، هو الذى يتحمل تبعة هذا الهلاك. وأساس هذا الحل فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن التزام الطاعن وهو البائع بنقل ملكية السيارة المبيعة قد صار مستحيلا بسبب تأميم شركة الطاعن تنفيذا للقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٣، فإنه يكون قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع إلى سبب

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١٩٦ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٥١ – محمود جمال الدين زكى ص٢٠١.

أجنبى، ووقوع الاستحالة لهذا السبب الأجنبى لا يعفى الطاعن من رد الثمن الذى قبضه، بل إن هذا الثمن واجب رده فى جميع الأحوال التى ينفسخ فيها العقد أو ينفسخ بحكم القانون وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٦٠ من القانون المدنى ويقع الغرم على الطاعن نتيجة تحمله التبعة فى انقضاء التزامه الذى استحال عليه تنفيذه".

(ب)- "إن حق المشترى فى استرداد الثمن من البائع فى حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق، وقد أكدت المادة ١٨٢ من القانون المدنى هذا المعنى بنصها على إنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه فى عقد فسخ بعد ذلك، إلا أنه فى حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية – بسبب تأميم وحدة سيارات البائع تنفيذا للقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٣ فإن الثمن لا يقضى به فى هذه الحالة إلا كأثر من الآثار المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقا للمادة ١٦٠ من القانون المدنى التى تقضى بأنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد".

(طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

٢- "عقد البيع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبى، ويترتب على الانفساخ – ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين ولما كان الحكم قد أثبت أن التزام مورث الطاعنين نقل ملكية العقار المبيع للمطعون عليه قد صار مستحيلا بسبب استيلاء جهة الإصلاح الزراعى عليه تنفيذا لحكم القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ – بتحديد الحد الأقصى للملكية الزراعية للفرد بما لا يزيد على مائة فدان- فإنه يكون بذلك قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع لسبب اجنبى".

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

٣- "المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن عقد البيع ينفسخ حتما من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين بسبب أجنبى، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا

عليها قبل العقد ويتحمل تبعة الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين. إذ كان ذلك وكان الحكم الابتدائى الذى أحال الحكم المطعون فيه إلى أسبابه قد انتهى إلى هذه النتيجة حين ذهب إلى أن استحقاق الغير لعقار النزاع بالشفعة يقتضى فسخ عقد البيع الصادر بشأنه من الطاعن وبالتالى فإنه يلزم برد الثمن إلى المطعون ضدهما بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدنى، وكان ما استخلصه سائغا له أصله الثابت من الأوراق ومؤديا إلى ما انتهى إليه ولا مخالفة فيه للقانون، فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢١)

٤٢٥- هل يقع الانفساخ فى العقد الملزم لجانب واحد؟

يلاحظ أن المشرع لم يعرض إلا لانفساخ العقد الملزم للجانبين، وذلك فى المادة ١٥٩، فهو لم يعرض أصلا لانفساخ العقد الملزم لجانب واحد.

مع ذلك فإن الانفساخ يرد على العقد الملزم لجانب واحد، كما يرد على العقد الملزم للجانبين، وذلك بخلاف الفسخ الذى لا يتصور وروده إلا فى خصوص العقد الملزم للجانبين.

غير أنه فى العقد الملزم لجانب واحد، إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى، فإن الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة هو الدائن. وذلك لأنه لا يستطيع أن يطالب المدين بشىء، وليس فى ذمته التزام يتحلل منه فى مقابل تحلل المدين من التزامه، فيتحمل الخسارة فى النهاية. فإذا كانت هناك وديعة بغير أجر ثم هلكت عند المودع لديه بسبب أجنبى فاستحال عليه ردها، تحمل المودع وهو الدائن تبعة هذا الهلاك(١).

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين والدائن هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة لجانب واحد.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يبقى بعد ذلك أن الفسخ القانونى وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه. فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه ولهذه العلة

---

(١) السنهورى ص٥٩٩ – المستشار أنور العمروسى ص١٦٩ – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود فى المبادئ الأساسية فى القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص٥٣٠.

ينفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضى بل وبغير إعذار، متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحا كافيا. على أن الترافع إلى القضاء قد يكون ضروريا، عند منازعة الدائن أو المدين فى وقوع الفسخ. بيد أن موقف القاضى فى هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلا، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض القضاء به، تبعا لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبى لا يد له فيه"(١).

٤٢٦- آثار انفساخ العقد:

إذا انفسخ العقد بحكم القانون، ترتب على انفساخه ما يترتب على فسخه بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد (م١٦٠).

أى أن الانفساخ يكون بأثر رجعى مع مراعاة ما ذكرناه من انتفاء الأثر الرجعى فى عقود المدة. ومع عدم الإخلال بالحماية القانونية من الانفساخ المقرر للغير حسن النية.

غير أن الدائن هنا لا يستحق تعويضا عما يناله من ضرر بسبب تفويت الصفقة، لأن استحالة التنفيذ لا ترجع إلى خطأ المدين. وبهذا يتميز الانفساخ عن الفسخ، الذى لا يحول دون حق الدائن فى التعويض عن الضرر الذى يرتبه له، جزاء لتقصير المدين فى الوفاء بالتزامه(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة يعد هلاكا كليا يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون لانعدام المحل ولا يجوز للمستأجر فى هذه الحالة أن يطالب المؤجر بتعويض وهو ما تقضى به الفقرتان الأولى والثالثة من المادة ٥٦٩ من القانون المدنى وإذ كانت الثابت فى الدعوى أنه صدر قرار وزارى بنزع ملكية العمارة التى كان يستأجر المطعون عليه الأول شقة فيها فإنها تعد فى حكم الهالكة هلاكا كليا وينفسخ

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٢٨.

(٢) عبد المنعم الصده ص٤٠٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥٩– الأستاذ عبد المنعم حسنى الموجز فى النظرية العامة للالتزام طبعة ١٩٩١ ص٧٢.

العقد من تلقاء نفسه، ويكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون إذ اعتبر الطاعنة (المؤجرة) قد أخطأت بإخلاء المطعون عليه الأول من الشقة التى كان يسكنها وقضى له بالتعويض على هذا الأساس".

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/١٢)

٤٢٧- هلاك محل الالتزام وتخلف شيء آخر:

قد يهلك محل الالتزام ويخلف شيئا آخر وراءه ومثل ذلك تهدم المنزل المبيع أو احترافه قبل تسليمه إلى المشترى أو قبل انتقال ملكيته إليه لعدم تسجيل العقد، ويتخلف وراءه أنقاض أو حق فى التعويض أو فى مبلغ التأمين. غير أن هذه المسألة لم يتناولها الفقه أو القضاء وإنما سار القضاء على الحكم بوقوع الانفساخ فى الحالة التى نحن بصددها، تأسيسا على استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبى عن المدين، دون أن يتطرق أصلا إلى البحث عما إذا كان هلاك الشيء الذى أدى إلى استحالة التنفيذ قد خلف وراءه شيئا أم لم يخلف(١).

ويعلل البعض مسلك القضاء بأن الحق الذى خلفه هلاك محل الالتزام، فى الدعاوى التى عرضت عليه، لم يصل من الأهمية إلى حد يسعى الدائن إلى أن يستأثر به بديلا عن الشيء التى ورد التزامه فى الأصل عليه فيعترض على حصول الانفساخ(٢).

ولكن المسألة ثارت فى الكويت فى حالة نزع ملكية العقار المبيع قبل تسجيل البيع بسبب أن الدولة هناك تدفع مقابلا سخيا للاستملاك بحيث جرت عادة الكويتيين إلى أن يسعوا هم لدى السلطات فى أن تستملك أراضيهم. وقد ثارت تلك المسألة فى خصوص تحديد من يثبت له مقابل استملاك العقار المبيع بعد غير مسجل. أهو

---

(١) نقض طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ – طعن رقم ١٨٥ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٣/١٣ – طعن رقم ١٩٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٢/٤/٥ – طعن رقم ٥٦٨ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١ وقد قضت هذه الأحكام بانفساخ عقد بيع أرض زراعية تأسيسا على استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب استيلاء الدولة على الأرض المباعة إعمالا لقانون الإصلاح الزراعى.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥٥.

المشترى أم البائع. وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بانفساخ البيع فى الحالة التى نحن بصددها وبأحقية البائع فى مقابل الاستملاك تأسيسا عليه. وذلك برغم أن المشترى كان قد تمسك بعدم الانفساخ، قانعا بمقابل الاستملاك ومكتفيا به بدل العقار المشترى(١).

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى المادة ٢٨٣ على أنه: "فى الالتزام بنقل حق عينى، إذا هلك الشىء أو ضاع أو خرج عن التعامل، لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن هذا الشىء".

إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة "لأن الحكم الذى نصت عليه حكم تفصيلى"(٢).

ويتجه رأى فى الفقه إلى أنه إذا ارتضى الدائن أن يأخذ ما خلفه هلاك محل الالتزام استيفاء لحقه، فلا يمكن القول بأن الالتزام بات مستحيلا، وأن العقد بالتالى قد انفسخ. كما أنه يمكن دعم ذلك بفكرة الحلول العينى، فيما يخلفه الشىء إثر هلاكه يحل محله، بحيث أنه إذا اقتنع الدائن به استيفاء لحقه فإن التزام المدين يعتبر ممكنا فى أدائه لا مستحيلا فلا ينفسخ العقد(٣).

٤٢٨- لا يمنع انفساخ العقد من المطالبة بالتعويض:

جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: ".... فإذا تحقق من ذلك (القاضى) يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون، ثم يقضى بالتعويض أو برفض القضاء به، تبعا لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبى لا يد له فيه" – وعبارة "راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره"، الواردة بالمذكرة غير صحيحة، لأنها تفترض أن الاستحالة التى ينفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين، والصحيح أن الاستحالة لا ينفسخ بها العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبى.

---

(١) تمييز الكويت طعن رقم ١٩٧٩/١٢٢ تجارى جلسة ١٩٨١/١/٢٣ مشار إليه فى مؤلف عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٥١٩.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥٦ وما بعدها.

بينما الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المدين كان للدائن مطالبته بالتعويض إما على أساس المسئولية العقدية وفى هذه الحالة يبقى العقد قائما وإما أن يطالبه بفسخ العقد مع التعويض(١).

غير أنه يمكن تفسير ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى بأنه إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه بدون مبرر، حتى وقع السبب الأجنبى الذى أدى إلى استحالة تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد ارتكب خطأ يستوجب مطالبته بالتعويض.

وقد تبنت محكمة النقض العبارة المذكورة فى بعض أحكامها إذ قضت بأن:

١- "ينفسخ حتما عقد البيع باستحالة تنفيذه. يستوى فى ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشترى أو بتقصير البائع. ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد المتعاقدين على الآخر. فإذا كان المشترى قد أنذر البائع له وكلفه الحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينهما ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمى قابل للتسجيل، وبسبب مطل المدعى عليه وتسويفه لم يحكم نهائيا للمدعى إلا بعد نزع ملكية المبيع جبرا ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتهن، فإن هذا يكفى لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشترى للبائع رسميا بالوفاء بالتزامه مما ينفسخ البيع حتما من تاريخ نزع الملكية، ويجعل البائع مسئولا عن النتائج التى ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن من التضمينات. فإذا حكمت المحكمة فى هذه الحالة برفض طلب المدعى التضمينات واسترداد ثمن المبيع استنادا إلى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبرا من ملك البائع كان حكمها خاطئا متعينا نقضه".

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٨/١٢/١٥)

٢- "يعتبر الفسخ واقعا فى العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه، ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع، بخروج المبيع من ملكه وبجعله مسئولا عن رد الثمن، ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات إذا كانت الاستحالة بتقصيره. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد جعل الطاعنة (البائعة) مسئولة عن رد الثمن بسبب استحالة التنفيذ بعد انتقال ملكية

---

(١) السنهورى ص٥٩٦ الهامش – محمد كمال عبد العزيز ص١١٣٨ وما بعدها.

الأطيان المبيعة إلى الغير بعقد البيع المسجل، ثم رتب على فسخ البيع إلزام البائع برد الثمن، فإن الحكم يكون مقاما على أسباب تكفى لحمل قضائه، ولا عليه إن هو أغفل الرد على ما تمسكت به الطاعنة (البائعة) فى دفاعها من عدم جواز مطالبتها بالثمن قبل طلب الفسخ".

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/٦/٣)



مادة (١٦٠)

إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض.

الشرح

٤٢٩- تحقق أثر الفسخ أيا كان نوع الفسخ:

يتحقق أثر الفسخ المنصوص عليه بالمادة، على أنواع الفسخ جميعا، أى سواء كان الفسخ قضائيا أو اتفاقيا أو قانونيا.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ويترتب على الفسخ، قضائيا كان أو اتفاقيا، انعدام العقد انعداما يستتند أثره....الخ"(١).

٤٣٠- أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين:

يقرر النص الأثر الرجعى للفسخ، ومقتضاه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، واعتبار العقد كأن لم يكن.

ويترتب على ذلك، أنه إذا كان العقد الذى تقرر فسخه لم ينفذ شىء منه فلا يلتزم أى من المتعاقدين بشىء نحو الأخر.

وإذا كان العقد قد نفذ جزء منه وجب أن يرد كل من المتعاقدين إلى الطرف الآخر الأداء الذى قبضه منه.

فإذا كان العقد بيعا تعين على المشترى أن يرد المبيع الذى تسلمه إلى البائع، وتعين على البائع أن يرد الثمن الذى قبضه إلى المشترى، وهذا وذاك فضلا عن الفوائد والثمار(٢).

ولكن إعمال الفسخ لا يتوقف على الرد لأن الرد نتيجة للفسخ.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٢٩.

(٢) عبد المنعم الصده ص٤٠٥ – سمير عبد السيد تناغو ص١٩١.

ويكون الرد على أساس قاعدة استرداد ما دفع بغير حق عملا بالفقرة الأولى عن المادة ١٨١ مدنى التى تقضى بأن: "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده".

وما تقضى به المادة ١٨٢ مدنى من أنه: "يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق".

ولا يقضى بالرد بغير طلب سواء فى دعوى الفسخ أو فى دعوى تالية.

وإذا استحال الرد بخطأ صاحب الشأن حكم عليه بالتعويض. وفقا للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق وليس المسئولية العقدية، لأن العقد بعد فسخه لم يعد له وجود، ولا يصلح أساسا للحكم بالتعويض(١). ويعتبر العقد هنا واقعة مادية(٢).

وللدائن الذى طلب الفسخ وأجيب إلى طلبه، أن يطلب زيادة على ذلك الحكم له بالتعويض عما أصابه من ضرر إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعا إلى خطئه سواء عن عمد أو إهمال.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويترتب على الفسخ، قضائيا كان أو اتفاقيا أو قانونيا، انعدام العقد انعداما يستند أثره، فيعتبر كأن لم يكن. وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد، بعد أن تم فسخه.

وإذا أصبح الرد مستحيلا وجب التعويض على الملزم، وفقا للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق"(٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "فى حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التى نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون المدنى وهى أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه".

(طعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥)

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص١٩٢ – عبد المنعم الصده ٤٠٦.

(٢) السنهورى ص٥٨٥.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٢٩.

٢- "الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الأصلى، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلى بفسخ العقد، سقط معه الشرط الجزائى فلا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن، تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن".

(طعن رقم ٣٤٣ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

٣- "يترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحال التى كانا عليها قبل العقد، فيرد المشترى المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه، ويرد البائع الثمن وفوائده. وإذ كان الثابت أن المطعون عليهما قد أقاما دعواهما طالبين الحكم بفسخ عقد البيع الصادر لهما من المرحوم ..... الذى يمثله الطاعن لاستيلاء الإصلاح الزراعى على الأطيان موضوع العقد فى يونيه سنة ١٩٥٨ اعتبارا من أول نوفمبر سنة ١٩٥٥ وبتعويضهما عن الأجرة التى دفعاها إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى عن المدة من سنة ١٩٥٥ حتى سنة ١٩٥٨، وكان يترتب على هذا الاستيلاء انفساخ العقد حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة نقل الملكية إليهما، فإنه يكون عليهما وقد انفسخ العقد أن يردا الثمار إلى البائع عن المدة السابقة على استيلاء الإصلاح الزراعى على الأرض مقابل رد البائع ما عجل من الثمن وفوائده حتى تاريخ الاستيلاء، أما بعد هذا الاستيلاء فإن وضع يد المطعون عليهما على الأطيان لا يكون مستندا إلى أية رابطة تربطهما بالطاعن بعد أن انفسخ عقده، وآلت الملكية للإصلاح الزراعى بحكم القانون الأمر الذى يترتب عليه قيام علاقة جديدة بين المطعون عليهما والإصلاح الزراعى من تاريخ الاستيلاء، ولا شأن للطاعن بالأطيان مادام أنه لا خلاف فى أن المطعون عليهما الأولين هما اللذان كانا يضعان اليد عليها فى المدة من أول نوفمبر سنة ١٩٥٥ حتى آخر أكتوبر سنة ١٩٥٨، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليهما ضد الطاعن بمبلغ .... تعويضا عن أجرة الأطيان المستحقة للإصلاح الزراعى فى المدة المذكورة التالية لانفساخ العقد قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٥٦٨ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١)

٤- "متى كان الطاعن – البائع – قد أخل بالتزامه بتسليم البضاعة فيما عدا خمسين طنا، وقضى تبعا بفسخ العقد فلا محل لأن يطالب الطاعن بالإبقاء على مقدم

الثمن الذى استلمه بل يتعين عليه رده عملا بما تقضى به المادة ١٦٠ من القانون المدنى من أن الفسخ يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه، ولا يجوز للطاعن بالتالى أن يطالب بتكاليف إعداد البضاعة للتصدير وهو لم يقم بتسلمها".

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

٥- "النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه فى "العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض" يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ. وإذ كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها".

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)

٦- (أ)- "النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أنه يترتب على فسخ عقد البيع انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة إلى البائع – بالحالة التى كانت عليها وقت التعاقد – وأن يرد على المشترى ما دفعه من ثمن".

(ب)- "من المقرر أنه إذا هلكت العين فى يد المشترى سيء النية فإنه يلتزم برد قيمتها وقت الهلاك وأن المشترى يعتبر سيء النية إذا كان الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته".

(طعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٨)

٧- "إذا كانت المادة ١٤ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ – يفرض رسم أيلولة على التركات – تقضى بأن "يستبعد من التركة كل ما عليها من الديون والالتزامات إذا كانت ثابتة بمستندات تصلح دليلا على المتوفى أمام القضاء"، وكان مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه

ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شيء إلى ما كان عليه من قبل وبالتالى فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة إلى البائع وأن يرد الأخير ما قبضه عن الثمن ....، وإذ ان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه ومن الصور الرسمية للأحكام النهائية الصادرة من محكمة طنطا الابتدائية بتاريخ ..... فى الدعاوى ..... مدنى كلى طنطا المرفقة بملف الطعن – أن المحكمة قضت فيها بفسخ عقود البيع الصادرة من مورث الطاعنين وبإلزام هؤلاء بأن يدفعوا من تركة مورثهم قيمة ما دفعه كل مشترك من ثمن – وجملة ذلك مبلغ ٥٠٨٥ جنيه و ٦٠ مليم – فإنه يكون من حق الطاعنين طلب استبعاد المبلغ المشار إليه من أصول التركة باعتباره دينا على المتوفى ثابت بأحكام قضائية نهائية ولا يغير من ذلك أن أمر هذا الدين لم يعرض على لجنة الطعن لأن الأمر يتعلق بمسألة قانونية لا يجوز الاتفاق على خلاف ما يقضى به القانون فى شأنها".

(طعن رقم ١٤٨٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/١١/٣)

٨- "مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للآخر ويقوم استرداد الطرف الذى نفذ التزامه ما سدده للآخر من مبالغ فى هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الأمر الذى أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق، لما كان ذلك وكانت المادة ٣/١٨٥ من القانون المدنى تلزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد من يوم رفع الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ ألزم الطاعن بالفوائد اعتبارا من تاريخ قيد صحيفة الدعوى موضوع الطعن بقلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(ب)- "مقتضى انحلال العقد بأثر رجعى نتيجة للفسخ هو – وعلى ما سلف القول – أن يسترد كل متعاقد عين ما قدمه لا ما يقابله، ولازم ذلك أنه وقد فسخ العقد محل النزاع وملحقه لإخلال الطاعن بالتزاماته الناشئة عنهما فإنه يحق للمطعون ضدها استرداد ما دفعته إليه من مبلغ وبذات العملة المسددة بها أى بالدولارات الأمريكية وليس بما يعادلها من العملة المحلية، وإذ التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعن بأن يؤدى للمطعون ضدها مبلغ ٩١٠٢٣٠ دولارا أمريكيا فلا تكون به حاجة إلى بيان سعر الصرف الذى يتم على أساسه تحويل المبلغ المقضى به إلى

العملة المحلية لأن محل الإلزام هو ذات العملة الأجنبية وليس ما يقابلها وفى ذلك ما يكفى للتعريف بقضاء الحكم ولا ينأى به عن التجهيل".

(طعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦)

٩- "للدائن الذى أجيب إلى فسخ عقده أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعا إلى خطئه بإهمال أو تعمد وينبنى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية وليس على أحكام المسئولية العقدية ذلك أن العقد بعد أن يفسخ لا يصلح أساسا لطلب التعويض وإنما يكون أساسه هو خطأ المدين، وتخضع دعوى التعويض الناشئة عنه لقواعد المسئولية التقصيرية وللتقادم المسقط المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه".

(طعن رقم ١٦٤٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٥)

١٠- "النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى على أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض". وفى المادة ١٨٢ منه على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق. وفى المادة ١٨٧ منه على أن تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد مفاده أن فسخ العقد يترتب عليه انحلاله بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شىء إلى ما كان عليه من قبل، وأن حق البائع فى استرداد المبيع من المشترى يقوم تبعا لذلك على أساس استرداد ما دفع بغير وجه حق، ولا تكون المطالبة باسترداد المبيع أو بالتعويض عنه فى حالة استحالة رده كأثر من الآثار المترتبة على الفسخ ممكنه إلا بعد التقرير به بحكم نهائى إذ من هذا التاريخ يبدأ سريان التقادم القصير المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى".

(طعن رقم ١٠٣٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٨)

١١- "التسليم هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات إذ العبرة فيه بحقيقة الواقع وإن خالف الثابت بالأوراق ومؤدى نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى أنه إذا فسخ العقد سقط أثره بين المتعاقدين واعتبر كأن لم يكن وأعيد المتعاقدان إلى

الحالة التى كانا عليها قبل العقد وأن الريع يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار ويلزم به من ارتكب العمل غير المشروع وهو الغصب وأن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير عمل الخبير ولها أن تأخذ بالتقرير كله أو أن تأخذ ببعض ما جاء به واطراح البعض الأخر".

(طعن رقم ٢٥٥١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٥/١٥)

١٢- (أ)- "يدل نص المادة ١٦٠ من التقنين المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أنه يترتب على فسخ عقد البيع انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة إلى البائع وأن يرد إلى المشترى ما دفعه من الثمن".

(ب)- "المقرر أن ما يلزم كل طرف من أطراف العقد المفسوخ برده إلى الآخر فى هذه الحالة إنما هو عين ما أعطى لا ما يقابله مادام ذلك غير مستحيل".

(طعن رقم ٤٤٥٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/٧/١٩)

١٣- "المادة ١٤٢ من القانون المدنى تنص على أنه "فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد...."، كما أن مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للآخر، ويقوم استرداد الطرف الذى نفذ التزامه ما سدده للآخر من مبالغ فى هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الأمر الذى أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق .... الخ".

(طعن رقم ٣٩٤٢ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/١/٦)

٤٣١- استثناء عقود المدة من الأثر الرجعى للفسخ:

تستثنى عقود المدة، سواء العقود المستمرة أو العقود الدورية التنفيذ كالإيجار والعمل والتوريد، من الأثر الرجعى للفسخ لأن طبيعة هذه العقود تستعصى على فكرة الأثر الرجعى، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه.

وعلى ذلك فإن ما تم من العقد قبل الفسخ يبقى قائما محتفظا بآثاره، فلا يفسخ العقد إلا بالنسبة إلى ما بقى منه بعد وقوع الفسخ، ومن ثم تكون الأجرة المستحق

عن المدة السابقة على تحقق شرط الفسخ الاتفاقى أو الحكم النهائى بالفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض، فيضمنها امتياز المؤجر. والواقع أن الفسخ فى هذه العقود هو فى حقيقته إنهاء للعقد إلغاء له، تمييزا له عن الفسخ العادى أى ذلك الذى يزيل العقد بالنسبة للماضى والمستقبل على حد سواء(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا حكم القاضى بفسخ عقد الشركة فإن هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة فى الفسخ لا يكون له أثر رجعى، إنما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل، أما قيامها وأعمالها فى الماضى فإنها لا تتأثر بالحل، وبالتالى فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٦٠ من التقنين المدنى والتى توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فى حالة فسخه مما يقتضى أن يرد كل منهما ما تسلمه من الأخر تنفيذا للعقد، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد، وعند خلوه من حكم خاص تتبع فى ذلك الأحكام الواردة فى المادة ٥٣٢ من القانون المدنى وما بعدها، وقبل إجراء تصفية الشركة لا يجوز للشريك أن يسترد حصته فى رأس المال لأن هذه التصفية هى التى تحدد صافى مال الشركة الذى يجوز قسمته بين الشركاء، وتكون من ثم دعوى المطعون ضده فى خصوص استرداد حصته فى رأس مال الشركة قبل حصول التصفية غير مقبول لرفعها قبل الأوان".

(طعن رقم ٢٨٧ لسنة ٣٥ق جلسة١٩٦٩/٦/١٢)

٢- "النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى على أنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد" قطعى الدلالة على الأثر الرجعى للفسخ، وعلى شموله العقود كافة، إلا أنه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر والدورى التنفيذ – كالإيجار – أنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعى، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه، والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه، فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء فى تنفيذه، فإن آثار العقد التى أنتجها قبل الفسخ تظل قائمة عمليا ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض، ولا يعد

(١) السنهورى ص٥٨٦ – عبد المنعم الصده ص٤٠٦ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٤٠ وما بعدها.

العقد مفسوخا إلا من وقت الحكم النهائى الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هنا بمثابة إلغاء للعقد فى حقيقة الواقع".

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

٣- "من المقرر أن فسخ عقد الإيجار اتفاقا أو قضاء – بعد البدء فى تنفيذه – وخلافا للقواعد العامة لا يكون له أثر رجعى، إذ يعتبر العقد مفسوخا من وقت الاتفاق عليه أو الحكم النهائى بفسخه، لأن طبيعة العقود الزمنية ومنها عقد الإيجار تستعصى على هذا الأثر ويبقى عقد الإيجار بالنسبة للمدة التى انقضت من قبل قائما يحكم العلاقة بين الطرفين فى شأن ادعاء أى منهما قبل الآخر بعدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد خلال تلك المدة باعتبار أن أحكام العقد – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هى وحدها التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه، فلا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية، لأن فى ذلك إهدارا لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عن عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بتأييده الحكم المستأنف على أن تعديل طلبات المطعون عليه يعتبر منه تسليما بفسخ عقد الإيجار موضوع الدعوى ورتب على ذلك إعماله قواعد المسئولية التقصيرية بدلا من قواعد المسئولية العقدية، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٧٤٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/٢/١٠)

٤- "الحكم بفسخ عقد الشركة خلافا للقواعد العامة فى الفسخ ليس له أثر رجعى وإنما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل، أما قيامها وأعمالها فى الماضى فإنها لا تتأثر به، ومن ثم فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى التى توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد".

(طعن رقم ١١٩٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٠)

٥- "مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى على توافر الأثر الرجعى للفسخ، إلا أن المقرر بالنسبة لعقد الإيجار هو من عقود المدة فإنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعى، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه والتقابل بين الالتزامات فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء فى تنفيذه فإن آثار العقد التى أنتجها قبل الفسخ

تظل قائمة عمليا، ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض، ولا يعد العقد مفسوخا إلا من وقت الحكم النهائى الصادر بالفسخ لا قبله، إلا أن الأمر يختلف إذا كان عقد الإيجار لم يتم تنفيذه ولم يتسلم المستأجر العين المؤجرة فإن تقاعس المؤجر عن تنفيذ التزامه بتسليم العين المؤجرة يجب فسخ العقد متى طلب المستأجر ذلك ويرد الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها عند التعاقد وللمستأجر أن يسترد ما دفعه لحساب الأجرة التى سوف تستحق عليه عند تنفيذ العقد".

(طعن رقم ١٩٢٩ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٩١/٤/١١)

٦- "فسخ العقد. أثره. إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد. م١٦٠ مدنى. الاستثناء. العقود الزمنية كالإيجار. علة ذلك. اعتبار عقد الإيجار مفسوخا من وقت الحكم البات بفسخه أو من اليوم التالى لتاريخ نشر حكم الدستورية".

(طعن رقم ٨٦٠٨ لسنة ٦٤ق – جلسة ٢٠٠٦/٣/١٦)

٤٣٢- تقيد عدم سريان الأثر الرجعى للفسخ على عقود المدة بالحكمة التى أملته:

عدم سريان أثر الفسخ فى عقود المدة على الماضى يتقيد بالحكمة التى أدت إليه، وهى تعذر إزالة ما تم من أثر العقد فى الماضى. أما إذا أمكن إزالة أثر العقد المستمر فإن القاعدة العامة فى رجعية أثر الفسخ تنطبق[١].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن:

(أ)- "بيع المتجر وفق المادة ٢/٥٩٤ من التقنين المدنى من شأنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن ينقل حقوق المستأجر والتزاماته للمتنازل إليه بما فى ذلك عقد الإيجار، ويصبح بدوره مستأجرا مثله بموجب البيع، فيحل مشترى الجدك محل المستأجر الأصلى فيما له من حقوق وما عليه من التزامات متولدة عن عقد الإيجار، ويكون للمؤجر التمسك قبله بالدفوع التى كان يحق له إبداؤها فى مواجهة المستأجر الأصلى عند حصول التنازل، وينتقل عقد الإيجار إلى المشترى محملا بما يشوبه من أسباب الفسخ أو البطلان".

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٤١ هامش (٣).

(ب)- "القضاء بفسخ عقد الإيجار ليس له من أثر رجعى، إلا أنه لما كان الثابت أن عقد الإيجار كان وقت التصرف ببيع المقهى إلى الطاعنة قابلا للفسخ وانتقل إليها محملا بهذا العيب، وكان هذا التصرف ليس من شأنه أن يسقط حق المؤجر فى طلب الفسخ لمخالفة ارتكبها المستأجر الأصلى قبل حصوله، فإنه يترتب عليه انقضاء جميع التصرفات الناشئة عنه".

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

(راجع طعن رقم ١٩٢٩ لسنة ٥٢ جلسة ١٩٩١/٤/١١ المنشور بالبند السابق)

٤٣٣- إقامة بناء على العين قبل فسخ عقد البيع:

إذا كان المشترى قد أقام بناء على الأرض المبيعة له، وفسخ عقد البيع اتفاقا أو قضاء، فإنه يلتزم برد العين إلى البائع عملا بالمادة ١٦٠ مدنى، واعتبر بالنسبة للبناء بانيا بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب من جهته، وفى هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة فى المادة ٩٢٤ مدنى التى تقضى بأنه[١]: "١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقه من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة هذه المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

٢- يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة".

غير أنه لا يتصور فى هذه الحالة إعمال القاعدة الواردة فى تلك المادة والتى تقيد حق صاحب الأرض فى طلب إزالة البناء بأن يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه بإقامة البناء.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى يدل على أن فسخ العقد اتفاقا أو قضاء يترتب عليه انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن وتعود الحال إلى ما كانت عليه قبل

---

(١) المستشار أنور طلبه ص٢٥٤ – عبد المنعم حسنى ص٧٠.

العقد وإذا كان العقد بيعا وفسخ رد المشترى المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشترى، فإذا كان المشترى قد أقام بناء على العين المبيعة اعتبر بانيا بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته، وفى هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة فى المادة ٩٢٤ من القانون المدنى التى تنص على أنه "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا، إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة، وذلك بالنسبة لحق البائع فى طلب إزالة ما يكون المشترى قد أقامه من مبان على الأرض المبيعة أو استبقاؤه مع دفع المقابل، وكذلك حق المشترى الذى أقام البناء على الأرض التى عادت ملكيتها إلى البائع بفسخ العقد وبيان قدر المقابل الذى يستحقه عند إزالة البناء ولا يتصور فى هذه الحالة إعمال القاعدة الواردة فى تلك المادة والتى تقيد حق صاحب الأرض فى طلب إزالة البناء بأن يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه بإقامة البناء، وذلك أنه طالما أن العقد مازال قائما لم يفسخ فلا يتصور إلزام البائع بذلك القيد الزمنى عند طلبه الإزالة لأن ذلك لن يكون إلا بعد انحلال العقد، ومن ثم فإن ذلك القيد الزمنى فى طلب الإزالة لا يسرى فى حق البائع إلا من تاريخ الحكم النهائى بفسخ العقد إذا كان البائع عالما بإقامة المنشآت قبل ذلك أو من تاريخ علمه بإقامتها إذا كان العلم بعد الفسخ وفى جميع الأحوال فإن حق البائع فى طلب الإزالة يسقط بمضى خمسة عشر عاما من تاريخ الحكم إذ كان ذلك فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون إذا احتسب مدة السنة من تاريخ علم المطعون عليها، بإقامة المنشآت قبل فسخ العقد طالما أنه انتهى صحيحا إلى رفض الدفع بسقوط حقها فى طلب الإزالة".

(طعن رقم ٤٧٢ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥)

(أنظر شرح المادة ٩٢٤)

٤٣٤- حق الحبس وإجراء المقاصة:

إذا وقع الفسخ ووجب الرد، فإنه يكون لكل من المتعاقدين الحق فى حبس ما استوفاه من المتعاقد الآخر حتى يرد ما له فى ذمته، كما يجوز له طلب إجراء المقاصة بين ما يستحقه كل منهما قبل الآخر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- "وإن كان يترتب على انفساخ عقد البيع أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد المشترى المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده، إلا أن استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشترى لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منهما".

(ب)- "المقاصة القضائية لا تكون إلا بدعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه طبقا للمادة ١٥٢ من قانون المرافعات فإذا كان الطاعن لم يبد طلب المقاصة القضائية بين ما هو مستحق عليه من الثمن وما هو مستحق له من الثمار إلا أمام محكمة الاستئناف فإنه حتى لو اعتبر هذا الطلب منه طلبا عارضا فإنه يكون غير مقبول لإبدائه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ومن ثم فلا على المحكمة إن هى التفتت عنه".

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٢- (أ)- "التزام المشترى برد الأرض المبيعة – بعد فسخ عقد البيع إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن أما التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة فهو يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ومن ثم فإن من حق المشترى أن يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن".

(ب)- "ثبوت حق المشترى فى حبس قيمة الثمار إلى أن يستوفى من البائع – بعد فسخ عقد البيع – ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما دفعه من الثمن، لا يمنع من الحكم بقيمة الثمار المستحقة للبائع على أن يكون تنفيذ هذا الحكم مشروطا بأداء البائع للمشترى ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما قبضه من الثمن من تاريخ هذا القبض حتى تاريخ الوفاء".

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٣٤ جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧)

٤٣٥- أثر الفسخ بالنسبة للغير:

الفسخ كما ذكرنا فى التفاسخ أو التقايل يسرى أثره على الغير، كما يسرى بين المتعاقدين. فالعقد الذى تقرر فسخه يزول كل أثر له فيما بين المتعاقدين، ويترتب على ذلك أن يتأثر الغير بهذا الوضع بالنسبة إلى الحق الذى يتلقاه من أحد الطرفين على الشىء الذى ورد عليه العقد. فهذا الحق يزول تبعا للفسخ.

فإذا كان أحد الطرفين فى العقد الذى فسخ قد تصرف فى حقه إلى الغير فإن حق الغير يزول بالفسخ. فإذا اشترى شخص عينا ثم باعها، وبعد ذلك فسخ العقد الأول، فإن البائع فى هذا العقد يسترد العين من المشترى الثانى. وإذا كان هذا الشخص قد رتب على العين رهنا أو حقا عينيا آخر فإن البائع يسترد العين خالية من الرهن أو أى حق آخر.

إنما يستثنى من هذه القاعدة حالتان:

الحالة الأولى:

أنه إذا كسب الغير بحسن نية حقا عينيا عقاريا على الشىء الذى ورد عليه العقد الذى فسخ. وذلك قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها فى هامش تسجيل هذا العقد، فإن حقه يبقى بالرغم من الفسخ(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لما كانت المادة ١٦٠ من القانون المدنى تنص على أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد وكان يترتب على الفسخ انحلال العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعى فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة إلى البائع ولا تنفذ فى حقه التصرفات التى ترتبت عليها كما يكون للمشترى أن يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه وذلك كأثر من آثار فسخ العقد".

(طعن رقم ١٨٨ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤)

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٠٦ وما بعدها.

٢- "النص فى المادة ١/١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ على أنه "يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى"، وفى المادة ١٧ من هذا القانون على أنه "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما". يدل على أن المشرع خرج على الأثر الرجعى للفسخ لمصلحة الغير حسن النية الذى تلقى حقا عينيا على عقار وشهر حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو التأشير بمضمونها على هامش المحرر المسجل، فقرر أن الحكم الذى يصدر بفسخ العقد لا يكون حجة على هذا الغير ومن ثم يظل حقه قائما ويسرى فى مواجهة المدعى المحكوم له بالفسخ. أما إذا كان الغير سيء النية فإن حقه طبقا لنص هاتين المادتين يزول بالحكم بالفسخ ولو كان قد شهر حقه قبل تسجيل صحيفة الدعوى قبل التأشير بها".

(طعن رقم ٨٩٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/١/٩)

(راجع أيضا طعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

كما قضت محكمة النقض بأن:

١- "لئن كان الحكم الذى يصدر ضد البائع فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم، وذلك على أساس أن المشترى يعتبر ممثلا فى شخص البائع له فى تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له، إلا أن البائع لا يعتبر ممثلا للمشترى فى الدعوى التى لم يكن ماثلا فيها بشخصه وترفع على البائع بشأن ملكية العقار موضوع البيع ولو تناولت العقد المبرم بينهما طالما أن المشترى يستند فى ملكيته إلى وضع يده المدة الطويلة المكسبة للملكية ذلك أنه متى توافرت فى

وضع يده شرائطه القانونية فإنه يعد سببا يكفى بذاته لكسب الملكية مستقلا عن عقد البيع ولو تم فلا ينقطع هذا التقادم المكسب بالحكم الصادر فى تلك الدعوى".

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٩٩/١٢/١٦)

٢- "الحكم الذى يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم، وذلك على أساس أن المشترى يعتبر ممثلا فى شخص البائع له فى تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له".

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٨)

الحالة الثانية:

أنه إذا كسب الغير حقا يتعلق بالشيء الذى ورد عليه العقد الذى فسخ وذلك بمقتضى عقد من عقود الإدارة كالإيجار فإن حقه يبقى بالرغم من الفسخ[١].

ويراعى ما تنص عليه المادة ٦٠٤ مدنى من أنه: "١- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذا فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية.

ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو لم يكن هذ العقد غير نافذ فى حقه".

(أنظر شرح المادة ٦٠٤).

ويراعى أيضا ما تنص عليه المادة ٣٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من أنه: "استثناء من حكم المادة (٦٠٤) من القانون المدنى تسرى عقود الإيجار القائمة على المالك الجديد ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ انتقال الملكية".

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهنا رسميا هى المادة ١٠٣٤ مدنى والتى تقض بأن: "يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن".

---

(١) أحمد حشمت ابو ستيت ص٣٤٩ – عبد المنعم الصده ص٤٠٧.

مادة (١٦١)

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.

الشرح

الدفع بعد التنفيذ:

٤٣٦- تعريف الدفع بعدم التنفيذ وأساسه:

الدفع بعدم التنفيذ، ويقال له أيضا الامتناع المشروع عن الوفاء، هو حق كل متعاقد فى عقد ملزم للجانبين فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به. فهو عبارة عن وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حتى يقوم الآخر بالتنفيذ. وهو بذلك يمهد إما إلى التنفيذ وإما إلى الفسخ، ومن ثم يتصل بالجزاء الذى يترتب على القوة الملزمة للعقد.

ويعد هذا الدفع فى حقيقة الأمر – فى معظم الأحوال – تطبيق خاص من تطبيقات الحق فى الحبس(١).

وأساس هذا المبدأ هو فكرة السبب، ذلك أنه لا يتصور إجبار المتعاقد فى عقد تبادلى أن يوفى بالتزامه دون أن يكون قد تحقق له غرضه المباشر بقيام المتعاقد الأخر بتنفيذ ما عليه.

ومن هنا كان الأصل فى العقد الملزم للجانبين هو تعاصر التنفيذ(٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤١٠ – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٥٣١.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٥٢ – محمد حلمى بهجت بدوى ص٤٩٢ وما بعدها – ولم يعرف القانون الرومانى هذا الدفع، وإنما عرفه القانونى الكنسى. الذى صاغه بقوله "لا يراعى عهد من لا عهد له".

ولم يضع التقنين القديم – كالقانون الفرنسى – الدفع بعدم التنفيذ فى مبدأ عام مكتفيا بإيراد بعض تطبيقاته إلا أن المبدأ كان مسلما به فقها وقضاء.

وقد قضت محكمة النقض بأن: =

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فمن الأصول التى يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص. فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفريعا على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الأخر بتنفيذ الالتزام المقابل وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد"(١).

٤٣٧- نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق فى الحبس :

الحق فى الحبس هو الأصل، أما الدفع بعدم التنفيذ فهو تطبيق من تطبيقات هذا الأصل فى دائرة العقود الملزمة للجانبين: فقد نصت على حق الحبس المادة ٢٤٦ مدنى بقولها:

"١- لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع".

فهذا النص يفترض شخصين كل منهما دائن للأخر ومدين له، والتزام كل منهما مترتب على التزام الأخر مرتبط به. فيكون هذا الارتباط أساسا للحق بالحبس، سواء كان أساس المديونية عقد أو غير عقد.

فالدائن بغير عقد كالحائز بحسن نية الذى ينفق على الشىء مصروفات ضرورية أو نافعة يكون له الرجوع على مالكه بهذه المصروفات فهو مدين له برد الشىء ودائن له باسترداد المصروفات. والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشىء والالتزام

= "لئن كانت المادة ١٦١ من التقنين المدنى الحالى التى سنت القاعدة المصطلح على تسميتها "الدفع بعدم التنفيذ" ليس لها مقابل فى القانون المدنى السابق، إلا أنه كان معمولا بها وقت سريان أحكامه وليست قاعدة مستحدثة".

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٣٣.

باسترداد المصروفات، لذلك يجوز للحائز أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه. وهذا هو الحق فى الحبس[١].

وهكذا فالحق فى الحبس يتمثل فى بعض صوره تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ، وذلك فى مجال العقود التبادلية. ولكن الحق فى الحبس، فى صور أخرى له أعم وأشمل وأوسع نطاقا من الدفع بعدم التنفيذ. فهو يثبت حتى خارج نطاق العقود بوجه عام. كما أن الدفع بعدم التنفيذ فى نطاق العقود التبادلية، أعم من حق الحبس إذ أنه يباشر للامتناع عن كافة الالتزامات وليس فقط عن الالتزام بتسليم شىء[٢].

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر الشروط الآتية:

٤٣٨- الشرط الأول:

أن يكون العقد ملزما للجانبين:

يشترط أن يكون العقد ملزما للجانبين كالبيع والمقايضة والإيجار والهبة بعوض، أما العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة بدون عوض، فلا مجال فيها للدفع بعدم التنفيذ، وهذا أمر تقتضيه فكرة السبب فى العقود التى يستند إليها الدفع بعدم التنفيذ، فأساس الدفع التقابل بين الالتزامات على طرفى العقد. بشرط أن يكون هذا التقابل فى عقد واحد[٣].

أما فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة بغير أجر حين ينفق المودع لديه مصروفات ضرورية أو نافعة على الشىء المودع، فيثبت فيها حق الحبس، ففى هذه

---

(١) السنهورى ص٦٠٢ وما بعدها.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٧٥ – وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بعدم التنفيذ "إن هو إلا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين" (طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١)- ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٧٥ الهامش أن هذا القول ليس صحيحا، إذ أن الدفع بعدم التنفيذ أعم من الحق فى الحبس فى نطاق العقود التبادلية كما ذكر فى المتن، لأنه يباشر فى خصوص الالتزام بتسليم شىء (الحق فى الحبس) كما يباشر فى خصوص غيره من كافة الالتزامات الأخرى، كالتزام البائع بالتصديق على عقد البيع العرفى تمهيدا لتسجيله والالتزام بإلقاء محاضرة أو بالتمثيل فى رواية.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٦٨ – محمد كمال عبد العزيز ص١١٥٤ وما بعدها.

المثال يحق للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع حتى يستوفى هذه المصروفات أو يقدم المودع ضمانا.

وإذا فسخ العقد الملزم للجانبين الذى نشأ عنه الالتزامات وقام واجب الرد فى حق المتعاقدين كان سند أحدهما فى الامتناع عن الرد حتى يقوم الآخر بالرد هو الحق فى الحبس وليس الدفع بعدم التنفيذ(١).

واستخلاص التقابل بين الالتزامات، من سلطة قاضى الموضوع التقديرية طالما قام على أسباب سائغة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى الاتفاق ومناط ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره. وإذن فمتى كان الواقع هو أن المدعى عليه قد اشترى قطعة أرض تجاور ملك المدعى فأظهر هذا الأخير رغبته فى أخذ هذه الأرض بالشفعة ولكن إجراءاتها لم تتم لاتفاق عقد بين الطرفين تنازل المدعى بمقتضاه عن السير فى دعوى الشفعة كما دفع مبلغا من المال إلى المدعى عليه وذلك فى مقابل إنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحه عقار المدعى وهو عدم التعلية لأكثر من ارتفاع معين، كما ورد فى الاتفاق أن المدعى قد تعهد بترك مترين بطول ملكه ليكون مع ما يتركه المدعى عليه فضاء أو حديقة لمنفعة العقارين المتجاورين، وكانت المحكمة قد استخلصت من عبارات الاتفاق ونصوصه أن التزام المدعى بدفع المبلغ والتنازل عن طلب الشفعة هو مقابل التزام المدعى عليه بترك جزء فضاء من ملكه وعدم قيامه بتعلية بناء عمارته لأكثر من الارتفاع الوارد بالاتفاق وأن المدعى قد وفى بالتزامه بدفع المبلغ والتنازل عن الشفعة وأنه كان على

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص١١٥٤ وما بعدها – الدكتور محمد جمال الدين زكى الوجيز فى نظرية الالتزام – الجزء الأول فى مصادر الالتزام ١٩٦٨ ص١٩٨ – عبد المنعم الصده ص٤١١ – وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصا فى هذا المعنى هو المادة ٢٢٤ منه يجرى على أن: "إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه، أو يقدم ضمانا لهذا الرد وذلك طبقا للقواعد المقررة فى حق الحبس". إلا أنها حذفت فى لجنة المراجعة لأنها تطبيق للقواعد العامة **(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٣١ الهامش)**.

المدعى عليه أن ينفذ التزامه بعدم تعلية البناء لأكثر من الارتفاع المتفق عليه، وأنه لا يجوز له التحدى بقيام المدعى بالبناء، فى الأرض التى تعهد بتركها فضاء لأن هذا الالتزام مستقل عن الالتزامات المتقابلة التى رتبها العاقدان ولا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو البحث فى الإخلال به لأن محله هو التداعى استقلالا، وكان هذا الذى استخلصته المحكمة هو استخلاص سائغ تحتمله نصوص العقد وتفيده عباراته، فإنه يكون فى غير محله تذرع المدعى عليه بالدفع بعدم التنفيذ فى مقام الرد على دعوى المدعى إذا هو طالبه باحترام التزامه بعدم التعلية".

(طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٤/١٤)

٢- "إذ يبين مما أورده الحكم أن ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه اشتمل على عقدين أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار وأن كلا منهما استوفى أركانه القانونية ومستقل عن الأخر ورتب على ذلك أنه وقد ثبت أن المشترية قامت بتنفيذ التزامها فى عقد البيع فإنه يتعين على الطاعن – البائع – أن يوفى بالتزامه فى هذا العقد وليس له أن يتذرع بالدفع بعدم التنفيذ استنادا منه إلى أن المطعون عليها – المشترية – امتنعت عن تنفيذ التزامها فى عقد الإيجار بدفع الأجرة، ذلك أن هذا الالتزام الأخير الذى يدعيه الطاعن إنما هو التزام يفرضه عقد الإيجار ومستقل عن الالتزامات المتقابلة المترتبة على عقد البيع، وأنه لا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو لبحث الإخلال به فى هذه الدعوى، إذ مجاله التداعى استقلالا، ولما كان ما خلص إليه الحكم سائغا وليس فيه خروج عن المعنى الظاهر لعبارات الاتفاق سالف الذكر، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٣٩١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٢)

٤٣٩- الشرط الثانى:

أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء:

يشترط أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء.

فإذا كان أحد الالتزامين المتقابلين قد أصبح التزاما طبيعيا، كما لو سقط بالتقادم، فإن الدفع بعدم تنفيذه لا يجوز لأنه غير واجب الأداء.

وكذلك لا يجوز الدفع إذا كان الالتزام المقابل غير مستحق الأداء لاقترانه بأجل، ومثال ذلك أن يبيع شخص ماله بثمن آجل، أى بثمن يستحق فى تاريخ لاحق، ثم

يجىء المشترى فيطالب البائع بالتسليم، فلا يحق هناك للبائع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالتسليم، أى لا يحق له أن يحبس المبيع، طالما أن الأجل الذى منحه للمشترى لم يحل بعد.

إلا أنه يستثنى من الأجل، الأجل القضائى أى نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى، فنظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين لا تمنع دائنه من أن يتمسك فى مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ إذا ما طالب الأول الثانى بحقه عليه. فنظرة الميسرة تمنح للمدين لمجرد الرأفة والتيسير عليه بإمهاله فى الوفاء، فليس له أن يستغلها بالمبادرة بطلب حق متذرعا بإرجاء أداء ما عليه، وإلا كان ذلك منه تجافيا لمقتضيات حسن النية الذى يوجبه القانون فى تنفيذ العقود (المادة ١/١٤٨) وخروجا عن روح الميسرة[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "فى العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن، ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرطا يمنعه من استعماله، فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار".

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٧٠ – السنهورى ص٦٠٥ – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص٥٣٢ – محمود جمال الدين زكى ص١٩٨.

٢- "مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى الاتفاق ومناط ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره".

(طعن رم ٣٩١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٢)

٣- "مقتضى القواعد العامة أنه يحق للعامل الانقطاع عن العمل بسبب تخلف صاحب العمل عن أداء أجره بغير مبرر ولا يعتبر ذلك غيابا بدون سبب مشروع إذ يكون الانقطاع عن العمل فى هذه الحالة دفعا بعدم التنفيذ – لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأغفل الرد على ما أثاره الطاعن فى هذا الخصوص فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور".

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١/١٦)

٤- "جرى قضاء هذه المحكمة – على أن مجال إعمال الدفع بعدم التنفيذ – وفقا لما تنص عليه المادة ١٦١ من القانون المدنى – مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى التعاقد، ومناط ذلك ما اتجهت إليه إرادتهما، وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره".

(طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/١١/٦)

٥- "العلاقة التعاقدية للعاملين بشركات القطاع العام تتضمن بالتالى التزامات متقابلة ومن ثم يجوز طبقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به بشرط أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، إلا أن تحديد تلك الالتزامات وكونها مستحقة الوفاء من عدمه بالنسبة للعاملين بشركات القطاع العام يرجع بشأنه إلى أحكام النص الخاص وإلى لوائح الشركة التى لا تتعارض مع هذه الأحكام".

(طعن رقم ٤٤٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/١/١٢)

٦- "إذ كان الثابت فى الأوراق أن الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصلة أن عدم وفائها بالمتبقى من الثمن كان بسبب تخلف المطعون ضدها البائعة عن تنفيذ التزامها بإصلاح عيوب المبنى المبيع والمبينة فى التقارير الهندسية المقدمة منها، وعدم تسليمها نصيبها فى قطعة الأرض الملحقة به....وكان من شأن هذا الدفاع – لو فطنت إليه المحكمة – تغيير وجه الرأى فى الدعوى إذ أن مؤداه أن يكون للطاعنة المشترية أن توقف التزامها بالوفاء بالمتبقى من الثمن حتى تقوم

المطعون ضدها البائعة من جهتها بتنفيذ التزاماتها بما يكون معه الامتناع عن الوفاء به فى هذه الحالة بحق يمنع من فسخ العقد بسببه لما هو مقرر طبقا للمادة ١٦١ من القانون المدنى أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للآخر ألا يوفى بالتزامه، فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائى بل هو ذو طابع وقائى يهدف إلى كفالة استمرار التعاصر الزمنى بين الالتزامات الحالة المتقابلة وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذى ليس إلا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين. وإذ كانت محكمة الاستئناف قد التفتت عن تناول هذا الدفاع الجوهرى بما يقتضيه من البحث ودون أن تقول كلمتها فيه مما أدى بها إلى استخلاص خطأ الطاعنة من مجرد تخلفها عن الوفاء بباقى الثمن ورتبت على ذلك القضاء بفسخ العقد فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بقصور مبطل".

(طعن رقم ٤٤٥٠ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/٦/١٣)

٧ – "لما كان الثابت أن الشركة الطاعنة تمسكت فى مرحلتى التقاضى بدفاع حاصله أن عدم وفائها بالتزامها الناشىء عن عقد التأمين الجماعى محل التداعى كان بسبب تخلف الشركة المطعون ضدها الأولى طالبة التأمين عن سداد أقساطه وهو ما ثبت فى الأوراق من تقرير الخبير ولم تنكره المطعون ضدها الأولى، فإن مؤدى ذلك أن يكون للطاعنة أن توقف التزامها بتنفيذ عقد التأمين مما يكون معه امتناعها عن الوفاء بمبلغه إلى المطعون ضده الثانى بحق لما هو مقرر طبقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للأخر ألا يوفى بالتزامه، فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائى بل هو ذو طابع وقائى يهدف إلى كفالة استمرار التعاصر الزمنى بين الالتزامات الحالة المتقابلة وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائى قد خالف هذا النظر وقضى بإلزام الطاعنة بتنفيذ عقد التأمين وإلزامها بأداء مبلغه إلى المطعون ضده الثانى على سند من عدم جواز تمسكها قبله بعدم سداد أقساطه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٣٢٧٩ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٣)

٨- "المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن عقد البيع عقد تبادلى ينشىء بين طرفيه التزامات مقابلة. وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدنى على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشترى فى حيازته للمبيع، وكان التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم هذه المادة هو كل عمل يعكر على المشترى حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به، وهذا الالتزام المستمر على عاتق البائع يقابله التزام المشترى بأداء الثمن، وقد خولت المواد ١٦١ ، ١/٢٤٦، ٢/٤٥٧ من القانون المدنى المشترى حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض".

(طعن رقم ٨٤٨٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٧)

٩- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة طبقا للمادة ١٦١ من القانون المدنى أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للأخر ألا يوفى بالتزامه فهو امتناع مشروع الوفاء بالعقد وهو ما يسمى الحق فى الحبس فى العقود الملزمة للجانبين، كما أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

(طعن رقم ٣٨٥٩ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٤)

٤٤٠- هل يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى لم ينفذ أساسيا؟

يذهب رأى إلى أنه ليس كل عدم تنفيذ من جانب أحد الطرفين فى العقد التبادلى يجيز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، بل يجب أن يكون الالتزام الذى لم ينفذ التزاما أساسيا وليس تبعيا أو ثانويا(١).

والالتزامات الرئيسية هى التى تكون حافزا للالتزام، أما الالتزامات التبعية أو الثانوية فهى التى لم يكن الحصول عليها عنصرا حافزا فى إرادة المتعاقد. فالبائع يرمى من البيع إلى الحصول على الثمن والمؤجر يرمى الحصول على الأجرة. هذه التزامات أساسية يجيز عدم تنفيذها امتناع البائع أو المؤجر عن تنفيذ التزامه. وإلى

(١) حلمى بهجت بدوى ص٤٩٤ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٥٤ هامش (٣).

جانب هذه الالتزامات التزامات تبعية أو ثانوية ليست هى التى حفزت على التعاقد فلا تجيز للمتعاقد أن يطلب تنفيذها من المتعاقد الأخر قبل أن ينفذ هو التزامه الأساسى. فإذا اتفق فى عقد الإيجار على أن المستأجر عليه الامتناع عن إدخال كلاب فى العين وأخل المستأجر بهذا الامتناع فلا يجوز للمؤجر من أجل هذا الإخلال أن يرفع عن المستأجر الانتفاع بالعين.

وإذا اتفق فى عقد الإيجار على وجوب قيام المؤجر ببعض تحسينات فى العين فلا يجوز للمستأجر الامتناع عن دفع الأجرة متى تبين أن دفع الأجرة لم يكن معلقا فى إرادة الطرفين على تنفيذ هذه الأعمال.

والتمييز بين الالتزام الأساسى والالتزام الثانوى أو التبعى مسألة يقضى فيها قاضى الموضوع بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين وإلى الغرض الذى ترمى إليه هذه الإرادة.

ويذهب رأى ثان إلى أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزام أساسى فى العقد حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزام ثانوى يكون قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام الأول. مثال ذلك أنه لا يحق للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات فى العين المؤجرة(١).

ومن ثم فإنه وفقا لهذا الرأى يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزام ثانوى أى قليل الأهمية حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزم مقابل مماثل أى التزام ثانوى قليل الأهمية.

بينما يذهب رأى ثالث إلى أنه لا يلزم أن يكون كل من الالتزامين من الالتزامات الرئيسية إذ كل التزام لم ينفذ يصلح سندا للطرف الأخر للدفع بعدم تنفيذ التزامه مع مراعاة شرط حسن النية(٢).

ويبدو أن محكمة النقض تأخذ بالرأى الثانى. وهو ما نرى أيضا الأخذ به.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"التزام المشترى برد الأرض المبيعة – بعد فسخ عقد البيع – إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن أما التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة فهو يقابل

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤١٢.

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص١١٥٥.

التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ومن ثم فإن من حق المشترى أن يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن".

(عن رقم ٤٩٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧)

٤٤١- الخلاف على تنفيذ الالتزامات:

قد يحدث أن يكون كل من الالتزامين مستحق الأداء وكل من العاقدين يدفع بعدم تنفيذ التزام الآخر، مما يثور معه خلاف على تحديد أى من الطرفين هو المتخلف عن تنفيذ التزامه.

فى مثل هذه الحالة يمكن الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى، كما يستطيع القاضى أن يحكم بأن يودع كل من الطرفين بين يدى ثالث يتولى التسلم والتسليم(١).

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة التخلف عن الوفاء من المتعاقدين. فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتبس ما يجب أن يوفى به حتى يؤدى إليه ما هو مستحق له وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد ....الخ"(٢).

٤٤٢- لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن خطأ أو غش:

لا يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون عدم تنفيذ المتعاقد الأخر لالتزامه ناشئا عن خطأ أو غش، إذ يكفى عدم التنفيذ ولو كان لسبب أجنبى(٣).

٤٤٣- تعادل عدم التنفيذ الكلى وعدم التنفيذ الجزئى:

الأصل أن المتعاقد له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى لو كان عدم التنفيذ جزئيا إذ المتعاقد إنما يريد الالتزام كاملا ويعتبر إهدارا لإرادته إذا أرغم على تنفيذ التزامه مع أنه لا يحصل إلا على جزء من حقه دون الجزء الأخر. ولذلك فالبائع له أن يرفض التسليم إذا لم يدفع له الثمن كاملا. وللمشترى وإن استلم العين أن يمتنع عن دفع الثمن إذا حصل له تعرض أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية منه. إذ هو

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٥٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٣٣.

(٣) محمد كمال عبد العزيز ص١١٥٨.

لا يقصد مجرد الحيازة المادية للعين بل الحيازة الهادئة والمسألة مردها للإرادة[١]: فهناك أحوال يجوز فيها تجزئة الالتزام وتجزئة ما يقابله. فإذا كان التعرض فى جزء من العين مستقل بذاته فلا يجوز للمشترى أن يحبس من أجل ذلك كامل الثمن[٢].

ويأخذ التنفيذ المعيب حكم التنفيذ الناقص[٣].

٤٤٤- الشرط الثالث:

ألا يكون عدم تنفيذ المتعاقد الأخر التزامه راجعا إلى تقصير المتمسك بالدفع:

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يكون عدم تنفيذ المتعاقد الأخر راجعا إلى تقصير المتعاقد المتمسك بالدفع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إنه إذا كانت المادة ٤٢٨ من القانون المدنى تلزم البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات الملكية وبيان حدود العقار، إلا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشترى ولم يقم بتنفيذه جاز للبائع – وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى – أن يمتنع من جانبه عن القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد ما يستفاد منه أن البائعة لم تكن ملزمة طبقا لشروط عقد البيع أن تقدم الأوراق اللازمة لتسجيله والتوقيع عليه من المشترين إلا بعد أن تحصل منهم على الرسم المطلوب سداده إلى مصلحة الشهر العقارى وأن هؤلاء هم الملزمون بالمبادرة إلى دفعه، وانتهى الحكم إلى أن تقصير مورث الطاعنين وهم من بعده فى ذلك قد سوغ للبائعة أن تعتصم قبلهم بالدفع بعدم التنفيذ فإن الحكم يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم ٩١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٧/٢٥)

---

(١) حلمى بهجت ص٤٩٥ – محمد كمال عبد العزيز ص١١٥٨ – فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٧١.

(٢) حلمى بهجت بدوى ص٤٩٥.

(٣) محمد كمال عبد العزيز ص١١٥٨.

٤٤٥- الشرط الرابع:

ألا يكون المتعاقد الذى يتمسك بالدفع مجبرا على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولا:

يشترط ألا يكون المتعاقد الذى يتمسك بالدفع مجبرا على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولا وقد يحصل ذلك إما بالاتفاق بأن يتفق المتعاقدان على أن يبدأ أحدهما بتنفيذ التزامه، وإما بنص القانون أو طبقا للعرف الجارى أو العادة. ومثال ذلك أن الوكيل بأجر عليه أن يقوم بتنفيذ ما عهد إليه من عمل قبل أن يطالب بأجره.

وأن المؤجر لا يطالب بالأجرة إلا بعد حصول الانتفاع.

والعامل يقدم عمله إلى صاحب العمل قبل أن يتقاضى أجره وصاحب الفندق يقدم خدماته للعميل قبل أن يتقاضى أجره(١).

ومثال ذلك أيضا أن يكون ميعاد الوفاء بأحد أقساط الثمن قد حل قبل حلول ميعاد التزام البائع بتسليم المبيع، ولم يقم المشترى بالوفاء به، وبعد ذلك حل ميعاد التزام البائع بالتسليم، وأقام الأخير دعوى للمطالبة بالقسط الذى حل أو بفسخ عقد البيع، حينئذ لا يجوز للمشترى أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ التزامه استنادا إلى أن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه بالتسليم، ذلك لأن المشترى هو الذى أخل أولا بتنفيذ التزامه، ولو كان قد رجع على البائع لإلزامه بالتسليم كان للبائع الحق فى الدفع بعدم التنفيذ إذ أنه لم يكن هو البادئ بالإخلال بتنفيذ التزامه. فإذا لم يرفع البائع دعوى فسخ. وقبل القسط بعد ميعاده، سقط أثر الإخلال السابق واعتبر كأن لم يكن، بحيث إذا حل بعد ذلك ميعاد تسليم المبيع وأخل البائع بالتزامه بالتسليم، ثم حل بعد ذلك ميعاد أحد الأقساط، جاز للمشترى حبسه، وإذا رفع البائع دعوى لمطالبته بهذا القسط أو بفسخ العقد، كان للمشترى دفعها بحقه فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ، إذ لا يعتبر هو البادئ بالإخلال بتنفيذ التزامه، إذ اعتبر الإخلال السابق كأن لم يكن، واستمر تنفيذ العقد بعد ذلك(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان الطاعن قد اعتمد فى دفاعه على أن عدم قيامه بتسليم المبيع يرجع

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص١٩٨.

(٢) المستشار أنور طلبه ص٢٦٦.

إلى أن المطعون عليه لم يبد استعداده لدفع الثمن إلا بعد التسليم مع أنه متفق فى العقد على دفع الثمن قبل التسليم وبذلك يكون المطعون عليه هو المقصر وتقع عليه تبعة التقصير، وكانت المحكمة إذا أطرحت هذا الدفاع فقد قررت أن محل التمسك به هو أن يكون الطاعن قد أظهر استعداده لتسليم المبيع، أما وهو لم يفعل ذلك فلا يحق له أن يطالب المطعون عليه بدفع الثمن قبل التسليم، هذا فضلا على أن المطعون عليه قد قرر بإنذاره الذى أعلنه للطاعن أنه على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط فى الاتفاق ومع ذلك لم يقم الطاعن بتنفيذ التزامه، فإن هذا الذى قررته المحكمة هو استخلاص سليم ولا مخالفة فيه للقانون كما لا يشوبه قصور".

(طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥)

٢- "شرط الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاما مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا. فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن ينتفع بهذا الدفع".

(طعن رقم ٦٦ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٣/٣)

٣- (أ)- "التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المصرفى من يوم تثبيته هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشترى فى الصفقة. فلا يلزم البنك بالوفاء بقيمته - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - إلا إذا نفذ المستفيد شروط فتح الاعتماد".

(ب)- "لا يجوز للمتعاقد المكلف بالبدء فى التنفيذ أن يتمسك بعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه".

(طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٥/٣١)

٤- "يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين ألا يوجب العقد على المتعاقد الذى أبدى هذا الدفع أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر إذ يمتنع عليه فى هذه الحالة أن ينتفع بالدفع ويتعين عليه أن يفى بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لالتزامه".

(طعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠)

٥- "يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا

فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن ينتفع بهذا الدفع".

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

٦- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن ينتفع بهذا الدفع".

(طعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)

٤٤٦- الشرط الخامس:

ألا يتضمن الدفع إساءة لاستعمال الحق:

الحق فى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ شأنه فى ذلك شأن أى حق أخر غيره – يتقيد فى استعماله بقاعدة عدم جواز إساءة استعمال الحق المنصوص عليها بالمادة الخامسة من التقنين المدنى، وبقاعدة وجوب تنفيذ العقد على نحو ما يقتضيه حسن النية عملا بالمادة ١/١٤٨ مدنى.

وهكذا فلا يسوغ التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على وجه يتعارض مع وظيفته الاجتماعية. ومع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن النية.

وبالترتيب على ذلك:

١- لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان ما بقى من الالتزام المقابل دون تنفيذ جزءا يسيرا بالنسبة إلى ما تم تنفيذه. ويستطيع المتعاقد فى هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ جزء من التزامه يقابل الجزء الذى لم ينفذ. وذلك إذا كان من الممكن تجزئة الالتزام[١].

---

(١) السنهورى ص٦٠٥ هامش (١) – عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٧١ – وكانت الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٦١ مدنى) تنص على ذلك بقولها: "على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية". وفى لجنة المراجعة اقترح =

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "لا يكفى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع. فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذى لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية، وإنما يكفيه فى هذه الحالة إنقاص التزامه فى الحدود العادلة التى تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل".

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

٢- لا يجوز للمشترى أن يمتنع عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطرا يتهدد العين إذا كان هذا الخطر ليس بجدى(١).

٣- لا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان عدم تنفيذ المتعاقد الآخر التزامه يرجع إلى فعله(٢).

٤٤٧- كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

الدفع بعدم التنفيذ – كما يدل عليه اسمه – وسيلة دفاعية وليست هجومية. ومؤدى ذلك أن المتعاقد لا يتمسك به إلا إذا طولب بتنفيذ التزامه، إذ يسوغ له أن يدفع المطالبة بعدم أداء ماله.

وللمتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، سواء طولب بأداء ما عليه وديا أم قضائيا. فإذا طولب خارج ساحة القضاء بأداء ما عليه، كان له التمسك بعدم تنفيذ ما له، كما له التمسك به فيما بعد لو طولب بتنفيذ التزامه قضاء.

ولا يوجد ما يمنع المتعاقد من التمسك بعدم تنفيذ ماله، فى صورة إشكال فى التنفيذ بالحق الذى عليه. ويحصل ذلك إذا كان العقد رسميا، وأريد التنفيذ بمقتضاه. أما إذا أريد

= حذف هذه الفقرة لأنها تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٣١ ، ٣٣٤).

(١) السنهورى ص٦٠٥ هامش (١).

(٢) محمود جمال الدين زكى ص١٩٨.

إجراء التنفيذ بمقتضى حكم واجب النفاذ، فلا يجوز إيقاف هذا التنفيذ عن طريق مجرد التمسك بالدفع، لأن فى ذلك مساسا بحجية الأمر المقضى[١].

٤٤٨- عدم ضرورة الإعذار:

لا يحتاج التمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل التمسك به وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب بالتفصيل الذى سنراه فى موضعه. على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه. وفى هذا إعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى ذمته[٢].

غير أن الإعذار يكون واجبا إذا طالب العاقد بتعويض عن الضرر الذى نجم عن عدم تنفيذ الالتزام طبقا للقواعد العامة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا لم يقم أحد العاقدين بالتزامه كان للآخر ألا يوفى بالتزامه من غير حاجة إلى تنبيه رسمى أو إلى حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما فى العقد مقابل التزام الآخر".

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٩ق جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١)

٤٤٩- عدم تعلق الدفع بعدم التنفيذ بالنظام العام:

الدفع بعدم التنفيذ قاعدة مقررة لإرادة طرفى العقد، وبالتالى ليست متعلقة بالنظام العام.

ويترتب على ذلك ما يأتى:

١- أنه يجوز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة بحرمان أحد العاقدين أو العاقدين معا من استعمال هذا الدفع باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين[٣].

(راجع طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٧٢.

(٢) السنهورى ص٦٠٦ – عبد المنعم الصده ص٤١٢.

(٣) المستشار أنور طلبه ص٢٦٧.

٢- أن الحق فى الدفع يسقط بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا. ويتحقق التنازل الضمنى بقبول الوفاء الناقص أو المعيب قبولا غير مشروط ولا يعتبر قبول الوفاء الجزئى على غير الوجه المتفق عليه تنازلا عن الدفع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال فيلم فى الخارج لقاء مبلغ معين – ٧٥٠٠ جنيه يدفعه المطعون عليه، دفع منه وقت العقد جزءا ١٠٠٠جنيه – وتعهد بدفع جزء أخر – ٣٠٠٠ جنيه – فى مدى شهر من التوقيع على العقد بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء فى ميعاده يصبح المبلغ الذى دفع أولا حقا للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا وباقى المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم فى الخارج، وتعهدت الطاعنة بأن يتم إرسال الفيلم إلى الخارج فى خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد – أى بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه – وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذا لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه فإنه يكون للطاعنة – رغما عن قبولها الوفاء الجزئى على غير الوجه المتفق عليه – أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذى دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها فى الحبس بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه – إذا أكمل المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠جنيه – يصلح دفعا لدعوى الطاعنة إذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه، أما حقها هى فى حبس التزامها بالتسليم فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه، وإذن فمتى كان الحكمان المطعون فيهما قد انتهيا إلى فسخ العقد تأسيسا على أن الطاعنة هى التى تخلفت عن وفاء التزامها بالتسليم لأن تأخر المطعون عليه فى الوفاء بما تعهد بدفعه فى ميعاده لا يعتبر تقصيرا تترتب عليه آثاره لأنه وقع بقبول ورضاء الطاعنة فإنهما يكونان قد أخطئا فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٦/١٤)

٣- أنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بالدفع من تلقاء نفسها. وإنما يجب أن يتمسك به المتعاقد نفسه، كما لا يجوز للغير التمسك به. ففى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، لا يجوز

الدفع بعدم تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن إلا للبائع. فلا يجوز هذا الدفع لمشتر ثان بغية الوصول إلى ثبوت الملكية له دون المشترى الأول(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الأخر فإذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والإيداع الحاصلين من المشترى صحيحين وما رتبه على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئا لذمة هذه المشترى من الثمن، فإنه لا يقبل من الطاعن – وهو مشتر ثان – الطعن على الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه".

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨)

٤٥٠- أثر الدفع بعدم التنفيذ:

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ أن يقف تنفيذ الالتزام. ويقتصر أثر الدفع على الوقف، فلا يزول الالتزام كما فى الفسخ، بل يبقى كما هو دون نقص فى مقداره. مثل ذلك أن يقف البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية حتى يدفع المشترى الثمن أو يقف مقاول أعمال البناء اللازمة لإقامة بناء تعهد بإقامته حتى يدفع رب العمل ما تعهد به.

غير أن هناك حالات لا يتصور فيها وقف تنفيذ الالتزام لأن طبيعته لا تقبل الوقف. ويتحقق ذلك فى بعض صور الالتزام بالامتناع عن عمل. كما إذا تعهد شخص بعدم البناء فى مساحة معينة يملكها لقاء مبلغ من المال. فإذا تأخر الطرف الأخر عن دفع هذا المقابل فليس أمام الطرف الأول إلا أن يبنى فى هذه المساحة ويكون هذا بمثابة فسخ للعقد(٢).

ولكن ليس معنى ذلك أنه يجب على القاضى أن يرفض بالضرورة دعوى الدائن، وإنما يسوغ له أن يقضى للمدعى بحقه برغم تمسك المدعى عليه بعدم تنفيذ ما يجب له، بشرط أن يتضمن قضاؤه أداء الالتزامين المتقابلين معا.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٧٢.

(٢) السنهورى ص٦٠٨ – عبد المنعم الصده ص٤١٢ وما بعدها.

وتمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ لا يمنعه أن يطلب فسخ العقد والعكس صحيح[١].

وإذا كان الالتزام بتسليم عين فإن الدفع بعدم التنفيذ يختلط بالحق فى الحبس كما إذا امتنع البائع عن تسليم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن. وفى هذه الحالة يجب على الحابس أن يحافظ على الشىء وفقا لأحكام رهن الحيازة. وإذا كان الشىء يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ مدنى وينتقل الحق فى الحبس من الشىء إلى ثمنه. وهذا ما تقضى به القواعد العامة فى الحق فى الحبس المنصوص عليها فى المادة ٢٤٧ مدنى[٢].

٤٥١- أثر وقف التنفيذ فى عقود المدة:

ذكرنا سلفا أن أثر الدفع فى تنفيذ الالتزام، ينحصر فى وقف تنفيذ الالتزام، ويبقى الالتزام كما هو دون أى نقص فى مقداره خلال فترة الوقف، وإن كان الحكم فى عقود المدة يختلف، إذ أن وقف تنفيذه خلال فترة معينة يترتب عليه نقص فى كم الالتزام، كما لو منعت شركة التيار الكهربائى عن المستهلك خلال فترة معينة لامتناعه عن أداء التزامه نحوها، ذلك لأن ما يفوت من الزمن فى تلك العقود لا يعوض. وبذلك لا يعتبر العقد قد نفذ نهائيا فى حدود المدة التى منعت الشركة فيها توريد التيار الكهربائى.

ومن ثم ينقص التزام المتعاقد بهذا المقدار[٣].

وكذلك لو أن المستأجر تأخر فى دفع الأجرة فامتنع المؤجر عن تنفيذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع مدة من الزمن، فإن المؤجر أثناء هذه المدة يعتبر أنه لم ينفذ التزامه نهائيا لا مؤقتا وبذلك ينقص بهذا المقدار[٤].

٤٥٢- أثر الدفع بالنسبة للغير:

يسرى الدفع فى حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق فى التمسك بالدفع. فلو أن هناك بيعا وتأخر المشترى فى دفع الثمن. ثم باع العين التى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٧٤.

(٢) عبد المنعم الصده ص٤١٣.

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٥٥.

(٤) السنهورى ص٦٠٩ – عبد المنعم الصده ص٤١٣.

اشتراها لمشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن، فإنه يجوز للبائع أن يحبس العين المبيعة ويتمسك بالدفع ضد المشترى الثانى أو الدائن المرتهن. وذلك لأن المشترى لا يستطيع أن ينقل إلى خلفه أكثر مما كان له من حقوق، وقد كانت حقوقه قبل البائع خاضعة للحبس ولو قيل بغير ذلك لفقد الدفع قيمته العملية، إذ يكفى لكى يتخلص المدين منه أن يتصرف فى الشىء فيضطر الدائن إلى التخلى عنه. أما إذا كان الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق فى التمسك بالدفع فإن الدفع لا يسرى فى مواجهته. فإذا رهن شخص منزله ثم سلمه إلى مستأجر. وبعد ذلك باعه فأراد المشترى أن يتسلم المنزل قبل نهاية عقد الإيجار. فإن الإيجار إذا كان غير ثابت التاريخ لا ينفذ فى حق المشترى. وفى هذه الحالة يصبح للمستأجر الحق فى تعويض يتقاضاه من المؤجر ويستطيع أن يحبس العين من أجله فى مواجهة المشترى (م٢/٦٠٥ مدنى)، ولكن لا يحق له أن يتمسك بالحبس ضد الدائن المرتهن لأن الرهن سابق على ثبوت الحق فى الحبس[١].

٤٥٣- الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الإدارية:

لا يجوز فى مجال العقود الإدارية، التمسك بالدفع بعدم التنفيذ للمتعاقد مع جهة الإدارة. وإن كان ذلك يقع جائزا لجهة الإدارة نفسها. فالمتعاقد من جهة الإدارة لا يستطيع أن يمتنع عن أداء التزاماته، تأسيسا على أن جهة الإدارة قد تقاعست عن الوفاء بالتزاماتها نحوه، ما لم يترتب على هذا التقاعس صيرورة التزاماته هو مستحيلة الأداء. وعلة هذا الحكم واضحة. فالمصلحة العامة تأبى أن يتعطل أو يتأخر تسيير المرفق العام، لمجرد أن المتعاقد مع الإدارة لم يستوف حقه فى ميعاده، سيما وأن جهة الإدارة تتسم عادة باليسر والاقتدار فى أداء التزاماتها. بل إن مراعاة المصلحة العامة وتغليبها عند التعارض مع المصلحة الخاصة، جعلت الفكر القانونى فى تنظيمه للعقد الإدارى، ينظر إلى المتعاقد مع الإدارة، لا على أنه مجرد متعاقد عادى، بل على اعتبار أنه إلى جانب صفته التعاقدية يؤدى واجب التعاون مع الإدارة فى تسيير المرفق العام. وإذا كان السائد فى الفكر القانونى هو منع المتعاقد مع جهة الإدارة من التمسك بعدم التنفيذ إلا أننا نجد بعضا من الفقهاء يمنحونه التمسك به، إذا لم يكن فى ذلك تعطيل لسير المرفق العام[٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤١٣ وما بعدها.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٧٣ هامش (١).

(الفصل الثانى)

(الإرادة المنفردة)

مادة (١٦٢)

١- من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء 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 بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى هذا الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور.

الشرح

٤٥٤- دور الإرادة المنفردة فى ترتيب الآثار القانونية:

يقصد بالإرادة المنفردة إرادة شخص واحد. وهى قادرة فى القانون الوضعى على إنشاء آثار قانونية متعددة كإنشاء الأشخاص الاعتبارية والوقف والمؤسسات الخاصة ونقل أو إنشاء الحقوق العينية كما فى الوصية، أو إنهاء هذه الحقوق، كالنزول عن ارتفاق أو عن رهن.

وهى قادرة كذلك على تصحيح عقد قابل للإبطال، كما فى الإجازة على جعل العقد يسرى فى مواجهة من لم يكن طرفا فيه، كإقرار الأصيل لتصرف النائب الذى جاوز فيه حدود النيابة، وإقرار المالك الحقيقى لبيع ملك الغير، وقادرة أخيرا على إنهاء العقد ذى المدة غير المحددة. وفى بعض الحالات ولو كانت مدته محددة كالوكالة والعارية والوديعة.

أما فى دائرة الحقوق الشخصية أو الالتزامات فإن الإرادة المنفردة قادرة كذلك على إنهاء الالتزام كما فى الإبراء الذى ينزل بمقتضاه الدائن عن حقه فى ذمة المدين دون مقابل(١).

ولم يبق من ثم سوى إنشاء الالتزام، وهذا ما نعرض له فى البند التالى.

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص٢٠٥.

٤٥٥- هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام ؟

اختلف الرأى فى هذه الحالة:

فهناك نظرية فرنسية تذهب إلى أن الإرادة المنفردة غير قادرة على أن تلزم صاحبها، إذ يجب لذلك أن تجتمع بإرادة أخرى. فالالتزام الذى ينشأ من تصرف قانونى، وهو الالتزام الإرادى، لا يكون مصدره إلا العقد. وهذا هو الرأى الذى ساد فقها وقضاء فى فرنسا وفى مصر فى ظل القانون القديم.

ولكن نظرية ألمانية ترى الإرادة المنفردة قادرة على أن تنشئ الالتزام. ويستند أنصارها إلى الحجج الآتية: (١) إذا كانت الإرادة قادرة على أن تلزم عند اجتماعها بإرادة أخرى فإن هذه القدرة لابد أن تتوفر لها عند انفرادها. والواقع أن من يتعاقد يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر. (٢) وتوافق الإرادتين الذى تستند إليه القوة الملزمة للعقد لا يتصور أن يكون تاما فى جميع الحالات. فلكى يتحقق هذا التوافق يتعين أن يكون هناك تعاصر بين الإرادتين، أى يجب أن تصدران فى لحظة واحدة. وهذا يستحيل فى التعاقد بين غائبين. بل إنه لا يتحقق كذلك فى التعاقد بين حاضرين، حيث تصدر أولا إرادة بالإيجاب ثم تتلوها إرادة أخرى بالقبول. إننا نفترض فى هذه الحالة وفى تلك أن الموجب بقى على إيجابه إلى أن صدر القبول، وهذا مجرد افتراض. وهناك حالات ينعقد فيها العقد رغم التأكد من أن توافق الإرادتين لم يتم، كما فى حالة عدول الموجب وعدم وصول هذا العدول إلا بعد أن علم بالقبول، فيكون افتراض التوافق حينئذ على خلاف الحقيقة. فلماذا نفترض كل هذه الفروض، والأولى أن نواجه الحقيقة ونقول إن الشخص يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة أخرى. فهو ينشئ التزاما فى ذمته بإرادته وحدها، ويكون قبول الدائن مجرد انضمام نتطلبه حتى لا يكسب حقا دون إرادته. (٣) وليس فى المنطق القانونى ما يحول دون أن يلتزم شخص بإرادته. فالشخص حر فى أن يلزم نفسه بإرادته فى حدود القانون. وليس هذا إلا تقرير لمبدأ سلطان الإرادة، إذ هو أقصى ما يصل إليه هذا السلطان. أما تطلب اقتران الإرادتين فهو فى حقيقته من بقايا الشكلية القديمة التى يجب أن تتحرر الإرادة منها. فقديما كانت الإرادة لا تنتج أثراً قانونيا إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة. ثم تطور الموقف فأصبح توافق الإرادتين كافياً لإنشاء الالتزام. فيجب بعد هذا أن نسير فى التطور إلى نهايته الطبيعية فنكتفى بإرادة

واحدة لإنشاء الالتزام. ويصبح رضاء الدائن مطلوبا حتى لا يكسب الحق رغم إرادته، ولكنه ليس هو الذى ينشئ الالتزام، وإنما تنشئه إرادة المدين وحدها. (٤) وليس فى ذلك ما ينافى العدالة. صحيح أنه ليس من العدل أن يصبح الشخص دائنا بإرادته، لأن هذا يؤدى إلى إفقار شخص آخر بدون رضاه. ولكن ليس هناك ظلم فى أن يصبح الشخص مدينا بإرادته. (٥) وفى الحياة العملية صور لا يستطاع قبولها قانونا إلا من طريق الإرادة المنفردة . كما فى حالة الوعد بجائزة. فهذا الوعد يصدر من شخص يلزم نفسه بأمر نحو شخص غير معين قد يصبح دائنا رغم جهله بالوعد. وكما فى حالة الالتزام نحو شخص يموت أو يفقد أهليته قبل القبول، إذ لا يمكن الالتزام من طريق العقد فى هذه الحالة.

وهناك اتجاه وسط يجعل العقد هو المصدر الإرادى الأول للالتزام وأن يحتفظ إلى جانبه بالإرادة المنفردة باعتباره مصدرا استثنائيا أوقانونيا، وذلك فى الحالات التى تدعو الحاجة فيها إلى اعتبار هذه الإدارة مصدر للالتزام.

وهذا الاتجاه هو ما يعتنقه الفقه الحديث فى ألمانيا وإيطاليا وفرنسا. وهو الذى يأخذ به التقنين الألمانى، مع أن ألمانيا مهد نظرية الإرادة المنفردة. فلم يعتبر الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام. وإنما جعلها مصدرا استثنائيا (م٣٠٥)[١].

٤٥٦- موقف التقنين المدنى الجديد من الإرادة المنفردة:

سار القانون المدنى الجديد سيرة غيره من القوانين الحديثة فاعتبر الإرادة مصدرا للالتزام فى حالات معينة أى جعلها مصدرا استثنائيا للالتزام، وعقد لها الفصل الثانى إثر انتهائه من الفصل الأول المخصص للعقد.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام فى المادة ٢٢٨ منه التى تقضى بأن "١- إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان لمدة معينة، فإن 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.

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤١٦ وما بعدها.

٣- يبقى الإيجاب فى العقود خاضعا للأحكام الخاصة به ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور" إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة وجاء فى تقريرها تعليلا لهذا الحذف "واقترح حذفها عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاما"(١).

وهذا يؤكد أن الشارع وقف عند حد اعتبار الإرادة مصدرا استثنائيا للالتزام(٢).

٤٥٧- الشروط الواجب توافرها فى التصرف الذى ينشأ بإرادة منفردة:

الإرادة المنفردة وقد غدت مصدرا للالتزام، فإنه يسرى فى هذا الخصوص الأحكام الخاصة بالعقد والتى عرضنا لها فى موضعها – وذلك فيما يتعلق بالأهلية وخلو الإرادة مما يعيبها ومن حيث ضرورة قيام الالتزام على محل وسبب مستجمعين للشرائط اللازمة، ولا يستثنى من ذلك إلا ما تعلق بتوافق الإرادتين، وذلك لوجود إرادة واحدة هنا(٣).

٤٥٨- تطبيقات الالتزام بالإرادة المنفردة:

للإرادة المنفردة تطبيقات متفرعة فى نواحى القانون نذكر منها:

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٣٨ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم الصده ص٤١٩ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٦١ وما بعدها – ويذهب الدكتور السنهورى ص١٠٨٤ إلى أنه بعد التعديل الذى أدخلته لجنة المراجعة لم تعد الإرادة مصدرا عاما للالتزام، وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقرره القانون، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات. ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاما مصدره القانون، وحذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة فى المشروع التمهيدى، وأدمج فى الفصل المعقود القانون كمصدر مباشر للالتزام. وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله.... فالقاعدة إذن فى القانون المدنى الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لابد أن يرد فى نص قانونى. ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر، وهو الذى يعين أركانه ويبين أحكامه.

(٣) عبد المنعم الصده ص٤٢١ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٢١ محمود جمال الدين زكى ص٢٠٨.

١- الإيجاب الملزم:

وقد ورد فيه نص المادة ٩٣ مدنى وقد عرضنا له سلفا، وذكرنا أن مصدر هذا الالتزام هو الإرادة المنفردة.

٢- المؤسسة:

وقد ورد فيه نص المادة (٥٦) من القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية التى تجرى على أن: "تنشأ المؤسسة الأهلية بتخصيص مال لمدة معينة أو غير معينة لتحقيق غرض غير الربح المادى، وتسرى فى هذا الخصوص أحكام المادة (١١) من هذا القانون.

والمادة (٥٧) التى تنص على أن "يكون إنشاء المؤسسة الأهلية بواسطة مؤسس واحد أو مجموعة من المؤسسين من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية أو منهما معا. ويضع المؤسسون نظاما أساسيا يشمل على الأخص البيانات الآتية: ...." – وقد تناولنا ذلك بالشرح فى موضعه من الموسوعة.

ويتضح مما تقدم أن إرادة المنشئ المنفردة توجد المؤسسة، أى توجد شخصا اعتباريا، وتنشئ التزاما فى ذمة صاحبها نحو هذا الشخص الاعتبارى.

٣- تطهير العقار المرهون:

وقد ورد فيه نص المادة ١٠٦٦ مدنى التى تقضى بأن: "يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار. وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة".

ومؤدى ذلك أن حائز العقار المرهون يلتزم بإرادته المنفردة أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار وذلك بمجرد إظهار رغبته فى تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو الذى بينته المادة ١٠٦٥ مدنى.

٤- الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور:

وهذا هو الالتزام بالإرادة المنفردة الذى نص عليه القانون المدنى فى الفصل المعقود للإرادة المنفردة فى المادة ١٦٢ ونعرض له بالتفصيل فيما يلى.

الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور

تتناول المادة ١٦٢ حالة الوعد بجائزة الذى يوجه إلى الجمهور، بجائزة عن عمل معين لمن يقوم بهذا العمل، مثل العثور على شيء ضائع، أو لمن يضع أفضل بحث علمى فى موضوع معين، أو لمن يفوز فى مسابقة، أو لمن يكشف عن دواء أو مبيد لحشرة كدودة القطن إلى آخره. ونعرض لشروط هذا الوعد فيما يلى[١].

٤٥٩- شروط الوعد بجائزة:

يشترط لتوافر الوعد بجائزة توافر الشروط الآتية:

١- أن يوجه الوعد إلى الجمهور:

يشترط أن يوجه الوعد إلى الجمهور أى إلى أشخاص غير معينين، أما إذا وجه إلى شخص معين أو أكثر فنكون أمام إيجاب لابد من أن يقترن به قبول، وعندئذ ينعقد عقد هو الذى ينشيء الالتزام.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الوعد بالجائزة على ما تشترط المادة ١٦٢ من القانون المدنى يقوم أساسا على توافر أركان معينة منها أن توجه الإرادة إلى الجمهور أى إلى أشخاص غير معينين فإذا ما وجهت إلى شخص معين خرجت عن أن تكون وعدا بجائزة وسرت عليها قواعد الإيجاب فلابد أن يقترن بها القبول وتصبح عقدا لا إرادة منفردة، وإذ كان الإقرار موضوع النزاع لا يعدو أن يكون اتفاقا بين الطاعن وموكليه على قدر الأتعاب

---

(١) ولم يكن القانون الملغى يورد نصا يحكم الوعد بالجائزة.

ولذلك قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الوعد بالجائزة قد صدر من المطعون عليها بعد إدلاء الطاعن بمعلوماته وأن هذا الوعد يخضع فى تكييفه للقانون المدنى القديم الذى لا يعترف بالإرادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزم، وأن ذلك يقتضى الرجوع إلى القواعد العامة لأحكام العقد التى توجب أن يتلاقى الإيجاب والقبول – لما كان ذلك وكان التقنين المدنى الملغى لم يورد نصا يحكم الوعد بالجائزة باعتباره صورة من صور الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة ولم يكن من الممكن رد الوعد بالجائزة إلا إلى أحكام العقد التى توجب أن يتلاقى القبول مع الإيجاب السابق عليه، فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحا إذ التزم هذا النظر".

(طعن رقم ٥٣٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦١/٣/٣٠)

المستحقة له فإن شروط المادة ١٦٢ سالفة الذكر تكون قد تخلفت ويكون الحكم فيما انتهى إليه قد صادف صحيح القانون".

(طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

٢- أن يكون توجيه الوعد إلى الجمهور عن طريق علنى:

كأن يوجه الإعلان عن طريق الصحف أو المجلات أو الإذاعة أو التلفاز، أو بتوزيع نشرات على الجمهور أو بالمناداة فى الشوارع والطرق وغير ذلك. غير أنه يجب أن تكون العلانية كافية حتى يتيسر العلم لعدد كبير من الناس(١).

٣- أن يتضمن الوعد أمرين:

(الأول) جائزة معينة يلتزم الواعد إعطاءها لمن يفوز بها، أيا كان محل هذه الجائزة فيستوى أن تكون جائزة مادية فى صورة مبلغ من النقود أو أسهم أو سندات أو نفقات رحلة....الخ، أو أن تكون أدبية كوسام أو شارة أو كأس.

(الثانى) شيئا معينا يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة. وقد ضربنا أمثلة لذلك سلفا.

٤٦٠- أحكام الوعد بجائزة:

(أ) الوعد الذى حددت له مدة:

إذا ما حدد الواعد مدة للعمل محل الجائزة أى وقتا يكون للمتقدم للجائزة التقدم فيه بالعمل محل الجائزة. سواء كان هذا الموعد صريحا أو ضمنيا يستخلص من طبيعة الأمر الذى يدور حوله الوعد فإنه يمتنع على الواعد العدول عن الوعد خلال هذه المدة.

فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل الذى رصد له الواعد الجائزة، فإنه ينقضى التزام الواعد، ولو قام شخص بهذا العمل. ولا يكون الواعد فى هذه الحالة مسئولا نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد، ولكنه قد يكون مسئولا نحوه بمقتضى الإثراء بلا سبب(٢).

---

(١) السنهورى ص١٠٩٢ – محمود جمال الدين زكى ص٢٠٩.

(٢) السنهورى ص١٠٩٢.

أما إذا تحقق العمل المطلوب فقد استحق من قام به الجائزة سواء كان يعلم بالجائزة أو لم يعلم، لأن مصدر الجائزة هو الإرادة المنفردة ولأن المقصود هو أن يلتزم من يعد بإعطاء الجائزة بما تعهد بأدائه مادام الطرف الآخر قد قام بالعمل الذى خضعت الجائزة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد(١).

كما لا يؤثر فى استحقاق الجائزة أن يكون قيامه بالعمل بعد الإعلان عنها أو قبله(٢).

(ب) - الوعد الذى لم تحدد له مدة:

إذا كان الواعد لم يحدد مدة معينة ليتم فيها العمل. تعين القيام بالعمل خلال المدة المعقولة التى يقدرها القاضى، لأن التزام الواعد معلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب فى وقت يجدى فيه القيام بهذا العمل ويستوى أن يكون هذا الشخص قد علم بالوعد أو لم يعلم به(٣).

ويكون للواعد أن يرجع فى وعده، ولا قيد عليه فى ذلك مادام أن أحدا لم يحقق العمل المطلوب، إلا أنه يجب أن يتم الرجوع بذات العلانية التى تم بها الوعد. فإذا كان الإعلان بالجائزة عن طريق التلفاز مثلا وجب أن يكون الرجوع عن طريق الإعلان بالتلفاز.

وإذا كان الإعلان فى صحيفة واسعة الانتشار، فإنه يجب أن يتم ذلك فى صحيفة لها هذه الصفة، فإذا قام الواعد بنشر الرجوع فى صحيفة أقل انتشارا فإنه يكون سيء النية.

وهذا لا يخل بحق من بدأ فى تنفيذ العمل فى التعويض عن الضرر ويستند هذا التعويض إلى المسئولية التقصيرية. ويخضع لتقدير القاضى.

وكان المشروع التمهيدى – كما عدلته لجنة المراجعة – ينص فى الفقرة الثانية من المادة على أنه: "فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه جاز الحكم بتعويض عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة الجائزة" – إلا أن هذه العبارات حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها "وقد راعت اللجنة فى الحذف أن تترك

---

(١) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٤٧.

(٢) محمود جمال الدين زكى ص٢١٠ – الدكتور المستشار محمد شتا ص١٠٤٠.

(٣) السنهورى ص١٠٩٣ وهامش (٢) – المستشار أنور طلبه ص٢٦٨.

المسألة للقواعد العامة، فضلا عن أن نص المشروع يفضى إلى منازعات كثيرة غير عادلة"(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يجب التفريق بصدد هذا الوعد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده، وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد.

ففى الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائيا بمشيئته وحدها، دون أن يكون له أن يعدل عن وعده، خلال المدة المحددة، فإذا انقضت هذه المدة، ولم يقم أحد بالعمل المطلوب، تحلل الواعد من وعده، ولو أنجز هذا العمل فيما بعد. أما إذا أتم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة، فيصبح من قام به دائنا بالجائزة من فوره، ولو لم يصدر فى ذلك عن رغبة فى الحصول عليها، بل ولو كان جاهلا بالوعد. وفى هذا ما ينفى عن الوعد بالجائزة صفته العقدية، فهذه الصفة ليست فى رأى المشروع من مستلزماته.

أما فى الحالة الثانية، حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب، فيلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر من جانبه. ولكن، يكون له أن يعدل عنه، وفقا للأوضاع التى صدر بها، بأن يحصل العدول علنا بطريق النشر فى الصحف أو اللصق مثلا. ولا تخلو الحال فى الفترة التى تمضى بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فروض ثلاثة:

(أ) فإذا لم يكن قد بدئ فى تنفيذ العمل المطلوب تحلل الواعد نهائيا من نتائج وعده.

(ب) وإذا كان قد بدئ فى تنفيذ هذا العمل، دون أن يبلغ مرحلة على أن لا يجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها ولا يعتبر الوعد الذى عدل عنه أساسا لهذا الالتزام، بل هو يرد فى أساسه إلى أحكام المسئولية التقصيرية المقررة فى نصوص القانون وتسقط هذه المسئولية فى حالتين: أولاهما حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أنفق بانقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع فى الوعد. والثانية حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدئ فى تنفيذه قد تم، إذ تنعدم فى هذه الحالة، رابطة السببية بين الضرر الذى أصاب من تحمل النفقات ورجوع الواعد فى وعده. وكذلك يكون الشأن، فى حالة البدء فى تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول، وإتمامه بعد هذا العدول.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٤٧.

(ج) أما إذا كان العمل المطلوب قد تم بأسره قبل إعلان العدول، فغنى عن البيان أن الجائزة تصبح واجبة الأداء، بمقتضى الوعد المعقود بمشيئة الواعد وحده"[١].

٤٦١- متى لا يلزم الإعذار قبل المطالبة بقيمة الجائزة؟

لا يلزم الإعذار قبل المطالبة بقيمة الجائزة إذا كان تنفيذ الالتزام بتسليم الجائزة إلى الفائز بها غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ من القانون المدنى والمادة ٢٢٠ من ذات القانون أن الوعد بالجائزة يترتب فى ذمته التزاما بإرادته المنفردة من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور لدائن غير معين يلتزم بإعطائه الجائزة إذا قام بالعمل المطلوب. وأن إعذار الدائن مدينه لا يكون واجبا إذا أصبح الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص – استنادا إلى أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق – أن مؤسسة الأهرام التى يمثلها الطاعن هى الواعدة بالجائزة ومن ثم تكون صاحبة الصفة فى التداعى، وأن تنفيذ التزامها عينا أضحى غير مجد بفعلها وإذ قضى برفض الدفعين المبديين من الطاعن بصفته فإنه يكون قد التزام صحيح القانون ويضحى النعى عليه بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٨)

٤٦٢- سقوط دعوى المطالبة بقيمة الجائزة بالتقادم:

خص الشارع الحالة الواردة بالفقرة الثانية من المادة، وهى التى يرجع فيها الواعد عن وعده ويكون هناك من قام بالعمل المطلوب قبل الرجوع، بحكم خاص، يتعلق بالمدة التى يجب أن ترفع الدعوى خلالها. فنص على أنه فى هذه الحالة تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور.

وهذه المدة، مدة سقوط لا مدة تقادم، فلا يرد عليها وقف ولا انقطاع. وقد جعلها الشارع كذلك كى يقطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان العدول، ويحسم المنازعات التى تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة فضلا عن صعوبة الإثبات.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٤٠.

أما فيما عدا هذه الحالة حيث تكون قد حددت مدة ووجد من يستحق الجائزة أو لم تحدد مدة ولم يعدل الواعد ولكن وجد من يستحقها، فإن دعوى المطالبة لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة، شأن كل التزام إرادى لم يرد لتقادمه نص خاص(١).

٤٦٣- مسائل لم تعرض لها المادة:

هناك بعض المسائل التى تثور بصدد الوعد بجائزة للجمهور، لم تعرض لها المادة، ومن ثم فإنه يقضى فيها وفقا للقواعد العامة، ومثل ذلك:

١- أن ينفذ العمل الذى بذلت الجائزة من أجله، أكثر من شخص واحد فيكون الجائزة للأسبق.

٢- أن يتعدد المنفذون فى وقت واحد فإن الجائزة تكون بالسوية بينهم.

٣- أن يتعاون عدة أشخاص فى تحقيق النتيجة التى بذلت الجائزة من أجلها، فإنه يجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم، على أساس تقدير عادل، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب فى تحقيق هذه النتيجة(٢).

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٦٧ – الدكتو المستشار محمد شتا ص١٤٠ وما بعدها.

(٢) تصريح عبده محرم بك أثناء مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٤٥) – **وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:**

"وليس يبقى، بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها التقنينات الأجنبية بأحكام تشريعية خاصة، وأغفل المشروع ذكرها، مكتفيا فى شأنها بتطبيق المبادئ العامة. فالمادة ٦٥٩ من التقنين الألمانى تنص على أنه "إذا نفذ العمل الذى بذلت الجائزة من أجله، أكثر من شخص واحد كانت الجائزة للأسبق. فإذا تعدد المنفذون فى وقت واحد كانت الجائزة سوية بينهم" (أنظر أيضا المادة ١٧ من التقنين التونسى والمراكشى). وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من التقنين الألمانى على أنه "إذ تعاون عدة أشخاص فى تحقيق النتيجة التى بذلت الجائزة من أجلها، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم، على أساس تقدير عادل، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب فى تحقيق هذه النتيجة" ويقضى التقنين البولونى فى المادة ١٠٦ ببطلان الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم فى مسابقة، إذا لم يحدد الإعلان ميعادا للتقدم فى هذه المسابقة. ويكون للواعد الحق فى تقدير ما إذا كان هناك محل لمنح الجائزة، ولأى عمل يمنح، إلا إذا كان قد بين فى إعلانه، طريقا أخر للفصل فى نتيجة المسابقة ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذى استحق الجائزة، أو حقوق منشئة فيه، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق فى الإعلان" (**مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٤٠ وما بعدها**).

(الفصل الثالث)

(العمل غير المشروع)

١- المسئولية عن الأعمال الشخصية

مادة (١٦٣)

كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

الشرح

٤٦٤- المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية:

يقصد بالمسئولية المدنية بوجه عام المسئولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر فى ذمة المسئول.

وتنقسم المسئولية المدنية إلى مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية.

والمسئولية العقدية هى تلك التى تترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، كمسئولية المقاول عن التأخر فى إقامة البناء الذى تعهد ببنائه عن الميعاد المتفق عليه، ومسئولية البائع الذى يتصرف فى المبيع بعد البيع عن عدم نقل ملكيته إلى المشترى.

أما المسئولية التقصيرية فهى التى تقوم على الإخلال بالتزام قانونى وهو التزام بعدمالإضرار بالغير وهو التزام عام واحد لا يتغير حيث يلتزم المسئول بتعويض الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام الذى ينشأ دون علاقة عقدية بين المسئول والمضرور. كمسئولية سائق السيارة الذى يقودها دون حيطة فيصيب إنسانا أو يتلف مالا.

٤٦٥- وحدة المسئولية المدنية:

كان السائد حتى أواخر القرن الماضى أن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية تتميزان عن بعضهما من جميع النواحى، فهما تختلفان من حيث الأساس إذ مصدر المسئولية العقدية، العقد أما التقصيرية فمصدرها القانون، فضلا عن الأولى تتصل بأثر الالتزام أما الالتزام فمصدره العقد فى حين أن الثانية تتصل بمصدر الالتزام وحيث

لا توجد من قبل أية رابطة بين المسئول والمضرور وهما مختلفتان كذلك من حيث التنظيم، إذ تختلف كل منهما عن الأخرى من حيث الشروط اللازمة لتحريك كل منهما من حيث مباشرة كل منهما ومن حيث آثار كل منهما.

لكن منذ أواخر القرن التاسع عشر بدأ اتجاه عكسى يذهب إلى أن المسئولية واحدة وليست مزدوجة، ولا اختلاف بين المسئوليتين لا من حيث الأساس ولا من حيث التنظيم أو الآثار، وإن وجدت ثمة فروق بينهما فهى فروق بسيطة بحيث لا تستاهل إقامة ذلك التعارض المزعوم بين المسئوليتين(١) .

وقد انتهى هذا الخلاف إلى التسليم بأن المسئوليتين تتحدان فى الأساس ولكن تقوم بينهما مع ذلك فروق لها من الأهمية ما يستوجب التمييز بينهما.

وعليه نبين أولا أساس المسئوليتين ثم نقف بعد ذلك على حقيقة ما بينهما من فروق.

٤٦٦- أساس المسئوليتين:

الأساس واحد فى المسئوليتين. وهو الخطأ الذى يعنى الإخلال بالتزام سابق. ويستوى بعد ذلك أن يكون مصدر هذا الالتزام هو العقد أو العمل غير المشروع.

إلا أنه إلى جانب ذلك يجب أن نراعى أمرا له أهميته. ذلك أنه فى المسئولية العقدية كان الدائن والمدين مرتبطين بعقد قبل أن تتحقق المسئولية. فالالتزام الذى يقع الإخلال به فى هذه المسئولية ينشأ عن علاقة نظمتها إرادة الطرفين. وبذلك يكون الالتزام بالتعويض فى هذه المسئولية مرتبطا بالالتزام الناشئ من العقد.

أما فى المسئولية التقصيرية فقد كان الدائن والمدين أجنبيين قبل أن تتحقق المسئولية. فالإخلال الذى يقع فى هذه المسئولية ليس إخلالا بالتزام معين نظمته إرادة الطرفين، وإنما هو إخلال بالتزام عام يفرضه القانون، ويقضى بعدم الإضرار بالغير(٢).

ويترتب على اختلاف هذا الوضع فى المسئوليتين فروق لها أهميتها وتوجب التمييز بينهما.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٧٦ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص٢١٤ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم الصده ص٤٣٢.

٤٦٧- الفروق التى توجب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

١- من حيث الأهليـة :

تستلزم المسئولية العقدية توافر أهلية الأداء التى يستلزمها القانون الوضعى الذى يحكم التصرف لأنها ترتكز على الإرادة وأهلية الأداء الكاملة تثبت ببلوغ الشخص ٢١ سنة ميلادية كاملة.

أما أهلية الالتزام الناشئ عن المسئولية التقصيرية، فتتوافر بمجرد التمييز(١).

وعلى ذلك فإن ناقص الأهلية لا يستطيع أن يشغل مسئوليته العقدية فى حين أنه يستطيع أن يلتزم عن طريق عمله غير المشروع بل إنه إذا دفع الضرر عن 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 (م٢/١٦٤ مدنى).

٢- من حيث الإعذار:

فى المسئولية العقدية لايكفى وقوع الخطأ أو تقصير المدين لتوافر المسئولية، بل إنه على ما تقضى المادة ٢١٨ من القانون المدنى لا يستحق التعويض عن استحالة التنفيذ عينا إلا بعد إعذار المدين.

أما فى المسئولية التقصيرية فلا حاجة إلى إعذار المسئول لدفع التعويض لأنه يكون معذرا بحكم القانون(٢).

٣- من حيث درجة الخطأ :

فى المسئولية العقدية إذا كان الالتزام بتحقيق غاية توافرت المسئولية عند عدم تحقق النتيجة ولو لم يثبت بجانبه أى خطأ مادام لم يثبت السبب الأجنبى. وإذا كان الالتزام ببذل عناية فإن الخطأ يقدر بمقياس الرجل العادى فلا يسأل المدين عن خطئه

---

(١) الأستاذ مصطفى مرعى المسئولية المدنية فى القانون المصرى الطبعة الأولى ١٣٥٥ – ١٩٣٦ ص٢ وما بعدها – المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص١٤ ومابعدها.

(٢) الدكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية – القسم الأول الأحكام العامة طبعة ٩٧١ ص١١٣.

اليسير جدا أى الخطأ الذى لا يستطيع تحاشيه سوى الرجل الحريص وإنما يسأل عن الخطأ اليسير أى عن الخطأ الذى يستطيع تحاشيه الرجل العادى.

أما فى المسئولية التقصيرية فيسأل الفاعل عن كل خطأ مهما كان يسيرا ولو كان الرجل العادى لا يستطيع تفاديه(١).

٤- من حيث عبء الإثبات:

ليس على المدعى فى المسئولية العقدية أن يثبت سوى التعاقد، فيقع على عاتق المدين أن يثبت إما أنه أوفى بما تعهد به وإما أن عدم وفائه يرجع إلى سبب أجنبى عنه. والغالب أن يكون التعاقد سهل الإثبات أو معترفا به.

أما فى المسئولية التقصيرية فعبء الإثبات يقع على الدائن (المضرور) إذ يلزمه أن يقيم الدليل على خطأ المسئول، وهو عبء ثقيل ومن أجل ذلك كانت المسئولية العقدية وسيلة من الوسائل الفنية التى لجأ إليها القضاء كى يخفف من ذلك العبء، فاعتبر عقد النقل وبعض عقود أخرى، متضمنة لالتزام بضمان السلامة(٢).

٥- من حيث مدى التعويض:

لا يكون التعويض فى المسئولية العقدية إلا عن الضرر المباشر المتوقع فيما عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم. وذلك لأن المتعاقدين هما اللذان أنشئا الالتزام بإرادتهما، فهما اللذان حددا مدى التعويض عند الإخلال به. ولم يدخل فى حسابهما ضرر لم يتوقعاه، وبذلك لا يكون الضرر غير المتوقع داخلا فى التعاقد فلا يجب التعويض عنه. أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن الضرر المباشر كله سواء كان متوقعا أو غير متوقع (م٢٢١ مدنى) وذلك لأن الالتزام الذى حصل الإخلال به فى هذه المسئولية قد أنشأه القانون وحدد مداه دون دخل لإرادة المتعاقدين، ولهذا وجب التعويض عن كل الضرر المباشر كما هو الأصل(٣).

٦- من حيث التضامن:

إذا تعدد المسئولون فى المسئولية العقدية، فإن التضامن بينهم لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م٢٧٩ مدنى). وذلك لأن إرادة المتعاقدين

---

(١) سليمان مرقس ص١٢ ومابعدها.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٧٩ – محمود جمال الدين زكى ص٢١٥ ومابعدها.

(٣) عبد المنعم الصده ص٤٣٥ – مصطفى مرعى ص٤ ومابعدها.

عند تعدد المدينين هى التى تحدد مدى اشتراك كل مدين فى المسئولية. أما إذا تعدد المسئولون فى المسئولية التقصيرية كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض.

٧- من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسئولية:

يجوز الاتفاق فى المسئولية العقدية على إعفاء 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 (م٢/٢١٧ مدنى).

أما فى المسئولية التقصيرية فإنه يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة عليها (م٣/٢١٧).

٨- من حيث التقادم:

تسقط الدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات (م١/١٧٢ مدنى). تبدأ من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وفى أى الأحوال تسقط بمضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع. وإذا كانت الدعوى ناشئة عن جريمة، فلا تسقط دعوى التعويض إلا بسقوط الدعوى الجنائية، أى أنه تتغير مدة سقوط دعوى التعويض الناشئة عن جريمة بنوع الجريمة الواقعة.

أما فى المسئولية العقدية، فإنه يجب الرجوع إلى النصوص القانونية التى أبرمت العقود طبقا لأحكامها. والقاعدة العامة هى أن يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة (٣٧٤ مدنى) فيما عدا الحالات التى قرر لها القانون حكما خاصا.

٩- من حيث الاختصاص:

تكون محكمة المدعى عليه فى الأحوال التعاقدية هى المختصة ما لم يتفق على غير ذلك، أو حسبما يقرر القانون (قانون التجارة مثلا) تعيين الاختصاص. أما فى المسئولية التقصيرية فالمحكمة المختصة هى على الدوام محكمة المدعى عليه عملا بالقاعدة العامة، من أن المدعى يسعى إلى المدعى عليه فى محكمته، كما قد تكون فى

محكمة المكان الذى وقع فيه الفعل (الجريمة أو شبه الجريمة) المنشئ للالتزام. وذلك مع إمكان رفع الدعوى المدنية عن التعويض أمام المحكمة الجنائية التى تنظر الدعوى العمومية[١].

٤٦٨- تحديد نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية:

تحديد نطاق المسئولية التقصيرية لا يتحدد إلا فى ضوء نطاق المسئولية العقدية، لأن ما يخرج من نطاق المسئولية العقدية يدخل فى حوزة المسئولية التقصيرية، ومن ثم فإنه يجب أولا تحديد نطاق المسئولية العقدية، ليكون ما يخرج من نطاقها داخلا فى حوزة المسئولية التقصيرية.

ويشترط لتوافر المسئولية العقدية تحقق الشروط الآتية:

١- وجود عقد بين الطرفين:

فإذا لم يوجد عقد بين الطرفين، فلا تكون المسئولية عقدية، كما هى الحال عندما يجامل صديق صديقه فيدعوه للركوب معه فى عربته أو يدعوه لتناول الغذاء وكما هى الحال فى الخطبة.

فإذا وقع خطأ فى مثل هذه الحالات أدى إلى ضرر كانت المسئولية تقصيرية.

وكذلك إذا أدى شخص من تلقاء نفسه خدمة لآخر دون أن ينتظر منه مقابلا كشخص فى الطريق يوقف جواد جامحا، أو قائد سيارة ينقل مصابا فاقد الوعى إلى مستشفى، أو جار يطفئ فى غيبة جاره حريقا شب فى منزله. فلا تثور شبهة فى انتفاء العلاقة العقدية بينهما لعدم التراضى ويعتبر العمل فى هذه الحالات فضالة[٢].

وفى المرحلة التى تسبق العقد، وهى مرحلة الدعوة إلى التعاقد، فالمسئولية لا تكون إلا تقصيرية لأننا لم ندخل فى نطاق الإرادة الملزمة. غير أنه فى حالة الإيجاب الملزم يكون الموجب قد التزم بإرادته المنفردة أن يبقى على إيجابه إلى أن ينقضى الميعاد المعين (م٩٣)، فإذا عدل عن إيجابه قبل انقضاء هذا الميعاد انطبقت أحكام المسئولية العقدية كما رأينا سلفا.

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٣٦.

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول طبعة ١٩٧٨ ص١٠١.

وكذلك فى فترة ما بعد انتهاء العقد، فإن المسئولية لا تكون إلا تقصيرية.

ومثل ذلك أن يلتحق عامل – بعد أن انتهى عقده– بخدمة مصنع منافس وأفضى له بسر ما تعلمه عند الأول، أو ينهى أحد طرفى عقد عمل غير محدد المدة العقد إنهاء تعسفيا فإن المسئولية تقوم فى الحالين وتكون مسئولية تقصيرية(١).

ويجب أيضا أن يكون العقد الذى حصل الإخلال به قائما بين الدائن والمدين. فلو أن أجنبيا جعل أحد طرفى العقد يخل بالتزامه كانت المسئولية عقدية بين الطرفين وتقصيرية بين الأجنبى والطرف المضرور. مثل ذلك أن يحرض صاحب مصنع مهندسا يعمل فى مصنع آخر على ترك هذا المصنع قبل انتهاء العقد كى يلتحق بخدمته، إذ تكون المسئولية عقدية بين المهندس وصاحب المصنع الثانى لقيام عقد بينهما، وتكون المسئولية تقصيرية بين المحرض وصاحب المصنع الثانى لعدم وجود عقد بينهما فالإخلال الذى يولد المسئولية العقدية هو الذى يقع من طرف العقد أو من شخص أحله هذا الطرف محله فى تنفيذ الالتزام على ما سنراه فى المسئولية عن فعل الغير.

ويعتبرطرفا فى هذا المعنى أيضا الخلف العام، والخلف الخاص فى الحدود التى عرفناها، وكذلك المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير.

فإذا أمن شخص على مسئوليته وتحققت المسئولية كانت مسئولية الشركة نحو المؤمن له مسئولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين، ولكن مسئولية المؤمن له نحو المضرور تكون مسئولية تقصيرية لأنه ليس بينهما عقد. وإذا كان المؤمن له قد اشترط فى العقد لمصلحة المضرور كانت مسئولية الشركة نحو المضرور مسئولية عقدية طبقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير(٢).

٢- أن يكون العقد المبرم بين الطرفين صحيحا:

لا يكفى لقيام المسئولية العقدية، وجود عقد بين المسئول والمضرور، بل يجب أن يكون هذا العقد صحيحا. فإذا كان العقد باطلا، أو كان قابلا للإبطال وتقرر بطلانه، لا يمكن أن تثور بين طرفيه سوى مسئولية تقصيرية.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٨٤ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص٤٣٧ ومابعدها.

(٢) عبد المنعم الصده ص ٤٣٨ – محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسئولية المدنية ص١٧٩ ومابعدها.

فإذا وقع العقد باطلا، انعدم وجوده القانونى، ولا يمكن أن يكون مصدرا لمسئولية عقدية بين طرفيه، إذا امتنع أحدهما عن تنفيذه، أورد ما تسلمه بمقتضاه لأن المسئولية العقدية تفترض الإخلال بالتزامات عقدية، حين أن العقد الباطل لا ينشئ أى التزام.

وإذا كان العقد قابلا للإبطال لنقص أهلية أحد طرفيه أو لعيب شاب رضاءه، فإنه مع ذلك ينتج جميع آثاره القانونية كما لو نشأ صحيحا. وتقوم المسئولية العقدية قبل العاقد الذى يخل بتنفيذ الالتزامات التى نشأت بمقتضاه فى ذمته طالما لم يتمسك ذو المصلحة بإبطاله فإذا تمسك بإبطاله زال الوجود القانونى للعقد منذ إبرامه واعتبر كأن لم يكن تطبيقا للأثر الرجعى للبطلان. ولا تقوم قبل العاقد الآخر، الذى امتنع عن تنفيذه أية مسئولية عقدية(١).

فإذا تعهد شخص بتوريد جوهر مخدر أو بتهريب مواد ممنوعة، ثم لم يف بما تعهد، فلا مسئولية عليه، لأن العقد باطل لعدم مشروعية محله.

٣- أن يخل أحد العاقدين بعد انعقاد العقد وقبل انحلاله بأى طريق من طرق الانحلال بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد:

فإذا كان الضرر الذى وقع ليس ناشئا من الإخلال بالتزام متولد عن العقد، فلا تكون المسئولية عقدية، وإنما تكون المسئولية تقصيرية. مثل ذلك أن الواهب لا يضمن خلو الشئ الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه، فإذا ظهر فى غير هاتين الحالتين عيب ترتب عليه ضرر للموهوب له فإن مسئولية الواهب تكون تقصيرية(٢).

وإذا وقع للمشترى تعرض مادى من الغير فلا يسأل البائع عن ذلك مسئولية عقدية لأن التزامه الناشئ عن عقد البيع مقصور على ضمان التعرض القانونى الصادر من الغير دون التعرض المادى(٣).

ومن هنا يتعين تحديد الالتزامات التى ينشئها العقد حتى يعتبر الإخلال بها محققا المسئولية العقدية. وهذا ما يصل إليه القاضى فى تحديده لمضمون العقد وفقا لما ذكرناه فى موضعه من الموسوعة.

---

(١) محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسئولية المدنية ص١٦٦ ومابعدها.

(٢) عبد المنعم الصده ص ٤٣٩ ومابعدها.

(٣) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ص٣٧.

غير أنه يراعى فى هذا الصدد أنه يستوى أن تكون الالتزامات الناشئة عن العقد، قد فرضتها الإرادة، دون تمييز بين التزام رئيسى أو غير رئيسى، أو يكون القانون هو الذى رتبها، وبالنسبة لهذه يستوى أن يكون الالتزام قد فرضه نص مفسر أو مكمل أو فرضه نص آخر(١).

٤٦٩- عدم الجمع بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية:

قد يحصل أن تتوافر فى الفعل الواحد شروط المسئوليتين العقدية والتقصيرية معا. ومثل ذلك أن يسرق أمين النقل أو أحد أتباعه الشئ الذى كلف بنقله فالسرقة نوع من أنواع الخطأ الذى يبيح المساءلة بقطع النظر عن أى عقد يمكن أن يكون السارق طرفا فيه، والسرقة فى ذات الوقت مخالفة لأحكام عقد النقل. ومخالفة العقد تبيح مساءلة العاقد المخالف مساءلة عقدية.

وفى هذه الحالة فالرأى متفق على أنه لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسئوليتين. فلا يجوز له أن يطالب بتعويضين، أحدهما على أساس المسئولية العقدية والآخر على أساس المسئولية التقصيرية. وذلك لأن الضرر الواحد لا يصح التعويض عنه مرتين.

ولا يجوز للمضرور أن يطالب إلا بتعويض واحد ولكن له أن يجمع فى دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسئولية العقدية كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه، ومن خصائص المسئولية التقصيرية، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك ببطلان الإعفاء الاتفاقى من المسئولية.

ولا يجوز للمضرور إذا رفع دعوى على أساس إحدى المسئوليتين وحدها أن يرفع دعوى ثانية على أساس المسئولية الأخرى. وذلك لأن حجية الشئ المقضى تحول دون ذلك(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن الراجح فى باب قوة الشئ المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه – كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٨٩.

(٢) السنهورى ص٦٢٥ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسئولية المدنية ص٤٦٨ ومابعدها – مصطفى مرعى ص٢١- أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٩٠ وما بعدها.

التعويض أو أسبابه، لأن ذلك جميعا من وسائل الدفاع أو طرقه (نقض ١٩٣٩/١/٥ طعن ٥٧ س ٨ ق) فمهما كانت طبيعة المسئولية التى بحثها القاضى فى حكمه الصادر برفض دعوى التعويض، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى فى طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى فى حكمه، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه، لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أيا كانت المسئولية التى أسس عليها طلبه عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله فى دعوى التعويض، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما".

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

٢- "متى انتهى الحكم إلى أن الاتفاق بين الطاعن والمطعون ضده على إصلاح الخلل الذى نشأ فى مبنى الأخير بسبب عملية دك الأساسات – ليس من شأنه أن يغير من نوع مسئولية الطاعن فيجعلها عقدية بعد أن كانت تقصيرية وأن قبول هذا الطاعن الالتزام بما التزم به بمقتضى هذا الاتفاق يعتبر إقرارا منه بوقوع الخطأ من جانبه وكان الحكم قد اعتبر مسئولية الطاعن تقصيرية فإنه لا يكون قد جمع بين هذه المسئولية والمسئولية العقدية".

(طعن رقم ٣١١ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠)[١]

٤٧٠- عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين:

إذا توافرت فى الدعوى شروط المسئولية العقدية وفى ذات الوقت توافرت فيها شروط المسئولية التقصيرية. فقد ثار الخلف عما إذا كان يجوز للدائن الخيار بين دعوى المسئولية العقدية وبين دعوى المسئولية التقصيرية بحيث يختار منهماما يحقق له مصلحته، أم أنه يتعين رفع دعوى المسئولية العقدية فقط.

---

(١) **وقارن نقض جنائى طعن رقم ٦٨٧ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/٣/٨ فقد جاء به:**

"مادامت الدعوى قد رفعت على أساس المسئولية التقصيرية، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية، إن صح له أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية، فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى رفعها صاحبها به، فإنها إن فعلت تكون قد حكمت بما لم يطلبه الخصوم، وهذا غير جائز فى القانون".

فذهب رأى إلى أن للدائن أن يختار بين الدعويين. لأن الخطأ مهما تنوعت صفاته لا يبيح إلا حقا واحدا فى التعويض، والحق الواحد لا يتعدد بتعدد الوسائل المؤدية إليه(١).

بينما ذهب الرأى الغالب إلى أنه لا يجوز للدائن أن يختار إحدى المسئوليتين. ذلك أنه مادام هناك عقد فلا يصح للدائن أن يرفع سوى دعوى المسئولية العقدية. لأن الدائن لا يعرف المدين إلا من طريق العقد، ومن ثم فكل علاقة بينهما بسبب هذا العقد يجب أن يحكمها العقد وحده. كما أن المسئوليتين متعارضتان، إذ تقوم المسئولية العقدية بين متعاقدين يربطهما عقد بينما تقوم المسئولية التقصيرية بين أجنبيين ولا يمكن أن يجمع الشخص بين وصف المتعاقد والغير فى وقت واحد، بل يجب الوقوف عند حد المسئولية التعاقدية(٢).

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى الغالب فى الفقه إذ قضت بأن:

١- "إنه وقد اعتبرت الطاعنة (المرسل إليها) طرفا ذا شأن فى سند الشحن فإن العلاقة بينها وبين الشركة المطعون ضدها (الناقلة) يحكمها سند الشحن وحده، وهذا السند هو الذى يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفى الحدود التى رسمها ذلك السند وهى حدود لا تترتب عليها إلا المسئولية العقدية، وليس للطاعنة أن تلجأ إلى المسئولية التقصيرية إذ أساسها الإخلال بالتزام فرضه القانون، والالتزام فى خصوصية النزاع لا مصدر له إلا سند الشحن مادامت الطاعنة لم تدع أن العجز نتج عن اقتراف المطعون ضدها لفعل يحرمه القانون".

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥)

٢- "دل المشرع بإفراده لكل من المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية أحكاما مستقلة تختص بها دون الأخرى على النحو السالف الإشارة إليه، على أنه وضع المادة ١/١٧٧ لحماية غير المتعاقدين فى حالة تهدم البناء أو جزء منه، أما من يربطه

---

(١) ومن أنصار هذا الرأى مصطفى مرعى ص٢١- محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسئولية المدنية ص٥١٧ ومابعدها.

(٢) السنهورى ص٦٢٦ – عبد المنعم الصده ص٤٤٣- أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٩٢-المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء طبعة ١٩٨٨ ص٢١- سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص٩٤.

بحارس البناء عقد إيجار فإن أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدنى الواردة فى الفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى التى تنظم عقد الإيجار تكون هى وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسئولية المؤجر. ولا يغير من ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليقا على المادة ٢/٥٦٥ الواردة فى الكتاب الثانى ضمن أحكام عقد الإيجار من أنه "إذا كان بالعين المؤجرة عيب يعرض صحة المستأجر ومن معه لخطر جسيم وأصابه من ذلك ضرر بالفعل. وثبت خطأ فى جانب المؤجر فإن المستأجر يستحق التعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية، ويجوز له أيضا أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد تنازل عن هذا الحق مقدما لأن الأمر يتعلق بالنظام العام" ذلك أنه وقد خلت هذه المادة من عبارة "طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية" وورد نصها آمرا فى تنظيم أحد التزامات المؤجر المترتبة على العقد فإنه لا يخرج مسئولية المؤجر – فى خصوص هذا الالتزام – عن طبيعتها ولا يحيلها إلى مسئولية تقصيرية وذلك ما لم يثبت أن المؤجر ارتكب خطأ جسيما أو غشا أو فعلا يؤثمه القانون على النحو السالف بيانه".

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٤/١٦)

٣- "متى كانت الطاعنة (شركة التأمين) أسست دعواها قبل الناقل بطلب قيمة التعويض عن الضرر الذى لحق بها بسبب تلف البضاعة أثناء النقل، على العقد الذى تم بموجبه نقل هذه البضاعة فإنه لا محل لما تثيره الطاعنة من أن ما تضمنه ذلك العقد من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية هو شرط باطل فى نطاق المسئولية التقصيرية، ولا على الحكم المطعون فيه وقد تبين أن المسئولية أساسها العقد، إن هو لم يعرض لما تدعيه الطاعنة من أن لها حقا فى الاختيار بين المسئوليتين ولم يجر تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية بصدد هذا الشرط".

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣)

٤-(أ)- "إذ خص المشرع المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كل منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسئوليتين فى تقنينه موضعا منفصلا عن المسئولية الأخرى فقد أفصح بذلك عن رغبته فى إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد، فإنه يتعين الأخذ

بأحكام العقد وبما هو مقرر فى القانون بشأنه، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد، سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية التى لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذى ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانونى، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد".

(ب)- "إن المشرع قد جاء بنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى الخاص بمسئولية حارس البناء ضمن النصوص المتعلقة بالمسئولية عن العمل غير المشروع لحماية غير المتعاقدين فى حالة تهدم البناء أو جزء منه، أما من يربطه بحارس البناء عقد إيجار، فإن أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدنى التى تنظم أحكام عقد الإيجار تكون هى وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسئولية المؤجر".

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١/٢٧)

٥- (أ)- "المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أنه إذا كانت العلاقة التى تربط طرفى التداعى علاقة تعاقدية، وكان الضرر الذى لحق بأحد المتعاقدين نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزامه التعاقدى، فإن أحكام العقد والمسئولية العقدية تكون هى الواجبة التطبيق ما لم يرجع المضرور الضرر إلى استعمال الآخر للطرق الاحتيالية أو اقترافه فعلا يجرمه القانون أو ارتكاب خطأ جسيما معادلا للغش، فإنه يتعين إعمال أحكام المسئولية التقصيرية".

(ب)- "مفاد ما نصت عليه المادة ٢٧١ من قانون التجارة البحرى من سقوط الحق فى الدعاوى المتعلقة بتسليم البضاعة بمضى سنة على تاريخ وصول السفينة، خضوع دعوى المسئولية المترتبة على التخلف عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل لذلك التقادم الخاص، إلا أنه إذا كان قد صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خطأ جسيم يعادله أو خيانة فتتقادم دعوى المضرور فى هذه الحالة طبقا للقواعد الواردة بشأن المسئولية التقصيرية".

(طعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٥/٧)

٤٧١- استثناء من قاعدة عدم الخيرة فى المسئوليتين المدنية والتقصيرية :

أتت محكمة النقض باستثناء على قاعدة عدم الخيرة بين المسئوليتين المدنية والتقصيرية، مقتضاه أنه إذا كان فعل الخطأ الذى قارفه المتعاقد يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما، فإنه يكون للمضرور الخيار بين الاستناد إلى المسئولية العقدية أو إلى المسئولية التقصيرية وفقا لما يراه محققا لمصلحته، وذلك على سند من أن المدين قد أخل بالتزام قانونى، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "لئن كان أساس التعويض الذى يستحقه المستأجر فى حالة تعرض المؤجر له بما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة هو المسئولية العقدية التى تقضى قواعدها بتعويض الضرر المباشر المتوقع الحصول إلا أنه إذا كان المؤجر قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول".

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١)

٢- "إن مفاد نص المادة ١٠٤ من القانون التجارى خضوع دعوى المسئولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوما). أما إذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة فإن الدعوى تستند فى هذه الحالة إلي الفعل الضار ويكون أساسها المسئولية التقصيرية وتتقادم وفقا للقواعد الواردة بشأن هذه المسئولية. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن بالات القطن – محل عقد النقل– قد سرقت أو بددت من أحد تابعي الطاعن– الناقل– فإن مسئوليته علي ما جري به قضاء محكمة النقض ليست مسئولية تعاقدية – بل مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعي عليه به ومن ثم تخضع في تقادمها إلي حكم المادة ١٧٢ من القانون المدني التي تقضي بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه. وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم تأسيسا على أن مدة سقوط الحق فى رفع الدعوى هى خمس عشرة سنة يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٤٦٥ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠)

٣- "إذ كان الحكم المطعون فيه – وقد انتهى إلى أن الطاعن قد ارتكب غشا بعدم تسليم كمية الكتب التى انتشلت من المياه واحتجازه لها بغير مقتض – على نحو ما سلف بيانه – فإن مسئولية الطاعن فى هذه الحالة كناقل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليست مسئولية عقدية بل مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع فى تقادمها للمادة ١٧٢ من القانون المدنى التى تقضى بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه".

(طعن رقم ١٣٤٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٠)

(راجع أيضا الأحكام الصادرة بتاريخ ١٩٦٥/٢/٢٥، ١٩٦٨/٤/١٦، ١٩٨١/١/٢٧، ١٩٩٠/٥/٧ المنشورة بالبند السابق)[١].

---

(١) وقد عدلت المحكمة عما سبق أن ذهبت إليه فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٥/١١/٣٠ فى الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٣٠ق، من أنه فى الحالة المذكورة بالمتن يتعين على الدائن الاستناد إلى المسئولية التقصيرية، دون أن يكون له خيار فى المسئوليتين.

فقد جاء بهذا الحكم أنه:

"إن مفاد نص المادة ١٠٤ من القانون التجارى خضوع دعوى المسئولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوما). أما إذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة فإن الدعوى تستند فى هذه الحالة إلى الفعل الضار ويكون أساسها المسئولية التقصيرية وتتقادم وفقا للقواعد الواردة بشأن هذه المسئولية.

فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن بالات القطن – محل عقد النقل- قد سرقت أو بددت من أحد تابعى الطاعن- الناقل- فإن مسئولية هذا الأخير – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – ليست مسئولية تعاقدية – بل مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع فى تقادمها إلى حكم المادة ١٧٢ من القانون المدنى التى تقضى بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم تأسيسا على أن مدة سقوط الحق فى رفع الدعوى هى خمس عشرة سنة يكون قد خالف القانون".

وكان هذا القضاء محل نقد من الفقه ويقول المستشاران عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى فى مؤلفهما المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ص٢٤ "وقد انتقد الفقه وبحق هذا الحكم تأسيسا على أنه ينطوى على عدم إدراك لحقيقة العلاقة بين نوعى المسئولية المدنية. فالإجماع فى الفقه والقضاء على أن الإخلال بالالتزام العقدى أيا كانت جسامة الخطأ=

٤٧٢- إقامة دعوى التعويض على أساس المسئولية العقدية أو التقصيرية يعد وسيلة دفاع لا سببا للدعوى:

استقرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض فى عدة أحكام لها على أن استناد الدائن فى دعوى التعويض إلى المسئولية العقدية أو إلى المسئولية التقصيرية لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع، وليس سببا للدعوى، أما سبب الدعوى فهو كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه.

وإنه ينبنى على ذلك ما يأتى:

أولا: أنه إذا أقيمت الدعوى استنادا إلى المسئولية العقدية، ورأت المحكمة أن المسئولية فى حقيقتها تستند إلى المسئولية التقصيرية، كان لها أن تقضى فى الدعوى على سند من المسئولية الأخيرة دون أن يكون ذلك تغييرا منها لسبب الدعوى.

وفى هذه قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الثابت أن الشركة المطعون ضدها أقامت دعواها أصلا على أساس مسئولية الهيئة العامة للبترول (الطاعنة) عن تعويض الضرر الذى لحق بها مسئولية عقدية باعتبار أن عقد إيجار السفينة قد تم بينهما ولما قضى برفض دعواها على هذا

= الذى يكونه يحتم المسئولية العقدية. فلا يمكن أن يترتب على الخطأ العقدى ولو كان جريمة جنائية أو غشا أو خطأ جسيما سوى المسئولية العقدية.

وإذا كان البعض يرى أنه إذا كون الإخلال بالالتزام التعاقدى جريمة جنائية أو بلغ حد الغش أو الخطأ الجسيم فإنه تقوم المسئولية التقصيرية استثناء إلى جانب المسئولية العقدية ليستطيع الدائن إذا رأى مصلحة له أن يلجأ إليها دون قواعد هذه الأخيرة.

ويقصد بهذا الاستثناء تشديد مسئولية المدين الذى يرتكب جريمة أو يأتى غشا أو خطأ جسيما ليسأل عن تعويض الضرر غير المتوقع والاستفادة بالتقادم الطويل. فلو أن محكمة النقض قد اقتصرت فى قضائها على تقرير الخيرة للدائن، إذا كان الإخلال بالالتزام التعاقدى جريمة جنائية أو بلغ حد الغش أو الخطأ الجسيم لكان قضاؤها سائغا. ولكن المحكمة ذهبت فى تحديد ذلك مذهبا غريبا لا يسوغ القول به. إذ اعتدت بالمسئولية التقصيرية فقط دون المسئولية العقدية رغم أنها إخلال بالتزام تعاقدى. فلم يذهب أحد فى الفقه إلى أن المسئولية التقصيرية فى تلك الحالات تطرد المسئولية العقدية وتستقل وحدها بتنظيم آثار الإخلال بالالتزام العقدى".

(راجع أيضا فى نقد هذا الحكم محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسئولية المدنية ص٥٤٥ ومابعدها).

الأساس واستأنفت الشركة هذا الحكم ذكرت فى صحيفة الاستئناف أنه إذا لم يكن العقد قد تم فإن الهيئة الطاعنة تكون قد ارتكبت خطأ تقصيريا وتكون مسئولة عن تعويض الضرر طبقا للمادة ١٦٣ من القانون المدنى وقالت إن هذا الخطأ يتمثل فيما وقع من السكرتير العام للهيئة من أفعال كان من نتيجتها إيقاع وكيلها فى فهم خاطئ بأن العقد قد تم وقد أخذت محكمة الاستئناف بهذا الأساس غير أنها اعتبرت الهيئة مسئولة عن خطأ السكرتير العام لها مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة طبقا للمادة ١٧٤ من القانون المدنى وليست مسئولية شخصية طبقا للمادة ١٦٣ كما وصفتها المدعية، فإن هذا الذى فعلته محكمة الموضوع إن هو إلا إنزال لحكم القانون الصحيح على واقعة الدعوى وهو ما تملكه تلك المحكمة لأن تكييف المدعى لدعواه تكييفا لا ينطبق على واقعتها لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من إعطاء الدعوى وصفها الحق وإنزال حكم القانون الصحيح عليها وهى حين تمارس هذا الحق غير ملزمة بتنبيه الخصوم إلى الوصف الصحيح الذى تنتهى إليه".

(طعنان رقما ٢٩٩، ٣٠٩ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

٢- "النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه فى "العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض" يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ. وإذ كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها".

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)

٣- استناد الخصم إلى الخطأ العقدى لا يمنع المحكمة من أن تبنى حكمها على خطأ تقصيرى متى استبان لها توافر هذا الخطأ عند تنفيذ العقد. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استبان من تقرير الخبير أن الطاعنين قد ارتكبا خطأ تقصيريا بإتلافهم غراس المطعون عليهم مما تكون معه تلك الأعمال قد تجاوزت الإخلال بالالتزام

التعاقدى. فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى إعمال أحكام المسئولية التقصيرية، وقضى بإلزامهما متضامنين بالتعويض بغير إعذار سابق ودون اعتداد بما اتفق عليه الطرفان بعقود الإيجار، لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٥/٨)

٤- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع لا تتقيد فى تحديد طبيعة المسئولية التى استند إليها المضرور فى طلب التعويض أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك إذ أن هذا الاستناد يعتبر من مسائل الدفاع فى دعوى التعويض لا تلتزم به المحكمة بل يتعين عليها من تلقاء نفسها أن تحدد الأساس القانونى الصحيح للمسئولية وأن تتقصى الحكم القانونى المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها".

(طعن رقم ٧٦٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٣)

٥- "إن محكمة الموضوع لا تتقيد فى تحديد طبيعة المسئولية التى استند إليها المضرور فى طلب التعويض أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك إذ أن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض لا تلزم بها المحكمة بل يتعين عليها من تلقاء نفسها أن تحدد الأساس الصحيح للمسئولية وأن تتقصى الحكم القانونى المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها إذ أن كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه يعتبر هو السبب المباشر لدعوى التعويض مهما اختلفت أسانيدها".

(طعن رقم ٩٤٦ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢٩)

٦- "يتعين على محكمة الموضوع فى كل حال أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها باعتبار أن كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما كانت طبيعة المسئولية التى استند إليها المضرور فى تأييد طلبه أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى

دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها فإن هى أخطأت فى ذلك جاز لمن تكون له مصلحة من الخصوم أن يطعن فى الحكم بطريق النقض على أساس مخالفته للقانون ولو لم يكن قد نبه محكمة الموضوع إلى قواعد المسئولية الواجبة التطبيق لالتزامها هى بإعمال أحكامها من تلقاء نفسها".

(طعن رقم ٥١٩٦ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢٠)[١]

وقد جاء قضاء الدائرة الجنائية متفقا وهذا القضاء، وعلى سبيل المثال ما يأتى:

١- "ما دامت الدعوى الجنائية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها،

---

(١) وبهذه الأحكام وغيرها تكون محكمة النقض قد عدلت عن قضاء سابق لها اعتبرت فيه أن كلا من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية تعتبر سببا للدعوى، وليست وسيلة دفاع، ومن ثم لا تملك المحكمة إذا أقيمت الدعوى على إحدى المسئوليتين إقامتها على أساس الأخرى وإلا عد ذلك تغييرا لسبب الدعوى لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها. **إذ قضت بأن:**

١- "ليست لمحكمة الموضوع أن تقيم المسئولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعى متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع فى هذه الحالة على عاتق المدعى المضرور فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبته ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ كما لا يجوز لها أن تنتحل ضررا لم يقل به لأنه هو الملزم أيضا بإثبات الضرر".

(طعن رقم ٤٧٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢)

٢- "محكمة الموضوع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا تملك تغيير سبب الدعوى، وإذ كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعن أقام دعواه على أساس المسئولية العقدية وأن الحكم الابتدائى، أقام قضاءه بإلزام الشركة المطعون عليها بأن تدفع له مبلغ ٥٥٠ جنيه على أساس أنه التعويض المعادل عن بطلان عقده. إذ كان ذلك وكان أساس الحكم بالتعويض المعادل – فى حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبله – إنما هو المسئولية التقصيرية فى حين أن أساس دعوى الطاعن هو المسئولية العقدية – وهما أساسان متغايران – وقضى الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم الابتدائى وبرفض الدعوى مستندا فى ذلك على ما قرره من أن "محكمة الموضوع لا تملك تغيير سبب الدعوى "وإن" الدعوى المدنية ملك لرافعها ويكيفها على الأساس الذى يراه هو وتقضى المحكمة فى النزاع وفقا لذلك" فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٤)

وأن المتهمين الآخرين: أحدهما لم يقع منه سوى تقصير فى الواجبات التى يفرضها عليه العقد المبرم بينه (مستخدم بنك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (بنك التسليف). والآخر لم يثبت وقوع أى تقصير منه – إذا انتهت إلى ذلك فإنه يكون متعينا عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من ثبتت عليه الجريمة، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين لأن حكمها على المتهم الذى خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسئولية التعاقدية، وهو غير السبب المرفوع به الدعوى أمامها، وهذا لا يجوز فى القانون. ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره مادام لم يثبت وقوع أى خطأ منه. أما القول بأن المحكمة كان عليها فى هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص فى الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين: أحدهما أو كليهما لا برفضها فمردود بأنه مادامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسئولية التقصيرية فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية، وليس من شأنه أن يمنعه، من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسئولية التعاقدية".

(طعن رقم ١٣٨٦ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/٥/٣١)

٢- "إذا كانت دعوى التعويض مؤسسة على مسئولية الطاعن عن الضرر الذى نشأ عن خطأ تابعه، فحكمت المحكمة ببراءة التابع وقضت بالتعويض على الطاعن – تأسيسا على خطئه هو، فإنها تكون قد خالفت القانون، إذ لم تلتزم الأساس الذى أقيمت عليه الدعوى، وكان يتعين على المحكمة مع ثبوت عدم وقوع خطأ من التابع أن ترفض الدعوى المدنية الموجهة إلى الطاعن باعتباره مسئولا عن الحقوق المدنية بالتضامن مع تابعه".

(طعن رقم ١١٩٩ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٢/١/٧)

٣- "الأصل فى دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع إلى المحاكم المدنية، وإنما أباح القانون استثناء رفعها إلى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى الجنائية وكان الحق المدعى به ناشئا عن ضرر وقع للمدعى من الجريمة المرفوع بها الدعوى الجنائية، فإذ لم يكن الضرر الذى لحق به ناشئا عن هذه الجريمة، سقطت تلك الإباحة وسقط معها اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية، فمتى كان الواضح مما أثبته الحكم المطعون فيه أن إخلال المتهم بالتعاقد الذى يدعيه الطاعن لا تتكون به جريمة الغش المرفوعة بها الدعوى، فإن قضاءه بالبراءة اعتمادا على هذا السبب

يترتب عليه عدم اختصاص المحكمة بالفصل فى الدعوى المدنية، أما وقد تعرضت لها وفصلت فى موضوعها فإنها تكون قد قضت فى أمر هو من اختصاص المحاكم المدنية ولا شأن للمحاكم الجنائية به، مما يقتضى نقض الحكم المطعون فيه والحكم بعدم اختصاص المحاكم الجنائية بنظر الدعوى المدنية".

(طعن رقم ٢٠٢٦ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٥٩/٩/٢٥)[١]

ثانيا: إن الحكم الصادر برفض دعوى التعويض أيا كانت المسئولية التى استند إليها القاضى فى قضائه، تحول حجيته دون رفع دعوى تعويض جديدة على من حكم قبله برفض الدعوى لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أيا كانت المسئولية التى أسس عليها طلبه، عقدية أو تقصيرية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن الراجح فى باب قوة الشئ المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه – كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أوتعددت علل التعويض أو أسبابه، لأن ذلك جميعا من وسائل الدفاع أو طرقه (□)، مهما كانت طبيعة المسئولية التى بحثها القاضى فى حكمه الصادر برفض دعوى التعويض، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى فى طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى فى حكمه، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه، لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعى بما ادعاه عليه أيا كانت المسئولية التى أسس عليها طلبه عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله فى دعوى التعويض، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما".

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

---

(١) ويشاركنا الرأى فى أن هذه الأحكام تساير الأحكام الصادرة من الدائرة المدينة الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ص١٢٠٢ فهو يقول "يرى أستاذنا السنهورى وجود خلاف فى تكييف سبب دعوى المسئولية بين الدائرتين المدنية والجنائية، وإن كنا لا نرى هذا الخلاف إذ أن أحكام الدائرة الجنائية أساسها هو عدم اختصاص المحاكم الجنائية بنظر دعوى التعويض المؤسس على غير العمل المشروع الذى يشكل جريمة".

٢- "إن المدار فى وحدة الدعويين، فى صدد قوة الشئ المحكوم فيه، هو ماهية الموضوع فى كل دعوى والسبب المباشر الذى تولدت عنه كل منهما. فإذا كان موضوع الدعوى الأولى بين الخصوم هو المطالبة بتعويض، وسببها حفر مسقى، وموضوع الدعوى الثانية المطالبة بتعويض أيضا، وسببها هى الأخرى حفر المسقى نفسها، فلا يؤثر فى وحدتهما اختلاف علة السبب المطلوب التعويض من أجله ولا قيمة التعويض المطالب به".

(طعن رقم ٣٨ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٤/١٥)

٤٧٣- القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية:

القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية هى مسئولية الشخص عن العمل الذى يصدر منه نفسه. وتقضى هذه القاعدة بأن المسئولية عن العمل الشخصى تقوم على خطأ واجب الإثبات، أى الخطأ الذى يجب على الدائن وهو المضرور أن يثبته فى جانب المدين وهو المسئول.

أما قيام المسئولية على خطأ مفروض فلا يتقرر إلا فى حالات معينة، كما هو الشأن فى المسئولية عن عمل الغير (مادة ١٧٣ مدنى وما بعدها). والمسئولية الناشئة عن الأشياء (مادة ١٧٦ ومابعدها).

أركان المسئولية التقصيرية

٤٧٤- ثلاثة أركان للمسئولية التقصيرية:

للمسئولية التقصيرية – كالمسئولية العقدية – أركان ثلاثة هى:

١- الخطأ.

٢- الضرر.

٣- علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

ونعرض لهذه الأركان الثلاثة بالتفصيل فيما يلى.

(الركن الأول للمسئولية التقصيرية)
(الخطـأ)

٤٧٥- تعريف الخطأ:

الخطأ فى المسئولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانونى مع إدراكه لهذا الإخلال. فهو إخلال بالتزام قانونى، كما أن الخطأ فى المسئولية العقدية إخلال بالتزام عقدى. وإن كان هذا الالتزام فى المسئولية العقدية قد يكون التزاما بتحقيق غاية أو يكون التزاما ببذل عناية. إلا أن الالتزام القانونى الذى يقع به الإخلال فى المسئولية التقصيرية فهو دائما ببذل عناية.

ومقتضى هذه العناية أن يتخذ الشخص سلوكا ينطوى على القدر العادى المألوف من اليقظة والتبصرحتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك، وكان مدركا لهذا الانحراف كان هذا منه خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية(١).

والخطأ قد يكون بفعل إيجابى، كما يكون سلبيا.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن تعريف الخطأ أنه:

"... ويغنى لفظ "الخطأ" فى هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التى تخطر للبعض وفى معرض التعبير كاصطلاح "العمل غير المشروع" أو "العمل المخالف للقانون" أو "الفعل الذى يحرمه القانون" الخ... فهو يتناول الفعل السلبى (الامتناع) والفعل الإيجابى، وتنصرف دلالته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء وغنى عن البيان أن سرد الأعمال التى يتحقق فيها معنى الخطأ، فى نصوص التشريع، لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم، ولا يؤدى قط إلى وضع بيان جامع مانع، فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضى وهو يسترشد، فى ذلك بما يستخلص من طبيعة نهى القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه. فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوى فيها الخطأ. ويقتضى هذا الالتزام تبصرا فى التصرف، يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص... الخ"(٢).

---

(١) السنهورى ص٦٤٣ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٤٥٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٥٤.

والخطأ هو أهم أركان المسئولية التقصيرية وهو فى ذات الوقت أدقها، فضلا عن أنه الأساس الذى تبنى عليه المسئولية، إذ بغير الخطأ لا توجد المسئولية.

والخطأ فى المسئولية التقصيرية يقوم على ركنين هما :

- **الركن الأول** : مادى وهو التعدى.
- **والركن الثانى** : معنوى وهو الإدراك.

ونعرض لهذين الركنين فيما يلى.

٤٧٦- أولا : الركن المادى للخطأ (التعدى) :

المقصود بالتعدى :

التعدى هو الإخلال بالالتزام القانونى فى هذا الخصوص.

وقد يكون الخطأ بالفعل أى عملا إيجابيا وهو ما يسمى بالجريمة المدنية.

ومن أمثلة هذا التعدى ما يأتى :

١- أعمال الغش والخديعة والتلفيق فهى كلها أفعال خاطئة منافية للأخلاق والشرف والأمانة، وهى تلزم فاعلها بتعويض ما سببته من الضرر للغير ولو لم تقع تحت نصوص قانون العقوبات.

ومن ذلك تدبير تهمة لآخر بقصد الإضرار به. والزوجة التى عقد عليها بالغش. وتهيئة شخص لآخر معسر أسباب الظهور بالثروة والغنى قاصدا تمكينه من الحصول على ثقة لا محل لها، إذ يكون مسئولا قبل الأغيار حسنى النية الذين عولوا على مظاهر الثروة التى اكتسب بها المعسر ثقتهم.

٢- أن يحض شخص آخر على الإخلال بما التزم به قبل الغير. كتاجر يحرض عمالا عند تاجر آخر على الإضراب. أو صاحب عمل يستخدم عاملا وهو عالم أنه فى خدمة غيره.

٣- من يأتى فعلا من أفعال الغصب أو التعرض أو الاعتداء ولو لم يقع فعله تحت نصوص قانون العقوبات. ومثل ذلك وضع يد أحد الورثة على ما يتعدى نصيبه الشرعى فى الميراث إذ يعد اغتصابا لحقوق الآخرين[١].

---

(١) مصطفى مرعى ص٤٣ وما بعدها – عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى ص٦٦ ومابعدها.

وقد يكون التعدى جنائيا، فكل من قارف جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو فى القوانين الأخرى المكملة له يرتكب خطأ مدنيا يستلزم مسئوليته عن تعويض الضرر الناشئ عنه، لأن الجرائم على اختلاف درجاتها أعمال ضارة بالمجتمع رأى الشارع منعها من طريق فرض عقوبة على مرتكبها، فمن ارتكب جريمة فقد أخطأ جنائيا خطأ يستحق من أجله العقاب، وفى الوقت نفسه أخطأ مدنيا خطأ يستلزم الرجوع عليه بالتعويض(١).

ومثل ذلك من يقود سيارة تجاوز السرعة المقررة، فتسبب فى جرح شخص آخر. أو من تعدى بالضرب على آخر فأحدث إصابات به.

وقد يكون الخطأ عملا سلبيا وهو الذى يأخذ صورة ترك أو امتناع، وهو لا يتحقق إلا حيث يدل الترك أو الامتناع على إهمال أو عدم احتياط. والعبرة فى تقصى هذه الدلالة بالظروف التى أحاطت الإنسان وقت أن صدر منه الترك أو الامتناع موضع المؤاخذة والعادات والتقاليد التى تسود البيئة التى يعمل بها وبأحكام القانون الذى يسيطر عليه.

ومثل ذلك ترك المقاول حفرة حفرها فى الطريق العام دون وضع نور أحمر على حافتها ليلا للتنبيه إلى وجودها.

وسكوت الشخص عن الإدلاء بمعلومات تؤدى إلى الكشف عن المجرم الحقيقى وإظهار براءة المتهم. وترك الخادم زوجة تدس السم لزوجها دون تنبيه الزوج إلى ذلك(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "المسئولية التقصيرية تقع على المتسبب بذات الفعل أو الترك الضار سواء كان متعمدا أو مقصرا، وسواء أكان حسن القصد أو سيئه".

(طعن رقم ١٥ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٧/١٢/١٦)

٢- "الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية المنصوص عليها فى المادة ١٦٣ من القانون المدنى هو الانحراف عن السلوك العادى المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير".

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/١٠/٣٠- غير منشور)

---

(١) مصطفى مرعى ص٣٩.

(٢) سليمان مرقس ص١٦٢.

والتعدى ولا شك يتوافر كلما أتى الشخص فعلا تنهى عنه القوانين أو اللوائح، أو يغفل عملا تفرضه عليه القوانين أو اللوائح إذ يعد مخطئا ومسئولا عن الضرر الذى يترتب على خطئه، لأن الأعمال التى يفرض القانون أداءها أو الامتناع عنها ملحوظا فيها أن تكون لازمة لصيانة أموال الناس وأرواحهم.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن:

١- "امتناع الموظف عن تنفيذ واجبات وظيفته يعتبر خطأ تترتب عليه مسئوليته إذا ما ألحق ذلك ضررا بالغير".

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/١/٣)

٢- "المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسئول وإذ كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يؤدى إلى توفر هذا العنصر من عناصر المسئولية، لأن استمرار الطاعن فى إجراءات التنفيذ بقبض جزء من الدين الذى يدعيه لا يعد خطأ منه يستوجب المسئولية بالتعويض لأن المشرع لم يرتب على رفع دعوى الاعتداد بالحجز أثرا وفقا للإجراءات كالأثر المترتب على رفع الإشكال فى التنفيذ سواء من المدين أو الغير، خصوصا وقد تمسك الطاعن بأن المحجوز لديها سارعت إلى الوفاء بما هو مستحق فى ذمتها للمحجوز عليه عقب الحجز بوقت معتبر وقبل صدور الحكم الانتهائى بعدم الاعتداد بإجراءات التنفيذ بما يرفع عنه مظنة الخطأ بعدم احترام حجية الأحكام فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

٣- "وحيث إن النعى فى محله ذلك أنه إذا كان استيلاء الحكومة على العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض إذ ليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكيته للغاصب ويستتبع هذا النظر أن يظل على ملكية صاحبه ويكون له الحق فى استرداد هذه الملكية إلى صدور قرار بنزعها أو يستحيل رده إليه أو إذا اختار هو المطالبة بالتعويض وفى الحالتين الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر سواء فى ذلك ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم بعد ذلك إلى تاريخ الحكم لأن الضرر كلما كان متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم".

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠١٠/٤/٢٤)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

"ومن حيث إن المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة "أن الأحكام الصادرة بالإلغاء حجة على الكافة وتلك النتيجة لا غنى عنها إدراكا للطبيعة العينية لدعوى الإلغاء ولكون الدعوى مخاصمة لقرار إدارى فى ذاته فإذا ما حكم بالإلغاء فإن الإدارة تلتزم بتنفيذ الحكم وإعادة الحال إلى ما كان عليه لو لم يصدر هذا القرار إطلاقا دون أن يكون لجهة الإدارة أن تمتنع عن تنفيذه أو تتقاعس فيه على أى وجه نزولا على حجية الأحكام وإعلاء لشأنها وإكبار لسيادة القانون ونزولا عن مقتضياته" ومن ثم فإنه إعمالا لما تقدم فإن عدم تنفيذ الجهة الإدارية للحكم المطعون فيه تنفيذا كاملا يشكل خطأ فى جانبها.

وأما عن الأضرار التى ترتبت من جراء عدم تنفيذ الحكم تنفيذا كاملا حسبما سبق بيانه فإنها كانت مادية وأدبية وأما عن الأضرار المادية فتمثلت فى حرمان المذكور من تدرج راتبه اعتبارا من تاريخ صدور قرار تخطيه فى التعيين تدرجا يضم الزيادة فى راتبه وهو ما يؤثر على الحقوق التأمينية، كما أن عدم تنفيذ الحكم تنفيذا كاملا يرتد إلى تاريخ تخطى المذكور فى شغل الوظيفة اعتبارا من ١٩٩٧/١٠/١٧ مما اضطره إلى الالتجاء إلى القضاء وهو ما أدى إلى تكبده مصروفات التقاضى والرسوم وأتعاب المحاماة فضلا عن الأضرار النفسية والأدبية التى لحقته من جراء عدم تنفيذ الحكم على نحو كامل تمثلت فيما أصابه من ألم نفسى وجزع لعدم حصوله على حقوقه كاملة وتحمله مشقة وآلام السعى لمحاولة إظهار الحقيقة واستخلاص ما تبقى له من حقوق على الرغم من القضاء بإلغاء قرار تخطيه فى التعيين إلغاء ينصرف إلى تاريخ صدوره حسبما جرت واستقرت أحكام القضاء.

ومن حيث إن هذه الأضرار ترتبت بشكل مباشر على خطأ الجهة الإدارية المشار إليه، الأمر الذى يستوجب القضاء له بالتعويض".

(طعنان رقما ٦٥٦٦ ، ٦٦٩٧ لسنة ٥١ق جلسة ٢٠٠٧/٣/١٠)

إنما لا يشترط لاعتبار الامتناع أو الترك خطأ أن يقع خلافا لقانون أو لائحة بل يكفى أن يكون الترك أو الامتناع واقعا على عمل تستدعيه حماية الغير.

فلا يعفى صاحب العمل من تبعة إهماله وتقصيره، أن يكون قد استوفى جميع الاشتراطات التى فرضتها عليه جهات الإدارة، إذا تبين أن هذه الإجراءات لم تكف

لحماية الغير. وأن صاحب العمل قد فاته أن يتخذ إجراءات تدعو إليها ضرورة وقاية الناس، لأن الاحتياطات التى تفرضها القوانين واللوائح هى الحد الأدنى للوقاية المطلوبة، والقيام بها لا يكفى وحده لإعفاء صاحبها من كل مسئولية متى ثبت تقصيره فى القيام باحتياطات أخرى تدعو إليها طبيعة العمل وتستلزمها ضرورة صيانة الجمهور(١).

ويعتبر مخطئا أيضا من يهمل أثناء قيامه بعمله ويترتب على إهماله تمكين إنسان من ارتكاب سرقة أو تزوير أو غش اضرارا بالغير(٢).

لولا يثير تحديد فعل التعدى أية صعوبة عندما يفرض القانون التزاما محددا أو وفقا لتعبير الفقه الحديث التزاما بتحقيق نتيجة معينة لأن الخطأ فى هذا الفرض ليس سوى الإخلال بهذا الالتزام: بإتيان الفعل الذى أمر القانون بالامتناع عنه، أو الامتناع عن الفعل الذى أمر القانون بإتيانه فيقضى القانون على الطبيب بعدم إفشاء سر المهنة فيتوافر خطأ الطبيب إذا أخل بهذا الالتزام، وأفشى سر المريض لديه، فالخطأ هنا هو عدم تحقيق النتيجة التى جعلها القانون محل الالتزام الذى فرضه.

أما إذا لم يفرض القانون التزاما محددا، فإن التعدى يتحقق إذا تضمن الفعل خروجا على التزام قانونى مفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع(٣).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"رتب المشرع فى المادة ١٦٣ من القانون المدنى الالتزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضررا للغير، وأورد عبارة النص فى صيغة عامة بما يجعلها شاملة لكل فعل أو قول خاطئ سواء أكان مكونا لجريمة معاقبا عليها، أم كان لا يقع تحت طائلة العقاب ويقتصر على الإخلال بأى واجب قانونى لم تكفله القوانين العقابية بنص خاص، ومؤدى ذلك أن المحكمة المدنية يجب عليها البحث فيما إذا كان الفعل أو القول المنسوب للمسئول – مع تجرده من صفة الجريمة- يعتبر خروجا على الالتزام القانونى المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع، فلا يمنع

---

(١) مصطفى مرعى ص٤٣ وما بعدها.

(٢) مصطفى مرعى ص٤٢ ومابعدها.

(٣) محمود جمال الدين زكى فى الوجيز ص٢٣٨ – عبد الصده ص٤٥٠.

انتفاء الخطأ الجنائى من القول أو الفعل المؤسس عليه الدعوى من توافر الخطأ فى هذا القول أو الفعل".

(طعن رقم ١٠٤١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٩)

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام دعوى فرعية طلب فيها إلزام البنك المطعون عليه بأن يدفع له تعويضا عما أصابه من ضرر نتيجة قيام البنك بإجراء مقاصة باطلة فإن عدم مخالفة البنك للقانون فى المقاصة التى أجراها يجعل تعييب الحكم المطعون فيه فى قضائه برفض طلب التعويض الذى أقامه الطاعن على هذا الأساس يكون فى غير محله".

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١)

٢- "النعى بأن للمطعون عليه – الذى قضى له التعويض قبل الطاعن لاغتصاب شقة النزاع – عيادتين أخريين علاوة على شقة النزاع – عبارتين أخريين علاوة على شقة النزاع خلافا للقانون رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٥٤ فى شأن مزاولة مهنة طب وجراحة الأسنان وأن له مسكنا فى منطقة أخرى على خلاف الحظر المنصوص عليه فى قانون إيجارات الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧، هذه المخالفة بفرض التسليم بصحتها لا تبيح للطاعن اغتصاب الشقة المذكورة وحرمان المطعون عليه من الانتفاع بها، وإذ قرر الحكم المطعون فيه أن هذا الاعتداء يعتبر خطأ يستحق المطعون عليه التعويض عنه فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون، ويكون النعى عليه بالمقصود لعدم الرد على دفاع الطاعن غير منتج".

(طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢١)

٣- إن تخويل اللجان المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين دون غيرها سلطة تقدير التعويض المستحق عن الاستيلاء ابتداء لا يحول دون التجاء ذوى الشأن إلى المحاكم بطلب تعويضهم عن الضرر الناشئ عن تأخر تشكيلها أو تأخيرها فى إصدار قراراتها وذلك على أساس المسئولية التقصيرية إذا توافرت الشروط اللازمة لتحقق هذه المسئولية إذ يعتبر هذا التأخير بغير مسوغ شرعى تقتضيه ظروف الأحوال خطأ يستوجب مسئولية فاعله عن الضرر المتسبب عنه".

(طعن رقم ٧١٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/١١)

٤- "المستفاد من نصوص المواد ١٧، ٢٠، ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المدنى المعدلة ببرتوكول لاهاى الذى وافقت عليه مصر بالقانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الناقل الجوى يكون مسئولا عن الضرر الذى يقع فى حالة وفاة أو إصابة أى راكب إذا كانت الحادثة التى تولد عنها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود أو الهبوط وهذه المسئولية مبنية على خطأ مفترض فى جانب الناقل ولا ترتفع عنه إلا إذا أثبت أنه هو وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير اللازمة لتفادى وقوع الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها".

(طعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٢)

٥- "المستفاد من نصوص المواد ١٧، ٢٢، ٢٤، ٢٥، ٢٨، ٢٩ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المعدلة ببروتوكول لاهاى أنه لا يجوز رفع دعوى المسئولية فى أية صورة كانت عن الضرر الذى يقع فى حالة وفاة الراكب أو إصابته إلا بالشروط وفى الحدود المقررة فى الاتفاقية ويتعين إقامة دعوى المسئولية فى بحر سنتين اعتبارا من تاريخ الوصول أو اليوم الذى كان يتعين وصول الطائرة فيه أو من تاريخ وقف النقل وإلا سقط الحق فى رفع الدعوى، وكانت مصر قد وافقت على هذه الاتفاقية بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ كما وافقت على بروتوكول لاهاى بالقانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥، فإن أحكام هذه الاتفاقية تكون هى الواجبة التطبيق فى هذا الخصوص".

(طعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٥/٨)

٤٧٧- الخطأ الجنائى والخطأ المدنى:

الخطأ الجنائى هو الإخلال بواجب قانونى تكفله القوانين العقابية بنص خاص. أما الخطأ المدنى فهو الإخلال بأى واجب قانونى ولو لم تكفله القوانين، ومن ثم فهو أوسع دائرة من الخطأ الجنائى ولذلك فإن الخطأ الجنائى يشكل دائما خطأ مدنيا أما الخطأ المدنى فهو يتوافر دون أن يشكل خطأ جنائيا[١].

وإذا وقع عمل ترتبت عليه المسئوليتان الجنائية والمدنية معا، فإن الأولى وهى الأقوى لأنها حق المجتمع، تؤثر على الثانية، وذلك من الوجوه الآتية:

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص١٢١٤ – مصطفى مرعى ص٤٧ وما بعدها.

١- من حيث الاختصاص، إذ يمكن رفع الدعوى المدنية، وهى دعوى التعويض أمام المحكمة الجنائية كى تفصل فيها مع الدعوى الجنائية. فالدعوى المدنية هى التى تتبع الدعوى الجنائية.

٢- من حيث السير فى الدعوى توقف الدعوى الجنائية الدعوى المدنية (م٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية). وهذه هى القاعدة المعروفة التى تقول إن "الجنائى يقف المدنى". فإذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ولم يتم الفصل فيها قبل رفع الدعوى الجنائية وجب وقف الدعوى المدنية. فيتعين على القاضى المدنى أن يقف السير فى الدعوى المدنية حتى يفصل فى الدعوى الجنائية.

٣- من حيث حجية الأمر المقضى، إذ تنص المادة ١٠٢ من قانون الإثبات على أنه: "لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيه ضروريا"فقد جعل الشارع للأحكام الجنائية حجية أمام المحاكم المدنية.

وقد أوضحت المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية حدود هذه الحجية طبقا للقاعدة التى نصت عليها المادة سالفة الذكر.

فإذا قضت المحكمة الجنائية بالإدانة، أى بوقوع الفعل الذى يكون أساس الدعوى وبوصفه أنه جريمة معينة وبنسبته إلى المتهم، فإنه يتعين على المحكمة المدنية أن ترتبط بهذا القضاء، فتعتبر هذه الأمور ثابتة، ولو كانت الدعوى مرفوعة على المسئول مدنيا الذى لم يكن ممثلا فى الدعوى الجنائية.

وإذا قضت المحكمة الجنائية بالبراءة وجب التفرقة بين حالتين:

الأول: أن تكون البراءة فيها قائمة على عدم ثبوت نسبة الواقعة إلى المتهم، وفى هذه الحالة يحوز الحكم الجنائى حجية الأمر المقضى فى شأن هذه النسبة، فيتعين على القاضى المدنى أن يعتبر هذه النسبة غير قائمة. فإذا كانت الدعوى المنظورة أمامه دعوى تعويض وجب عليه فى هذه الحالة أن يرفض الدعوى. ويستوى فى ذلك أن يكون القاضى الجنائى قد أسس البراءة على نفى نسبة الواقعة إلى المتهم، أو يكون قد أسسها على عدم كفاية الأدلة على هذه النسبة أو الشك فيها.

والحالة الثانية: أن تكون البراءة فيها مبنية على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون، وحينئذ تكون المحكمة الجنائية قد فصلت فى الواقعة أساس الدعوى دون أن تفصل فى نسبتها إلى المتهم فتنتفى حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية فيجوز للقاضى المدنى

فى هذه الحالة أن يقول بثبوت الفعل المنسوب إلى المتهم وأن يقضى بالتعويض على أساس كون هذا الفعل خطأ ترتب عليه ضرر. ويتحقق ذلك إذا كان الفعل المنسوب إلى المتهم لا يصدق عليه وصف الجريمة. أو كان الحكم بالبراءة راجعا إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو العفو الشامل أو بالعفو عن العقوبة أو بالتقادم.

٤- ومن حيث التقادم، إذ تقضى المادة ١٧٢ مدنى بأن دعوى التعويض المدنية لا تسقط بالتقادم إلا بسقوط الدعوى الجنائية. فإذا كانت الدعوى الجنائية لم تتقادم بعد فإن هذا يحول دون تقادم الدعوى المدنية حتى لو كانت مدة تقادم هذه الدعوى الأخيرة قد انقضت. والعكس غير صحيح، فعدم تقادم الدعوى المدنية لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "لما كانت حجية الحكم الجنائى لا تقوم إلا فيما كان فصله فيه لازما، وكان لا يمنع أن الفعل وإن تجرد من صفة الجريمة قد يولد خطأ مدنيا يستوجب التعويض، وكان الثابت أن الطاعن تمسك فى دفاعه الوارد فى صحيفة استئنافه باشتراك المطعون ضده فى الخطأ الموجب للتعويض لأنه المتسبب فى حدود المشاجرة التى نجمت عنها إصابة كل منهما، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه اجتزأ فى الرد على الدفاع بالقول أن الطاعن لا يعرف الشخص الذى اعتدى عليه وأحدث إصابته وتأكد ذلك ببراءة المطعون ضده بحكم جنائى نهائى فى حين أن الحكم الجنائى ببراءة هذا الأخير من تهمة إحداث إصابة الطاعن لا يكتسب حجية فى شأن ما نسبه إليه الطاعن من خطأ مدنى يتمثل فى تسببه فى قيام المشاجرة ووقوع الحادث".

(طعن رقم ٢٤٨٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢٢)

٢- "مفاد ما نصت عليه المادتان ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية و١٠٢ من قانون الإثبات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الحكم الصادر فى المواد الجنائية تكون له حجية فى الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية. وفى الوصف القانونى لهذا فى الفعل ونسبته إلى فاعله فإذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور فإنه يمتنع على المحاكم المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تلتزمها فى

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٢٨ وما بعدها- سليمان مرقس ص٢٦٩ وما بعدها.

بحث الحقوق المدنية المتصلة بها كى لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائى السابق له وإذ كان الفعل غير المشروع الذى رفعت الدعوى الجنائية على أساسه هو بذاته الذى نشأ عنه إتلاف السيارة والذى يستند إليه المطعون ضده الأول فى المطالبة بالتعويض عن هذه التلفيات، فإن الحكم الجنائى المذكور إذ قضى بإدانة الطاعن لثبوت الخطأ فى جانبه يكون قد فصل لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله ويجوز فى شأن هذه المسألة المشتركة حجية الشىء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية وتتقيد به هذه المحكمة ويمتنع عليها أن تخالفه أو تعيد بحثه، وإذ التزم الحكم المطعون فيه بحجية الحكم الجنائى فى هذا الخصوص فإنه يكون قد اختار صحيح القانون".

(طعن رقم ١٩١٤ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩١/٥/٩)

٣- (أ)- "مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات أن للحكم الصادر فى الدعوى الجنائية حجية الشئ المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية وإذا كان الحكم الجنائى قد فصل فصلا لازما فى أمر يتعلق بوقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية فى الوصف القانونى للفعل ونسبته إلى فاعله فإن فصلت المحكمة الجنائية بحكم بات فى هذه المسائل امتنع على المحاكم المدنية مخالفة الحكم الجنائى السابق عليه".

(ب)- "قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذى تفسره المحكمة لصالح المتهم لا يدل بمجرده على كذب الواقعة المبلغ عنها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث عناصر المسئولية المدنية طالما لم تفصل المحكمة الجنائية فى هذا الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية".

(ج)- "استبعاد النيابة العامة أحد المتهمين من الاتهام وإقامة الدعوى الجنائية على غيره لا تنهض دليلا على عدم صحة الوقائع المبلغ بها، ولا يقيد ذلك المحكمة المدنية التى يجب ألا تبنى قضاءها إلا على ما يقتضيه بحثها عناصر المسئولية من النزاع المطروح عليها".

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

٤٧٨- الامتناع عن أداء واجب خلقى لا يرتب تعديا:

الامتناع عن تقديم يد المعونة التى لم ينص فيها القانون على واجب محدد، لا يعد

تعديا وذلك حماية لحرية الممتنع، ولأن الواجب حينئذ يكون من قبيل الواجبات الخلقية التى لا يعنى بها القانون، فمعيار التعدى ينطبق على الخطأ السلبى كما ينطبق على الخطأ الإيجابى فى الحالات التى يعتبر الامتناع فيها إخلالا بواجب قانونى طالما أنه ليس لدينا قانون يوجب هذه المساءلة كما هو الحال فى فرنسا. فلو أن شخصا رأى آخر يغرق، وكان قادرا على إنقاذه ولكنه امتنع عن نجدته فإنه لا يسأل عن ذلك.

غير أن هذا لا يعنى أن المسئولية فى حالة الامتناع لا تقوم إلا عند الإخلال بالتزام قانونى محدد يفرض القيام بعمل معين كما رأينا سلفا فهناك حالات يكون الامتناع فيها موجبا للمسئولية رغم عدم وجود التزام قانونى محدد. وذلك حين يكون هذا الامتناع إخلالا بواجب عام يقضى باتخاذ ما يلزم لحماية الغير فى ظروف معينة. فمثلا يجب على مصلحة السكك الحديدية أن تتخذ ما يلزم لتنبيه الجمهور إلى الخطر عند اجتيازه الممرات السطحية حتى بعد خطوطها الحديدية.

ويجب على مصلحة التنظيم عندما تحفر حفرة فى الطريق أثناء القيام بعمل يقتضى ذلك أن تضع بجانبها إشارة تنبه المارة إلى وجودها. بل إن هذا الواجب العام قد تفرضه تقاليد مهنة معينة. فالطبيب الذى يجد فى الطريق شخصا أصيب فى حادث بحيث أصبح فى حاجة إلى إنقاذ سريع يجب عليه أن يبادر إلى إنقاذه، فإن امتنع الطبيب عن ذلك كان مخطئا وتحققت مسئوليته[١].

٤٧٩- معيار التعدى:

يقاس التعدى بمعيار موضوعى أو مادى، وليس بمعيار ذاتى. فلا ينظر فيه إلى الظروف الشخصية للمعتدى، وإنما يعتد فيه بسلوك شخص مجرد، وهذا الشخص هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذورة، ولا هو محدد الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض. وهو الذى يتخذ أيضا مقياسا للخطأ العقدى فى الالتزام ببذل عناية حيث يطلب من المدين فى الأصل أن يبذل عناية الرجل العادى وهو شخص عرفه القانون الرومانى، وسماه برب الأسرة العاقل ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادى، ونقيس عليه سلوك الشخص الذى ينسب إليه التعدى[٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٥٥ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٠٦.

(٢) السنهورى ص٦٤٥ وما بعدها – سليمان مرقس ص٢٠٩ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى فى الوجيز ص٢٤٠ – عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى ص٦١ وما بعدها.

٤٨٠- الاعتداد بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية:

لا يمكن أن نتمثل الشخص العادى الذى يؤخذ سلوكه معيارا للخطأ، شخصا مثاليا بعيدا كل البعد عن العوامل الواقعية المحيطة بالمسئول، بل ينبغى أن نحيطه بذات الظروف التى أحاطت بالفاعل.

ويعتبر من الظروف الخارجية ظروف الزمان والمكان، فقيادة السيارة فى الليل هو ظرف عام يدخل فى الاعتبار، عند تعرف الخطأ الذى وقع من القائد، بمقارنة ما بدا منه فيه مع ما كان يبدو من الرجل العادى، وكذا عن ظرف المكان، فإن قيادة السيارة فى طريق مكتظ بالمارة أو فى مناطق ضيقة أو على أرض مبللة توجب حيطة وحذرا أكثر مما لو كان الطريق خاليا أو متسعا أو جافا. وبهذا يحتفظ هذا المعيار بما يجب له من مرونة فيتكيف وفق الظروف المحيطة(١).

أما الظروف الداخلية أو الشخصية لشخص المعتدى فلا يعتد بها فى تحديد معيار الرجل العادى. وهى تلك الظروف والخصائص الشخصية التى له ويختص بها وحده، ولو نظرنا إليها لأصبح المعيار شخصيا لا ينضبط.

ومن هذا الظروف الداخلية أو الشخصية، كون المعتدى ضعيف البصر أو السمع أو مضطربا نفسيا أو مريضا(٢). أو قليل الذكاء أو عديم التعليم(٣). فعلى سبيل المثال فإن قائد السيارة يؤخذ بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادى. والشخص العادى هنا رجل سليم النظر تعود القيادة، يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه هذه هى الصفات التى ألفها الناس، وما ينتظر – بحق – أن يكون عليها قائد السيارة(٤).

وقد اختلف الفقه بشأن بعض الظروف الداخلية للمسئول، وهى ظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية بالنسبة للأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف.

فذهب رأى إلى اعتبار هذه الظروف من الظروف الخارجية التى تدخل فى تحديد معيار الشخص العادى. فإن الصبى إذا لعب مع رفاقه لا ينبغى أن يقاس سلوكه بسلوك

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص١٤٦ – عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى ص٦٣.

(٢) سليمان مرقس ص٢١١ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٤١٠.

(٣) محمود جمال الدين زكى فى الوجيز ص٢٤٠.

(٤) السنهورى ص٦٤٧ وما بعدها.

الشخص الناضج السن. كذلك المرأة إذا باشرت عملا تباشره النساء عادة، كالتعليم والتوليد والتمريض لا يقاس سلوكها بسلوك الرجل. والريفى الساذج فيما يسكن إليه من حياة قروية، ينبغى أن يعتبر كل منهم منتسبا إلى طبقة قائمة بذاتها. فيتجرد من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث، شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد التى تنتمى إلى هذه الطبقة. فالمقياس المجرد للصبيان فيما هو من أعمال الصبيان، صبى مثلهم، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بذات الصبى. والمقياس المجرد للنساء، فيما تباشر النساء عادة من أعمال، امرأة منهن ومن وسطياتهن تتجرد عن الظروف الداخلية التى تتعلق بامرأة بالذات. والمقياس المجرد لأهل القرى فيما يدخل فى حياتهم الريفية قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات. أما قيادة السيارة فلا تدخل فى أعمال الصبيان، ولا هى من الأعمال التى تباشرها النساء عادة، وليست محصورة فى أهل القرى. لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة لها ظروفا داخلية شخصية لا ظروفا خارجية عامة. ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفا داخليا بالنسبة لشئ معين، ثم ينقلب إلى ظرف خارجى بالنسبة إلى شخص آخر. وفى هذه النسبية ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف(١).

وذهب رأى ثان إلى أن السن أو الجنس لا يعدو أن يكون ظرفا داخليا لا يجوز الاعتداد به فى جميع الأحوال. كما أن القول بعكس ذلك يجعل المعيار أكثر مرونة وهو ما يؤدى إلى تضحية بمصلحة المضرور فى بعض الفروض، وأنه لا داعى لهذا الاستثناء طالما أننا نعتبر من بلغ سن التمييز – ذكرا كان أم أنثى – مسئولا مسئولية كاملة عن أعماله غير المشروعة(٢).

ويقترب من الرأى الأول ما هو مستقر عليه من إضافة المستوى المهنى للطبيب إلى الظروف الخارجية التى يقام لها وزن فى تعيين مدى التزامه (أى كونه ممارسا عاما أو أخصائيا أو استشاريا) مع أن المستوى المهنة ليس إلا درجة علم الطبيب وهى بلا شك ظرف داخلى.

---

(١) السنهورى ص٦٤٨ وما بعدها – عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى ص٦٥ – سليمان مرقس فى المسئولية الدنية ص٢٢٢ وما بعدها – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ١٤٦ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٤٥٤.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٤١١ هامش (١) – محمود جمال الدين زكى فى الوجيز ص٢٤٠.

ولذلك اتجه البعض إلى استبدال معيار الظروف الظاهرة والظروف غير الظاهرة بمعيار الظروف الخارجية والداخلية. فيعتد بظروف المسئول الظاهرة للمضرور أى المنظورة للمضرور لأن هذه الظروف هى التى تجعل الأخير يتوقع من المسئول مسلكا معينا، فإذا انحرف المسئول عن هذا المسلك كان مرتكبا للخطأ. فالصبى فى العاشرة لا يبعث فى النفس من الثقة إلا ما يبعثها من وهو فى مثل سنه من أوسط الصبيان فلا يجوز أن يقاس مسلكه بمسلك الرجل الكبير، ومساعد الطبيب لا يبعث فى النفس الثقة التى يبعثها الطبيب. ولهذا يجب الاعتداد بالظروف الظاهرة أى المنظورة للمضرور سواء كانت تتعلق بالزمان أو المكان أو كانت تتعلق بصفات أو مكنات خاصة بالمسئول ولكنها ظاهرة منظورة للمضرور كالسن ودرجة التعليم، ودرجة التخصص والبيئة والطبقة الاجتماعية، مع ملاحظة أن الاعتداد بهذه الظروف لا يكون – بطبيعة الحال – إلا حيث يكون لها أثر فى الإيحاء إلى الغير بمسلك معين. ولا يقتصر الأخذ بهذا المعيار على المسئول، بل يعتد به بالنسبة إلى المضرور كذلك فى الحال التى ينسب إليه فيها خطأ ساهم فى إحداث الضرر، فيقاس فعل المضرور على ضوء مسلك الرجل المعتاد إذا وجد فى مثل ظروفه الظاهرة أى المنظورة للمسئول وقت حصول الحادث بغض النظر عما إذا كانت هذه الظروف خارجية أو داخلية إذ الجوهرى هو بمدى ما تبعثه من ثقة(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "السرعة التى تصلح أساسا للمساءلة المدنية فى جريمة القتل خطأ ليس لها حدود ثابتة وإنما هى تجاوز الحد الذى تقتضيه ملابسات الحال وظروف المرور وزمانه ومكانه فيتسبب من هذا التجاوز الموت ولا يغير من ذلك أن تكون السرعة داخلة فى الحدود المسموح بها طبقا للقرارات والقواعد المنظمة للمرور واستخلاص ما إذا كانت سرعة السيارة فى ظروف معينة عنصرا من عناصر الخطأ أو لا تعد هى مسألة تقديرية متروكة لمحكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض متى كان ذلك فإن إسناد الحكم المطعون فيه الخطأ لسائق السيارة الملاكى لأنه كان يسير بسرعة زائدة للأسباب السائغة التى أوردها لا رقابة عليه لهذه المحكمة".

(طعنان رقما ٥٦١ ، ٥٦٢ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧)

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص١٢٠٤ – سليمان مرقس ص٢١٨ وما بعدها.

٤٨١- انطباق المعيار على الخطأ الإيجابى والخطأ السلبى:

المقرر أن تطبيق المقياس المجرد لا يقتصر على الخطأ غير العمدى (الإهمال أو التقصير) ففى الخطأ العمدى أيضا يطبق المقياس المجرد ولا يكفى لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادى فى سلوكه المألوف لا يقصد الإضرار بالغير فيكون الخطأ العمد انحرافا عن هذا السلوك المألوف ذلك أن من يتعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئا فى جميع الأحوال. فالتاجر الذى ينافس تاجرا آخر منافسة شريفة لا يكون مسئولا حتى ولو تعمد الإضرار بنفسه، وإنما يكون من يتعمد الإضرار بالغير متعديا إذا هو انحرف فى سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادى ففى هذه الحالة أيضا يطبق المقياس المجرد ولا يغنى عنه قصد الإضرار بالغير(١).

٤٨٢- انطباق المعيار على كافة درجات الخطأ:

ينطبق معيار الشخص العادى الذى ذكرناه على كافة درجات الخطأ، ولو كان الخطأ تافها. لأن نص القانون عام يوجب المسئولية على فاعل الخطأ قل شأن هذا الخطأ أو جل.

وعلى ذلك تتحقق المسئولية بالخطأ التافه والخطأ اليسير والخطأ الجسيم(٢).

ولا يقدح فى ذلك أن المحاكم تميل من الناحية العملية إلى زيادة التعويض فى حالة الخطأ الجسيم عنه فى حالة الخطأ التافه والخطأ اليسير. وأن الشارع نفسه يعتد بدرجة جسامة الخطأ فى حالة الغرامة التهديدية (م١٢٤ مدنى)، وفى حالة توزيع المسئولية عند تعدد المسئولين عن عمل ضار (م١٦٩).

فهذه الحالات التى تظهر فيها أهمية التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ليس من شأنها أن تؤثر على المعيار الذى يجب أن يقاس به التعدى فى الخطأ لمعرفة ما إذا كان هناك إخلال بالتزام قانونى. فإذا اتضح أن هناك انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادى توافر الخطأ سواء كان هذا الانحراف جسيما أو يسيرا.

---

(١) السنهورى ص٩٤٩ هامش (١) – الدناصورى والشواربى ص٩٥ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٤٥٥.

(٢) مصطفى مرعى ص٦٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر بنص المادة ١٦٣ من القانون المدنى أن "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". وكان معنى الخطأ فى تطبيق هذا النص يشمل مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء مما مفاده أن المشرع فى نطاق المسئولية التقصيرية لا يميز بين الخطأ العمدى وغير العمدى ولا يبين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير فكل منهما يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه وأنه يكفى لقيام المسئولية مجرد إهمال اتخاذ ما توجبه الحيطة أو اليقظة، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اشترط لقيام مسئولية الشركة المطعون ضدها أن يرقى الخطأ الذى وقع من جانبها إلى مرتبة الخطأ العمدى أو الجسيم فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث بما فى أوجه الطعن".

(طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٧ – غير منشور)[١]

٤٨٣- أثر حسن النية أو سوئها فى تقدير الخطأ:

لا يؤثر حسن النية فى وجود الخطأ. فحسن النية لا ينفى وقوع الخطأ.

فمن يتلف مال غيره بإهمال منه لا يجوز له أن يعتذر بحسن نيته، ولا يجديه ذلك فى دفع مسئوليته عن هذا الإتلاف. والطبيب الذى يجرى بعض التجارب الخطرة على مرضاه يرتكب خطأ يجعله مسئولا بالرغم من حسن نيته ومن الباعث النبيل الذى دفعه إلى إجراء هذه التجارب.

ومن أوقع حجزا على غيره دون حق يلزم بتعويض الضرر سواء كان حسن النية أو سيئها.

وإذا قام المؤجر برفع منقولات المستأجر وبضائعه من العين المؤجرة بناء على مشورة محاميه، فإن اعتقاده سلامة رأى محاميه وحسن نيته المتفرع على ذلك لا يعفيانه من مسئوليته المدنية عن الأضرار التى سببها للمستأجر بذلك.

وسوء النية قد يكفى فى ذاته لجعل الفعل الضار خطأ يوجب المسئولية بقطع النظر عن أى خطأ آخر. ومن هذا القبيل ما قضت به المحاكم المختلطة من أن شراء شئ مسروق مع العلم بمصدره يعتبر خطأ موجبا المسئولية المدنية. فإن الشراء فى

---

(١) أورده الدناصورى والشواربى ص٨٢.

ذاته ليس خطأ وإنما الذى يجعله كذلك هو العلم بأن المبيع مسروق. وكذلك أحوال إساءة استعمال الحق فإن توافر الخطأ فيها يرجع إلى استعمال الحق بقصد الإضرار أى بسوء نية فيكون إثبات حسن نية صاحب الحق فيها نفيا للخطأ من جانبه(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المسئولية التقصيرية تقع على المتسبب بذات الفعل أو الترك الضار سواء أكان متعمدا أم مقصرا، وسواء أكان حسن القصد أو سيئه".

(طعن رقم ١٥ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٧/١٢/١٦)

٤٨٤- إثبات التعدى:

تقضى القاعدة العامة فى الإثبات، قاعدة "البينة على من ادعى" بأن يثبت المضرور وهو المدعى بالتعويض دعواه وذلك بأن يقيم الدليل على توافر أركان مسئولية المدعى عليه ومنها ركن الخطأ. ولأن الخطأ إخلال بواجب قانونى مقترن بإدراك المخل إياه وهو يتكون من عنصرين مادى ومعنوى – كما سنرى – يعتبر كل منهما واقعة قانونية وليس تصرفا قانونيا. وهو بهذا الوصف يجوز إثباته بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببية".

(طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

وتحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره. أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض.

---

(١) سليمان مرقس ص٢٥٩ وما بعدها.

(٢) سليمان مرقس ص٤٦١ – السنهورى ص٦٤٩ وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لا تنطبق المادة ١٥١ من القانون المدنى إلا إذا توافرت شروط ثلاثة: الأول حصول فعل أو ترك، والثانى أن ينشأ أو يتسبب عن ذلك الفعل أو الترك ضرر للغير، والثالث أن يكون ذلك الفعل أو الترك خطأ. وتحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره. أما ارتباط الفعل والترك بالضرر الناشئ ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٦١ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٤/١/١١)

٢- "لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى تكييفها للأفعال الصادرة من المدعى عليه – فى دعوى المسئولية – بأنها خطأ. فإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن تقويم هيئة الإذاعة تمثيلية أنها مقتبسة من قصة لكاتب إنجليزى لا يدع فى أذهان المستمع لهذه التمثيلية أى لبس فى أن حوادثها – بما فيها حادثة نشر خبر مكذوب فى جريدة الخبر وإدانة صاحبها ورئيس تحريرها جنائيا بسبب هذا النشر – كل ذلك من نسج خيال واضع التمثيلية ولا ظل له من الواقع فإنه لا يمكن بعد ذلك أن تنصرف أذهان جمهور المستمعين إلى أن صحيفة من الصحف التى تصدر فعلا على اعتبار أنها المعنية فى القصة بنشر الخبر المكذوب حتى ولو تشابه اسم هذه الصحيفة مع اسم الجريدة الذى ذكر فى مجريات التمثيلية ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه على أن ما ورد فى مجربات التمثيلية عن الجريدة التى نشرت الخبر المكذوب قد انصرف فى الأذهان إلى صحيفة المطعون عليهما وعلى هذا الأساس اعتبر الحكم عدم تحقق هيئة الإذاعة من وجود جريدة تحمل نفس الاسم الذى أطلقه واضع التمثيلية على الجريدة الكاذبة انحرافا من الهيئة عن السلوك الواجب يتحقق به ركن الخطأ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون لأن ما وصفه بأنه خطأ مستوجب لمسئولية الطاعنين لا يعتبر كذلك".

(طعن رقم ٢٤٦ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٦/٣٠)

٣- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن وصف الفعل بأنه خطأ موجب للمسئولية ففى هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التى يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٣/٣/٢٨)

٤- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تكييف الفعل المؤسس عليه التعويض بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه هو من المسائل التى يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٣)

٥- (أ)- "المقرر أنه ولئن كان استخلاص الفعل الذى يؤسس عليه طلب التعويض مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون هذا الاستخلاص سائغا وله أصل ثابت بالأوراق فضلا عن أن تكييف هذا الفعل بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه ه من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض".

(ب)- "يتعين على الحكم الذى ينتهى إلى مسئولية خصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضى أن تورد العناصر الواقعية والظروف الحاصلة التى يصح استخلاص نية الانحراف والكيد منها استخلاصا سائغا".

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

٦- "من المقرر فى قضاء محكمة النقض – أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وإن كان يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصها سائغا ومستمدا من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى، كما أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه من المسائل التى يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٤٣٩٩ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠١١/١٠/٨)



ثانيا: الركن الثانى للخطأ
(الإدراك)

٤٨٥- المقصود بالإدراك:

الإدراك هو الركن المعنوى فى الخطأ، وبالتالى لا مسئولية دون تمييز. والتمييز إنما يتوافر ببلوغ الصغير سن السابعة دون أن يعرض له ما يفقده العقل.

وقد كان التقنين المدنى صريحا فى اشتراط التمييز، فنص فى الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ مدنى على أن: "يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".

٤٨٦- حالات لا يكون التعدى فيها خطأ:

إذا كان الأصل فى التعدى أنه يعتبر عملا غير مشروع، إلا أن هناك حالات ترتفع فيها عنه هذه الصفة فلا يترتب على وقوعه أية مسئولية من جانب محدث الضرر.

وهذه الحالات هى:

١- حالة الدفاع الشرعى:
(أنظر شرح المادة ١٦٦).
٢- حالة الضرورة:
(أنظر شرح المادة ١٦٨).
٣- حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس.
(أنظر شرح المادة ١٦٧).

٤٨٧- مسئولية الشخص المعنوى:

كما يسأل الشخص الطبيعى أن يسأل الشخص المعنوى، وهو كما يسأل مسئولية عقدية يسأل مسئولية تقصيرية. لأن المسئولية إنما تقع على ذمة الشخص المعنوى. وهذه المسئولية تستلزمها الضرورات العملية، ذلك أن الشخص المعنوى يقوم فى المجتمع الحديث بنشاط بالغ الخطر ومعظم أسباب الضرر تملكها أشخاص معنوية، ثم لا يجوز القول بالاكتفاء بمسئولية ممثل الشخص المعنوى الشخصية. فلئن فعلنا لحملناه

عبئا يجاوز حد الطاقة فضلا عن أنه من الناحية الأخرى لا يستطيع بموارده مهما عظمت مواجهة كافة دعاوى التعويض التى قد ترتفع من المضرورين. هذا إلى أنه قد يصعب أحيانا تحديد المسئول كما لو كان الخطأ نتيجة قرار اتخذته جمعية عمومية لشركة مساهمة كبرى. من أجل ذلك كله تقررت مسئولية الشخص المعنوى نزولا على حكم الضرورة، فوق ما فى ذلك من إرضاء للشعور بالعدالة.

ويختلف الشخص الاعتبارى عن الشخص الطبيعى فى أن طبيعته تأبى أن ينسب إليه تمييز يتوفر معه عنصر الإدراك فى الخطأ. وهذا أمر لا أهمية له إذا كان الخطأ قد صدر من شخص يمثل الشخص الاعتبارى ويمكن اعتباره تابعا له، إذ فى هذه الحالة تكون مسئولية الشخص الذى اقترف الخطأ مسئولية شخصية – ومسئولية الشخص الاعتبارى هى مسئولية المتبوع عن أعمال التابع وهذه المسئولية لا يطلب فيها أن يتوفر الإدراك لدى المتبوع لأنها لا تقوم على الخطأ.

غير أن هناك أحوالا يصعب فيها اعتبار من صدر منه الخطأ تابعا الشخص الاعتبارى، كما لو كان الخطأ يتمثل فى قرار صادر من إحدى هيئات الشخص الاعتبارى، كمجلس إدارة الشركة أو جمعيتها العامة. وهناك أحوال أخرى لا يمكن فيها نسبة الخطأ إلى الشخص الاعتبارى ذاته، كمنافسة تجارية غير مشروعة أو تقليد علامة تجارية لشركة أخرى. ففى مثل هذه الأحوال وتلك تكون مسئولية الشخص الاعتبارى مسئولية عن عمل شخصى لا مسئولية المتبوع عن عمل التابع. وحينئذ يكون المعول عليه فى قيام الخطأ هو عنصر التعدى وحده دون عنصر الإدراك(١).

تطبيقات للخطأ:

٤٨٨- خطأ الطبيب:

الغالب أن تكون مسئولية الطبيب عقدية، لوجود عقد بين الطبيب والمريض، أما إذا لم يوجد عقد بينهما، فإن مسئولية الطبيب تكون تقصيرية. ويكون الخطأ الذى ينسب إليه خطأ تقصيرى.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٢٣ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٤٦٢ وما بعدها – الدناصورى والشواربى ص٧٨.

٤٨٩- الخطأ المصلحى (المرفقى) :

الخطأ المصلحى (المرفقى)، هى الخطأ الذى يقترفه الموظف فى سبيل أدائه ما عهد به إليه من أعمال الوظيفة، فهو يمثل إخلالا بالتزام قانونى يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، ويصدر من التابع بمناسبة تسيير المرفق ومباشرته لنشاطه، فإذا ترتب على هذا الخطأ ضرر بالغير، رجع المضرور على المرفق بالتعويض، ومثل ذلك النشاط الذى يقترفه أحد العاملين بالمرفق تنفيذا للتعليمات الصادرة له من المختص بالمرفق كقطع المياه والإنارة والاتصال التليفونى رغم سداد الاشتراك.

أما السلوك الذى لم يتطلبه تسيير المرفق فيتوافر به الخطأ الشخصى للتابع، وهذا الخطأ هو ما يهدف الموظف به إلى غير ما تتطلبه رسالته فى عمله أى الإساءة فى استعمال الوظيفة، ويمكن القول بأن المعيار فى التفرقة بين الخطأ المصلحى والخطأ الشخصى ينحصر فى نية الموظف وجسامة الخطأ، فإذا كان الموظف يتوخى فيما يؤديه من عمل إرضاء مصلحة خاصة له، أو إشباع رغباته وأهوائه، أو كان خطؤه جسيما وإهماله فاحشا ولو خلا من الغرض فإن الخطأ فى هذه الحالة يعتبر خطأ شخصيا، أما إذا كان الموظف فيما يقوم بأدائه يهدف إلى مقتضيات ما عهد به إليه فما يصدر عنه من خطأ فى هذا هو خطأ مصلحى.

فرجل الإدارة الذى يمنح مهلة للمستأجر المحكوم بطرده، يرتكب خطأ شخصيا لا يتصل بواجبات وظيفته، وكذلك الجراح فى المستشفى الحكومى الذى يجرى جراحة بغير رضاء المريض، وكذلك عامل الطرق الذى يقطع بدافع الإساءة شجرة مثمرة(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "الخطأ المرفقى هو الخطأ الذى ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذى قام به ماديا أحد العاملين به ويقوم على أساس أن المرفق ذاته هو الذى تسبب فى الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقا للقواعد التى يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجية أى وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق أم داخلية سنها المرفق لنفسه ويقتضيها السير العادى للأمور".

(طعن رقم ٩٠٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/٦/١٩)

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٦٦٠ وما بعدها.

٢- "الخطأ المرفقى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو الخطأ الذى ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذى قام به ماديا أحد العاملين بالمرفق، ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذى تسبب فى الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقا للقواعد التى يسير عليها سواء كانت هذه القواعد خارجية أى وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق، أو داخلية أى سنها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادى للأمور، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه من الحكم المطعون فيه فيما قضى به من إلزام الطاعن والمطعون عليه بتعويض المضرورين عن موت المجنى عليه أنه أسس قضاءه بالتعويض التزاما بحجية الحكم الجنائى الذى أدان المطعون عليه فيما نسب إليه من إهمال لقيادته السيارة بحالة نجم عنها الخطر دون أن يتأكد من خلو الطريق أمامه فاصطدم بالمجنى عليه وأحدث به الإصابات التى أودت بحياته، لما كان ذلك وكان ما صدر من المطعون عليه من خطأ رتب مسئوليته عن الضرر الموجب للتعويض المقضى به لا يعدو أن يكون خطأ شخصيا يسأل عنه التابع وبالتالى يحق للمتبوع الكفيل المتضامن معه الرجوع عليه بما يوفيه عنه من تعويض للمضرور عملا بنص المادة ١٧٥ من القانون المدنى، وإذ خالف الحكم المطعون فه هذا النظر واعتبر أن ما صدر من المطعون عليه تابع الطاعنين خطأ مهنيا وأعمل حكم قانون العاملين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٢٧٥٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٥/٦)

٣- "الخطأ المرفقى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو الخطأ الذى ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذى قام به ماديا أحد العاملين به ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذى تسبب فى الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقا للقواعد التى يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجية أى وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق أو داخلية أى سنها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادى الأمور".

(طعن رقم ٢٢٢٨ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٠)

٤- "إذ كان لرجال الأمن عند القيام بمهام وظائفهم واضطلاعهم بالمحافظة، على الأمن العام والعمل على استتباب السكينة، وصيانة الأرواح والأموال أن يتخذوا من الوسائل ما يكفل تحقيق هذه الأغراض فى حدود المعقول بل وأنه يجب عليهم أن يمتنعوا عن الوسائل المقيدة لحرية الأفراد، ما لم يكن ثمة مسوغ شرعى تقتضيه

ظروف الأحوال دون أن تكون عليهم أية مسئولية فى ذلك طالما لم يقم الدليل المقنع والإثبات الكافى على تقصير أو إهمال فى تنفيذ هذه الواجبات، ولمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى تكييفها للأفعال الصادرة من المدعى عليه بأنها خطأ أو غير خطأ أو قيام هذا المسوغ وعدم قيامه. لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائى مؤيدا بقضاء الحكم المطعون فيه بنى قضاءه بإلزام الطاعن الثالث بصفته – وزير الداخلية – مع باقى الطاعنين متضامنين بالتعويض على أنه مسئول عن الضرر الذى أحدثه تابعه بعمله غير المشروع وهى عبارة مجملة تنم عن أن المحكمة لم تحط بواقعات الدعوى كما ذكرتها فى حكمها أن المتهم الذى قتل مورث المطعون ضدهما والمطالب بالتعويض عن قتله لم يكن تحت مراقبة تابع الطاعن الثالث بصفته أو فى حراسته كما وأنها تنم عن أن المحكمة لم تسجل على الطاعن الثالث بصفته وقوع أى خطأ شخصى وتبين ماهيته ونوعه وهل كان عن تقصير أو إهمال من جانبه أو أحد من تابعيه أم أنه قام بما يفرضه عليه الواجب فى مثل الظروف التى وقع فيها الحادث ذلك لأن مرد الأمر فى هذا الخصوص ليس فى غياب رجال الأمن عن مكان الحادث بل بقيامهم بواجباتهم المفروضة عليهم والتى تواضع الناس على إدراكهم إياها متمثلة فى امتناعهم أو تقصيرهم عن القيام بواجبهم فى ضبط ومراقبة الخارجين على القانون وإيداع المريض منهم المصحة اللازمة لعلاجه وهو ما لم يتساند إليه الحكم بدليل يقينى وإثبات كافى بما ينحسم به أمره ولم يتحقق منه بلوغا إلى غاية الأمر فيه دون افتئات منه على حقوق الآخرين. وإذ كان الثابت من الأوراق أن واقعة هروب المجنون من المستشفى إدارة الطاعن الأول لم تصل إلى علم رجال الأمن بمركز شرطة سيدى برانى حسبما دلت بذلك الشهادة الصادرة عن المستشفى إلا فى تاريخ لاحق لارتكاب الحادث ولم يكن فى مقدور أى منهم تلافى وقوعه بما ينتفى معه ثمة خطأ يمكن نسبته لهم وهو ما يستتبع انتفاء مسئولية الوزارة المتبوعة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وبنى قضاءه بإلزام الطاعن الثالث بصفته بالتعويض فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون فضلا عن الفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب".

(طعن رقم ٧٤٣ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤)

(أنظر شرح المادة ١٧٤).

الركن الثانى للمسئولية التقصيرية

(الضرر)

٤٩٠- تعريف الضرر:

الضرر هو ما يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة له. والضرر هو الركن الثانى فى المسئولية. فلا يكفى وقوع الخطأ لقيام هذه المسئولية، وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب طالبه ولأن مدعى المسئولية لا تكون له مصلحة فى الدعوى، إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه(١).

فالشروع فى الجريمة مثلا قد يؤدى إلى المسئولية الجنائية، وهو يعتبر خطأ مدنيا، ولكنه لا تتحقق معه المسئولية التقصيرية إلا إذا ترتب عليه ضرر.

وإذا أخطأ محضر فى إعلان صحيفة استئناف فلا مسئولية عليه إذا ما حكم برفض الاستئناف شكلا متى استبان أن الاستئناف كان واجب الرفض موضوعا(٢).

وإذا ذبح شخص شاه غيره دون إذنه ثم أثبت أنها كانت أوشكت أن تنفق وقت أن ذبحها انعدم الضرر من ذبحها، وكذلك إذا كسر قطعة نقد مزيفة دون إذن صاحبها فإنه لا يسأل عن ذلك لأنه لا ضرر من فعله.

والضرر نوعان: مادى وأدبى، وليس يقصد بذلك أن الضرر يكون ماديا إن وقع تحت الحواس ويكون أدبيا إن لم يقع تحتها، وإنما يقصد بالضرر المادى هو الضرر الذى يمس مصلحة مشروعة للمضرور فى شخصه كالاعتداء على سلامة جسمه، أو على ماله، إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له.

أما الضرر الأدبى فهو كل ما يؤذى الإنسان فى شرفه أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن الجانب الأدبى من الإنسان سواء من حيث شرفه واعتباره أو عاطفته وشعوره ووجدانه هو بحسب الأصل أغلى قيمة والأضرار التى تصيب الإنسان فى

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٣٣٢ – عبد المنعم الصده ص٤٨٧.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٣٥.

شئ من ذلك بطبيعتها متفاوتة فإيذاء المشاعر الناتج عن كلمة نابية يتلفظ بها المخطئ فى مشادة عابرة قد يجبرها مجرد الحكم على المسئول بتعويض ضئيل يرد اعتبار المضرور فى حين أن حملة تشهير تغتال السمعة والاعتبار بين الناس وتؤثر فى مشاعر ووجدان ضحيتها مدة طويلة لا يجبرها مثل ذلك، والضرر المتمثل فى إيذاء الشعور الناجم عن استيقاف فرد ليوم أو بعض يوم نتيجة اتهام ظالم يقل بالضرورة عن اعتقال الناس سنين ذات عدد يتعرض فيها المعتقل للتعذيب فيصاب فى مشاعره ووجدانه ومعتقداته بما يفقده الإحساس حتى بقيمة الأشياء التى يمتلكها وهو ما قد يؤدى إلى الانتقاص من قدرته على الكسب لفقدان الرغبة فيه أو القدرة النفسية على الاتفاق فلابد أن تراعى المحكمة فى تقديرها للتعويض مدى ما أصاب المضرور من قهر وألم وأسى ليكون التعويض مواسيا، ولا يؤدى بسبب ضآلته لزيادة ألمه فتسئ إليه فى حين أن المقصود مواساته".

(طعن رقم ٣٥٣٥ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٦/٢/١٣)

٤٩١- الضرر المادى والأدبى:

أنظر فى التفصيل (شرح المادة ١٧٠).



الركن الثالث للمسئولية التقصيرية
(علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر)

٤٩٢- المقصود بعلاقة السببية:

يقصد بعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذى ارتكبه المسئول والضرر الذى أصاب المضرور وهى ركن مستقل عن ركن الخطأ. فلا يكفى إذن أن يتوافر الخطأ والضرر إذا لم يكن هذا الضرر قد نجم عن ذلك الخطأ.

فإذا قاد شخص سيارة دون أن يحصل على رخصة قيادة، ثم صدم شخصا ظهر فجأة فى طريقه بحيث لم يكن يستطيع أن يتفاداه، فإنه لا يكون مسئولا عن هذا الحادث بالرغم من خطئه فى القيادة دون ترخيص لانعدام السببية بين هذا الخطأ والحادث الذى وقع، وكذلك إذا انزوى الخفير النظامى فى مكان خفى من دركه وأخذ يغط فى نومه، ثم وقعت فى هذا الوقت سرقة فى دركه، فإنه لا يسأل عن هذه السرقة لمجرد استرساله فى النوم فى الوقت المكلف فيه بالسهر، وإنما يلزم لذلك أن يقوم الدليل على أن هذا الخطأ نتيجته المباشرة حصول السرقة(١).

وإذا دس شخص لآخر سما، وقبل أن يسرى السم فى جسم المسموم يأتى شخص ثالث فيقتله بمسدس. فهنا خطأ هو دس السم وضرر هو موت المصاب، ولكن لا سببية بينهما إذ الموت سببه إطلاق المسدس لا دس السم، فوجد الخطأ ولم توجد السببية(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن القانون يوجب التعويض الجابر لكل ضرر متصل السبب بأصله الضار".

(طعن رقم ٥٣ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٢- "متى كانت محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية على أن وقوع الحادث للطائرة – والذى أودى بحياة طيارها – دون أن يعرف سببه لا يلزم منه اعتبار شركة الطيران مرتكبة لخطأ

---

(١) سليمان مرقس ص٤٦٦.

(٢) السنهورى ص٧٣٢ وما بعدها.

يقتضى الحكم عليها بالتعويض إذ يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببية، وأنه متى كان سبب احتراق الطائرة فى الجو غير معلوم ولا يمكن إسناده لعيب معين فى تركيب الطائرة فإن مسئوليتها عن التعويض تعتبر منتفية – فإن هذا التأسيس صالح لإقامة الحكم وكاف فى دفع مسئولية الشركة المذكورة".

(طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٣- "علاقة السببية من أركان المسئولية وتوافرها شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعا لذلك، وهى تقتضى أن يكون الخطأ متصلا بالإصابة أو الوفاة اتصال السبب بالمسبب بحيث لا يتصور وقوع أيهما بغير قيام هذا الخطأ، وكان التقرير الطبى المرفق بالأوراق لم يجزم بسبب الإصابات التى حدثت بمورث المطعون ضدها ولا صلتها بوفاته، وكان الحكم المطعون فيه – بالرغم من ذلك – قد ألزم الشركة الطاعنة بالتعويض عن وفاة هذا المورث نتيجة ما نسبه إليها من خطأ تمثل فى عدم اتخاذ احتياطات الأمن الصناعى ولم يستظهر كيف أدى ذلك إلى حدوث إصابته وأنها أدت إلى وفاته، ومن ثم فإن الحكم يكون معيبا بالقصور فى التسبيب".

(طعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٩)

٤- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن علاقة السببية من أركان المسئولية وتوافرها شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعا لذلك، وهى تقتضى بأن يكون الخطأ متصلا بالإصابة أو الوفاة اتصال السبب بالمسبب بحيث لا يتصور وقوع أيهما بغير قيام هذا الخطأ".

(طعن رقم ٤٦٩٤ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٨/١/١٥)

٤٩٣- ما تثيره علاقة السببية:

تقدير قيام علاقة السببية من عدمه من أدق المسائل التى تثيرها المسئولية المدنية، وترجع هذه الدقة إلى عاملين رئيسيين هما:

الأول: تعدد الأسباب: ذلك أنه يندر أن يكون للضرر سبب واحد، بل يغلب أن تساهم عدة أسباب من بينها خطأ المدعى عليه فى وقوعه. وفى هذه الحالة تجب معرفة ما إذا كانت السببية متوفرة بالنسبة إليها جميعا أم بالنسبة لبعضها فحسب. وإذا تعددت الأسباب فإنه يثور التساؤل عن أثر ذلك على مسئولية المدعى عليه.

الثانى: تسلسل الأضرار: ذلك أنه كثيرا ما يسبب السبب الأول أضرارا متلاحقة. وفى هذه الحالة تجب معرفة ما إذا كانت السببية متوفرة بالنسبة إليها جميعا أم بالنسبة لبعضها فحسب. وإذا تعددت الأسباب فما أثر ذلك على مسئولية المدعى عليه.

ونتناول هذين العاملين بالتفصيل فيما يلى:

أولا: حالة تعدد الأسباب

تثور مسألة تعدد الأسباب إذا كان الضرر واحدا، واشترك فى إحداثه أسباب متعددة.

مثل ذلك أن يقود شخص سيارة بسرعة أكثر مما ينبغى، فيصدم شخصا ثملا كان يسير فى عرض الطريق.

أو أن يهمل مالك فى حراسة سيارته فيسرقها شخص ويقودها بسرعة كبيرة فيسبب حادثا للغير.

أو يضرب شخص بقبضه يده آخر على رأسه المصابة بضعف استثنائى فى عظام الجمجمة، ضربة خفيفة فتؤدى إلى انحساف فى رأس المعتدى عليه.

فهنا يثور التساؤل، عما إذا كانت علاقة السببية متوافرة فى كل من سببى الحادث معا أم فى أحدهما فقط.

وقد نشأت فى ذلك نظريتان نعرض لهما فيما يلى.

النظرية الأولى:

٤٩٤- نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب:

صاحب هذه النظرية الفقيه الألمانى فون بيرى (Von Buri). ومضمون النظرية أن كل سبب له دخل فى إحداث الضرر بحيث لولاه ما حدث الضرر – مهما كان بعيدا – يعتبر من الأسباب التى أحدثت الضرر، وتعد كلها متعادلة من حيث التسبب فى الضرر.

وبناء على ذلك يعتبر كل من قيادة السيارة بسرعة ووجود المجنى عليه ثملا سببا فى حصول الوفاة.

وكل من إهمال المالك فى حراسة السيارة وقيادتها بسرعة كبيرة سببا فى وقوع الحادث للغير.

وكل من الضرب والضعف الاستثنائى فى الجمجمة سببا فى انحساف رأس المعتدى عليه.

وهذه النظرية سادت الفقه المصرى إلى وقت قريب.

النظرية الثانية:

٤٩٥- نظرية السبب المنتج (الفعال):

قال بهذه النظرية الفقيه الألمانى فون كريس.

وهى تميز عند تعدد الأسباب بين الأسباب المنتجة (الفعالة) والأسباب العارضة. وتعتبر الأسباب المنتجة هى وحدها أسباب الضرر.

ويراد بالسبب المنتج السبب المألوف الذى يحدث الضرر عادة فهو يكفى وحده لإحداث الضرر.

أما السبب العارض فهو السبب غير المألوف الذى لا يحدث الضرر عادة ولكنه أحدثه عرضا ولا أهمية لكون السبب العارض قد ساهم فى وقوع الضرر.

ففى مثل الثمل الذى داهمته السيارة المسرعة اجتمع سببان فى إحداث الضرر. خطأ الثمل وخطأ القائد، وكلاهما سبب مألوف يحدث هذا الضرر عادة، فهما سببان منتجان وصاحباهما مسئولان معا.

وفى هذا السيارة المسروقة. فإن إهمال مالك السيارة فى حفظها ليس من شأنه وفقا للمجرى العادى للأمور أن يحدث إصابة الغير. فإذا أدى إلى ذلك فى هذا المثل فلأنه اقترن مصادفة بسبب غير منتج من شأنه وحده أن يحدث تلك الإصابة وهو القيادة بسرعة كبيرة. فيكون هذا السبب الأخير هو المنتج الفعال الذى يعول عليه من الناحية القانونية فى إقامة المسئولية. أما إهمال المالك فى حفظ السيارة فلا يعتبر إلا سببا عارضا لا يقام له وزن فى تقصى رابطة السببية القانونية بين الضرر وسببه[١].

وفى مثل الضرب على رأس المجنى عليه. فإن الضربة تعتبر سببا عارضا للوفاة لأنها لم تكن تؤدى إلى وفاة شخص عادى، ولكن إذا كان المعتدى عليه رضيعا، لم يكتمل نمو عظام رأسه فإن تلك الضربة تعتبر سببا منتجا للوفاة لأنها تؤدى بحسب

---

(١) السنهورى ص٧٦٠ وما بعدها – سليمان مرقس ٤٦٩ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٤٩٧ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص٢٧٠ وما بعدها.

المجرى العادى للأمور إلى وفاة الطفل وهذه النظرية هى التى يأخذ بها الفقه والقضاء الآن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "متى كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائغة أن خطأ الحكومة (الطاعنة) هو الذى أدى إلى وقوع السرقة وأنه لولا هذا الخطأ ما كانت لتقع بالصورة التى وقعت بها وما كان الضرر الذى لحق المطعون ضدها، فإن هذا الخطأ يكون من الأسباب المنتجة والمؤثرة فى إحداث الضرر وليس سببا عارضا وبالتالى تتحقق به مسئولية الحكومة عن هذا الضرر".

(طعن رقم ٤٥٤ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٦/٣٠)

٢- "لا يكفى لنفى علاقة السببية بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه، القول بوجود أسباب أخرى من شأنها أن تسبب هذا الضرر ذلك أنه يجب لاستبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر أن يتحقق توافر أحد هذه الأسباب الأخرى وأن يثبت أنه السبب المنتج فى إحداث الضرر. فإذا كان الحكم قد اكتفى بإيراد رأى علمى مجرد يقول بوجود عوامل أخرى تؤدى إلى حدوث الضرر دون أن يتحقق الحكم من توافر أحد هذه العوامل فى خصوصية النزاع وأنه هو السبب المنتج فى إحداث الضرر فإنه يكون قاصرا فيما أورده من أسباب لنفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر".

(طعن رقم ٣١٠ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٩)

٣- "ركن السببية فى المسئولية التقصيرية لا يقوم إلا على السبب المنتج الفعال المحدد للضرر دون السبب العارض الذى ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر مهما كان قد أسهم مصادفة فى إحداثه بأن كان مقترنا بالسبب المنتج. لما كان ذلك، وكان السبب المنتج الفعال فى وفاة ابن المطعون ضدهما هو إشعاله النار فى نفسه عمدا أما إهمال تابعى الطاعن فى حراسته فلم يكن سوى سببا عارضا ليس من شأنه بطبيعته إحداث هذا الضرر ومن ثم لا يتوافر به ركن المسئولية موضوع دعوى المطعون ضدها ولا يعتبر أساسا لها".

(طعن رقم ١٢٤٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/٦/٢٤)

٤- "إن كان قانون التأمين الإجبارى من المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات يستلزم التأمين على المقطورة على استقلال عن الجرار باعتبارها إحدى المركبات

وفقا لقانون المرور حتى تغطى شركة التأمين المؤمن عليها لديها الأضرار الناتجة عن الحوادث التى تقع بواسطتها إلا أن المعيار فى تحديد المسئولية عند تعدد الأسباب المؤدية إلى الضرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يكون بتحديد السبب الفعال المنتج فى إحداثه دون السبب العارض".

(طعن رقم ٦٥٧٠ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٦)

٥- "ركن السببية فى المسئولية التقصيرية لا يقوم إلا على السبب المنتج الفعال المحدث للضرر دون السبب العارض الذى ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر، مهما كان قد أسهم مصادفة فى إحداثه بأن كان مقترنا بالسبب المنتج".

(طعن رقم ٤٦٢٣ لسنة ٦٧ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٩)

٤٩٦ الأثر الذى يترتب على تعدد الأسباب:

إذا تعددت الأسباب المنتجة للضرر فإنه تجب مساءلة كل من أسهم فيها أيا كان قدر خطئه. ولا ينفرد بتحمل المسئولية الخطأ الأكبر وحده، مهما كانت جسامته سواء كان عمدا أو إهمالا.

والمسئولية تكون فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض (م ١٦٩ مدنى).

وإذا وقف القاضى على نسبة جسامة الخطأ فيجوز ألا يكون التعويض بالتساوى فيما بينهم فى هذه الحالة. فيعين القاضى نصيب كل من المسئولية عن الفعل الضار بنسبة جسامة الخطأ الذى ساهم فيه المسئول فى الضرر الذى لحق بالمضرور.

(أنظر شرح المادة ١٦٩).

وسنرى أن هذا يتفق مع نص المادة ٢١٦ مدنى.

فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور فى إحداث الضرر، كما إذا أسرع سائق السيارة فى سيره فاعترض طريقه شخص ثمل فصدمه، كان هناك مشترك، ورجع المضرور على المسئول بنصف التعويض الجابر للضرر أو بالنسبة التى يقدرها القاضى.

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير، كما إذا قاد شخص سيارة بسرعة تجاوز القدر المناسب لحالة الطريق، فاعترضته حفرة بالطريق أحدثها شخص من الغير فانقلبت السيارة وأصابت أحد المارة، فإن هذين الخطئين يكونان قد أسهما فى

وقوع الضرر، ويكون المدعى عليه مسئولا نحو المضرور عن تعويض كامل، ويرجع بنصف التعويض – أو بالنسبة التى يحددها القاضى – على الغير الذى أحدث الحفرة بالطريق.

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير. كما إذا قاد السائق السيارة بسرعة تجاوز القدر المناسب لحالة الطريق، فسقطت السيارة بحفرة أحدثها الغير بالطريق فأصابت شخصا ثملا كان يعبر الطريق، كان السائق مسئولا نحو المضرور عن ثلثى التعويض، ويرجع السائق بالثلث على الغير، ما لم يحدد القاضى نسبة أخرى.

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقيام قوة قاهرة فى إحداث الضرر، كان المدعى عليه مسئولا عن التعويض الكامل، لأن خطأه كان سببا فى إحداث الضرر، ولا يستطيع الرجوع على أحد، لأن الحادث الذى اشترك مع خطئه فى إحداث الضرر كان قوة قاهرة، فيتحمل وحده المسئولية كاملة(١).

وقد قضت محكمة النقض الدائرة المدنية بأن:

١- "رابطة السببية فى المسئولية التقصيرية تقوم على الخطأ المنتج للضرر والخطأ المنتج هو ما كانت مساهمته لازمة فى إحداث الضرر ولم يكن مجرد نتيجة لخطأ آخر، فإذا ما تعددت هذه الأخطاء اعتبرت أسباب مستقلة متساندة تتنوع المسئولية عليها جميعا ولا ينفرد بتحملها الخطأ الأكبر وحده ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه مهما كانت جسامة الخطأ الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء المستقلة إلا إذا كان كافيا لإحداث النتيجة بالصورة التى تمت بها مستغنيا بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى، لما كان ذلك وكانت أحكام المسئولية التقصيرية لا تفرق بين الخطأ العمدى وغير العمدى، فإن الحكم المطعون فيه إذا خلص إلى انتفاء مسئولية المطعون ضده الثانى عن خطئه غير العمدى على سند من إطلاق القول بأن الخطأ العمدى يستغرق حتما الخطأ غير العمدى ورتب على ذلك وحده القضاء برفض دعوى الطاعن قبل المطعون ضدهما الثانى والثالث حاجبا نفسه عن بحث مدى أثر خطأ المطعون ضده الثانى فى إحداث الضرر موضوع الدعوى، يكون – فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون – معيبا بالقصور".

(طعن رقم ٦٤٧ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٦/٢/٦)

---

(١) السنهورى ص٧٦٢ وما بعدها.

٢- "تعدد الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيها أيا كان قدر الخطأ المنسوب إليه".

(طعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٣/٣/٢٨)

٣- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك لما كانت رابطة السببية فى المسئولية التقصيرية تقوم على الخطأ المنتج للضرر وكان الخطأ المنتج هو ما كانت مساهمته لازمة فى إحداث الضرر ولم يكن مجرد نتيجة لخطأ آخر فإذا ما تعددت هذه الأخطاء اعتبرت أسبابا مستقلة متساندة توزع المسئولية عليهم جميعا، ولا ينفرد بتحملها الخطأ الأكبر وحده مهما كانت جسامة الخطأ الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء المستقلة إلا إذا كان كافيا لإحداث النتيجة بالصورة التى تمت بها مستغنيا بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى".

(طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٠٠٩/٣/١٥)

كما قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "إذا وقعت حادثة قتل خطأ وثبت أن المسئولية عن وقوعها مشتركة بين المجنى عليه والجانى فإن ذلك لا يخلى الجانى من المسئولية المدنية حتى لو كان قسط المجنى عليه من المسئولية أعظم من قسطه وإنما يكون قسط الجانى من المسئولية المدنية مناسبا لقسطه من الخطأ الذى ترتبت عليه الجريمة".

(طعن رقم ٢٢٤٩ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٣٠/١٢/٢٥)

٢- (أ) – "الأصل أن كل فعل خاطئ نشأ عنه ضرر للغير يوجب مسئولية فاعله عن تعويض ذلك الضرر. فالمسئولية واجبة ابتداء، ولكنها قد تخف أو تتضاءل بنسبة خطأ المجنى عليه، ومبلغ اشتراكه مع الجانى فى إحداث الضرر، وذلك ما يعرف عند علماء القانون بنظرية الخطأ المشترك. وقد تحجب مسئولية المجنى عليه مسئولية الجانى، متى تبين من ظروف الحادثة أن خطأ المجنى عليه كان فاحشا إلى درجة يتلاشى بجانبها خطأ الجانى ولا يكاد يذكر، كأن يكون المجنى عليه تعمد الإضرار بنفسه، فانتهز فرصة خطأ الجانى واتخذه وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الإضرار بنفسه. وتلك هى الحالة الوحيدة التى يصح أن يرفض فيها طلب التعويض".

(ب)- "كل مضاربة تتضمن بطبيعتها واقعتين بالنسبة لكل متضارب: واقعة يكون هو فيها جانبا إلى غيره، والأخرى يكون فيها مجنيا عليه من هذا الغير. فمن يطلب

التعويض منهما تطبق على طلبه قواعد المسئولية المدنية، ويقدر التعويض بحسب جسامة خطأ المجنى عليه الناشئ عن الضرر، مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو فى إحداث هذا الضرر لنفسه أو تسببه فيه، ثم يقضى له بالتعويض الذى يستحقه، أو يرفض طلبه متى كان خصمه قد طلب أيضا تعويض فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه، أو وجدت أنه يربى على تعويضه، فأوقعت المقاصة بين التعويضين، وقضت لخصمه بالزائد. وكل ما تجريه المحكمة من ذلك يجب بيانه فى الحكم. أما القول من بادئ الأمر إنه مادام كل فريق قد اعتدى على الآخر فقد سقط حقه فى طلب التعويض على كل حال قول ممتنع".

(طعن رقم ٢٢١٩ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٢/١١/٢٨)

٤٩٧- متى يستغرق أحد الخطأين الأخطاء الأخرى؟

ذهب رأى فى الفقه إلى أنه إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن فى إحداث الضرر. وكان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب فى إحداث الضرر. فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة، ولا أثر لخطأ الغير فى هذه المسئولية. أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة، ولا أثر لخطأ المدعى عليه فى هذه المسئولية.

ويستغرق أحد الخطأين الآخر – إذا كان خطأ متعمدا أو كان هو الذى دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر(١).

إلا أن محكمة النقض ذهبت إلى أنه مهما كانت جسامة الخطأ الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء المستقلة إلا إذا كان كافيا لإحداث النتيجة بالصورة التى تمت بها مستغنيا بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى. وأن أحكام المسئولية التقصيرية لا تفرق بين الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى، ومن ثم فإن الخطأ الأول لا يستغرق الخطأ الأخير فى جميع الأحوال، أى كقاعدة عامة.

(طعن رقم ٦٤٧ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٦/٢/٦)

(راجع أيضا نقض جنائى طعن رقم ٢٢١٩ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٢/١١/٢٨ المنشور بالبند السابق).

---

(١) السنهورى ص٧٥٤ – محمود جمال الدين زكى ص٢٨١.

ثانيا : تسلسل الأضرار

٤٩٨- المقصود بتسلسل الأضرار:

إذا وقع ضرر نتيجة خطأ، ثم تعاقبت الأضرار الناشئة عن هذا الخطأ، فلا يسأل من ارتكبه إلا عن الضرر الذى يعتبر وفقا للفقرة الأولى من المادة ٢٢١ مدنى نتيجة طبيعية له. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. وهو ما يعبر عنه بالضرر المباشر إذ تجرى هذه الفقرة على أن:

"إذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون، فالقاضى هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذلك جهد معقول".

ونحيل فى شرح المقصود بتسلسل الأضرار إلى شرح المادة (٢٢١).

٤٩٩- إثبات علاقة السببية:

يذهب رأى فى الفقه إلى أن عبء إثبات علاقة السببية يقع على مدعى التعويض، إذ يجب عليه إثبات أركان المسئولية جميعا بما فيها علاقة السببية[١].

بينما يذهب رأى آخر إلى أن الرأى السابق أصبح لا يتفق مع حكم المادة ١٦٥ مدنى التى تلقى على عاتق المدعى عليه إقامة الدليل على السبب الأجنبى لنفى علاقة السببية، مما يدل على أنها افترضت قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر. إذ تنص هذه المادة على أن: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"[٢].

ويؤكد الرأى الأخير ما قرره الدكتور بغدادى حال مناقشة المادة (١٦٥) بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أنه: "إن أهمية هذا النص الجديد تظهر فى إبراز استقلال رابطة السببية وأثر هذا الاستقلال يتجلى فى أمرين: الأول هو أنه فيما يتعلق بالخطأ وعلاقة السببية يمكن نفى الخطأ فى بعض الأحيان ما لم يمنع هذا بنص فالخطأ

---

(١) السنهورى ص٧٩٥ – سليمان مرقس ص٤٨٠.

(٢) محمود جمال الدين زكى ص٢٨٢ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٣٤.

مسألة وعلاقة السببية مسألة أخرى والذى أريد من هذا النص هو إظهار أن السببية شيء والخطأ شيء آخر ثم إن الأصل فى علاقة السببية هو أنه مادام أن هناك ضررا متصلا بفعل شخص فرباط السببية مفترض إلا إذا أقام هو الدليل على عكس ذلك، على أن هذا النص لا يأتى بجديد لأن أغلب أحكام المحاكم تأخذ به فالغرض منه هو إظهار الغامض وهو يضع قاعدة إثبات، والجديد فى صيغته هو الإشارة إلى أن علاقة السببية مفترضة لكن الخطأ غير مفترض"(١).

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى بالأخير إذا قضت بأن:

"متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر فإن القرينة على توفر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور وللمسئول نقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه".

(طعن رقم ٤٨٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١١/٢٨)

٥٠٠- قيام علاقة السببية من المسائل المتعلقة بالواقع:

استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائغ.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالواقع، فلا يخضع قاضى الموضوع فى فهمه له لرقابة محكمة النقض إلا أن يشوب تسبيبه عيب".

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/٣/١١)

٢- "استخلاص السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائغ".

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ٢ق جلسة ١٩٦٦/١١/٨)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٦٣.

٣- "استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائغ".

(طعن رقم ٢٥٢ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)[١]



(١) وقد عدلت محكمة النقض فى هذه الأحكام وغيرها عما سبق أن ذهبت إليه من أن توافر أو عدم توافر رابطة السببية على أساس الواقع مسألة تخضع لرقابتها.

إذ قضت بتاريخ ١٩٣٤/١/١١ فى الطعن رقم ٦١ لسنة ٣ق بأن:

".... أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض".

مادة (١٦٤)

١- يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز.

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.

الشرح

٥٠١- الركن المعنوى فى الخطأ (التمييز):

ذكرنا سلفا أن الركن الثانى فى الخطأ هو الركن المعنوى أى التمييز فلا يكفى ركن التعدى ليقوم الخطأ بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدى مدركا لها. وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة صراحة على أن: "يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".

فالتمييز إذن هو مناط المسئولية، فهى تقوم إذا وجد وتنعدم إذ فقد.

وجعل الشارع سن التمييز سبع سنوات ميلادية (م٤٥ مدنى).

فالتمييز إذن يتوافر ببلوغ الصغير سن السابعة. ويكون الصبى المميز مسئولا مسئولية تقصيرية كاملة ولو لم يبلغ سن الرشد.

أما إذا لم يبلغ الصبى هذه السن فلا تجوز مساءلته.

ومن بلغ السابعة يفترض فيه التمييز وتصح مساءلته حتى يقوم الدليل على انعدام التمييز فيه لمرض عقلى أو لسبب عارض.

ولا ينسب الخطأ كذلك إلى المجنون لأنه فاقد التمييز فإذا كان محجورا عليه اعتبر مجنونا حتى يقيم المضرور الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو فى فترة إفاقة. وإذا لم يكن محجورا عليه فلا تنعدم مسئوليته إلا إذا أقام هو أو من يمثله الدليل على فقدان التمييز[١].

---

(١) السنهورى ص٦٦٤ – عبد المنعم الصده ص٤٥٩.

والمعتوه عتها كاملا عديم التمييز فلا تصح مساءلته. أما المعتوه المميز فتجوز مساءلته حتى لو كان محجورا عليه لتوافر ركن الإدراك فيه.

أما ذو الغفلة والسفيه ولو كانا محجورين، والأصم والأبكم والأعمى ولو تعين لواحد منهم مساعد قضائى طبقا للمادة ١١٧ من التقنين المدنى تجوز مساءلتهم جميعا، لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال ويميزون بين الخير والشر(١).

ويستوى بالصبى غير المميز، فى عدم نسبة الخطأ إليه من يفقد التمييز لسبب عارض كالأشخاص المصابين بالصرع، أو من فقد التمييز بالتنويم المغناطيسى أو بتناول المسكرات أو بتعاطى المخدرات إذا ترتب على هذه أو تلك فقدان الوعى.

إنما يشترط لانتفاء مسئولية الشخص فى مثل هذه الحالات ألا يكون فقدان التمييز راجعا إلى خطأ منه. فمثلا لو أن فقدان الوعى كان سببه السكر أو المخدر فإنه يفترض أن إقدام الشخص على السكر أو تناوله المخدر كان بخطأ منه. فيكون مسئولا حتى يقيم هو الدليل على أن ذلك لم يكن بخطأ منه. كأن يثبت أنه كان مضطرا إلى باعث مشروع كالعلاج أو يثبت أنه لم يعهد فى نفسه من قبل أن يفقد الوعى. ويذهب القضاء الفرنسى إلى عدم إعفاء المجنون من المسئولية إذا كان سبب الجنون هو الإدمان على السكر أو الفجور(٢).

وكانت المادة (٢٣١) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٦٤) مدنى تنص فى فقرتها الثالثة على أنه: "إذا أحدث شخص ضررا، فى وقت فقد فيه التمييز، التزم بتعويض الضرر، ما لم يثبت أنه قد فقد التمييز بغير خطأ منه "إلا أنها حذفت فى لجنة المراجعة لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة(٣).

أما إذا كان فقدان الوعى بخطأ من المسئول، بأن تناول المسكرات أو المخدرات باختياره وعن بينة منها، ودون أمر من الطبيب، فإنه يكون مسئولا عن الخطأ ولو كان فاقدا الوعى(٤).

---

(١) السنهورى ص٦٦٤- أحمد حشمت أبو ستيت ص٤١٩.

(٢) محمود جمال الدين زكى ص٢٤٣ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٤٥٩.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٥٧ ومابعدها.

(٤) محمود جمال الدين زكى ص٢٤٣ ومابعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"جعل التمييز مناط للأهلية فى المسئولية التقصيرية، فمتى كان الشخص قادرا على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه، فمرجع الأمر فى هذا الشأن، فكرة ذاتية أو شخصية يناط بها الحكم ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة موقوتة، متى كان هذا الفقد راجعا إلى خطأ الفاعل، ويتعين على محدث الضرر، إزاء ذلك، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه، إذا أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه، فالخطأ يفترض فى هذه الحالة، والضرر لا يأتى إلا فى المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصل رباط السببية بها، إذ هو ينجم عن فقد التمييز، وهذا بدوره يترتب على الخطأ، وقد أورد التقنينان التونسى والمراكشى تطبيقا لهذا الحكم فنصا فى المادة ٩٣/١٠٢ على أن "حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية، فى الالتزامات الناشئة عن الجنح وأشباهها، متى كانت هذه الحالة اختيارية، وترتفع المسئولية إطلاقا إذا كان السكر غير اختيارى، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه"(١).

٥٠٢ - نطاق انعدام المسئولية لانعدام التمييز:

نطاق انعدام المسئولية لانعدام التمييز نطاق محدود، ذلك لأن هناك حالات غير قليلة يكون عديم التمييز مسئولا فيها وهى:

١- إذا كان عديم التمييز هو الذى أصيب بالضرر:

عدم التمييز لا يتنافى مع ارتكاب الخطأ إذا كان عديم التمييز هو الذى أصيب بالضرر والذى يطالب غيره بالتعويض، فيجوز للمدعى عليه أن يثبت أن الضرر إنما وقع بخطأ عديم التمييز نفسه، فتنتفى مسئوليته، أو أنه أسهم بخطئه فى حدوث الضرر، فيعتبر ذلك خطأ منه موجب لتخفيف المسئولية طبقا لقواعد الخطأ المشترك(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٥٧ ومابعدها – وينتقد البعض ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أن التمييز أهلية تشرط فى المسئولية، إذ الأهلية لا تكون إلا فى التصرفات القانونية، إنما يمثل التمييز هنا عنصر الإدراك الذى يجب توافره فى الخطأ (عبد المنعم الصده ص٤٥٨– السنهورى ص٦٦٢).

(٢) سليمان مرقس ص٢٤١– الدناصورى والشواربى ص٧٧.

٢- حالة الخطأ المفروض:

عديم التمييز فى حالات الخطأ المفروض يعتبر مسئولا عن فعل تابعه، وعن فعل الشئ الذى هو فى حراسته، ولا يغنى عدم تمييزه شيئا. وذلك لأن مسئولية الشخص عن فعل تابعه أو عن الأشياء التى فى حراسته ليس أساسها الخطأ، وإنما هى مقررة على أساس آخر وبصرف النظر عن فكرة الخطأ كما سنرى(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بجلسة ١٩٤٢/٥/١٥ فى الطعن رقم ٨٥٥ لسنة ١٢ق بأن:

"إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه "يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعا منهم فى حالة تأدية وظائفهم" فقد أفادت أنه لا يقتضى ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض، بل يكفى لتطبيقها أن يكون الخطأ المنتج للضرر قد وقع من التابع أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع. وإذن فيصح بناء على هذه المادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن أفعال خدمه الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور أى خطأ فى حقه إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للإدراك والتمييز حساب وإنما هى عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله فى خدمته".

٣- أن يكون عديم التمييز وحده فى مكان المسئول:

يجب لعدم إمكان نسبة الخطأ إلى عديم التمييز أن يكون وحده فى مكان المسئول. فإذا وجد مسئول عنه، كأب أو معلم، صحت نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسئولية المسئول عنه. ويكون هذا الأخير مسئولا عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصى. وسيأتى تفصيل ذلك(٢).

٥٠٣- مسئولية عديم التمييز فى حالات استثنائية:

ذكرنا سلفا أن الأصل أن عديم التمييز لا يكون مسئولا عن الخطأ الذى يصدر

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٧٧- أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٢١ ومابعدها.

(٢) عبد المنعم الصده ص٤٦٠.

منه. ولكن نصت الفقرة الثانية من المادة على حالتين يكون عديم الأهلية فيهما مسئولا عن خطئه إذجرت على أن:

"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".

وهذه المسئولية استثنائية لأنها مقررة خلافا للأصل المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ذاتها، إذ أنها مسئولية دون خطأ تفرض على شخص عديم التمييز فى حين أن القاعدة أن لا مسئولية بلا خطأ وأن عديم التمييز لا يسأل، وإذن فلا مفر من تأسيس هذه المسئولية على تحمل التبعة أو فكرة التضامن الاجتماعى، ولهذا كانت مسئولية احتياطية وجوازية ومخففة فهى مسئولية احتياطية لأنها لا يمكن الالتجاء إليها إلا إذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز، وهو الشخص المكلف بالرقابة. أو وجد هذا الشخص ولكن تعذر الحصول منه على تعويض، إما لأنه استطاع أن ينفى الخطأ عن نفسه أو لأنه رغم ثبوت الخطأ فى جانبه كان معسرا.

ومن شأن هذا الشرط تضييق نطاق هذه المسئولية الاحتياطية إذ الغالب أن يكون عديم التمييز فى رعاية شخص غيره يكون مسئولا عنه.

وهى مسئولية جوازية بمعنى أن أمرها متروك للقاضى الذى يجب عليه أن يراعى مراكز الخصوم. فيستطيع القاضى أن يلزم عديم التمييز بالتعويض إذا رأى أن حالته المالية تسمح بذلك. وله ألا يحكم بالتعويض إذا وجد أن حالة عديم التمييز المالية لا تسمح بإلزامه بالتعويض.

وهى أخيرا مسئولية مخففة، فإذا رأى القاضى إلزام عديم التمييز بالتعويض، فلا يتحتم عليه إلزام عديم التمييز بتعويض الضرر الذى أحدثه طبقا للقواعد العامة أى بتعويض كامل، بل له إلزامه بتعويض عادل، يراعى فيه مركز الخصوم على الأخص من الناحية المالية، فهو يقضى بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء وكان المضرور فقيرا معدما وأصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذى صدر من عديم التمييز. وهو يقضى ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش فى غير وفر وكان المضرور فى حاجة إلى التعويض. ويجب على القاضى فى هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله موردا كافيا للنفقة على نفسه، وعلى من تجب عليه نفقته.

ولما كانت مسئولية عديم التمييز جوازية، فللقاضى أن يرفض التعويض إذا كان عديم التمييز فقيرا، والمضرور يعيش فى سعة(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فلا تترتب مسئولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين: أولهما أن يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيطت به الرقابة على من أحدث الضرر، إما لعدم إقامة الدليل على مسئوليته، وإما لإعساره. والثانى، أن يسمح مركز الخصوم للقاضى بأن يقرر للمضرور تعويضا عادلا. فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذن، إذا لم يكن غير المميز قادرا على أدائه، بل ويجوز عند الاقتدار إنقاص التعويض عدالة، حتى يكون فى حدود سعته. ويراعى فى ذلك كله مركز المضرور نفسه، من الناحية المادية وجسامة الخطأ ومدى الضرر"(٢).

والحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدنى مستحدث فى التقنين الجديد، فليس له أثر رجعى والعبرة باليوم الذى وقع فيه العمل الضار، فإن كان قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالقانون القديم هو الذى يسرى ولا مسئولية على عديم التمييز(٣).



(١) السنهورى ص٦٦٦ وما بعدها – سليمان مرقس ٢٤٤ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص٢٤٤ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٢٢ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٥٨.

(٣) السنهورى ص٦٦٨.

مادة (١٦٥)

إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه، كحادث مفاجئ 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.

الشرح

٥٠٤- انقطاع علاقة السببية:

تنعدم علاقة السببية فى المسئولية التقصيرية، كما تنعدم فى المسئولية العقدية، إذا نشأ الضرر عن سبب أجنبى لا يد للمخطئ فيه. وقد ذكرت المادة (١٦٥) صور السبب الأجنبى وهى:

١- الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

٢- خطأ المضرور.

٣- خطأ الغير(١).

ونعرض لها بالتفصيل فيما يلى:

أولا: القوة القاهرة

٥٠٥- تعريف القوة القاهرة:

القوة القاهرة هى الحادث الذى لا يمكن توقعه أو دفعه، وليس للمدين دخل فى حدوثه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى.

٥٠٦- عدم إمكان توقع الحادث:

يشترط ألا يكون من الممكن توقع الحادث. فإذا أمكن توقعه حتى لو استحال دفعه، لم يكن قوة قاهرة. ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب

---

(١) يرى الفقه التقليدى- الذى تأثر به الشارع فى صياغة المادة ١٦٥ أن السبب الأجنبى يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر (السنهورى ص٧٣٥- أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٤٥ - محمود جمال الدين زكى ص٢٧٨ هامش (١)- عبد المنعم الصده ص٤٩٨ وما بعدها)- وذلك على خلاف ما يراه بعض الفقهاء من أن السبب الأجنبى يعدم الخطأ أو فى عبارة أوضح يرفع نعت الخطأ عن الفعل الضار.

المسئول فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور. فالمعيار لا يكتفى فيه بالشخص العادى، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا.

ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى فقد يقع حادث فى الماضى، ويبقى مع ذلك غير متوقع فى المستقبل، إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه.

أما إذا كان فى الوسع توقعه، كما إذا كان يقع فى مواعيد دورية، ولو متباعدة كالفيضان والأمطار أو يقع فى بعض الأحيان كتفشى دودة القطن فلا يعتبر قوة قاهرة.

وعدم التوقع فى المسئولية التقصيرية يكون وقت الحادث ذاته، أما فى المسئولية العقدية، فيكون وقت إبرام العقد. فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد، كان هذا كافيا حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ(١).

٥٠٧- استحالة دفع الحادث:

يشترط أن يكون الحادث لا يستطاع دفعه، فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة.

ويجب أن تكون استحالة دفع الحادث مطلقة فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده، بل استحالة بالنسبة لأى شخص يكون فى موقف المدين.

٥٠٨- يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا:

يجب أن يكون الحادث الذى تتوافر به القوة القاهرة، أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

وهذا الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة، التى تجعل تنفيذ الالتزام يصبح مرهقا لا مستحيلا(٢).

٥٠٩- أمثلة للقوة القاهرة:

من أمثلة القوة القاهرة، الفيضانات والزلازل والبراكين والصواعق وحوادث الحرب المفاجئة، وأوامر السلطة العامة كاستيلاء الإدارة على وسائل النقل، والثورات الأهلية والفتن، والإضراب عن العمل إن كان مفاجئا.

---

(١) السنهورى ص٧٣٦ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص١٧١ وما بعدها – راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثانى بند ٤٥٦.

(٢) السنهورى ص٧٣٧- الدناصورى والشواربى ص٢٢٥.

ويعتبر من قبيل القوة القاهرة الفعل الضار الصادر عن الغير متى توافرت فيه شروط القوة القاهرة، فإنه لا يكون متوقعا أو ممكنا دفعه، كاستيلاء العدو على بضاعة أو مهاجمة عصابة مسلحة السيارة الناقلة وسرقة البضاعة منها، رغم اتخاذ الناقل كافة إجراءات الحراسة المطلوبة.

ويلاحظ أن سبب الضرر قد يكون قوة قاهرة وقد لا يكون كذلك بحسب الظروف التى يقع فيها. فالسرقة التى حصلت من عمال الناقل أو بسبب إهمالهم – فى المسئولية العقدية – لا تبرئ الناقل بخلاف ما إذا وقعت من عصابة مسلحة رغم كل احتياط بذله الناقل، وكذلك شأن الحريق والانفجار وغيرها.

٥١٠- الحادث المفاجئ (الحادث الجبرى) :

حاول بعض الفقهاء قديما وعلى رأسهم الفقيه جوسران، أن يفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ (الحادث الجبرى) بحيث يعتبر الناقل مسئولا عن نتائج الحادث المفاجئ دون نتائج القوة القاهرة، على أساس أن القوة القاهرة تعتبر أمرا خارجا عن الشئ، أما الحادث المفاجئ فإنه يأتى من داخل الشئ أى مشروع النقل ذاته أومن مخاطره الطبيعية كانفجار الآلات أوانفجار إطارات السيارة.

إلا أن الفقه الحديث لا يفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ من حيث النتيجة، إذ العبرة بأن يكون الحادث غير ممكن دفعه ولا توقعه بصرف النظر عن أن يكون خارجيا أو داخليا، لذلك حرص التقنين المدنى المصرى على ذكر القوة القاهرة والحادث المفاجئ كمترادفين يترتب على وقوع أحدهما دفع المسئولية[١].

إلا أن محكمة النقض تشترط أن تكون القوة القاهرة خارجة عن نطاق الشئ. فلم تعتبر انفجار السيارة قوة قاهرة.

إذ قضت بأن :

١- (أ)- "المسئولية المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضا لايقبل إثبات العكس وترتفع عنه المسئولية إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايد له فيه وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير،

(١) السنهورى ص٧٣٦ – سليمان مرقس ص٤٩١ وما بعدها – الدناصورى والشواربى ص٢٢٤.

ولا يعتبر الفعل سببا أجنبيا إلا إذا كان خارجا عن الشئ فلا يتصل بتكوينه ولا يمكن توقعه أو دفعه أو درء نتائجه ويؤدى مباشرة إلى وقوع الحادث".

(ب)- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر انفجار إطار السيارة أداة الحادث سببا أجنبيا يعفى الشركة المطعون ضدها الأولى من مسئوليتها كحارسة للسيارة فى حين أن هذا الانفجار لا يعد خارجا عن السيارة وتكوينها ويمكن توقعه والتحرز من حدوثه فلا يعتبر من قبيل السبب الأجنبى مما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال".

(طعن رقم ٢٧٥٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)[١]

وقضت - بصدد القوة القاهرة - بأن:

١- "يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقا للمألوف من الأمور بل يكفى لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله.

ولا يشترط أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقا لا نسبيا فالمعيار فى هذه الحالة موضوعى لا ذاتى. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص بأسباب سائغة أن الانخفاض فى منسوب النهر الذى وصفه الطاعن (الناقل) بأنه قوة قاهرة كان فى الإمكان توقعه لأنه لم يكن فجائيا وإنما كان تدريجيا وظهرت بوادره قبل يوم الحادث فإن ما سجله الحكم عن إمكان توقع الانخفاض فى مستوى النهر يكفى بذاته لنفى وصف القوة القاهرة عنه".

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٩)

٢- "يشترط فى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذى يترتب عليه استحالة التنفيذ وينقضى به الالتزام عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة".

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٩)

---

(١) قارن طعن رقم ١١٦٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣١ المنشور بذات البند فيما يلى.

٣- "لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه وكان هذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذى تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها – وإذ كان الحكم المطعون فيه قد نفى مسئولية المطعون ضدها الثانية بسبب عدم توافر أى خطأ قبل تابعها قائد السيارة التى وقع لها الحادث وعدم ثبوت انحرافه بالسيارة عن الطريق، وانتهى إلى ثبوت وقوع الحادث بسبب أجنبى هو انفجار لغم بالسيارة وكان هذا الاستخلاص سائغا وله أصل ثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه فإن المجادلة فى هذا الصدد تكون مجادلة موضوعية فيما تستقل بتقديره محكمة الموضوع تنحسر عنها رقابة هذه المحكمة ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه على غير أساس".

(طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧)

٤- "لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بقيام السبب الأجنبى على مجرد قوله "وتخلص المحكمة من الملابسات والظروف المحيطة بالواقعة أن الحريق اندلع فجأة بالسيارة وهو سبب أجنبى لا يد لأمين النقل فيه، ولم يستطع هو وصاحب الأثاث دفعه أو توقيه وبذلك تنتفى المسئولية..." دون أن يبين سنده الذى أقام عليه هذه النتيجة، فإنه يكون معيبا بالقصور بما يوجبه نقضه".

(طعن رقم ١١٦٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣١)

ثانيا: خطأ المضرور

٥١١- حكم هذه الحالة:

إذا تسبب المضرور فى حدوث الضرر بفعله، فإن هذا الفعل لا يعد سببا أجنبيا بالنسبة إلى المدعى عليه إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة أى إذا أثبت المدعى أنه لم يكن فى وسعه توقع هذا الفعل ولا منعه ولا درء نتائجه، وذلك خلافا لخطأ المضرور إذ يعتبر هذا الخطأ فى ذاته سببا أجنبيا إلى أن يثبت المضرور أن المدعى عليه كان قد توقع خطأه أو كان فى إمكانه أن يتوقعه وأن يتفاداه ويدرأ نتائجه.

وقضت محكمة النقض بأن:

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن فعل المضرور وإن كان يخفف المسئولية عن الأعمال الشخصية إلا أنه يجب أن يكون هذا الفعل خطأ فى ذاته وساهم فى إحداث الضرر، وأن تقرير مساهمة المضرور فى الفعل الضار يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى متى أقام القاضى قضاءه على استخلاص سائغ، ولكن وصف الفعل الذى وقع من المضرور وأسس عليه اشتراكه فى إحداث الضرر هو من التكييف الذى يخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٦٠٢ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٨٤/١/١)

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا رفض المجنى عليه أن تبتر ساقه رغم أن هذا البتر كان يحتمل معه حسب رأى الأطباء نجاته، وأعقب ذلك حدوث التهاب بالساق أدى إلى الوفاة، فإنه لا يجوز للجانى محدث الإصابة أن يحتمى لدرء مسئوليته عن الوفاة وراء إحجام المجنى عليه عن تحمل بتر ساقه، وهو إجراء جراحى عظيم الخطر، فضلا عما يسببه من آلام مبرحة تجعل للمجنى عليه عذرا فى إحجامه وبالتالى تجعل هذا الإحجام لا خطأ فيه(١).

وإذا كان أحد الخطئين نتيجة للآخر فإن السبب الأول يجب التالى ويستغرقه، ويوجب تحميل المسئولية كلها لمن ارتكبه، كما إذا أطلق شخص عيارا ناريا فى طريق عام، فأزعج أحد المارة إلى درجة أن ارتمى هذا على الأرض فسقط على مال لآخر فأتلفه.

وكما إذا ركب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعا فى سيره بها فنجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب تحت تأثير الفزع إلى أن يأتى بحركة خاطئة التماسا للنجاة فأضر بنفسه فإن خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعى عليه فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب، وتحققت مسئولية الصديق كاملة.

---

(١) نقض جنائى ٢٨ أكتوبر ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائى ٢٦٥- ١٥٢ ومجموعة عاصم للنقض الجنائى ١-١٠-٧ مشار إليه فى مرقس ص٥٠١ هامش (١)- السنهورى ص٧٤٥- سليمان مرقس ص٤٩٧.

وكذلك يكون الحكم إذا ارتكب المريض خطأ فى علاج نفسه. وكان ذلك بناء على استشارة خاطئة من الطبيب، فإن خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض إذ الخطأ الثانى ليس إلا نتيجة للخطأ الأول، فيكون الطبيب مسئولا عن التعويض كاملا(١).

٥١٢- حالة وجود خطأ مشترك بين المضرور والمسئول:

إذا كانت السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر ثابتة، وأثبت المدعى عليه أن المضرور قد تسبب بخطئه فى وقوع الحادث، فقد ثبت بذلك أن للضرر سببين كل منهما خطأ، فتوزع المسئولية بين المسئول والمضرور، وتسمى هذه الحالة حالة الخطأ المشترك. ومثلها وقوع تصادم بين سيارتين ثبت أن سائقيهما قد ارتكب كل منهما خطأ، كما إذا دهمت سيارة شخصا كان مشغولا بقراءة صحيفة.

وإثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار أو أن الضرر بفعله وحده، من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغا ولكن وصف الفعل الذى وقع من المضرور وأسس عليه اشتراكه فى إحداث الضرر هو من التكييف الذى يخضع لرقابة محكمة النقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض الدائرة المدنية بأن:

١- "إثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار أو أن الضرر بفعله وحده، من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض مادام استخلاصه سائغا".

(طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٣/١/١٣)

٢- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن فعل المضرور وإن كان يخفف المسئولية عن الأعمال الشخصية إلا أنه يجب أن يكون هذا الفعل خطأ فى ذاته وساهم فى إحداث الضرر، وأن تقرير مساهمة المضرور فى الفعل الضار يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى متى أقام القاضى قضاءه على استخلاص سائغ، ولكن وصف الفعل الذى وقع من المضرور وأسس عليه اشتراكه فى إحداث الضرر هو من التكييف الذى يخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٦٠٢ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٨٤/١/١)

---

(١) السنهورى ص٧٤٥ ومابعدها.

٣- "إثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار أو أن الضرر بفعله وحده من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع، كما أن استخلاص ما إذا كانت سرعة السيارة فى ظروف معينة تعد عنصرا من عناصر الخطأ أو لا تعد هى مسألة تقديرية متروكة لمحكمة الموضوع بلا معقب".

(طعن رقم ٩٥٠ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢٧)

كما قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- (أ) – "عدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة وإن أمكن اعتباره خطأ مستقلا بذاته فى جرائم القتل الخطأ، إلا أن هذا مشروط بأن تكون هذه المخالفة هى بذاتها سبب الحادث بحيث لا يتصور وقوعه لولاها. ولما كان الحكم المطعون فيه قد دلل بأسباب سائغة على أن خطأ المطعون ضده فى مخالفة قرار وزير الداخلية فى شأن سرعة السيارات داخل المدن لم يكن فى حد ذاته سببا فى قتل المجنى عليه، فإن رابطة السببية بين الخطأ والنتيجة تكون غير متوافرة، ويكون الحكم صحيحا فيما انتهى إليه فى هذا الخصوص والنعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون غير سديد".

(ب)- "من المقرر أن خطأ المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجانى وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة. وتقدير توافر السببية بين الخطأ والنتيجة أو عدم توافرها هو من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها مادام تقديرها سائغا مستندا إلى أدلة مقبولة ولها أصلها فى الأوراق. ولما كان الحكم المطعون فيه قد استظهر من أقوال شاهدة الرؤية الوحيدة أن المجنى عليه كان أثناء عدوه عابرا الطريق على مسافة قريبة جدا من السيارة وأن أقوالها تتفق ودفاع المطعون ضده بأنه رأى المجنى عليه على مسافة ثلاثة أمتار، وكانت المعاينة لا تنفى وقوع الحادث على هذه المسافة، فإن ما تثيره الطاعنة فى هذا الصدد ينحل إلى جدل فى تقدير أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة".

(طعن رقم١٨١٤ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢٥)

٢- (أ)- "يصح فى القانون أن يقع الحادث بناء على خطأين من شخصين مختلفين ولا يسوغ فى هذه الحالة القول بأن خطأ أحدهما ينفى المسئولية عن الآخر، إذ يصح أن يكون الخطأ مشتركا بين شخصين مختلفين أو أكثر".

(ب)- "الأصل أن خطأ المضرور لا يرفع مسئولية المسئول وإنما يخففها ولا يعفى المسئول استثناء من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول فى إحداث الضرر الذى أصابه وأنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسئول".

(ج)- "تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائيا أو مدنيا مما يتعلق بموضوع الدعوى ولا يقبل المجادلة فيه أمام محكمة النقض".

(ج)- "تقدير توافر السببية بين الخطأ والنتيجة هو من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها مادام تقديرها سائغا مستندا إلى أدلة مقبولة لها أصلها فى الأوراق".

(هـ)- متى كان الحكم قد دلل فى منطق سائغ على أن المتهم هدأ من سير الترام قيادته عند وصوله إلى المحطة مما جعل المجنى عليه يعتقد أنه سيقف ولكن المتهم استمر فى سيره بسرعة فتعلق المجنى عليه بباب المركبة وتدلت ساقاه على الأرض وجذبهما الترام حتى مرت عليهما عجلات المقطورة مما أدى إلى بترهما، وأن خطأ المجنى عليه بركوبه الترام قبل وقوفه تماما لا يستغرق خطأ المتهم، فإنه يكون قد أثبت توافر الخطأ فى حق المتهم واستظهر رابطة السببية بين الخطأ والحادث".

(طعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٩)

٣- "متى كان يبين من المفردات المنضمة أن الطاعنين كانا قد دفعا - لدى المحكمة الاستئنافية - بانتفاء رابطة السببية بين ما قد يمكن نسبته للطاعن الأول من خطأ وبين وقوع الحادث، إذ أن خطأ المجنى عليه وحده هو الذى أدى إلى وقوع الحادث مما من شأنه أن يقطع هذه الرابطة، ذلك أنه تسلل إلى حمام النادى خلسة دون أن يكون معه تصريح بدخوله وكان مرتديا ملابس الاستحمام ونزل إلى المياه وسط السباحين وتوجه إلى الجزء العميق من الحمام على الرغم من أن الطاعن الأول كان قد حذره من ذلك فى اليوم السابق، وبرغم أنه لا يجيد السباحة وأن الطاعن الأول قد بذل أقصى ما فى استطاعته بأن سارع إلى النزول خلفه بمجرد أن لاحظ أنه غطس ولم يظهر وأخرجه من المياه وأجرى له التنفس الصناعى، ولما لاحظ سوء حالته قام بنقله إلى المستشفى إلا أنه توفى، وما كان بوسع أى شخص آخر فى مكانه وظروفه أن يمنع وقوع الحادث، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه سجل بعض هذا الدفاع بقوله أن الطاعنين دفعا بانتفاء الخطأ فى جانب المتهم وأنه إذا وجد خطأ فيرجع إلى

المجنى عليه لتسلله إلى الحمام وإلقائه بنفسه فى الماء وسط زحام من السباحين، وقد أطرح الحكم هذا الدفاع بقوله: إن الحكم المستأنف قد تكفل بالرد عليه ردا كافيا تأخذ المحكمة به أسبابا لها، ولما كان من المقرر أن رابطة السببية كركن من أركان جريمة القتل خطأ تتطلب إسناد النتيجة إلى خطأ الجانى ومساءلته عنها طالما كانت تتفق والسير العادى للأمور، وأن خطأ المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجانى وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة فقد كان يتعين على المحكمة أن تحيط بدفاع الطاعنين كاملا وتلم به إلماما شاملا بجميع عناصره وتدلى برأيها فيه وتبين مدى أثره على توفر رابطة السببية، لأنه كان دفاعا جوهريا لما قد يترتب على ثبوت صحته من انتفاء مسئولية الطاعن الأول جنائيا ومدنيا مما يستتبع عدم مسئولية الطاعن الثانى، ولا يكفى فى الرد على ذلك الدفاع مجرد التعقيب عليه بأن الحكم المستأنف قد تكفل بالرد عليه، طالما أن ذلك الحكم بدوره، وإن كان قد استظهر خطأ الطاعن، إلا أنه لم يكن قد عرض لذلك الدفاع و لم يبد رأيه فيه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصرا بما يعيبه ويوجب نقضه".

(طعن رقم ٥٨٦ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٢)

٤- (أ)- "إذا كان تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائيا أو مدنيا مما يتعلق بموضوع الدعوى، وكانت المحكمة الاستئنافية قد استخلصت من الأدلة السائغة التى أوردتها أن الحادث يرجع إلى خطأ المجنى عليه وحده بنزوله من السيارة قبل وقوفها، وأن المتهم لم يرتكب ثمة خطأ يستوجب مساءلته، إذ كان يقود السيارة ولم ير المجنى عليه عند مغادرته لها لانشغاله بقيادتها، ولم يأخذ بتصوير محكمة أول درجة من أن المتهم أخطأ بتمكينه المجنى عليه من أن يقوم بفتح الباب أثناء سير السيارة، لما استبانته من صحة أقوال المتهم ومفتش التذاكر من أن نزول المجنى عليه كان بغير إذن المتهم ودون أن يكون فى استطاعته منعه لانشغاله بالقيادة فإنه لا يقبل من الطاعن المجادلة فى ذلك أمام محكمة النقض".

(ب)- "الأصل أن لمحكمة الموضوع أن تستخلص من جماع الأدلة والعناصر المطروحة أمامها على بساط البحث، الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى حسبما يؤدى إليه اقتناعها وأن تطرح ما يخالفها من صور أخرى لم تقتنع بصحتها مادام استخلاصها سائغا مستندا إلى أدلة مقبولة فى العقل والمنطق ولها أصلها فى الأوراق".

(ج)- "لما كان استئناف المتهم على استقلال يفيد منه المسئول عن الحقوق المدنية إذا كسبه، بطريق التبعية واللزوم، وكانت الدعوى المدنية المرفوعة على المسئول عن الحقوق المدنية لم ترفع إلا باعتبارها تابعة للدعوى الجنائية المقامة قبل المتهم، فإن القضاء بالبراءة لعدم ثبوت التهمة يقتضى رفض الدعوى المدنية قبل المسئول عن الحقوق المدنية، إذ أن مسئولية المتبوع عن التعويض مترتبة على ثبوت الواقعة ذاتها المرفوعة بها الدعوى الجنائية ضد المتهم، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية لعدم ثبوت تهمة القتل خطأ ضد المتهم لا يكون قد أخطأ فى شئ ولا محل لما يثيره الطاعن فى هذا الصدد".

(طعن رقم ١٠١٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٢)

٥١٣- الخطأ المتعمد:

ذهب الشراح إلى أنه إذا كان أحد الخطئين متعمدا والآخر غير متعمد، فإن الخطأ المتعمد يستغرق الخطأ غير المتعمد. إذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المدعى عليه كان يكون هو الذى تعمد إحداث الضرر كانت مسئوليته كاملة حتى ولو كان خطأ المضرور غير المتعمد قد ساهم فى إحداث الضرر.

مثال ذلك أن يرى قائد سيارة رجلا كفيف البصر يعبر طريقا مزدحما بالسيارات المارة دون قائد أو مرشد فيستخف به وتحدثه نفسه أن يصدمه بالسيارة، وينفذ ذلك، فلا يجوز له أن يحتج بأن المضرور قد أخطأ بعبوره الطريق المكتظ بالسيارات دون مرشد، لأن سائق السيارة تعمد أن يصدم المضرور، ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفا استغله السائق فى تنفيذ قصده.

أما إذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المضرور نفسه، فإن خطأه يستغرق خطأ المدعى عليه، وترتفع مسئولية هذا الأخير لانعدام رابطة السببية، كمن يلقى بنفسه أمام سيارة تسير بسرعة فائقة بقصد الانتحار، فلا يجوز لورثته أن يحتجوا بالسرعة الزائدة التى كان يسير بها قائد السيارة بمقولة أنه بذلك يكون قد ارتكب خطأ، ذلك لأنه تعمد الانتحار وهو وحده السبب الذى يتعين الوقوف عنده لوقوع الضرر، ولم يكن خطأ المدعى عليه إلا ظرفا استغله المضرور فى تنفيذ ما انتواه[١].

---

(١) السنهورى ص٧٤٢ وما بعدها – الدناصورى وعكاز ص٢٣٦ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٤٦ – عبد المنعم الصده ص٥٠٣.

وقد أخذت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بهذا الرأى فقضت بتاريخ ١٩٣٢/١١/٢٨ فى القضية رقم ٢٢١٩ لسنة ٢ ق بأن:

"الأصل أن كل فعل خاطئ نشأ عنه ضرر للغير يوجب مسئولية فاعله عن تعويض ذلك الضرر. فالمسئولية واجبة ابتداء، ولكنها قد تخف أو تتضاءل بنسبة خطأ المجنى عليه، ومبلغ اشتراكه مع الجانى فى إحداث الضرر، وذلك ما يعرف عند علماء القانون بنظرية الخطأ المشترك، وقد تجب مسئولية المجنى عليه مسئولية الجانى، متى تبين من ظروف الحادثة أن خطأ المجنى عليه كان فاحشا إلى درجة يتلاشى بجانبها خطأ الجانى ولا يكاد يذكر، كأن يكون المجنى عليه تعمد الإضرار بنفسه، فانتهز فرصة خطأ الجانى واتخاذه وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الإضرار بنفسه. وتلك هى الحالة الوحيدة التى يصح أن يرفض فيها طلب التعويض".

غير أن محكمة النقض – الدائرة المدنية – ذهبت فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٢/٦ فى الطعن رقم ٦٤٧ لسنة ٤٥ق – كما رأينا سلفا إلى أن أحكام المسئولية التقصيرية لا تفرق بين الخطأ العمدى وغير العمدى. وهو ما ينبنى عليه بحث مدى مساهمة خطأ صاحب الخطأ العمدى فى إحداث الضرر، وهذا لايمنع أن يكون الخطأ العمدى قد استغرق الخطأ غير العمدى فى بعض الحالات.

٥١٤- رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر:

القاعدة أن رضاء المضرور بالضرر لا ينفى مسئولية المدعى عليه عن فعله الخاطئ الذى أحدث هذا الضرر، فلو أن طبيبا أجرى عملية جراحية خطرة لا تتطلبها ضرورة فإنه يكون مخطئا وتتحقق به مسئوليته كاملة حتى لو رضى المريض بإجراء هذه العملية. لكن رضاء المضرور بوقوع الضرر قد يكون خطأ منه. وفى هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه إذ نصبح بصدد خط مشترك يؤدى إلى توزيع المسئولية على عاتق الطرفين. مثل ذلك أن يركب شخص سيارة يعلم أنها غير سليمة أو يعلم أن سائقها فى حالة سكر. أو أن يستحث سائقها على السير بسرعة كبيرة. فإذا أصاب الراكب ضرر فى هذه الحالة فإنه يكون قد رضى بهذا الضرر. ويكون هذا الرضاء منه خطأ يخفف من مسئولية السائق. وهناك أحوال قليلة يكون المضرور فيها برضائه بوقوع الضرر قد أخطأ خطأ كبيرا بحيث يستغرق خطأ المدعى عليه فتنتفى مسئولية هذا الأخير.

فإذا قام صاحب سفينة بنقل مهربات وهو يعلم حقيقة ما ينقله، ثم صودرت سفينته فلا يجوز له أن يرجع بشئ على صاحب المهربات. وإذا رضيت امرأة بالغة أن تعاشر خليلا عن شهوه ودون تغرير فلا يحق لها أن ترجع عليه بالتعويض.

ويتضح من هذا أن رضاء المضرور بوقوع الضرر إذا لم يكن خطأ منه فإنه لايؤثر على مسئولية المدعى عليه فتبقى هذه كاملة، وإذا كان الرضاء خطأ لايزيد كثيرا على خطأ المدعى عليه فإنه يخفف من مسئولية هذا الأخير طبقا لقواعد الخطأ المشترك، وإذا كان هذا الرضاء قد بلغ حدا من الجسامة بحيث يستغرق خطأ المدعى عليه فإنه يدرأ المسئولية عن هذا الأخير(١).

ثالثا: خطأ الغير

٥١٥- المقصود بخطأ الغير:

المقصود بالغير من يكون أجنبيا عن كل من المضرور والمسئول، فلا يعتبر من طبقة الغير من كان تابعا للمسئول أو خاضعا لرقابته. والمقصود بخطأ الغير هو الخطأ الشخصى الثابت فى حقه. فلا تكفى المسئولية المفترضة التى تقوم على عاتق حارس الحيوان أو البناء أو الأشياء غير الحية(٢).

ولا يعتبر فعل الغير فى ذاته سببا أجنبيا إلا إذا كان فعل الغير خطأولم يكن فى وسع المدعى عليه أن يتوقع ذلك الخطأ من الغير أو أنه قد توقعه ولم يكن فى استطاعته تفاديه أو درء نتيجته(٣).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لا ترتفع مسئولية الناقل عن سلامة الراكب إلا إذا أثبت هو – أى الناقل– أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير. ويشترط فى خطأ الغير الذى يعفى الناقل من المسئولية إعفاء كاملا ألا يكون فى مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذى سبب الضرر للراكب فإذا كانت مصلحة السكك الحديدية (الطاعنة) لم تقدم إلى محكمة الموضوع ما

---

(١) عبد المنعم الصده ص٥٠٣ وما بعدها.

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص١٣٢٤ – عبد المنعم الصده ص٥٠٩ هامش (٢).

(٣) سليمان مرقس ص٥٠٣– الدناصورى والشواربى ص٣٦٨.

يدل على أنه لم يكن فى مقدورها توقع خطأ الغير الذى قذف الحجر على القطار – فأصاب المطعون عليه – ومنع هذا الخطأ بل إن قذف الأحجار على قطارات السكك الحديدية هو من الأمور التى توقعتها المصلحة الطاعنة فى قرار ٤ مارس سنة ١٩٢٦ الخاص بنظام السكك الحديدية الذى ينص على معاقبة من يرتكب هذا الفعل بعقوبة المخالفة، كما أنه كان فى مقدور المصلحة تفادى عواقب هذا الفعل لو أنها اتخذت الاحتياطات الكفيلة بمنع قذف الأحجار على قطارات السكك الحديدية أو على الأقل يمنع ما يترتب على احتمال قذفها من ضرر للركاب ولا يهم ما قد تكبدها هذه الاحتياطات من شقة ومال إذ طالما كان فى الإمكان تفادى عواقب خطأ الغير بأية وسيلة فإن هذا الخطأ لا يعفى الناقل من المسئولية إعفاء كليا".

(طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/١/٢٧)

أما إذا انتفى عن فعل الغير وصف الخطأ، فلا أثر له فى مسئولية المدعى عليه، فيكون هذا الأخير هو وحده المسئول، وتكون مسئوليته كاملة(١).

وخطأ الغير له حالات ثلاث نعرض لها فى البند التالى.

٥١٦- حالات خطأ الغير:

الحالة الأولى:

أن يكون خطأ الغير هو السبب الوحيد فيما حدث من ضرر. وفى هذه الحالة تنتفى كلية مسئولية المدعى عليه. ويعفى المدعى عليه من المسئولية كلية ولو لم يستدل على ذلك الغير بذاته، إذ ليس فى القانون من التزام على قائد السيارة بالإرشاد عن ذلك الغير لتمكين المضرور من الرجوع عليه. فضلا عن أن تمييز شخصية الغير الذى تسبب بخطئه فى وقوع الحادث، ليس من شأنه تغيير الحقيقة فى الدليل القائم على خطئه، إلا أن يكون فى هروبه من مكان الحادث توكيد ما نسب إليه ومن ثم فلا يجد المضرور سبيلا يسلكه لتعويضه عما أصيب به من ضرر(٢).

الحالة الثانية:

إذا اشترك خطأ الغير مع خطأ المدعى عليه فى إحداث الضرر. فى هذه الحالة

---

(١) عبد المنعم الصده ص٥٠٨.

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٣٦٨ وما بعدها.

يتعين التفرقة بين ما إذا كان أحد الخطئين قد استغرق الخطأ الآخر، أو يقوم كل منهما على استقلال من الآخر.

فإذا استغرق أحد الخطئين الخطأ الآخر، ألقيت المسئولية كاملة على من نسب إليه الخطأ المستغرق. فإذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه، فإن الغير وحده يكون هو المسئول مسئولية كاملة، ولا أثر لخطأ المدعى عليه فى هذه المسئولية.

أما إذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة، ولا أثر لخطأ الغير فى هذه المسئولية.

أما إذا لم يستغرق أحد الخطئين الخطأ الآخر، اعتبر كل منهما سببا فى الضرر- وهذه هى حالة تعدد المسئولين عن الفعل الضار- وصار كل من ارتكب خطأ مسئولا أمام المضرور عن كل الضرر عملا بالمادة ١٦٩ مدنى التى تقضى بأنه: "إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر".

أما فيما بين المسئولين، فيقسم عليهم التعويض بالتساوى إلا إذا رأى القاضى توزيعه عليهم بحسب جسامة الخطأ المنسوب إلى كل منهم.

ويكون للمضرور أن يرجع على أى منهما بكامل التعويض، فإذا دفع أحدهما التعويض كاملا كان له أن يرجع على الآخر بقدر نصيبه فى المسئولية.

والأصل أن المسئولية توزع بينهما بالتساوى إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد نصيب كل منهما بحسب جسامة الخطأ الذى صدر منه[١].

الحالة الثالثة:

هى الحالة التى يشترك فيها خطأ المضرور وخطأ الغير وخطأ المجنى عليه فى إحداث الضرر، وثبت الخطأ فى جانبهم جميعا فإن المضرور يتحمل ثلث الضرر، إلا إذا حدد القاضى نصيبا آخر من التعويض حسب جسامة خطئه، ويكون المدعى عليه والغير مسئولين بالتضامن عن باقى التعويض.

فيرجع المضرور بباقى التعويض على أى منهما. ويرجع من دفع منهما على الآخر بنصيبه من التعويض.

---

(١) السنهورى ص٧٥٣ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص٢٨١ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٥٠٨ وما بعدها.

٥١٧- انتفاء المسئولية بثبوت السبب الأجنبى:

إذا توافر السبب الأجنبى بالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة انتفت علاقة السببية، والمسئولية بالتالى ولا يجوز للمحكمة بعد ذلك أن تبحث فى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "بحسب المحكمة أن تكون قد أقامت حكمها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية – على ما ثبت لها من أن الضرر الذى أصاب المضرور قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمدعى عليه يد فيه وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتحرى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير".

(طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٢- "متى وجدت القوة القاهرة وتوافرت شرائطها فى القانون، كانت النتيجة محمولة عليها وانقطعت علاقة السببية بينها وبين الخطأ، وامتنعت المسئولية عمن أخطأ إلا إذا كان خطؤه بذاته جريمة".

(نقض جنائى طعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣٠)

٥١٨- اشتراك خطأ المسئول مع القوة القاهرة أو الحادث الفجائى:

إذا اشترك خطأ المسئول مع القوة القاهرة والحادث الفجائى فى حدوث الضرر تحمل المسئول التعويض بأكمله، لأن الذى أسهم معه فى الخطأ هو قوة قاهرة أو حادث فجائى فلا محل للرجوع على أحد.

٥١٩- تقدير قيام القوة القاهرة أو الحادث الفجائى متروك لقاضى الموضوع:

من المقرر أن تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة أم لا هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض بشرط أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله[١].

---

(١) الدناصورى والشواربى ص٢٢٧.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة".

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٧)

٢-".... وكان ما أورده الحكم من تدليل سائغ على ثبوت نسبة الخطأ إلى الطاعن وحصول الحادث نتيجة لهذا الخطأ ينبغى به فى حد ذاته القول بحصول الحادث نتيجة حادث قهرى وهو انهيار جزء من الجسر فجأة ذلك أنه يشترط لتوافر هذه الحالة ألا يكون للجانى يد فى حصول الضرر أو فى قدرته منعه ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا حول واقعة الدعوى والتصوير الذى اطمأنت المحكمة إليه ومناقشة أدلة الثبوت ومبلغ امتناع المحكمة بها مما لا يقبل إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن جنائى رقم ١٢٥٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٥/١/٤)[١]

٥٢٠- عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائى:

من المقرر أن المضرور يقع عليه عبء إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فإذا دفع المسئول بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائى فإنه يقع عليه عبء نفى علاقة السببية بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه[٢].



(١) وهذا يخالف ما قضت به الدائرة المدنية بتاريخ ١٩٣٤/١/١١ فى الطعن رقم ٦١ لسنة ٣ ق من أنه: "... وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض".

(٢) الدناصورى والشواربى ص٢٢٧.

مادة (١٦٦)

من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسئول، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى، وإلا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

الشرح

٥٢١- حالات يكون التعدى فيها مشروعا:

هناك حالات يتوفر فيها الخطأ ومع ذلك لا يعتبر التعدى فيها خطأ، وذلك نظرا إلى ما يحيط التعدى من ظروف تجعله عملا مشروعا، ومن ثم لا تقوم المسئولية. ويتحقق ذلك فى حالات ثلاث هى: الدفاع الشرعى وحالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس، وحالة الضرورة.

وتعتبر هذه الحالات فى القانون الجنائى أسبابا للإباحة، ونقلها عنه القانون المدنى. وإذا كان القانون القديم لم ترد فيه نصوص فى هذا الشأن إلا أن القضاء كان يأخذ بحكم هذه الحالات.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ولمن أحدث الضرر كذلك أن يتنصل من تبعة عمله ويدفع المسئولية عن نفسه، رغم قيام الدليل على اجتماع عناصرها الثلاثة – وهى الخطأ والضرر ورابطة السببية – إذا أثبت توافر سبب من أسباب الإباحة وهى ثلاثة:

الدفاع الشرعى، وصدور أمر من رئيس، والضرورة أما حالة الدفاع الشرعى، فقد عرفها التقنينان التونسى والمراكشى فى المادة ٩٥/١٠٤ بأنها "حالة يجبر فيها الشخص على العمل لدرء اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله". فمن يقوم بالدفاع الشرعى، فى مثل هذه الحالة، فيحدث ضررا للمعتدى لا يكون مسئولا، ولا يعتبر ما وقع منه خطأ يوجب المساءلة"(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٧٨.

حالة الدفاع الشرعى:

الدفاع الشرعى عن النفس أو المال يبيح التعدى ويجعله مشروعا، فلمن أحدث الضرر أن يتنصل من تبعة عمله ويدفع المسئولية عن نفسه، رغم قيام الدليل على اجتماع عناصرها الثلاثة، إذا أثبت أنه كان فى حالة دفاع شرعى(١).

---

(١) وحال مناقشة المادة بلجنة المراجعة استقر الرأى على أن الدفاع الشرعى هو المحدد بشروطه فى القانون الجنائى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٧٠).

وقد نص على حق الدفاع الشرعى فى المواد (٢٤٥-٢٥١) من قانون العقوبات، وهى كالآتى:

مادة (٢٤٥): لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله وقد بينت فى المواد الآتية الظروف التى ينشأ عنها هذا الحق والقيود التى يرتبط بها.

مادة (٢٤٦): حق الدفاع الشرعى عن النفس يبيح للشخص إلا فى الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع فعل يعتبر جريمة على النفس منصوص عليها فى هذا القانون.

وحق الدفاع الشرعى عن المال يبيح استعمال القوة اللازمة لرد أى فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الثانى والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب وفى الفقرة ٤ من المادة ٣٧٩.

مادة (٢٤٧): وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية .

مادة (٢٤٨): لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفية إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول.

مادة (٢٤٩): حق الدفاع الشرعى عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية:

أولا: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

ثانيا: إتيان امرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة.

ثالثا: اختطاف إنسان.

مادة (٢٥٠): حق الدفاع الشرعى عن المال لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية:

أولا : فعل من الأفعال المبينة فى الباب الثانى من هذا الكتاب.

ثانيا: سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات.

ثالثا: الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته. =

شروط الدفاع الشرعى:

يجب لتوافر حالة الدفاع الشرعى توافر الشروط الآتية:

٥٢٢ـ الشرط الأول:

وجود خطر حال على النفس أو المال:

الخطر الحال هو الخطر وشيك الوقوع إذا لم يبادر المهدد بدفعه. فلا ينشأ حق الدفاع الشرعى إذا كان الاعتداء المهدد به اعتداء مستقبلا أى لا ينتظر وقوعه إلا بعد مدة من الزمن تتسع للالتجاء إلى السلطات المختصة حتى تتولى الحيلولة دون وقوع الاعتداء.

وكذلك لا يكون ثمة محل لحق الدفاع الشرعى إذا كان الاعتداء قد وقع بالفعل واستنفد آثاره أو انقطع خطره، كما إذا نفذ المعتدى جريمة القتل وسلم نفسه فى الحال، أو إذا ترك اللص المسروقات فى فناء الدار ولاذ بالفرار.

أما إذا بدأ المعتدى فى تنفيذ اعتدائه ولما ينته منه، أو كان الفعل المكون للاعتداء قابلا للتكرار وقامت الدلائل على أن المعتدى لن يكف عن تكراره إلا إذا وجد ما يصده عن ذلك، كمن يغازل فتاة أو يتحرش بها أو يحاول لمسها رغما منها، فإن وقوع بعض أفعال الاعتداء منه لا يتعين معه القول بانقضاء الاعتداء وبعدم نشوء حق الدفاع بناء على ذلك، إذ أن وقوع هذه الأفعال لا ينفى وجود خطر حال بتكرارها، فيثبت حق الدفاع الشرعى للمعتدى عليها ولمن تلوذ به فيكون لها أو له حق صفع المعتدى ووقفه عند حده(١).

وتوهم العدوان كالعدوان الحقيقى كلاهما يبرر الدفاع الشرعى ويبيح أفعاله وذلك مشروط بأن يكون هذا الاعتقاد والتصور مبنيا على أسباب معقولة(٢).

= **رابعا:** فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة.

مادة (٢٥١): لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعى أثناء استعمال إياه دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر مما يستلزمه هذا الدفاع ومع ذلك يجوز للقاضى إذا كان الفعل جناية أن يعده معذورا إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة فى القانون.

(١) سليمان مرقس ص٢٨٥ وما بعدها.

(٢) موسوعة هرجه الجنائية – التعليق على قانون العقوبات المجلد الثالث ص٥٦٦.

ويكون الدفاع عن نفس الشخص أو ماله أو نفس الغير أو ماله.

ولا يشترط أن يكون الغير عزيزا على المدافع بدرجة كبيرة تدفعه إلى القيام بالدفاع عنه أو عن ماله، لأن نص المادة ورد على إطلاقه بغير تحديد صلة بين المدافع ومن يدافع عنه(١). وهو ما استقر عليه فقه القانون الجنائى بصدد المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات(٢).

كما أخذت به محكمة النقض – الدائرة الجنائية – فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ١٥٠٦ لسنة ١٦ق بجلسة ١٩٤٦/٦/١٠(٣).

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "وحيث إنه لا يشترط فى القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد وقع بالفعل اعتداء على النفس أو المال، بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه المدافع لأسباب جدية وقوع الاعتداء، كما يكفى أن يكون تقدير المدافع الفعل المستوجب للدفاع مبنيا على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر تقديره. ومادامت العبرة فى التقدير بما يراه المدافع فى الظروف التى كان هو فيها فإن تقدير المحكمة وهى تصدر الحكم فى الدعوى يجب أن لا يحسب له حساب فى ذلك".

(طعن رقم ٢٢٣٥ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٢/١٢/٢٨)

٢- "إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم تفيد أن المتهم (وهو خفير) لم يطلق المقذوفين النارين إلا حين اعتقد أن المتجمهرين من فريق المجنى عليهم كانوا متحفزين

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص٢٤٨ – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص١٦٨ – وعكس ذلك السنهورى ص٦٥٢- الدناصورى والشواربى ص٧٢- عبد المنعم الصده ص٤٧٠- أحمد حشمت أبو ستيت ص٤١٥ فيتشرطون أن يكون الغير عزيزا بدرجة كبيرة على المدافع.

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثالثة ١٩٥٥ ص٣٩ – الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الرابعة ١٩٧٧ ص١٩٥.

(٣) **وقد جاء به:**

"إذا كان المتهم قد تمسك بأنه حين أوقع فعل الضرب بالمجنى عليه إنما كان فى حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس فإن رد المحكمة عليه بقولها إن المجنى عليه لم يكن يقصده هو بفعل الضرب الذى كان ينوى إيقاعه بل كان يقصد أخاه، لا يكون سديدا، لأن حق الدفاع مباح قانونا عن نفس الإنسان أو عن نفسه غيره إطلاقا".

للاعتداء على الفريق الآخر، وكان قاصدا تفريقهم والحيلولة بينهم وبين تنفيذ مقصدهم، وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة، ولم يكن قد خالف واجبات وظيفته أو تجاوز فيما وقع منه الحدود التى يقتضيها الموقف، فإن فعلته لا تكون مستوجبة للعقاب. ولا يغير من هذا النظر ما قد يقال من أنه أساء التقدير بعدم استطلاعه رأى العمدة وشيخ الخفراء فى إطلاق العيارين، إذ هو من حقه، حتى باعتباره من الأفراد أن يدفع خطر كل اعتداء يكون على وشك الوقوع بكل ما من شأنه أن يحول دون وقوعه، ثم هو من واجبه، بصفة كونه خفيرا مكلفا بالعمل علي صيانة الأمن، أن يعمل على منع الجرائم فى الحدود المرسومة لذلك".

(طعن رقم ٦٧١ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/٤/٥)

٣- "يكفى الدفاع الشرعى أن يكون تقدير المتهم لفعل الاعتداء الذى استوجب عنده الدفاع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة من شأنها أن تبرر ما وقع من الأفعال التى رأى هو وقت العدوان الذى قدره أنها هى اللازمة لرده إذ لا يتصور التقدير فى هذا المقام إلا أن يكون اعتباريا بالنسبة للشخص الذى فوجئ بفعل الاعتداء فى ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التى كان هو وحده دون غيره المحوط بها والمطلوب منه تقديرها التفكير على الفور فى كيفية الخروج من مأزقها مما لا يصح محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المطمئن الذى كان يستحيل عليه وقتئذ وهو فى حالته التى كان فيها".

(طعن رقم ٦٥٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٠)

٤- "لما كان الحكم المطعون فيه – فى حدود سلطته التقديرية قد استخلص من أقوال شهود الواقعة أن نية الاعتداء كانت قائمة لدى كل من الطاعن والمجنى عليه وخلص من ذلك على نفى حالة الدفاع الشرعى فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون وذلك لما هو مقرر من أنه لا قيام لحالة الدفاع الشرعى متى ثبت أن كلا من المتهم والمجنى عليه كان يقصد الاعتداء على الآخر بغض النظر عن البادئ منهما بالاعتداء".

(طعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٣/١٠/١٨)

٥- "من المقرر أن التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى يجب لتلزم المحكمة بالرد عليه – أن يكون جديا صريحا أو تكون الواقعة كما أثبتها الحكم ترشح لقيام هذه الحالة".

(طعن رقم ٦٤٠٠ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٢)

٦- "قيام حالة الدفاع الشرعى لا يستلزم حصول اعتداء بالفعل من المجنى عليه على المتهم بل يكفى أن يكون قد صدر من المجنى عليه فعل يخشى منه وقوع جريمة من الجرائم التى يجوز فيها الدفاع الشرعى. ولا يلزم فى الفعل المتخوف منه أن يكون خطرا حقيقيا فى ذاته. بل يكفى أن يبدو كذلك فى اعتقاد المتهم وتصوره بشرط أن يكون لهذا التخوف أسباب مقبولة إذ أن تقدير ظروف الدفاع الشرعى ومقتضياته أمر اعتبارى يجب أن يتجه وجهة شخصية تراعى فيها مختلف الظروف الوقتية التى أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ البعيد عن تلك الملابسات".

(طعن رقم ٩٢٤٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢)

كما قضت محكمة النقض الدائرة المدنية بأن:

"يشترط لنفى المسئولية اعتمادا على حالة الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء المراد دفعه حالا أو وشيك الحلول. وإذن فمتى كان الحكم إذ قرر مسئولية الحكومة ونفى قيام حالة الدفاع الشرعى قد أثبت أن البوليس ارتكب خطأ ظاهرا فى محاصرة المتظاهرين فوق أحد الكبارى، وكان من المستحيل عليهم الإفلات من القوتين المتقابلتين ولم تكن هذه الوسيلة هى الكفيلة بالغرض الذى يجب أن يقصده البوليس من تفريقهم وأنه إذا كان قد حصل اعتداء على بعض رجاله، فقد كان مقابل تهجمه على المتجمهرين الفارين أمام البوليس، وأن البوليس هو الذى كان البادئ بالاعتداء دون أن يكون لذلك مبرر، فإن فى هذا الذى قرره الحكم، ما يكفى لحمل قضائه فى هذا الخصوص".

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠)

والاعتداء الذى يقصده قانون العقوبات ويبرر الدفاع الشرعى هو الفعل الذى يحتمل أن تقع معه جريمة على النفس أو المال.

والجرائم التى تقع على النفس يقصد بها أية جريمة من جرائم الاعتداء على الإنسان، ويخشى منها على حياته أو سلامته، وجرائم الاعتداء على العرض وما يمس الشرف والاعتبار.

أما الجرائم التى تقع على المال فهى مقصورة على تلك الجرائم التى أشار إليها الشارع على سبيل الحصر بالفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات.

وهى الجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الثانى والثامن والثالث عشر والرابع عشر من الكتاب الثالث وفى الفقرة (٤) من المادة ٣٧٩.

وهى جرائم الحريق عمدا (م٥٢٥ وما بعدها). والسرقة والاغتصاب (المواد ٣١١ وما بعدها)، والتخريب والتعييب والإتلاف (المواد ٣٥٤ وما بعدها) وانتهاك حرمة ملك الغير (المواد ٣٦٩ وما بعدها). والمخالفات المنصوص عليها بالفقرة الرابعة من المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات وهى التى تعاقب كل من دخل فى أرض مهيأة للزرع أو مبذور فيها زرع أو محصول أو مر فيها بمفرده أو ببهائمه أو دوابه المعدة للجر أو الحمل أو الركوب أو ترك هذه البهائم أو الدواب تمر فيها أو ترعى فيها بغير حق.

وهذه الجرائم واردة على سبيل الحصر فلا يقاس عليها جرائم أخرى. وإن كل يندر فى العمل أن تثار صور للدفاع الشرعى عن المال خارج نطاقها[١].

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"الدفاع الشرعى عن المال لا يبيح استعمال القوة إلا لرد فعل يكون جريمة من الجرائم الواردة حصرا بالمادة ٢٤٦ عقوبات النزاع على تجريف أرض متنازع على ملكيتها ليس من هذه الجرائم".

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٠)

وتقدير الوقائع التى يستنتج فيها قيام حالة الدفاع الشرعى أو انتفاؤها مما يتعلق بالسلطة التقديرية لقاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض متى كانت الوقائع مؤدية إلى النتيجة التى رتبها عليها.

وفى هذا قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- لما كان الحكم المطعون فيه – فى حدود سلطته التقديرية قد استخلص من أقوال شهود الواقعة أن نية الاعتداء كانت قائمة لدى كل من الطاعن والمجنى عليه وخلص من ذلك على نفى حالة الدفاع الشرعى فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون وذلك لما هو مقرر من أنه لا قيام لحالة الدفاع الشرعى متى ثبت أن كلا من المتهم والمجنى عليه كان يقصد الاعتداء على الآخر بغض النظر عن البادئ منهما بالاعتداء".

(طعن ١٣٨٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٣/١٠/١٨)

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص١٦٨ وما بعدها – المستشار مصطفى هرجه ص٥٦٩.

٢- "من المقرر أن تقدير الوقائع التى يستنتج فيها قيام حالة الدفاع الشرعى أو انتفاؤها متعلق بموضوع الدعوى لمحكمة الموضوع الفصل فيها بلا معقب متى كانت الوقائع مؤدية إلى النتيجة التى رتبها عليها".

(طعن رقم ٤٩٠٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٠)

٥٢٣- الشرط الثانى:

أن يكون السبيل الوحيد لدفع الاعتداء هو استعمال القوة:

وهذا يقتضى ألا يكون هناك مجال للاستعانة بالسلطة، إذ فى هذه الحالة يمتنع استعمال القوة ويجب على المدافع الالتجاء إلى السلطة.

غير أن القانون لا يطالب الإنسان بالهرب بدلا من استعمال القوة إذا كان استعمالها لازما لما فى ذلك من جبن لا تقره الكرامة الإنسانية.

كذلك لا يجب استعمال الدفاع إذا كان الاعتداء قد ثم وانتهى تماما، لأن الدفاع لم يشرع للانتقام، وإنما شرع لرد العدوان(١).

وفى قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "إن تحريم حق الدفاع عن المال عند إمكان الرجوع إلى السلطة العامة للاستعانة بها فى المحافظة عليه محله أن يكون هناك من ظروف الزمن وغيره ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل. والقول بغير ذلك مؤد إلى تعطيل النص القانونى الصريح الذى يخول حق الدفاع لرد أفعال التعدى تعطيلا تاما".

(طعن رقم ٨٩٢ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٧)

٢- "إن القانون لا يمكن أن يطالب الإنسان بالهرب عند تخوف الاعتداء عليه لما فى ذلك الجبن الذى لا تقره الكرامة الإنسانية وإذن فالحكم الذى ينفى ما دفع به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى بمقولة أنه كان فى مقدوره أن يهرب ويتجنب وقوع اعتداء منه أو عليه هذا الحكم يكون مؤسسا على خطأ فى تطبيق القانون متعينا نقضه".

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٢/١٠/٦)

---

(١) المستشار أنور طلبه ص٤٠٣ – الدناصورى والشواربى ص٧٢.

٣- "حق الدفاع الشرعى لم يشرع لمعاقبة معتد على اعتدائه وإنما شرع لرد العدوان فإذا كان المتهم قد تمكن من انتزاع الموس من يد خصمه فصار أعزلا من السلاح لا يستطيع به اعتداء فإن ما يقع منه بعد انتزاع السلاح من موالاة طعن المجنى عليه به هو اعتداء معاقب عليه ولا يصح فى القانون اعتباره دفاعا شرعيا".

(طعن رقم ١١٨ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٦)

٤- "إمكان الرجوع إلى السلطة العامة للاستعانة بها فى المحافظة على الحق لا يصلح على إطلاقه سببا لنفى قيام حالة الدفاع الشرعى بل إن الأمر فى هذه الحالة يتطلب أن يكون هناك من ظروف الزمن وغيره ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل، والقول بغير ذلك مؤد إلى تعطيل النص الصريح الذى يخول حق الدفاع لرد أفعال التعدى على الحال تعطيلا تاما".

(طعن رقم ١١٧٠ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٤)

٥- "حق الدفاع الشرعى لم يشرع لمعاقبة معتد على اعتدائه وإنما شرع لمجرد رد العدوان فهو ليس من قبيل القصاص والانتقام وقد ينشأ ولو لم يسفر التعدى عن إصابات متى تم بصورة يخشى فيها الموت أو الجراح البالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة ".

(طعن رقم ٢٣٧٦٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٠/٣/١١)

٥٢٤- الشرط الثالث:

أن يكون الأذى غير مشروع:

يشترط أن يكون الأذى المراد إيقاعه بالمدافع غير مشروع أما إذا كان مشروعا فإنه لا يبرر الحق فى الدفاع.

ولما كانت المادة ٦٠ من قانون العقوبات تنص على أن: "لا تسرى أحكام هذا القانون على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة "أى أن كل فعل مما يقع أصلا تحت طائلة قانون العقوبات يصبح غير معاقب عليه إذا وقع استعمالا لحق تفرر بمقتضى القانون فإذا كان استعمال الحق يرفع عن الفعل الضار صفة الجريمة الجنائية، فهو ينفى صفة الخطأ المدنى من باب أولى. وقد نصت المادة الرابعة من القانون على أن من استعمل حقا استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

وتطبيقا لذلك لا يعتبر معتديا ولا يجوز استعمال حق الدفاع ضد من يؤدب ولده أو زوجته.

وكذلك لا يعتبر معتديا من يشاهد شخصا متلبسا بجناية فيقبض عليه لتسليمه إلى السلطات المختصة. والمحضر الذى يوقع حجزا ويقيم على المحجوزات حارسا.

ولكن إذا تجاوز الشخص حدود حقه، جاز للمعتدى عليه استعمال حق الدفاع، كأن يؤدب الزوج زوجته فيضربها ضربا فاحشا(١).

غير أنه يستثنى من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات من أنه: "لايبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ من أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول".

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"أباح القانون فى المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات مقاومة الضبط القضائى إذا ما تجاوز القانون حتى مع توافر حسن النية إذا خيف لسبب مقبول أن ينشأ عن فعله جروح بالغة ولما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الضابط وقد أجرى تفتيش المطعون ضدها الثانية بالإمساك بيدها اليسرى وجذبها عنوة من صدرها إذ كانت تخفى فيه المخدر محدثا بجسمها العديد من الإصابات يكون قد جاوز حدود وظيفته مما يجعل المطعون ضدها الثانية فى حالة تبيح لها مقاومته استعمالا لحق الدفاع الشرعى عن النفس وانتهى من ذلك إلى القضاء بتبرئتها من تهمة التعدى على الضابط فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس متعينا الرفض".

(طعن رقم ٤٩٠٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٠)

وما تنص عليه المادة ٦٣ من قانون العقوبات من أنه لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية:

".....

ثانيا: إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.

---

(١) محمود مصطفى ص١٢٩ – محمود نجيب حسنى ص١٩٩ – وعكس ذلك سليمان مرقس ٢٨٧ – فهو يبرر الاعتداء فى حالة تجاوز الموظف فى أداء واجباته حدود سلطته مادام تم ذلك منه بحسن نية أى بناء على اعتقاده أنه يؤدى أمرا واجبا عليه متى كان لاعتقاده أسباب معقولة.

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة".

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية- بأن:

"إن المادة ٦٣ من قانون العقوبات إذ نصت بأنه لا جريمة إذا وقع الفعل من الموظف تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه متى حسنت نيته قد أوجبت عليه – فوق ذلك – أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته اعتقادا مبنيا على أسباب معقولة".

(طعن رقم ٩١١ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٧/١/٢)

وبالعكس من ذلك يعتبر متعديا وينشئ اعتداؤه حقا للمعتدى عليه فى دفع الاعتداء من يقتحم دار غيره لارتكاب جريمة، ومن يقبض على غيره أو يحبسه دون وجه حق، ومن يشرع فى إضرام النار فى ملك غيره أو فى هدمه أو إتلافه دون حق.

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "لما كان لا قيام لحق الدفاع الشرعى مقابل دفع اعتداء مشروع وكان ما وقع من رجال الشرطة على ما تناهى إليه الحكم ليس فيه ما يخالف القانون فإن الخطر الناشئ عنه يكون مشروعا ولا تتوافر معه مبررات الدفاع الشرعى".

(طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٤/٦/٩)

٢- "الدفاع الشرعى لم يتقرر لرد الاعتداء على الحق أيا كان إنما يقتصر طبقا لما تنص عليه المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات على رد الاعتداء الواقع على نفس الشخص أو ماله أو نفس غيره أو ماله وكان الدفع بالدفاع الشرعى المقول به – بفرض إبدائه أمام محكمة الموضوع – مؤسس على أن المجنى عليه منع أولاد الطاعن الأول من دخول المنزل الذى يقيمون فيه مما يشكل اعتداء على حقهم فى دخوله ويخول الطاعنين أن يستعملا ضده حق الدفاع الشرعى بالاعتداء عليه بالضرب وهو ما لا يصلح سببا للتمسك بالدفاع الشرعى على ما سلف البيان ومن ثم فإن الدفع بالدفاع الشرعى يكون ظاهر البطلان لعدم استيفائه مقوماته ولا يستأهل بحسب الأصل ردا خاصا فلا على المحكمة إن هى التفتت عنه لما كان ذلك وكانت واقعات الدعوى حسبما أوردها الحكم لا ترشح لقيام حالة الدفاع الشرعى فإن الطعن يفصح عن عدم قبوله".

(طعن رقم ٢٨٢٨ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

٥٢٥- الشرط الرابع:

أن يكون الدفاع بالقدر اللازم لدرء الاعتداء:

يشترط أن يكون الدفاع بالقدر اللازم لدرء الاعتداء فلا يبلغ الدفاع مبلغ الإساءة أو الإفراط.

وليس المعيار فى بيان القدر اللازم لدرء الاعتداء هو النظر إلى التناسب بين الاعتداء والدفاع، وإنما إلى التناسب بين الوسيلة التى كانت فى متناول المعتدى عليه وبين الوسيلة التى استعملها المعتدى بالفعل. فيوجد تناسب إذا ثبت أن الوسيلة التى استعملها المدافع كانت فى ظروف استعمالها أنسب الوسائل لرد الاعتداد، أو كانت هى الوسيلة الوحيدة التى وجدت فى متناول المهدد بالاعتداء. فالضرر الذى ينتج عن استعمال هذه الوسيلة هو القدر المتناسب لرد الاعتداء.

وتقدير التناسب على هذا الوجه أمر نسبى، فقد تعد الوسيلة مناسبة فى بعض الظروف دون البعض الآخر، فإذا كانت القوة البدنية للمعتدى والمعتدى عليه متعادلة فلا يجوز لهذا الأخير أن يلجأ إلى رد الاعتداء بسلاح نارى.

والمعيار موضوعى فالقاضى وهو يفصل فى التناسب يراعى ما إذا كان الشخص العادى فى ظروف المهدد بالاعتداء كان يلجأ للوسيلة التى لجأ إليها المدافع أم لا. فإذا كان الجواب بالإيجاب تكون الوسيلة مناسبة لرد الاعتداء، ولو أحدثت ضررا يفوق الضرر الذى كان المدافع مهددا به.

وتناول الظروف يتناول بطبيعة الحال حال المعتدى عليه ذكرا أو أنثى عجوز أو شابا، ويتناول ما يكون لديه من الوسائل، ومقارنة حالته بحالة المعتدى وما يكون لدى الأخير أيضا من الوسائل وما إلى ذلك.

ولذلك يكتفى بعض الفقهاء بأنه يشترط ألا يكون بين الاعتداء والدفاع "عدم تناسب ظاهر" إذ لا يمكن أن تتطلب المساواة الكاملة بين الفعلين، فثمة اختلاف يتسامح فيه، إذ تفرضه الظروف ولا يقوى شخص معتاد على تجنبه(١).

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "المادة ٢١٠ من قانون العقوبات تبيح حقيقة استعمال القوة اللازمة لرد الاعتداء على المال. والاعتداء على المال يحصل فى صور منها ترك المواشى ترعى

---

(١) محمود محمود مصطفى ص١٤٣ وما بعدها - محمود نجيب حسنى ص٢١٦ وما بعدها.

فى أرض الغير. ولكن يجب فى هذه الصورة أن تكون القوة موجهة إلى رد الاعتداء. فإذا هى وجهت ضد صاحب المواشى توجبها ليس من شأنه رد الاعتداء كان الفعل تعديا لا دفاعا عن المال".

(طعن رقم ٢٥٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٢٨/١٢/٢٧)

٢- "يكفى فى الدفاع الشرعى أن يكون تقدير المتهم لفعل الاعتداء الذى استوجب عنده الدفاع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة من شأنها أن تبرر ما وقع فيه من الأفعال التى رأى هو – وقت العدوان الذى قدره – أنها هى اللازمة لرده. فإذا جاء تقدير المحكمة مخالفا لتقديره هو فإن ذلك لا يسوغ العقاب. إذ التقدير هنا لا يتصور أبدا إلا أن يكون اعتباريا بالنسبة للشخص الذى فوجئ بفعل الاعتداء فى ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التى كان هو وحده دون غيره المحوط بها والمطلوب منه تقديرها والتفكير على الفور فى كيفية الخروج من مأزقها مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المطمئن الذى كان يستحيل عليه وقتئذ وهو فى حالته التى كان فيها".

(طعن رقم ٣٨٦ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤١/١/٦)

٣- "إنه لما كان لا يلزم فى القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون اعتداء قد وقع فعلا على النفس أو على المال، بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه المدافع لأسباب معقولة أن يقع هذا الاعتداء، وكان يكفى أن يكون تقدير المدافع للفعل المستوجب للدفاع قائما على أسباب من شأنها أن تسوغ تقديره، مما تكون به العبرة فى التقدير هى بما يراه المدافع فى الظروف التى كان هو فيها، لا برأى المحكمة وهى تصور الحكم فى الدعوى – لما كان ذلك كله كذلك كان لا يكفى لنفى ما تمسك به المتهم من قيام حالة الدفاع الشرعى قول الحكم إن ما نسب إلى المجنى عليهما من اعتداء أوقعاه على المتهم لم يكن من الخطورة بحيث يبيح له أن يوقع بهما هذا التعدى الشديد الذى خلفه بعد عملية التربنة وهو أقرب إلى الموت منه إلى الحياة".

(طعن رقم ١٠٨٩ لسن ٢٠ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٠)

٤- "التماثل فى الاعتداء ليس شرطا من شروط الدفاع الشرعى، بل إن للمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التى يراها لازمة لرد الاعتداء والتى تختلف تبعا لاختلاف الظروف. فإذا كان الواضح أن الطاعن وآخر هوجما وضرب الآخر ضربا كان من

المحتمل أن تنشأ عنه جراح بالغة فلا شك أن الطاعن كان له أن يدافع عن هذا الآخر بما يرد هذا الاعتداء بالوسيلة التى تيسر له استعمالها ولو كان ذلك باستعماله السلاح النارى".

(طعن رقم ٨١ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥١/٣/٦)

٥- "الدفاع الشرعى لم يشرع للانتقام وإنما شرع لمنع التعدى من إيقاع فعل التعدى أو الاستمرار فيه بحيث إذا كان الاعتداء قد انتهى فلا يكون لحق الدفاع الشرعى وجود. فإذا كان ما أوردته المحكمة فى حكمها من شأنه أن يؤدى إلى ما انتهت إليه من اعتبار أن القتل إنما وقع من المتهم على المجنى عليه بعد أن زال كل خطر من جانب المجنى عليه ولم يعد ثمة محل للتخوف منه فلا وجه لإثارة الجدل حول قيام الدفاع الشرعى أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ١٧٥٣ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥١/٣/٦)

٦- (أ) - "من المقرر أن حق الدفاع الشرعى عن المال ينشأ كلما وجد اعتداء أو خطر اعتداء بفعل يعتبر جريمة من الجرائم التى أوردتها الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات، ومنها جرائم منع الحيازة بالقوة، وكانت القوة اللازمة لدفع هذا الخطر، وتقدير ظروف الدفاع الشرعى ومقتضياته أمر اعتبارى يجب أن يتجه وجهة شخصية تراعى فيها مختلف الظروف الدقيقة التى أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان، مما لا تصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ البعيد عن تلك الملابسات، كما أن إمكان الرجوع إلى السلطة العامة للاستعانة بها فى المحافظة على الحق لا يصلح على إطلاقه سببا لنفى قيام حق الدفاع الشرعى بل إن الأمر فى هذه الحالة يتطلب أن يكون هناك من ظروف الزمن و غيره ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل.

(ب)- "لما كان الحكم المطعون فيه قد استظهر أن الطاعن حضر إلى مكان الحادث بعد أن استقرت حيازة الحجرة سبب النزاع له، وكانت الوقائع كما أوردها الحكم تفيد أن المجنى عليه ومن معه قد حاولوا إدخال أمتعتهم إلى هذه الحجرة، بما يؤدى إليه ذلك من منع حيازة الطاعن بها بالقوة، ومع ذلك فقد أقام الحكم قضاءه برفض الدفع بصفة أساسية على أنه كان أحرى بالطاعن وهو محام أن يلجأ إلى رجال السلطة العامة لحماية يده، فحمله بصفته واجبا لم يفرضه القانون على غيره، ووضع

قاعدة يترتب عليها كما يبدو من ظاهرها – تعطيل حق الدفاع الشرعى عن المال كما هو معرف به فى القانون، بما رآه من إلزام مدعى هذا الحق بأن يتخلى عن استعماله لرد ما يقع من اعتداء حفاظا على ماله اكتفاء بالعمل على استرداده بعد ضياعه مما لا يقره القانون، وإذ كان الحكم قد أوجب على الطاعن أن يلجأ إلى رجال الشرطة، فكان عليه أن يبين أن ظروف الزمن كانت تسمح بأن يكون الالتجاء إلى رجال الشرطة هو سبيل صالح لرد الاعتداء قبل تمامه، مما قصر الحكم فى بيانه. ولما كان الحكم قد انطوى فيما ذهب إليه على فهم خاطئ لنظرية الدفاع الشرعى عن المال فوق ما شابه من قصور، فإنه يتعين نقض الحكم بغض النظر عما أورده من أسباب أخرى لنفى حالة الدفاع الشرعى، لما يمكن أن يحمله هذا الخطأ من التأثير على عقيدة المحكمة فيما انتهت إليه".

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٩٣/٤/٩)

٥٢٦- أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعى:

إذا جاوز المدافع القدر اللازم لدفع الخطر، كان هذا المدافع مخطئا فيما زاد عليه. وفى هذه الحالة يجب عليه التعويض منظورا فى تقديره إلى هذه الزيادة فحسب، وملحوظا فيه كذلك أنه تعويض عن خطأ من جانب المدافع يقابل خطأ من جانب المعتدى الذى بدأ فكان الأظلم. الأمر الذى يقتضى أن تكون مسئولية المدافع فى هذه الحدود مسئولية مخففة تنطبق عليها قواعد الخطأ المشترك.

ولذلك نصت المادة ١٦٦ على أن التعويض الذى يلزم به المدافع فى هذه الحالة يجب أن تراعى فيه مقتضيات العدالة، إذ العدالة تقتضى فى هذه الحالة خفض التعويض عن القدر اللازم لجبر كل الضرر الذى أصاب المعتدى لأن خطأ الأخير هو الذى استفز المدافع وجره إلى الخطأ. ويعتبر نص المادة ١٦٦ على ذلك تطبيقا لحكم الخطأ المشترك المنصوص عليه فى المادة ٢١٦ مدنى التى تجرى على أن: "يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه"(١).

والبت فيما إذا كان المدافع قد تجاوز أو لم يتجاوز حدود الدفاع الشرعى، مما يخضع لتقدير محكمة الموضوع دون معقب عليها مادامت قد استندت فى تقديرها إلى أسباب سائغة.

---

(١) سليمان مرقس ص٢٨٩ – عبد المنعم الصده ص٤٧٠.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وبديهى أن المسئولية لا ترتفع فى حالة الدفاع الشرعى، إلا إذا كان من ألجئ إليه قد أقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر، فى غير إفراط. فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ما وقع منه من قبيل الخطأ، وقاسم المتعدى بذلك تبعة خطأ مشترك، يتردد بينهما، وفى هذه الصورة يقضى للمضرور بتعويض عادل، ولكنه تعويض مخفف، يقدره القاضى وفقا لقواعد الخطأ المشترك"(١).

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "إذا كان الظاهر مما أثبته الحكم أن الطاعن شاهد المجنى عليه وآخر يخرجان من منزله ليلا وفى الظلام والمجنى عليه يحمل جوالا من الأرز سرقه من منزله فنادى الطاعن عليهما فلم يلبيا نداءه فبادر المتقدم منهما وهو المجنى عليه بضربة واحدة من عصا تصادف أنه كان يحملها، فلما سقط بما يحمل تركه وضبط السارق الآخر واستغاث، وكان الحكم مع تسليمه بقيام حالة الدفاع الشرعى لدى الطاعن قد ذهب إلى أنه تجاوز حدود هذا الدفاع مع ما هو ثابت من أنه لم يعتد على المجنى عليه فى سبيل الدفاع عن نفسه وعن ماله إلا بضربة واحدة من عصا تصادف حملها، مما لا يصح معه القول بتجاوز حدود الدفاع الشرعى، فهذا الحكم يكون قد أخطأ، إذ الواقعة كما صار إثباتها فيه لا يعاقب عليها القانون".

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥١/٤/٢)

٢-"إن البت فيما إذا كان المدافع قد تجاوز أو لم يتجاوز حدود الدفاع الشرعى، هو من الأمور الموضوعية، ويخضع التقدير فيها لسلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها مادامت قد استندت فى هذا التقدير إلى أسباب سائغة مقبولة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى رتبتها عليها".

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٣/٥/١٨)

٣- "تقدير الوقائع التى يستنتج منها قيام حالة الدفاع الشرعى أو انتفاؤها متعلق بموضوع الدعوى، لمحكمة الموضوع الفصل فيه بلا معقب مادام استدلالها سليما يؤدى إلى ما انتهى إليه".

(طعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٦٧/١٠/٣٠)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٧٩.

٤- من المقرر أنه وإن كان تقدير القوة اللازمة لرد الاعتداء وما إذا كانت هذه القوة تدخل فى حدود حق الدفاع الشرعى أو تتجاوز هو من شأن محكمة الموضوع، إلا أنها متى كانت قد أثبتت فى حكمها من الوقائع ما يدل على أن المتهم كان فى حالة دفاع شرعى وما ينفى هذا التجاوز ولكنها استخلصت ما يخالف هذه الحقيقة، فإنه عندئذ يكون لمحكمة النقض بما لها من حق الرقابة على صحة تطبيق القانون أن تتدخل وتصحح هذا الاستخلاص الخاطئ بما يتفق وتلك الحقيقة وما يقضى به المنطق والقانون".

(طعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٨)

٥٢٧- لا يجوز التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى لأول مرة أمام محكمة النقض:

وفى هذا قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية- بأن:

١- "إذا كان المتهم لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بقيام حالة الدفاع الشرعى، وكانت واقعة الدعوى كما أثبتها الحكم لا تفيد قيام هذه الحالة. فإنه لا يقبل منه أن يثير هذا الدفاع أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٢٥١ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥١/٤/٢)

٢- "من المقرر أن الأصل فى الدفاع الشرعى أنه من الدفوع الموضوعية التى يجب التمسك بها لدى محكمة الموضوع ولا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم دالة بذاتها على تحقق حالة الدفاع الشرعى كما عرفه القانون، أو ترشح لقيامها. ولما كانت واقعة الدعوى كما أثبتها الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه لا تتوافر فيها تلك الحالة أو ترشح لقيامها، وكان يبين من محاضر جلسات المحاكم أن الطاعن لم يتمسك صراحة بقيام حالة الدفاع الشرعى، فإنه لا يقبل من الطاعن إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٧٦٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣)



مادة (١٦٧)

لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذا 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.

الشرح

٥٢٨- مسئولية الموظف العام عن عمله الذى أضر بالغير:

أداء الواجب كاستعمال الحق الذى ينتفى معه الخطأ، فإذا ترتب عليه ضرر للغير، لم يستتبع ذلك مسئولية فاعله، سواء كان هذا الفاعل موظفا عاما أو فردا عاديا، مادام هو أدى واجبه دون تقصير منه أو إهمال.

والمادة (١٦٧) يقابلها المادة ٦٣ من قانون العقوبات التى تنص على أنه "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية:

أولا: إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة.

ثانيا: إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة".

٥٢٩- شروط عدم مسئولية الموظف عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس:

يشترط لعدم مسئولية الموظف عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون من صدر منه العمل موظفا عاما ويعتبر فى حكمه المكلف بخدمة عمومية. فلا ينطبق النص على العاملين بشركات القطاع العام أو شركات قطاع الأعمال العام، أو العاملين بالقطاع الخاص.

٢- أن يكون الموظف العام قد قام بهذا العمل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس تجب طاعته، ولو كان هذا الرئيس غير مباشر. ولا يكفى أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة عليه. بل يجب كذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر الذى صدر إليه من الرئيس واجبة. فقد يصدر رئيس تجب طاعته إلى مرءوسه أمرا غير واجب الطاعة.

وفى هذه الحالة لا يجوز للمرءوس أن ينفذ الأمر غير المشروع، وإلا كان عمله تعديا يوجب مسئوليته. مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أو القسم أمرا لأحد الضباط بالقبض على متهم وحبسه دون أن يستصدر بذلك أمرا من النيابة العامة(١).

وتعتبر التعليمات الصادرة من المرفق، بمثابة أوامر دائمة يلتزمها العاملون به ومن ثم يلزم فى كل واقعة إصدار أمر مستقل بشأنها، فرجل الأمن الذى يطلق النار على سارق ليتمكن من ضبطه، إنما ينفذ أوامر مستديمة صادرة له محافظة على الأمن(٢).

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 وذلك كما هو الشأن فى قيام مأمور الضبط القضائى بالقبض على شخص فى حالة تلبس فى الحالات التى تجيز ذلك(٣).

٣- أن يثبت الموظف العام أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذى صدر إليه وقام بتنفيذه بحيث يكون هذا الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة. فإذا اتضح أن الموظف كان

---

(١) وكانت الفقرة الأولى من المادة (٢٣٤) من المشروع التمهيدى المقابلة لهذه المادة تنص على أنه: "لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير، إذا قام به تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس تجب عليه طاعته أو عن رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له"- إلا أنه فى لجنة المراجعة اقترح معالى عبد العزيز فهمى باشا إبدال عبارة "من رئيس تجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له" بعبارة "من رئيس نظامى أو متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة" وذلك لأن الرئيس ليس هو الذى تجب طاعته بل الأمر الذى صدر من هذا الرئيس هو الذى تجب له الطاعة فأقرت اللجنة هذا التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ٣٧٤)- راجع أيضا السنهورى ص٦٥٥ – عبد المنعم الصده ص٤٧١.

(٢) المستشار أنور طلبه ص٤٠٨.

(٣) الدناصورى والشواربى ص٧٣.

يعلم بعدم مشروعية العمل الذى ارتكبه كان مسئولا. كما يجب عليه أن يثبت أنه راعى فى عمله جانب الحيطة، فلم يأت العمل إلا بعد أن تثبت وتحرى(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وترتفع المسئولية كذلك إذا كان العمل الضار قد وقع تنفيذا لأمر صادر من رئيس إدارى، لانتفاء الخطأ فى هذه الصورة. ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان: فيجب أولاً: أن يكون محدث الضرر موظفا عاما. ويجب ثانيا: أن يكون العمل الضار قد وقع تنفيذا لأمر صادر من رئيس إدارى، ولو لم يكن الرئيس المباشر. وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس فحسب، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه. وعليه كذلك، أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا مبنيا على أسباب معقولة، وأنه راعى جانب الحيطة فيما وقع منه"(٢).

فإذا توافرت تلك الشروط انتفى الخطأ التنفيذى عن الموظف العام، إذ لا يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى، ويستند الأمر حينئذ لمسوغ اقتضته حالة الضرورة محافظة على المصلحة العامة، ولا تكون الحكومة مسئولة عن الأضرار المترتبة على تنفيذ الأمر. فالتجمهر محظور قانونا ويجب على مرفق الأمر تفريق المتجمهرين ولو بإصدار أوامر باستعمال القوة محافظة على النظام والأمن العام، فإن ترتب على ذلك ضرر بالمتجمهرين، فلا مسئولية على مرفق الأمن، فإن قصر هذا المرفق وتمكين المتجمهرون من السلب والنهب والإتلاف كانت الحكومة مسئولة لتوافر خطأ مرفق الأمن(٣).

غير أنه لا يعد من قبيل أمر الرئيس فى هذا الصدد صدور الترخيص الإدارى بالعمل من جانب السلطة الإدارية أو السلطة القضائية، ولا يترتب عليه إعفاء المرخص له من مسئوليته عن الأضرار التى يحدثها للغير بمزاولته الأعمال المرخص بها، لأن مثل هذا الترخيص لا يعفى المرخص له من اتخاذ الاحتياطات اللازمة التى تفرضها عليه القوانين والواجبات العامة(٤).

---

(١) عبد المنعم الصده ص٤٧١ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٤١٨.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٧٩.

(٣) المستشار أنور طلبه ص٤٠٧.

(٤) سليمان مرقس ص٣٠٠ هامش (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "مسئولية الحكومة عن عمل الموظف فى حكم القانون المدنى لا يكون لها محل إلا إذا كان الخطأ المستوجب للتعويض قد وقع من الموظف فى حالة تأدية وظيفته (٢٢ ٢٢٢٢ ٢٢٢٢ ٢٢٢٢ ٢٢٢٢ ٢٢٢٢) كما تقضى المادة ١٥٢ من ذلك القانون. أما إذا ارتكب الموظف – ولو أثناء قيامه بوظيفته أو بمناسبة قيامه بها – خطأ بدافع شخصى من انتقام أو حقد أو نحوهما، فالموظف وحده هو الذى يجب أن يسأل عما جر إليه خطؤه من الضرر بالغير".

(طعن رقم ٢٢٠٠ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٣/٤/١٠)

٢- "من المقرر أن طاعة المرؤوس لرئيسه لا تكون فى أمر من الأمور التى يحرمها القانون وقد جعل القانون أساسا فى المادة ٦٣ من قانون العقوبات لمنع لمسئولية الموظف الجنائية – أن يكون فيما قام به حسن النية، وأنه قام أيضا بما ينبغى له من وسائل التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذى قام به إطاعة لأمر رئيسه وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة".

(طعن رقم ٢٠٤٠ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٤/٤/١٤)

٣- "من المقرر أن طاعة الرئيس لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على مرءوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيس بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن لا يعدو أن يكون دفاعا قانونيا ظاهر البطلان مما لا يستأهل من المحكمة ردا".

(طعن رقم ١٩١٣ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٩/١/٦)

٤- "لما كان من المقرر أن طاعة المرؤوس لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على المرؤوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه، فإن الحكم المطعون فيه إذ أطرح دفاع الطاعن المؤسس على أن إحرازه السلاح النارى كان صدوعا لأمر رئيسه يكون بريئا من قالة الخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٩٢٥ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٢/١١/١٩)

٥- (أ)- "إطاعة القانون طبقا لنص المادة ٦٣ من قانون العقوبات من أسباب الإباحة التى لا توجب أية مسئولية جنائية كانت أو مدنية قبل من أطاعه، فإذا ما عهد

القانون باختصاص معين لموظف فإن ما يصدر عنه من عمل فى نطاق ذلك الاختصاص يكون مباحا طالما كان مطابقا للقانون".

(ب)- "من المقرر أن إساءة الموظف استعمال حقه تقتضى قيام الدليل على أنه انحرف فى أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه وأنه لم يتصرف التصرف الذى اتخذه إلا بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة، فإذا انتفى ذلك القصد وتبين للقاضى أن العمل الذى أتاه الموظف قد أملاه واجب الوظيفة فلا يصح القول بأنه أساء استعمال حقه".

(طعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣)

(ذات المبدأ: طعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣)

(طعن رقم ١٧٧٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣)



مـادة (١٦٨)

من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر، محدقا به أو بغيره، لا يكـون ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا.

الشـرح

٥٣٠- التسبب فى إحداث ضرر للغير لتفادى ضررا أكبر:

تتناول المادة الحالة التى يحدث فيها شخص ضررا للغير ليتفادى ضـررا أكبـر محدقا به أو بغيره فلا تجعله ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا.

وهذه المادة لم يكن لها مقابل فى التقنين المدنى القديم ولكن يقابلها المادة ٦١ من قانون العقوبات التى تقضى بأن:

"لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقايـة نفسـه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولو لم يكن لإرادتـه دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى".

٥٣١- شروط المادة ٦١ من قانون العقوبات:

يشترط للإعفاء من العقاب طبقا للمادة ٦١ من قانون العقوبات ما يأتى:

(أ)- أن يكون ثمة خطرا على النفس، يهدد السلامة أو الحرية أو الاعتبار، سواء نفس من ارتكب الفعل المكون للجريمة أو نفس غيره. فيخرج من هذا النطاق ما يقـع من خطر يهدد المال، وهى الحالة التى يختص بها حق الدفاع الشرعى. وإنما يجب أن يكون الخطر حقيقيا. وإن كان وهميا، فلا بد من قيام أسباب معقولة تبـرر الاعتقـاد بجدية الخطر.

كما يجب أن يكون الخطر جسيما، فإذا لم يبلغ الخطر هذا الحـد مـن اعتبـار الجسامة فإنه لا يعفى من العقاب، وتقدير الجسامة أمره موكول لمحكمة الموضـوع. والمعيار فيه الشخص المعتاد فى مثل ظروف المتهم.

وكذلك يجب أن يكون الخطر حالا. فلا تقوم حالة الضرورة فيما انتهى وقوعـه من خطر ولا فيما كان يمكن توقعه واتخاذ العدة لملافاته.

(ب)- "ألا يكون من دخل لإرادة الفاعل فيه. فليس بمانع من قيام حالة الضرورة ما قد يحدث من خطر الإهمال أو عدم الاحتياط. وإنما يجب لانتفاء حالة الضـرورة

تعمد إحداث الخطر، ولا يهم فى هذا ما يكون الفاعل قد هدف إليه فيما يرتكب من جريمة عند تحقق الخطر، كما لو كان ارتكابه للفعل المكون للجريمة قد استهدف فيه إشباع حقد فى نفسه.

(ج) ألا يكون من سبيل لدرء الخطر إلا بإحداث ضرر للغير. فإذا أمكن التخلص من الخطر بغير ارتكاب الفعل المكون للجريمة، أو بارتكاب جريمة تقل فى أهميتها عن الضرر الذى أريد تفاديه، فإنه تنتفى حالة الضرورة[١].

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"حالة الضرورة مناط قيامها: الخطر الذى يهدد النفس. دون المال".

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٤/٢/١١)

كما قضت بأن:

١- "يشترط فى حالة الضرورة التى تسقط المسئولية الجنائية أن تكون الجريمة التى ارتكبها المتهم هى الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به. ولما كان فرار الطاعن من مركز الشرطة لم يكن ليسوغ له أن ينطلق فى الطريق فيدفع المارين تلك الدفعة التى ألقت بالمجنى عليه فى طريق السيارة، خاصة وأن الطاعن لا يدعى أن المجنى عليه حاول منعه أو الإمساك به ولم يرد بالأوراق ولا بمدونات الحكم أو تقرير أسباب الطعن شئ من ذلك. ومن ثم فإن دفاعه بقيام حالة الضرورة فى هذه الصورة إنما يكون دفاعا قانونيا لا يستأهل من المحكمة ردا".

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٤/٣/٣٠)

٢- "الأصل أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة بضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله، فليس للمرء أن يرتكب أمرا محرما ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما ارتكبه".

(طعن رقم ١٩١٣ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٩/١/٦)

٣- "اقتياد الضابط للمتهم إلى مقر الشرطة لإتمام تحقيق بلاغ ضده يتضمن شراءه حديدا مسروقا وجد جانبا منه أمام منزله وأسفل سلمه، مع عجزه عن إثبات

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص١٧٦ وما بعدها.

مصدره، ليس فيه ما يخالف القانون بل إن القانون يسوغ للضابط هذا الإجراء وقد توافرت الدلائل على صحة البلاغ المقدم إليه، وليست التحقيقات أو جمع الاستدلالات بحالة الضرورة المعرفة فى القانون والتى ترفع المسئولية الجنائية عن المتهم بعرض الرشوة إذ يشترط فى حالة الضرورة ألا يكون لإرادة الجانى دخل فى حلولها وإلا كان للمرء أن يرتكب أمرا مجرما ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما ارتكبه".

(طعن رقم ٤٦٢ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧١/٦/١٣)

٤- "من المقرر أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله. ويشترط فى حالة الضرورة التى تسقط المسئولية الجنائية أن تكون الجريمة التى ارتكبها المتهم هى الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تساند فى قضائه بامتناع مسئولية المطعون ضده إلى أنه لجأ إلى إقامة البناء بدون ترخيص لضرورة وقاية نفسه وماله بسبب خارج عن إرادته لا يد له فيه ولا فى قدرته منعه، وهو تهدم البناء بسبب هبوط الأمطار، فإن هذا الذى أتخذه الحكم أساسا لقضائه ينفى المسئولية الجنائية لا يصلح فى ذاته سببا للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب جريمة إقامة البناء بدون ترخيص وبأن إعادة البناء كانت الوسيلة الوحيدة لدفع خطر حال على النفس أو وشيك الوقوع، وإذ كان الحكم قد اتخذ من واقعة تهدم البناء على هذا النحو ذريعة للقول بقيام حالة الضرورة التى تسقط المسئولية الجنائية، فقد كان يتعين عليه أن يستظهر الصلة بين واقعة تهدم البناء بسبب هطول الأمطار والضرورة التى ألجأت المطعون ضده إلى إقامته على خلاف أحكام القانون، وأن يستجلى هذا الأمر ويستظهره بأدلة سائغة للوقوف على ما إذا كانت الجريمة التى ارتكبها المطعون ضده هى الوسيلة الوحيدة لدفع خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله، أو أنه كان فى وسعه أن يتجنب ارتكابها بالالتجاء إلى وسائل أخرى يتمكن بها من وقاية نفسه أو غيره من ذلك الخطر الجسيم الحال بفرض قيامه، مما قصر الحكم فى بيانه".

(طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢)

٥-"لما كان الأصل فى القانون أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله، وكان قصارى ما أورده الدفاع عن الطاعن تبريرا لقيام حالة الضرورة أنه كان فى حالة فقر أثناء وجوده بالأردن، وكان الفقر بمجرده لا يتحقق به حالة الضرورة ما لم يقترن بالخطر الجسيم وبشرط ألا يكون لإرادته دخل فى حلوله وهو ما لم يدعه الطاعن فلا يعيب الحكم أن يلتفت عنه لأنه دفاع ظاهر البطلان بعيد عن محجة الصواب".

(طعن رقم ٣٣٩٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠- غير منشور)

٥٣٢- الشروط الواجب توافرها فى حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة ١٦٨ مدنى:

١- وجود خطر يهدد نفس أو مال محدث الضرر أو أحدا غيره:

يشترط لانطباق المادة وجود خطر يهدد نفس أو مال محدث الضرر أو أحدا غيره. فلا فرق بين الخطر الذى يهدد النفس والخطر الذى يهدد المال. وفى هذا تختلف حالة الضرورة عنها فى نطاق القانون الجنائى الذى يقتصر فيه وقوع الخطر على النفس دون المال(١).

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "الأصل أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله، فليس للمرء أن يرتكب أمرا محرما ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما ارتكبه".

(طعن رقم ١٩١٣ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٩/١/٦)

٢- "من المقرر أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله. ويشترط فى حالة الضرورة التى تسقط المسئولية الجنائية أن تكون الجريمة التى ارتكبها المتهم هى

(١) السنهورى ص٦٥٨ – سليمان مرقس ص٢٧٧ – المستشار أنور طلبه ص٤١٢.

الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تساند فى قضائه بامتناع مسئولية المطعون ضده إلى أنه لجأ إلى إقامة البناء بدون ترخيص لضرورة وقاية نفسه وماله بسبب خارج عن إرادته لا يد له فيه ولا فى قدرته منعه، وهو تهدم البناء بسبب هبوط الأمطار، فإن هذا الذى اتخذه الحكم أساسا لقضائه ينفى المسئولية الجنائية لا يصلح فى ذاته سببا للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب جريمة إقامة البناء بدون ترخيص و بأن إعادة البناء كانت الوسيلة الوحيدة لدفع خطر حال على النفس أو وشيك الوقوع، وإذ كان الحكم قد اتخذ من واقعة تهدم البناء على هذا النحو ذريعة للقول بقيام حالة الضرورة التى تسقط المسئولية الجنائية، فقد كان يتعين عليه أن يستظهر الصلة بين واقعة تهدم البناء بسبب هطول الأمطار والضرورة التى ألجأت المطعون ضده إلى إقامته على خلاف أحكام القانون، وأن يستجلى هذا الأمر ويستظهره بأدلة سائغة للوقوف على ما إذا كانت الجريمة التى ارتكبها المطعون ضده هى الوسيلة الوحيدة لدفع خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله، أو أنه كان فى وسعه أن يتجنب ارتكابها بالالتجاء إلى وسائل أخرى يتمكن بها من وقاية نفسه أو غيره من ذلك الخطر الجسيم الحال بفرض قيامه، مما قصر الحكم فى بيانه".

(طعن رقم ١١١٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٢)

ويجب أن يكون هذا الخطر حالا محدقا وقد عرضنا سلفا للمقصود بالخطر الحال المحدق.

٢- أن يكون مصدر الخطر سببا أجنبيا كفعل الطبيعة أو فعل الغير، فلا يكون لمن أحدث الضرر أو لمن وقع عليه الضرر سبب فيه. فإذا كان سبب الخطر هو فعل محدث الضرر نفسه فإنه يكون مسئولا مسئولية كاملة كمن يشعل حريقا فى بيته ثم يتلف منقولات الغير لإطفاء الحريق، إذ ليس للإنسان أن يرتكب أمرا محرما ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما أحدثه بيده، فإذا كان مصدر هذا الخطر هو نفس الشخص الذى وقع عليه الضرر فإن من يدفع الخطر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصدر لهذا الخطر يكون فى حالة دفاع شرعى ولا يلزم بأى تعويض[١].

---

(١) الدناصورى والشواربى ص٧٤ – أحمد حشمت أبو ستيت ص٤١٧.

٣- أن يكون الضرر المراد تفاديه أكثر من الضرر الذى وقع، فإذا كان أقل منه أو مساو له، فلا تقوم حالة الضرورة، واعتبر الفعل الضار خطأ وموجبا المسئولية الكاملة وفقا للقواعد العامة. لأن الرجل المعتاد لا يسمح لنفسه بأن يلحق بغيره ضررا جسيما لينجو هو من خطر أخف(١).

ويلاحظ الفرق فى ذلك بين القانون المدنى وقانون العقوبات، إذ الأخير لم يصرح بالتعويل على التفاوت بين الضررين وإنما اهتم بأن لا يكون ثمة سبيل لدرء الخطر الحال غير ارتكاب الفعل الضار أى أن يكون الخطر ملجئا لارتكاب هذا الفعل مما يجعله قريبا من القوة القاهرة.

إلا أن شراح القانون الجنائى ذهبوا إلا أن الخطر لا يصح بأى حال اعتباره ملجئا لإحداث ضرر أكبر منه، ولذلك قالو إنه يشترط فى حالة الضرورة ألا يكون ثمة سبيل لدرء الخطر غير إحداث ضرر للغير لا يجاوز فى أهميته الضرر الذى أريد تفاديه،

---

(١) **فقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية – بأن:**

"من المقرر أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله. ويشترط فى حالة الضرورة التى تسقط المسئولية الجنائية أن تكون الجريمة التى ارتكبها المتهم هى الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تساند فى قضائه بامتناع مسئولية المطعون ضده إلى أنه لجأ إلى إقامة البناء بدون ترخيص لضرورة وقاية نفسه وماله بسبب خارج عن إرادته لا يد له فيه ولا فى قدرته منعه، وهو تهدم البناء بسبب هبوط الأمطار، فإن هذا الذى اتخذه الحكم أساسا لقضائه ينفى المسئولية الجنائية لا يصلح فى ذاته سببا للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب جريمة إقامة البناء بدون ترخيص وبأن إعادة البناء كانت الوسيلة الوحيدة لدفع خطر حال على النفس أو وشيك الوقوع، وإذ كان الحكم قد اتخذ من واقعة تهدم البناء على هذا النحو ذريعة للقول بقيام حالة الضرورة التى تسقط المسئولية الجنائية فقد كان يتعين عليه أن يستظهر الصلة بين واقعة تهدم البناء بسبب هطول الأمطار والضرورة التى ألجأت المطعون ضده إلى إقامته على خلاف أحكام القانون، وأن يستجلى هذا الأمر ويستظهره بأدلة سائغة للوقوف على ما إذا كانت الجريمة التى ارتكبها المطعون ضده هى الوسيلة الوحيدة لدفع خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله، أو أنه كان فى وسعه أن يتجنب ارتكابها بالالتجاء إلى وسائل أخرى يتمكن بها من وقاية نفسه أو غيره من ذلك الخطر الجسيم الحال بفرض قيامه مما قصر الحكم فى بيانه".

(طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢)

بمعنى أن ضرورة إنقاذ روح معينة يجوز أن تلجئ إلى إزهاق روح أخرى، أو ضرورة إنقاذ البصر أو عضو آخر فلا يصح اعتبارها ملجئة لإزهاق الروح[١].

أما فى القانون المدنى فقد اشترط فى انتفاء الخطأ الخاضع للقواعد العامة وفى تطبيق حكم المادة ١٦٨ أن يكون الضرر الذى أريد تفاديه أكبر من الضرر الذى وقع. فإذا كان الضرران متعادلين، كان الفاعل مخطئا فى إنزال ضرر بالغير توقيا لضرر شخص لا يجاوزه فى الأهمية. وحقت عليه المسئولية العادية وفقا للمادة ١٦٣ ولم يجز تطبيق حكم المادة ١٦٨ عليه[٢].

ومن الصور التى تعرض فى هذا المجال. حالة الشخص المشرف على الغرق دون خطأ منه إذا كان يستطيع النجاة بتضحية سلامة غيره أو مال غيره، وحالة من يضطر إلى اقتحام ملك غيره لإطفاء حريق شب عنده أو عند شخص ثالث يخشى أن بسبب خسائر جسيمة فى الأرواح والأموال، وحالة سائق السيارة الذى يفاجأ بشخص يلقى بنفسه أمام سيارته فيضطر فى سبيل تفاديه إلى الصعود على الرصيف وإتلاف واجهة بعض المحلات التجارية أو معروضاتها.

٥٣٣- مسئولية الموظف قبل الحكومة:

إخلال الموظف بالالتزامات التى تفرضها عليه وظيفته – إذا أضر بالدولة – يستوجب مسئوليته المدنية طبقا للقواعد العامة وبغير حاجة إلى نص خاص.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "امتناع الموظف عن تنفيذ واجبات وظيفته يعتبر خطأ تترتب عليه مسئوليته إذا ما ألحق ذلك ضررا بالغير".

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/١/٣)

٢- (أ) – "علاقة الموظف بالدولة هى رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها بشأن الوظيفة، وتحكمها قواعد أساسية عامة تحكم واجبات الموظف تقوم على وجوب أدائه العمل المنوط به بعناية ودقة الرجل الحريص المتبصر، وهذه القواعد الأساسية قد ترد فى القانون مع ضوابطها وقد يخلو منها القانون دون أن يؤثر

---

(١) محمود نجيب حسنى ٥٩٦ وما بعدها.

(٢) سليمان مرقس ص٢٧٨ وما بعدها.

ذلك فى وجوب التزام الموظف بها، ويعتبر مصدر التزام الموظف بتلك القواعد هو القانون مباشرة فيسأل الموظف عن إخلاله بهذا الالتزام، وقد قنن المشرع هذه القواعد فى القانون رقم ٢١٠ سنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفى الدولة فحدد فى الفصل السادس منه واجبات الموظفين والأعمال المحرمة عليهم.

(ب) – "إخلال الموظف بالالتزامات التى تفرضها عليه وظيفته – إذا أضر بالدولة – يستوجب مسئوليته المدنية طبقا للقواعد العامة وبغير حاجة أيضا إلى نص خاص يقرر هذه المسئولية".

(ج)– "من المقرر أن كل ما يكلف به الموظف من قبل رؤسائه من أعمال لا تتعارض مع مقتضيات وظيفته يعتبر من أعمال الوظيفة التى يجوز مساءلته عن الإخلال بها".

(طعن رقم ٢٦٧ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٣– (أ)– "علاقة الموظف بالدولة هى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– علاقة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها بشأن الوظيفة وثمة قواعد أساسية عامة تحكم واجبات الموظف، وتقوم على وجوب أداء العمل المنوط به بدقة وعناية الرجل الحريص المتبصر. وهذه القواعد الأساسية قد ترد فى القوانين مع ضوابطها. وقد يخلو منها القانون دون أن يؤثر ذلك فى وجوب التزام الموظف بها. ويعتبر مصدر التزام الموظف بتلك القواعد هو القانون مباشرة، فيسأل الموظف عن إخلاله بهذا الالتزام وقد قنن المشرع هذه القواعد فى القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفى الدولة فحدد فى الفصل السادس منه واجبات الموظفين والأعمال المحرمة عليهم".

(ب)– "إخلال الموظف بالالتزامات التى تفرضها عليه وظيفته – إذا أضر بالدولة– يستوجب مسئوليته المدنية طبقا للقواعد العامة وبغير حاجة أيضا إلى نص خاص يقر هذه المسئولية".

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٠)

٥٣٤– تطبيق معيار الخطأ:

للموازنة بين الضرر الذى يصيب الشخص من التضحية بحقه احتراما لحق الغير وبين الضرر الذى يصيب الغير من التضحية بحق ذلك الغير استعمالا لحقه هو.

يؤخذ بمعيار الرجل العادى، ولاشك أن الرجل العادى إذا وجد أن الضرر الذى يصيبه من التضحية بحقه أكبر مما يصيب الغير لو سمح لنفسه أن يمس بحقه فإنه يعتبر نفسه معفى من واجب احترام حق الغير إنقاذا لنفسه أو ماله أو غيره من الضرر الأكبر. وإذا وجد العكس فإنه يعتبر نفسه ملزما باحترام واجبه نحو الغير. فكل شخص يوجد فى حالة ضرورة، ويتبع مثل هذا المسلك يكون قد أقام بما ينبغى ولا يصح اعتباره مخطئا وبالتالى فإنه إذا ترتب على مسلكه هذا ضرر للغير لا يكون ملزما قانونا بتعويض هذا الضرر(١).

وقد أخذت بذلك محكمة النقض الدائرة الجنائية فى ظل القانون المدنى القديم إذ قضت بأن:

"إذا كانت الواقعة حسبما أوردها الحكم المطعون فيه ليس فيها ما يفيد أن الحادث كان – كما انتهت إليه المحكمة – نتيجة قوة قاهرة، أو أن إرادة المتهم وقت وقوعه منه كانت منعدمة متلاشية، بل تفيد أن المتهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريدا مختارا بعد أن وازن بين أمرين: القضاء على حياة الغلام الذى اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة، فهذا الفعل أدنى إلى أن يوصف فى القانون بأنه من قبيل أفعال الضرورة التى تحدث عنها قانون العقوبات فى المادة ١٦١ الواردة فيها الشروط الواجب توافرها فى حق من يصح له أن يتمسك بها. وهذه الشروط، لتعلقها بالمساءلة الجنائية، لا تأثير لها فى المساءلة المدنية التى مناطها دائما الخطأ. فمتى ثبت وقوع الخطأ أو التقصير فقد حق على من ارتكبه ضمان الضرر الناشئ عنه ولو كانت فعلته من الوجهة الجنائية لا عقاب عليها. وإذا كان الفعل المرتكب فى حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه، بل كان بالبداهة أهم منه شأنا وأجل خطرا وأكبر قيمة، فإن التعويض يكون واجبا إذا ما لحق الغير ضرر. وذلك على أساس توافر الخطأ فى الموازنة، وقت قيام حالة الضرورة، بين الضررين لارتكاب أخفهما".

(طعن رقم ١٩٠٧ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤١/١١/١٧)

---

(١) سليمان مرقس ص٢٧٥ – عبد المنعم الصده ص٤٧٣.

٥٣٥- الفرق بين حالة الضرورة والدفاع الشرعى والقوة القاهرة:

تقتصر حالة الضرورة فى النطاق الجنائى على الخطر الجسيم الذى يهدد النفس، أما الدفاع الشرعى فى هذا النطاق فإنه يجوز أن يكون لرد الاعتداء الذى يقع على المال. ولكن فى نطاق المسئولية المدنية، فإن حالة الضرورة وحق الدفاع الشرعى يتفقان فى رفع الخطر عن النفس ولكن تفترق حالة الضرورة عن حق الدفاع الشرعى، فى أن الضرر الذى يحدث فى حالة الضرورة إنما يصيب شخصا بريئا. أما فى الدفاع الشرعى فإن الضرر يقع بمعتد لرد اعتدائه.

كما يفترقان فى أنه ينظر فى الدفاع الشرعى إلى أن تكون الوسيلة التى اتخذها المدافع مناسبة لرد الاعتداء، أو أنه كان لا يوجد وسيلة غيرها لذلك. أى لا يكون بالمقارنة بين الضرر الذى يهدد المدافع والضرر الذى يوقعه بالمعتدى. وإنما تكون الموازنة بين الوسائل. أما فى حالة الضرورة فإنه تجب الموازنة بين ضررين، إذ يشترط أن يبلغ الضرر المراد تفاديه، درجة من الجسامة تفوق الضرر الذى يهدد الفاعل.

ويفترقان أيضا فى أن المسئولية فى الدفاع الشرعى تنتفى إطلاقا، إلا إذا تجاوز المدافع حدود الدفاع، فإن مسئوليته تقوم على أساس الخطأ المشترك على ما سلفت الإشارة إليه. أما فى حالة الضرورة فإن محدث الضرر يلزم بتعويض مناسب، إلا إذا كان محدث الضرر قد تسبب فى خلق حالة الضرورة، فتقوم مسئوليته كاملة.

أما القوة القاهرة، فيتشرط فيها أنه لم يكن من الممكن توقع الحادث عقلا، وألا يكون من دخل لإرادة الشخص فيه وألا يترك مجالا للاختيار أو توقيه بنحو آخر. وإذ تتحقق القوة القاهرة فإنه تنتفى علاقة السببية. ولكن فى الحالة التى يرجع فيها إلى القياس بالشخص المعتاد فى مثل ظروف المدعى عليه، كما فى الالتزام ببذل عناية، فإن القوة القاهرة تنفى الالتزام.

وإن أهم ما تفترق فيه حالة الضرورة عن القوة القاهرة، أنه فى حالة الضرورة يمكن للشخص أن يتحمل الضرر الذى يتهدده، دون الالتجاء إلى تفاديه بإحداث ضرر للغير. أما القوة القاهرة فإنها تلجئ إلى وقوع الضرر للغير، إذ لا سبيل إلى رفعه أو مقاومته[١].

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص١٨٠.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وينبغى التحرز، فى هذا المقام، فى التفريق بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية، وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعى، من ناحية أخرى. ففى حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مندوحة عن إحداثه، لو أنه وطن النفس على تحمل الضرر الذى كان يتهدده. أما القوة القاهرة، فهى، على النقيض من ذلك، تلجئ إلى الإضرار إلجاء لا قبل للفاعل بدفعه. ثم إن الخطر الداهم الذى يقصد إلى توقيه، فى حالة الضرورة، لا يكون للمضرور يد فى إحداثه. ويختلف عن ذلك وضع المضرور فى حالة الدفاع الشرعى، فهو بذاته محدث ذلك الخطر. ويتفرع على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلط بحالة الدفاع الشرعى، إذا كان العمل الضار لم يدفع إليه خطر خارجى، وإنما استلزمه خطر صادر من المضرور نفسه. ففى مثل هذه الحالة تنتفى المسئولية بتاتا، ويكون للضرورة حكم دفاع الشرعى من هذا الوجه. وقد لمح التقنين الألمانى هذه التفرقة فنص فى المادة ٢٢٨ على أن "كل من أتلف أو ضرب شيئا مملوكا للغير لدرء خطر يتهدده أو يتهدد غيره من جراء هذا الشئ لا يعد بذلك مخالفا للقانون، متى كان الإتلاف أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسبا مع هذا الخطر. فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بفعله سئل عن تعويض الضرر". وقد اتبع التقنين البولونى هذه التفرقة نفسها، مع اختلاف فى التعبير، فنص فى المادة ١٤٠ على أن "كل من ضرب أو أتلف شيئا مملوكا للغير، أو قتل أو جرح حيوانا مملوكا للغير، وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يتهدده أو يتهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا الشئ أو ذاك الحيوان، لا يسأل عما يحدث من ضرر، إذا كان لم يستجلب هذا الخطر، وكان الفعل الذى ترتب عليه الضرر لازما". ويلاحظ أن التقنينين المتقدم ذكرهما يفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شئ يملكه المضرور، وبين حالة إحداث الخطر بخطأ من وقع الضرر منه. ففى الحالة الأولى تنتفى المسئولية بتاتا، فى حين أنها تظل فى الحالة الثانية كاملة غير منقوصه. على أن المشروع قد عرض لحالة أدق من الحالتين السابقتين، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لمحدث الضرر أو المضرور يد فيها، وقضى بتخفيف المسئولية فى هذه الصورة عوضا عن الإبقاء عليها أو نفيها فى جملتها"(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٧٩ وما بعدها.

٥٣٦- حكم الضرر:

إذا كان الضرر الذى وقع بفعل مرتكب الفعل الضار تافها بالنسبة إلى الخطر الذى يراد تلافيه أصبح هذا الخطر بمثابة قوة قاهرة تنتفى معها المسئولية التقصيرية تماما، ولا يبقى للمضرور إلا بالرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب. كما فى حالة شخص يشرف على الغرق فيقتلع شجرة للغير يمسك بها لإنقاذ نفسه.

وإذا كان الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذى وقع، بحيث لا يبلغ مبلغ القوة القاهرة ولكنه بجعل الشخص فى حالة ضرورة ملجئة، فإنه يرفع أيضا المسئولية التقصيرية. لكن يستطيع المضرور أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب.

ومثل هذه الحالة أن يضطر سائق سيارة إلى إتلاف مال أو سيارة أخرى على جانب الطريق ليتفادى قتل أحد المارة أو يستولى شخص على دواء للغير ليعالج نفسه من مرض خطر فاجأه.

وإذا كان الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذى وقع دون أن يبلغ ما بلغه فى الحالة السابقة كما إذا أتلف الشخص مالا كبير القيمة ليتفادى خطرا محدقا، كإخماد حريق شبت فى منزله. فتلك هى الحالة التى عناها النص بقوله "لا يكون (أى المتسبب فى الضرر) ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا".

والمشرع باستعماله مثل هذه العبارة إنما يقصد فى الواقع إلى أن يكون التعويض مخففا، لأنه يرى المتسبب معذورا إلى حد ما. والتعويض هنا يستند إلى المسئولية التقصيرية. وذلك إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى الإثراء بلا سبب.

أما إذا كان الخطر المراد تفاديه مساويا للضرر الذى وقع أو دونه فى الجسامة. فإن هذا الشخص يكون متعديا تتحقق مسئوليته التقصيرية كاملة، لأنه لا يجوز لشخص أن يلحق بغيره ضررا ليتفادى خطرا لا يزيد على هذا الضرر.

وهذه الحلول قد روعى فيها معيار التعدى فى الخطأ وهو السلوك المألوف للشخص العادى الذى ذكرناه سلفاه. فالشخص الذى سبب الضرر لم ينحرف عن هذا السلوك فى الحالتين الأولى والثانية فارتفعت مسئوليته. وانحرف عنه فى الحالة الثالثة انحرافا تخفف منه حالة الضرورة فكانت مسئوليته مخففة، وانحرف عنه انحرافا كاملا فى الحالة الأخيرة فتحققت مسئوليته كاملة[1].

---

(١) السنهورى ص٦٥٨ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص٤٧٢ وما بعدها – حشمت أبو ستيت ص٤١٧.

مادة (١٦٩)

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.

الشرح

٥٣٧- المقصود بالتضامن:

إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر.

والمقصود بالتضامن أن كلا من المسئولين المتعددين يكون مسئولا قبل المضرور بأداء كامل التعويض، ويجوز للمضرور مطالبتهم جميعا كما يستطيع أن يختار من بينهم من يشاء فيقصر عليه دعواه دون غيره ويطالبه بالتعويض كله، وبذلك يعتبر التضامن بين المدينين ضمانا نافعا للدائن ضد الإعسار الذى قد يصيب أحد هؤلاء المدينين بحيث يجوز للدائن الرجوع على أى منهم ليستوفى حقه كاملا.

وفى حالة التضامن بين الدائنين المتعددين يجوز لأى من الدائنين أن يطالب المدين بكل الدين بحيث يكون وفاء المدين لأى دائن بكل الدين مبرئا لذمته فى مواجهة كافة الدائنين.

ومن المقرر أن التضامن لا يفترض إنما يتقرر بناء على اتفاق أو نص فى القانون كما تقضى بذلك المادة ٢٧٩ من القانون المدنى، والاتفاق متصور فى العلاقة التعاقدية، إذ يمكن الاتفاق أو عدم الاتفاق على التضامن بعكس المسئولية التقصيرية حيث لا يكون المضرور فى موقف يمكنه من الاتفاق على التضامن قبل ارتكاب الخطأ[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا كان الغصب فى ذاته فعلا ضارا، وكان الريع – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار،

---

(١) الدناصورى والشواربى فى المسئولية المدينة ص٤٧٩.

وكان من المقرر طبقا لنص المادة ١٦٩ من القانون المدنى أنه إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين فى التزام بتعويض الضرر، فإن الحكم إذ أيد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام الطاعنين متضامنين بالريع يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم ٩٩٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٠/٤/٤)

٢- (أ)- "الحكم الذى تقرره المادة ١٦٩ من القانون المدنى من أنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر. لا يرد إلا عند تحديد مسئولية كل شخص من محدثى الضرر المتضامنين وذلك فيما بين مرتكبى الفعل الضار أنفسهم، ومادام المتبوع لم يرتكب خطأ شخصيا فإن مسئوليته بالنسبة لما اقترفه تابعه هى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ولا يعتبر بالنسبة لهذا التابع مدينا متضامنا أصلا".

(ب)- "الالتزام بالتضامن فى حكم الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من قانون المرافعات يقصد به التضامن بين المدينين، كما أن العبرة بالحكم فعلا بالتضامن أما إذا كان المدعى قد طلب الحكم به ولم تستجب المحكمة له فلا يتحقق موجب الاستثناء المقرر فى الفقرة المشار إليها كما لا يجوز القياس، وتبقى القاعدة المتضمنة فى الفقرة الأولى من تلك المادة من أنه إذا تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم جاز رفع الطعن من أو هذا البعض دون حاجة إلى إدخال الآخرين ولا يفيد من الطعن إلا من رفعه ويعتبر الآخرون غير خصوم فى الطعن ولا يجوز إدخالهم بعد مضى ميعاد الطعن ولا يجوز الاحتجاج منهم أو ضدهم بالحكم الصادر فى الطعن".

(طعن رقم ٩٢٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨١/١١/١٢)

٣- "المقرر بنص المادة ١٦٩ من القانون المدنى أنه إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بالتعويض".

(ب)- "التضامن فى القانون معناه أن يكون كل من المطالبين به ملزما للطالب واحدا أو أكثر بكل المبلغ المطالب به".

(طعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠)

٥٣٨- شروط قيام التضامن فى المسئولية:

يشترط لقيام التضامن من بين المسئولين المتعددين توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول:

أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ. وعلى ذلك فإن ورثة المسئول الذى ارتكب خطأ مهما كانت جسامته لا يمكن ترتيب المسئولية التضامنية فى مواجهتهم وتنحصر مسئوليتهم فى حدود نصيبهم فى التركة التى آلت إليهم بمقتضى قواعد الإرث فليس من تضامن بينهم لأن أحدا منهم لم يرتكب أى خطأ.

وقد يكون أحد المسئولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه، فيكونان مسئولين بالتضامن فى البعض الذى اشتركا فيه، وينفرد الأول بالمسئولية عما استقل بإحداثه. مثل ذلك مخفى بعض الأشياء المسروقة، تقتصر مسئوليته بالتضامن مع السارق على مقدار ما أخفى(١).

ولا يشترط للحكم بالتضامن على المسئولين أن يكونوا قد ساهموا فى الجريمة الواحدة بصفة فاعلين أو شركاء بمعنى أن يكون الخطأ الذى وقع منهم واحدا.

وفى هذا قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "إن القانون لا يشترط فى الحكم بالتضامن على المسئولين عن التعويض أن يكونوا قد ساهموا فى الجريمة الواحدة بصفة فاعلين أو شركاء، أو بعبارة أخرى أن يكون الخطأ الذى وقع منهم واحدا، بل إنه يكفى أن يكون قد وقع من كل منهم خطأ متى كانت أخطاؤهم مجتمعة قد سببت للمضرور ضررا واحدا ولو كانت لم تقع فى وقت واحد. وإذن فمادام الخطأ الذى يقع من السارق بفعل السرقة يتلاقى فى نتيجته مع الخطأ الذى يقع ممن يخفى المسروق بالنسبة للمال الذى وقع عليه فعل الإخفاء من حيث الضرر الذى يصيب المضرور بحرمانه من ماله فإن الحكم إذا ألزم المخفى لكل ما سرق بأن يدفع مبلغ التعويض بالتضامن مع السارق يكون قد أصاب ولم يخطئ فى شئ".

(طعن رقم ١٣٣٨ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/٥/٢٤)

٢- "من المقرر أن التضامن فى التعويض بين الفاعلين الذين أسهموا فى إحداث الضرر واجب بنص القانون مادام قد ثبت اتحاد الفكرة والإرادة لديهم وقت الحادث على إيقاع الضرر بالمجنى عليهم".

(طعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣٠)

---

(١) السنهورى ص٧٧٩ هامش (١) ونقض جنائى ١٩١٨/٢/١٦ الذى أشار إليه.

ويستوى أن يكون الخطأ عمديا أو غير عمدى.

وفى هذا قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"إن التضامن فى التعويض بين المسئولين عن العمل الضار واجب طبقا للمادة ١٦٩ من القانون المدنى يستوى فى ذلك أن يكون الخطأ عمديا أو غير عمدى".

(طعن رقم ٤٥لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٢/٣/٢٥)

الشرط الثانى:

أن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سببا فى إحداث الضرر. فإذا لم يمكن تعيين محدث الضرر من بين جماعة فلا يمكن مساءلة هؤلاء الجماعة بالتضامن، كما إذا لم يعرف من بين لاعبى الكرة فى الطريق من قذف الكرة وأحدث إصابة المضرور.

ولا يعتد بدرجة جسامة الخطأ المنسوب إلى كل من المسئولين فقد يكون الخطأ المنسوب إلى كل من المسئولين عمديا أو خطأ جسيما أو عاديا.

ولا يلزم الاتحاد فى قدر الخطأ فقد يكون خطأ جسيما والآخر يسيرا وفى جميع الأحوال تترتب المسئولية التضامنية، فالخطأ العمدى الصادر من أحد المسئولين طالما أنه لم يستغرق الخطأ العادى للمسئول الآخر، لا يعفى هذا الأخير من المسئولية(١).

ولا يشترط وحدة الخطأ أو تعاصر الأخطاء، فقد يصدر من المتعددين أخطاء مختلفة، وبالرغم من عدم تعاصر هذه الأخطاء فإن ذلك لا يؤثر على تطبيق قواعد المسئولية التضامنية طالما أنه قد توافرت علاقة السببية بين كل من هذه الأخطاء والضرر الذى لحق المضرور فيقضى بالمسئولية عن كل قيمة التعويض، مثال ذلك بيع لحم فاسد إلى المستهلكين وترتب على ذلك موت أحد الأشخاص، فصاحب الماشية الذى باعها والجزار الذى ذبحها وباعها للمستهلك والطبيب البيطرى ومفتش الصحة اللذين أوقعا الكشف الطبى عليها مسئولون جميعا بالتضامن إذ ترتب على أخطائهم المتعددة توزيع اللحم على المستهلكين وحصول الضرر.

وكذلك إذا ترك شخص سلاحه النارى بداخله مقذوف فى حيازة شخص مهمل فأطلقه وأصاب آخر فإن الاثنين مسئولان بالتضامن(٢).

---

(١) السنهورى ص٧٧٩- الدناصورى والشواربى ص٤٨٠.

(٢) الدناصورى والشواربى ص٤٨٠ ومابعدها.

ولا يلزم أن تتحد الأخطاء فى نوعها فقد يكون بعضها عمديا والآخر بإهمال[١]، وقد يكون بعضها جنائيا والآخر مدنيا، وقد يكون بعضها إيجابيا والآخر امتناعا. مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحا فيدخل لص ويسرق المنزل، ففى هذه الحالة يكون الخادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين الخطئين فأحدهما عمد والآخر غير عمد، وأحدهما جنائى والآخر مدنى وأحدهما عمل والآخر امتناع عن العمل[٢].

كذلك لا يهم أن يكون بعض الأخطاء مفترضة والبعض الآخر ثابتة أو كان الخطأ بفعل شخص أو كان الخطأ مبناه المسئولية عن فعل الغير أو عن الأشياء فسائق السيارة ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق وخطأ الأول ثابت وخطأ الآخر مفترض[٣].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر إذ يعتبر المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن للتابع كفالة مصدرها القانون مما يترتب عليه أنه إذا تعدد المتبوعون كانوا متضامنين فيما بينهم عملا بالمادة ٧٩٥ من القانون المدنى".

(طعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٣/٣٠)

٢- "من المقرر أنه إذا ارتكب التابع عملا غير مشروع دون أن يقع من المتبوع خطأ شخصى فإن المتبوع يكون متضامنا مع تابعه ومسئولا قبل المضرور عن أعماله

---

(١) وقد يكون أحد الخطأين عقديا مادام الآخر خطأ تقصيريا كأن يتعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع أن يعمل فى مصنعه مدة معينة، وأخل بتعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معا نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل. وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطأ تقصيرية، بل يرجع على أن العامل الفنى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضا عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولا، فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض ضرر واحد تعويضا كاملا. وهذه ليست مسئولية بالتضامن بل هى مسئولية مجتمعة (السنهورى ص٧٨٢).

(٢) السنهورى ص٧٨١.

(٣) السنهورى ص٧٨١ ومابعدها – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٤٥٠.

غير المشروعة، وما ينبنى على ذلك من أن المضرور يكون بالخيار إما أن يرجع على التابع وإما أن يرجع على المتبوع، وإما أن يرجع عليهما معا، ولكن إذا أراد المضرور الرجوع على التابع فحسب فإنه يتعين أن يكون الأخير أهلا لأن يخاصم ويختصم وفقا لأحكام القانون".

(طعن رقم ١٩٠٥ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٣/٦/٧)

وكما رأينا سلفا فإن القضاء يأخذ بنظرية السبب المنتج فلا يأخذ فى الاعتبار إلا السبب المنتج، أى السبب الذى يحدث الضرر عادة حسب المألوف، ويسقط من الاعتبار السبب العارض الذى لا يؤدى تدخله إلى إحداث الضرر عادة.

واستخلاص توافر علاقة سببية مباشرة بين خطأ كل من المسئولين والضرر أو نفيها من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض إلا إذا كان استخلاصه غير سائغ(١).

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"إذا كان الثابت بالحكم أن المتهمين وفريقهما حضروا معا لمحل الحادثة وكان كل واحد منهم عاقدا النية على الاعتداء على فريق المجنى عليه بسبب مضاربة سابقة وقعت بين أفراد الفريقين، وتنفيذا لهذا الغرض ضرب كل من المتهمين، بحضور الآخر وعلى مرأى منه، المجنى عليه المذكور فاحدثا به الإصابات التى أدى بعضها إلى وفاته، فإن كلا منهما يكون مسئولا قانونا عن تعويض الضرر الناشئ عن الضرب الذى أحدثه هو والذى أحدثه زميله بالمجنى عليه وعن نتيجته الاحتمالية وهى الوفاة. وذلك على أساس أن ارتكاب كل منهما فعلته إنما كان بناء على وجود زميله معه، وهذا الظرف من شأنه أن يشجع كل منهما على الاعتداء الذى كانا متوافقين عليه. وإذن فالقضاء عليهما متضامنين بالتعويض للمدعى بالحق المدنى عن وفاة المجنى عليه. لا مخالفة فيه للقانون، لأن كلا منهما يعتبر مسئولا من الوجهة المدنية عن الوفاة ولو أن المحكمة لم تستطع تعيين من منهما الذى أحدث الإصابة التى نشأ الموت عنها".

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٢/٣/٢)

---

(١) الدناصورى والشواربى ص٤٨١.

٥٣٩- توزيع التعويض على المسئولين:

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٦٩ فى عجزها على أن: "وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض".

ومن ثم فإن الأصل أن تكون المسئولية بين المسئولين بالتساوى، فإذا كان الفعل الضار صادرا من ثلاثة أشخاص مثلا كان التعويض بينهم مثالثة.

غير أن النص أجاز للقاضى أن يعين نصيب كل منهم فى التعويض، فلا يكون التعويض بالتساوى بينهم فى هذه الحالة.

ولاشك أن تعيين نصيب كل من المسئولين عن الفعل الضار إنما يكون بنسبة جسامة الخطأ الذى ساهم فيه المسئول فى الضرر الذى لحق المضرور، وذلك يكون إذا استطاع القاضى تحديد نسبة جسامة الخطأ.

وهذا النص يتفق ونص المادة ٢١٦ مدنى التى تقضى بأن: "يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر، أو زاد فيه". والمادة المذكورة واردة فى آثار الالتزام تسرى على المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل فى المسئولية التضامنية عن العمل الضار أن تقسم المسئولية فى إحداث الضرر إلى حصص متساوية بين الجميع أو بنسبة خطأ كل منهم".

(طعن رقم ١٥٢ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢)(٢)

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى ص٥٤٩.

(٢) ورغم أن المادة (٢١١/١٥٠) من التقنين المدنى القديم كانت تنص على أن: "إنما يكون التضامن فى الالتزامات الناشئة عن الأحوال الآتية": (أى أحوال المسئولية عن العمل الضار الواردة فى المواد ٢١٣/١٥١، ٢١٥/١٥٣/٢١٤/١٥٢) ولم تضمن عبارة "إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض". إلا أن محكمة النقض ذهبت إلى أن تقدير حصة كل من اشتركوا فى إحداث الضرر يجب – بحسب الأصل – أن يكون المناط فيه مبلغ جسامة الخطأ الذى ساهم به.

إذ قضت بأن :

"الأصل أن الضرر المترتب على فعل مضمون ومهدر يسقط فيه ما يقابل المهدر ويعتبر ما يقابل المضمون، فينبغى إذن أن يستنزل من التعويض ما يقابل الفعل الذى ساهم به المضرور فى الضرر ويعتبر الفعل الذى وقع من الغير".

(طعن رقم ٨٠ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٩/١/٢٦) =

الشرط الثالث:

أن يكون الضرر الذى أحدثه كل من المسئولين بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون، وهو ما يعبر عنه بوحدة الضرر، فيجب أن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون. فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة، وجاء لص آخر فسرق من السيارة بعض الآلات لم يكن اللصان متضامنين لأن كل منهما أحدث بخطئه ضررا غير الذى أحدثه الآخر.

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"إنه وإن كانت المادة ١٥٠ من القانون المدنى قد نصت على أن الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة بالغير هى والمشار إليها بالمادة ١٥١ من القانون المذكور تكون بالتضامن بين الملتزمين، ثم إنه إن جاز القول بأن الالتزام على هذا النحو يكون مستفادا، بدون نص صريح عنه، من الحكم الصادر على عدة أشخاص بارتكابهم الفعل الذى نشأ عنه الالتزام، كما إذا قضى فى حكم واحد. بإدانة عدة متهمين – فاعلين كانوا أو شركاء – فى جريمة واحدة، أى عن فعل واحد نشأ عنه ضرر واحد هو المطلوب تعويضه للمجنى عليه – إن كان ذلك وإن جاز هذا فإن التضامن لا يجوز القول به عند اختلاف الجرائم أو الأفعال التى وقعت من المحكوم عليهم كلهم أو بعضهم ولو كانوا قد أدينوا بمقتضى حكم واحد. لأن التضامن هنا يقتضى لإرجاعه إلى النص القانونى الذى يستند إليه بيان الوقائع والأسباب التى يستدل بها على مشاركة المحكوم عليهم فى الضرر الواحد الذى يطلب المضرور ممن تسببوا فيه تعويضه عنه،

= **كما قضت محكمة النقض– الدائرة الجنائية – بأن:**

"إن المادة ١٥١ من القانون المدنى وإن نصت على إلزام كل من يقع منه فعل ضار بالغير بتعويض الضرر المترتب على فعله إلا أنه إذا كان المضرور قد أخطأ أيضا وساهم هو الآخر بخطئه فى الضرر الذى أصابه يجب أن يراعى فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له، فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير. لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئا عن خطأين: خطئه هو وخطأ غيره – ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما: وبناء على عملية تشبه المقاصة لا يكون الغير ملزما إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل الضرر منقوصا منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه".

(طعن رقم ٤٩٦ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٥/٤/٢)

مما يجب معه، للقول به، أن يتعرض الحكم فى صراحة لهذه الوقائع والأسباب ليربط حكم القانون فى الدعوى بواقعتها. وإذن فإذا كان الحكم ليس فيه نص على التضامن، وكانت الواقعة، كما هى ثابتة به، ليس فيها بذاتها ما يقتضى القول بذلك التضامن، فإنه لا يصح اعتبار هذا الحكم ملزما المدينين المحكوم عليهم فيه بالتضامن بينهم".

(طعن رقم ١٤٨ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٥/١/١٥)

ولا يشترط لقيام التضامن بين المسئولين أن يكون ثمة تدبير أو اتفاق سابق بين المسئولين(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية- بأن:

١- "إذا تعدد المتهمون وثبت بالحكم أن أولهم قد ارتكب جناية الضرب المفضى إلى الموت وأن تهمة باقيهم جنحة الضرب وحكمت المحكمة عليهم جميعا بالتعويض المدنى بالتضامن كان الحكم صحيحا مادام قد ثبت فى الحكم وجود الاتحاد والتطابق فى الإرادات على التعدى صراحة أو استنتاجا من بيان الحكم. ولا يصح الطعن فى الحكم برغم أن المتهم الأول هو المسئول وحده عن التعويض لأنه المدان فى جناية الضرب المفضى إلى الموت. ذلك لأن نصوص القانون الجنائى إذا كانت لا تسمح باعتبار الشخص مسئولا عن فعل غيره إلا إذا كان فاعلا أصليا معه أو شريكا له فإن قواعد المسئولية المدنية أوسع نطاقا من هذا لأنه يكفى فيها أن تكون إرادة الشخص طابقت إرادة الفاعل الأصلى ولو فى لحظة ارتكابه الجريمة وأن يكون قد وقع فيه من الأفعال ما هو من نوع فعل ذلك الفاعل الأصلى حتى يعتبر معادلا له فى المسئولية المدنية وإن لم يعاقبه القانون الجنائى إلا على فعله فقط ولم يعتبره شريكا لذلك الفاعل الأصلى. وهذه المسئولية المدنية المساوية للمسئولية المدنية الواقعة على فاعل الجريمة أساسها مجرد تطابق الإرادات – ولو فجأة- على الإيذاء بنوع الفعل غير المشروع الذى حدث كنوع الضرب مثلا. فمهما يحصل من التفريق فى الجرائم الناشئة عن هذا النوع من الفعل بسبب إفضاء بعض الضربات إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة أو إلى عجز عن العمل لأزيد من عشرين يوما، ومهما يحصل بناء على ذلك من التفريق بين الضاربين فى المسئولية الجنائية لتطبيق ما وقع من كل منهم على نص خاص من نصوص القانون فإن المسئولية المدنية تعم كل المتدخلين فى الضرب الذى أرادوه

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٤٤٩- السنهورى ص٧٨٠.

وافترضوا بعضه، قل هذا البعض فى نظر القانون الجنائى أو جل، وسبب عمومه هو مجرد توافق إرادتهم على الإيذاء بالضرب ومضيهم فى تنفيذ إرادتهم فعلا. ومادامت هذه المسئولية عامة فهى مسئولية يتضامن فيها الجميع بنص المادة ١٥٠ من القانون المدنى، ومن المتعين على القاضى إذا حكم بالتضامن أن يذكر فى حكمه وجود ذلك الاتحاد والتطابق فى الإرادات على التعدى أو يكون حكمه فى مجموعه مظهرا لذلك".

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٣٠/١٢/٢٥)

٢- "إذا كانت نصوص القانون الجنائى لا تسمح باعتبار الشخص مسئولا عن فعل غيره إلا إذا كان فاعلا أصليا معه للجريمة أو شريكا له فيها، فإن قواعد المسئولية المدنية تسمح بأن يكتفى فيها بأن تكون إرادة الشخص قد طابقت إرادة الفاعل الأصلى ولو فى لحظة ارتكابه الجريمة، وأن يكون قد وقع منه من الأفعال ما هو من نوع فعل ذلك الفاعل الأصلى حتى يعتبر نظيرا معادلا له فى المسئولية المدنية وإن لم يعاقبه القانون الجنائى إلا على فعله فقط، وأساس هذه المسئولية المدنية مجرد تطابق الإرادات – ولو فجأة – على الإيذاء بنوع الفعل غير المشروع الذى حدث".

(طعن رقم ٨٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٣١/٣/٢٩)

٣- "القضاء على المسئولين عن الحقوق المدنية بالتضامن لا يقتضى اتفاقا سابقا بين المتهمين على الإجرام بل ولا يقتضى توافق المتهمين على التعدى والإيذاء. ويكفى لترتب التضامن أن تتحد إرادة الفاعلين مجرد اتحاد وقتى على الاعتداء على المجنى عليهم، وأن يقارف كل منهم هذا الاعتداء فعلا أو يشترك فيه".

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ١ق جلسة ١٩٣١/٦/١١)

٤- "إن أساس المسئولية فى الدعوى المدنية يختلف عنه فى الدعوى الجنائية. فإذا كانت المحكمة لم تر مساءلة المتهمين مدنيا عن الضربة التى أحدثت الوفاة، والتى لم يعرف مرتكبها على وجه التحديد، فإن مسئوليتهما مقررة قبل المجنى عليه نفسه عن الضرر المادى الذى أصابه من الضربة الأخرى التى ثبتت فى حقهما أخذا بالقدر المتيقن".

(طعن رقم ١١٩٥ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٣)

٥- "التضامن فى التعويض بين الفاعلين الذين أسهموا فى إحداث الضرر واجب بنص القانون مادام قد ثبت اتحاد الفكرة والإرادة لديهم وقت الحادث على إيقاع

الضرب بالمجنى عليه ولو دين أحدهم بتهمة الضرب الذى تخلفت عنه عاهة ودين الآخرون بتهمة الضرب والجرح فقط".

(طعن رقم ٨٦٤ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٩)

٦- "من المقرر أن التضامن فى التعويض بين الفاعلين الذين أسهموا فى إحداث الضرر واجب بنص القانون، مادام قد ثبت اتحاد الفكرة والإرادة لديهم وقت الحادث على إيقاع الضرب بالمجنى عليه ولو دين أحدهم بتهمة الضرب المفضى للموت ودين الآخرون بتهمة الضرب والجرح فقط".

(طعن رقم ٧١٦ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٩)

٧- "تعدد الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيها أيا كان قدر الخطأ المنسوب إليه، يستوى فى ذلك أن يكون سببا مباشرا أو غير مباشر فى حصوله".

(طعن رقم ١٩٧٤ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٩/٢/٣)

ولا يشترط أن يكون الأخطاء جريمة واحدة.

وفى هذا قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "من يشترى المسروق مع علمه بحقيقة الأمر فيه يكون مسئولا مع السارق بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذى أصاب المجنى عليه ولو أنه يعد فى القانون مخفيا لا سارقا. وذلك على أساس أن كلا منهما قد عمل على احتجاز المال المسروق عن صاحبه".

(طعن رقم ١٨٥٠ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٢/١١/١٦)

٢- "إن القانون لا يشترط فى الحكم بالتضامن على المسئولين عن التعويض أن يكونوا قد ساهموا فى الجريمة الواحدة بصفة فاعلين أو شركاء، أو بعبارة أخرى أن يكون الخطأ الذى وقع منهم واحدا، بل يكفى أن يكون قد وقع من كل منهم خطأ متى كانت أخطاؤهم مجتمعة قد سببت للمضرور ضررا واحدا ولو كانت لم تقع فى وقت واحد. وإذن فمادام الخطأ الذى يقع من السارق بفعل السرقة يتلاقى فى نتيجته مع الخطأ الذى يقع ممن يخفى المسروق بالنسبة للمال الذى وقع عليه فعل الإخفاء من حيث الضرر الذى يصيب المضرور بحرمانه من ماله فإن الحكم إذا ألزم المخفى لكل

ما سرق بأن يدفع مبلغ التعويض بالتضامن مع السارق يكون قد أصاب ولم يخطئ فى شئ".

(طعن رقم ١٣٣٨ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/٥/٢٤)

وقد يكون أحد الخطأين جناية قتل والآخر جنحة ضرب، فلا يمنع من التضامن.

وقد قضت محكمة النقض ـ الدائرة الجنائية ـ بأن:

"للمحكمة إذا تعدد المتهمون واختلفت مسئولياتهم الجنائية أن تحكم عليهم متضامنين بالتعويض المدنى، لأن اتحاد الفكرة والإرادة لدى أشخاص على التعدى وإيقاع الأذى يجعلهم مسئولين متضامنين مدنيا عن نتائج أفعالهم ولو اختلفت مسئولياتهم الجنائية".

(طعن رقم ٦٠٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٣١/٢/١٥)

وإذا توافر فى حق المتهمين ظرف سبق الإصرار واعتدوا على المجنى عليه وأزهقوا روحه دون أن يعلم من منهم الذى قتل، فإن مسئوليتهم بالتضامن تكون قائمة.

٥٤٠- يجب طلب القضاء بالتضامن:

يجب أن يطلب المدعى إلزام المدعى عليهم بالتضامن، ولا يكفى مجرد الإشارة بصحيفة الدعوى إلى أن المسئولية بينهم بالتضامن عملا بالمادة ١٦٩ مدنى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"العبرة فى تحديد طلبات الخصم هى بما يطلب الحكم له به. وإذ كانت الشركة المطعون عليها الأولى لم تطلب الحكم على الطاعن والمطعون ضده الثانى بالتضامن، وإنما أشارت فى صحيفة افتتاح الدعوى إلى أن مسئوليتهما تضامنية، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى رغم ذلك بالتضامن تأسيسا على أن المطعون عليها الأولى طلبت الحكم به فى صلب الصحيفة، يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه".

(طعن رقم ٢١٨ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢١)

٥٤١- هل يجب أن ينص الحكم فى منطوقه على التضامن؟

ذهبت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٥/١/١٥ فى الطعن رقم ١٤٨ لسنة ١٥ق إلى أن الالتزام بالتضامن يكون مستفادا دون نص صريح عنه، إذا كان الحكم قد صدر ضد عدة أشخاص بارتكابهم الفعل الذى نشأ عنه الالتزام.

إذ جرى قضاؤها على أن:

(أ)- "إنه وإن كانت المادة ١٥٠ من القانون المدنى قد نصت على أن الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة بالغير هى والمشار إليها بالمادة ١٥١ من القانون المذكور تكون بالتضامن بين الملتزمين، ثم إنه إن جاز القول بأن الالتزام على هذا النحو يكون مستفادا، بدون نص صريح عنه، من الحكم الصادر على عدة أشخاص بارتكابهم الفعل الذى نشأ عنه الالتزام، كما إذا قضى فى حكم واحد بإدانة عدة متهمين – فاعلين كانوا أو شركاء فى جريمة واحدة، أى عن فعل واحد نشأ عنه ضرر واحد هو المطلوب تعويضه للمجنى عليه – إن كان ذلك وإن جاز هذا، فإن التضامن لا يجوز القول به عند اختلاف الجرائم أو الأفعال... الخ".

(ب)- "إذا حكم على عدة أشخاص بمبلغ معين ولم يكونوا بمقتضى الحكم ملزمين بالتضامن بينهم للمحكوم له، فإنه لا تجوز مطالبة أى منهم بكل المحكوم به بل يطالب فقط بنصيبه فيه. وتحديد هذا النصيب، مادام غير منصوص عليه فى الحكم ولا واضح من ثناياه، يكون مناطه عدد المحكوم عليهم اعتبارا بأن هذا هو الذى قصدت إليه المحكمة فى حكمها، فيقسم المبلغ المحكوم به على عدد المحكوم عليهم ويكون خارج القسمة هو مالا تجوز مطالبة كل من المحكوم عليهم بأكثر منه".

٥٤٢- التضامن والتضامم:

يجمع بين التضامن والتضامم (المسئولية المجمعة) هو أنه يوجد فى كل من الالتزامين مدينون متعددون، وأن كلا من هؤلاء المدينين مسئول عن كل الدين فى مواجهة الدائن، إلا أنه مع ذلك هناك اختلاف واضح بينهما من حيث المصدر.

فالالتزام التضامنى يقتضى وحدة المصدر بمعنى أن جميع المسئولين مصدر التزام كل منهم هو الفعل غير المشروع سواء كان خطأ ثابتا أو خطأ مفترضا.

فمصدر التزامهم إذن هو مصدر واحد.

أما فى التضامم، فإن مصدر الدين يتعدد مع بقاء الدين واحدا.

مثال ذلك أن يتعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع على أن يعمل فى مصنعه مدة معينة فأخل بتعهده وتركه قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه فإن العامل وصاحب المصنع المنافس مسئولان معا عن تعويض كامل، ذلك أن العامل مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى وصاحب المصنع

المنافس مسئول أيضا عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطئا تقصيريا جعله مسئولا فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض ضرر واحد تعويضا كاملا[١].

وفى عقد التأمين على المسئولية، نجد أن للمضرور مدينين، شركة التأمين والمؤمن له المسئول، فيستطيع المضرور أن يرجع على أى منهما ليطالبه بالتعويض عن الضرر، فإذا أوفى أحدهما بالالتزام وبالتعويض برئت ذمة الآخر.

٥٤٣- آثار التضامم:

١- فى الالتزام التضاممى يجوز للدائن أن يرجع على أى من المدينين ليطالبه بالدين كله، ويكون الوفاء الذى يتم من أحدهم مبرئا لذمة الآخرين، كما هو الشأن فى الالتزام التضامنى.

٢- لا يجوز للمضرور أن يجمع بين أكثر من تعويض من الدائنين المتضاممين. فإذا استوفاه من أحدهم امتنع عليه مطالبة الباقين به.

٣- أنه لا يتحتم فى كافة الأحوال أن يرجع المدين المتضامم الذى أوفى بالدين على باقى المدينين، وإنما يتوقف ذلك على طبيعة كل حالة من حالات التضامم على حدة. فشركة التأمين إذا ما دفعت التعويض المستحق للمضرور طبقا لعقد التأمين ليس لها أن ترجع بعد ذلك على مالك السيارة المؤمن له لتطالبه بهذا المبلغ.

أما فى الالتزام التضامنى فإن الدين ينقسم على المدينين، ويكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين، كل بقدر حصته.

٤- إن مركز المدين المتضامم أسوأ من مركز المدين المتضامن، ويرجع ذلك إلى أن الآثار القانونية مقررة لمصلحة المدينين المتضامنين لا لمصلحة الدائن. ولذلك فهى قاصرة على ما ينفع المدينين فقط دون ما يضرهم.

ومظاهر ذلك ما يأتى:

(أ)- إذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو إبراء ذمته منه بأى وسيلة أخرى استفاد منه الباقون. أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد عما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه (مادة ٢٩٤ مدنى).

---

(١) السنهورى ص٧٨٢ – الدناصورى والشواربى ص٥٠٤.

(ب)- إذا أقر أحد المسئولين بالتضامن بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين، وإذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقى المسئولين.

وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥ مدنى).

(ج)- إذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين، أما إذا صدر الحكم الصالح أحدهم استفاد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمسئول الذى صدر الحكم لصالحه (م٢٩٦).

(د) – إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المسئولين المتضامنين فلا يجوز لدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المسئولين (م٢/٢٩٢ مدنى).

(هـ)- إذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك من أثر بالنسبة إلى باقى المسئولين، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامنين الدائن فإن باقى المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م٢/٢٩٣ مدنى)[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحدا أنه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ولأنه إنما دفع عن نفسه".

(طعن رقم ٢٤٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١)

٢- "لما كان الحكم الابتدائى – المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أورد فى أسبابه "أن مسئولية المطعون ضده السابع تستند إلى قواعد المسئولية الشيئية بينما مسئولية الطاعن مصدرها القانون ومن ثم فإنه رغم أنهما مدينان بدين واحد إلا أنهما غير متضامنين فيه بل هما مسئولان عنه بالتضامن وذلك لما يقتضيه التضامن من وحدة مصدر الالتزام" فإن قصد الحكم حسبما تؤدى إليه هذه الأسباب – هو إلزام الطاعنة والمطعون ضده السابع بالتضامن الذى يقوم إذا ما كان المحل واحدا وتعددت مصادر الالتزام، ولا تعدو كلمتا "بالتضامن" الواردة بالأسباب و"متضامنين" الواردة بالمنطوق أن تكونا خطأ ماديا فى الحكم مما لا يشوبه بالخطأ فى تطبيق القانون أو بالتناقض.

---

(١) السنهورى ص٧٨٢ وما بعدها – الدناصورى والشواربى ص٥٠٥ وما بعدها.

وسبيل تصحيحه هو الرجوع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم بالطريق المرسوم بالمادة ١٩١ من قانون المرافعات، دون أن يصلح سببا للطعن فيه بطريق النقض".

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٨٣/١/١١)

٣- "إذ استند المطعون ضده الأول فى طلباته قبل الطاعن إلى أحكام المسئولية التقصيرية باعتباره مرتكب الفعل الضار، واستند فى طلباته الموجهة إلى المطعون ضده الأخير إلى وثيقة التأمين، فيكون مصدر إلزام كل منهما مختلفا عن مصدر إلزام الآخر ويكونان متضامنين فى أداء التعويض ويترتب عليه متى تحققت شروط مسئولية كل منهما – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون كل منهما مسئولا عن كل الدين ويستطيع الدائن التنفيذ به كله قبل أيهما، ويتوقف رجوع من يوفى منهما بكامل الدين على الآخر على ما قد يكون بينهما من علاقة".

(طعن رقم ١٩١٤ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩١/٥/٩)

٤- "إن القانون قد أجاز للمضرور – أو ورثته – الرجوع على المتبوع لاقتضاء التعويض منه باعتباره مسئولا عن أعمال تابعه غير المشروعة طبقا لأحكام المسئولية التقصيرية وأجاز له فى ذات الوقت الرجوع مباشرة على شركة التأمين لاقتضاء هذا التعويض منها باعتبار أن السيارة مرتكبة الحادث مؤمن عليها لديها وثبتت مسئولية قائدها عن الضرر وبذلك يصبح للمضرور مدينين بالتعويض المستحق له وكلاهما مدين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضامم ذمتهما فى هذا الدين دون أن تتضامن إذ الالتزام التضامنى يقتضى وحدة المصدر وأن كلا منهما ملزم فى مواجهة المضرور بالدين كاملا غير منقسم وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهما على انفراد أو إليهما مجتمعين وإذا استوفى دينه من أحدهما برئت ذمة الآخر، وإذا لم يستوف حقه كاملا من أحدهما رجع بالباقى على المدين الآخر ويتوقف رجوع من يوفى منهما بكامل الدين أو بعضه على الآخر على ما قد يكون بينهما من علاقة".

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٣/٢/١٨)



مادة (١٧٠)

يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير.

الشرح

٥٤٤- المقصود بالضرر:

(راجع شرح المادة ١٦٣).

٥٤٥- الضرر المادى والضرر الأدبى:

تصدت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٢/٢٢ فى الطعن رقم ٣٥١٧ لسنة ٦٢ القضائية (هيئة عامة)، لتعريف الضرر المادى والأدبى.

فذهبت إلى أن الضرر الأدبى يشمل كل ما يؤذى الإنسان فى شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره، أما ما عدا ذلك من مساس بمصلحة مشروعة للمضرور فى شخصه أو فى ماله إما بالإخلال بحق ثابت يكفله القانون أو بمصلحة مالية فإنه يتوافر بمجرده الضرر المادى، ولما كان حق الإنسان فى الحياة وسلامة جسمه من الحقوق التى كفلها الدستور والقانون وجرم التعدى عليه، فإن المساس بسلامة الجسم بأى أذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضرر المادى(١).

---

(١) ويعد هذا الحكم عدولا عما جاء بالأحكام الصادرة من الدائرة المدنية بمحكمة النقض فى الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٠ق بجلسة ١٩٨٤/٣/٢٨، وفى الطعن رقم ١٦٦٦ لسنة ٥٦ق بجلسة ١٩٩٢/٤/١٦ وفى الطعن رقم ٧٢٥ لسنة ٥٩ق من أن الضرر المادى يقتصر على المساس بمصلحة مالية للمضرور وهو لا يتحقق فى حالة الإصابة ما لم تحل بقدرة المضرور على الكسب وتكبده نفقات علاج.

ولكنه يتفق مع قضاء الدائرة المدنية بمحكمة النقض الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٢/١٧ فى الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ من أن: "إذا تسببت وفاة المجنى عليه عن فعل ضار من الغير فإن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت كما يسبق كل سبب=

فقد جاء بهذا الحكم ما يلى:

"وحيث إن النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المدنى على أن "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"- وما ورد بالمذكرة الإيضاحية من أنه "استقر فى العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام بعد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد فى هذا الصدد" يدل على أن المشرع استهدف بهذا النص وجوب التعويض عن الأضرار الأدبية التى تشمل كل ما يؤذى الإنسان فى شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره أما ما عدا ذلك من مساس بمصلحة مشروعة للمضرور فى شخصه أو فى ماله إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له فإنه يتوافر بمجرده الضرر المادى، وكان حق الإنسان فى الحياة وسلامة جسمه من الحقوق التى كفلها الدستور

= نتيجته وفى هذه اللحظة يكون المجنى عليه مازال أهلا لكسب الحقوق ومن بينها حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويتفاقم. ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه فى تركته ويحق لهم بالتالى مطالبة المسئول بجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم لا من الجروح التى أحدثها به فحسب وإنما أيضا من الموت الذى أدت إليه هذه الجروح من مضاعفاتها. ولئن كان الموت حقا على كل إنسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا إذ يترتب عليه فوق الآلام الجسيمة التى تصاحبه حرمان المجنى عليه من الحياة وهى أغلى ما يمتلكه الإنسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره والقول بامتناع الحق فى التعويض على المجنى عليه الذى يموت عقب الإصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حيا مدة بعد الإصابة يؤدى إلى نتيجة يأباها العقل والقانون هى جعل الجانى الذى يقسو فى اعتدائه حتى يجهز على ضحيته فورا فى مركز يفضل مركز الجانى الذى يقل عنه قسوة وإجراما فيصب المجنى عليه بأذى دون الموت وفى ذلك تحريض للجناة على أن يجهزوا على المجنى عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم التعويض".

(طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧)

وما ذهبت إليه الهيئة العامة يخالف أيضا ما ذهب إليه الرأى الغالب فى الفقه من أن الضرر المادى ينحصر فى الإخلال بحق ثابت أو مصلحة مالية للمضرور أى الضرر الذى بسبب للمضرور خسارة مالية (السنهورى ص٧١٤- محمود جمال الدين زكى فى الوجيز ص٢٦٤- الدناصورى والشواربى ص١٥٧ – عبد المنعم الصده ٤٨٨ وما بعدها).

والقانون وجرم التعدى عليه ومن ثم فإن المساس بسلامة الجسم بأى أذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضرر المادى – لما كان ذلك وكانت الأحكام الصادرة بجلسة ١٩٨٤/٣/٢٨ فى الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٠ق وبجلسة ١٩٩٢/٤/١٦ فى الطعن رقم ١٦٦٦ لسنة ٥٦ق وبجلسة ١٩٩٣/٤/٢٩ فى الطعن ٧٣٥ لسنة ٥٩ق قد خالفت هذا النظر وجرت فى قضائها على أن الضرر المادى يقتصر على المساس بمصلحة مالية للمضرور وهو لا يتحقق فى حالة الإصابة ما لم تخل بقدرة المضرور على الكسب أو تكبده نفقات علاج بما يقتضى العدول عن هذا المبدأ وذلك بالأغلبية المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية.

وحيث إنه إعمالا لتلك الفقرة التى ناطت بالهيئة الفصل فى الطعن المحال إليها فإنه يتعين الفصل فى هذا الطعن.

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعن بالأول منهما على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب وفى بيان ذلك يقول إنه تمسك فى صحيفة الاستئناف أن الحكم الابتدائى أخطأ فى تطبيق القانون إذ قضى للمطعون ضدهم بتعويض موروث عن الضرر المادى بالرغم من أن أفعال التعذيب لا تكفى وحدها لتحقق هذا الضرر ما لم تؤد إلى وفاة المصاب كما قضى لهم بتعويض عن الضرر الأدبى لما أصابهم من ألم من جراء تعذيب مورثهم فى حين أن الحق فى التعويض عن هذا الضرر مقصور على الألم الناشئ من جراء موت المصاب وإذ أغفل الحكم المطعون فيه هذا الدفاع فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى مردود. ذلك أنه لما كان المساس بسلامة الجسم يتوافر بمجرده قيام الضرر المادى على النحو السالف بيانه وكان الأصل فى التعويض عن الضرر المادى أنه إذا ثبت الحق فيه للمضرور فإنه ينتقل إلى ورثته ويستطيع الوارث أن يطالب بالتعويض الذى كان لمورثه أن يطالب به لو بقى حيا وكان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المدنى على أن "يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا..." وفى الفقرة الثانية على أنه "ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب" يدل على أن المشرع أجاز تعويض الضرر الأدبى بالمعنى السابق بيانه دون تخصيص ثم قيد هذا الحق من حيث مستحقيه فقصره فى حالة الوفاة على الأزواج والأقارب إلى

الدرجة الثانية، وهو تحديد لأشخاص من بحق لهم التعويض عن الضرر الأدبى وليس تحديدا لحالات وأسباب استحقاقه، وهو ما ينطبق بدوره- ومن باب أولى – فى تحديد المستحقين للتعويض عن هذا الضرر فى حالة الإصابة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتعويض للمطعون ضدهم عن الضرر المادى الموروث والضرر الأدبى الشخصى الذى أصاب المطعون ضدهم عدا الأولى، ومن ثم فإن دفاع الطاعن الوارد بسبب النعى لا يكون مستندا إلى أساس قانونى سليم فلا على الحكم المطعون فيه إن أغفل الرد عليه ويضحى النعى على غير أساس.

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه إذ قضى للمطعون ضدهم الثلاثة الأخيرين بتعويض موروث عن الضرر الأدبى الذى أصاب مورثهم رغم أنه لم يكن قد تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به أمام القضاء بما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى غير مقبول، ذلك أن البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه قضى للمطعون ضدهم الثلاثة الأخيرين بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى حاق بشخص كل منهم نتيجة تعذيب شقيقهم ولم يقض لهم بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى أصاب مورثهم فيكون النعى بهذا السبب قد ورد على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه ومن ثم غير مقبول".

كما قضت محكمة النقض بأن:

١- "لا يتحقق الضرر المادى للغير نتيجة وفاة من وقع عليه الفعل الضار إلا أن يثبت أن المتوفى كان يعول المضرور فعلا وقت الوفاة وعلى نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار فى ذلك تؤكده بغض النظر عن قرابة المضرور للمتوفى أو ورثته له وبغض النظر عن تنازل المتوفى أو ورثته أو صلحهم – ذلك لأن المضرور يطالب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه هو نفسه وقد وقع فعلا أو ثبت أنه سيقع حتما".

(طعن رقم ١٤٣٤٧ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٦/١١/٢٧)

٢- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أنه وإن كان الأصل فى المساءلة المدنية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وجوب تعويض كل من أصيب بضرر يستوى فى ذلك الضرر المادى والضرر الأدبى، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل بالنسبة للتعويض الأدبى إذ نص فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى على أن

"يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ..... ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب" فقد دل على أنه إذا كان الضرر أدبيا وناشئا عن موت المصاب فإن أقرباءه لا يعوضون جميعا عن الضرر الذى يصيبهم شخصيا وإنما يقتصر الحق فى ذلك على الأزواج والأقارب "نسبا" إلى الدرجة الثانية ولمن أصابه منهم ألم حقيقى، أما عدا هؤلاء من الأقارب فلا يجوز الحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى مهما كان ادعاؤهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب، وهو ما جلته الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدنى التى استبعدت "الأصهار" ومن تتجاوز قرابته الدرجة الثانية من نطاق الأقارب الذين يجوز لهم المطالبة بالتعويض الأدبى حين رؤى فى لجنة مجلس الشيوخ تقييد الأقارب الذين يحكم لهم بالتعويض عن الضرر الأدبى وقصره على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية بعد أن كان النص فى المشروع النهائى المقدم من الحكومة تتسع فيه حلقة الأقارب والأصهار دون تحديد على نحو لا تحمد عقباه. وكان من المقرر أيضا أن مؤدى نص المادتين ٣٥، ٣٦ من القانون المدنى – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – أن قرابة ابن الأخ وهى من قرابة الحواشى التى تربط بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر تعتبر من الدرجة الثالثة باحتساب درجتين صعودا إلى الأصل المشترك ودرجة نزولا منه إلى الفرع الأخر مع عدم حساب الأصل المشترك".

(طعن رقم ٢٣٤٩ لسنة ٨١ق جلسة ٢٠١٢/٤/٨)

وعلى ذلك فإنه يدخل فى الضرر المادى ما يأتى:

١- الاعتداء على حق الإنسان فى سلامة جسمه وإحداث جرح به أو إتلاف عضو منه أو إصابة العقل بأذى. بل ويتحقق الضرر المادى ولو لم يحدث بالشخص ثمة إصابة، أو لم يتسبب الاعتداء فى إعاقته عن عمله، أو تكبده ثمة نفقات فى سبيل العلاج منه، أو إذا عولج منه بمستشفى مجانى.

وإذا كان الاعتداء قد سبب للشخص إعاقة عن عمله ففوت عليه كسبا، أو كبده نفقات فى سبيل علاج ما ألم به من إصابات، فإن الكسب الفائت والنفقات التى تكبدها الشخص تضاف إلى التعويض المادى.

ومن باب أولى يكون الضرر ماديا إذا أخل بحق الإنسان فى الحياة بقتله، إذ أن هذا يعدم الحياة، وليس هناك ضرر أبلغ من ذلك.

٢- التعدى على الملك كحرق منزل لآخر أو تخريب زراعته أو إتلاف ماله.

٣- الاعتداء على حق شخص فى الانتفاع بشئ أو على حقه فيما قام به من إنتاج علمى أو فنى إلى غير ذلك مما يعتبر إخلالا بحق عينى أو شخصى أو معنوى، إذ أن هذا يحد من المزايا المالية التى تتوافر للشخص بموجب هذه الحقوق(١).

٤- كل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأى، كحبس شخص دون وجه حق أو منعه من السفر إلى جهة معينة(٢).

٥- قتل العائل لشخص آخر.

٦- تفويت الفرصة.

وسنعرض للحالتين الأخيرتين تفصيلا فيما بعد.

ويدخل فى الضرر الأدبى ما يأتى:

١- الضرر الذى يصيب الشخص فى شرفه واعتباره، كالقذف والسب وهتك العرض.

٢- الضرر الذى يصيب العاطفة والشعور والحنان كالحزن الذى يعترى شخص من قتل والده أو والدته، والحزن والأسى الذى يصيب الوالدين من انتزاع طفلهما منهما.

٣- كل عمل يصيب الشخص فى معتقداته الدينية وشعوره الأدبى كأن يتسبب شخص بخطئه فى منع جماعة دينية من الصلاة بقطع المياه عنها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ)- "إذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضدهما الثانى والثالث اقتحما مسكن الطاعن بالقوة وتعديا عليه وعلى أسرته بالسب بألفاظ نابية مست شرفه واعتباره وأهانا هيئة النيابة الإدارية التى ينتمى إليها مما أصابه بحالة نفسية كبدته مصاريف

---

(١) السنهورى ص٧١٤ – عبد المنعم الصده ص٤٨٨.

(٢) سليمان مرقس ص١٣١.

علاجه منها وهو ما سبب له أضرارا مادية وأدبية اضطر معها لولوج ساحة القضاء، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى تقدير مبلغ خمسة آلاف جنيه تعويضا عما أصاب الطاعن من أضرار معتبرا أن التعويض عن الضرر الأدبى ما هو إلا تعويض رمزى ومن ثم فلا ضرورة لأن يتناسب مع حجم الضرر ولا جسامة الخطأ فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٥٠٠٤ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠١٠/٧/١٢)

(ب)- "الضرر الأدبى يصيب الناس عادة فى عواطفهم وشعورهم أو اعتبارهم وشرفهم وسمعتهم فمحله وجدان الإنسان وهو مستودع فكره ومشاعره وأحاسيسه وسبب تكريمه على ما عداه من المخلوقات، ذلك أن قدرة الإنسان على الكسب منوطة باستقراره بل أن كل ما سبق له كسبه يغدو عديم القيمة إذا لم يستقر وجدانه وهو على هذا النحو – وبحسبانه خسارة غير مالية – لا يمكن محوه وإزالته بالتعويض النقدى ولكن قصارى ما قصده المشرع من النص عليه أن يوجد لهذا الضرر معادلا موضوعيا يرمز له ويتكافأ معه يحمل عنه أو معه نير الألم والحزن والأسى فيخفف عنه ذلك، بحيث يكون مواسيا للمضرور ويكفل رد اعتباره وهو ما لا يتأتى إلا بتحقيق التناسب مع الضرر تبعا لواقع الحال وبمراعاة الظروف الملابسة ودون غلو أو إسراف يجعل منه إثراء بلا سبب وأيضا دون تقتير يقصر به عن مواساته بل ويؤدى إلى الإساءة إليه بزيادة ألمه وأساه فليس معنى القول أن التعويض رمزى أن يكون تافها غير مناسب لحجم الضرر وجسامة الخطأ اللذين – لا شك – فى أنهما يختلفان بحسب ما إذا كان الفعل الضار مقصودا أم غير مقصود".

(طعن رقم ٥٠٠٤ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠١٠/٧/١٢)

(أنظر فى التعويض عن الضرر الأدبى المجلد الرابع شرح المادة ٢٢٢).

٥٤٦- يشترط أن يكون الضرر محققا:

يشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع، ويتوفر ذلك إذا كان الضرر حالا أى وقع فعلا، كأن يكون المضرور قد مات أو اعتدى على جسمه أو حصل تلف فى ماله.

ويتوفر ذلك أيضا إذا كان الضرر مستقبلا أى أنه لم يقع فى الحال ولكنه محقق الوقوع فى المستقبل.

والضرر المستقبل تقوم أسبابه فى الحال وتتراخى آثاره إلى المستقبل. كأن يصاب شخص بإصابة تعجزه عن العمل فى الحال. فإن الإصابة فى ذاتها محققة ولكن الخسارة المالية التى تصيب هذا الشخص من جراء عجزه عن الكسب، وهى تشمل كل ما كان سيربحه من عمله فى مستقبل حياته يعتبر أكثرها ضررا مستقبلا.

ومثل ذلك أيضا الحروق الحادثة من الأشعة والتى تبدو أول الأمر هينة ثم تتمحض عن ضرر جسيم فى المستقبل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت – فى حدود سلطتها التقديرية – إلى أن هدم المبنى أمر محتم ولا محيص من وقوعه، فإنها إذ قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم، لا تكون قد قدرته عن ضرر احتمالى وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع".

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

ويجب التمييز بين الضرر المستقبل محقق الوقوع والضرر المحتمل. فالضرر المحتمل هو ضرر لم يقع فعلا ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع. وإنما يحتمل وقوعه وعدم وقوعه، وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفا، وقد تبلغ من الضعف حدا يعتبر وهميا. وهو على أى حال لا يكفى لقيام المسئولية المدنية ولا تقوم هذه المسئولية إلا بعد أن يتحقق فعلا. ومثل ذلك ضرب الحامل على بطنها ضربا يحتمل معه إجهاضها أو عدمه فإنه لا يجيز لها المطالبة سلفا بتعويض عن الإجهاض مادام أنه لم يقع ولم يتأكد أنه سيقع. أما بعد أن يقع الإجهاض فإن الضرر يصبح ضررا حالا واجب التعويض.

ومثل ذلك أيضا أن يمزق شخص أو يحرق ورقة نصيب مملوكة لآخر وثابتا رقمها، فلا يمكن القول بأنه بمجرد ذلك أفقده قيمة الجائزة الأولى المخصصة لهذا النصيب لأن هذا الضرر ضرر احتمالى يتوقف تحققه أو عدمه على نتيجة السحب، فإن ربحت ورقته فى السحب كان الضرر محققا وإلا انتفى وجوده أصلا[1].

---

(١) سليمان مرقس ص١٣٢ وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لا يعيب الحكم أنه فيما قرر استبعاده من عناصر الضرر لم يدخل فى اعتباره حرمان الطاعن من مكافآت الدروس الخصوصية والندب للمراقبة فى الامتحانات – طالما أن نظره فى هذا الخصوص بنى كما هو مفهوم من أسبابه على أن الضرر الذى يدعيه الطاعن فى هذا الصدد هو ضرر احتمالى وليس بضرر محقق الوقوع".

(طعن رقم ٢٩٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣)

٢- "إن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضررا بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتما أما الضرر الاحتمالى الغير محقق الوقوع فإن التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتعويض ضدهم على أساس أن الطاعن مازال تحت يده حكم المديونية – رغم الوفاء- ويستطيع التنفيذ به على أموالهم إذا وجد لديهم ما يمكن التنفيذ عليه وكان ذلك التنفيذ الذى جعله الحكم مناطا للضرر المحكوم بالتعويض عنه غير محقق الحصول فإن الضرر الناشئ عنه يكون ضررا احتمالياً لا يصح التعويض عنه وبالتالى فإن قضاء الحكم بالتعويض عن هذا الضرر يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٣)

٥٤٧- التعويض فى المسئولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع:

أنظر شرح المادة (٢٢١).

٥٤٨- الإخلال بحق ثابت للمضرور:

أحيانا يصيب الضرر شخصا آخر نتيجة لإصابة المضرور. فالقتل ضرر يصيب المقتول فى حياته، ثم هو تبعا لذلك يؤدى إلى ضرر يصيب أولاد المقتول وزوجته بحرمانهم من الشخص الذى يعولهم. فهم يصابون فى حق ثابت لهم هو حقهم فى النفقة وهذا ضرر مستقل عن الضرر الذى يصيب المقتول نفسه. ولهذا إذا ثبت أن المقتول لم يكن يعولهم فلا ينشأ لهم حق شخصى فى التعويض عن ضرر مادى.

وإنما يقتصر ما يطالبون به من تعويض عن الضرر المادى على ما أصاب المقتول نفسه، إذ أن حق المقتول فى هذا التعويض ينتقل إلى الورثة[١].

---

(١) السنهورى ص٧١٤ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص٢٦٤.

وقد يكون المضرور تبعا دائنا للمصاب لا بنفقة ولكن بحق آخر، فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضررا بالتبعية.

مثل ذلك دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصى، وقد قتل المدين، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء فقد مدينه وفوات الفرصة عليه فى تنفيذ العمل. أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين، فلا يكون ثمة ضرر، ذلك أن التركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه، وإذا كانت معسرة فقد ثبت أن المدين كان معسرا قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتميا والعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى بالتعويض على هذا الأساس. لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت فى صحيفة استئنافها بعدم استحقاق المطعون ضدهم لثمة تعويض عن الضرر المادى على ما ذهبت إليه من أنهم بلغوا – وقت وفاة مورثهم – سن الرشد، يعولون أنفسهم ولا يباشر المورث شيئا من ذلك، وإذ أطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع استنادا إلى ما ورد بأسباب الحكم المستأنف فى هذا الشأن من أن الثابت بمستندات الدعوى وإعلام الوراثة المرفق بها انفراد المجنى عليه – المورث- بالإعالة والإنفاق على نحو مستمر بحسبان أن الأصل فى نفقتهم أنها واجبة عليه شرعا فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذه الوجهة من النظر ورد على دفاع الطاعنة فإنه لا يكون قد واجه دفاعها ولا يصلح ردا عليه... الخ".

(طعن رقم ٥٠٥٤ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠)

---

(١) السنهورى ص٧١٦.

٢- "لا يتحقق الضرر المادى للغير نتيجة وفاة من وقع عليه الفعل الضار إلا أن يثبت أن المتوفى كان يعول المضرور فعلا وقت الوفاة وعلى نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار فى ذلك تؤكده بغض النظر عن قرابة المضرور للمتوفى أو ورثته له وبغض النظر عن تنازل المتوفى أو ورثته أو صلحهم – ذلك لأن المضرور يطالب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه هو نفسه وقد وقع فعلا أو ثبت أنه سيقع حتما".

(طعن رقم ١٤٣٤٧ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٦/١١/٢٧)

٣- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن المقرر – فى قضاء هذه المحكمة أن أسباب الحكم تكون مشوبة بالفساد فى الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة فى اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو إلى عدم فهم الواقعة التى ثبتت لديها أو استخلاص هذه الواقعة من مصدر لا وجود له أو موجود ولكن مناقض لما أثبته – ويشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه فى المستقبل حتميا، فإن أصاب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر فلابد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الإخلال بها ضررا أصابه، والعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى بالتعويض على هذا الأساس. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أحال – فى رده على دفاع الشركة الطاعنة برفض طلب التعويض عن الضرر المادى لانتفاء إعالة مورثة المطعون ضدهم الأربعة الأوائل لهم – إلى أسباب الحكم الابتدائى الذى أقام قضاءه فى هذا الشأن على ما أورده من أن (.. الثابت أن المدعين هم أبناء المجنى عليها ونجلة ابنتها ولا شك فى أنه قد أصابهم ضرر محقق عن الحادث موضوع الدعوى وفقدانهم مورثتهم فى حرمانهم مما كانت تحصل عليه.. من دخل حيث إنه كما هو ثابت بصحيفة الدعوى أنها ... كانت تعمل بالتجارة ومن ثم يستحق المدعين تعويضا ماديا ...) دون أن يبين المصدر الذى استقى منه تحقق هذه الإعالة سيما وأن ما جاء بصحيفة الدعوى فى هذا الصدد كان مجرد قول مرسل لم يتأيد بدليل ما ومن ثم فإن الحكم يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه نقضا

جزئيا فيما قضى به من تعويض عن الضرر المادى البالغ قدره عشرون ألف جنيه على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم ٩١٧٩ لسنة ٧٦ق – جلسة ٢٠٠٧/٧/٣)

٥٤٩- التعويض عن الضرر الموروث:

إذا تسبب الغير بخطئه فى إصابة المضرور ثم توفى المضرور نتيجة لذلك، فإن هذا الخطأ لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة، ويكون المضرور فى هذه اللحظة أهلا لكسب حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم.

وهذا الضرر، ضرر مادى إذ يترتب عليه علاوة على ما يصاحبه من آلام حرمانه من الحياة فى فترة كان يمكن أن يعيشها لو لم يعجل المسئول عن الضرر بوفاته.

ومن ثم فإن هذا التعويض ينتقل بعد وفاته إلى ورثته، ويوزع على الورثة طبقا للفريضة الشرعية. وهذا التعويض يطلق عليه (التعويض الموروث).

والتعويض الموروث يأخذ حكم سائر موجودات التركة ويقسم بين الورثة كل منهم حسب نصيبه الشرعى، سواء منهم من ارتد عليه ضرر شخصى نتيجة للضرر الذى وقع على المورث الأصلى ومن لم يرتد عليه أى ضرر. وغاية الأمر أن من ارتد عليه ضرر شخصى يثبت له، فوق حقه الموروث فى التعويض الذى نشأ فى ذمة مورثه، حق خاص ينشأ فى ذمته هو مقابل ما أصابه من ضرر شخصى. فيجمع فى هذه الحالة بين الحقين ويطالب بالتعويض لأنهما عن ضررين متميزين لا تتنافى المطالبة بتعويض أحدهما مع المطالبة بتعويض الآخر. فإذا كان المورث الذى مات بسبب الفعل الضار يعول واحدا فقط من ورثته، كزوجته، دون الآخرين كأولاده الذين بلغوا رشدهم واستقلوا بمعيشتهم فإنه يثبت للوارث المعول حق شخصى فى التعويض خاص به، فوق حقه الموروث فى التعويض الذى نشأ فى ذمة مورثه والذى يشاركه فيه سائر الورثة(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إذا تسببت وفاة المضرور عن فعل ضار من الغير فإن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة، ويكون المضرور فى

---

(١) سليمان مرقس ص١٥٤.

هذه اللحظة أهلا لكسب حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم. ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته، فإن ورثته يتلقونه عنه فى تركته، ويحق لهم بالتالى مطالبة المسئول يجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم الموت الذى أدى إليه الفعل الضار باعتباره من مضاعفاته.

وإذا كان الموت حقا على كل إنسان إلا أن التعجيل به بفعل الغير عن عمد أو خطأ يلحق بالمضرور ضررا ماديا محققا، إذ يترتب عليه علاوة على ما يصاحبه من آلام حرمانه من الحياة فى فترة كان يمكن أن يعيشها لو لم يعجل المسئول عن الضرر بوفائه. وإذ كان الثابت من التقرير الطبى أن فصل مورث الطالبات من عمله – فى النيابة العامة – هو الذى أدى إلى ازدياد حالته المرضية سوءا، وعجل بوفاته، وكان الفصل ليس له ما يبرره وتم على خلاف أحكام القانون، فإنه يكون فعلا ضارا تتوافر به أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ومن ثم يتعين إلزام المدعى عليهما بما يستحقه المورث من تعويض عما أصابه من ضرر مادى تقدره المحكمة بمبلغ.... يوزع بين الطالبات طبقا للفريضة الشرعية".

(الطلب رقم ٤ لسنة ٤٣ق "رجال القضاء" جلسة ١٩٧٤/٣/٧)

٢- "إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال فإن الضرر المادى يكون قد حاق به عند وفاته متمثلا فى حرمانه من الحياة وينتقل الحق فى جبره تعويضا إلى ورثته".

(طعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٣)

٣- "المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه إذا كان فعل الغير الضار هو السبب فى وفاة المضرور فإن هذا الفعل لابد له وأن يسبق الموت ولو بلحظة ويكون المضرور فى هذه اللحظة أهلا لكسب حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه فى تركته ويحق لهم بالتالى مطالبة المسئول بجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم الذى أدى إليه الفعل الضار باعتباره من مضاعفاته".

(طعن رقم ٨٢١ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/١/٣١)

٤- "إذ كان طلب المطعون ضده بالتعويض ضمن ورثة شقيقته المتوفاة "....." إنما يستند إلى حق مورثتهم فى التعويض عن الضرر الذى لحق بها باعتبار أنها كانت

ضمن ركاب السيارة الأجرة المملوكة للمطعون ضده، وما أصاب هذا الأخير من ضرر أدبى بسبب فقد أخته وهى قريبة من الدرجة الثانية بما يجيز لهؤلاء الورثة جميعا دون تفرقة الرجوع على الشركة الطاعنة بطلب التعويض بنوعيه الموروث والأدبى فى حادث السيارة المؤمن من مخاطرها لديها وإذ كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه إلى أحقية المطعون ضده فى التعويض المطالب به فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ولا يعيب الحكم المطعون فيه إن لم يورد أو يرد على دفاع الطاعنة الوارد بسببى النعى لافتقاره إلى أساس قانونى صحيح".

(طعن رقم ١٠٣٣١ لسنة ٨٧ق جلسة ٢٠١٠/٤/١٩)

(راجع أيضا حكم الهيئة العامة بتاريخ ١٩٩٤/٢/٢٢ المنشور سلفا).

٥٥٠- حالة عدم المطالبة بالتعويض من جميع الورثة:

إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالتعويض الموروث من جميع الورثة، فإن المحكمة تقدر فى حكمها التعويض المستحق للورثة جميعا، ثم تقضى لمن طالب به بحصته فى التعويض.

أما إذا لم تدرك المحكمة ذلك، وقضت بالتعويض الموروث لبعض الورثة، فإنها تكون قد فصلت فى مسألة أولية مشتركة بين جميع الورثة، وبالتالى يحاج باقى الورثة بالحكم الذى قضى فى هذه المسألة رغم أنهم لم يمثلوا فى الدعوى، ولا يجوز لهم الرجوع على المسئول بما يخصهم من هذا التعويض، وإنما يرجعون على الورثة بذلك بدعوى الإثراء بلا سبب(١).

والتعويض الموروث يستقل عن التعويض الذى يستحق عن الضرر الذى يلحق الوارث شخصيا.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"قواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا بما فى ذلك تحديد أنصبة الورثة هى- على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من الأمور المتعلقة بالنظام العام. وإذ كان الطعن الماثل يشمل ما قضى به الحكم المطعون فيه من تعويض موروث وتوزيع

(١) المستشار أنور طلبه ص٤٧٣.

قيمته بين المحكوم لهم. وكان المحكوم لهم أما وإخوة للمورث ولا تتساوى أنصبتهم الشرعية فى الميراث. فإن الحكم المطعون فيه إذ ساوى بينهم فى الأنصبة فى مقدار التعويض الموروث يكون قد خالف القانون فى أمر متعلق بالنظام العام".

(طعن رقم ١٥٢٧ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠)

٥٥١- عدم استحقاق الجنين تعويضا عن الضرر الشخصى المباشر:

لا يستحق الجنين تعويضا عن الضرر الشخصى المباشر الذى يلحق به نتيجة الفعل الضار الذى يصيب مورثه.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٥/٦/٢٧ فى الطعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ق إذ ذهبت فيه إلى أنه:

"النص فى المادة ٢٩ من القانون المدنى يدل على أن المشرع أحال فى بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون، فليس له من حقوق إلا ما حدده القانون وقد نظم المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال الولاية على الحمل المستكن، وأثبت له قانون الجنسية الحق فى اكتساب جنسية أبيه، واعترف له قانون المواريث بالحق فى الإرث، كما اعترف له قانون الوصية بالحق فيما يوصى له به، أما حقه فى التعويض عن الضرر الشخصى المباشر الذى يلحق به نتيجة الفعل الضار الذى يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا فلم يعينه القانون، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المجنى عليه الذى أصيب فى الحادث – سبب دعوى التعويض الراهنة – قد مات بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٨ قبل ميلاد ابنته القاصرة... الحاصل فى ١٩٨١/١١/١ ومن ثم فإنها كانت فى هذا التاريخ حملا مستكنا فلا تستحق بعد ولادتها التعويض المطالب به، لأن التعويض عن الأضرار الشخصية المباشرة التى تدعى أنها أصيبت بها وقت أن كانت حملا مستكنا وكما سلف البيان لم يكن من بين الحقوق التى عينها القانون للحمل المستكن وحددها على سبيل الحصر".

(طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٧)

٥٥٢ـ لا يجوز التعويض عما أنفقه الوالد على ولده:

ما ينفقه الوالد على ولده، يأتى وليد التزام قانونى عليه بالإنفاق على أولاده. ومن ثم لا يعتبر ما أنفقه فى هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الوالد ملتزم بحكم القانون بالإنفاق على أولاده فى سبيل رعايتهم وإحسان تربيتهم فلا يصح اعتبار ما ينفقه فى هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض، لما كان ما أنفقه الطاعن الأول على ولده المجنى عليه هو من قبيل القيام بالواجب المفروض عليه قانونا فلا يجوز له أن يطالب بتعويض عنه، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم فى قضائه هذا النظر يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٦)

٥٥٣- سلطة القاضى فى بيان عناصر الضرر والتثبت من شروطه:

التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قاضى الموضوع. إلا أن تعيين هذا الضرر فى الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض يعتبر من المسائل القانونية التى تهمين عليها محكمة النقض لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانونى للواقع. فإذا قضى الحكم بمبلغ معين على سبيل التعويض دون أن يبين عناصر الضرر الذى قضى من أجله بهذا المبلغ، فإنه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه، إذ يحتمل أن يكون الحكم قد أدخل فى تقديره التعويض عنصرا لا تتوافر فيه شروط تعويضه أو عنصرا لم يطلب المدعى تعويضه.

وكذلك يعتبر استيفاء الضرر الشروط الواجب توافرها لإيجابه التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض. ومن هذا القبيل كون الضرر مساسا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه ضرر احتمالى، وتكييفه بأنه ضرر مادى أو ضرر أدبى، وفى هذه الحالة الأخيرة القول بانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبى إلى الورثة أو عدم انتقاله إلا إذا اتفق عليه أو طولب به قضائيا قبل وفاة المضرور(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "التعويض يقدر بقدر الضرر، ولئن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع فإن تعيين العناصر المكونة قانونا للضرر والتى يجب أن

---

(١) سليمان مرقس ص١٧٦ وما بعدها.

تدخل فى حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض، لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانونى للواقع".

(طعن رقم ٥ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٤/١٧)

٢- "تحصيل وقوع الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التى تقدرها محكمة الموضوع".

(طعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤)

٣-"استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع مادام الدليل الذى أخذ به فى حكمه مقبولا قانونا".

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٤- "قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعنة بأداء التعويض للمطعون ضدهم المضرورين عن الضرر المادى اللاحق بهم من جراء وفاة مورثهم فى حادث سيارة مؤمن عليها إجباريا لديها تأسيسا على ثبوت أن الأخير كان عائلهم ومن تجب عليه نفقتهم شرعا وفقا للثابت من الإعلام الشرعى رغم أنه لا يثبت باللزوم الفعلى توافر الإعالة وأن المطعون ضدهم بلغ ومورثهم طاعن فى السن. فساد فى الاستدلال".

(طعن رقم ٩٥٢٢ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٢٨)

٥- "وحيث إن هذا النعى فى محله. ذلك أنه ولئن كان تقدير التعويض من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع إلا أن مناط ذلك أن يكون هذا التقدير قائما على أساس سائغ مردودا إلى عناصره الثابتة بالأوراق ومبرراته التى يتوازن بها أساس التعويض مع العلة من فرضه بحيث يبدو متكافئا مع الضرر ليس دونه وغير زائد عليه. ولما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه بعد أن سلم بقناعته بوجوب أن يكون التعويض مناسبا للضرر الواقع على المجنى عليه استطرد تبريرا لاتجاهه إلى تخفيض مبلغ التعويض الذى قدره الحكم الابتدائى للطاعن عن الإصابات التى حاقت به نتيجة الحادث إلى الحد الذى قدره بقضائه إلى القول بأن تقرير التعويض يختلف من شخص لآخر حسب الظروف المعيشية والوضع الأسرى له وأنه وإن كانت لحقته إصابة إلا أنه يستطيع العمل ودون أن يبين وجه ما استدل به على ذلك وماهية العمل الذى يستطيع القيام به وكيف إفادته أوراق الدعوى بما يعيبه

فضلا عن الفساد فى الاستدلال بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم ٨٨٤ لسنة ٦٧ق جلسة ٢٠٠٦/١١/٢٥)

٥٥٤- إدماج التعويض عن الضررين المادى والأدبى:

يجب على المضرور عند رفع دعوى التعويض أن يحدد عناصر التعويض التى يطالب بها سواء كان تعويضا ماديا أو أدبيا، وعندئذ تقدر المحكمة قيمة التعويض المستحق عن كل عنصر على حدة، كما لها أن ترفض أحد العناصر وتقضى بتعويض عن بعضها[١].

غير أنه لا يعيب الحكم أن يدمج الضررين المادى والأدبى معا ويقدر التعويض عنهما بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لا يعيب الحكم أنه أدمج الضرر المادى والأدبى معا وقدر التعويض عنهما جملة بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما إذ ليس هذا التخصيص بلازم قانونا".

(طعن رقم ٢٩٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣)

٢- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص خطأ الطاعن وأعمل سلطته فى تقدير التعويض المقضى به. للمطعون ضدهما أخذا بالظروف الملابسة إذ لم يلزمه القانون باتباع معايير معينة فى تقديره وأن له أن يدمج الضررين المادى والأدبى معا وتقدير التعويض عنهما بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما وكان ذلك بأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتكفى لحمل قضائه مما يضحى معه نعيه بسبب الطعن على غير أساس".

(طعن رقم ٢٣٤٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/٦/١٢)

٣- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع متى بينت فى حكمها عناصر التعويض المستوجب للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض الجابر لهذا الضرر هو مما تستقل به مادام لا يوجد فى القانون نص يلزم باتباع معايير معينة فى خصوصه ولا تثريب عليها إذا هى قضت بتعويض إجمالى عن أضرار متعددة

---

(١) المستشار أنور طلبه ص٥١٠.

مادامت قد ناقشت كل عنصر منها على حدة وبينت وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته ".

(طعن رقم ٢٥٢٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٧)

٤- "المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه لا يعيب الحكم أن يدمج الضررين المادى والأدبى معا ويقدر التعويض عنهما بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما، فإن ذلك لا يحول دون قيام تلك الحقيقة الواقعة وهى أن كل عنصر من هذين العنصرين كان له حسابه فى تحديد مقدار التعويض المقضى به، ومن ثم فإنه إذا استأنف محكوم ضده- وحده- حكما قضى بإلزامه بأداء تعويض عن أضرار مادية وأدبية ولم يكن هذا الحكم قد حدد مقدار ما خص كل منهما من التعويض، ورأت محكمة الاستئناف فصل كل عنصر منهما على حدة أو عدم الأحقية فى التعويض بالنسبة لأحد هذين العنصرين وجب عليها عندئذ أن تخصم ما يقابله من التعويض المقضى به ابتداء وهو ما يقتضى بطريق اللزوم النزول به عن المقدار الذى صدر به الحكم المستأنف".

(طعن رقم ٤٨٥٤ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٤)

٥٥٥- الإخلال بمصلحة مالية للمضرور:

قد يكون الضرر ليس إخلالا بحق ثابت للمضرور، وإنما مجرد الإخلال بمصلحة مالية للمضرور. فلو أن شخصا كان يعول قريبا له لا تجب نفقته عليه، ثم قتل هذا الشخص، فإن القريب يضار من ذلك، ليس فى حق له إذ لا تجب نفقته على المقتول كما رأينا بالنسبة للزوجة والأولاد، بل فى مصلحة مالية إذا ثبت أن المقتول كان يعوله على نحو مستمر وأن فرصة الاستمرار كانت محققة. فإذا نجح فى هذا الإثبات قضى له بالتعويض. وكذلك قد يصيب المخطوبة ضرر من قتل خطيبها، يتمثل فى مقدار ما كلفتها الخطبة من نفقات وما ضاع عليها من فرصة إتمام الزواج.

غير أنه يشترط أن تكون المصلحة مشروعة لوجوب التعويض عنها. فإذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا محل للتعويض عما يقع مساسا بها. فلا يقضى بالتعويض للخليلة عن فقد خليلها الذى كان يتولى الإنفاق عليها. وليس هذا لأنه لم يكن لها من حق يحميه القانون فى إنفاقه عليها، أو لأنه لم يكن من المحقق استمرار هذه العلاقة، إذ كان للخليل أن يقطعها فى أى وقت شاء بدون أية رعاية من القانون فى شأنها،

ليس هذا فحسب بل لأن المصلحة التى تدعى الخليلة الإضرار بها تقوم على علاقة غير مشروعة وتأباها الأخلاق والآداب.

وإن ما يقال فى شأن الخليلة لا يصدق فى شأن الولد الطبيعى ثمرة تلك العلاقة الأثيمة إذ أنه كان مجنيا عليه فيها، وتقتصر آثارها من عدم مشروعيتها على ما بين طرفيها على هذا فإن حرمانه من إنفاق والده الطبيعى يعتبر إضرارا بمصلحة مشروعة يوجب التعويض إذا ثبت أنه ضرر محقق. ولكن هذا الحكم لا يسرى على ولد الخليلة من رجل آخر(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- "يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى فى الإخلال بمصلحة مالية للمضرور أن يكون الضرر محققا بأن يكون وقع بالفعل أو يكون وقوعه فى المستقبل حتميا فإن أصاب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر فلا بد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الإخلال بها ضررا أصابه".

(ب)- "العبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له بالتعويض على هذا الأساس، أما مجرد احتمال وقوع الضرر فى المستقبل فلا يكفى للحكم بالتعويض".

(طعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧)

٢- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له بالتعويض على هذا الأساس، أما مجرد احتمال وقوع الضرر فى المستقبل فلا يكفى للحكم بالتعويض".

(طعن رقم ٢٢٢٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٠)

---

(١) السنهورى ص٧١٧ – محمود جمال الدين زكى فى الوجيز ص٢٦٥ – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٣٤١ وما بعدها.

٣- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه فى المستقبل حتميا والعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار فى ذلك كانت محققة".

(طعن رقم ٢٩٢١ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٤/٤/٢٧)

٥٥٦- التعويض عن تفويت الفرصة:

يجب التمييز بين الضرر المحتمل وتفويت الفرصة. فالضرر المحتمل لا يعوض عنه كما رأينا سلفا.

أما تفويت الفرصة فيجب التعويض عنه، لأنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق.

ومثال ذلك أن يصدر من شخص خطأ يفوت على شخص فرصة كل يحتمل أن تعود عليه بالكسب، كتفويت فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامى فى تقديم الاستئناف أو تأخر المحضر فى إعلانه فى الميعاد القانونى. أو صدور خطأ يفوت على شخص فرصة الدخول فى امتحان أو الدخول فى مسابقة لشغل وظيفة.

ومن أشهر الأمثلة على ذلك أن يلقى شاب مصرعه فى حادث فيطلب والداه المسنان تعويضا عما أصابهما من ضرر نتيجة ما فاتهما من كسب لضياع أملهما فى أن يرعاهما فى شيخوختهما لأنه قتل وهو فى مقتبل العمر، وأنهما بفقده فاتت فرصتهما لضياع أملهما فى أن تستظل شيخوختهما برعايته.

فالحكم فى الاستئناف لصالح المستأنف والنجاح فى الامتحان أو الحصول على وظيفة ورعاية الابن لوالديه المسنين، كل هذه أمور محتملة قد تتحقق ولا تتحقق ولكن تفويت فرصة الوصول إليها يقضى على هذا الاحتمال، ومن ثم يعتبر ضررا محققا يجب التعويض عنه[١].

---

(١) السنهورى ص٧٢١ وما بعدها – الدناصورى والشواربى ص١٦١ وما بعدها- عبد المنعم الصده ص٤٩١.

ولكن إذا كان مجرد تفويت فرصة للكسب يعتبر فى ذاته ضررا محققا، فإن هذا الضرر لا يصح تقديره بمقدار الكسب الذى فاتت فرصته بل يتعين تقديره فقط بالقدر الذى كان يحتمل معه تحقق الكسب فى هذه الفرصة التى فاتت(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا أدخل الحكم ضمن التعويض المحكوم به ما فات على الموظف من فرصة الترقى بسبب إحالته إلى المعاش قبل الأوان فلا خطأ فى ذلك. فإن القول بأن الترقى من الإطلاقات التى تملكها الجهات الرئيسية للموظف وليس حقا مكتسبا له، محله بالبداهة أن يكون الموظف باقيا يعمل فى الخدمة. أما إذا كانت الوزارة هى التى أحالت الموظف إلى المعاش بدعوى بلوغه السن بناء على قرار باطل فلا مناص من إدخال تفويت الترقية إلى الموظف ضمن عناصر الضرر التى نشأت عن الإخلال بحقه فى البقاء فى الخدمة. ذلك لأن القانون لا يمنع من أن يحسب فى الكسب الفائت الذى هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه مادام هذا الأمل له أسباب معقولة".

(طعن رقم ٥٧ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٤/١)

٢- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق، ولا يمنع القانون من أن يحسب فى الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة، وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين فى رعاية ابنهما لهما فى شيخوختهما بأنه احتمال، فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الإبن لأبويه وهى أمر احتمالى وبين تفويت الأمل فى هذه الرعاية وهو أمر محقق، ولما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن الأول قد بلغ سن الشيخوخة وأنه أحيل إلى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذى كان طالبا فى الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاما الأمر الذى يبعث الأمل عند أبويه فى أن يستظلا برعايته، وإذ افتقداه فقد فاتت فرصتهما بضياع أملهما. فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٦)

---

(١) سليمان مرقس ص١٣٩.

٣- "إذا كان الحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر محقق ولو كانت الإفادة منها أمرا محتملا وكان الثابت أن الطاعنين أقاموا الدعوى بطلب التعويض عن الضرر المادى الناشئ عن امتناع المطعون ضده عن طبع مؤلفهم وحبس أصوله عنهم خلال السنوات المقام بشأنها الدعوى بما ضيع عليهم فرصة تسويقه خلال تلك المدة وهو ضرر محقق، فإن الحكم المطعون فيه – إذ قضى برفض طلب التعويض على سند من أن هذا الضرر احتمالى يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٨٣٧ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٤)

٤- (أ) "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها، ولا يمنع القانون من أن يدخل فى عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق هذه الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائما على أسباب مقبولة من شأنها طبقا للمجرى الطبيعى للأمور ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع".

(ب)- "إذا كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد اكتفى فى مقام قضائه بالتعويض عن الضرر المادى على ما أورده من أن الوفاة فوتت على المطعون ضدها فرصة الأمل فى أن تستظل برعاية ولدها المتوفى فى شيخوختها دون أن يعن ببحث وتمحيص ما أثارته الطاعنة من أن هذا الأمل غير وارد لأن المتوفى كان طفلا يبلغ من العمر ١٢ عاما يعال ولا يعول أحدا وأن لها ثلاثة أبناء قصر يكفى أن تستظل برعاية أيهم فى شيخوختها أو أن يبين الأسباب المقبولة التى تبرر وجه ما انتهى إليه من أن وفاة الإبن فوتت على المطعون ضدها أملها فى أن تستظل برعايته لها فى شيخوختها وهو ما من شأنه أن يجهل بالأسباب التى أقام عليها قضاءه بالتعويض عن الكسب الفائت ويعجز محكمة الموضوع عن مراقبة صحة تطبيقه لأحكام القانون، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم ٤٣٠٠ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/١١/١٠)

٥- "إذ كان مورث الطاعنين رافع الدعوى ابتداء قد طلب التعويض المادى والأدبى عن وفاة ابنه وبالتالى فإن طلبه هذا يشمل التعويض عن فوات فرصة رعايته له فى شيخوخته فإن الحكم المطعون فيه إذ ألغى الحكم المستأنف القاضى بهذا

التعويض ورفض الطلب على سند من عدم ثبوت إعالة الابن لأبيه حال حياته وأن من قضى لهما بالتعويض ليستا زوجتين للابن المجنى عليه وإنما هما زوجتان للأب رافع الدعوى يكون قد أخطأ فى فهم الواقع لا يعفيه من ذلك ما وقع فيه الحكم المستأنف من لبس فى هذا الشأن كان يمكنه تصحيحه دون إلغائه أما وقد سار على دربه فإنه يكون قد أصابه ما أصاب الحكم المستأنف من خطأ فى فهم واقع الدعوى".

(طعن رقم ٤٥٩٥ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٦/٣)

٦- "مفاد النص فى المواد ١٧٠، ١٧١، ٢٢١، ٢٢٢ من القانون المدنى يدل عى أن كل ضرر يمكن تقديره بالنقد فالأصل فى التعويض أن يكون تعويضا نقديا يجبر بقدر معلوم الضرر الواقع للمضرور جبرا كاملا مكافئا له ويراعى القاضى فى تقدير التعويض الظروف الشخصية للمضرور فيكون محلا لاعتبار حالته الصحية والجسمية وجنسه وسنه وحالته الاجتماعية وكل ظرف من شأنه أن يؤثر فى مقدار ما لحقه من ضرر يستوى فى ذلك الضرر المادى والضرر الأدبى ذلك أن البين من نصوص المواد سالفة البيان أن الضوابط والمعايير الواردة فيها تسرى على تقدير التعويض عن الضررين المادى والأدبى على سواء دون تخصيص قواعد معينة لتقدير التعويض عن الضرر الأدبى".

(طعن رقم ٣٥٣٥ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٦/٢/١٣)

٧- "التعويض عن فوات الفرصة – وهو أمر لا يثور إلا إذا كان المتوفى لا يعوض المطالب بالتعويض. والفرصة بطبيعتها أمر محتمل وهو تعويض عن كسب كان الدائن يأمله فقد ألحقه قضاء هذه المحكمة بالأضرار المادية المستحقة، إلا أن ذلك مشروط بأن يثبت أن الأمل فى الكسب قد بنى على أسباب معقولة وفقا للمجرى العادى للأمور بحيث يقال إن ضياع الأمل فى حد ذاته هو ضرر قد وقع بالفعل وضمانة محسوسة فقدت لتأخذ حكم المساس بالمصلحة المالية .. أو المساس المباشر بشخص المضرور. ومن أبرز صوره فقد الأبوين لوحيدهما فقد كفلاه فى صغره والراجح أن ينفعهما عند الكبر كما جاء فى الذكر الحكيم فهذا هو الظاهر بحسب الأصل وطبيعة الأشياء وعرف الناس فالولد وماله لأبيه أما من عداهما فلا محل للقول بأنه أمله فى إعالة المتوفى يستند إلى أسباب معقولة إلا ببرهان يجعل لهذا الاعتقاد ما يبرره كأن يكون قد قام مقام الوالدين فى كفالته منذ صغره ونحو ذلك".

(طعن رقم ١٤٣٤٧ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٦/١١/٢٧)

٨- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه فى المستقبل حتميا والعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هو ثبوت أن يكون الأخير يعوله فعلا وقت وفاته على نحو دائم ومستمر وأن فرصة الاستمرار فى ذلك كانت محققة. وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى بالتعويض على هذا الأساس أما مجرد وقوع الضرر فى المستقبل فلا يكفى للحكم بالتعويض".

(طعن رقم ١١٦٥٩ لسنة ٧٧ق جلسة ٢٠٠٩/١/١٤)

٩- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان مناط الحكم بالتعويض عن الضرر المادى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه فى المستقبل حتميا والعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هو ثبوت أن يكون الأخير يعوله فعلا وقت وفاته على نحو دائم ومستمر وأن فرصة الاستمرار فى ذلك كانت محققة، وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى بالتعويض على هذا الأساس أما مجرد وقوع الضرر فى المستقبل فلا يكفى للحكم بالتعويض".

(طعن رقم ١٦٧٨٤ لسنة ٦٧ق جلسة ٢٠٠٩/٦/٢٤)

١٠- "من المقرر فى قضاء محكمة النقض – أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه فى المستقبل حتميا والعبرة فى تحقيق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى بالتعويض على هذا الأساس. لما كان ذلك، وكان المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه إذا أقيم الحكم المطعون فيه على ما يخالف الثابت بأوراق الدعوى وجب نقضه وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى القضاء للمطعون ضدهم المشار إليهم بوجه النعى بأحقيتهم فى

التعويض المادى على ما أورده فى مدوناته من أن الثابت بأوراق الدعوى وأقوال شاهديهم أن المجنى عليه كان هو العائل الوحيد لهم فى حين أن الأوراق قد خلت مما يفيد ذلك وأن أولئك الشهود لم يقرروا ما أسندته إليهم المحكمة فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما يعيبه ويوجب نقضه فى هذا الخصوص والإحالة وهو ما يستتبع نقضه كذلك فى خصوص ما قضى به فى الدعوى الفرعية عملا بما هو مقرر – فى قضاء هذه المحكمة – من أنه يترتب على نقض الحكم نقض ما أسس عليه من الأحكام من غير حصول طعن فيها عملا بالمادة ٢٧١ من قانون المرافعات".

(طعن رقم ١٣٩١٧ لسنة ٧٩ق جلسة ٢٠١١/١١/٢٠)

٥٥٧- عدم اشتراط سن معينة للولد المتوفى للحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة:

وفى هذا قضت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بجلسة ٢٠٠٧/١/١٥ فى الطعن رقم ٤٧٩٧ لسنة ٦٤ق هيئة عامة بأن:

"حيث إن الوقائع – على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل فى أن المطعون ضدهما أقاما الدعوى رقم ٥٠٣٨ لسنة ١٩٩٢ مدنى المنصورة الابتدائية على الشركة الطاعنة بطلب الحكم بإلزامها بأن تؤدى إليهما تعويضا عن الأضرار المادية والأدبية والموروثة عن وفاة ابنهما فى حادث سيارة. حكمت المحكمة بإلزام الطاعنة بأداء مبلغ ثمانية عشر ألف جنيه تعويضا عن الأضرار سالفة البيان، استأنف المطعون ضدهما هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٦٧٢ لسنة ٤٥ق المنصورة، كما استأنفته الطاعنة بالاستئناف رقم ١٧٣٠ لسنة ٤٥ق المنصورة وبعد أن ضمت المحكمة الاستئنافين قضت برفضهما. طعنت الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفضه وعرض الطعن على الدائرة المدنية فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

– وحيث إن الدائرة المختصة رأت بجلستها المعقودة بتاريخ الأول من أبريل سنة ٢٠٠٤ إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها عملا بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل فى شأن تردد الأحكام بين مبدأين – وذلك لإقرار الأول والعدول عن الثانى – حاصل أولهما أن أمل الأبوين فى أن يستظلا برعاية ابنهما فى شيخوختهما يقوم على أسباب مقبولة منذ ميلاده حيا، فإذا توفى الإبن من

جراء حادث جاز تعويضهما عن فوات هذه الفرصة دون اشتراط بلوغ الإبن لسن معينة، أما المبدأ الثانى فحاصله أن أمل الأبوين فى رعاية الإبن لا يقوم على أسباب مقبولة إلا إذا كان الإبن قد بلغ وقت وقوع الحادث سنا معينة اختلفت فى تقديرها الأحكام بين سبع سنوات أو عشر، أو اثنتى عشرة، أو ثلاث عشرة – مع الفصل فى الطعن على هذا الأساس – فحددت الهيئة جلسة لنظره وقدمت النيابة مذكرة تكميلية التزمت فيها رأيها.

– وحيث إن المادة ١/٢٢١ من القانون المدنى قد نصت على أن "ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب..." ويدخل فى الكسب الفائت ما يأمل المضرور فى الحصول عليه من كسب متى كان لهذا الأمل أسباب مقبولة، ذلك أن فرصة تحقيق الكسب أمر محتمل إلا أن فواتها أمر محقق شريطة أن يكون لهذا الأمل أسباب مقبولة، وكان أمل الأبوين فى بر ابنهما لهما رعاية وانتفاعا بإحسانه إليهما، أمرا قد جبلت عليه النفس البشرية منذ ولادته حيا دون انتظار بلوغه سنا معينة، لما كان ذلك فإن الهيئة تنتهى إلى الأخذ بهذا النظر بالأغلبية المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية والعدول عن الأحكام التى ارتأت غير ذلك وتفصل فى الطعن على هذا الأساس.

– وحيث إن الطعن أقام على سبب واحد تنعى به الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون بتأييد الحكم الابتدائى فيما قضى به من تعويض عن الضرر المادى للمطعون ضدهما لوفاة نجلهما على سند من أن وفاته تمثل ضياع فرصتهما فى رعايته لهما التى كانا يأملان أن يستظلا بها وإنفاقه عليهما فى المستقبل رغم أن الثابت بالأوراق أن سن الابن وقت الحادث لم يكن قد تجاوز العاشرة مما يعيبه ويستوجب نقضه.

– وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك أن القانون لم يشترط سنا معينة بالإبن المتوفى فى حادث للحكم للوالدين بتعويض مادى عن فوات فرصة أملهما فى رعايته لهما فى شيخوختهما شريطة أن يكون لهذا الأمل أسباب مقبولة، وكان أمل الوالدين فى بر ابنهما بهما ورعايته لهما والانتفاع بإحسانه لهما أمرا قد جبلت عليه النفس البشرية منذ ولادته حيا دون انتظار بلوغه سنا معينة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى قضائه فإن النعى عليه بسبب الطعن يكون على غير أساس.

ولما تقدم يتعين رفض الطعن".

٥٥٨- مراعاة الظروف الملابسة فى تقدير التعويض:

تنص المادة (١٧٠) فى صدرها على أن: "يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة". وعبارة الظروف الملابسة جاءت عامة، ومن ثم فهى تشمل الظروف الشخصية لكل من المضرور والمسئول، كما تشمل جسامة الخطأ.

فالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور تدخل فى الاعتبار عند تقدير التعويض، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذى أصاب المضرور بالذات، فيقدر على أساس ذاتى لا أساس موضوعى(١).

ومن ثم يعتد فى تقدير التعويض بسن المضرور وجنسه وبيئته ووضعه الثقافى والاجتماعى وحالته الجسمية والصحية والمهنية وغير ذلك من الظروف الشخصية التى تجعل أثر الفعل الواحد متباينا من شخص إلى آخر.

فمن كان عصبيا فإن الانزعاج الذى يعتريه من فعل ضار يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصا سليم الأعصاب.

والشخص الذى فقد إحدى عينيه، ثم فقد العين الأخرى فى حادث، يكون الضرر الذى يصيبه بفقد العين الأخرى وصيروته مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين فيفقد عينا واحدة.

والمريض بالسكر إذا أصيب بجرح، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب الشخص السليم(٢).

ومن كان ذا زوج أو ولد، كان ضرره أشد من الأعزب.

وإذا كان الكسب الذى يفوت المضرور من جراء إصابته كبيرا كان ضرره شديدا(٣).

والتشويه فى الوجه ولو كان قليلا – يصيب عارضة أزياء أو ممثلة – بضرر يفوق كثيرا فى جسامته ما يلحق منه عاملة فى مصنع أو موظفة فى مصرف.

---

(١) السنهورى ص٨٢١ وما بعدها – عبد المنعم الصده – محمد كمال عبد العزيز- أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٦٠.

(٢) السنهورى ص٨٢١ وما بعدها.

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٦٠.

وضعف البصر ولو كان يسيرا إذا أصاب الساعاتى أو الرسام فإن ضرره يزيد كثيرا فى جسامته على ما يلحق من يحترف مهنة أخرى(١).

والحريق الذى يصيب بناء اتخذه تاجر متجرا يمارس فيه مهنته يحدث ضررا أشد مما لو كان يتخذ هذا البناء مسكنا.

والظروف الشخصية للمسئول تراعى فى تقدير التعويض، لاسيما ظروفه المالية كأن يكون المسئول غنيا أو فقيرا أو أن يكون مؤمنا من مسئوليته. لأن النص جاء عاما ولم يفرق بين ظروف المضرور وظروف المسئول. ويؤيد ذلك أن الشارع يشير فى مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة (٢٣٧) المقابلة للمادة (١٧٠) من القانون المدنى إلى ما يقضى به تقنين الالتزامات السويسرى من إنقاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيرا، وكانت موارد المدين محدودة، بما يعنى قصد الشارع إلى وجوب مراعاة الظروف الملابسة للمسئول(٢).

ويدخل جسامة الخطأ فى تقدير التعويض، ولئن كان الأصل أن جسامة الخطأ لا ينظر إليها فى هذا المقام، لأننا بصدد تعويض مدنى يراعى فيه مقدار الضرر ولسنا بصدد عقوبة جنائية يعول فيها على جسامة الخطأ، إلا أن القضاء من الناحية العملية وبحكم المشاعر الطبيعية فى الإنسان يدخل فى حسابه درجة جسامة الخطأ فيجعل التعويض أزيد فى حالة الخطأ الجسيم منه فى حالة الخطأ اليسير(٣). لهذا جاءت المادة (٢٣٧) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٧٠) صريحة فى هذا المعنى حيث ذكر أن القاضى يقدر التعويض "مراعيا فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ".

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص٢٨٣ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم الصده ص٥٢٢ – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٥٤٢– وعكس ذلك السنهورى ص٨٢٢– أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٥٩ – محمد كمال عبد العزيز ص٤٠٨ – محمود جمال الدين زكى ص٢٨٤.

(٣) عبد المنعم الصده ص٥٢٢ وما بعدها – الدناصورى والشواربى ص٩٩٠ وما بعدها – وعكس ذلك السنهورى ص٨٢٣– محمود جمال الدين زكى ص٢٨٤ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٥٩.

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... وينبغى أن يعتد فى هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف. والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها، فى منطق المذهب الشخصى أو الذاتى، ولذلك.... الخ". "ولئن كانت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة "مراعيا فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ" عبارة "مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة". فإن ذلك لم يكن لاستبعاد جسامة الخطأ من تقدير التعويض بل لما أفصحت عنه اللجنة فى تقريرها من أن:"جسامة الخطأ تدخل فى عموم لفظة الظروف"(١).

والبادى أن محكمة النقض تؤيد هذا الرأى إذ قضت بأن :

١- "إذا كان مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه لم يبين ما إذا كان الخطأ الموجب للتعويض جسيما أو غير جسيم حتى تتمكن محكمة النقض من الموازنة بين خطأ المطعون عليها ومبلغ التعويض، وكان ما نسبه الطاعن للشركة المطعون عليها من خطأ هو على ما ورد فى تقرير الطعن تعسفها فى استعمال حقها فى فصله بسبب محاولته المطالبة بما يعتقد أنه من حقه – وهو ما أقره عليه الحكم المطعون فيه وقضى بالتعويض على أساسه، فإن هذا النعى يكون غير منتج".

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣١)

٢- "وحيث إن الطاعنين ينعون على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وتأويله ذلك أن الحكم المطعون فيه... إذ قضى لباقى الطاعنين بتعويض عن الضرر الأدبى لم يراع فى تقديره جسامة الخطأ باعتبارها من الظروف الملابسة المنصوص عليها فى المادة ١٧٠ من القانون المدنى..... أما عن النعى فى شقه الثانى فإنه غير سديد لأن مراعاة الظروف الملابسة فى تقدير التعويض أمر يدخل فى سلطة قاضى الموضوع بما لا معقب عليه فى ذلك ومن ثم يكون هذا الشق من النعى على غير أساس ويتعين رفضه".

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٩٠ وما بعدها.

٣- "إذ النص فى المادة ١٧٠ من القانون المدنى على أن "يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة.." يدل فى ضوء ما صاحب إقرار هذا النص من مناقشات سواء فى مجلس الشيوخ أو مجلس النواب أو لجنة المراجعة على أن تقدير جسامة الخطأ هى من بين العناصر التى يجب مراعاتها عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبى فقد كان النص الوارد فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى يوجب على القاضى مراعاة الظروف وجسامة الخطأ عند تقديره للتعويض ... وأفاضت المذكرة الإيضاحية فى ضرب الأمثلة من التشريعات الدولية التى تفرق في مقام تقدير التعويض بين حالة الخطأ اليسير وحالات الغش وسوء النية والتدليس والخطأ الجسيم حتى إن بعضها أوجب إنقاص التعويض إذا كان الخطأ يسيرا والمدين فقيرا.. إلا أنه أثناء المناقشات مال الرأى إلى أنه فى خصوص التعويض عن الضرر المادى – أن يكون مقدار التعويض بحسب مقدار الضرر مهما كان الخطأ يسيرا فيعوض المضرور عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب فى جميع الأحوال باعتبار أن الضرر المادى هو مساس بمصلحة مالية محسوسة، ومن ثم يكون التعويض بمقدار هذا المساس".

(طعن رقم٥٠٠٤ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠١٠/٧/١٢)

كما قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"إذا كان الظاهر مما أورده الحكم أن المحكمة قد راعت فى تقدير التعويض الذى قضت به على المتهم جسامة الضربة التى أدت إلى كسر ساق المجنى عليه (ضابط البوليس) ودعت إلى نقله إلى عمل أقل شأنا من عمله الأول، كما راعت المصاريف التى أنفقها فى العلاج، فليس فى هذا أى خطأ".

(طعن رقم ١٣٦٨ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٥/١٠/١٥)[١]

---

(١) وعكس ذلك طعن جنائى رقم ١٦١١ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٠ إذ جاء به:
"إنه لما كان التعويض هو مقابل الضرر الذى يلحق المضرور من الفعل الضار ولا يصح أن يتأثر بدرجة خطأ المسئول عنه أو درجة غناه ، كان إدخال المحكمة جسامة الخطأ ويسار المسئول عنه فى العناصر التى راعتها عند تقدير التعويض عيبا يستوجب نقض الحكم".

٥٥٩- متى ينشأ الحق فى التعويض؟

ينشأ الحق فى التعويض منذ وقوع الخطأ، أو بالأحرى من وقت وقوع الضرر إذا كان هذا قد تراخى عن الخطأ(١).

وينبنى على ذلك عدة نتائج منها :

١- أن التقادم يسرى من وقت وقوع الخطأ أو من وقت علم المضرور بالضرر وبالمسئول عنه.

٢- أن المضرور يملك التصرف فى حقه، فله أن يحيله مثلا إلى آخر دون انتظار الحكم الذى يقضى به، كما له أن يتخذ الإجراءات التحفظية بشأنه.

٣- أن القانون الذى يطبق هو القانون النافذ وقت وقوعه لا القانون الذى يكون نافذا وقت صدور الحكم. فإذا صدر فى الفترة بين وقوع الضرر وصدور الحكم قانون جديد يعدل من حقوق المضرور، فإن هذا القانون لا يطبق على النزاع، إنما يطبق القانون الذى كان نافذا وقت وقوع الضرر(٢).

على أن الحق فى التعويض إذا كان قد نشأ من وقت العمل غير المشروع لا من وقت الحكم الصادر فى الدعوى، فإن من شأن الحكم أن يحدد الحق فى التعويض وأن يقويه، وذلك من حيث إنه لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الحكم (م٣٨٥ مدنى)، فضلا عن إمكان التنفيذ على مال المسئول متى أصبح الحكم نهائيا.

ويجوز للمضرور أن يطعن بالدعوى البوليصية فى تصرفات المسئول الصادرة فى الفترة بين وقوع الضرر وصدور الحكم.

وإذا كان المسئول مؤمنا من مسئوليته جاز للمضرور أن يرجع على شركة التأمين دون أن يكون للشركة أن تتمسك ضده بأسباب سقوط الحق فى التأمين التى وجدت فى الفترة بين وقوع الضرر وسقوط الحكم(٣).

---

(١) السنهورى ص٨١٢ – الدكتور أحمد شوقى عبد الرحمن مدى التعويض عن تغيير الضرر فى جسم الإنسان وماله فى المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية طبعة ٢٠٠٠ ص١٤.

(٢) السنهورى ص٨١٢ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٦٠ وما بعدها.

(٣) عبد المنعم الصده ٥١٩ وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أنه إذا اختلف وقت تحقق الضرر عن وقت الفعل المعتبر أساسا للمسئولية التقصيرية فالعبرة هى بوقت تحقق الضرر ذلك أن أهمية الخطأ فى قيام هذه المسئولية محدودة، فالخطأ قد يكون مفترضا بل قد ينبنى الحق فى التعويض على مجرد تحمل التبعة، أما الضرر فهو حجر الزاوية فى قيام هذا الحق، ويدل على ذلك ما جاء بنص المادة ١٦٣ من القانون المدنى ثم ما تلاه من أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم مرتكبه بالتعويض وما ورد بالمذكرة الإيضاحية من أن "المشرع اكتفى بمجرد لفظ الخطأ ليترك تحديده لتقدير القاضى حسب كل حالة، لأن سرد الأعمال التى يتحقق فيها الخطأ لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم... فثمة التزام يفرض على الكافة بعدم الإضرار بالغير ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوى فيها الخطأ... فشاغل المشرع المدنى هو علاج آثار الضرر الذى أصاب الغير وليس تقويم سلوك مرتكب الفعل إذ لا تقوم المسئولية المدنية مهما كانت جسامة الخطأ إلا إذا تحقق الضرر ولهذا عنى القانون المدنى فى المادتين ٢٢١، ٢٢٢ منه ببيان الضرر المادى والأدبى وعناصرهما وحالات انتقال الحق فى التعويض إلى الغير ثم فرض بنص المادة ١٦٩ التضامن عند تعدد المسئولين ضمانا للحق فى التعويض، وصرح فى المادة ١٧٠ بأنه إذا لم يتيسر للقاضى وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، له أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير ونص فى المادة ١٧٢ على أن تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه لأن الحق فى رفع الدعوى لا يقوم إلا إذا تحقق وقوع الضرر، بمعنى أن يكون قد وقع بالفعل أو أن يثبت أنه سيقع حتما فى المستقبل".

(طعن رقم ٢٨٢٧ لسنة ٩٧ق جلسة ٢٠١٠/١/٢٠)

٥٦٠- تقدير الضرر المتغير:

الضرر المتغير هو الذى يتردد بين التفاقم والنقصان بغير استقرار فى اتجاه معين، فى الفترة بين حصول الضرر والحكم فى طلب التعويض، مثال ذلك أن يتعدى المسئول على المضرور بالضرب فأحدث إصابة بيده، إلا أنه قبل الحكم آلت هذه

الإصابة إلى عاهة مستديمة، فهنا يقدر التعويض على أساس حدوث عاهة مستديمة للمضرور، وليس على أساس إصابته الأولى البسيطة.

لكن إذا كان المضرور قد لحقه ضرر آخر بسبب لا يرجع إلى خطأ المسئول فإن القاضى لا ينظر فى تقدير الضرر الجديد، وإنما يراعى حالة المضرور التى نجمت من الضرر الأول فحسب، أما الضرر الجديد فيسأل عنه من أحدثه. مثل ذلك أن يفقد المضرور إحدى عينيه فى حادث، ثم يفقد عينه الأخرى فى حادث آخر قبل الحكم فى الدعوى المرفوعة عن الحادث الأول، ففى هذه الحالة يحاسب المسئول الأول فحسب عن فقد العين الأولى مع مراعاة وجود العين الثانية، ويحاسب المسئول الثانى عن فقد العين الثانية مع مراعاة عدم وجود العين الأولى إذ يكون الضرر حينئذ أشد خطورة عن الضرر الناجم عن فقد العين الأولى فى أول الأمر.

وقد يفيد المسئول من ضرر جديد يحل بالمضرور، وذلك إذا كان هذا الضرر الجديد قد وضع حدا للضرر الأول. فإذا كان المضرور قد أصيب فى حادث أنقص من قدرته على العمل. ولكنه قبل الحكم أصيب فى حادث آخر أدى إلى موته. فإن المسئول عن الحادث الأول يستفيد من هذا الموت لأنه وضع حدا للضرر الأول. إذ يراعى القاضى فى تقدير هذا الضرر ما أصاب المضرور من عجز عن العمل إلى يوم الموت فحسب. وإذا كان هناك شئ قد لحقه بعض التلف بسبب خطأ المسئول، ولكنه بعد ذلك وقبل الحكم فى الدعوى هلك بسبب آخر، فإن المسئول عن التلف الأول يستفيد من هذا الهلاك، إذ يقتصر القاضى فى تقدير الضرر الأول على ما لحق المضرور من جراء حرمانه من الانتفاع بالشئ حتى يوم الهلاك(١).

وفى الحالات التى يستفحل فيها الضرر لا يؤخذ على المضرور عدم مبادرته إلى إصلاح الضرر على نفقته، فقد لا يتوافر لديه المال اللازم لذلك. غير أنه إذا كان التأخر فى إصلاح الضرر راجعا إلى خطأ من المضرور، لأنه كان فى وسعه أن يتوقى استفحال الضرر ببذل جهد معقول ولكنه لم يفعل، فإن القاضى يدخل ذلك فى حسابه عند تقدير التعويض، إذ تصبح الزيادة فى الضرر حينئذ بسبب التأخر فى إصلاحه ضررا غير مباشر لا يجب التعويض عنه(٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص٥٢٥.

(٢) عبد المنعم الصده ص٥٢٥.

وإذا خف الضرر وقت الحكم عما كان عليه وقت حدوث الضرر، كما لو تحسنت إصابة المضرور فإن التعويض يقدر على أساس حالة المضرور وقت الحكم.

ويفيد المسئول من ذلك حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة فى ذاته بل إلى سبب أجنبى.

وقد يحدث تغير الضرر تبعا لظرف طارئ بين فترة ارتكاب الخطأ وحصول ذلك الضرر، كما لو تزوج المجنى عليه بعد إصابته فى حادث، فإن لزوجته أن تطالب بتعويض عن وفاة زوجها بسبب تلك الإصابة وقد كانت الزوجية قائمة وقت وقوع الضرر(١).

أما إذا كان الضرر لم يتغير فى الفترة بين حصول الضرر وصدور الحكم، وإنما طرأ تغير على سعر النقد سواء بالارتفاع أو الانخفاض، أو تغيرت أسعار السوق بوجه عام بالنسبة للأشياء اللازمة لإصلاح الضرر عن وقت وقوع الضرر، فإن العبرة فى تقدير التعويض بما تكون عليه الأسعار يوم الحكم. لكن إذا كان المضرور قد أصلح الضرر على نفقته فإن القاضى يحكم له بما أنفقه فعلا بصرف النظر عن تغير السعر يوم صدور الحكم(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- ".... وكلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه، لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم، مراعيا التغير فى الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه، ومراعيا كذلك التغيير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها. ذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أيا كان سببه غير منقطعى الصلة به. أما التغيير فى قيمة الضرر فليس تغيرا فى الضرر ذاته. وإذ كان المسئول ملزما بجبر الضرر كاملا فإن التعويض لا يكون كافيا لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم. ومن ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصلة، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على إصلاح الضرر، فإذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه،

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٥٥٩ وما بعدها.

(٢) السنهورى ص٨٢٥ – الدناصورى والشواربى ص٩٩٠- عبد المنعم الصده ص٥٢٥.

فإن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه".

(طعن رقم ٥ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٤/١٧)[١]

٢- "جرى قضاء محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم".

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١١/١٤)

٣- "إذ كان استيلاء الحكومة على العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وأنه ليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب ويستتبع هذا النظر أن يظل على ملكية صاحبه ويكون له الحق فى استرداد هذه الملكية إلى أن يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور أو يستحيل رده إليه أو إذا اختار هو المطالبة بالتعويض عنه وفى الحالتين الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر سواء فى ذلك ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم لأن الضرر كلما كان متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد راعى عند تقدير التعويض ما تفاقم من ضرر من تاريخ الاستيلاء حتى تاريخ صدوره فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعنان رقما ٤٧٩٨، ٤٨٥٠ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٧/٢٨)

---

(١) وتتعلق هذه القضية بمنزل تسربت المياه إلى جدرانه من أنابيب لمصلحة التنظيم فأحدثت بالمنزل خللا استوجب إخلاءه ، فقضت المحكمة لصاحب المنزل بنفقات الإصلاح بحسب الأسعار التى كانت قد ارتفعت وقت الحكم وبقية الإيجار من وقت وقوع الفعل الضار إلى وقت الحكم مع مراعاة ما يستغرقه الإصلاح من زمن بعد صدور الحكم.
وانتقد البعض هذا الحكم فى أنه لم ينظر إلى أن المالك كان فى وسعه ببذل جهد معقول أن يبادر إلى إصلاح الخلل فيقف تفاقم الضرر ، ولم يراع أن التأخر فى الإصلاح يرجع إلى خطأ المضرور وأن الزيادة فى الضرر التى نجمت عن ذلك إنما هى ضرر غير مباشر لا يجب التعويض عنه (عبد المنعم الصده ص٥٢٦ الهامش سليمان مرقس تعليق فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٩ ص٢٢٣ وما بعدها).

٤- "القضاء نهائيا فى دعوى سابقة باستحقاق الطاعنين للتعويض عن إصابتهما فى حادث سيارة مؤمن عليها إجباريا لدى الشركة المطعون ضدها – بعد رفضه طلب الطاعنين ندب الطب الشرعى لإثبات إصابتهما بعاهة مستديمة مكتفيا بما ورد بالتقارير الطبية المقدمة فى الأوراق. أثره. حيازة ذلك القضاء قوة الأمر المقضى فى تلك المسألة. قضاء الحكم المطعون فيه بعدم جواز نظر دعوى الطاعنين الحالية بإلزام المطعون ضدها بتعويض تكميلى نتيجة تفاقم الضرر إلى عاهة مستديمة لسابقة الفصل فيها. صحيح. النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب لتغير محل التعويض فى الدعويين. على غير أساس".

(طعن رقم ٤٠٦١ لسنة ٦٧ق – جلسة ٢٠١٠/١٠/١٠)

٥- "إن الحق فى طلب التعويض ينشأ منذ لحظة حدوث الضرر على أساس أن مصدره الفعل الضار، ولكن يجب على قاضى الموضوع أخذه فى الاعتبار عند تقدير الضرر ما آل إليه الضرر عند تاريخ صدور الحكم بالتعويض فهناك اختلاف بين تاريخ نشوء الحق فى التعويض والوقت الذى يجب على قاضى الموضوع أخذه فى الاعتبار عند تقدير قيمة الضرر".

(طعن رقم ١٤٦٨٧ لسنة ٧٦ق جلسة ٢٠١٠/١٠/٢٧)

٦- "إن مبدأ تكافؤ التعويض مع الضرر الذى نص عليه المشرع يقتضى وجوب الأخذ فى الاعتبار – عند تقدير التعويض – تفاقم الضرر بعد وقوعه والتغيير الذى يطرأ على القوة الشرائية للنقود منذ لحظة حدوث الضرر وحتى تاريخ الحكم بالتعويض فيتعين على قاضى الموضوع الأخذ فى الاعتبار التغير الذى يطرأ على سعر النقد أو أسعار السوق منذ حدوث الضرر وحتى لحظة إصدار حكم التعويض".

(طعن رقم ١٤٦٨٧ لسنة ٧٦ق جلسة ٢٠١٠/١٠/٢٧)

٥٦١- تغير الضرر فى الفترة بين الحكم بالتعويض ابتدائيا والحكم استئنافيا :

قد يطرأ التغير على الضرر أو قيمته إبان الفترة الواقعة بين صدور الحكم من محكمة أول درجة، وبين صدور الحكم من محكمة ثانى درجة، ففى هذه الحالة يجب اتباع ما سلف ذكره عن ذلك. وعلى المحكمة الاستئنافية اعتبار الضرر وقيمته بما صار إليه عند الحكم، ومراعاة التغير فيهما أو فى أيهما. وإذا تقدم المضرور، على هذا الأساس، بطلب زيادة فى مبلغ التعويض، فلا يعتبر هذا منه طلبا جديدا أمام

محكمة الدرجة الثانية لأن المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات إذ تنص فى فقرتها الأولى على ألا تقبل الطلبات الجديدة فى الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها، فإن هذه المادة فى فقرتها الثانية تجيز أن يضاف إلى الطلب الأصلى، ما يزيد من التعويضات بعد صدور الحكم المستأنف(١).

٥٦٢- الضرر الذى لا يمكن تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت صدور الحكم:

تنص المادة ١٧٠ مدنى على أن: "... فإن لم يتيسر له (القاضى) وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير".

فقد لا يتيسر للقاضى أحيانا أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديدا كافيا، كما هو مثلا فى جرح لا تستبين عقباه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن، فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر تعويضا موقوتا بعد التثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم، على أن يعيد النظر فى قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها. فإذا انقضى الأجل المحدد، أعاد النظر فيما حكم به، وقضى للمضرور بتعويض إضافى إذا اقتضى الحال ذلك(٢). ولا محل فى هذه الحالة للتمسك بحجية الأمر المقضى به.

أما إذا نقص الضرر بعد الحكم بالتعويض، فإن هذا لا يخول المسئول أن يطالب برد ما يعادل ذلك النقص، لأن الحكم فى شأنه – إن كان نهائيا – قد حاز قوة الشئ المقضى به، والقضاء برد بعض التعويض الذى حكم به، معناه الطعن فى الحكم الأول بغير الطرق القانونية(٣).

٥٦٣- التعويض المؤقت:

إذا أقامت النيابة العامة الدعوى الجنائية ضد المسئول وادعى المضرور مدنيا أمام المحكمة الجنائية طالبا الحكم بتعويض مؤقت عما أصابه من ضرر وقضت له المحكمة بذلك فإنه يجوز له بعد ذلك أن يرفع دعوى أمام المحكمة المدنية المختصة يطلب منها تكملة التعويض سواء كان الحكم الصادر بالتعويض المؤقت قد صدر من

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٥٦٢ – أحمد شوقى محمد عبد الرحمن ص٣١ وما بعدها.
(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٩٣.
(٣) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٥٥٩ – أحمد شوقى عبد الرحمن ص٣٣ وما بعدها.

محكمة الجنح أو من محكمة الجنايات لأن موضوع الدعوى المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكملة له.

وعلى ذلك إذا قدمت النيابة المسئول لمحكمة الجنايات بتهمة القتل العمد وادعى ورثة القتيل مدنيا قبله وقضت المحكمة بإدانة المسئول وبالتعويض المؤقت المطلوب وأصبح هذا الحكم باتا فإنه يجوز لورثة القتيل بعد ذلك أن يرفعوا دعوى مدنية بطلب تكملة التعويض.

وكذلك الشأن إذا حرك المضرور الدعوى الجنائية بالطريق المباشر كما إذا أقام المضرور دعوى جنحة مباشرة ضد المسئول وطلب بعد توقيع العقوبة الجنائية عليه الحكم له بتعويض مؤقت وأجابته لطلبه فإنه يجوز له متى أصبح الحكم باتا أن يطلب من المحكمة المدنية تكملة التعويض(١).

فالحكم الصادر بالتعويض المؤقت يحوز حجية فى هذا الخصوص يمنع الخصوم أنفسهم من التنازع فيها فى أية دعوى تالية تكون فيها هذه المسألة الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق، فلا تجوز المجادلة فى مبدأ استحقاق التعويض.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- "إذا كانت محكمة الجنح قد قضت بالتعويض للمدعى بالحق المدنى على أنه تعويض كامل عن الضرر الذى لحقه، فليس له أن يطالب بتعويض آخر أمام المحكمة المدنية سواء كان قد طلب التعويض باعتباره أنه تعويض مؤقت أو باعتبار أنه تعويض كامل، إلا إذا أثبت أن ضررا طارئا قد لحقه بعد الحكم الجنائى. وإذن فمتى كان الواقع هو أن المدعى بالحق المدنى قد طلب من محكمة الجنح الحكم له بمبلغ ٢٥ جنيها تعويضا مؤقتا فقررت هذه المحكمة بعد التثبت من مدى الضرر الذى أصابه أن التعويض المطلوب مبالغ فيه وأن كل ما يستحقه عن هذا الضرر الذى استقر نهائيا هو مبلغ ١٥ جنيها، ولما رفع دعواه أمام المحكمة المدنية مطالبا بجواز تكملة التعويض ولم يثبت أن ضررا طارئاً قد لحقه بعد الحكم الجنائى، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون قد خالف القانون".

---

(١) الدناصورى والشواربى ص١١٠٤.

(ب)- "إذا كان المدعى بالحق المدنى أمام محكمة الجنح قد طلب القضاء له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه مع حفظ حقه فى المطالبة بالتعويض الكامل وقضى له بالتعويض على هذا الأساس فإن ذلك لا يحول بينه وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية، لأنه لا يكون قد استنفد كل ما له من حق أمام محكمة الجنح، ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى، بل هو تكملة له".

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٧)

٢- (أ)- "لئن أباح القانون استثناء رفع الدعوى بالحق المدنى إلى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى الجنائية إلا أن ذلك لا يغير من طبيعة تلك الدعوى المدنية فيكون للحكم الصادر فيما فصل فيه من حقوق حجيته على من كان خصما فيها".

(ب)- "القضاء بالتعويض المؤقت على سبيل التضامن – والذى أصبح باتا- هو حكم قطعى حسم الخصومة فى هذا الأمر ويحوز حجية فى هذا الخصوص يمنع الخصوم أنفسهم من التنازع فيها فى أية دعوى تالية تكون فيها هذه المسألة الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق، على أن ذلك لا يحول بين المحكوم لهم وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية لأنهم لا يكونوا قد استنفدوا كل ما لهم من حق أمام المحكمة الجنائية ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكملة له".

(طعن رقم ٤٥٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٦/١١)

٣- "القضاء للمدعى بالحق المدنى أمام محكمة الجنح بتعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه لا يحول بينه وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية لأنه لا يكون قد استنفد كل ما له من حق أمام محكمة الجنح، ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكملة له".

(طعن رقم ٨٧٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣)

كما قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"إذا كانت المحكمة قد حكمت للمدعى بالحقوق المدنية بالتعويض المؤقت الذى طلبه ليكون نواة للتعويض الكامل الذى سيطالب به بانية ذلك على ما ثبت لها من أن

المحكوم عليه هو الذى ارتكب الفعل الضار المسند إليه فهذا يكفى لتبرير التعويض الذى قضت به. أما بيان مدى الضرر فإنما يستوجبه التعويض الذى قد يطالب به فيما بعد، وهذا يكون على المحكمة التى ترفع أمامها الدعوى به".

(طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١٣)

٥٦٤- خصم التعويض المؤقت من التعويض النهائى:

إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة المدنية لتكملة التعويض المؤقت الذى قضت به المحكمة الجنائية، فإنه يتعين على المحكمة المدنية بعد أن تقدر التعويض الإجمالى الذى يستحقه المضرور أن تخصم منه التعويض المؤقت الذى قضت به المحكمة الجنائية ثم تقضى بالمبلغ الباقى.

٥٦٥- لا يجوز طلب تكملة التعويض إذا صرحت المحكمة الجنائية أنها قدرت التعويض تقديرا نهائيا:

إذا أقام المضرور دعوى مدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية طالبا الحكم بمبلغ معين على سبيل التعويض المؤقت إلا أن المحكمة قضت بمبلغ حددته وصرحت بأن هذا تعويض قطعى عن كافة عناصر الضرر الذى حاق به فلا يجوز له بعد ذلك رفع دعوى مدنية بطلب تكملة التعويض. مثال ذلك أن يدعى ورثة القتيل مدنيا أمام محكمة الجنايات بطلب تعويض مؤقت قدره خمسة عشر ألف جنيه إلا أن المحكمة رأت أن هذا الطلب مغالى فيه فتحكم لهم بمبلغ عشرة آلاف جنيه على أنه تعويض نهائى لا مؤقت وأنه جابر لكافة عناصر الضرر فإن ذلك يمنع الورثة بعد ذلك من طلب تكملة التعويض أمام المحكمة المدنية مادام أنه قطعى.

ولا يختلف الحكم السابق إذا رفع المضرور دعواه بطلب تقرير المسئولية وتعويض مؤقت أمام المحكمة المدنية وقضت له المحكمة بتعويض نهائى فلا يجوز له بعد ذلك رفع دعوى أخرى بحجة تكملة التعويض[١].

٥٦٦- جواز الحكم بنفقة مؤقتة للمضرور:

إذا رفعت دعوى تعويض أمام المحكمة، وتبين لها أن المضرور فى حاجة

---

(١) الدناصورى والشواربى ص١١٠٦ وما بعدها.

قصوى إلى نفقة مؤقتة، فإنه يجوز لها القضاء بها على أن تخصم من التعويض الذى سيقضى به له بعد ذلك.

ويشترط للقضاء بهذه النفقة المؤقتة توافر الشروط الآتية:

١- أن تكون المحكمة قد قضت بتقرير مبدأ المسئولية عن التعويض ولم يبق إلا تقديره.

٢- أن تكون عناصر التعويض لا تزال فى حاجة إلى مدة طويلة لإعدادها.

٣- أن يكون المضرور فى حاجة ملحة إلى هذه النفقة.

٤- أن يكون المبلغ الذى يقدره القاضى للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذى ينتظر أن يقدر به الضرر(١).

ومن وقت صدور الحكم بالتعويض لا يجوز التنفيذ بحكم النفقة المؤقتة لأنه حكم موقوت بصدور حكم موضوعى بإلزام المسئول بالتعويض الذى قدرته المحكمة.

وإذا قضت المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة بالتعويض فإنه يجوز للمسئول أن يرجع على المضرور بما أداه من نفقة مؤقتة وفقا لقواعد رد غير المستحق ويعتبر الحكم الاستئنافى فى هذه الحالة سندا تنفيذيا بالرد(٢).

٥٦٧- لا يجوز لمحكمة ثانى درجة أن تسوئ مركز المحكوم ضده المستأنف بزيادة مبلغ التعويض:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لما كانت القاعدة أن الاستئناف ينقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط مما لا يجوز معه لتلك المحكمة أن تتعرض للفصل فى أمر غير مطروح عليها أو أن تسوئ مركز المستأنف بالاستئناف الذى قام هو برفعه، فإنه لا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية – واستئناف مرفوع من المحكوم ضده وحده – أن تزيد فى مقدار التعويض عن أى عنصر من عناصر الضرر لما فى ذلك من إخلال بتلك القاعدة، لما كان ذلك،

---

(١) السنهورى ص٨٢٥ ومابعدها – الدناصورى والشواربى ص١١١١ وما بعدها – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٥٦٤.

(٢) الدناصورى والشواربى ص١١١٢.

وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن وحده هو الذى استأنف الحكم الصادر بإلزامه بالتعويض وكانت المحكمة بعد أن انتهت إلى عدم أحقية المطعون عليهم الأول والثالث والرابعة والخامس للتعويض عن الضرر المادى واستنزلته من مبلغ الثلاثة آلاف جنيه المقضى لهم بها من محكمة الدرجة الأولى كتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التى لحقت بهم ثم حكمت للمطعون عليهم جميعا – بما فيهم المطعون عليها الثانية عن نفسها وبصفتها – بمبلغ ألفى جنيه تعويضا عن الضرر الأدبى وحده، وكان الحكم الابتدائى قد قضى بإلزام الطاعن بأن يدفع للمطعون عليها الثانية عن نفسها وبصفتها مبلغ سبعة آلاف جنيه تعويضا عن الأضرار المادية والأدبية وجملة فإن الحكم المطعون فيه وقد فصل كل عنصر من عنصرى الضرر على حدة وقضى للمطعون عليهما جميعا بمبلغ ألفى جنيه كتعويض عن الأضرار الأدبية بما كان يتعين معه أن يخصم ما خص المطعون عليها الثانية عن نفسها من تعويض عن هذا النوع من الضرر من مبلغ السبعة آلاف جنيه المقضى لهم بها ابتداء كتعويض عن الضررين معا إلا أنه زاد فى مبلغ التعويض عن الأضرار المادية التى لحقت بها إلى مبلغ ثمانية آلاف جنيه – حال أنها قبلت الحكم الابتدائى ولم تستأنفه – ليصل به مع التعويض عن الضرر الأدبى إلى مبلغ عشرة آلاف جنيه وخلص بناء على ذلك إلى تأييد الحكم المستأنف فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون".

(طعن رقم ٤٨٥٤ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٤)

٥٦٨- المضرور هو صاحب الحق فى التعويض:

لا يثبت الحق فى المطالبة بالتعويض إلا للمضرور فالدعوى ترفع منه أو نائبه أو خلفه، فلا يجوز لغير المضرور أو نائبه أو خلفه المطالبة بالتعويض.

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للمضرور المطالبة بالتعويض والقضاء بأدائه إلى جهة خيرية لأن هذا الجهة لم يصبها ضرر.

غير أنه استثناء من ذلك يجوز للنقابات المنشأة وفقا للقانون أن ترفع بوصفها أشخاصا اعتبارية الدعوى المتعلقة بحقوقها المالية قبل أعضائها أو قبل الغير ممن تتعامل معهم، كما أن لها أن ترفع دعاوى المسئولية عن الأضرار التى أصابت المهنة التى تمثلها أو المصالح الجماعية لأعضائها بشرط أن يكون الضرر الواقع فى هذه

الحالة قد أصاب هؤلاء الأعضاء بوصفهم أعضاء فى النقابة وبسبب مباشرتهم المهنة التى وجدت النقابة للدفاع عن مصالحها(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "لا يكفى للحكم بالتعويض لصاحب الأرض التى تعطلت زراعتها بسبب قيام الحكومة بإنشاء مصرف أن يثبت تحقق الضرر بل يجب أيضا أن يكون طالب التعويض هو المضرور فعلا، فإذا كانت هذه الأرض مؤجرة للغير وأحالت المحكمة الدعوى على التحقيق لإثبات تنازل صاحب الأرض للمستأجر عن مقابل الضرر ثم أصدرت حكمها بالتعويض لصاحب الأرض مكتفية بالتحدث عن ثبوت الضرر وتقدير التعويض دون أن تقول كلمتها فى نتيجة التحقيق فإن حكمها يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٠)

٢- "للنقابات المنشأة وفقا للقانون أن ترفع بوصفها شخصا اعتباريا الدعاوى المتعلقة بحقوقها المالية قبل أعضائها أو قبل الغير ممن تتعامل معهم. كما لها أن ترفع دعاوى المسئولية عن الأضرار التى أصابت المهنة التى تمثلها أو المصالح الجماعية لأعضائها إلا أن شرط ذلك أن يكون الضرر الواقع فى هذه الحالة قد أصاب هؤلاء الأعضاء بوصفهم أعضاء فى النقابة وبسبب مباشرتهم المهنة التى وجدت النقابة للدفاع عن مصالحها أما إذا كان الضرر ضررا فرديا لحق عضوا أو عدد معينا من أعضاء النقابة بسبب لا يتصل بانتمائهم للمهنة ولا يمتد أثره إليها فإن دعوى التعويض عن هذا الضرر من النقابة تكون غير مقبولة لانتفاء صفة النقابة فى رفعها".

(طعن رقم ٣٦٧ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)

٣- "من المقرر قانونا وفى قضاء هذه المحكمة أن المضرور – هو أو نائبه أو خلفه- هو الذى يثبت له الحق فى طلب التعويض، أما غير المضرور فلا يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه، ولا يحق للمضرور أن يطلب من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لجهة خيرية أو مؤسسة تعمل للمصلحة العامة ولا تستطيع المحكمة فى هذه الحالة أن تجيبه إلى هذا الطلب لأن مثل هذه الجهة لم يصبها أى

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص١٣٧٢.

ضرر فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض وتكون الدعوى فى هذه الحالة غير مقبولة".

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١/١٤)

٤- "دعوى التعويض هى الوسيلة القضائية التى يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسئول عن تعويض الضرر الذى أصابه إذا لم يسلم به قانونا وأنه يجب أن يثبت أنه صاحب الحق الذى وقع الضرر مساسا به وإلا كانت دعواه غير مقبولة".

(طعن رقم ٨٨٣٥ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥)

كما قضت محكمة النقض بأن:

"لا يجوز أن يجتمع فى الشخص الواحد صفة المسئول عن الحقوق المدنية باعتباره مرتكب الفعل الخاطئ الذى ألحق ضررا بالغير، وصفة المضرور الذى يطالب بتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة الفعل الخاطئ الذى وقع منه وأصاب ذلك الغير (المجنى عليه)".

(طعن رقم ٥٨٤٣ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٦/٣/٢٨)



مادة (١٧١)

١- يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.

٢- ويقرر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضى، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض.

الشرح

٥٦٩- طرق التعويض:

تختلف طريقة إصلاح الضرر حسبما تكون الظروف الملابسة لحالة النزاع المطروح، وبما يبدى المضرور فى طلباته عنها، كما أنها تختلف أيضا فى نطاق المسئولية العقدية عنها فى نطاق المسئولية التقصيرية[١].

٥٧٠- الأصل فى التعويض هو التعويض العينى:

قد يكون التعويض عينيا، وهو خير أنواع التعويض، وأكثر ما يقع بالنسبة إلى الالتزامات العقدية حيث يتيسر فى كثير من الأحوال إجبار المدين على التنفيذ العينى أما فى المسئولية التقصيرية فنطاقه محدود، وذلك لأنه لا يكون ممكنا إلا حين يتخذ الخطأ الذى اقترفه المدين صورة القيام بعمل تمكن إزالته، وهذا لا يتحقق إلا نادرا. كما فى حالة ما إذا أقام شخص حائطا كى يحجب النور والهواء عن جاره تعسفا منه، إذ يجوز حينئذ أن يكون التعويض عينيا بهدم الحائط على حساب البانى أو من طريق التهديد المالى.

وكما فى حالة ما إذا كان كانت هناك علامة تجارية مقلدة، إذ يصح أن يكون التعويض عينا بإتلاف هذه العلامة. ولذلك تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "ويقدر التعويض بالنقد".

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٥٢٧.

وإذا كان التعويض العينى ممكنا فإن القاضى مع ذلك لا يكون ملزما بأن يحكم به إلا إذا طالب به الدائن أو عرض المدين القيام به.

إذ يكون التعويض هو الأصل ولا يسار إلى عوضه، أى التعويض النقدى، إلا إذا استحال التعويض عينا، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدى وعرض المدعى عليه التعويض عينا – كرد الشئ المغتصب – وجب قبول ما عرضه، وتقضى المحكمة بالتنفيذ العينى ولو أصر المدعى على ما يطلبه من تعويض نقدى.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"١- ليست المسئولية التقصيرية، بوجه عام، سوى جزاء للخروج على التزام يفرضه القانون: هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع. وإذا كان التنفيذ العينى هو الأصل فى المسئولية التعاقدية فعلى النقيض من ذلك، لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ – وهو يقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه، كهدم حائط بنى بغير حق، أو بالتعسف فى استعمال حق – إلا منزلة الاستثناء فى نطاق المسئولية التقصيرية".

"٢- فالتنفيذ بمقابل أى من طريق التعويض المالى، هو القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية... الخ".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يسار إلى عوضه، أى التعويض النقدى، إلا إذا استحال التعويض عينا، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدى وعرض المدعى عليه التعويض عينا – كرد الشئ المغتصب- وجب قبول ما عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هى أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدى.

وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنافع العامة فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار – وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتد باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له، فإن حكمها يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٧٤ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/١٦)

٢- "المحاكم بهيئتها المدنية هى السلطة الأصيلة التى لا شبهة فى اختصاصها بنظر طلب رد الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار أو بطلب التعويض عنه سواء اعتبر هذا الفعل جريمة- تختص المحاكم بتشكيلها الجنائى بالعقاب عليها – أو لم يكن كذلك، سواء أكان التعويض المطلوب عينا وذلك بإصلاح الضرر الناشئ عن هذا الفعل بإزالة آثاره وإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو كان التعويض نقديا".

(طعن رقم ٤٨٨ لسنة٦٢ق جلسة ١٩٩٦/١/٢٩)

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

١- "للمدعى بالحقوق المدنية فى دعواه التابعة للدعوى الجنائية – سواء أكانت مرفوعة مباشرة أم بطريق التدخل فى الدعوى العمومية المرفوعة من النيابة – طلب تعويض الضرر الناشئ من الجريمة. وهذا التعويض يجوز أن يشمل رد الشئ المسروق أو المختلس عينا أو دفع ثمنه".

(طعن رقم ٦٧٦ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٦/٤/٢٩)

٢- "إنه لما كان للمحاكم الجنائية بمقتضى القانون أن تحكم بالتعويضات لمن أصابه ضرر من الجريمة المرفوعة بها الدعوى أمامها، وكان رد الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الجريمة لاشك يدخل فى التعويضات إذ به يتحقق رفع الضرر عن المضرور عينا بإرجاع ذات ما يخصه إليه، وهذا بداهة أولى من أن يعطى مبلغا من المال فى مقابله، فإن المحكمة إذا ما ثبت لها تزوير عقدى الرهن والتنازل وقضت بردهما وبطلانهما ومحو تسجيلهما فقضاؤها بذلك لايعدو أن يكون ضربا من ضروب الرد كما هو معرف به فى القانون".

(طعن رقم ١٤٨٨ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٦/١٠/١٤)

٥٧١- التعويض غير النقدى:

يتعذر فى الغالب – كما ذكرنا سلفا – التنفيذ العينى فى المسئولية التقصيرية، وهنا يجب أن يحكم القاضى بالتعويض. وليس من الضرورى أن يكون التعويض نقدا، وإن كان ذلك هو الغالب، إلا أنه يجوز للقاضى كما صرحت المادة "أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض".

ومثال ذلك:

١- ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٨٦٠ مدنى من أنه "إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله. فإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه".

٢- أن يلزم القاضى المودع عنده بأن يقدم للمودع إطارات من نوع تلك الإطارات التى كانت مودعة وسرقت.

٢- أن يلزم المسئول عن تلف سيارة بأن يرد سيارة من صنف هذه السيارة وبالحالة التى كانت عليها السيارة.

٣- أن يلزم المسئول بأن يملك المضرور الظاهر سهما يحصل على ريعه.

٤- بالنسبة لمضايقات الجوار، يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضى بما تراه كفيلا بمنع ما ينبعث من الدخان أو ما يحدث من صخب، أو ما يتطاير من رائحة مؤذية، أو من خطر الحريق[١].

٥- وفى دعاوى السب والقذف يجوز القاضى أن يأمر بنشر الحكم القاضى بإدانة المدعى عليه فى الصحف فيكون هذا النشر تعويض عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى، وهو تعويض غير نقدى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن[٢]:

"تعويض الضرر الأدبى بنشر الحكم فى الصحف على نفقة المحكوم عليه من سلطة قاضى الدعوى التقديرية والمطلقة بما لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه".

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٥)

كما قد يقضى فيه بتعويض رمزى كقرش صاغ[٣].

وغنى عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعينى ولا هو بالمالى ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف فى بعض الصور[٤].

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٥٣١.

(٢) السنهورى ص٨١٧ – عبد المنعم الصده ص٥٢١.

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٥٩.

(٤) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٣٩٧.

٥٧٢ - التعويض النقدى:

تنص المادة ١٧١ فى فقرتها الثانية على أن: "ويقدر التعويض بالنقد". ويتبين من ذلك -كما ذكرنا سلفا - أن الأصل فى التعويض أن يقدر بالنقد أى يكون بمبلغ من النقود.

وهذا هو ما يغلب الحكم به فى دعاوى المسئولية التقصيرية، كما أن الأصل كذلك أن يكون هذا التعويض النقدى مبلغا معينا يعطى دفعة واحدة. ولكن يصح أن يحكم القاضى تبعا للظروف بتعويض نقدى مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة، مادام يرى أن هذه هى الطريقة المناسبة للتعويض. فمثلا إذا كانت إصابة المضرور تعجزه عن العمل مدة معينة جاز للقاضى أن يحكم له بتعويض مقسط خلال هذه المدة. وإذا كانت الإصابة تعجزه عن العمل كليا أو جزئيا بصفة دائمة جاز الحكم له بإيراد مرتب مدى الحياة.

ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب. وكان الدين المترتب فى ذمته يبقى مددا قد تطول، فإنه يجوز للقاضى إلزام المدين بتأمين. ويصح فى هذا الصدد أن يحكم القاضى على المسئول بدفع مبلغ إلى شخص ثالث أو شركة تأمين مثلا على أن تقوم الشركة بدفع الأقساط أو الإيراد المرتب للمضرور(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل هو أن المحاكم المدنية تختص بالنظر فى الدعاوى التى ترفع على الحكومة بالمطالبة بتعويض الضرر المترتب على مخالفة القانون ولم يغير القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ من هذا الاختصاص. فإذا كانت الدعوى قد رفعت للمطالبة بتعويض الضرر الناشئ عن مخالفة القانون بإحالة الموظف على المعاش قبل الأوان وبغير حق فإنه لا يؤثر على اختصاص المحاكم المدنية بنظر هذه الدعوى كون أحد عناصر التعويض ما أصاب المدعى من خفض معاشه ويريد جبره بالحكم بإيراد مرتب له مدى حياته ممثلا فى الفرق بين المعاش الذى ربط له نتيجة لمخالفة القانون بإحالته على المعاش قبل المدة التى كان له فيها حق البقاء فى الخدمة والمعاش الذى يستحقه

---

(١) السنهورى ص٨١٨ - عبد المنعم الصده ص٥٢٠.

ولو لم تقع تلك المخالفة إذ يجوز أن يكون تعويض الضرر بتقدير مرتب مدى حياة المضرور إذا رؤى أن ذلك خير وسيلة لجبر الضرر دون مجازفة فى التقدير أو حيف يلحق أحد الخصمين ويعتبر المبلغ المحكوم به فى هذه الحالة تعويضا يأخذ حكم التعويض ولا تسرى عليه القواعد العامة المقررة للمعاش الذى يربط للموظف الذى انتهت مدته".

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠)

والقضاء بالتعويض بعملة أجنبية لا يخالف القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ أو النظام العام.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى الفقرة الرابعة من المادة ١١١ من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ فى شأن البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد على أن "ويكون التعامل داخل جمهورية مصر العربية شراء وبيعا فى مجال السلع والخدمات بالجنيه المصرى وفقا للقواعد التى تحددها اللائحة التنفيذية ما لم ينص على خلاف ذلك فى اتفاقية دولية أو فى قانون آخر". يدل على أن المشرع لم يحظر التعامل داخل البلاد بغير الجنيه المصرى إلا شراء وبيعا فى مجال السلع والخدمات ما لم ينص على خلاف ذلك فى قانون آخر. لما كان ذلك وكان المبلغ المقضى به للمطعون ضدها بالعملة الأجنبية يمثل تعويضا عن إخلال بالتزام عقدى ومن ثم يكون جائزا ولا يتعارض مع أحكام القانون سالف الذكر ولا يعد مخالفا للنظام العام".

(طعون أرقام ٤٤٥٧ ، ٤٤٦٣ ، ٤٨٥٣ لسنة ٧ق جلسة ٢٠١٠/١١/٩)

ولما كان التعويض النقدى يتحدد وقت صدور الحكم بناء على عناصر الضرر المحققة وفقا لقيمتها الشرائية فى هذا الوقت، إلا أنه طالما أصبح الحكم نهائيا فلا يجوز رفع دعوى جديدة بزيادة قيمة التعويض أو إنقاصه، تبعا لتغير القوة الشرائية للنقود(١).

ويجوز أن يكون التعويض النقدى فى صورة فائدة تعويضية تقدرها المحكمة وهى لا تخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض:

---

(١) أحمد شوقى عبد الرحمن ٢٦.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"ولما كان لمحكمة الموضوع أن تقدر التعويض الذى يستحقه المالك مقابل ريع أرضه التى استولت عليها الحكومة جبرا عنه وأضافتها إلى المنافع العامة بغير اتباع الإجراءات التى أوجبها قانون نزع الملكية – على الوجه الذى تراه المحكمة مناسبا، فتحكم بهذا التعويض مبلغا متجمدا أو فى صورة فائدة تعويضية وهى فيما تفعله من ذلك وفى تحديدها لسعر هذه الفائدة لا تخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ٧١ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١/٧)

ويراعى أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى اختيار الطريقة التى ترى فيها أنها الأنسب لإصلاح الضرر، باعتبارها تعويضا بمقابل(١).

٥٧٣- التعويضات المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم:

التعويضات المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم هى عقوبة فلا يحكم بها إلا من محكمة جنائية. وتقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها ودون لزوم ثبوت وقوع ضرر(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

"إن التعويضات المنصوص عليها فى القانون رقم ٣٦٣ سنة ١٩٥٦ بتنظيم تحصيل رسم الإنتاج أو الاستهلاك على الكحول – الذى يحكم واقعة الدعوى – وإن كانت تنطوى على تضمينات مدنية تجيز لمصلحة الجمارك التدخل فى الدعوى أمام المحاكم الجنائية للمطالبة بها والطعن فيما يصدر بشأن هذه المطالبة من أحكام، إلا أنها فى حقيقتها عقوبات تكميلية حدد الشارع قدرها تحديدا تحكميا غير مرتبط بتحقق وقوع أى ضرر على المصلحة فلا يجوز توقيعها إلا من محكمة جنائية ولا يتوقف قضاؤها لها بها على تدخل من جانبها فى الدعوى وتلتزم المحكمة فى هذا القضاء القدر المحدد فى القانون، ومن ثم فإن إجازه هذا التدخل إنما هى على سبيل الاستثناء فلا يجرى عليه – وإن وصف بأنه دعوى مدنية – حكم اعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركا الدعوى المدنية الوارد بالمادة ٢٦١ من قانون الإجراءات الجنائية لأن هذا الحكم

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٥٣١.

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص١٥٠٠.

ما وضع إلا للدعوى المدنية التى تقام بطريق التبعية ممن لحقه ضرر بالفعل من الجريمة للمطالبة بالتضمينات المدنية البحت – أى التعويض الذى تقدره المحكمة بنفسها بعد طلبه مقابل الضرر الواقع – والأصل فى هذه الدعوى أن ترفع أمام المحاكم المدنية وهى بذلك تختلف طبيعة وحكما عن ذلك التدخل من مصلحة الجمارك. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض استئناف الطاعن وتأييد الحكم الابتدائى لأسبابه فيما قضى به من اعتباره تاركا للدعوى المدنية المقامة من المصلحة قبل المطعون ضدهما بالمطالبة بالتعويضات المنصوص عليها فى القانون رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ وذلك لعدم حضوره بالجلسة، فإنه يكون قد خالف القانون مما يوجب نقضه ولما كانت هذه المخالفة قد حجبته عن نظر الدعوى فإنه يتعين أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٦/٣/٢١)



محتويات المجلد الثانى

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
	(القسم الأول)	
	الالتزامات أو الحقوق الشخصية	
	الكتاب الأول	
	الالتزامات بوجه عام	
	الباب الأول	
	مصادر الالتزام	
	الفصل الأول	
	العقـــد	
	الفرع الأول	
	أركـــان العقـد	٣
١-	الرضاء	٣
-	**مـــادة (٨٩)**	٣
-	دراسة تمهيدية	٣
٢-	مصادر الالتزام	٣
٣-	تعريف العقد	٥
٤-	العقد والاتفاق	٦
٥-	مجال العقد	٧
-	تقسيمات العقود	٩
٦-	أهمية التقسيم	٩
٧-	**أولا:** عقود مسماة وعقود غير مسماة	١٠
-	**(أ)** العقد المسمى	١٠

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	(ب) العقد غير المسمى	١١
-	(ج) أهمية التقسيم	١١
٨-	**ثانيا:** عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية	١٢
-	(أ) العقد الرضائى	١٢
-	(ب) العقد الشكلى	١٣
-	(ج) التمييز بين الشكلية وطريقة الشهر وطريقة الإثبات..	١٣
	(د) العقد العينى	١٤
٩-	العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد	١٥
-	(أ) تعريـــف	١٥
-	(ب) أهمية التفرقة	١٦
١٠-	**رابعا:** عقود المعاوضـــة وعقود التبرع.....	١٧
-	(أ) عقد المعاوضة	١٧
-	(ب) عقود التبرع	١٧
-	(ج) تقسيم فرعى لعقود التبرع	١٧
-	(د) دقة التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع.....	١٨
-	(هـــ) أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع	١٨
١١-	**خامسا:** العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية	٢٠
-	(أ) العقد المحدد القيمة	٢٠
-	(ب) العقد الاحتمالى.....	٢٠
-	(ج) أهمية التفرقة	٢٠
١٢-	**سادسا:** العقود الفورية والعقود المستمرة (عقود المدة) ...	٢١
-	(أ) العقود الفورية	٢١
-	(ب) العقود المستمرة (عقود المدة)	٢٢
-	(ج) أهمية التقسيم.....	٢٣
-	شرح أحكام المادة	٢٤

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
١٣-	التراضى فى العقد.....	٢٤
١٤-	تعريف الإيجاب.....	٢٤
١٥-	تعريف القبول.....	٢٤
١٦-	يجب اتجاه الإرادة فى الإيجاب والقبول إلى ترتيب أثر قانونى.....	٢٤
١٧-	كيفية صدور الإيجاب.....	٢٥
١٨-	تطابق الإيجاب والقبول.....	٢٦
١٩-	وجوب صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب	٢٧
٢٠-	العرض الموجه للجمهور.....	٢٨
٢١-	الدعوة إلى التعاقـد إذا كانت شخصية المتعاقـد معـه محل اعتبار	٢٩
	مـادة (٩٠)	٣٠
٢٢-	التعبير عن الإرادة.....	٣٠
-	١- التعبير باللفظ.....	٣٠
-	٢- التعبير بالكتابة.....	٣١
-	٣- التعبير بالإشارة المتداولة عرفا	٣١
-	٤- التعبير باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود.....	٣١
٢٣-	- التعبير الصريح والتعبير الضمنى	٣١
	مـادة (٩١)	٣٥
٢٤-	متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره ؟	٣٥
٢٥-	إثبات اتصال التعبير بعلم من وجه إليه.....	٣٧
	مـادة (٩٢)	٣٩
٢٦-	أثر الموت وفقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة.....	٣٩

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	(أ) حالة ما إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو الموجب	٣٩
-	(ب) حالة ما إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو القابل ...	٤٠
	مـادة (٩٣)	٤٦
٢٧-	تعيين ميعاد القبول	٤٦
٢٨-	الميعاد الصريح والميعاد الضمنى	٤٧
٢٩-	حالة عدم تعيين ميعاد للقبول.....	٤٨
	مـادة (٩٤)	٥٠
٣٠-	المقصود بمجلس العقد	٥٠
٣١-	تحلل الموجب من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا فى مجلس العقد.....	٥٠
	مـادة (٩٥)	٥٢
٣٢-	اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية فى العقد	٥٢
٣٣-	الاتفاق على الشروط الجوهرية لانعقاد العقد.....	٥٢
٢٤-	الاحتفاظ بمسائل تفصيلية.....	٥٤
٣٥-	فصل المحكمة فى المسائل التفصيلية التى لم يتم الاتفاق عليها	٥٦
	مـادة (٩٦)	٥٨
٣٦-	اقتران القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه	٥٨
	مـادة (٩٧)	٦٢
-	التعاقد ما بين الغائبين.....	٦٢
٣٧-	والمقصود بالتعاقد ما بين الغائبين.....	٦٢
٣٨-	تحديد المكان والزمان الذى يتم فيهما التعاقد.....	٦٢
٣٩-	التعاقد بطريق التليفون.....	٦٥

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٤٠-	افتراض علم الموجب بالقبول فى المكان وفى الزمـــان اللذين وصل إليه فيهما القبول.....	٦٥
٤١-	أهمية تحديد زمان انعقاد العقد	٦٦
٤٢-	أهمية تحديد مكان انعقاد العقد	٦٧
	مـادة (٩٨)	٦٨
٤٣-	الفرق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين السكوت.....	٦٨
٤٤-	الحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا	٦٩
	مـادة (٩٩)	٧٣
٤٥-	المقصود بالمزايدة.....	٧٣
٤٦-	الإيجاب فى البيع بالمزايدة.....	٧٣
٤٧-	اعتبار التقدم بالعطاء إيجابا ولو كان مصحوبا بتأمين	٧٤
٤٨-	أهمية التمييز بين الإيجاب ومرحلة الدعوة إلى التعاقد.....	٧٥
٤٩-	هل يجوز لمقدم العطاء العدول عن إيجابه؟.....	٧٥
٥٠-	القبول فى المزايدة	٧٦
٥١-	الحق فى رفض العطاء.....	٧٨
٥٢-	الالتزام بالشروط الواردة بقائمة شروط المزاد.....	٧٩
٥٣-	حالة اشتراط المصادقـــة على إرســـاء المزاد من شخص معين.....	٨٢
٥٤-	التعاقد عن طريق المناقصة.....	٨٣
٥٥-	المزايدة أو المناقصة داخل مظروفات	٨٣
٥٦-	التخلى عن الاشتراك فى المزايدة.....	٨٣
٥٧-	طبيعة الحكم الصادر برسو المزاد	٨٤
-	**مـادة (١٠٠)**	٨٥
-	عقود الإذعان	٨٥

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٥٨-	تعريف عقد الإذعان	٨٥
٥٩-	خصائص عقود الإذعان	٨٧
٦٠-	مالا يعتبر من عقود الإذعان	٩١
٦١-	لا يجوز التمسك بأن العقد ينطوى على شروط إذعـــان لأول مرة أمام محكمة النقض.....	٩١
٦٢-	كيف يتم التعاقد بالإذعان	٩١
٦٣-	حماية الطرف الضعيف فى عقد الإذعان	٩٢
	مـادة (١٠١)	٩٣
٦٤-	تعريف الوعد بالتعاقد	٩٣
٦٥-	شروط الوعد بالتعاقد.....	٩٥
٦٦-	شروط الانعقاد والصحة	٩٨
٦٧-	الوعد بالتعاقد فى العقود الشكلية	٩٨
	مـادة (١٠٢)	١٠١
٦٨-	آثار الوعد بالبيع قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة.....	١٠١
٦٩-	آثار الوعد بالبيع بعد انتهاء الميعاد أو ظهور الرغبة.....	١٠٢
٧٠-	امتناع الواعد عن تنفيذ وعده	١٠٤
٧١-	سقوط حق الموعود له بفـــوات المـــدة دون أن يعلـــن رضاءه بالوعد دون إجراء آخر.....	١٠٦
٧٢-	عدم سقوط الوعد بالعقد بالموت.....	١٠٦
٧٣-	العدول عن الخطبة	١٠٧
	مـادة (١٠٣)	١٠٩
٧٤-	تعريف العربـــون.....	١٠٩
-	دلالة العربون	١٠٩
٧٥-	(أ) دلالة العربون فى ظل التقنين المدنى القديم.....	١٠٩

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٧٦-	(ب) دلالة العربون فى ظل التقنين المدنى الجديد	١١٠
٧٧-	استخلاص نية المتعاقدين فى دلالـــة العربـــون مســـألة موضوعية	١١٢
٧٨-	لا يجوز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بأن العقد هو بيع بالعربون	١١٥
٧٩-	وقت مباشرة خيار العدول فى التعاقد بالعربون.....	١١٥
-	آثار العربون.....	١١٦
٨٠-	**أولا:** فى حالة العدول عن العقد	١١٦
٨١-	**ثانيا:** فى حالة عدم العدول عن العقد.....	١١٨
	مـادة (١٠٤)	١٢٠
٨٢-	أنواع النيابـــة	١٢٠
٨٣-	النائب والرسول.....	١٢٠
٨٤-	شخص النائب هو محل الاعتبار فى عيوب الإرادة.....	١٢١
٨٥-	شخص النائب هو محل الاعتبار فى أثر العلم بـــبعض الظروف الخاصة وافتراض العلم بها	١٢٢
٨٦-	تصرف الوكيل وفقا لتعليمات موكله	١٢٣
	مـادة (١٠٥)	١٢٥
٨٧-	انصراف آثار العقد الذى يبرمه الوكيل إلى الأصيل.....	١٢٥
٨٨-	تعاقد النائب خارج حدود نيابته.....	١٢٦
٨٩-	إحالة فى تفصيلات كثيرة وقضاء محكمة النقض.....	١٢٧
	مـادة (١٠٦)	١٢٨
٩٠-	عدم إعلان العاقد أنه يتعاقد باسم الأصيل	١٢٨
٩١-	استثناء على القاعدة السابقة.....	١٣٢
٩٢-	النيابة الظاهرة.....	١٣٥

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
	مـــادة (١٠٧)	١٣٦
٩٣-	جهل النائب والمتعاقد معه انقضاء النيابة.....	١٣٦
	مـــادة (١٠٨)	١٣٩
٩٤-	حظر تعاقد النائب مع نفسه.....	١٣٩
٩٥-	عدم نفاذ التعاقد فى حق الأصيل.....	١٣٩
٩٦-	تطبيقات تشريعية لقاعدة حظر تعاقد النائب مع نفسه.....	١٤٢
٩٧-	استثناءات على قاعدة حظر تعاقد النائب مع نفسه.....	١٤٢
	مـــادة (١٠٩)	١٤٥
٩٨-	الأصل فى الشخص توافر الأهلية.....	١٤٥
٩٩-	**المسألة الأولى:** تقييد الأهلية بعقوبة الجناية.....	١٤٥
١٠٠-	**المسألة الثانية:** الأهلية فى الدعاوى المستعجلة.....	١٥١
	مـــادة (١١٠)	١٥٣
١٠١-	ليس للصغير غير المميز التصرف فى ماله.....	١٥٣
١٠٢-	أثر تصرف الصبى غير المميز.....	١٥٣
	مـــادة (١١١)	١٥٥
١٠٣-	أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية.....	١٥٥
-	١- تصرفات نافعة نفعا محضا.....	١٥٥
-	٢- تصرفات ضارة ضررا محضا.....	١٥٥
-	٣- تصرفات دائرة بين النفع والضرر.....	١٥٦
١٠٤-	أهلية الصبى الذى بلغ السابعـــة.....	١٥٧
١٠٥-	**أولا:** صلاحيات الصبى المميز ببلوغه الســـابعة مـــن العمر.....	١٥٧

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	١- تصرف القاصر فى أمواله الموضوعة تحت تصرفه لأغراض نفقته.....	١٥٧
-	٢- إبرام القاصر عقد العمل الفردى.....	١٥٨
-	٣- تصرف القاصر فيما يكسبه من عمله أو من أجره أو غيره.....	١٥٩
-	٤- تصرف القاصر فى المهر والنفقة إذ أذنته المحكمة فى الزواج.....	١٥٩
١٠٦-	**ثانيا:** صلاحيات القاصر البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة.....	١٦٠
-	**مـادة (١١٢)**	١٦١
-	(أ) الإذن للقاصر بإدارة أمواله.....	١٦١
١٠٧-	النصوص القانونية.....	١٦١
١٠٨-	ممن يصدر الإذن؟.....	١٦١
١٠٩-	حدود الإذن بالإدارة.....	١٦٢
١١٠-	واجبات القاصر المأذون.....	١٦٤
-	(ب) الإذن للقاصر بالاتجار.....	١٦٤
١١١-	المقصود بالإذن بالاتجار.....	١٦٤
١١٢-	أهلية القاصر المأذون بالاتجار.....	١٦٥
١١٣-	سلب الإذن والحد منه.....	١٦٦
١١٤-	حق القاصر فى الوصية بإذن محكمة الأسرة.....	١٦٦
١١٥-	قابلية التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر للإبطال لمصلحة القاصر.....	١٦٦
١١٦-	إجازة التصرف القابل للإبطال.....	١٦٩

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
	مـــادة (١١٣)	١٧١
١١٧-	المقصود بالحجر.....	١٧١
١١٨-	ضرورة وجود مال للمطلوب الحجر عليه	١٧١
١١٩-	توقيع الحجر ورفعـــه يكون بحكم.....	١٧٢
١٢٠-	تقديم طلب الحجر	١٧٣
١٢١-	المحكمة المختصة بتوقيع الحجر.....	١٧٥
١٢٢-	إثبات الجنون والعته.....	١٧٧
١٢٣-	إثبات السفه والغفلة	١٧٩
١٢٤-	تعيين قيم على المحجور عليه	١٨٠
١٢٥-	الشروط الواجب توافرها فى القيم.....	١٨١
١٢٦-	واجبات القيم	١٨٧
١٢٧-	رفع الحجر	١٩١
١٢٨-	عزل القيم.....	١٩٢
١٢٩-	الطعن فى الحكم الصادر بتوقيع الحجر أو برفعه.....	١٩٤
	مـــادة (١١٤)	١٩٦
١٣٠-	تصرفات المجنون والمعتوه.....	١٩٦
١٣١-	**أولا:** حكم تصرفات المجنون أو المعتوه قبـــل تســـجيل قرار الحجر	١٩٧
١٣٢-	لا يلزم لإبطال التصرف، أن يكون التصـــرف نتيجـــة استغلال أو تواطؤ.....	١٩٨
١٣٣-	الاستثناءان الواردان على القاعدة السابقة.....	١٩٩
-	**الحالة الأولـــى:** إذا كانت حالة الجنون أو العته شـــائعة وقت التعاقد.....	١٩٩

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**الحالة الثانية:** أن يكون الطرف الآخر على بينة من حالة الجنون أو العته وقت التعاقد	١٩٩
١٣٤-	ضرورة قيام الحالتين السابقتين وقت التعاقد.....	١٩٩
١٣٥-	يكفى توافر إحدى الحالتين	٢٠٠
١٣٦-	إثبات الجنون أو العته فى حالة الادعاء بصدور التصرف قبل تسجيل حكم الحجر أو طلب الحجر	٢٠١
١٣٧-	القاضى هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية.....	٢٠٥
١٣٨-	سلطة محكمة الموضوع فى تقدير قيام الجنون أو العته...	٢٠٦
١٣٩-	حكم القانون الملغى.....	٢٠٧
١٤٠-	رأى فقهى وقضاء لمحكمة النقض ببطلان تصرفات المجنون والمعتوه على أساس انعدام إرادته.....	٢٠٨
١٤١-	**ثانيا:** حكم تصرف المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر	٢٠٩
-	كيفية تسجيل حكم الحجر	٢١٠
١٤٢-	**أولا:** فى ظل الكتاب الرابع من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩.....	٢١٠
١٤٣-	**ثانيا:** فى ظل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.....	٢١٣
-	**مـادة (١١٥)**	٢١٧
-	تصرفات السفيه وذى الغفلة	٢١٧
١٤٤-	**أولا:** تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر	٢١٧

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**الاستثناء الأول:** أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة استغلال	٢١٧
-	**الاستثناء الثانى:** أن يكون التصـــرف الصـــادر قبـــل تسجيل قرار الحجر نتيجة تواطؤ.....	٢٢٠
١٤٥-	يكفى للإبطال توافر الاستغلال أو التواطؤ	٢٢١
١٤٦-	قضاء لمحكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم.....	٢٢٢
١٤٧-	الدفع ببطلان عقد البيع الصادر قبل تسجيل قرار الحجر لا يستوجب وقف الدعوى.....	٢٢٣
١٤٨-	جزاء حصول التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ	٢٢٤
١٤٩-	حكم تصـــرف السفيه وذى الغفلة بعـــد تسجيل قـــرار الحجر	٢٢٤
١٥٠-	كيفية تسجيل قرار الحجر	٢٢٦
-	**مـــادة (١١٦)**	٢٢٧
١٥١-	صحة تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلـــة بـــالوقف والوصية.....	٢٢٧
١٥٢-	أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليـــه للســـفه أو للغفلة المأذون له بتسلم أمواله.....	٢٢٨
١٥٣-	هل يحوز الإذن للمحجـــور عليـــه للســـفه أو الغفلـــة بالاتجار؟.....	٢٢٩
	مـــادة (١١٧)	٢٣٠
١٥٤-	المانع الطبيعى بالعاهتين أو العجز الجسمانى الشديد	٢٣٠
١٥٥-	شروط المساعدة القضائية.....	٢٣١
١٥٦-	إضافة حالة العجز الجسمانى الشديد بالمادة (٧٠) مـــن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.....	٢٣٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
١٥٧-	التصرفات التى تخضـــع للمساعدة القضائية	٢٣٣
١٥٨-	تعيين المساعد القضائى	٢٣٥
١٥٩-	مهمة المساعد القضائى.....	٢٣٦
١٦٠-	امتناع المقرر له المساعدة عن القيام بتصـــرف معـــين يعرض أمواله للخطر	٢٣٦
١٦١-	اعتبار المساعد القضائى فى حكم النائب فـــى تطبيـــق أحكام المواد (١٠٨، ٢٨٢، ٤٧٩) مدنى	٢٣٧
١٦٢-	حكم تصرف من تقررت له المساعدة القضـــائية بغيـــر معاونة المساعدة	٢٣٧
١٦٣-	**الحالة الأولى:** التصرفات التى يجريها من تقررت لـــه المساعدة قبل تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى.....	٢٣٨
١٦٤-	**الحالة الثانية:** التصرفات التى يجريها من تقررت لـــه المساعدة بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى.....	٢٣٨
١٦٥-	كيفيـــة التسجيل.....	٢٣٩
١٦٦-	أحكام المساعد القضائى وعزله	٢٣٩
-	**مـــادة (١١٨)**	٢٤٠
١٦٧-	تصرفات الأولياء والأوصياء والقوام	٢٤٠
١٦٨-	قضاء محكمة النقض فى التصـــرفات الصـــادرة مـــن الأولياء.....	٢٤٠
١٦٩-	قضاء محكمة النقض فى التصـــرفات الصـــادرة مـــن الأوصياء.....	٢٤٣
١٧٠-	قضاء محكمة النقض الصادر فى تصرفات القامة.....	٢٤٩

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
–	**مرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢**	
	بأحكام الولاية على المال	٢٥٠
	مـــادة (١١٩)	٢٦٦
١٧١-	حق ناقص الأهلية فى إبطال العقد	٢٦٦
١٧٢-	لا يشترط لإبطال العقد حصول غبن لناقص الأهلية.....	٢٦٦
١٧٣-	لا ينال من طلب الإبطال تظاهر القاصر بكمال أهليته.....	٢٦٧
١٧٤-	استعمال ناقص الأهلية طرقا احتيالية	٢٦٧
	مـــادة (١٢٠)	٢٧١
١٧٥-	المقصود بالغلط	٢٧١
١٧٦-	شروط إعمال الغلط.....	٢٧٢
–	**الشرط الأول:** أن يكون الغلط جوهريا	٢٧٢
–	**الشرط الثانى:** أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر	٢٧٣
–	(أ) إذا وقع المتعاقد الآخر بدوره فى الغلط.....	٢٧٣
–	(ب) إذا علم المتعاقد الآخر بالغلط الذى وقع فيه غريمه..	٢٧٤
–	(ج) إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبـــين وقوع غريمه فى الغلط.....	٢٧٤
١٧٧-	تكييف دفاع الخصم بصدد الغلط.....	٢٧٦
١٧٨-	لا يجوز طلب الإبطال للغلط بعد الدفع بالصورية.....	٢٧٧
١٧٩-	إثبات الغلط.....	٢٧٧
–	**مـــادة (١٢١)**	٢٨١
١٨٠-	المقصود بالغلط الجوهرى	٢٨١
١٨١-	أمثلة الغلط الجوهرى الواردة بالمادة وتلك التى أضافها الفقه	٢٨٢
–	(أ) الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ.....	٢٨٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	(ب) الغلط فى شخص المتعاقد	٢٨٣
-	(ج) الغلط فى القيمة	٢٨٤
-	(د) الغلط فى الباعث	٢٨٥
١٨٢-	أثر الغلط	٢٨٦
-	**مـادة (١٢٢)**	٢٨٧
١٨٣-	المقصود بالغلط فى القانون	٢٨٧
١٨٤-	حكم الغلط فى القانون	٢٨٧
١٨٥-	يشترط لإبطال العقد أن تكون القاعدة القانونية ليست محل خلاف	٢٩٠
١٨٦-	الاستثناءات على مبدأ طلب الإبطال لغلط فى القانون	٢٩١
-	**مـادة (١٢٣)**	٢٩٣
١٨٧-	الغلط فى الحساب وغلطات القلم	٢٩٣
١٨٨-	قد يؤدى الخطأ المادى إلى غلط آخر يشوب الرضا	٢٩٤
-	**مـادة (١٢٤)**	٢٩٥
١٨٩-	عدم التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية	٢٩٥
١٩٠-	تطبيق هام وارد بالفقرة الثانية من المادة	٢٩٦
-	**مـادة (١٢٥)**	٢٩٨
-	إبطال العقد للتدليس	٢٩٨
١٩١-	تعريف التدليس	٢٩٨
١٩٢-	الفرق بين التدليس والغش	٢٩٨
١٩٣-	شروط التدليس	٢٩٩
-	**الشرط الأول:** استعمال طرق احتيالية	٢٩٩

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**الشرط الثانى:** أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.....	٣٠٨
١٩٤-	التدليس غير الدافع.....	٣٠٩
-	**الشرط الثالث:** أن تصدر الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر أو نائبه ، أو من الغير إذا كان المتعاقد الآخـــر يعلم أو كان من المفروض عليه حتما أن يعلـــم بهـــذا التدليس.....	٣١٠
١٩٥-	إثبات التدليس.....	٣١١
١٩٦-	الغلط والتدليس.....	٣١٤
١٩٧-	أثر التدليس.....	٣١٥
١٩٨-	حالة تعدد المتعاقدين ووقوع التدليس من أحدهم.....	٣١٥
-	**مـــادة (١٢٦)**	٣١٧
-	التدليس الصادر من غير المتعاقدين.....	٣١٧
١٩٩-	الوضع فى ظل التقنين المدنى القديم.....	٣١٧
٢٠٠-	الوضع فى ظل التقنين المدنى الجديد.....	٣١٨
٢٠١-	مدى استثناء التبرعات من شـــرط اتصـــال التـــدليس بالمتعاقد الآخر.....	٣٢٠
-	**مـــادة (١٢٧)**	٣٢٣
٢٠٢-	تعريف الإكراه.....	٣٢٣
٢٠٣-	الإكراه المعدم للرضاء.....	٣٢٤
٢٠٤-	الفرق بين الإكراه وبين الغلط والتدليس.....	٣٢٤
٢٠٥-	شروط الإكراه..... **الشرط الأول:** أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد بخطـــر جسيم محدق بالنفس أو المال.....	٣٢٥
٢٠٦-	**أولا:** العنصر المادى فى الإكراه.....	٣٢٥

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٢٠٧-	تقدير وسيلة الإكراه ومبلـغ جسـامتها مـن المسـائل الموضوعية.....	٣٢٩
٢٠٨-	يكفى أن يهدد الخطر الغير.....	٣٣١
٢٠٩-	النفوذ الأدبى	٣٣٣
٢١٠-	العطف والحنو لا يعتبر إكراها.....	٣٣٤
٢١١-	**ثانيا:** العنصر المعنوى فى الإكراه.....	٣٣٥
٢١٢-	**الشرط الثانى:** رهبة فى نفس المتعاقـد تحملـه علـى التعاقد.....	٣٣٨
٢١٣-	الإكراه فى حالة الضرورة (الإكراه بالصدفة).....	٣٤٢
٢١٤-	إثبات الإكراه.....	٣٤٣
٢١٥-	أثر الإكراه.....	٣٤٣
٢١٦-	**الشرط الثالث:** أن يكون الإكراه صادرا مـن المتعاقـد الآخر أو أن يكون الأخير عالما به أو من المفـروض حتما أن يعلم به ، إذا كان صادرا من غير المتعاقدين	٣٤٤
-	**مـادة (١٢٨)**	٣٤٦
٢١٧-	الإكراه من غير المتعاقدين	٣٤٦
-	**مـادة (١٢٩)**	٣٤٧
-	الاستغلال	٣٤٧
٢١٨-	الاستغلال والغبن.....	٣٤٧
-	**(شـروط الاستغلال)**	٣٤٨
٢١٩-	**الشرط الأول:** أن يختل التعادل بين الأداءات المتقابلة أو أن ينعدم عند وجود المقابل.....	٣٤٩
٢٢٠-	**الشرط الثانى:** أن يكون هناك استغلال لطيش بـين أو هوى جامح فى المتعاقد المغبون.....	٣٥٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٢٢١-	**الشرط الثالث:** أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد.....	٣٥٤
٢٢٢-	علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء الأخرى.....	٣٥٦
٢٢٣-	إثبات الاستغلال.....	٣٥٦
-	**الجزاء الذى يترتب على الاستغلال**	٣٥٧
٢٢٤-	الإبطال أو الإنقاص	٣٥٧
٢٢٥-	(أ) دعوى الإبطال	٣٥٧
٢٢٦-	(ب) دعوى الإنقاص	٣٥٧
٢٢٧-	سقوط دعوى الاستغلال.....	٣٥٩
-	**مـادة (١٣٠)**	٣٦٠
٢٢٨-	الإبقاء على الحالات الخاصة بالغبن فى بعض العقود وسعر الفائدة	٣٦٠
٢٢٩-	التطبيقات الواردة فى بعض النصوص	٣٦١
-	**المحـل:**	٣٦٣
-	**مـادة (١٣١)**	٣٦٣
٢٣٠-	تعريف محل الالتزام.....	٣٦٣
٢٣١-	يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا.....	٣٦٤
٢٣٢-	بطلان التعامل فى التركات المستقبلة.....	٣٦٧
٢٣٣-	نطاق حظر التصرف فى التركات المستقبلة.....	٣٦٨
٢٣٤-	بطلان التصرف فى التركات المستقبلة.....	٣٧٠
٢٣٥-	إثبات التعامل فى التركات المستقبلة	٣٧١
-	**مـادة (١٣٢)**	٣٧٢
٢٣٦-	وجوب أن يكون محل الالتزام ممكنا.....	٣٧٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٢٣٧-	(أ) المحل الممكن.....	٣٧٢
-	(ب) المحل الموجود	٣٧٥
-	**مـادة (١٣٣)**	٣٧٧
٢٣٨-	القاعدة العامة فى تعيين محل الالتزام.....	٣٧٧
٢٣٩-	صور تعيين محل الالتزام.....	٣٧٧
٢٤٠-	ترك تعيين المحل لأحد الطرفين أو لأجنبى	٣٨١
-	**مـادة (١٣٤)**	٣٨٣
٢٤١-	تعيين محل الالتزام بدفع مبلغ من النقود.....	٣٨٣
٢٤٢-	شرط الوفاء بالذهب	٣٨٣
٢٤٣-	بطلان شرط الذهب فى مصر	٣٨٥
٢٤٤-	الاتفاق على الوفاء بعملة أجنبية.....	٣٨٩
-	**مـادة (١٣٥)**	٣٩٠
٢٤٥-	إحالة.....	٣٩٠
-	**السبب:**	٣٩١
-	**مـادة (١٣٦)**	٣٩١
٢٤٦-	المقصود بالسبب	٣٩١
٢٤٧-	وجود السبب.....	٣٩٣
٢٤٨-	العبرة بوجود السبب عند إبرام العقد	٣٩٤
٢٤٩-	بطلان العقد لمخالفة السبب للنظام العام.....	٣٩٥
-	**مـادة (١٣٧)**	٣٩٨
٢٥٠-	عدم ذكر سبب الالتزام فى العقد	٣٩٨
٢٥١-	استخلاص الغرض من التعاقد من ظروف الدعوى.....	٤٠٣
٢٥٢-	صورية السبب المذكور فى العقد.....	٤٠٣

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٢٥٣-	إثبات صورية السبب المذكور فى العقد	٤٠٥
٢٥٤-	التصرف المجرد	٤٠٧
-	**البطـــلان:**	٤١٠
-	**مـــادة (١٣٨)**	٤١٠
٢٥٥-	المقصود بالبطلان وأنواعه	٤١٠
٢٥٦-	البطلان للغش.....	٤١٢
٢٥٧-	التفرقة بين البطلان وما قد يشتبه به	٤١٣
-	١- البطلان وعدم النفاذ أو السريان على الغير	٤١٤
-	٢- البطلان والفسخ	٤١٣
٢٥٨-	العقد القابل للإبطال لا يبطل إلا باتفاق أو بحكم.....	٤١٤
٢٥٩-	لا يجوز للمحكمة القضاء بإبطال العقد من تلقاء نفسها	٤١٥
٢٦٠-	من له الحق فى التمسك بالإبطال	٤١٥
٢٦١-	مدى انتقال الحق فى الإبطال إلى الخلف	٤١٧
٢٦٢-	التمسك بالإبطال فى أية حالة كانت عليها الدعوى.....	٤١٨
-	**مـــادة (١٣٩)**	٤١٩
٢٦٣-	إجازة العقد القابل للإبطال.....	٤١٩
٢٦٤-	تعريف الإجازة.....	٤١٩
٢٦٥-	الإجازة تصرف من جانب واحد.....	٤٢٠
٢٦٦-	التمييز بين الإجازة والإقرار	٤٢٠
٢٦٧-	توافر سائر شروط التصرف فى الإجازة.....	٤٢٠
٢٦٨-	يشترط للإجازة علم المجيز بقابلية العقد للإبطال واتجاه إرادته نحو النزول عن حقه فى الإبطال.....	٤٢١

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-٢٦٩	الإجازة الصريحة والإجازة الضمنية.....	٤٢٢
-٢٧٠	ما لا يعتبر إجازة للعقد القابل للإبطال.....	٤٢٣
-٢٧١	أثر الإجازة.....	٤٢٣
-٢٧٢	إثبات الإجازة.....	٤٢٥
-٢٧٣	استخلاص الإجازة مسألة موضوعية.....	٤٢٥
-	**مـادة (١٤٠)**	٤٢٧
-٢٧٤	سقوط الحق فى إبطال العقد بمضى ثلاث سنوات	٤٢٧
-٢٧٥	سقوط حق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه بانقضـــاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد	٤٢٩
-٢٧٦	للتقادم أثر رجعى.....	٤٣٠
-٢٧٧	سريان مدة التقادم القصير على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد.....	٤٣١
-٢٧٨	عدم تعلق التقادم بالنظام العام.....	٤٣١
-	**مـادة (١٤١)**	٤٣٢
-	العقد الباطل	٤٣٢
-٢٧٩	تقرير بطلان العقد الباطل.....	٤٣٢
-٢٨٠	التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى أو الدفع.....	٤٣٤
-٢٨١	عدم تصحيح العقد الباطل بالإجازة	٤٣٥
-٢٨٢	سقوط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة	٤٣٦
-	**مـادة (١٤٢)**	٤٣٩
-	أثر إبطال العقد وبطلانه.....	٤٣٩
-٢٨٣	**أولا:** اثر إبطال العقد وبطلانه بالنسبة للمتعاقدين	٤٣٩
-٢٨٤	أساس الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد	٤٤٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٢٨٥-	أثر البطلان بالنسبة إلى ناقص الأهلية.....	٤٤٤
٢٨٦-	إثبات إثراء ناقص الأهلية مما تسلمه.....	٤٤٥
٢٨٧-	حالة البطلان لعدم المشروعية.....	٤٤٥
٢٨٨-	تسجيل العقد الباطل لا يصححه.....	٤٤٦
٢٨٩-	**ثانيا:** آثار البطلان بالنسبة إلى الغير.....	٤٤٧
-	(أ) القاعدة العامة.....	٤٤٧
-	(ب) استثناءان من القاعدة العامة.....	٤٤٧
٢٩٠-	الآثار التى يرتبها العقد الباطل.....	٤٤٩
٢٩١-	**أولا:** الآثار العرضية	٤٤٩
٢٩٢-	**ثانيا:** الآثار الأصلية	٤٥١
-	**مـادة (١٤٣)**	٤٥٣
٢٩٣-	إنقاص العقد	٤٥٣
٢٩٤-	عبء الإثبات	٤٥٥
٢٩٥-	حالات إنقاص العقد الباطل واردة بالقانون.....	٤٥٦
-	**مـادة (١٤٤)**	٤٥٨
-	**تحول العقد**	٤٥٨
٢٩٦-	المقصود بنظرية تحول العقد.....	٤٥٨
٢٩٧-	شروط تحول العقد.....	٤٥٩
-	**الشرط الأول:** أن يكون العقد الأصلى باطلا أو قابلا للإبطال	٤٦٠
-	**الشرط الثانى:** أن يتضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال عناصر عقد آخر صحيح.....	٤٦١
-	**الشرط الثالث:** أن تنصرف إرادة الطرفين إلى العقد الآخر	٤٦٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**(الفرع الثالث)**	
-	**(آثار العقد)**	
-	**مـادة (١٤٥)**	٤٦٤
٢٩٨-	قاعدة نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون(الموضوع)	٤٦٦
٢٩٩-	انصراف أثر العقد إلى الخلف	٤٦٧
٣٠٠-	المقصود بالخلف العام	٤٦٧
٣٠١-	انصراف آثار العقد إلى الخلف العام	٤٧١
٣٠٢-	ثبوت حجية عقد السلف قبل الخلف العام إذا لم يستند الخلف العام إلى سبب غير تلقى الحق من السلف	٤٧٥
٣٠٣-	انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مقيد بقواعد الميراث	٤٧٥
٣٠٤-	حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام.....	٤٧٦
-	١- إذا تبين من العقد أن أثره لا ينصرف إلى الخلف العام	٤٧٧
-	٢- أن يتبين من طبيعة التعامل أن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف العام.....	٤٧٧
-	٣- أن ينص القانون على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام.....	٤٧٨
٣٠٥-	حالات يعتبر فيها الخلف العام من الغير	٤٧٨
٣٠٦-	هل يعتبر الدائن العادى خلفا عاما؟	٤٧٩
-	(أ) – رأى الفقه.....	٤٧٩
-	(ب) قضاء محكمة النقض	٤٨١

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**مـادة (١٤٦)**	٤٨٣
٣٠٧-	المقصود بالخلف الخاص	٤٨٣
-	انتقال الالتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص	٤٨٣
٣٠٨-	التمييز بين أثر انتقال الحق إلى الخلف وبين انصراف أثر العقد الذى يبرمه السلف	٤٨٣
٣٠٩-	لا تتحقق الخلافة الخاصة إلا إذا كان الحق قائما فى ذمة السلف ثم انتقل بعد ذلك إلى الخلف	٤٨٥
٣١٠-	الاسخلاف قاصر على الحقوق الشخصية.....	٤٨٦
٣١١-	الشروط الواجب توافرها لانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص.....	٤٨٨
٣١٢-	سريان الشروط بالنسبة للأحكام.....	٤٩٠
٣١٣-	هل يعتبر المستأجر خلفا خاصا للمؤجر؟.....	٤٩٨
٣١٤-	تقاضى السلف خلو رجل ومقدم إيجار على خلاف القانون لا يسرى فى حق الخلف الخاص	٥٠٠
-	**مـادة (١٤٧)**	٥٠٣
٣١٥-	العقد شريعة المتعاقدين	٥٠٣
-	استثناءان على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.....	٥٠٨
٣١٦-	**الاستثناء الأول:** نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين.....	٥٠٨
٣١٧-	**الاستثناء الثانى:** نقض العقد أو تعديله لسبب من الأسباب التى يقررها القانون.....	٥٠٩
٣١٨-	تعديل العقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة.....	٥١١
٣١٩-	فكرة نظرية الحوادث الطارئة	٥١١
٣٢٠-	شروط تطبيق نظرية الحوادث الطارئة.....	٥١٦
-	**الشرط الأول:** أن يقع حادث استثنائى	٥١٧

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**الشرط الثانى:** أن يكون الحادث عاما.....	٥٢٠
-	**الشرط الثالث:** أن يكون الحادث غير متوقع الحصـــول عند إبرام العقد	٥٢٢
-	**الشرط الرابع:** أن يكون الحادث غير ممكن تفاديـــه أو دفعه.....	٥٢٤
-	**الشرط الخامس:** أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبـــل تمام تنفيذه.....	٥٢٥
-	**الشرط السادس:** أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيـــذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين.....	٥٣٠
٣٢١-	أثر الحادث الطارئ	٥٣٤
٣٢٢-	لا يجوز للقاضى فسخ العقد	٥٣٧
٣٢٣-	رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قاصر على مـــا يراد تنفيذه بعد وقوع الحادث القهرى.....	٥٣٨
٣٢٤-	إعمال أثر الظروف الطارئة واجب على القاضـــى إذا توافرت شروطها	٥٤٠
٣٢٥-	وجوب طلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....	٥٤١
٣٢٦-	زوال الحادث الطارئ بعد تعديل العقد.....	٥٤١
٣٢٧-	لا يجوز التمسك بنظرية الحوادث الطارئة لأول أمـــام محكمة النقض	٥٤١
٣٢٨-	سلطة القاضى فى تعديل العقد مما يتعلق بالنظام العام.....	٥٤٢
٣٢٩-	تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة	٥٤٣
-	١- نظرية الميسرة.....	٥٤٣
-	٢- تخفيض أجر الوكيل.....	٥٤٣
٣٣٠-	سريان نظرية الحوادث الطارئة من حيث الزمان	٥٤٤

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**مـادة (١٤٨)**	٥٤٥
٣٣١-	وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية..	٥٤٥
٣٣٢-	إثبات تنفيذ العقد بحسن نية	٥٤٧
٣٣٣-	تحديد نطاق العقد.....	٥٤٨
٣٣٤-	المقصود بمستلزمات العقد	٥٤٩
٣٣٥-	تحديد نطاق العقد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض	٥٥٢
-	**مـادة (١٤٩)**	٥٥٣
٣٣٦-	سلطة القاضى فى تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن فى عقود الإذعان من هذه الشروط.....	٥٥٣
٣٣٧-	بطلان الاتفاق على عدم تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها	٥٥٥
٣٣٨-	سلطة القاضى فى اعتبار الشرط تعسفيا.....	٥٥٥
٣٣٩-	تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها لايجرى دون طلب	٥٥٦
٣٤٠-	تفسير الشك فى مصلحة الطرف المذعن.....	٥٥٦
٣٤١-	حماية الطرف المذعن فى بعض العقود.....	٥٥٧
٣٤٢-	عدم تطبيق المادة (١٤٩) على العقود الإدارية.....	٥٥٧
-	**مـادة (١٥٠)**	٥٥٩
-	تفسير العقد	٥٥٩
٣٤٣-	**أولا:** حالة وضوح عبارة العقد	٥٥٩
٣٤٤-	**ثانيا:** حالة غموض عبارة العقد.....	٥٦٧
-	العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تفسير العقد.....	٥٧١
٣٤٥-	**أولا:** العوامل التى ورد النص عليها بالمادة	٥٧١

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
–	١– طبيعة التعامل	٥٧١
–	٢– ما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين	٥٧٣
–	٣– العرف الجارى فى المعاملات	٥٧٣
٣٤٦–	**ثانيا:** العوامل التى لم يرد النص عليها بالمادة.....	٥٧٤
–	١– إعمال الكلام خير من إهماله.....	٥٧٥
–	٢– مراعاة العقد فى مجموعه.....	٥٧٥
–	٣– تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم.....	٥٧٥
–	٤– ورود شرط مطبوع بالعقد	٥٧٥
–	٥– حالة وجود شروط العقد مطبوعة وإضافة شـــروط مكتوبة تتعارض معها	٥٧٦
–	**مـادة (١٥١)**	٥٧٧
٣٤٧–	تفسير الشك فى مصلحة المدين	٥٧٧
٣٤٨–	تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان	٥٧٨
	مـادة (١٥٢)	٥٧٩
٣٤٩–	المقصود بالغير	٥٧٩
٣٥٠–	القاعدة الواردة بالمادة.....	٥٧٩
٣٥١–	استثناءات على القاعدة	٥٨٠
٣٥٢–	عقد إيجار المساكن له طابع عائلى وجماعى.....	٥٨٢
	مـادة (١٥٣)	٥٨٥
٣٥٣–	التعهد عن الغير.....	٥٨٥
٣٥٤–	شروط التعهد عن الغير.....	٥٨٥
٣٥٥–	حكم التعهد عن الغير	٥٨٧

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-٣٥٦	أثر قبول الغير للتعهد	٥٨٧
-٣٥٧	رفض الغير للتعهد	٥٨٩
-	**مـادة (١٥٤)**	٥٩١
-	الاشتراط لمصلحة الغير	٥٩١
-٣٥٨	المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير	٥٩١
-٣٥٩	أهمية الاشتراط لمصلحة الغير	٥٩٢
-٣٦٠	تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير	٥٩٢
-٣٦١	شروط الاشتراط لمصلحة الغير	٥٩٣
-	آثار الاشتراط لمصلحة الغير	٥٩٧
-٣٦٢	(أ) العلاقة بين المشترط والمتعهد	٥٩٧
-٣٦٣	(ب) العلاقة بين المشترط والمنتفع	٦٠٠
-٣٦٤	(ج) علاقة المتعهد بالمنتفع	٦٠١
-	**مـادة (١٥٥)**	٦٠٥
-٣٦٥	يجوز للمشترط أن ينقض المشارطة	٦٠٥
-٣٦٦	نقض العقد قد يكون جزئيا	٦٠٦
-٣٦٧	ليس لنقض العقد شكل خاص	٦٠٦
-٣٦٨	انقضاء الحق فى نقض العقد بإظهار المنتفع رغبته	٦٠٧
-٣٦٩	أثر نقض المشارطة	٦١٠
-٣٧٠	رفض المنتفع للاشتراط	٦١١
-٣٧١	صدور النقض والإقرار فى وقت واحد	٦١١
-	**مـادة (١٥٦)**	٦١٢
-٣٧٢	يجوز أن يكون المنتفع من الاشتراط لمصـــلحة الغيـــر شخصا أو جهة مستقبلة أو لم يعين وقت العقد	٦١٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**انحـــلال العقـــد**	
-	**مـــادة (١٥٧)**	٦١٤
٣٧٣-	تعريف الفسخ	٦١٤
٣٧٤-	أساس طلب فسخ العقد	٦١٤
٣٧٥-	عدم فسخ العقد إلا بحكم.....	٦١٧
٣٧٦-	شروط الفسخ.....	٦١٧
-	**الشرط الأول:** أن يكون العقد ملزما للجانبين	٦١٨
-	**الشرط الثانى:** أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عـــن تنفيذ التزامه	٦٢١
-	**الشرط الثالث:** أن يكون المتعاقد الذى يطلب الفسخ قـــد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه	٦٢٣
-	**الشرط الرابـــع:** أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه	٦٢٤
٣٧٧-	خيار الدائن بين التنفيذ العينى والفسخ.....	٦٢٦
٣٧٨-	من يحق له طلب الفسخ ؟.....	٦٢٧
٣٧٩-	طلب الفسخ صراحة أو ضمنا	٦٢٨
٣٨٠-	طلب الفسخ يكون بدعوى أو بطلب عارض.....	٦٣٠
٣٨١-	توقى المدين الفسخ.....	٦٣٠
٣٨٢-	الوفاء يحقق أثره فى توقى الفسخ ولو كان المدين قـــد وجه اليمين الحاسمة إلى الدائن على أنه لـــم يتقاضـــى الأجرة فحلفها	٦٣٢
٣٨٣-	هل يجوز توقى الفسخ بعد نقض الحكم الصادر بالفسخ؟..	٦٣٣
٣٨٤-	لا يحول دون توقى الفسخ بالوفاء أن يكون المدين سئ النية	٦٣٣

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-٣٨٥	إلزام المدين المصاريف إذا توقى الفسخ بالوفاء	٦٣٤
-٣٨٦	إلزام المدين بالتعويض بعد رفض دعوى الفسخ للتوقى ...	٦٣٤
-٣٨٧	نظرة الميسرة.....	٦٣٥
-٣٨٨	سلطة القاضى التقديرية فى نظرية الميسرة.....	٦٣٨
-٣٨٩	جواز صدور قرار المحكمة بنظرة الميسرة غير مسبب ..	٦٣٩
-٣٩٠	هل يجوز للقاضى منح المدين نظرية الميسرة بعد نقض الحكم وإعادته إلى محكمة الاستئناف.....	٦٣٩
-٣٩١	نظرة الميسرة مما لا يتعلق بالنظام العام.....	٦٣٩
-٣٩٢	القضاء بالفسخ جوازى للمحكمة	٦٤٠
-٣٩٣	خضوع تقدير مبررات الفسخ لتقدير محكمة الموضوع ...	٦٤٣
-٣٩٤	القضاء بالفسخ منشئ له.....	٦٤٥
-٣٩٥	هل للمحكمة سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ والإخـــلاء فى قوانين إيجار الأماكن؟.....	٦٤٥
-	(أ) النصوص القانونية.....	٦٤٥
-	(ب) رأى الفقه	٦٤٦
-	(ج) اتجاه محكمة النقض	٦٤٨
-	(د) رأينا الخاص	٦٥٢
-٣٩٦	إلزام المدين بالتعويض مع الحكم بالفسخ.....	٦٥٣
-٣٩٧	التنازل عن طلب الفسخ.....	٦٥٤
-٣٩٨	تقادم دعوى الفسخ	٦٥٥
-٣٩٩	تقدير قيمة دعوى الفسخ	٦٥٦
-	**التفاسخ (التقايل)**	٦٥٧
-٤٠٠	المقصود بالتفاسخ (التقايل وشروطه)	٦٥٧
-٤٠١	التفاسخ حال رفع دعوى الفسخ.....	٦٦١

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٤٠٢-	تفاسخ المشترى بعقد عرفى عن البيع ولو كان قد بـــاع المبيع إلى آخر مادام هو لم يحل إليه حقوقه الناشئة عن عقد شرائه	٦٦١
٤٠٣-	الأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعى.....	٦٦٢
٤٠٤-	عدم مساس الأثر الرجعى للتفاسخ بحقوق الغير.....	٦٦٣
	مـادة (١٥٨)	
-	**الفسخ الاتفاقى**	٦٦٥
٤٠٥-	المقصود بالفسخ الاتفاقى.....	٦٦٥
٤٠٦-	وجوب توافر الشروط اللازمة للفسخ طبقا للمادة ١٥٧ مدنى	٦٦٦
٤٠٧-	تدرج المتعاقدين فى اشتراط الفسخ.....	٦٦٧
٤٠٨-	عدم اشتراط ألفاظ معينة للشرط الفاسخ الصريح.....	٦٧٣
٤٠٩-	اللجوء إلى القضاء إذا نازع المدين فى تحقق الشرط.....	٦٧٧
٤١٠-	يجوز التمسك بفسخ العقد طبقا للشرط الفاسخ الصـــريح فى صورة دفع للدعوى المرفوعة على المدعى عليه	٦٨٠
٤١١-	إقامة الدعوى بفسخ البيع والتعويض ، ثم الاستناد فى الاستئناف إلى تحقق الشرط الصريح الفاسخ لا يعد طلبا جديدا.....	٦٨١
٤١٢-	ليس للقاضى سلطة تقديرية فى الفسخ.....	٦٨٢
٤١٣-	لايحول الفسخ الاتفاقى دون طلب الدائن التنفيذ.....	٦٨٣
٤١٤-	قصر الفسخ الاتفاقى على بعض الالتزامـــات لايجعلـــه يمتد إلى غيرها	٦٨٣
٤١٥-	إثبات الاتفاق على الفسخ الاتفاقى	٦٨٤
٤١٦-	التعسف فى طلب الفسخ الاتفاقى.....	٦٨٤

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-٤١٧	التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح.....	٦٨٤
-٤١٨	أثر التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح.....	٦٩١
-٤١٩	الطرد عند عدم الوفاء بالأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح.....	٦٩١
-٤٢٠	الطرد عند عدم الوفاء بالأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح فى العقود الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن.....	٦٩٢
-	**مـادة (١٥٩)**	٦٩٦
-٤٢١	انفساخ العقد بقوة القانون	٦٩٦
-٤٢٢	شروط الانفساخ.....	٦٩٧
-	**الشرط الأول:** أن يصير التزام العاقد مستحيلا.....	٦٩٧
-	**الشرط الثانى:** أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملة	٧٠١
-	**الشرط الثالث:** أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام ناشئة فى تاريخ لاحق لقيام العقد	٧٠٣
-	**الشرط الرابع:** أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة لسبب أجنبى عن المدين.....	٧٠٣
-٤٢٣	وقوع الانفساخ من تلقاء نفسه.....	٧٠٥
-٤٢٤	تحمل التبعة عند انفساخ العقد.....	٧٠٦
-٤٢٥	هل يقع الانفساخ فى العقد الملزم لجانب واحد؟	٧٠٨
-٤٢٦	آثار انفساخ العقد	٧٠٩
-٤٢٧	هلاك محل الالتزام وتخلف شئ آخر	٧١٠
-٤٢٨	لا يمنع انفساخ العقد من المطالبة بالتعويض	٧١١
-	**مـادة (١٦٠)**	٧١٤
-٤٢٩	تحقق أثر الفسخ أيا كان نوع الفسخ.....	٧١٤
-٤٣٠	أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين.....	٧١٤

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٤٣١-	استثناء عقود المدة من الأثر الرجعى للفسخ.....	٧٢٠
٤٣٢-	تقيد عدم سريان الأثر الرجعى للفسخ على عقود المـــدة بالحكمة التى أملته.....	٧٢٣
٤٣٣-	إقامة بناء على العين قبل فسخ عقد البيع.....	٧٢٤
٤٣٤-	حق الحبس وإجراء المقاصة	٧٢٦
٤٣٥-	أثر الفسخ بالنسبة للغير	٧٢٧
-	**مـادة (١٦١)**	٧٣٠
-	الدفع بعدم التنفيذ.....	٧٣٠
٤٣٦-	تعريف الدفع بعدم التنفيذ وأساسه.....	٧٣٠
٤٣٧-	نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق فى الحبس	٧٣١
-	**شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ**	٧٣٢
٤٣٨-	**الشرط الأول:** أن يكون العقد ملزما للجانبين	٧٣٢
٤٣٩-	**الشرط الثانى:** أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيـــذه مستحق الأداء.....	٧٣٤
٤٤٠-	هل يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى لم ينفذ أساسيا؟.....	٧٣٨
٤٤١-	الخلاف على تنفيذ الالتزامات.....	٧٤٠
٤٤٢-	لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن خطأ أو غش	٧٤٠
٤٤٣-	تعادل عدم التنفيذ الكلى وعدم التنفيذ الجزئى	٧٤٠
٤٤٤-	**الشرط الثالث:** ألا يكون عدم تنفيـــذ المتعاقـــد الآخـــر التزامه راجعا إلى تقصير المتمسك بالدفع.....	٧٤١
٤٤٥-	**الشرط الرابع:** ألا يكون المتعاقد الذى يتمســـك بالـــدفع مجبرا على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولا.....	٧٤٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٤٤٦-	**الشرط الخامس:** ألا يتضمن الدفع إساءة لاستعمال الحق.	٧٤٤
٤٤٧-	كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ	٧٤٥
٤٤٨-	عدم ضرورة الإعذار	٧٤٦
٤٤٩-	عدم تعلق الدفع بعدم التنفيذ بالنظام العام.....	٧٤٦
٤٥٠-	أثر الدفع بعدم التنفيذ	٧٤٨
٤٥١-	أثر وقف التنفيذ فى عقود المدة.....	٧٤٩
٤٥٢-	أثر الدفع بالنسبة للغير	٧٤٩
٤٥٣-	الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الإدارية.....	٧٥٠
-	**(الفصل الثانى)**	
-	**(الإرادة المنفـردة)**	
-	**مـادة (١٦٢)**	٧٥١
٤٥٤-	دور الإرادة المنفردة فى ترتيب الآثار القانونية	٧٥١
٤٥٥-	هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام؟	٧٥٢
٤٥٦-	موقف التقنين المدنى الجديد من الإرادة المنفردة.....	٧٥٣
٤٥٧-	الشروط الواجب توافرها فى التصرف الذى ينشأ بإرادة منفردة.....	٧٥٤
٤٥٨-	تطبيقات الالتزام بالإرادة المنفردة.....	٧٥٤
-	١- الإيجاب الملزم.....	٧٥٥
-	٢- المؤسسة.....	٧٥٥
-	٣- تطهير العقار المرهون.....	٧٥٥
-	٤- الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور	٧٥٥
-	**الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور**	٧٥٦
٤٥٩-	شروط الوعد بجائزة.....	٧٥٦
٤٦٠-	أحكام الوعد بجائزة.....	٧٥٧

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	(أ) الوعد الذى حددت له مدة.....	٧٥٧
-	(ب) الوعد الذى لم تحدد له مدة	٧٥٨
٤٦١-	متى لا يلزم الإعذار قبل المطالبة بقيمة الجائزة؟.....	٧٦٠
٤٦٢-	سقوط دعوى المطالبة بقيمة الجائزة بالتقادم.....	٧٦٠
٤٦٣-	مسائل لم تعرض لها المادة	٧٦١
-	**(الفصل الثالث)**	
-	**(العمل غير المشروع)**	
-	**مـادة (١٦٣)**	٧٦٢
٤٦٤-	المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية.....	٧٦٢
٤٦٥-	وحدة المسئولية المدنية	٧٦٢
٤٦٦-	أساس المسئوليتين.....	٧٦٣
٤٦٧-	الفروق التى توجب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية.....	٧٦٤
-	١- من حيث الأهلية.....	٧٦٤
-	٢- من حيث الإعذار.....	٧٦٤
-	٣- من حيث درجة الخطأ	٧٦٤
-	٤- من حيث عبء الإثبات.....	٧٦٥
-	٥- من حيث مدى التعويض	٧٦٥
-	٦- من حيث التضامن	٧٦٥
-	٧- من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسئولية	٧٦٦
-	٨- من حيث التقادم.....	٧٦٦
-	٩- من حيث الاختصاص.....	٧٦٦
٤٦٨-	تحديد نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية	٧٦٧

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-٤٦٩	عدم الجمع بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية...	٧٧٠
-٤٧٠	عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين	٧٧١
-٤٧١	استثناء من قاعدة عدم الخيرة فى المسئوليتين المدنيـــة والتقصيرية	٧٧٥
-٤٧٢	إقامة دعوى التعويض على أساس المسئولية العقدية أو التقصيرية يعد وسيلة دفاع لا سببا للدعوى	٧٧٧
-٤٧٣	القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية	٧٨٣
	أركان المسئولية التقصيرية	٧٨٣
-٤٧٤	ثلاثة أركان للمسئولية التقصيرية	٧٨٣
-	**(الركن الأول للمسئولية التقصيرية)**	
-	**(الخطأ)**	٧٨٤
-٤٧٥	تعريف الخطأ	٧٨٤
-٤٧٦	**أولا:** الركن المادى للخطأ (التعدى).....	٧٨٥
-٤٧٧	الخطأ الجنائى والخطأ المدنى	٧٩١
-٤٧٨	الامتناع عن أداء واجب خلقى لا يرتب تعديا	٧٩٤
-٤٧٩	معيار التعدى.....	٧٩٥
-٤٨٠	الاعتداد بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية.....	٧٩٦
-٤٨١	انطباق المعيار على الخطأ الإيجابى والخطأ السلبى	٧٩٩
-٤٨٢	انطباق المعيار على كافة درجات الخطأ.....	٧٩٩
-٤٨٣	أثر حسن النية أو سوئها فى تقدير الخطأ.....	٨٠٠
-٤٨٤	إثبات التعدى	٨٠١

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**ثانيا : الركن الثانى للخطأ**	
-	**(الإدراك)**	٨٠٤
٤٨٥-	المقصود بالإدراك	٨٠٤
٤٨٦-	حالات لا يكون التعدى فيها خطأ	٨٠٤
٤٨٧-	مسئولية الشخص المعنوى	٨٠٤
-	تطبيقات للخطأ	٨٠٥
٤٨٨-	خطأ الطبيب	٨٠٥
٤٨٩-	الخطأ المصلحى (المرفقى)	٨٠٦
-	**الركن الثانى للمسئولية التقصيرية**	
-	**(الضـــرر)**	٨٠٩
٤٩٠-	تعريف الضرر	٨٠٩
٤٩١-	الضرر المادى والأدبى	٨١٠
	الركن الثالث للمسئولية التقصيرية	
-	**(علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر)**	٨١١
٤٩٢-	المقصود بعلاقة السببية	٨١١
٤٩٣-	ما تثيره علاقة السببية	٨١٢
-	**أولا : حالة تعدد الأسباب**	٨١٣
٤٩٤-	**النظرية الأولى:** نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب	٨١٣
٤٩٥-	**النظرية الثانية:** نظرية السبب المنتج (الفعال)	٨١٤
٤٩٦-	الأثر الذى يترتب على تعدد الأسباب	٨١٦
٤٩٧-	متى يستغرق أحد الخطأين الأخطاء الأخرى؟	٨١٩
-	**ثانيا : تسلسل الأضرار**	٨٢٠
٤٩٨-	المقصود بتسلسل الأضرار	٨٢٠

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٤٩٩-	إثبات علاقة السببية.....	٨٢٠
٥٠٠-	قيام علاقة السببية من المسائل المتعلقة بالواقع	٨٢١
-	**مـادة (١٦٤)**	٨٢٣
٥٠١-	الركن المعنوى فى الخطأ (التمييز)	٨٢٣
٥٠٢-	نطاق انعدام المسئولية لانعدام التمييز	٨٢٥
-	١- إذا كان عديم التمييز هو الذى أصيب بالضرر	٨٢٥
-	٢- حالة الخطأ المفروض	٨٢٦
-	٣- أن يكون عديم التمييز وحده فى مكان المسئول	٨٢٦
٥٠٣-	مسئولية عديم التمييز فى حالات استثنائية.....	٨٢٦
-	**مـادة (١٦٥)**	٨٢٩
٥٠٤-	انقطاع علاقة السببية.....	٨٢٩
-	**أولا : القوة القاهرة**	٨٢٩
٥٠٥-	تعريف القوة القاهرة.....	٨٢٩
٥٠٦-	عدم إمكان توقع الحادث	٨٢٩
٥٠٧-	استحالة دفع الحادث	٨٣٠
٥٠٨-	يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.....	٨٣٠
٥٠٩-	أمثلة للقوة القاهرة.....	٨٣٠
٥١٠-	الحادث المفاجئ (الحادث الجبرى).....	٨٣١
-	**ثانيا : خطأ المضرور**	٨٣٣
٥١١-	حكم هذه الحالة.....	٨٣٣
٥١٢-	حالة وجود خطأ مشترك بين المضرور والمسئول.....	٨٣٥
٥١٣-	الخطأ المتعمد	٨٣٩
٥١٤-	رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر	٨٤٠

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**ثالثا : خطأ الغير**	٨٤١
٥١٥-	المقصود بخطأ الغير	٨٤١
٥١٦-	حالات خطأ الغير	٨٤٢
٥١٧-	انتفاء المسئولية بثبوت السبب الأجنبى.....	٨٤٤
٥١٨-	اشتراك خطأ المسئول مع القـوة القـاهرة أو الحـادث الفجائى.....	٨٤٤
٥١٩-	تقدير قيام القوة القاهرة أو الحادث الفجـائى متـروك لقاضى الموضوع.....	٨٤٤
٥٢٠-	عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائى.....	٨٤٥
-	**مـادة (١٦٦)**	٨٤٦
٥٢١-	حالات يكون التعدى فيها مشروعا.....	٨٤٦
-	حالة الدفاع الشرعى.....	٨٤٧
-	شروط الدفاع الشرعى.....	٨٤٨
٥٢٢-	**الشرط الأول:** وجود خطر حال على النفس أو المال.....	٨٤٨
٥٢٣-	**الشرط الثانى:** أن يكون السبيل الوحيد لدفع الاعتداء هو استعمال القوة القاهرة.....	٨٥٣
٥٢٤-	**الشرط الثالث:** أن يكون الأذى غير مشروع.....	٨٥٤
٥٢٥-	**الشرط الرابع:** أن يكون الدفاع بالقـدر الـلازم لـدرء الاعتداء.....	٨٥٧
٥٢٦-	أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعى.....	٨٦٠
٥٢٧-	لا يجوز التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى لأول مـرة أمام محكمة النقض.....	٨٦٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**مـادة (١٦٧)**	٨٦٣
٥٢٨-	مسئولية الموظف العام عن عمله الذى أضر بالغير	٨٦٣
٥٢٩-	شروط عدم مسئولية الموظف عن عمله الـذى أضـر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس	٨٦٣
-	**مـادة (١٦٨)**	٨٦٨
٥٣٠-	التسبب فى إحداث ضرر للغير لتفادى ضررا أكبر	٨٦٨
٥٣١-	شروط المادة ٦١ من قانون العقوبات.....	٨٦٨
٥٣٢-	الشروط الواجب توافرها فى حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة ١٦٨ مدنى.....	٨٧١
٥٣٣-	مسئولية الموظف قبل الحكومة	٨٧٤
٥٣٤-	تطبيق معيار الخطأ.....	٨٧٥
٥٣٥-	الفرق بين حالة الضرورة والـدفاع الشـرعى والقـوة القاهرة.....	٨٧٧
٥٣٦-	حكم الضرر	٨٧٩
-	**مـادة (١٦٩)**	٨٨٠
٥٣٧-	المقصود بالتضامن	٨٨٠
٥٣٨-	شروط قيام التضامن فى المسئولية.....	٨٨١
٥٣٩-	توزيع التعويض على المسئولين	٨٨٦
٥٤٠-	يجب طلب القضاء بالتضامن	٨٩١
٥٤١-	هل يجب أن ينص الحكم فى منطوقه على التضامن؟.....	٨٩١
٥٤٢-	التضامن والتضامم.....	٨٩٢
٥٤٣-	آثار التضامم.....	٨٩٣

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
-	**مـادة (١٧٠)**	٨٩٦
٥٤٤-	المقصود بالضرر	٨٩٦
٥٤٥-	الضرر المادى والضرر الأدبى	٨٩٦
٥٤٦-	يشترط أن يكون الضرر محققا	٩٠٢
٥٤٧-	التعويض فى المسئولية التقصـيرية يشـمل الضـرر المباشر المتوقع وغير المتوقع	٩٠٤
٥٤٨-	الإخلال بحق ثابت للمضرور	٩٠٤
٥٤٩-	التعويض عن الضرر الموروث	٩٠٧
٥٥٠-	حالة عدم المطالبة بالتعويض من جميع الورثة	٩٠٩
٥٥١-	عدم استحقاق الجنين تعويضاعن الضـرر الشخصـى المباشر	٩١٠
٥٥٢-	لا يجوز التعويض عما أنفقه الوالد على ولده	٩١٠
٥٥٣-	سلطة القاضى فى بيان عناصر الضرر والتثبـت مـن شروطه	٩١١
٥٥٤-	إدماج التعويض عن الضررين المادى والأدبى	٩١٣
٥٥٥-	الإخلال بمصلحة مالية للمضرور	٩١٤
٥٥٦-	التعويض عن تفويت الفرصة	٩١٦
٥٥٧-	عدم اشتراط سن معينة للولد المتوفى للحكم بـالتعويض عن تفويت الفرصة	٩٢١
٥٥٨-	مراعاة الظروف الملابسة فى تقدير التعويض	٩٢٣
٥٥٩-	متى ينشأ الحق فى التعويض	٩٢٧
٥٦٠-	تقدير الضرر المتغير	٩٢٨
٥٦١-	تغير الضرر فى الفترة بين الحكم بـالتعويض ابتـدائيا والحكم استئنافيا	٩٣٢

رقم البند	الموضـــــوع	الصفحة
٥٦٢-	الضرر الذى لا يمكن تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت صدور الحكم.....	٩٣٣
٥٦٣-	التعويض المؤقت.....	٩٣٣
٥٦٤-	خصم التعويض المؤقت من التعويض النهائى.....	٩٣٦
٥٦٥-	لا يجوز طلب تكملة التعويض إذا صرحت المحكمة الجنائية أنها قدرت التعويض تقديرا نهائيا.....	٩٣٦
٥٦٦-	جواز الحكم بنفقة مؤقتة للمضرور.....	٩٣٦
٥٦٧-	لا يجوز لمحكمة ثانى درجة أن تسوئ مركز المحكوم ضده المستأنف بزيادة مبلغ التعويض	٩٣٧
٥٦٨-	المضرور هو صاحب الحق فى التعويض	٩٣٨
-	**مـادة (١٧١)**	٩٤١
٥٦٩-	طرق التعويض.....	٩٤١
٥٧٠-	الأصل فى التعويض هو التعويض العينى.....	٩٤١
٥٧١-	التعويض غير النقدى	٩٤٣
٥٧٢-	التعويض النقدى	٩٤٥
٥٧٣-	التعويضات المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم	٩٤٧
-	محتويات المجلد الثانى	٩٤٩

تم بحمد الله وتوفيقه المجلد الثانى